

法學碩士 學位論文

海上保險契約上 英國法 準據約款과  
保險法の 適用에 관한 研究

A Study on the English Law and Practice Clause and the  
Application of Insurance Law in Marine Insurance Contracts

指導教授 金 鎮 權

2007年 2月

韓國海洋大學校 大學院

海上交通情報學科 海事法務政策專攻

全 海 東

本 論 文 을 全 海 東 의 法 學 碩 士 學 位 論 文 으 로 認 准 함.

委 員 長    池   相   源    (印)

委   員    李   潤   哲    (印)

委   員    金   鎮   權    (印)

2006年 12月

韓 國 海 洋 大 學 校 大 學 院

海 上 交 通 情 報 學 科 海 事 法 務 政 策 專 攻

全   海   東

# 目 次

## *Abstract*

第1章 序論 .....	1
第1節 研究의 目的 .....	1
第2節 研究의 內容 및 方法 .....	4
I. 研究의 內容 .....	4
II. 研究의 方法 .....	5
第2章 海上保險契約上 英國法 準據約款 .....	7
第1節 國際契約의 準據法 指定에 관한 一般理論 .....	7
I. 準據法 指定의 概念 .....	7
II. 國際私法上 當事者自治의 原則 .....	8
III. 客觀的 準據法의 決定 .....	11
第2節 海上保險證券上 英國法 準據約款과 法的 性質 .....	12
I. 海上保險證券의 概要 .....	12
II. 海上保險約款의 法的 拘束力 .....	14
III. 海上保險契約上 英國法 準據約款의 內容 .....	17
IV. 英國法 準據約款의 法的 性質 .....	21
第3節 英國法 適用에 따른 法律概念 確定 問題 .....	31
I. 序設 .....	31
II. 英國法의 性質問題에 관한 學說 .....	32
III. 英國法上 法律概念 確定 問題 .....	34
第3章 直接請求權에 관한 保險法의 適用 .....	37
第1節 直接請求權에 대한 一般的 考察 .....	37
I. 直接請求權의 概念 .....	37
II. 直接請求權의 認定 根據 .....	38
III. 直接請求權의 法的 性質 .....	39

第2節 海上保險契約上 直接請求權에 대한 比較法的 考察	42
I. 序說	42
II. 우리 保險法上 被害者 直接請求權	44
III. 英國法上 被害者 直接請求權	48
第3節 直接請求權에 관한 保險法の 適用	54
I. 序說	54
II. 우리 保險法이 適用되는 경우	55
III. 英國 保險法이 適用되는 경우	57
第4章 約款說明義務에 관한 保險法の 適用	61
第1節 約款說明義務에 대한 一般的 考察	61
I. 約款說明義務의 概念	61
II. 約款說明義務의 認定 根據	62
III. 約款說明義務의 法的 性質	63
IV. 約款說明義務의 內容	64
第2節 海上保險契約上 約款說明義務에 대한 比較法的 考察	66
I. 約款說明義務에 관한 우리나라 法規	66
II. 約款說明義務와 關聯된 商法과 約款規制法과의 關係	69
III. 英國法上 保險者의 約款說明義務	74
第3節 約款說明義務에 관한 保險法の 適用	76
I. 序說	76
II. 우리 保險法이 適用되는 경우	79
III. 英國 保險法이 適用되는 경우	81
第5章 告知義務에 관한 保險法の 適用	83
第1節 告知義務에 대한 一般的 考察	83
I. 告知義務의 概念	83
II. 告知義務의 認定 根據	85
III. 告知義務의 法的 性質	86
IV. 告知義務의 內容	87

第2節 海上保險契約上 告知義務에 대한 比較法的 考察 .....	92
I. 告知義務의 範圍에 대한 比較 .....	92
II. 告知義務違反의 要件에 대한 比較 .....	95
III. 告知義務違反의 效果에 대한 比較 .....	97
第3節 告知義務에 관한 保險法의 適用 .....	101
I. 序說 .....	101
II. 우리 保險法이 適用되는 경우 .....	103
III. 英國 保險法이 適用되는 경우 .....	104
第6章 結論 .....	107
參考文獻 .....	112

*A Study on the English Law and Practice  
Clause and the Application of Insurance Law  
in Marine Insurance Contracts*

*by Jeon Hae-Dong*

*Major in Maritime Law and Policy  
Department of Maritime Traffic Information  
The Graduate School of Korea Maritime University  
Busan, Korea*

*Abstract*

A contract of marine insurance is a contract whereby the insurer undertakes to indemnify the assured, in manner and to the extent thereby agreed, against marine losses, that is to say, the losses incident to marine adventure. And the document embodying the contract of marine insurance is called a 'policy', and a contract of marine insurance is inadmissible in evidence unless it is embodied in a marine policy in accordance with Marine Insurance Act.

The Lloyd's S.G. form of policy was used for insurances of many kinds - hulls, goods, freight and profits, etc., by the way, it has been superseded by a new form of marine policy as its terms did not exactly express the requirements of the parties to the contract. And these marine policies have usually coupled with the attachment of the standard clauses or special wording relevant to the particular type of insurance, known as 'Institute' clauses such as Institute Time Clause- Hulls(hereinafter referred to as "ITC-Hulls") and Institute Cargo Clauses (A), (B) and (C)

(hereinafter referred to as "ICC (A),(B),(C)"), which are widely used in marine insurance contracts throughout the world.

On the other hand, there is English law and practice clause in the new form of marine policy and in the Institute Clauses. The positioning of the English law and practice wording in the marine policy and in the Institute Clauses means that any disputes emerging from legal cases on marine insurance contracts should be governed and construed according to English law and practice.

However, the ITC-Hulls on hull insurance policy contains the specific reference to choice of law so called English law and practice clause in a prominent position immediately after the headline describing the particular clauses : "This insurance is subject to English law and practice", while the body clause on cargo insurance policy recently uses another wording of English law and practice : "Notwithstanding anything contained herein or attached hereto to the contrary, this insurance is understood and agreed to be subject to English laws and practice only as to liability for and settlement of any and all claims", which also coupled with the attachment of the ICC (A),(B),(C) in which stated the standard English law and practice clause same as ITC-Hulls.

Hence, differences of opinion can arise as to the interpretation of English law and practice clause, especially in the cargo insurance policy, as the body clause is containing the restrictive wording such as "only as to liability for and settlement of any and all claims". In respect of legal nature of English law and practice clause used in the marine insurance contracts, there are two different opinions which regarded it as 'choice of proper law' and 'incorporation by reference'. So it is necessary to review these opinions by considering synthetically all the possible factors concerning contracts.

In relation to these opinions, it can be reviewed by a study in respect of the Private international law, so we should regard the legal nature of English law and practice clause as 'choice of proper law' rather than 'incorporation by reference'. And according to the restrictive expression

or wording of English law and practice clause in cargo insurance policy, it is understood as a partial designation that the clause states 'only as to liability for and settlement of any and all claims', and the other part such as the effect, validity and legality, etc. of marine insurance contracts will be subject to Korean law.

In addition to that, first of all, it is essential to think over some major concepts such as 'the third party rights against insurers', 'the insurer's duty to explain the policy clause' and 'the duty of disclosure' in marine insurance on the basis of legal nature of English law and practice clause, and then it is necessary to take account of these concepts by the comparative analysis of Korean and English marine insurance law which are specified respectively in Korean commercial law and English Marine Insurance Act that codified the law cases relating to marine insurance as at 21st December 1906 and is now the basis of the marine insurance principles of today.

Thus, after identifying and analyzing the principal distinctions between the Korean and English marine insurance law, the rules in marine insurance law can be applied to several cases concerning the some major concepts reviewed above on the basis of the legal nature of English law and practice clause.

# 第1章 序 論

## 第1節 研究의 目的

해상보험은 보험자와 보험계약자간에 체결되는 해상보험계약에 의해서 보험계약자는 소정의 보험료를 부담하고 보험자는 이에 대한 대가로 손해보상을 약속하는 것이다. 이러한 해상보험은 해상운송에서 발생하는 위험을 그 대상으로 하기 때문에 여러 국적을 가진 기업이 관여하고 해상운송이 필요한 국제무역과 밀접한 관련이 있으며, 다른 분야의 보험에 비해 매우 국제적인 성격이 강하다. 또한 선박은 그 가액이 매우 크기 때문에 1차적으로 국내의 보험자가 인수하고, 이 原受 보험자는 자기가 인수한 금액의 일부를 재보험 규정에 따라 먼저 국내의 손해보험회사와 재보험 거래를 한다. 이 재보험 거래에서 초과되는 부분은 주로 영국의 재보험자에게 다시 가입을 하게 되는데, 우리나라의 경우 국내 보험회사의 인수능력이 부족하여 대형 선박보험은 영국 재보험자에의 의존도가 절대적이다.<sup>1)</sup>

역사적으로 해상보험은 영국을 중심으로 발전되어 왔으며, 오늘날에도 전세계의 재보험은 영국으로 모일 정도로 아직까지 영국이 해상보험의 중심지가 되고 있다. 해상보험에서 공식적으로 처음 사용된 보험증권은 영국의 로이즈에서 채택된 'Lloyd's SG 보험증권'이며, 이 보험증권은 1779년부터 1982년까지 영국을 비롯한 전세계의 해상보험시장에서 사용되어 왔다. 200년 이상 세계 각국에서 로이즈 보험증권이 사용되면서 이 보험증권을 중심으로 해상보험에 관한 주요 원칙이 정립되었으며, 또한 해상보험에 관한 수많은 판례가 생겨났다. 1982년부터 등장한 신양식의 보험증권은 그 양식이 대폭 간소화되어 보험계약서로서 필수조항인 일부 약관만 규정하고 Lloyd's SG 보험증권의 본문약관 중 중요한 것은 모두 협회약관에 포함시켰으며, 결국 'Lloyd's SG 보험증권'을 모체로 하고 있기 때문에 해상보험의 기본원칙과 내용은 큰 변함이 없다. 그리고 우리나라에서 해상보험계약을 체결할 때 실무상 영국의 손해상보험증권을 받아들인 신영문선박보험증권과 신영문적하보

---

1) 구종순, 「해상보험」(서울 : 박영사, 2005), 41쪽; 김병기, 「해상보험」(서울 : 도서출판 두남, 2001), 268~269쪽; 김정수, 「해상보험론」(서울 : 박영사, 2003), 71쪽.

협증권을 사용하고 있으며, 이들 해상보험증권 이면에는 각각 런던보험자협회에서 제정한 협회기간약관(Institute Time Clauses-Hulls)과 협회적하약관(Institute Cargo Clauses)을 첨부하여 사용하고 있다.<sup>2)</sup>

한편 해상보험계약은 기본적으로 채권계약의 성질을 가지므로 국제사법에 따라 계약 당사자는 당사자자치의 원칙에 의해 준거법을 자유로이 선택할 수 있다.<sup>3)</sup> 즉, 계약은 주로 당사자의 의사에 의해서 형성된다는 채권관계의 특성에 따라 국내법상의 소위 계약자유 원칙에 대응하는 것이므로 당사자는 서로간의 합의하에 준거법을 선택할 수 있는 것이다.

해상보험계약에서는 이러한 당사자자치의 원칙을 바탕으로 주로 영국의 협회약관을 받아들여 사용하고 있으며, 그곳에는 해상보험계약에 관한 사항은 영국 법률 및 관습에 따르도록 하는 준거약관(이하 ‘영국법 준거약관’이라 함)이 포함되어 있는 바, 이의 인정여부에 대하여 당사자 사이에 유효하다는 것이 우리나라 대법원의 입장이다.<sup>4)</sup> 그러나 현재 사용되고 있는 해상보험증권에 당사자 사이에 유효성을 인정받은 영국법 준거약관을 두고 있지만, 사실상 선박보험과 적하보험에 있어 표현을 달리하여 그 적용범위에 논란이 있다.

즉, 선박보험의 협회기간약관에서는 “이 보험은 영국의 법률 및 관습에 따른다(This insurance is subject to English law and practice)”라는 영국법 준거약관이 명시되어 있으나, 적하보험증권의 본문약관에서는 “이 보험증권의 규정 또는 이 보험증권에 첨부된 어떠한 반대규정에도 불구하고 이 보험은 모든 보상청구에 대한 책임 및 결제에 관해서만은 영국의 법률과 관습에 따를 것을 합의한다(Notwithstanding anything contained herein or attached hereto to the contrary, this insurance is understood and agreed to be

---

2) 해상보험거래에서 사용되고 있는 약관은 대부분 영국의 기술 및 약관위원회(Technical and Clauses Committee)에서 제정한 협회약관(Institute Clauses)이며, 해상보험의 전통과 관습에 따라서 대부분의 국가에서는 협회약관을 일부만 수정하여 그대로 사용하고 있다.

3) 국제사법 제25조(당사자 자치) ① 계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다. 다만, 묵시적인 선택은 계약내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한한다.

4) 대법원 1977. 1. 11. 선고 71다2116 판결 외 다수. 영국법 준거약관은 오랜 기간에 걸쳐 해상보험업계의 중심이 되어 온 영국의 법률과 관습에 따라 당사자 사이의 거래관계를 명확하게 하려는 것으로써, 그것이 우리나라의 공익규정 또는 공서양속에 반하는 것이라거나 보험계약자의 이익을 부당하게 침해하는 것이라고 볼 수 없어 유효하다(대법원 2005. 11. 25. 선고 2002다59528, 59535 판결).

subject to English laws and practice only as to liability for and settlement of any and all claims)”라는 문언을 사용하고 있어 이에 관한 해석상의 대립이 야기되었다.

이렇듯 통상 우리나라의 보험회사들이 해상보험계약을 체결하는 경우에 영국법 준거약관을 포함하고 있는 영국의 협회약관 및 보험증권을 사용하고 있지만, 이러한 영국법 준거약관의 성질 내지 효력을 어떻게 보아야 할 것인가, 즉 영국법 준거약관의 결과 당해 보험계약의 준거법이 영국법으로 되는가와 이를 긍정할 경우, 영국법의 적용범위가 우선 문제가 된다.

준거법 결정과 관련하여 보다 구체적으로는 영국법 준거약관이 저촉법적 지정인가, 실질법적 지정인가, 그리고 영국법 준거약관을 저촉법적 지정으로 본다면, 이는 계약의 실질에 대한 전부지정인가 그 일부에 대한 부분지정인가라는 문제가 제기될 수 있다. 또한 영국법 준거약관을 부분지정으로 본다면 고지의무의 위반을 이유로 한 보험계약의 해지 또는 취소는 계약의 성립의 문제인가 아니면 계약의 효력의 문제인가라는 여러 가지 문제가 제기될 수 있다.

결국 이러한 영국법 준거약관을 어떻게 볼 것인가에 따라 준거법으로서 영국 보험법이 적용되거나 우리 보험법이 적용될 수 있다. 하지만 영국 보험법과 우리 보험법은 법체계 및 법률의 내용, 요건, 효과를 달리 하고 있어 준거법 지정에 따라 보험계약에 미치는 영향이 상당히 크다고 할 수 있다.

한편 이러한 영국법 준거약관의 결과 영국법이 적용된다고 할 때 영국법을 사실로 볼 것인지, 법률로 볼 것인지가 문제가 된다. 그리고 법률로 볼 경우 영국법상의 법률개념이 국내법에 존재하지 않는 경우 그러한 영국법상 법률개념을 어떻게 확정해야 할 것인가라는 문제들이 제기될 수 있다.

그러므로 해상보험계약상 당사자의 권리, 의무를 제대로 파악하기 위해서는 먼저 국제계약상 준거법 지정에 관한 개념 및 원칙을 이해한 다음, 실무에서 사용되고 있는 해상보험증권상 영국법 준거약관에 대해 그 내용 및 법적 성질을 검토해야 할 것이다. 이에 따라 해상보험계약상 각각의 주요 사항에 대해 우리 보험법 및 영국 보험법을 적용하는 경우를 살펴보고, 이로 인해 해상보험계약상 영국법 준거약관에 대한 문제점을 명확히 하여 그에 대한 해결방안을 제안하고자 한다.

## 第2節 研究의 內容 및 方法

### I. 研究의 內容

해상보험계약상 영국법 준거약관과 보험법의 적용을 검토하기 위하여 먼저 영국법 준거약관에 대해 살펴본 후 해상보험계약상 주요 논점에 대한 보험법의 적용 부분을 다루고자 한다. 국제사법의 원칙에 따라 해상보험계약 당사자 합의하에 영국법 준거약관을 사용하고 있으며, 이러한 영국법 준거약관의 법적 성질을 어떻게 볼 것인지에 따라 그 준거법의 적용이 달라지므로 법적 성질에 대한 검토가 선행되어야 한다. 그리고 해상보험계약상 주요 논점에 대한 영국 보험법과 우리 보험법상 법률 규정에 대해 비교하고, 각각의 보험법 적용에 따른 차이점을 살펴본다.

제1장에서는 연구의 목적과 연구의 내용 및 방법에 관한 부분으로 해상보험의 특성 및 우리나라 해상보험업계에서 사용되고 있는 영국법 준거약관의 실정과 문제점에 대해 소개하고, 이 논문의 전개 과정과 방법에 대해서 서술한다.

제2장에서는 해상보험계약상 영국법 준거약관에 대한 고찰을 통해 영국법 준거약관의 법적 성질을 파악하고자 한다. 즉, 먼저 국제계약에서의 준거법 지정에 대해 준거법 지정의 개념을 확인하고, 준거법 지정의 방법으로 국제사법상 당사자자치의 원칙과 객관적 준거법의 결정에 대하여 살펴보면, 실제로 해상보험계약에서 영국법 준거약관이 해상보험증권 및 약관상 어떻게 사용되고 있는지를 서술한다. 그리고 이러한 영국법 준거약관에 대해 저촉법적 지정으로 볼 것인지, 실질법적 지정으로 볼 것인지에 대해 알아보고 그에 대한 검토를 통해 영국법 준거약관의 법적 성질에 대해서 고찰해 본다. 그리고 영국법이 적용될 경우 영국법상 법률개념을 어떻게 이해하고 확정해야 할 것인지에 대해서도 서술하고자 한다.

제3장부터 제5장까지는 위에서 살펴본 영국법 준거약관의 법적 성질을 바탕으로 해상보험계약분야에서 주요 논점이 되고 있는 사항에 대해 어떻게 보험법을 적용시킬 것인지를 확인해 본다.

제3장에서는 해상보험계약상 직접청구권에 관한 보험법의 적용에 대해 고찰한다. 먼저 직접청구권의 개념, 인정근거와 법적 성질에 관한 일반적인 고

찰을 하고, 다음으로 해상보험계약상 직접청구권에 대한 우리 보험법과 영국 보험법을 비교법적으로 고찰한다. 이에 따라 직접청구권에 관한 우리 보험법과 영국 보험법의 전반적인 규정 및 법규를 살펴보고 이를 비교하여, 우리 보험법이 적용되는 경우와 영국 보험법이 적용되는 경우로 나누어 좀 더 심층적으로 검토한다.

제4장에서는 해상보험계약상 약관설명 의무에 관한 보험법의 적용에 대해 고찰한다. 먼저 약관설명 의무의 개념, 인정근거, 법적 성질, 내용에 관한 일반적인 고찰을 하고, 다음으로 해상보험계약상 약관설명 의무에 대한 우리 보험법과 영국 보험법을 비교법적으로 고찰하며, 또한 약관설명 의무와 관련된 상법과 약관규제법과의 관계에 대해서도 고찰한다. 이에 따라 약관설명 의무에 관한 우리 보험법과 영국 보험법의 전반적인 규정 및 법규를 살펴보고 이를 비교하여, 먼저 대표적인 판례를 예로 들어 우리 보험법이 적용되는 경우와 영국 보험법이 적용되는 경우로 나누어 좀 더 심층적으로 검토한다.

제5장에서는 해상보험계약상 고지의무에 관한 보험법의 적용에 대해 고찰한다. 먼저 고지의무의 개념, 인정근거, 법적 성질, 내용에 관한 일반적인 고찰을 하고, 다음으로 해상보험계약상 고지의무에 대한 우리 보험법과 영국 보험법을 각 사항별로 비교법적으로 고찰한다. 이에 따라 고지의무에 관한 우리 보험법과 영국 보험법의 전반적인 규정 및 법규를 살펴보고 비교하여, 먼저 대표적인 판례를 예로 들어 우리 보험법이 적용되는 경우와 영국 보험법이 적용되는 경우로 나누어 좀 더 심층적으로 검토한다.

제6장에서는 결론의 장으로 이제까지의 연구를 요약하고, 해석론적 검토의 방법으로 영국법 준거약관의 법적 성질에 대해 최종적으로 검토하여 필자의 의견을 도출하고, 그 의견에 따라 각 논점에 대한 보험법의 적용을 고찰하고자 한다. 그리고 영국법 준거약관에 대한 보험법의 적용 부분에 있어서 이러한 준거약관에 대한 문제점을 명확히 하여 그에 대한 해결방안을 살펴보고 대안으로 제시할 수 있는 부분은 입법론적으로 대안을 제시하고자 한다.

## II. 研究의 方法

이 논문에서는 해상보험계약상 영국법 준거약관에 대해 검토하고 그에 따른 우리 보험법 및 영국 보험법을 적용하기 위한 기준을 제시하기 위하여, 비교법적 연구 방법과 해석론적 연구 방법을 사용하고자 한다.

먼저 영국법 준거약관에 관련한 국내 학자들의 저서, 논문, 판례, 국내 정기 간행물 등을 종합적으로 조사하여 비교·검토하는 문헌조사 방법을 사용하고, 다음으로 연구주제와 관련된 국내외의 주요 인터넷 사이트를 통해 자료 수집 및 해상보험 관련 최신 현황과 문제점 등을 살펴본다. 또한 이 논문의 주제인 영국법 준거약관과 보험법의 적용은 국내의 법체계나 현실적인 상황만을 고려할 수는 없기에 외국의 법제 및 판례 등을 분석하고 인용하고자 한다. 즉, 이와 관련된 외국의 입법례, 판결 등에 관한 논의 내용과 앞으로의 추세를 주의 깊게 검토할 필요가 있는 바, 해상보험과 가장 관련이 있는 영국의 입법례를 비교·연구하여 우리나라에 있어서의 보험법 적용의 문제점 및 해결방안을 도출하고자 한다. 이와 같이 영국법 준거약관을 바탕으로 적용하게 될 영국 보험법과 우리 보험법의 법체계를 비교법적으로 연구하고자 한다.

다음으로 이 논문에서는 영국법 준거약관에 대한 법적 성질과 그에 따른 보험법의 적용을 위해 이에 대하여 해석론적 방법으로 연구한다. 해상보험계약상 주요 논점과 관련한 주요 학설과 판례를 분석하여 학설과 판례의 타당성과 발전과정을 파악하고, 필자의 해석기준에 따른 해석을 제시하고자 한다. 그리고 최종적으로 영국법 준거약관에 대한 법적 성질을 해석론적으로 검토하여 필자의 견해를 제시하고자 한다.

## 第2章 海上保險契約上 英國法 準據約款<sup>5)</sup>

### 第1節 國際契約의 準據法 指定에 관한 一般理論

#### I. 準據法 指定의 概念

국제사법은 외국적 요소가 있는 사법적 법률관계에 관하여 적용될 법을 선택하여 지정하는 법제라고 할 수 있다. 이 때 국제사법에 의하여 당해 법률관계에 적용될 법으로 지정된 법을 준거법(applicable law; governing law; choice of law)이라 한다.<sup>6)</sup> 준거법이 되는 것은 내국 또는 외국의 사법인데, 그것은 지정된 나라의 사법전체를 의미하는 것이며, 특정 법률이나 특정 조항을 말하는 것이 아니다.

국제사법에서는 연결점을 통하여 준거법을 지정하고 이 법이 외국적 요소가 있는 법률관계에 적용된다. 본국법, 법정지법, 상거소지법, 영업소 소재지법, 목적물의 소재지법, 행위지법 등 준거법이 되는 것은 내국 또는 외국의 사법인데, 그것은 지정된 나라의 사법전체를 의미하는 것이다.

국제사법은 소위 “법률의 저축”을 해결하기 위한 법이라고 할 수 있는데, 이는 결국 각국의 민법이나 상법 등과 같은 실질사법이 서로 달라서 생기는 문제를 해결하기 위한 것이라고 할 수 있다. 즉 법률의 저축 내지 충돌이라 함은 어떠한 국가의 법과 다른 국가의 법이 서로 다르게 규정하고 있어서 어떤 법률행위가 한 나라에서는 적법하나, 다른 나라에서는 무효로 되는 경우와 같은 것이라고 할 수 있다.

해상분야에서 국제사법에 의해서 문제된涉外적 법률관계에 대하여 적용법규를 지정할 필요가 발생하는 것은 우리가 계속적으로 국제적 해상생활을 영위하면서 발생하는 법률관계 중에 외국적 요소를 포함하는 내용으로 인하여 국내외 법률이 서로간에 불일치할 수 있기 때문이다. 만약 세계 각국의 실질적 법률의 내용이 동일하다면 어느 국가의 법률을 적용한다고 해도 결과가

5) 제2장은 선행 연구로서 한국해사법학회 학술지에 게재된 부분을 수정·보완한 것임(김진권·전해동, “해상보험계약상 영국법 준거약관에 관한 국제사법적 고찰”, 「해사법연구」 제18권 제2호, 한국해사법학회(2006. 09), 109~134쪽 참조).

6) 김연·박정기·김인유, 「국제사법」(서울 : 법문사, 2003), 5~6쪽; 신창선, 「국제사법」(서울 : 도서출판 학우, 2002), 31쪽.

동일하게 될 것이다. 하지만 현실적으로 세계의 법률의 통일은 다양한 각국의 상황 및 여건에 의하여 그 실현가능성은 어려워 보이므로 국제사법은 법률관계에 관한 법의 충돌이 존재한다는 것을 전제로 하여 존재하는 법이라 할 수 있다.<sup>7)</sup>

한편 채권계약의 준거법결정에 관해서는 학설, 입법 및 판례상 객관주의와 주관주의가 대립하고 있는데, 객관주의<sup>8)</sup>란 물권이나 신분에 관한 문제와 마찬가지로 채권계약의 성립과 효력의 준거법을 당사자의 의사와는 관계없이 일률적·정형적으로 정하는 입장으로 행위지법주의, 이행지법주의, 채무자의 본국법주의, 소송지법주의 등이 있다. 이에 대해 주관주의<sup>9)</sup>란 채권계약의 성립과 효력의 준거법의 결정을 당사자의 의사에 맡기는 입장으로 현재는 국제채권법상 하나의 유력한 원칙으로서 세계 많은 나라의 입법과 판례에서 채용되고 있다. 주관주의를 인정하는 원칙이 바로 당사자자치의 원칙 또는 의사자치의 원칙이다.

## II. 國際私法上 當事者自治의 原則

### 1. 當事者自治 原則의 概念

해상보험계약은 기본적으로 채권계약의 성질을 가지므로 당사자자치의 원칙에 의해 준거법을 자유로이 선택할 수 있다(국제사법 제25조). 즉, 이는 채권계약의 성립과 효력에 관하여 국제사법상의 연결점으로 인정하는 것이다. 이에 따르면 당사자가 선택할 수 있는 준거법은 계약과 실질적인 관련이 있는 법에 한정되지 않으며 중립적인 법의 선택도 가능하다.<sup>10)</sup> 그리고 당사자

7) 김진권, “해상법상의 준거법 결정에 관한 연구”, 한국해양대학교 법학박사학위논문(2003), 10쪽 이하 참조.

8) 현재 객관주의를 취하는 입법례로는 먼저 행위지 또는 체결지(미국의 10여 주, 제1 리스테이트먼트, 스위스, 에콰도르), 이행지(중남미 여러 나라, 미국의 7개 주, 몬테비데오조약), 채권자의 주소지, 소송지(스위스의 1개주) 등이 있다.

9) 당사자의 의사를 연결점으로 인정하는 주관주의는 독일, 프랑스, 영국, 폴란드, 미국의 8개주, 제2 리스테이트먼트, 유채동산의 국제적 매매에 관한 헤이그조약, 이탈리아 벨기에, 그리스, 브라질, 일본, 한국 등에서 채용되어 있다.

10) 미국의 통일상법전(UCC) §1-105에 따르면 당사자는 해당 거래와 합리적인 관련성을 가지는 주 또는 국가의 법을 선택할 수 있을 뿐이고, 아무런 관련이 없는 중립적인 준거법의 선택은 허용되지 않는다. 이 문제는 우리나라에서는 이

간에 명시적 준거법 지정이 있을 때뿐만 아니라 묵시적으로 선택한 법도 준거법이 된다. 다만 묵시적 선택이 부당하게 확대되는 것을 방지하기 위하여, 묵시적 선택은 계약내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정될 수 있는 경우로 제한하고 있다(동조 제1항). 이렇듯 당사자자치에 제한을 가하는 것은 명백히 자의적이고 장난에서 비롯된 준거법 선택의 효력은 인정될 수 없기 때문이다. 다만, 영미에서는 이와 관련하여 전통적으로 “준거법의 선택은 선의로써(bona fide) 한 것이어야 한다”는 취지의 요건을 요구하는 경향이 있으나<sup>11)</sup>, 주관적인 제한을 두지 않는 국제사법의 해석으로는 그런 제한의 부과는 적절하지 않을 것이다.<sup>12)13)</sup>

당사자자치의 원칙의 근거로는 첫째, 적극적으로는 채권관계의 특질, 즉 계약은 주로 당사자의 의사에 의해서 형성되는 것으로서 국내법상의 소위 계약 자유의 원칙에 대응하는 것이고, 둘째, 소극적으로는 채권관계의 성질상 계약의 체결지, 이행지, 채무자의 본국 등의 여러 연결점 가운데 하나가 다른 것에 비해서 특별히 우월한 위치에 있다고 볼 수 없다는 것이다. 따라서 보편 타당한 준거법 결정상의 곤란이 당사자에 의한 준거법선택의 가능성의 길을 열게 되었던 것이다.<sup>14)</sup>

전통적인 국제사법이론에 따르면 계약의 준거법은 어느 국가의 법체계가 되는 것이 당연하였고, 어느 국가의 법이 아닌 법규범의 선택은 준거법의 지정으로서 효력이 없으며, 따라서 그 경우 객관적 준거법이 계약을 규율한다. 이는 어느 국가의 법만이 당사자들의 권리, 의무와 그의 집행을 위한 구제수단을 망라적으로 규율할 수 있다는 점을 주된 근거로 한다.<sup>15)</sup>

국제사법은 이에 관하여 주관적 준거법의 경우와 객관적 준거법의 경우를 용어상 구별한다.<sup>16)</sup> 즉, 객관적 준거법에 관한 제26조 제1항이 “가장 밀접한

---

른바 ‘당사자자치의 양적 제한’의 문제로 논의되었으나, 그러한 관련의 존재를 요구하지 않는 견해가 종래의 통설이다.

11) Vita Foods Products Inc. v. Unus Shipping Co. (1939) A.C. 277.

12) 석광현, 「국제사법 해설」(서울 : 지산, 2001), 162쪽.

13) 당사자의 묵시적 선택에 대한 일본의 판례를 살펴보면, 대다수의 경우는 하주 측이 적하의 멸실, 손상, 인도의 지연에 대하여 운송인에게 손해배상청구를 행하고 운송인측이 면책 또는 책임의 제한을 주장한 사안이다. 이에 대한 사항은 池原季雄·高桑昭·道垣内正人, “わが國における海事國際私法の現況”, 「海法會誌復刊」第30號(1986), 33面 참조.

14) 김연·박정기·김인유, 앞의 책, 260쪽.

15) Peter Nygh, *Autonomy in International Contracts*(Oxford : Clarendon Press, 1999), p.61.

관련이 있는 국가의 법에 의한다”고 규정하는 것과는 달리 주관적 준거법에 관한 제25조 제1항은 “계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다”고 규정한다. 따라서 문면상으로는 객관적 준거법의 경우는 어느 국가의 법이어야 함이 명백하나, 주관적 준거법의 경우에는 견해가 나뉠 수 있다. 이는 결국 주관적 준거법의 선택이 저촉법적 지정인지 실질법적 지정인지의 여부에 따라 달라질 것이다.<sup>17)</sup> 후자의 경우에 해당 계약은 객관적 준거법의 강행법규에 의한 제한을 받게 될 것이다.<sup>18)</sup>

## 2. 當事者自治 原則의 制限

### (1) 국제적 강행법규

국제사법은 제7조에서 “입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용한다”고 규정한다. 위 조항에서 규정하고 있는 강행규정은 당사자의 합의에 의해 그 적용을 배제할 수 없다는 의미의 단순한 강행법규가 아니라 준거법이 외국법이라도 그 적용이 배제되지 않는 이른바 “국제적 강행법규”를 말한다.<sup>19)</sup>

국제적 강행법규인가의 여부는 당해 법규의 의미와 목적을 조사하여 그것이 준거법에 관계없이 적용하려는 의지를 가지고 있는가를 판단하여야 한다.<sup>20)</sup> 문제된 법이 준거법에 관계없이 적용됨을 명시하거나 또는 자신의 국제적, 영토적 적용범위를 스스로 정하고 있는 경우에는 국제적 강행법규로 볼 수 있다. 이러한 국제적 강행법규에 속하는 범으로는 대외무역법, 외국환

16) 주관적 준거법은 국제사법 제25조에 따라 채권계약의 당사자가 그 계약의 준거법을 선택하는 것을 말하며, 객관적 준거법은 주관적 준거법이 지정되지 않은 경우에 국제사법 제26조의 규정에 따라 결정되는 것을 말한다.

17) 실무상 저촉법적 지정과 실질법적 지정의 구별에 있어 문제되었던 사안은 해상적하보험계약상의 영국법 준거약관과 선하증권의 최우선약관(paramount clause)이다.

18) 석광현, 앞의 책, 163쪽.

19) 이러한 국제적 강행법규에 관한 규정은 2001년 4월 7일자로 개정되어 같은 해 7월 1일자로 시행된 국제사법에서 신설되었다. 그러나 舊 섭외사법하에서도 이러한 국제적 강행법규는 학설, 판례에 의해 당연한 것으로 인정되어 왔다.

20) 석광현, 앞의 책, 72~73쪽.

거래법 및 독점규제 및 공정거래에 관한 법률이 있으나, 이는 일률적으로 판단할 것이 아니라 문제가 된 법조문을 중심으로 개별적으로 판단해야 할 것이다.

## (2) 공서양속 위반의 경우

국제사법 제10조는 “외국법에 의하여야 하는 경우에 그 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반되는 때에는 이를 적용하지 아니 한다”고 규정한다. 위 조항에서 규정하고 있는 “선량한 풍속 그 밖의 사회질서”란 민법 제103조가 규정하는 이른바 “국내적 공서”와는 구별되는 “국제적 공서”를 의미한다고 설명된다. 즉, 공서위반의 여부를 판단함에 있어서는 국내적인 기준에만 따를 것이 아니라 외국의 관념도 참작할 것이 요구된다고 한다.

우리 대법원은 해상보험계약과 관련하여 “보험증권 아래에서 야기되는 일체의 책임문제는 외국의 법률 및 관습에 의하여야 한다는 외국법 준거약관은 동 약관에 의하여 외국법이 적용되는 결과 우리 상법 보험편의 통칙의 규정보다 보험계약자에게 불리하게 된다고 하여 상법 규정에 따라 곧 무효로 되는 것이 아니고 동 약관이 보험자의 면책을 기도하여 본래 적용되어야 할 공서법의 적용을 면하는 것을 목적으로 하거나 합리적인 범위를 초과하여 보험계약자에게 불리하게 된다고 판단되는 것에 한하여 무효로 된다고 할 것인데, 위의 영국법 준거약관은 오랜 기간 동안에 걸쳐 해상보험업계의 중심이 되어 온 영국의 법률과 관습에 따라 당사자간의 거래관계를 명확하게 하려는 것으로서 우리나라의 공익규정 또는 공서양속에 반하는 것이라거나 보험계약자의 이익을 부당하게 침해하는 것이라고 볼 수 없으므로 유효하다”고 판시함으로써<sup>21)</sup> 외국법을 적용할 때 국제적 공서양속에 명백히 위반되는지의 여부를 판단하며 공서양속 위반의 결과 외국법의 적용을 배제한다는 내용을 포함하고 있다.

## Ⅲ. 客觀的 準據法의 決定

---

21) 대법원 1991. 5. 14. 선고 90다카25314 판결.

보험계약의 객관적 준거법 결정과 관련하여 舊 섭외사법 제33조는 “보험계약으로 인한 권리의무는 보험업자의 영업소 소재지의 법에 의한다.”고 규정하였으나, 개정된 국제사법에서는 당사자에 의한 준거법 지정이 이루어지지 않는 경우에 있어 해상보험계약의 준거법 지정에 있어서는 “그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법”을 준거법으로 지정하고 있다(제26조 제1항). 그러나 해당 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가가 어디인가를 밝히는 것이 용이하지 않기 때문에 로마협약과 스위스 국제사법의 경우와 같이 ‘특징적 이행 또는 급부(characteristic performance)’를 기초로 하는 추정규정을 두고 있다.

이에 의하면 계약의 특징적 이행을 해야 하는 경우에는 당사자가 자연인인 경우에는 ‘상거소’, 법인 또는 단체인 경우에는 ‘주된 사무소’, 직업상 또는 영업상 계약을 하는 경우에는 당사자의 ‘영업소’를 가지는 국가가 해당 계약의 가장 밀접한 관련이 있는 국가로 추정하고 있다(동조 제2항). 그러므로 해상보험계약의 경우에는 영업소가 있는 국가의 법이 적용될 수 있을 것이다. 즉, 당사자가 준거법을 선택하지 않은 경우에 우리나라 국내 기업간에 체결된 보험계약의 경우 우리나라 보험법을 적용하여야 할 것이다.

## 第2節 海上保險證券上 英國法 準據約款과 法的 性質

### I. 海上保險證券의 概要

해상보험증권은 해상보험계약의 내용을 증명하는 서류이다. 해상보험계약이 체결되면 보험자는 보험증권을 보험계약자(피보험자)에게 발급한다.<sup>22)</sup> 보험증권(policy)은 일반적으로 보험계약의 성립과 그 내용을 증명하기 위하여 계약의 내용을 기재하고 보험자가 기명·날인하여 보험계약자에게 교부하는 증권을 말한다.

한편 보험계약에 관한 모든 사항은 보험증권의 내용에 의해서 결정되며 보험증권에 기재되어 있지 않은 사항은 보험계약의 내용으로 인정받지 못한다.

22) 해상보험은 이탈리아의 롬바드 상인들에 의해서 번창했기 때문에 영국에서 사용된 초창기의 보험증권은 이탈리아어로 된 것이 많다. ‘policy’도 서류라는 의미인 이탈리아어의 ‘polizza’에서 유래된 것이다(구종순, 앞의 책, 229쪽).

이에 대하여 영국 MIA 제22조에서는 “다른 성문법에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고 해상보험계약은 본 법률에 따라 해상보험증권에 구현되지 않는 한 증거로서 인정되지 못한다”라고 규정하여 보험증권을 보험계약의 내용을 증명하는 증거서류로서 그 효력을 인정하고 있다.

해상보험증권으로는 Lloyd's SG 보험증권<sup>23)</sup>과 런던보험업자협회(Institute of London Underwriters : ILU)<sup>24)</sup>의 회사용 보험증권이 200년 이상 사용되었으나, 약관의 문장이나 단어가 고어체이며 약관도 상충되는 점이 많아 비판을 받아왔었다. 이에 개정론이 제기되었으나 보험증권상의 문장이 관례에 의해 법적 의미가 정립된 부분이 많을 뿐만 아니라 영국 특유의 보수성과 전통주의자의 반대로 쉽게 개정되지는 못하였다.

