

감항능력 주의의무에 관한 한국 판례의 흐름

鄭 暎 錫(한국해양대학교 법학부 교수)

金 萬 紅(중국 대련해사대학 법학원 교수)

The Korean Judicial Cases on Seaworthiness

Yeong-Seok Cheong* · Jin Wan Hong

〈목 차〉

Abstract	V. 주의의무의 정도
I. 의의	VI. 감항능력주의의무위반의 효과
II. 개념과 법적 성질	VII. 맺음말
III. 종류	參考文獻
IV. 실행시기	

Abstract

The purpose of this paper is not only to analyze the conception of due diligence of seaworthiness but also to study the current of Korean judicial precedent about it.

The conception of due diligence of seaworthiness have been developed from the British Common Law and it is the overriding obligation that means absolute one or heavy one of carrier to be lost the effect of carrier's exemption. Actually, most of Korean commercial jurist perceive it to be the heavy obligation of carrier and it is a general opinion.

But, in view of general legal principles, though carrier shall be liable for loss or damage to goods arising from negligence, fault, or failure in his duties for all sections of carriage, correctly we will interpret to limit a performing period for due diligence to the beginning of the voyage as to lessen carrier's liability.

Also, in view of the manager of marine company, due diligence of seaworthiness must be placed the focus on judging by whether the contract of carriage is violated or not.

*韓國海洋大學校 法學部 教授, 法學博士

I. 의의

해상운송계약을 그 본질을 중심으로 분석하면, ① 재화의 장소적 이동과 ② 운송물을 안전하게 또한 손상을 입히지 않고 보관하는 것을 그 내용으로 하고 있음을 알 수 있다. 이러한 의미에서 선박은 일종의 창고이며 선박소유자는 운송인으로서의 지위는 물론 창고업자(warehousekeeper)로서의 지위를 동시에 가지게 된다. 따라서 영국법상으로 운송인은 수치인(bailee)으로서의 지위와 운송인으로서의 지위의 이중적인 지위를 가지는 것이다.¹⁾ 따라서 운송인은 운송물의 수치인으로서 운송물을 보관하고 있는 기간 중의 운송물의 안전에 대하여 책임이 있다. 이러한 수치인의 책임 중에서도 영국법에서는 전통적으로 여관업자의 책임과 코먼 캐리어의 책임이 매우 무거워서 엄격한 책임을 지게 되어 있었다. 따라서 전통적으로 영국법에서는 운송물을 보관할 창고의 기능을 가진 선박의 감항능력에 관하여는 엄격한 책임을 묻게 되었다.²⁾

해상물건운송에 관한 국제적 통일법인 헤이그 비스비 규칙 역시 전통적인 영국의 운송법 이론에 근거하여 거의 동일한 내용의 규정을 두고 있고, 영국은 이 규칙을 자국의 법으로 전면 수용하였다. 한편 우리 상법은 1991년 개정을 통하여 헤이그 비스비 규칙의 실질적인 내용을 수용하면서 감항능력 주의의무에 대하여도 같은 내용을 규정하고 있다. 다만, 영국법상으로는 운송인 책임강화로 설명이 될 수 있지만, 우리 상법과 같은 과실책임주의에 충실한 대륙법계의 법전에서는 반드시 운송인의 책임을 강화하였다고만 해석할 수는 없을 것으로 생각한다.

이하에서는 헤이그 비스비 규칙(영국법)과 우리 상법상의 감항능력 주의의무의 내용을 살펴보고, 우리 나라 판례를 소개하고자 한다.

II. 개념과 법적 성질

1. 개념

여기서 말하는 감항능력이란 무엇일까? 감항능력 주의의무의 정도에 관한 최초의 판례는 Dixon v. Sadler 사건의 판결³⁾인데, 다음과 같이 정의하였다. “이는 선박이 발항 당시 수리, 장비, 선원 및 기타 모든 점에 있어서 보험에 든 항해에서 통상 일어날 수 있는 위

1) N.J. Gaskell, C. DeBattista & R. J. Swatton, *Chorley and Giles' Shipping Law*, 8th ed., London, Pitman, 1987, p.186.

2) Ibid, p.186.

3) E. R. Hardy Ivamy, *Chalmers' Marine Insurance Act 1906*, 19th ed., London, Butterworths, 1983, p.56 ; [Dixon v. Sadler (1839) 5 M & W 414].

험을 견디어 낼 수 있을 만큼 적합한 상태에 있는 것을 의미한다.” 그리고 이 정의는 1906년 영국 해상보험법(Marine Insurance Act 1906) 제39조 제4항에 그대로 받아들여졌다.⁴⁾

감항능력은 선박의 항해 및 운송물의 보관과 관련된 모든 점에서 요구되므로, 선박의 물리적인 상태뿐만 아니라 선원의 질과 수, 연료 기타 보급품의 양과 질, 운송물의 수령·운송·보관 능력이 있는 상태이어야 하는 것이다.

이와 같은 보통법상의 감항능력의 개념에 대하여는 헤이그 비스비 규칙 제3조제 1항과 한국 상법 제787조에서도 같은 의미로 규정하고 있다. 다만 헤이그 비스비 규칙이 제4조 제1항에서 감항능력 주의의무 위반으로 인한 멸실·훼손으로 인한 손해에 대하여만 책임을 지는데 반하여 한국나라 상법은 연착의 경우에도 책임을 지게하고 있다는 점이 다르다. 그러나 감항능력의 개념에 있어서는 동일한 의미로 볼 수 있다.

2. 법적 성질

헤이그 비스비 규칙에서 감항능력 주의의무에 대하여 'due diligence', 즉 상당한 주의의무를 다하면 되는 과실책임을 묻고 있다(헤이그 비스비 규칙 제3조 제1항).⁵⁾

또한 한국나라 상법 제787조에서도 헤이그 비스비 규칙 제3조 제1항의 입장을 수용하여, “운송인은 자기 또는 사용인이 발항 당시 다음의 사항에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면...”이라고 규정하여 과실책임주의를 취하고 있다.

Ⅲ. 종류

선박의 감항능력의 내용에 관하여는 앞서 말한 Dixon v. Sadler 사건에서 확립된 내용이 헤이그 비스비 규칙과 한국 상법에서 받아들여지고 있다.

그 내용은 선박 자체의 감항능력(ship seaworthiness), 선박의 항해성능을 유지하기 위한 선원·설비·선용품의 배치와 공급을 의미하는 선박의 항해능력(navigability) 및 운송물을 적절하게 적부·보관·하역을 할 수 있는 감항능력(cargoworthiness)으로 구성되어 있다(헤이그 비스비 규칙 제3조 제1항, 상법 제787조).

1. 선박 자체의 감항능력(ship seaworthiness)

4) MIA 1906 제39조 제4항 : “A ship is deemed to be seaworthy when she is reasonably fit in all respects to encounter the ordinary perils of the seas of the adventure insured. (어느 선박이 부부된 항해에서 통상 일어날 수 있는 해상위험을 견디어 낼 수 있을 만큼 모든 점에서 합리적으로 적합할 때에 감항능력이 있는 것으로 간주된다).”

