

해상보험자에 대한 피해자 직접청구권의 최근 논의*

A Study on the Recent Discussions on the Third Party's Direct Claim Against Marine Insurers

최 병 규**

Choi, Byeong-Gyu

목 차

- | | |
|----------------------------|--------------------------|
| I. 머리말 | IV. 직접청구권에 대한 독일의 논의와 평가 |
| II. 관련 판례 | V. 문제 해결방안과 평가 |
| III. 직접청구권에 대한 한국 및 영국의 상황 | VI. 맺음말 |

해상보험의 해상사고의 위험에 대한 안전수행기능은 매우 중요하다. 해상보험계약은 해상사업에 관한 사고로 인하여 생길 손해의 보상을 목적으로 하는 손해보험계약(상법 제 693조)이다. 해상보험은 각종의 해상위험에 대한 보험이다. 현행 상법은 해상사업에 부수하는 육상위험까지 담보하기 위하여 표현을 “해상사업에 관한 사고”로 인하여 생길 손해를 보상하는 것으로 하였다. 상법의 해상보험에 대한 규정은 비교적 상세하나 이로는 부족하기 때문에 약관이 발달하여 있고 이는 특히 해상위험의 특수성과 관련이 있다. 해상책임보험도 책임보험이기는 하지만 여러 가지 특수성이 있다. 보통 약관에서 선지급조항을 두고 있기에 특히 피해자인 제3자가 보험자에 직접청구권을 행사할 수 있는지 여부가 문제된다. 이 문제는 특히 준거법 지정과 중재합의 등과 연계가 된다. 구체적으로 직접청구권이 해상보험에서도 인정될 것인지 선지급조항과 어떠한 관계에 있는지 등도 분쟁의 대상이 되고 있다. 우리의 경우에는 상법 제724조 제2항에서 직접청구권을 책임보험 일반에 대하여 인정을 하고 있다. 비교법적으로 보면, 독일의 경우에는 특별법인 자동차의무보험법에서만 특별하게 직접청구권을 인정하였었다. 그러다가 2007년 보험계약법 개정시에 직

투고일 : 2018. 8. 20. / 심사완료일 : 2018. 9. 17. / 게재확정일 : 2018. 10. 8.

* 이 논문은 2018년 2월 1일 한국해양대학교에서 개최된 건국대학교 법학연구소와 한국해양대학교 한중해사법 연구센터 공동학술대회에서 발표한 것을 수정·보완한 것이다.

** 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

Professor, School of Law, Konkuk University

접청구권을 일반의무보험으로 확대하였다. 그렇지만 우리처럼 책임보험 전반에 대하여 직접청구권을 인정하고 있지는 않다. 영국의 경우에는 제3자권리법 제1조에는 직접청구권이 허용되는 경우에 관하여 ‘피보험자가 개인인 경우에는 파산하였거나 채권자들과 합의가 이루어진 경우, 피보험자가 법인인 경우에는 해산명령이 이미 내려졌거나, 임의해산에 대한 승인이 이루어졌거나, 파산관재인 등이 적법하게 임명되는 등 도산절차가 개시된 경우’에 한하여 직접청구권이 인정된다고 규정하여 피해자의 직접청구권을 제한적으로만 인정하고 있다. 해상책임보험은 책임보험의 일종이지만 여러 가지 고유의 속성이 있다. 전통적으로 영국법을 준거법으로 선정하여 오는 관습이 있었다. 그런데 영국법은 내용적으로 비판을 받는 부분도 있다. 특히 문제가 되는 직접청구권의 법률적용 문제에 있어서도 다양한 요소를 고려하여 문제를 해결하여야 한다. 피해자를 보호하기 위하여는 직접청구권을 인정하는 내용을 갖고 있는 국가의 법률을 적용하는 것이 요청된다. 특히 대한민국의 영해에서 사고가 난 경우에는 가급적 대한민국의 법률을 적용하는 것이 필요하기도 하다. 이에 다양한 문제해결을 위한 방안들이 제시되고 있다. 여러 해결방안 가운데 직접청구권을 인정하는 내용을 강행법규로 파악을 하고 국제사법 제7조를 적용하여 문제를 해결하는 것이 가장 합당하다고 본다. 앞으로 대법원은 국제사법 제7조를 근거로 상법 제724조 제2항이 준거법에 관계없이 적용되어야 하는 강행법규에 해당한다고 판단하는 쪽으로 입장을 선회하여야 할 것이다.

