

## 보험계약상 손해방지의무의 개정방향에 관한 재검토 (A Restudy on the Duty to Mitigate Insured Loss)

---

한창희\*  
Changhi Han

---

### <국문초록>

2008년 상법개정안은 제680조 제3항에 “보험자는 제1항의 의무의 이행을 위하여 필요 또는 유익하였던 비용과 보상액을 보험금의 한도 내에서 부담한다. 그러나 이 의무의 이행이 보험자의 지시에 따른 것인 경우에는 그 비용과 보상액이 보험금을 초과하더라도 보험자가 이를 부담한다”라는 조항을 신설하여 손해방지를 위하여 초래된 비용보상에 대하여 보험금액의 한도에서 보상하는 것을 원칙으로 하고 보험자의 지시에 따른 경우에만 보험금을 초과하는 보상을 허용한다.

이 개정안에 따르면 보험자의 지시가 있는 경우에만 보상액과 손해방지비용이 보험금액을 초과하여 보상받을 수 있도록 하는 것은 보험자의 지시를 받을 수 없는 급박한 경우에도 손해방지비용을 보험계약자의 부담으로 하므로 보험계약자에게 엄격한 손해방지의무를 지우면서도 전손의 경우 보험자의 지시가 없으면 손해방지비용을 전혀 보상받지 못하게 된다. 또한 이 개정안은 손해방지비용의 무한보상원칙을 취한 현행 상법 제680조에 비하여 지나치게 보상액을 축소하는 점을 지적할 수 있다. 이는 손해방지의무를 인정하는 공익적 이유에 반하고, 피보험자의 도덕적 해이를 조장할 수 있다는 점에서 합리적이라 할 수 없다. 따라

---

\* 국민대학교 법과대학 교수(chgm@kookmin.ac.kr)

서 중국의 2003년 보험법 제42조, 2003년 영국의 국제선박보험약관의 제9조 제5항의 예에 따라 “보험사고가 발생한 경우에 피보험자가 보험의 목적의 손해를 방지하고 경감하기 위하여 지출한 필요하고 합리적인 비용은 보험자가 이를 부담한다. 보험자의 비용의 보상액은 손해보상액과는 별도로 산출하고, 보험금액을 초과할 수 없다”라고 수정하는 방안을 제시한다.

※ 국문색인어 : 중국보험법, 2008년 상법 개정안, 보험자의 지시, 손해방지비용, 도덕적 해이

## I. 머리말

현행 상법 제680조는 손해방지의무라는 제목아래 “① 보험계약자와 피보험자는 손해의 방지와 경감을 위하여 노력하여야 한다. 그러나 이를 위하여 필요 또는 유익하였던 비용과 보상액이 보험금액을 초과한 경우라도 보험자가 이를 부담한다”라고 규정하고 있다.

정부의 2008년 상법개정안은 같은 조의 제목을 ‘손해방지의 의무와 비용’으로 하고, “① 보험계약자와 피보험자는 보험사고가 발생한 경우 그 사고로 인한 손해를 방지하고 줄이기 위하여 노력하여야 한다. ② 보험계약자나 피보험자가 제1항의 의무를 고의 또는 중대한 과실로 위반한 경우에는 보험자는 그 의무가 이행되었더라면 방지하거나 줄일 수 있었던 손해액을 보상액에서 공제할 수 있다. 다만, 제1항의 의무 위반이 손해의 발생 및 확대에 영향을 미치지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다. ③ 보험자는 제1항의 의무를 이행하기 위하여 필요하거나 유익하였던 비용과 보상액을 보험금의 한도 내에서 부담한다. 다만, 이 의무의 이행이 보험자의 지시나 동의를 따른 것인 경우에는 비용과 보상액이 보험금을 초과하더라도 보험자가 부담한다.”라고 규정하고 있다.<sup>1)</sup>

즉, 이 개정안은 손해방지의 의무에 대하여 그 범위를 보험계약자 등의 고의와 중과실로 한정하고, 그 의무위반의 효과를 고의와 중과실을 구별하여 전자의 경우에는 보험자의 면책으로 하고 후자의 경우에는 의무이행시 방지 또는 경감하였을 손해를 감액하여 보상하도록 한다. 다음으로 손해방지비용의 보상에 대하여