5) 林東詒, 海商法·國際運送法 研究, 眞成社, 1990, 77쪽 참조.

(1) 내용

헤이그 비스비 규칙 제3조 제1항 (a)는 "선박의 감항능력을 갖추는 것(to make the ship seaworthiness)"이라고 규정하고 있는데, 이는 한국 상법 제787조 제1호의 "선박이 안전하게 항해할 수 있게 할 것"과 같은 의미로서 선박의 물리적 안전성을 말하는 것이다.⁶⁾

이때 감항능력이 있다는 것은, 항해의 모든 가능한 상황에 대하여 항해의 개시 시에 보통의 주의 깊고 신중한 선박소유자가 요구하는 정도의 적합성을 갖추어야 한다는 것을 의미한다.⁷⁾ 즉 선박 자체가 안전하게 항해를 감당할 수 있어야 한다는 것이다.⁸⁾ 따라서 선체, 테이클과 선박 기계가 잘 수리가 되어 있다면, 운송도구로서 선박이 충분히 갖추어져 있다고 볼 수 있을 것이다. 또한 선박은 선박안전법에 의한 항행구역의 지정을 받는 등의 해당 해역을 항행할 수 있는 법적 자격을 갖추어야 한다.⁹⁾

운송물의 적재 여하에 따라서는 선박의 안전성을 해치는 경우가 있으므로 이 점에 관하여도 감항능력이 있어야 한다. 그러므로 선박이 과적하여 계약된 항해를 안전하게 실행할 수 없을 때에는 그 선박은 감항능력이 없는 것으로 본다.¹⁰⁾

영국의 판례에서 선박의 감항능력 주의의무 위반으로 인정된 것으로는 엔진의 결함,¹¹⁾ 유조선에 유황운송선으로 구조를 변경함으로써 선박의 안전성을 해친 경우¹²⁾ 등이 있다.

(2) 한국 판례¹³⁾

원심판결 이유에 의하면, 원심은 거시증거에 의하여 피고회사 소유선박인 씨, 케이, 베가호가 1980. 2. 5 본건 운송물인 원목을 싣고 인도네시아 암본항을 출항하여 인천항을 향하여 항해하던 중 같은 달 13 대만 북방해상에서 선체의외판이 파열되어 본건 원목과 함께 침몰된 사실, 본건 선박은 1968년 일본에서 건조되어 소외 고려해운(주)이 소유하다가 1979. 8. 31 피고가 매수하여 소유하게 되었는데 피고가 매수하기 전인 1979. 3. 6부터 같은 달 24까지 정기검사를 받았는데, 선체의 외판과 프레임 일부가 부식되어 있음을 발견하고 좌우편의 외판일부와 옆 프레임 일부를 새로 교환하였을 뿐 그 이후 선체에 관하여 별다른 수리를 한바 없었고 피고는 본건 선박을 인수받은 후 연차 검사일로 지정된 1980. 1. 13 검사를 받지 아니하고 이를 연기한 채 본건 원목운송을 담당하게 한 사실, 선장 노달호는 본건 원목운송에 있어서 출항전에 복원력의 기초가 되는 지엠(GM)치도 스스로 계산확인한바 없고 선저와 선창격벽 선체의 외판을 육안으로 또는 함마로 두드려 보아 부식된 부분이나 악화된 부분이 있는지를 검사하여야 함에도 그러한 검사도 하지 아니한 채 본

6) 박용선, 해상법론, 형설출판사, 463쪽.

7) McFadden v. Blue Star Line [1905] 1 K.B. 697, p.706 ; NJJ Gaskell, C Debattista & Rjswatton, op. cit., p.187.

8) 林東詰, 앞의 책, 74~75쪽.

9) 小町谷操三, 統一船荷證券法論, 東京, 勁草書房, 1953, 76~77면.

10) 林東詰, 앞의 책, 74쪽.

11) Hong Kong Fir. Shipping v. Kawasaki Kisen Kaisha (1962) 2 Q.B. 26.

12) The Marine Sulphur Queen (1973) 1 L.L.R. 88.

13) 1985. 5. 28. 84다카966(감항능력이 결여된 선박을 해상운송에 제공하여 침몰한 경우 선박소유자의 과실책임 유무).

건 원목을 선적한 후 같은 해 2월 5일 암본항을 출항하였으며 항해중 같은 달 10부터 강풍이 불고 풍랑이 거칠어지기 시작하였고, 같은달 13. 02:30경에는 강풍과 풍랑에 선체가 심하게 충격되는 것을 알았음에도 선체의 상황을 확인 점검치 아니하고 계속 취침하였으며 그 후 선체가 1내지 2도 정도 기울기 시작하였음에도 당직인 2등 항해사 이동일이나 1등 항해사 김영구는 선체의 좌경 사실을 선장에게 즉시 보고치 아니하였고 같은날 12:20경 대만북방 120마일 지점에 이르러서야 선체우현이 파멸되었다는 보고를 받고 확인하여 본바 선박우현의 선수격벽 후방 3미터 지점의 하창저면으로부터 약80센치미터 높이에 가로 1미터 세로60센치미터 폭15 내지 20센치미터로 선체외판이 티(T)자형으로 파열되어 해수가 1번창으로 대량침수되어 우현 프레임 2개가 떨어져 격벽과 함께 움직이고 균열부위는 빠른 속도로 확대되고 있었으므로 선장 노달호는 같은달 12:40경 선체수리와 항해의 계속이 불가능하다고 판단하여 대만 길음항으로 피항하려 하였으나 선체의 경사가 심하여 피항을 단념하고 같은날 14:30경 선원을 일부 퇴선시키고 같은날 16:00경에는 선체가 15도 정도 기울고 우현갑판이 수면에 이른상태가 되어 선원전원을 퇴선시키고 선체와 원목을 포기하여 침몰하게 된 사실을 인정한 다음, 위 인정사실에 비추어 보면, 바다를 예정된 항로를 따라 항해하는 선박은 통상 예견할 수 있는 위험을 견딜 수 있을 만큼, 견고한 선체를 유지하여야 할 것인데, 본건 선박은 선체가 노후되어 통상 예견할 수 있는 계절풍에 의한 남지나 해상의 파랑이나 해상부유물의 충격을 견디지 못할 정도로 선체외판이 부식되어 있었다고 보여져, 발항당시 불감항의 상태에 있었다할 것이고, 선장 노달호나 기타 선박사용인은 출항전 선체의 각 부분을 면밀히 점검 조사하여 감항능력의 유무를 확인하는 등 운송의 안전에 관한 주의의무를 다하여야 함에도 이를 다하지 아니한 과실로 인하여 본건 선박의 선체외판이 파열되어 침몰하게 된 사고가 발생한 것이라고 판단하고, 피고의 본건 사고는 사고당시 이례적인 강풍과 거친 파도를 타고 떠다니던 해상부유물인 원목이 본건 선박의 외판을 충격하므로써 선체외판 일부가 파열되어 발생한 것이므로 불가항력에 의한 사고로서 피고에게는 책임이 없다는 항변에 관하여는 피고가 제시한 거시증거만으로는 본건 선박이 발항당시 감항능력에 관한 주의의무를 다하였다고 인정하기에는 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다하여 배척하였다.

