



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

法學博士 學位論文

共同海損의 規範性에 關한 研究

A Study on the Nature of General Average
as the Norm

指導教授 鄭 暎 錫



2009年 8月

韓國海洋大學校 大學院

海 事 法 學 科

李 鎬 雨

本 論文을 李鎬雨의 法學博士 學位論文으로 認准함.

委員長	黃	錫	甲	
委 員	朴	憲	穆	
委 員	李	溶	熙	
委 員	丁		大	
委 員	鄭	漢	錫	

2009年 8月

韓國海洋大學校 大學院

海 事 法 學 科

李 鎬 雨

【 목 차 】

Abstract

第1章 序論	1
第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍와 方法	2
第2章 共同海損의 概念과 本質	5
第1節 共同海損의 概念	5
1. 海上運送法上의 概念	5
2. 海上保險法上의 概念	9
第2節 共同海損의 本質	13
1. 共同海損의 基本的 理念	13
2. 學說의 對立	19
3. 法的 性質	25
第3節 小 結	27
第3章 共同海損의 解釋上의 問題	29
第1節 共同海損의 成立要件	29
1. 商法의 成立要件	29
2. 英國海上保險法 및 海上保險約款上의 成立要件	31
第2節 共同海損의 效果	41
1. 商法의 效果	41
2. 英國海上保險法 및 海上保險約款上의 效果	44
第3節 小 結	49
第4章 요크-앤티워프 規則의 規範성과 適用 問題	53
第1節 요크-앤티워프 規則의 意義와 沿革	53
1. 意 義	53
2. 沿 革	57

第2節 요크-엔트워프 規則上 共同海損의 成立要件	64
1. 共同 海上財産을 威脅하는 共同危險의 存在	64
2. 故意의 共同海損 行爲인 處分	67
3. 故意的인 犧牲과 費用의 發生	68
4. 船舶 또는 積荷의 殘存	76
第3節 요크-엔트워프 規則上 效果	77
1. 共同海損 犧牲 當事者	77
2. 共同海損으로 保存된 當事者	78
3. 精算 및 損害額과 分擔金 算定	79
4. 時 效	80
5. 立證責任	81
第4節 요크-엔트워프 規則의 規範성과 法規성의 限界	82
1. 요크-엔트워프 規則의 規範性	82
2. 國際的 統一法規 制定의 必要性	88
第5節 小 結	90
第5章 共同海損 制度의 改善方案	93
第1節 解釋論的 改善方案	93
1. 共同海損의 基本理念 및 本質에 관한 解釋	93
2. 共同海損의 成立要件에 대한 解釋	96
第2節 國際的 統一規則의 立法論的 基準 提示	104
1. 요크-엔트워프 規則의 國際協約化 基準 提示	104
2. 現行 商法의 立法論的 提言	108
3. 기타 共同海損에 대한 立法論的 提言	112
第6章 結 論	115
참 고 문 헌	122
I. 國內문헌	122
II. 日本문헌	124
III. 美國문헌	125
IV. 기타문헌	127

Abstract

A Study on the Nature of General Average as the Norm

Department of Maritime Law
Graduate School of Korea Maritime University
Lee Ho Woo

The object of this paper is to show the reform scheme in the interpretational side, the legislative bill of the present commercial law and the standard presentation for entering into the international agreement of York-Antwerp Rules by means of comparison · investigation · analysis on the basis of the contents of rules on the general average

Charter 1 is to bring up the object and problem of this study and suggest the extent and way of this study.

Charter 2 is to enumerate the legal side of general average classifying general average under the maritime law, international convention, marine transit clause, UK marine insurance and marine insurance clause to discuss the concept and basic aspect of general average in the first half part, and develop the focus on the basic idea of general average, theoretical opinion of basic side, legal nature of general average in the latter half part.

Charter 3 is to describe the essential condition and effect of general average under the maritime law, international convention, marine transit clause, UK marine insurance and marine insurance clause to elicit the interpretative problem of general average.

Charter 4 is to develop in the order of meaning · essential condition · effect of general average to be able to compare · investigate mutually each of regulations argued in preceding part and York-Antwerp Rules.

Charter 5 is to deal with the interpretative side of the basic idea and interpretation on the meanings of general average, the interpretation on the essential condition of general average etc. by improving ways of general average and suggest the standard for entering into the international agreement of York-Antwerp Rules, the legislative institution of the present commercial law.

Charter 6 is to summarize · arrange the main points elicited according to the research methods from charter 2 to charter 5.

In view of the results of comparison · analysis so far achieved, it is ascertained that the provisions of general average under each rules have all together the common features as well as the different features.

In the interpretative side, the adoption of common benefit system and contract theory · representation theory, as compared with the permit extent and the ideological theory of sacrifices and expenses loss, is appropriate for the unification nature with the provisions of international convention, various transit contract and insurance clause.

In regard to the essential condition, it is proper that the

imminent common danger be based on the anticipative theory in which a danger means the danger enough to take measures after the anticipation of it and the positive theory in which general average is acknowledged regardless of the cause for artificial danger.

With regard to the disposition, the measures to secure justification and rationality is to enact the provisions that the plans for the prior order of sacrifice shall be drawn up and presented, and the master shall prove a meeting with danger by the report of various meteorological data etc., and then submit the sailing record of self-ship on board, CCTV, the document of instructions and orders, the record data of public address system, the conference data in compliance with disposition etc. when there is damage survey.

In connection with sacrifices and expenses loss, the limits of them should be decided. The sacrifices loss is corresponded to cutting away wreck, voluntary stranding, damage to machinery and boilers, blow hole for protecting ship fire, jettison of cargo, cargo damaged by fire-fighting water, articles for ship and ship material used for ship fuel and the expenses loss is salvage charge, refloating cost, lighterage, damage to cargo in discharging, expenses at port of refuge, cost of repairs, expenses of preserving environment, customary cost by adjustment, loss of freight.

With regard to the effect of general average, it is suggested that the provision that creditor, by the authority of cargo owner, may fulfill the contract just as sender enter into with receiver and receive the profit to gain after the end of transit, should be

inserted in York-Antwerp Rules.

In regard to the legislative theory for presenting the standard for entering into the international agreement of York-Antwerp Rules, it must be provided that the priority order of general interpretation comes rule of interpretation, rule of paramount, lettered rules, and numbered rules in that order.

In the rule of letter, it is suggested that Rule G should provide that the price of ship shall be adjusted upon the basis of values at the time and place when and where the ship arrives, and the price of cargo shall be adjusted upon the basis of values at the time and place when and where the cargo discharges.

In regard to rule of figure, it is suggested that the field of ship sacrifice shall divide into six provisions, cutting away wreck, voluntary stranding, damage to machinery and boilers, articles for ship and ship material used for ship fuel, damage to a sail used for refloating ship, blow hole for protecting ship fire and the field of cargo sacrifices shall divide into five provisions, jettison of cargo, jettison of on deck cargo, damage caused by the measures taken, damage in extinguishing a fire on board, damage to cargo in discharging and the provision of expenses loss shall divide into six sub-articles, salvage charge, refloating cost, expenses at port of refuge, expenses of preserving environment, loss of freight, customary cost by adjustment and the conservation costs of marine environment shall include two provisions, the provision of freight rates sacrifice damage and the provision of adjustment costs in general coverage.

In connection with the legislative theory of commercial law, the ship

sacrifices in sacrifices and expenses loss are needed to establish the new articles regarding cutting away wreck, voluntary stranding, damage to machinery and boilers, articles for ship and ship material used for ship fuel, damage to a sail used for refloating ship, blow hole for protecting ship fire and the cargo sacrifices are needed to provide articles regarding jettison of cargo, damage in extinguishing a fire on board, damage to cargo in discharging and the expenses loss is needed to provide articles regarding salvage charge, refloating cost, lighterage, expenses at port of refuge, cost of repairs, expenses of preserving environment, loss of freight, customary cost by adjustment.

As for the adjustment procedures, it is proposed to provide that a shipper shall be liable to submit a green average bond, a valuation form, a copy of B/L, an invoice signed or a copy and submit deposit money and general average contributory guarantee, and a shipowner may exercise the lien for cargo.

第1章 序論

第1節 研究의 目的

共同海損은 해손의 일종으로 船舶의 海上航行에 수반되거나 積荷에 생기는 모든 손해중 해상에서 통상적으로 예견되지 않는 항해상의 사고에서 생기는 것¹⁾으로 “선박 및 적하의 共同危險을 면하기 위한 船長의 船舶 또는 積荷에 대한 처분으로 인하여 생긴 손해 또는 비용”이라고 現行 商法 第865條에 규정되어 있다. 다른 한편으로는 共同海損을 “공동의 해상사업에 있어서 위험에 노출된 재산을 보존할 목적으로 위험이 있을 때에 故意로 그리고 합리적으로 이상의 희생을 일으키거나 또는 이상의 비용을 지출한 경우 이러한 共同海損行爲의 직접적인 결과로서 생긴 희생과 費用損害”라고 영국의 海上保險法(1906) 제66조는 명시하고 있다. 그리고 共同海損의 國際規則인 요크-엔트워프규칙 A條는 “共同 海上財産을 위험으로부터 보존할 목적으로 共同安全을 위하여 이례적인 희생 또는 비용을 의도적, 합리적으로 발생하거나 지출한 경우”로 규정하고 있다. 공동해손은 선박 또는 적하에 발생하는 모든 손해 및 비용을 일반적으로 광의의 해손이라 하고, 비상손해 즉, 비상원인에 의하여 발생한 손해라고 한다.²⁾

이와같이 共同海損의 규정은 각국 海商法과 國際規則으로 규정되어 있다. 이 중에서 요크-엔트워프 규칙은 대부분의 해상국가들이 自國法으로 광범위하게 수용하고 있으며, 특히, 傭船契約書·船荷證券·保險證券 등에서 普通契約約款으로 채택되어 국제적으로 통용되고 있다. 이에 따라 商法上의 共同海損 규정은 보충적으로 적용되고 있다.³⁾ 요크-엔트워프 규칙은 아직도 國際協約으로 채택되지 못하여 임의규정에 그치고 있다.⁴⁾ 共同海損은 成立要件, 犧牲 및 費用損害 등 적용에 있어 각 국가들간

1) 정영석, 「해상법원론」 (서울: 텍스트북스, 2009), 412쪽.

2) 박헌목, 「상법강의(하) 보험·해상」 (부산: 신지선원, 2005), 282쪽.

3) 상계서.

에 서로 상이하어 共同海損 정산시 장기간이 소요되고 訴訟·紛爭 등 많은 문제점을 안고 있다. 共同海損의 규범인 구체적인 규정들은 각국의 海商法과 海上運送契約 및 海上保險法, 海上保險約款에 규정되어 保險者와 被保險者, 運送人과 送荷人, 船舶所有者와 荷主의 관계로 契約이라는 當事者間의 합의로 적용되고 있다. 그러나 海上運送契約, 海上保險, 保險約款, 각국 海商法에서 열거하고 있는 共同海損 규정들은 그 해석이 상이하거나 적용에 있어서 상당한 견해 차이를 보이고 있어 利害關係人들의 혼란을 가중시키고 있다. 이에 따라 共同海損 규정을 두고 있는 각 규범들에 대한 共通點과 相異點을 찾아 共同海損 주요 규정에 대한 재해석과 더불어 요크-엔트워프 규칙의 國際協約化를 위한 입법론적 관점에서 기준을 제시하여 共同海損의 정산에 필요한 규범의 합리적 적용과 해석이 실현되어 이해당사자의 이익을 보호하고자 한다. 이에 따른 본 연구의 목적은 다음과 같다.

첫째, 共同海損의 概念에 대한 海商法, 海上運送約款, 英國海上保險法, 英國海上保險約款의 규정들을 分析·比較하여 共同海損 概念에 대한 기준을 정하고자 한다.

둘째, 共同海損의 成立要件에 대한 각 규범들의 규정들을 분석하므로써 共同海損 성립의 기준틀을 세워 일관된 해석과 적용을 위한 대안을 마련하고자 한다.

셋째, 共同海損에 대한 현행 상법과 요크-엔트워프 규칙, 영국해상보험법 및 보험약관의 공동해손 관련 규정들을 비교·분석함으로써 각 규정의 동일성 및 상이성에 대하여 그 적용 원리를 법률적으로 검토하여 해석론적 개선방안과 입법론적 개선방안을 도출하고자 한다.

第2節 研究의 範圍와 方法

본 연구의 범위는 共同海損의 기원에서부터 현재에 이르기까지 적용에 대한 사항을 살펴 봄으로써 海商法的 共同海損, 海上運送上 共同海損, 海上保險法上 共同海損, 海上保險約款上 共同海損, 요크-엔트워프상 共同海損으로 나누어 상세하게 각 규범속에서의 共同海損에 관한 규정을 자세히 정리하기로 한다. 첫째, 海商法的 共同

4) 정찬형, 「상법강의(하)」, 제10판, (서울: 박영사, 2008), 924쪽.

海損에 대해서는 현행 우리나라의 商法上 共同海損 규정을 설명하였으며, 둘째, 海上保險法上의 共同海損에 있어서는 英國의 海上保險法과 協會積荷保險約款, 協會船舶期間保險約款, 共同海損 관련 實務規則들을 면밀히 검토하고, 아울러 共同海損의 성립요건 및 효과에 대하여 자세히 분석하여 요크-엔트워프 규칙과 비교·검토가 용이하도록 전개 하였다. 다섯째, 요크-엔트워프 규칙에 대해서는 동 규칙의 규범성과 적용상의 한계를 논하면서 海上保險法上의 共同海損과 비교·검토가 용이하도록 각 규정에서 명시하고 있는 共同海損의 成立要件과 效果를 구분하여 전개하였다. 위와같이 共同海損에 대한 각 규범들이 명시해 놓은 문헌상의 사항들을 비교·검토하여 解釋論的 측면에서의 개선방안과 현행 상법상의 입법론적 개선방안, 국제적 통일협약화 기준 제시를 위한 개선방안을 도출하고자 하였다. 共同海損의 해상법적 고찰에 대해서는 기원전부터 생성되었다는 共同海損의 법칙들을 역사적 고증으로 밝혀진 文獻資料와 각종 論文 등에서 발췌한 것을 바탕으로 열거하고, 특히 요크-엔트워프 규칙에 대해서는 國際會議에서 마련된 共同海損 규칙의 변화과정을 중심으로 국제회의 자료를 근거로 서술한 각종 문헌을 통하여 서술하였으며, 海上保險 및 運送約款, 保險約款에 대해서는 현재 사용되고 있는 契約標準書式, 船荷證券 등에서 명시하고 있는 사항을 중심으로 고찰하였다.

첫째, 共同海損의 概念 分析을 위하여 海商法, 國際協約, 海上運送契約, 英國海上保險法, 英國海上保險約款을 연구 대상으로 하여 살펴보기로 한다.

둘째, 共同海損의 본질적 측면을 연구하기 위하여 共同海損의 기본적 이념과 학설의 대립, 법적 성질에 대하여 문헌을 통하여 살펴보기로 한다.

셋째, 共同海損의 일관된 成立要件의 규정을 제시하기 위하여 현행 商法, 요크-엔트워프 규칙, 英國海上保險法 및 保險約款에 대하여 共同海損에 대해 규정한 각 조항들에 대하여 살펴보기로 한다.

이에 따라 第1章은 연구를 하게 된 목적과 문제를 제기하면서 연구의 범위와 연구의 방법을 제시하였고, 第2章은 共同海損의 개념과 본질적 측면을 논하기 위하여 海商法, 國際協約, 海上運送約款, 英國海上保險 및 海上保險約款上 共同海損으로 나누어 전반부에서 열거하고, 후반부에서는 共同海損의 기본적 이념, 본질적 측면의 학설 주장, 共同海損의 법적 성질을 중심으로 전개하였다. 第3章은 共同海損의 해석상

의 문제를 도출하기 위하여 海上運送法, 海商法, 英國海上保險法 및 保險約款上的 共同海損 成立要件과 效果를 구분하여 서술하였으며, 第4章은 앞에서 논한 각 규범들과 요크-엔트워프 규칙간 서로 비교·검토 가능하도록 共同海損의 의의, 성립요건, 효과순으로 전개하였다. 第5章은 共同海損의 개선방안으로 共同海損의 기본이념 및 본질에 관한 해석, 共同海損의 성립요건에 대한 해석 등으로 解釋論的 側面을 다루었으며, 立法論的 側面으로는 요크-엔트워프 규칙의 國際協約化 기준 제시, 현행 商法의 立法論的 提言을 하였다. 第6章은 제2장에서부터 제5장까지 研究方法에 따라 도출된 중요사항들을 요약·정리하였다.



第2章 共同海損의 概念과 本質

第1節 共同海損의 概念

1. 海上運送法上의 概念

1) 海商法

共同海損은 해상 항행 중 발생하는 損害로 해상이라는 特殊性에 기인하여 발생되는 개념이라고 본다.⁵⁾ 共同海損은 海商法上 海損 또는 海上損害에 포함되는 개념으로 海上損害는 일반적으로 通常損害와 非通常損害로 나뉘어 설명하고 있다.⁶⁾ 通常손해는 항행상 발생하는 규칙적인 손해로 燃料費, 船體의 自然的인 消耗, 入港稅 등이며, 비통상손해는 항행상 예견되지 않는 사고로 발생하는 손해로 船舶 또는 積荷의 어느 한쪽에만 생긴 손해인 單獨海損과 선박과 적하에 해상위험이 공동으로 발생하여 생긴 손해를 共同海損으로 구분하고 있다.⁷⁾

共同海損은 바다라는 특수한 환경 속에서 선박이라는 수단을 이용하여 화물이나 여객 등을 발항지에서 부터 揚陸港에 도착시까지 해상을 항행하므로 각종의 해상위험에 직면하게 된다.⁸⁾ 해상위험은 폭풍우·해무·빙산·지진·전쟁·해적·강도·전염병 등으로 선박과 적하에 침몰·좌초·화재·충돌·폭발·낙뢰·나포·포획 등을 유발시켜 멸실·파손·오손·오염 등을 야기하여 해상운송의 목적을 수행 할 수 없도록 선박소유자 및 해상운송인·하주에게 큰 손해를 안겨주고 있다.⁹⁾ 위와 같이 해상위험에 노출된 해상운송의 이해관계인들은 이러한 일련의 위험에서 손해를 저감

5) 정영석, 「해상법강의요론」 (부산: 해인출판사, 2003), 176쪽.

6) 상계서, 174쪽.

7) 박헌목, 전계서, 282쪽.

8) 이옥용, “해난사고 예방을 위한 위험관리의 필요성에 관한 소고”, 한국해운학회지 제17호, (1993), 263쪽.

9) 김현·송상현, 「해상법원론」 (서울: 박영사, 2008), 376-377쪽.

시키기 위하여 선박의 항행 책임자인 船長에게 절박한 위협에 직면했을 때 일부의 선박과 적하를 故意로 犠牲시켜 전체 안전을 보존하는 결단을 내리게 하도록 권한을 부여하였다.¹⁰⁾ 이에 따라 선장의 결단에 대해서 어떠한 방식으로든 면책이 이루어지도록 하는 것과 아울러 선장의 선택에 의해 희생되는 선박과 적하의 손실에 대하여 적절한 보상이 되는 제도적 기반의 마련이 필요하게 되었다.

해상운송의 이해관계인들은 희생된 손해에 대해 나머지 이해관계자들의 형평의 원칙과 危險共同團體라는 동질적 의식 속에서 해상위험의 손해를 공동으로 分擔하자는 해상운송의 특수성에 기인한 제도를 시행하게 되었는데 이를 共同海損이라 칭하였다.¹¹⁾ 현행 상법 제865조는 공동해손을 “선박과 적하의 공동위험을 면하기 위하여 船長의 船舶 또는 積荷에 대한 處分으로 인하여 생긴 損害 또는 費用은 共同海損으로 한다.”라고 명시하고 있다.

2) 國際協約

헤이그/비스비 규칙은 현행 運送契約 또는 船荷證券 등에 예외없이 지상약관으로 채용하고 있는 규칙으로 共同海損 관련 규정은 제5조로 “備船契約의 경우에 船荷證券이 발행되는 경우에는 그 선하증권은 이 협약의 규정에 따르고, 이 협약의 어떠한 규정도 共同海損에 관한 적법한 규정을 선하증권에 기재하는 것을 방해하지 아니한다.”라고 명시하고 있다. 이에 따라 대부분의 용선계약에 있어서 선하증권상에는 “共同海損의 정산은 1974년 또는 1994년 요크-앤티워프 규칙을 따른다.”라고 명시하고 있다. 해상의 특수한 환경 속에서 공동해손행위의 대부분은 항해상 또는 선박관리상 과실에 기인하는 것이 일반적 사항으로 過失에 근거한 하주의 損害賠償請求의 訴가 제기되는 경우에는 운송계약상의 면책사항 때문에 별 문제가 없겠으나, 면책사항과는 무관한 불법행위 또는 계약불이행 등이 입증되게 되면 화주의 分擔金請求가 성립될 수 있는지의 여부는 분쟁의 여지가 있다 할 것이다.¹²⁾

함부르크 규칙은 共同海損과 관련하여 2개의 규정을 두고 있다. 제5조 제6항 책

10) 허상수, “공동해손 보험·해상법에 관한 제문제(상)”, 재판자료 제52집 (서울: 법원행정처, 1991), 509-510쪽.

11) 정영석, 「해상법원론」, 414쪽.

12) 윤민현, “함부르크 규칙 1978”, 「해양한국」, 제77호 (1980. 2), 9~10쪽.

임원칙 규정에서 運送人은 共同海損의 경우를 제외하고 인명구조를 위한 조치 또는 해상에서의 재산의 구조를 위한 합리적인 조치로 인하여 생긴 멸실·훼손 또는 인도 지연에 대하여 책임을 지지 않는다고 규정함으로써 共同海損에 대한 운송인의 책임을 명시하였다. 그러나 제5조 제1항 단서조항은 운송인이 자기 또는 그 사용인 및 대리인이 그와 같은 사고와 그 결과를 방지하기 위하여 합리적으로 요구되는 모든 조치를 취하였다는 것을 증명한 때에는 책임을 지지 않는다고 명시하고 있다. 제24조 共同海損 규정은 1항에서 “이 협약의 어떠한 규정도 共同海損의 정산에 관한 海上運送契約 또는 국내법의 규정의 적용을 방해하지 아니한다.” 제2항은 “제20조의 소송의 제한 규정을 제외하고 물건의 멸실·훼손에 대한 운송인의 책임에 관한 이 협약의 규정은 수하인이 共同海損分擔金을 거절할 수 있는가의 여부를 결정하고, 부담한 분담금 또는 지급한 救助料에 관하여 수하인에게 賠償할 운송인의 책임을 결정한다.”라고 규정하여 共同海損에 대하여 적하손해에 적용되는 운송인의 책임원칙인 推定果實責任을 적용하고 있다. 이 규칙은 선주의 항해과실면책을 부인하고 있어서 共同海損 손해시 피난항에서의 선장이 하는 共同海損宣言은 그 자체가 무의미하다는 것이다.¹³⁾ 이는 해상운송인으로부터 共同海損의 分擔請求를 요구 받은 자가 운송인의 항해과실이 있음을 이유로 共同海損分擔請求에 응하지 않을 우려가 있다고 할 것이다. 또한 이 규칙에 정해진 해상운송인의 손해배상책임한도액을 초과한 부분에 대해서 共同海損의 정산이 이루어 질 수 있는 개연성이 있고, 해상운송인의 과실유무를 입증함에 있어 장기간이 소요됨으로 인한 共同海損 정산기간의 장기화의 문제를 낳고 있다.

3) 海上運送約款

海上運送規則과 約款은 운송인과 하주를 중심으로 해상위험으로 인하여 손해가 발생되었을 경우 운송인의 免責事項을 규정해 놓음으로써 운송인이 면책사항에 해당되면 하주가 손해를 부담하여야 한다¹⁴⁾는 것을 주요 핵심내용으로 하고 있다. 個品運送契約에 의해 발행되는 船荷證券상의 共同海損約款으로 개품운송계약은 다수의 하주 개개의 운송물에 대한 운송을 운송인이 인수하는 계약으로 운송인이 불특정다

13) 谷川 久, 「海上運送人の責任の強化」 (東京: 有斐閣, 1975), 108面.

14) 정영석, 「해상보험론」, 462-463쪽.

수의 하주로부터 운송의 위탁을 받아 이들 운송물을 혼재하여 운송하는 것으로, 定期船이 일반적으로 이용되고 별도의 운송계약의 체결없이 선하증권으로 운송계약이 입증된다는 것이다.¹⁵⁾ 이 계약에 의한 共同海損約款은 선하증권의 뒷면약관 제17조 共同海損 및 特別費用에 규정하고 있다. (a)항 共同海損의 정산은 운송인이 지정한 손해사정사가 지정한 통화로, 1974년 요크 앤트워프 규칙에 의거 운송인이 선택한 항구 또는 장소에서 정산하고 진술하며 해결한다고 명시하고 있다. (b)항 하주는 운송물을 인도받기 전에 共同海損分擔金 청구에 따라 共同海損協定書, 非分割約定書, 供託金 또는 보증장을 운송인에게 제공토록 하고 있다. (e)항은 선하증권조항에서 예상하지 못한 특별요금 또는 비용이 共同海損으로 보전되지 않을 경우, 하주는 운송물에 부과되는 모든 특별요금 및 비용을 운송인에게 상환토록 하고 있다.

傭船契約은 특정의 하주에 대하여 운송인이 선박을 제공하여 대량의 운송물의 운송을 인수하는 계약으로, 이 경우에 하주는 운송인과 직접 또는 용선중개인을 통하여 계약을 체결하고 용선계약서를 작성하게 되는데 세계적으로 가장 널리 이용되고 있는 것은 쥘콘표준계약서식(Uniform General Charter : Gencon)이다.¹⁶⁾ 이 계약서식에 의한 共同海損 약관은 뒷면 제12조(共同海損 및 뉴제이슨약관)로 별도의 합의가 없는 한, 共同海損은 1994년 요크 앤트워프 규칙에 따라 런던에서 정산되어야 하고, 운송물의 소유자는 비록 共同海損이 船舶所有者의 사용인의 怠慢이나 過失로 기인 되었을 지라도 共同海損費用에 대한 운송물의 분담금을 지급토록 명시하고 있다. 또한, 共同海損이 미국의 법률과 관행에 따라 정산된다면 항해의 개시 전 또는 개시 후에 사고·위험·손해 또는 재해가 발생하였을 경우에는 그것이 어떠한 원인으로 발생하였는지 불문하고 또 그것이 과실에 인하였거나 아니거나 불문하고, 그 과실에 대해서 또는 그 과실의 결과에 대해서 운송인이 법률·계약 기타에 의하여 책임을 지지 않을 때에는 送荷人·受荷人 또는 運送物所有者는 共同海損의 성질을 가진 犧牲損害·損失 또는 費用의 지급에 관하여 共同海損으로서 운송인에게 분담하고, 또 운송물에 관하여 발생한 구조료 및 특별비용도 지급토록 규정하고 있다. 구조선이

15) 정영석, 「선하증권론」(서울: 텍스트북스, 2008), 4쪽.

16) 정영석, 「용선계약법강의」(부산: 해인출판사, 2005), 357-358쪽.

운송인에 의하여 소유 또는 운항되고 있을 경우에도 구조료는 당해 구조선이 제3자에 소속되어 있을 경우와 같이 구조료는 지급되고, 지급시기는 본선 인도전에 선박소유자에게 지급하여야 한다고 명시하고 있다. 표준계약서 제24조는 共同海損의 精算은 요크-엔트워프 규칙에 따라 정산하며, 용선료는 共同海損을 분담하지 아니한다고 명시하고 있다.

뉴욕프로듀스익스체인지(New York Produce exchange Form)용선표준계약상 共同海損에 대한 제19조의 정산규정은 요크-엔트워프 규칙을 준거로 하고, 이 규정 외의 사항에 대해서는 뉴욕항의 법률과 관습에 준거하여 정산하고 기재하며, 또한 결제하여야 한다고 규정하고 있다. 정산 통화는 미국의 통화로 환전하여야 하고, 화물의 인수에 대하여는 共同海損協定書 또는 共同海損盟約書 및 해상운송인이 요구할 수 있는 追加保證을 운송물 인도 전에 제공하여야 한다고 규정하고 있다.

2. 海上保險法上的 概念

1) 英國海上保險法



영국의 해상보험법(Marine Insurance Act, 1906)은 일반적으로 海上保險契約를 뜻하는 것으로 契約은 합의한 방법과 범위에서 해상사업에 부수하는 손해를 保險者가 被保險者에게 보상할 것을 인수한 계약이라고 한다.¹⁷⁾ 해상손해는 전손과 분손으로 나뉘어 정의¹⁸⁾하면서 共同海損은 분손으로써 共同海損의 희생 손해·비용 손해·분담금 규정을 두고 있다. 共同海損의 관련규정은 해상보험법 제66조로 ①共同海損 損害라 함은 共同海損行爲로 인하여 발생한 손해 또는 共同海損行爲의 직접적인 결과로 발생하는 손해를 말하고, 共同海損損害는 共同海損費用 및 共同海損犧牲損害를 포함한다고 명시하고 있다. ②共同海損行爲는 공동의 해상사업에 있어서 위험에 직면한 재산을 보존할 목적으로 위험이 있을 때에 고의로 그리고 합리적으로 이상의 희생을 일으키거나 또는 이상의 비용을 지출한 경우로 하고 있다. ③共同海損의 손해가 존재하는 경우, 그 손해를 부담하는 당사자는 海法에 의하여 부과되는 조건

17) 정영석, 「해상보험론」(부산: 해인출판사, 2005), 3쪽; 영국해상보험법 제1조.

18) 정영석, 상계서, 279쪽.

에 따라 다른 이해관계자들에 대하여 비례적인 분담금을 청구할 수 있는 권리가 있으며, 그러한 분담금을 共同海損分擔金이라고 명시하고 있다. ④保險證券에 명시적인 규정이 있는 경우를 제외하고 피보험자가 共同海損費用을 지출한 경우, 피보험자가 비용손해 중 자기부담으로 귀속되는 그 손해의 부담부분을 보험자로부터 보상받을 수 있음을 명시하였고, 共同海損犧牲의 경우에 피보험자는 분담의무가 있는 다른 당사자들에 대하여 그의 분담청구권을 행사하지 않고, 손해의 전액을 보험자로부터 보상 받을 수 있도록 하였다. ⑤보험증권에 명시적인 규정이 있는 경우를 제외하고 피보험자가 보험의 목적에 대하여 共同海損分擔金을 지불하였거나 또는 지불할 책임을 부담할 경우에는, 피보험자는 그러한 분담금을 보험자로부터 보상받을 수 있도록 하였다. ⑥명시적인 약정이 없는 한, 보험자는 피보험의 위험을 피할 목적으로 또는 피보험의 위험을 피하는 것과 관련하여 손해가 발생한 것이 아니면 보험자는 어떠한 共同海損損害 또는 共同海損分擔金에 대하여 그 보상책임을 지지 않도록 하였다. ⑦선박과 운임 및 적하 또는 이들 이익 중 두 가지가 동일 피보험자에 의하여 소유되었을 경우에 共同海損損害나 共同海損分擔金에 관한 보험자의 책임은 그러한 목적이 상이한 자에 의하여 소유되고 있는 경우에 준하여 결정되도록 규정하고 있다.

2) 海上保險約款

海上保險約款은 보험자와 피보험자간 해상위험으로 인해 손해발생시 보험자가 손해를 보상해주는 것으로 보험의 대상을 선박과 적하로 분류하고, 손해를 전손 및 분손으로 나뉜다. 共同海損은 분손에서 설명하고 있다. 해상보험은 주로 상업보험으로 민간손해보험회사에 의하여 운영되는 船舶保險과 積荷保險 등을 말하며,¹⁹⁾ 보험자가 피보험자에 대하여 그 계약에 의하여 합의한 방법과 범위 내에서 해상손해를 보상할 것을 약속하는 계약이라고 규정하고 있다(Marine Insurance Act, 1906, 제 1조). 共同海損은 해상분야에 존재하고 있는 위험의 분담제도 중 가장 오래된 것으로 해상보험 이전에 이미 채택되고 있었던 제도로서 그 자체는 해상보험과는 전혀 개별의 문제를 형성하고 있으나, 영국 해상보험법에서는 共同海損과 관련한 보험자의 책임과 권리에 관한 조항이 규정되어 있고, 현행 선박 및 적하의 해상보험약관상에는

19) 이재복, 「선박보험약관론」(서울: 보험연수원, 1999), 11~13쪽.

예외 없이 선박 및 적하의 共同海損損害와 共同海損分擔金이 증권하의 담보보험으로 포함되어 있는 관계로 해상보험과 共同海損은 2차적인 相關關係를 갖는다고 본다.²⁰⁾ 共同海損과 海上保險은 그 법적 성질이 전혀 별개의 제도로 현행 상법 제694조 및 영국 해상보험법(1906) 제66조는 共同海損을 해상보험계약의 담보원인의 하나로 규정하여 이를 “共同海損의 擔保危險化”라 부르고 있다.²¹⁾

첫째, 해상보험손해사정사협회실무규칙(Rules of Practice of The Association of Average Adjusted)상 共同海損은 정산규정으로 F조에 자세하게 규정되어 있다. 즉 ①갑판적화물의 투하는 상관습에 따라 그리고 해상화물의 운송계약에 위반함이 없이 운송되는 갑판적화물의 투하는 共同海損이며, 송하인의 동의를 얻어 갑판 상에 운송되는 화물의 투하는 이와같은 작부방법에 동의한 당사자 간에 있어서는 共同海損으로 한다(F1조). ②화재와 관련한 共同海損은 소화를 위하여 선창에 주입한 물에 의해서 발생한 손상과 연소 중의 선박을 해변에 얹히거나 선저에 구멍을 뚫어서 생긴 손해는 共同海損이 되며, 연기 또는 열에 의한 손해는 그 발생원인의 여하를 불문하고 보상하지 않는다.(F2, F3조). ③선박의 임의의 좌초 등에 대한 共同海損은 선박의 공동안전을 위하여 고의로 좌초시켰을 경우에는 共同海損이 되지만, 해안 또는 암초에 좌초되는 것이 불가피하여 고의로 좌초시켜 선박 및 화물, 운임에 발생한 멸실 및 훼손은 共同海損이 아니라 하고 그러나 이 경우 선박을 다시 부양시키기 위해 발생한 멸실 및 훼손은 共同海損이라는 것이다. 선박의 부양을 위하여 화물을 부선에 옮기고 선박 부양 후 재선적인 경우, 부선사용료 및 재선적비를 포함한 모든 선박의 무게줄임 비용, 선박의 부양을 위하여 노력 중 발생한 기계 및 기관의 손상도 共同海損이 된다(F4, 5, 7조). ④피난항의 비용에 대한 공동해손은 선박이 共同海損으로 처리되는 피해를 입은 결과 피난항에 입항하고 본래의 화물 또는 그 일부를 선적하고 거기에서 발항할 경우에는 출항비용과 입항비용은 共同海損으로 처리한다. 또한 그 훼손을 수선할 목적으로 화물을 양륙할 경우에는 창고비용 및 재선적비용은 양륙비용과 더불어 공동해손이 된다. 그리고 선박이 공동해손이 아니라 사고로 인하여 피난항에 입항할 경우 선박과 화물을 안전한 장소에 옮기기 위하여 소요

20) 윤민현, 전계논문, 93~94쪽.

21) 정영석, 「해상보험론」, 367쪽.

된 예선료, 도선료, 항비 또는 기타 이상의 비용은 전부 共同海損이 되고 화물의 재적재 및 창고료, 출항비용은 共同海損의 특별비용이 된다는 것이다(F8, 9, 10, 12 조).

둘째, 협회선박기간보험약관(Institute Time Clauses Hulls, 1982)상 共同海損은 제11조에 명시되어 있다. ①구조·구조료 및 共同海損의 선박분담분을 보상하며, 일부보험에 관해서는 감액된 비율로 보상한다. 그러나 선박의 共同海損 희생의 경우에는 다른 당사자에 대하여 共同海損分擔請求權을 행사하기 전에 손해액의 전액을 보상한다. ②정산은 해상운송계약에서 정산에 관하여 아무런 특약이 명시되어 있지 않은 경우에 준하여 海上運送事業이 종료하는 지역에서 시행되는 법률과 관습에 따라서 행하여 지는 것으로 한다. 그러나 해상운송계약에서 요크-앤티워프 규칙에 따른다고 규정되어 있는 경우에 그 정산은 이 규칙에 따른다. ③선박이 용선되지 않은 채로 공선으로 출항한 경우에 1994년 요크-앤티워프 규칙의 각 조항(제20조, 제21조 제외)을 적용하며, 이 목적으로 하는 항해는 피난항/장소 또는 연료보급항/장소에 기항하는 경우를 제외하고는 출항후 최초로 입항하는 항 또는 장소에 도착할 때까지 계속되는 것으로 본다. 만약 최초에 시도한 해상운송사업을 위하여 중간항 또는 장소에서 중지한다면 항해는 그때부터 중지된 것으로 본다. ④擔保危險을 피하기 위하여 또는 담보위험을 피하는 것과 관련하여 발생한 손해가 아닌 경우에 이 약관 제11조에 따라서 어떠한 보상도 인정되지 아니한다.

셋째, 協會積荷保險約款(Institute Cargo Clauses, 1963)上 共同海損은 협회구적하보험 제7조는 共同海損 및 구조비는 외국에서 작성된 정산서에 의하거나 또는 해상화물운송계약에 그렇게 규정되어 있으면 요크-앤티워프 규칙에 의거 정산된다고 규정하고 있다. 또한 협회신적하보험약관의 위험약관(I.C.C A)2의 규정은 일반면책·불내항 및 부적합면책·동맹과업면책 또는 이 보험의 다른 조항에서 규정한 면책위험을 제외한 담보위험을 피하기 위하여 발생한 경우라면 해상운송계약 또는 준거법과 관행에 따라서 정산되거나 또는 결정된 共同海損과 구조료를 보상한다고 하고 있다. 즉, 전쟁불담보약관이 명시된 조건에서 선박이 적의 기뢰에 부딪혀서 침몰의 위험에 처하게 되어 이를 피하고자 부근의 모래톱에 얽힌 경우, 형식상 共同海損을 구성하지만 보험자는 선장의 행위에 의하여 발생한 얽힌 손해에 대해서 보상책임

을 지지 않는다. 피난항으로 피항중에 보험자가 담보하지 아니하는 전쟁위험이 발생하여 이 위험을 피하기 위해 다른 항으로 항행이 요구되어 운항시 이에 사용된 비용에 있어 보험자는 共同海損의 피난성 운항비용은 보상하지 않는다. 22)

第2節 共同海損의 本質

1. 共同海損의 基本的 理念

共同海損은 해상법에서 발달한 것으로 해상보험과 관계없이 共同海損行爲로 발생한 손해에 대하여 이해관계자간의 그 분담에 관한 법률관계를 결정하는 것이며,²³⁾ 또한 共同海損은 “해상손해” 또는 “해손”의 일종으로 단독해손에 대립되는 손해라고 하고 있다.²⁴⁾ 이러한 관점에서 共同海損의 成立 및 基本理念을 共同安全主義와 共同利益主義, 犧牲主義로 설명하고자 한다. 공동안전주의는 영국이 채용하고 있고, 공동이익주의는 대륙법계의 국가들과 미국이 채용하고 있다.²⁵⁾ 이에 대한 예시는 국제 정산규칙인 요크-엔트워프 규칙의 규정으로 살펴보고자 한다.

1) 共同安全主義

공동안전주의는 “공동의 안전을 위해 필요한 사람이 손해를 입고, 그로부터 이익을 향유한 사람들이 손해를 입은 사람에게 보상을 해주지 않는다. 共同海損分擔義務는 분담정의의 원칙에 근거하고 있다.²⁶⁾ 이 주의는 프랑스를 비롯한 영국의 법학자들이 共同海損의 분담에 대한 적절한 이념이라고 한다.²⁷⁾

요크-엔트워프 규칙 A는 “공동해상의 재산을 위험으로부터 보존할 목적으로 공동안전을 위하여 이례적인 희생 또는 비용을 의도적, 합리적으로 발생하거

22) 정영석, 「해상보험론」, 368쪽.

23) Buglass. L. J. *General Average and the York/Antwerp Rules* (London, Witherby & Co., Ltd., 1983), p. 125.

24) 손주찬, 「상법(하)」 (서울: 박영사, 2005), 875~876쪽.

25) 龜井利明, 「海上保險法」 (京都: 法律文化社, 1972), 216面.

26) Lowndes & Rudolf, *The Law of General Average & The York-Antwerp Rules* 11th ed., (London: Sweet & Maxwell, 1990), para. 00. 19.

27) 龜井利明, 前掲書, 216面.