[주제어] 해상보험, 책임보험, 선지급원칙, 직접청구권, 영국법 준거법, 피해자보호, 사적자치의 원칙, 강행규정, 국제사법

I. 머리말

오늘날 해상보험의 해상사고의 위험에 대한 안전수행기능은 매우 중요하다. 해상보험계약은 해상사업에 관한 사고로 인하여 생길 손해의 보상을 목적으로 하는 손해보험계약(상법 제693조)이다. 해상보험은 각종의 해상위험에 대한 보험이다. 현행 상법은 해상사업에 부수하는 육상위험까지 담보하기 위하여 표현을 “해상사업에 관한 사고”로 인하여 생길 손해를 보상하는 것으로 하였다. 상법의 해상보험에 대한 규정은 비교적 상세하나 이로는 부족하기 때문에 약관이 발달하여 있고 이는 특히 해상위험¹⁾의 특수성과 관련이 있다. 해상책임보험도 책임보험이기는 하지만 여러 가지 특수성이 있다. 해상보험의 국제적 성격상 전세계 국가의 3분의 2 이상이 영국의 약관을 사용하고 있고 우리나라의 경우도 예외가 아니다.²⁾ 보통 약관에서 선지급원칙(pay to be paid rule)³⁾을 두고 있기에

1) 해상사업에 관한 사고가 곧 해상위험이다. 정상근, 보험계약법, 도서출판 좋은땅, 2006, 159쪽.

2) 최기원, 보험법 제3판, 박영사, 2002, 384쪽.

특히 피해자인 제3자가 보험자에 직접청구권을 행사할 수 있는지 여부가 문제된다. 이 문제는 특히 준거법 지정과 중재합의 등과 연계가 된다. 구체적으로 직접청구권이 해상보험에서도 인정이 될 것인지 선지급조항과 어떠한 관계에 있는지 등도 분쟁의 대상이 되고 있다. 이에 이 글에서는 해상보험에서의 직접청구권을 둘러싼 준거법지정 및 그 적용범위에 대한 논점⁴⁾을 살펴본다. 기존의 선행연구에서 주장하는 내용을 분석하고 그 과정에서 특히 국제사법 제7조의 강행법규의 의미와 내용을 집중적으로 분석함으로써 선행연구와의 차별화를 시도한다. 또한 직접청구권의 국내 논의와 독일, 영국에서의 논의도 같이 살펴본다.

II. 관련 판례

1. 국제사법상 직접청구권 준거법 - 대법원 2014. 9. 25. 선고 2014다37620 판결

1.1 제1심법원⁵⁾

피해자가 보험자에 대하여 직접청구권을 행사하는 경우에는 보험계약에 따른 준거법에 의하는 것이 상당하다. ① 전 세계적으로 이와 같은 영국법이 해상보험업계에 널리 활용되고 있는 점, ② 이 사건 보험계약과 같은 책임보험은 피해자에게 직접 그 손해를

3) 한창희, 보험법 개정3판, 국민대학교 출판부, 2017, 428쪽.

4) 이 문제에 대한 선행연구로는 다음을 참조: 김인현, “한국과 미국의 선주책임상해보험에서의 직접청구권에 대한 비교법적 연구”, 한국해법학회지 제28권 제1호, 한국해법학회, 2006, 7쪽 아래; 문병일, “보험자에 대한 직접청구권의 법적 성질”, 한국해법학회지 제32권 제2호, 한국해법학회, 2010, 231쪽 아래; 박영준, “해상책임보험에서 피해자의 직접청구권에 관한 고찰”, 중앙법학 제5권 제1호, 중앙법학회, 2003, 1쪽 아래; 서영화, “해상의 책임보험과 피해자의 직접청구권”, 한국해법학회지 제28권 제1호, 한국해법학회, 2006, 43쪽 아래; 서영화, “2014년 상법(보험, 해상) 중요 판례”, 인권과 정의 제448호, 대한변호사협회, 2015, 176쪽 아래; 송헌, “해상보험자에 대한 피해자의 직접청구권에 관한 고찰”, 한국해법학회지 제39권 제1호, 한국해법학회, 2017, 113쪽 아래.