원심이 이러한 판단을 함에 있어서 거친 증거의 취사과정을 사실인정을 기록에 대보아도 적법하고 거기에 논지와 같은 채증법칙을 위배한 위법이 있다고 할 수 없고, 피고항변에 부합되는 해난심판소의 재결서(을 제19호증의2), 선급협회에 대한 사실조신(을 제46호증)의 기재를 믿지 아니하고 배척하였다 하여 채증법칙에 위배되었다고 할 수 없으며, 발항당시 감항능력이 결여된 선박을 해상운송에 제공한 선박소유자는 항해선박이 통상예견할 수 있는 파랑이나 해상 부유물의 충격을 견디지 못하고 파열되었다면 불법행위의 책임조건인 선박의 감항능력 유지의무를 해태함으로써 운송물을 한 과실이 있다 할 것이고, 선장 기타 선박사용인이 상당한 주의로서 본건 선박의 감항능력의 유무를 조사하였더라면 피고 주장

과 같은 해상부유물인 원목의 충격을 받더라도 파열되어 침몰되는 사태를 사전에 예방하는 조치가 불가능하였다고는 보여지지 아니하므로 원심이 이와 같은 취지에서 본건 사고가 불가항력에 의한 것이라는 피고의 주장을 배척한 조치는 수긍이 가고, 거기에 논지와 같은 경험칙과 논리칙에 위반하여 불가항력의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없고, 위 불법행위 책임은 공작물인 본건 선박의 관리보존상의 하자로 인한 피고의 소유자책임 내지 사용자책임을 아울러 판단하여 이를 인정한 취지로 보여지므로 거기에 논지와 같은 입증 책임에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고도 볼 수 없으므로 논지는 이유 없다.

2. 항해 능력(navigability)

(1) 내용

항해 능력에 관하여 헤이그 비스비 규칙 제3조 제1항 (b)에서는 “선박에 대하여 적절하게 선원을 승선시키고, 선박을 의장하고 선용품을 보급할 것(properly man, equip and supply the ship)”이라고 규정하고 있다. 또 한국 상법 제787조 제2호에서는 “필요한 선원의 승선, 선박의장과 필요품의 공급”이라고 규정하고 있다.

먼저 선원의 배수에 관하여 보면, 단순히 선원법 또는 선박직원법에서 규정한 수의 선원과 법정 자격을 가진 선원을 승선시킨 것만으로 감항능력 주의의무를 다했다고 볼 수는 없고, 그 선박과 그 항로에 있어서 경험을 가지고 운송물의 취급·관리 및 선박의 운용에 관한 훈련과 교육을 받은 선원을 승선시켜야 한다는 것을 의미한다. 선원법이나 선박직원법상의 선원의 자격을 충족시킨 선원이란 해상행정법상의 유자격 선원을 말하는 것이고 해상법상의 적절한 선원의 승선이나 필요한 선원의 승선이란 이러한 법정자격 이외에 계약된 운송계약의 이행에 적합한 경험과 그 선박의 특성에 관한 교육 훈련을 받은 선원으로서 통상적인 항해의 상황에서 계약된 운송을 완성 할 수 있다고 인정되는 선원의 승선을 말한다.¹⁴⁾ 따라서 헤이그 비스비 규칙상의 “적절하게 선원을 승선”시킨다는 것과 한국 상법상의 “필요한 선원의 승선”은 같은 의미라고 보아야 할 것이다. 또한 도선사를 사용하여야 할 항구에서 해당 항해에 충분한 경험이 없는 선장이 도선사 없이 항해를 하는 것도 역시 감항능력이 없이 항해를 한 것이 된다.¹⁵⁾

선박에 의장을 적절히 한다는 것은 안전 항해에 필요한 항해 계기와 해도 및 항해 참고서 등을 갖추는 것을 말한다.¹⁶⁾ 운송인은 선박에 설치한 각종 항해 설비와 항해 보조물을 양호한 상태로 유지할 의무가 있다. 특히 해도와 수로지는 가장 최신의 것을 비치하여야 하나, 비치한 수로지를 선장이 이용하지 아니한 경우에는 책임을 지지 아니한다.¹⁷⁾ 또 여기서 말하는 최신의 것이란 사고 당시에 발행된 것만을 의미하는 것은 아니고 사실상 이용 가능한

14) 박용섭, 해상법론, 앞의 책, 465쪽.

15) Raoul Colinvaux, Carver's Carriage by Sea, vol. I, 13th ed., London : Stevens & Sons, 1982, p.114.

16) California and Hawaiian Steamship Co. v. Columbia Steam Ship (1973) AMC 676.

17) Irish Shipping Co. (1977) AMC 780, 548 F 2d 56.

것이든 충분하다고 본다.¹⁸⁾ 항해 계기의 고장 문제는 해도 또는 수로지보다 더 엄격한 주의 의무를 부담시키고 있는 것이 판례의 경향이다.¹⁹⁾

선용품을 적절하게 공급할 것이란 연료유, 운할유, 청수, 선원의 식료, 로프 및 페인트 등의 선박 운항에 반드시 소요되는 물건을 적절히 갖추어야 한다는 것이다. 이 가운데 가장 자주 발생하는 문제는 연료유의 공급량이다. 특정 항해에 있어서 연료의 양은 그 항로의 지리적 특성과 기상·해상 조건에 따라서 결정되나 계산을 잘못하여 항로의 중간에서 연료 부족으로 예항 되거나 해상 급유 문제가 발생하기도 한다. 따라서 운송인은 선적항에서 출항 당시에 항해에 충분한 연료를 공급하여 항해의 중단이라는 사고가 발생하지 않게 해야 한다.²⁰⁾ 물론 중간 항에 기항하여 연료를 공급받을 수도 있지만 만일 연료 공급을 위한 이로(deviation)가 있으면 이는 곧 감항능력의 부족에 의한 책임 내지는 직항의무 위반에 대한 책임 문제가 생길 수 있음에 유의할 필요가 있다.²¹⁾

이상 검토한 바와 같이 능력 있는 선원을 충원하고 연료와 밸러스트(ballast), 장비 기타 보급품을 충분히 갖추고 있으면 이는 선박의 항해 능력에 관한 감항능력을 갖추었다고 볼 수 있다.²²⁾

영국 판례에서 항해 능력에 관한 감항능력 주의의무 위반으로 인정된 것으로는 능력이 없는 선원을 승선시킨 경우,²³⁾ 폭주하는 습관이 있는 선장과 기관장을 승선시킨 결과 선장과 기관장이 발항 당시에 만취하여 있었던 경우,²⁴⁾ 갑판 상에 운송물을 잘못 적하하여 선박이 안정성을 잃은 경우,²⁵⁾ 다음 항구까지의 연료가 부족하여 운송물을 대신 연료로 사용한 경우²⁶⁾ 등이 있다.