1) 개정의 이유로는 “(1) 현재 보험사고가 발생한 경우 보험계약자 또는 피보험자의 손해방지의무는 규정되어 있으면서 그 위반의 효과는 규정되어 있지 아니하고, 손해방지비용이 보험금액을 초과하는 경우 보험자의 지시나 동의 여부와 상관없이 보험자가 책임을 지도록 하고 있어, 보험금으로 보험금부의 한도를 정하는 보험계약의 기본구조에 어긋나는 문제점이 있으며, (2) 보험계약자나 피보험자가 고의 또는 중과실로 손해방지의무를 위반한 경우에는 방지하거나 줄일 수 있었던 손해액을 보상액에서 공제할 수 있도록 하고, 손해방지비용은 원칙적으로 보험금의 한도에서 부담하되 보험자의 지시나 동의에 따른 것인 경우에만 보험금액을 초과하는 비용도 부담하도록 하며, (3) 손해방지의무 위반의 효과 및 이와 관련한 보험자의 책임을 분명하게 함으로써 법적 안정성 제고에 이바지하기 위한 것”이 들어지고 있다.

보험자의 무한보상책임을 인정하는 현행상법을 개정하여 보험자의 지시가 있는 경우에 한하여 보험금액을 초과하는 손해방지비용의 보상을 허용하고자 한다.

이 2008년 상법개정안 제680조는 손해방지의 의무에 대하여 그 범위를 보험계약자 등의 고의와 중과실로 한정하고, 그 의무위반의 효과를 고의와 중과실을 구별하여 전자의 경우에는 보험자의 면책으로 하고 후자의 경우에는 의무이행시 방지 또는 경감하였을 손해를 감액하여 보상하도록 하던 2007년 개정안<sup>2)</sup>을 수정한 것이다.

2007년 개정안에 대하여는 필자는 이미 검토의견을 낸 바 있지만<sup>3)</sup> 이번 논문에서는 앞의 논문에서 미처 검토하지 못한 일본, 중국, 대만 을 비롯한 각국의 바탕으로 추가로 상세히 검토하고, 새로운 개정안을 제시하는 것을 이 논문은 내용으로 한다.

## II. 손해방지의무의 성질

손해방지의무의 법적 성질에 대하여는 우리 나라의 경우에는 진정한 법적 의무라고 하지만<sup>4)</sup> 일본에서는 진정한 의무라는 견해와 보험금청구권을 확보하기 위한 전제조건으로 보는 견해로 나뉘고, 위반의 효과에 대하여도 전자의 경우에는 채무불이행의 일반원칙에 따라 손해배상청구권을 취득하고 보험금채권과의

- 2) ① 보험계약자와 피보험자는 보험사고가 생긴 때에 그 사고로 인한 손해의 방지와 경감을 위하여 노력하여야 한다. ② 보험계약자 또는 피보험자가 제1항의 의무를 고의로 위반한 경우에는 보험자는 보험금의 지급책임을 면하고, 중대한 과실로 인하여 위반한 경우에는 보험자는 이 의무가 이행되었더라면 방지 또는 경감할 수 있었던 손해액을 보상액에서 공제할 수 있다. 그러나 제1항의 의무위반이 손해의 발생 및 확대에 영향을 미치지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다. ③ 보험자는 제1항의 의무의 이행을 위하여 필요 또는 유익하였던 비용과 보상액을 보험금의 한도 내에서 부담한다. 그러나 이 의무의 이행이 보험자의 지시에 따른 것인 경우에는 그 비용과 보상액이 보험금을 초과하더라도 보험자가 이를 부담한다.
- 3) 한창희, 손해방지의무와 손해방지비용의 보상, 보험학회지 제78집(2007.12), 한국보험학회, pp. 107~128.
- 4) 양승규, 보험법, 삼지원, 2004, 231면; 정찬형, 상법강의(하), 박영사, 2008, p. 617.

상계의 문제가 될 수 있다고 하지만, 후자의 입장에서는 면책의 효과가 발생한  
독 하지만, 학설의 일반적인 입장은 전자의 입장이다.<sup>5)</sup>

손해방지의무의 성질과 위반의 효과에 참조할 수 있는 유사한 법률관계는 채  
무불이행으로 인한 손해배상에 있어서 채권자의 손해경감의무, 불법행위로 인한  
손해배상에 있어서 피해자의 과실과 과실상계 등을 들 수 있다.