그러나 1978년 11월 UNCTAD 사무국이 발표한 보고서인 “해상보험-해상보험계약에 관한 법률과 보험서류의 문제”에서는 세계 각국에서 널리 이용되고 있는 영국의 해상보험시스템의 근간을 구성하는 Lloyd's SG 보험증권과 협회제정의 적하 및 선박 해상보험약관을 비판하고 근대화화 합리화를 제안했다.<sup>25)</sup>

로이즈보험업자협회(Lloyd's Underwriter's Association)와 런던보험업자협회의 합동전문위원회는 전술한 비판에 대응해 시대에 적합하고 간결한 보험증권 양식을 작성하여 Lloyd's SG 보험증권을 폐지함과 동시에 1982년 1월 1일자로 신규제정의 ICC(A), (B), (C) 및 협회전쟁약관과 협회동맹파업약관을 각각 발표했다. 이 새로운 양식은 Lloyd's SG 보험증권과 구별하는 취지에서 특히 Lloyd's Marine Policy(MAR) form이라 불리고 있다.<sup>26)</sup>

---

23) Lloyd's S.G.의 “S”와 “G”는 “Ship's”와 “Goods”의 첫 글자이다. 17세기에는 선박에 사용되는 S. Policy와 적하에 사용되는 G. Policy, 선박과 적하에 동시에 사용되는 S.G. Policy가 있었으나, 1779년 Lloyd's는 이 가운데 S.G. Policy를 표준 Lloyd's 증권으로 채택하였다. S.G. form은 선박, 적하, 운임, 이윤, 채권 또는 유가증권 등의 보험에도 사용되었다(R.J. Lambeth, *Templeman on Marine Insurance*, 16th ed.(Pitman, 1986), p.56; 김병기, 앞의 책, 69쪽).

24) 1884년 설립된 런던보험업자협회(ILU)와 1991년에 설립된 런던국제보험·재보험시장협회(London International Insurance and Reinsurance Market Association; LIRMA)의 합병으로 1998년 12월 31일부터 ‘런던국제언더라이팅협회(International Underwriting Association of London(IUA))’라는 명칭으로 새롭게 탄생하게 되었다. 동 협회는 국제보험자와 재보험자의 협회이다.

25) 구종순, 앞의 책, 235쪽.

26) 한낙현·김은주, “해상적하보험계약의 클레임 준거법 조항에 관한 연구”, 「한국해법학회지」 제25권 제2호, 한국해법학회(2003. 11), 62쪽.

이와 같이 기존 보험약관에 대한 비판 및 근대화와 합리화에 대한 제안에 따라 1981년 7월에 새로운 해상보험증권을 제정하였으며, 아울러 신양식의 보험증권에 맞도록 협회적하약관·협회전쟁약관·협회동맹약관 등을 재정비하여 1982년부터는 새로운 양식의 보험증권이 사용되게 되었다.<sup>27)</sup> 한편 해상보험거래에서 사용되고 있는 약관은 대부분 영국의 기술 및 약관위원회에서 제정한 협회약관이며, 해상보험의 전통과 관습에 따라서 대부분의 국가에서는 협회약관을 일부만 수정하여 그대로 사용하고 있다. 우리나라 해상보험거래에서도 해상보험의 국제적 성격과 관련하여 영국의 해상보험약관을 사용하여 보험계약을 맺고, 그 약관에 있는 준거법약관을 그대로 원용하고 있는 것이 실정이다.<sup>28)</sup>

## II. 海上保險約款의 法的 拘束力

### 1. 學說

보험약관의 구속력의 근거에 관하여는 규범설과 의사설(계약설)이 대립하고 있다. 규범설은 보험계약의 단체성이라는 특성을 강조하여 보험약관은 다수계약을 상정하고 만든 객관적인 법과 비슷한 것으로 당사자의 의사와 관계 없이 계약내용을 규율하게 되는 것이라는 견해이고, 의사설은 전통적인 법률행위이론에 따라 약관에 의한 계약을 보통의 계약과 같이 보아 당사자가 계약의 개개의 조항을 알고 계약을 체결하였기 때문에 당사자를 구속한다는 견해이다.

#### (1) 규범설

규범설은 보험약관에 규범성을 인정함으로써 구속력을 설명하는 바 거래약관은 당해 거래권에 자동적으로 적용되어야 하며 대체로 법률 행위적 성격은

27) 해상보험증권의 제·개정에 관한 자세한 내용은 Howard N. Bennett. *The Law of Marine Insurance*(New York : Oxford University Press, 1996), pp.103~105; 구종순, 앞의 책, 232쪽 이하 참조.

28) 양승규, “영국법준거약관과 보험법의 적용”, 「손해보험」 제278호, 대한손해보험협회(1991. 12), 69쪽.

없고, 그것은 제정법에 유사한 법규범이라는 입장이다. 이 설은 보험약관의 구속력을 보다 강하게 인정하려는 객관주의 내지 단체주의적인 이론구성이다. 즉, 약관이 구속력을 갖기 위해서는 어떤 형태로든 당사자의 의사가 요구되는데 그 의사의 근거를 규범이라는 면에서 구하려는 이론이다.<sup>29)</sup>

이 설을 취하는 견해에서는 그 근거를 우리의 개정상법 제638조의3 제2항 또는 독일의 보통거래약관법 제23조 제3항<sup>30)</sup>에서 구하고 있다. 즉, 우리 개정상법 제638조의3 제2항은 “보험자가 보험계약 체결시에 보험약관의 교부·명시의무를 위반한 때에는 보험계약자는 보험계약이 성립한 날로부터 1월내에 그 계약을 취소할 수 있다”로 규정하고 있는데, 이에 의하여 보험계약자가 보험계약을 취소하지 않는 한 보험자의 보험약관의 교부·명시가 없어도 그 약관이 당연히 당사자를 구속하는 점이 규범력의 근거가 될 수 있다고 설명한다. 다시 말하면 보험약관은 일반적인 법규범과 유사한 성질을 지니고 있는 미리 준비된 계약규범이고, 법대행적 기능을 하는 것으로 그 약관의 규범성을 인정하는 것이 타당하다는 것이다.<sup>31)</sup>

## (2) 의사설

의사설은 계약주체는 하나의 “전형화된 의사표시”에 불과하며 약관에 의한 계약도 보통의 계약처럼 당사자가 약관의 규정을 충분히 알고 또 약관에 의하는 것에 대해 이의 없는 경우에 비로소 약관에 의한 개별적 계약이 효력을 갖는다는 학설이다.<sup>32)</sup> 이에 의하면 보통보험약관은 법원이 될 수 없으며, 그 구속력의 근거는 당사자의 의사에서 구하는 주관적인 이론구성이다. 결국 보통보험약관은 그 자체가 법규범이기 때문에 당사자를 구속하는 것이 아니라,

29) 정희철, 양승규 교수 등이 규범설을 찬성하고 있으며, 실정법규정을 계약에 수용하였다고 하여 법규의 제정방법상 달라지는 게 없는 것처럼 거래약관이 합의되는 경우에도 이것이 약관의 규범적 구조를 변경하는 것은 아니라 한다. 양승규, “보험제도와 보험계약법의 원리”, 「비교사법」, 한국비교사법학회(1997. 12), 20~21쪽.

30) 독일의 약관규제법 제23조 제3항은 “...보험계약은 제2조 제1항 제1호, 제2호 소정의 요건을 지키지 아니한 경우에도 주무관청의 인가를 받아 보험자의 보통거래약관에 따른다”라고 규정하여 보험약관의 편입요건을 갖추지 아니한 경우에도 그 약관의 효력을 인정하고 있다.

31) 양승규, 앞의 논문(註 29), 21쪽.

32) 최기원, 채이식, 정찬형 교수 등이 의사설에 찬성하고 있다. 정찬형, 「상법강의(하) 제6판」(서울 : 박영사, 2004), 492~494쪽.

당사자가 이를 개별계약의 내용으로 하였기 때문에 법률행위의 일반이론에 의하여 당사자를 구속하는 것이라고 보는 것이다.

또한 이 설을 취하는 견해에서는 약관규제법이 의사설에 따라 규정하고 있다고 한다. 즉 약관규제법 제3조는 사업자에게 약관의 교부·명시의무를 규정하면서 사업자가 이에 위반하여 계약을 체결한 때에는 당해 약관을 '계약의 내용으로 주장할 수 없다'고 규정하고 있는데, 이점은 우리 약관규제법이 의사설에 따라 입법을 한 것이라고 설명한다.<sup>33)</sup>

## 2. 判例

보험약관의 구속력에 관하여 우리 대법원은 대법원 2004. 11. 11. 선고 2003다30807 판결 외 다수 판결에서 일관하여 의사설(계약설)의 입장을 취하고 있다. “보험약관이 계약당사자에 대하여 구속력을 가지는 것은 그 자체가 법규범 또는 법규범적 성질을 가진 약관이기 때문이 아니라 보험계약 당사자 사이에서 계약내용에 포함시키기로 합의하였기 때문이다”<sup>34)</sup>라든가, “보통보험약관을 포함한 이른바 일반거래약관이 계약의 내용으로 되어 계약당사자에게 구속력을 갖게 되는 근거는 그 자체가 법규범 또는 법규범적 성질을 갖기 때문은 아니며 계약당사자가 이를 계약의 내용으로 하기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의를 하였기 때문이라고 볼 것이다”<sup>35)</sup>라고 판시하였다.

## 3. 小結

보험약관의 구속력의 근거에 대하여 판례에서와 마찬가지로 다음과 같은 이유에서 의사설(계약설)이 합당하다고 생각된다.

상법 제638조의3이 보험약관의 교부·명시의무를 규정하고 있는 것은 보험

---

33) 이에 대하여 대법원은 순수한 형태의 의사설을 취하는 것은 아니고 의사추정설을 취하는 것으로 “약관규제법이 약관의 명시만 있는 경우에도 약관의 구속력이 인정되고 또 특정한 경우에 설명의무를 면제하고도 약관의 구속력을 인정하고 있는 것은 순수한 형태의 의사설은 아니고 당사자의 의사를 추정한 것으로 볼 수 있다”고 설명하는 견해도 있다. 손주찬, 「상법(하)」(서울 : 박영사, 2002), 485쪽 이하.

34) 대법원 1985.11.26 다카2543 판결.

35) 대법원 1986.10.14 84다카122 판결.

약관이 법규범이기 때문이 아니라 오히려 개별약관의 내용을 구성하기 때문이라고 본다. 또한 약관규제법 제3조 보험자에게 약관의 교부·명시의무를 규정한 것도 상법 제638조의3과 같이 약관의 구속력의 근거를 당사자의 의사(계약의 내용)에서 구한 것이라고 볼 수 있다.

이와 같이 보험약관도 보통거래약관과 같이 그 자체가 법규범이라고 볼 수 없다. 다시 말하면 보험약관은 그 자체가 법규범이기 때문에 당사자를 구속하는 것이 아니라 당사자가 이를 개별계약의 내용으로 하였기 때문에 법률행위의 일반이론에 의하여 당사자를 구속하는 것이라고 보는 것이 보다 더 합리적인 해석이라고 본다. 규범설에 의하든 의사설에 의하든 보험약관이 당사자를 구속하는 점은 동일하므로 그 결과에 있어서 큰 차이는 없으나, 의사설에 의하는 것이 보다 더 명확하다고 본다.

### Ⅲ. 海上保險契約上 英國法 準據約款의 內容

#### 1. 船舶保險 및 積荷保險約款

##### (1) 선박보험

선박보험에서 가장 많이 이용되고 있는 약관은 협회기간약관(Institute Time Clauses-Hulls)인데, 이 약관은 1888년 런던보험자협회(ILU)에 의해서 처음으로 제정되었다. 해상보험의 초창기에는 선박이 대부분 범선이었고 보험에 가입하는 형태도 1회 항해를 기준으로 하는 항해보험이었다. 이때는 Lloyd's SG 보험증권만으로 충분히 선박보험계약이 체결될 수 있었다.

그러나 1880년대 이르러 증기선이 출현하고 선박보험도 기간보험으로 가입하는 경우가 많아지자 Lloyd's SG 보험증권상의 약관만으로 선박보험을 인수할 수 없어 각 보험자는 독자적으로 특별약관을 만들어 사용하였다. 보험자마다 다른 다양한 약관을 사용하다 보니 이를 통일할 필요성이 제기되어 런던보험자협회가 이들 약관을 통일하여 최초로 협회기간약관을 제정하였다.

협회약관은 여러 차례 개정되어 오면서 1983년 신양식의 해상보험증권이 등장하자 여기에 부응하여 대폭 개정되어 지금에 이르고 있다. 현재 협회기간약관은 선박보험에서 가장 일반적으로 이용되고 있는데, 협회에서 제정한 다른 선박보험약관도 이 약관을 기본으로 하고 있다.<sup>36)</sup>

현재 사용되고 있는 협회기간약관은 Lloyd's SG 보험증권상의 약관·구약관·영국해상보험법 등을 반영하여 전문 26개 약관으로 구성되어 있다.

여기에서 협회기간약관은 ITC-Hulls라는 표제 하단에 영국법 준거약관이 삽입되어 있으며, 이 冒頭約款을 시작으로 하여 전부 26개의 소약관으로 구성되어 있다.

This insurance is subject to English law and practice.

(이 보험은 영국의 법률 및 관습에 따른다)

즉, 해상보험계약에 관한 모든 문제점은 영국의 법률과 관습에 따라 해결한다는 준거법약관이다.

## (2) 적하보험

적하보험계약의 주요 내용은 대부분 협회적하약관(Institute Cargo Clauses ; ICC)에 의해서 결정된다.

협회적하약관으로서 처음 제정된 것은 1912년 런던보험자협회가 채택한 협회적하약관 분손부담보약관(Free from Particular Average Clauses)이며 이 약관의 주요 내용은 보험자가 분손·소손해 등을 부담하지 않는 것이다. 1921년에는 분손을 담보하는 협회적하약관 분손담보약관(With Average Clauses)이 제정되었으며 그 후 보험자들이 담보범위를 확장하는 추세에 발맞추어 1951년에 협회적하약관 전위험담보약관(All Risks Clauses)이 제정되어 이 세 가지가 협회적하약관의 기본약관으로 사용되기 시작하였다.

협회적하약관의 분손부담보약관·분손담보약관 및 전위험담보약관은 해상적하보험의 기본조건으로 사용되면서 1958년과 1963년 대폭 개정되었다. 그러나 이 약관은 손해의 형태에 따라 구분된 것이어서 그 내용이 애매모호한

---

36) 협회기간약관 외에 선박보험에서 사용되는 주요 약관으로는 협회항해약관·협회전쟁 및 동맹파업약관 등이 있다. 협회항해약관(Institute Voyage Clauses-Hulls)은 항해보험에서 이용되지만 그 사용빈도가 점차 줄어들고 있다. 그리고 선박보험에서도 전쟁위험 및 동맹파업위험은 면책위험이기 때문에 이를 담보하기 위한 특별약관으로 협회전쟁 및 동맹파업약관(Institute War and Strikes Clauses-Hulls)이 있다. 적하보험에서는 협회전쟁약관과 협회동맹파업약관이 각각 있지만, 선박보험에서는 합쳐져 있다.

점이 많았고, 약관의 명칭과 실제 내용이 일치하지 않는 부분도 있었다. 이에 따라서 1982년 신양식의 해상보험증권이 제정될 때 약관의 명칭과 내용이 알기 쉽게 대폭 정리되어 지금에 이르고 있다.

현재 사용되어 있는 협회적하약관은 A 약관·B 약관 및 C 약관으로 구성되어 있고 각 약관은 8개의 그룹약관으로 구성되어 있으며 이들은 다시 19개의 개별약관으로 나누어져 있다. A 약관·B 약관 및 C 약관은 각각 19개의 개별약관으로 구성되어 있지만 제1조의 위험약관, 제4조의 일반면책약관 및 제6조의 전쟁면책약관만 서로 다르고 나머지 항목은 모두 동일하다.<sup>37)</sup>

여기에는 제19조에 영국법률 및 관습약관(English Law and Practice Clause)라는 제목으로 협회기간보험약관과 동일한 내용의 영국법 준거약관이 명시되어 있다.

#### 19. English Law and Practice Clause (영국 법률 및 관습약관)

This insurance is subject to English law and practice

(이 보험은 영국의 법률 및 관습에 따른다).

즉, 이 약관은 이 보험과 관련하여 문제가 발생하면 영국의 법률과 관습에 따라 해결할 것을 규정한 것이다.

## 2. 海上保險證券

신해상보험증권으로 개정되며 약인약관, 선서약관, 타보험약관 및 준거법약관 등으로 보험계약서로서 필수적인 몇 가지 약관의 내용만을 담고, 과거 Lloyd's SG 보험증권에 담겨져 있는 주요 약관은 대부분 협회약관에 흡수되었다. 우리나라도 영국의 신해상보험증권을 참고하여 신해상보험증권의 본문 약관에 약인약관, 선서약관, 타보험약관 및 준거법약관을 삽입하고 남은 여백에 빈번하게 사용되는 특별약관과 적색의 중요약관을 두고 있다.

현재 우리나라에서 사용하고 있는 신영문적하보험증권은 증권의 앞면에 해상보험의 주요 내용을 기재하는 스케줄란이 인쇄되어 있고, 신영문선박보험증권은 스케줄란이 인쇄되어 있는 별지를 사용하고 있다.

---

37) 구종순, 앞의 책, 388~390쪽; 김정수, 앞의 책, 193~197쪽.

신해상보험증권 본문약관에는 다음과 같은 영국법 준거약관이 기재되어 있다.<sup>38)</sup>

Notwithstanding anything contained herein or attached hereto to the contrary, this insurance is understood and agreed to be subject to English laws and practice only as to liability for and settlement of any and all claims.

(이 보험증권의 규정 또는 이 보험증권에 첨부된 어떠한 반대규정에도 불구하고 이 보험은 모든 보상청구에 대한 책임 및 결제에 관해서만은 영국의 법률과 관습에 따를 것을 합의한다)

신해상보험증권 본문약관의 준거법 약관에 의하면 모든 보상청구에 대한 책임 및 결제에 관해서만 영국법에 준거하는 것이므로, 그 이외의 사항에 관해서는 해상보험계약이 체결되는 국가의 법이 적용되는 것으로 해석할 여지가 있다.

우리나라에서도 영국의 신해상보험증권을 계수하여 영문적해상보험증권을 제정하고 있으므로 이러한 준거법 약관을 그대로 포함하고 있어 해석상의 논란이 있다. 예를 들어, 우리나라에서 발행되는 영문적해상보험증권과 우리나라에서 체결되는 적해보험계약에 관한 보험료의 채권, 채무와 계약의 유효성, 보험계약의 체결, 보험료의 수납, 계약의 해지 등에 관해서는 우리나라 상법 및 이에 의거한 보험업법, 기타 관계법령 및 민법이 적용되는 것으로 해석하고 있으며,<sup>39)</sup> 한편으로는 위와 같은 문언상의 표현에도 불구하고 해상보험계약과 관련한 모든 문제를 영국의 법률과 관습에 따라 해석해야 한다는 의견

38) 영국법 준거약관의 형태는 크게 3가지로 분류할 수 있다. (1) “이 보험계약에서 발생하는 모든 책임문제는 영국의 법률과 관습에 따라 규율된다(All questions of liability arising under this policy are to be governed by the law and customs of England)”고 규정하는 방식, (2) “책임과 결제에 관해 영국의 법률과 관습을 따른다(This insurance is understood and agreed to be subject to English law and practice only as to liability for and settlement of any and all claims)”라고 규정하는 방식 및 (3) “이 보험은 영국의 법률과 관습에 따른다(This insurance is subject to English law and practice)”라고 규정하는 방식으로 나눌 수 있다.

39) 한낙현 외 6명, 「해상보험의 이해」(서울 : 우용출판사, 2003), 182~183쪽; 김정수, 앞의 책, 187쪽; 오원석, 「해상보험론」(서울 : 삼영사, 2002), 172쪽.

이 있다.<sup>40)</sup>

한편 손해상적하보험증권 본문약관에는 위와 같은 제한적인 영국법 준거약관이 규정되어 있는 반면, 증권에 첨부되는 협회적하약관(ICC)의 제19조에는 “이 보험은 영국의 법률과 관습에 따른다(This insurance is subject to English law and practice)”는 표준 영국법 준거약관이 있어서 일견 상충의 문제가 대두된다. 이에 대하여는 원칙적으로 표면약관(본문약관)이 이면약관보다 우선한다고 할 수 있고, 표면약관의 규정상으로도 “Notwithstanding anything contained herein or attached hereto to the contrary”라는 표현이 있으므로 표면약관을 이면약관에 우선한다고 해석하는 것이 타당할 것이다.

그러나 영문적하보험증권 본문약관에서 위와 같이 ‘모든 보상청구에 대한 책임 및 결제에 관해서만’이란 표현을 사용하고 있어 이러한 영국법 준거약관의 법적성질을 저촉법적 지정으로 볼 것인가, 실질법적 지정으로 볼 것인가라는 이에 관한 해석상의 대립이 여전히 야기된다.

#### IV. 英國法 準據約款의 法的 性質

해상보험계약에서 사용되고 있는 영국법 준거약관에 관하여 우리나라에서는 이를 저촉법적 지정설과 실질법적 지정설로 나뉘어 있으며,<sup>41)42)</sup> 저촉법적

---

40) 대법원 1991. 5. 14. 선고 90다카25314 판결. 한편 이에 관하여 협회적하약관의 제19조 영국 법률과 관습약관에 의해 해상보험에 관계되는 모든 사실은 영국의 법률과 관습에 따르는 것이 타당하다는 견해도 있다(구종순, 앞의 책, 273쪽).

41) 저촉법적 지정은 준거법의 지정이며, 실질법적 지정은 별도의 준거법이 있음을 전제로 외국법을 계약의 내용으로 편입하는 것이다. 이들의 차이는 저촉법적 지정의 경우 당사자가 준거법을 선택하지 않았다면 준거법으로 될 객관적 준거법의 강행법규의 적용이 배제되는 데 반하여, 실질법적 지정의 경우는 객관적 준거법의 강행법규의 적용을 배제하지 않는다는 점에 기본적인 차이가 있으며, 저촉법적 지정에서는 준거법선택 후 외국법이 개정된 때에는 개정된 법이 적용된다. 반면에 실질법적 지정에 의하여 외국법이 계약의 내용을 이루는 경우에는 저촉법적 지정의 경우와는 달리 계약체결 후에 당해 외국법이 개정되거나 폐지되더라도 일단 계약의 내용으로 편입된 외국법의 내용에 영향을 미치지 않는다. 외국법이 준거법으로 되는 경우에는 외국법도 법이므로 법원은 직권으로 외국법을 조사하여야 하나, 실질법적 지정의 경우에는 외국법은 계약의 내용이 될 뿐이므로 당사자가 외국법의 내용을 입증해야 할 것인가가 문제로 되는데 이점에 관하여는 견해가 나뉘고 있다(석광현, 「국제사법과 국제소송 제2권」(서울 : 박영사, 2001), 55~57쪽).

지정과 실질법적 지정은 구체적인 사안에 있어 양자의 구별이 어려운 경우가 많다. 특히 특정계약의 전체가 아니라 계약의 일부에 관하여 적용할 법을 당사자가 지정하는 경우 그 구별이 어렵게 되며, 양자의 구별기준은 결국 당사자의 의사해석의 문제라고 할 것이다. 아래에서는 이러한 견해에 대해 개념적으로 구별하여 이를 차례대로 검토한다.<sup>43)</sup>

### 1. 抵觸法的 指定設

채권계약의 당사자가 그 계약의 준거법을 선택하는 것을 “저촉법적 지정”이라고 한다. 즉, 이는 영국법 준거약관의 결과 영국법이 보험계약의 준거법이 된다는 견해이다. 영국법 준거약관을 저촉법적 지정으로 파악하는 견해에도 이를 보험계약 전체<sup>44)</sup>에 대한 지정으로 보는 견해, 즉 “전부지정설”과<sup>45)</sup> 이를 보험계약에 따른 책임의 문제 또는 보상청구에 대한 책임 및 결제에 한정된 준거법의 부분지정으로 보는 견해, 즉 “부분지정설”이<sup>46)</sup> 있다.

전자의 견해가 저촉법적 지정과 실질법적 지정을 구별하고 난 뒤에 전자를 취하고 있음을 명시하고 있지는 않으므로 다소 의문의 여지가 있으나, “영국법 준거약관의 효력을 인정하는 이상 상법 제651조의 제척기간이나 제655조의 인과관계에 관한 규정이 적용되지 않는 것은 당연한 귀결”이라고 하는 견해<sup>47)</sup>나 “...영국법 준거약관을 유효하다고 보는 이상 그 내용을 문제 삼아 다시 상법 제663조에 문의하는 것은 사리에 맞지 않다”는 견해 등은 영국법 준

42) 이러한 용어는 독일에서 확립된 용어이며, 영국에서는 대체로 전자를 ‘choice of proper law’, 후자를 ‘incorporation by reference’라고 한다.

43) 석광현, 앞의 책(註 41), 50~80쪽; 석광현, 「국제사법과 국제소송 제3권」(서울: 박영사, 2004), 189~211쪽; 석광현, “해상적하보험계약에 있어 영국법 준거약관과 관련한 법적인 문제점”, 「손해보험」 제302호, 대한손해보험협회(1993. 12), 19~33쪽 참조.

44) 정확히 말하자면, 계약의 방식 또는 당사자의 능력의 문제 등은 준거법의 적용범위에서 제외되므로, 계약 전체라고 하기보다는 ‘계약의 실체 또는 실질(substance)’이라고 하는 것이 적절하다.

45) 김성태, “보험계약에 있어서 영국법 준거약관과 불이익변경금지원칙”, 「법률신문」 제2059호(1991. 9. 9), 15쪽; 양승규, 앞의 논문(註 28), 69쪽.

46) 서헌제, “국제거래에 있어서의 위험과 보험”, 「보험조사월보」 12월(1992), 16쪽; 한창희, “해상적하보험계약에 있어서 영국법 준거조항의 효력, 고지의무, 입증책임”, 「판례월보」 제258호(1992. 3), 53쪽.

47) 양승규, 앞의 논문(註 28), 69쪽.

거약관에 의하여 당해 보험계약의 준거법이 영국법으로 된다고 보는 것으로 이해된다.<sup>48)</sup> 또한 대법원 1991. 5. 14. 선고 90다카25314 판결<sup>49)</sup>(이하 ‘1991년 판결’이라 함)도 전부지정설을 취하는 것으로 보인다.

이에 관해 영국법 준거약관이 “이 보험증권상 발생하는 모든 책임문제는 영국의 법률과 관습에 의하여 규율되어야 한다”고 하여 단지 책임문제에 관하여만 영국법이 준거법으로 되는 것으로 해석될 여지가 있음에도 불구하고, 이러한 견해를 취하는 분들이 왜 당해 보험계약 전체에 대한 저촉법적 지정으로 이해하는가는 설명하고 있지 않다. 결국 전부지정설은 준거법지정의 범위를 제한하고 있지 않으므로 그에 따르면 당해 보험계약의 성립과 유효성 뿐만 아니라 보험계약으로 인한 당사자의 권리, 의무의 내용을 비롯한 계약의 효력과 계약의 해석 등이 모두 영국법에 의하는 것으로 된다.

후자의 견해는 “...영국법 준거약관 조항은 다른 준거법 조항과는 달리 계약상의 모든 문제에 대한 해결의 기준으로서 영국법을 지정한 것이 아니고 보험자의 책임문제에 관하여만 준거법을 정한 일부 준거법 조항에 해당한다”고 하고, 나아가 “이 조항에 따르면 보험계약의 성립, 그 효력이나 보험료의 청구 및 반환 등의 문제에 대하여는 영국법을 적용할 수 없고, 국제사법의 원칙에 따라 결정되는 준거법<sup>50)</sup>을 적용하여야 하고, 보험자의 담보책임의 유무 및 그 방법에 대하여만 영국의 법률과 관습에 따를 것을 명확히 한 것으로 볼 수 있다”고 하여 부분지정설을 취하고 있다.<sup>51)</sup>

이 견해는 영국법의 준거약관을 그와 같이 이해하여야 하는 근거를 설명하

---

48) 김성태, 앞의 논문, 15쪽.

49) 대법원 1991. 5. 14. 선고 90다카25314 판결에서 “...보험계약에서의 이른바 외국법 준거약관은, 동 약관에 의하여 외국법이 적용되는 결과 우리 상법 보험편의 통칙의 규정보다 보험계약자에게 불리하게 된다고 하여 상법 제663조에 따라 곧 무효로 되는 것이 아니고, 동 약관이 보험자의 면책을 기도하여 본래 적용되어야 할 공서법의 적용을 면하는 것을 목적으로 하거나 합리적인 범위를 초과하여 보험계약자에게 불리하게 된다고 판단되는 것에 한하여 무효가 된다고 할 것인데, 영국법 준거약관은 오랜 기간에 걸쳐 해상보험업계의 중심이 되어 온 영국의 법률과 관습에 따라 당사자간의 거래관계를 명확하게 하려는 것으로서 우리나라의 공익규정 또는 공서양속에 반하는 것이거나 보험계약자의 이익을 부당하게 침해하는 것이라고 볼 수 없으므로 유효하다”고 판시하였다.

50) 서헌제, 김정수, 오원석 교수는 국내에서 체결되는 보험에 대하여는 우리 법이 준거법이 된다고 한다(서헌제, 앞의 논문, 16쪽; 김정수, 앞의 책, 187쪽; 오원석, 앞의 책, 172쪽).

51) 서헌제, 앞의 논문, 16쪽.

고 있지는 않으나, 영국법 준거약관의 문언에 기초하여 이를 이른바 부분지정으로 이해하는 것으로 보인다. 이러한 견해를 취하는 분 중 서헌재 교수는 당해 보험계약의 성립의 준거법은 우리 법으로 보고, 보험계약의 효력 중에서도 보험자의 담보책임의 유무와 그 방법만을 기타의 효력의 문제와 분리하여 영국법에 따른다고 하고, 기타의 효력의 문제는 다시 우리 법에 따른다고 보는 점에 특색이 있다.

그리고 한창희 교수는 대법원 1991년 판결에서 대상판결이 영국 해상보험법 제16조, 제17조에 기하여 고지의무위반을 인정하였음은 정당하다고 하고 있으나, 해상보험증권상의 영국법 준거약관의 효력에 대하여 아무런 제한을 가하지 아니하고 문언 그대로의 효력을 인정함은 부당하다고 하는 점에서<sup>52)</sup> 부분지정설의 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.

또한 대법원 1998. 7. 14. 선고 96다39707 판결<sup>53)</sup>(이하 ‘1998년 판결’이라 함)에서는 기존의 1991년 판결과 달리 보험계약의 일부에 대해서만 영국법을 준거법으로 지정함으로써 부분지정설의 입장을 취하고 있다.

## 2. 實質法的 指定設

당사자가 선택한 준거법(주관적 준거법) 또는 당사자가 준거법을 선택하지 않은 경우 준거법 결정원칙에 따라 결정된 준거법(객관적 준거법)의 적용을 받으면서, 그 준거법이 허용하는 범위 안에서 당사자들이 준거법 소속국이 아닌 다른 국가의 법규를 적용하기로 약정하는 것을 “실질법적 지정”이라고

52) 한창희, 앞의 논문, 54쪽.

53) 대법원 1998. 7. 14. 선고 96다39707 판결에서는 “이 사건 영문 보험증권에 「이 보험증권에 포함되어 있거나 또는 이 보험증권에 첨부되는 어떠한 반대 규정에도 불구하고 이 보험은 일체의 전보청구 및 결제에 관해서 영국의 법률과 관습에만 의한다(Notwithstanding anything contained herein or attached hereto to the contrary, this insurance is understood and agreed to be subject to English laws and practice only as to liability for and settlement of any and all claims)」고 명기되어 있음을 알 수 있으나, 이와 같은 영국법 준거조항은 이 사건에서와 같이 보험계약의 보험 목적물이 무엇인지 여부에 관한 사항, 즉 보험계약의 성립여부에 관한 사항에까지 영국의 법률과 실무에 따르기로 한 것으로는 볼 수 없으므로, 이와 같은 사항은 우리나라의 법률이 적용되어야 할 것이어서 이와 다른 전제에서 원심판결에 영국법상 보험 모집인의 설명의무의 여부와 보험자의 책임 유무 등에 관하여 석명하지 아니한 위법이 있다는 취지의 상고 이유는 받아들일 수 없다”고 판시하였다.

한다. 즉, 영국법 준거약관에 의해 영국법이 준거법이 되는 것이 아니라 영국법이 계약의 내용으로 편입될 뿐이라고 보는 견해로 적하보험계약상 현재의 문언과 같은 영국법 준거약관의 효력을 실질법적 지정으로 이해하고 있다.<sup>54)</sup>

이 견해를 취하는 분 중 석광현 교수는 저촉법적 지정의 전부지정설과 부분지정설에 대한 검토 및 비판을 거쳐 적하보험계약상 현재의 문언과 같은 영국법 준거약관의 효력을 실질법적 지정으로 이해하고 있다.<sup>55)</sup>

즉, 이에 대한 근거로서 우선 해상보험계약의 당사자들이 “보험계약의 준거법을 영국법으로 한다”라고 하는 준거법 규정 대신에, 특히 적하보험에 있어서는 “이 보험은 모든 보상청구에 대한 책임 및 결제에 관해서만 영국의 법률과 관습에 따를 것을 합의한다”는 문언을 사용하고 있으므로 전부지정설은 무리이고 특히 당사자의 의사에 명백히 반하며, 한편 부분지정설에 대하여는 당해 보험계약의 효력 중에서도 보험자의 책임문제에 관하여만 영국법을 준거법으로 지정한 것이라고 보는 것은 부분지정 자체에 대한 내제적인 한계(예컨대, 내적 판결의 일치의 훼손<sup>56)</sup>)를 고려할 때 바람직하지 않다고 한다.<sup>57)</sup>

또한 당사자가 달리 준거법을 지정하지 않는 경우에 보험계약의 준거법은 국제사법 제26조에 따라 객관적으로 결정될 것이므로, 실제 사용된 영국법 준거약관의 문언에 따라 ‘보험자의 책임’ 또는 보험계약에 따른 ‘모든 보상청구 및 결제’에 대해서는 영국의 법률과 관습 또는 실무가 정하는 바에 의해 결정될 것이므로 저촉법적 지정과 실질법적 지정간에 실제 큰 차이는 없을 것이라 한다.<sup>58)</sup>

한편 이 견해를 취하는 분 중 정호영 판사는 서울고등법원 1980. 8. 19. 선고 77나340 판결에 대한 평석에서 다음의 논거를 들어 우리 해상보험업계에서 사용되고 있는 영국법 준거약관을 실질법적 지정으로 이해하고 있다.<sup>59)</sup>

---

54) 석광현, 앞의 책(註 43), 197쪽.

55) 석광현, 앞의 책(註 41), 59쪽; 석광현, 위의 책, 197쪽; 석광현, 앞의 논문, 25~26쪽.

56) 하나의 사안을 구성하는 여러 부분에 대해 각각 상이한 준거법을 적용하게 될 경우 적용되는 법규들간에 모순과 충돌이 발생할 개연성이 커지게 된다. 왜냐하면 동일한 법질서 내에서는 법규들은 서로 조화를 이루고 있지만, 상이한 준거법이 적용될 경우 그의 달성이 어렵기 때문이다.

57) 석광현, 앞의 책(註 43), 197~198쪽.

58) 위의 책, 198쪽.

59) 정호영, “국제운송 보험계약”, 섭외사건의 제문제(상), 「재판자료」 제33집

정호영 판사는 그 논거로서 일본 판례를 소개한 뒤 이에 따라 채권계약의 준거법 결정에 관하여 당사자자치는 연결점이 극도로 확산되고 객관적 연결이 매우 곤란한 경우에 한정하고, 그렇지 않은 경우에는 당사자가 준거법을 선택하더라도 이를 저촉법적 지정이 아니라 실질법적 지정으로 이해하여야 한다는 당사자 자치에 대한 제한이론을 들고 있다. 이 견해에 따르면 1991년 판결에서 문제된 사안의 경우 우리법이 당해 보험계약의 객관적 준거법으로 되고, 다만 당해 보험계약에 따른 책임은 영국법상의 적하보험자의 책임으로 될 것이다. 여기서 보험 계약에 따른 책임이라 함은 보험자의 보험금 지급 책임을 의미하는 것으로 볼 수 있다.

### 3. 檢討

#### (1) 抵觸法的 指定設에 대한 檢討

영국법 준거약관에 대한 전부지정설은 영국법 준거약관의 효력을 법원에서 인정한 이상 상법상의 제척기간이나 인과관계에 관한 규정이 적용되지 않는다는 견해 등과 1991년 판결에서 나타난다. 결국 전부지정설은 준거법지정의 범위를 제한하고 있지 않으므로 보험계약의 성립, 유효성 및 보험계약으로 인한 당사자의 권리·의무의 내용을 비롯한 계약의 효력과 해석 등 계약의 실질의 문제 전부에 대하여 영국법에 의하는 것으로 된다.

그러나 해상보험계약이 당사자가 “이 보험은 영국의 법률과 관습에 따른다”고 규정하는 대신,<sup>60)</sup> “이 보험증권상 발생하는 모든 책임문제는 영국의 법률과 관습에 의하여 규율되어야 한다”는 문언을 사용하고 있으므로 명백히 당사자의 의사에 반한다는 비판이 가능하다. 그리고 1998년 판결에서 나타난 바와 같이 손해상보험증권 본문약관상 준거법약관은 적하보험에만 사용되는 것으로, 선박보험에는 ‘청구에 대한 책임 및 결제에 관하여는’이라는 제한이 없이 보험에 관한 모든 문제는 영국법에 의한다는 내용의 보험증권을 사용하고 있으므로 대법원의 이러한 해석은 주어진 문구 또는 계약 내용에 비추어 문리적으로 해석할 수밖에 없는 타당한 결과라고 생각한다. 특히 우리 해상

---

(1986), 407쪽.

60) 만약 보험계약에서 이러한 조항을 사용하였다면 대부분 저촉법정 지정설 중 전부지정설을 지지하였을 것이다.

보험업계의 실무가 “이 보험은 영국의 법률과 관습에 따른다”고 규정하고 있는 협회약관을 받아들인 것임에도 불구하고 굳이 준거법에 관한 문언을 협회약관의 그것과 달리 사용하고 있는 점에 어떤 의미를 부여하여야 할 것으로 생각된다.

또한 전부지정설은 영국법 준거약관의 결과에 따라 우리 상법의 적용이 배제되는 것은 당연하다고 하지만, 저촉법적 지정이라 하더라도 준거법 지정에도 불구하고 적용되는 법정지의 강행법규는 그 적용이 배제되지 않으므로<sup>61)</sup> 우리 상법상 그러한 규정이 있는가를 검토하여야 한다는 점에서 이 견해는 지나치게 성급하다는 비판을 면할 수 없다.

한편 문제의 적하보험증권상 ‘청구에 대한 책임 및 결제’에 관한 문구는 영국법에 의하고 그 외의 사항, 즉 보험계약의 성립, 유효성 및 해석의 문제에 관해서는 영국법을 적용할 수 없다고 하는 부분지정설에 대하여는 국제사법적인 문제점을 지적할 수 있다. 첫째는 부분지정의 결과로서 이른바 준거법의 분열<sup>62)</sup>을 인정하는 것<sup>63)</sup> 자체에 내재하는 문제이고, 둘째는 보험계약에 관한 부분지정의 범위에 관한 문제이다.