나 지출한 경우에 한하여 성립한다.”라고 하여 共同海損이 공동안전주의에 기초하고 있음을 명시하고 있다. 공동안전주의에 대한 숫자규정은 첫째, 숫자규정 제2조, “공동의 안전을 위하여 투하할 목적으로 개방한 창구 기타의 개구를 통하여 침입한 물로 인하여 그리고 공동의 안전을 위하여 실행한 희생으로 말미암아 또는 그 결과로써 공동 해상사업단체를 구성하는 재산의 멸실 또는 훼손은 共同海損으로 배상한다.²⁸⁾” 둘째, 숫자규정 제5조, “공동의 안전을 위하여 선박을 고의로 해안에 얹힌 때에는 그러한 행위가 없었더라도 그 선박이 해안에 얹혔을 것이라는 사정에 관계없이 그 결과로 공동해상사업단체를 구성하는 재산에 발생한 멸실 또는 훼손은 共同海損으로 인정한다.²⁹⁾” 셋째, 숫자규정 제7조, “해안에 얹혀서 위험한 상태에 있는 선박을 다시 뜨게 하려는 노력 중에 선박의 기계와 기관에 생긴 손해는 그러한 손해를 감수하고 공동의 안전을 위하여 선박을 뜨게 하려는 실질적인 의도에서 생긴 것으로 증명할 때에 그 손해는 共同海損으로 인정한다.³⁰⁾”고 규정하고 있다. 넷째, 숫자규정 제9조, “위험이 있을 때

28) York-Antwerp 2004. Numbered Rule 2. (Loss Or Damage By Sacrifices For The Common Safety): Loss of or damage to the property involved in the common maritime adventure by or in consequence of a sacrifice made for the common safety, and by water which goes down a ship's hatches opened or other opening made for the purpose of making a jettison for the common safety, shall be allowed as general average. (공동의 안전을 위하여 투하할 목적으로 개방한 창구 기타의 개구를 통하여 침입한 물로 인하여 그리고 공동의 안전을 위하여 실행한 희생으로 말미암아 또는 그 결과로써 공동해상사업 단체를 구성하는 재산의 멸실 또는 훼손은 공동해손을 구성한다)

29) York-Antwerp 2004. Numbered Rule 5. (Voluntary Stranding): When a ship is intentionally run on shore for the common safety, whether or not she might have been driven on shore, the consequent loss or damage to the property involved in the common maritime adventure shall be allowed in general average. (공동의 안전을 위하여 선박을 고의로 해안에 얹힌 때에는 그러한 행위가 없었더라도 그 선박이 해안에 얹혔을 것이라는 사정에 관계없이, 그 결과로 공동 해상사업단체를 구성하는 재산에 발생한 멸실 또는 훼손은 공동해손을 구성한다)

30) York-Antwerp 2004. Numbered Rule 7. (Damage To Machinery And The Boilers): Damage caused to any machinery and boilers of a ship which is ashore and in a position of peril, in endeavoring to refloat, shall be allowed in general average when shown to have arisen from an actual intention to float the ship for the common safety at the risk of such damage. (해안에 얹혀서 위험한 상태에 있는 선박을 다시 뜨게 하려는 노력중에 선박의 기계와 기관에 생긴 손해는 그러한 손해를 감수하고 공동의 안전을 위하여 선박을 뜨게 하려는 실질적인 의도에서 생긴 것으로 증명할 때에 그 손해는 공동해손을 구성한다. 그러나 선박이 떠 있는 상태에서 추진기와 기관을 작동시

에 공동의 안전을 위하여 불가피하게 연료로 사용한 적하·선박의 재료와 선용품 또는 그 일부는 共同海損으로 인정한다.³¹⁾ 다섯째, 숫자규정 제10조(b), “船積·寄港 또는 避難의 항구 또는 장소를 묻지 아니하고 그 곳에서 적하·연료 또는 船用品을 선내에서 관리 또는 양륙하는데 필요한 비용은 그 관리 또는 양륙이 공동의 안전을 위하여 필요하거나 또는 희생이나 사고로 말미암아 선박에 생긴 훼손을 수선할 필요가 있는 경우, 만일 그 수선이 항해를 안전하게 실행하기 위하여 반드시 필요한 경우에 이를 共同海損으로 인정한다. 선박안에서 積荷·燃料 또는 船用品의 관리 또는 양륙하는데 필요한 비용이 항해 중에 이들의 이동 때문에 재적부만을 목적으로 발생한 경우에는 共同海損으로 인정하지 아니한다. 그러나 이러한 재적부가 공동의 안전을 위한 것인 경우에는 共同海損으로 인정한다.³²⁾” 여섯째, 숫자규정 제11조는 “선박이 사고·희생 또는 기타 비정상적인 사정의 결과로서 공동의 안전을 위하여 필요하거나 혹은 희생 또는 사고로 인하여 선박이 입은 훼손을 수선하기 위하여 어떠한 항구 또는 장소에 입항하거나 또는 지연한 때에는, 이러한 항구 또는 장소에서의 초과된 지연 기간 중에 정당하게

켜 발생한 멸실 또는 훼손은 어떠한 경우에도 공동해손을 구성하지 아니한다)

- 31) York-Antwerp 2004. Numbered Rule 9. (Cargo, Ship's Materials and Stores Used for Fuel): Cargo, ship's materials and stores, or any of them, necessarily used for fuel for the common safety at a time of peril shall be allowed as general average. (위험이 있을 때에 공동의 안전을 위하여 불가피하게 연료로 사용한 적하, 선박의 재료와 선용품 또는 그 일부는 공동해손으로 인정한다)
- 32) York-Antwerp 2004. Numbered Rule 10. (Expenses at Port of Refuge, etc.) (b): (i) The cost of handling on board or discharging cargo, fuel or stores whether at a port or place of loading, call or refuge, shall be admitted as general average, when the handling or discharge was necessary for the common safety or to enable damage to the ship caused by sacrifice or accident to be repaired, if the repairs were necessary for the safe prosecution of the voyage,…….(선적·기항 또는 피난을 위한 항 또는 장소를 묻지 아니하고, 그 곳에서 운송물, 연료 또는 선용품을 선내에서 관리 또는 양륙하는데 필요한 비용은 그 관리 또는 양륙이 공동의 안전을 위하여 필요하거나 또는 희생이나 사고로 말미암아 선박에 생긴 손상을 수선할 필요가 있는 경우, 만일 그 수선이 항해를 안전하게 실행하기 위하여 반드시 필요한 경우에 이를 공동해손으로 인정한다) (ii) The cost of handing on board or discharging cargo, fuel or stores shall not be admissible as general average when incurred solely for the purpose of restowage due to shifting during the voyage, unless such restowage is necessary for the common safety. (선박 안에서 운송물·연료 또는 선용품의 관리 또는 양륙하는데 필요한 비용이 항해 중에 이들의 이동 때문에 재적부만을 목적으로 발생한 경우에는 공동해손으로 인정하지 아니한다)

지급한 부양비는 선박이 항해를 계속할 준비를 완료하였거나 또는 완료할 수 있을 때까지를 한도로 하여 共同海損으로 인정한다고 명시하고 있다.” 일곱째, 숫자규정 제14조, “선적항·기항항 또는 피난항에서 공동의 안전을 위하여 또는 共同海損의 희생에 의하여 발생한 손상을 임시로 수선할 경우 그 수선비용은 共同海損으로 인정한다.³³⁾”

영국은 선박이 현실적인 공동위험을 피하기 위하여 피난항에 입항한 경우 입항 및 적하의 양륙시점에서 현실적인 공동위험은 해소되고 공동안전은 달성되므로 그 시점까지의 손해 및 비용인 입항비용과 양륙비용은 共同海損이 되고, 향후 항해를 계속 하기위해 소요되는 창고료, 재선적비, 출항비용은 共同海損에 해당되지 않는 것으로 영국해상보험손해사정사협회실무규칙 F9조에 명시하고 있다. 그러나 영국해상보험손해사정사협회실무규칙 F8조와 F10조, 1890년-1891년 로이드에서는 창고비용, 재선적비용, 양륙비용, 창고까지 운송하는 비용을 共同海損으로 인정하고 있어 영국 내부적으로도 이에 대한 의견을 달리하고 있다.

2) 共同利益主義

共同利益主義는 화물이 최종목적지에 도착함으로써 당해 항해의 완수가 共同海損團體에 이익을 가져다준다는 현실적인 논리로 해상사업의 성취를 방해하는 위험에서 일체의 장애를 제거하는 각종 수단이 共同海損費用이 되고 인정됨으로써 그 비용을 분담한다는 것으로, 사업전체의 이익에 손해가 발생하는 사실에 중점을 두어 해상사업의 성취를 방해하는 위험에서 유래되는 일체의 장애를 제거하는 각종 수단은 共同海損 행위가 되고 그로인한 손해는 共同海損으로 인정된다.³⁴⁾ 즉 선박 및 적하가 현실적 공동위험을 피하고 난 뒤 안전한 상태에서 향후 항해를 완료하기 위해 발생하는 손해 및 비용도 共同海損이라는 입장이다. 여기에는 피

33) York-Antwerp 2004. Numbered Rule 14. (Temporary Repairs): a. Where temporary repairs are effected to a ship at a port of loading, call or refuge, for the common safety, or of damage caused by general average sacrifices, the cost of such repairs shall be allowed as general average.(선적항·기항항 또는 피난항에서 공동의 안전을 위하여 또는 공동해손 희생에 의하여 발생한 손상을 임시 수선할 경우 그 수선비용은 공동해손으로 인정한다)

34) 瀬戶彌三次, 「海上保險體系(共同海損制度 基本論編)」, 박희수 역, (부산: 세종출판사, 1995), 193~194쪽.

난항에서의 창고보관료, 재선적비 및 출항비용 등이다.³⁵⁾ 대륙계 나라 및 미국이 이에 따르고 있다.

요크-안트워프 규칙으로는 첫째, 문자규정 G는 “共同海損은 손해와 분담의 양자에 관하여 그 항해가 종료한 때와 곳의 가액을 기초로 하여 이를 정산하고, 선박이 共同海損으로 인정할 수 있는 상황에서 어떤 항구 또는 장소에 정박하고 있고 그리고 적하 또는 그 일부가 다른 운송수단에 의하여 목적지에 운송될 경우, 共同海損의 권리와 책임은 실행가능하다면 적하이해관계인에게 통지할 것을 조건으로 하여, 그러한 계속운송이 없었던 것과 똑같이, 마치 해상사업이 운송계약과 적용법률에 따라 적법한 본래의 선박으로 계속하였던 것처럼 존속한다.³⁶⁾”고 하여 항해의 완수를 의제하고 있다. 둘째, 숫자규정 제10조 (a) 피난항 등에서의 비용규정에서 “선박이 사고, 희생 또는 기타의 비정상적인 상태의 결과로서 필연적으로 공동의 안전을 위하여 피난항 또는 避難地에 入港하거나 또는 船積港 또는 船積地로 회항한 경우에, 그러한 항구 또는 장소에 입항하는 비용은 共同海損으로 인정한다. 그리고 그 선박이 원래 적하의 전부 또는 일부를 선적하고 다시 그곳을 발항한 때에는 그러한 입항 또는 결과로 항구나 장소를 출항하는 비용도 역시 共同海損으로 인정한다. 선박이 여하튼 피

35) 박환재, 「공동해손제도의 존재요인에 관한 연구」, 박사논문 중앙대학교, 1997, 13쪽.

36) York-Antwerp 2004. Lettered Rules G. (General Average Contributory Value and Non Separation Agreement): General average shall be adjusted as regards both loss and contribution upon the basis of values at the time and place when and where the adventure ends. This rule shall not affect the determination of the place at which the average statement is to be made up. When a ship is at any port or place in circumstances which would give rise to an allowance in general average under the provisions of rules X and XI, and the cargo or part thereof is forwarded to destination by other means, rights and liabilities in general average shall, subject to cargo interests being notified if practicable, remain as nearly as possible the same as they would have been in the absence of such forwarding, as if the adventure had continued in the original ship for so long as justifiable under the contract of affreightment and the applicable law.(공동해손은 손해와 분담의 양자에 관하여 그 항해가 종료한 때와 곳의 가액을 기초로 하여 이를 정산한다. 이 규정은 공동해손정산서를 작성할 장소를 결정하는데 영향을 주지 아니한다. 선박이 제10조와 제11조의 조항에 따라서 공동해손으로 인정할 수 있는 상황에서 어떤 항 또는 장소에 정박하고 있는 경우, 그리고 실행가능하다면 적하이해관계인에게 통지할 것을 조건으로 운송물 또는 그 일부가 다른 운송수단에 의하여 목적지에 운송할 경우 공동해손의 권리와 책임은 마치 해상사업단체가 운송계약과 적용법률에 따라서 적법한 한 본래의 선박으로써 계속하였던 것처럼 그러한 계속운송이 없었던 것과 똑같이 존속한다)

난항 또는 피난지에 있고 그 최초의 항구 또는 장소에서 수선이 불가능하여 반드시 다른 항구 또는 장소로 이동하여야 할 경우, 제2의 항구 또는 장소에 대하여도 마치 피난항 또는 피난지에 대한 것과 같이 이 조를 적용하며, 또한 임시수선비 및 예산료를 포함한 그러한 이동 비용도 共同海損으로 인정한다³⁷⁾ 셋째, 숫자규정 제12조 양륙 등에 있어서의 적하의 손해에서 “적하, 연료 또는 선용품이 그 취급, 양륙, 보관, 재선적 및 적부의 결과로서 입은 훼손 또는 멸실은 이러한 작업에 소요되는 비용이 共同海損으로 인정되는 경우에 한하여 共同海損을 구성한다.³⁸⁾”라고 규정하고 있어서 계속항해와 항해의 완성을 요구하는 이익주의의 규정인 것이다.

37) York-Antwerp 2004. Numbered Rule 10. (Expenses at Port of Refuge, etc.) a. (i)When a ship shall have entered a port or place of refuge or shall have returned to her port or place of loading in consequence of accident, sacrifice or other extraordinary circumstances which render that necessary for the common safety, the expenses of entering such port or place shall be allowed as general average; and when she shall have sailed thence with her original cargo, or a part of it, the corresponding expenses of leaving such port or place consequent upon such entry or return shall likewise be allowed as general average. (선박이 사고, 희생 또는 기타의 비정상적인 상태의 결과로서 필연적으로 공동의 안전을 위하여 피난항 또는 피난지에 입항하거나 또는 선적항 또는 선적지로 회항한 경우에, 그러한 항구 또는 장소에 입항하는데 사용된 비용은 공동해손으로 인정한다. 그리고 그 선박이 원래의 운송물의 전부 또는 일부를 선적하고서 다시 그 곳을 발항한 때에는 그러한 입항 또는 회항의 결과로 사용하게 된 비용도 역시 공동해손으로 인정한다)

(ii)When a ship is at any port or place of refuge and is necessarily removed to another port or place of refuge because repairs cannot be carried out in the first port or place, the provisions of this Rule shall be applied to the second port or place of refuge as if it were a port or place of refuge and the cost of such removal including temporary repairs and towage shall be allowed as general average. The provisions of Rule XI shall be applied to the prolongation of the voyage occasioned by such removal. (선박이 어떠한 피난항 또는 피난지에 있거나, 그 최초의 항 또는 장소에서 수선이 불가능하여 반드시 다른 항구 또는 장소로 이동하여야 할 경우에, 제2의 항구 또는 장소에 대하여도 제1의 피난항 또는 피난지에 대한 것과 같이 이 조항을 적용한다. 또한 그러한 이동비용도 임시수선비 및 예산료와 함께 공동해손으로 인정한다. 제 11조의 규정은 이러한 이동에 의하여 발생하는 항해의 연장에 적용한다)

38) York-Antwerp 2004. Numbered Rule 12. (Damage To Cargo In Discharging, etc.): Damage to or loss of cargo, fuel or stores sustained in consequence of their handling, discharging, storing, reloading and stowing shall be made good as general average, when and only when the cost of those measures respectively is allowed as general average. (운송물의 취급, 양륙, 보관, 재선적 및 적부의 결과로서 입은 운송물, 연료 또는 선용품의 손상 또는 멸실은 이러한 작업에 소요되는 비용이 각각 공동해손으로 인정되는 경우에 한하여 공동해손을 구성한다)

3) 犧牲主義

犧牲主義는 선장의 處分에 따라 희생된 손실에 대하여만 인정한다는 것으로서³⁹⁾ 공동안전주의는 해손의 범위가 너무 협소하고 이익주의는 반대로 범위가 크기 때문에 이를 절충한 것이 희생주의로 절충주의라고 하는 학자도 있다.⁴⁰⁾ 즉, 피난항의 출입비·정박료는 共同海損이 되나, 수선비는 제외된다. 우리나라 상법과 요크-엔트워프규칙이 이에 따르고 있으며, 요크-엔트워프 규칙 제10조 (a), (b), 제11조 (b) 항이다.

2. 學說의 對立

共同海損에 대한 법적 성질을 논함에 있어 등장하는 학설을 말하는 것으로 여기에는 衡平說, 危險共同體說, 事務管理說, 不當利得說, 代理說, 契約說이 있다. 요크-엔트워프 규칙의 共同海損은 해상에서의 특수한 법률요건으로 설명하면서 형평설과 위험공동체설을 수용하고 있다. 이는 해상 관습에 따른 것으로 선박과 적하가 공동위험에 놓이게 되면 선박 및 적하의 일부 희생으로 전체를 보존하여 위험으로부터 공동의 재산을 보호하게 된다. 그리고 희생과 보전 사이는 형평의 원리가 적용되고, 서로가 하나의 위험공동체 속에 놓여 있었다는 것을 전제로 분담은 역사적인 해상운송의 산물이라는 것이다. 해상보험계약의 共同海損은 해상위험으로 인하여 손해가 발생할 것을 대비하여 선박소유자와 화물소유자는 각각 보험자와 보험계약을 맺고, 共同海損이 발생되면 계약의 효과가 명시된 船荷證券 및 海上保險約款에 따라 共同海損 희생과 비용에 대하여 이해관계자들이 분담을 하게 된다. 위 두 가지 제도의 본질적 내용은 共同海損 발생시 이해관계자들이 共同海損 희생 및 비용손해에 대하여 왜 분담을 하여야 하는지에 대한 논리를 주장하는 것이다. 18세기 이전의 共同海損은 해상위험으로 인하여 손해가 발생되면 이것이 단독해손인지 아니면 共同海損인지를 먼저 판단하고, 共同海損이면 손해입은 자와 그 손해로 인하여 재산을 보전받은 자로 나누어지게 된다. 그러면 손해를 입은 자는 당연히 운송의 결과로 얻게 되는 이익을 누리지 못할 것이고, 보전을 받은 자는 운송의 이익을 얻게 될 것이다. 이렇게 되면 전체

39) 정영석, 「해상법원론」, 420쪽.

40) 龜井利明, “共同海損と海上保險”, 「保險月報」, 제72호, (1969), 57面.

를 위해 희생된 자와 보전을 받은 자 간의 형평성이 문제됨으로 이를 개선하기 위하여 그 손해에 대하여 이해관계자들이 분담을 하게 함으로써 손해와 이익간의 형평 및 사회 정의와 도덕성을 유지하여 왔다. 해상운송에 있어 선박소유자는 선박이라는 수단을 이용하여 하주들의 화물을 목적지까지 운송하게 되고 그 과정에서 선박과 적하는 해상위험에 항상 노출되어 있다는 것을 전제로 해상운송의 이해관계자를 危險共同體라 칭하였다. 18세기에 접어들면서 해상위험으로 부터 손해를 줄이기 위한 노력도 증대되기 시작하였다. 그 예로 선박이 대형화되고, 조선훈을 발전시키고, 각종 항해장비 및 엔진기관 등을 첨단화시켰다.⁴¹⁾ 이로 인해 해상위험에 대처하는 능력이 향상됨과 동시에 선박과 적하를 하나로 묶는 위험공동체 보다는 선박과 적하의 특성에 맞도록 각각의 해상보험계약 단위로 결합한 조합의 형태로 해석하려는 경향이 두드러지게 되었다. 보험계약은 사회정의 보다는 서로 간에 믿을 수 있는 방법 중 하나로 도출된 장치라고 보아야 할 것이다. 근대 사회는 모든 경제활동이 계약이라는 일정한 형식에 의하여 문서로 약속되었다. 계약에 따라 문서로 협의되지 아니한 손해와 위반에 대해서는 그 손해를 보상해 줄 것을 요구하는 등의 법률적 효과를 주장할 수 없다는 것이 보편화되는 시기였다. 共同海損에 있어 인간 본연의 이성을 근본으로 하는 기본적인 법리를 지켜 나가려고 하는 입장은 共同海損損害 발생시 분담금의 정산 및 분담자체를 인정하지 않는 등 이해관계자들에게 분쟁의 발미와 정산이 완료되기까지 상당한 기간이 초래되는 원인을 제공하기도 한다. 위와 같은 내용을 기초로 共同海損의 본질을 학설 중심으로 살펴보고자 한다.

1) 衡平說

衡平說은 共同海損의 법리가 어떠한 조리 위에서 사회적 요구에 의해 형성되고 발전되었다는 점에서 사회정의를 바탕으로 하는 衡平의 原則에 따라 해상운송의 관습으로 인정되었다는 학설로서 영국이 주장하고 있다.⁴²⁾ 이 학설은 로마법의 기본사상인 정의를 근거로 한 형평의 관념에서 찾고 있다. 共同海損의 정산측면에서는 이익주의와 안전주의로 나누어 설명함으로써 통일적인 정산이 어렵고, 해손 종결까지 많

41) 박용섭, 「해상법론」, 760-761쪽.

42) 박환재, 전계논문, 57-58쪽.

은 시간과 비용이 소요되는 등 衡平의 原則과 상반되는 문제점을 안고 있다. 이 견해는 共同海損이 있는데에 일부의 이해관계 있는자가 손실을 당하고, 다른 일부의 이해관계인은 이익을 받으므로, 형평의 이념상 수혜자가 희생자에게 손실을 보상하는 제도로써 共同海損制度가 있다고 한다.⁴³⁾ 共同海損의 효과측면에서는 이해관계인이 공평하게 분담한다고 하는 의미에서는 타당할지 모르나, 어떠한 재산의 희생이 보상을 받는다고 하더라도 그 소유자의 의사여하에 상관없이 배상이 제도적으로 인정되는 점에 대하여 충분히 설명할 수 없음⁴⁴⁾과 형평의 관념은 어떠한 법률제도에서도 그 기저를 이루고 있기 때문에 형평의 관념만으로 共同海損을 설명하는 것은 해상이라는 특수성에 비추어 볼 때 타당하지 않다는 批判을 받고 있다.⁴⁵⁾

2) 危險共同團體說

危險共同團體說이란 선박 및 적하는 항해 중에 하나의 危險共同體를 구성하므로, 그 위험이 단체를 위협하여 일부를 버리고 전체의 이익을 구할 필요가 있을 때는 일반법과 달리 개개의 이익을 자유로이 처분토록 하여 그 손해에 대하여 이해관계인들이 公平하게 부담하여야 한다는 학설을 말한다. 이것은 전체의 이익을 위해서 단체의 관리자인 선장이 적하를 버리는 행위 및 좌초·구조계약의 체결 등의 처분을 할 수 있도록 인정함⁴⁶⁾과 동시에 그 희생이나 비용 내지 손해는 공동체 전체의 이익을 위하여 생긴 것으로 공동체를 구성하는 선박 및 적하의 각 이해관계인이 부담한다는 취지가 共同海損이라는 것이다.

이 학설은 공동위험단체의 재산적 소유자인 선주와 하주가 승선하지 않는 경우가 대부분으로 공동위험단체라고 하는 관념은 단지 법률상 의제된 것에 지나지 않는 한계점이 있다. 그러나 선박과 적하는 선장의 지배·관리하에 있고공동위험에 놓이게 되면 이때 선장은 공동재산의 관리자로서 이 위험단체를 위하여 가장 유리한 처분을 할 수 있게 하고, 이로 인한 손실은 그 구성원이 공동으로 부담하는 것이라고 한다.⁴⁷⁾ 현재 해상사업단체는 실질적인 위험공동단체의 구성원을 대신하여 선박과 적

43) 박헌목, 전거서, 283쪽.

44) 박용섭, 「해상법론」(부산: 효성출판사, 1998), 738쪽.

45) 박성호, “공동해손에 있어서 YAR의 제문제에 관한 연구”, 박사논문 계명대학교, (1999), 27쪽.

46) 정영석, 「해상법강의요론」(부산: 해인출판사, 2003), 176쪽.

하의 경제단위를 구성하는데 지나지 않아 법규적으로 희생과 비용의 분산 및 법적경제라고 하는 共同海損의 이념에 비추어 타당하지 않다는 批判을 받고 있다.⁴⁸⁾ 현재 우리나라의 通說이며 독일에서 주장하고 있다.⁴⁹⁾

3) 不當利得說

不當利得說은 투하된 타인의 손실로 인해 보존된 자기의 적하로 받은 이익을 반환하는 것이 의무라는 입장에서 나온 것으로, 프랑스와 일본에서 주장하는 학설이다. 이 학설은 손해를 입은 자 이외의 자가 법률상의 원인없이 이득을 얻었다고 할 수 있는나 라는 점에서 의문을 제기하고, 共同海損이 부당이득의 성질이 있다면 共同海損의 특별규정은 존재의 필요성이 없게 되며, 육상운송에 대해서도 共同海損을 인정할 수 있다는 점에서 비판을 받고 있다.⁵⁰⁾ 그리고 선장의 처분행위는 다른 사람의 재산을 적극적 수익 또는 소극적 수익을 발생시킨 것이 아니라, 선박 또는 적하의 처분으로 감소 내지 동일한 가치를 보존하는 것으로, 민법상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자가 그 이익을 반환하는 개념은 아니라는 것이다. 그리고 共同海損의 분담은 민법상 반환과는 다른 것이 민법상 부당이득은 손실을 한도로 부당이득자는 현존하는 이득의 전액을 반환하지만, 共同海損의 분담은 희생처분으로 입은 손해액을 한도로 하여 현존가액의 범위 내에서 비율을 분담하고 희생된 재산의 소유자도 배상총액을 가지고서 분담 의무를 진다. 그런데 부당이득의 반환과 共同海損의 분담은 그 내용을 달리하므로, 부당이득으로 볼 수 없다는 것이다.⁵¹⁾

4) 共同代理說

共同代理說은 선장의 처분은 선박 또는 적하의 소유자의 행위가 되므로, 그 효과는 공동재산소유자 등이 부담하는 것이라고 보는 설로서, 미국에서 주장하고 있

47) 박헌목, 전계서, 283쪽.

48) 박용섭, 전계서, 738쪽.

49) 이기수, 「보험법·해상법학 제4판」(서울: 박영사, 1998), 513쪽.

50) 田中誠二, 「海商法詳論」(東京: 經草書房, 1976), 479面.

51) 박용섭, 전계서, 740쪽.

다.52) 선장은 선주 및 하주 등 전체 이해관계인의 共同代理人으로서 그의 법정권한에 기하여 共同海損行爲를 한다는 논리로 마치 선박 또는 적하의 소유자가 자기의 행위에 대하여 스스로 책임을 지는 것과 같은 것이므로, 그 효과는 공동 재산소유자 등이 부담하는 것으로 보는 학설이다. 즉, 共同海損의 결정은 선장의 판단에 따르는 것으로 선장의 共同海損 행위는 선주 및 하주 등 전체 이해관계인의 共同代理人으로서 그의 법률 권한에 기하여 행하게 되고, 이로 인해 발생된 희생은 이해관계인들이 부담하는 것은 당연하다는 것으로 어떠한 형태로 이루어지던 상관없이 선주와 선장, 선주와 하주간에는 분명히 계약이 존재하고, 그 계약의 효과로서 이해관계자들이 共同海損 손해 발생시 부담을 하게 되므로 그 부담을 인정치 않는 등의 문제점은 계약에 의해 최소화될 수 있을 것이다. 다른 한편으로는 적하의 소유자인 화주들 간에는 그 어떠한 계약도 없는 상태에서 서로 간 손해에 대하여 부담을 한다는 것은 약속에 의해 이루어지는 계약의 원칙에 맞지 않는다는 모순이 있으며, 대리설은 선장이 共同海損行爲를 할 수 있다는 자격을 설명하고 있는데 요크-엔트워프 규칙에서는 共同海損行爲가 반드시 선장일 것을 요건으로 하지 않으며, 또한 사법상 대리는 의사표시로 인정되는 것이 원칙인데, 共同海損 그 자체는 의사표시가 아니기 때문에 共同海損의 법적성질을 공동대리의 관념으로서 설명하는 것은 타당하지 않다고 批判하고 있다.53)

5) 事務管理說

事務管理說이란 관리자가 자신의 의무없는 행위로 인하여 생긴 이익을 타인에게 귀속시킬 의사로써 지출한 비용을 반환받는 것이라고 하는 학설이다.

共同海損은 선주 및 하주가 기탁한 재산에 관하여 선장이 관리행위를 하는 것으로서 그 결과인 손실은 당연히 피관리자인 각 이해관계인이 부담하여야 한다는 것이다. 이 학설은 선장이 행하는 共同海損行爲는 선장의 직무상 의무에서 발생하는 경우도 있다는 점에서 보면 사무관리의 객관적 요건에 배치되고 희생과 비용의 부담방법에 관해서도 사무관리에 관한 규정은 共同海損分擔에 관한 각 조건과는 다른 점이 많

52) 田中千束, 「共同海損の研究」(東京: 成山堂書店, 1980), 97~107面.

53) 田中千束, 上掲書, 98面.

으므로 사무관리의 법리로서 共同海損을 설명하는 것은 타당치 않다는 批判을 받고 있다.⁵⁴⁾

6) 契約說

契約說이란 해상운송인과 하주사이에 운송계약을 체결할 때에 共同海損의 손해와 분담관계를 합의하고 동시에 그 운송계약서를 통하여 하주 상호간에도 명시적 의사표시으로써 共同海損 손해와 분담을 합의한 것으로 보는 학설이다. 이 학설은 해상운송인과 하주와의 운송계약에 共同海損에 관한 사항을 약정한 것에 법적 기초를 두고 있다. 영국법원에서는 해상사업단체를 구성하는 해상운송인과 모든 하주 사이에는 묵시적인 합의가 있다고 본다. 즉 해상운송인과 모든 하주가 개별적으로 운송계약을 체결할 때, 운송도중 공동위험에 조우한 때에 선장은 선박과 적하를 구조하기 위하여 共同海損行爲를 한 권리를 가지고 그 행위에 따라서 발생한 손해에 대하여 자기가 분담할 것을 묵시적으로 합의한 것으로 보는 견해이다.⁵⁵⁾

8) 特殊法律要件說

特殊法律要件說이란 共同海損損害의 분담이 상법 및 민법상의 법률적 요소가 적용되지 않는 특수한 법률요건으로 보는 설이다.

따라서 해상법상 共同海損이 특별히 규정되고 있는 것은 그 기술적 성격 때문에 그러한 분담 또는 부담관계에 대하여 민법상의 일반원칙과는 다른 특수한 취급을 할 필요가 있다. 共同海損의 효과인 손해의 분담은 법률상 부여된 것이고 각 이해관계자의 의사에 의하여 발생하는 것은 아니다. 따라서 共同海損의 법적성질에 관하여 특수한 법률요건이라고 보고 그러한 법률요건을 충족할 때에는 당연히 법률상의 특정한 효과가 발생한다는 견해이다.⁵⁶⁾

54) 이영수·이승훈, “공동해손의 성립요건과 문제점에 관한 고찰”, 「무역학회지」, 제20권 1호, (2005), 441쪽.

55) 정영석, 「해상법강의요론」 176쪽.

56) 김현, “공동해손에 관한 비교법적 고찰”, 「해법회지」, 제14권 제1호 (1992), 290쪽.

3. 法的 性質

1) 海上保險法 및 運送約款, 保險約款上的 法的 性質

선박과 적하가 공동의 위험에 조우하여 선박 및 적하 일부의 희생으로 공동체 전체를 보존한 경우, 운송인은 합리적인 방법에 따라 선박 또는 적하를 고의적으로 희생시킨 것과 이해관계자에게 공동분담의무를 부담시키기 위해 共同海損宣言을 하게 된다. 이것을 두고 共同海損行爲의 결정권한이 운송인인 선장 및 그 대리인에게 부여된 것이 運送契約에 의한 것이라고 반문했을 때에 그러하다고 단정지어 말할 수 없다. 그리고 운송인의 共同海損行爲로 인하여 선박 및 적하가 희생되거나 비용손해가 발생하여 이해관계자들이 분담하여야 할 경우에 이해관계자들이 共同海損 발생 전 계약을 근거로 분담에 따르는 것은 아니다.⁵⁷⁾ 그렇다면 어떠한 이유로 이해관계자들이 계약을 체결한 것처럼 또는 법적 규정에 의해 준수하는 것처럼 분담에 동의하는 것인지에 대한 이해가 필요하다.

共同海損에 대한 정산은 해상운송계약 및 보험약관에 요트 엔트워프 규칙을 따르도록 규정되어 있어서 당사자간의 계약에 의한 합의로 준수되는 것으로 계약설의 성질을 띠고있는 한편, 선박소유 형태, 운송의 형태에 따라 선장의 대리권 여부가 확정되는 만큼 선장의 처분은 선박소유자와 적하소유자간의 계약에 의해 주어지는 대리권의 성질이 강하다.

2) 商法 規定上 法的 性質

현행 海商法은 상법전의 일부를 이루고 있고 바다라는 특수한 환경에서 활동하는 해상기업의 생활관계를 규율하는 법으로서 상법에 대하여 특별법의 지위에 있다.⁵⁸⁾ 상법전의 제5편 해사편은 1962년1월 20일 제정 이후 1991년 12월31일 개정

57) The obligation to contribute, therefore, depends not so much upon the terms of any particular instrument as upon a general rule of maritime law. The obligation may be limited, qualified, or even excluded by the special terms of a contract, at between the parties to the contract; but there is nothing of that kind of any contract between the parties to this cause.; T. G. *Carrage by Sea*, 15th ed., (London: Stevens & Sons, 1971), p. 852.

58) 송상현·김현, 「해상법원론」, 제3판 (서울: 박영사, 2005), 2-3쪽.

되었으며 2007년 8월 3일 다시 전면 개정되어 2008년 8월 4일부터 시행되고 있는 해상법의 가장 기본적인 법원이다.⁵⁹⁾ 상법전 제5편 해상편을 그 내용에 따라 구분하여 보면, ①해상기업의 조직에 관한 법, ②해상기업의 활동에 관한 법, ③해상기업의 위험관리에 관한 법, ④선박담보에 관한 법으로 구성되어 있다. 우리나라 해상법상 共同海損에 관한 사항은 해상기업의 위험관리에 관한 법인 第3章 第1節에서 규정하고 있다.

共同海損制度는 고대로부터의 해상관습으로부터 유래하여 독특하게 발달하여 온 것으로 해상법의 규정에 따라 엄격하게 적용하여 요건에 해당하면 共同海損으로서의 법적 효력이 발생한다.⁶⁰⁾ 또한 현행 해상법은 선하증권의 뒷면약관이나 해상보험계약에서 약관의 내용으로 요크-엔트워프 규칙을 적용하는 경우에는 당사자의 합의에 의하여 共同海損을 적용하는 것이므로, 특수한 계약으로 보아야 한다는 입장이며, 共同海損은 공동위험단체의 내부관계를 보호하고 조정하는 것으로서 이에 관한 규정은 任意規定이다.⁶¹⁾ 이에 대해 强行規定과 任意規定의 효력에 대하여 보면, 强行規定은 당사자의 의사에 의하여 그 규정의 적용을 배제할 수 없는 규정으로 만약, 그 내용과 다른 규정으로 쌍방계약을 하면 무효로서 그 효력이 발생하지 않는다는 것이다. 임의 규정은 당사자의 의사에 의하여 그 규정의 적용을 배제할 수 있는 규정으로, 다른 내용으로 당사자간에 약정을 하더라도 약정내용에 따라 효력이 발생한다.⁶²⁾ 상법은 共同海損에 관한 규정을 두고 있으나 이들 규정이 임의규정이기 때문에 당사자가 상법의 규정과 다른 약정을 하는 것은 자유이며, 共同海損에 대해서는 요크-엔트워프 규칙이 국내외의 용선계약서, 선하증권, 보험증권 등에서 보통계약약관으로서 예외없이 채용되고 있으므로, 상법의 규정은 보충적으로 적용되는데 그친다.

59) 정영석, 「해상법원론」, 10쪽.

60) 정영석, 상계서, 415쪽.

61) 정찬형, 「상법강의(하)」, 제10판 (서울: 박영사, 2008), 924쪽.

62) 지원립, 「민법강의」, 제7판 (서울: 홍문사, 2009), 189쪽.

第3節 小 結

첫째, 共同海損 개념의 상이와 관련하여 현행 상법은 “선박과 적하의 공동위험을 면하기 위한 선장의 선박 또는 적하에 대한 처분”이라 하며, 영국해상보험법에서는 “공동의 해상사업에 있어서 위험에 노출된 재산을 보존할 목적으로 위험이 있을 때에 고의로 그리고 합리적으로 이상의 희생을 일으키거나 또는 이상의 비용을 지출한 경우”라고 규정하고 있다.

그리고 海上運送規則과 約款, 保險約款上 共同海損의 개념들을 살펴보면 상이점을 발견할 수 있다. 즉 ①海上運送規則과 約款은 운송인과 하주를 중심으로 해상위험으로 인하여 손해가 발생되었을 경우에는 운송인의 면책사항을 규정해 놓음으로써, 운송인이 면책사항에 해당되면 하주가 손해를 부담하여야 한다. ②海上保險約款은 보험자와 피보험자간의 해상위험으로 인하여 손해발생시에 보험자가 손해를 보상해주는 것으로, 보험의 대상을 선박과 적하로 분류하며, 손해를 全損 및 分損으로 구분하고, 분손에서 共同海損을 설명하고 있다. 이와 같은 해상운송약관과 해상보험약관의 상이로 인하여 海上危險으로 共同海損 발생시 共同海損의 여부를 결정하고, 共同海損의 비용범위, 정산을 하고 있다.

둘째, 共同海損 기본이념에 대한 海損의 결정시점에 대한 문제로서 ①共同安全主義는 共同海損의 목적을 船舶 및 積荷의 공동안전의 확보에 있음을 강조하며⁶³⁾, 선박 및 화물의 물리적 안전을 달성하는 시점을 終了時點으로 보고 있고,⁶⁴⁾ ②共同利益主義는 선박 및 적하가 현실적 공동위험을 피하고 난 뒤 안전한 상태에서 향후의 航海를 완료하는 시점이며 ③희생주의는 선장의 처분과 상당한 因果關係가 있는 시점까지만 共同海損으로 인정하고 있다.

셋째, 共同海損에 관한 학설의 대립은 衡平說과 危險共同體說, 代理說과 契約說간의 대립이라고 본다. 요크-엔트워프 규칙상 共同海損은 해상에서의 특수한 법률요건으로 설명하면서 형평설과 위험공동체설을 수용하고 있다. 이는 해상 관습에 따른 것으로 선박과 적하가 공동위험에 놓이게 되면, 선박 및 적하의 일부 희생으로 전체

63) Dover Victor, *A Handbook to Marine Insurance* (London: Witherby & Co. Ltd., 1982), p 630.

64) 박환재, 전제논문, 11쪽.

를 보존하여 위험으로부터 공동의 재산을 보호하게 된다. 海上保險契約上 共同海損은 해상위험으로 인하여 손해가 발생할 것을 대비하여 船舶所有者와 貨物所有者는 각각 보험자와 보험계약을 맺고, 共同海損이 발생되면 계약의 효과가 명시된 船荷證券 및 海上保險約款에 따라 共同海損의 희생과 비용에 대하여 이해관계자들이 분담을 하게 된다는 것으로, 계약설과 대리설을 수용하고 있다. 이를 共同海損 기본이념에 비추어 볼때 대리설과 계약설이 공동이익주의 주장에 적합하다.

넷째, 共同海損의 법적 성질은 保險法 및 保險約款에서는 船荷證券의 이면약관이나 海上保險約款의 내용으로 요크-앤트워프 규칙을 적용토록 하고 있다. 이는 당사자의 합의에 따르는 것으로서 임의규정이다. 상법은 共同海損에 관한 규정을 두고 있으나, 이들 규정이 임의규정이기 때문에 당사자가 상법의 규정과 다른 약정을 하는 것은 자유이며, 共同海損에 대해서는 요크-앤트워프 규칙이 국내외의 傭船契約書·船荷證券·保險證券 등에서 보통계약약관으로서 예외없이 채용되고 있으므로 상법의 규정은 보충적으로 적용된다.



第3章 共同海損의 解釋上의 問題

第1節 共同海損의 成立要件

1. 商法의 成立要件

첫째, 共同危險의 존재로 우선적으로 共同海損이 되기 위해서는 선박과 적하의 공동안전을 위협하는 공동위험이 있어야 하고, 이후 이 위험을 회피하기 위한 행위가 있어야 한다. ①위험의 공동성이 있어야 한다. 따라서 선박과 적하가 아닌 인명에 대한 위험, 선박만의 위험 또는 적하만의 위험은 共同海損에 해당되지 않는다. 즉, 위험의 발생원인의 동일성을 의미하는 것으로 위험의 발생원인이 동일하면 어떠한 원인에 기인하였는가는 불문한다.⁶⁵⁾ 다만, 현행 상법 제870조는 “선박과 적하의 공동 위험이 선박 또는 적하의 하자나 그 밖의 과실 있는 행위로 인하여 생긴 경우에는 共同海損의 분담자는 그 책임이 있는 자에 대하여 求償權을 행사할 수 있다고 규정하여 위험의 공동성을 나타내고 있으며 아울러 共同海損의 발생원인은 묻지 않는다. ②위험의 현실성이 있어야 한다. 즉, 위험이 현실적으로 존재하여야 한다는 것으로 이는 당연한 말이다. 그러나 그 위험의 존재 형태에 대하여 현실적 위험이면 되는가 아니면 절박하여야 하느냐의 문제로 현재는 절박한 위험이 아니더라도 시간이 흘러서 절박한 위험으로 변할 수 있다면 그 위험은 현실적 위험으로 인정한다.⁶⁶⁾ ③위험의 객관성이 있어야 한다. 즉, 위험은 객관적으로 존재하여야 한다. 또한 共同海損에 있어서는 처분과 손해 간에 因果關係가 있어야 한다(상법 제865조).

둘째, 處分要件은 상법 제 865조에 의하면 “선박 또는 적하에 대한 선장의 처분” 선장의 처분은 고의적이고 비상인 처분이어야 한다. ①선장의 처분이어야 한다. 여기에서 의미하는 선장은 선박소유자에 의하여 선임된 상법 제745조의 선장, 그리고 상

65) 정영석, 「해상보험론」, 370쪽.

66) 정영석, 상계서, 371쪽.

법 제748조의 대선장 및 선장의 위임을 받아 선장의 직무를 수행하는 선장의 수임인을 포함한다.⁶⁷⁾ 즉, 선장 이외의 자가 한 처분에 의한 손해는 共同海損이 되지 않는다. 그러나 해상운송의 특수성에 비추어 볼 때 선장의 지시 또는 위임에 의한 선원의 직무수행상의 처분은 얼마든지 위험상황 속에서 발생될 수 있는 만큼 선장의 행위로 추정해야 한다. ②선장의 고의성이 있어야 한다. 따라서 불가항력적인 폭풍우에 의한 처분 또는 우연히 발생하게 된 처분은 共同海損으로 될 수 없다. 현행 상법은 일본 상법 제799조와 요크-앤트워프 규칙 제10조의 共同海損 인정에 대하여 반대의 입장을 취하고 있다. 국제적으로 보아도 일본, 독일, 프랑스는 불가항력으로 인한 처분을 共同海損으로 인정하고 있는 반면, 영국·미국은 인정하지 않고 있다.⁶⁸⁾ ③선장은 비상적인 상황에서 처분을 하여야 하고, 그 처분에는 정당성이 있어야 한다. 즉, 이해관계자들의 이익에 가장 적합한 방법으로 처분되어야 한다. 우리나라 해상법은 共同海損의 처분요건에 대한 자세한 규정이 없어 해상운송계약과 요크-앤트워프규칙에 따른다고 보아야 할 것이다. 현행 상법은 선장처분주의를 채택하고 있는데, 실질적으로는 선장뿐만 아니라 그 대리인도 처분행위를 할 수 있다고 해석하여야 한다.⁶⁹⁾

셋째, 共同海損의 손해 및 비용 요건으로 선장의 처분행위로 인하여 손해 및 비용이 발생되어야 한다. ①손해는 선박 또는 적하의 어느 일방이나 양자에 모두 발생된 실제 손해를 말하는 것이며, 처분행위로 인하여 사람 또는 제3자의 물건에 발생한 손해도 포함된다.⁷⁰⁾ 갑판적된 적하의 투하는 갑판적의 관습이 있는 경우 등 적법한 갑판적인 경우가 아니면 共同海損이 성립하지 않는다.⁷¹⁾ ②비용은 피난항에의 입항 비용·도선료·예선료·구조료 등을 말하는 것이다. 共同海損의 손해와 비용의 범위를 정하는 것은 공동안전주의, 공동이익주의, 희생주의 3가지 입법주의로 설명하고 있다. 이에 대해서는 우리 해상법은 3가지 주의의 중간 입장인 희생주의를 따르고 있다는 것과 아울러 손해와 비용 사이에는 상당한 인과관계가 있어야 한다(상법 제865조).

67) 정영석, 상계서, 372쪽.

68) 정영석, 「해상법원론」, 418쪽.

69) 박용섭, 전계서, 768쪽.

70) 정영석, 「해상법강의요론」, 179쪽.

71) 정희철, 「상법학(하)」(서울: 박영사, 1990), 611쪽.

넷째, 共同海損의 保存要件 또는 殘存要件이 있다. 이는 선장의 처분 후에 적어도 선박 또는 적하의 일부가 존재하여야 한다(상법 제866조). ①잔존에 대해서는 처분과 보존사이에 인과관계는 요하지 않고, 처분 후에 선박 또는 적하가 잔존하면 무방하다는 잔존주의를 따르고 있다. ②잔존물의 범위에 대해서는 적어도 선박의 잔존이 필요하다는 선박잔존주의와 선박과 적하의 쌍방의 전부 또는 일부가 잔존하여야 한다는 병존주의가 있으나 우리나라는 선박 또는 적하 어느 일방의 전부 또는 일부가 잔존하면 된다는 잔존종류불문주의 입장을 취하고 있다.⁷²⁾

2. 英國海上保險法 및 海上保險約款上의 成立要件

1) 英國海上保險法

共同海損의 성립요건은 위험의 존재, 희생과 비용의 발생, 잔존여부 등이다. 위험과 관련하여는 자연적인 것과 인위적인 것으로 나뉜다. 여기에서 문제가 되는 것은 인위적인 것으로 특히 항해단체구성원의 과실에 의한 손해발생이 共同海損을 성립시키는 담보위험이 될 수 있는가 하는 점이 문제로 대두되고 있다. 이에 대한 각국의 학설과 입법례는 積極說과 消極說로 나뉜다.⁷³⁾ ①消極說은 항해단체구성원의 과실 및 태만으로 손해가 발생 하였다면 과실자는 손해배상의 책임을 부담하고 共同海損은 성립하지 않는다. 즉, 자기의 유책적 행위에 의한 손해 및 손실은 단독해손이고, 손해배상책임은 그가 부담해야 한다. 이 설은 프랑스법계 국가들이 채택하고 있다. ②積極說은 선장, 선원의 과실 및 태만이 존재할 때에도 항해단체에 대한 위험원인이 현실적이고 공동이면 그 위험의 발생원인 여하를 불문하고 共同海損의 성립을 인정한다. 이 설은 영국, 독일 등이 채택하고 있다. 위험의 상존여부와 관련하여서는 3가지 학설이 있다.⁷⁴⁾ ①豫見說은 共同海損制度가 이익충돌을 조정하기 위한 것이 목적이기 때문에 위험이 현존적인가, 장래적인가를 구별하지 않고 이익의 공통적 보존을 목적으로 하는 행위는 共同海損 행위로 인정하여야 한다. ②切迫說은 희생이 없다면

72) 정영석, 「해상법강의요론」, 180쪽.