손해방지의무는 보험자가 보험계약자에게 그 이행을 강제할 수 없고, 손해방  
지의무자는 손해에 대하여 보상을 받을 권리를 가지는 주체가 손해의 발생·확  
대에 기여하는 경우에 그 기여분에 대하여 스스로 부담하여야 한다는 것을 도출  
하는 기초로서의 의무이며, 이 점에서 채권자의 손해경감의무와 불법행위피해자  
의 과실과 같다.<sup>6)</sup>

또한 그 성질의 정도는 자기의 재산과 같은 주의, 자기의 이익을 위하여 하는  
정도의 주의로 충분하고, 계약상 높은 선량한 관리자의 주의의무가 인정되는 것  
은 아니다.<sup>7)</sup>

### Ⅲ. 손해방지의무의 근거<sup>8)</sup>

손해방지의무의 이론적 근거에 대하여는 일본에서는 공익보호설,<sup>9)</sup> 형평성에 근

5) 木下孝治, 保険契約における情報隔差の是正と不正請求対策, 商事法務 No. 1808  
(2007.8.25), p. 34.

6) 木下孝治, 상계논문, p. 34.

7) 山下友信, 保険法, 東京: 有斐閣, 2005, 413면.

8) 野口多子, 保険契約における損害防止義務-モラル・ハザ-デ防止機能という観点から, 東  
京: 成文堂, 2007, pp. 62~71.

9) 피보험자가 손해의 발생 또는 확대를 방지할 수 있음에도 불구하고 보험에 들어있다  
는 이유만으로 이를 방관하는 것은 사회경제상 손해이고, 피보험자 자신이 그 손해의  
발생 또는 확대를 초래한 것과 다르지 않다. 따라서 이와 같은 사태를 방지할 목적으  
로 공익보호규정이 상법 제680조에서 규정하는 피보험자의 손해방지의무라는 견해이  
다. 이 공익보호설에 대하여는 상법상의 피보험자의 손해방지의무는 보험사고에 의한  
손해의 방지를 의무지우기 위한 것으로 오직 보험자보호를 위하여 세상의 재화를 멸  
실·훼손하여서는 안된다는 공익보호는 단지 파생적인 것에 불과하다는 이유로 이를  
손해방지의무의 근거로 하는 것을 비판하는 견해도 있다.

거하는 설,<sup>10)</sup> 피보험자의 보험자에 대한 신의성실의 원칙에 있다는 설,<sup>11)</sup> 보험사고의 우연성을 손해의 발생에까지 미친다고 하는 견해<sup>12)</sup> 등이 주장되고 있다. 우리나라의 경우에는 신의성실의 원칙과 공익보호가 주된 근거라고 일반적으로 인정된다.<sup>13)</sup>

## IV. 손해방지의무의 내용

### 1. 손해방지의무의 의의

손해방지의무의 내용은 다양한 방식으로 규정되고 있다. 영국해상보험법 제78조 제4항은 “모든 경우에 손해를 방지하거나 경감하기 위하여 상당한 조치(such

- 
- 10) 보험법에 있어서 손해방지의무는 민법상의 과실상계의 규정과 같이 자기의 과실에 의하여 손해를 입은 자는 손해를 입었다고 인정되어서는 안된다는 형평성의 원칙을 기초로 하고 있다고 고찰한다.
- 11) 신의칙의 요청이라는 것은 보험자가 부담하는 보험급부의무는 손해가 확대되면 증가하지만, 손해의 확대를 방지할 수 있는 손해가 피보험자가 이를 하지 않아 확대시킨 경우 보험자의 관계에서 신의칙위반이라는 것이다. 山下友信은 신의성실의 원칙과 공익보호를 그 근거로 보지만, 후자는 그다지 강한 의미가 있는 것은 아니라고 한다(山下友信, 전게서, p. 412).
- 12) 상법에서 손해방지의무를 지우는 것은 손해의 발생이 피보험자의 고의 또는 중과실에 의하여서는 안된다는 정신을 손해의 범위에까지 미치게 한 것이라고 해석한다. 피보험자 스스로 초래한 보험사고에 대하여서는 보험자는 보상의무를 지지 않는다고 규정한 상법 659조의 취지를 손해의 범위까지 확장하여 해석한 것이다. 보다 구체적으로는 보험의 목적에 대하여는 피보험자는 손해를 방지할 지위에 있기 때문에, 부작위에 의하여 손해가 확대되는 경우에는 그 부작위가 개재하는 한도로 우연한 손해라고 할 수 없고, 결국 피보험자는 손해의 방지를 위하여 노력한 결과 발생한 손해만을 보상받을 수 있는 손해라고 해석한다. 일본의 통설의 입장이라고 한다. 이 견해에 대하여는 고의로 인한 보험사고야기와 손해방지의무와의 관련성이 존재함은 부정할 수 없지만, 보험사고야기 그 자체의 근거를 우연성을 결여한 것으로 이해하는 것은 옳지 않고, 손해방지의무의 근거를 우연성에서 구하는 것은 찬성할 수 없다는 비판도 있다.
- 13) 양승규, 전게서, pp. 230~231; 정찬형, 전게서, p. 616.