우선 전자의 점에 관하여 당사자가 채권계약의 준거법을 지정할 때, 모든 점에 있어 하나의 준거법에 따르게 하지 아니하고 계약의 성립, 효력 또는 해석에 관하여 각각 상이한 준거법에 따르도록 하는 준거법의 분열을 인정하는 것이 요즈음의 추세이나 그에는 일정한 한계가 있다. 예컨대 로마협약 제 3조 제1항은 준거법의 분열을 명시적으로 허용하나, 당사자들이 분할지정을 하는 경우 그 지정은 논리적으로 일관되어야하고 그 지정이 서로 모순 없이 상이한 법률에 의하여 규율될 수 있는 요소들에 관련되어야 한다. 당사자들이 이에 반하여 준거법을 선택하는 경우에는 준거법의 선택이 없는 것으로

---

61) 국제사법 제7조는 “입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용한다”고 하여 이러한 국제적 강행법규의 개념을 명문으로 규정한다.

62) 과거에는 계약의 성립 및 효력과 같은 이른바 계약의 실질은 단일한 준거법에 의하여 규율되는 것으로 이해하는 견해가 있었는데, 이러한 원칙을 ‘준거법단일의 원칙(principle of unity of governing law)’이라고 한다.

63) 준거법의 분열 또는 분할이 허용되는지의 여부에 관하여는 舊 섭외사법상 학설이 나뉘었으나 당사자의 이익을 존중하고, 대법원 1998. 7. 14. 선고 96다 39707 판결 등도 이를 허용한 바 있다는 점과 국제적인 흐름을 고려하여 개정 국제사법(제25조 제2항)에서는 이를 명시적으로 허용하였다.

되어 협약 제4조에 따라 준거법이 결정된다.<sup>64)</sup>

후자와 관련해서는 부분지정설을 취하더라도 무엇이 보험계약의 책임문제인지 그 범위를 확인해야 한다. 예를 들어, 고지의무위반의 유무와 그 효력에 대하여 이것이 보험계약의 실질적 성립요건 또는 유효성의 문제인지 아니면 보험자의 책임, 즉 보험계약의 효력의 문제인가를 검토하여야 하기 때문이다.<sup>65)</sup> 즉, 영국법 준거약관의 문언상 “보험계약상 책임문제”에 대해서는 해당 보험계약상 문제가 된 부분에 대하여 구체적으로 해석을 해야 할 것이다.

위의 부분지정설에 대한 지적에 대해서는 해상적하보험계약의 효력에 있어 보험자의 책임과 결제에 관해서만 영국법을 준거법으로 지정함으로써 동일한 법질서 내에 적용법규의 조화를 꾀하기 어렵다는 점에서 한편으로 이해는 되지만, 채권계약의 준거법 결정에 있어 당사자에게 그 선택을 맡기는 이상 그 범위에 대해서도 당사자에게 선택의 자유를 부여하는 것이 일관성이 있고, 또한 부분지정에 대한 당사자의 이익도 존재하므로 국제사법에서 준거법의 분열을 허용하는 추세임을 감안한다면, 로마협약에 의한 준거법 분열에 따라 논리적으로 일관성을 유지할 수 있을 것으로 보인다.

한편 저촉법적 지정설에 대한 지적으로서 준거법의 지정 문제를 들 수 있다. 즉, 국제사법에 의하여 당해 법률관계에 적용될 법으로 지정된 법을 준거법이라고 한다면, 준거법이 되는 것은 내국 또는 외국의 사법이므로<sup>66)</sup> 어느 국가의 법에 한정된다고 볼 수 있으므로 지정된 나라의 사법전체를 의미하는 것으로 특정 법률이나 특정 조항을 말하는 것은 아니다. 그러므로 준거법에는 성문법과 관습법에 포함될 수 있으나 그에 해당되지 않는 관습, 관례나 실무는 준거법이 될 수 없기 때문에 따라서 적어도 그 범위 내에서는 실질법적 지정이 될 수밖에 없다고 한다.<sup>67)</sup> 하지만 해상보험계약에 있어 영국법을 준거법으로 하는 이유에 대하여 실무적인 측면에서 접근한다면 “English law and practice”라는 문언에 대하여 “영국의 법률과 관습”이라고 해석하기보다 불가분의 문언으로 해석할 수는 없는 것인지 의문이다. 즉, 영국해상보험법을 비롯한 영국해사법의 형성과정을 보았을 때 오랜 기간 동안 해사법원에 축적

64) 석광현, 앞의 책(註 41), 64~65쪽.

65) 엄밀히 말하면, 고지의무는 계약의 청약을 한 때로부터 계약이 체결된 때까지 존재하는 데 반하여 위험의 증가에 관한 통지의무는 계약이 체결된 때로부터 종료시까지 존재한다는 점에서 구별된다(김정수, 앞의 책, 17쪽).

66) 김연·박정기·김인유, 앞의 책, 5~6쪽.

67) 석광현, 앞의 책(註 43), 198쪽.

된 해사판례와 해사관습을 중심으로 이루어졌다면 “English law and practice”는 불가분의 문언으로 결국 관습법을 포함하는 영국의 법률을 지칭한다고 볼 수도 있을 것이다.<sup>68)69)</sup>

## (2) 實質法的 指定設에 대한 檢討

실질법적 지정설에 따르면 영국법 준거약관에 의하여 당해 보험계약의 준거법이 영국법으로 되는 것은 아니고 우리 법이 국제사법에 따라 당해 보험계약의 준거법으로 된다. 당해 보험계약의 구체적인 내용은 보험증권에 기재된 협회약관이 정하는 바에 따를 것이나, 그에 열거되지 않은 사항으로서 보험자의 책임에 관한 사항은 영국법 준거약관의 결과 영국의 법률과 관습에 의하여 결정된다.<sup>70)</sup>

그러나 “당해 보험계약에 대하여 당사자가 준거법을 선택하지 않았으므로 국제사법 제26조 준거법 결정시의 객관적 연결에 따라 우리 법이 준거법이

---

68) 이와 관련하여 관습(practice)은 기존의 사실인 관습(usage)을 알기 쉽게 고친 용어로 해상보험상의 관습을 의미하며, 항상 해상보험계약을 해석하는 데 있어 중요한 역할을 하였다. Moag v. Allen(1785) 사건에서 “사실인 관습은 보험계약을 해명할 뿐만 아니라 지배할 수도 있다”고 언급하고 있으며, MIA 제 87조 제1항에서는 “해상보험계약상 법의 추정에 의해 무언가의 권리, 의무 또는 책임이 발생하는 경우에는 명시된 합의 또는 사실인 관습이 계약상 양 당사자를 구속하는 것이라면 그 사실인 관습에 의해 이것을 부정·변경할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이러한 관습(사실인 관습)의 인정여부에 대해서는 ① 확실하여야 하며, ② 통일적으로 준거되어야 하며, ③ 널리 알려져 있어야 한다고 한다. 즉 사실인 관습은 관련된 모든 당사자에게 일반적으로 충분히 알려지고, 더구나 계약은 사실인 관습을 참고로 한 후에 체결된 것이라는 추정을 시인할 정도의 상태하에 있거나 그 정도 오랜 기간 동안 존재해 있어야 한다(Mustill, M.J. & Gilman, J.C.B., *Arnould's Law of Marine Insurance and Average Volume I*, 16th ed.(London : Stevens & Sons, 1981), pp.41~49; 한낙현·김은주, 앞의 논문, 66~67쪽).

69) 여기에서 의미하는 관습(practice)과 사실인 관습(usage)은 우리말 번역에 있어 관습으로 한 것이지, 실무적으로는 우리나라의 관습법과 같은 의미를 가진다고 보여진다. 그러므로 관습법을 포함하는 의미로 영국의 법률을 지칭한다고 볼 여지도 있을 것이다. 이에 관하여는 더 많은 연구와 논의가 필요할 것이다.

70) 그러나 협회약관이 보험계약의 구체적인 내용에 관한 상세한 규정을 두고 있기 때문에 당사자가 예상하지 않았던 보험자의 책임에 관한 조항이 영국의 법과 관습에 의하여 보험계약의 내용으로 될 가능성은 매우 작을 것이라 한다(석광현, 앞의 책(註 41), 66쪽).

된다”는 실질법적 지정설은 국제사법상의 당사자자치 원칙을 배제한다는 문제가 있다. 당사자자치의 원칙은 당사자가 계약의 내용을 직접 정하는 대신에 어느 특정한 나라의 법규나 관습을 원용하여 그 법규정으로서 계약의 내용을 보충하는 이른바 실질법적 지정을 인정하는 것이 아니라, 그 계약 자체를 지배하는 준거법의 지정을 당사자의 자유의사에 맡기는 것, 즉 당사자의 의사를 국제사법상의 연결점으로 인정하는 이른바 저촉법적 지정을 말하는 것이기 때문이다.<sup>71)</sup>

그리고 실질법적 견해를 가진 정호영 판사는 ‘당사자자치는 연결점이 극도로 확산되고 객관적 연결이 매우 곤란한 경우에 한정하고 그렇지 않은 경우에는 당사자가 준거법을 선택하더라도 이를 저촉법적 지정이 아니라 실질법적 지정으로 이해하여야 한다는 당사자 자치에 대한 제한이론’을 들고 있으나, 2001년 7월 1일자로 개정된 국제사법하에서는 당사자자치를 그와 같이 제한할 근거는 전혀 없게 되었다.<sup>72)</sup> 즉, 국제사법 제25조 제4항<sup>73)</sup>에 따라 외국적 요소가 없는 순수한 국내계약의 준거법을 외국법으로 지정할 수 있음을 명시적으로 허용하되,<sup>74)</sup> 남용의 폐해를 방지하기 위하여 객관적 준거법의 강행규정의 적용이 배제되지 않도록 하고 있다.

또한 실질법적 지정설에 대하여는 국제계약에서 해상적하보험의 경우 영국의 협회적하보험약관의 조항에 따르도록 하고 있고, 우리나라 해상보험 거래에서도 해상보험의 국제적 성격과 관련하여 영국의 해상보험약관을 사용하여 보험계약을 맺고, 그 약관에 있는 준거법약관을 그대로 원용하고 있는 실정을 간과했다고 할 수 있다.<sup>75)</sup> 따라서 당해 보험계약을 출재하여 런던을 중심으로 하는 재보험시장에 재보험을 들어야 하는데 만일 원보험 계약의 준거법이 재보험업자들에게 익숙하지 않은 우리 법으로 된다면 결국 재보험을 드는데 상당한 어려움이 있게 되어 결국 해상적하보험업계의 정당한 기대에 부

71) 김연·박정기·김인유, 앞의 책, 260쪽.

72) 석광현, 앞의 책(註 43), 208쪽.

73) 국제사법 제25조(당사자 자치) ④ 모든 요소가 오로지 한 국가와 관련이 있음에도 불구하고 당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택한 경우에 관련된 국가의 강행규정은 그 적용이 배제되지 아니한다.

74) 이와 관련하여 과연 그러한 계약이 국제사법의 적용이 되는 국제계약인가에 관하여 의문이 제기될 수 있으나, 당사자가 외국법을 준거법으로 합의한 것 자체가 외국적 요소라고 할 수 있으므로 이를 긍정할 수 있을 것이다(석광현, 앞의 책(註 43), 208쪽).

75) 양승규, 앞의 논문(註 28), 69쪽.

응하지 못한다는 문제가 있을 수 있다.

그리고 부분지정설에 대하여 제기되었던 준거법의 분열을 인정하는 것 자체에 내재하는 문제와 무엇이 과연 영국법에 따라 규율되는 “보험계약상 책임의 문제”인가 라고 하는 부분에 대한 비판도 가능하다.

### 第3節 英國法 適用에 따른 法律概念 確定 問題

#### I. 序說

국제사법적 법률관계에 관하여, 영국법 준거약관에 따라 지정되는 실질사법은 국내법인 우리나라 법일 수도 있고 외국법인 영국법일 수도 있다. 그런데 준거법으로서 국내법인 법정지법을 적용하는 경우에는 통상의 국내 법률문제와 다를 바가 없으나, 그것이 외국법인 영국법인 경우에는 문제가 된다. 즉, 국제사법규정에 따라 영국법이 준거법으로 지정된 경우 법원은 그 영국법을 조사하여 그 법률개념 및 내용을 확정하는 한편 그 영국법을 해석하여 적용해야 한다.

먼저 외국법인 영국법의 성질문제가 검토되어야 하는데, 이는 소송에 있어서 중요한 의미를 갖는다. 즉, 영국법을 단순한 사실로 볼 것인가 아니면 법률로 볼 것인가는 이에 따라 소송당사자가 전적으로 영국법의 존재를 입증해야 하느냐 아니면 법원이 직권으로 조사하여 적용해야 하느냐의 문제로 귀결된다.<sup>76)</sup> 영국법을 적용해야 하는 경우에 법원이 그 영국법을 조사·확정하는 방법에 관해서는 현행 국제사법상 아무런 규정이 없다. 그러므로 당사자가 영국법을 입증하지 아니한 경우에 법원은 그에게 입증책임을 지울 수 있는가가 문제된다. 원래 입증책임은 재판에서 변론주의<sup>77)</sup>가 적용되는 결과 주요사실이 존재불명일 때 법규 不適用으로 말미암아 일방 당사자가 입게 되는 불이익을 말한다.

76) 김연·박정기·김인유, 앞의 책, 165쪽.

77) 민사소송은 여러 점에서 당사자의 지위를 강화하여 두고 있는데, 이를 당사자주의라 한다. 여기에서 당사자가 소송의 개시, 심판의 범위, 소송의 종료에 관한 결정권을 가지고 있는 처분권주의와 더불어 변론주의가 있는데, 변론주의란 당사자가 소송상 필요한 자료의 제출책임을 지는 것을 말한다.

이와 관련하여 영국법을 사실로 볼 것인가, 아니면 법률로 볼 것인가에 따라 학설이 나뉘어져 있는바 먼저 이에 관해 알아보기로 한다.

## II. 英國法의 性質問題에 관한 學說

### 1. 外國法事實說

영미 학설과 판례가 채택하고 있는 견해로서, 외국법 증명에 관한 보통법(Common Law)상의 전통적인 원칙은 외국법을 법이 아닌 사실로서 취급하는 것이었다. 즉, 외국법은 단순한 사실에 지나지 않으므로 소송상에 있어서도 하나의 사실로 취급되어 분쟁 당사자가 당해 외국법을 조사·원용하고 입증하지 않는 한 변론주의에 의하여 법원은 그 법을 조사하거나 적용할 권한이 없다는 것이 외국법사실설이다.<sup>78)</sup>

그러나 외국법도 재판에 있어서는 하나의 준칙이므로 그것을 사실로 볼 수는 없다. 또한 외국법사실설에 의하면 당사자의 원용이 없는 때에는 법원이 외국법을 직권으로 조사하거나 적용할 수 없어 통일적인 해석적용이 곤란하다는 비판을 받는다.

다만 오늘날 영미법에서도 외국법을 사실에 관한 문제로 취급하면서도 법원이 외국법을 지득하는 방법으로서 법원이 당연히 사실인정을 할 수 있는 이른바 직권조사에 유사한 재판상 確知(Judicial notice)의 이론을 발전시키고 있다. 즉, 일반적으로 외국법은 당사자가 증명하는 것이지만 경우에 따라서는 법원은 당사자가 인용하는 선례나 외국법외에 자기가 조사하여 이를 알아내거나 당사자의 협력을 얻어 이를 지득할 수 있는 방법을 써서 당사자의 입증책임의 부담을 경감시키게 되었다. 영국에서 먼저 외국법의 조사를 배심업무에서 법관의 임무로 변경하는 제정법<sup>79)</sup>이 생겼으며, 미국에서 이를 더욱 발전시켜 수정된 확지의 이론에 관한 법규 및 이론이 나타나게 되었다.<sup>80)</sup>

78) 김연·박정기·김인유, 앞의 책, 167쪽; 신창선, 앞의 책, 216쪽.

79) The British Law Ascertainment Act(1859); The Foreign Law Ascertainment Act(1861).

80) 미국에서는 1936년 통일법으로 Uniform Judicial Notice of Foreign Law Act를 제정한 이후 “法院의 確知”에 관한 통일법이 계속 나오고 있다. 그리고 1966년의 미연방 민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure for the United States District Courts) 제44조의1에 따르면, 당사자는 외국법에 관한

## 2. 外國法法律說

대륙법계 국가들의 학설 및 입법에서 채택하고 있는 견해로서 외국법은 본래 국내에서 법으로의 효력을 갖지 못하지만 국제사법의 지정에 의해 법으로서 효력이 인정된다는 것이다. 법률설은 ‘법관은 법을 안다’는 추상적 명제에서 출발하여 법·규범의 탐지의무의 수정이라는 방향에서만 외국법의 증명문제를 보는 것이다.<sup>81)</sup> 따라서 외국법도 법률이므로 법원은 직권으로 외국법을 조사해서 적용해야 하지만 당사자에게도 외국법의 내용을 입증할 수 있는 기회를 주어야 한다는 것이 외국법법률설이다.<sup>82)</sup>

원칙적으로 외국법과 국내법을 평등하게 취급하며 외국법도 법원의 직권을 적용한다는 입장이지만, 법원이 외국법을 쉽게 알 수 없기 때문에 그 증명에 당사자의 협력을 기대한다. 결국 법원은 외국법을 조사·확정함에 있어서 위와 같은 방법으로 외국법의 내용을 확정할 책무가 있으며, 법률전문가인 법관이 이를 직책상 구명하여야 할 것이므로 그것이 불명한 경우에는 직권탐지주의가 적용되어 법원은 외국법에 대한 당사자의 자백이나 합의에 구속되지 않는다.

## 3. 外國法變質說

국제사법규정에 의하여 준거법으로 지정된 외국법은 외국법으로서 효력을 갖는 것이 아니라 국내법으로 변질되거나 국내법에 편입되어 국내법 질서의 한 구성부분이 되어 적용된다는 것이 외국법변질설이다.<sup>83)</sup> 이 경우 외국법은 국내법과 같이 법원이 직권으로 조사해야 한다고 한다.

그러나 법원은 국제사법규정이 명하는 외국법을 적용해야 할 의무가 있는 것이며, 그 의무가 외국법을 외국법으로서 적용하는 것이지 외국법을 국내법

---

쟁점을 제기하려 할 경우 訴答書面에만 고지하고 입증할 필요는 없으며, 법원은 당사자의 외국법 입증여부와 관계없이 외국법을 적용할 수 있어 외국법을 법률로 취급하려는 경향을 볼 수 있다.

81) 피정현, “민사소송에서 외국법의 적용”, 「비교사법」 제13호, 한국비교사법학회(2000. 12), 816쪽.

82) 김연·박정기·김인유, 앞의 책, 168쪽; 신창선, 앞의 책, 216쪽.

83) 김연·박정기·김인유, 앞의 책, 168~169쪽.

으로 변질시키는 것이 아니다. 따라서 이 견해는 타당하다고 볼 수 없다.

#### 4. 小結

우리나라의 통설은 외국법법률설의 입장에 서 있다. 종래의 하급심판례중에는 당사자가 외국법의 존재를 증명하지 않았다는 이유로 청구를 기각한 판례<sup>84)</sup>가 있어서 외국법을 사실로 본 것으로 볼 수도 있으나, 최근의 대법원판례는 “우리나라 법률상으로는 준거법으로서의 외국법의 적용 및 조사에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 아니하나 외국법은 법률이어서 법원이 권한으로 그 내용을 조사하여야 하고, 그 방법에 있어서 법원이 합리적이라고 판단하는 방법에 의하여 조사하면 충분하고 …”라고 판시<sup>85)</sup>하여 외국법을 법률로 보고 이를 직권으로 조사해야 한다고 하고 있다.<sup>86)</sup> 외국법이 준거법으로 적용되는 것은 국제사법이 그 외국법의 적용을 명하였기 때문에 법원은 국제사법에 따라야 할 의무의 결과이지 당사자의 원용에 따를 문제는 아니다. 다만 법원이 모든 외국법을 안다는 것은 쉬운 일이 아니므로 외국법법률설을 취하면서도 당사자의 입증을 통하여 보완할 수 있는 여지를 주는 것이 타당하다고 본다. 한편 국제사법은 제5조에서 “법원은 이 법에 의하여 지정된 외국법의 내용을 직권으로 조사·적용하여야 하며, 이를 위하여 당사자에게 그에 대한 협력을 요구할 수 있다”고 규정하여 외국법법률설을 수용하고 있다.

### Ⅲ. 英國法上 法律概念 確定 問題

#### 1. 英國法上 法律概念의 不一致

국제사법규정에 따라 영국법이 준거법으로 된 경우에는 우리 법원에서 영국법을 사실로 볼 것인지 법률로 볼 것인지가 문제가 되나 현재의 입법상의 현황이나 이론상으로 볼 때 법률로 보는 것이 타당할 것이다.<sup>87)</sup>

84) 서울지방법원 1970. 7. 3. 선고 69가1435 판결; 서울고등법원 1976. 9. 10. 선고 73나1888 판결.

85) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결.

86) 우리와 마찬가지로 외국법의 적용에 관한 조문이 없는 현행 일본 민사소송학계에서도 학설이 대립하지만 외국법법률설이 주류이다.

87) 피정현, 앞의 논문, 832쪽.

한편 국내에서 영국법을 준거법으로 하여 재판을 진행할 때, 그 영국법이 정하는 개념들이 국내법에서 인정하는 개념들과 일치하지 않는다면, 개념의 의미를 어떻게 이해하고 의미를 확정하여야 할 것인가 하는 어려운 문제가 있다. 통상 법률가들은 자신이 속한 법역, 국가에서 정립된 법체계를 수용하여 법률문제들을 해결하려고 한다. 법률가가 되거나 법적 사고를 하는 것은 자신이 속한 국가와 사회에서 정립된 법체계를 이해하고 수용함으로써 가능한 것이다. 따라서 동일한 법체계 내에서 존재하는 법률가들은 개념에 대한 이해, 결론을 도출하기까지의 사고 방법이 극히 유사하다. 따라서 개별적인 법률개념들은 다른 관념과의 관련하에서 해당 법체계 하에서만 그 의미가 확정되는 것으로 보는 것이 타당하다.

실제로 국내에서 영국법을 준거법으로 하여 재판을 진행하는 경우, 다른 법체계에 존재하는 법개념들을 인용하여 적용하여야 하는 경우가 많다. 이와 같이 다른 법체계 내에서 존재하는 영국법상 법률개념을 어떻게 이해할 것인지가 문제가 되는바 이에 대한 견해에 대해 알아보고자 한다.

## 2. 法律概念 確定에 관한 見解의 對立

### (1) 국내법상 법률개념에 포함시키려는 견해

영국법상 법률개념을 국내법상 유사 법률개념에 포함시키려는 것으로<sup>88)</sup>, 재판관들이 무의식적으로 영국법의 법률개념을 국내의 법체계에 존재하는 유사개념의 뜻으로 이해하고 재판을 진행하는 경우가 있으며, 재판이 진행되는 국가의 법체계에 존재하는 유사한 개념들로 의미의 대체가 발생할 수도 있다. 그리고 법률가들은 의식적으로 영국법상의 개념들에 대하여 새로운 뜻을 부여하기도 하고, 법정지의 법률의 규정<sup>89)</sup>으로써 그 효력을 제한하는 등의 방식으로 변형을 주어 새로운 개념을 자신이 속한 법체계에 순용시키려고 시도한다. 예를 들어, 선박보험이 부보된 선박들의 충돌로 인하여 발생한 손해 배상채권에 대하여 영국법 준거규정에도 불구하고 상대선의 선박보험자에 대

88) 영국 보험법상 'privity' 개념을 우리 법상 법률개념인 '고의 또는 중과실'에 포함시키고자 한다(채동헌, "영국해상보험법상의 선박기간보험에 있어 감항능력 부재로 인한 보험자의 면책 및 추정전손에의 해당 여부에 관한 각종법리", 「대법원 판례해설」 제40호, 법원도서관(2002), 450~478쪽 참조).

89) 예컨대, 공정거래법, 외국환거래법, 대외무역법, 약관규제법 등이 있다.

하여 상법 제724조 제2항에서 정하는 직접청구권을 유추 적용할 수 있는 것 인지에 대하여 견해의 대립이 있는데, 직접청구권을 인정하자는 태도가 이에 해당할 수 있다. 또한 국제사법 제7조, 약관규제법상의 약관설명 의무가 명시 적 담보(warranty)에도 적용될 수 있다는 주장도 이에 해당할 것이다.

## (2) 국내법상 법률개념과 구별하려는 견해

영국법상 법률개념을 국내법상 법률개념과 구별하여 영국법상 고유의 개념 으로 인정하려는 것이다.<sup>90)</sup> 사실상 국내에서 영국법을 준거법으로 하여 재판을 진행하는 경우, 영국 법체계에 존재하는 법률개념들을 인용하여 적용하여 야 하는 경우가 많다. 이러한 법률개념들은 영국의 법체계 내에서 이해하고 그 본래의 의미에 따라야 할 것이지, 국내에서 적용하는 과정에서 변질되어 서는 안 될 것이다. 즉, 법원이 영국법의 법률개념 및 내용을 직권으로 조 사·적용하여야 하는데 이 경우 영국법 체계 내에서 그 법률개념 및 규정들 을 이해하고 확인하여 영국법상 고유의 개념으로 인정하여야 하며, 국내법상 유사한 법률개념이 존재한다고 하여 이를 국내법상 법률개념에 포함시켜 해석을 하는 것이 아니라, 영국법상 법률개념과 국내법상 유사 법률개념을 구 별하여 유사점과 차이점을 명확히 판단하고 구분하여야 한다. 하지만, 법관이 모든 영국법을 안다는 것은 쉬운 일이 아니므로 당사자의 입증을 통하여 보 완할 수 있는 여지를 주는 것이다.

따라서 법체계가 다른 영국법상의 특정개념을 소개하고 이를 해석·적용할 때에는 이 개념에 대하여 영국에서 이루어졌던 일반적인 논의 등에 대한 고 찰을 통해서 그 의미를 확정하여야 한다.

---

90) 영국 보험법상 'privity' 개념을 우리 법상 법률개념인 '고의 또는 중과실'과 구 별하고자 한다(최종현, "영국해상보험법상 선박의 불감항으로 인한 보험자의 면책 및 추정전손의 법리", 「보험법연구 5」(서울 : 삼지원, 2003), 61~75쪽 참조).

## 第3章 直接請求權에 관한 保險法の 適用

### 第1節 直接請求權에 대한 一般的 考察

#### I. 直接請求權의 概念

책임보험에서 피해자는 제3자로서 보험자와 아무런 관계가 없다. 즉, 책임보험이라 함은 보험자인 당사자 일방이 피보험자가 보험기간중의 약정사고로 인해 제3자에게 손해배상책임을 진 경우 이를 보상할 것을 약정하고, 그 상대방인 보험계약자는 보험료를 지급하기로 하는 계약이라고 할 수 있다.<sup>91)</sup>

그러나 책임보험계약의 이익은 궁극적으로 피해자에게 돌아가는 것이므로 보험사고로 인한 피보험자의 손해배상책임을 생겼을 때에는 피해자가 보험자에 대하여 직접 보험금을 청구할 수 있도록 하는 것이 피해자 보호를 위하여 필요하다고 할 수 있다.<sup>92)</sup> 이에 각국에서는 피해자 보호를 위한 여러 가지 방법을 강구하고 있는데 그 중에서 가장 대표적이고 우수한 제도가 바로 피해자 직접청구권이다. 즉, 책임보험계약에서 보험사고가 발생하여 피보험자가 법률상 손해배상책임을 지는 경우 피해자가 보험계약자인 피보험자를 경유하지 아니하고 직접 보험자에게 보험금을 청구할 수 있는 권리를 인정한 것이 피해자의 보험자에 대한 직접청구권이다.<sup>93)</sup> 또한 보험자는 이미 피보험자로부터 보험료를 수령하고 제3자에게 보험금을 지급할 것이 예정되어 있는 것이다.<sup>94)</sup> 그러므로 이 경우에 보험자가 제3자에게 보험금을 직접 지급한다고 하여도 피보험자에게 보험금을 지급하는 경우와 비교하여 불리할 것은 없다.

책임보험계약에서는 피해자와 보험자 간에 아무런 계약관계가 없으므로 직접적

---

91) 상법 제719조(책임보험자의 책임)에서 “책임보험계약의 보험자는 피보험자가 보험기간중의 사고로 인하여 제3자에게 배상할 책임을 진 경우에 이를 보상할 책임이 있다”고 규정하고 있지만, 이 규정은 책임보험계약을 직접 정의한 것이 아니라 동 보험계약 효과의 주된 내용을 정한 데 불과하다.

92) 김인현, 「해상법」(서울 : 법문사, 2003), 293쪽; 양승규, 「보험법」(서울 : 삼지원, 2004), 376쪽.

93) 이기수·최병규·김인현, 「보험·해상법」(서울 : 박영사, 2003), 226쪽; 채이식, 「상법 IV-보험법·해상법」(서울 : 박영사, 2001), 192쪽.

94) Steven, J. Hazelwood, *P & I Clubs - Law and Practice*(London : LLP, 1994), p.275.

인 관계는 없으며 단지 가해자의 배상책임을 통하여 간접적인 관계를 가질 뿐이므로 피해자의 보험자에 대한 법적 지위는 상대적으로 불안한 지위에 놓이게 된다. 이런 피해자의 법적 지위와 관련하여 발생될 우려가 있는 문제를 합리적으로 해결하기 위하여 피해자가 가해자를 통한 우회적인 방법에 의하지 않고 직접 보험자에게 보험금지급을 청구할 수 있도록 함으로써 당사자 간의 법률관계를 신속·확실하게 해결하여 피해자 보호라는 책임보험의 기능에 충실하도록 하고자 피해자 직접청구권을 인정하게 된 것이다. 우리 상법에서도 개정 전에는 직접청구권을 일반적으로 인정하지 않고 있었으나 1991년 개정으로 책임보험 일반에 대하여 피해자의 직접청구권을 인정하고 있다.<sup>95)</sup>

그리고 직접청구권은 손해발생과 동시에 피해자가 법의 규정에 의하여 갖는 권리로서 피보험자의 보험금청구권과는 전혀 별개이고 독립의 권리이며, 직접청구권은 피해자보호라는 사회 정책적인 이유에서 특별히 법이 인정한 것이므로 강행성을 갖는다.<sup>96)</sup>

## II. 直接請求權의 認定 根據

책임보험은 보험자와 보험계약자 사이에 체결되는 채권계약이고, 피해자는 제3자에 불과하므로 제3자인 피해자에게 귀속되는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 제3자에 불과한 피해자가 보험자에 대하여 직접 보험금청구권을 갖는다는 것은 일반계약에 있어서는 특이한 현상이므로 그 근거가 어디에 있는가 하는 것이 문제된다.

직접청구권의 인정근거에 대한 학설에는, 책임보험 본래의 성격에서 구하는 설<sup>97)</sup>, 법정효과설<sup>98)</sup>, 계약당사자의 의사표시의 효과라는 설<sup>99)</sup>이 있으나

95) 상법 제724조(보험자와 제3자와의 관계) ① 보험자는 피보험자가 책임을 질 사고로 인하여 생긴 손해에 대하여 제3자가 그 배상을 받기 전에는 보험금액의 전부 또는 일부를 피보험자에게 지급하지 못한다.

② 제3자는 피보험자가 책임을 질 사고로 입은 손해에 대하여 보험금액의 한도내에서 보험자에게 직접 보상을 청구할 수 있다. 그러나 보험자는 피보험자가 그 사고에 관하여 가지는 항변으로써 제3자에게 대항할 수 있다.

96) 고평석, 「책임보험계약법론」(서울 : 삼지원, 1990), 236~237쪽; 김성태, 「보험법강론」(서울 : 법문사, 2001), 618~619쪽.

97) 책임보험은 본래 피해자의 보호를 위한 것으로 가해자의 보호는 피해자의 만족의 반사적 효과에 지나지 않으며, 피해자는 책임보험에서의 제1차적 피보험자라고 풀이하는 데서 피해자의 직접청구권의 근거를 찾는 입장이다(양승규,

법정효과설이 다수설이다. 책임보험계약은 보험자와 피보험자간의 채권계약이고, 따라서 제3자의 권리가 당연히 발생하는 것은 아니라는 점과 피해자보호(상법 제724조 제2항 본문, 자동차손해배상보장법 등) 또는 소유자보호(상법 제725조-보관자의 책임보험)라는 정책적 관점에서 법이 특별히 제3자에게 권리를 인정하는 것으로 보는 것이 합리적이라는 측면에서 통설의 견해가 타당한 것으로 판단된다.<sup>100)</sup>

### Ⅲ. 直接請求權의 法的 性質

피해자의 보험자에 대한 직접청구권을 인정한다면, 그 권리는 어떠한 성질을 가지는 것인가가 검토의 대상이 된다. 보험자와 피해자의 법적 관계를 명확히 하려면 직접청구권 자체의 성질을 우선 파악하여야 하기 때문에 피해자가 보험자에 대하여 무엇을 직접 청구하는 것인가에 관하여 살펴볼 필요가 있다.

직접청구권의 법적 성질에 대하여는 손해배상청구권설과 보험금청구권설의 대립이 있으며, 어느 입장을 취하는지 여하에 따라 항변권 제한, 소멸시효기간, 시효기산점 등을 결정하는데 영향을 미친다.

#### 1. 學說

##### (1) 손해배상청구권설

손해배상청구권설은 피해자의 직접청구권을 보험자에 대한 손해배상청구권으로 보는 견해이며 현재 우리나라의 다수설이다.<sup>101)</sup> 이 설에 따르면 보험자는 보험계

---

앞의 책, 377쪽; 박영준, “책임보험의 직접청구권의 법적성질” 「안암법학」 제18호, 안암법학회(2004. 4), 227쪽; 서영화, “해상의 책임보험과 피해자의 직접청구권” 「한국해법학회지」 제28권 제1호, 한국해법학회(2006), 59쪽).

98) 책임보험에서 피해자의 직접청구권이 인정되는 것은 법의 규정에 근거를 두고 있다는 입장이다(김성태, 앞의 책, 618쪽; 채이식, 앞의 책, 193쪽; 정찬형, 앞의 책, 668~669쪽. 양승규, 앞의 책, 377쪽).

99) 계약당사자의 의사표시에서 피해자의 직접청구권의 근거를 찾아 피보험자에게 생긴 계약상의 효과로서의 보험금을 보험자는 피해자에 대하여 지급할 의무를 진다고 보는 입장이다(양승규, 앞의 책, 377쪽).

100) 양승규, 앞의 책, 377쪽; 박영준, 앞의 논문, 227쪽; 서영화, 앞의 논문, 59쪽.

101) 정찬형, 앞의 책, 669~670쪽; 김성태, 앞의 책, 623쪽.

약자인 가해자의 손해배상채무를 중첩적으로 인수한 것으로 보고 보험계약자의 채무와 보험자의 채무는 연대채무관계에 있어 본질적으로 같은 것으로 보아, 피해자의 보험자에 대한 직접청구권도 구체적으로는 손해배상청구권이라고 본다. 이러한 입장에서는 직접청구권을 준불법행위적 성격을 갖는 것으로 보고 있다.<sup>102)</sup> 이는 프랑스의 학설·판례<sup>103)</sup>의 입장이며, 명문으로 제3자와 보험계약자인 가해자는 연대채무를 부담하고 제3자의 직접청구권의 소멸시효기간과 그 기산점을 피보험자에 대한 손해배상청구권과 동일시하고 있는 독일에서 통설이다. 즉 독일에서도 보험자를 보험계약자의 연대채무자로 규정하고 있어, 보험자는 가해자의 손해배상채무를 인수한 것으로 보고, 가해자의 채무와 보험자의 채무는 본질적으로 같은 것으로 이해하고 있다.<sup>104)</sup>

일본 판례에서도 “자동차손해배상책임보험법 제16조 제1항의 청구권의 법적 성질은 법의 특별한 규정에 의해 생긴 특별한 법정청구권으로서 피해자가 보험회사에 대하여 가지는 손해배상청구권이고, 보험금청구권의 변형 내지는 이에 준하는 권리가 아니므로 보험사회의 피해자에 대한 손해배상채무는 상법 소정의 상행위로 인한 채무에는 해당되지 아니한다.”고 하여 손해배상청구권설을 취하고 있다.<sup>105)</sup>

## (2) 보험금청구권설

보험자의 입장을 중시하여 직접청구권은 피보험자가 보험자에 대하여 가지는 보험계약에 의한 보험금청구권이라는 설이다. 그런데 이러한 주장에는 근거가 서로 다른 3가지 학설이 있다.

첫째 견해는 책임보험계약의 법적 구조를 ‘제3자를 위한 보험계약’으로 보아, 피해자(제3자)가 실질적인 피보험자이고, 가해자는 보험계약자이자 형식적인 피보험자이기 때문에 피해자가 보험자에 대해 가지는 직접청구권은 피해자가 피보

102) 정진옥, “직접청구권의 소멸시효기간과 그 기산점” 「상사판례연구」 제7권, 한국상사판례학회(1996), 176쪽; 박영준, 앞의 논문, 230쪽.

103) 1939. 3. 28. 프랑스 대법원(Cour de Cassation) 판결. 비록 사고 피해자의 보험자에 대한 訴權은 가해자와 보험자간의 보험계약의 존재를 전제로 하며, 그 계약의 범위에서 행사할 수 있는 것에 불과하지만 그것은 법률에 의하여 피보험자가 책임질 사고로 야기된 손해배상청구권을 기초로 인정되는 것이다 (박영준, 앞의 논문, 230쪽).

104) 고평석, 앞의 책, 235쪽.

105) 정진옥, 앞의 논문, 177쪽.

협자로서 가지는 보험금청구권으로 파악하는 것이다.<sup>106)</sup>

둘째 견해는 직접청구권은 법률의 규정에 의하여 피해자에게 인정된 보험청구권이라는 입장이다. 이에 따르면 책임보험계약에서 보험자는 보험계약자로부터 소정의 보험료를 받고 피보험자가 제3자에게 배상책임을 질 사고로 입은 손해를 보상할 것을 약정한 것이지 그 제3자의 채무를 인수한 것은 아니기 때문에 직접청구권의 성질을 손해배상청구권으로는 볼 수 없다고 한다.<sup>107)</sup>

셋째 견해로는 제3자가 가지는 권리는 피보험자의 보험금청구권을 대위행사하는 것이라는 학설이다. 이 견해에 따르면 보험자와 피해자 간에는 위법행위에 의한 법률관계는 아니므로, 손해배상청구권을 행사하는 것은 아니고, 단지 법률의 규정에 의하여 피보험자의 권리를 대위하여 행사하는 것일 뿐이라고 한다.<sup>108)109)</sup>

영국에서는 1930년 (보험자에 대한)제3자 권리법[Third Parties (Rights against Insurers) Act 1930]에서 제3자가 피보험자의 보험금청구권을 보험자에게 대위행사 할 수 있다고 규정하고 있다.