5) 서울중앙지방법원 2013. 8. 22. 선고 2012가합52279 판결. 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. 원고는 항만시설을 관리·운영하는 회사이다. 피고는 선주상해책임보험의 보험자(P&I Club)이다. 중국 국적 선박이 인천항으로 입항하던 중 선박충돌사고로 인하여 침몰하였다. 항만관리청은 선주에게 선박의 제거명령을 내렸다. 하지만 선주는 이를 불이행하였다. 그리하여 원고가 직접 침몰선박을 인양하고, 선주에 대하여 인양작업 비용 상당의 사무관리 비용채권 또는 불법행위에 따른 손해배상채권을 취득하였다. 원고는 상법 제724조 제2항에 따라 책임보험자인 피고에게 동 금액 상당의 보험금의 직접 지급을 구하였다. 피고는 선주와의 보험계약의 준거법은 영국법이므로 상법상 직접 청구는 불가능하다고 주장하였다.

배상한다는 것에 주된 목적이 있는 것이 아니라 피보험자의 불법행위 등으로 인하여 피보험자가 피해자에게 손해를 배상함으로써 경제적 손실이 발생한 경우 그 손실을 전보하여 줌으로써 피보험자의 불측의 손실과 위험을 부보하고자 함에 그 목적이 있는 점, ③ 피해자에 대한 직접청구권의 인정여부는 책임보험의 본질에서 기인하는 것이 아니라 피해자 보호라는 입법정책적 결단의 문제에 가깝다고 볼 수 있는데 선박소유자는 통상적으로 자력이 충분한 것임을 예상할 수 있으므로 이러한 경우에 직접청구권을 인정하지 아니한다고 하여 공서양속에 반한다고 하기 어려운 점 등을 종합할 때, 영국법을 준거법으로 하는 약정이 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반된다거나, 대한민국 상법 제724조 제2항이 준거법에 관계없이 적용되어야 하는 강행법규에 해당한다고 볼 수 없다. 영국법(제3자권리법)은 우리 상법과 달리 피해자의 보험자에 대한 직접청구권을 일반적으로 허용하지 아니하고 예외적인 경우에만 허용하고 있다. 바로 이에 대한 규정이 제3자권리법이다. 현행 제3자권리법 제1조에는 직접청구권이 허용되는 경우에 관하여 ‘피보험자가 개인인 경우에는 파산하였거나 채권자들과 화의가 이루어진 경우, 피보험자가 법인인 경우에는 해산명령이 이미 내려졌거나, 임의해산에 대한 승인이 이루어졌거나, 파산관재인 등이 적법하게 임명되는 등 조선절차가 개시된 경우’에 한하여 직접청구권이 인정된다고 규정하고 있다. 그런데 이 사건에 있어서 피보험자에 대한 해산명령이 이루어졌거나 임의 해산에 대한 승인이 이루어졌거나 파산관재인이 임명되는 등 도산절차가 개시되었다고 볼 아무런 증거가 없다. 그리하여 원고는 영국법상 직접 청구권을 행사할 수 없다.

1.2 제2심법원⁶⁾

서울고등법원은 제1심 판결을 사실상 그대로 인용하였다.

1.3 대법원⁷⁾

제2심 판결에 대하여 원고가 상고하였으나 대법원은 심리불속행기각 결정을 하였다.⁸⁾

6) 서울고등법원 2014. 5. 9. 선고 2013나73560 판결.

7) 대법원 2014. 9. 25. 선고 2014다37620 판결.

8) 이와 유사한 취지의 하급심 판례 - 서울고등법원 2015. 6. 9. 선고 2012나29269 판결: “내국법인인 해상운송인 甲 주식회사가 내국법인인 乙 주식회사와 태국에서 사우디아라비아까지 공사 설비 등을 운송하기로 하는

2. 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결

외국적 요소가 있는 책임보험계약⁹⁾에서 제3자 직접청구권의 행사에 관한 법률관계에 대하여는 그 기초가 되는 책임보험계약에 적용되는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있다고 보이므로, 그 국가의 법이 준거법으로 된다고 해석함이 타당하다(대법원 2016. 12. 29. 선고 2013므4133 판결 참조). 원심은 판시와 같은 이유로, ① 이 사건에서 피보험자인 브라이트해운 주식회사(이하 ‘브라이트해운’이라 한다)와 보험자인 피고가 체결한 해상적하책임보험계약(이하 ‘이 사건 보험계약’이라 한다)에 보험자인 피고의 책임에 관하여 영국법을 적용하기로 하는 영국법 준거조항이 포함되어 있으므로, 이 사건 보험계약에 따른 보험자의 책임에 관한 준거법으로 영국법이 적용된다고 인정한 다음, ② 피해자의 보험자에 대한 직접청구권의 행사는 보험계약의 준거법에 따라야 하므로, 이 사건 피해자인 주위적 원고의 보험자인 피고에 대한 직접청구권 행사에는 이 사건 보험계약의 준거법인 영국법이 적용된다는 취지로 판단하였다. 원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 앞에서 본 법리와 같은