measures as may be reasonable)를 취하는 것은 피보험자와 그 대리인의 의무이다"라고 하고, 이탈리아 민법 1914조 제1항은 "보험계약자는 손해를 방지하거나 경감할 의무가 있고, 손해가 급박한 경우에 의무가 있다"라고 하며, 독일 보험계약법 제82조 제1항은 "보험계약자는 사고발생시 손해의 예방과 감소에 노력하고 이 경우 보험자의 지시에 따를 의무가 있다. 보험계약자는 사정이 허용하는 한 그러한 지시를 구하여야 한다"고 하며, 스위스 보험계약법 제61조는 "보험계약자는 보험자의 지시를 구할 시간이 있는 경우에, 이를 특별히 구할 의무가 있고, 의무는 손해를 경감하기 위하여 할 수 있는 모든 것이다"라고 규정하고 있다.

2008년 일본의 보험법제정안 제13조는 "보험계약자와 피보험자는 보험사고가 발생한 것을 안 때에는 이로 인한 손해의 발생 및 확대의 방지에 노력하여야 한다"고 하여 주체에 피보험자를 추가하고 손해방지의무를 보험사고가 발생한 때로 명확히 하고 있다.

우리 상법개정안은 "보험계약자와 피보험자는 보험사고가 발생한 경우 그 사고로 인한 손해를 방지하고 줄이기 위하여 노력하여야 한다."라고 하고 있는데, 외국의 입법례에 비추어 타당한 입법으로 판단된다.

## 2. 손해방지의무의 인정범위

### (1) 2008년 상법 개정안의 내용

2008년 상법개정안 제680조 제3항은 "보험계약자나 피보험자가 제1항의 의무를 고의 또는 중대한 과실로 위반한 경우에는 보험자는 그 의무가 이행되었더라면 방지하거나 줄일 수 있었던 손해액을 보상액에서 공제할 수 있다. 다만, 제1항의 의무 위반이 손해의 발생 및 확대에 영향을 미치지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다"라고 규정하여 손해방지의 의무에 대하여 그 범위를 보험계약자 등의 고의와 중과실로 한정하고, 그 의무위반의 효과를 고의와 중과실을 구별하여 전자의 경우에는 보험자의 면책으로 하고 후자의 경우에는 의무이행시 방지 또는 경감하였을 손해를 감액하여 보상하도록 한다.

## (2) 외국의 입법례

손해방지의무의 범위에 대한 외국의 입법례로서는 ① 일반적으로 규정하는 국가, ② 고의 또는 중과실로 한정하는 국가의 입장으로 나누어 본다.

### ① 일반적으로 규정하는 입법례

이에는 일본,<sup>14)</sup> 프랑스,<sup>15)</sup> 이탈리아,<sup>16)</sup> 그리고 스위스<sup>17)</sup>가 속한다.

### ② 고의 또는 중과실로 한정하는 입법례

독일,<sup>18)</sup> 핀란드<sup>19)</sup>와 노르웨이<sup>20)</sup> 등이 이에 해당한다.

14) 일본상법 660조와 2008년 보험법 제정안 제13조.

15) 프랑스 보험법 제172-23조는 “① 보험자는 보험목적물의 구조에 협력할 의무를 지고, 또 제3자에 대하여 자기의 권리의 모든 보전조치를 취할 의무가 있다. ② 피보험자는 자기의 과실 또는 태만의 결과 생긴 의무의 불이행으로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임을 진다”라고 규정하고 있다.

16) 이탈리아 민법 제1914조 제1항.

17) 스위스 보험계약법 제61조.