## 2. 判例

1991년 상법개정으로 직접청구권이 인정된 이래, 직접청구권의 성질에 대한 대법원의 태도는 일관된 입장을 가지지 못하고 상당한 변천과정을 거쳤다. 초기에 대법원판례는 보험금청구권설을 취했었다.<sup>110)</sup> 이후 대법원은 태도를 바꾸어 직접청구권의 성질을 손해배상청구권으로 보고 보험자의 지위를 손해배상채무를 병존적으로 인수한 것으로 이해하였다.<sup>111)</sup> 그러나 그 후 다시 대법원은 직접청구권의 성질을 보험금청구권설로 이해하듯이 판결을 내려<sup>112)</sup> 대법원의 견해에 대한 혼란을 일으켰고 곧이어 다시 입장을 바꿔 손해배상청구권설로 돌아와 그 성질이 손해배상채무의 병존적 인수라고 밝히는 등<sup>113)</sup> 대법원 판례는 일관된 입장을 보이

106) 박영준, 앞의 논문, 231쪽.

107) 양승규, 앞의 책, 376~377쪽.

108) 채이식, 앞의 책, 193쪽; 고평석, 앞의 책, 236쪽.

109) 한편 자동차손해배상보장법상의 강제책임보험에서의 직접청구권은 손해배상청구권으로 보고, 임의책임보험에서의 직접청구권은 보험금청구권으로 보는 절충설의 입장도 있다(장경환, “책임보험에서의 제3자의 직접청구권”, 『보험법연구 4』 (서울 : 삼지원, 2002), 169~171쪽).

110) 대법원 1993. 4. 13. 선고 93다3622 판결.

111) 대법원 1993. 5. 11. 선고 92다2530 판결.

112) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다4424 판결.

지 못하다가 이러한 입장은 최근까지 손해배상청구권설로 입장이 정리된 듯하다.

### 3. 小結

위의 학설 중 손해배상청구권설을 따르는 것이 피해자인 제3자를 두텁게 보호할 수 있는 장점이 있음을 부인할 수 없다. 즉 손해배상청구권설에 의하는 경우 소멸시효기간은 3년으로 보험금 청구권 소멸시효기간인 2년보다 더 길며, 보험자의 항변사유도 상대적으로 좁은 범위로 제한된다. 그러나 비록 책임보험에서 피해자 보호기능의 중요성이 더욱더 강조된다고 하더라도 이는 적절한 한도에서 멈춰야 할 것이며, 당사자의 의사표시를 분석하여 보더라도 책임보험은 보험사고로 피보험자가 입을 손해를 보험자가 전보하여 주는 것을 내용으로 하는 것이지 피해자인 제3자를 위한 보험이라고 보는 것은 지나치게 당사자의 의사를 왜곡하고 있는 것임을 지적하지 않을 수 없다.

## 第2節 海上保險契約上 直接請求權에 대한 比較法的 考察

### I. 序說

해상보험계약이란 해상사업에 관한 사고로 인하여 생길 손해를 보상할 것을 목적으로 하는 손해보험으로<sup>114)</sup> 해상보험을 피보험이익 또는 보험의 목적에 따라

113) 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다17544 판결 “ 1991년 개정 상법 제724조 제2항에 의하여 피해자에게 인정되는 직접청구권의 법적 성질은 보험자가 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 것으로서 피해자가 보험자에 대하여 가지는 손해배상청구권이라 할 것이고 …”; 대법원 2000. 12. 8. 선고 99다37856 판결 “책임보험에 있어 상법 제724조 제2항의 규정에 의하여 인정되는 피해자의 보험금 직접청구권의 법적 성질은 보험자가 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 것으로서 피해자가 보험자에 대하여 가지는 손해배상청구권인 점에 비추어, 보험자가 피보험자에게 보험금을 지불하지 아니하고 직접 피해자에게 그 손해를 보상하였다면 이는 위와 같이 보험자가 병존적으로 인수하여 부담하는 피해자에 대한 자신의 손해배상채무를 변제할 의사로 한 것이라고 보아야 할 것이지, 타인의 채무인 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 변제할 의사로 한 것이라고 볼 것은 아니다”라고 판시하였다.

114) 상법 제693조(해상보험자의 책임) 해상보험계약의 보험자는 해상사업에 관한 사고로 인하여 생길 손해를 보상할 책임이 있다.

분류할 경우 선박 자체를 목적으로 하는 선박보험, 적하를 보험의 목적으로 하는 적하보험, 선박소유자가 선박사고로 말미암아 제3자에게 부담하는 인적·물적 손해배상책임을 전보하는 보험(편의상 ‘해상책임보험’이라고 부른다) 등으로 나누어 지는데 해상책임보험은 이 중 선박소유자의 손해배상책임을 보험의 목적으로 하는 해상보험을 말한다.<sup>115)</sup> 즉, 해상책임보험은 해상사업과 관련된 사고로 인하여 생길 선박소유자의 손해배상책임을 보상할 것을 목적으로 하는 보험이다.<sup>116)</sup>

해상보험을 역사적으로 고찰해보면 초기의 해상보험은 선주들의 선박보험, 화주의 적하보험을 중심으로 발달해 왔는데, 이 해상책임보험 영역은 그 초창기에 로이즈 등 영국 내 영리보험자들이 선박소유자들이 부담하게 될 손해배상책임에 대해서 보험인수를 거부하거나 고액의 보험료를 요구하였기 때문에 선박소유자들이 자신들 스스로 영리보험이 담보해주지 않는 위험에 대해 상호구제를 목적으로 만든 일종의 공제조합인 선주책임상호보험조합(Protection & Indemnity Club : 이하 P&I Club이라 함)을 중심으로 발전해 왔다.<sup>117)</sup>

그 결과 해상책임보험은 다분히 선주들에게 유리한 독특한 내용을 가지게 되었는데, 그 대표적인 것이 바로 선지급원칙(pay to be paid rule or pay first clause)이다. 그런데 해상책임보험 영역에서의 선지급원칙은 피보험자가 피해자에게 손해배상을 한 이후에만 보험자에게 보험금청구를 할 수 있다는 것이기 때문에 오늘날 일반적인 책임보험 영역에서 인정되는 피해자의 직접청구권과 양립하기는 힘들다.

현재 국내보험회사들은 해상의 책임보험들 중 상대선 및 자선의 선원들의 인사사고로 발생하는 손해배상책임으로 인한 위험을 담보하는 보험을 인수하지 않고 있으며, 이들 위험은 외국의 P&I Club들이 인수하므로 상법이 적용될 여지가 없어 보인다는 주장이 일반적이거나 P&I Club 역시 해상책임보험이라 할 수 있고 현재 우리나라에서도 1999년 2월 5일 선주상호보험조합법이 공포되고, 이를 근거로 2000년 1월 26일 한국 P&I Club이 설립되어 운영 중에 있다. 한국 P&I

---

115) 양승규, 앞의 책, 289쪽; 서영화, 앞의 논문, 47쪽.

116) 그 외에 운임보험, 희망이익보험, 선비보험 등은 실무상 빈번하게 이용되지 않고 있고, 나아가 유류오염책임보험은 매우 중요한 책임보험이기는 하나, 이를 인수하는 국내 보험자가 없고 모두 외국의 보험자가 인수하여 국내 보험자가 없고 모두 외국의 보험자가 인수하여 상법이 적용될 여지가 없으므로 이들 보험에 대하여는 이곳에서 언급을 생략하기로 한다(서영화, 위의 논문, 47쪽).

117) 박영준, “해상책임보험에서 피해자의 직접청구권에 관한 고찰”, 『중앙법학』 제5집 제1호, 중앙법학회(2003. 7), 37~38쪽.

Club의 보험계약규정상의 담보범위도 국제그룹 회원조합의 보험계약규정과 거의 동일하다는 점에 비취봤을 때 논의의 실익이 있다고 생각된다.<sup>118)119)</sup>

따라서 양자의 관계를 어떻게 볼 것이냐 하는 문제가 제기되는 바, 이하에서는 우리 보험법과 영국 보험법상 피해자 직접청구권에 대한 규정을 비교함으로써 해상책임보험 중 선박보험의 충돌배상책임약관, P&I 보험 영역을 중심으로 선지급 원칙과 관련하여 피해자에게 보험자에 대한 직접청구권을 인정할 것인가의 여부에 대하여 고찰하고자 한다.

## II. 우리 保險法상 被害者 直接請求權

우리 상법 제724조 제2항은 “제3자는 피보험자가 책임을 질 사고로 입은 손해에 대하여 보험금액의 한도내에서 보험자에게 직접 보상을 청구할 수 있다. 그러나 보험자는 피보험자가 그 사고에 관하여 가지는 항변으로써 제3자에게 대항할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 조항은 1991년 상법 개정시에 추가된 것으로, 이것은 선의의 제3자를 보호하기 위한 정책적인 이유에서 허용된 것이다.

한편 상법 제724조 제1항은 “보험자는 피보험자가 책임을 질 사고로 인하여 생긴 손해에 대하여 제3자가 그 배상을 받기 전에는 보험금액의 전부 또는 일부를 피보험자에게 지급하지 못한다”는 선지급원칙을 규정하여 있다. 이러한 선지급원칙은 선박보험의 충돌배상책임약관과 P&I Club의 보험계약규정에 모두 규정되어 있다.

### 1. 先支給原則에 따른 問題

해상책임보험은 그 법적 성질이 해상보험인 동시에 책임보험이다. 따라서 해상책임보험의 피보험자에게 해상사고에 기인한 손해를 입은 피해자가 우리 상법 제724조 제2항의 직접청구권을 주장하여 해상책임보험자 즉 보험회사, P & I Club

118) 박영준, 앞의 논문(註 117), 37~38쪽.

119) 특별법에 근거한 P&I Club을 보험으로 볼 것인가 아니면 공제로 볼 것인가가 문제될 수 있으나 선주상호보험조합법 제2조에서 동 보험을 상호보험이며 손해보험이라고 명시하고 있어 당연히 보험으로 보아야 할 것이고, 영국해상보험법에 의해서도 동 보험은 해상보험의 일종으로 규정되어 있다.

에게 직접 자신의 손해배상을 청구할 수 있을 것인가가 문제된다. 해상책임보험의 성질이 책임보험인 것을 감안하면 피해자의 직접청구는 당연히 가능하다고 보아야 할 것이나, 현실적으로 해상책임보험의 담보범위에 해당하는 해상사고가 발생한 경우 피해자가 가해자의 보험자에게 자신의 손해를 보상해 달라고 직접 보험금을 청구한다면 보험자는 피해자의 청구에 응하지 않을 것이다. 그 이유는 해상 책임보험에 특유한 규정인 보험금 지불에 대한 선지급원칙, 즉 피보험자가 피해자에게 먼저 손해배상금을 지급한 이후에만 해상책임보험자가 피보험자에게 보험금을 지불한다는 원칙 때문이다.

이 선지급 원칙은 원래 영국의 해상보험관행에서 나온 것으로 협회선박기간보험약관(Institute Time Clauses-Hulls; ITCH) 제8조와 협회선박항해보험약관(Institute Voyage Clauses-Hulls; IVCH) 제6조의 충돌배상책임약관, 영국의 P&I Club을 포함한 국제그룹의 P & I Club의 보험계약규정에 모두 규정이 되어 있다.<sup>120)</sup>

우리나라에서도 선박보험의 충돌손해배상책임담보 특별약관의 제1조 제1항<sup>121)</sup>과 한국 P&I Club의 보험계약규정 제44조 제4항<sup>122)</sup>에도 명문의 규정이 있다. 더욱이 한국 P&I Club의 보험계약규정은 한걸음 더 나아가 “조합원에게 손해배상금을 청구할 제3자의 조합에 대한 직접청구는 인정하지 아니 한다”는 명문의 규정(보험계약규정 제43조 제4항)을 두어 직접청구권의 인정여부에 대한 논란의 여지를 막고 있다.<sup>123)</sup>

그러나 해상책임보험의 법적 성격이 책임보험임을 감안하면 과연 해상책임보험에 이러한 예외를 인정하는 것이 가능할 것인지는 고찰해 볼 필요가 있다. 더구나 해상기업 중에는 單船會社(one-ship company)인 경우가 많아 대형 해상사고인 경우 선박회사가 파산할 가능성이 아주 높아서 이러한 피해자의 직접청구권의

120) UK Club 보험계약규정 제5조 A호; Britannia Club 보험계약규정 제5조 제1항; The Steamship Mutual Club 보험계약규정 제15조 (a)호; Gard Club 보험계약규정 제87조 제1항; 일본P & I Club 보험계약규정 제43호.

121) 충돌손해배상책임보험담보 특별약관의 제1조 제1항 : “우리 회사는 보험증권에서 기재된 선박이 다른 선박과 충돌한 결과 부담하게 된 법률상의 손해배상으로 확정판결 또는 회사의 서면동의에 따라 일정금액을 타인에게 현실적으로 배상한 경우에는 … 보험가입금액에 대한 비율로 보상하여 드립니다.”

122) 한국 P&I Club의 보험계약규정 제44조(보험금의 지급) 제4항 : “조합은 조합원이 손해배상금 및 비용을 전부 지급하고 당해 사건을 종결한 때에 보험금을 지급한다. 단, 이사회회의 승인을 득한 경우에는 그러하지 아니하다.”

123) 박영준, 앞의 논문(註 117), 49쪽.

인정여부는 피해자 보호에 매우 중요한 문제가 된다.<sup>124)</sup>

따라서 아래에서는 해상책임보험의 보험자에 대한 제3자의 직접청구권의 인정 여부에 대해 상세히 고찰하기로 한다.

## 2. 學說과 判例

해상책임보험의 보험자에 대한 제3자의 직접청구권의 인정여부에 대해서는 그동안 국내에서 별로 논의되지 않았고, 또한 얼마 되지 않는 기존의 논의 또한 모두 P&I Club에 관한 학설들이었다. 따라서 아래에서는 P&I Club에서 보험자에 대한 제3자의 직접청구권의 인정여부에 대한 학설 대립 및 판례를 살펴해보도록 하겠다.

### (1) 직접청구권 부인설

P&I Club에는 제3자의 직접청구권은 인정되지 않는다는 학설이다. 그 주장의 근거는 다음과 같다.

첫째, P&I Club은 피보험자의 지위와 보험자의 지위가 대등한 기업보험이므로 상법 제663조의 ‘해상보험 기타 이와 유사한 보험’에 해당한다고 보아, 보험계약 규정이 피보험자에게 불이익하게 규정되었다 하더라도 상법 제633조의 불이익변경금지규정에 위반된다 할 수 없으므로 한국 P&I Club 계약규정상의 제3자 직접청구권에 관한 규정을 무효로 볼일은 아니라고 한다.<sup>125)</sup>

둘째, 책임보험의 제3자에게 직접청구권을 인정하지 않는 것은 공서양속에 반하는 규정이 아니냐는 논란이 있을 수 있으나 P&I Club은 손해를 서로 간에 보상해주기로 조합원간에 상호 합의한, 즉 자신이 피보험자이기도 한 상호보험이기 때문에 공서양속에 반한다고 볼 수 없다고 한다.<sup>126)</sup>

---

124) 이와 같은 이유로 세계적으로도 유류오염손해에 관한 1969/1992년 민사책임협약(International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969/1992 : CLC) 제7조에서는 일정톤수 이상의 선박에 대한 강제보험제도의 도입과 피해자의 보험자에 대한 직접청구권을 인정하고 있다. 우리나라의 유류오염손해배상보장법에서도 제14조 제1항에서 보험을 포함한 유류오염손해배상보장계약을 강제하고 있고, 제16조 제1항에서 피해자의 보험자에 대한 직접청구권을 명문으로 인정하고 있다(박영준, 앞의 논문(註 117), 49쪽).

125) 문병일, “한국 P&I 클럽의 특질과 발전방안”, 한국해법학회 2000년 가을철 정기학술발표회 발표자료(2000. 12), 16쪽; 박영준, 위의 논문, 50쪽.

## (2) 직접청구권 인정설

피해자의 직접청구권의 법적 성질을 손해배상청구권으로 보는 경우 보험자는 피해자에 대한 손해배상 채무를 피보험자와 함께 병존적으로 인수한 것이므로 피해자의 직접청구권을 인정할 수 있다는 견해이다.<sup>127)</sup> P&I Club은 선주의 오염사고 등을 보상하는 책임보험이므로 오염피해를 입은 어민들은 P&I Club을 통하여 직접 보험금 청구가 가능하다고 한다. 예컨대, 영세한 선주가 오염사고를 일으키고 도산한 경우에는 피해자는 책임보험자인 P&I Club에 직접 청구를 하여 손해배상을 받을 수 있다고 한다. 그러나 직접청구권인정설도 유류오염 이외의 사고에 대해서는 명확한 입장을 표하고 있지 않고 있다.

## (3) 판례

우리나라의 대법원 판례 중에는 해상책임보험의 보험자에 대한 제3자의 직접청구권의 인정여부에 대해 문제된 적이 없었다. 다만 최근의 하급심판례<sup>128)</sup>에서는 '선박보험의 충돌배상책임약관'과 '선박공제의 충돌배상책임담보특별약관'에 관련된 피해자의 보험금 직접청구가 문제되었다.<sup>129)</sup>

---

126) 미국의 경우 영국과 달리 피해자가 법률에 의하여 P & I Club에 직접청구권을 행사하는 경우 Pay First Clause의 규정은 공서양속에 어긋나는 것으로 강제할 수 없다고 판시함으로써 Pay First Clause를 이용하여 항변하는 것을 허용하지 않는 것이 일반적인 판례의 태도라고 한다(박영준, 앞의 논문(註 117), 58쪽).

127) 김인현, 「해상법연구」(서울 : 삼우사, 2002), 56~57쪽; 김인현, 앞의 책(註 92), 297~299쪽.

128) 서울지방법원 2002. 7. 5. 선고 2001가합36981 판결.

129) 이 사건의 사실관계는 어선인 제72 영광호(선장 갑)는 유한회사 대양해운 소유의 모래운반선 제101대양캐리어호의 과실로 해상에서 충돌하여 침몰하고, 선장 甲 등은 사망하였다. 선장 甲의 유가족은 유한회사 대양해운에 대해서 손해배상청구 소송을 제기하였고, 또한 가해선박의 선박보험을 인수한 LG화재해상보험(주)와 선박공제를 인수한 한국해운조합에 대해서도 책임보험 직접청구권에 근거하여 보험금의 지급청구를 구하였다. 이에 대하여 LG화재해상보험(주)와 한국해운조합은 당해 선박보험과 선박공제의 보험약관에 선지급원칙이 명기되었으며 또한 영국법을 준거법으로 하기로 약정하였으므로 영국법에 의하면 보험계약의 내용으로서 위와 같은 선지급원칙이 약관에 포함된 경우에는 제3자의 직접청구권은 인정되지 아니한다고 항변하였다.

이 판결에서 재판부는 피해자의 보험금 직접청구에 대한 보험회사의 선박보험의 충돌배상책임약관의 선지급원칙에 근거한 항변에 대하여 “...(선지급규정에 관해) 위 약관의 규정은 보험자와 피보험자 사이의 보험금지급절차에 관한 것일 뿐 보험금 지급채무의 존부에 관한 것은 아니므로 이를 가지고 보험자가 직접청구권자인 제3자에게 대항할 수 없다고 할 것이다”라고 하여 선지급원칙을 보험자와 피보험자 사이의 항변사유로는 인정하지만, 보험자의 제3자의 직접청구에 대한 항변사유로 인정하지 않음으로써 제3자의 보험자에 대한 직접청구권을 인정하고 있다.

#### (4) 소결

부정설의 견해에 대해 상법 제663조는 ‘피보험자 또는 보험계약자’에게 불리하게 변경하지 못하도록 한 것에 불과하고 피해자는 보호대상이 아니기 때문에 불이익변경금지규정에 위반이 아닌 것이지, ‘해상보험 기타 이와 유사한 보험’이기 때문에 불이익변경금지규정에 위반이 아닌 것이 아니라고 생각한다. 아울러, 개정된 상법 제663조에 따라 해상보험에서의 불이익변경금지는 해당되지 않으므로 논점자체가 되지 않는다.

또한 공서양속에 반하느냐 아니냐고 다투는 부분은 P&I Club의 책임보험으로서의 3각 관계 중 보험자와 피해자사이의 직접청구권관계에 관한 논의이지 보험자와 피보험자 간의 보험관계가 공서양속에 반한다는 주장은 아니라고 생각되며 따라서 이러한 주장은 옳지 않다고 생각한다.

판례 또한 선지급원칙을 보험자와 피보험자 사이의 항변사유로 인정하지 보험자의 제3자의 직접청구에 대한 항변 사유로 인정하지 않음으로써 제3자의 보험자에 대한 직접청구권을 인정하고 있는 것으로 보아 긍정설이 타당하다고 생각한다.

### Ⅲ. 英國法上 被害者 直接請求權

#### 1. 序說

해상보험에서는 연혁적, 현실적 이유에서 영국의 법률과 관습은 대단한 중요성을 가진다. 우리나라의 선박을 대상으로 하는 해상보험의 경우에도 영국의 보험

회사 또는 P & I Club과 보험계약을 체결하는 경우가 대단히 많고, 이 경우 앞에서 살펴보았듯이 그 보험약관들은 준거법을 영국법으로 명시한 준거법조항을 인쇄한 형태로 되어 있으며 우리나라의 판례는 이의 효력을 인정하고 있다. 또한 우리나라의 보험회사와 계약을 체결하는 경우에도 이러한 영국법 준거조항이 계약약관에 포함되는 경우가 자주 있는 실정이다. 따라서 아래에서는 해상책임보험의 직접청구권과 관련된 영국의 법률과 판례들에 관하여 알아보기로 한다.

## 2. 1930年 保險者에 대한 第3者 權利法

### (1) 설립배경 및 내용

영국의 전통적인 common law에 의할 경우 피해자(제3자)는 책임보험계약의 당사자가 아니었다. 따라서 책임보험계약에 가입한 피보험자로부터 손해를 입은 피해자에게는 자신에게 손해를 가한 가해자가 가입한 책임보험계약에 기한 배상을 보험자에게 청구할 아무런 권리도 인정되지 않았었다.<sup>130)</sup> 그러한 결과 가해자가 지급불능 또는 파산하는 경우 피해자는 가해자의 위법행위로 발생한 자신의 손해를 안전하게 배상 받을 수 있는 방법이 없었다.

20세기초 당시 급속히 증가하는 자동차에 의해 피해를 입는 선의의 사람들이 증가하게 되자, 피해자의 가해자에 대한 열악한 지위에서 이들을 보호하기 위한 사회적 방법이 필요하게 되었고,<sup>131)</sup> 이는 영국에서 1930년 보험자에 대한 제3자 권리법[Third Parties(Rights against Insurers) Act 1930](이하 “제3자법”이라고 한다)의 제정으로 현실화되었다.<sup>132)</sup> 이 법은 피보험자의 지불이 불능으로 된 경우 또는 기타 특정의 경우에 있어서 보험자에 대한 피보험자의 권리를 제3자에게 주기 위한 법이다. 이 법의 특징은 보험자에 대한 직접청구권을 자동적으로 제3자에게 주는 것은 아니라는 것이다. 즉 동법은

---

130) MacGillivray & Parkington, *Insurance Law*, 7th ed.(London : Sweet & Maxwell, 1981), p.825.

131) 이는 1993년 개정상법이 제3자의 직접청구권을 명문으로 인정하기 전부터 자동차손해배상보장법이 피해자의 보험자에 대한 직접청구권을 명시적으로 규정하고 있었던 것과 맥을 같이 하고 있다고 볼 수 있다.

132) 제3자법은 모두 5개의조항으로 구성된 비교적 짧은 제정법으로서, 영국의 해상보험법저서 중 가장 널리 참조되는 책중의 하나인 Templeman on Marine Insurance 509쪽 이하에 전문이 수록되어 있다.

배상청구권 자체를 제3자에게 새로 인정해주는 것은 아니고, 피보험자가 보험자에 대하여 보험계약에 기하여 가지고 있는 권리를 제3자가 대위행사 할 수 있는 효과를 주는 것이다.<sup>133)</sup> 이러한 제3자법은 해상의 책임보험에도 그대로 적용되는 법이다.

## (2) 직접청구권 행사의 요건

먼저 제3자법하에서 피해자인 제3자가 직접청구권을 행사하기 위한 요건은 우리상법상의 요건보다 훨씬 강화되어 있다. 제3자법에 의하여 피해자(제3자)가 보험자에게 직접청구권을 행사하기 위해서는 아래와 같은 요건을 갖추어야 한다.<sup>134)</sup>

첫째, 피보험자와 보험자와의 사이에 제3자에 대한 배상책임을 부담하는 유효한 보험계약이 존재하고 있어야 한다(법 제1조 제1항). 이때 그 보험계약은 반드시 책임보험계약일 필요는 없다.<sup>135)</sup>

둘째, 제3자에 대한 배상책임이 그 보험계약의 담보범위 내이어야 한다.

셋째, 우리상법은 가해자의 파산여부에 관계없이 피해자는 가해자의 보험자에게 보상을 청구할 수 있도록 규정하고 있으나 제3자법은 가해자가 개인인 경우 파산, 화의<sup>136)</sup>되거나(in the event of the insured becoming bankrupt or making a composition or arrangement with his creditors), 회사이면 청산절차, 법정관리, 파산 등의 절차가 시작된 경우에만 직접청구권을 행사할 수 있도록 제한하고 있다(법 제1조 제1항).<sup>137)</sup> 이와 관련하여 유의할 점은 피보험자의 청산절차 등이 완전히 종료되어 피보험자의 책임의 존부 및 범위를 입증할 방법이 없는 경우에는 제3자법의 적용이 부정되어 피해자가 직접청구권을 행사할 수 없다.<sup>138)</sup>

133) 서영화, 앞의 논문, 52~53쪽; 박영준, 앞의 논문(註 117), 53쪽.

134) 박영준, 위의 논문, 53~54쪽.

135) MacGillivray & Parkington, *op. cit.*, p.826.

136) 제3자법상의 “composition or arrangement with the creditors”란 주로 채무자가 부도가 난 상태에서 채권자들과 채무의 일부를 변제함으로써 모든 채무를 면제 받는 제도를 뜻하는 것이며, 우리법상 화의제도가 가장 유사한 것으로 판단되어 화의라고 해석하였다(서영화, 앞의 논문, 52쪽).

137) R.J. Lambeth, *Templeman on Marine Insurance*, 6th ed.(London : Pitman, 1986), p.509.

138) Re Allobrogia SS Corp [1978] 3 ALL ER 423 (P&I) 판결참조.

넷째, 제3자법은 직접청구권의 행사로 피보험자의 보험금청구권이 피보험자로부터 피해자에게 이전·귀속된다(“... be transferred to and vested in the third party”)는 점을 명시적으로 규정하고 있다(법 제1조 제1항).<sup>139)</sup> 즉 피해자의 직접청구권은 피보험자의 권리가 이전된 것이므로 보험자는 피보험자에 대한 항변권을 가지고 피해자에게 대항할 수 있는 것이다.

### 3. 判例

선박보험에 관한 협회선박기간보험약관(ITCH) 제8조와 협회선박항해보험약관(IVCH) 제6조의 충돌배상책임약관<sup>140)</sup>, 그리고 영국의 P & I Club들의 보험계약 규정(Rules)에는 모두 선지급원칙이 규정되어 있다. 그러나 영국 내에서도 제3자법이 인정한 제3자의 직접청구권과 관련하여 선지급원칙은 그 유효성에 대한 도전을 받고 있다. 해상책임보험의 직접청구권에 관한 판례는 대부분 P&I Club과 관련된 것들이었다. 그러나 선박보험의 충돌배상책임약관에 대해서도 P&I Club에 대한 판례의 태도가 마찬가지로 적용될 수 있을 것임은 명백하다.<sup>141)</sup>

제3자법은 강행법의 성질을 가지고 있기 때문에<sup>142)</sup> 영국에서의 판례는 대부분 제3자의 직접청구권에 대해서 보험자가 선지급원칙을 이유로 항변할 수 있는가라는 것에 논의가 집중되었다. 이와 관련해서는 영국에서 여러 판례가 다양한 판결을 보여주고 있다.<sup>143)</sup> 판례의 추이를 살펴보면 다음과 같다.

#### (1) Post Office v. Norwich Union Fire Insurance Society Ltd.(1967) 사건

139) R.J. Lambeth, *op. cit.*, p509.

140) 세계적으로 선박보험의 표준 증권 및 약관으로 사용되고 있는 이 충돌배상책임약관에 의하면 보험자는 피보험선박이 다른 선박과 충돌하여 그 결과 ① 다른 선박과 다른 선박에 적재된 재물의 멸실 또는 손상, ② 다른 선박과 다른 선박에 적재된 재물에의 지연 및 사용이익의 상실, ③ 다른 선박과 다른 선박에 적재된 재물에 관한 공동해손, 임의구조료 또는 계약상의 구조료 등에 대해 피보험자가 법적 배상책임을 지고 손해배상금으로 타인에게 지급한 금액 중 4분의 3을 피보험자에게 보상하여 주는 것으로 되어있다.

141) Donald O'May & Julian Hill, *Marine Insurance-Law and Policy*, (London : Sweet & Maxwell, 1993), p.224.

142) 제3자법 제1조 제3항 : “직접적(directly)이든 간접적(indirectly)이든 불문하고 피보험자의 지급불능 시에 보험계약을 회피하거나 또는 보험증권상 당사자들의 권리를 변경하고자 하는 보험증권상의 어떠한 규정도 무효이다.”

143) 박영준, 앞의 논문(註 117), 55~58쪽; 서영화, 앞의 논문, 55~58쪽.

이 사건에서 항소법원의 Harman판사는 “제3자는 하나만 선택할 수는 없다 (the third party cannot pick out one bit - pick out the plums and leaves the duff behind)”고 판시하였다. 즉, 제3자는 제3자법에 의하여 피보험자의 보험금청구권을 대위행사하기 위해서는 피보험자의 보험계약규정상 의무도 같이 부담하여야 한다. 따라서 이 판례에 의하면 보험자인 P & I Club은 피보험자가 직접 보험금을 청구하는 경우에 취할 수 있는 모든 항변수단으로 제3자에게도 대항할 수 있다고 보아야 하며, 따라서 보험자는 제3자법에 의한 피해자의 직접청구에 대하여 보험계약규정상의 선지급원칙을 항변사유로 하여 대항할 수 있게 된다.

## (2) Fanti(1987) 사건과 Padre Island(1987) 사건

### 1) Fanti 사건 및 Padre Island 사건의 1심 판결

Firma C-Trade S.A. v. Newcastle Protection & Indemnity Association (1987)사건(약칭 “Fanti” 사건)<sup>144)</sup>에서 Staughton판사는 선지급원칙은 제3자법의 제1조 제3항에 위배된다고 판시하였다. 즉 Staughton판사는 선지급원칙은 제3자법 하에서 권리를 이전하기 위하여 제3자에 의하여 이행되어야 하는 지급에 앞선 정지조건으로 인정한다면, 피해자인 제3자가 조합원의 권리를 이용하기 위하여 제3자 자신이 지급하여야 하는 효과를 가지기 때문에 그러한 요구는 불가능하거나 무익하다고 판시하였다.

Fanti 사건의 1심판결이 있고 몇 주 후에 Padre Island사건에서 Socony Mobil Oil Co. Inc. and Others v. West of England Ship Owners Mutual Insurance Association Ltd.(1987) 사건(약칭 “Padre Island” 사건)<sup>145)</sup>에서 Saville 판사는 Fanti 사건의 1심판결과는 다른 내용으로 판시하였다. 즉, 선지급원칙은 이행되어야 하는 조건으로 간주하고 그것이 이행되지 않았기 때문에 제3자는 P & I Club에게 직접 청구할 권리가 없다고 하였다.

### 2) Fanti 사건과 Padre Island 사건의 2심 판결

---

144) (1987) 2 Lloyd's Rep. 229.

145) (1987) 2 Lloyd's Rep. 529.

Fanti 사건과 Padre Island 사건의 1심판결이 서로 상반된 결론을 내자 1988년에 영국의 항소법원(Court of Appeal)에서는 이에 대한 기준을 마련하기 위하여 두 사건을 병합 심리하였다.<sup>146)</sup> 심리결과 항소법원은 제3자에 의한 보험금의 직접청구를 만장일치로 지지하고, 피보험자의 파산 등의 경우에는 보험계약규정에 따르는 것이 불가능하다는 이유로 선지급원칙의 적용을 거절하였다.<sup>147)</sup>

### 3) Fanti 사건과 Padre Island 사건의 3심 판결

제3자법상의 직접청구시에는 선지급원칙의 적용이 불가능하므로 적용되지 않는다는 항소법원의 판결은 영국의 대법원(House of Lords)에서 다시 번복되었다.<sup>148)</sup> 대법원의 판결에 따르면 제3자에게 손해배상을 하지 않는 피보험자는 보험자에 대하여 단지 선지급까지 권리가 발생하지 않는 불확정권리(contingent right)를 가질 뿐이며, 제3자법에 의해서는 이러한 불확정권리가 제3자에게 이전된다는 것이다.

대법원은 Fanti 사건의 1심재판에서 Staughton 판사가 주장한 보험계약규정의 선지급원칙은 제3자권리법 제1조 제3항에 위반되어 무효라는 주장을 거부하였다. 또한 대법원은 2심재판에서 항소법원이 주장한 직접청구에 의한 보험금의 지급에 있어서 보험계약규정의 선지급원칙을 이행하는 것은 제3자에게 무익하거나 불가능하다는 주장에 대하여도 동조하지 않았다.

대법원의 결정에 따르면 명시적인 보험계약규정에 반하는 형평법의 원리는 적용될 수 없으며,<sup>149)</sup> 제3자는 보험자에 대하여 결코 피보험자가 가지는 지위 이상을 가질 수 없다고 하였다. 결과적으로 제3자도 보험계약규정의 선지급원칙에 구속된다고 본 것이다.<sup>150)</sup> 다만, 대법원의 Goff경은 P & I Club들이 선지급원칙의 유용성을 이용하여 피해자나 개인의 死傷 등의 경우에 보험금 지급을 거절하는 경향을 보일 수 있다고 언급하면서, P & I Club들이 이런 식으로 선지급원칙의 뒤에 숨어서 피해자의 직접청구를 계속 회피할 경우 입법부는 이러한 점을 교정

146) (1989) 1 Lloyd's Rep. 239.

147) Steven, J. Hazelwood, *op. cit.*, p.285.

148) (1990) 2 Lloyd's Rep. 191.

149) 따라서 만약 보험계약규정에 선지급원칙이 명백하게 밝혀져 있지 않은 경우에는 형평법의 원리가 적용된다고 본다. 따라서 보상계약에 허용되는 형평법의 원리에 의하면 보험자는 반드시 제3자의 청구에 직접 보상하여야 한다.

150) Steven, J. Hazelwood, *op. cit.*, p.286.

하는 적절한 법률의 입법을 촉진할 것이라고 경고했다.<sup>151)</sup>

#### 4. 小結

결론적으로 영국의 판례를 정리하면 제3자법에 의해 피해자가 P & I Club에  
게 직접청구권을 행사한다고 하더라도 만약 보험계약규정에 선지급규정에 관한  
명시의 규정이 있는 경우에는 P & I Club은 제3자에게 선지급규정에 기한 지급  
거절의 항변을 할 수 있다. 따라서 피해자는 자신에게 손해를 가한 가해자가 지  
급불능의 상태여서 손해배상을 받지 못하는 경우에도 사실상 P&I Club에 의한  
보상을 받을 수 없게 된다.

### 第3節 直接請求權에 관한 保險法の 適用

#### I. 序說

실무상 많이 이용되는 해상책임보험 중 선박보험의 충돌배상책임약관, P&I  
Club 보험계약규정에는 영국법 준거약관이 포함되어 있다. 따라서 해상책임보험  
에 있어서의 직접청구권과 관련해서는 우선 직접청구권에 어느 법이 적용될 것인  
가 하는 점이 문제된다.

우선, 선박보험의 충돌배상책임약관과 관련하여 선박보험증권상에는 ‘이 보험  
은 영국의 법률 및 관습에 따른다’라는 영국법 준거약관이 있기 때문에 저축  
법적 지정설 중 전부지정설을 취하는 것이 타당할 것이다. 따라서 위와 같은  
영국법 준거약관을 포함하고 있는 선박보험의 충돌배상책임과 관련한 피해자  
의 직접청구권에 대해서는 영국법이 적용될 것이다.

그리고 현재 국내보험회사들은 해상의 책임보험들 중 상대선 및 자선의 선원들  
의 인사사고로 발생하는 손해배상책임으로 인한 위험을 담보하는 보험을 인수하  
지 않고 외국의 P&I Club들이 인수하고 있는 실정이며, 우리나라 선박회사들이  
주로 가입하는 P&I Club은 주로 영국계인데, 이러한 P&I Club은 영국법을 준거  
법으로 하고 있으므로 자연스럽게 직접청구권에 대한 문제도 영국법에 따라 정하

---

151) Steven, J. Hazelwood, *op. cit.*, p.287.

여지게 된다.

그러나 2000년 선주상호보험조합법에 따라 한국 P&I Club이 설립된 이래 많은 활동을 하고 있고 여러 선사에서 가입을 확대하고 있는 실정이므로 한국 P&I Club상 준거법 문제도 고려해 보아야 하며, 한국 P&I Club 보험계약규정에 따르면 한국법을 그 준거법으로 하고 있으므로 피해자의 직접청구권에 대한 문제도 우리 법이 적용되어야 할 것이다.

결과적으로 해상책임보험에서의 직접청구권에 관한 보험법의 적용은 그 준거법이 우리나라 법인 경우와 영국법인 경우로 나누어 그에 따른 직접청구권의 인정 여부를 살펴보아야 한다.

## II. 우리 保險法이 適用되는 경우

준거법 지정과 관련하여 한국 P&I Club, 수산업협동조합 및 한국해운조합의 보험/공계약관들은 한국법을 준거법으로 하는 규정을 두고 있으므로<sup>152)</sup> 우리나라 법이 적용된다 하겠다.

우리나라 법이 적용되는 경우에는 상법이 그대로 적용되어 어느 경우이든 피해자의 직접청구권이 인정될 것이며 단지 피해자의 직접청구권의 성격만이 여전히 논란이 될 수 있을 것이다. 그리고 직접청구권에 대하여 문제가 되고 있는 선지급원칙에 대해서 우리나라는 선지급원칙을 보험자와 피보험자 사이의 항변사유로만 인정하여 보험자의 제3자의 직접청구에 대한 항변 사유로 인정하지 않음으로써 제3자의 보험자에 대한 직접청구권을 인정하고 있다.

하지만 우리나라 법을 준거법으로 하는 경우에는 다음의 사항을 검토해야 한다. 첫째, 한국 P&I Club의 보험계약규정 제43조 제4항(직접청구권 부인조항)처럼 약관에 의해 아예 직접청구권 자체를 인정하지 않는 경우와 둘째, 직접청구권은 인정하나 선지급원칙에 의해 피보험자가 배상책임을 이행하지 않았음을 항변사유로 보험금지급을 거절하는 경우로 나누어 볼 수 있다. 아래에서 각각의 경우를 자세히 알아본다.<sup>153)</sup>

### 1. 直接請求權 否認의 與否

---

152) 서영화, 앞의 논문, 49쪽.

153) 박영준, 앞의 논문(註 117), 59~60쪽.

한국 P&I Club의 보험계약약관에 의하여 일반 보험사고의 피해자에게 직접 청구권을 부인하는 것이 가능한가의 문제는 피해자의 직접청구권의 근거조항인 상법 제724조 제2항의 강행규정성 인정여부와 관련되어 있다.