계약을 체결한 후 乙 회사에 수하인을 사우디아라비아국 丙 법인으로 하는 선창 내 적재조건인 선하증권을 발행하였고, 내국법인인 丁 보험회사와 피보험자를 甲 회사로 하고 ‘선창 내 적재조건으로 선하증권이 발행되었는데도 갑판에 적재됨으로써 화물에 손상이 발생한 경우’를 부보위험으로 하는 해상적하책임보험을 체결하였다. 그런데 화물이 갑판에 적재되어 운송되던 중 일부 화물이 멸실되거나 손상되는 사고가 발생하자, 丙 회사를 상대로 주위적으로는 丙 법인이 보험금의 직접 지급을 청구하고, 예비적으로는 丙 법인과 적하보험계약의 재보험계약을 체결한 영국의 戊 법인 등이 丙 법인의 직접청구권을 대위하여 보험금 지급을 구한 사안에서, 甲 회사와 丁 회사 사이의 해상적하책임보험계약에 따른 책임에 관하여는 당사자가 정한 바에 따라 영국법인 1906년 영국 해상보험법(Marine Insurance Act 1906)과 관습이 적용되고, 국제사법에는 피해자가 보험자에 대하여 직접청구권을 주장하는 경우에 관한 규정은 존재하지 않으나, 피해자가 보험자에 대하여 직접청구를 하는 것은 보험자가 보험계약을 체결하였다는 것에 직접적인 근거를 두고 있는 점 등을 종합하면 피해자가 보험자에 대하여 직접청구권을 행사하는 경우에는 ‘보험계약에 따른 준거법’에 의하여야 하므로, 영국법이 준거법이 되어 영국 ‘제3자 권리법’[Third Parties (Rights against Insurers) Act 1930]이 적용된다.”

- 9) 이 사건의 사실관계는 다음과 같다: 운송인(한국회사)은 태국에서 사우디아라비아까지 운송계약을 체결하였다. 운송인은 운송중 손해배상의 책임을 부담하게 되는 경우(갑판적 화물의 경우 화물손상) 그 손해를 전보받는 책임보험(한국회사)을 해상보험회사와 체결하였다. 보험계약의 준거법은 영국법으로 약정되었다. 운송중 화물손상이 발생하자 화주는 책임보험자에게 손해배상청구를 하게 되었다. 책임보험자는 화주가 행사하는 직접청구권은 영국법이 준거법이 되어야 하고, 영국법에 따르면 피보험자(가해자)인 운송인이 도산된 경우에만 가능하지만, 본 사안에서 운송인은 도산이 된 상황이 아니므로 보험자는 책임이 없다고 항변하였다. 이에 대하여 화주측은 국제사법 제7조에 따라 강행규정이 적용되어야 한다고 주장하였다. 직접청구권은 강행규정이므로 따라서 영국준거법약정이 있음에도 불구하고 상법 제724조의 직접청구권이 적용되어야 한다고 주장하였다. 원심은 원고의 주장을 배척하고 책임보험자의 주장을 인용하였다. 그리고 직접청구권의 준거법은 보험계약에 기초하여 직접청구권이 인정된 것이므로 보험계약법이 준거법이 되어야 한다고 판시하였다.

취지로 보이고, 거기에 상고이유 주장과 같이 국제사법의 준거법 결정원칙, 제3자 직접 청구권의 준거법, 국제사법 제7조의 강행규정 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.¹⁰⁾¹¹⁾

3. 영국법준거법지정 및 관할합의 조항의 유효성

해상보험에서 해상보험실무의 관행을 반영하여¹²⁾ 영국법을 준거법으로 지정하는 약정이 유효하다는 것이 우리 대법원¹³⁾의 일관된 태도이다.¹⁴⁾ 그리고 외국의 법원을 관할