73) 石津 漣, “危險の過失原因と共同海損の成立について”, 「保險學雜誌」, 第386號, (1955), 80~81面.

74) 박용섭, 「해상법론」, 760-761쪽.

멸실되는 정도의 위험이 있는 경우에 있어서만 共同海損行爲로 인정된다. ③現存說은 장래의 위험상태의 위험이 아니라 절박한 위험으로서 현재 존재하는 것이라 하여 실제로 존재하지 않는 위험을 오인하여 발생된 손해는 共同海損 손해에 포함되지 않는다는 입장이다. 처분에 관하여는 ①선장만이 처분할 수 있다는 선장처분주의와 ②선장 뿐만 아니라 그 대리인도 처분행위를 할 수 있다는 공동처분주의로 나뉘며⁷⁵⁾, 잔존에 관하여는 ①선박이 잔존하여야 한다는 선박잔존주의 ②선박과 적하가 같이 잔존하여야 한다는 병존주의 ③선박 및 적하 어느 한쪽만 잔존하면 된다는 종류불문주의로 나뉘고 있다.⁷⁶⁾

첫째, 해상위험이라는 것이 필히 존재하여야 한다는 것을 명시하고 있다. 그리고 해상위험으로 인해 사고가 발생되어야 한다. 영국해상보험법은 해상위험에 대하여 항해에 기인하거나 부수하는 위험이라고 규정하여 손해 또한 항해에 기인하여 발생되어야 한다는 것으로 항해에 기인하는 위험에 대하여 항해가 원인이 되는 우연한 사고로서 폭풍우 등의 자연적 원인이 선박을 침몰, 좌초, 난파 시키는 것과 같은 사고 또는 적하가 폭풍우에 조우하여 파손되거나 선외로 유실되는 등의 사고로 이를 해상고유의 위험이라 말한다.⁷⁷⁾ 영국해상보험법 제3조 제2항 (c)는 해상위험을 해상고유의 위험, 화재, 전쟁위험, 해적, 무장강도, 강도, 포획, 나포, 왕후 및 인민의 억지 및 억류, 투하, 선원의 악행 및 보험증권에 명기된 위험이라고 하여 이러한 위험은 해상항해의 과정에서 야기될 것을 요건으로 하고 있다.⁷⁸⁾

75) 상계서, 764-767쪽.

76) 상계서, 770-772쪽.

77) 여성구, "공동해손 및 분담금에 대한 보험자의 보상책임에 관한 연구", 박사학위논문, 중앙대학교, (1993), 35쪽.

78) 독일의 보험계약법 제1조는 보험사고를 항해위험이라 규정하고 있으며, 독일 상법 제 820조 및 해상보험약관 제28조에서는 보험기간 중 선박 또는 적하가 노출되어 있는 일체의 위험을 담보한다고 규정하고 있다. 독일에서의 해상위험은 항해에 관계된 일체의 위험으로서 피보험항해의 과정에서 노출되는 위험에 의하여 발생하는 사고를 의미한다. 프랑스 구상법 제334조는 선박, 적하 등 해상위험에 노출된 금전으로 산정할 수 있는 모든 이익은 보험에 부보할 수 있다고 규정하고 제350조는 난파, 좌초, 우연한 충돌, 항로, 항해 혹은 선박의 부득이한 변경에 의하거나 투하, 화재, 포획, 도난, 공권력에 의한 억지, 선전포고, 습격에 의하거나 기타의 모든 해상사고에 의하여 보험의 목적에 발생한 모든 멸실 및 손해라고 규정하고 있다. 제15조는 보험자의 담보위험으로서 보험자는 모든 해상사고 또는 불가항력적 사고에 의하여 보험의 목적에 발생한 물적손해에 대하여 책임을 진다고 규정하고 있다. 여기에서 보험자가 부담하는 해상위험은 항해가 위험의 원인, 기회 또는 무대로 되는 것으로서 바다에 기인하는 위험뿐만 아니라 해상에서 우발

영국 법원은 Lloyd's에서 인정한 共同海損 분담청구권은 선박을 위협하는 위험의 원인에 따라서 결정되는 것이 아니라 현실위험의 존재를 근거로 하여 성립한다고 판시하였으며,⁷⁹⁾ 共同海損을 발생시키는 위험은 비정상의 해상위험으로 선박과 적하 등이 구성하는 해상사업의 공동안전에 대한 위험으로 이 위험을 해상의 통상적인 위험을 초과하는 실질위험으로 해석하고 있다.⁸⁰⁾ 보험계약에서 共同海損을 附加的條項으로 添附하면서 공동위험에 대한 의미를 정립하였는데 공동위험을 해상사업을 구성하는 선박과 적하의 공동 안전을 위협하는 현실적인 공동위험의 존재라고 하였다.⁸¹⁾ 이 논리는 공동의 위험 앞에 항해단체⁸²⁾를 구성하는 재산의 존재가 있어야 하고, 이 재산이 선박 또는 선박내 적하로서 존재하여함을 의미한다고 본다. 즉 다시 말하면 선박이 화물을 적재한 경우가 아니면 共同團體를 구성하지 않는다는 것으로 공동위험은 선박과 적하 양자를 모두 위협하는 것으로 해석되어진다. 이와 같이 해상위험은 선박과 적하를 공동으로 위협하여야 하므로 이 위험에 노출된 것은 선박과 적하이지만 실질적인 피해는 그 소유자에게 돌아가는 것으로 이들 또한 자연적으로 공동의 항해단체를 구성하게 된다. 이들 항해단체는 선박·화물 및 운임에 관한 이익을 목적으로 하며 그 이익을 가진 항해단체는 복수이어야 한다.

둘째, 고의의 共同海損 행위인 處分이 있어야 한다. 행위의 주체를 구체적으로 명시하고 있지 않다. 다만, 공동의 안전을 위하여 누구라도 선박과 적하를 보존하기 위하여 처분행위가 있으면 충분하다고 하며, 또한 항해사의 과실에 대해서도 보험자는 담보위험을 근인으로 하여 일어난 모든 손해에 대해서 비록 그 손해가 선장이나 선원의 불법행위 또는 과실이 없었더라도 발생하지 아니하였을 것이라 하더라도 보상책임을 저야 한다고 규정하고 있다(MIA 제55조).

셋째, 共同海損 행위가 성립되기 위해서는 다수의 이익을 보존하기 위하여 고의적으로 행하여 저야 한다.⁸³⁾ MIA 제66조에서는 共同海損 손해는 희생과 비용을 포

적으로 발생하는 위험이라 하고 있다. (이은섭, 「해상보험법」(서울: 신영사, 1992), 295-296쪽;

79) Strang v Scott (1899) 14 AC 601.

80) Lambth, R. J., *Templeman Marine Insurance*, 5th ed., (London: Macdonald & Evans Ltd., 1981), p. 288.

81) 박용섭, 전게서, 758쪽.

82) 石津 漣, "海上保險 における 共同海損概念 について", 「損害保險論文集」, 損害保險事業研究所創立30周年記念號, (1965), 9面.

합하고, 희생과 비용은 고의로 그리고 합리적으로 비상(ordinary)의 희생(extraordinary sacrifice)을 일으키거나 또는 비상(ordinary)의 비용(extraordinary expenditure)을 지출한 경우로 규정하고 있다. 그리고 피보험자가 共同海損費用을 지출한 경우에는 피보험자는 그 비용 가운데 자기가 부담하여야 할 부분에 대하여 보험자로 부터 회수할 수 있고 이때 피보험자는 분담의무를 가진 다른 당사자에 대하여 분담청구권을 행사할 수 없으며 그 희생손해의 전액에 대하여 보험자로 부터 회수할 수 있도록 명시하고 있다. ①共同海損 희생손해는 1816년 Cullen v. Butler사건⁸⁴⁾을 기점으로 그 적용을 달리하고 있다. 위 사건의 이전에는 위험조항에 열거되어 있는 위험은 단순히 주요한 위험을 예시한 것이고 그 후반부에 기재된 포괄적 문언에 의하여 보험자는 문자 그대로 모든 위험을 부담하는 것으로 해석하였으며, 그 이후는 해상보험자의 위험 부담 원칙이 包括責任主義에서 列舉責任主義로 전환되어 보험증권에 열거된 위험 및 이와 동일한 종류의 위험만 보험자가 부담하게 되었다. 共同海損 희생손해는 직접손해라고도 하며 선주·화주 등의 해상위험공동체의 구성원이 부담하여야 할 손해로 선박보험이나 적하보험의 피보험자는 다른 공동체 구성원 또는 이해관계인이 부담하여야 할 부분을 공제한 손해액만 자기의 보험자에게서 보상받아야 한다.⁸⁵⁾ 그리고 직접손해인 희생에 대해서는 선박보험 또는 적하보험의 보험자가 피보험자인 선주나 화주에게 먼저 그 보상을 하고, 보험자는 보험자대위권에 의하여 피보험자가 다른 이해관계인에 대하여 가지는 共同海損分擔請求權을 행사하여 그 분담액을 회수하는 것이다.⁸⁶⁾ 보험자는 직접손해에 대하여는 단독해손인지 共同海損인지를 묻지 않고 보상할 책임이 있음을 MIA 제66조에서 밝히고 있다. (i)선박의 희생은 공동의 위험을 피하기 위하여 선박을 고의적으로 희생시키는 것 즉 선박의 일부를 멸실 또는 훼손시켜 침몰 등의 위난을 피하거나, 선박의 일부가 위험 속에서 1차 손상을 당하여 2차적으로 다른 위험을 초래할 수 있는 경우 이 위험이 공동해손을 발생시킬 개연성이 있

83) Kemp v. Halliday 사건에서 블랙번 판사는 “둘이상의 이익을 보존하기 위한 고의적인 희생이 있어야 한다는 것이 필수적이다.”라고 하였다; Lowndes & Rudolf, *The law of general average and the York-Antwerp Rules*, 10th ed., (London: Sweet & Maxwell, 1975.), p. 87.

84) 한동호, "신협회보험화물약관 (A)조건 제1조 위험조항에 관한 약간의 고찰", 『한국보험학회』, 제25호, (1985), 18~20쪽.

85) 이균성, “공동해손의 법률관계와 해상보험”, 『해운물류연구』, 제43호 (2004), 70쪽.

86) 松島 恵, 『海上保險論』, 改正 第8版, (東京: 損害保險關聯綜合研究所, 2004), 313面.

어 이를 제거하는 경우도 있을 것이다. 이에 대한 규칙은 영국해상보험법을 근거로 한 해상보험손해사정협회실무규칙에 잘 나타나 있다.⁸⁷⁾ (ii)적하의 희생은 공동의 위험을 피하기 위하여 적하의 일부를 고의적으로 희생시키는 것을 의미하며, 특히, 상관습에 따라서 그리고 해상화물의 운송계약에 위반함이 없이 운송되는 갑판적 화물의 투하(F1조)는 共同海損이 되며, 소화를 위하여 선창에 주입한 물에 의해 발생한 손상(F2조)은 共同海損이라는 것이다. (iii)운임의 희생에 대해서는 공동해손으로서 보상되는 금액으로 정의하고 있다. 즉, 공동해손으로서 배상하여야 할 운임의 손실은 상실된 총 운임으로부터 운임 취득자가 그 총운임을 얻기 위하여 지출했어야 했지만, 희생의 결과 지출하지 않았던 비용을 공제한 비용을 운임의 희생이라 한다 (F20조).

②共同海損 비용손해는 직접손해가 아닌 간접손해라는 것이다. 보험자는 희생손해처럼 당연히 보상하는 것이 아니고 법률의 규정이나 특약이 있는 때에만 보험자의 보상책임의 대상이 될 수 있기 때문에 피보험자는 共同海損 비용손해에 있어 보험자에게 제1차적으로 보상청구를 할 수 없고 그것에 대한 피보험자의 共同海損分擔額에 대해서만 보상을 받을 수 있을 뿐이다(MIA 제66조 제4항 제1문). 이러한 이유로 해상보험계약상의 피보험자인 선주 또는 화주가 共同海損分擔義務를 부담한다고 하더라도 그 분담의무의 이행으로 인한 손해는 간접손해의 하나인 책임손해이므로 원칙적으로 보험자에 의한 보상책임의 대상이 되지 않는다고 한다.⁸⁸⁾ 그러나 보험증권에 손해방지약관이 있는 경우에는, 이 약관에 의하여 체결된 합의는 보험계약을 보충하는 것으로 간주하며 보험자가 전손에 대하여 보험금을 지급하였거나 또는 보험의

87) F4조(임의의 좌초)는 선박의 공동안전을 위하여 고의로 좌초시켰을 경우, 그 결과로 발생하는 선박의 멸실 또는 훼손은 공동해손으로 인정되고, 당시의 상황이 좌초의 방법을 채택하지 않았다 할지라도 그 선박이 해안 또는 암초에 좌초되는 것이 불가피했을 때 고의적인 좌초로 인한 선박·화물 및 운임의 멸실과 훼손은 공동해손으로 보상하지 않는다고 규정하고 있다.

F6조(선박의 이초를 강행하기 위하여 올린 돛)는 선박의 공동안전을 위하여 선박을 이초 시키거나 또는 육지에 더 높이 밀어올리기 위하여 돛을 올림으로써 또는 올린 채로 고정시킴으로써 손상된 돛은 공동해손이라는 것이다.

F7조(좌초한 선박)는 좌초한 선박에 대해 공동안전을 위하여 다시 부양시키려고 노력하는 과정에서 좌초한 선박의 기계 및 기관에 발생한 손해는 공동해손이 된다.

F3조(선내에서의 소화작업)는 선내에서 소화작업을 하는데 있어서 선저의 구멍을 뚫어서 생긴 손해는 공동해손으로 보상된다고 규정하고 있다.

88) 松島 惠, 前掲書, 317쪽.

목적이 단독해손의 전부 또는 일정비율 미만의 면책을 담보로 하고 있는 경우일지라도 피보험자는 약관에 따라서 정당하게 지출한 일체의 비용을 보험자로부터 보상받을 수 있다(MIA 제78조 1항). 다음으로 비용손해는 선박이 좌초되어 위험한 상태에 있는 경우 선박을 부양하기 위하여 화물을 부선에 옮기고, 선박의 부양 후에 즉시 재선적할 때에는 부선사용료 및 재선적비용을 포함하여 모든 선박의 무게줄임 비용은 共同海損이며(F5조), 선박이 共同海損으로 처리되는 훼손을 입은 결과 피난항에 입항하고, 본래의 화물 또는 그 일부를 선적하고 그곳에서 발항할 경우, 출항비용과 입항비용은 모두 共同海損으로 처리하며 그 훼손을 수선할 목적으로 화물을 양륙할 경우 동 화물의 창고비용 및 재선적비용은 양륙비용과 더불어 공동해손으로 처리한다(F8조). 共同海損으로 처리되는 선박 또는 화물의 훼손을 수선·재정비 또는 감소할 목적으로 화물이 양륙하였을 때 그 보관 및 재선적비용은 그 양화의 비용과 동일하게 共同海損으로 처리한다(F10조). 로이드 관습에 따른 피난항의 비용⁸⁹⁾으로 共同海損으로 인정되는 비용은 F12조⁹⁰⁾에 규정되어 있다. ③대체비용은 해손 손실금으로 인정될 비용에 대신하여 지출함으로써 발생하는 共同海損 손실비용을 말하는 것으로 그 범위는 대체행위에 의한 여분의 비용이어야 하고, 여분의 비용은 선박이익 또는 적하이익이 단독으로 부담하여야 할 비용이 절약되더라도 이를 고려하지 않으며, 항상 절약된 공동해손손실의 금액을 한도로 하여 共同海損 손해로 간주된다.⁹¹⁾ 실무규

89) 정영석, 「해상보험론」, 65쪽.

90) 첫째, 선박과 화물을 안전한 장소에 옮기기 위하여 소요된 예선료, 도선료, 항비 또는 기타의 이상비용은 전부 공동해손이 되지만, 이상비용의 선원의 임금 또는 급식, 기관용 소모품, 체선료는 포함되지 않는다.

둘째, 공동의 안전을 위하여 또는 선박을 수선하기 위하여 화물을 양륙하는 비용은 그 화물을 창고까지 운송하는 비용과 함께 모두 공동해손이 된다.

셋째, 화물의 재적재 비용 및 피난항으로 부터의 출항으로 발생한 출항비용은 그 화물의 양화가 공동해손인 경우에는 운임의 특별비용이 된다.

넷째, 선박의 항내 정박 중에 화물을 양륙하는 대신에 저장용 폐선 또는 부선에 옮겨졌을 때에는 그 폐선 또는 부선의 사용료는 만약 이 화물을 양하여 보관하였을 때 처음 각각의 분담이익에 상대적 입장과 동일한 비율에 상당하도록 공동해손과 화물과 운임에 할당한다고 한다.

다섯째, 계약 하에 행해진 구조행위는 계약에 의하여 이행되었거나 또는 계약상 승낙된 구조행위의 비용이 공동안전을 위하여 지출하였다면 실무상 공동해손으로 취급한다고 규정하고 있다.

91) 今村 有, “1950年 ヨーク・アントワープ規則の解釋”, 「損害保險研究」, 第16卷 第3號, (1954), 123面.

칙에 의한 代替費用 발생의 경우로는 (i)화재로 인한 선박의 손상을 수리하기 위하여 적하를 부양시켜 창고에 보관하는 대신 부선에 양하하여 보관하는 것이 비용의 절감이 되는 경우, 부선의 사용료는 적하의 양륙 및 보관의 비용 등에 대체된다(F5조 후단). (ii)석탄과 같이 용적에 비하여 가격이 낮은 적하는 그 양륙·보관·재선적 등에 고액의 비용을 요하므로 적하를 현지에서 매각하고 선박수리의 완료 후 동종 수량의 적하를 새로 구입하는 것이 비용을 절약하게 되는 경우 이 환매로 인한 차액은 대체비용이 된다(F16조). (iii)피난항에서 적하의 양륙비·보관비·재선적비의 지출을 면하기 위하여 적하의 일부 또는 전부를 대선에 환적하여 목적지로 수송하는 경우, 적하의 환적비 및 대선에 의한 수송비에서 본선이 항해를 완료하지 아니함으로써 생길 수 있는 절약액을 공제한 차액은 적하의 양륙비·보관비·재선적비 등에 대한 대체비용이 된다는 것이다(F15조). (iv)선박이 수선을 할 수 있는 피난항에 정박한 경우라도 비용의 절약을 위한 것일 때에는 다른 항구에 예방할 수 있다. 예방의 추가 비용은 예방에 의해서 절약된 비용의 비율에 따라 이 항해의 각 이해 관계자에게 할당한다고 규정하고 있다(F14조). (v)대체비용의 실무적 해석으로 만약 선박을 피난항에서 수선하였다면 그 항에서 지출하여야 할 선원의 임금과 식료-만약 있다면-를 포함하되, 이자·시장의 상실·체선료 또는 양화에 의한 추정 손해 또는 비용은 포함되지 않는다고 규정하고 있다.

넷째, 선박 또는 적하의 일부가 잔존하여야 한다는 것으로 공동해손 행위는 공동의 안전을 위하여 선박 및 적하의 일부를 희생시키는 행위이므로 당연히 그 결과는 선박과 적하의 일부가 잔존하여야 한다. 또한, 잔존물의 범위에 관하여는 종류불문주의를 택하고 있어 잔존물은 선박 또는 적하의 어느 한쪽만이라도 잔존하면 된다. 잔존물 불문주의는 共同海損 행위에 의하여 실제로 손해를 입은 재산의 소유자를 다른 입법주의에 비교하여 보다 적극적으로 보호할 수 있으므로 共同海損의 이념에 일치하는 장점을 가지고 있다.⁹²⁾

2) 海上保險約款

海上保險約款은 보통 보험증권에 삽입되거나 첨부되어 사용되는 것으로 보험계

92) Bowring v Thebaud, 42 Fed Rep, General Average Now and in the Future Index, (1898), p. 799.

약관과 관련한 보험자와 피보험자간의 권리, 의무를 규정하고 있는 계약조항을 말하며, 계약내용이 된다고 할 수 있다.

해상보험약관은 런던보험자협회(I.L.U)의 기술약관위원회가 제정한 협회약관중 주요한 표준약관으로는 협회적하보험약관(I.C.C)와 협회기간보험약관(I.T.C) 등이 있으며, 또한 협회전쟁약관(I.W.C) 및 협회동맹과업약관(I.S.C)의 제정으로 독립적 약관으로 보험가입할 수 있다. 해상보험약관은 계약당사자의 합의사항이므로 특약이 없는 한, 그 내용은 계약당사자를 구속한다. 해상보험약관은 일반적으로 보험자가 일방적으로 작성하여 준비해 둔 약관을 보험계약자와 피보험자가 계약체결시 그 내용을 충분히 검토하느냐 하는 것과 또 보험자가 그 내용을 보험자에게 자세하게 설명하여 주고서 계약을 체결하였느냐 하는 점이다. 이러한 약관은 감독관청의 승인을 받도록 하고 있지만, 해상보험계약의 내용이 복잡하고 담보위험들이 복합적으로 경합하기 때문에 보험계약자는 불리할 수 밖에 없다.

보험자가 해상사업에 관한 사고에 의하여 발생하는 손해의 보상 또는 보험금 지급책임이 발생하고, 보험계약자는 보험료를 지급할 의무를 부담한다. 만약 보험계약이 타인을 위한 보험일 경우 피보험자에게도 효과는 미친다 할 것이므로 약관상의 보험금 지급요건은 ①보험사고가 발생하여야 한다. 이 보험사고는 위험을 근인으로 하여 발생하여야 하고, 피보험자는 그 사고로 말미암아 피보험이익의 손해를 입어야 한다. ②보험자는 불확정기간에 걸쳐서 위험을 부담하는 것이 아니고 약정기간안에 생긴 위험을 부담한다. ③면책사유에 해당하지 않아야 한다. 즉, 보험자는 당해 사고가 보험계약법이나 약관에서 규정하고 있는 면책사유에 해당하는 것임을 입증하여 보상 책임을 면할 수 있다. 이에 대한 약관들을 세밀하게 살펴보고자 한다.

첫째, 協會船舶期間保險約款(Institute Time Clauses Hulls, 1982)은 共同海損의 손해를 보험자가 담보할 것을 명시하여 담보위험으로 규정하고 있으며, 해상사업의 항해와 관련하여 선박이 입은 손해를 보상하기 때문에 피보험자의 소유에 속하는 피보험선박의 선체·기관·추진장치 및 각종 설비를 선박보험의 피보험이익으로 한다.

선박보험에 포함될 수 있는 것을 살펴보면 ①선박의 범위에 대하여는 보험자와 피보험자간 계약에 따라 선박을 보험에 붙인 경우에 관하여 규정하고 있는데, 선박의

개념을 명백하게 정의하고 있지 않다. ②건조 중인 선박은 해상사업의 구성요소로서 조선소, 선박소유자 및 금융기관이 피보험이익을 가진다. 특히 선박을 신조할 때에 선박소유자는 건조 중인 선박을 담보물로 하여 은행으로부터 금융지원을 받기 때문에 상법에서는 선박우선평권과 선박저당권에 관하여 선박으로 인정하고 있다. 그리고 선박을 담보물로 하여 은행으로부터 금융지원을 받는 경우는 선박저당권만 적용된다.⁹³⁾ ③수선 중인 선박에 대하여 피보험자는 조선소와 선박소유자로서 수선 중인 선체, 기관, 신조 부분 또는 기타 수선재료 등에 관하여 피보험이익을 가진다. 또한 보험목적의 존재범위를 조선소의 구역안으로 제한하는 항로제한의 적용을 받는다. ④선비는 항해와 관련하여 발생하는 비용으로 식품, 연료, 윤활유, 또는 보험료 등을 총칭하는 개념으로 선박소유자는 이 비용 가운데 침수, 난파 또는 조난 등에 의하여 소비된 부분은 비용이익을 가지며, 소비되지 아니한 부분은 소유이익을 가진다.⁹⁴⁾ 이는 協會船舶保險約款의 선비약관에서 보험의 목적으로 규정하고 있다 (I.T.C.-Hulls 제21조). ⑤선박의 속구 즉, 각종 설비에 대해서 선박운항에 필요한 연료유·윤활유·청수·식료품 및 급료 등의 비용으로 영국해상보험약관해석규칙에는 “그 항로에 필요한 통상의 의장을 포함하며, 또한 기선의 경우에 기관, 보일러 및 피보험자의 소유에 속하는 석탄 및 기관용의 소모품을 포함한다”고 정의하고 있다(제15조). 위의 각종 설비품목들은 대부분이 선박내부에 존재하는 것으로 장소적 제한을 받음으로써 보험의 대상이 될 수 있으나, 선박 밖으로 이동되어 손해를 입는 설비 즉, 어획도구, 어구 등은 특약이 없는 한 보험의 대상이 될 수 없다. ⑥선박의 피보험이익에 대하여 항해용선자가 특정 선박을 용선하여 약정항해에 취항시킬 경우 선박소유자는 운임인 항해용선료의 청구권을 가진다. 이 용선료에 관한 피보험이익은 항해용선계약의 종류에 따라 해상사고와 같은 이유로 인하여 항해용선료의 지급이 불확정한 경우 선박소유자가 이 용선료에 대하여 被保險利益을 가지며, 항해용선자가 항해용선료의 전부 또는 일부를 선급한 경우에는 용선자가 피보험이익을 가진다 (MIA 제12조), 항해용선자가 후급의 傭船料를 조건으로 취항시킨 경우, 항해용선자가 그 용선료에 대하여 피보험이익을 가진다. 그러나 항해용선자가 채용선을 한 경우

93) 박용섭, 「해상법론」, 122쪽.

94) 정영석, 「해상보험론」, 133쪽

는 선박소유자는 항해용선료에 대하여 피보험이익을 가지며, 항해용선자는 채용선료에 대하여 피보험이익을 가진다. 이 때에 항해용선자는 계약운송인의 지위에 있으므로 실제로 선박소유자에게 지급할 용선료와 채용선자로부터 지급받을 운임과의 차액에 대한 이익을 가진다. 채용선자는 채용선계약에 있어 확정운임의 취득을 담보하는 선급운임의 특약을 넣은 경우 채용선료에 대한 피보험이익을 가진다. ⑦정기용선에 대하여 선박소유자가 정기용선자에게 선박의 운송서비스를 자유로이 사용토록 한 경우, 선박소유자는 정기용선료에 대하여 피보험이익을 가진다. 이 용선료는 통상적인 계약에 따라 1개월 또는 15일의 비율로 현금으로 선급하는 것이 관행이다.⁹⁵⁾

둘째, 協會新積荷保險約款(Institute Cargo Clauses (A,B,C) 1982)상 共同海損은 ①共同海損 희생손해에 대하여 선박 및 적하가 공동의 위험에 처했을 경우에 그 위험을 면하기 위하여 선장 또는 선장을 대신하는 자가 보험의 목적에 대하여 고의적으로 비상조치를 취함으로써 발생한 멸실 또는 손상을 의미한다고 하여 보험자는 共同海損의 정산이 완료되기 전에 희생을 당한 피보험자에게 保險金을 지급하고, 정산 후 항해단체의 이해관계자들이 갖는 共同海損分擔金에 대한 피보험자의 청구권을 자신이 지급한 보험금의 한도내에서 대위하게 되므로 共同海損에 대한 보상은 보험자의 책임이다. ②투하와 관련하여는 적하의 일부 또는 선박속구의 일부를 해상에 버리는 것을 의미하며 대부분의 경우 위험에 대해 항해단체의 공동안전을 위하여 고의적 행위로 투하되는데, 이 경우 共同海損으로 인정된다. 그런데 비상사태에 대하여 투하가 이루어졌지만 공동의 안전을 위한 경우가 아니면 共同海損으로 인정되지 않는다. 이는 분손으로 담보받기 위해 삼입되었다. ③갑판유실에 대하여는 갑판적화물 운송은 보험자에게 사전에 통지하여 갑판적 운송물로 보험에 가입하여야 한다. 갑판유실 위험을 추가로 보험가입하여야 한다. ④본선·부창·선창·운송용구·컨테이너·포크·리프트 또는 보관장소에 해수·호수·강물의 침입과 관련되어서는 선박이 침몰·좌초·교사·전복되었을 때, 그 손해가 본 위험과 상당인과관계에 있는 경우 또는 물 침손이 본선 또는 부선의 외부물체와의 충돌 혹은 접촉과 相當因果關係가 있는 경우 또는 共同海損 희생손해 혹은 화물의 투하를 근인으로 해서 발생한 멸실, 손상을 제외하고는 물침손은 담보되지 않는다. ⑤비용손해에 대하여는 손해방지비용으

95) 박용섭, 「정기용선계약법론」 (부산: 효성출판사, 1996), 316쪽.

로 약관 제16조는 손해의 방지 및 경감을 위하여 합리적인 조치를 강구하여야 하며, 운송인·수탁자 또는 기타 제3자에 대한 모든 권리가 적절히 보전되어 행사되도록 확실히 하는 것과 보험자는 합리적으로 지출한 비용에 대하여 피보험자에게 지급한다고 규정하고 있다. ⑥계속운송비용(제12조)에 대하여 이 보험에서 담보하는 피보험목적의 목적지 이외의 항구 또는 지역에서 이행불능될 경우에는 보험자는 피보험자에 대하여 해당 피보험목적의 양하·보관 및 증권기재의 목적지 까지 계속 운송을 위해 적절하고 합리적으로 지출한 특별비용을 지급한다고 하면서 공동해손 또는 구조비에 대해서는 적용하지 않는다고 규정하고 있다. 이는 계속운송비용은 共同海損 발생시 共同海損基金에서 별도로 받기 때문이다. ⑦협회신적하보험약관에서는 면책 조항을 두고 있는데 일반면책, 불내항 및 부적합면책, 동맹파업면책으로 이에 기인한 멸실·손상·배상책임 또는 비용은 담보하지 않는다고 규정하고 있다.

또한 협회신적하보험약관의 위험약관(ICC A) 2의 규정은 일반면책, 불내항 및 부적합면책, 동맹파업면책 또는 이 보험의 다른 조항에서 규정한 면책위험을 제외한 담보위험을 피하기 위하여 발생한 경우라면 해상운송계약 또는 준거법과 관행에 따라서 정산되거나 또는 결정된 共同海損과 救助料를 보상한다고 하고 있다. 즉 전쟁불담보약관이 명시된 조건에서 선박이 적의 공격에 부딪혀서 침몰 위험에 처하게 되어 이를 피하고자 부근의 모래톱에 얹힌 경우에는 형식상 共同海損을 구성하지만 보험자는 선장의 행위에 의하여 발생한 얹힌 손해에 대해서 보상책임을 지지 않으며, 피난항으로 피항 중에 보험자가 담보하지 아니하는 전쟁위험이 발생하여 이 위험을 피하기 위해 다른 항으로 항행이 요구되어 운항시 이에 사용된 비용에 있어 보험자는 共同海損의 피난성 운항비용은 보상하지 않는다.⁹⁶⁾

第2節 共同海損의 效果

1. 商法の 效果

첫째, 共同海損 희생손해를 입었거나 비용을 지출한 자는 채권을 가지게 된다.

96) 정영석, 「해상보험론」, 368쪽.

즉, 共同海損 발생으로 재산을 보전받은 자는 채무를 지게 되고 채권과 채무를 확정하여 정산하는 것이라고 할 수 있다. 채권자는 손해를 입었거나 비용을 지출한 선박 소유자·선채용선자·재운송인 또는 적하와 관련된 송하인·수하인·항해용선자 또는 정기용선자라 할 수 있다. 그러나 共同海損 비용을 제3자가 지출한 경우, 제3자는 채권자가 아니다.⁹⁷⁾ ①채권청구의 범위는 현행 상법 제866조상 선장의 선박 또는 적하에 대한 처분으로 인하여 생긴 손해 또는 비용은 그 위험을 면한 선박 또는 적하의 가액과 운임의 반액과 共同海損의 액과의 비율에 따라 각 이해관계인이 이를 분담한다고 규정하고 있다. 이를 근거로 채권자는 분담의무자로부터 선장의 처분행위로 인하여 입은 손해와 지출한 비용 전부를 배상받을 수 있다(상법 제865). ②상법 제872조는 共同海損分擔請求에서의 제외 규정을 두고 있다. 속구목록에 기재하지 아니한 속구·선하증권이나 그 밖에 적하의 가격을 정할 수 있는 서류없이 선적한 하물 또는 종류와 가액을 명시하지 아니한 화폐나 유가증권과 그 밖의 고가물은 보존된 경우에는 그 가액을 共同海損의 분담에 산입하고, 손실된 경우에는 그 가액을 공동해손의 액에 산입하지 아니한다. 이는 위와 같은 물건이 손실된 경우에는 그 손해액의 범위를 확정하기가 곤란하고, 특히 고가물인 경우는 신고되었으면 선장이 이를 처분하지 않았을 것이 기대되기 때문이라는 것이다.⁹⁸⁾ ③갑판적화물은 갑판에 선적하는 것이 관습상 허용되는 경우와 그 항해가 연안 항행에 해당되는 경우에는 그러하지 아니한다고 규정하고 있다(제872조 제2항). 이는 갑판적화물에 대해서는 특별한 합의가 있는 경우가 아니면 화물을 갑판적으로 운송하는 것은 계약 위반으로 보기 때문이다.⁹⁹⁾ ④채권액의 산정에 대하여 共同海損分擔額의 산정은 선박의 가액은 도달의 때와 곳의 가액으로 하고, 적하의 가액은 양륙의 때와 곳의 가액으로 하며, 다만, 적하에 관하여는 그 가액 중에서 멸실로 인하여 지급을 면하게 된 운임과 그 밖의 비용을 공제하는 것으로 하고, 그 책임의 범위는 선박이 도달하거나 적하를 인도한 때에 현존하는 가액의 한도라고 규정하고 있다(제867조~제869조). 이는 共同海損 처분으로 지출된 비용은 그 금액의 사용 증빙이 가능하므로 상법은 선박과 적하에 대한 “손해의 산정”에 대해서만 규정하고 있다.¹⁰⁰⁾ 손해에 있어 적하가격의 부실기재에 관해

97) 정찬형, 「상법강의(하)」, 제10판 (서울, 박영사, 2008), 928쪽.

98) 서돈각·정완용, 「상법강의(하)」 제4전정 (서울: 박영사, 1996), 653쪽.

99) 정영석, 「국제해상운송법」, 131~150쪽.

서는 선하증권이나 그 밖에 적하의 가격을 정할 수 있는 서류에 적하의 실가보다 고액을 기재한 경우에 그 하물이 보존된 때에는 그 기재액에 의하여 共同海損의 분담액을 정하고, 적하의 실가보다 저액을 기재한 경우에 그 하물이 손실된 때에는 그 기재액을 共同海損의 액으로 하여 보상한다(제873조). 적하의 가액은 그 손실로 인하여 지급을 면하게 된 모든 비용을 공제하여야 하나 共同海損의 하주는 운임의 전액을 지급하여야 하기 때문에 운임은 공제하지 않는다(제869조, 제813조).¹⁰¹⁾ ⑤채권청구권의 담보에 대하여 채권청구권자는 선박·그 속구, 그 채권이 생긴 항해의 운임, 그 선박과 운임에 부수한 채권에 대하여 우선특권이 있으며(제777조 제1항 제3호), 적하이해관계인의 운송물에 대해서도 선장을 통하여 留置權을 행사할 수 있다(제807조). 그러나 현 실태는 선장이 적하이해관계인으로부터 보증금이나 적하보험자의 保證狀 또는 共同海損盟約書에 기명날인 한 후 운송물을 인도하고 있다.¹⁰²⁾ ⑥共同海損 債權의 消滅은 그 계산이 종료한 날부터 1년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다고 명시하고 있다(제875조). 이 기간은 제척기간으로 당사자 간의 합의에 의하여 연장할 수 있다(제885조, 제814조 제1항).

둘째, 共同海損 채무 발생으로 共同海損 채무자는 공동위험단체 구성원으로 선장의 처분으로 인하여 그 위험을 면한 선박소유자와 적하 이해관계인이다. ①채무액의 범위는 공동위험을 면하여 잔존하게 된 선박 또는 적하의 가액과 운임의 반액이라고 규정하고 있다. 그러나 예외적으로 채무범위에서 제외하는 것도 있다. “선박에 비치한 무기·선원의 급료·선원과 여객의 식량과 의류이며 이 물건들이 공동위험으로 손실된 경우에는 그 가액을 共同海損 채권액에 산입한다(제871조).” 또한 우편물과 그 취급에 필요한 물건은 공익상 보호하기 위해 분담하지 않게 되어있다(우편법 제7조 제3항). ②채무액의 산정에 관하여 상법 제867조는 항해종료 시에 그 가액을 확정하는 입법주의에 따르고 있다. 이에 따라 정산지도 특약이 없는 한 항해의 종료지가 되고, 선박과 적하가 최종적으로 분리되는 최후의 적하 양륙장이 된다(제867조, 제869조). 선박의 가액은 도달의 때와 곳의 가액으로 하고, 적하의 가액은 양륙의 때와 곳의 가액으로 한다고 규정하고 있다. 다만, 적하의 가액에 관하여는 그 가액

100) 정영석, 「해상법강의요론」, 181쪽.

101) 정찬형, 전게서, 929쪽.

102) 정영석, 「해상법원론」, 424쪽.

중에서 멸실로 인하여 지급을 면하게 된 운임 기타의 비용을 공제하여야 한다. 운임은 편의상 그 반액으로 한다. ③채무자의 책임한계 및 정산에 대하여 共同海損의 채무자는 선박이 도달하거나 적하를 인도한 때에 현존하는 가액의 한도에서 그 책임을 진다(제868조). 분담채권과 채무의 범위 및 가액이 확정되면 그 비율에 따라 각 이해관계인의 분담액이 산출된다. 현행 상법은 제866조를 근거로 하여 共同海損인 손해액을 분담액에 속하는 재산의 가액과 손해액의 합산액으로 나눈 액을 분모의 각 항에 곱해서 나온 액이 이해관계인이 분담하는 가액이 된다.

2. 英國海上保險法 및 海上保險約款上の 效果

1) 英國海上保險法

共同海損의 채권자는 共同海損 행위에 의하여 손해를 입은 자 또는 비용을 지출한 이해관계인으로 재산 보존 이해관계자들에게 共同海損 분담청구권을 가지게 된다(MIA 제66조 3). 이러한 共同海損債權者의 이해관계자는 선박의 소유자, 화물의 이해관계자, 선체용선자, 정기용선자, 재운송인 등이 되며, 예외적으로 共同海損 항해단체가 해상보험상 보험자에게 유효한 위부가 있을 경우에는, 보험자는 보험의 목적에 잔존할 수 있는 피보험자의 일체의 이익과 보험의 목적에 부수하는 소유권에 속하는 일체의 권리를 양도 받을 수 있는 권리가 있다. 이에 따라 共同海損 손해를 보상한 보험자는 일정한 요건 하에 共同海損 債權者가 될 수 있다(MIA 제63조 1항). 일반적으로 해상보험계약 하에서는 보험자와 피보험자간 해상위험으로 인해 손해가 발생시 보험증권에 기재된 보상금액 한도 내에서 보험자가 보험금을 지급하게 된다. MIA 제66조는 共同海損 손해가 발생한 경우 그 손해를 부담하는 사람은 해법에 정해진 조건에 따라 다른 이해관계자로부터 일정 비율의 분담액을 청구할 권리가 있고, 피보험자가 공동해손 비용을 지출한 경우 그 비용손해 가운데 자기가 부담하여야 할 부분에 대하여 보험자로부터 보상을 받으며, 犧牲損害의 경우는 전액에 대하여 보험자로부터 보상을 받는다고 규정하고 있다. 또한 신탁회선박기관보험약관 제11조도 共同海損 희생손해의 경우 보험자에게 손해액 전액을 직접 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 共同海損 비용손해의 경우는 共同海損分擔價額이 정해진 후 각 분담

의무자의 분담금액이 정해지고 나면 채권자인 피보험자의 대위권을 인수한 보험자는 분담의무자에 대하여 분담금액의 지급을 청구할 수 있다. 또한 船舶優先特權, 留置權을 행사할 수 있다. 共同海損 채무자는 共同海損行爲로 인하여 보존된 재산의 이해관계인으로 共同海損 비용에 대하여 부담하게 된다. 그 부담은 선박의 도착지나 화물의 인도 시에 현존하는 가액의 한도 내이며 이는 분담의무자의 유한책임으로서 각 이해관계인간의 형평성을 확보하기 위해 한정된 것이다. 선박 또는 화물이 共同海損으로 일부가 잔존되었다 하더라도 그 후 단독해손으로 멸실된 경우에는 분담의무는 소멸한다.¹⁰³⁾

共同海損의 정산 원칙은 항해종료주의와 사고발생주의로 나뉜다.¹⁰⁴⁾ 항해종료주의는 사고로 항해가 종료된 때와 장소에서의 가액을 기준으로 하며, 사고발생주의는 共同海損이 발생한 때와 곳에서의 가액을 기준으로 정산한다. 손해액 산정에 있어 적하의 경우는 양륙시점과 장소의 가액이 되고, 선박은 도달시점의 가액이며, 운임에 관해서는 별도로 규정한 것이 없으나 분담금은 운임의 반액이라고 규정하고 있다. 共同海損 분담금에 대해서는 보험자와 피보험자간의 계약에 의한 규정으로 보상한도 및 원칙을 살펴보고자 한다.

첫째, MIA 제73조 共同海損分擔金の 보상한도는 ①보험의 목적이 共同海損 분담금의 전액을 보험에 부보한 경우로서 보험자는 共同海損 분담금액의 전액을 보상한다. ②共同海損 분담액이 보험목적의 보험가액을 초과하는 경우로서 보험자는 共同海損 분담금의 비율에 따라서 보상한다. ③共同海損 분담액으로부터 공제되는 단독해손 손해는 협정보험가액에서도 공제시켜야 하지만, 만약 단독해손불담보특약이 있다면 협정보험가액에서 단독해손 손해를 공제하지 못한다.

둘째, 보상원칙은 ①선박 또는 화물이 共同海損 분담금 이상으로 보험가입되었을 경우에는 보험자는 그 분담금을 기준으로 하여 산정된 금액을 보상하여야 한다. 그러나 共同海損 분담금 미만으로 보험가입된 경우 보험자는 협정보험가액을 기본으로 하여 산정된 금액을 보상한다. 또한 선박의 共同海損 분담액으로 부터 공제하여야 할 單獨海損 손해가 있을 때에는 보험자는 분담금의 기준이 되는 가액을 기준으로 하

103) 박환재, 전개논문, 24쪽.

104) 박성호, 전개논문, 132쪽.