상법 제724조 제2항의 강행규정 여부에 대해서는 강행규정설과 임의규정설이 나뉘고 있다. 임의규정설<sup>154)</sup>에 의하면 직접청구권 부인 또는 면제하는 특약도 가능하지만, 강행규정설<sup>155)</sup>에 의하면 직접청구권을 부인 또는 면제하는 특약은 상법 제724조 제2항을 위반한 것이므로 무효이며, 따라서 피해자는 그러한 특약의 존재와 상관없이 보험자에 대한 직접청구권을 가진다. 한편 통설적으로 동 조항은 일부강행규정으로 알려져 있어서 제3자로부터 이 직접청구권을 배제하는 약정은 무효가 된다고 한다.<sup>156)</sup>

따라서 사건으로는 첫째, 1991년 상법의 개정으로 직접청구권을 상법에 명시한 피해자의 보호라는 입법취지를 감안하고, 둘째, 계약당시에는 전혀 누구일지도 모르는 불특정한 제3자에게 법이 인정한 직접청구권을 책임보험계약 당사자에게 행사할 수 없도록 하는 것은 계약자유 원칙을 넘어선 것이기 때문에 상법 제724조 제2항은 강행규정으로 보아야 한다고 생각한다. 따라서 직접청구권에 대한 면제를 규정한 보험약관은 상법 제724조 제2항을 위반한 것이므로 무효이며, 따라서 피해자는 보험자에게 그러한 약관의 존재와 무관하게 직접청구권을 행사할 수 있다고 보아야 한다.

## 2. 先支給原則을 理由로 한 抗辯의 認定 與否

상법 제724조 제2항의 직접청구권 관련조항을 강행규정으로 보아 보험약관으로 직접청구권을 부인하지는 못한다 하더라도, 선지급원칙에 의해 보험자가 피보험자의 배상책임 미이행을 이유로 피해자의 직접청구권에 항변할 수 있겠는가 하는 것은 문제이다. 왜냐하면 우리 상법은 유류오염손해배상보장법 제16조 제2항<sup>157)</sup>과는 달리 보험자가 피보험자에게 주장할 수 있는 항변으로 피해자에게도

154) 이기수, 「보험법·해상법학」(서울 : 박영사, 2000), 218쪽.

155) 김성태, 앞의 책, 618~619쪽.

156) 김인현, “한국과 미국의 선주책임상호보험에서의 직접청구권에 대한 비교법적 연구, 「한국해법학회지」 제28권 제1호, 한국해법학회(2006), 26쪽; 박영준, 앞의 논문(註 117), 60~61쪽.

157) 유류오염손해배상보장법 제16조(보험자등에 대한 손해배상의 청구) ① 제4조 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 선박소유자의 손해배상책임이 발생한 때에

대항할 수 있는지 여부에 관하여 아무런 규정을 하고 있지 않기 때문이다.

직접청구권을 보험금청구권으로 보는 입장에서는 보험자가 피보험자에게 주장할 수 있는 항변으로 피해자에게도 대항할 수 있다고 보는 반면,<sup>158)</sup> 직접청구권을 손해배상청구권으로 보는 입장에서는 원칙상 이러한 항변으로는 대항할 수 없다고 본다.<sup>159)</sup>

그러나, 보험자가 피보험자에게 주장할 수 있는 항변으로 피해자에게 대항할 수 있다는 견해에 의하든지, 아니면 대항할 수 없다는 견해에 의하든지를 불문하고 우리 상법의 해석상 선지급원칙을 이유로 피해자의 직접청구권에 대하여 항변할 수는 없다고 보아야 한다. 왜냐하면 해상책임보험의 약관상 선지급원칙은 상법 제724조 제1항의 선지급 금지원칙과 그 내용이 같다. 그리고 직접청구권의 성질에 대한 학설차이를 불문하고 통설은 상법 제724조 제1항의 선지급 금지원칙은 피해자의 보호를 위한 보험금 지급절차에 관한 것으로, 보험자가 이 조항에 의해 피보험자의 보험금청구에 대해서는 손해배상이 없었음을 이유로 항변할 수 있지만, 피해자의 직접청구권에 대해서 손해배상이 없었음을 이유로 항변할 수는 없다고 해석한다.<sup>160)</sup> 또한 판례도 마찬가지로 판시하고 있다.<sup>161)</sup>

따라서 보험자가 보험계약상의 선지급원칙에 따라 피해자의 직접청구권에 대해 항변하는 것은 직접청구권의 성질에 대한 학설차이를 불문하고 해석상 불가능하다고 보아야 할 것이다.

### Ⅲ. 英國 保險法이 適用되는 경우

#### 1. 英國 保險法이 適用되는 경우

---

는 피해자는 보험자등에 대하여도 직접 손해배상의 지급을 청구할 수 있다. 다만, 선박소유자의 고의에 의하여 손해가 생긴 때에는 그러하지 아니하다. ② 제1항 본문의 경우에 보험자등은 선박소유자가 피해자에 대하여 주장할 수 있는 항변만으로 피해자에 대항할 수 있다.

158) 양승규, 앞의 책, 379쪽.

159) 단, 손해배상청구권설 중 일부는 보험자와 직접 관계가 없는 제3자의 개입으로 보험자가 불리하게 되어서는 안 되기 때문에 보험자는 보험계약자나 피보험자에게 대항할 수 있는 항변도 제3자에게 주장할 수 있다고 한다(정찬형, 앞의 책, 670~671쪽).

160) 김성태, 앞의 책, 612쪽.

161) 대법원 1995. 9. 26. 선고 94다28093 판결; 서울지방법원 2002. 7. 5. 선고 2001가합36981 판결 참조.

선박보험의 충돌배상책임과 관련된 피해자의 직접청구권 문제는 선박보험증권 상에는 ‘이 보험은 영국의 법률 및 관습에 따른다’라는 표준적인 영국법 준거 약관이 있기 때문에 저촉법적 지정설 중 전부지정설을 취하는 것이 타당하며, 이에 따라 영국법이 준거법이 될 것이다. 그리고 앞에서 언급한 바와 같이 현실적으로 우리나라의 선박들도 영국법을 준거법으로 하는 영국의 보험회사나 P & I Club에 해상책임보험을 가입하고 있는 실정이므로 이 경우에도 마찬가지로 영국법이 적용될 것이다. 또한, 우리나라의 보험회사에 보험을 가입한 경우라 하더라도 일정 규모이상의 선박에 대해서는 국문약관이 아닌 영문약관을 쓰는 것이 관행으로 되어있고 이 경우 영국법 준거약관이 포함되어 있는 경우가 일반적이며 이 경우에도 영국법이 적용된다고 할 것이다.

그러나 영국법이 적용되는 경우 그 피해자가 자신의 손해를 영국의 보험자에게 직접 청구할 수 있는가 하는 문제가 발생하게 된다.

지금까지 살펴보았듯이, 영국법이 준거법이 되는 경우에는 피보험자는 보험자에 대해 조건부 권리를 취득할 뿐이며, 피해자에 대한 배상의무를 이행한 이후에야 비로소 보험자에 대한 보험금 지급청구권을 취득한다고 볼 것이다. 그리고 결국 우리나라와 똑같은 선지급원칙이 규정되어 있더라도 영국법원은 피보험자의 피해자에 대한 손해배상이 보험금 청구권의 조건으로 해석하는 반면, 한국법원은 보험사고의 발생으로 이미 피보험자의 보험금 청구권은 발생하였으며, 피보험자가 피해자에게 손해배상을 하지 않은 경우 피해자의 보호를 위하여 단지 보험자에게 보험금 지급거절을 허용할 뿐이라는 차이가 있다.

그리고 영국법상 피해자가 직접청구권을 행사할 경우 피보험자의 보험금청구권이 피해자에게 이전·귀속된 것이므로 제3자도 보험계약규정의 선지급원칙에 구속된다고 보아 제3자에게 선지급규정에 기한 지급거절의 항변을 할 수 있어서 실질적으로 직접청구권이 인정되기 어렵다. 즉, 영국 판례의 태도에 따라 보험자가 선지급규정을 근거로 항변하는 경우 이를 인정하여 피해자의 직접청구를 받아들이지 않을 것이다.

그러나 오늘날 기술의 발달과 국제협약을 통한 해상법 부분의 통일로 인해 해상법의 영역에서 인정되어 오던 해상책임보험의 특수한 성질 중 하나인 선지급원칙이 영국에서도 이 원칙의 유효성에 대해 많은 비판이 존재하고 있는 실정이다.<sup>162)</sup>

## 2. 英國法上 直接請求權 概念의 確定 問題

국내에서 영국법을 준거법으로 하여 영국 보험법이 적용되는 경우, 영국법이 정하는 직접청구권 개념이 국내법에서 인정하는 개념들과 일치하지 않는다면, 개념의 의미를 어떻게 이해하고 의미를 확정하여야 할 것인가 하는 어려운 문제가 있다. 특히 영국법상 직접청구권 개념은 원래의 의미가 아니라, 재판이 진행되는 우리나라 법체계에 존재하는 유사한 개념들로 의미의 대체가 발생할 수 있다. 재판관들이 무의식적으로 영국법의 법률개념을 자신이 속한 법체계에 존재하는 직접청구권 개념의 뜻으로 이해하고 재판을 진행하는 경우에 이런 가능성이 있는 것이다. 또한 법률가들은 의식적으로 영국법상의 직접청구권 개념에 대하여 우리나라 법률의 규정으로써 그 효력을 제한하는 등의 방식으로 변형을 주어 새로운 개념을 자신이 속한 법체계에 순용시키려고 시도한다. 즉, 선박보험이 부분된 선박들의 충돌로 인하여 발생한 손해배상채권에 대하여 영국법 준거규정에 따라 직접청구권을 인정하지 않는 영국법에도 불구하고 상대선의 선박보험자에 대하여 상법 제724조 제2항에서 정하는 직접청구권을 유추 적용하자는 태도가 이에 해당할 수 있다.

그러나 영국법상 직접청구권과 같은 법률개념은 영국의 법체계내에서 이해하고 그 본래의 의미에 따라야 할 것이지, 국내에서 적용하는 과정에서 변질되어서는 안 될 것이다.

직접청구권의 개념에 대해 살펴보면, 책임보험계약에서 보험사고가 발생하여 피보험자가 법률상 손해배상책임을 지는 경우 피해자가 보험계약자인 피보험자를 경유하지 아니하고 직접 보험자에게 보험금을 청구할 수 있는 권리를 인정한 것이 피해자의 보험자에 대한 직접청구권인 바, 우리나라와 마찬가지로 영국법상에서도 Third Parties Rights against Insurers라는 표현으로 그 뜻을 같이 하고 있다. 하지만 직접청구권의 법적성질에 대해서 손해배상청구권설과 보험금청구권설로서 나뉘어져 있는 점, 직접청구권의 요건에 대해서 영국법상에는 더 엄격한 요건을 요구하고 있다는 점, 그리고 선지급원칙의 성격에 대해서 인정하는 부분이 상이하다는 점 등의 이유로 우리나라 보험법과 영국 보험법상 직접청구권의 법률개념은 구별하여 확정할 필요가 있는 것이다.

즉, 법원이 영국법 체계 내에서 직접청구권 법률개념 및 관련 규정들을 이

---

162) 박영준, 앞의 논문(註 117), 66쪽.

해하고 확인하여 영국법상 고유의 개념으로 인정하여야 하며, 영국법상 법률 개념과 국내법상 유사 법률개념을 구별하여 유사점과 차이점을 명확히 판단하고 구분하여야 한다.

따라서 그 영국법상 법률개념의 확정 문제도 당해 영국법원의 입장에서 그 나라의 법원이 해석하는 것과 같이 해석해야 할 것이지, 우리나라 법원의 입장에서 국내법 해석원칙에 따라 해석하는 것은 아니다. 즉, 적용할 영국법상 법률개념 확정 문제는 당해 영국법 질서의 한 구성부분으로서 그 법질서 전체와 관련시켜서 행해야 한다는 것이다.

## 第4章 約款說明義務에 관한 保險法の 適用

### 第1節 約款說明義務에 대한 一般的 考察

#### I. 約款說明義務의 概念

상법은 보험자가 보험계약을 체결할 때에 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 그 약관의 중요한 내용을 알려주어야 하는데(상법 제638조의3 제1항), 이것이 이른바 보험자의 약관 교부·명시의무이다.<sup>163)</sup> 그리고 이를 위반한 경우에 보험계약자는 계약 성립일로부터 1월내에 보험계약을 취소할 수 있다고 하고 있다.

이 상법 규정은 약관의 명시·설명의무를 규정한 약관규제법 제3조 제2항<sup>164)</sup>과 같은 취지의 규정이며, 또한 보험업법에서도 보험자가 보험계약자 또는 피보험자에 대하여 보험계약의 계약조항 중 중요한 사항을 알리지 아니하는 행위를 금지함으로써 간접적으로 이러한 내용을 규정하고 있다.

여기서 보험자가 명시하여야 할 의무가 있는 약관의 중요한 내용이란 ‘객관적으로 보아 보험계약자가 그러한 사실을 알았더라면 보험회사와 보험계약을 체결하지 아니하였으리라고 인정될 만한 사항’이다.<sup>165)</sup> 이는 보험계약의 부합 계약성에 따라 보험자가 우월적인 교섭지위를 점하고 있고 보험자와 보험계약자간의 지식, 정보의 불균형관계가 존재하기 때문에 이의 시정을 위하여 약관의 내용을 알지 못하는 보험계약자에게 계약조항의 내용을 알고 계약을 체결할 수 있도록 보험자에게 부과하고 있는 보험자의 의무인 것이다.

특히 의무위반에 대하여는 보험계약의 위험 단체성 내지는 보험계약자 평등대

163) 상법 제638조의3 제목은 “보험약관의 교부·명시의무”로 되어 있으나, 위 조항은 보험약관의 교부·설명의무를 규정한 것으로서 위 조항의 제목은 내용과 부합하지 아니하므로 이를 “보험약관의 교부·설명의무”로 개정하는 것이 바람직하다고 한다(장경환, “상법 제4편(보험법) 개정의견”, 「상사법연구」 제24권 제2호, 한국상사법학회(2005), 287쪽). 그러나 주로 문제가 되는 것은 약관의 교부분제가 아니라 설명의 문제이므로 이후에서는 주로 설명의무라는 용어를 사용하고자 한다.

164) 약관규제법 제3조(약관의 명시·설명의무) ② 사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 다만, 계약의 성질상 현저하게 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다.

165) 정찬형, 앞의 책, 496쪽; 김문재·정진옥, “고지의무위반과 약관설명 의무 위반”, 「상사판례연구」 제9권, 한국상사판례학회(1998), 268쪽.

위의 원칙상 동일한 보험계약에 대하여는 모든 계약자에게 동일한 약관규정을 적용하기 위해서 보험계약자에게 일정 기간 내에만 보험계약의 취소권을 인정하고 있는 것이다. 이러한 취지에서 본다면 보험자는 보험계약자가 보험계약이전에 약관의 주요내용을 알 수 있도록 보험계약 청약시까지의 의무를 이행하여야 할 것이나, 상법 법문상으로는 보험계약 체결시까지이기 때문에 보험자가 승낙시까지 의무이행을 하더라도 가능하다.

위의 상법 제638조3의 입법취지는 약관설명 의무의 위반이 있는 경우에 보험계약자는 보험자의 고의 또는 과실여부와 관계없이 보험계약을 취소함으로써 위험단체로부터 벗어날 수 있게 하고 그렇지 아니한 경우에는 보험계약을 취소하지 못하고 위험단체에게 편입되어 당해 약관이 그대로 적용되게 하기 위한 것이다.

## II. 約款說明義務의 認定 根據

보험약관이란 보험자가 다수의 동질의 보험계약을 체결하기 위하여 미리 작성한 일반적, 정형적, 표준적인 계약조항을 말한다.<sup>166)</sup> 보험자는 보험계약을 체결할 때 보험계약자에게 이러한 보험약관의 중요한 내용을 알려 주어야 한다(상법 제638조의3 제1항). 이처럼 보험자에게 약관설명 의무가 인정된 것은 보험자가 일방적으로 작성한 보험약관의 내용을 상대방인 보험계약자가 알지 못하는 가운데 약관에 정하여진 중요한 사항이 계약내용이 되어 보험계약자가 예측하지 못한 불이익을 받게 되는 것을 피하고자 하는데 그 근거가 있다.<sup>167)</sup>

이러한 보험자의 약관설명 의무는 보험계약의 유상·쌍무계약적 성질에서 보거나 보험약관이 보험자에 의하여 일방적으로 작성되는 점에서 보거나, 보험약관의 구속력의 근거를 앞에서 본 바와 같이 당사자가 약관의 내용에 동의하였기 때문이라고 보는 점(의사설)에서 볼 때 그 타당성이 인정된다.<sup>168)</sup>

---

166) 정찬형, 앞의 책, 490쪽. 약관규제법은 제2조 제1항에서 “약관”이라 함은 그 명칭이나 형태 또는 범위를 불문하고 계약의 일방당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것이라고 정의하고 있다. 약관규제법은 약관에 관한 일반법으로서 상법의 규정이 없는 한 보험약관에도 적용되므로 위 약관의 정의가 보험약관에도 그대로 적용되게 된다.

167) 대법원 2004. 11. 25. 선고 2004다28245 판결, 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003다15556 판결 등 참조.

168) 정찬형, 앞의 책, 497쪽.

### Ⅲ. 約款說明義務의 法的 性質

약관설명 의무의 법적 성질에 관하여는 특별한 논의 없이 계약 전 의무(pre-contractual duty) 등으로만 설명되어 있다.<sup>169)</sup> 따라서 약관설명 의무는 계약상의 의무인지, 법정 의무인지 여부와 법정 의무라면 진정한 법적 의무인지, 간접 의무인지 여부를 검토해 볼 필요가 있다.

약관설명 의무는 보험계약의 성립효과로써 부과되는 의무는 아니라는 점에서 볼 때에 계약상의 의무라고 보기 어렵다. 그렇다면 약관설명 의무는 보험자와 보험계약자간의 정보 불균형을 시정하기 위하여 계약시에 부과되는 법정 의무라고 할 수 있다. 그러면 약관설명 의무는 진정한 법적 의무인지 아니면 간접 의무인지 여부가 문제되는데, 이는 원칙적으로 손해배상청구권을 행사할 수 없는 간접 의무가 아니고, 비록 종된 의무이지만 진정한 법적 의무라고 보아야 할 것이다. 그 이유는 보험자의 약관설명 의무를 간접 의무라고 본다면 보험계약자가 제척기간 내에 취소권을 행사하지 아니한 경우에 보험계약자는 취소권을 행사할 수 없는 것이 원칙이지만, 진정한 법적 의무라고 본다면 이의 위반에 대하여 보험계약자가 제척기간 내에 취소권을 행사하지 아니하였어도 손해배상청구권은 행사할 수 있기 때문이다.

상법 제638조의3의 입법 취지는 약관설명 의무의 위반이 있는 경우에 보험계약자는 보험자의 고의 또는 과실 여부와 관계없이 보험계약을 취소함으로써 위험단체로부터 벗어날 수 있게 하고 그렇지 아니한 경우에는 보험계약을 취소하지 못하고 위험단체에 편입되어 당해 약관이 그대로 적용되게 하기 위한 것이다. 이러한 입장에서 볼 때에 이는 보험계약자에게 일찍 보험관계로부터 벗어날 수 있는 길을 제공하기 위한 것이지 보험자의 고의 또는 과실에 기한 책임을 완전히 배제하기 위한 규정은 아니라고 본다. 따라서 보험계약자가 보험계약을 제척기간 내에 취소하지 않은 경우에 당해 약관은 보험계약의 내용으로 편입되고 보험계약자는 당해 보험계약관계를 유지할 수 있을 뿐만 아니라 보험자의 고의 또는 과실에 기한 계약상의 손해배상청구권은 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다.<sup>170)</sup>

169) 김문재·정진옥, 앞의 논문, 269쪽.

170) 물론 간접 의무라 보더라도 이의 적용을 모두 배제하는 것은 아니지만, 보험계약을 유지하면서 손해배상청구권을 행사할 수 없고, 부실설명 등으로 확대된 손해에 대한 배상은 어렵다(김문재·정진옥, 앞의 논문, 269쪽).

한편 보험약관의 설명의무는 보험계약의 성립효과로써 부과되는 의무는 아니라는 점에서 볼 때 계약상의 의무라고 볼 수는 없고, 보험자와 보험계약자 간의 정보 불균형을 시정하기 위하여 보험계약의 체결시에 부과되는 법정 의무라고 보아야 한다는 점에서는 약관규제법과 상법의 입장이 동일하다고 볼 수 있다.

#### IV. 約款說明義務의 內容

##### 1. 約款說明義務者

보험약관의 명시설명 의무자는 보험자이다. 보험자는 직접 보험을 모집하여 보험계약을 체결하기도 하나 보험모집인, 보험대리점 및 보험중개인 등을 통해서 보험을 모집하고 있는 것이 일반적이다. 보험대리점은 보험자를 대리하여 보험계약의 체결 또는 중개를 하고 있으므로 그 의무를 지는 것은 당연하다. 그러나 보험모집인이나 보험중개인에 의하여 보험모집이 되는 경우에는 그들이 보험자를 대리할 권한을 가지고 있지 않다 하더라도 보험계약자는 직접 보험자를 상대하지 않고 있는 것이 실정이므로 그들이 보험계약청약서를 받을 때에 보험자를 대신하여 약관의 설명의무를 이행하여야 하고, 그들이 보험계약자에게 약관의 중요한 내용을 설명하여 주었으면 보험자가 그 의무를 이행한 것으로 풀이한다.<sup>171)</sup>

##### 2. 約款說明義務履行의 時期 및 方法

보험약관의 교부와 설명은 계약 성립에 있어서 보험가입자의 불이익을 피하고자 하는 것이므로 보험자는 늦어도 보험계약자가 청약하기까지는 설명의무를 이행해야 한다.

약관설명 의무이행의 방법과 관련하여 보험자가 보험약관을 설명함에 있어서는 특별한 형식이 요구되지 않는다. 그리하여 보험자·보험대리점이 하는

---

171) 대법원 1996. 4. 12. 선고96다4893 판결은 “보험자 및 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 보험계약의 체결에 있어서 보험계약자 또는 피보험자에게 보험약관에 기재되어 있는 보험 상품의 내용, 보험료율의 체계 및 보험청약서상 기재사항의 변동사항 등 보험계약의 중요한 내용에 대하여 구체적이고 상세한 명시설명 의무를 지고 있다고 할 것”이라고 판시하여 보험모집에 종사하는 자에게 그 의무를 인정하고 있다.

설명뿐만 아니라 보험모집인의 설명도 가능하고, 구두로 하든 기타의 의사표시 방법으로든 보험계약자 측이 인지하게 하기만 하면 된다.<sup>172)</sup> 다만, 대법원 판례는 보험자의 직접적, 구체적이고도 상세한 설명을 요하고 있다.<sup>173)</sup> 보험자가 보험계약자의 대리인과 보험계약을 체결하는 경우, 그 설명의무의 상대방은 반드시 보험계약자 본인에 국한되는 것이 아니라, 그 대리인에게 보험약관을 설명함으로써 족하다.<sup>174)</sup> 한편 보험계약의 청약을 유인하는 안내문에 보험약관의 내용이 추상적·개괄적으로 소개되어 있을 뿐인 경우에는 그 안내문의 송부만으로 그 약관에 대한 보험자의 설명의무를 다했다고 볼 수 없으며, 이러한 보험자의 의무는 보험료율이 낮다거나 보험계약 체결의 방식이 통상의 방식이 아닌 통신판매방식이라고 하더라도 동일하다.<sup>175)</sup>

### 3. 保險約款의 重要한 內容

보험자는 보험약관의 중요한 내용에 대하여만 설명의무를 진다. 보험약관의 중요한 내용이란 보험계약자의 이해관계에 중대한 영향을 미치는 사항으로서 사회통념상 그 사항을 아는지의 여부가 당해 보험계약의 체결여부에 영향을 줄 수 있는 사항을 말한다.<sup>176)</sup>

여기에서 중요한 내용에는 보험료와 그 지급방법, 보험금액, 보험기간 특히 보험자의 책임개시시기를 정한 경우에는 그 시기, 보험사고의 내용, 보험계약의 해지사유, 보험자의 면책사유, 보험목적 양도시의 효과, 고지의무 등이 있다.<sup>177)</sup> 한편 판례는 “보험약관에 정하여진 사항이라고 하더라도 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수

172) 김성태, 앞의 책, 194쪽.

173) 대법원 1995. 5. 11. 선고 98다59842 판결; 대법원 1997. 9. 26. 선고 97다4494 판결 참조.

174) 대법원 2001. 6. 15. 선고 99다72453 판결은 “설명 의무를 이행하지 않은 것에 대한 주장책임은 보험가입자 측에 있는 것이 당연하고 이러한 주장은 보험계약자 자신에 대한 설명의무이행을 명확히 특정해야 하며, 보험금 양수인에 대하여 약관의 설명의무를 이행하지 않았다는 주장으로는 불충분하다”고 판시하였다.

175) 대법원 1999. 3. 9. 선고 98다43342 판결 참조.

176) 전우현, “보험자의 약관설명 의무”, 「영남법학」 제11권 제2호, 영남대학교 법학연구소(2005), 144쪽.

177) 조성극, “해상보험계약에 있어서 약관설명 의무”, 「국제법무연구」 제7권 제1호, 경희대학교 국제법무대학원(2003), 23쪽.

있었던 사항이거나 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사항은 약관설명 의무의 대상이 아니다”<sup>178)</sup>라고 하여 보험약관의 중요한 내용 여부를 결정하는 기준을 제시하고 있다.

또한 보험자는 보험약관을 보험계약자가 이해할 수 있도록 구두로 설명하는 것이 원칙이다. 대법원은 설명을 직접적이고 구체적이고 상세하게 하여야 한다고 한다.<sup>179)</sup> 그러나 부득이한 경우 약관 외의 별도의 설명문에 의해 성실하고 정확하게 보험계약자에게 설명한 경우에는 설명 의무를 다한 것으로 볼 수 있다. 한편 보험계약의 청약을 유인하는 안내문에 보험약관의 내용이 추상적, 개괄적으로 소개되어 있을 뿐인 경우에는 그 안내문의 송부만으로 그 약관에 대한 보험자의 설명 의무를 다했다고 볼 수 없으며 이러한 보험자의 의무는 보험료율이 낮다거나 보험계약 체결의 방식이 통상의 방식이 아닌 통신판매방식이라고 하더라도 동일하다.<sup>180)</sup>

그리고 약관의 “중요한 내용”이 되기 위해서는 첫째, 보험계약자에게 불리한 규정이어야 하고, 둘째, 만약 보험계약자가 안다면 계약체결 여부나 계약내용 결정에 영향을 미칠만해야 한다. 그리고 그 해당여부의 판단은 사회평균인을 기준으로 할 것으로 보나 업무종사자의 경우 그 업무의 직무내용 숙지가능성을 기준으로 하여 구체화되어야 할 것이다.<sup>181)</sup>

## 第2節 海上保險契約上 約款說明義務에 대한 比較法的 考察

### I. 約款說明義務에 관한 우리나라 法規

보험계약은 최대선의의 계약(utmost good faith)인데, 선의성은 보험계약자 뿐 아니라 보험자에게도 당연히 적용되어야 할 것이다. 이러한 보험계약의 최대선의성은 보험계약자에게 고지의무를 부과함으로써 구현되고 있었는데, 이는 보험계약자에게만 일방적으로 부과되는 의무였다. 그러나 최근 보험계약의 정보의 비대

178) 대법원 1998. 11. 27. 선고 89다32564 판결.

179) 대법원 1995. 5. 11. 선고 98다59842 판결; 대법원 1997. 9. 26. 선고 97다4494 판결 참조.

180) 대법원 1999. 3. 9. 선고 98다43342 판결.

181) 전우현, 앞의 논문, 145쪽.

청성을 개선하고 보험계약자를 보호하기 위하여 보험자의 알릴의무도 중시하게 되었다. 보험자의 알릴의무는 보험약관의 명시 및 설명의무로 구현되고 있는데,<sup>182)</sup> 우리나라에서는 “약관의 규제에 관한 법률(약관규제법)”, “상법” 및 “보험업법”에서 각각 규정하고 있다. 이하에서는 약관설명 의무에 한정하여 검토하기로 한다.

## 1. 約款規制法

약관규제법 제3조(약관의 명시·설명 의무) 제1항에서 ‘사업자는 계약체결에 있어서 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 명시하고, 고객이 요구할 때에는 당해 약관의 사본을 고객에게 교부하여 이를 알 수 있도록 하여야 한다’고 하고, 제2항에서 ‘사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 다만, 계약의 성질상 현저하게 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다’고 규정한다.

그리고 제3항에서는 ‘사업자가 제1항과 제2항의 규정에 위반하여 계약을 체결한 때에는 당해 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다’라고 규정하고 있다.

약관규제법은 약관의 명시 의무, 교부의무 및 설명의무를 분리하여 규정하고 있다. 명시 의무는 일반적 의무로 규정하고 있고, 교부의무는 고객의 요구가 있을 때만 지도록 하고 있으며, 설명의무는 계약의 성질상 곤란한 경우를 제외하고 당연한 의무로 규정하고 있다.

그리고 약관규제법 제3조 제3항은 당사자가 약관설명 의무를 위반하여 계약을 체결한 때에는 그 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다고 규정하여 해당 조항의 효력을 부인하고 있다.

## 2. 商法

상법 제638조의3(보험약관의 교부·명시 의무) 제1항에서는 ‘보험자는 보험계약을 체결할 때에 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 그 약관의 중요한

---

182) 정영석, “선급 워런티 약관의 효력과 약관의 설명의무”, 「해사법연구」 제15권 제1호, 한국해사법학회(2003. 6), 369쪽.

내용을 알려주어야 한다'고 규정하고 있다. 또한 제2항에서는 '보험자가 제1항의 규정에 위반한 때에는 보험계약자는 보험계약이 성립한 날부터 1월내에 그 계약을 취소할 수 있다'고 규정하여 보험자가 약관을 교부하지 아니하거나 중요한 내용의 설명이 없는 경우에 범위반의 효과에 대해서 규정하고 있다.

상법 제638조의3은 명시와 교부를 분리하지 않고 교부를 당연한 의무로 규정하고 있으며, 그 교부된 약관의 중요 내용을 설명하도록 의무화하고 있다. 이 때 교부는 곧 명시와 방법이 되기도 한다.

그리고 보험자가 보험계약을 맺을 때에 보험약관의 설명의무를 위반한 때에는 보험계약자는 보험계약이 성립할 날로부터 1월내에 그 계약을 취소할 수 있다고 규정하고 있는 바, 여기서 1월의 기간은 제척기간이고 보험계약자가 그 계약을 취소한 때에는 처음부터 그 계약은 무효로 되고 보험자는 보험계약자가 지급한 보험료를 모두 돌려주어야 한다.

### 3. 保險業法

보험업법 제97조(보험계약의 체결 또는 모집에 관한 금지행위) 제1항 제1호에서는 '보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 그 체결 또는 모집에 관하여 보험계약자 또는 피보험자에게 보험계약의 내용을 사실과 다르게 알리거나 그 내용의 중요한 사항을 알리지 아니하는 행위를 금지한다'고 규정하고 있다.

그리고 제209조(과태료) 제3항 제7호에서는 규정을 위반한 자에 대해 5백만원 이하의 과태료에 처하도록 하고 있다.<sup>183)</sup>

### 4. 檢討

보험약관의 설명의무위반의 효과에 관하여 상법 제638조의3과 약관규제법 제3조에서 규정하고 있는데, 양 규정은 상당한 차이를 보이고 있다. 즉, 상법에서는 보험자가 설명의무를 위반한 때에는 보험계약자는 보험계약이 성립한 날부터 1월내에 그 계약을 취소할 수 있으며(상법 제638조의3 제2항), 약관규

---

183) 보험업법상의 규정은 약관설명 의무 위반자에 대한 행정처벌을 규정하여 간접적으로 강제하는 효과를 기대하는 것으로 그 성질이 다르다고 할 수 있다. 따라서 이하에서는 약관규제법과 상법에 한하여 검토하도록 한다.

제법에서는 보험자는 약관설명 의무를 위반한 당해 약관조항을 보험계약의 내용으로 주장할 수도 없다(약관규제법 제3조 제3항)고 하여 의무위반의 효과로서 계약의 내용으로 편입되지 않음을 명확히 하고 있다.

문제는 약관설명 의무의 위반 효과에 관하여 계약의 내용으로 편입되지 않는다고 정하고 있는 약관규제법에서와 달리, 상법은 계약의 취소를 정하고 있다는 데 있다. 상법이 이와 같이 약관규제법과 다른 법적 효과를 부여한 이유는 보험계약의 단체성 때문이다. 즉, 위험단체는 보험계약을 통하여 형성되고 동일한 위험단체 내에서는 원칙적으로 계약조항이 동일하게 적용되어야 하기 때문에 보험자의 의무위반이 있더라도 일정한 기간 내에만 위험단체로부터 벗어날 수 있는 기회를 부여하고 있는 것이다. 이렇게 본다면 보험계약자는 일정한 기간이 경과하면 보험계약을 취소하여 위험단체로부터 벗어날 수 없는 것이다.

그러나 입법론적으로는 보험계약성립일로부터 1월이라는 획일적 기준에 대하여는 재검토해 볼 여지는 있다고 생각한다.<sup>184)</sup> 왜냐하면 보험자의 잘못된 설명을 신뢰하고 보험계약을 체결하였으나, 계약 성립일로부터 1월이 경과한 후에 이를 안 경우에는 보험계약자의 취소권이 배제되기 때문이다.<sup>185)</sup>

## II. 約款說明義務와 關聯된 商法과 約款規制法과의 關係

### 1. 序說

보험약관의 설명의무에 대하여 상법과 약관규제법이 각각 규정하고 있지만 양 법률이 모두 적용되는가 또는 상법만이 적용되는가에 따라 그 효과가 달라지므로 이에 대해 검토하기 위해서는 먼저 상법과 약관규제법과의 관계를 살펴보아야 한다.

약관규제법은 약관을 사용하는 거래주체에 관계없이 원칙적으로 모든 거래의 약관에 적용되는 일반법이다. 한편 상법 제4편(보험법)은 약관 중 보험약

184) 김문재·정진욱, 앞의 논문, 273쪽.

185) 보험계약자의 계약취소권은 계약 성립한 날 또는 교부·명시의무위반사실을 안날로부터 1월내 행사할 수 있도록 하여야 할 것이다. 그러나 현재로서는 이러한 경우에 보험계약은 약관에 따르고, 다만 보험자의 손해배상책임 등으로 해결하여야 할 것이다.

관에 관하여 특별히 규정하고 있으므로 상법은 보험약관에 관하여 약관규제법에 대한 특별법의 지위에 있다. 따라서 우리 법체계상 보험약관에 관하여는 특별법인 상법이 우선적으로 적용되고 상법에 규정이 없는 범위 내에서 일반법인 약관규제법이 적용되어야 한다. 약관규제법도 제30조 제3항에서 “특정한 거래 분야의 약관에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 이 법의 규정에 우선한다”고 규정함으로써 약관규제법이 일반법의 지위에 있음을 인정하고 있다. 따라서 약관규제법에 의하더라도 보험약관은 특정한 거래 분야의 약관으로서 상법에 특별한 규정이 있는 경우에는 상법의 규정이 우선하여 적용되게 된다.

그런데 문제는 상법이 보험약관의 설명의무에 관하여 규정하면서 보험자가 설명의무에 위반하면 보험계약자가 보험계약을 취소할 수 있다고만 규정할 뿐이고 나아가 보험계약이 취소되지 아니하는 경우에 보험계약이 어떠한 효력을 가지는가에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하다는 점이다. 이처럼 보험자의 약관설명 의무에 관한 상법의 규정이 다소 명확하지 않기 때문에 보험자의 설명의무와 관련하여 상법과 약관규제법의 적용 여부에 관하여 많은 논란이 있어 왔다.

## 2. 學說의 對立

### (1) 중첩적용설

보험약관설명 의무에도 상법의 규정 이외에 약관규제법이 중첩적으로 적용된다는 견해로서 이 견해에 의하면 보험계약자가 취소권을 행사하지 않아 보험계약이 유효하게 존재한다고 하더라도 보험자가 설명하지 아니한 약관내용은 보험계약에 편입되지 아니하게 될 것이다(동법 제3조 제3항). 이 견해의 근거는 다음과 같다.<sup>186)</sup>

첫째, 상법은 보험자가 약관설명 의무를 위반한 경우 보험계약자가 보험계약을 취소할 수 있다고 규정할 뿐이지 취소를 하지 않은 경우의 법률관계를

186) 채이식 교수가 중첩적용설의 입장을 취하고 있으며(채이식, 앞의 책, 68쪽), 엄기섭은 중첩적용설을 전제로 하여 설명의무위반의 효과를 설명하고 있다. 엄기섭, “설명 의무 있는 약관의 중요한 내용”, 법률신문 제2645호(1997. 11. 10).

규정한 바가 없다. 따라서 보험계약자가 보험계약을 취소하지 않은 경우에는 일반법인 약관규제법을 적용할 수 있다. 둘째, 상법규정에 의한 취소권은 보험계약자에게 주어진 권리일 뿐 의무가 아니므로 보험계약자가 이를 행사하지 않고 약관규제법의 적용을 주장할 수 있다고 보아야 한다. 셋째, 약관규제법의 중첩적 적용을 인정하는 것이 보험계약자에게 유리하다.<sup>187)</sup>

## (2) 상법적용설

보험약관의 설명의무에 상법만이 적용된다고 보는 견해로서 이 견해에 의하면 보험계약자가 보험계약을 취소하지 아니하는 경우 보험자가 설명하지 아니한 보험약관을 포함하여 보험계약은 전체로서 유효하게 된다. 이 견해가 학자들의 주류적 견해로서 이 견해의 근거는 다음과 같다.<sup>188)</sup>

첫째, 특별법인 상법이 보험자의 설명의무에 관하여 규정하고 있으므로 일반법인 약관규제법은 이점에 관하여 적용될 여지가 없다. 둘째, 보험제도는 동일한 위험에 놓여 있는 수많은 사람이 속한 위험단체의 관념을 기초로 하므로 그 구성원을 동일하게 취급하여야 할 필요성이 있는데, 보험자가 약관 설명의무를 이행했는지의 여부에 따라 보험계약자별로 보험계약내용이 다르게 되면 보험계약자 평등대우를 구현할 수 없게 된다. 셋째, 중첩적용설에 의하면 설명되지 아니한 면책조항은 계약내용에 편입될 수 없으므로 보험자가 보험금지급책임을 져야 하는바,<sup>189)</sup> 이는 약관규제법 제16조 단서<sup>190)</sup>에 의할 때 부당하다. 즉, 보험약관은 보험기금의 수지균형을 고려하여 급부조항과 면책조항을 규정한 것인데 면책사유로 보험사고가 발생했음에도 면책조항이 적

187) 장경환, 앞의 논문(註 163), 279~280쪽 참조.

188) 장경환 교수, 김성태 교수, 양승규 교수 등이 상법적용설의 입장을 취하고 있으며 다수설이다. 한편 약관설명 의무위반에 대하여 사법적으로는 상법이 적용되고, 약관규제법은 보험자의 과태료처분 등 공법적 제재 등에만 적용된다고 하는 견해도 있다(장경환, “보험약관의 교부·설명 의무”, 「보험학회지」 제46권, 한국보험학회(1995), 107쪽).

189) 장경환, 앞의 논문(註 163), 280~281쪽; 양승규·장덕조, “보험자의 보험약관의 명시설명 의무”, 「서울대법학」 제40권 제1호, 서울대학교법학연구소(2000), 30~31쪽 참조.