(2) 한국 판례

1) 선박직원법에 따른 해기사면허가 없는 선원이 승선한 선박의 인적 감항능력의 유무²⁷⁾

원심은 이 사건 어선의 기관장 대행인 소외 이종복이 비록 6급 기관사의 자격증을 소지하고 있지는 아니하나 과거 경력에 비추어 이 사건 어선의 항해 중 기관장 역할을 무난히 수행할 수 있는 충분한 능력을 갖추고 있었다고 보아, 이 사건 어선이 '발항 당시 통상의 해상위험을 사실상 감내할 수 있을 정도로 적합한 상태'에 있었거나, '발항 당시 통상의 해상위험을 사실상 감내할 수 있도록 유자격선장 및 기관장의 승선 등 어선의 안전운항에 필요한 제반조치를 결여한 상태'에 있었다고 인정할 수 없다는 취지로 판단한 다음, 이 사건

18) Temple Bar (1942) AMC 1125.

19) The Chickasaw (1966) AMC 2219, (1969) AMC 1682.

20) The Votigern (1899) p.140 ; 박용섭, 해상법론, 앞의 책, 467~468쪽.

21) 박용섭, 해상법론, 위의 책, 468쪽.

22) NJJ Gaskell, C Debattista & R J Swatton, op. cit., p.187.

23) Hong Kong Fir, Shipping v. Kawasaki Kisen Kaisha (1962) 2 Q.B. 26.

24) Moore v. Lunn (1923) 39 T.L.R. 526.

25) Kish v. Taylor (1912) A.C. 604.

26) The Votigern (1899) P 140, Northumbrian Shipping v. British India Shipping (1915) 2 K.B. 774.

27) 1995. 8. 22. 94다61113

어선이 발항 당시부터 인적감항능력을 결여한 상태에 있었음을 전제로 하여 한, 이 사건 공제약관에 의하여 원고에 대한 공제금지급의무는 발생하지 아니하였거나, 면책되어야 한다는 피고의 주장을 배척하였는바, 기록에 의하여 살펴보면 원심의 이러한 조치는 모두 수긍이 가고 거기에 소론과 같은 사실오인, 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

소론은 이 사건 어선이 발항 당시부터 6급기관사 자격이 없는 위 이종복이 기관장대행으로 승선함으로써 안전운항에 필요한 인적감항능력을 결여한 상태였다는 것인바, 선장, 항해사, 기관사 등의 선박직원이 되고자 하는 자는 선박직원법에 따른 해기사면허를 받아야 하므로, 자기소유의 선박이 발항할 당시 안전하게 항해를 감당할 수 있도록 필요한 인적, 물적 준비를 하여 감항능력을 확보하여야 할 주의의무가 있는 선박소유자로서는 위 해기사면허를 가진 선원을 승선시켜야 할 것이고, 원칙적으로 이러한 면허가 없는 선원이 승선한 선박은 소위 인적감항능력을 결여한 것으로 추정된다고 할 것이나, 선원이 위 면허를 소지하였는지 여부만이 선박의 인적감항능력의 유무를 결정하는 절대적인 기준이 되는 것은 아니고, 비록 위 면허가 없다고 하더라도 사실상 특정항해를 안전하게 수행할 수 있는 우수한 능력을 갖춘 선원이 승선하였다면 이러한 경우까지 선박이 인적감항능력을 결여하였다고 할 수 없는 것이다.²⁸⁾

2) 자격을 갖춘 선장이 승선하지 아니한 채 출항한 사실을 알지 못한 선박소유자에게 감항능력 주의의무 위반의 과실을 인정한 사례²⁹⁾

원심판결 이유에 의하면, 원심은 소외 한광우 소유의 어선인 제53 한성호가 시계 30미터 가량의 농무상태에서 운항하던 중 진로전방에서 운항중이던 제105 동원호의 좌현기관실 부분을 우현선수로 충격하여 동 선박을 침몰케 한 사실, 위 선박충돌사고는 제53 한성호의 어로장으로서 선장직무를 대행하고 있던 김영수의 항해과실과 제105 동원호의 선장인 제철주의 항해과실이 경합되어 발생한 사실, 피고와 위 한광우 사이에 제53 한성호가 선박충돌사고를 일으켜 제3자에게 손해배상책임이 지게 될 경우에 그에 따른 손해를 피고가 한광우에게 보상하기로 하는 내용의 이른바 4/4 충돌약관부 선박보험계약을 체결한 바 있었고, 한광우는 이 사건사고로 인하여 피고에 대하여 갖게 된 위 선박보험계약에 기한 보험금청구권을 원고에게 양도하고 그 채권양도사실을 피고에게 통지한 사실을 인정한다. 이 사건 사고가 제53 한성호의 소유자인 한광우 자신에게 과실이 있다는 원고의 주장 다시 말하자면 한광우가 임명한 선장이 승선하지 아니하였음을 알지 못한채 선박을 출항하도록 함으로써 인적감항능력유지의무를 해태한 과실도 경합하여 발생하였으니 선박소유자의 유한책임에 관한 상법규정들의 적용이 배제되어야 한다는 주장 그리고 이러한 사유가 인정될 경우 보험자의 면책을 내세우는 피고의 주장(위와 같은 사유가 인정될 경우에 대비한 예비적 항변으로 보여진다)에 대하여 한광우는 제53한성호의 출어에 앞서 소외 이종순

28) 참조판례 ; 대법원 1989. 11. 24. 선고 88다카16294 판결(공1990, 110).

29) 1989. 11. 24. 88다카16294 보험금

을 선장으로, 소외 김영수를 어로장으로 임명하였는데, 이종순은 관할 항만당국으로부터 선장으로 취직공인을 받았으나, 김영수는 보수교육미필로 어로장으로서의 취직공인을 받지 못하였는 바, 이종순이 자신의 결혼식관계로 선주인 한광우에게는 알리지 아니한 채 임의로 어로장인 김영수에게 선장직무를 대행하여 줄 것을 부탁하였고, 이에 김영수가 선장인 이종순이 승선하지 아니한 상태로 출항하여 항해를 지휘하던 중 원심판시와 같은 항해과실로 이 사건사고를 일으킨 사실을 인정하면서도 선주에게 매항차마다 선장 및 선원들의 전원승선 여부를 확인할 의무가 있다고 볼 수 없고, 어로장 김영수는 선장 이종순과 동종의 해기면장(어선 을종 1등 항해사)을 약 4년 앞서 취득 보유하고 있었고, 승선경력도 이종순 보다 5년 가량 더 오래되었으니 인적 감항능력이 결여되었다고 단정할 수 없다는 등의 이유를 내세워 이를 배척하였다. 그리하여 원심은 제53한성호의 소유자인 한광우에게 상법 제746조 제1호의 소정의 손해배상책임이 있고, 그 손해배상의 범위는 상법 제747조 소정의 유한책임한도액 범위내로 제한되는데 이 사건 사고로 제105 동원호가 침몰됨으로써 입은 손해액이 위 유한책임한도액을 초과하는 사실은 피고도 인정하므로 피고는 원고에게 위 유한책임한도액인 금 1,665,787원 및 그에 대한 지연손해금만을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