10) 이 판결에 대한 평석으로는 김인현, “2017년 중요해상판례소개”, 한국상사판례학회 2018년 동계학술대회 자료집, 2018.2.2., 190쪽. 한창완, “책임보험에서 피해자의 직접청구권의 준거법”, 일감법학 제39호, 건국대학교 법학연구소, 2018, 259쪽 참조. 이 가운데 전자인 평석자는 이 대법원 판결의 사안에 대하여 여객운송, 유류오염, 난파물제거, 선원의 사상의 경우라면, 상황이 달라질 수 있을 것으로 평가하면서, 이들은 모두 국제조약에 의하여 강행적인 책임보험가입의무가 주어지고, 직접청구권도 이들을 보호하기 위한 목적에서 주어진다든 점을 강조하고 있다. 김인현, “2017년 중요해상판례소개”, 한국상사판례학회 2018년 동계학술대회 자료집, 2018.2.2., 191쪽. 한편 후자의 평석자는 이 대법원 판결에 찬동하면서도 국제사법을 추후 개정하여 피해자의 직접청구권에 있어 선택적 연결을 입법적으로 반영하는 것을 제안하는 입장이다. 한창완, “책임보험에서 피해자의 직접청구권의 준거법”, 일감법학 제39호, 건국대학교 법학연구소, 2018, 281쪽.

11) 서울지방법원 판결로서 위의 대법원 판결들과는 다른 판단을 한 것이 존재한다. 이 서울지방법원의 판결(서울지방법원 2002. 7. 5. 선고 2001가합 36981 판결)의 판시내용은 다음과 같다: “피보험자와 보험자 사이의 준거법 약정은 피보험자가 보험자에 대하여 보험금을 지급청구 하는 경우 그 법률관계를 판단함에 있어 유효하다고 할 것이나, 한편 원고의 위 피고들에 대한 이 사건 청구는 이 사건 선박충돌로 인하여 발생한 선체 멸실에 대하여 가해선박의 소유자인 피고의 책임보험자인 위 피고들에 대하여 불법행위를 이유로 손해배상을 청구하는 것인바, 불법행위를 이유로 하여 제3자가 직접 보험자에게 손해배상을 청구하는 경우에도 위 준거법약정이 유효하다고는 할 수 없고, 오히려 이러한 경우는 준거법약정이 없는 경우에 해당하므로 우리나라 선박사법(2001.4.7. 법률 제6465호 국제사법으로 개정되기 전의 것) 제45조에서 영해에서의 선박충돌에 관한 책임은 충돌지의 법에 의한다고 규정한 바에 따라 피고의 불법행위를 원인으로 한 이 사건 청구에 관한 준거법은 선박의 충돌지인 대한민국법이 된다고 할 것이며, 우리상법 제724조 제2항에서는 책임보험의 경우 제3자는 피보험자가 책임을 질 사고로 입은 손해에 대하여 보험금액의 한도 내에서 보험자에게 직접 보상을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로 위 원고는 직접 보험자인 위 피고들에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다고 할 것이어서 결국 위 피고들의 위 주장은 이유 없다.”

12) 김성태, 보험법강론, 법문사, 2001, 545쪽.

13) 우리 법원에서도 영국의 법리를 적용하여 판시한 경우가 많다. 가령 대법원 1996. 10. 11. 선고 94다60332 판결: “영국 해상보험법상의 담보특약 위반이 있는 경우 설사 보험사고가 담보특약 위반과 아무런 관계없이 발생하였다고 하더라도 보험자는 보험증권에 명시적 규정이 있는 경우를 제외하고는 자동적으로 그 담보특약 위반일에 소급하여 그 보험계약상의 일체의 책임을 면한다. 영국 해상보험법상의 담보특약 위반이 있는 경우 보험자는 보험증권에 명시적 규정이 있는 경우를 제외하고는 자동적으로 그 위반일에 소급하여 그 보험계약상의 일체의 책임을 면하고, 보험자가 담보특약 위반을 이유로 보험계약을 해지하여야만 비로소 그 보험계약상의 책임을 면하게 되는 것은 아니므로, 보험자가 담보특약 위반을 안 직후 보험계약을 해지하지 않았다고 하여 이로써 그 담보특약 위반에 대한 권리를 포기하였다고 볼 수는 없으며, 또한 담보특약 위반 사실은 보험자를 면책시키는 효과만 있고 보험계약을 소급적으로 무효화시키는 효력이 없을 뿐만 아니라 계약을 종료시키는 효력도 없으므로, 보험료가 담보특약 위반 이전에 가득된 경우(즉 보험료 수령권이 담보특