190) 약관규제법 제16조(일부무효의 특칙) 약관의 전부 또는 일부의 조항이 계약의 내용이 되지 못하는 경우에도 계약은 나머지 부분만으로 유효하게 존속한다고 규정하나 동조 단서에서는 유효한 부분만으로 계약의 목적달성이 불가능하거나 일방당사자에게 부당하게 불리한 때에는 당해 계약을 무효로 한다.

용될 수 없어 보험금을 지급해야 한다면 이는 보험자에게 부당하게 불리한 것이 되므로 약관규제법 제16조 단서에 의해 보험계약 전부를 무효로 해야 하기 때문이다.

### (3) 판례의 입장

우리 대법원은 일관하여 중첩적용설의 입장을 취하고 있다.<sup>191)</sup> 즉, 대법원은 96다4893 판결에서 “상법 제638조의3 제2항에 의하여 보험자가 약관의 교부 및 설명의무를 위반한 때에 보험계약자가 보험계약 성립일로부터 1월 내에 행사할 수 있는 취소권은 보험계약자에게 주어진 권리일 뿐 의무가 아니며 그 법문상 명백하므로 보험계약자가 보험계약을 취소하지 않았다고 하더라도 보험자의 설명의무 위반의 법률효과가 소멸되어 이로써 보험계약자가 보험자의 설명의무 위반의 법률효과를 주장할 수 없다거나 보험자의 설명의무 위반의 하자가 치유되는 것은 아니다”고 판시함으로써 보험계약자가 취소권을 행사하지 않은 경우에도 보험계약자는 약관규제법에 따라 보험자의 설명의무 위반의 법률효과를 주장할 수 있다는 점을 명백히 하였다. 또한 대법원은 98다32564 판결에서는 보다 더 구체적으로 “상법 제638조의3 제2항은 보험자의 설명의무 위반의 효과를 보험계약의 효력과 관련하여 보험계약자에게 계약의 취소권을 부여하는 것으로 규정하고 있으나, 나아가 보험계약자가 그 취소권을 행사하지 아니한 경우에 설명의무를 다하지 아니한 약관이 계약의 내용으로 되는지 여부에 관하여는 아무런 규정도 하지 않고 있을 뿐만 아니라 일반적으로 계약의 취소권을 행사하지 아니하였다고 바로 계약의 내용으로 되지 아니한 약관 내지 약관조항의 적용을 추인 또는 승인하였다고 볼 근거는 없다고 할 것이므로, 결국 상법 제638조의3 제2항은 약관규제법 제16조에서 약관의 설명의무를 다하지 아니한 경우에도 원칙적으로 계약의 효력이 유지되는 것으로 하되 소정의 사유가 있는 경우에는 예외적으로 계약 전체가 무효가 되는 것으로 규정하고 있는 것과 모순·저촉이 있다고 할 수 있음은 별론으로 하고, 약관에 대한 설명의무를 위반한 경우에 그 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없는 것으로 규정하고 있는 약관규제법 제3조 제3항과의 사이에는 아무런 모순·저촉이 없으므로, 따라서 상법 제638조의3 제2

191) 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결; 대법원 1996. 4. 12. 선고 96다4893 판결 등 참조.

항은 약관규제법 제3조 제3항과의 관계에서는 그 적용을 배제하는 특별규정이라고 할 수가 없으므로 보험약관이 상법 제638조의3 제2항의 적용 대상이라 하더라도 약관규제법 제3조 제3항 역시 적용이 된다”고 판시하였다. 즉, 대법원은 보험약관에 관한 상법이 약관규제법의 특별법이므로 상법과 약관규제법이 상호 모순·저촉되는 경우에는 상법이 적용된다는 점은 인정하였으나, 상법 제638조의3 제2항은 보험계약자가 보험계약을 취소하지 않는 경우에 보험자가 설명의무를 다하지 아니한 약관이 계약의 내용이 되는지의 여부에 관하여는 아무런 규정을 하고 있지 아니하므로 위 상법 규정은 설명의무를 다하지 아니한 약관이 계약의 내용에 편입될 수 없음을 규정한 약관규제법 제3조 제3항과 모순·저촉이 없고 따라서 위 약관규제법의 규정이 적용될 수 있다는 입장을 취하였다.

### 3. 檢討

약관규제법에 약관설명 의무 위반의 효과를 규정하고 있음에도 불구하고 약관규제법이 제정된 이후에 상법을 개정하면서 약관설명 의무 위반의 효과에 관한 상법 제638조의3 제2항을 신설한 것은 보험약관에 관한 약관설명 의무 위반의 효과에 관하여는 상법의 규정만이 적용되어야 한다는 입법자의 의도가 표현된 것이다.<sup>192)</sup>

그리고 보험제도란 동일한 위험에 처한 위험단체인 다수의 사람들로부터 다수의 법칙에 따라 산정된 보험료를 대가로 동질의 위험을 인수하여 피보험자를 균등하게 대우하는 것을 이념으로 하는데 보험자가 약관설명 의무를 준수했는지의 여부에 따라 보험자가 인수하는 위험이 달라진다는 것은 보험제도의 근간을 흔드는 것이기 때문에<sup>193)</sup> 우리 대법원 판례의 입장은 보험제도의 특성을 무시한 것으로 부당하다고 여겨진다. 따라서 상법적용설에 따라 보험자가 설명 의무를 위반한 경우 보험계약자가 보험계약을 취소하지 아니하면 당해 보험약관은 보험계약의 내용으로서 적용될 수 있다고 해석하는 것이 타당하다고 생각된다.<sup>194)</sup>

192) 양승규·장덕조, 앞의 논문, 29~31쪽.

193) 위의 논문, 30쪽.

194) 독일 보험계약법 제5조의 a에 의하면 보험자가 보험약관을 교부하지 아니하거나 소비자 정보를 제공하지 아니한 경우에도 보험계약자가 보험증권 등의 계약체결증거서류를 수령한 후 14일 내에 이의를 제기하지 아니하면 보험계

한편 설명의무에 위반된 보험약관이 보험계약의 내용으로 됨으로써 손해를 입은 보험계약자는 보험업법 제102조 제1항<sup>195)</sup>에 따라 보험자에게 손해배상을 청구할 수 있으므로, 상법적용설을 취하더라도 보험계약자의 보호가 전혀 무시되는 것은 아니다. 따라서 보험계약자의 보호를 위해 반드시 중첩적용설을 취해야 한다는 당위성은 없다.<sup>196)</sup>

### Ⅲ. 英國法上 保險者의 約款說明義務

영국 Marine Insurance Act, 1906(MIA)에서는 보험자의 보험약관설명 의무에 관한 규정이 없다.<sup>197)</sup> 그러나 MIA 제17조는 “해상보험계약은 최대선의(utmost good faith)에 기초한 계약이며, 만일 일방당사자가 최대선의를 준수하지 않았을 경우 상대방은 그 계약을 취소할 수 있다”<sup>198)</sup>라고 규정하고 있고, 이러한 최대선의 의무에 기초하여 제18조(Disclosure of assured)와 제20조(Representations pending negotiation of contract)에서 피보험자의 고지의무에 관하여 규정하고 있다. 한편 영국법상 이러한 최대선의 의무는 해상보험계약의 양 당사자 모두에게 요구되는 것이라고 확립되어 있다.<sup>199)</sup>

따라서 보험자도 이러한 최대선의 의무에 따라 보험계약자에게 중요한 사항에 대한 고지의무를 부담한다. 보험자가 보험계약자에게 고지하여야 할 중

---

약이 그 보험약관에 근거하여 체결된 것으로 본다. 상법적용설의 입장은 독일 보험계약법의 입장과 흡사하다(장경환, 앞의 논문(註 163), 283~285쪽).

195) 보험업법 제102조(모집을 위탁한 보험회사의 배상책임) ① 보험회사는 그 임원·직원·보험설계사 또는 보험대리점이 모집을 함에 있어서 보험계약자에게 가한 손해를 배상할 책임을 진다.

196) 다만 보험계약자가 입은 손해가 보험자의 설명의무위반과 인과관계가 있음이 증명되어야 하고 또한 보험계약자 측의 과실이 있는 경우 과실상계가 될 수 있다는 점에서 보험업법 제102조에 따른 보험계약자의 보호가 중첩적용설을 취하는 경우에 비해 다소 미흡한 것은 사실이다.

197) 김성태, 앞의 책, 187쪽; 조성극, 앞의 논문, 31쪽.

198) MIA §17. (Insurance is uberrimae fidei) A contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good faith, and, if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party.

199) Mustill, M.J. & Gilman, J.C.B., *Arnould's Law of Marine Insurance and Average Volume II*, 16th ed.(London : Stevens & Sons, 1981), p.475; John Birds, *Modern Insurance Law*, (London : Sweet & Maxwell, 1993), p.112.

요한 사항이란 담보위험 또는 보험금청구가능성에 영향을 미칠 만한 사항을 말한다.<sup>200)</sup> 이와 관련하여 영국 해상보험법상 보험자가 보험증권이 담보하는 범위를 보험계약자에게 고지하여야 하는가 하는 점이 논의되고 있다. 이 점에 관한 판례는 아직 없으며 학설은 견해가 나뉘고 있으나 부정설<sup>201)</sup>과 소극적 긍정설<sup>202)</sup> 정도이다. 그런데 영국 해상보험법상 보험자가 보험계약자에게 최대선의 의무에 근거하여 보험약관의 중요한 내용을 고지할 의무를 부담하는가 하는 점에 관한 논의는 없는 것으로 보인다. 다만 보험자가 보험계약자에게 보험증권의 의미에 관하여 고지할 의무가 있는가 하는 점에 관하여 이를 긍정하는 견해가 있다.<sup>203)</sup> 만일 이 견해를 조금 더 발전시킨다면 영국 해상보험법상으로도 보험자가 보험계약자에게 보험증권의 의미뿐만 아니라 나아가 약관의 중요한 내용을 고지하여야 할 의무가 있다는 주장도 설립할 여지가 있다고 생각된다.<sup>204)</sup>

그러나 영국 해상보험법상 보험자가 최대선의 의무에 위반하여 중요한 사항을 보험계약자에게 고지하지 아니하는 경우 보험계약자는 보험계약을 취소하고 보험료의 반환을 청구할 권리만을 가질 뿐이고 보험금을 청구하거나 보험금 상당의 손해배상을 청구할 수는 없다.<sup>205)</sup> 따라서 설사 영국 해상보험법상 보험자가 최대선의 의무에 기초하여 보험계약자에게 보험약관의 중요한 내용을 고지하여야 한다는 입장을 취하더라도 보험자가 이러한 의무에 위반하는 경우 보험계약자는 단지 보험계약을 취소하고 보험료의 반환을 청구할 권리만을 가진다. 보험계약자가 보험계약을 취소하지 아니하는 경우에는 보험계약은 그대로 효력을 갖게 된다.<sup>206)</sup>

요컨대 영국 해상보험법상 보험자의 약관설명 의무를 인정하는 명시적인 규

200) John Birds, *op. cit.*, p.114.

201) Malcolm. A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 2nd ed.(London : Lloyd's of London Press Ltd., 1984), p.553.

202) Robert M. Merkin & Andrew McGee, *Insurance Contract Law*, (London : Kluwer Publishing, 1998), p.A.5.7-02.

203) *Ibid.*

204) 보험증권의 의미를 고지한다는 것은 보험증권의 의미를 설명한다는 것이고 보험약관의 중요한 내용을 고지한다는 것은 보험약관의 중요한 내용을 설명한다는 것을 의미하는 것으로 보인다.

205) Banque Keyser Ullman S.A. v. Skandia(U.K.) Insurance Co. Ltd., [1987] 1 Lloyd's Rep. 69, [1989] 2 Lloyd's Rep. 513, [1990] 2 Lloyd's Rep. 377.

206) 이는 우리 법상 보험계약자가 보험계약을 취소하지 아니하는 경우의 보험계약의 효력에 관한 상법적용설의 입장과 그 결론이 동일하다고 할 수 있다.

정은 없으며, 보험계약의 최대 선의성에 기초한 보험자의 고지의무와 관련하여도 보험자가 보험계약자에게 보험약관의 중요한 내용을 고지(또는 설명)할 의무를 인정할지의 여부에 관하여는 논의되고 있지 아니하다. 따라서 영국법상 보험자가 보험약관설명 의무를 부담하지 않는 것으로 보인다.

한편 영국법상 보험자의 고지의무 위반이 있는 경우 보험계약자는 보험계약을 취소하고 보험료의 반환을 청구할 수 있을 뿐이고 보험계약을 취소하지 아니하는 경우에는 보험계약은 그대로 유효하므로 설사 영국법상 보험자에게 약관설명 의무가 인정된다고 하더라도 이러한 의무 위반이 있는 경우 보험계약자가 보험계약을 취소하지 않는 경우 설명되지 아니한 보험약관도 보험계약의 일부로써 유효하다. 따라서 설명되지 아니한 보험약관이 면책약관인 경우에 보험계약자가 보험계약을 취소하건 취소하지 아니하건 간에 보험계약자가 보험자로부터 보험금을 지급받을 수 있는 방법은 없게 된다.

### 第3節 約款說明義務에 관한 保險法の 適用

#### I. 序說

약관설명 의무와 관련하여 영국법 준거약관에 따라 보험법을 적용하기 위하여, 먼저 구체적으로 약관설명 의무와 관련된 대법원 판결을 소개한 후 그 사실관계를 바탕으로 하여 당해 보험계약에서 사용된 영국법 준거약관을 검토한 다음, 약관 설명 의무에 관한 보험법의 적용 부분에 대해 우리 보험법이 적용되는 경우와 영국 보험법이 적용되는 경우로 나누어 고찰하고자 한다. 다만, 아래 사건에서는 영국 해상보험법상 선급 워런티 약관의 효력과 보험약관의 설명 의무가 쟁점사항으로 판단되나 여기에서는 후자에 대해서만 고찰하기로 한다.

#### 1. 判例의 紹介(대법원 2001. 7. 27. 선고 99다55533 판결)

수출입업자인 피고는 1994. 4. 1. 해상보험업자인 원고와 사이에 피고가 중국으로부터 수입하는 냉동어패류에 대하여 선박명이 확정되지 않은 상태에서 구 협회 적하약관(분손부담보)(Institute Cargo Clause (F.P.A.))을 사용하고, “이 보험계

약에서 발생하는 모든 책임문제는 영국의 법률과 관습에 따라 규율된다(All questions of liability arising under this policy are to be governed by the law and customs of England)”라는 영국법 준거약관이 있는 이 사건 해상적하보험계약을 체결하였는데, 위 보험계약에 적용되는 협회선급약관(Institute Classification Clause) 전반부에서는 “이 보험에서 협정된 보험료율은 영국로이드선급협회, 미국선급협회, 프랑스선급협회, 독일선급협회, 한국선급협회, 일본해사협회, 노르웨이선급협회, 이태리선급협회, 러시아선급협회, 폴란드선급협회 중 하나로부터 일정한 선급을 부여받은 강철재 동력선에 의하여 운송된 적하에만 적용되고, 총톤수 1,000톤 이하의 선박인 경우에는 반드시 상기 선급에 입급되어야 하며 선령이 15년 이하이어야 한다”라고 규정하고 있으므로, 이 사건 보험계약에서 피고가 운송 선박을 선택함에 있어 위 협회선급약관에서 허용하고 있는 선박 중의 하나를 지정하여야 하는 것은 영국 해상보험법 제33조에서 말하는 담보(warranty)에 해당한다.

위 보험계약의 목적물인 냉동어패류는 1994. 4. 8. 및 같은 달 9일 중국 양타이항에서 피닉스 35호에 선적되어 부산항으로 운송되던 중, 1994. 4. 10. 위 선박의 기관실 우측에 있던 킹스톤 밸브의 보닛이 열리면서 해수가 침입해 위 선박이 침몰함으로써 모두 멸실되었는데, 위 선박은 1974년에 건조된 총톤수 194.7톤의 배로서, 피고가 자신의 화물을 운송할 목적으로 1989. 12. 30.경 구매하여 그 때부터 해상운송에 사용하면서 수리 및 유지·관리하여 왔으나, 피고는 이를 별개 법인 명의로 온두라스국에 편의치적하여 두었고, 한편 위 선박은 피고가 구매하던 당시인 1989년 12월에는 한국선급협회에 입급되어 있었으나 1991. 2. 20.부터 1991. 4. 16.까지 한국선급협회의 중간검사 및 입거검사를 최종적으로 수검한 이후 3년여 동안 지정된 검사를 받지 않아서 1994. 3. 23. 탈급 조치되었고 그 외 어떤 선급협회에도 입급되지 않았다. 위 인정 사실에 의하면, 피고는 이 사건 보험계약에서 명시적으로 정하고 있는 앞서 나온 담보에 위반하였다 할 것이므로 원고는 피고에게 보험금을 지급할 의무를 면한다.

위 협회선급약관 후반부에서는 “상기의 범위 내에 해당되지 아니하는 동력선에 의하여 운송되는 화물은 보험료 및 조건에 관하여 별도의 합의가 이루어질 것을 조건으로 위 보험계약에 의하여 계속 담보된다”라고 규정하고 있고, 구 협회적하약관 제14조에는 “피보험자는 자기가 좌우할 수 있는 모든 여건 하에서 가능한 신속하게 행동하는 것이 이 보험의 조건이다.”고 규정하고 있으며, 유의사항으로 “피보험자가 이 보험에 의거 계속담보 받는 사유의 발생을 알았을 때에는 지

체 없이 그 요지를 보험자에게 통지함을 요하며, 계속담보 받을 수 있는 권리는 이 의무의 이행 여부에 달려 있다”라고 규정하고 있으므로, 선박미확정의 해상적하보험을 체결하면서 협회선급약관을 둔 경우에 보험계약자는 원칙적으로 선적즉시 선박에 대해 통지하고 이러한 통지가 이루어진 후 보험자와 사이에 보험료와 조건에 관하여 협의를 하여야 하며, 이러한 협의가 이루어지면 위 보험계약에 따른 담보가 계속된다고 보아야 한다.

그런데 피고는 선적한 선명이 확정된 후 이 사건 선박이 위 협회선급약관상의 총톤수 1,000톤 이하로서 위 선급들 중 어느 것에도 입급되지 않았고 선령이 15년을 초과하는 선박에 해당한다는 사실을 알면서도, 보험자인 원고에게 선명을 통지하지 않았고 보험료 및 조건에 관하여 별도의 협의를 하거나 그러한 협의과정을 거치지 않았다. 그렇다면 보험계약자 겸 피보험자인 피고는 계속담보를 받는 사유의 발생을 알았음에도 지체 없이 이를 보험자인 원고에게 통지하지 않았을 뿐만 아니라, 그 후에도 보험료와 기타 조건에 관하여 협의를 거치거나 이 사건 항소심 변론종결일까지 상당한 보험료를 지급하지도 않았으므로 담보가 계속된다고 볼 수 없어 보험자인 원고는 보험금지급책임을 면한다.

한편 원심은 원고가 이 사건 보험계약을 체결하면서 협회선급약관과 같이 중요한 내용을 피고에게 전혀 설명하여 주지 않았으므로 위 협회선급약관 부분은 효력이 없다는 피고의 주장을 하였다.

## 2. 檢討事項

우선 위의 판례에서 사용된 “이 보험계약에서 발생하는 모든 책임문제는 영국의 법률과 관습에 따라 규율된다(All questions of liability arising under this policy are to be governed by the law and customs of England)”라는 영국법 준거약관의 법적성질에 따라 저축법적 지정으로 볼 것인지, 실질법적 지정으로 볼 것인지, 그리고 저축법적 지정에서도 전부지정설로 볼 것인지, 부분지정설로 볼 것인지를 판단하여야 할 것이다. 그러나 여기에서는 어느 한쪽의 견해만을 지정하여 논하지 않고 각각의 견해에 따를 경우 이루어지는 보험법의 적용에 대해서 고찰하고자 한다. 아울러 우리 보험법 또는 영국 보험법을 적용할 경우에 위의 판례를 어떻게 해석할지에 대해서도 언급하고자 한다.

## II. 우리 保險法이 適用되는 경우

위의 관례에서 사용된 영국법 준거약관을 저촉법적 지정설 중 부분지정설의 입장과 실질법적 지정설의 입장의 견해를 따를 경우 우리 보험법이 적용된다. 이러한 입장은 사용된 영국법 준거약관의 문언에 따라 적하보험증권상 ‘모든 책임문제’에 관한 사항은 영국법에 의하고 그 외의 사항, 즉 보험계약의 성립, 유효성 및 해석의 문제에 관해서는 영국법을 적용할 수 없다고 하는 입장이다.

그러면 여기서 약관설명 의무가 어느 범위에 속하는지를 먼저 판단하여야 할 것이다. 즉, 약관설명 의무의 위반의 유무와 그로 인한 효과가 보험계약의 실질적 성립요건의 문제인지 아니면 그 보험자의 책임의 문제인가를 검토하여야 한다.

일반적으로 계약의 성립과 유효성이라 함은 청약과 승낙에 의한 계약의 성립, 약인의 문제, 계약의 적법성, 승낙의 유효성 등을 포함하는 개념이라고 이해되고 있다. 그렇다면 “약관설명 의무”의 내용과 그 위반의 효과, 약관설명 의무위반을 이유로 하는 계약의 취소에 관한 제척기간 등은 보험계약의 성립과 유효성의 문제로 이해하여야 할 것으로 생각된다.

따라서 저촉법적 지정설 중 부분지정설과 실질법적 지정설에 따를 경우 해상적하보험증권상 “이 보험계약에서 발생하는 모든 책임문제는 영국의 법률과 관습에 따라 규율된다”라는 영국법 준거약관은 보험계약의 보험목적물이 무엇인지 여부에 관한 사항, 즉 보험계약의 성립 여부에 관한 사항에까지 영국의 법률과 실무에 따르기로하기로 한 것으로는 볼 수 없으므로, 이와 같은 사항에는 우리 보험법이 적용되어야 한다.

그러나 우리 보험법을 적용함에 있어서 보험약관의 설명의무에 대하여 상법과 약관규제법이 각각 규정하고 있지만 양 법률이 모두 적용되는가 또는 상법만이 적용되는가에 따라 그 효과가 달라지므로 이에 대해 상법과 약관규제법과의 관계를 살펴보아야 하지만 앞에서 살펴보았듯이 이러한 경우에는 상법적용설을 취하는 것이 타당하다고 본다.

그러므로 우리 상법 제638조의3(보험약관의 교부·명시의무) 제1항에서는 ‘보험자는 보험계약을 체결할 때에 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 그 약관의 중요한 내용을 알려주어야 한다’고 규정하고 있으며, 제2항에서는 ‘보험자가 제1항의 규정에 위반한 때에는 보험계약자는 보험계약이 성립한 날부

터 1월내에 그 약관을 취소할 수 있다'고 규정하여 보험자가 약관을 교부하지 아니하거나 중요한 내용의 설명이 없는 경우에 범위반의 효과에 대해서 규정하고 있다.

그리고 보험자가 보험계약을 맺을 때에 보험약관의 설명의무를 위반한 때에는 보험계약자는 보험계약이 성립할 날로부터 1월내에 그 계약을 취소할 수 있다고 규정하고 있는 바, 여기서 1월의 기간은 제척기간이고 보험계약자가 그 계약을 취소한 때에는 처음부터 그 계약은 무효로 되고 보험자는 보험계약자가 지급한 보험료를 모두 돌려주어야 한다. 또한 보험자가 설명의무를 위반한 경우 보험계약자가 보험계약을 취소하지 아니하면 당해 보험약관은 보험계약의 내용으로서 적용될 수 있다고 해석하는 것이 타당하다고 생각된다.

한편 상법 제638조의3 및 약관의 규제에 관한 법률 제3조의 규정에 의하여 보험자는 보험계약을 체결할 때에 보험계약자에게 보험약관에 기재되어 있는 보험상품의 내용, 보험료율의 체계, 보험청약서상 기재사항의 변동 및 보험자의 면책사유 등 보험계약의 중요한 내용에 대하여 구체적이고 상세한 설명의무를 지고 있으므로, 만일 보험자가 이러한 보험약관의 설명의무에 위반하여 보험계약을 체결한 때에는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없지만, 보험약관의 중요한 내용에 해당하는 사항이라 하더라도 보험계약자나 그 대리인이 그 내용을 충분히 잘 알고 있는 경우에는 당해 약관이 바로 계약 내용이 되어 당사자에 대하여 구속력을 가지므로 보험자로서는 보험계약자 또는 그 대리인에게 약관의 내용을 따로 설명할 필요가 없다고 볼 것인바, 이 경우 보험계약자나 그 대리인이 그 약관의 내용을 충분히 잘 알고 있다는 점은 이를 주장하는 보험자측에서 입증하여야 할 것이다.

그리고 보험자에게 약관의 설명의무가 인정되는 것은 어디까지나 보험계약자가 알지 못하는 가운데 약관에 정하여진 중요한 사항이 계약 내용으로 되어 보험계약자가 예측하지 못한 불이익을 받게 되는 것을 피하고자 하는 데 그 근거가 있는 것이므로,<sup>207)</sup> 해상보험계약에서 사용하고 있는 약관이라 할지라도 개별적으로 그 내용이 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항이거나 혹은 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사항인지

---

207) 대법원 2000. 7. 4. 선고 98다62909, 62916 판결 등 참조.

등을 판별하여 그 경우에 한하여 설명의무의 대상이 아니라고 하여야 할 것 인바, 이 사건 선박미확정의 해상적하보험계약에서 사용된 위 협회선급약관 이 이에 해당한다고 볼 만한 사정은 기록상 찾아 볼 수 없고, 원심이 들고 있는 해상보험계약의 부합계약성, 기업보험성, 국제적 유대성 등의 성질을 고려하더라도 사정은 달라지지 않는다고 할 것이다.

### Ⅲ. 英國 保險法이 適用되는 경우

#### 1. 英國 保險法の 適用되는 경우

위의 판례에서 사용된 영국법 준거약관을 저촉법적 지정설 중 전부지정설 의 입장의 견해를 따를 경우 영국 보험법이 적용된다. 이러한 입장은 해상적 하보험증권상 “이 보험계약에서 발생하는 모든 책임문제는 영국의 법률과 관 습에 따라 규율된다”라는 영국법 준거약관에 대해 준거법지정의 범위를 제한 하고 있지 않으므로 보험계약의 모든 책임문제 뿐만 아니라 보험계약의 성 립, 유효성 및 보험계약으로 인한 당사자의 권리·의무의 내용을 비롯한 계 약의 효력과 해석 등 계약의 실질의 문제 전부에 대하여 영국법에 의하는 것 으로 된다는 입장이다.

그러나 영국 해상보험법상 보험자의 보험약관설명 의무를 인정하는 명시적 인 규정은 없다.

한편 최근 영국 법원은 보험자의 고지의무를 새롭게 인정하고 있는데, 이 는 영미 보험업계의 최근의 경향이기도 하다. 그러나 보험계약의 최대선의성 에 기초한 보험자의 고지의무와 관련하여도 보험자가 보험계약자에게 보험약 관의 중요한 내용을 고지(또는 설명)할 의무를 인정할지의 여부에 관하여는 논의되고 있지 아니하다. 따라서 영국법상 보험자가 보험약관설명 의무를 부 담하지 않는 것으로 보인다.

다만 최근 영국에서 보험자가 보험계약자에게 보험증권의 의미에 관하여 고지할 의무가 있는가 하는 점에 관하여 이를 긍정하는 견해가 있으며, 만일 이 견해를 조금 더 발전시킨다면 영국 해상보험법상으로도 보험자가 보험계 약자에게 보험증권의 의미뿐만 아니라 나아가 약관의 중요한 내용을 고지하 여야 할 의무가 있다는 주장도 성립할 여지가 있을 것이다. 이에 관해서는 앞으로 살펴볼 필요성이 있겠다.

## 2. 英國法上 約款說明義務 概念의 確定 問題

국내에서 영국법을 준거법으로 하여 영국 보험법이 적용되는 경우, 영국법상 규정하고 있지 않은 약관설명 의무 개념을 국내법에서 어떻게 이해하고 의미를 확정하여야 할 것인가 하는 어려운 문제가 있다. 특히 약관설명 의무와 관련하여 영국법상 법률개념이 존재하지 않는 사항을 우리나라 법률가들은 우리나라에서 정립된 법체계를 수용하여 법률문제들을 해결하려고 한다. 예를 들어, 보험계약 체결당시 보험자는 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 그 중요한 내용을 알려주어야 하는데 이에 대하여 영국법 준거규정에 따라 약관설명 의무 개념이 존재하지 않는 영국법에도 불구하고 약관규제법 제3조 제2항 및 상법 제638조의3 제1항에서 정하는 약관설명 의무를 유추 적용할 수 있는지에 대하여 이를 인정하자는 태도가 이에 해당한다.

그러나 약관설명 의무와 같은 법률개념은 영국의 법체계 내에서 이해하고 그 본래의 의미에 따라야 할 것이지, 국내에서 적용하는 과정에서 변질되어서는 안 될 것이다.

즉, 법원이 영국법 체계 내에서 약관설명 의무 법률개념 및 관련 규정들을 이해하고 확인하여 영국법상 고유의 개념으로 인정하여야 하며, 영국법상 법률개념과 국내법상 유사 법률개념을 구별하여 유사점과 차이점을 명확히 판단하고 구분하여야 한다. 이에 따라 영국법이 적용될 때 영국법상 존재하지 않는 약관설명 의무의 이행을 요구할 수는 없을 것이다.

따라서 적용할 영국법상 법률개념 확정 문제는 당해 영국법 질서의 한 구성부분으로서 그 법질서 전체와 관련시켜서 행해야 한다는 것이다. 즉, 그 나라의 현실 및 판례를 참고로 함은 물론이고, 그 나라 법원에서 내려질 해석을 고려하여 그 법률개념의 의미 내용을 확정하여야 한다.

## 第5章 告知義務에 관한 保險法の 適用

### 第1節 告知義務에 대한 一般的 考察

#### I. 告知義務의 概念

고지의무란 보험계약자 또는 피보험자가 보험계약의 체결당시에 보험자에 대하여 중요한 사항을 고지하거나 또는 부실고지를 하지 아니할 의무를 말한다.<sup>208)</sup>

보험계약은 동질의 위험을 전제로 다수의 보험계약자가 하나의 보험단체내지는 위험단체를 형성하여 재산 또는 신체에 관하여 불확정한 사고가 발생한 경우에 보험금을 지급할 것을 약정하는 계약<sup>209)</sup>으로 우연한 사고의 발생을 전제로 한다. 따라서 보험계약에 의하여 보험계약자에게 일정한 위험으로부터 보험보호를 해주어야 할 의무가 있는 보험자는 보험계약의 체결에 있어서 어떠한 조건으로 계약을 체결할 것인가를 결정하기 위하여 위험의 상태에 대한 정확한 정보를 파악하는 것이 중요하다.

이를 위하여 보험계약자 또는 피보험자는 보험자에게 보험사고 발생의 가능성을 측정하는데 필요한 중요한 사항에 관하여 완전하고 올바르게 진실을 알릴 것이 요구된다. 이와 같이 보험계약자측이 보험계약을 체결함에 있어서 보험자에게 보험사고 발생의 가능성을 측정하는데 중요한 사항을 완전하고 정확하게 알리는 것이 고지의무이다.<sup>210)</sup>

208) 박용섭, 「해상보험법」(부산 : 효성출판사, 1999), 56쪽; 정찬형, 앞의 책, 530쪽; 이기수·최병규·김인현, 앞의 책, 71쪽; 구중순, 앞의 책, 105~106쪽.

209) 상법 638조(의의) 보험계약은 당사자일방이 약정한 보험료를 지급하고 상대방이 재산 또는 생명이나 신체에 관하여 불확정한 사고가 생길 경우에 일정한 보험금액 기타의 급여를 지급할 것을 약정함으로써 효력이 생긴다.

210) 고지의무와 관련하여 보험계약자의 다른 의무로써 위험변경증가의 통지의무가 있는데, 위험변경증가의 통지의무와 고지의무는 보험계약시점을 기준으로 하여 의무이행순서에 차이가 있으나, 고지의무와 통지의무는 보험계약자가 보험에 관련된 사실을 보험자에게 알려야 한다는 것과 고지·통지의무의 위반시 보험계약자는 불이익(계약의 해지)을 받게 된다는 공통점이 있다. 또한 고지의무제도와 관련하여 영미법상 담보제도는 상호 밀접한 관련을 가지고 있다. 이러한 담보의 법리는 고지의무제도와 함께 보험계약의 최대선의성에 근거를 두고, 그 이행이 보험계약자의 부담으로 되나 그 위반의 입증책임은

상법 제651조는 “보험계약당시에 보험계약자 또는 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로 인하여 중요한 사항을 고지하지 아니하거나 부실의 고지를 한 때에는 보험자는 그 사실을 안 날로부터 1월내에, 계약을 체결한 날로부터 3년내에 한하여 계약을 해지할 수 있다. 그러나 보험자가 계약당시에 그 사실을 알았거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 때에는 그러하지 아니하고”라고 규정함으로써 간접적으로 고지의무를 보험계약법상의 의무로서 규정하고 있다. 그리고 영국 MIA에서는 제18조<sup>211)</sup>에서 피보험자의 고지를 “이 조항의 규정에 반하지 않는 한, 피보험자는 계약이 체결되기 이전에 자신이 알고 있는 모든 중요한 사항을 보험자에게 고지하여야만 하며, 통상의 업무수행과정에서 자신이 알고 있어야만 할 모든 사항은 알고 있는 것으로 간주된다. 만일 피보험자가 이러한 고지하지 않은 경우 보험자는 그 계약을 취소할 수 있다”고 규정하고 있다.

민법 제2조 제1항의 신의성실의 원칙에서도 보는바와 같이 계약을 체결함에 있어서는 상대방에 대하여 허위의 진술을 하지 아니할 의무를 지는 것은 오늘날의 법률관계에서는 일반적인 것이지만, 특히 보험계약에서는 일찍부터 이점이 강조되어 왔다. 즉, 보험자는 보험계약자 측의 부실고지로 인하여 체결된 계약에 구속받지 않는다는 것으로 17세기초에 영국 보통법상 승인되었으며, 18세기에 Lord Mansfield의 해상보험 사건판결<sup>212)</sup>에서 당사자에게 고지의무를 지우고 있는 이유는 사기를 방지하고 보험계약의 선의성을 확보하는데 있다고 하여 대체로 오늘날과 같은 형태의 고지의무제도를 선의계약성

---

보험자에 있다는 점에서는 같다. 그러나 담보위반의 입증은 단순히 위반사실 있음만 입증하면 되므로 고지의무위반의 입증에 비하여 훨씬 용이하다. 즉, 두 제도 모두 피보험자에게 엄격한 준수를 요구하고 있는 점에서 공통적이지만, 각기 독자적인 내용과 형식으로 영미보험법상에서 기능을 하고 있다.

211) MIA §18. (Disclosure of assured) (1) Subject to the provisions of the section, the assured must disclosure to the insurer, before the contract is concluded, every material circumstance which is known to the assured, and the assured is deemed to know every circumstance which, in the ordinary course of business, ought to be known by him. If the assured fails to make such disclosure, the insurer may avoid the contract.

212) Carter v. Boehm (1766) 3 Burr 1905 사건에서 “보험은 사행에 기초한 계약이다. 우연한 사고발생의 가능성을 산출하는 데 근거가 되는 특별한 사실들은 거의 대부분 피보험자의 지식으로 편재되어 있다. 보험자는 피보험자의 표시를 신뢰하며, 피보험자가 인지하고 있는 사실을 묵비하지 않는다는 믿음을 갖고서 보험계약을 체결한다. 그러한 사실의 묵비는 사기이며, 결국 보험계약은 무효이다”고 판시하였다.

으로부터 발전시켰다. 지금은 보험계약에 당연히 부수되는 특유한 제도라고 여겨질 정도로 보편화되어 각국의 보험법에서는 이에 관한 명문의 규정을 두고 있다.

## II. 告知義務의 認定 根據

보험계약법의 입법자들이 보험계약에 관한 상법 제651조의 규정을 법정한 근거가 무엇인지에 대하여는 다양한 학설이 주장되고 있다.

우리 학계에서는 기술설(위험측정설)<sup>213)</sup>을 통설로 하고 있고, 영미에서는 계약당사자 불평등성설<sup>214)</sup>과 모든 종류의 보험계약에 전면적으로 적용되는 기본원리로서 최대선의성설<sup>215)</sup>을 인정근거로써 보고 있다.<sup>216)</sup> 한편 MIA에서 처럼 보험계약이 선의에 기초한 계약이라는 점을 명문으로 규정하고 있는 경

- 
- 213) 기술설은 보험단체를 구성하는 위험의 동질성을 확보하는 것이 보험사업의 기술적 기초라는 전제하에, 위험의 동질성을 확보하기 위해서는 위험을 정확하게 측정해야 하고, 이를 위해서는 보험자가 중요사항을 알고 있어야 하고, 결국 보험계약자에게 고지의무를 부담시켜야 한다고 본다. 한편 기술설을 순전히 보험단체의 합리적 유지라는 관점에서만 살피면, 고지의무위반은 당연히 무효가 될 것이지만 근래의 대부분의 입법은 해지권 또는 해제권을 보험자에게 주는데 그치고 있는 바 기술설로 이것을 설명하기 위해서는 수리 통계적 이유 이외에 당사자의 형평을 기하는 기술로서 고지의무가 인정되는 것이라고 하여야 한다는 것이다(김선정, “보험계약법상의 고지의무에 관한 연구”, 동국대학교대학원 박사학위논문(1992), 24쪽).
- 214) 영국과 미국에서 고지할 의무(the duty of disclosure)의 인정근거로 유력하게 논의되고 있는 계약당사자 불평등성설은 고지할 의무의 인정근거를 보험자와 보험계약자사이의 특별한 관계, 즉 보험계약자가 중요사항을 알고 보험자는 모르는 것이 일반적이라는 점에서 찾고 있다.
- 215) 영미보험법상 고지의무의 인정근거는 보험계약의 최대선의성으로부터 근거한다고 볼 수 있다. MIA 제17조(보험계약당사자의 최대선의의무) 및 제18조(피보험자의 고지의무)에서 그 내용을 찾을 수 있다. 즉, 보험계약은 보통 선의 내지는 최대선의 또는 신의성실위에 성립하는 계약이므로, 그 선의성에 따라서 보험계약자측은 보험자에게 중요한 사실을 완전하게 고지할 의무를 부담하고, 보험자도 동일하게 진실을 고지할 의무도 있다고 하는데 그 구체적 법제도의 하나가 고지의무제도라는 것이다. 또한, Mansfield 판사의 Carter v. Boehm (1766) 판결과 MIA 제17조에 따라 해상보험계약이 최대선의에 의한 계약이며 만약 당사자 일방이 지키지 아니할 때는 상대방이 그 계약을 취소할 수 있다고 하여 그 취소권이 쌍방적임을 명백히 하고 있다.
- 216) 정호열·한기정, “고지의무에 관한 고찰”, 「서울대법학」 제40권 제1호, 서울대학교법학연구소(2000), 76~80쪽 참조.

우에 고지의무의 법적 개념인 형평성 내지 선의계약성에서 구하는 것은 타당하다고 생각되는 반면, 기술설에서 강조하는 수지균형의 원칙이나 대수의 법칙은 경제적 개념으로서 기술설은 고지의무제도의 경제적 측면을 강조하는 학설이다.