18) 개정 독일보험계약법 제82조는 손해의 방지와 감소라는 제목아래 “① 보험계약자는 보험사고의 발생 시 손해의 예방과 감소를 위한 가능성을 마련해야 한다. ② 보험계약자는, 그에게 무리가 없는 한, 보험자의 지시를 따라야만 하고, 사정이 허용되는 한 그러한 지시를 보험자에게 구하여야 한다. 보험계약에 참여하고 있는 복수의 보험자가 서로 상이한 지시를 한 경우에는, 보험계약자는 의무에 합당한 판단에 따라 행동하여야 한다. ③ 제1항과 제2항에 따른 채무를 위반함에 있어서, 보험계약자가 그 채무를 고의로 위반한 경우에는, 보험자는 급부책임을 면한다. 중대한 과실로 위반한 경우에 보험자는, 보험계약자의 과실의 비중을 고려하여 급부를 감소할 권한이 있다. 중대한 과실이 존재하지 않는다는 입증은 보험계약자에게 있다. ④ 채무의 위반이 보험사고의 확정에 원인관계가 없거나 또는 급부의 확정이나 범위에 원인관계가 존재하지 않는 경우에, 보험자는 3항과 달리 책임을 부담한다. 만약 보험계약자가 그러한 채무를 악의적으로 위반한 경우에는, 제4항 1문은 적용되지 아니한다.”고 규정한다.

이를 검토하면 다음과 같다.

첫째, 손해방지의무위반을 고의와 중과실로 인한 경우로 나누어 전자의 경우에는 도덕적 해이를 방지하기 위하여 보험자의 면책으로 하고, 후자의 경우에는 과실의 정도에 따른 비율적 보상을 규정하며, 중과실이 존재하지 않는다는 입증책임을 보험계약자에게 부과한다.

둘째, 채무의 위반이 보험사고의 확정에 원인관계가 없거나 또는 급부의 확정이나 범위에 원인관계가 존재하지 않는 경우에, 보험계약자가 악의가 아닌 한 보험자는 보상책임을 진다.

19) 핀란드 선박보험약관은 “과실에 해당하는 경감의무의 해태가 있더라도 보험자에 대한 보상청구권을 상실하지 않는다”라고 규정하고 있다.



### (3) 2008년 상법개정안의 검토

독일의 2008년 개정 보험계약법상의 손해방지의무에 관한 규정은 우리나라의 상법개정안 제680조의 근간을 이루고 있다. 상법개정안은 고의 또는 중대한 과실로 인한 손해방지의무의 해태로 인한 손해만을 보험자의 면책 또는 감액으로 하는데 노르웨이 해상보험계획, 그리고 영국 해상보험법상의 판례에 비추어 타당하다고 판단된다.

## V. 손해방지비용의 보상

### 1. 상법 개정안상의 손해방지비용의 부담

상법개정안 제680조 제3항은 “보험자는 제1항의 의무의 이행을 위하여 필요 또는 유익하였던 비용과 보상액을 보험금의 한도 내에서 부담한다. 그러나 이 의무의 이행이 보험자의 지시에 따른 것인 경우에는 그 비용과 보상액이 보험금을 초과하더라도 보험자가 이를 부담한다”라고 규정하고 있다.

### 2. 입법례

필자의 앞의 논문에서는 주로 영국법을 기초로 서술하였지만, 이번에는 중복되는 영국과 프랑스, 스위스 등은 생략하고,<sup>20)</sup> 그밖의 중요 입법례를 중심으로 추가로 검토하여 우리법에의 시사점을 제시하고자 한다.

---

20) 노르웨이 해상보험계획 3-31조는 “피보험자가 고의 또는 중과실로 인하여 이행하지 않은 경우에, 보험자는 의무가 이행되었더라면 지지 않았을 것 이상 책임이 없다”라고 규정하고 있다(노르웨이해상보험계획에 대하여서는 Haakon Stang Lund, "Comparative Lessons Derivable from the Norwegian Marine Insurance Plan 1996", R.D. Thomas, Marine Insurance, The Law in Transition, London : Informa, 2006, pp. 182-192).

21) 한창희, 전제논문, pp. 121~124 참조.

## (1) 일본

현행 일본 상법 제660조는 우리나라 1991년 상법개정 이전과 같이 “① 보험계약자 또는 피보험자는 손해의 방지에 노력하여야 한다. 그러나 이를 위하여 필요 또는 유익하였던 비용과 보상액이 보험금액을 초과한 경우라도 보험자가 이를 부담한다.”라고 규정하고 있다.