법원으로 하는 전속적인 국제관할의 합의도 일정한 요건 하에 유효하다는 것이 대법원의 태도이다.¹⁵⁾ 즉 대법원(대법원 1996. 12. 20. 선고 96다23818 판결)은 다음과 같이 판시하고 있다: “상법 제663조 단서가 해상보험에 같은 법조 본문 소정의 보험계약자 등의 불이익변경금지원칙이 적용되지 아니하도록 규정하고 있는 취지는 해상보험이 보험계약자와 보험자가 서로 대등한 경제적 지위에서 계약조건을 정하는 이른바 기업보험의 일종으로 보험계약의 체결에 있어서 보험계약자의 이익보호를 위한 법의 후견적 배려는 필요하지 않고 오히려 어느 정도 당사자 사이의 사적 자치에 맡겨 특약에 의하여 개별적인 이익조정을 꾀할 수 있도록 할 필요가 있고, 또한 해상보험에 있어서는 그 보험의 성격상 국제적인 유대가 강하고 보험실무상으로도 영국법 준거조항을 둔 영문 보험약관이 이용되고 있는 실정이므로 불이익변경금지원칙을 일률적으로 적용하여 규제하는 것이 반드시 옳다고 할 수 없다는 고려에서 나온 것이다.”¹⁶⁾¹⁷⁾

III. 직접청구권에 대한 한국 및 영국의 상황

1. 국내 논의 및 판례

제3자의 직접청구권이란 제3자가 피보험자가 책임을 질 사고로 입은 손해에 대하여 보험금액의 한도 내에서 보험자에게 직접 보상을 청구할 수 있는 제도를 말한다.¹⁸⁾ 책임

약 위반 이전에 이미 발생한 경우)에는 보험자가 담보특약 위반 사실을 알면서 그 보험료를 수령하였다고 하여 담보특약 위반에 대한 권리를 포기한 것으로 볼 수도 없고, 보험증권이 보험기간을 1년으로 하는 연간보험으로 되어 있고 연간보험료를 분할 납부하도록 되어 있는 경우에는 전체 보험료는 보험기간이 개시되자마자 가득되는 것이다.”

- 14) 원래 상법 제663조 단서에서는 해상보험을 편면적 간행규정에서 제외하고 있다. 다만 대법원은 그 경우도 보험계약자의 교섭력이 대등하지 않으면 편면적 강행규정이 적용되는 것으로 보고 있다. 대법원 1996. 12. 20. 선고 96다23818판결. 이에 대하여는 한기정, 보험법, 박영사, 2017, 565쪽 참조.
- 15) 장덕조, 보험법 제3판, 법문사, 2016, 286쪽.
- 16) 같은 취지의 판례: 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다28185 판결; 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다118846(본소), 118853(반소) 판결.
- 17) 영국법 준거법 조항의 유효성 인정으로 인해 피해자보호가 상대적으로 소홀히 될 가능성의 주장에 대하여는 박세민, “책임보험상의 직접청구권을 둘러싼 법적 논점에 관한 고찰”, 안암법학 통권 제55호, 안암법학회, 2008, 515쪽 참조.
- 18) 정찬형, 상법강의(하) 제17판, 박영사, 2015, 714쪽.

보험의 피해자구제기능을 반영한 제도로 볼 수 있다. 책임보험계약의 이익은 궁극적으로는 피해자에게 돌아가게 되므로 보험사고로 인해 피보험자의 손해배상책임이 생겼을 때에는 직접청구권을 인정하는 것이 피해자보호를 위해 필요하다.¹⁹⁾ 그런데 1991년 상법 개정 시에 상법 제724조 제2항에서 직접청구권을 일반화하였다. 즉 상법 제724조 제2항 본문이 있음으로 인해 1991년 개정이전의 상법 제725조에서 임의책임보험으로서 는 보관자의 책임보험에서만 직접청구권을 법정한 것이 모든 임의책임보험으로 직접청구권인정이 확대되었다. 그런데 강제책임보험에서는 직접청구권을 줄곧 인정하여 왔었다(자동차손배법 제10조, 산재보험법 제12조, 화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률 제9조, 원자력손해배상법 제8조).