여 산정된 금액을 보상하여야 한다. 그리고 보험자는 보험금을 결정하기 위해서 협정보험가액에서 그 단독해손 손해를 공제한다. ②共同海損 및 해난구조료의 분담금에 대한 보험자의 보상책임을 확정하기 위하여 위의 규정을 적용할 때에 보험자에게 보상책임이 있으면서 또한 분담금을 산정하기 위하여 공제시킨 모든 손해 및 비용을 협정보험가액으로부터 공제한다. ③共同海損 분담금 및 구조료에 대한 운임보험자의 보상책임액을 정산할 때에, 위험에 노출된 순운임이 아니라 총 운임으로써 기평가보험의 경우에 협정보험가액과 미평가보험의 경우에는 보험가액을 비교하여 MIA 제 73조를 적용한다.

셋째, 보험자의 보험금 지급에 대하여 ①해상보험약관에 명시한 특약이 있는 경우를 제외하고 피보험자가 共同海損 비용을 지급한 경우, 피보험자는 그 비용 중에 자기의 부담으로 귀속하는 부분에 대하여 보험자로부터 보상받을 수 있다. 그리고 共同海損 희생의 경우 피보험자가 분담의무를 가진 다른 당사자에게 분담청구권을 행사하지 않고 손해의 전액을 보험자로부터 보상받을 수 있다(MIA 제66조 4항, 5항). ②비율분담에 대하여 분담의무가 있는 보험의 목적이 그 분담금의 전액에 대하여 보험가입되어 있을 때에 손해보상의 한도는 그 분담금의 전액이 된다. 그러나 보험의 목적이 그 분담금액의 전액에 보험가입하지 않았거나 그 보험목적이 일부만이 보험가입된 경우 보험자가 보상하여야 할 보상액은 일부보험의 비율에 의하여 감액한다. 또한 분담금에서 공제되는 단독해손이 있고 또 보험자가 그 보상책임을 부담하는 경우에 보험자가 책임을 지는 분담금을 확정하기 위하여 그 단독해손의 손해액을 협정보험가액에서 공제한다(MIA 제73조).

共同海損의 부담가액은 도달지의 가액에서 共同海損 후에 발생한 모든 비용을 공제한 것으로 이러한 비용은 共同海損이 발생하지 않으면 생기지 아니하는 것이며, 보험가액과 관계없이 독립적으로 산정한다. 그리고 보험자의 분담액이 보험가액을 초과할 경우에 共同海損 분담금을 전액 보험자에게 부담시키는 것은 형평의 원칙에 벗어난 것으로 보험자의 분담책임은 분담액이 보험가액을 초과한 비율에 따라서 감액하여야 한다. 이는 형평의 원칙상 당연한 것이다.

2) 協會期間保險約款

協會船舶期間保險約款은 共同海損 관련하여 피보험자가 정당하게 지출한 救助費 및 共同海損費用은 자기 지분에 귀속될 부분에 대하여 보험자로부터 회수할 수 있음을 규정하고 있고, 공제규정에는 共同海損 및 救助費를 포함시키고 있어 이에 대하여 살펴보고자 한다.

첫째, 救助·救助費 및 共同海損에 대한 피보험선박의 분담비율에 대하여 일부 보험인 경우에는 감액된 비율로 보상하고, 피보험선박의 共同海損 회생손해의 경우에는 피보험자는 다른 당사자에 대하여 분담청구권을 행사함이 없이 손해의 전액을 보험자로부터 회수할 수 있도록 규정하고 있다(제11조 1항).

둘째, 정산과 관련하여는 일반적으로 각국의 共同海損에 관한 법률이 항해종료 지역에 있어서의 법률과 관습에 따른 정산을 채택하고 있다. 共同海損에 관한 각국의 법률은 국가마다 상이하여 共同海損分擔額과 救助費에 대한 책임도 선박의 특수성으로 인하여 항해목적지에 따라 달라질 수 밖에 없어, 해상운송계약서의 규정에 따라 보험자의 책임이 달라지는 것을 방지하기 위하여 “해상물건운송계약서에 정산에 관한 하등의 특약이 명시되어 있지 않은 경우에 준하여 해상운송사업이 종료되는 지역에서 행하는 법률과 관습에 의거 정산토록 한다. 해상물건운송계약은 요크-엔트워프 규칙에 따른다고 규제되어 있는 경우 보험자는 동 규칙에 따라 정산한다(제11조 2항). 그리고, 대부분의 각국 해상물건운송계약서 및 선하증권, 용선계약서에는 일반적으로 共同海損 정산은 요크-엔트워프 규칙에 의거 정산한다는 특약을 삽입하고 있다.

셋째, 선박이 용선되지 않고 공선 출항한 것과 관련하여 선박이 용선되어 선적항에 공선으로 항행하는 경우 선박과 용선료와의 사이에 공동위험단체가 구성되어 共同海損行爲가 성립한다.¹⁰⁵⁾ 그러나 선박이 용선되지 않고 공선으로 항행하는 경우에는 共同海損 이해관계자는 선박소유자 뿐이므로 이에 대하여는 1994년 요크-엔트워프 규칙의 각 규정(제20조 및 제21조 제외)이 적용된다. 또한 만약 중간항구 또는 해역에서 최초로 기도한 해상운송사업을 포기한다면, 그 때부터 항해는 종료된 것으로 간주되어 共同海損 정산에 제한됨을 규정하고 있다(제11조 3항).

105) 정영석, 전게서, 「해상보험론」, 770쪽.

넷째, 담보위험에 대한 보상과 관련하여는 담보위험을 피하기 위하여 또는 담보위험을 피하는 것과 관련하여 발생한 손실이 아닌 경우에는 여하한 보상청구도 허용하지 아니한다고 규정하고 있다(제11조 4항).

다섯째, 공제액과 관련하여 일반적으로 공제액 계산은 共同海損 및 救助費를 포함하여 계산하므로 공제액 계산시 손해방지비용, 共同海損犧牲으로 인한 修繕費, 共同海損 分擔金, 救助費는 적용한다(제12조).

3) 協會積荷保險約款

협회구적하보험 제7조는 共同海損 및 구조비는 외국에서 작성된 정산서에 의하거나 또는 해상물건운송계약에 그렇게 규정되어 있으며, 요크-앤트워프 규칙에 의거 정산된다고 규정하고 있다. 신탁회적하보험약관 제2조는 약관에 명시된 면책위험을 제외하고는 共同海損分擔金에 대해 보험자에게 보상책임이 있다고 규정하고 있다.¹⁰⁶⁾ 희생손해로는 위험약관(ICC (C))제1조 2항에 共同海損犧牲과 투하를 규정하고 있고, 비용손해에 대해서는 손해방지비용과 구조비, 손해조사비용을 규정하고 있다.

첫째, 손해방지비용은 해상에서 화물을 운송하는 도중 보험의 목적이 사고를 당하게 되면, 피보험자 혹은 대리인은 손해방지와 손해를 경감하기위한 모든 조치를 취해야 할 의무가 있고, 담보위험으로 인해 발생한 손해를 방지하기 위해 든 비용은 보험자가 부담하도록 구협회적하보험약관 제9조¹⁰⁷⁾와 신탁회적하보험약관 제16조¹⁰⁸⁾

106) This insurance covers general average and salvage charges, adjusted or determined according to the contract of affreightment and/or the governing law and practice, incurred to avoid or in connection with the avoidance of loss from any cause except those excluded in Clauses 4, 5, 6 and 7 or elsewhere in this insurance.(이 보험은 다음의 제4조, 5조, 6조 및 7조, 혹은 이 보험의 다른데에서 표시한 면책위험을 제외한 담보위험을 피하기 위해 발생한 경우라면, 해상운송계약 혹은 효력이 있는 법률이나 관습에 따라 정산되거나 결정된 공동해손과 구조비를 보상한다.)

107) 제9조(수탁자약관) 모든 경우에 손해의 방지 및 경감을 위해 적절한 조치를 취하고, 또한, 운송인, 수탁자 또는 기타 제3자를 상대로 한 모든 권리를 확보해 놓는 것은 피보험자 및 그 대리인의 의무이다.

108) 제16조(피보험자의무약관) 이 보험에서 보상하는 손해에 관하여 다음 사항을 이행하는 것은 피보험자, 그 사용자 및 그 대리인의 의무이다.

제16조 1항 손해를 방지하거나 또는 경감시키기 위하여 합리적인 조치를 강구하는 것 제16조 2항 운송인, 수탁자 또는 기타의 제3자에 대한 일체의 권리가 적절히 보존되고 행사되도록 확보하여 놓는 것. 그리고 보험자는 이 보험에서 보상하는 손해에 부가하여

에서 규정하고 있다.

둘째, 구조비는 구조계약에 의하지 않고 긴급구조한 경우에 구조자가 법률상의 권리로 회수할수 있는 비용으로 피보험위험을 모면하기 위한 구조료는 보험자가 보상한다. 계약구조에 대한 구조비는 損害防止費用 또는 共同海損費用으로 처리한다.¹⁰⁹⁾

셋째, 계속운송비용은 신탁회적하보험약관 제12조에 보험자의 담보손해로 규정하고 있다. 피보험목적의 목적지 이외의 항구 또는 지역에서 이행불능될 경우 보험자는 피보험자에 대하여 해당 피보험목적의 양하·보관 및 증권기재의 목적지까지 계속 운송을 위해 적절하고 합리적으로 지출한 특급비용을 지급한다. 이 비용에는 피난항에서 지출되는 양륙비, 창고보관료, 재포장비, 재선적비 등이 해당된다.

넷째, 손해조사비용은 보험손해를 조사하고, 손해 정도를 확정하거나 증거보전을 위한 비용으로 원칙적으로 피보험자가 부담할 것이나, 손해 자체가 보험자가 부담할 손해인 경우에 한하여 보험자가 부담하여야 한다. 이 비용에는 여비, 통신비, 입회비, 감정료, 공매비용, 서류발취비용, 사진비용 등이다.¹¹⁰⁾



第3節 小 結

공동해손 손해를 유발시키는 위험에 대하여 共同海損이 성립하기 위해서는 共同危險이 존재하여야 하고, 선장 등의 處分行爲가 있어야 하며, 처분행위에 따른 선박과 적하의 희생과 비용손해가 발생되어야 하고, 이러한 희생과 비용손해로 인하여 공동위험 재산의 일부가 보존되어야 하며, 그 보존의 효과로서 희생과 비용의 손실을 본자와 재산을 보존한 자 간의 債權 및 債務의 관계로 인한 이해관계자들에 의한 부담이 이루어져야 한다. 이처럼 조건들이 갖추어졌을 때 共同海損으로 인정된다. 그러나 이러한 요건들이 완전하다고 볼 수는 없다. 이에 대하여 각 요건들에 대하여 제기되고 있는 불합리성에 대하여 언급하고자 한다.

상기 의무를 수행함에 있어 적절하고 합리적으로 발생된 비용을 피보험자에게 보상한다.

109) 정영석, 「해상보험론」, 606쪽.

110) 정영석, 상계서, 607쪽.

첫째, 共同海損 위험의 상존에 대하여는 위험이 현존적인가, 장래적인가를 구별하지 않고 이익의 공통적 보존을 목적으로 하는 행위는 共同海損 행위로 인정하여야 한다는 예견설이 타당하다고 본다. 그리고 인위적인 위험에 대하여는 선장, 과실 및 태만이 존재 할 때에도 항해단체에 대한 위험원인이 현실적이고 공동이면 그 위험의 발생원인 여하를 불문하고 共同海損의 성립을 인정한다는 적극설이 타당하다. 이는 공동이익주의와 해상보험계약의 측면에서 보험자가 피보험자에 대하여 담보하는 위험과 위험에 의한 손해보상과도 일치하기 때문이다.

둘째, 처분행위에 대하여 선장 및 그 대리인도 처분 가능한 공동처분주의가 타당하고, 처분의 고의성과 합리성을 갖추기 위해서는 처분의 순위를 계획성있게 단계적으로 추진하여야 한다. 이를 위하여 선장은 각 적하의 배치와 가액에 대하여 파악을 하고, 위험발생시 희생 우선순위에 대한 계획을 나름대로 세워두고 있어야 한다. 이 계획은 화물의 적재시점에서 양하의 순서를 정하여 선박내 배치를 하는 것처럼 단계적으로 세워져야 하며, 이 계획은 의무적으로 共同海損 정산시 제출되도록 의무화가 필요하다.

셋째, 희생과 비용손해는 共同海損 처분으로 인하여 생긴 희생이나 비용에 대해서만 분담을 요구할 수 있다. 그러나 희생과 비용손해로 인정되는 사항에 있어 각 규칙과 법률이 상이하다. 그 내용은 ①희생손해에 대하여 상법은 선박 또는 적하의 어느 일방이나 양자에 모두 발생한 실제 손해로 처분행위로 인한 제3자의 물건에 발생한 손해를 포함하고 있다. 재판적된 적하의 투하는 재판적의 관습이 있는 경우에만 共同海損이 된다. 영국해상보험법은 임의의 좌초, 선박을 이초하기 위한 뜻의 사용으로 발생한 뜻의 손상, 좌초한 선박을 부양시키기 위해 과도하게 사용한 결과로 발생한 기관 및 기계의 손상, 선내 화재를 진압하기 위해 선체를 고의로 손괴하여 입게 된 손상이라고 규정하고 있다. 적하 희생손해에 대하여는 재판적화물의 투하, 방화수에 의한 손상을 규정하고 있으며, 특히 기타 희생으로 운임이 상실된 경우로 운임의 희생도 가능하다고 규정하고 있다. ②비용손해에 대하여는 피난항에의 입항비용·도선료·예선료·구조료 등을 말하고, 비용손해는 共同海損과 상당한 인과관계가 있어야 한다. 요크-엔트워프 규칙은 구조행위가 共同海上團體에 속하는 재산으로부터 보존할 목적으로 실행할 것을 조건으로 규정하고 있다. 영국해상보험

법은 선박을 부양하기 위하여 화물을 부선에 옮기고 선박의 부양 후에 즉시 재선적할 때에는 부선사용료 및 재선적비용을 포함하여 모든 선박의 무게줄임 비용은 共同海損 비용이 된다고 한다. 피난항 비용은 피난항에 입항하고 본래의 화물 또는 그 일부를 선적하고 그 곳에서 발항할 경우 출항비용과 입항비용은 共同海損으로 처리하며, 그 훼손을 수선할 목적으로 화물을 양륙할 경우 양륙비와 화물의 창고보관 비용·재선적비용·그리고 선박 또는 화물의 훼손을 수선하는 수선비와 재정비 비용도 共同海損으로 인정된다. 해양환경보존비용은 분명한 규정은 없으나, 영국 규정에서는 담보된 위험으로 인해 선박손상의 직접적인 결과로 발생한 오염의 위험 또는 위험을 방지하거나 완화하기 위하여 권한을 위임받은 정부당국이 취한 행위로 인한 선박의 전손은 담보 한다고 규정되어 있다. 구조비는 계약에 의하여 이행되었거나 또는 계약상 승낙된 구조행위의 비용이 공동안전을 위하여 지출하였다면 실무상 共同海損으로 취급한다고 규정하고 있다. 정산비용은 관례적 사항으로 해난보고서 작성비용, 共同海損 감정비용, 共同海損 분담가액 감정비용, 정산인의 보수, 정산인의 여비 및 통신비 등에 대하여 共同海損 비용으로 인정되어 왔다(영국실무규칙 A9조).¹¹¹⁾ 이와 같은 상이함으로 인하여 희생손해 및 비용손해에 대한 적용에 있어 각 국가마다 달라 통일화가 필요하다.

넷째, 일부 재산의 잔존은 共同海損의 목적이 일부를 희생시켜 공동체 재산을 보존하는 것으로 이는 전체를 위해 일부를 희생시키는 것으로 당연히 위험공동체 재산이 잔존하여야 하는 것은 당연한 것이다. 그러나 잔존 여부에 대하여는 어느 정도가 잔존되어야만 잔존되었다고 볼 수 있느냐 하는 것이 문제가 되므로 이에 대하여 선박 또는 적하의 전부 또는 일부의 보존으로 충분하다고 하는 종류불문주의가 타당하다고 생각되며, 共同海損 행위와 보존된 재산과의 관계에 대하여는 양자 간에 인과관계를 요구하지 않고 공동해손 행위 후에 재산이 잔존하면 된다는 잔존주의가 옳다고 생각된다. 왜냐하면 잔존 가액이 얼마되지 않거나 또는 손해를 입기 전 가액과 상당한 차이가 있는 경우 하주는 보험자에게 위부하여 전손으로 처리하거나 또는 이해관계자들에게 잔존된 가치에 대하여 통보조차 하지 않고 잔존가액이 미미한 경우라 판단

111) 도중권, 「해상보험론」(서울: 학문사, 2006), 154쪽; 田中千束, 「共同海損の研究」(東京: 成山堂書店, 1980), 4面.

하여 전손으로 처리하는데 주저하지 않을 것이기 때문이다.

다섯째, 共同海損 발생의 효과로 이는 共同海損 희생손해를 입거나 비용을 지출한 사람은 채권자적 지위에 있고, 보존된 재산의 이해관계인은 채무자적 지위에 있게 된다. 그러면 채권자적 위치에 있는 자가 채무자의 경영악화 및 도산 등을 이유로 채무이행을 이행치 못하는 경우 채권자는 선박소유자 및 적하소유자의 지위에서 기존 계약에 의거한 거래의 이행을 완료하여 그 이익으로 채권을 확보토록 하는 방안 마련이 필요하다.



第4章 요크-앤트워프 規則의 規範性和 適用 問題

第1節 요크-앤트워프 規則의 意義와 沿革

1. 意義

共同海損에 대한 문헌적 시발점을 현재 로오드 투하법(Lex Rhodia de jactu)으로 불리고 있는 내용이 기록된 그리스의 유스티니아 법전으로 설명하고 있다. 그 내용은 다음과 같다.

“Lege Rhodia cavetur ut si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contribtione s arciatur quod pro omnibus datum est.”

즉, “만일 선박을 가볍게 하기 위하여 상품을 해중에 투기 하였을 때, 이것이 전체를 위한 것이라면 전체가 분담하여야 한다.”는 것이다.¹¹²⁾ 또한 위 법전의 해중투하에 관한 법칙은 다음과 같다.

“The Rhodian law decrees that if, in order to lighten a ship, merchandise has been thrown overboard, that which has been given for all should be replaced by the contribution of all.”

즉, “로오드법은 만약 선박을 가볍게 하기 위하여 적하를 선외로 투기한 경우, 모두를 위하여 행하여진 투하는 모두의 분담에 의하여 회복 되어야 함을 명한다.”¹¹³⁾라고 명시하고 있다.

로마법에서는 해중 투하에 대하여 선박을 부상시키기 위해 적하를 부선에 옮겨

112) Lowndes & Rudolf, *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules* 10th ed., (London: Stevens & Son, 1975), p. 3; Buglass, L. J., *Marine Insurance and General Average in the United States*, 2nd ed., (Centreville, Maryland: Cornell Maritime Press, 1981), pp. 177-178.

113) Donaldson, Staughton & Wilson, op. cit., p. 3.

실은 후 그 부선이 沈沒하여 손해를 입은 경우와 선박의 마스트의 절단 그 밖에 선박에 가한 손해도 共同海損으로 인정하였다.¹¹⁴⁾ 그리고 선장에 대한 소권을 인정하는 법칙을 두었는데 그 내용은 선박이 위험을 피하기 위하여 선장이 적하를 해중에 투하한 경우, 하주는 선장에 대하여 계약관계에 따른 도급인의 소권을 가지고, 선장은 투하되지 않은 적하의 하주가 받은 이익에 대하여 수급인의 부당이득 소권을 가진다.¹¹⁵⁾

12세기의 오래온 법전¹¹⁶⁾에는 共同海損에 대한 3가지 조문(제8조, 제9조, 제35조)이 있다. 첫째, 제8조는 선박이 화물을 해중에 투하하지 않으면 위험을 피할 수 없는 경우 “여러분, 우리들은 포도주와 화물을 버리지 않으면 피할 수 없습니다.”라고 선언해야 한다. 둘째, 제9조는 폭풍 때문에 선장이 마스트를 절단하지 않으면 안 될 경우 선장은 상인들을 소집하여 선박과 적하를 구조하기 위하여 마스트를 절단하는 것이 타당하다는 것을 표시해야 한다. 또한 때로는 선박의 닻줄과 닻을 절단하는 경우도 있다. 셋째, 제35조는 선박에서 투하가 있는 경우 “선내의 모든 상품과 재산은 투하에 대하여 파운드 단위로 분담해야 한다.”는 것이 로마법에 명시되어 있어 이것은 해상 관습으로 명명되고 확립되어야 한다는 것이다. 판례에서는 만약 선내에 두 개 이상의 은컵이 있을 경우 이것도 투하물에 분담되어야 한다고 명시하였다.¹¹⁷⁾

13세기 스페인의 지중해 연안에서는 콘솔라토 델 마아레(Consolato del Mare) 규칙이 관습적으로 통용되고 있었는데 적하의 해중 투하의 결정은 승선자 전원을 소집하여 위험에 대하여 설명하고 신의 뜻에 따라 인명 및 대부분의 적하를 구조하기 위하여 선박을 가볍게 하도록 처분을 할 수 있는 권한을 오늘날 선장격인 seynor에게 부여토록 요구하고 전원 또는 과반수의 동의가 있으면 적어도 상인 한사람의 재화를 위험을 면할 수 있을 때까지 적하를 버릴 수 있다는 것이다.¹¹⁸⁾

16세기의 프랑스의 기동 드 라 메르(Guidon de la Mer)의 규정 제6장 제1조

114) 小町谷操三, 「海商法研究 第3卷」(東京: 成山堂書店, 1984), 40~41面.

115) 최기원, 「상법학신론(하권)」(서울: 박영사, 2004), 840-846쪽; 田中千束, 「共同海損の研究」(東京: 成山堂書店, 1980), 4面.

116) 영국왕 리차드 1세가 예루살렘(Holy Land)으로부터 귀국하는 도중 오래론섬(Isle of Oleron)에 체류하는 동안 그곳에 있는 관습법을 수정하여 la ley Olyroun이라는 이름의 海法으로서 공포하였다고 한다.

117) Donaldson, Staughton & Wilson, op. cit., pp 6-7.

118) 田中千束, 前掲書, 10~11쪽.

는 정의규정을 두고 있는 것이 특징인데 共同海損을 대해손이라 칭하고 다음과 같이 정의하였다.

“The first is called common or gross average, that which arises by jettison, for ransom or composition, for cables, sails, or mast cut for the saving of the ship and merchandise, the compensation for which is levied upon(seprend sur) the ship and merchandise; for which reason it is called common.”

즉, 共同海損 또는 대해손은 선박과 상품을 구조하기 위하여 행한 투하와 닻줄, 돛 또는 마스트의 절단으로 인한 손해로 생긴 것이고 이 손해의 배상은 선박 및 상품에 분담시킴으로서 공동이라고 일컬어진다고 규정하고 있다.¹¹⁹⁾

1681년 프랑스 해사칙령의 제2조는 선박 또는 적하의 단독에 요구되는 비정상적인 비용 및 손해를 단독해손이라 하고, 선박 및 적하를 공통적으로 구출하기 위하여 요구되는 비정상적인 비용 및 손해를 共同海損으로 규정하고 있다.¹²⁰⁾ 판례에 의한 共同海損의 의의는 1801년 Birkley v. Presgrave 사건으로 당시 Lawrence J. 판사는 “선박·적하의 보존을 위하여 지출한 비용이나 혹은 이례적 희생의 결과에 기인한 모든 손해는 共同海損이 되며 이 해손은 이해관계자 전원이 비례적으로 분담하여야 한다.”고 판시하였다.¹²¹⁾ 1860년 영국의 국립사회과학진흥협회(National Association for the Promotion of Social Science)의 주관으로 共同海損의 국제 통일규범 마련에 노력하여 글라스고우 결의안을 채택하였다.¹²²⁾ 이후 1864년 9월 26일 New York에서 제3회 國際共同海損會議를 개최하여 11개조로 이루어진 요크-앤트워프 규칙(York Rules 1864)을 의결하고 채택하였다.¹²³⁾

共同海損制度는 기원전 14세기 지중해 연안의 로오드섬의 관습법인 로오드 투하법에서 시작된다. 이 로오드법은 “만일 선박을 가볍게 하기위하여 상품을 해중에 투

119) Donaldson, Staughton & Wilson, *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules*, 10th ed., (London: Stevens & Sons, 1975.), pp 10~11.

120) 임동철, “공동해손법의 발전과 공동해손제도의 의의”, 『해사법학회 법학연구』, 제3호(1991), 5~20쪽.

121) Lowndes & Rudolf, op. cit., p. 16.

122) Donaldson, Staughton & Wilson, op. cit., pp. 232-236.

123) Ibid, op. cit., p. 238.

기 하였을 때, 이것이 전체를 위한 것이라면 전체가 분담하여야 한다.”라는 것이다. 이 투하법은 로마법에 계수되어 적하 투하를 포함한 선박의 부양과 관련된 것을 비롯한 선박의 일부분의 절단행위도 전체를 위한 것이라면 공동해손으로 인정하는 共同海損의 범위가 擴張되게 되었다. 중세를 거치면서 共同海損制度가 여러 학설로 나누어지면서 프랑스는 부당이득이론, 영국은 형평이론, 미국은 대리이론으로 각각 共同海損의 문제를 해결하려고 하였다. 이러한 환경 속에서 각국의 共同海損 규정들이 상이하게 되거나 또는 같은 규정이지만 해석의 차이로 인정 범위가 달라지는 등으로 인하여 해상 실무상 분쟁이 끊이지 않았다. 이를 해결하기 위하여 共同海損에 대한 국제 통일화 작업이 시작되었고, 1860년 글라스고우 회의를 출발점으로 하여 1924년, 1950년, 1974년, 1994년, 2004년까지 共同海損 규정이 개정되는 노력들이 이루어지게 되었으며 그 결과 현재는 각종 운송계약서 및 선하증권, 보험 약관 등에 부가조항으로 共同海損과 관련한 문제는 요크-엔트워프의 적용을 따른다고 하는 문구를 삽입함으로써 그 해석상의 일원화를 기하고 있다.

共同海損의 의미는 요크-엔트워프 규칙 A조에 “共同海損행위는 해상모험에 속하는 재산을 위험으로부터 보존할 목적으로 공동안전을 위하여 고의적이고 합리적으로 이례적인 희생 또는 비용이 생기는 경우에 한하여 성립한다.”라고 규정하였다가 (York-Antwerp Rule 1974. A), 다시 “공동 해상재산을 위험으로부터 보존할 목적으로 공동안전을 위하여 이례적인 희생 또는 비용을 의도적, 합리적으로 발생하거나 지출한 경우에 한하여 성립하고, 공동해손 희생과 비용은 기준에 따라서 각 분담 이해관계인이 부담하여야 한다.¹²⁴⁾”라고 개정하여 현재에 이르고 있다.

124) York-Antwerp Rule 1994. A: There is a general average act when, and only when, any extraordinary sacrifice or expenditure is intentionally and reasonably made or incurred for the common safety for the purpose of preserving from peril the property involved in a common maritime adventure. General average sacrifices and expenditure shall be borne by the different contributing interests on the hereinafter provided(이례적인 희생 혹은 비용이 공동의 해상 모험과 관련되어진 재산을 위험으로부터 보존할 목적으로 공동의 안전을 위해서 의도적으로 그리고 합리적으로 발생했거나 일어났을 경우에만 그리고 그러한 경우에 공동해손이다)

2. 沿革

1) 1864년 요크 規則

1864년 9월26일 New York에서 제3차 國制共同海損會議가 개최되어 만장일치로 11개조항의 요크 규칙을 제정하는데 합의하였다. 제1조 갑판적화물의 투하, 제2조 투하로 인한 손해, 제3조, 선박화재의 진화, 제4조 난파물의 절단, 제5조 임의좌초, 제6조 돛의 강용, 제7조 피난항의 비용, 제8조 피난항에서의 선원의 급료 및 생계비, 제9조 양륙에 있어서 적하에 대한 손해, 제10조 분담가액, 제11조 운임의 상실로 구성되어 있다.

2) 1877년 요크-앤티워프 規則

1877년 8월30일 앤티워프에서 유럽과 미국의 통상대표가 모인 국제회의에서 요크규칙을 심의하여 약간의 수정과 12조를 신설하였다. 제1조 갑판적 목재의 투하를 共同海損에서 삭제. 제3조 화재로 인해 손해를 입은 개품적 하물의 배상은 하지 아니한다는 규정 삽입. 제7조 및 제8조 피난항에 양륙되어진 적하에 대하여 계속운송이 불가능하거나 부적당한 경우를 제외한 다른 사항은 共同海損의 분담이 될 수 없다는 사항 삭제. 제10조 운임의 분담액 기준을 총액의 3/5이던 것을 항비와 선원급료를 제외한 운임의 총액으로 개정. 제12조 희생된 적하의 가액은 하주가 희생을 입지 않은 경우에 받을 수 있었던 가액으로 한다고 신설 규정하였다. 이 시기부터 共同海損規則을 요크-앤티워프 규칙이라고 알려지게 되었다.¹²⁵⁾

3) 1890년 요크-앤티워프 規則

1860년부터 시작된 共同海損에 관한 국제적 통일화가 거의 완성되었다는 평가를 받은 시기로 앞의 12조에 6개 조항을 더 신설하여 18개조가 되었다. 동 규칙의 신설된 조항은 제7조 선박을 부양시키기 위한 기관의 손상. 제8조 었힌 선박을 부양시키기 위한 비용과 이로 인해 발생한 손해. 제9조 연료로 사용된 적하·선박재료 및 선용품. 제13조 수선비로부터의 공제. 제14조 임시수선. 제18조 정산 규정이다.

125) Lowndes & Rudolf, op. cit., pp. 239~240.

4) 1924년 요크-엔트워프 規則

이전의 규칙은 일반 원칙적 규정이 없어서 혼란이 야기된 점¹²⁶⁾을 감안하여 문자규정과 숫자규정으로 구분하였다. 문자규정은 A-G조의 7개조와 숫자규정 1조부터 23개조로 구성되었으며 기존의 18개 조항에 5개 조항을 더 하였다. 그 내용은 다음과 같다. 제18조 선박에 대한 손해, 제19조 불고지 또는 허위고지된 화물, 제20조 피난항 등에서의 이동에 따른 비용, 제21조 자금의 조달, 제22조 共同海損으로 배상될 손해에 대한 이자, 제23조 공탁현금의 취급 등 6개조가 신설되었고, 구 규정 제18조는 삭제되었다.

5) 1950년 요크-엔트워프 規則

문자규정과 숫자규정의 해석상 우선순위에 대한 논란에 있어 규정 서문에 “共同海損을 정산함에 있어서 문자규정과 숫자규정에 의하여 규정되고 있는 경우를 제외하고, 문자규정에 따라서 정산하여야 한다.”라는 해석규정을 신설하였다. 이는 “The Makis Case”에 의한 협정¹²⁷⁾으로 받아들여진 것이다. 이 내용의 신설이 최대 핵심

126) Buglass, L. J., *General Average and the York/Antwerp Rules* (London: Witherby & Co, Ltd., 1983), pp. 180-181.

127) *Vlassopoulos v. British & Foreign Marine Insurance Co., Ltd.*, (1929) 1 K. B. 187; 34 Com. Cas. 65; 31 L.I.L.Rep. 313: 기선 Markis 호가 Bordeaux항에서 Cardiff항까지 개목을 운송하기 위해 용선되었으나, Bordeaux항에서 개목을 선적할 때 선수 마스트의 붕괴로 인하여 마스트의 Derrick(보 끝에 달린 도르래로 물건을 들어 올리거나 내리는 장치)이 화물창 내로 떨어지면서 선박에 손해를 발생시켰다. 상기의 수리를 위하여 불가피하게 입거 수리하였다. 상기의 수리비에 대하여 선박이 항해의 완수를 위하여 필요한 수리이라는 것을 근거로 하여 수리 중에 발생된 비용(항비, 선원의 급여와 유지비 등) 등을 규칙 10, 11조를 근거로 공동해손이라고 청구하였으나, 공동의 위험이 없다고 하여 공동해손으로 인정되는 것이 거절되었다. 상기의 수리를 완료하고, 개목을 싣고 Cardiff항으로 출항하였으나 항해 도중에 추진장치인 프로펠러가 난파잔해물에 부딪쳐 손상이 발생함에 따라 감항성을 상실하여 Cherbourg항에 입항하여 필요한 수리를 시행한 후에 당해 항해를 종료하였다. 상기 사고 후에 선주는 선박이 입은 손해 및 선박수리 중의 선원의 급여, 연료비 및 화물취급에 따른 비용 등을 선체보험자에게 청구하였으나, 보험자는 선박의 수리비만을 보상하여 주고, 기타비용은 공동해손이 아니다 라고 주장하면서 보험금의 지급을 거절하여 선주가 정식재판을 청구한 사건이다. 당시 담당판사는 긴박한 위험은 없었으나 선박이 위험에 처해있는 것은 틀림없으므로 위험이 있는 것으로 보았다. 그러나 영국의 법원은 반대로 문자규칙은 공동해손에 관한 법원이며, 숫자규칙은 특수한 예시이기 때문에 문자규칙이 숫자규칙상의 모든 사항에 우선한다고 판결하여 이 사건은 선박과 화물에 위험이 없었으므로 공동해손으로 인정하지 않았다고 하였다. 이와 같은 판결로 당황한 영국의 주요 선주와 보험자

사안이었으며 다른 규칙들은 조문을 정리하는 차원에서 경미한 개정이 있었을 뿐 1924년 규칙과 비교할 때 근본적인 변경은 없었다.¹²⁸⁾

6) 1974년 요크-엔트워프 規則

국제적 통일화 및 간소화를 추진하였다는 것에 의의를 두고 있으며 그 내용은 국제적 통일성 측면으로 문자규정 D조 및 숫자규정 제3조·제10조·제11조·제18조를 개정하였고, 간소화 측면에서는 정산절차인 숫자규정 제5조·제13조·제16조·제17조를 개정하였으며, 부수적으로 다른 조항도 개정하였는데 제6조·제7조·제14조·제21조이다. 1974년 규칙은 국가 간의 조약이 아니면서 세계적인 관습법도 아니면서 그 합리성 때문에 세계 각국의 해운업자와 보험업자에 의해 보통거래약관으로 시행되고 있어 실정법 못지않은 중요한 기능을 하고 있다.¹²⁹⁾

첫째, 운송인의 과실과 共同海損에 관하여 규정한 D조에 대하여 구상 또는 항변이라고 하여 과실당사자에 대한 구상권의 인정과 아울러 과실자의 과실부인의 자기방어에 대한 규정을 삽입하였다.

둘째, 숫자규정 제3조는 연기 또는 열에 의하여 생긴 손해에 대하여는 그것이 어떠한 원인에 의한 것이든 배상받을 수 없다는 규정을 신설하여 각국의 관습을 통일시키고자 하였다.

셋째, 숫자규정 제4조에서 돛대(spar) 등은 옛날의 목선시대의 유물이므로 그것을 삭제하는 대신 철강선의 현대 수요에 맞추어 선체의 일부(parts of the ship)로 개정하였다.

넷째, 숫자규정 제5조는 선박이 좌초될 우려가 있던 없던 간에 공동안전을 위한 고의적인 좌초로 인한 결과손해는 모두 共同海損으로 인정하여 조문을 간소화하였다.

다섯째, 숫자규정 제6조 선박 적하의 공동위험을 면하기 위한 구조작업으로 인한 비용, 즉 구조료는 이를 共同海損으로 본다고 규정하여 영국의 관습이 범세계적으

는 원래 의도한 대로 숫자규칙이 문자규칙에 우선하여 해석하기로 협정하는 일명 “마키스 협정”을 1929년 1월에 체결했다.

128) 임동철, 전계논문, 26쪽.

129) 정무동, 「상법강의(하)」(서울: 박영사, 1993), 292쪽; 최기원, 「상법학신론(하)」(서울: 박영사, 2004), 907쪽.

로 통용하게 되었다.¹³⁰⁾

여섯째, 숫자규정 제10조항 2절의 항해 중 이동된 적하 등의 재적재(restowage)만을 목적으로 하는 선내작업비나 양하비용은 그러한 재적재가 공동의 안전을 위하여 필요한 경우가 아니라면 共同海損으로 인정되지 않는다는 규정을 신설하였다.

일곱째, 숫자규정 제13조는 조문 및 정산실무상 가장 대폭적으로 간소화된 조항으로 신구교환(new for old)공제에 관하여 구 규칙의 복잡한 규정을 개정하여 선령 15년 이하의 선박에 대하여는 신구교환공제를 일체 인정하지 않고 15년을 초과하는 선박에 대하여는 3분의 1을 공제한다고 하는 원칙을 정했다.

7) 1994년 요크-엔트워프 規則

국제해운입법부는 국제해사위원회(Comite' Maritime' International : CMI), 국제해상보험자연맹¹³¹⁾을 포함하는 海運局 및 共同海損과 관련한 국제상사 관련 단체의 자문을 얻어 해상보험제도가 共同海損制度를 간소화할 수 있는지를 연구하도록 UNCTAD¹³²⁾사무국에 요청하여, UNCTAD 사무국에서는 해상보험과 共同海損에 관한 문제에 대한 보고서를 작성하였다.¹³³⁾ 1994년 10월 7일 CMI 제3분과위원회에서 이 보고서를 토대로 개정 내용들이 논의되어 12월 31일 최종 채택되어 통과되었다.¹³⁴⁾

첫째, 최우선규칙의 신설이다. 어떠한 경우에도 합리적으로 행해지거나 발생되지

130) 1924년 규칙 및 1950년 규칙 하에서는 영국의 사정인은 단지 그들의 協會實務規則 C1條에 의해서만 구조비를 공동해손으로 인정하여 왔다. 영국 해손사정인협회실무규칙 C1조: 계약에 의해서 행해졌거나 또는 허락된 救助行爲의 비용은, 그 비용이 1924년 요크 앤트워프 규칙 또는 1950년 요크 앤트워프 규칙 A조에서 정해진 의미의 共同安全(common safety)을 위해서 지출되었다면 실무상 공동해손으로서 취급되어야 한다.

131) 국제해상보험연합 (IUMI : International Union of Marine Insurance) : 세계각국의 해상보험업자의 협조와 정보교환을 목적으로 1874년에 독일에서 결성된 해상보험업자의 국제조직.

132) 국제연합무역개발회의(United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD)는 개발도상국의 산업화와 국제무역 참여를 지원하기 위해 설치된 국제연합 총회의 상설기관이다.

133) 정완용, 「프랑스 해상법 개관」, 「고항법학」, 창간호 (1994), 156~157쪽.

134) C. S. Hebditch and J. A. Macdonald, *York-Antwerp Rules* (London: Richards Hogg Ltd, 1994), p. 5.

않은 희생 또는 비용에 대하여는 일체 共同海損으로 인정하지 않는다고 명시하였다.

둘째, 문자규정 B조 예선 및 피예선에 대한 항해단체성 인정으로 하나 또는 그 이상의 선박이 예인 되거나 다른 선박을 예인하는 경우 그것들이 상업활동을 하고 있고 구조작업을 하고 있지 않은 것을 조건으로 공동의 해상사업을 한다. 공동의 위험으로부터 선박이나 그 적하를 보존하기 위해 어떠한 조치를 취할 경우 이들 규칙은 적용된다. 안전하게 다른 선박들과 간단하게 분리할 수 있는 경우에는 그 선박은 다른 선박들과 공동의 위험 하에 있지 않다. 그러나 그 분리 자체가 共同海損行爲인 경우에는 공동의 해상사업이 지속된다.

셋째, 문자규정 C조 해양오염손해에 관한 규정으로 어떠한 경우에도 환경손해에 관하여 또는 공동의 해상사업에 관련된 재산으로부터 오염물질의 누출 또는 방출의 결과, 발생한 멸실, 손상 또는 비용은 共同海損으로 인정하지 않는다. 환경손해를 방지 또는 경감하기 위하여 취한 조치에 따른 비용은 다음과 같은 사유로 발생한 경우에 共同海損으로 인정된다고 하여 1974년 규칙의 제11조 d항을 삭제 후 신설하였다. ①공동의 안전을 위해 수행된 작업의 일부로서 발생한 비용, 다만, 그것이 공동의 해상사업 당사자 이외의 자에 의하여 수행되었다면 구조보수를 받을 권리가 있는 경우에 한한다. ②규칙 제10조 (a)항에 규정된 경우에 특정 항구 또는 장소로 입항되거나 출항하기 위한 조건으로 발생한 비용 ③규칙 제10조 (a)항에 규정된 경우에 특정 항구 또는 장소에 입항하기 위한 조건으로 발생한 비용, 다만 현실적인 오염물질의 누출 또는 방출이 있는 경우 그로인한 오염이나 환경손해를 방지 또는 경감하기 위해 요구되는 조치비용은 共同海損으로 인정되지 않는다. ④화물을 양육, 보관 또는 재선적하는 비용이 共同海損으로 인정되는 경우에 그러한 작업과 관련하여 필연적으로 발생하는 비용이다.

넷째, 문자규정 C조 共同海損請求와 관련된 서류 제시기한의 설정으로 共同海損으로 청구하는 모든 당사자는 그들의 분담청구에 관한 손해 또는 비용을 해손사정인에게 서면으로 공동의 해상사업 종료일로부터 12개월 이내에 통지하여야 한다. 이러한 통지를 하지 않았거나 또는 그에 관한 통지요청을 받은 어느 당사자가 12개월 이내에 통지된 청구내용을 뒷받침하는 증거나 또는 분담이익에 관한 가액명세를 제공하지 않은 경우 해손사정인은 자기가 이용할 수 있는 정보에 의거하여 共同海損의 인

정범위나 共同海損分擔價額을 평가할 자유를 갖는다. 이 평가는 그것이 명백히 부정확한 경우에만 이의를 제기할 수 있다.

다섯째, 문자규정 G조 선화불분리문구를 삽입하였다. 선박이 규칙 제10조와 제11조의 규정 하에서 共同海損으로 인정되는 항구 또는 장소에 있고, 적하의 전부 또는 그 일부가 다른 운송수단으로 목적지로 대신 운송되는 경우, 共同海損의 권리의무는 실행가능한 적하이익이 통지되는 것을 조건으로 하여, 마치 원래의 선박으로 항해를 계속한 경우에 적용되는 운송계약과 법률 하에서 허용되는 것과 마찬가지로 존속된다는 것이다.

8) 2004년 요크-엔트워프 규칙

2004년 규칙은 문자규칙 C조, 숫자규칙 제6조, 11조, 14조, 20조, 21조가 일부 개정되었으며 제23조는 신설하였다.

첫째, 숫자규정 제6조 구조비는 a, b항이 일부 개정되었고 c항이 새로 신설되었다. 구조비 및 관련비용은 共同海損에서 제외하여 당사자의 책임으로 한정하였고, 구조의 한 당사자가 다른 당사자들을 대신하여 그들이 분담하게 될 구조비를 포함하여 구조비를 지급한 경우에는 共同海損 분담가액이 아닌 구조된 가액을 근거로 하여 분담금을 이해당사자에게 Credit note/Debit note 하도록 개정하였다.

둘째, 숫자규정 제11조 피항항에서 선원급료 및 식대 등 비용을 제한하여 선박이 피난항으로 피항하여 수리를 종료한 이후에 원래의 항로로 복귀하기 까지 항해가 연장된 기간 동안 지출한 선원의 임금과 식대에 대해서는 共同海損으로 인정하고, 피난항 또는 피난 장소에서 선박이 항해를 계속할 준비를 완료하거나 또는 완료할 수 있을 때까지 초과된 연장기간에 정당하게 지급된 선장, 고급선원 및 일반선원의 임금과 식대는 共同海損으로 인정하지 않는다는 것이다.

셋째, 숫자규정 제14조 (b) 임시수리비는 피난항에서 수리한 임시수리비와 이후에 수리하는 영구수리비의 합계액이 피난항에서 수리하였다면 지급하였을 영구수리비를 초과하는 금액 범위 내에서 共同海損으로 인정하고, 共同海損을 정산할 시점에 미수리 상태인 경우에는 항해가 종료된 때에 선박의 가액에 대한 합리적인 감가액이 적재항, 기항항 또는 피난항에서 영구 수리를 한 것으로 가정한 금액을 초과하는 부

분을 共同海損으로 인정한다.