이와 관련하여 손해방지비용의 부담보약관의 효력에 대하여서는 일본 상법 제660조 제1항 단서를 강행규정으로 해석하여 ① 이와 다른 보험약관은 모두 무효라는 무효설, ② 손해방지비용과 다른 보상액과의 합계가 보험금액의 범위 내이어도 부담하지 않는다는 뜻을 약정하는 약관의 경우에만 무효라고 하는 조건부무효설, ③ 보험자가 피보험자에 대하여 손해방지의무위반에 기하여 손해배상청구권을 포함한다면 어떠한 손해방지비용부담보약관도 유효하다는 조건부유효설, ④ 어떠한 약관도 모두 유효하다는 유효설의 4가지 학설이 주장되고 있고, 다수설의 입장은 유효설이다.<sup>22)</sup>

이와 관련하여 대부분의 일본약관은 손해방지비용 부담보약관을 두어 손해방지비용의 부담을 면하고 있는 상황이 지적되고 있다. 이와 관련하여 일본 통설이 일본상법 제660조 제1항 단서를 임의규정으로 해석과 이에 근거한 보험실무의 현황이 피보험자의 손해방지의무의 적극적인 노력을 방해하는 것이라는 것을 경제학적인 관점에서 검증하여 도덕적 해이의 방지를 위하여 옳지 않다는 견해가 유력하다.<sup>23)</sup>

2008년 법무부의 보험법 제정안은 “보험자는 손해의 발생 또는 확대의 방지를 위하여 필요하거나 유익한 비용을 보상한다”고 규정하고, 일부보험에 관한 규정을 준용하고 있다(동제정안 제23조). 이에 따르면 손해방지비용의 보상은 약관의 규정에 맡기게 된다.

## (2) 중국

2003년부터 시행되는 중국보험법은 각국의 보험법을 참조하여 선진적인 제도

22) 野口多子, 전계서, pp. 94~107.

23) 상계서, pp. 110~147.

를 도입한 최신의 보험입법으로 동법 제42조는 손해방지의무와 보상의무에 대하여 “① 보험사고가 발생하는 경우에 피보험자는 가능한 한 필요한 조치를 피하여 손해의 방지와 경감에 노력할 의무를 진다. ② 보험사고가 발생한 경우에 피보험자가 보험의 목적의 손해를 방지하고 경감하기 위하여 지출한 필요하고 합리적인 비용은 보험자가 이를 부담한다. 보험자의 부담액은 보험의 목적의 손해보상액과는 별도로 산출한다. 다만 부담액은 보험금액을 초과할 수 없다”고 규정하고 있다.<sup>24)</sup> 손해방지비용부담의무를 규정하고 있는 중국보험법 제42조 제1과 다른 내용의 약관의 효력에 대하여는 학설은 무효라는 견해가 주장되고 있지만, “손해발생시 피보험자가 손해를 감소하기 위하여 취한 필요한 조치에 의하여 생긴 합리적인 비용에 대하여는, 보험목적에 대한 손해보상액을 합하여 보험금액을 한도로 보상한다”는 내용의 손해방지비용 부담보약관도 존재하고 있고, 이에 대하여서는 판례와 입법에 의한 해결이 기대되는 상황이다.<sup>25)</sup>

### (3) 대만

대만 보험법 제33조는 보험자의 손해방지비용 부담의무에 대하여 “① 보험자는, 보험자 또는 피보험자에 대하여 손해를 방지하고 경감하기 위하여 필요한 행위에 의하여 생긴 비용을 부담할 의무를 진다. 동부담액과 보상액의 합계가 보험금액을 초과하는 경우에도 전액 부담하여야 한다. ② 전항에 정하는 보험자의 비용부담은 보험금액의 보험가액에 대한 비율로 정한다.”라고 규정한다. 보험법은 1976년의 행정명령에 의하여 강행규정화되고, 1997년의 보험법개정을 통하여 동법 제33조에 반하는 모든 보험약관의 효력은 인정되지 않는 강행규정이다.

### (4) 이탈리아

이탈리아민법 제1914조는 손해방지의무에 관하여 “① 피보험자는 가능한 한 손해의 회피 또는 경감에 노력하여야 한다. ② 피보험자가 이 목적을 위하여 지출한 비용은 보험자가 당해 비용이 부당하게 지출된 것임을 증명한 경우를 제외하고는, 그 액과 보상액의 합계가 보험금액을 초과하는 경우, 그리고 그 목적

24) 상계서, p. 196.

25) 상계서, p. 232.