영미에서는 계약당사자 불평등설이 고지할 의무의 인정근거로 유력하게 제기되고 있다. 왜냐하면 보험계약자의 고지할 의무를 폐지할 정도로 중요사항에 대한 계약당사자의 불평등성이 완전히 해소될 수 있는 것도 아니고, 그렇게 하는 것이 현 단계에서 바람직하지도 않은 것으로 판단되기 때문이다. 따라서, 계약당사자의 불평등성은 보험계약자의 고지할 의무를 계속 인정하게 되는 근거로 여전히 의미가 있다. 그러나 중요한 사항에 대한 당사자의 불평등성이 다른 계약과는 달리 왜 보험계약에서 특별히 해소되어야 하는지에 대해서 설명하기 어렵다. 이에 대해서는 기술설로 보완할 수 있을 것이다.<sup>217)</sup>

### III. 告知義務의 法的 性質

우리 상법은 고지의무위반에 대하여 보험자의 해지권만을 규정하고, 보험계약자의 행위규범에 대한 총괄적인 규정을 두고 있지 않기 때문에 고지의무의 법적성질을 개별적으로 파악하는 경향이 있다.<sup>218)</sup> 결국 고지의무의 법적성질에 관하여는 이 의무가 사법상의 일반적인 법적의무와 그 성질이 어떻게 다른가로 압축되는데, 고지의무위반시의 보험계약의 해지 또는 보험금의 지급거절로 인한 보험계약자 측의 불이익을 어떻게 보는가에 따라 그 입장이 달라질 수 있다. 대표적인 견해로는 법적의무설, 법적 강제설, 간접의무설이 있다.

법적 의무설은 보험계약법에서 규정하고 있는 모든 행위규범은 순수한 법적의무로서 그의 이행을 소에 의해서 청구할 수 있고 그 위반의 경우에는 손해배상청구권이 성립한다는 것이다.<sup>219)</sup> 그리고 법적 강제설은 보험법이나 상법규정의 문언에서나 이해관계의 측정에서도 고지의무를 정한 규정들이 목적

217) 정호열·한기정, 앞의 논문, 80쪽.

218) 이에 반하여 독일 보험계약법 제6조는 보험계약자가 이행하여야 할 행위규범을 책무로 총칭하여 규정하고 있기 때문에 보험계약법상 채무의 성질을 통일적으로 파악하려는 경향이 있다.

219) 김재걸, “보험계약상 고지의무에 관한 법적 고찰”, 「목원대학교 논문집」 제30집(1996), 4쪽.

론적 강제요건을 규정한다는 것이다. 한편 간접의무설은 우리나라와 일본에서 통설적 지위에 있고 독일의 판례와 학설도 오랫동안 간접의무설을 취하여 왔으며, 이 이론에 의하면 고지의무는 보험계약의 전제요건으로서의 간접의무이며, 단순히 보험계약상의 청구권을 유지하기 위한 전제가 되는 의무에 불과하고 계약의 효과로서 인정되는 진정한 의무는 아니라고 본다.

법적의무설에 의하면 보험계약법에서 규정하고 있는 모든 행위규범은 순수한 법적의무로서 그의 이행을 소에 의해서 청구할 수 있고 그 위반의 경우에는 손해배상청구권이 성립하지만 우리나라 보험계약법에서는 고지의무를 위반한 경우 그 효과로서 손해배상책임에 대하여는 아무런 정함을 하고 있지 않다.<sup>220)</sup> 또한 법적강제설도 여러 가지의 문제점이 있다고 할 것이다. 즉, 보험법이나 상법규정의 문언에서나 이해관계의 측정에서도 고지의무를 정한 규정들이 목적론적 강제요건을 규정한다고 할 수 없기 때문이다. 또한 이 설은 보험자가 불고지 또는 부실고지를 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우에 보험자의 해지권을 배제하고 있는 상법의 규정에 대한 설명을 곤란하게 하고 있다.<sup>221)</sup> 반면에 간접의무설에 의하면 대체로 우리나라에서의 고지의무는 진정한 법적의무가 아닌 보험계약법상 특수한 간접의무 내지 자기의무로 이해되고 있다.

이러한 점을 고려하여 상법 제651조는 고지의무위반이 있으면 보험자는 보험계약을 해지할 수 있는 것으로 규정되어 있다고 본다. 따라서 보험자는 고지의무위반에 대하여 보험계약을 해지할 수 있을 뿐 이에 대한 강제집행 또는 손해배상을 청구할 수 없다는 것이다. 다시 말해 보험계약자가 보험계약 체결시 약정된 계약상 지위 내지 권리를 보전하기 위하여 고지의무가 이행되는 것이다. 결국 우리나라에서는 일반적으로 고지의무를 진정한 법적의무가 아닌 보험계약법상 특수한 간접의무 내지 자기의무로 이해하고 있다.<sup>222)</sup>

#### IV. 告知義務의 內容

---

220) 예외적으로 스위스 보험계약법 제27조에서는 보험법상의 특별규정은 일반적인 손해배상청구를 배제하지 않는다고 규정하고 있는데 이는 법적 의무설에 따라서 입법화한 것이라고 할 수 있다.

221) 김재걸, 앞의 논문, 6쪽.

222) 정호열·한기정, 앞의 논문, 75쪽.

## 1. 告知義務 當事者

고지의무를 부담하는 자는 보험계약자와 피보험자이다(상법 제651조 본문).

보험계약자가 여러 사람인 경우에 각자가 고지의무를 부담하지만, 모든 사람이 일일이 고지를 해야 할 필요는 없다. 대리인에 의해서 보험계약을 체결하는 경우에 그 대리인도 고지의무를 부담하게 되고, 이때 대리인은 본인이 알고 있는 중요사항뿐만 아니라 대리인이 스스로 알고 있는 중요사항도 고지해야 한다(상법 제646조). 보험계약의 주체인 보험계약자가 고지의무를 부담하는 것은 당연하지만, 피보험자가 고지의무를 부담하는 경우에는 손해보험과 인보험에 따라 피보험자의 개념이 다르므로 주의할 필요가 있다.<sup>223)</sup>

즉, 손해보험에서의 피보험자는 보험계약상 보험금청구권을 가지는 자인데 해석론상 고지의무의 당사자에 포함시키나, 인보험에서의 피보험자는 보험사고발생의 객체가 되는 자이며, 인보험에서 보험금청구권을 가지는 보험수익자는 고지의무자가 아니다.<sup>224)</sup> 이러한 점에서 손해보험에서도 보험금청구권을 가지는 피보험자, 특히 타인을 위한 손해보험계약에서의 피보험자가 고지의무를 부담할 수 있는가에 대하여 의문이 있을 수 있다. 그러나 손해보험과 인보험에서 보험금청구권을 가지는 자의 지위를 언제나 동일하게 볼 수 없으며, 또한 법문의 규정에서 볼 때 손해보험에서의 피보험자를 고지의무자에서 제외할 수는 없다고 본다. 그러나 타인을 위한 손해보험계약에서 보험계약자가 그 타인인 피보험자에게 보험계약이 체결되었음을 알리지 않은 경우에는 피보험자가 고지의무를 부담한다고 할 수 없을 것이다.<sup>225)</sup>

한편 고지의 상대방은 ‘보험자’와 그를 위해서 고지수령권을 갖는 대리인이다. 또한 보험계약의 계약대리권이 있는 보험대리점은 물론 고지수령권을 갖는다. 그러나 계약대리권이 없는 보험중개인은 고지수령권을 갖지 않는다. 단, 보험모집인이 고지수령권을 갖는가에 대해서는 논의가 필요하다.

보험설계사라 불리는 보험모집인은 “보험회사를 위하여 보험계약의 체결을 중개하는 자”이다. 보험모집인은 보험계약의 체결을 중개하는 사실행위를 하

223) 정찬형, 앞의 책, 532쪽; 정호열·한기정, 앞의 논문, 81쪽.

224) 피보험자가 고지의무를 부담하는 이유는 피보험자가 자신의 생명·신체에 관한 중요사항을 가장 잘 아는 자라는 점인데, 인보험에서는 보험계약자가 피보험자의 동의를 얻어서 타인의 인보험을 가입한 경우에는 보험계약자와 피보험자가 다를 수 있다.

225) 정찬형, 앞의 책, 533쪽.

는 자이므로, 보험자를 위하여 계약체결의 대리권을 행사할 권한이 없는 것이 원칙이다. 이 견해가 통설이며, 판례<sup>226)</sup> 또한 고지수령권을 부정하고 있다. 한편 입법으로 고지수령권을 부여하는 데 대해서, 신중설과 긍정설이 대립하는데, 입법론으로는 이의 인정여부를 신중히 검토할 필요가 있다고 한다.<sup>227)</sup>

## 2. 告知의 時期 및 方法

고지의 시기는 보험계약 당시이다(상법 제651조). 이는 보험계약의 청약시가 아니라 보험계약의 성립시라고 해석한다. 따라서, 보험계약의 청약시에 중요사항을 고지했다고 해도 성립시까지 중요사항에 변화가 생기면 이를 고지해야 할 의무를 진다. 영국과 미국의 판례도 이와 마찬가지로의 태도를 취하고 있으나 반대 취지의 미국의 판례<sup>228)</sup>도 있다.

즉, 보험계약의 청약은 보험자가 작성한 보험청약서에 의하고 그 보험청약서에 중요사항에 관한 질문표를 담고 있는 것이 일반적이고 이 질문표에 응답한 보험계약자가 보험계약의 청약 후 성립전의 중요사항 변화가 있으면 스스로 보험자에게 고지할 것을 기대하기는 어렵다는 보험계약자의 곤란한 입장을 고려한 것이다. 보험자가 스스로 작성한 보험청약서에 중요사항에 관한 질문표를 사용하는 경우는, 보험계약의 청약 후 성립전의 중요사항 변화가 있으면 보험자에게 고지해야 한다는 문구를 삽입하게 해야 분쟁의 소지를 미연에 방지할 수 있을 것이다.

한편 고지의 방법은 법률상 특별한 제한이 없다.<sup>229)</sup> 서면이든 구두이든, 또 명시적이든 묵시적이든 문제되지 않는다. 일반 거래에서는 보험자가 작성한 보험청약서가 중요사항에 관한 질문표를 두고 있는 것이 보통이어서 보험계약자는 이에 기재하는 방법으로 고지의무를 이행한다.

---

226) 대법원 1979. 10. 30. 선고 79다1234 판결에서 “보험가입을 권유하던 보험자의 외무사원에게 기왕병력을 말한 것으로는 보험자에게 고지라 할 수 없다”고 판시하고 있다.

227) 정찬형, 앞의 책, 533쪽; 정호열·한기정, 앞의 논문, 83~84쪽.

228) *Mayes v. Massachusetts Mutual Life Insurance Co.*, 608 S. W. 2d. 612(Tex., 1980).

229) 정찬형, 앞의 책, 533쪽.

### 3. 告知事項

#### (1) 중요한 사항

고지의무자가 보험자에 대하여 고지할 사항은 중요한 사항이다(상법 제651조). 이 때 중요한 사항이란 ‘보험자가 위험을 측정하여 보험계약의 체결여부 또는 보험료액의 여하를 결정하는 데 영향을 미치는 사실’<sup>230)231)</sup>을 말한다. 다시 말하면 ‘보험자가 그러한 사실을 알았다라면 보험계약을 체결하지 않았거나 또는 적어도 동일조건으로 계약을 체결하지 않을 것으로 객관적으로 인정되는 사실’을 말한다.<sup>232)</sup>

구체적으로 어떠한 사실이 중요한 사항인가는 사실문제로서 보험의 종류에 따라 다르다. 해상보험에서 그 내용을 살펴보면, 적하보험에서는 운송선박명,

---

230) MIA 제18조 2항에서는 ‘중요한 사항’에 대한 정의를 “Every circumstance is material which would influence the judgement of a prudent insurer in fixing the premium, or determining whether he will take the risk”라고 규정하고 있다.

231) 여기서 “영향을 미치는”의 해석과 관련하여 비결정적 영향설(non-decisive influence test), 위험 증가설(increased risk test), 결정적 영향설(decisive influence test)의 견해가 대립한다. 비결정적 영향론이란 고지의무의 대상이 되는 중요한 사항은 반드시 신중한 보험자의 판단에 실제로 결정적 영향을 미칠 필요는 없으며 설사 그 사항이 고지되었더라도 신중한 보험자가 동일한 결정을 내렸을 경우라도 그 사항이 신중한 보험자의 결정과정에 영향을 미칠 수 있는 것이라면 중요한 사항으로 보아야 하는 견해를 말한다. 위험 증가설은 중요한 사항이란 신중한 보험자가 불고지 또는 부실고지된 사항이 보험의 대상이 되는 위험(risk)을 증가시킬 개연성이 있다고 생각할만한 사항을 말한다. 결정적 영향론이란 고지의무의 대상이 되는 중요한 사항이란 그 사항이 고지되는 경우 신중한 보험자가 보험료의 산정이나 위험의 인수여부에 관하여 다른 결정을 내렸을 사항을 말한다. 이 입장이다.

232) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다27971 판결에서는 “보험계약자나 피보험자가 보험계약 당시에 보험자에게 고지할 의무를 지는 상법 제651조에서 정한 중요한 사항이란, 보험자가 보험사고의 발생과 그로 인한 책임부담의 개연율을 측정하여 보험계약의 체결 여부 또는 보험료나 특별한 면책조항의 부가와 같은 보험계약의 내용을 결정하기 위한 표준이 되는 사항으로서 객관적으로 보험자가 그 사실을 안다면 그 계약을 체결하지 않든가 또는 적어도 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 않으리라고 생각되는 사항을 가리킨다”고 판시하였으며, 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결에서는 “상법 제651조에서 정한 중요한 사항이란 객관적으로 보험자가 그 사실을 안다면 그 계약을 체결하지 않든가 적어도 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 않으리라고 생각되는 사항이다”고 하여 위 대법원 96다27971 판결을 따르고 있다.

화물의 종류, 포장상태, 적부방법, 항로, 환적 여부 등이 중요한 사항에 속하며, 선박보험에서는 선박의 종류, 국적, 건조연수, 톤수, 재질, 선급 등이 중요한 사항에 해당된다.<sup>233)</sup>

233) 영국 법원의 중요한 사항의 판례를 정리하면 다음과 같다(박용섭, “영국해상보험법상 피보험자의 고지의무에 관하여”, 「한국해법학회지」, 제5권 제1호, 한국해법학회(1983), 132~137쪽 참조).

① 선박 포획의 의심(capture doubtful) : 선주는 자기 선박과 유사한 선박이 포획되었다는 사실을 들었으나, 불확실한 정보라 생각하여 보험자에게 고지하지 아니하였다. 이 사실은 고지하여야 할 중요한 사항이다(De Costa v. Scandret(1723), 2P. Wms. 170).

② 출항 날짜(date of sailing) : 과거에는 출항날짜가 중요한 사항이었으나, 현재에는 개개의 사건에 따라서 문제가 되고 있으며, 보험계약을 체결하기 전에 출항과 관련하여 출항준비완료의 통지를 피보험자가 받은 경우에는 이 사실은 중요한 사항을 판결되었다(Mcandrew v. Bell(1795), 1 Esp. 373).

③ 항행시기(time of sailing) : 항행시기는 해난사고의 주요한 요소이므로 필요에 따라서 보험자에게 고지하여야 할 사항이기도 하다.

④ 적선의 출현(presence of enemy) : 항해수역에 적국의 함정 또는 사략선(privateers)이 출현한 사실을 피보험자가 통보받은 것은 중요한 사실이다(Beckwaite v. Nalgrove).

⑤ 선박의 좌초(vessel on rock) : 선박보험이 체결되기 수개월 전에 선박이 좌초되었다가 이초한 사실이 있었으며, 선장은 선체에 손상이 없었다고 판단하여 언급하지 아니하였지만, 실제로는 손상을 받았다. 이러한 사실은 반드시 고지되어야 한다(Gladstone v. King(1813), 1 M. & S. 35).

⑥ 선박의 멸실(loss of vessel) : 송하인의 대리인이 선박 출항의 소식을 담은 편지를 발송하고나서 선박이 멸실된 소식을 들었다. 화물보험계약이 출항 며칠 뒤에 체결되어 있었지만, 대리인이 선박의 멸실소식을 알리지 아니한 것은 고지의무의 위반이다(Fitzherbert v. Mather(1785), 1 Term Rep. 12).

⑦ 선박의 역사(previous history of vessel) : 피보험선박이 현재는 상선이지만 과거에는 다른 종류의 선박(군함)이었다. 보험계약을 체결하기 전에 선박의 전력을 고지하여야 한다(Bates v. Hewitt(1867), L.R. 2 Q.B. 595).

⑧ 선박의 과대평가(overvaluation of vessel) : 선박의 실제가격 보다 높은 가격으로 보험계약을 맺은 것은 피보험자가 선가에 대하여 부실고지를 한 것이다(Slattery v. Mance(1962), 19 Ll.L.R. 301, K.B.D.).

⑨ 선박의 불감항능력(unseaworthiness of vessel) : 선박의 감항능력과 관련하여 선체, 기관 및 설비의 결함이 있으면 보험자에게 고지하여야 한다(Gulfstream Cargo Ltd. v. Reliance Insurance Co.(1970) 1 Lloyd’s Rep. 178, U.S.C.A. 5th Cirt.).

⑩ 피보험자가 체결한 다른 보험계약(other insurance policies effected by assured) : 선체보험에 추가하여 운임보험 및 선비보험을 가입한 경우 이는 보험자에게 고지할 중요사항이다(Thames and Mersey Marine Insurance Co., Ltd. v. Gunford Ship Co., Ltd.(1911), 105 L.T. 312. H.L.).

## (2) 질문표

상법은 1991년에 제651조의2를 신설하여 “보험자가 서면으로 질문한 사항은 중요한 사항으로 추정한다”라고 규정하고 있다. 만약 보험자가 서면으로 질문한 사항이 중요사항이 아니라고 주장하기 위해서는 이를 주장하는 보험계약자가 입증해야 한다. 보험전문가가 아닌 일반 보험계약자는 무엇이 중요사항인지 판단하기 어렵기 때문에 보험자가 보험청약서에 중요사항에 관한 질문표를 포함하고 보험계약자는 이에 기재하는 식으로 고지의무가 이행되는 것이 보험실무이고, 상법은 이에 대응하여 질문표의 법적 효과를 명문화한 것이다. 질문표가 묻는 사항을 중요사항으로 추정하면, 보험자가 중요사항에 관해서 보다 많은 질문을 하도록 하는 유인을 제공한 셈이고, 그 결과 무엇을 고지해야 하는지 잘 모르는 보험계약자에게도 도움이 될 수 있으므로 타당한 입법이다.

## 第2節 海上保險契約上 告知義務에 대한 比較法的 考察

### I. 告知義務의 範圍에 대한 비교

#### 1. 重要な 事項의 告知

##### (1) 중요한 사항의 판단기준

우리 보험법과 영국 보험법은 모두 고지의무의 적용범위를 중요한 사항에 한정하고 있으나,<sup>234)</sup> 양국의 보험법은 공통적으로 중요한 사항이 누구를 기준으로 또는 어떠한 기준으로 판단 및 결정되어야 하는가에 대하여는 상세하게 규정하고 있지 않다.

영국 보험법에서는 “신중한 보험자가 보험료를 산정하거나 보험인수 여부를 결정함에 있어서 그의 판단에 영향을 미치는 일체의 사항은 중요하다”(MIA 제18조 제2항)고 규정함으로써 중요한 사항의 판단은 신중한 보험

234) 우리 상법 제651조 및 MIA 제18조 내지 제20조.

자의 판단에 따른다는 취지를 규정하고 있다. 여기서 신중한 보험자는 가상의 개념으로서, 보통 법원에서 전문가증언에 의하여 입증되는 시장의 합리적·객관적 보험관행을 구현한 개념이다.<sup>235)</sup> 즉, ‘자기의 업무에 정통하고, 예외적인 소심함이나 대담성 없이 자기의 업무를 신중하게 수행하는 보험자의 보편성’<sup>236)</sup>을 의인화한 개념이다. 중요성의 판단기준과 관련하여 실제보험자 또는 피보험자의 주관적인 판단은 배제된다.

우리 보험법에서는 중요한 사항이 누구를 기준으로 판단되어야 하는가에 관한 명시적인 규정이 없지만, 판례나 학설은 객관적인 보험자를 기준으로 하고 있으므로, 신중한 보험자를 판단기준으로 하고 있는 영국 보험법과 동일한 입장을 취하는 것으로 보인다.

## (2) 중요한 사항의 결정기준

MIA에서는 신중한 보험자의 판단에 영향을 미치는 사실이 중요하다는 고지의무의 일반원칙만을 규정할 뿐 어느 정도의 영향이 신중한 보험자의 판단에 영향을 미치는 중요한 사항인가에 관한 구체적인 기준을 설정해 두고 있지 않다(MIA 제18조 제2항 및 제20조 제2항 참조).

우리 보험법에서도 중요한 사항의 결정기준에 관하여 명문규정은 두고 있지 않지만, 하급심판결에서 중요한 사항은 “객관적으로 보아 보험자가 그 사실을 안다면 그 계약을 체결하지 않든가 또는 적어도 그것과 동일한 조건으로 계약을 체결하지 않았으리라고 생각되는 사항을 말한다”<sup>237)</sup>고 판시함으로써 앞에서 살펴본 ‘결정적 영향설’과 동일한 입장을 취하고 있다.

우리 법원에서 중요한 사항의 결정기준이 비교적 일찍 설정된 반면, 우리보다 해상보험의 역사가 상대적으로 오래된 영국의 보험법에서 중요한 사항의 결정기준에 관한 문제가 1982년 *Container Transport International Inc. v. Oceanus Mutual Underwriting Association* 사건<sup>238)</sup> 이전에 주 쟁점으로 취급된 판례가 없다는 사실은 다소 놀라운 일이다.<sup>239)</sup> 즉, 1982년 이전의 영

235) Howard N. Bennett, *op. cit.*, p.47.

236) *Pan Atlantic Insurance Co. Ltd. v. Pine Top Insurance Co. Ltd.* [1995] 1 A.C. 501, 531.

237) 서울 고등법원 1974. 7. 11. 선고 74나194판결.

238) [1982] 2 Lloyd's Rep. 178; [1984] 1 Lloyd's Rep. 476(CA).

239) 신건훈, “해상보험계약상 고지의무에 관한 비교고찰”, 「무역학회지」 제26권

국 보험법에서 고지의 대상이 되는 중요한 사항의 결정기준에 관하여 구체적으로 정립한 판례는 없고, 다만 MIA에서 사실의 문제라고 규정하고 있을 뿐이었다.<sup>240)</sup> 결국 영국 법원은 ‘비결정적 영향설’기준을 채택함으로써 중요성의 결정기준에 관한 입장을 취하고 있다.<sup>241)</sup>

## 2. 事實의 告知

우리 보험법에서 고지의무는 중요한 사항의 고지 및 부실의 고지를 아니할 의무를 따로 구분하지 않고 양자에 대하여 동일한 법원칙을 적용하는 반면, 영국 보험법에서는 중요한 사항의 고지의무(disclosure)와 부실의 표시(representation)를 아니할 의무를 엄격히 구분하고 있다. 영국 보험법에서 고지의무는 해상보험계약에서 인정되는 특수한 의무로서 일반 계약법의 법규칙과는 무관하지만, 보험계약의 부실표시에 관한 법규칙은 일반계약법과 동일하다.<sup>242)</sup> 영국 계약법에서 현재 또는 과거의 사실에 대한 허위진술 내지 허

---

제1호, 한국무역학회(2001), 13쪽.

240) MIA 제18조 제4항 및 제20조 제7항.

241) 1982년 사건의 1심에서 Lloyd 판사는 확고하게 ‘결정적 영향설’기준을 채택하였으나, 항소심에서 번복되었다. 항소법원의 Kerr 판사는 ‘MIA 제18조 제2항 및 제20조 제2항에서 판단(judgment)이란 용어는 견해의 형성이란 의미로 해석되어야 하기 때문에 ‘영향을 미친다’(influence)란 용어는 신중한 보험자의 결정에 영향을 미치는 것이 아니라 견해의 형성 및 의사결정과정에서 신중한 보험자의 심리상태에 영향을 미친다는 의미로 사용되어야 한다’라고 강조하면서, 신중한 보험자가 의사결정과정에서 단지 알고자 하는 일체의 사실은 중요하다는 입장을 취하였다. 이 사건의 판결은 피보험자에 대하여 지나치게 가혹하다는 이유로 실무계 및 학계로부터 많은 비난을 받았으며, 결국 이후의 Pan Atlantic Insurance Co. Ltd. v. Pine Top Insurance Co. Ltd. 사건의 2심에서 항소법원은 상기 판결의 지나친 가혹함으로부터 후퇴하여 ‘위험 증가설’기준을 채택함으로써 상기 판결에서 초래된 난점들을 상당히 개선하며, 공정하고 균형된 법원의 입장을 정립하려고 노력하였다. 이 사건은 결국 상원에까지 항소되었으며, 법원의 판사들은 3:2의 다수결로 ‘비결정적 영향설’기준을 채택함으로써 중요성의 결정기준에 관하여 10여년에 걸친 영국 법원 내의 논쟁을 종식시켰다(신건훈, 앞의 논문, 12~13쪽).

242) 영국 계약법에서 계약당사자의 선의에 의한 고지의무는 요구되지 않지만, 선의의무의 부재로 인한 법적 결점을 상쇄하기 위하여 부실표시에 관한 아주 엄격한 의무가 존재한다. 즉, ‘단순한 침묵이 부실표시를 구성하지 않더라도 한마디의 말(single word), 머리끄덕임(nod), 눈감빡임(wink), 머리 가로젓기(shake of the head) 또는 미소(smile)’는 의무위반의 상대방에게 계약의 취소권이나 기타 구제수단을 제공하는 부실표시를 구성할 수 있다(신건훈, 앞

위표시를 한 경우에만 부실표시로 인정되고, 사실의 표시는 견해, 의도 또는 미래 사실에 대한 예측과는 구분된다. 다만 계약당사자가 특정 사실의 진술 당시에 특정의 견해나 의도 없이 진술하였다면 의사 표시자는 견해나 의도의 존재사실을 허위 진술한 것으로 되어 의사표시자의 부실표시가 인정된다.<sup>243)</sup>

영국 해상보험법에서 기대<sup>244)</sup>나 신념<sup>245)</sup>의 표시는 표시자가 선의로써 행한 경우에만 진실한 표시로 인정되며(MIA 제20조 제5항), 사실의 표시가 문면상 진실한 것이 아니더라도 실질적으로 정확하다면, 실제 표시와 진실 사이의 간격은 중요하지 않은 것으로 인정된다(MIA 제20조 제4항).

한편 우리 보험법에서도 고지의 대상을 사실에 한정하고 있으며, 피보험자의 주관적인 판단, 의사, 예상, 기대 또는 신념 등은 고지의 대상에서 제외되기 때문에 과거 또는 현재의 사실을 고지의 대상으로 하고 있는 영국 보험법과 유사한 것으로 보인다.

## II. 告知義務違反의 要件에 대한 비교

### 1. 告知義務違反의 要件

우리 보험법에서 고지의무의 위반이 성립하려면 중요한 사항의 불고지 또는 부실의 고지 내지 허위진술이 있어야 하며(객관적 요건), 중요한 사항에 대한 불고지 또는 부실의 고지가 피보험자의 고의 또는 중대한 과실에 기한 것(주관적 요건)이어야 한다.

우리 보험법은 고지의무위반의 요건으로서 객관적 요건과 주관적 요건을 혼용함으로써 고지의무자가 주관적으로 불고지 또는 부실 고지된 사실의 중

---

의 논문, 13쪽).

243) H.N. Bennett, *op. cit.*, p.65.

244) Bowden v. Vaughan ((1809) 10 East 415) 사건에서 화물선의 미래 항해일정에 관한 하주의 진술은 단지 기대의 표시라고 판결되었다. 하주는 선박의 이동에 관한 통제권을 행사할 수 없으므로 그에 관한 하주의 진술이 선의로써 행하여지지 않은 경우에만 부실표시를 구성한다.

245) Anderson v. Pacific Fire & Marine Insurance Co. ((1872) L.R. 7 C.P. 65) 사건에서 선박의 묘박지에 관하여 안전하다고 언급한 선장의 편지에 의존하여 보험계약이 체결되었다. 소송과정에서 그 묘박지가 파도에 대하여는 안전하나, 바람에 대하여는 안전하지 못한 것으로 판명되었으나 선장의 진술은 견해의 표시로서 부실표시를 구성하지 않는다고 판결되었다.

요성 고지의 필요성을 인식한 상태이거나, 고지의무자 측의 중대한 과실로 인하여 그러한 사실의 중요성 및 고지의 필요성을 인식하지 못한 경우에만 고지의무의 위반이 성립하는 반면, 영국 보험법은 고지의무위반의 요건과 관련하여 엄격한 객관주의를 채택함으로써 고지의무자의 사실인지 여부 또는 중요성이나 고지필요성의 인식여부를 불문하고 중요한 사항의 불고지가 존재한다면 고지의무의 위반이 성립한다(MIA 제18조 제1항)는 점에서 우리 보험법과는 상당한 차이를 보이고 있다. 즉, 영국 보험법에서 고지의무위반자의 위반사실에 관한 인지여부 내지 과실의 정도는 고려의 대상이 되지 못하기 때문에 고지의무자는 중요한 사실에 관한 인식이나 중대한 과실의 개입 없이 단순한 과실, 전체적으로 선량한 과실이나 실수로 인하여 고지의무를 위반할 수 있다. 다시 말하면 고지의무의 위반요건과 관련하여 영국 법원의 유일한 관심사는 중요한 사실의 불고지가 있었느냐 하는 객관적인 사실의 존재 여부이다.

한편 영국 보험법에서 고지의 대상이 되는 중요한 사항의 결정기준을 우리 보험법보다 낮게 설정되고 있다는 점을 감안할 때 선량한 실수나 단순한 과실도 고지의무위반을 구성한다는 엄격한 객관주의에 입각한 영국 법원의 입장은 실제적으로 고지의무를 단독으로 부담하는 피보험자 측에서 볼 때 너무 가혹한 것이며, 보험계약당사자 사이의 계약관계에 있어서 불평등을 초래할 가능성이 높은, 즉 보험자에게 치우친 법의 적용이라고 생각된다.

## 2. 立證責任

우리 보험법에서 보험자는 고지의무위반의 전제인 중요한 사실의 불고지 또는 부실고지가 있는 경우에 그러한 사실이 보험계약자 등의 고의 또는 중대한 과실에 의한 것임을 입증하여야 한다. 즉, 고지의무의 위반을 이유로 하여 보험계약을 해지하고자 하는 보험자가 입증책임을 부담한다.

영국 보험법에서도 입증책임은 고지의무자의 의무위반으로 인하여 보험계약의 취소를 주장하는 의무위반의 상대방이 입증책임을 부담한다는 점에서 우리 보험법과 일치하나, 입증내용면에서는 다소 차이가 있다.

즉, 영국 보험법에서 고지의무자의 고지의무위반을 이유로 보험계약을 취소하려고 하는 당사자는 상대방이 중요한 사실을 불고지하였음을 입증해야 할 뿐만 아니라, 그러한 사실의 불고지가 자기의 계약체결에 관한 결정에 영

향을 미쳤음을 입증해야 한다.<sup>246)</sup>

### Ⅲ. 告知義務違反의 效果에 대한 비교

#### 1. 保險契約의 解止·取消

우리 보험법에서 보험자는 보험계약자나 피보험자의 고지의무위반이 있으면 보험계약을 해지할 수 있다(상법 제651조). 즉, 고지의무는 보험계약의 효과로서 생기는 진정한 의무가 아니기 때문에 고지의무위반의 효과로서 보험자에게 계약해지권을 허용할 뿐, 그 위반에 대한 손해배상청구권을 인정하지 않는다. 해지권의 행사는 제한사유가 없는 한 보험사고의 발생전후를 불문하고 보험자의 일방적인 의사표시에 기하여 행사할 수 있다. 해지의 방법은 민법의 일반원칙에 따르고, 해지의 효력은 그 의사표시가 상대방에게 도달한 때에 발생한다. 보험자가 해지권을 행사하여 보험계약을 해지하면, 해지의 효력은 장래에 향하여 발생하기 때문에 보험자는 원칙적으로 해지 이전에 발생한 보험사고에 대하여 보험금지급책임을 면할 수 없으나, 우리 보험법은 ‘보험사고가 발생한 후에도 보험자가 고지의무위반을 이유로 계약을 해지한 때에는 보험금을 지급할 책임이 없고 이미 지급한 보험금의 반환을 청구할 수 있다’(상법 제655조)는 특칙을 두어 보험자의 보험금지급책임에 관하여는 해지의 효력을 소급시킨다.

한편 영국 보험법에서도 고지의무위반의 효과로서 보험계약의 취소권만을 인정하고 있을 뿐 손해배상청구권을 인정하고 있지 않으며, 그 효과면에서는 취소의 소급효를 인정하고 있다. 그리고 우리 보험법에서 보험자가 보험계약자 등의 고지의무위반에 기하여 보험계약을 해지하는 경우에 보험계약자 등은 당해 보험계약 하에서 既지급한 보험료의 반환청구권을 갖지 못하는 반면, 영국 보험법에서 의무위반의 상대방이 보험계약의 취소권을 행사하는 경우에 원칙적으로 보험계약의 당사자는 보험계약체결전의 상태로 회복되어야 하기 때문에 보험자는 피보험자로부터 既수령한 보험료를 반환하여야 한다. 다만 고지의무의 위반이 피보험자의 사기에 기한 경우에 피보험자의 보험료 반환청구권을 인정하지 않는다(MIA 제84조<sup>247)</sup> 참조). 그리고 영국 보험법에

246) 신건훈, 앞의 논문, 16쪽.

247) MIA §84 (Return for failure of consideration) (1) Where the consideration

따라 보험계약을 취소하기 위해서는 불고지 또는 부실고지 사항이 반드시 중요한 사항에 속하여야 한다.<sup>248)</sup>

## 2. 解止 · 取消權의 制限

### (1) 제척기간의 경과

우리 보험법에서는 보험자가 고지의무위반의 사실을 안 날로부터 1월, 계약체결일로부터 3년이 경과하면 보험자의 계약해지권은 소멸한다고 특정하고 있으나, 영국 보험법에서는 고지의무위반의 상대방이 취소권을 행사할 수 있는 기간을 특정하여 두고 있지 않고 취소권을 행사하기 위한 합리적인 기간만을 허용하고 있다. 여기서 합리적인 기간이란 사실의 문제로서 개별 사건의 구체적인 상황을 고려하여 결정되어야 한다. 합리적인 기간이 경과되면 의무위반의 상대방은 법에 의하여 취소권을 상실하게 된다.<sup>249)</sup> 결국 영국 보험법에서 의무위반의 상대방이 합리적인 기간 내에 취소권을 행사하지 못하면, 이는 행동에 의한 취소권의 포기 또는 계약효력추인의 의사표시으로써 인정된다.<sup>250)</sup>

### (2) 해지 · 취소권 행사의 포기

우리 보험법에서 보험자의 계약해지권은 보험자의 이익을 위한 것이므로 보험자는 계약을 해지하거나 아니하거나 자유이다. 보험자가 해지권을 포기하는 경우에 보험자는 서면이나 구두에 의하여 명시적 · 묵시적으로 할 수 있으며, 특히 묵시적인 포기는 보험자가 고지의무위반을 알면서 유보 없이 보험증권을 교부하거나 보험금을 지급한 경우이다.

영국 보험법에서는 피보험자가 고지의무를 위반하는 경우에 보험자는 계약을 취소할 수 있다(may avoid)라고 규정함으로써(MIA 제17조, 제18조 제1항

---

for the payment of the premium totally fails and there has been no fraud or illegality on the part of the assured or his agents, the premium is thereupon returnable to the assured.

248) 구종순, 앞의 책, 110쪽.

249) 신건훈, 앞의 논문, 17쪽.

250) H.N. Bennett, *op. cit.*, p.71.

및 제20조 제1항), 보험자에게 취소선택권을 부여하고 있다. 따라서 보험자는 보험계약효력의 주인을 통하여 취소권의 포기를 선택할 수 있는 선택권을 가지며, 그 의사표시는 피보험자에게 완전하고 분명하게 통지되어야 한다. 다만 고지의무위반의 상대방은 그 상황에서 자기가 법적으로 취소선택권을 행사할 수 있다는 사실을 인식하고 선택권 행사의 효과에 관한 법률지식을 구비한 상태이어야 한다.

영국 보험법에서 취소권포기의 의사표시는 상대방에게 전달되기 전까지 아무런 법적 효력을 발생하지 않기 때문에 그러한 의사표시가 상대방에게 전달되기 전까지 철회가 가능하지만, 상대방에게 일단 전달되면 그 의사표시는 최종적, 취소불능이고 그 의사표시에 대한 상대방의 약인이나 의존(reliance)을 요하지 않는다. 취소권포기의 의사표시에 관한 방법적인 제한은 없으나, 의사표시가 분명한 것이어야 한다.<sup>251)</sup>

### (3) 보험자가 알았거나 중과실로 알지 못한 때

우리 보험법에서는 ‘보험자가 계약 당사에 그 사실을 알았거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 때’에는 보험계약을 해지할 수 없음을 규정하고 있다(상법 제651조 단서). 이는 보험자의 위험선택이 고지의무위반으로 방해되지 않았음을 고려한 것이며, 영업상 중요한 주의를 게을리한 보험자를 피보험자의 일방적 희생 위에 보호함은 형평에 반하기 때문이다.

영국 해상보험법에서도 ‘보험자가 알고 있거나 또는 알고 있는 것으로 추정되는 일체의 사항은 고지를 요하지 않는다’고 규정함으로써(MIA 제18조 제3항 (b)호), 우리 보험법과 유사한 입장을 취하고 있다. 여기서 ‘보험자가 알고 있는 것으로 추정되는 사항’이란 일반적으로 알려진 사실, 상식에 속하는 사실 또는 보험자가 통상의 업무상 당연히 알아야 할 사항이다.

---

251) 취소권의 포기로 귀결되는 의사표시자의 묵시적인 의사표시는 의사 표시자가 의무위반 사실 및 의무위반의 효과에 관한 법률지식을 구비한 상태에서 보험료를 수납하거나 보험증권을 교부하거나 부실표시를 정정하기 위한 조치를 승인하거나 특정의 유보 없이 피담보 선박의 수선을 위한 노력에 협조하는 것, 재난에 관계되는 추가정보를 요구하거나 손해에 대하여 침묵하거나 피보험자를 방문하여 손해와 관계되는 장기간의 검사를 진행하는 것 등이다(신건훈, 앞의 논문, 17쪽).