넷째, 숫자규정 제20조 共同海損 기금조달은 (a)항 共同海損을 지급하기 위하여 기금을 마련할 목적으로 매각한 적하의 소유자가 입은 자본손해는 共同海損으로 인정한다는 것과 (b)항 共同海損을 지급하기 위하여 선불된 금액의 보험비용도 共同海損으로 인정한다고 명시하였다. 이 규칙에 의해 1994년 제20조인 일부 선원비를 제외한 대부분의 共同海損費用 및 손해에 대해서 자금 우선 조달에 대한 댓가로 인정했던 2%의 共同海損基金에 대한 수수료는 인정하지 않도록 하였다.

다섯째, 숫자규정 제21조 이자¹³⁵⁾ (b)항은 CMI에서 共同海損에서 적용할 이자율을 결정하며 이자율은 다음 1년 동안 발생하는 이자를 산정하는데 사용함을 명시하였다. 이는 共同海損의 이해관계자는 정산이 완료되어야 지출한 비용을 회수 할수 있어 회수에는 장기간 소요되어 이 기간 동안에 共同海損費用을 지출한 자에게 이자를 지급하게 되었는데 이 이자율을 1994년 규칙에는 정산서 완료 3개월까지 연 7%의 고정하여 금리변동을 제한하는 불합리적인 문제¹³⁶⁾가 있어 이를 삭제하고 CMI가 매년 여러 국제적인 상황을 고려하여 연간 이자를 결정하는 것으로 개정하였다.

여섯째, 숫자규정 제23조 共同海損 분담금 채권시효의 신설¹³⁷⁾하였다. (a)항 (i)은 共同海損分擔金에 대한 모든 청구권리는 共同海損盟約書 또는 共同海損保證狀

135) b. Each year the Assembly of the Comite Maritime International shall decide the rate of interest which shall apply. This rate shall be used for calculating interest accruing during the following calendar year.(매년 국제해사위원회에서는 공동해손에서 적용할 이자율을 결정한다. 이자율은 다음 1년동안 발생하는 이자를 산정하는 데에 사용한다)

136) 권오, “2004년 공동해손규칙(YAR)에관한연구”, 「관세학회지」, 제7권 제3호 (2006), 138-139쪽.

137) a. Subject always to any mandatory rule on time limitation contained in any applicable law: (i) Any rights to general average contribution, including any rights to claim under general average bonds and guarantees, shall be extinguished unless an action is brought by the party claiming such contribution within a period of one year after the date upon which the general average adjustment was issued. However, in no case shall such an action be brought after six years from the date of the termination of the common maritime adventure. (시효 제한에 관한 강제적인 규칙의 주제는 적용할 수 있는 법에서 항상 (i)를 포함하였다. 공동해손분담금의 권리는, 공동해손맹약서과 공동해손보증장 하에 청구하는 권리를 포함하여, 만약 공동해손 정산서가 발행되어진 날짜 이후 1년의 기간 이내에 그 같은 분담금을 청구하는 소송이 당사자에 의해서 제기되지 않는다면 무효로 되어야 한다. 그러나 어떠한 경우에도 공동의 해사 모험의 종료일로부터 6년 이후에 그 같은 소송은 제기되어질 수 없다)

에 근거하여 모든 손해배상청구권은 共同海損精算書가 발행된 이후 1년 이내에 당사자가 소송을 제기하지 않으면 소멸하고, 어떠한 경우라도 공동의 항해사업이 종료된 날로부터 6년을 경과한 이후에는 소송을 제기할 수 없다.

第2節 요크-앤트워프 規則上 共同海損의 成立要件

共同海損의 成立要件에 대하여 각 요건마다 전체적인 의미는 같지만 그 의미를 표현하는 주된 용어는 각각 다르게 사용되고 있어 共同海損을 연구하는 자의 시각과 해석에 따라 共同海損의 핵심이 달라질 수 있다고 본다. 共同海損의 성립요건을 항해의 특수성으로 인한 다수이익의 공동체적 결합을 의미하는 항해단체 구성요건과 현실적인 공동위험의 존재를 의미하는 위험요건, 고의적이고 합리적인 희생 및 비용의 발생을 의미하는 처분요건의 세 가지가 필수적임을 주장¹³⁸⁾하기도 하고, 共同海損이 성립하기 위해서는 최소한의 요건으로 공동 위험의 존재와 고의적이고 합리적인 희생이 두 가지는 갖추고 있어야 한다고 주장한다.¹³⁹⁾ 최근의 주장으로서는 위험요건, 처분요건, 손해·비용발생요건, 재산 보존요건의 네 가지를 주장하고 있다.¹⁴⁰⁾(각주 변경) 요크-앤트워프 규칙에 따른 共同海損 정의의 내용은 맨 처음으로 공동해상재산이 존재하여야 하고, 그리고 이 해상재산을 위협하는 위험이 있고, 이 위험으로부터 공동의 재산을 보존 할 목적의 처분행위가 있고, 처분에 따른 희생 및 비용손해가 있으며, 마지막으로 이해관계자가 손해에 대하여 분담하여야 한다는 것이다. 이에 대하여 요크-앤트워프 규칙을 놓고 자세히 살펴보고자 한다.

1. 共同 海上財産을 威脅하는 共同危險의 存在

共同海損 행위는 공동 해상재산을 위험으로부터 보존할 목적으로 행하여 진다

138) 龜井利明, 「海上保險論」(京都: 法律文化社, 1973), 219쪽; 이영수·이승훈, “공동해손의 성립요건과 문제점에 관한 고찰”, 「무역학회지」, 제20권 1호 (1995), 443-450쪽.

139) 瀨戶彌三次, 「海上保險體系(被保險者の擔保義務編)」(東京: 文雅堂, 1938), 101-110面.

140) 이균성, “공동해손의 성립요건”, 「월간고시」, 12월호 (1990), 62쪽.

고 규정하고 있다. 여기에서 공동 해상재산이라고 하면 공동의 항해단체를 구성하는 재산 즉 선박 및 적하를 말한다. 선박소유자는 단독 및 소수인의 공동 소유일 수 있다. 그러나 적하는 복합운송의 대부분을 차지하는 컨테이너 운송일 경우는 소유자는 선박에 실려 있는 화물소유자 전부를 말하는 것으로 다수를 말한다고 할 것이다. 이러한 의미에서 공동의 해상재산이라고 규정하고 있는 것이며, 위험이라고 하면 공동 해상재산에 손해를 가할 수 있는 위험성을 지닌 것으로 공동의 재산을 위협하는 공동 위험이어야 한다는 것이다. 공동해상재산은 선박을 이용하여 화물을 운송하려는 화주가 선박에 화물을 양륙함으로써 운송인은 그 화물을 운송하기 위하여 출항함으로써 그 선박에 실린 모든 적하 소유자와 선박 소유자는 자연적으로 위험을 같이 감수하여야 하는 위험공동체로서의 항해단체를 구성하게 된다. 즉, 적하와 선박 등과 같이 복수의 재화를 기준으로 해상사업단체를 구성하여야 共同海損 損害가 成立한다는 것이다.¹⁴¹⁾ 이와 같은 맥락으로 동 규칙 B조를 본다면 공동사업의 범위 규정을 두고 있는데 “1척 이상의 선박이 다른 선박을 끌거나 밀 경우에 이들 선박들이 구조 작업이 아닌 상행위에 종사하고 있는 것이라면 공동 해상사업을 구성하고 만일, 공동의 위험으로부터 선박과 적하를 보존하기 위하여 조치를 취한 경우에 이 규칙을 적용한다.”¹⁴²⁾라고 하여 복수의 공동이익이 해상 위험에 조우하여 선박과 적하의 공동안전성이 위협을 받는다는 것을 의미하여 공동위험일 것을 요하고 있다. 규칙 A조 후 단부의 共同海損 희생과 비용은 각 분담 이해관계인이 부담하여야 한다고 하여 해상

141) Lambeth, R. J., *Templeman on Marine Insurance*, 5th ed., (London: Macdonald & Evans Ltd., 1981), p. 303.

142) There is a common maritime adventure when one or more vessels are towing or pushing another vessel or vessels, provided that they are all involved in a commercial activities and not in a salvage operation. When measures are taken to preserve the vessels and their cargoes, if any, from a common peril, these rules shall apply. A vessel is not in common peril with another vessel or vessels if by simply disconnecting from the other vessel or vessels she is in safety; but if the disconnection is itself a general average act the common maritime adventure continues.(1척 또는 그 이상의 선박들이 다른 선박 또는 선박들을 밀거나 끄는 경우에, 만약 그 선박들이 구조작업이 아니라 상업적 행위들에 모두 관련되어 있다면, 공동의 해사 모험이다. 조치들이, 만약 있다면, 공동의 위험으로부터 선박들과 그 선박들의 화물들을 보존하기 위하여 취해진 경우에 이 규칙들은 적용되어야 한다. 선박이 만약 다른 선박 또는 선박들로부터 단순히 분리되어 그 선박이 안전하다면 다른 선박 또는 선박들과 공동의 위험에 있지 않다. 그러나 만약 분리가 공동해손 행위 그 자체라면 공동의 해사 모험은 계속된다)

사업단체를 의미하기도 한다.

위험조건에 대하여는 동 규칙 D조는 위험의 발생원인을 묻지 않고 위험이 제3자나 이해관계인의 과실로 인하여 발생한 경우에도 성립한다. 이는 사업단체에 있는 당사자 일방의 과실로써 희생 또는 비용이 발생한 경우라도 공동해손의 분담청구권은 영향을 받지 않으나, 과실과 관련하여 그 당사자에 대하여 또는 당사자에게 행사할 수 있는 일체의 구상 또는 항변을 침해하는 것은 아니라고 규정하고 있다.¹⁴³⁾ 共同海損이 위험의 원인에 의하여 결정되는 것이 아니라 현실위험의 존재를 근거로 성립한다고 하여¹⁴⁴⁾ 해상보험법 및 일반 보험약관과 동일한 입장을 취하고 있다(문자규정 D조). 그러나 동 규칙은 공동재산을 위협하는 위험이 무엇이나에 대한 명확한 정의를 규정하고 있지 않음으로 인하여 상황에 따라 해석 및 적용을 달리하여야 한다는 것이다. 그러나 위험은 공동재산의 보존을 위하여 고의적인 희생 및 비용의 처분을 유발시키는 정도의 것이어야 한다는 것으로 예를 들면 공동의 위험에 처하여 선박에 적재된 모든 적하를 투하하고 선박만이 유일하게 구조되었다면 선박과 적하를 공동의 위험으로부터 구하기 위하여 이루어진 행위이기 때문에 共同海損이 된다는 것이다.¹⁴⁵⁾ 위험은 현실적으로 해상사업단체를 저해 할지도 모르는 예견 가능성으로 실제 위험이 존재하여야 하고 위험이 재난을 가져올 때까지 기다리라는 것이 아니고 위험을 예견하고 대비책을 강구하는 것도 共同海損이라는 입장으로 선장은 위험이 현실적으로 발생하였다고 판단하고 위험 방지 및 경감조치를 취하였으나 그 후에 위험이 아니었던 것으로 판명된 경우 이 행위를 共同海損으로 인정하고 있다는 것이다.¹⁴⁶⁾

143) Right to contribution in general average shall not be affected, though the event which give rise to the sacrifice or expenditure may have been due to the fault of one of the parties to the adventure, but this shall not prejudice any remedies or defenses which may be open against or to that party in respect of such fault. (공동해손에서 분담금의 권리는, 비록 희생 또는 비용을 일으킨 사건이 모험의 당사자들 중의 하나의 과실 때문에 있었을지라도, 영향을 받지 않아야 한다. 그러나 그러한 과실과 관련하여 그 당사자에 대하여 또는 당사자에게 행사할 수 있는 일체의 구상 또는 항변을 침해하는 것은 아니다.)

144) *Strang v Scott*(1899), 14 App. Cas. 801, p. 736.

145) Donaldson, Staughton & Wilson *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules* (London: Stevens & Son Co., Ltd, 1975), p. 19.

146) Kenneth Goodcare J. *Marine Insurance Claims* (London: Witherby & Co, Ltd., 1975), p. 530.

2. 故意的 共同海損 行爲인 處分

동 규칙의 共同海損 요건 규정에서 고의의 共同海損 행위는 공동안전을 위하여 이례적인 희생 또는 비용을 의도적·합리적으로 발생하거나 지출한 경우로 하고 있다. 즉, 의도된 행위는 인간의 의사에 의한 행위로 결과를 예견할 수 있다는 것으로 이는 당연히 행위에 대한 합리성을 갖추고 있어야 한다는 것이다. 예를 들면 선원의 과실 또는 폭풍우 등의 작용으로 선박이 좌초하였다면 이는 의도된 행위가 아니라는 것이며, 반면에 선박 내 화재를 소화하기 위하여 행해진 고의의 좌초는 선택의 여지가 있는 것으로 共同海損이 된다는 것이다. 동 규칙 숫자규정 제2조는 공동의 안전을 위한 희생으로 생긴 멸실 또는 손상 규정에서 공동의 안전을 위하여 투하할 목적으로 개방한 창구 기타의 개구를 통하여 침입한 물로 인하여 그리고 공동의 안전을 위하여 실행한 희생으로 말미암아 또는 그 결과로써 공동해상사업 단체를 구성하는 재산의 멸실 또는 훼손은 共同海損으로 배상한다고¹⁴⁷⁾하며, D조는 共同海損事故가 해상사업의 구성원인 운송인의 사용인의 과실로 생긴 경우 구상토록 하며, E조는 共同海損의 입증책임에 있어 共同海損의 청구자는 청구된 손해와 비용이 정당하게 共同海損으로 인정받기 위하여 입증할 책임이 있음을 규정하고 있다. 그러면 의도적이고 합리적인 共同海損 행위의 범위는 어디까지를 일컫는 것일까에 대한 의문이 생긴다. 무조건 지시에 의한 처분만 있으면 共同海損이 되고, 필요 이상의 희생 및 손해가 발생하였는데도 검증없이 모두 共同海損으로 인정하여 분담하여야 하는가에 대한 의문이 생긴다. 만약 폭풍우 등으로 인하여 선박의 좌초가 불가피 한 상황에서 선장이 해안이나 암초에 선박의 좌초를 지시하였다면 고의의 좌초로서 共同海損을 구성할 수 있는가에 대하여 요크-앤트워프 규칙에서는 자유의사에 의한 처분으로 고의로 좌초한 이상 좌초가 불가피하였던 아니던 환경적인 요인과는 상관없이 共同海損으로 보고

147) Loss of or damage to the property involved in the common maritime adventure by or in consequence of a sacrifice made for the common safety, and by water which goes down a ship's hatches opened or other opening made for the purpose of making a jettison for the common safety, shall be made good as general average. (공동의 안전을 위하여 만들어진 희생의 결과로 또는 그 결과에 의한, 그리고 공동의 안전을 위하여 투하를 하려는 목적으로 열려진 선박의 선창구 또는 만들어진 다른 출입구로 내려간 물에 의한, 공동의 해사 모험에 관련된 재산에의 손실 또는 손해는 공동해손으로 인정되어야 한다.)

있다.¹⁴⁸⁾ 그리고 합리성에 대하여 공동의 위험을 피하거나 방지 및 저감을 위하여 100정도의 희생만 필요한 경우에서 선장의 주관적인 판단 등으로 200을 희생시켰다면 이상의 희생 100에 대하여 이해관계자가 분담하여야 하는가에 대하여 이 규칙은 합리성은 객관적일 것을 요하지 않고 선장의 판단에 의한 주관성만 있으면 된다고 한다.¹⁴⁹⁾ 그러나 요크-앤트워프 규칙에서는 선장의 처분권 및 선장의 대리인 및 선원의 共同海損 행위에 대한 아무런 규정이 없다. 이에 대해서는 문제점을 다루는 장에서 자세하게 설명하고자 한다.

3. 故意的인 犠牲과 費用의 發生

1) 共同海損 犠牲損害

共同海損에서 犠牲損害라고 하는 것은 선박 또는 적하의 전부 또는 일부를 희생 시킴으로써 발생하는 현실적 손실을 의미하며 이에 대하여 요크-앤트워프 규칙은 숫자규정에서 상세하게 설명하고 있다. 문자 규정으로는 동 규칙 A조는 共同海損 행위를 “공동 해상 재산을 위험으로부터 보존할 목적으로 공동안전을 위하여 이례적인 희생 또는 비용을 의도적, 합리적으로 발생하거나 지출한 경우” 라고 명시하고 있고 C조 첫 문은 “共同海損 행위의 직접적인 결과인 멸실, 훼손 또는 비용만을 共同海損으로 인정한다.”라고 하고 있다. 이에 공동 해상재산을 선박 및 적하, 기타로 구분하여 살펴보고자 한다.

(1) 船舶의 犠牲

위험공동체의 공동안전을 위하여 선박을 희생한 경우로 1차적 희생과 2차적 희생으로 나누고자 한다. 1차적 희생은 위험으로 인하여 발생된 주된 선박 고유의 희생을 말하고, 2차적 희생은 선박의 주된 희생이라기보다는 부가적 조치로서의 선박 희생을 말한다. ①선박의 1차적 희생을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 동 규칙 제4조 난파물의 절단은 사고로 인해 이미 유실되었거나 또는 사실상 상실된 난파물이나 또는 선박의 일부를 절단함으로써 입은 멸실 또는 훼손을 말하고, 둘째, 동 규칙 제5조 고의의 없힘은 공동안전을 위하여 선박을 고의로 해안에 얹힌 경우에 그러한 행위가 없

148) 이균성, "공동해손의 성립요건" 65쪽.

149) 박성호, 전계논문, 33쪽.

있더라도 그 선박이 해안에 었했을 것이라는 것에 관계없이 그 결과로 공동해상사업을 구성하는 재산에 발생한 멸실 또는 훼손은 共同海損으로 인정되고, 선장이 고의로 좌초를 시도한 이상 선장이 의도한 위치에 좌초되던 다른 장소에 좌초되던 상관없이 좌초로 발생한 손해는 共同海損으로 인정한다.¹⁵⁰⁾ 셋째, 동 규칙 제7조 기관과 보일러의 훼손은 해안에 었혀 있고 위험한 상태에 있는 선박을 다시 뜨게 하려고 노력하는 중에 선박의 기관과 보일러에 생긴 손해는 그러한 위험 속에서 공동의 안전을 위하여 선박을 뜨게 하려는 실질적인 의도에서 생긴 것이 증명될 때에 그 손해는 共同海損을 구성한다는 것으로 선박이 떠 있는 상태에서 추진기와 보일러를 작동시켜 발생한 멸실 또는 훼손은 共同海損을 구성하지 않는다는 것이다. ②2차적 희생은 동 규칙에서 규정하고 있지 않고 있으나 이러한 경우도 선박의 희생으로 보아야 한다는 견지이다. 첫째, 선박이 악천후와 조우하여 적재된 화물이 흐트러짐으로 인해 선박이 기울어지고 있는 경우 선박의 復原性을 갖기 위하여 船用品을 투하하려 하였으나 화물창구가 손상되어 투하치 못하여 부득이 갑판에 구멍을 뚫어 선내 적하 등을 투하한 경우 그 갑판에 발생한 손해, 둘째, 공동안전을 위하여 적하를 투하하였으나 그 적하가 선박의 프로펠러나 선미골재에 걸려 선박의 프로펠러 및 엔진 등을 훼손케 한 경우 共同海損이 성립 되어야 한다.¹⁵¹⁾

1차적 희생의 그 대상 적용에 있어서 무조건 共同海損으로 인정하는 것은 아니다. 즉, 사고로 인하여 이미 유실된 난파물 또는 선박의 일부를 절단하여 입은 멸실이나 훼손은 共同海損으로 인정되지 않으며, 선박 내 화재에서 연기나 화재의 열로 인한 손해, 선박 내 비치되어 화재시 사용되는 소화용 물품 및 탄산가스가 화재 소화에 사용되어 보충하기위해 사용된 비용은 共同海損으로 인정되지 않는다.¹⁵²⁾ 다른 선박과 충돌의 절박한 위험을 방지하기 위하여 기관을 무리하게 사용하여 추진기에 손상이 발생한 경우 보상되지 않는다.

(2) 積荷의 犧牲

共同危險에 있어 적하의 전부 또는 일부를 희생시키는 것을 말하는 것으로 직접

150) Anglo-Grecian Steam Trading Co. Ltd. v. T. Beynon & Co.(1926) 24 L.I.L. Rep. pp. 122~125.

151) Birkley v. Presgrave(1801) 1 East 220; 102 E.R. p. 86.

152) Harrison v. Bank of Australasia(1872) L.R. 7 Exch. p. 39.

손해라는 것이다. 적하의 희생은 共同海損 행위의 가장 오래되고 전형적인 방식인 투하와 선박내 화재, 선박의 좌초, 적하의 양하 등에 의해 발생된다. 이를 설명하면 다음과 같다. ①동 규칙 제1조 및 제2조는 투하 규정으로 제1조는 적하가 안정된 상관습에 따라서 운송되지 아니하는 한 적하의 투하는 共同海損으로 성립하지 않는다고 규정하여, 합리적인 투하를 共同海損으로 인정하고 있으며, 제2조는 선박과 적하의 쌍방 또는 일방에 생긴 손해와 공동의 안전을 위하여 투하할 목적으로 개방한 창구 기타의 개구를 통한 침수로 인하여 선박과 적하의 쌍방 또는 일방에 생긴 손해는 共同海損을 구성한다고 규정하고 있다. ②문자규정 C조는 공동의 안전을 목적으로 그리고 상관습에서 갑판적 화물을 투하한 때에는 共同海損으로 인정하며, 투하의 직접적인 결과로써 생긴 멸실·훼손 또는 지연은 共同海損으로 인정된다고 한다.¹⁵³⁾ 투하에 대한 동 규칙의 내용은 투하로 인한 손해가 共同海損으로 인정되기 위해서는 그 적하가 인정된 상관습상의 운송상태에 있어야 하고 동 규정의 요건을 갖추어야 한다는 것이다. 그리고 갑판 화물에 대해서는 갑판이라는 장소는 화물적재를 위한 적합한 장소가 아니며 갑판적은 선박의 안정성을 해치는 원인이 될 수 있으며 또한 위험에도 가장 먼저 노출되어 있어서 갑판적에 손해가 발생하면 통상적으로는 共同海損 分擔請求權이 인정되지 않는다는 것이다.¹⁵⁴⁾ 그러나 갑판적이 가능한 적하가 무엇이나에 따라 共同海損의 인정 여부는 달라질 수 있다는 것이다. 원목이나 컨테이너와 같은 경우는 일반적으로 갑판적을 인정하고 있다는 것이다.¹⁵⁵⁾ ③동 규칙 제3조 선박화재의 소화는 선박내의 화재를 소화함에 있어서 물 또는 기타로 인하여 선박과 적하의 쌍방 또는 그 일방에 발생한 손해와 불타고 있는 선박을 해안에 얹히거나 또는 船底에 구멍을 뚫으로써 발생한 적하의 손해는 共同海損으로 賠償한다. 그러나 화재의 열로 인하여 또는 원인 여부를 불문하고 연기로 인하여 생긴 모든 손해는 배상에서 제외한다고 규정하고 있다. 이는 소화에 사용한 물에 의한 침수원은 인화되지 않은 적하에 생긴 것으로 당연히 共同海損으로 인정되지만, 연기·그을음·열기로 인한 손해 발생은 다른 원인에 의한 손해와 구별되기 곤란하다는 이유로 共同海損으로 인정되지 않는다.¹⁵⁶⁾ 특히 중요한 것은 적하의 물적 성질과 관련한 것으로 적하 자체의

153) *The Gratitude* (1801) 3 C. Rob. 240.

154) *Strang v. Scott*, op. cit., p. 609.

155) *Buglass*, op. cit., pp. 217~218.

자연적 발화로 인한 화재의 경우 화주가 악의적으로 그 적하를 위험한 상태로 선적하지 않는 한 共同海損으로 분담청구를 할 수 있다는 것이다.¹⁵⁷⁾ 이와 같이 共同海損에 대한 적하의 희생손해는 복잡성을 가지고 있고 또한 확장성도 가지고 있어 이를 악용하는 경우 이해관계자들의 분담은 커질 수 밖에 없다할 것이다. ④동 규칙 제12조 양륙 중의 화물손해는 적하·연료 또는 선용품이 그 취급·양륙·보관·재선적 및 적부의 결과로서 입은 훼손 또는 멸실은 이러한 작업에 소요되는 비용이 共同海損으로 인정되는 경우에 한하여 共同海損을 구성한다고 한다. 즉, 共同海損 行爲로 선박이 좌초되어 좌초된 선박의 浮揚 또는 引揚作業을 위해 선박을 가볍게 하고자 적하를 하역시킬 필요가 있는 경우, 선박이 피난항에 입항하여 강제하역이 필요한 경우 이러한 조치로 물적 손해가 발생되었다면 共同海損으로 인정된다는 것이다. 그리고 피난항에서 양륙된 적하를 보관하기위해 적합한 설비가 없거나 불충분하여 발생한 손해는 共同海損으로 인정되지만, 보관 중 화재 등의 우발적 사고로 발생한 적하의 손해는 共同海損이 아니라는 것이다.

(3) 其他의 犠牲

동 규칙에서는 선박 및 적하를 제외한 다른 희생도 있을 수 있음을 규정해 놓고 있다. ①동 규칙 제9조 대체 연료의 사용은 위험이 있을 때에 공동의 안전을 위하여 불가피하게 연료로 사용한 적하·선박의 재료와 선용품 또는 그 일부는 공동해손으로 인정한다는 것이다. 이는 선박이 항해에 필요한 연료를 충분히 준비하고 항해를 하였음에도 불구하고 해상위험으로 인해 예상보다 항해가 지연되어 연료 부족이 초래된 때에 공동안전을 위해 선박용구나 적하 등을 연료로 사용한 경우 共同海損으로 인정된다는 것이다. 그러나 정산에 있어서는 계획한 항해를 실행할 때에 소비되었을 연료의 견적 비용은 공제한 나머지에 대하여 대체 연료로 사용한 부분을 共同海損으로 인정한다는 것이다. ②동 규칙 제15조 운임의 희생손해는 적하의 훼손 또는 멸실로 발생한 운임의 손해는 공동해손 행위로 인하여 발생하거나 또는 적하의 훼손 또는 멸실이 共同海損을 구성할 때에는 共同海損으로 인정된다는 것이다. 여기에서 운임은 화주가 운송 완료시 댓가로 운송인에게 주는 보수라는 것이다. 이에 해상위험으로 인하

156) Reliance Marine Insurance Co., Ltd. v. New York & Cuba Steamship Co.(1897) 165 U. S. p. 720.

157) Greenshields v. Stephens(1908) App. Cas. p. 431.

여 적하가 손해를 입어 운송의 완료를 하지 못했을 경우 운송인은 화주에게 그 보수를 청구할 수 없게 되는데 이로 인해 발생한 운임 손해를 말하는 것으로 통상 운임은 목적지에서 적하를 인도함으로써 얻을 수 있는 운송비용으로 共同海損 정산시는 운임손해는 적하의 가액에 포함되어 산정되고 분담되어진다.¹⁵⁸⁾

2) 共同海損 費用損害

共同海損 費用損害는 共同海損 행위로 인하여 생기는 비용의 지출을 말하는 것으로 선박과 관련된 비용손해로는 해양사고구조료, 선박의 부양을 위한 비용, 피난항 비용, 임시수선비 등이고, 적하와 관련된 비용손해는 양하비용, 재선적비용, 양하된 적하의 육상창고보관비용 등이다. 이러한 비용손해는 피난항에서 발생하는 비용이 대부분이므로 이를 중심으로 전체적인 관점에서 논하고자 한다.

첫째, 海洋事故救助料에 대한 것으로 동 규칙 제6조는 계약에 의한 것인지 여부와 상관없이 救助行爲가 공동 해상단체에 속하는 재산을 위험으로부터 보존할 목적으로 실행한 것을 조건으로, 해상단체의 당사자가 구조비의 성질로 지출한 비용은 共同海損으로 인정한다. 環境損害를 방지하거나 또는 최소화함에 있어서 구조자의 기술과 노력을 고려한 구조보수 비용을 포함한다고 규정하고 있다. 통상 구조의 법적 체계는 해상법 및 수난구조법 등 선박운항과 관련된 법률로 타 선박의 조난 및 해상사고를 인지한 부근 선박은 사고신고 및 구조지원 활동을 하도록 규정하고 있다. 수난구조 기관에 의한 구조활동은 필수적 조치사항이며, 민간단체와의 계약에 의해 구조활동을 전개하는 등 구조의 형태도 여러가지로 이에 소요되는 비용을 모두 共同海損 비용손해로 볼 수 있느냐 하는 것이다. 또한 共同海損 선박의 소유자가 보유하고 있는 선박 및 구조선에 의해 구조된 경우 共同海損의 비용손해를 어느 부분까지 인정해야 하는지에 대한 논의도 있어야 한다.

둘째, 동 규칙 제8조 없힌 선박의 무게를 경감하기 위한 비용 및 그 결과로 생긴 손해는 선박이 해안에 얹혀 있고 그리고 적하와 선박의 연료, 선용품 또는 그 일부를 共同海損 行爲로서 양륙한 경우에 선박 경감비용, 부선사용료 및 만약 발생하였다면 적하의 재선적의 특별비용과 이로 말미암아 발생한 해상사업을 구성하는 재산의 별

158) 박성호, 전계논문, 51~52쪽.

실 또는 훼손은 共同海損으로 인정한다. 즉, 선박 및 적하의 멸실과 훼손여부가 共同海損으로 인정받기 위해서는 경감조치가 共同海損 行爲를 구성하여야 한다. 이에 대하여 각 행위별 구체적이고 단계적 흐름에 따른 共同海損 行爲 인정여부가 검토되어야 한다. 예를 들면 목적항 인근에서 선박이 좌초되어 선박을 부양하기 위해 적하를 동 항구에 양하 하였다면 그 비용을 共同海損費用으로 인정할 수 있느냐 하는 것이다. 또한 선박이 좌초되지 않았더라도 지출되었을 비용에 대해서도 共同海損費用으로 인정하는 여부를 검토하여야 한다.

셋째, 동 규칙 제10조 피난항 등에서의 비용은 선박이 사고, 희생 또는 기타의 비정상적인 상태의 결과로서 필연적으로 공동의 안전을 위하여 피난항 또는 피난지에 입항하거나 또는 선적항 또는 선적지로 회항한 경우 이 같은 항구 또는 장소에 입항하는 비용은 共同海損으로 인정하고 있다. 그리고 그 선박이 원래의 적하 전부 또는 일부를 선적하고서 다시 그곳을 발항한 때에는 입항의 결과로 출항하는 것이므로 이 비용도 역시 共同海損으로 인정한다. 피난항에서의 요크-앤트워프 규칙의 적용성에 대해서는 선박이 피난항 또는 피난지에 있고 그 항구 또는 장소에서 수선이 불가능하여 반드시 다른 항구 또는 장소로 이동하여야 할 경우, 제2의 항구 또는 장소에 대하여도 마치 피난항 또는 피난지에 대한 것과 같이 적용하며, 임시수선비 및 예선료를 포함한 이와 관련된 이동 비용도 共同海損으로 인정한다. 선적·기항 또는 피난의 항구 또는 장소를 묻지 아니하고 그 곳에서 적하·연료 또는 선용품을 선내에서 관리 또는 양륙하는데 필요한 비용은 그 관리 또는 양륙이 공동의 안전을 위하여 필요하거나 또는 희생이나 사고로 말미암아 선박에 생긴 훼손을 수선할 필요가 있는 경우, 그 수선이 항해를 안전하게 실행하기 위하여 반드시 필요한 경우 共同海損으로 인정하고 있다. 이와 반대로 共同海損으로 인정하지 않는 경우도 있다. ①항해 중에 발생한 선박의 훼손과 관련하여 어떠한 사고 또는 기타의 비정상적인 사정이 없이 선적 또는 기항한 항구 또는 장소에서 선박의 훼손이 발견된 경우 ②선박 안에서 적하·연료 또는 선용품의 관리 또는 양륙하는데 필요한 비용이 항해 중 이동을 위한 재적부만을 목적으로 발생한 경우이다.

이와 같이 積荷·燃料 또는 船用品의 관리 또는 揚陸費用이 共同海損으로 인정되는 경우에는 언제든지 그 적하 연료 또는 선용품에 대해 합리적으로 지출한 보험료

를 포함한 보관 비용과 재선적 및 적부 비용은 共同海損으로 인정된다. 그러나 선박이 불감항의 선고를 받거나 또는 본래의 항해를 계속하지 아니한 경우에는 보관비용은 선박의 불감항 선고일이나 항해의 포기일까지로, 불감항의 선고나 항해의 포기나 그 일자 이전에 이루어진 경우에는 적하의 양륙 완료일 까지 소요된 비용만 共同海損費用損害로 인정한다. 다음은 동 규칙 제11조 피난항 등으로 항해 중 그리고 피난항 등에 정박 중 선원의 급료 등과 관련하여 선박이 피난항으로 피항하여 수리를 종료한 이후에 원래의 항로로 복귀하기 까지 항해가 연장된 기간 동안 지출한 선원의 賃金과 食代에 대해서는 共同海損으로 인정하고, 피난항 또는 피난장소에서 선박이 항해를 계속할 준비를 완료하거나 또는 완료할 수 있을 때까지 초과된 연장기간에 정당하게 지급된 船長, 高級船員 및 一般船員의 賃金과 食代는 共同海損으로 인정하지 않는다는 것이다. 이에 대한 그 적용의 규정은 다음과 같다. ①선박이 사고, 희생 또는 기타 비정상적인 사정의 결과로서 공동의 안전을 위하여 필요하거나 혹은 犠牲 또는 事故로 인하여 선박이 입은 훼손을 수선하기 위하여 일정한 항구 또는 장소에 입항하거나 또는 지연된 때에는 초과된 지연기간 중에 정당하게 지급한 선장, 항해사 및 선원의 급료와 부양비는 선박이 항해를 계속할 준비를 완료하였거나 또는 완료할 수 있을 때까지를 한도로 共同海損으로 인정하고 있으며, 초과 지연기간 중에 소비한 선용품 비용도 共同海損으로 인정된다. ②共同海損으로 인정되지 않는 수리만을 목적으로 발생한 항구사용료가 아닌 한 초과 지연기간 중에 발생한 港口使用料는 共同海損으로 인정한다. ③항해 중에 발생한 훼손과 관련하여 어떠한 사고 또는 기타의 비정상적인 사정이 없이 선적 또는 기항한 항구 또는 장소에서 선박의 훼손이 발견된 경우에는 비록 그 수선이 안전한 항해의 완수를 위하여 필요한 경우에도 훼손을 수선하기 위하여 초과된 지연기간 동안에 소비한 연료와 선용품 및 선장, 항해사 및 부원의 급료와 부양비 및 발생한 항구사용료는 共同海損費用으로 인정하지 않고 있다. ④선박이 불감항의 선고를 받거나 또는 본래의 항해를 계속하지 아니한 경우에 선장, 항해사와 부원의 급료와 부양비 및 소비된 연료와 선용품 및 항비는 선박의 불감항 선고일이나 항해 포기일 또는 적하의 양륙완료일 까지만 이를 共同海損으로 인정한다. 이때의 적용상 급료는 선장, 항해사 및 부원에 대하여 또는 그 이익을 위하여 지급하는 모든 급료를 포함하며, 그러한 지급이 법률에 의하여 해상운송인에게 부과된 것이든 또는

고용계약의 조건에 따라서 행하여진 것이든 불문한다. 다시 정리하면 共同海損 행위의 결과로 발생하는 피난항 비용은 피난항 입항준비 및 입항비용, 적하의 양륙비용, 적하의 개선적비용, 양륙된 적하의 육상창고의 보관비용, 선박의 훼손 부분의 수선비용, 항내에서 정박 중의 선원의 임금 및 식료품의 비용, 피난항의 출항 비용 및 관련 비용¹⁵⁹⁾이라 할 것이다. 그러나 여기에도 어려움이 없는 것은 아니다. 선장이 정당한 요건없이 피난항 입항 및 이로를 선택하여 위의 비용을 발생시켰다면 선장에게 어떤 형태로든 책임을 면하지 못하게 하여야 한다.¹⁶⁰⁾ 이에 대한 대책이 규칙에 규정되어야 한다.

넷째, 동 규칙 제11조 海洋還境保存費用은 환경의 손해를 방지하거나 또는 최소화하기 위하여 취한 조치의 비용은 共同海損으로 인정한다는 것이다. 그리고 최소화하기 위해 조치로서 지출한 비용은 ①공동안전을 위하여 공동 해상사업 당사자가 실시할 작업의 일부였으나, 그 작업을 공동 해상사업 당사자 이외의 사람이 실시하였다면 그 사람이 구조료를 청구할 수 있는 경우 ②제10조(a)에서 명시한 상황에서 어느 항구 또는 장소에 입·출항하는 조건으로 한 경우 ③제10조(a)에서 명시한 상황에서 어느 항구 또는 장소에 정박하는 경우, 다만 오염물질이 현실적으로 유출 또는 배출될 때에는 환경 손해를 방지하거나 또는 최소화하기 위하여 필요한 추가 조치의 비용은 共同海損으로 인정하지 아니한다. ④적하의 양륙, 보관 또는 개선적과 관련한 필연적 하역작업의 비용이 共同海損으로 인정되는 경우이다. 이 규정은 선박의 대형화 및 유조선의 빈번한 사고로 해양 환경 피해가 커지는 것에 비해 선박 등의 구조료는 턱없이 부족하거나 지급에 있어 상당히 시일이 소요되는 등 구조에 협력하는 자들의 불만사항으로 지적되어 이러한 문제를 해결하고 신속한 구조와 해양오염을 방지하기 위하여 1989년 국제해난구조협약을 수용하여 신설하였다.

다섯째, 동 규칙 제14조 임시수리비에 대해서는 1994년 규칙에서 선적항·기항항 또는 피난항에서 공동의 안전을 위하여 또는 共同海損 희생에 의하여 발생한 손상을 임시 수선할 경우 그 수선비용과 항해를 완성하기 위하여 우발적인 사고로 인한 훼손을 임시 수선하는 경우에 그러한 수선비용은 만일 그곳에서 임시 수선을 하지 않

159) 정영석, 「해상보험론」, 387쪽.

160) Hobson v Lord (1875) 92 US, p. 397.

있더라면 지출하게 되는 共同海損費用의 절감이 있었다면 절약된 범위 안에서만 다른 이해관계인의 절약액의 유무를 묻지 아니하고 이를 共同海損으로 인정하며, 共同海損으로 인정 할 수 있는 임시 수선비의 신규교환 차익은 공제하지 않는다고 규정하고 있었으나, 2004년 규정은 피난항에서 수리한 임시수리비와 이후에 수리하는 영구 수리비의 합계액이 피난항에서 수리하였다면 지급하였을 영구수리비를 초과하는 금액 범위 내에서 共同海損으로 인정하고, 共同海損을 정산할 시점에 미수리 상태인 경우에는 항해가 종료된 때에 선박의 가액에 대한 합리적인 감가액이 적재항, 기항항 또는 피난항에서 영구 수리를 한 것으로 가정한 금액을 초과하는 부분을 共同海損으로 인정한다.

여섯째, 동 규칙 제20조 資金調達費用은 共同海損을 지급하기 위하여 기금을 마련할 목적으로 매각한 적하의 소유자가 입은 자본손해와 共同海損을 지급하기 위하여 선불된 금액의 보험비용은 共同海損費用으로 인정하고, 그러나 1994년 제20조인 일부 선원비를 제외한 대부분의 共同海損費用 및 손해에 대해서 자금 우선 조달에 대한 댓가로 인정했던 2%의 共同海損基金에 대한 수수료는 共同海損費用으로 인정되지 않는다.



4. 船舶 또는 積荷의 殘存

선박 및 적하의 잔존과 관련한 논쟁에 대하여 살펴보면 다음과 같다.¹⁶¹⁾ 共同海損 처분과 선박 및 적하의 잔존과의 관계에 대하여 양자 간의 인과관계를 요한다는 인과주의와 양자 간의 인과관계의 유무와 관계없이 처분 후에 보존되면 된다는 잔존주의가 대립하고 있다. 또한 잔존된 재산의 범위에 대하여 선박은 잔존할 것을 요하는 선박잔존주의, 선박과 함께 적하의 전부나 일부의 잔존도 필요하다는 병존주의, 선박 또는 적하의 전부나 일부의 잔존으로도 충분하다는 종류불문주의가 대립하고 있다. 마지막으로 보존시기에 대하여 공동 위험의 회피한 시점에서 잔존하면 된다는 일시잔존주의와 항해종료시까지 잔존될 것을 요하는 중국적 잔존주의가 대립하고 있다.

요크-앤트워프 규칙 A, C조에서 전체 해상사업을 보존하기 위해 일부를 희생한

161) 이군성, "공동해손의 법률관계와 해상보험", 63쪽.

다는 규정은 잔존주의를 취하고 있는 것이며, 특히 G조에서는 共同海損은 손해와 분담의 양자에 관하여 그 항해가 종료한 때와 곳의 가액을 기초로 하여 이를 정산 한다고 하여 일시잔존주의를 명시하였다. 아울러 共同海損으로 인정할 수 있는 상황에서 어떤 항구 또는 장소에 정박하고 있고, 그리고 적하 또는 그 일부가 다른 운송수단에 의하여 목적지에 운송될 경우, 共同海損의 권리와 책임은 실행가능하다면 적하 이해관계인에게 통지할 것을 조건으로 한다. 그리고 나아가 그러한 계속 운송이 없었던 것과 똑같이, 마치 해상사업이 운송계약과 적용 법률에 따라 적법한 본래의 선박으로 계속하였던 것처럼 존속한다는 규정에 따라 잔존물의 운송을 계속적으로 유지하려는 규정을 담고 있다.

第3節 요크-엔트워프 規則上 效果

共同海損의 효과라는 측면은 共同海損의 여건 규정에서 찾아볼 수 있는데 공동 해상 재산을 위험으로부터 보존할 목적으로 발생된 희생 및 손해는 이해관계인이 분담한다는 것이다. 이에 따르면 共同海損 行爲로 인해 손실을 입은 희생 당사자가 있고, 반대로 희생으로 인해 보존을 받은 당사자가 있게 되는 것이다. 그러면 이 양자가 共同海損 行爲로 발생된 희생과 손해에 대하여 어떠한 사후 조치를 할 수 있느냐에 관한 것이 효과라고 생각되어 이에 대하여 살펴보고자 한다.

1. 共同海損 犠牲 當事者

맨 처음으로 요크-엔트워프 규칙 문자규정 A조에 의한 희생 당사자는 선장의 共同海損의 선언 이후 이해관계인에게 분담을 요구할 수 있다는 것이다. 이를 채권자적 입장에서 요구한다는 의미로 배상청구권이라고 하며 共同海損에서는 共同海損 分擔請求權이라 하여 이 청구권이 희생당사자에게 생긴다는 것이다. 희생당사자는 선박 소유자가 될 수도 있고 적하의 소유자인 하주가 될 수도 있다. 여기에서 선박소유자와 화주가 어떤 방식으로 共同海損 分擔請求權을 향유하는지 알아보려고 한다.