을 달성할 수 없었던 경우에도 보험가액과 그 보험의 목적이 사고발생시에 가지는 가액과의 비율로 보험자가 부담한다. ③ 보험자는 보험사고에 의한 손해를 회피 또는 경감하기 위하여 피보험자가 취한 수단에 의하여 보험의 목적에 대하여 생긴 물적 손해에 대하여 당해 수단이 부당하게 사용된 것임을 증명한 경우를 제외하고는 책임을 진다. ④ 보험의 목적의 손해방지 및 그 보존을 위한 보험자의 관여는 그 권리의 행사에 영향을 미치지 않는다. ⑤ 손해방지에 관여한 보험자는 피보험자가 요구하는 경우에는 그 비용을 미리 지급하거나 보험가액의 비율로 부담하여야 한다"라고 규정하고 있고, 동조는 편면적 강행규정으로 피보험자에게 이 규정보다 불리하게 배제하는 조항은 대응하는 법률의 규정에 의하여 당연히 취소된다(동법 1932조 제2항).

### (5) 독일

개정 독일보험계약법 제83조는 지출비용보상이라는 제목아래 "① 제82조 제1항과 제2항에 따라 보험계약자가 지출한 비용은 그 사정에 비추어 보아 이를 필요로 한 것으로 인정하는 한, 비록 그것이 효과가 없는 경우라 하더라도 보험자는 그 비용을 부담한다. 보험자는 보험계약자의 청구에 따라 그 지출에 필요한 금액을 선급하여야 한다. ② 보험자가 급부를 감소할 자격이 있는 경우에, 그는 제1항에 상응하여 지출비용보상을 감소할 수 있다. ③ 보험자의 지시에 따라 이행된 보험계약자의 지출비용은, 손해보상액과 합하여 보험금액을 초과하는 경우에도 보험자는 이를 상환해야 한다. ④ 동물보험에서 사료와 보호비용 및 수의사의 검사비용과 진료비용은 제1항에서 제3항에 따른 보험자에 의하여 상환되는 비용에 속하지 않는다."라고 규정한다.

독일 보험계약법 개정안은 보험자의 지시를 받아 지출된 손해방지비용에 대하여만 그 비용과 손해보상액의 합계액이 보험금액을 초과하는 경우에도 보상하는 것으로 하는데 이는 우리 상법 개정안 제680조 제3항에서 수용되어 있다.

### (6) 영국의 해상보험실무

영국해상보험실무에서는 손해방지비용에 대한 보상은 보험계약에 부가된 추가적인 보상으로서 피보험자가 전손으로 보상받았더라도 추가로 보상되는 것이

지만,26) 표준선박보험약관27)은 협정보험가액이나 보험금액을 보상한도로 함에 대하여 협회적하보험약관은 제한을 두고 있지 않다.

#### 4. 상법개정안의 검토

2008년 상법개정안은 제680조 제3항에 “보험자는 제1항의 의무의 이행을 위하여 필요 또는 유익하였던 비용과 보상액을 보험금의 한도 내에서 부담한다. 그러나 이 의무의 이행이 보험자의 지시에 따른 것인 경우에는 그 비용과 보상액이 보험금을 초과하더라도 보험자가 이를 부담한다”라는 조항을 신설하여 손해방지를 위하여 초래된 비용보상에 대하여 보험금액의 한도에서 보상하는 것을 원칙으로 하고 보험자의 지시에 따른 경우에만 보험금을 초과하는 보상을 허용한다.

생각전대 보험자의 지시가 있는 경우에만 보상액과 손해방지비용이 보험금액을 초과하여 보상받을 수 있도록 하는 것은 보험자의 지시를 받을 수 없는 급박한 경우에도 손해방지비용을 보험계약자의 부담으로 하므로 보험계약자에게 엄격한 손해방지의무를 지우면서도 전손의 경우 보험자의 지시가 없으면 손해방지비용을 전혀 보상받지 못하게 된다. 또한 손해방지비용의 무한보상원칙을 취한 현행 상법 680조에 비하여 지나치게 보상액을 축소하는 점을 지적할 수 있다. 이는 손해방지의무를 인정하는 공익적 이유에 반하고, 피보험자의 도덕적 해이를 조장할 수 있다는 점에서 합리적이라 할 수 없다. 따라서 중국의 2003년 보험법 제42조, 2003년 영국의 국제선박보험약관의 제9조 제5항의 예에 따라 “보험사고가 발생한 경우에 피보험자가 보험의 목적의 손해를 방지하고 경감하기 위하여 지출한 필요하고 합리적인 비용은 보험자가 이를 부담한다. 보험자의 비용의 보상액은 손해보상액과는 별도로 산출하고, 보험금액을 초과할 수 없다”라고 하는 것을 검토할 수 있을 것이다.