선박소유자에게는 자기 소유가 선박이 발항할 당시 안전하게 항해를 감당할 수 있도록 필요한 인적, 물적 준비를 하여 감항능력을 확보하여야 할 주의의무가 있는 것이고, 이러한 감항능력 주의의무 내용에는 선박이 안전하게 항해를 하는데 필요한 자격을 갖춘 인원수의 선장과 선원을 승선시켜야 할 주의의무가 포함되어 있는 것이다(상법 제787조 제2호, 선박직원법 제3장 참조). 원심이 인정한 바와 같이 제53 한성호의 출항당시 동 선박에 관할 항만당국으로부터 취직공인을 받은 선장이 승선하지 아니하였고, 이러한 사실을 위 선박의 소유자가 알지 못하였으며, 선박직원법 제16조의 규정에 따른 보수교육을 받지 아니하여 어로장으로서의 취직공인마저 받지 못한 어로장이 위 선박의 항해를 지휘하다가 그 항해상의 과실로 이 사건사고를 일으켰다면, 비록 그 어로장이 승선하지 아니한 선장과 동종의 해기면장을 보유하고 있었다 하더라도 선장과 어로장의 직무내용이 상이하고, 더구나 그 어로장은 해기사의 자질과 기술의 유지향상을 위하여 필요한 보수교육을 받지 아니한 자임에 비추어 위 선박은 출항당시 적격인 선장이 승선하지 아니함으로써 인적 감항능력을 충분히 갖추지 못한 상태에 있었다 할 것이고, 이러한 사항이 이 사건 사고발생의 한 원인으로 작용하였음을 부정할 수 없을 것이다.

따라서 위 선박이 인적 감항능력을 갖추지 아니한 상태로 출항한 사실을 알지 못하는 선박소유자에게도 특별한 사정이 없는 한 감항능력주의의무도 다하지 아니한 과실이 있다 할 것이고, 이러한 선박소유자의 과실 또한 이 사건 사고발생의 원인이 되었다고 볼 것이다. 그렇다면 선박소유자의 위와 같은 과실을 부정한 원심판결에는 선박소유자의 감항능력주의의무에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 아니할 수 없다.

3. 감하능력(cargoworthiness)

운송인은 운송의 이행뿐만 아니라 창고업자와 같은 역할을 하기 때문에 선박이 갖고 있는 물리적 감하능력과 항해 능력을 갖추는 것 외에도 감하능력을 갖추어야만 해상운송 계약을 완성할 수 있는 것이다.

감하능력에 관하여 헤이그 비스비 규칙 제3조 제1항 (c)와 상법 제787조 3호는 “선창, 냉장실과 냉기실 기타 운송물이 적재되는 선박의 모든 부분을 운송물의 수령, 운송과 보존을 위하여 적당하고 안전하게 할 것(make the holds, refrigerating and cool chambers, and all other parts of the ship in which goods are carried, fit and safe for their reception, carriage and preservation.)”이라고 규정하여 운송인이 수령한 운송물을 목적 항까지 안전하게 운송하기 위한 적하 설비에 대하여 주의를 다하도록 하고 있다.

선박의 전문화에 따라 개품 운송은 육상에서 컨테이너에 운송물을 신고서 밀봉한 후에 컨테이너선에 선적하여 운송하며, 대량의 유류는 탱커에 의하여 운송하고 석탄과 철광석, 곡물 등은 벌크 선에 선적하여 운송하기 때문에 각 운송물에 따라서 선적 및 보관방법이 다르다. 따라서 감하능력을 유지하기 위해서는 운송인은 항로와 운송물의 종류에 따라서 적절하게 운송물을 관리할 능력이 있는 선원을 사용함으로써 상사적 의미에서의 감하능력을 갖추도록 하여야 한다.

그리고 선박의 하역설비에 대한 정비 불량 및 취급 불량 등의 기술적 부주의는 운송인의 사용자인 선장·해운의 인적 과실에 해당하고,³⁰⁾ 이는 감하능력을 유지하기 위한 상당한 주의를 게을리 한 것으로 해석하는 경우가 많다.³¹⁾ 또 선창과 냉장실 등의 운송물의 보관과 관련된 물리적 설비 이외에 운송물의 적부·보관의 방법과 탱크 크리닝 및 밸러스트팅(ballasting) 방법도 감하능력에 직접적으로 영향을 주는 것이다. 그러나 사실의 판단에 있어서 감하능력의 부족과 적부 불량(bad stowage)을 구별하기는 쉽지가 않다. 예를 들어서 곡물을 실으면서 격벽(shifting board)을 장치하지 아니한 것은 감하능력 부족으로 보지만,³²⁾ 선창에 다른 종류의 운송물을 선적함으로써 운송물에 변질을 가져와서 손해를 입힌 경우에는 적부 불량(bad stowage)으로 보아야 한다.³³⁾ 즉 감하능력이란 운송물을 안전하게 수령, 운송과 보존을 할 수 있는 능력을 말한다.

감하능력의 위반으로 영국 판례에서 인정된 것으로는 냉동 양고기를 운송함에 있어서 선박의 냉장시설이 고장난 경우,³⁴⁾ 전염병이 돌고 있는 지역으로부터 항해하여 왔기 때문에 중간 기항지에서 반드시 선창에 유황가스에 의한 훈증소독을 하여야 하는 상황이었고 그

30) The Farrandoc (1967) AMC 411(기관사의 조작 부주의).

31) 박용섭, 해상법론, 앞의 책, 469쪽.

32) The Standale(1938) 61 LILR 223.

33) The Thorsa (1916) p.257.

34) Cargo per Maori King v. Hughes (1985) 2 K.B. 550

소독으로 인하여 선창에 선적 중이던 레몬이 훼손을 입은 경우,³⁵⁾ 질병에 걸려 있던 가축을 운송한 후에 선박을 제대로 청소 기타 소독을 하지 않았기 때문에 그 다음에 선적한 가축이 그 질병에 전염된 경우,³⁶⁾ 젖은 설탕이 운송물이었는데 그로부터 흘러나오는 물은 충분히 퍼낼 수 있는 배수 장치를 갖추지 못한 경우,³⁷⁾ 선창의 환기 시설이 제대로 갖추어져 있지 않아서 운송물인 밀가루가 상한 경우 등이 있다.³⁸⁾ 또한 한국 판례로는 선창 밑에 설치된 유조 탱크와 갑판 사이에 시설한 유류검량관에 생긴 틈과 구멍으로 새어 나온 기름으로 운송물이 훼손을 입은 경우³⁹⁾를 감항능력 주의의무 위반으로 인정하였다.