첫째, 선박소유자는 共同海損이 발생하면 共同海損 정산인을 선임하고 이들에

의해 共同海損宣言書가 작성되어 이 선언서를 화주에게 통지함으로서 共同海損에 대한 자세한 사항을 화주에게 알리게 된다.¹⁶²⁾ 선박소유자는 화주가 적하를 인수할 때에 자기에게 할당된 共同海損分擔金을 지급할 것과 共同海損分擔價額의 정확한 산출을 위하여 자기의 적하에 대한 가액 명세서를 정확하게 신고할 것을 약속하는 공동맹약서를 화주로부터 수령한다.¹⁶³⁾ 이 맹약서를 수령한 선박소유자는 적하를 화주에게 넘겨줌으로써 분담청구권을 확보하게 되는 것이다. 이와 반대로 화주가 선언서를 통보받고 맹약서를 보내지 않는다면 선박소유자는 적하를 인도하지 않을 것이다. 이와 같은 경우는 화주는 약자의 입장으로 선박소유자의 뜻에 따를 수밖에 없게 되는데 이는 화주가 적하를 조속히 인도받아 다른 운송수단을 이용하고 목적지에 운송하지 않으면 더 큰 손해 및 회사운영상 타격을 받기 때문일 것이다. 이러한 화주의 입장을 대위하기 위하여 보험회사 즉, 보험자가 필요하게 된다.

둘째, 적하의 소유자인 하주가 당사자인 경우는 선박회사로부터 共同海損이 발생하였다는 통지를 받고 확인한 결과 적하에 손해가 발생한 경우 적하보험의 보험회사에 연락하고 보험회사는 해손정산인 및 해손검정인을 지정하여 손해에 대하여 조사하게 된다. 이 같은 경우 각 각의 적하에 손해가 발생하면 여러 정산인이 같은 사고를 조사하게 된다. 보험회사는 손해검정인의 보고서와 관련 서류 등을 첨부하여 해손정산인에게 통지하면, 해손정산인은 통지를 받으면 보험회사가 共同海損 犧牲損害에 관한 권리를 대위취득한 것으로 알고 이를 근거로 共同海損으로 인정하는 희생손해액을 산출하여 공동분담가액을 산정한다. 보험회사는 손해검정인의 보고서를 근거로 화주에게 보험금을 선지급하고, 해손정산인의 이해관계자 분담가액 산출근거에 의거 이해관계자에게 분담가액을 지급해 줄 것을 통지하여 이를 수령하게 된다.

2. 共同海損으로 保存된 當事者

共同海損 희생의 결과로 보증을 받은 당사자는 채무자적 입장에서 희생과 손해에 대하여 분담을 하여야 한다. 선박소유자에 대하여는 共同海損盟約書를 선박회사

162) Badger, D & Whitehead G., *Elements of Cargo Insurance* (London: Woodhead-Faulker Cambridge, 1983), p. 128

163) William Tetley, *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., (Toronto: International Shipping Publication, 1988), p. 727.

에 제출하여야 하고, 선박회사가 적하에 유치권을 행사하기 위하여 송장가액의 일정한 비율에 해당하는 금액을 공탁할 것을 요구하면 共同海損 供託金を 提供하여야 한다.¹⁶⁴⁾ 그리고 共同海損 分擔價額의 자료가 되는 적하가액신고서, 선하증권사본, 서명된 송장 또는 사본 및 共同海損分擔保證狀을 제출할 의무가 있다. 이를 근거로 산출된 공동분담가액을 부담하면 되는 것이다.

3. 精算 및 損害額과 分擔金 算定

共同海損의 정산은 共同海損 分擔金を 산출하여 각 이해관계자들이 부담할 분담가액을 결정하는 것이다. 각 이해관계인의 부담액은 共同海損分擔金の 총액을 共同海損分擔價額의 총액으로 나누어 共同海損分擔率을 구하고, 이 분담율을 이것을 각각의 분담가액에 곱하면 된다. 共同海損의 손해액은 희생손해와 비용손해로 나눌 수 있다. 이에 대하여 상세하게 살펴보고자 한다.

1) 共同海損 犧牲損害額의 算定

共同海損 犧牲損害額의 산정은 선박이나 적하의 항해종료의 때와 장소를 기준으로 산정하는 것을 원칙으로 한다(문자규칙 G조). 이에 대해 자세한 규정을 선박 및 적하로 구분하여 살펴보면 ①적하의 산정은 수하인에게 제공된 상업송장으로부터 확정되는 양륙시의 가액을 기준으로 하고, 손상된 적하가 매각되었으면 순매각액과 순정품가액의 차액을 배상액으로 한다(숫자규칙 제16조, 제17조). 그러나 신고가액이 실제가액보다 낮게 부실신고된 경우는 신고가액을 기준으로 한다. ②선박의 희생손해액의 기준은 항해종료시 및 장소에 있어서의 손상을 원상으로 회복하는데 소요되는 합리적인 비용으로 하고 있다. 선박의 수리 또는 교환이 가능한 경우는 수리 또는 교환하는데 실제로 요구되는 비용이 손해액이며, 만약 수리 또는 교환이 불가능한 경우는 수리비의 견적액을 초과하지 않는 한도 내에서 합리적인 감가액으로 한다. ③운임 손해액에 대해서는 운임의 전액이 아니고 共同海損行爲로 인해 지급할 필요가 없게 된 비용을 손해액에서 공제한 순운임액으로 즉, 총운임손실액에서 운임취득자가 共同海損결과 그 지급을 면한 제비용을 공제한 금액이 된다. 이는 항해종료시 및 장소

164) 권오, 「국제무역보험」(서울: 도서출판 두남, 2001), 328쪽.

를 기준으로 결정한다.

2) 共同海損 費用損害額의 算定

共同海損費用損害는 피난항 비용으로 입항비, 적하의 양륙비, 보관비, 재선적비, 출항비 등이 있고, 구조 및 대체비용, 共同海損 경비 및 정산비가 있다. 이러한 비용은 구체적으로 증빙할 수 있는 자료에 의해 지출되므로 그 지출이 합리적으로 이루어진 경우는 손해액 산정에 어려움은 없다 할 것이다.

3) 共同海損 分擔價額 및 分擔額의 算定

共同海損의 분담가액은 항해 종료시 및 장소에서의 재산의 실제 순도착가액을 기준으로 산정한다. 共同海損分擔財産의 가액은 선박 및 적하의 가액에서 共同海損損害額 및 항해비용을 공제한 운임액의 합계로 구성된다. 첫째, 적하의 분담가액은 보험료와 운임을 포함한 상업송장 금액이 되고, 상업송장이 없는 경우는 선적가액에 의한다. 그러나 적하가 양하되기 전에 또는 양하 될 때 발생한 손해와 共同海損 후 적하에 발생한 손상이나 비용이 共同海損으로 인정되지 않는 경우에는 그 손해액과 비용은 공제된다. 둘째, 선박의 분담가액은 항해종료시 및 장소에서의 순도착 가액을 근거로 산정되며, 선박이 共同海損行爲의 결과 손상을 입었지만 수리를 하지않은 경우에는 손해액을 산정하여 손해액을 포함한 가액이 되고, 수리를 한 경우에는 수리비용은 손해액이 되어 분담가액에 포함된다. 그러나 共同海損行爲 이후 소요된 수선비는 공제되고, 선박의 손해부분이 수리된 후 선박 가액이 증가한 경우 이 증가분은 공제된다. 셋째, 운임의 분담가액은 항해종료시의 운임의 순도착가액과 운임의 共同海損損害額을 합친 금액에서 共同海損으로 인정되지 않았을 운임취득을 위하여 필요한 비용과 선원의 급료, 共同海損費用이 아닌 비용 즉, 港口費, 曳船料 등 운임을 취득하기 위해 지출된 여분의 비용을 공제한 금액이 된다.

4. 時 效

요크-앤트워프 규칙 E조는 합의에 의해 해상보험손해사정사에게 정산을 의뢰할 경우에 증거자료의 제출시한을 규정하고 그 기간내 제출 못한 경우는 共同海損의 範

圍와 分擔金을 추정하여 정산토록 유보하고 있는데 그 내용은 共同海損의 모든 청구권자는 공동 해상사업이 종료된 날로부터 12개월 이내에 각자가 주장하는 분담 청구권에 관련된 희생과 비용을 서면으로 해손정산인에게 통지하여야 한다. 위의 통지를 하지 못하였거나 또는 어느 당사자가 동일하게 요구된 12개월 이내에 손해액의 증거나 분담액에 대한 명세를 제공하지 못한 경우에 해손정산인은 자기가 가진 정보를 근거로 共同海損의 範圍 또는 分擔額을 자유롭게 추정할 수 있다. 그러한 추정이 틀린 것이 분명한 것을 근거로 할 때만 이의를 제기할 수 있도록 한 것이다. 숫자규정 제 23조 분담금 채권시효¹⁶⁵⁾ 규정에서는 共同海損 分擔金에 대한 모든 청구권리는 共同海損盟約書 또는 共同海損保證狀에 근거하여, 모든 손해배상청구권은 共同海損精算書가 발행된 이후 1년 이내에 당사자가 소송을 제기하지 않으면 소멸하고, 어떠한 경우라도 공동의 항해사업이 종료된 날로부터 6년을 경과한 이후에는 소송을 제기할 수 없다고 명시하고 있다.

5. 立證責任

요크-앤트워프 규칙 E조 첫 조문에서 共同海損의 청구자는 청구된 손해와 비용이 정당하게 共同海損으로 인정받기 위하여 입증할 책임이 있음¹⁶⁶⁾을 명시하고 있다. 이는 희생 및 비용손해를 청구하는 당사자가 공동해손 행위로 인해 발생한 희생과 비용손해가 共同海損에 속한다는 것을 입증하여야 한다는 것이고, 채무자는 희생과 비용이 共同海損이 아님을 입증하여야 하는 양자간 대립의 관계라 할 수 있다. 양

165) (i) Any rights to general average contribution, including any rights to claim under general average bonds and guarantees, shall be extinguished unless an action is brought by the party claiming such contribution within a period of one year after the date upon which the general average adjustment was issued. However, in no case shall such an action be brought after six years from the date of the termination of the common maritime adventure. (공동해손분담금의 권리는, 공동해손 맹약서과 공동해손보증장 하에 청구하는 권리를 포함하여, 만약 공동해손 정산서가 발행되어진 날짜 이후 1년의 기간 이내에 그 같은 분담금을 청구하는 소송이 당사자에 의해서 제기되지 않는다면 무효로 되어야 한다. 그러나 어떠한 경우에도 공동의 해상 모험의 종료일로부터 6년 이후에 그 같은 소송은 제기되어질 수 없다.)

166) Rule E : The onus of proof is upon the party claiming in general average to show that the loss or expense claimed is properly allowable as general average. (청구된 손해 또는 비용이 공동해손으로써 적절하게 허용할 수 있다는 것을 보여주기 위한 입증책임은 공동해손을 청구하는 당사자에게 있다)

자간 입증을 둘러싼 대립은 정산의 기간만 장기화시키는 결과를 초래할 수 있고 비용과 노력이 두 배로 소진되는 것을 방지하기 위해 일방에 입증책임을 준 것은 타당하다 할 것이다. 그러나 입증책임의 적극성 측면에서 본다면 의무자에게 부여하는 것도 잘못된 것은 아니라고 본다.

第4節 요크-엔트워프 規則의 規範性和 法規性的 限界

1. 요크-엔트워프 規則의 規範性

1) 自律的 規則

요크-엔트워프 규칙은 해석규정, 최우선규정, 문자규정, 숫자규정으로 구분되어 있다. 이 네 가지 구성요소들의 발생 및 주요내용을 보면 첫째, 해석규정은 요크-엔트워프 전체 규칙들의 적용에 대한 기본적인 내용을 담고 있으며 1950년 동 규칙 개정시 신설하였다. 이 해석규정은 1950년 이전 숫자규칙과 문자규칙의 적용상 우선순위에 대한 논란과 마키스 협정 수용 여부에 대한 결과로 받아들여진 것이다. 둘째, 최우선규정은 1994년 동 규칙 개정시 신설된 내용으로 “어떠한 경우에도 합리적으로 행해지거나 발생되지 않은 희생 또는 비용에 대해서는 일체 共同海損으로 인정하지 않는다.”는 것으로 선박 및 적하의 처분에 대한 선장의 해손행위의 권리를 확고히 인정한 것이라 할 것이다. 셋째, 문자규정은 1924년 개정시 신설되었으며, 동 규칙의 법전화 형식을 취하기 위하여 규정된 것으로 정의 규정과 일반 원칙적 규정으로 G조까지 7개 조항으로 신설되었다. 넷째, 숫자규정은 요크-엔트워프 규칙의 최초 탄생규정으로 1864년 정산에 관한 전문 11개조로 세계적 통일규칙 성립의 기초와 요크-엔트워프 규칙의 제정의 근간이 되었다. 일반적으로 다른 법률의 구조를 보면 우선적으로 그 법의 제정 목적에 대하여 밝히고 있고, 그 다음으로 정의 및 적용범위, 기본원칙을 서술하고 그 이후에 세부적인 사항들을 열거하는 형태를 띠고 있다. 특히, 세부적인 조항들의 내용은 그 법의 목적과 일반원칙의 범위를 벗어나지 않는 한도에서 규정되어 지는 것이 기본적인 방침이다. 이를 요크-엔트워프 규칙에 접목하면 해석상 순서에 있어 차이가 있다는 것을 알 수 있을 것이다. 해석규정과 최우선규정은 규

칙의 형태를 국제적 틀에 맞추기 위한 기본적인 의의적 성격을 가지고 있을 뿐이고, 문자규정과 숫자규정은 일반원칙을 규정하고 있는 문자규정 보다는 세부적 규정을 다루고 있는 숫자규정이 우선하여 적용되고 있어 해석상 논란의 원인이 되고 있다.

이러한 이유는 위에서 논거한 바와 같이 각 규정의 태생이 환경적 변화에 따라 각각 달리하고 있고, 다른 법 규정과 비교해 보았을 때 법의 기본이념과 일반원칙이 세부시행 규정보다 늦게 신설 되다보니 역으로 세부규정이 기본이념 규정을 만들어 버린 역순의 형태가 발생되어 버린 것에 기인한다고 할 것이다. 이에 더하여 요크-엔트워프 규칙은 해상운송 및 해운관계법으로서의 국제성은 인정받았지만 국제적 해법으로서의 강행법규의 성질을 가지지 못하고, 권고적 규정으로 각종 해상운송 및 해운약관에 삽입하여 사용하도록 1864년 개정시 결의한 것이 아직까지 시행되고 있어 국제 조약화하지 못하는 원인으로 지적된다.

다음으로 각 규정들에 대한 문제점을 언급해 보면 첫째, 해석규정의 적용에 대하여는 이해관계자들의 동의가 필요하다는 것이다. 요크-엔트워프 규칙 자체가 해상운송 계약 및 해운약관에 부가적 조항으로 삽입되어 이행되고 있기 때문에 이 규칙의 적용에 대하여 당사자 사이에 합의가 있어야 하고, 합의가 되었다면 선하증권 및 용선계약서 등에 이에 대한 문구를 삽입하여야만 비로소 이행의 근거를 마련하게 된 것이라고 볼 수 있다. 이에 따라 당사자간 합의가 없다면 국제사법이 결정하는 준거법이 적용된다 할 것이므로 이때는 각국의 상법이 적용되어 정산에 상당한 어려움이 야기될 수 밖에 없다는 것이다. 둘째, 최우선규정은 共同海損 損害를 『합리적인 희생과 비용손해에 대하여 共同海損으로 인정된다.』 라고 명시하고 있어 그 합리성이 무엇을 의미하는 것인지에 대한 논란이 문제되고 있다. 또 한 가지는 共同海損 行爲는 선장의 처분 권한에 의해 선장과 그 대리인이 행하게 되므로 과연 선장과 그 대리인이 합리성을 추구할 수 있느냐 하는 것이다. 선장은 위험 상황에 따라 주관적 또는 객관적으로 판단할 수 있으므로 선장의 처분에 대한 합리성을 지켜 주기 위해서는 共同海損 인정범위에 대한 규정을 세밀하게 다시 규정하는 전면적인 개정을 검토해 볼 필요성이 있다는 것이다. 셋째, 문자규정은 해석상 숫자규정을 우선 적용하고, 숫자규정이 없을 때 보완적으로 문자규정을 적용토록 규정하고 있다. 이는 숫자규정과 문자규정에서 共同海損을 인정하고 있는 사항들의 한계를 달리 정하고 있기 때문인데

숫자규정은 공동이익주의를 한계로, 문자규정은 공동안전주의를 한계로 하고 있어 문자규정이 숫자규정보다 더 포괄적이어야 함에도 반대로 더 좁게 규정하고 있어 적용의 혼란을 야기시키고 있다. 넷째, 숫자규정은 정산의 자세한 사항들을 열거하고 있다. 희생손해와 비용손해, 이해관계자들의 분담관계, 정산절차 등이다. 이 규정들은 공동해손의 다양화 측면에서 보면 22개조는 대표적인 사항을 예시해 놓은 수준으로 동 규칙의 國際協約化의 근거로는 다소 부족하다는 것이다. 요크-엔트워프 규칙의 국제조약화를 위해서는 국제기구를 통한 “共同海損 精算의 適用에 관한 協約”을 새롭게 制定하여야 한다고 본다. 이는 각국의 환경과 여건을 감안한 각 국가별 공동해손 적용의 특수성을 수용하기 위해 별도의 노력을 기울이는 것보다 새로운 공동해손 제도에 각국 상법의 공통사항을 먼저 수용함으로써 그 체계를 마련하는 것이 중요하다 생각한다.

2) 約款에 의한 採擇

요크-엔트워프 규칙 약관을 규정함에 따른 효과는 다섯 가지로 요약된다. 첫째, 보험자는 임의구조료가 요크-엔트워프 규칙에 의하여 작성된 정산서에 의하여 共同海損으로 처리되는 것을 인정하고, 둘째, 보험자는 요크-엔트워프 규칙에서 인정된 共同海損을 보상하는 것을 약속하며, 셋째, 요크-엔트워프 규칙에 따라 작성된 정산서에서 共同海損 犧牲損害 또는 共同海損 費用損害라고 인정되는 것은 단독해손 또는 단독비용으로 보상되지 않는다는 것이며, 넷째, 요크-엔트워프 규칙에 따라 정산서가 현실로 작성되어야 共同海損 分擔金에 대하여 보험자가 보상책임을 부담한다는 것이며, 다섯째, 보험자는 共同海損이 담보위험에 의하여 발생되었는가에 관계없이 요크-엔트워프 규칙에 의하여 작성된 정산서에서 共同海損이라고 인정된 손해 및 分擔金을 보상한다는 것이다. 그러나 이러한 약관의 규정은 국제적 통일법전이 아니라 共同海損에 있어 이해관계인들이 승意한 약속일 뿐이라는 것이다. 현재 사용되고 있는 선하증권 또는 용선계약서는 共同海損의 정산은 요크-엔트워프규칙에 따른다고 규정하고 있다. 이에 대한 보험자의 입장은 계약에 열거한 담보위험으로 인해 발생한 共同海損만을 인정하고, 그것에 따라 정산한다고 했을 시 이를 제재할 방법을 제시하지 못하고 있어 해석상의 문제점을 드러내고 있다.

3) 商法 및 海上保險法과의 關係

船荷證券 및 備船契約書 등 해상운송의 여러 계약에 있어 共同海損 발생시 이해 관계자간 희생손해 및 비용손해의 정산은 요크-엔트워프 규칙에 따라 정산하도록 약관에 명시하고 있다. 즉, 요크-엔트워프 규칙은 共同海損 손해가 발생한 후 사후적인 조치사항으로 귀결되는 정산에 대하여 규정해 놓은 것이다. 이 규칙의 특성상 선박 및 적하에 위험이 닥쳐 손해가 발생되었다면 이것이 共同海損 손해인지 아닌지에 대한 국제적 판단 기준으로 이 규칙을 적용할 수 있느냐에 대해서 명확한 결론을 내리기 어렵다는 것이다. 이는 손해가 共同海損으로 인정되었을 시 정산 절차는 요크-엔트워프 규칙을 따른다고 하고 있으므로 일정 부분에 있어서는 共同海損 손해를 결정하는 기준이 될 수 있는 개연성은 있다고 봐야 한다. 그것은 요크-엔트워프 규칙의 규정 모두가 정산에 관한 것이 아니라 共同海損의 成立요건 등을 규정하고 있기 때문이다. 그러나 고민은 있는 것이다. 요크-엔트워프 규칙은 國際協約이나 條約이 아니기 때문에 결국 共同海損 손해의 여부를 판단하는 기준은 國際私法에 따를 수 밖에 없다는 것이다.¹⁶⁷⁾ 國際私法은 국제적 생활관계에 대한 사안을 해결하기 위한 법적 안전장치로 해상과 관련하여 共同海損의 성질과 손해를 부담하는 재단의 구성에 관한 규정을 선적국법에 따른다고 명시하고 있다.¹⁶⁸⁾ 요크-엔트워프 규정은 정산에 관한 사항으로 共同海損 결정 기준으로는 한계가 있다. 國際私法은 각국마다 달리 시행되고 있어 통일성을 유지할 수 없기 때문에 共同海損의 성립 결정을 놓고 분쟁의 소지를 낳고 있는 것이다. 이중 가장 두드러지게 차이를 보이고 있는 부분은 기준시점에 대한 것으로 國際私法은 共同海損의 결정과 분담재단의 구성에 있어 선적지 법에 따라 결정되지만, 요크-엔트워프 규칙은 정산의 기준을 항해종료주의를 근거로 하고 있다.¹⁶⁹⁾

해상운송 중 해상위험 등으로 인하여 선박 및 적하가 위험에 처해 있을 때 선장

167) 박성호, 전계논문, 103쪽.

168) 신창선, 「국제사법」 (서울: 피데스, 2007), 13~14쪽.

169) Rule G : General average shall be adjusted as regards both loss and contribution upon the basis of values at the time and place when and where the adventure ends. (공동해손은 손해와 분담의 어느 것에 관하여서도 그 행해가 종료한 시점과 장소의 가액을 기초로 하여 산정한다)

은 전손을 피하기 위하여 위험공동체 일부를 고의적으로 희생시키거나 희생에 따른 비용을 발생 시키게 된다. 이후 선장은 共同海損을 선언하고 해난판정관에 의해 손해 여부에 대한 심사가 이루어진 뒤 共同海損 여부가 결정된다. 共同海損으로 결정되는 시점부터 요크-엔트워프 규칙에 의한 정산 규정은 효력을 갖게 된다. 이 의미는 첫째, 요크-엔트워프 규칙이 적용되려면 해상위험에 의해 희생 및 비용손해 부분이 共同海損으로 인정된 이후에야 비로소 효력이 발생된다는 것이다. 둘째, 요크-엔트워프 규칙의 정산에 관한 규정의 효력발생 근거는 “共同海損 손해 발생시 정산은 요크-엔트워프 규칙에 따른다.”라는 해상운송계약서상 합의에 따른 것이다. 셋째, 요크-엔트워프 규칙은 共同海損 일 경우에만 해상운송계약에 의해 효력이 발생하기 때문에 해상운송에서 발생한 일정한 손해가 共同海損 損害로 결정되는 근거 기준이 되는 규칙은 아니라는 것이다. 넷째, 요크-엔트워프 규칙은 국제협약이나 조약이 아니기 때문에 강제성이 없다는 것이다.

共同海損分擔請求權은 共同海損으로 희생이 되거나 費用損害를 지출한 당사자가 희생 등으로 인해 보전된 이해관계인들에게 共同海損精算書에 의해 각각의 이해관계자가 분담하여야 할 금액이 결정된 후 그 분담금을 지급해 줄 것을 청구하는 것으로, 이 청구는 共同海損 발생 후 상당한 기간이 지난 후 채권적 효과로서 나타나는 것이다.

공동해손분담금 청구에 대하여 분담의무자의 분담금 지급 문제는 여러 가지 의견 대립이 문제점으로 표출되고 있다. 그 내용은 共同海損精算으로 지급되는 분담금액이 어떤 통화로 지급되어야 하는지, 그리고 분담금은 어떤 절차와 방식을 거쳐 지급되어야 하는지, 분담의무자의 경영악화와 파산 등으로 분담금 지급을 이행하지 못하는 경우가 대표적 사례이다. 요크-엔트워프 규칙은 이를 해결하기 위한 규정을 마련해 두고 있지 않아 共同海損 정산 근거기준의 혼란을 야기시키고 있는 실정이다. 이를 세분하여 살펴보면 첫째, 분담금의 지급 통화 선택에 있어서 분담청구권자 입장에서 자기가 주로 거래하고 있고 대금 결제시 주로 사용하는 통화로 지급받기를 원할 것이다. 분담의무자의 입장에서 보유하고 있는 통화 또는 편의성에 기인한 통화로 지급하고자 할 것이다. 이렇게 양자간 공통성이 있는 통화가 있다면 그 통화로 지급하면 되지만 그렇지 않다면 양자 간의 협의가 있어야 한다는 것이다. 청구권자는 거래의 통화로 사용하지 않는 통화를 받았을 경우 이를 환전하여 사용하여야 하므로 환

전에 따른 부수적인 비용이 발생하고, 분담의무자는 청구권자의 요구에 따라 보유하고 있는 통화를 구매하여 지급하여야 하므로 이에 따른 부담도 발생한다. 이에 대하여 1994년 요크-안트워프 규칙 개정시 논의된 사항을 인용하면, 미국은 자국의 통화로 정산한다는 규정이 있는 선하증권 및 용선계약서의 조항을 광범위하게 사용할 것을 제안하였고, 영국은 요크-안트워프 규칙 숫자규정 제21조에 정산통화에 대해 당사자들이 합의하지 못하면 SDR로 정산할 것을 삽입하자고 하였다. EU는 당사자들 사이에서 특정통화로 정산되어야 한다는 합의가 없다면 당사자의 이익에 형평한 통화로 정산하며, 정산시 발생된 재정적 손실은 고려되어야 한다는 것을 삽입하자고 제안하였다.¹⁷⁰⁾ 이러한 회의의 내용은 결국 채택되지 못하여 현재에 이르고 있다. 둘째, 분담금 지급 절차와 방식에 관한 것으로 共同海損 정산이 끝나면 이해관계자들에게 각자의 분담청구 및 분담의무 금액이 확정되어 共同海損 정산서로 발급된다. 이를 근거로 청구권자는 의무자에게 共同海損分擔金の 지급을 요구하게 된다. 분담의무자는 이에 대하여 분담금을 지급하거나 또는 지급을 약속하는 共同海損盟約書와 共同海損分擔保證狀을 담보로 제공하거나¹⁷¹⁾, 共同海損供託金を 예납하지 않으면 적하 즉, 자신의 재산에 대하여 처분을 할 수 없게 된다¹⁷²⁾. 이렇게 된다면 화물소유자인 송하인은 약속한 기일에 수하인에게 물건을 전달하지 못하게 되어 계약에 따른 손해를 입게 될 것이다. 셋째, 분담의무자의 파산 및 경영악화로 지급불능상태가 발생한 경우 보험사 및 보증회사, 금융기관 등 보증기관이 있으면 그 기관을 통하여 분담금을 회수할 수 있지만 보증기관이 없고 적하의 처분을 위해 예치한 예치금이 분담금에 훨씬 못 미친 경우 위험공동체 전체가 부담하여야 하는 문제와 분담금을 지급치 못한 당사자의 적하 등을 처분하여 위험공동체의 부담을 줄여야 하므로 유치하고 있는 화물에 대한 처분이 문제된다. 화물의 특성과 수요처 등의 제한으로 그 처분 또한 쉽지 않은 것도 사실이다. 그러하므로 위험공동체가 보증하여 화물을 인도기일에 맞추어 인도하되 그 대금이 남아있는 한도에서 위험공동체 소유로 하여 분담금 및 예치금으로 사용토록 하는 규정 명시가 필요하다 할 것이다.

170) Geoffrey N. Hudson, *The York-Antwerp Rule : The Principle and Practice of General Average Adjustment*, 2nd ed., (London: LLP, 1996), pp. 220~222.

171) William Tetley, *op. cit.*, p. 727.

172) 권오, 전제서, 328쪽.

요크-엔트워프 규칙은 共同海損 정산에 관한 규정이 대부분으로 共同海損 처리 시 남용부분은 어떻게 선별할 수 있는지에 대하여 이해관계자들은 항상 물음표를 붙이고 있다. 共同海損의 남용은 선박이 통상적인 기항을 피난항으로의 기항으로 위장하거나, 우발적인 사고로 인한 좌초를 임의의 좌초로 보고하거나, 고의로 연료를 부족하게 만들어 출항하여 연료 재투입시 이 비용을 분담케 하는 등 확인이 불가피한 해상의 환경적 요인을 이용한 경우로 이를 밝혀 보다 명확한 공동해손 정산을 추구하고야만 요크-엔트워프 규칙의 신뢰성은 확보될 수 있을 것으로 본다. 그러나 현실적으로 이를 해결하기란 쉽지 않다는 것이다. 또 다른 사항으로는 共同海損 정산을 위한 검정인의 조사시 선박 및 적하에 발생된 손해가 금번 위험으로 인해 발생된 것인지를 확인하기가 어렵다는 것이다. 즉, 선박의 외관상에 여러 손상이 있을 때 또는 화물이 고유의 특성으로 이미 손상된 경우 이 손상이 금번 위험으로 손상된 것이라고 주장 하였을 때, 출항 전 그 선박에 대한 상태를 확인하지 않거나 적하에 대하여 하나하나 세밀히 확인하지 않은 경우 검정인 및 위험공동체 이해관계인들은 이 주장에 반박할 수 조차 없다는 것이다. 이러한 상황을 가정했을 때 화주 측이나 共同海損 검정인들이 선박이 사고가 발생할 것을 예측하여 그 선박에 대하여 세밀하게 안전확인을 한 이후 출항토록 할 수 있느냐 하는 것이다. 이에 대해서는 선박소유자가 선박이 안전하다는 것을 화주들에게 확인 시켜주어야 한다고 생각한다. 예를 들면 선박검사기관을 통하여 출항 전 선박의 이상유무를 충분히 확인받는 방법이다. 이 확인증이 없이는 출항 할 수 없도록 하는 규정 또한 마련되어야 할 것이다. 선박의 검사는 출항에 지장이 없다는 기본적인 외관 이상유무와 항해장비 작동, 기관의 이상유무에 국한하는 것이 좋을 것이다. 이러한 장치 마련은 화주들의 불만 제거와 선박종사자의 안전확보에도 도움이 될 것이라고 판단되기 때문이다.

2. 國際的 統一法規 制定의 必要性

요크-엔트워프 규칙은 共同海損에 대한 정산에 관한 규정으로 구성되어 있다. 요크-엔트워프 규칙은 단독적으로 그 효력을 나타내지 못하고 해상운송계약 및 보험약관 즉 헤이그-비스비 규칙, 함부르크 규칙, 선박 및 적하보험약관 등의 부가적 조항으로 첨부 되면서 해상운송 및 해상보험약관의 내부관계를 조정하는 임의 규정으로

효력을 나타내고 있다. 이러한 입지로 인하여 共同海損의 적용은 각국의 海商法에 따르는 경우가 빈번히 나타나고 있어 共同海損制度의 혼란을 가중시키고 있다는 것이다. 또한 각 운송계약상 共同海損의 정산은 요크-엔트워프 규칙에 따른다고 명시해 놓고 있지만 그 적용 기준시점을 1974년 및 1994년 요크-엔트워프 규칙으로 각각 달리 규정하고 있어 적용에 혼란이 대두되고 있다. 현재는 요크-엔트워프 규칙의 개정은 2004년까지 이루어 졌음에도 불구하고 2004년을 적용한다는 運送契約 및 保險約款은 없다는 것이다. 이렇게 요크-엔트워프 규칙과 각국의 해상법상 共同海損의 精算에 대한 적용 규정이 다르고, 해상운송약관 및 보험약관에서도 요크-엔트워프 규칙의 개정된 시점을 달리하여 적용하는 등 운송계약 및 보험약관의 성격과 형태에 따라 요크-엔트워프 규칙을 유리하게 해석될 수 있는 범주를 채택하고 새롭게 개정되는 규칙을 배척하는 등 체계성이 없는 적용을 행하고 있다는 것이다. 우리나라 상법은 共同海損에 대한 규정은 가지고 있으나, 운송계약 및 보험약관상 共同海損 규정을 적용하고 있어 商法上 共同海損 규정은 사문화 되고 있다고 봐도 과언은 아닐 것이다. 이러한 예는 우리나라 뿐만 아니라 자국 상법에서 共同海損을 규정하고 있는 다른 국가들도 마찬가지로 환경에 직면해 있다는 것이다. 共同海損規則은 1860년 글라스고우 결의안에서부터 시작하여 1974년 요크 엔트워프 규칙의 정착시기 까지 6차례에 걸쳐 시대적 환경 변화에 따라 규칙의 개정을 시행하였고 1864년 요크-엔트워프 규칙이라고 명명한 시기부터 140여년이 지난 지금까지도 共同海損規則의 국제협약화는 꾸준히 추진되어 왔지만 그 결실을 이루어내지 못하고 있다.¹⁷³⁾

IMO의 국제협약들 중에는 共同海損과 같이 해상중사자들의 오랜 관습이 국제협약화되어 세계적으로 이행되고 있는 것이 있다. 그 중 대표적인 협약이 “국제해상충돌예방규칙(Convention on the International Regulations for Prevention Collisions at sea, 1972)”이다. 共同海損規則의 국제협약화를 위해서는 해상운송의 중추적인 역할을 맡고 있는 영국과 미국, 독일을 비롯한 여러 국가들의 상호협력이 필요한 만큼 현재 각 국가 간의 共同海損 적용에 대한 상이점을 통합화하여 단일화하는 것이 급선무일 것이다.

173) 권오, “2004년 공동해손규칙(YAR)에 관한 연구”, 논문, 122쪽.

第5節 小 結

첫째, 요크-엔트워프 규칙의 해석상 문제로 요크-엔트워프 규칙은 해석규정, 최우선규정, 문자규정, 숫자규정으로 구분되어 있다. ①해석규정은 요크-엔트워프 전체 규칙들의 적용에 대한 기본적인 내용을 담고 있으며 1950년 개정시 마키스 협정 수용 여부에 대한 결과로 받아들여졌다. ②최우선규정은 1994년 신설되어 船舶 및 積荷의 處分에 대한 선장의 해손행위의 권리를 확고히 인정하였지만, 『合理的인 犠牲과 費用損害에 대하여 共同海損으로 인정된다.』라고 한 것에 대하여 그 합리성이 무엇을 의미하는 것인지에 대한 논란이 문제되고 있다. 그리고 선장의 처분 권한에 대해 선장과 그 대리인이 행하게 되므로 과연 선장과 그 대리인이 합리성을 추구할 수 있는가 하는 것이다. 선장은 위험 상황에 따라 주관적 또는 객관적으로 판단할 수 있으므로 선장의 처분에 대한 합리성을 지켜 주기 위해서는 共同海損 인정범위에 대한 규정을 세밀하게 다시 규정하는 전면적인 개정을 검토해 볼 필요성이 있다는 것이다. ③문자규정은 1924년 정의 규정과 일반원칙 규정으로 A조~G조까지 7개 조항으로 신설되었다. 문자규정은 해석상 숫자규정을 우선 적용하고, 숫자규정이 없을 때 보완적으로 문자규정을 적용토록 규정하고 있다. 이는 숫자규정과 문자규정에서 共同海損을 인정하고 있는 사항들의 한계를 달리 정하고 있기 때문인데 숫자규정은 공동이익주의를 한계로, 문자규정은 공동안전주의를 한계로 하고 있어 문자규정이 숫자규정보다 더 포괄적이어야 함에도 반대로 더 좁게 규정하고 있어 적용의 혼란을 야기시키고 있다. ④숫자규정은 요크-엔트워프 규칙의 최초 탄생 규정으로 1864년 정산에 관한 전문 11개조로 시작하여 지금은 23개조로 犠牲損害와 費用損害, 이해관계자들의 분담관계, 정산절차 등 이다. 이 규정들은 共同海損의 다양화 측면에서 보면 23개조는 대표적인 사항을 예시해 놓은 수준으로 동 규칙의 국제협약화와 존재가치의 근거로는 다소 부족하다고 본다.

위에서 논거한 바와 같이 각 규정의 태생이 환경적 변화에 따라 각각 달리하고 있고, 다른 법 규정과 비교해 보았을 때 법의 기본이념과 일반원칙이 세부시행 규정보다 늦게 신설되다보니 역으로 세부규정이 기본이념 규정을 만들어 버린 역순의 형태가 발생되어 버린 것에 기인한다고 할 것이다. 이에 더하여 요크-엔트워프 규칙은

해상운송 및 해운관계법으로서의 국제성은 인정받았지만 국제적 해법으로서의 강행법규의 성질을 가지지 못하고, 권고적 규정으로 각종 해상운송 및 해운 약관에 삽입하여 사용하도록 1864년 개정시 결의한 것이 아직까지 시행되고 있어 국제 조약화하지 못하는 원인으로 지적된다. 해석규정의 적용에 대하여는 이해관계자들의 동의가 필요하다는 것이다. 요크-엔트워프 규칙 자체가 해상운송 계약 및 해운약관에 부가적 조항으로 삽입되어 이행되고 있기 때문에 이 규칙의 적용에 대하여 당사자 사이에 합의가 있어야 하고, 합의가 되었다면 선하증권 및 용선계약서 등에 이에 대한 문구를 삽입하여야만 비로소 이행의 근거를 마련하게 된 것이라고 볼 수 있다. 이에 따라 당사자간 합의가 없다면 국제사법이 결정하는 준거법이 적용된다 할 것이므로 이때는 각국의 상법이 적용되어 정산에 상당한 어려움이 야기될 수 밖에 없다는 것이다.

둘째, 共同海損 犠牲 및 費用損害의 결정기준에 대하여 선하증권 및 용선계약서 등 해상운송의 여러 계약에 있어 共同海損 발생시 이해관계자간 희생손해 및 비용손해의 정산은 요크-엔트워프 규칙에 따라 정산하도록 약관에 명시하고 있다. 요크-엔트워프 규칙은 정산에 관한 사항으로 共同海損 결정기준으로는 한계가 있어 각국마다 국제사법 또는 자국 해상법으로 적용하고 있어 통일성을 기하기 어렵다는 것이다. 예를들면, 기준시점에 대한 것으로 국제사법은 공동해손의 결정과 분담재단의 구성에 있어 선적지 법에 따라 결정되지만, 요크-엔트워프 규칙은 정산의 모든 기준을 항해종료지 법으로 명시하고 있다.

셋째, 요크-엔트워프규칙의 실무상 적용의 문제로 共同海損으로 희생이 되거나 비용손해를 지출한 당사자가 희생 등으로 인해 보전된 이해관계인들에게 共同海損 정산서에 의해 각각의 이해관계자가 분담하여야 할 금액이 결정된 후 그 분담금을 지급해 줄 것을 청구하게 되는데 이때 共同海損 정산으로 지급되는 분담금액이 어떤 통화로 지급되어야 하는지, 그리고 분담금은 어떤 절차와 방식을 거쳐 지급되어야 하는지, 분담의무자의 경영악화와 파산 등으로 분담금 지급을 이행하지 못하는 경우 제재조치는 요크-엔트워프 규칙으로는 할수 없으며, 그러한 규정도 찾아볼 수 없다는 것이다. 그리고, 共同海損의 남용과 관련하여 선박이 통상적인 기항을 피난항으로의 기항으로 위장하거나, 우발적인 사고로 인한 좌초를 임의의 좌초로 보고하거나, 고의로 연료를 부족하게 만들어 출항하여 연료 재투입시 이 비용을 분담케 하는 등 해상

의 환경적 요인을 이용한 경우 이를 명확하게 검증하는 시스템을 도입하지 않으면 共同海損 정산 규정의 신뢰성 확보는 어렵다.

넷째, 共同海損 犠牲에 대한 체계성 확보 문제이다. 선장은 선박과 화물에 대하여 어느 쪽을 먼저 희생시켜야 전체를 보전할 수 있는지에 대하여 우선순위를 결정하여야 할 것이다. 그 다음으로는 적하의 우선순위를 결정함에 있어 선박의 흘수와 좌초시는 그 기울기에 따른 화물의 배치 등을 감안하여 최대한 선박의 무게를 줄일 수 있는 방향으로 희생의 순위를 결정하여야 한다. 이에 대한 요크-엔트워프 규정은 찾아볼 수 없다.

다섯째, 요크-엔트워프 규칙상 보상의 조건에 대하여 共同海損 분담청구권을 가진 당사자가 분담의무자로 부터 분담금을 모두 지급 받더라도 그 금액으로 경제적인 손해를 100% 보상받았다고 볼 수 없다는 것이 문제이다. 왜냐하면, 보상은 감정가액의 한도 내에서 보상하기 때문이다. 선박의 경우는 선령에 따라 共同海損 수리비가 1/3 공제되고, 수리기간 동안의 운항손실은 共同海損 비용으로 인정되지 않으며, 수리된 선박이 수리전과 같은 상태로 완전하게 고쳐지지 않기 때문에 항상 위험에 노출될 수밖에 없어 향후 경제적인 손실까지 보상되어야 하고, 적하에 대해서는 적하의 감정가액 한도 내에서 보상받을 뿐 운송의 완결로 얻게 될 이익에 대한 보상은 받지 못하기 때문에 해상운송약관 및 해상보험약관의 경우처럼 共同海損으로 보상되는 경우는 요크-엔트워프 규칙에서도 직접손해 뿐만 아니라 간접손해에 대해서도 정산되는 규정으로 개정이 필요하다.

第5章 共同海損 制度의 改善方案

第1節 解釋論的 改善方案

1. 共同海損의 基本理念 및 本質에 관한 解釋

1) 共同海損의 基本理念에 관한 解釋

共同海損의 基本理念은 共同海損으로 發生되는 희생과 비용에 對한 인정범위와 결부하여 주장되는 것으로, 共同海損의 인정범위를 결정하는 주요 핵심이라고 할 수 있다. 이에 是 3가지 주의가 대립하고 있는데 공동안전주의, 공동이익주의, 공동희생 주의가 그것이다. 공동안전주의는 해상을 항행하는 공동단체를 위협하는 현실적 공동위험의 회피 시점을 선박 및 화물의 물리적 안전을 달성하는 시점까지로 보고 있다. 공동이익주의는 선박 및 적하가 현실적 공동위험을 피하고 난 뒤 안전한 상태에서 향후 항해를 완료하는 시점까지 發生되는 손해 및 비용을 共同海損이라는 입장이 며, 희생주의는 선장의 처분과 상당한 인과관계가 있는 희생과 비용손해를 共同海損으로 인정한다는 것이다.¹⁷⁴⁾

이처럼 3가지 이념이 서로 충돌하면서 공동해손 정산시 어느 이념을 기준으로 적용하여야 하는지에 대하여 운송인과 화주들· 이해관계인들은 혼란을 겪고 있다. 왜냐하면 공동안전주의를 취하면 공동해손의 인정범위가 너무 좁아져 화주측에 유리하여 선박소유자측은 운송의 지속을 유지하지 않으려 할 것이며, 공동이익주의를 선택하면 항해의 목적이 달성될 때까지 소요된 共同海損 비용에 대하여 하주가 책임을 져야 하므로 선박소유자측에 유리하다 할 것이다. 희생주의는 선장의 처분 행위가 共同海損과 연관된 것이면 손해로 인정한다는 입장으로 선장의 행위에 대하여 선박소유자측은 선장을 고용하고 있는 입장에서 유리할 것이나 반대로 하주는 불리하다 할 것이다. 이러한 학설의 주장들은 해상보험 및 해상운송약관, 해상운송과 關連한 국제

174) 정영석, 「해상법강의요론」, 180쪽.