26) 양승규/한창희, 해상보험법, 삼지원, 2007, pp. 317~318.

27) 1983년 협회기간보험약관(선박) 제11조 6항; 1983년 협회항해보험약관(선박) 11조 6항; 2003년 국제선박보험약관 9조 5항(협회선박보험약관이 보험금액을 한도로 규정하는데 반하여, 국제선박보험약관은 협정보험가액을 한도로 하는 점에서 차이가 있다).

## VI. 맺음말

보험계약법상의 손해방지와 관련하여서는 보험사고 발생후 보험계약자 측이 추가손해를 방지하거나 경감할 의무의 인정범위와 손해를 방지하기 위한 비용은 보상액과 그 비용의 합계액이 보험금액을 초과하는 경우에 어느 정도까지 보상하여야 하는가 등이 주요 쟁점이다.

2008년 상법개정안은 독일의 2008년 보험계약법 제82조와 제83조를 바탕으로 손해방지의무의 인정범위를 보험계약자 등의 고의와 중과실로 한정하고, 그 무위반의 효과를 고의와 중과실을 구별하여 전자의 경우에는 보험자의 면책으로 하고 후자의 경우에는 의무이행시 방지 또는 경감하였을 손해를 감액하여 보상하도록 한다. 다음으로 손해방지비용의 보상에 대하여 보험자의 무한보상책임을 인정하는 현행상법을 개정하여 보험자의 지시가 있는 경우에 한하여 보험금액을 초과하는 손해방지비용의 보상을 허용하고자 한다.

생각건대 먼저 손해방지의무의 인정범위에 관한 상법개정안의 취지에 찬성한다.

다음으로 손해방지비용의 보상에 대하여는 “보험사고가 발생한 경우에 피보험자가 보험의 목적의 손해를 방지하고 경감하기 위하여 지출한 필요하고 합리적인 비용은 보험자가 이를 부담한다. 보험자의 비용의 보상액은 손해보상액과는 별도로 산출하고, 보험금액을 초과할 수 없다”라는 수정안을 제시한다.

## <참고문헌>

- 김성태, 보험법강론, 법문사, 2001.
- 양승규, 보험법, 삼지원, 2004.
- 양승규/한창희, 해상보험법, 삼지원, 2007.
- 정찬형, 상법강의(하), 박영사, 2008.
- 최준선, 보험법·해상법, 삼영사, 2005.
- 한창희, "손해방지의무와 손해방지비용의 보상," 보험학회지 제78집, 한국보험학회, 2007, pp.107-127.
- 木下孝治, 保険契約における情報隔差の是正と不正請求対策, 商事法務 No. 1808(2007.8.25)
- 山下友信, 保険法, 東京: 有斐閣, 2005.
- 野口多子, 保険契約における損害防止義務-モラル・ハザ-テ防止機能という観点から, 東京: 成文堂, 2007.
- Haakon Stang Lund, "Comparative Lessons Derivable from the Norwegian Marine Insurance Plan 1996", R.D. Thomas, Marine Insurance, The Law in Transition, London : Informa, 2006.
- Malcolm Clarke, "Wisdom after The Event: The Duty to Mitigate Insured Loss", [2003] LMCLQ 527.
- Robert Merkin/Angus Rodger, EU Insurance Law, Longman : London and New York, 1997.

## Abstract

2008 Commercial Act Revised Bill S. 680③ provides “The insurer shall be liable for paying the necessary or beneficial expenses incurred for that purpose and the amount of indemnity within the insured amount: Provided, That the policyholder endeavors to mitigate the loss according to insurer’s instruction, the insurer shall be liable for paying even though the expenses incurred and the amount of indemnity exceed the insured amount.”

The bill provides “when the expenses incurred and the amount of indemnity exceed the insured amount, the insurers are liable for the expenses paying only in the case of insurer’s instruction”.

But the author thinks this is unreasonable, because the insured should bear the expenses beyond the expenses incurred and the amount of indemnity, when he cannot receive the insurer’s instructions owing to the emergencies. In addition, this bill curtails the expenses which the insured can be payed from the insurer in comparison with the current Commercial Act S. 680.

This bill is against the public policy and it might encourage moral hazard. So this paper proposes the careful reexamination of the Revised Bill S. 680③.

※ Key Words: duty to mitigate insured loss, Chinese Insurance Contract Act, Commercial Act Revised Bill, moral hazard, cost to mitigate the loss