IV. 실행 시기

1. 헤이그 비스비 규칙

감항능력은 항해의 전체 기간동안 항상 갖추고 있어야 하는 것이 아니다. 즉 어느 일정한 시기에만 감항능력이 있었음이 인정이 되면 다른 시점에는 감항능력이 없더라도 감항능력 주의의무를 다한 것이 된다.⁴⁰⁾

이에 관하여 영국의 보통법에서는 항해단계의 원칙(doctrine of stages) 취하여 매단계의 발항 당시마다(at the commencement of each stage of the voyage) 감항능력의 유무를 판단하도록 하였다.⁴¹⁾

이와는 달리 현행 영국 해상물건운송법인 헤이그 비스비 규칙은 감항능력 주의의무의 실행시기를 "선박의 발항 이전 및 발항 당시(before and at the beginning of the voyage)"로 규정하고 있다(헤이그 비스비 규칙 제3조 제1항). 이 "발항 이전 및 발항 당시"는 "선적이 시작된 때로부터 발항할 때까지(the period from at least the beginning of the loading until the vessel starts on her voyage)"라고 풀이되고 있다.⁴²⁾ 그리고 여기서 말하는 발항 항이란 명시적인 문언은 없으나 해상 운송 계약과 관련하여서는 선적항으로 보는 것이 통설이다.⁴³⁾

그리고 헤이그 비스비 규칙 제3조 제1항에서 말하는 "항해(voyage)"란 중간항의 유무와 관계없이 선하증권에 의하여 커버되는 전체 항해구간을 의미하는 것으로 풀이되므로,⁴⁴⁾ 항해단계의 원칙(doctrine of stages)은 적용되지 않는다.

35) Ciampa v. British India Shipping (1915) 2 K.B.

36) Tattershall v. Richardson (1894) 12 Q.B. 297.

37) Stanton v. Richardson (1874) 9. L.R.C.P. 390.

38) The Erik Boye (1929) 34 Ll.R. 442.

39) 1976. 10.29. 76다 1237. 공보 5

40) Mcfadden v. Blue Star Line (1905) 1 K.B. 697.

41) The Vortigern (1899) p.140.

42) Maxine Footwear v. Canadian Government Merchant Marine (1959) A.C. 589.

43) 裴炳泰, 註釋海商法, 서울: 韓國行政私法學會, 1983, 192-193쪽.

2. 한국 상법

한국 상법 제787조는 운송인이 감항능력 주의의무의 이행시기를 "발항할 당시"라고 규정하고 있다. 상법에서 단순히 발항 당시라고 한 것은 헤이그 비스비 규칙에서 명시한 항해를 시작하기 전과 시작할 때를 의미하는 것으로서 입법 기술 상 번역을 줄여서 한 것으로 보인다.⁴⁵⁾ 따라서 헤이그 비스비 규칙의 "항해를 시작하기 전과 시작할 때(before and at the beginning of the voyage)"(헤이그 비스비 규칙 제3조 제1항 본문)와 그 뜻이 같다.

통상적으로 감항능력주의의무를 운송인의 우선적 의무(overriding obligation)로 인식하고 있으나, 사실은 운송인의 주의의무 시기를 발항당시로 제한함으로써 대륙법계의 과실책임주의원칙에서 볼 때는 운송인의 책임을 경감하는 효과를 가져오고 있다는 점에서 운송인에게는 매우 유리한 조항으로 보아야 한다.

V. 주의의무의 정도

1. 내용

헤이그 비스비 규칙 아래에서는 운송인은 선박이 감항능력을 갖추도록 상당한 주의(due diligence)를 기울이기만 하면 되도록 하고(헤이그 비스비 규칙 제3조 제1항, 상법 제787조) 운송인이 상당한 주의의무를 기울였다면 비록 선박이 발항 이전 및 발항 당시 감항능력을 갖추지 못하고 있었다고 하더라도 감항능력 주의의무는 다한 것으로서 그로 인한 책임을 지지 않는다고 하고 있다(헤이그 비스비 규칙 제4조 제1항 전단). 감항능력은 예정된 항해에 있어서 통상 일어날 수 있는 해상 위험을 견디어 낼 수 있을 정도의 상당한 적합성(reasonable fitness)을 의미하는 상대적인 의무로 변질된 것으로서, 모든 위험을 견디어 낼 정도의 절대적 적합성(absolute fitness)을 의미하는 것은 아니다.

즉 감항능력이라는 말은 “선박이 위치한 곳과 그 선박이 수행할 항해의 성질에 따라 정하여 질 상대적이고 탄력적인 개념”⁴⁶⁾이므로 그 내용이 선박의 위치, 예정된 항해, 선급 또는 운송물의 성질에 따라서 달라지는 것이다.⁴⁷⁾ 따라서 비록 선장이 소화불량으로 인하여 항로를 잘못 잡아 운송물이 멸실 되는 사고가 발생하였다고 하여도 이것을 곧 항해능력상의 감항능력 주의의무를 위반한 것으로는 보지 않는다고 한 예가 있다.⁴⁸⁾ 이 적합한 상태,

44) The Chyebassa (1966) 2 Ll. R. 193.

45) 박용섭, 해상법론, 앞의 책, 471쪽.

46) Burgess v. Wickham (1893) 8 L.T. 47.

47) Foley v. Tabor (1891) 2 F & F 663, 175 E.R. 1231.

48) Rio tinto v. Seed Shipping (1926) 134 L.T. 764.

즉 감항능력을 갖추었는가의 여부에 대한 판단은 "조심스럽고 신중한 선박소유자"(careful and prudent shipowner)의 입장에서 객관적으로 평가하여야 한다. 즉 보통의 조심스럽고 신중한 선박소유자가 모든 가능한 상황을 다 고려하였을 때 자신의 선박이 발항 당시에 갖추고 있어야 할 적합한 상태라고 판단할 정도의 적합성을 갖추면 된다는 것이다.

다만, 이 상당한 주의의무는 타인에게 위임할 수 없는 아주 엄격한 것으로 풀이된다. 따라서 운송인은 상당한 주의를 다 하기 위하여 다른 사람을 사용할 수 있으나 그 다른 사람이 잘못을 저지른 경우에는 그 사람이 자신의 피용인이든 독립적인 계약자, 즉 하도급자이든 혹은 심지어 로이드 검사관(Lloyd's surveyor)이든 가리지 아니하고 그 잘못에 대하여 운송인 본인이 책임을 져야 한다. 즉, 그 분야의 전문가에게 일을 맡겼기 때문에 자신에게는 과실이 없다고 하는 항변은 받아들여지지 않는다.⁴⁹⁾

이처럼 상당한 주의의무를 운송인 자신의 주의의무 뿐만 아니라 운송인이 사용한 모든 사람의 주의의무까지 포함하는 개념으로 엄격하게 풀이하고 있다.