협약 등이 제 모습을 갖추기 전에 발생한 共同海損의 정산에 관한 문제로 생각된다. 지금은 해상운송에 관한 환경이 변화하면서 이러한 문제점들이 개선되고 있다는 것이다. 해상 물건운송계약상의 면책약관을 중심으로 선주와 하주의 이해대립을 조정하기 위하여 채택된 국제협약인 헤이그-비스비 규칙은 제1조에서 운송의 시기와 종기를 “물건을 선박에 선적한 때로부터 그 선박에서 양륙한 때까지”이며, 제7조는 해상운송인과 송하인의 특약에 의하여 “선적전 또는 양하후” 해상운송인의 물건운송에 관한 책임기간을 연장할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 함부르크규칙 제4조는 헤이그-비스비 규칙보다 더 강화된 것으로 “운송인의 책임은 물건이 선적항, 운송과정 및 양륙항에서 운송인의 관리하에 있는 모든 기간에 미친다”라고 규정하고 있다. 또한 용선계약시 선하증권이 발행되는 경우에는 협약의 어떠한 규정도 공동해손에 관한 적법한 규정을 선하증권에 기재하는 것을 방해하지 아니한다고 명시하고 있고, 이에 따라 대부분의 용선계약에 있어 선하증권상에는 “共同海損의 정산은 1974년 또는 1994년 요크 앤트워프 규칙을 따른다.”라고 명시하고 있다(헤이그-비스비 규칙 제5조). 적하보험약관에서는 통상 보험증권에 기재된 기간을 보험기간으로 정하고 있는데, “창고 또는 장치장에서 운송개시를 위하여 떠날 때부터 담보가 개시되고 통상의 운송과정중에 계속되며, 목적지에서 수하주 또는 기타 최종창고 또는 보관장소에 인도될 때까지”이다. 선박기간보험약관에서는 선박이 항해중이거나 조난중이거나, 또는 피난항 또는 기항항에 있을 때는 보험자에게 사전통지를 한 경우에 한해 월할(月割) 보험료로써 보험의 목적인 목적항에 도착할 때까지 담보를 하며, 통상적으로는 1년을 담보한다(I.T.C-Hulls 제21조 1항 6). 영국 해상보험법제25조에서 “해상운송의 종료와 보험 만료기간 전까지 해상운송 중 담보위험으로 손해가 발생하면 보험자가 보상을 한다.”라고 규정하고 있다. 이와 같이 해상운송의 국제협약, 해상운송약관, 영국 해상보험법, 해상보험약관 등에서 항해의 종료시까지로 해상위험에 대해 담보하고 있으므로, 현 시점에서는 공동안전주의·이익주의·희생주의를 논하는 실익이 없다 할 것이다. 이는 공동이익주의의 통일적 합의라고 보아야 할 것이다.

2) 共同海損의 本質에 관한 解釋

공동해손의 본질에 관한 해석은 共同海損을 사회 규범속에서 일정한 법적 형태

를 찾아내고자 하는 것에서 출발한다고 생각한다. 통상적으로 법적 성질을 논함에 있어 학설로 주로 대두되는 것이 형평설, 위험공동체설, 사무관리설, 부당이득설, 대리설, 계약설이다. 앞의 제2장부터 제4장에서 논의하였던 共同海損과 관련된 해상법, 해상보험법, 해상보험약관 규정들이 사회규범을 통찰하는 학설과 어떠한 관계를 가지고 있는지 그 연관성에 대하여 살펴보고자 한다.

해상보험 및 운송약관 등이 발전되지 않은 사회환경 속에서는 共同海損을 형평설과 위험공동체설로 설명하면서 해상법상의 특수한 법률관계로 보는 것을 통설로 하고 있다.¹⁷⁵⁾ 이는 해상운송의 특수한 환경조건에 따른 하나의 위험공동체속에 놓여 있었다는 것을 전제로 분담은 역사적인 해상운송의 산물로 여겨왔기 때문이다. 그러나 해상보험 등이 발전하면서 선박소유자와 화물소유자는 각각 담보물권에 대하여 보험자와 보험계약을 맺게 되었고, 선박소유자와 화주간에는 운송계약을 체결하게 되었다. 이에 따라 각 계약에 따른 각종 국제표준서식, 증권과 약관들이 생성되었다.

위와 같은 해상환경들을 유추해 보았을 때 형평설과 위험공동체설은 공동해손의 가장 근본적인 사상이라 생각된다. 부당이득설은 희생된 재산의 소유자도 배상 총액에 대하여 일정액을 분담하는 의무를 지는 것과 다른 사람의 재산을 적극적 수익 또는 소극적 수익을 발생시킨 것이 아니라 도리어 선박 및 적하의 처분으로 감소 내지 동일한 가치를 보존하는 행위로 共同海損의 본질과는 맞지 않으며, 특수법률요건설은 상법과 민법의 법률적 요소가 적용되지 않는 특수한 법률요건이라고 한다. 이는 상법과 민법의 영향을 전혀 받지 않는다는 것으로 해석되어 이 또한 법칙에 어긋난다고 생각된다. 사무관리설은 선주 및 화주가 기탁한 재산을 선장이 관리행위를 하는 것으로 그 결과 손해는 피관리인들이 분담하여야 한다는 것으로 공동해손 행위가 선장의 직무상 책임과 의무에서 발생하는 점을 간과하고 있으며 분담내용에 있어서도 차이가 있는 만큼 공동해손을 설명하기에 타당치 않다고 해석된다.¹⁷⁶⁾ 이에 비교하여 계약설과 대리설은 해상운송인과 하주사이에 운송계약 체결로 共同海損의 부가적 조항에 의하여 손해와 분담관계에 대하여 양자간 합의를 하고 동시에 그 운송계약서를 통하여 하주 상호간에도 명시적 의사표시으로써 共同海損 損害를 분담할 것을 합

175) 손주찬, 「상법(하)」, 878쪽.

176) 이영수·이승훈, 전제논문, 441쪽.

의 한 것으로 보는 것으로, 이에 따라 선장의 共同海損 行爲는 선주 및 하주 등 전체 이해관계인의 공동대리인으로서 그의 법률 권한에 기하여 행하게 되므로 공동희생 및 비용손해에 대한 이해관계인들의 부담은 당연하다고 판단된다.¹⁷⁷⁾ 그리고 계약설과 대리설은 共同海損 이해관계자들에게 계약과 합의라는 안정된 틀 속에서 어느 정도 자신들이 보호를 받으면서 그 보호의 댓가로 일정비용을 지출한다는 공동의 합의가 어느 정도 요식행위로 이루어지기 때문에 다소의 분쟁의 소지는 있지만 共同海損 制度가 유지되고 있는 기틀이 되고 있다고 판단된다.

2. 共同海損의 成立要件에 대한 解釋

1) 共同海損 危險에 대한 限界性

국제운송계약, 해상보험 및 보험약관, 국제협약에서 규정하고 있는 해상 위험 즉, 담보위험은 우연히 발생하여야 하고, 보험사고는 특정되어야 하며, 반드시 경제적 손해를 입어야만 보험자는 보상을 한다는 것이다. 적하보험의 경우는 화재 또는 폭발, 본선 또는 부선의 좌초·교사·침몰 또는 전복, 육상운송용구의 전복 또는 탈선, 피난항에서의 화물의 하역, 지진·화산의 분화·낙뢰 등을 규정해 놓고 있으며,¹⁷⁸⁾ 선박보험의 경우는 해상·강·호수 또는 기타 항해가능한 수면에서의 고유위험, 화재·폭발, 선박외부로부터 침입한 자에 의한 폭력을 수반한 도난, 투하, 해적 행위, 핵장치나 원자로의 고장 또는 사고, 기관의 파열·차축의 파손 또는 기관이나 선체의 잠재적 하자, 선장·고급선원·보통선원 또는 도선사의 과실 등으로 인한 사고 발생으로 경제적 손해가 발생되면 보상을 받을수 있다는 것이다.¹⁷⁹⁾ 그러면 이러한 위험이 어느 수준까지 도달하였을 때를 위험이 존재한다고 보아야 하는가에 대하여 예견설, 절박설, 현존설이 대립하고 있다.

국제운송계약, 해상보험 및 보험약관, 국제협약은 만약 해상사고가 발생한다면 향후 어떤 방식으로 보상해 주겠다는 담보의 개념으로 이를 위 3가지 학설에 비추어 보면 위험이 절박하여야 하는 것도, 현존하여야 하는 것도 아닌 위험을 예견하고 위

177) 박용섭, 「해상법론」, 478쪽.

178) I.C.C (B) 담보위험.

179) I.T.C-Hulls 제6조.

험이 닥치기전 사전 예방하는 예견설이 타당하다고 생각한다. 이는 공동해손의 결정 범위와 관련된 공동이익주의에도 부합한다고 생각한다. 절박설과 현존설의 경우는 공동안전주의 및 이익주의, 희생주의의 대립만 심화 시킬수 있다. 이에 대한 각국의 판례를 살펴보고자 한다. 선장이 화물창으로부터 연기가 발생하자 화재가 난 것으로 착각하여 이를 끄고자 화물창 내로 직접 물을 뿌려 화물이 손상된 경우 그 원인은 고압수증기 발생이었으므로 실제 화물창내 화재가 없었으므로 共同海損이 아니라고 판결하였다.¹⁸⁰⁾ 그리고 “The West Imboden(1936)”사건¹⁸¹⁾에서도 갑판아래 스팀 파이프가 손상되어 갑판이 뜨거워진 상태에 비와 해수가 갑판에 접촉하여 수증기가 발생한 것을 화물창내에 화재가 발생한 것으로 착각하여 해수를 화물창내에 주입하여 화물에 손해를 입힌 경우 화물창내에 실제 화재가 없었으므로 共同海損이 아니라고 판결하였다. 그러나 共同海損의 위험을 인정한 판례도 있다. “The Wordsworth(1898) 사건”¹⁸²⁾은 Wordsworth호가 악천후로 인해 해수가 침입하여 선수실이 잠기는 상황에 처하여 선장은 선수 정면 수면하 부분에 파공이 발생한 것으로 착각한 상황에서 선박 선수에 설치된 수밀격벽이 무너질 것을 염려하여 선박을 구조해야 된다는 생각에 그 수밀격벽의 수문을 개방하여 화물창에 물이 들어가 화물이 손상된 경우이다. 실제로 범람된 원인은 port hawse pipe의 파공손상으로 인해 발생한 것으로 판명되어 수문을 개방하지 않고도 충분히 처리 가능한 것이었다. 이에대한 판결은 실수의 정도 차이는 있었지만 실제로 위험이 있었다는 측면에서 共同海損으로 인정하였다. “Corry v. Coulthard(1877)사건”¹⁸³⁾은 선박이 황천으로 심한 동요가 있는 상태에서 메인 마스트가 약 4인치 가량 내려앉게 되자 이를 지탱하던 고박이 느슨해져 마스트가 선박의 선저를 관통할 것을 두려워하여 메인 마스트를 잘라버린 사건 판결에서 선장은 마스트가 선박의 선저를 관통 할 것으로 착각하여 메인 마스트를 잘랐으나, 당시에 실제로 황천이 존재하였으므로 共同海損이 된다고 하였다. 이같

180) Joseph Watson & Son Ltd. v. Firemen's Fund Insurance Co., San Francisco. [1922] 2K. B. 355

181) <http://kpiclub.or.kr/iboard.cgi>.(한국선주상호보험조합, 위험관리, 사례자료)

182) Lowndes & Rudolf, *The Law of General Average and the York- Antwerp Rules*, pp 51-52.

183) <http://kpiclub.or.kr/iboard.cgi>.(한국선주상호보험조합, 위험관리, 사례자료)(2009. 5. 20)

이 위험에 관련하여 판례도 달리 적용되고 있다.

다음으로는 항해단체구성원 과실의 공동해손 위험인정과 관련하여 적극설과 소극설이 대립하고 있다.¹⁸⁴⁾ 소극설은 자기의 유책적 행위에 의한 손해 및 손실은 단독해손으로 보며, 적극설은 선장, 선원의 과실 및 태만이 존재 할 때에도 항해단체에 대한 위협원인이 현실적이고 공동이면 그 위험의 발생원인 여하를 불문하고 共同海損의 성립을 인정하고 있다. 이는 운송계약 및 해상보험 및 약관 등에서 대부분 이를 담보위험으로 인정하고 있기 때문에 적극설이 타당하다.

2) 共同海損 處分行爲의 衡平性

共同海損 處分行爲는 고의적이고 합리적인 처분이어야 하고, 처분행위권자로는 선장, 그리고 선장의 권한을 위임받은 항해사 또는 육상의 대리인이라고 일반적으로 해석하고 있다.¹⁸⁵⁾ 고의성은 위험상황을 우선 판단하고, 계획적인 것으로 발생할 손해를 예견하여야 한다는 것이다.¹⁸⁶⁾ 그리고 합리성은 선주의 이익과 화주의 이익을 공평하게 분담시키려는 하는 것으로 우선적으로는 희생되는 선박손해와 적하손해의 차이를 비교하고, 그 다음으로 적하에 대한 순위를 정하는 것으로 이는 정산시 분담가액을 줄이는데 목적을 두어야 한다고 생각한다. 적하에 대한 희생순위는 운송계약에 의한 화주가 운송인에게 통보해 주어야 하는 의무사항인 화물 명세서를 근거로 선장은 각 적하의 배치와 가액에 대하여 파악을 하고, 위험발생시 희생 우선순위에 대한 계획을 수립하는 등의 업무가 출항전 의무사항이 되어야 한다는 것과 적하 및 선박의 희생 중단을 위한 장치가 마련되어야만 처분에 대한 정당성과 합리성, 공정성을 기할 수 있음과 동시에 이해관계자들에 대한 입증책임도 면할 수 있을 것이라 생각한다.¹⁸⁷⁾ 이를 위해서는 선박에 위험이 도래하면 위험경보에 근거하여 선박내 각종 통보 및 보고서식에 따라 선주 및 관계기관에 알림과 동시에 선박내 주요조치 행위에 대한 선박내 자체 CCTV, 공동해손 행위 지시·명령서, 구두 선내 방송의 녹음, 그리고 중요 회의에 대한 회의록 등 관련 증거자료를 충분히 확보하여 손해사정시 제출

184) 石津 漣, 前掲論文, 80-81面 .

185) 정영석, 「해상보험론」, 372쪽.

186) 정영석, 「해상법원론」, 418쪽.

187) Lowndes & Rudolf, *The Law of General Average and the York- Antwerp Rules*, pp. 87-95.

되도록 하여야 할 것이다. 이에대한 규정은 해상보험법 및 해상운송약관, 요크-앤트 워크 규칙에서는 찾아볼수 없어 향후 관련법의 개정시 새로운 해석이 필요하다 할 것이다.

3) 犠牲과 費用손해의 認定 範圍

共同海損 損害는 인정범위에 따라 共同海損 犠牲損害와 費用損害로 구분하고 있다.¹⁸⁸⁾ 이는 共同海損 處分으로 인하여 생긴 희생이나 비용에 대해서만 분담을 요구할 수 있다는 것이다. 이에대한 共同海損 費用 측면의 판례를 보면 “Harrison v. Bank of Australasia, 1872)¹⁸⁹⁾사건은 Melbourne에서 Great Britain까지 항해중 태풍으로 파공이 발생하였으며, 당시 선박에는 화물을 양륙 및 양하하는 하역기계 동체와 선박의 배수펌프 보조기관인 donkey-engine이 장착되어 있었다. 선박이 침수되는 것을 방지하기 위하여 항해 내내 donkey-engine을 사용하였으며, 이로 인해 예비부품과 선용품은 물론 추가적인 연료를 구입하여 항해하였다. 또한 과도한 donkey-engine사용으로 손상이 발생하였다. 이에 대하여 판결은 선박의 예비부품과 선용품은 共同海損의 비용손해로 인정되었으나, 석탄구입비와 donkey-engine수리비는 共同海損으로 인정하지 않았다. “Wilson v. Bank of Victoria (1867)¹⁹⁰⁾사건에서는 범선의 경우 바람이 역풍일 때만 보조기관을 사용하여 항해하도록 되어있으나 Melbourne에서 Great Britain으로 항해중에 Ice berg와 충돌이 발생하여 보조기관을 사용하여 피난항인 Rio de Janeiro에 입항하였다. 선장은 피난항에서 임시 수리후에 추가 석탄을 구입하여 항해를 계속했다. 이에 대해 선주는 석탄구입비가 共同海損이라고 주장하였다. 판결은 운송계약상에서 화주에 대한 선주의 의무를 단순히 이행한 것이라 하여 석탄구입비를 共同海損으로 인정하지 않았다. “Nesbitt v. Lushington(1872)¹⁹¹⁾사건은 폭도들이 곡물을 선적한 선박에 승선하고 선장을 위협하여 저렴한 가격으로 곡물을 팔지 않으면 당해 선박을 풀어주지 않겠다고 위협하자, 선장은 다른 화물을 구출하기 위하여 곡물을 폭

188) 정영석, 「해상보험론」, 602-603쪽.

189) Lambeth, R. J., *op. cit.*, p. 303.

190) <http://kpiclub.or.kr/iboard.cgi>. (한국선주상호보험조합, 위험관리, 사례자료)(2009. 5. 20)

191) http://www.reportshop.co.kr/data/data_view.html?rpID=219641(2009. 5. 20)

도들에게 넘겨 주었다. 이를 共同海損이 성립한다고 주장하자, 사건 판사는 다른 이해관계인은 어떠한 위험에도 놓이지 않았고 곡물을 강요한 폭도들 또한 선박이나 다른 화물에 대하여 위험을 가할 어떠한 의사도 갖고 있지 않았다고 보았다. 즉, 폭도는 단지 곡물만을 목표로 하였으므로 共同海損은 성립하지 않는다고 판결 하였다.

희생손해 및 비용손해에 대한 요크-엔트워프 규칙과 영국 해상보험법의 태도를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 희생손해는 선박 및 적하의 일부를 희생시킴으로써 발생하는 손실을 말하는 것으로 ①선박 희생손해는 난파물의 절단, 임의좌초로 인해 발생한 멸실 또는 훼손, 기관의 무리한 사용으로 손상된 기관과 보일러의 훼손, 선박의 연료가 부족하여 연료 대응으로 사용된 선박 재료 및 선용품 등의 손실 등을 요크 엔트워프 규칙에서 규정하고 있다(숫자규칙 제4조, 5조, 7조, 8조). 그리고 영국의 해상보험손해사정사협회실무규칙에서는 임의의 좌초, 선박을 이초하기 위한 돛의 사용으로 발생한 돛의 손상, 좌초한 선박을 부양시키기 위해 과도하게 사용한 결과로 발생한 기관 및 기계의 손상, 선내 화재를 진압하기 위해 선체에 고의로 파공하여 입게된 손상이라고 규정하고 있다(F4조~7조). 이와 같은 관계로 선박의 희생은 화재진압 파공도 손해로 인정하는 해석적 검토가 필요하다. ②적하 희생손해에 대하여 요크-엔트워프 규칙은 관습적으로 용인되고 있는 적하의 투하 그리고 적하 투하를 위해 조치수단의 결과로 발생한 손상, 선박화재의 소화로 인하여 발생한 손해, 共同海損으로 인해 양륙이 필요하여 양륙 작업도중 발생한 화물 손해를 규정하고 있다(숫자규정 제1조, 제2조, 제10조). 영국해상보험손해사정사협회실무규칙에서는 갑판적 화물의 투하, 방화수에 의한 손상을 희생손해로 규정하고 있다(F1조, 2조). 이에대하여 적하의 희생은 공동이익주의에 비추어 보더라도 적하를 투하하기 위해 조치수단으로 발생한 손해와 양륙도중 발생한 손해도 共同海損 희생으로 포함되도록 해석되어야 한다고 본다. ③기타 희생은 共同海損 행위로 인하여 운임이 상실된 경우로 운임의 희생도 가능하다고 해석되어야 한다. 요크-엔트워프 규칙에는 운임희생에 대한 규정은 없으며, 영국해상보험손해사정사협회실무규칙 F20조는 상실된 총운임으로부터 총운임을 얻기 위해 지출하여야 했지만 지출못한 비용을 공제하는 방법으로 산정하고 있다.

둘째, 비용손해는 共同海損 行爲로 인하여 발생한 비용을 말한다. ①구조비에 관

하여 요크-엔트워프 규칙은 계약에 의한 것인지 여부와 상관없이 구조행위가 공동해상단체에 속하는 재산을 위험으로부터 보존할 목적으로 실행한 것이면 共同海損으로 인정한다(숫자규정 제6조). 영국해상보험법은 계약에 의하여 이행되었거나 또는 계약상 승낙된 구조행위의 비용이 공동안전을 위하여 지출하였다면 실무상 共同海損으로 취급한다고 규정하고 있다(제65조). 이는 계약 유무를 제외하면 그 내용은 동일하므로 요크-엔트워프 규정으로 해석함이 바람직하다고 판단된다. ②재부상 비용과 육상에서 발생한 비용에 관하여 요크-엔트워프규칙은 선박이 해안에 얹혀 있어 적하와 선박의 연료, 선용품 또는 일부를 共同海損 행위로서 양륙한 경우 선박 경감, 부선입차 및 재선적 비용 그리고 그 결과로 공동해상단체를 구성하는 재산에 발생한 모든 滅失 또는 毀損은 共同海損으로 인정한다(숫자규정 제10조). 영국 해상보험법은 선박을 부양하기 위하여 화물을 부선에 옮기고 선박의 부양 후에 즉시 재선적할 때에는 부선사용료 및 재선적비용을 포함하여 모든 선박의 무게줄임 비용은 共同海損 비용이 된다고 한다(F8조, 10조). 양 규정이 동일하게 적용되고 있어 상이점은 없다고 본다. ③피난항 비용에 관하여는 요크-엔트워프 규칙은 피난항까지의 운항비용, 입항비용, 화물 양하비용, 선박수리비용, 화물보관비용, 화물재선적비용, 항해 목적을 달성하기 위해 항로로 복귀하기 위한 출항비용, 피난항에서 수리가 곤란하여 다른 장소로 이동해야 하는 경우 제비용을 규정하고 있다(숫자규정 제11조). 영국해상보험손해사정사협회실무규칙은 피난항에 입항하고 본래의 화물 또는 그 일부를 선적하고 그곳에서 출항할 경우 출항비용과 입항비용은 공동해손으로 처리하며, 그 훼손을 수선할 목적으로 화물을 양륙할 경우 양륙비와 화물의 창고보관 비용, 재선적비용, 그리고 선박 또는 화물의 훼손을 수선하는 수선비와 재정비 비용도 共同海損으로 인정하고 있다(F12조). 이에 대하여는 위험해역에서 피난항까지 이동하는 운항비용, 피난항에서 수리치 못하여 다른 항으로 이동하는 비용까지도 共同海損으로 인정하여야 한다고 해석된다. 이 또한 공동이익주의 및 보험계약의 담보에 해당한다고 생각된다. ④해양환경보존비용에 관하여 요크-엔트워프 규칙은 제3자가 공동안전을 위하여 실행한 방제작업의 일부로서 구조료 청구권이 인정되는 경우에 한하여 共同海損 비용으로 인정하고, 海洋環境損害를 방지하고 최소화를 위해 피난항에 입항하거나 적하의 양하·보관·재선적에 관련된 비용도 共同海損 비용으로 인정하고 있다.

이에 대해 해상보험법상에는 분명한 규정은 없으나, 영국 구협회선박기간약관 제7조 오염위험 규정에서는 담보된 위험으로 인해 선박손상의 직접적인 결과로 발생한 오염의 위험 또는 위험을 방지하거나 완화하기 위하여 권한을 위임받은 정부당국이 취한 행위로 인한 선박의 손실은 담보한다고 규정되어 있다. 이 규정에 대해서는 요크-엔트워프 규칙으로 해석함이 바람직하다고 판단된다. 이는 계약에 의한 해양방제도 있지만, 해양오염 심각성에 따른 일반 비계약자의 방제행위도 발생되기 때문이다. ⑤ 정산비용에 대한 관례적 사항으로 海難報告書 作成費用, 共同海損鑑定費用, 共同海損分擔價額 鑑定費用, 精算人の報酬, 정산인의 여비 및 통신비 등에 대하여 共同海損費用으로 인정(영국해상보험손해사정사회살무규칙 A9조)¹⁹²⁾하고 있다. 이를 요크-엔트워프 규칙 및 해상법 및 해상보험법에 삽입하여야 한다.

4) 船舶 또는 積荷의 一部 殘存에 대한 問題

共同海損 행위의 결과 잔존한 재산의 종류와 범위에 대한 각국의 입법주의는 3가지로 구분되고 있다. 첫째, 적어도 선박의 보존을 필요로 하는 선박잔존주의로 프랑스 상법이 채택하고 있다. 둘째, 선박과 함께 적하의 전부 또는 일부의 보존이 필요하다라는 병존주의로 독일 상법이 취하고 있다. 셋째, 선박 또는 적하의 전부 또는 일부의 보존으로 충분하다고 하는 잔존물불문주의로 우리나라, 영국, 미국이 채택하고 있고 요크-엔트워프 규칙에서도 이를 규정해 놓고 있다. 이에 대해서는 잔존물불문주의로 해석함이 바람직하다고 생각된다. 이는 共同海損의 이념에 일치하고 현행 상법에서 규정하고 있다(상법 제 866조, 요크-엔트워프 규칙 A조, C조).

5) 共同海損의 效果에 대한 債權·債務의 履行性

共同海損의 효과는 희생손해를 입거나 비용을 지출한 자와 보존된 재산의 이해관계인으로 구분할 수 있다. 전자는 共同海損 분담청구권을 가지게 되고, 재산이 보존된 자는 채무자 지위에 있게 된다. 채무자 지위에 놓인 이해관계인들은 보험자를 통하여 보상금을 대위하게 된다.

현재 사용되고 있는 선하증권 또는 용선계약서는 共同海損의 정산은 요크-엔트

192) 도중권, 「해상보험론」(서울: 학문사, 2006), 154쪽; 田中千束, 前掲書, 4面.

위프규칙에 따른다고 규정하고 있다. 이에 대해 보험자의 입장은 보험계약에 열거한 담보위험으로 인하여 共同海損이 발생하면 共同海損 정산 후 피보험자에게 보상을 하고, 이해관계자들의 각 보험자로부터 보상을 받으면 된다. 그러나 담보된 위험이 아닌 위험으로 共同海損이 발생할시 보험자는 이해관계인에게 직접 보상을 받아야 한다. 이 경우 보험자는 피보험자를 대위하여 채권자 지위에 있게 된다. 이때 共同海損 채무자가 경영상 어려움과 파산, 지급보증기관이 없는 등 사유로 채무이행이 불가능한 경우 이를 해결할 방안이 필요하게 된다. 이에 대하여 선박소유자측은 共同海損 발생시 共同海損檢査人을 선임하고,¹⁹³⁾ 하주에게 共同海損宣言書를 통지한다. 이에 따라 하주는 선박소유자에게 하주가 적하를 인수할 때에 자기에게 할당된 共同海損分擔金을 지급할 것과 共同海損分擔價額의 정확한 산출을 위하여 자기의 적하에 대한 가액명세를 정확하게 신고할 것을 약속하는 共同海損盟約書¹⁹⁴⁾와 적하가액신고서, 선하증권 사본, 서명된 송장 또는 사본을 제출한다. 이를 근거로 선박소유자는 화물을 하주에게 인도해 주는 방안과 그리고 선박소유자가 적하에 대하여 유치권을 행사하는 것이다.¹⁹⁵⁾ 하주는 이 유치권에 대하여 송장가액의 일정한 비율에 해당하는 금액을 공탁하여야만 적하를 수령할 수 있다. 다른 방편으로는 하주는 공탁금 대신 共同海損分擔保證狀을 제출하여 선박소유자가 인정하면 이것으로도 가능하다.

적하 손해에 대한 하주의 구상은 하주는 선박소유자로부터 공동해손 발생 통지를 받고 보험회사에 통보한다. 보험회사는 해손정산인을 통하여 손해에 대한 조사를 보고받고, 그 보고서를 근거로 보험금을 지급토록 한다.

6) 船舶所有 및 貨主의 相互性

共同海損의 분담청구권과 채무 이행에 대한 당사자를 분명히 하고, 화주 상호간의 共同海損 분담의 형평성에 대한 해석으로 첫째, 선박소유 구분에 대하여 선체용선 계약은 선체용선자가 선박을 점유·사용하므로 共同海損의 당사자는 선체용선자가 된다. 정기용선에서는 용선자가 선박의 자유 사용과 선박지휘권을 얻어 스스로 해운기

193) Badger, D., & Whitehead G, *op. cit.*, p 128.

194) William Tetley, *op. cit.*, p. 727.

195) 권오, 「국제무역보험」, 328쪽.

업의 주체로서 운항을 하므로 용선자가 당사자가 되며, 항해용선계약은 선박소유자가 선장 및 선원의 임면권과 아울러 선박지휘권을 가지고 선박에 대한 거의 대부분의 권리를 행사하므로 선박소유자가 당사자가 된다고 본다.¹⁹⁶⁾ 둘째, 하주간의 상호성에 대하여 하주들은 운송계약 단계에서는 서로 연관성이 없는 것처럼 보이다가 共同海損 손해가 발생하면 위험공동체 또는 항해단체, 보험계약에서는 해상보험단체 등으로 단체성을 내세워 하주들의 결합을 도모하고 있다. 위험공동체의 성격은 해상위험에 의해 손해가 발생하면 공동으로 분담하여야 한다는 전체적인 위험에 대응하는 개념이며,¹⁹⁷⁾ 해상보험단체는 계약을 통하여 보험자라는 중개자를 중심으로 하나의 단체가 형성된다. 보상의 범위에 있어서도 위험공동체는 적하손해에 대해서만 보상을 받으나, 해상보험단체는 적하의 소유이익·적하의 매각에 따른 이윤이익·적하의 담보이익·보상이익까지 포함된 보상을 받는다.

이를 종합적으로 해석하면 요크-엔트워프 규칙 및 해상보험법에서는 선박소유자 관계를 구분하여 각 규정에 흡수치 못하고 있다. 이에 따라 선박소유자가 화주들의 일반적인 사항을 공시하는 제도 도입을 검토할 필요성이 있다는 것이다. 선박소유자와 화물소유자간 책임과 의무가 주어졌을 경우 제재할 수 있는 규정의 확대가 필요하다.

第2節 國際的 統一規則의 立法論的 基準 提示

1. 요크-엔트워프 規則의 國際協約化 基準 提示

海上運送契約, 海上保險, 保險約款, 各國 海商法에서 열거하고 있는 共同海損 규정들은 그 해석이 상이하거나 적용에 있어서 상당한 견해 차이를 보이고 있어 이해관계인들의 혼란을 가중시키고 있다는 것이다. 이에 共同海損 규정을 두고 있는 각 규범들에 대한 共通點과 相異點을 찾아 共同海損 주요 규정에 대한 재해석하므로써 요크-엔트워프 규칙의 國際協約化를 위한 立法論的 觀點에서 기준을 제시하고자 한다.

196) 정영석, 「용선계약법강의」, 316쪽.

197) 박용섭, 「해상법론」, 738쪽.

2004년 요크-엔트워프 규칙은 일반규정, 문자규정, 숫자규정으로 구성되어 있다. 일반규정에는 해석규정과 최우선규정이 있으며, 문자규정에는 7개 조항의 일반원칙이 있고, 숫자규정은 특별규칙으로 23개의 조항으로 구성되어 있다.

1) 一般規定

2004년 요크-엔트워프 규칙은 共同海損 발생시 정산의 통일된 처리를 위하여 개정되었다. 그러나 이 규칙은 각국에게 구속력을 행사하는 국제협약이 아니며, 사인간의 운송계약(B/L, C/P) 등에서 共同海損精算에 이를 적용하기로 규정한 경우에만 적용된다는 것이다. 또한 특별규칙의 숫자규정이 문자규정보다 우선하여 적용되는 불합리한 규정들로 인하여 이 규칙의 국제 통일화 및 협약화를 저해하는 하나의 원인자 역할을 하고 있다고 생각한다. 이에 대하여 일반규정의 통일화 및 협약화 내용을 제시하고자 한다.

첫째, 해석규정은 동 규칙의 전체규정의 해석순위를 정한 것으로 최우선 원칙과 숫자 규칙에 정한 경우를 제외하고 共同海損은 문자 규칙에 따라 정산하여야 한다 (요크-엔트워프 규칙 해석규정)라고 하여 숫자규칙이 먼저 적용되고, 숫자규정에서 규정치 않은 사항의 해석은 문자규정에서 하도록 하고 있다. 그러나 전체 규칙의 나열순서는 숫자규칙이 마지막에 규정되어 있어 동 규칙의 전체적인 해석의 순위가 해석규정, 최우선규정, 문자규정, 숫자규정 순으로 해석되도록 하므로써 공동안전주의 보다는 공동이익주의 규정이 확대되도록 하여야 한다.

둘째, 최우선규정은 “합리적으로 발생하고 지출한 것이 아니면 어떠한 경우에도 희생이나 비용으로 인정하지 아니한다.”라고 하여 共同海損의 희생과 비용손해를 포괄하여 규정하고 있어 영국해상보험법, 선박 및 적하보험의 共同海損의 의미와 동일하므로 그대로 수용함이 바람직하다.

2) 文字規定

문자규정은 숫자규정보다 共同海損을 적용하는 측면에서 보면 확대된 규정이라고 본다. 이러한 이유로 문자규정은 共同海損의 발생 유형 등을 포괄적으로 수용하는 내용이어야 한다.

첫째, 共同海損 성립요건과 관련하여 A조는 共同海損을 공동 해상재산을 위험으

로부터 보존할 목적으로 공동안전을 위하여 이례적인 희생 또는 비용을 의도적, 합리적으로 발생하거나 지출한 경우로 규정하고 있어 현행 해상법 및 영국해상보험법과도 동일하므로 유지함이 타당하다. B조는 선박 예인과 관련된 세부적인 사항으로 문자규정보다는 숫자규정으로 옮겨야 할 것으로 판단된다. 이 규정은 영국해상보험법 제55조 2항과 관련있고, 또한 영국선박보험약관의 제6조 2항 3, 3/4 Collision Liability Clause 제8조와 연관되므로 숫자규정에 합당하다 할 것이다. C조는 共同海損 인정여부에 관한 것으로 공동안전주의에 치우친 규정으로 환경손해에 대해서는 共同海損으로 인정하지 않고 있으며, 체선료·시장상실·지연으로 발생한 비용이나 멸실·훼손 여하의 간접손해는 공동해손으로 인정하지 않고 있다. 이에대해서 숫자규칙 6(a)는 국제해난구조협약에 의한 환경손해를 방지하거나 최소함에 사용된 구조자의 보수는 보상을 하고, 숫자규칙 제11조(d)항의 환경의 손해를 방지하거나 최소화하기 위한 조치비용은 공동해손이 된다며 4가지 인정사유를 규정하고 있다. 이에 대하여 문자규칙 C조는 숫자규칙을 예외적으로 규정하는 내용을 삽입하여야 한다.

둘째, 共同海損 분담청구권과 관련하여 D, E, F조를 현행대로 유지하여야 한다. D조는 당사자 일방의 과실로써 희생 및 비용이 발생한 경우라도 共同海損 분담청구권은 영향을 받지 않는다는 것이고, E조는 共同海損 청구자에게 입증책임이 있는 것은 당연한 것이며, 12개월의 분담청구권의 통보기간을 둔 것에 대하여 너무 장기간이라는 주장도 있으나,¹⁹⁸⁾ 운송기간과의 형평성에 부합(헤이그-비스비 규칙 제3조 6항)한다고 생각된다. F조는 추가비용의 共同海損이 인정은 타당하다고 본다. 영국 실무규칙 B10조에도 명기되어 있다. G조는 정산의 때와 곳을 정함에 있어 “그 항해가 종료한 때와 곳의 가액으로 한다.”라고 규정하고 있어 다른 규범과 상이하다. 선박기간보험약관은 “해상운송사업이 종료하는 지역에서 시행되는 법률과 관습에 따라서 행하여 지는 것으로 한다.”고 하며, 현행 상법은 “선박의 가액은 도달의 때와 곳의 가액으로 하고, 적하의 가액은 양륙의 때와 곳의 가액으로 한다.”고 규정하고 있으며, 헤이그-비스비 규칙 제1조 e항은 “물건이 계약에 따라서 선박에서 양하되거나 혹은 양하되었어야 하는 장소 및 그 때에 있어서의 물건의 가액을 참조하여 산정한다.”라고 규정하고 있다. 이와 같이 각 규범들이 규정하는 때와 곳이 달라서 동일한

198) 박성호, 전계논문, 115쪽.

손해에 대하여 손해액의 차이와 분담가액의 차이가 발생할수 있어 통일화가 시급하다 할 것이다. 이에 따라 정산은 선박과 적하의 공동손해이므로 선박과 적하를 구분하여 선박의 가액은 도달의 때와 곳의 가액으로 하고, 적하의 가액은 양륙의 때와 곳의 가액으로 함이 타당하다.

3) 숫자규정

숫자규정은 共同海損 정산을 위한 특별규정이므로 해상법, 해상운송 국제협약, 해상보험법, 해상보험약관과 부합하여야 하므로 숫자규정은 타 규범들과 유사한 형태를 갖추어야 한다고 생각한다. 이에 따라 숫자규정은 선박과 적하로 나누어 각 분야별로 구분하여 희생과 비용손해를 규정하고, 명확하게 국제 통일적인 내용을 포함시켜야 한다.

첫째, 船舶犧牲 분야는 선박의 희생을 6개 규정으로 분류한다. ①난파물절단 ② 임의좌초 ③기관의 무리한 손상 ④연료대용으로 사용한 선박비품 ⑤선박 이초의 돛 사용의 손상 ⑥선내 화재진압을 위한 과공이다. 이 규정은 요크-엔트워프 숫자규칙 제4조부터 8조까지, 영국 실무규칙 F4조부터 7조까지를 통합하여 규정 하였다.

둘째, 積荷犧牲 분야는 적하의 희생을 5개 규정으로 분류한다. ①적하의 투하 ② 갑판적화물의 투하 ③조치수단의 결과로 발생한 손상 ④선박화재의 소화로 발생한 손상, 양륙도중 발생한 손상으로 규정한다. 이는 요크-엔트워프 숫자규칙 제1조, 제2조, 제10조를, 영국 실무규칙 F1조, 2조를 통합하여 규정하였다.

셋째, 費用損害 규정은 구조비용, 제부양비용, 피난항비용, 해양환경보존비용, 운임비용, 정산비용의 6개 규정으로 분류하여 명시하고자 한다. ① 구조비용 규정은 계약과는 무관하게 구조행위가 공동재산 보존목적으로 실행한 것이면 共同海損으로 인정토록 규정하여야 한다. 이는 요크-엔트워프 규칙 숫자규정 제6조의 규정으로 영국 해상보험법은 계약에 의하지 않으면 공동해손으로 인정되지 않는 것으로 구조비는 국제구조협약과의 형평성을 고려하여 요크-엔트워프 규칙에 따르는 것이 타당하다고 본다. ②제부양비용은 (i)선박경감 (ii)부선임차 (iii)개선적비용 등 共同海損으로 발생한 모든 선박의 무게줄임 비용은 공동해손으로 인정토록 규정하여야 한다. 이는 요크-엔트워프 규칙 제10조, 영국 실무규칙 F8조 및 F10조를 통합하였다. ③피

난항 비용은 위난 해역에서부터 피난항까지 운항한 비용, 피난항 입항 및 출항비용, 화물 양하비용, 선박수리비용, 화물 보관비용, 화물 재선적비용, 피난항에서 수리 곤란시 다른항 이동비용, 다른항에서의 입항 및 출항 등 비용, 재정비 비용이 규정되어 야 한다. 요크-엔트워프 규칙 제11조, 영국 실무규칙 F12조를 통합하였다.

넷째, 해양환경보존비용은 2개 규정으로 한다. ①共同海損과 관련된 제3자의 방제작업 비용 ②환경손해방지 위한 입항 및 양하, 보관, 재선적비용이다. 이는 요크-엔트워프 규칙 제11조, 영국 신탁회선박보험약관 제7조를 통합하였다.

다섯째, 운임 희생손해 규정으로 선박 및 적하의 멸실, 훼손으로 발생한 운임의 손해도 共同海損으로 인정한다고 규정하여야 한다. 요크-엔트워프 규칙에는 규정치 않고 있으나, 영국 실무규칙 F20에 규정하고 있다.

여섯째, 共同海損 정산비용 규정으로 共同海損 발생으로부터 정산이 완료될 때까지 기간은 상당한 장기간이 소요될 수 있어 이 기간동안 사용하게 되는 비용 즉, 해난보고서작성비용, 공동해손분담가액 감정비용, 정산인 보수, 정산인 여비 및 통신비에 대하여 규정하여야 한다. 요크-엔트워프 규칙에는 규정치 않고 있으나, 영국 실무규칙 A9조에 규정하고 있다.

일곱째, 정산절차 규정의 신설이다. 共同海損이 발생되면 선박소유자는 共同海損 宣言과 함께 共同海損檢査人을 선임하고, 하주에게 共同海損宣言書를 통지한다. 하주는 共同海損盟約書, 적하가액신고서, 선하증권 사본, 서명된 송장 또는 사본을 제출한다. 선박소유자는 채권확보를 위하여 적하에 대하여 유치권을 행사할 수 있으며, 하주는 이 유치권에 대하여 공탁 및 공동해손분담보증장을 제출하여 적하를 인도 받을 수 있다. 적하 손해에 대한 하주의 구상에 대해 하주는 선박소유자로부터 共同海損 발생 통지를 받고 보험회사에 통보한다. 보험회사는 해손정산인을 통하여 손해에 대한 조사를 보고받고, 그 보고서를 근거로 보험금을 지급한다.

2. 現行 商法の 立法論的 提言

현행 우리나라 상법은 共同海損에 관하여 11개 조항을 두고 있다. 요크-엔트워프 규칙은 해석규정, 최우선규정, 문자규정 7개조항, 숫자규정 23개 조항으로 총 32개 규정을 두고 있다. 영국해상보험법은 제66조 7개 조항과 실무규칙 F조 22개 조

항, 선박 및 적하보험에서 일부를 규정하고 있다. 이와 같이 다른 외국에 비하여 현행 상법의 共同海損 조항이 미진하여 보완이 필요하다. 이에 대하여 현행 우리나라 상법의 共同海損에 대한 입법론적 방향을 제언하고자 한다.

첫째, 共同海損의 성립요건 조항에 있어서 현행 상법 제865조는 선박과 적하의 공동위험을 면하기위한 선장의 선박 또는 적하에 대한 처분으로 인하여 생긴 손해 또는 비용이라고 한다. 이는 요크-엔트워프 규칙 문자규칙 A조와 영국해상보험법 제66조 1항과 같은 의미로 유지가 타당하다.

둘째, 共同海損의 분담에 관하여는 제866조에서 그 위험을 면한 선박 또는 적하의 가액과 운임의 반액과 共同海損의 액과의 비율에 따라 각 이해관계인이 분담한다고 규정하고 있다. 이에대하여 요크-엔트워프 규칙 A조는 각 규정에서 정한 기준에 따라서 이해관계자가 분담한다고 하며, 영국해상보험법은 제66조3항에서 해법에 정해진 조건에 따라 일정비율의 분담액을 청구하도록 하고 있다. 이에대하여 우리나라 상법은 분담액에 대하여 운임비용을 포함시키고 있어 요크-엔트워프 규칙의 국제협약화 기준 제시와 같은 의미로 현행 조항 유지가 타당하다.

셋째, 共同海損 분담가액의 산정에 대하여는 현행 상법 제867조에 선박의 가액은 도달의 때와 곳의 가액으로, 적하의 가액은 양륙의 때와 곳의 가액으로 하며, 적하에 관하여는 그 가액중에서 멸실로 인하여 지급을 면하게 된 운임과 그 밖의 비용을 공제한다고 손실로 인하여 지급을 면하게 된 모든 비용을 공제한다고 규정하고 있다. 요크-엔트워프 규칙 G조는 정산의 때와 곳을 정함에 있어 그 항해가 종료한 때와 곳의 가액으로, 영국 선박기간보험약관은 해상운송사업이 종료하는 지역에서 시행되는 법률과 관습에 따라서 행하여 지는 곳, 헤이그-비스비 규칙 제1조 e항은 물건이 계약에 따라서 선박에서 양하되거나 혹은 양하되었어야 하는 장소로 규정하고 있으나 요크-엔트워프 규칙의 국제협약화 기준 제시에서 논한 것과 같이 현행 상법을 유지하는 것이 타당하다고 생각한다.