### 3. 因果關係의 存否

우리 보험법에서는 보험계약자 등의 고지의무위반사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 때에는 보험자는 그 보험금지급책임을 면하지 못한다고 규정함으로써(상법 제655조 단서), 보험사고와 불고지 또는 부실고지된 사실 사이에 아무런 인과관계가 존재하지 않는 경우에 보험자는 보험계약자 등의 고지의무위반과 관련하여 법적으로 아무런 보호수단을 제공받지 못하기 때문에 이 경우에 고지의무의 규제적 성격은 약화된다. 이 규정은 보험사고가 고지사항과 인과관계가 없을 경우에는 보험자가 결과적으로 고지의무위반에 의하여 아무런 불이익을 받은 것이 없으므로 피보험자의 이익을 보호하려는 의도이다.<sup>252)</sup>

영국 보험법에서는 고지의무위반의 상대방이 의무위반을 이유로 계약취소권을 취득하기 위하여 보험사고와 불고지된 중요한 사항 사이에 인과관계의 존재를 입증할 필요가 없다는 점에서 우리 보험법과는 상반된다. 예를 들면 *Seaman v. Fonereau* 사건<sup>253)</sup>에서 피보험자는 보험계약체결 당시에 피담보선박이 강풍에 의하여 멸실 또는 손상의 가능성이 있다는 루머를 보험자에게 고지하지 않았으며, 그 선박은 보험계약의 체결 후에 나포되었다. 그 루머는 사실이 아니었음이 판명되었지만, 법원은 그러한 루머의 불고지를 이유로 보험자의 계약취소권을 인정하였다. 이 사건은 영국 보험법에서 보험계약체결 당시의 고지의무위반과 보험사고 사이에 인과관계의 존부는 고려의 대상이 되지 않음을 예증한다.

다른 한편 영국 보험법에서 보험사고와 불고지된 중요한 사항 사이에 인과

---

252) 하지만 고지의무제도의 원래 취지와 관련하여 다음과 같은 문제점을 내포하고 있다. 첫째, 고지의무제도가 보험자로 하여금 위험에 대한 정확한 평가를 내리고 불량위험을 배제하기 위한 것이라면 보험사고발생의 원인을 사후적으로 문제삼는 것은 모순이다. 둘째, 피보험자가 사전에 정확하게 고지한 결과로 계약이 거부되는 경우와 균형이 맞지 아니하다. 셋째, 보험자가 보험계약의 체결 당시에 고지의무위반의 대상이 된 사항에 대하여 진실을 알았다더라면 보험자는 적어도 동일한 계약내용으로는 보험계약을 체결하지 않았을 것이고, 여기에 보험자에게 계약해지권을 인정하는 기초가 있다고 할 것이므로 보험사고가 어떠한 원인에 의하여 발생하였는가 하는 사후적인 사정에 의하여 보험금지급책임의 존부를 좌우하게 하는 것은 이론적으로 일관되지 않는다.

253) (1743) 2 Str. 1183.

관계를 요구하지는 않지만, 보험자는 피보험자의 불고지를 이유로 계약취소권을 취득하기 위하여 보험계약체결과 불고지 사실 사이에 인과관계가 있었음을 입증하여야 한다.<sup>254)</sup> 달리 말하면 보험자는 불고지를 이유로 계약을 취소하기 위하여는 자신의 당해 위험인수결정이 불고지에 의하여 유인되었음을 입증하여야 한다. 여기서 유인의 입증은 중요한 사항의 판단기준과 달리 당해 보험계약에서 실제보험자의 주관적인 판단에 관계되는 문제로서, 보험인수결정에 관련된 실제보험자의 주관적인 심리상태가 불고지 사실에 의하여 영향 받았음을 입증하는 것이다. 그러나 고지의무위반의 사실이 실제보험자로 하여금 당해 보험계약을 체결하도록 결정적으로 영향을 미쳤다는 사실의 입증은 요하는 것은 아니기 때문에 실제보험자의 유인문제와 관련하여 영국 법원은 중요한 사항의 결정기준과 마찬가지로 ‘비결정적 영향설’기준을 채택하고 있다.

### 第3節 告知義務에 관한 保險法の 適用

#### I. 序說

구체적으로 고지의무와 관련된 대법원 판결을 소개한 후 그 사실관계를 바탕으로 하여 당해 보험계약에서 사용된 영국법 준거약관을 검토한 다음 고지의무에 관한 보험법의 적용 부분에 대해 고찰하고자 한다. 우리 보험법과 영국 보험법이 적용되는 경우를 각각 살펴보고, 아울러 영국법 적용에 따른 법률개념 확정의 문

---

254) Pan Atlantic Insurance Co. Ltd. v. Pine Top Insurance Co. Ltd. [1995] 1 A.C. 501(HL); St Paul Fire & Marine Insurance Co. (UK) Ltd. v. McConnell Dowell Constructors Ltd. [1995] 2 Lloyd's Rep. 116(CA). Pan Atlantic 사건에서 상원은 고지의무의 위반과 관련하여 실제보험자의 유인이라는 주관적 기준을 채택하는 것이 영국 보험법에서 중대성의 결정기준을 낮게 설정한 결과로 보험계약당사자의 계약관계에 있어서 초래될 수 있는 불균형 및 불공정을 해소할 수 있다고 생각하였다. 즉, 고지의무위반과 계약체결 사이에 실제보험자의 유인이라는 주관적 기준을 설정함으로써 중요성의 ‘비결정적 영향설’기준을 설정한 결과 초래될 피보험자 측의 불리한 지위는 극복될 수 있다고 생각하였다. 한편 St Paul 사건에서 항소법원은 중요성의 입증이 ‘유인의 추정’을 초래한다고 판결함으로써 Pan Atlantic 사건에서 상원이 의도한 바는 상당히 희석되었다.

제도 고찰해 보고자 한다.

1. 判例의 紹介(대법원 1991. 5. 14. 선고 90다카25314 판결)

원심판결<sup>255)</sup> 및 원심이 인용한 제1심판결의 이유에 의하면 원심은 원고와 피고가 1987. 10. 16. 분손불담보(Free from Particular Average, F.P.A.) 조건의 이 사건 적하보험계약을 체결하였다가 1987. 11. 30. 보험조건을 분손불담보조건에서 전위험담보(All Risks, A/R) 조건으로 하는 내용의 추가변경약정을 체결한 사실, 그런데 원고는 이 사건 화물을 적재한 선박이 1987. 10. 24. 경 인도네시아국 판장항에서 출항한 다음 기관고장으로 정선 수리중이라거나 거친 파도와 강풍으로 심하게 동요하고 있으며 선박이 기울고 있다는 등의 전문만 수차 보내오고 도착예정일(1987. 11. 5.경)이 지나도록 목적항인 부산항에 도착하지 않자 도착예정일이 훨씬 지난 1987. 11. 30.에 피고에게 그와 같은 사실을 감추고 위 선박의 출항일은 추후 고지하겠다고 하여 위 추가변경약정을 체결하기에 이른 사실을 인정한 다음, 원고와 피고는 1987. 10. 16. 이 사건 보험계약을 체결하면서 이 사건 영문 보험증권에 “이 보험증권에 포함되어 있거나 또는 이 보험증권에 첨부되는 어떠한 반대되는 규정이 있음에도 불구하고, 이 보험은 일체의 전보청구 및 결제에 관해서 영국의 법률과 관습에만 의한다(Notwithstanding anything contained herein or attached hereto to the contrary, this insurance is understood and agreed to be subject to English law and practice only as to liability for and settlement of any and all claims)”<sup>256)</sup>고 약정하였으므로 위 보험계약의 효력은 영국의 법률과 관습에 준거하여 판단되어야 하는 것인데 위 1987. 11. 30.자 추가변경 약정은 원고가 영국해상보험법 제17조가 요구하는 최대선의의무에 반하여 자신이 알고 있는 사실을 묵비한 채 체결된 것으로서 피고의 1988. 8. 22.자 취소권 행사로 인하여 그 효력을 상실하였다고 판단하였다.

255) 서울고등법원 1990. 7. 11. 선고 90나17356 판결.

256) 본래 대법원 1991.5.14. 선고 90다카25314 판결에서는 “이 보험계약에서 발생하는 모든 책임문제는 영국의 법률과 관습에 따라 규율된다(All questions of liability arising under this policy are to be governed by the law and customs of England)”는 영국법 준거약관이 사용되었으나, 논지의 전개과정에서 수정한 것이며 구별의 실익은 없다고 본다.

## 2. 檢討事項

우선, 위의 판례에서 사용된 “이 보험증권에 포함되어 있거나 또는 이 보험증권에 첨부되는 어떠한 반대되는 규정이 있음에도 불구하고, 이 보험은 모든 보상청구에 대한 책임 및 결제에 관해서만 영국의 법률과 관습에 의한다(Notwithstanding anything contained herein or attached hereto to the contrary, this insurance is understood and agreed to be subject to English law and practice only as to liability for and settlement of any and all claims)”라는 영국법 준거약관의 법적성질에 따라 저촉법적 지정으로 볼 것인지, 실질법적 지정으로 볼 것인지, 그리고 저촉법적 지정에서도 전부지정설로 볼 것인지, 부분지정설로 볼 것인지를 판단하여야 할 것이다. 그러나 여기에서는 어느 한쪽의 견해만을 지정하여 논하지 않고 각각의 견해에 따른 경우 이루어지는 보험법의 적용에 대해서 고찰하고자 한다. 아울러 우리 보험법 또는 영국 보험법을 적용할 경우에 위의 판례를 어떻게 해석할지에 대해서도 언급하고자 한다.

## II. 우리 保險法이 適用되는 경우

위의 판례에서 사용된 영국법 준거약관을 저촉법적 지정설 중 부분지정설의 입장과 실질법적 지정설의 입장의 견해를 따를 경우 우리 보험법이 적용된다. 이러한 입장은 사용된 영국법 준거약관의 문언에 따라 적하보험증권상 ‘모든 보상청구에 대한 책임 및 결제’에 관한 문제는 영국법에 의하고 그 외의 사항, 즉, 보험계약의 성립, 유효성 및 해석의 문제에 관해서는 영국법을 적용할 수 없다고 하는 입장이다.

그러면 여기서 고지의무가 어느 범위에 속하는지는 먼저 판단하여야 할 것이다. 즉, 고지의무의 위반의 유무와 그로 인한 효과가 보험계약의 실질적 성립요건의 문제인지 아니면 그 보험자의 책임, 즉 보험계약의 효력의 문제인가를 검토하여야 한다.

일반적으로 계약의 성립과 유효성이라 함은 청약과 승낙에 의한 계약의 성립, 약인의 문제, 계약의 적법성, 승낙의 유효성(착오, 사기, 강박에 의한 영향) 등을 포함하는 개념이라고 이해되고 있다. 그렇다면 “고지의무”의 내용과 그 위반의 효과, 고지의무위반을 이유로 하는 계약의 해지에 관한 제척기간 등

은 보험계약의 성립과 유효성의 문제로 이해하여야 할 것으로 생각된다. 고지의무의 위반과 사기의 관계를 어떻게 이해할 것인가가 논의되고 있는 바 사기에 의한 보험계약의 취소가 계약의 성립의 문제로 이해되고 있음을 고려한다면 전자의 문제 역시 계약의 성립의 문제로 이해하는데 별 어려움이 없을 것이다.

따라서 저촉법적 지정설 중 부분지정설과 실질법적 지정설에 따른 경우 해상적하보험증권상 “이 보험증권에 포함되어 있거나 또는 이 보험증권에 첨부되는 어떠한 반대되는 규정이 있음에도 불구하고, 이 보험은 모든 보상청구에 대한 책임 및 결제에 관해서만 영국의 법률과 관습에 의한다”라는 영국법 준거약관은 보험계약의 보험목적물이 무엇인지 여부에 관한 사항, 즉 보험계약의 성립 여부에 관한 사항에까지 영국의 법률과 실무에 따르기로 하기로 한 것으로는 볼 수 없으므로, 이와 같은 사항에는 우리 보험법이 적용되어야 한다.

그러므로 우리 상법 제651조는 고지의무위반을 이유로 한 보험계약해지는 보험자가 그 사실을 안 날로부터 1개월 이내에 한하여 할 수 있다고 규정하고 있고, 상법 제655조는 보험자는 고지의무위반과 보험사고와의 사이에 인과관계가 있는 경우에 한하여 고지의무위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 있다고 규정하고 있으므로 우리 보험법을 적용시킬 경우에는 위와 같은 제척기간이나 인과관계에 관한 규정이 적용될 것이다.

### Ⅲ. 英國 保險法이 適用되는 경우

#### 1. 英國 保險法의 適用되는 경우

위의 판례에서 사용된 영국법 준거약관을 저촉법적 지정설 중 전부지정설의 입장의 견해를 따를 경우 영국 보험법이 적용된다. 이러한 입장은 사용된 영국법 준거약관에 대해 준거법지정의 범위를 제한하고 있지 않으므로 보험계약의 보상청구에 대한 책임 및 결제뿐만 아니라 보험계약의 성립, 유효성 및 보험계약으로 인한 당사자의 권리·의무의 내용을 비롯한 계약의 효력과 해석 등 계약의 실질의 문제 전부에 대하여 영국법에 의하는 것으로 된다는 입장이다.

따라서 이 사건 적하보험계약에 있어서 고지의무위반을 이유로 한 보험계

약의 해지에 관하여는 MIA 제17조<sup>257)</sup>, 제18조가 적용되고 동법 소정의 고지의무위반을 이유로 한 보험계약의 해지는 우리 상법 제651조 소정의 그것과는 그 요건과 효과를 달리하고 있어 이에 대하여 상법 제651조 소정의 제척기간이나 상법 제655조의 인과관계에 관한 규정은 적용될 여지가 없다고 하여야 할 것이다. 그리고 MIA 제18조 제2항에서 고지의무의 대상이 되는 중요한 사항은 사려 깊은 보험자가 보험료를 정하거나 또는 위험의 인수여부를 결정하는데 영향을 미치는 모든 사항을 말한다고 규정하고 있고, 원심 판시와 같이 사고의 발생이 예상되는 전문을 수령한 사실이 위 법조 소정의 중요한 사항에 해당함은 명백하므로 고지위무 위반에 이유는 없다고 본다.

한편 고지의무 위반을 이유로 한 보험계약의 취소를 규정하고 있는 영국 해상보험법 제18조에는 그 취소권의 행사기간에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 않으나, 영국 법원의 관례에 의하면 피보험자의 고지의무 위반 사실을 안 보험자가 기간의 제한 없이 무한정하게 고지의무 위반을 원인으로 보험계약을 취소할 수 있는 것이 아니라 그 사실을 안 날로부터 보험계약 취소 여부를 결정하는데 필요한 상당한 기간 내에 취소권을 행사하여야 하고, 보험자가 취소권을 행사하지 않을 의사임이 명백할 정도로 오랜 시간이 흐른 경우나 보험자가 취소권을 늦게 행사함으로써 피보험자에게 손해가 발생한 경우 또는 제3자의 권리관계가 개입하게 된 경우라면 보험자가 보험계약을 추인하였다고 볼 수 있다는 것일 뿐이다.

## 2. 英國法上 告知義務 概念의 確定 問題

국내에서 영국법을 준거법으로 하여 영국 보험법이 적용되는 경우, 영국법이 정하는 고지의무 개념이 국내법에서 인정하는 개념들과 일치하지 않는다면, 개념의 의미를 어떻게 이해하고 의미를 확정하여야 할 것인가 하는 어려운 문제가 있다.

고지의무와 관련하여 우리나라 재판관들이 무의식적으로 영국법의 법률개념을 자신이 속한 법체계에 존재하는 고지의무의 뜻과 동일시하여 이해하고

---

257) 원심(서울고등법원 1990.7.11. 선고 90나17356 판결)은 동법 제17조의 최고선의 의무위반만을 그 취소이유로 하였으나 해상보험계약상의 고지의무는 최고선의의무의 한 태양에 불과하므로 동법 제18조를 적용한 취지라고 볼 것이다.

재판을 진행하는 경우가 있다.

그러나 영국법상 고지의무와 같은 법률개념은 영국의 법체계내에서 이해하고 그 본래의 의미에 따라야 할 것이지, 국내에서 적용하는 과정에서 변질되어서는 안 될 것이다.

고지의무의 개념에 대해 살펴보면, 보험계약자 또는 피보험자가 보험계약의 체결당시에 보험자에 대하여 중요한 사항을 고지하거나 또는 부실고지를 하지 아니할 의무를 뜻하지만 이에 관해서는 우리 보험법과 영국 보험법상 많은 차이가 존재하고 있다. 즉, 우리나라에서는 보험계약자 또는 피보험자에게만 주어지는 의무이지만, 영국법상에서는 보험계약자 또는 피보험자뿐만 아니라 보험자에게도 주어지는 의무이며, 고지의무위반의 요건과 효과가 다르다는 점, 그리고 우리나라는 소정의 제척기관이나 인과관계를 요구하고 있지만, 영국법상에서는 그러한 규정이 없다는 등의 이유로 우리나라 보험법과 영국 보험법상 고지의무의 법률개념은 구별하여 확정할 필요가 있는 것이다.

즉, 법원이 영국법 체계 내에서 고지의무의 법률개념 및 관련 규정들을 이해하고 확인하여 영국법상 고유의 개념으로 인정하여야 하며, 영국법상 법률개념과 국내법상 유사 법률개념을 구별하여 유사점과 차이점을 명확히 판단하고 구분하여야 한다.

따라서 그 영국법상 법률개념의 확정 문제도 당해 영국법원의 입장에서 그 나라의 법원이 해석하는 것과 같이 해석해야 할 것이지, 우리나라 법원의 입장에서 국내법해석원칙에 따라 해석하는 것은 아니다.

## 第6章 結 論

해상보험계약의 당사자는 해상보험의 국제적 성격과 관련하여 영국의 해상보험약관을 사용하여 보험계약을 맺고, 그 약관에 있는 준거법약관을 그대로 원용하고 있다. 선박보험의 협회기간약관에서는 “이 보험은 영국의 법률 및 관습에 따른다”라는 준거법약관이 명시되어 있어 해상보험계약에 관한 모든 문제점은 영국의 법률과 관습에 따라 해결하고자 하나, 적하보험증권의 본문약관에서는 “이 보험증권의 규정 또는 이 보험증권에 첨부된 어떠한 반대규정에도 불구하고 이 보험은 모든 보상청구에 대한 책임 및 결제에 관해서만은 영국의 법률과 관습에 따를 것을 합의한다”라는 문언을 사용하고 있어 이에 관한 해석상의 대립이 야기되었다.

영국법 준거약관에 관하여 우리나라에서는 이를 저촉법적 지정의 전부지정설과 부분지정설로 보는 견해와 실질법적 지정으로 보는 견해로 나뉘어져 있다. 그리고 대법원 1977. 1. 11. 선고 71다2116 판결이래로 영국법 준거약관의 효력을 인정해 오고 있으며, 적하보험에서 사용되고 있는 영국법 준거약관에 대하여 대법원 1991년 판결은 전부지정설을 취하고 있으나, 그 후 대법원 1998년 판결에서는 영국법 준거약관의 문언을 분석하여 주어진 표현에 따라 1991년 판결과 달리 부분지정설을 따르게 되었다. 즉, 1998년 판결은 약관의 문언을 면밀히 검토하여 준거법의 적용범위를 명확히 한 점에서 1991년 판결보다 진일보한 것이라고 보여 진다.

그러나 학계에서 뿐만 아니라 대법원 판결에서도 일관된 입장을 취하고 있지 못하고 있어 견해가 나뉘어져 있는바, 앞으로 영국법 준거약관에 관한 판례의 입장을 명확히 정립시킬 필요성이 있겠다. 또한 대법원이 1998년 판결의 입장을 1991년 판결에서 문제된 영국법 준거약관의 경우에까지 적용할지, 그리고 앞으로 국제사법하에서도 이러한 입장이 유지될 지는 두고 보아야 할 것이다.<sup>258)</sup>

먼저 영국법 준거약관의 법적 성질에 대한 필자의 견해를 서술하고자 한다. 영국법 준거약관이 전면적으로 유효한지 아니면 일부 범위 내에서만 유효한

258) 석광현 교수는 이에 관해 국제사법하에서도 대법원 판결은 부분지정설을 유지할 것으로 예상하고 있다. 석광현, 앞의 책(註 43), 210쪽.

지에 관하여는 이를 일률적으로 해석할 수는 없으며, 계약체결당시의 당사자의 의사, 편입된 영국법 준거약관의 내용, 해상보험거래업계에 있어서의 관행, 양 당사자의 계약체결당시의 체결 교섭력의 강약 등의 여러 요소에 의하여 종합적으로 판단하여 이를 전면적으로 인정 또는 부인할 것인지 아니면 일부 범위 내에서만 그 효력을 인정할 것인지를 신중히 판단하여야 할 것이다.

우선적으로 영국법 준거약관의 법적 성질에 대해 저촉법적 지정설인가 실질법적 지정설인가를 구분하고, 만약 저촉법적 지정설이 타당하다면, 전부지정설인지, 부분지정설인지를 검토해야 하겠다. 이를 위하여 먼저 국제사법적 관점에서 당사자자치의 원칙에 의한 준거법 지정의 개념을 고려할 필요가 있다 하겠다.

해상보험계약은 기본적으로 채권계약의 성질을 가지므로 국제사법 제25조에 따라 당사자자치의 원칙에 의해 준거법을 자유로이 선택할 수 있다. 여기서 당사자자치의 원칙은 당사자가 계약의 내용을 직접 정하는 대신에 어느 특정한 나라의 법규나 관습을 원용하여 그 법규정으로서 계약의 내용을 보충하는 이른바 실질법적 지정을 인정하는 것이 아니라, 그 계약 자체를 지배하는 준거법의 지정을 당사자의 자유의사에 맡기는 것, 즉 당사자의 의사를 국제사법상의 연결점으로 인정하는 이른바 저촉법적 지정을 말하는 것이기 때문이다.

또한 국제사법의 해석상 준거법으로 지정될 수 있는 어느 국가의 법에 해당되지 않는 관습, 관례나 실무는 준거법이 될 수 없다는 저촉법적 지정에 대한 비판에 대해서는 다음과 같은 설명을 할 수 있다. 해상보험계약에 있어 영국법을 준거법으로 하는 이유에 대하여 실무적인 측면에서 접근한다면 “English law and practice”라는 문언에 대하여 “영국의 법률과 관습”이라고 해석하기보다 불가분의 문언으로 해석할 수는 없는 것인지 의문이다. 즉, 영국 MIA를 비롯한 영국해사법의 형성과정을 보았을 때 오랜 기간 동안 해사법원에 축적된 해사관례와 해사관습을 중심으로 이루어졌다면 “English law and practice”는 불가분의 문언으로 결국 관습법을 포함하는 영국의 법률을 지칭한다고 볼 수도 있을 것이다.

위와 같은 이유로 저촉법적 지정설이 타당하다고 한다면, 과연 전부지정인가, 부분지정인가를 살펴보아야 한다. 그러나 앞에서 살펴보았듯이 해상보험계약상 “이 보험은 영국의 법률과 관습에 따른다”고 규정하는 대신, “이 보험증권상 발생하는 모든 책임문제는 영국의 법률과 관습에 의하여 규율되어야

한다”는 문언을 사용하고 있으므로 부분지정으로 보아야 하며, 이러한 해석은 주어진 문구 또는 계약 내용에 비추어 문리적으로 해석할 수밖에 없는 타당한 결과이다. 특히 우리 해상보험업계의 실무가 “이 보험은 영국의 법률과 관습에 따른다”고 규정하고 있는 협회약관을 받아들인 것임에도 불구하고 굳이 준거법에 관한 문언을 협회약관의 그것과 달리 사용하고 있는 점에 어떤 의미를 부여하여야 할 것으로 생각된다. 그리고 1998년 대법원 판결이 부분지정설의 입장을 취하는 것도 같은 취지라고 보아진다.

그러나 1998년 대법원 판결에서 보험증권의 문구에 따라 준거법의 분열은 불가피하게 되었으나, 실제의 문제로 들어가서 어떠한 문제가 보험계약의 성립에 관한 것이고, 어떠한 문제가 책임 및 결제에 관한 문제인지를 검토하여 적용법을 달리하여야 할 것인데, 특히 실무를 하는 사람들에게는 그 구분이 모호하여 또 다른 혼란이 야기되었다는 비판이 제기되기도 하였다.<sup>259)</sup>

이에 대해 준거법의 결정 자체를 당사자에 맡기는 이상 그 범위에 관하여도 당사자에게 선택의 자유를 부여하는 것이 일관성이 있고, 또한 부분지정에 대한 당사자의 이익도 존재하므로 국제사법에서는 준거법의 분열을 인정하는 추세이다. 결국 이 문제는 해상보험계약에 명시된 영국법 준거약관의 내용을 분석하고 해상보험의 법률개념 및 해상보험거래의 관행 등의 여러 요소에 의하여 종합적으로 판단할 수 있을 것이다.

따라서 직접청구권, 약관설명의무와 고지의무의 관점에서 부분지정설의 준거법 지정범위에 대해서 살펴보고자 한다. 먼저 직접청구권은 선박보험의 충돌손해배상과 관련된 부분으로 적하보험상 영국법 준거약관의 문제와는 별도로 논의될 필요성이 있지만, 만약 적하보험상에서 피해자의 직접청구권 문제가 발생한다면 이는 당연히 책임의 문제로 보아야 한다. 즉, 직접청구권은 책임보험계약에서 발생하는 것으로서 책임보험계약에서 보험사고가 발생하여 피보험자가 법률상 손해배상책임을 지는 경우 피해자가 보험계약자인 피보험자를 경유하지 아니하고 직접 보험자에게 보험금을 청구할 수 있는 권리를 인정한 것이 피해자의 보험자에 대한 직접청구권이기 때문이다.

다음으로 약관설명의무와 고지의무에 관해서는 책임의 문제가 아니라 계약의 성립의 문제로 보아야 한다. 즉, 일반적으로 계약의 성립과 유효성이라 함은 청약과 승낙에 의한 계약의 성립, 약인의 문제, 계약의 적법성, 승낙의 유효

259) 서동희, “한국해상보험법에서의 영국법 문제에 대한 처리”, 「판례연구」 제15집-상(2001. 8), 서울지방변호사회, 74쪽.

성 등을 포함하는 개념이라고 이해되고 있다. 그렇다면 “약관설명 의무”의 내용, 요건과 그 위반의 효과 및 “고지의무”의 내용, 요건과 그 위반의 효과, 고지의무위반을 이유로 하는 계약의 해지에 관한 제척기간 등은 보험계약의 성립과 유효성의 문제로 이해하여야 할 것이다. 고지의무의 위반과 사기의 관계를 어떻게 이해할 것인가가 논의되고 있는 바, 사기에 의한 보험계약의 취소가 계약의 성립의 문제로 이해되고 있음을 고려한다면 전자의 문제 역시 계약의 성립의 문제로 이해하는데 별 어려움이 없을 것이다.

따라서 영국법 준거약관의 문언에 따라 적하보험증권상 ‘모든 보상청구에 대한 책임 및 결제’에 관한 문제는 영국법에 의하고, 그 외의 사항 즉 약관설명 의무, 고지의무 등의 보험계약의 성립, 유효성 및 해석의 문제에 관해서는 우리 법을 적용하게 된다.

이에 따라 영국법 준거약관에 대한 부분지정설의 입장에서 보험법의 적용을 살펴보면, 직접청구권과 관련한 선박보험에서는 표준적인 영국법 준거약관을 사용하고 있으므로 모든 문제에 대해 영국법이 적용될 것이다. 그러나 영국 보험법이 적용되면 우리 보험법과는 달리 직접청구권을 인정하고 있지 않다. 다음으로 약관설명 의무에 대해서는 우리 보험법이 적용된다고 할 것이고, 이에 대하여 상법과 약관규제법이 각각 규정하고 있지만 상법적용설에 따라 상법만 적용하는 것이 타당하다. 따라서 상법 제638조의3 규정이 적용될 것이다. 마지막으로 고지의무에 대해서도 우리 보험법이 적용된다고 할 것이며, 상법 제651조의 제척기간이나 상법 제655조의 인과관계에 관한 규정이 적용될 것이다.

한편 국내에서 영국 보험법이 적용되는 경우 영국법이 정하는 법률개념이 국내법에서 인정하는 개념들과 일치하지 않는다면, 개념의 의미를 어떻게 이해하고 의미를 확정하여야 할 것인가 하는 문제가 있다.

하지만 영국법상 법률개념은 영국의 법체계 내에서 이해하고 그 본래의 의미에 따라야 할 것이지, 국내에서 적용하는 과정에서 변질되어서는 안 될 것이다. 앞에서 살펴본 직접청구권과 약관설명 의무, 그리고 고지의무와 관련하여 이들 법률개념에 대한 우리 보험법과 영국 보험법상의 개념 및 내용이 상이하기 때문에 법원이 영국법 체계 내에서 이러한 법률개념 및 관련 규정들을 이해하고 확인하여 영국법상 고유의 개념으로 인정하여야 할 것이다.

따라서 영국법 준거약관의 사용 결과 그에 의해서 영국법의 적용을 명한 경우, 그 영국법은 영국법으로서 적용하라는 것이지 국내법으로 적용하라는 것은 아니

며, 영국법상 법률개념의 확정 문제도 당해 영국법원의 입장에서 그 나라의 법원이 해석하는 것과 같이 해석해야 할 것이다. 즉, 적용할 영국법상 법률개념 확정 문제는 당해 영국법 질서의 한 구성부분으로서 그 법질서 전체와 관련시켜서 행해야 한다는 것이며, 그 나라의 학설 및 판례를 참고로 함은 물론이고 그 나라 법원에서 내려질 해석을 고려하여 그 법률개념의 의미 내용을 확정하여야 한다.

아울러 영국법 준거약관의 법적성질에 대한 모든 견해의 대립과 실무계에서의 혼란을 피하기 위해서는 근본적인 해결책으로서 입법론적 검토를 할 수 있을 것이다.

즉, 적하보험증권의 제한적인 문언을 포함하고 있는 영국법 준거약관보다는 선박보험의 협회기간약관에서 사용되고 있는 “이 보험은 영국의 법률 및 관습에 따른다(This insurance is subject to English law and practice)”라는 표준적인 영국법 준거약관을 사용해야 할 것이다.

선박보험에는 “청구에 대한 책임 및 결제에 관하여는”이라는 제한이 없이 보험에 관한 모든 문제는 영국법에 의한다는 내용의 보험증권을 사용하고 있어서 학설 및 판결 등에서와 같이 해석상의 논란이 없으나, 적하보험의 협회적하약관에서만 “책임문제 또는 청구에 대한 책임 및 결제에 관해서는”이라는 제한적인 문구를 두고 있어 해석상 견해의 대립 및 혼란을 야기하고 있으므로 위와 같이 표준적인 영국법 준거약관을 사용할 필요성이 있다.

더 나아가 근본적으로 우리 상법의 해상보험편을 발전시키기 위해 영국법 준거약관을 실무에서 사용하는 것을 권장하기보다 해상보험에 관한 우리 상법의 조항을 좀 더 영국 해상보험법의 조항에 가능한 근접하는 합리적인 내용으로 규정하도록 개정할 필요가 있는지 그리고 올바른 방향은 무엇인지에 대해 추가적인 검토의 필요성이 있겠다.

## 參考文獻

### I. 國內文獻

#### (1) 단행본

- 고평석, 「책임보험계약법론」, 서울 : 삼지원, 1990.
- 구종순, 「해상보험」, 서울 : 박영사, 2005.
- 김병기, 「해상보험」, 서울 : 도서출판 두남, 2001.
- 김성태, 「보험법강론」, 서울 : 법문사, 2001.
- 김연·박정기·김인유, 「국제사법」, 서울 : 법문사, 2003.
- 김인현, 「해상법」, 서울 : 법문사, 2003.
- \_\_\_\_\_, 「해상법연구」, 서울 : 삼우사, 2002.
- 김정수, 「해상보험론」, 서울 : 박영사, 2003.
- 박용섭, 「해상보험법」, 부산 : 효성출판사, 1999.
- \_\_\_\_\_, 「해상법론」, 서울 : 형설출판사, 1999.
- 석광현, 「국제사법 해설」, 서울 : 지산, 2001.
- \_\_\_\_\_, 「국제사법과 국제소송 제2권」, 서울 : 박영사, 2001.
- \_\_\_\_\_, 「국제사법과 국제소송 제3권」, 서울 : 박영사, 2004.
- 손주찬, 「상법(하)」, 서울 : 박영사, 2002.
- 신창선, 「국제사법」, 서울 : 도서출판 학우, 2002.
- 심재두, 「해상보험법」, 서울 : 도서출판 지산, 2001.
- 양승규, 「보험법」, 서울 : 삼지원, 2004.
- 오원석, 「해상보험론」, 서울 : 삼영사, 2002.
- 유기준, 「해상보험판례연구」, 서울 : 도서출판 두남, 2002.
- 이기수, 「보험법·해상법학」, 서울 : 박영사, 2000.
- 이기수·최병규·김인현, 「보험·해상법」, 서울 : 박영사, 2003.
- 이호정, 「국제사법」, 서울 : 경문사, 1983.
- 정찬형, 「상법강의(하)」, 서울 : 박영사, 2004.
- 채이식, 「상법 IV-보험법·해상법」, 서울 : 박영사, 2001.

(2) 논문 및 기타 자료

- 김문재·정진욱, “고지의무위반과 약관설명 의무위반”, 「상사판례연구」 제9권, 한국상사판례학회(1998).
- 김선정, “보험계약법상의 고지의무에 관한 연구”, 동국대학교대학원 박사학위 논문(1992).
- 김성태, “보험계약에 있어서 영국법준거약관과 불이익변경금지원칙”, 「법률신문」 제2059호(1991. 9. 9).
- 김인현, “한국과 미국의 선주책임상호보험에서의 직접청구권에 대한 비교법적 연구”, 「한국해법학회지」 제28권 제1호, 한국해법학회(2006).
- 김재걸, “보험계약상 고지의무에 관한 법적 고찰”, 「목원대학교 논문집」 제30집(1996).
- 김진권, “해상법상의 준거법 결정에 관한 연구”, 한국해양대학교 법학박사학위논문(2003. 02).
- 김진권·전해동, “해상보험계약상 영국법 준거약관에 관한 국제사법적 고찰”, 「해사법연구」 제18권 제2호, 한국해사법학회(2006. 09).
- 김창수, “적하보험계약과 영국법 준거조항”, 「해상보험법연구」 제1호, 해상보험법연구회(2001. 2).
- 문병일, “한국 P&I 클럽의 특질과 발전방안”, 한국해법학회 2000년 가을철 정기학술발표회 발표자료(2000. 12).
- 박영준, “해상책임보험에서 피해자의 직접청구권에 관한 고찰”, 「중앙법학」 제5집 제1호, 중앙법학회(2003. 07).
- \_\_\_\_\_, “책임보험의 직접청구권의 법적성질”, 「안암법학」 제18호, 안암법학회(2004. 4).
- 박용섭, “영국해상보험법상 피보험자의 고지의무에 관하여”, 「한국해법학회지」 제5권 제1호, 한국해법학회(1983).
- 서동희, “한국해상보험법에서의 영국법 문제에 대한 처리”, 「판례연구」 제15집-상(2001. 8), 서울지방변호사회.
- 서영화, “해상의 책임보험과 피해자의 직접청구권”, 「한국해법학회지」 제28권 제1호, 한국해법학회(2006).
- 서헌제, “국제거래에 있어서의 위험과 보험”, 「보험조사월보」 12월(1992).
- 석광현, “해상적하보험계약에 있어 영국법 준거약관과 관련한 법적인 문제

- 점”, 「손해보험」 제302호, 대한손해보험협회(1993. 12).
- 신건훈, “해상보험계약상 고지의무에 관한 비교고찰”, 「무역학회지」 제26권 제1호, 한국무역학회(2001).
- 양승규, “보험제도와 보험계약법의 원리”, 「비교사법」, 한국비교사법학회(1997. 12).
- \_\_\_\_\_, “영국법준거약관과 보험법의 적용”, 「손해보험」 제278호, 대한손해보험협회(1991. 12).
- 양승규·장덕조, “보험자의 보험약관의 명시설명의무”, 「서울대법학」 제40권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2000).
- 엄기섭, “설명의무 있는 약관의 중요한 내용”, 법률신문 제2645호(1997. 11. 10).
- 장경환, “상법 제4편(보험법) 개정의견”, 「상사법연구」 제24권 제2호, 한국상사법학회(2005).
- \_\_\_\_\_, “보험약관의 교부·설명의무”, 「보험학회지」 제46권, 한국보험학회(1995).
- \_\_\_\_\_, “책임보험에서의 제3자의 직접청구권”, 「보험법연구 4」 (서울 : 삼지원, 2002).
- 전우현, “보험자의 약관설명의무”, 「영남법학」 제11권 제2호, 영남대학교 법학연구소(2005).
- 정영석, “선급 워런티 약관의 효력과 약관의 설명의무”, 「해사법연구」 제15권 제1호, 한국해사법학회(2003. 6).
- 정진욱, “직접청구권의 소멸시효기간과 그 기산점”, 「상사판례연구」 제7권, 한국상사판례학회(1996).
- 정호열·한기정, “고지의무에 관한 고찰”, 「서울대법학」 제40권 제1호, 서울대학교 법학연구소(2000).
- 정호영, “국제운송 보험계약-섭외사건의 제문제(上)”, 「재판자료」 제33집(1986).
- 조성극, “해상보험계약에 있어서 약관설명의무”, 「국제법무연구」 제7권 제1호, 경희대학교 국제법무대학원(2003).
- 채동현, “영국해상보험법상의 선박기간보험에 있어 감항능력 부재로 인한 보험자의 면책 및 추정전손에의 해당 여부에 관한 각종법리”, 「대법원판례해설」 제40호, 법원도서관(2002).

- 최종현, “영국해상보험법상 선박의 불감항으로 인한 보험자의 면책 및 추정 전손의 법리”, 「보험법연구 5」(서울 : 삼지원, 2003).
- 피정현, “민사소송에서 외국법의 적용”, 「비교사법」 제13호, 한국비교사법학회(2000. 12).
- 한낙현 · 김은주, “해상적하보험계약의 클레임 준거법 조항에 관한 연구”, 「한국해법학회지」 제25권 제2호, 한국해법학회(2003. 11).
- 한창희, “해상적하보험계약에 있어서 영국법 준거조항의 효력, 고지의무, 입증책임”, 「관례월보」 제258호(1992. 3).

## II. 外國文獻

- 池原季雄 · 高桑昭 · 道垣内正人, “わが國における海事國際私法の現況”, 「海法會誌復刊」第30號(1986).
- Christopher Hill, *Maritime Law, 5th ed.*, London : LLP, 1998
- Donald O'May & Julian Hill, *Marine Insurance-Law and Policy*, London : Sweet & Maxwell, 1993.
- Guenter Treitel, F.M.B. Reynolds, *CARVER on Bills of Lading*, 1st ed., London : Sweet & Maxwell, 2001.
- Howard N. Bennett, *The Law of Marine Insurance, New York* : Oxford University Press, 1996.
- John Birds, *Modern Insurance Law*, London : Sweet & Maxwell, 1993.
- MacGillivray & Parkington, *Insurance Law*, 7th ed., London : Sweet & Maxwell, 1981.
- Malcolm A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 2nd ed., London : Lloyd's of London Press Ltd., 1984.
- Mustill, M.J. & Gilman, J.C.B., *Arnould's Law of Marine Insurance and Average, vol. I · II*, 16th ed., Stevens & Sons, 1981.
- Peter Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Oxford : Clarendon Press, 1999.
- P.F. Smith & S.H. Bailey, *The Modern English Legal System*, London : Sweet & Maxwell, 1984.
- R.J. Lambeth, *Templeman on Marine Insurance*, 6th ed., Pitman, 1986.

Robert M. Merkin & Andrew McGee, *Insurance Contract Law*, London : Kluwer Publishing, 1998.

Steven, J. Hazelwood, *P & I Clubs - Law and Practice*, London : LLP, 1994.

Susan Hodges, *Law of Marine Insurance*, Cavendish Publishing Ltd., 1996.

Susan Hodges, *Cases and Materials on Marine Insurance Law*, Cavendish Publishing Ltd., 1999.