2. 한국판례

(1) 선박의 감항능력주의의무의 정도⁵⁰⁾

가. 선박은 약정된 항해에서 통상 예견되는 황천(荒天) 기타 기상이변에 대비한 준비가 되어 있어야 할 것인바(대법원 1985. 5. 28. 선고 84다카966 판결 및 1976. 10. 29. 선고 76다1237 판결 참조), 먼저 원심이 인용한 을 제1호증(기상증명서), 을 제7호증(뷰포트풍력계표)의 각 기재와 원심 중인 이정길의 증언에 의하면, 이 사건 사고 당시 제주도 부근 바다에 발표된 폭풍주의보의 예상최대파고는 3 내지 5m이고, 풍속은 뷰포트(Beaufort) 풍력계급 중 7 내지 8등급에 해당하는 14 내지 20m/s 정도였고, 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 선박이 항해 중 조우한 돌풍과 삼각파도에 의하여 선체 자체의 손상이나 인명피해는 없었는데도 화물창구 덮개 일부만이 파손되었으며, 사고 당시 이 사건 선박에 근접하여 항해하던 제1경진호는 아무런 손상도 입지 않은 사실을 알 수 있으므로, 이러한 점을 비추어 보면, 이 사건 선박이 조우하였던 기상이변에 의한 돌풍이나 삼각파도는 3월 하순경 부산에서 제주까지의 항로를 항해하는 선박이 통상 예견할 수 있는 위험 범

49) 유명한 수리업자에게 선적 라인 검사를 맡겼는데 이 과정에서 수리업자의 피용인인 수리공이 잘못하여 스톱밸브를 꼭 조이지 않았다. 이 때문에 항해 중에 물이 들어와 운송물이 손상된 사건에서 영국 상원은 비록 운송인이 유명한 선박 수리업자에게 선적 라인 검사를 맡긴 것 자체에는 아무런 과실이 없다고 하더라도 선박 수리업자의 피용인의 과실로 운송물의 보관 능력이 갖추어지지 않은 것은 운송인으로서 감항능력에 관한 상당한 주의의무를 다 한 것이라고 할 수 없고 그로 인한 책임을 져야 한다고 판시하고 있다(The Munchaster Castle(1961) 1 Ll.R.57).

그러나 이와는 달리 선박을 건조하였을 경우에는 유명한 조선업자를 선정하고 필요한 사전주의를 다 한 경우 - 예를 들어 일정 수준 이상의 선급협회의 선급검사를 받게 하고 유능한 조선기술자의 조언을 받고 유능한 검사원으로 하여금 조선작업을 감독하게 한 경우 - 조선업자와 그 피용인의 과실로 연료저장 탱크의 벽에 금이 가서 연료가 흘러나와 운송물이 훼손을 당한 경우에는 운송인이 감항능력에 관한 상당한 주의의무를 다 하였다고 보아 그에 대한 책임을 지지 않는다고 한 판례가 있다(Angliss v. P & O Steam Navigation (1927) 2 K.B.457)

50) 1988. 2. 10. 96다45054 구상금.

위를 벗어난 것으로 보이지는 아니한다.

한편, 원심이 배척하지 아니한 갑 제2호증의 1, 2(각 점정보고서)의 각 기재 및 갑 제7호증의 1~42(각 사진)의 영상, 원심이 인정한 사실 및 이 사건 변론에 나타난 자료에 의하면, 이 사건 선박은 1975. 4.에 진수된 것으로 전반적으로 낡은 상태였고, 이 사건 사고 후 남아 있는 화물창 목재창구 덮개들도 고정못이나 양끝단의 철재 테두리가 부식되거나 떨어져 나가는 등 노후한 상태인 사실, 이 사건 선박은 길이 58.97m, 폭 9.30m로서 상부 구조물 부분과 선수갑판 부분을 제외한 나머지 부분이 2개의 화물창으로 이루어진 화물선인바, 이 사건 선박이 항해 중 조우한 돌풍과 삼각파도에 의하여 선체 자체의 손상이나 인명피해는 없었는데도 화물창구 덮개만이 파손되었으며, 파손된 화물창구 덮개도 전 부위가 파손된 것이 아니라 1번 화물창에서 4m 1m, 2번 화물창에서 2m 1m 등 특정 부분에 국한되어 있는 사실을 알 수 있는바, 위와 같은 여러 사정에 비추어 보면, 이 사건 선박의 화물창구 덮개는 발항하기 이전부터 부산과 제주 사이의 항로에서 통상 예견할 수 있는 정도의 돌풍과 파도의 충격을 견디지 못할 정도로 노후되어 있었다고 보인다.

그렇다면, 발항 당시 이 사건 선박은 불감항의 상태에 있었고, 피고 또는 그 선박사용인이 발항 전 상당한 주의로써 선체의 각 부분을 면밀히 점검 조사하여 감항능력의 유무를 확인하였더라면, 화물창구 덮개의 노후 등 하자를 발견하여 그 안전성을 확보할 수 있었는데 이를 다하지 아니함으로써 이 사건 선박의 화물창구 덮개 일부가 파손되고 거기로 해수가 유입되어 운송물이 침수되는 사고가 발생하였다고 봄이 상당하다.

나. 또 원심이 인용한 이 사건 선박의 선장이었던 김만이의 제1심에서의 증언에 의하면 목호항을 출항하여 항해하던 중 레이더를 점검하고 선용품도 공급받기 위하여 부산항으로 임시 기항하였다는 것이고, 원심이 배척하지 아니한 을 제14호증의 1(완성사양서)의 기재에 의하여 이 사건 선박의 부산항에서의 레이더 수리 내역을 보면 레이더 장비의 부품의 손상에 따른 수리 또는 교체가 아니라 장비의 노후에 따른 성능유지를 위하여 필요한 일상적인 점검에 지나지 아니한 사실을 알 수 있다.

사정이 이와 같다면, 피고는 선적항인 목호항을 출항할 당시 위 선박에 설치된 레이더 장비의 성능과 고장 여부를 점검하여 감항능력을 유지 확보하여야 하는데도 이를 게을리 하였다고 할 것이다.

이와 같이 발항 당시 레이더에 관한 감항능력주의의무의 이행을 다하지 아니한 이 사건 선박이 출항한지 하루도 지나지 않은 상태에서 레이더의 수리 점검 및 선용품 공급을 위하여 예정된 항로를 변경한 것은 정당한 이유로 인한 이로에 해당한다고 할 수 없고, 설령 원심이 인정한 바와 같이 그 후 항해 도중 항해상의 과실로 이 사건 손해발생 사이에 인과관계가 없다는 점을 입증하지 않는 한 항해상의 과실에 의한 면책을 인정받을 수 없다.

그런데도 원심이, 이 사건 사고 당시 이 사건 선박의 화물창구 덮개가 삼각파도에 의하

여 파손되었다는 점만으로는 발항 당시에 선장 김만이 등이 화물창구 덮개의 안정성을 확보할 감항능력주의의무를 다하지 않은 것이라고는 볼 수 없다거나, 출항 당시에는 이 사건 선박의 레이더에 아무런 이상이 없었는데 항해 도중에 레이더가 갑자기 고장이 나서 이를 수리하기 위하여 이로하였다고 인정하고 이는 감항능력의 회복을 위한 정당한 이유로 인한 이르기므로, 피고는 항해상의 과실로 발생한 이 사건 사고에 대하여 면책된다고 판단하였으니, 원심판결에는 해상물건운송에 있어서의 감항능력주의의무와 이로의 정당성에 관한 법리를 오해하였거나 채증법칙위배 또는 심리미진으로 인하여 사실을 잘못 인정함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 지적하는 상고이유는 이유가 있다.