넷째, 共同海損分擔者의 유한책임과 관련하여는 현행 상법 제868조는 선박이 도달하거나 적하를 인도한 때에 현존하는 가액의 한도에서 책임진다고 규정하고 있다. 요크-엔트워프 규칙 G조는 共同海損으로 인정된 적하의 부담비율은 적하가 하주의 비용으로 계속 운송되었다면 하주가 부담하였을 비용을 초과하지 않는다고 한다. 영

국해상보험법은 보험 계약에 의하므로 보험증권에 명시한 규정에 따라 피보험자가 공동해손 비용을 지출한 경우 그 비용손해 가운데 자기가 부담하여야 할 부분에 대하여 보험자로부터 보상을 받고, 희생손해에 대해서는 전액 보상을 받는다고 제66조 4항에 규정하고 있다. 현행 상법은 제868조는 유한책임의 일반적인 한도를 정한 것에 불과하다. 요크-엔트워프 규칙은 운송약관 및 선하증권에 첨부되어 共同海損 발생시 정산규정으로 적용되고 있고, 해상보험법은 선박 및 적하에 대한 개별 계약에 의한 보상이므로 현행 상법은 구분하여 그 의미를 규정하는 것이 옳다고 생각한다. 즉, 일반적인 유한책임은 현행 규정으로 하고 단서조항으로 운송약관 및 선하증권에 관한 분담자의 책임과 해상보험법상 분담자의 유한책임을 그 해당 규정에 따른다고 명시함이 바람직하다.

다섯째, 共同海損의 손해액산정에 대하여는 현행 상법 제869조와 위의 분담액산정 규정과 같으므로 유지가 타당하다.

여섯째, 책임있는 자의 求償權에 대하여 현행 상법 제870조는 공동위험이 선박 또는 적하의 하자나 그 밖의 과실있는 행위로 인하여 생긴 경우에는 共同海損 분담자는 그 책임있는 자에 대하여 求償權을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 요크-엔트워프 규칙은 문자규칙 D조에서 과실에 대하여 당사자에게 행사할 수 있는 일체의 구상 또는 항변을 침해하는 것은 아니라고 규정하고 있으며, 영국해상보험법 제79조는 희생손해 및 전손에 대하여 보험자가 보상하였다면, 보험자는 피보험자의 이익을 승계하여 대위한다고 규정하고 있어 이 규정은 유지함이 타당하다.

일곱째, 共同海損 분담에서의 제외에 관하여 현행 상법 제871조는 선박에 비치한 무기, 선원의 급료, 선원과 여객의 식량, 의류는 보존된 경우에는 그 가액을 共同海損의 분담에 산입하지 않고, 손실된 경우에는 그 가액을 共同海損의 액에 산입한다고 규정하고 있다. 요크-엔트워프 규칙은 1994년 숫자규칙 제9조에서는 연료로 사용한 경우는 피난항에 머무르는 동안의 선원비는 共同海損으로 인정되었으나, 2004년 숫자규정 제9조는 연료로 사용한 적하 선박의 재료와 선용품은 共同海損으로 인정되지만, 선원비에 대한 규정은 삭제되어 共同海損으로 인정하지 않고 있다. 영국 실무규칙은 B31조에 공동해손으로 파괴된 선박용품 등은 共同海損이 되며, 해상보험법 제67조에 의거 보험증권에 정해진 가액에 따라 전액보상되므로 선원의 급료 또

한 보상된다. 이에 대하여 현재로서는 이조항은 유지가 타당하나 2004년 요크-엔트워프 규칙이 적용되는 시점에서는 선원비에 대한 규정은 개정이 불가피하다.

여덟째, 共同海損分擔請求에서의 제외 및 적하가격의 부실기재에 대하여는 현행 상법 제872조는 화폐, 유가증권에 대한 보존시는 共同海損 분담에 산입하고, 손실된 경우는 산입하지 않는다고 규정하고 있다. 요크-엔트워프 규칙 숫자규칙 제19조 1항은 부실기재에 대하여 共同海損으로 인정하지 않으며, 해상물건운송계약인 해이그-비스비 규칙 제4조3항(b)규정은 운송인은 책임제한권을 행사할 수 있다. 이에 이 규정의 유지는 타당하다.

아홉째, 共同海損 債權소멸에 대하여 현행 상법 제875조는 1년 이내 재판상 청구가 없으면 소멸한다고 규정하고 있다. 요크-엔트워프 규칙 E조 또한 12개월로 규정하고 있어 이 규정의 유지는 타당하다.

이와같이 현행 상법에 규정된 조항에 대하여 개정과 유지여부에 대하여 살펴보았다. 다음으로는 현행 상법에 신설되어야 할 규정에 대하여 알아보려고 한다.

첫째, 共同海損에 대한 희생 및 비용손해에 있어 선박희생에 관하여는 난파물절단, 임의좌초, 기관의 무리한 손상, 연료대용으로 사용한 선박비품, 선박 이초의 돛 사용의 손상, 선내 화재진압을 위한 파공에 관한 조항을 신설하고 적하희생에 대해서는 적하의 투하, 선박화재의 소화로 발생한 손상, 양륙도중 발생한 손상에 관한 조항을 신설하여야 한다.

둘째, 費用損害에 대하여는 구조비용, 제부양비용, 피난항비용, 해양환경보존비용, 운임비용, 정산비용의 규정을 요크-엔트워프 규칙의 국제협약화 기준 제시의 항목과 같이 신설되어야 할 것이다.

셋째, 精算節次에 대한 規定을 新設하여야 한다. 선박소유자와 하주가 共同海損으로 발생한 손해를 보상받거나 채권을 확보하기 위한 방안을 마련하여야 한다. 이에 대하여 하주는 共同海損盟約書, 적하가액신고서, 선하증권 사본, 서명된 송장 또는 사본을 제출하는 의무를 부담케 하고, 선박소유자는 적하에 대하여 유치권을 행사할 수 있도록 규정하고, 하주는 적하의 회수를 위하여 공탁 금 예치 및 共同海損分擔保證狀을 제출토록 규정하여야 한다. 마지막으로 보험회사는 해손정산인을 통하여 손해에 대한 조사를 보고받고, 그 보고서를 근거로 보험금을 지급토록 규정해야 한다.

3. 기타 共同海損에 대한 立法論的 提言

1) 共同海損 處分行爲

共同海損의 선박 및 적하처분에 대하여 처분행위는 고의적이고 합리성을 확보하여 선장 및 선장으로부터 위임받은 선원 등에 의하여 이루어진다는 것이다. 선장의 처분권은 共同海損團體가 공동의 위험에 처해있는 경우 共同海損團體를 구성하고 있는 요소를 자신의 재량으로 처분할 수 있는 권한을 갖는 것으로 관습적인 共同海損制度上에서는 당연한 귀결이다.¹⁹⁹⁾ 그러나 보험계약에서는 共同海損損害에 대하여 모든 이해관계자가 분담하게 되는 근거가 운송계약에 의한 것이 아니며, 운송인에게 위탁된 화물을 운송인이 고의로 훼손할 수 있도록 하는 권리와 일부의 손해를 다른 이해관계자들에게 분담을 청구할 수 있는 계약상 합의가 다수 이해관계자들 간에 존재하는 것도 아니다. 그럼에도 불구하고 해상보험계약이 널리 이용되고 있는 것은 다른 이해관계자들이 분담한 공동해손 비용에 대하여 보험자로부터 보험금을 받음으로써 회복이 가능하다는 것이다. 이러한 측면에서 본다면 선장의 고의적인 처분의 합리성은 보험자에게 보험금 지급의 논란이 되는 것은 당연한 것이다. 그러므로 선장은 처분의 합리성을 입증하여야 할 것이다. 이를위해 해상법, 해상보험법, 선박 및 적하보험약관에 위험발생시 희생 우선순위에 대한 계획서를 작성 제출토록 의무화하는 규정을 명시하여야 한다는 것이다. 그리고 선장은 위험과 조우하였음을 각종 기상자료 등 상황의 보고 문서로 증명하여야 하고, 그 다음으로 선박내 자체 운항기록·CCTV·지시 및 명령서·선내 방송의 녹음자료, 처분에 따른 회의자료 등을 손해사정시 제출되도록 하는 규정 신설이 필요하다.

2) 共同海損과 免責規定

共同海損의 결정은 보험자와 피보험자간의 중요한 사항으로 共同海損 발생시 보험자는 면책규정을 이유로 보상치 않으려 할 것이고, 피보험자는 면책규정의 해당없음을 주장하여 보상을 받으려 할 것이다. 그러나 피보험자 입장에서는 보험자 보다 약자의 입장이므로 피보험자의 입장에서 면책규정의 정비가 필요하다고 본다. 왜냐

199) 박용섭, 「해상법론」, 764쪽.

하면 운송계약서 및 선하증권의 내용이 보험자의 입장에서 제정되어지고 면책약관의 종류가 확대되고 있기 때문이다. 이에 대하여 면책약관을 살펴보고자 한다. 해상보험 법상 면책규정은 개별면책조항으로 보험자의 고지의무 위반, 보장조건의무위반, 방향항의 변경, 항해변경, 이로, 항해의 지연 등이며, 포괄면책조항은 피보험자의 고의 또는 중대한 과실 및 담보위험 이외의 사유로 인하여 손해 발생시 보험자는 책임이 없다는 것으로 담보위험을 근인으로 하여 발생되지 않은 손해, 피보험자의 고의의 비행 또는 불법행위로 인하여 발생한 모든 손해, 화물의 고유한 흠 또는 성질에 의한 손해, 제3자의 악의에 의하여 발생한 손해, 원자력 또는 원자핵 분열 또는 융합에서 발생한 방사능 손해 등을 규정하고 있다. 보장조건위반면책조항은 피보험자가 해상보험법 및 해상보험증권에 명시된 특약의 보장조건을 위반하여 성립하므로 절대면책에 해당된다. 약정면책조항은 해상보험계약시 처음부터 보험자가 전부 면책이 되는 사항과 위험이 개시된 후에 특정한 사유가 발생하여 면책이 되는 경우이다. 헤이그/비스비 규칙의 면책조항은 항해 또는 선박의 관리에 관한 선장·해원·도선사 또는 운송인의 사용인의 작위·부작위 또는 과실, 고의가 아닌 화재, 해상기타 항행할 수 있는 수면에서의 재해·위험 또는 사고, 천재지변, 전쟁행위, 공적행위 등 17개 사항이다. 함부르크 규칙은 면책조항을 두고 있지 않으며 책임원칙으로 운송인은 물건이 운송인의 관리 하에 있는 동안에 물건의 멸실·훼손 또는 인도 지연의 원인으로 사고가 발생한 경우에는 그 멸실·훼손 또는 지연에 의하여 생긴 손해에 대하여 책임을 진다고 한다. 적하보험에서는 피보험자의 고의적 비행에 기인한 멸실·손상 또는 비용, 통상의 누손·중량 또는 용적상의 통상의 손실 및 통상의 자연 소모, 포장 또는 준비의 불완전 또는 부적합으로 인하여 발생한 멸실 및 손상 또는 비용, 고유의 하자 또는 성질로 인하여 발생한 멸실·손상 또는 비용 등 8개항과 특별면책약관으로 불내항 및 부적합면책, 동맹파업면책을 두고 있다(동 보험약관 4, 5, 6, 7조). 선박보험에서는 전쟁면책(동 약관 23조), 동맹파업면책(동 약관 24조), 악의 행위 면책(동 약관 25조), 원자핵 위험면책(동 약관 26조)로 규정하고 있다.

위와 같이 각 다른 규범에서 서로 상이한 면책 규정을 두고 있음으로 인하여 혼란을 겪고 있다. 해상운송에서 운송약관상 면책규정과 선박 및 적하약관의 면책이 서로 충돌하여 운송약관에서는 면책이 되지만, 선박 및 적하약관에서는 면책이 되지 않

는 경우 피보험자 및 환경적 약자의 입장에서는 다수 보험계약에 의존할 수 밖에 없으며, 이로 인한 비용의 상승은 막을 방법이 없다는 것이다. 이에 따라 면책규정에 대하여 일반면책규정과 특별면책규정으로 나누어 일반면책 규정은 해상운송약관 및 각종 보험약관 등 모든 해상관련된 약관에 의무적으로 수용하여야 하는 규정으로 구성하고, 특별면책규정은 약관의 특수성에 따라 부여되는 면책으로 구성하여야 한다. 이에 따라 해상보험법상 일반면책 중 일반적인 규정들을 헤이그-비스비규칙에 수용토록하는 방안을 제시한다.

3) 精算規定

共同海損 정산시 해석의 불합리성이 대두되고 있다. 요크-앤트워프 규칙은 해상운송계약 및 해운약관에 부가적 조항으로 삽입되어 이행되고 있어 당사자간 합의가 없으면 國際私法이 결정하는 준거법이 적용되어 정산에 상당한 어려움이 따르고 있다. 또한 합리적인 희생과 비용손해에 대한 客觀性을 확보하기 어려우며, 해석상 숫자규정을 우선 적용하고, 숫자규정이 없을 때 보완적으로 문자규정을 적용토록 규정하고 있는 등 적용상 혼란이 야기되고 있다. 그 밖에도 숫자규정의 23개조는 共同海損 발생시 정산 등 대표적인 사항에 대한 예시수준에 불과하므로 규정의 질적·양적 확대가 필요하다 할 것이다.

요크-앤트워프 규칙을 적용함에 있어 운송약관 및 보험약관상 개정이 필요한 사항으로는 ①共同海損 분담금의 지급 통화를 SDR로 지급토록 국제 통일화하고, ②분담금 지급과 관련하여 분담의무자의 파산·경영악화 및 지급불능 상황이고 아울러 지급보증기관도 없는 경우는 유치화물을 처분할 수 있도록 규정하여야 한다. ③선박 및 화물에 대하여 출항전 사전점검의 확행으로 공동해손의 남용을 방지할 필요성이 있어 출항 전 충분한 기간을 두어 선박 및 적하의 상태를 공인된 기관에 의해 검증하도록 의무화 규정을 신설하여야 한다.

第6章 結 論

共同海損은 해상운송의 오래된 관습에서 비롯된 제도로 선박소유자 및 화물소유자가 해상위험에 조우하여 희생 및 비용손해가 발생하면 이 손해에 대하여 공동분담하게 되므로 양자는 해상위험에 놓이게 되면 이 위험을 극복하고자 노력을 하게 된다. 이것이 海商法上 관습적인 共同海損이라 할 것이다. 이와는 달리 또 하나의 共同海損은 해상에서 발생될 수 있는 위험을 나열해 놓고서 이러한 위험으로 인하여 선박 및 적하에 손해가 발생하면 보상을 해 주겠다는 보험자와 피보험자간의 계약을 통하여 서로 합의된 방식과 범위 내에서는 모든 손해를 보상해 주는 海上保險, 運送契約 등이 있다. 해상 관습법상의 共同海損은 손해에 대하여 이해관계자들이 공동분담한다는 것으로 이것은 사회 정의와 형평의 법칙에 따른 것으로 해상운송의 자연법칙처럼 여겨지는 제도라고 생각된다. 이 제도는 시대적 변화에 따라 해상보험의 등장과 급속한 발달로 인하여 共同海損 분담자가 선박 및 화물소유자에서 保險契約의 보험자로 전환되면서 관습법적인 共同海損은 적용하지 말아야 한다는 요구가 제기되고 있으나 海上保險契約上 共同海損 부분의 근원은 관습법적인 共同海損임을 부인할 수 없다는 것이다. 한편 요크-앤트워프 규칙은 共同海損 결정 후 정산에 관한 규정이라 할 수 있으며, 정산 후 각 이해관계자가 보상을 받고 지급하여야 할 금액은 손해액에 제한되는 성격이 있다 할 것이다. 그리고 海上保險契約은 約款의 종류에 따라 共同海損을 부가조항으로 적용하고 있어, 共同海損 비용을 피보험자가 보험자로부터 지급받기 위해서는 約款의 규정에 의하여 共同海損으로 결정되어야 한다는 것이다. 그러므로 共同海損으로 결정되기 위해서는 共同海損 성립요건에 해당하여야 하고, 성립요건에 해당하더라도 보험자의 면책요건에 저촉되지 않아야 하며, 아울러 특약사항으로 인한 共同海損 발생시는 그 특약사항을 保險約款에 첨부되어 있어야만 한다는 것이다. 이러한 요건을 충족하여 共同海損으로 결정되면 보험자는 피보험자에게 보험금을 지급하게 되며 그 보험금은 약정한 금액 한도에서 이루어지므로 그 지급액의 성격은 항해의 완료로 받는 이익의 성격과 같은 효과를 가진다 할 것이다. 결론적으로

로 앞에서 논거한 각 장들에 대한 중요사항들을 분설하여 정리하면 다음과 같다.

첫째, 共同海損의 본질에 대하여 대리설과 계약설은 요크-앤트워프 규칙과 각국의 海商法에서 대리설은 인용하고 있고, 계약설은 海上保險契約에서 설명하고 있어 양 학설이 共同海損을 가장 적절하게 설명하고 있다고 본다. 기본이념에 관하여는 海上保險約款에 의하여 共同海損의 여부가 결정되고, 요크 앤트워프 규칙에 의해서 정산되고 있는 것은 분명하나 정산금의 지급은 保險契約에 의해 보험자가 대위권을 행사하고 있어 이는 保險約款에 의해 보험금이 지급되는 것으로 그 성격으로 볼 때 공동안전주의와 희생주의보다는 공동이익주의에 따른 보상이라 생각한다.

둘째, 共同海損의 成立要件에 대하여 ①공동위험인 자연적 위험은 위험을 예견하여 충분히 이에 대한 대책을 강구할 수 있을 정도의 위험인 예견설이 해상환경으로 볼 때 가장 적절하며, 인위적 위험에 대해서는 요크-앤트워프 규칙 및 海上保險法 등에서 선장 및 선원의 과실 및 태만 등으로 선박과 적하에 공동으로 위험이 존재하여 손해가 발생하였다면 그 원인을 불문하고 共同海損에 대해 共同海損으로 인정하는 적극설을 따르는 것이 합당하다고 판단된다. ② 처분에 관해서는 海商法 및 海上保險法, 積荷保險約款, 요크-앤트워프 규칙에 위험발생시 희생 우선순위에 대한 계획서를 작성 제출토록 의무화하는 규정을 명시하여야 한다는 것이다. 그리고 선장은 위험과 조우하였음을 각종 기상자료 등 상황의 보고 문서로 증명하여야 하고, 그 다음으로 선박내 자체 운항기록·CCTV·지시 및 명령서·선내 방송의 녹음자료, 처분에 따른 회의자료 등을 손해사정시 제출되도록 하는 규정 또한 마련되어야 한다. ③희생과 비용손해에 대하여 희생손해는 선박과 적하의 직접적인 손해로 적하의 투하 및 공동위험을 회피하기 위한 조치로 발생한 직접손해에 대하여 희생으로 간주하여야 한다고 생각한다. 따라서 난파물 절단, 임의의 좌초, 기관과 보일러의 훼손, 선박화재를 방지하기 위한 파공, 적하의 투하, 방화수에 의한 손상된 적하, 선박 연료로 사용된 선용품 및 선박 재료가 이에 해당한다 할 것이다. 비용손해에 대하여는 구조비, 재부상 비용, 부선사용료, 재선적비용, 피난항 비용, 수리비용, 환경보존비용, 정산에 따른 관례적 비용, 상실된 운임이 비용손해에 해당 할 것으로 생각된다. 상실된 운임에 대하여 희생손해 여부가 문제가 될 것이나 운임은 직접적인 손해가 발생 후 2차적인 성격이 강하고, 운임비용의 산출은 희생손해 비용처럼 어려운 것이 아니며, 비용의 정

산이라는 측면에서 희생손해 보다는 비용손해라고 본다. ④共同海損 효과에 대해서는 共同海損時 희생 및 비용손해를 부담한 당사자는 채권자의 지위에서 共同海損 분담청구권을 가지고, 다른 이해관계자들은 채무자의 지위에서 분담금을 지급하여야 한다. 그러나 海上保險契約은 約款의 부가조항으로 共同海損의 정산은 요크-엔트워프 규칙에 따른다고 명시하고 있거나, 또는 명시하지 않은 경우 등에 있어 共同海損이 본 海上保險契約에 열거된 위험으로 인해 발생한 共同海損 부분만 보상을 한다고 했을 경우 어떠한 근거기준으로 이를 제재할 수 있겠는가에 대하여 명확한 해석을 내놓지 못하고 있다. 이에 대하여 채권자는 적하소유자의 권한으로 송하인이 수하인과 맺은 계약 그대로 이행하여 운송의 종료로 얻을수 있는 이익을 받음으로써 채권을 확보할 수 있도록 요크-엔트워프 규칙에 삽입하는 대안을 제시한다.

셋째, 요크-엔트워프 규칙 적용상 문제 해결 방안으로는 ①共同海損 分擔金の 지급 통화에 관한 사항으로 1994년 요크 엔트워프 규칙 개정시 논의된 사항으로서 미국은 자국의 통화, 영국은 SDR로, EU는 당사자의 이익에 형평한 통화로 정산하되 정산시 발생하는 재정적 손실은 고려하지는 것이었다. 이에 대하여 관련 국제협약에서 손해보상 소송이 발생되면 일반적으로 SDR로 지급토록 하고 있어 이에 따르는 것이 국제화 흐름에 바람직하다고 생각한다. ②분담금 지급과 관련하여 분담의무자의 파산·경영악화 및 지급불능 상황에 빠지고 아울러 지급보증기관 또한 없는 경우에는 유치화물의 처분을 위하여 송하인의 위치에서 수하인과 거래할 수 있도록 하여 원래의 운송목적이 달성되도록 함으로써 분담금을 회수할 수 있도록 하는 방안이 필요하다. ③선박 및 화물에 대하여 출항전 사전 점검의 실행으로 共同海損의 남용을 방지할 필요성이 있다고 본다. 이는 共同海損 전 발생한 손상을 共同海損으로 발생되었다고 주장할 수 있기 때문인데 이를 개선하기 위해서는 출항 전 충분한 기간을 두어 선박 및 적하의 상태를 공인된 기관에 의한 검증 체계가 이루어져야 한다.

넷째, 共同海損에 대한 이해관계인들간의 상호 관련성의 개선방안으로 海上保險法 및 運送約款 등에서 자주 등장하는 면책조항에 대한 문제점으로 이들 면책조항은 그 종류를 열거하기조차 어려울 정도로 많이 생성되어 있어서 공동해손에 관련된 면책조항을 별도로 정비할 필요가 있다. 선박 및 화물소유자들간의 상호 관련성에 대해 ①선박에 대하여는 용선종류에 따른 소유관계를 확실히 하여야 하고, 화물소유자들

간에는 共同海損 분담에 대해 의무적으로 위험공동단체 이던 공동분담조합이 되었던 간에 공동해손 단체에 가입이 되도록 하는 방안이 마련되어야 할 것이다. ②선박소유자는 화물소유자들의 명단을 작성하여 열람케 하여 분담 자체를 부정하는 폐단을 사전 방지하여야 할 것이다. 선박소유자와 화물소유자간에는 책임과 의무가 주어져 있으므로 이를 어겼을 경우 제재할 수 있는 국제화된 규칙의 제정이 필요하다.

다섯째, 요크-앤트워프 규칙의 국제협약화를 위한 기준 제시를 위한 입법론에 대하여 해석규정은 전체적인 해석의 순위가 해석규정, 최우선규정, 문자규정, 숫자규정 순으로 되도록 규정하여야 하고, 최우선규정은 영국해상보험법, 선박 및 적하보험의 共同海損의 의미와 동일하므로 그대로 수용함이 좋다고 본다. 문자규정에 대하여 A 조는 共同海損을 공동 해상재산을 위험으로부터 보존할 목적으로 공동안전을 위하여 이례적인 희생 또는 비용을 의도적, 합리적으로 발생하거나 지출한 경우로 규정하고 있어 현행 해상법 및 영국해상보험법과도 동일하므로 유지함이 타당하다. B 조는 선박 예인과 관련된 세부적인 사항으로 문자규정보다는 숫자규정으로 옮겨야 할 것으로 판단된다. 이 규정은 영국해상보험법 제55조 2항과 관련있고, 또한 영국 선박보험약관의 제6조 2항 3, 3/4 Collision Liability Clause 제8조와 연관되므로 숫자규정에 합당하다 할 것이다. C 조는 共同海損 인정여부에 관한 것으로 공동안전주의에 치우친 규정으로 환경손해에 대해서는 共同海損으로 인정하지 않고 있으며, 체선료·시장상실·지연으로 발생한 비용이나 멸실·훼손 여하의 간접손해는 共同海損으로 인정하지 않고 있다. 이에 대해서 숫자규칙 6(a)는 국제해난구조협약에 의한 환경손해를 방지하거나 최소함에 사용된 구조자의 보수는 보상을 하고, 숫자규칙 제11조(d)항의 환경의 손해를 방지하거나 최소화하기 위한 조치비용은 공동해손이 된다며 4가지 인정사유를 규정하고 있다. 이에 대하여 문자규칙 C 조는 숫자규칙을 예외적으로 규정하는 내용을 삽입하여야 한다. D, E, F 조를 현행대로 유지하여야 한다. D 조는 당사자 일방의 과실로써 희생 및 비용이 발생한 경우라도 共同海損 분담청구권은 영향을 받지 않는다는 것이고, E 조는 共同海損 청구자에게 입증책임이 있는 것은 당연한 것이며, 12개월의 분담청구권의 통보기간을 둔 것에 대하여 너무 장기간이라는 주장도 있으나, 운송기간과의 형평성에 부합(헤이그-비스비 규칙 제3조 6항)한다고 생각된다. F 조는 추가비용의 共同海損이 인정은 타당하다고 본다. 영국 실무

규칙 B10조에도 명기되어 있다. G조는 정산의 때와 곳을 정함에 있어 “그 항해가 종료한 때와 곳의 가액으로 한다.”라고 규정하고 있어 다른 규범과 상이하다. 선박기간보험약관은 “해상운송사업이 종료하는 지역에서 시행되는 법률과 관습에 따라서 행하여 지는 것으로 한다.”고 하며, 현행 상법은 “선박의 가액은 도달의 때와 곳의 가액으로 하고, 적하의 가액은 양륙의 때와 곳의 가액으로 한다.”고 규정하고 있으며, 헤이그-비스비 규칙 제1조 e항은 “물건이 계약에 따라서 선박에서 양하되거나 혹은 양하되었어야 하는 장소 및 그때에 있어서의 물건의 가액을 참조하여 산정한다.”라고 규정하고 있다. 이에 따라 정산은 선박과 적하의 공동손해이므로 선박과 적하를 구분하여 선박의 가액은 도달의 때와 곳의 가액으로 하고, 적하의 가액은 양륙의 때와 곳의 가액으로 함이 타당하다고 생각한다. 숫자규정에 대하여는 선박의 희생을 6개 규정으로 분류 한다. ①난과물절단 ②임의좌초 ③기관의 무리한 손상 ④연료대용으로 사용한 선박비품 ⑤선박 이초의 돛 사용의 손상 ⑥선내 화재진압을 위한 파공이다. 이 규정은 요크-엔트워프 숫자규칙 제4조부터 8조까지, 영국 실무규칙 F4조부터 7조까지를 통합하여 규정한 것이며, 積荷犠牲 분야는 적하의 희생을 5개 규정으로 분류한다. ①적하의 투하 ②갑판적화물의 투하 ③조치수단의 결과로 발생한 손상 ④선박화재의 소화로 발생한 손상, 양륙도중 발생한 손상으로 규정한다. 이는 요크-엔트워프 숫자규칙 제1조, 제2조, 제10조를, 영국 실무규칙 F1조, 2조를 통합하여 규정하였다. 費用損害 규정은 구조비용, 제부양비용, 피난항비용, 해양환경보존비용, 운임비용, 정산비용의 6개 규정으로 분류하여 명시하여 ①구조비용 규정은 계약과는 무관하게 구조행위가 공동재산 보존목적으로 실행한 것이면 共同海損으로 인정토록 규정하여야 한다. 이는 요크-엔트워프 규칙 숫자규정 제6조의 규정으로 영국 해상보험법은 계약에 의하지 않으면 共同海損으로 인정되지 않는 것으로 구조비는 국제구조협약과의 형평성을 고려하여 요크-엔트워프 규칙에 따르는 것이 타당하다고 본다. ②제부양비용은 선박경감, 재선적비용 등 共同海損으로 발생한 모든 선박의 무게줄임 비용은 共同海損으로 인정토록 규정하여야 한다. 이는 요크-엔트워프 규칙 제10조, 영국 실무규칙 F8조 및 F10조에도 잘 나타나 있다. ③피난항 비용은 위난 해역에서부터 피난항까지 운항한 비용, 피난항 입항 및 출항비용, 화물 양하비용, 선박수리비용, 화물 보관비용, 화물 재선적비용, 피난항에서 수리 곤란시 다른항 이동비용,

다른항에서의 입항 및 출항 등 비용, 재정비 비용이 규정되어야 한다. 요크-엔트워프 규칙 제11조, 영국 실무규칙 F12조를 통합한 것이다. 해양환경보존비용은 2개 규정으로 한다. ①共同海損과 관련된 제3자의 방제작업 비용 ②환경손해방지 위한 입항 및 양하, 보관, 재선적비용으로, 이는 요크-엔트워프 규칙 제11조, 영국 신탁회선박보험약관 제7조를 통합하였다. 운임 희생손해 규정으로 선박 및 적하의 멸실, 훼손으로 발생한 운임의 손해도 共同海損으로 인정한다고 규정하여야 한다. 요크-엔트워프 규칙에는 규정치 않고 있으나, 영국 실무규칙 F20에 규정하고 있다. 신설규정으로는 共同海損 발생으로부터 정산이 완료될 때까지 기간은 상당한 장기간이 소요될 수 있어 이 기간동안 사용하게 되는 비용 즉, 해난보고서작성비용, 共同海損分擔價額 감정비용, 정산인 보수, 정산인 여비 및 통신비에 대하여 규정하여야 한다. 요크-엔트워프 규칙에는 규정치 않고 있으나, 영국 실무규칙 A9조에 규정하고 있다. 그리고 정산절차 규정의 신설이다. 共同海損이 발생되면 선박소유자는 共同海損 선언과 함께 共同海損檢査人을 선임하고, 하주에게 共同海損宣言書를 통지한다. 하주는 共同海損盟約書, 적하가액신고서, 선하증권 사본, 서명된 송장 또는 사본을 제출토록 하고, 선박소유자는 채권확보를 위하여 적하에 대하여 留置權을 행사 할수 있으며, 하주는 이 유치권에 대하여 공탁 및 共同海損分擔保證狀을 제출하여 적하를 인도받을 수 있다. 적하 손해에 대한 하주의 구상에 대해 하주는 선박소유자로부터 共同海損 발생 통지를 받고 보험회사에 통보한다. 보험회사는 해손정산인을 통하여 손해에 대한 조사를 보고받고, 그 보고서를 근거로 보험금을 지급토록 규정한다.

여섯째, 현행 상법의 입법론적 제언에 관하여는 共同海損의 성립요건인 제865조는 요크-엔트워프 규칙 문자규칙 A조와 영국해상보험법 제66조 1항과 같고, 共同海損의 분담에 관하여는 제866조도 요크-엔트워프 규칙 A조와 영국해상보험법은 제66조 3항 규정과 거의 흡사하여 유지가 타당하다. 공동해손 분담가액의 산정에 대한 제867조는 요크-엔트워프 규칙 G조, 헤이그-비스비 규칙 제1조 e항의 규정과 달라 현행 상법을 유지하는 것이 타당하다고 생각한다. 共同海損分擔者의 유한책임과 관련하여는 현행 상법 제868조는 요크-엔트워프 규칙 G조와 해상보험법의 보험약관과 다르므로 단서조항으로 운송약관 및 선하증권에 관한 분담자의책임과 해상보험법상 분담자의 유한책임을 그 해당 규정에 따른다고 명시함이 좋다고 생각한다. 구상권과

관련한 제870조는 요크-앤트워프 규칙은 문자규칙 D조와 영국해상보험법 제79조에
서 규정하고 있어 유지함이 타당하다. 신설이 필요한 조항으로는 희생 및 비용손해에
대하여 선박희생은 난파물절단, 임의좌초, 기관의 무리한 손상, 연료대용으로 사용한
선박비품, 선박 이초의 돛 사용의 손상, 선내 화재진압을 위한 과공에 관한 조항을
신설하고 적하희생에 대해서는 적하의 투하, 선박화재의 소화로 발생된 손상, 양륙도
중 발생된 손상에 관한 조항을 규정하고, 費用損害에 대하여는 구조비용, 제부양비
용, 피난항비용, 해양환경보존비용, 운임비용, 정산비용의 규정을 두고, 精算節次에
대한 規定으로는 하주는 共同海損盟約書, 積荷價額申告書, 船荷證券 寫本, 서명된 송
장 또는 사본을 제출하는 의무를 부담케 하고, 선박소유자는 적하에 대하여 유치권을
행사할 수 있도록 규정하고, 하주는 적하의 회수를 위하여 공탁금 예치 및 共同海損
分擔保證狀을 제출토록 규정하는 등 신설이 필요하다 할 것이다.



참 고 문 헌

I. 국내문헌

【단행본】

- 권 오, 「국제무역보험」, 서울: 도서출판 두남, 2001.
- 김중윤, 「해상법연구」, 서울: 능화드림, 2000.
- 김준호, 「민법강의」, 경기도: 법문사, 2005.
- 도중권, 「해상보험론」, 서울: 학문사, 2006.
- 신창선, 「국제사법」, 서울: 피데스, 2007.
- 박상조 · 윤종진, 「현대국제사법」, 한울출판사, 1998.
- 박용섭, 「해상법론」, 서울: 형설출판사, 1998.
- _____, 「정기용선계약법론」, 부산: 효성출판사, 1996.
- _____, 「국제복합운송(선하)증권의 해설」, 서울: 형설출판사, 1992.
- 박희수 역, 「해상보험체계 -공동해손제도 기본론편-」, 서울: 세종출판사, 1995.
- 박헌목, 「상법강의(하) 보험·해상」, 부산: 신지선원, 2005.
- 방갑수, 「최신보험학」, 서울: 박영사, 1983.
- 배병태, 「해상법」, 서울: 한국사법행정학회, 1979.
- 손주찬, 「상법(하)」, 서울: 박영사, 2005.
- 송상현 · 김현, 「해상법원론」, 서울: 박영사, 2005.
- 서돈각 · 정완용, 「상법강의(하)」, 제4전정, 서울: 박영사, 1996.
- 이기태, 「해상보험」, 경기도: 법문사, 1993.
- 이기수, 「보험법·해상법학」 제4판, 서울: 박영사, 1998.
- 이은섭, 「해상보험법」, 서울: 신영사, 1992.
- 이재복, 「선박보험약관론」, 서울: 보험연수원, 1999.
- 지원림, 「민법강의」, 제7판, 서울: 홍문사, 2009.
- 정무동, 「상법강의(하)」, 서울: 박영사, 1993.

- 정영석, 「국제해상운송법」, 서울: 범한서적주식회사, 2008.
- _____, 「선하증권론」, 서울: 텍스트북스, 2008.
- _____, 「용선계약법강의」, 부산: 해인출판사, 2005.
- _____, 「해상보험법」, 부산: 해인출판사, 2005.
- _____, 「해상법강의요론」, 부산: 해인출판사, 2003.
- _____, 「해상보험론」, 부산: 해인출판사, 2005.
- _____, 「해상법원론」, 서울: 텍스트북스, 2009.
- 정찬형, 「상법강의(하)」, 제10판, 서울: 박영사, 2008.
- 정희철, 「상법학(하)」, 서울: 박영사, 1990.
- 최기원, 「상법학신론(하)」, 서울: 박영사, 2004.
- _____, 「해상법」, 서울: 박영사, 2002.

【논 문】

- 권 오, “2004년 공동해손규칙(YAR)에 관한 연구”, 관세학회지 제7권 제3호, 2006.
- 김 현, “공동해손에 관한 비교법적 고찰”, 해법회지, 14(1), 1992.
- 김인현, “다양한 해운기업주체의 활동과 법률관계”, 기업법연구 제10집, 2002.
- 박성호, “공동해손에 있어서 YAR의 제문제에 관한 연구”, 박사학위논문 계명대학교, 1999.
- 박환재, “공동해손제도의 존재요인에 관한 연구”, 박사학위논문 중앙대학교, 1997.
- 여성구, “공동해손 및 분담금에 대한 보험자의 보상책임에 관한 연구”, 박사학위논문 중앙대학교, 1993.
- 윤민현, “함부르크규칙 1978”, 해양한국, 77호, 1980.
- 이균성, “공동해손의 성립요건”, 월간고시, 12월호, 1990.
- _____, “공동해손의 법률관계와 해상보험”, 해운물류연구, 제43호, 2004.
- 이영수·이승호, “공동해손의 성립요건과 문제점에 관한 고찰”, 무역학회, 20권 1호, 2005.
- 이옥용, “해난사고 예방을 위한 위험관리의 필요성에 관한 소고”, 한국해운학회지 제17호, 1993.

- 임동철, “공동해손법의 발전과 공동해손제도의 의의”, 해사법학회, 법학연구 제3호, 1991.
- 정완용, “프랑스 해상법 개관”, 고향법학, 창간호, 1994.
- 한동호, “신협회보험화물약관 (A)조건 제1조 위험조항에 관한 약간의 고찰”, 서울: 한국보험학회, 1985.
- 허상수, “공동해손 보험·해상법에 관한 제문제(상)“, 재판자료 제52집, 법원행정처, 1991.

II. 일본문헌

【단행본】

- 龜井利明, 「海上保險法」, 京都: 法律文化社, 1972.
- _____, 「海上保險論」, 京都: 法律文化社, 1973.
- 瀬戸彌三次, 「海上保險體系(被保險者の擔保義務編)」, 東京: 文雅堂, 1938.
- 保險毎日新聞社, 「貨物保險の檢定實務」, 保險毎日新聞社, 1986.
- 小町谷操三, 「海商法研究 第3卷」, 東京: 成山堂書店, 1984.
- 谷川 久, 「海上運送人の責任の強化」, 東京: 有斐閣, 1975.
- 松島 惠, 「海上保險論(改正 第8版)」, 東京: 損害保險關聯綜合研究所, 2004.
- 田中誠二, 「海商法詳論」, 東京: 經草書房, 1976.
- 田中誠二·吉田 昂, 「コメソータル國際海上物品運送法」, 東京: 勁草書房, 1984.
- 田中千束, 「共同海損法の研究」, 東京: 成山堂書店, 1980.
- 中山秀治郎, 「共同海損法」, 兵庫: 海文堂, 1960.

【논문】

- 今村 有, “1950年ヨーク・アントワープ規則の解釋”, 損害保險研究 第16卷 第3號, 1954.

- 宮田武志, “共同海損法論序説”, 損害保険研究 第6卷 第2號, 1940.
- 龜井利明, “共同海損と海上保険”, 保険月報 72號, 大韓再保険公社, 1969.
- 石津 漣, “海上保険における共同海損概念とついで”, 損害保険論文集創立30週年記念, 損害保険事業研究所, 1965.
- _____, “危険の過失原因と共同海損の 成立についで”, 保険學雜誌, 第386號, 1955.

Ⅲ. 미국문헌

【단행본】

- Badger, D & Whitehead G., *Elements of cargo insurance*, London: Woodhead-Faulker Cambridge, 1983.
- Buglass, L. J., *General Average and the York/Antwerp Rules*, London: Witherby & Co. Ltd., 1974.
- _____, *Marine Insurance and General Average in the United States*, 2nd ed., Centreville, Maryland: Cornell Maritime Press, 1981.
- _____, *General Average and the York/Antwerp Rules*, London: Witherby & Co. Ltd., 1983.
- Chartered Insurance Institute, *Marine Claims*, London; The Innstitute, 1981.
- Cooke Julian, et al., *Voyage Charters*, 2nd ed., London: Lloyd's of London Press Ltd., 2001.
- Conaldson, Staughton & Wilson, *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules*, 10th ed., London: Stevens & Sons, 1975.
- Dover Victor, *A hanndbook to marine insurance*, London: Witherby & Co., Ltd, 1982
- Geoffrey, Hudson, *The York-Antwerp Rule: The Principle and Practice of General Average Adjustment*, 2nd ed., London: LLP, 1996.

- Hardy Ivany, E. R., *Chalmers Marine Insurance Act 1906*, 8th ed., 1976.
- Hebditch, C. S., and Macdonald, J. A., *York–Antwerp Rules*, London: Richards Hogg Ltd, 1994
- Kenneth Goodacre, J., *Marine Insurance Claims*, 2nd ed., London: Witherby & Co. Ltd., 1981.
- Kenneth Goodcare, J., *Marine insurance claims*, London: Witherby & Co. Ltd., 1975.
- Lambeth, R. J., *Templeman on marine insurance*, 5th ed, London: Macdonald & Evans Ltd., 1981.
- Lowndes & Rudolf, *The law of general average and the York–Antwerp Rules*, 10th ed., London, Sweet & Maxwell, 1975.
- _____, *The Law of General Average & The York–Antwerp Rule*, 11th ed., London, Sweet & Maxwell, 1990.
- Mocatta, A. A., et al., *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 19th ed., London: Sweet & Maxwell, 1984.
- Rene Rodiere, *Droit Maritime*, Paris: Dalloz, 1977.
- Raoul Colinvaux, *Carver 's Carriage by Sea, British Shipping Laws Vol. 2*, 13th ed., London, Stevens & Sons, 1982.
- Sorkin, Saul, *Goods in Transit*, New York: Matthew Bender & Co. Inc., 1991.
- T. G. *Carrage by Sea*, 15th ed., London: Stevens & Sons, 1971.
- William Tetley, *Marine insurance claims*, 3rd ed., Toronto: International Shipping Publication, 1988.

【논 문】

- Badger, D., & Whitehead G., *Elements of cargo insurance*, Woodhead–Faulker Cambridge. 1983.
- Lowndes & Rudolf, *The law of general average*, 13.S.L.7, 1964.
- Sieveking, *German law of Carriage of goods by sea*, 1995.

【판례】

Anglo-Grecian Steam Trading Co. Ltd., v. T. Beynon & Co.(1926) 24 L.I.L.
Birkley v. Presgrave(1801) 1 East 220; 102 E.R. 86.
Bowring v Thebaud, 42 Fed Rep, General Average now and in the future index, 1898.
Coggs v. Bernard(1703), 2 L. D. Raym, 909.
Chiswick Products, Ltd. v. S.S. Stolt Avance, 257 F. Supp. 1966.
Chiswick Products, Ltd. v. S.S. Stolt Avance, 257 F. Supp. 1991.
Dover Victor, *A handbook to marine insurance*, London: Witherby & Co., Ltd, 1982.
Forward v. Pittard(1785), L.T.R. 27.
Greenshields v. Stephens(1908) APP. Cas.
Harrison v. Bank of Australasia(1872) L.R. 7 Exch, 39.
Hobson v. Lord (1875), 92 US.
Joseph Watson & Son Ltd. v. Firemen's Fund Insurance Co., (San Francisco, 1922.)
Reliance Marine Insurance Co. Ltd., v. New York & Cuba Steamship Co.(1897.)
Riley v. Horne(1825), 5 Bing. 217.
Spear & Thorpe v. Bolivier, 1931, 40 L.I.L.
Strang v Scott (1899) 14 AC 601 cited Carver 's.
The Gratitude (1801) 3 C. Rob. 240.
Vlassopoulos v. British & Foreign Marine Insurance Co. Ltd., (1929) 1 K. B. 187; 34 Com. Cas. 65; 31 L.I.L.
W. P. Wood & Co. v. Hanseatische, 1930, 37 L.I.L.

IV. 기타문헌

<http://kpiclub.or.kr/iboard.cgi>(한국선주상호보험조합, 위험관리, 사례자료)

http://cafe.naver.com/trader.cafe?iframe_url=12707.

<http://www.reportshop.co.kr/data/=219641>.