Ⅵ. 감항능력주의의무위반의 효과

1. 인과관계

헤이그 비스비 규칙 제4조 제1항은 "...화물의 수령, 운송과 보관을 위하여 적적하고 안전하게 하는데 대한 운송인 측의 상당한 주의를 흠결한 경우가 아니면 불감항에서 생기는 멸실 또는 훼손에 대하여 책임을지지 아니한다. 멸실 또는 훼손이 불감항에서 생긴 때에는 상당한 주의를 다하였다는 입증 책임은 항상 이 협약에서 규정하고 있는 면책을 주장하는 운송인 기타의 자가 이를 부담한다"라고 규정하고 있다. 이는 "발항 당시 다음의 사항에 관하여 주의를 게을리하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다"라는 것과 같은 의미로 규정된 것으로 운송물의 손해와 감항능력의 부족 사이에 명시적인 인과 관계의 존재보다는 입증 책임을 통한 묵시적인 인과 관계가 있음을 규정하고 있다. 따라서 最高約款, 즉 준거법 약관에 의하여 한국 상법이나 헤이그 비스비 규칙을 적용하는 경우에는 운송인이 감항능력에 관한 상당한 주의의무를 위반하지 아니하였음을 증명하여야만 불감항으로 인한 손해배상책임을 면할 수 있다.

2. 입증책임

헤이그 비스비 규칙 제23조 제1항은 운송인에게 감항능력 주의의무를 부과하면서 제4조 제1항에서 다시 상당한 주의의무를 다한 경우에는 불감항으로 인한 멸실 또는 훼손에 대하여 책임을지지 아니한다고 규정하고 있으며 또한 상당한 주의의무를 다하였음을 운송인이 입증하도록 하고 있다(상법 제787조 참조).⁵¹⁾ 이는 결국 헤이그 비스비 규칙이나 한국 상법 아래에서는 감항능력 주의의무의 위반을 주장하는 자가 입증한 후에 운송인은

51) 林東詒, 海商法·國際運送法研究, 真成社, 1990, 78쪽.

그 다음 단계로서 자신이 상당한 주의의무를 다 하였다는 점에 고나하여 입증할 책임이 있다(헤이그 비스비 규칙 제4조 제1항 후단)고 하겠다. 결과적으로 헤이그 비스비 규칙 아래에서도 입증 책임을 져야 할 자는 普通法과 동일하다고 볼 수 있다.⁵²⁾ 그러나 헤이그 비스비 규칙 제3조 제1항 및 상법 제787조의 감항능력 주의의무는 운송인의 최우선의 의무(overriding obligation)라고 볼 수 있으며,⁵³⁾ 감항능력의 유무 및 상당한 주의의무의 이행에 대한 입증 자료의 대부분을 운송인은 이용할 수 있으나 송하인 측에서는 입증이 쉽지 않다. 따라서 해석론상 감항능력 주의의무에 대하여는 운송물에 손해가 발생한 경우에는 일단 감항능력의 부족을 추정적으로 인정하고 여기에 대하여 헤이그 비스비 규칙 제4조 제1항의 상당한 주의의무의 입증 책임을 지우는 것이 합리적이라고 생각한다.⁵⁴⁾

3. 위반의 효과

헤이그 비스비 규칙이나 한국 상법의 해석상 손해배상청구만이 가능하고, 계약의 해제나 해지는 불가능하다고 본다(헤이그 비스비 규칙 제3조 제1항, 상법 제787조.)

4. 주의의무 배제약관의 효력

헤이그 비스비 규칙 아래에서는 이 규칙에서 정하고 있는 운송인의 의무를 면제하거나 경감하는 일체의 약정을 무효로 하고 있으므로(헤이그 비스비 규칙 제3조 제8항 전단), 특약에 의하여 감항능력 주의의무를 면할 수 없다고 본다. 한국 상법 제787조의 해석에 있어서도 역시 감항능력 주의의무를 면하는 특약은 효력이 없다.⁵⁵⁾

Ⅶ. 맺음말

영국의 普通法에서부터 운송인의 면책사유의 효력을 상실시키는 운송인의 절대적의무 또는 무거운 의무라는 의미에서 이를 우선적 의무(overriding obligation)라는 개념으로 발전되어 온 것이다. 이는 헤이그 비스비 규칙을 그대로 채택한 영국의 1976년 해상물건 운송법이나 이를 사실상 수용한 한국 상법의 해석상으로도 동일하게 인식되어 있다. 실제로 운송인의 무거운 의무로 인식하고 있는 것이 우리 나라 상법 학자들의 일반적인 견해이기도 하다.

그러나 과실책임주의라는 일반법리에서 볼 때, 운송의 전구간에 걸쳐서 운송인 측의 과

52) The Hellenic Dolphin (1978) 2 Ll.R. 336.

53) Maxine Footwear, (1959) 2 Lloyd's Rep. 105, p.113, (1959) A.C.589 pp.602-603.

54) William Tetley, Marine Cargo Claims, 3rd ed., Montreal : Blais, 1988, p.376 참조.

55) 박용섭, 해상법론, 앞의 책, 481쪽.

실로 인하여 손해가 발생할 경우에는 운송인이 손해배상책임을 지는 것이 원칙임에도 불구하고 주의의무의 이행시기를 발항당시로 한정하고 있는 것은, 항해과실면책에서 볼 수 있는 바와 같이 운송인 본인의 과실이 아닌 경우에는 운송인의 책임을 묻지 않으려는 해상법의 기본적인 정신에 입각하여 운송인의 책임을 사실상 경감하는 것으로 인식하는 것이 정확한 해석이라고 볼 수 있을 것이다.

또한 해상기업 경영자로서는 감항능력주의의무는 운송계약위반여부의 판단에 초점을 맞추어야 한다는 점이다. 이는 판례를 통해서도 확인이 되고 있는 바와 같이 예를 들어 선박직원법상의 해기사 면허를 갖추고 있는 것은 해상행정법상의 규제 또는 자격요건에 불과한 것이고, 해기사 자격을 갖추고 있더라도 해당 운송계약을 이행할 만한 실질적인 경험이나 능력이 부족하다면 이는 감항성을 갖추지 못한 것으로 판단된다는 점이다. 이는 반대로 말하면, 선적항 외에서 1급항해사 면허를 소지하지 못한 항해사가 선적의 직무를 대행하지 않을 수 없는 경우에는 선박직원법상의 기준에 미달하는 선원이 선박을 운항하더라도 이 선원이 해당 운송계약을 이행하기에 충분한 경험과 능력을 갖추었다면 감항능력주의의무 위반으로 보지는 않는다고도 해석이 될 수 있다는 점이다.



參 考 文 獻

1. 한국문헌

- 朴容燮, 海商法論, 형설출판사, 1998.
裴炳泰, 註釋海商法, 서울: 韓國 司法行政學會, 1983.
林東喆, 商法·國際運送法研究, 眞成社, 1990.
林東喆, 海商法·國際運送法 研究, 眞成社, 1990.

2. 동양문헌

- 小町谷操三, 統一船荷證券法論, 東京, 勁草書房, 1953.

3. 서양문헌

- E.R. Hardy Ivamy, Chalmers' Marine Insurance Act 1906, 19th ed., London, Butterworths, 1983.
NJJ Gaskell, C Debattista & Rjswatton, Chorley and Giles' Shipping Law, 8th ed., London, Ptiman, 1987.
Raoul Colinvaux, Carver's Carriage by Sea, vol. I, 13th ed., London : Stevens & Sons, 1982.
William Tetley, Marine Cargo Claims, 3rd ed., Montreal : Blais, 1988.