직접청구권의 강행법규성이 문제된다. 약관이나 당사자의 합의로 직접청구권을 인정하지 않을 수 있는가의 문제가 있다. 오늘날 책임보험의 기능이 피해자보호라는 측면으로 이월되어 있고,²⁰⁾ 자동차손해배상보장법과 상법에서 명문으로 이를 규정하고 있는 점, 계약당시에는 전혀 누구인지도 모르는 불특정한 제3자에게 법이 인정한 직접청구권을 책임보험계약의 당사자가 면제할 수 있도록 하는 것은 계약자유의 원칙을 넘어서는 것이라는 점 등에 비추어 보면 동 규정은 강행규정이라고 보아야 한다.²¹⁾ 구체적으로는 가해자가 미리 손해배상을 한 후이면 보험자는 나머지 손해액을 보험금의 한도에서 지급하면 되고 처음부터 직접청구권을 행사한 경우 보험자는 그에 응하여야 한다. 그리고 직접청구권규정을 강행규정으로 본다면 무조건 가해자인 피보험자가 먼저 손해배상을 한 후에 보험금을 지급한다는 규정도 효력을 유지할 수 없다고 본다.

직접청구권의 법적성질에 대하여는 보험금청구권설과 손해배상청구권설이 주장되고 있다.²²⁾ 대법원은 처음에는 보험금청구권설을 취하였다가²³⁾ 후에는 손해배상청구권설²⁴⁾을 견지하고 있다.²⁵⁾ 즉 이러한 대법원판례에 의하면 종래 자동차임의보험의 약관

19) 최정식, 보험·해상법, 삼영사, 2014, 331쪽.

20) 유주선, 보험법, 도서출판씨아이알, 2018, 362쪽.

21) 동지: 김성태, 보험법강론, 법문사, 2001, 619쪽; 박영준, “해상책임보험에서 피해자의 직접청구권에 관한 고찰”, 중앙법학 제5권 제1호, 중앙법학회, 2003, 20쪽.

22) 국내 학자들은 대부분 손해배상청구권설을 취한다. 최준선, 보험·해상·항공운송법 제9판, 삼영사, 2015, 291쪽 등 참조. 다만 보험금청구권설을 취하는 견해로는 양승규, 보험법 제5판, 삼지원, 2005, 377쪽 참조.

23) 대법원 1993. 4. 13. 선고 93다3622 판결.

24) 대법원 1993. 5. 11. 선고 92다2530 판결; 대법원 1994. 5. 27. 선고 94다6819 판결; 대법원 1995. 7. 25. 선고 94다52911 판결. 대법원 2005. 10. 7. 선고 2003다6774 판결: “상법 제724조 제2항에 의하여 피해자가 보험자에게 갖는 직접청구권은 보험자가 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 것으로서 피해자가 보험자에 대하여 가지는 손해배상청구권이므로 민법 제766조 제1항에 따라 피해자 또는 그 법정대

에 의하여 피해자에게 인정되는 피해자의 직접청구권 및 상법 제724조 제2항에 의하여 피해자에게 인정되는 직접청구권의 법적성질은 보험자가 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 것으로서 피해자가 보험자에 대하여 가지는 손해배상청구권이라고 일관되게 보고 있다.²⁶⁾

2. 영국의 법제

영국은 독일의 경우와 유사하게 일반적으로 직접청구권을 인정하지 아니하고 제한적으로만 피해자의 직접청구권을 인정하고 있다. 즉 보험자에 대한 직접청구권을 예외적인 경우에만 허용하고 있다. 이에 대한 규정이 영국의 제3자권리법(Third parties(right against insurers) Act 1930)이다. 즉 영국은 피해자의 보험자에 대한 직접청구권을 1930년 제3자권리법에서 규정을 한다. 동법은 2010년 제3자권리법으로 재탄생되었다.²⁷⁾ 제3자권리법은 모든 보험계약에 대하여 적용된다. 여기서 보험계약이라 함은 보험협정에서 상호보험에 이르기까지 모든 보험계약을 망라한다. 그러나 제3자권리법은 재보험계약에는 적용되지 아니한다. 영국 제3자권리법 제1조에는 직접청구권이 허용되는 경우에 관하여 ‘피보험자가 개인인 경우에는 파산하였거나 채권자들과 화의가 이루어진 경우, 피보험자가 법인인 경우에는 해산명령이 이미 내려졌거나, 임의해산에 대한 승인이 이루어졌거나, 파산관재인 등이 적법하게 임명되는 등 도산절차가 개시된 경우’에 한하여 직접청구권이 인정된다고 규정하고 있다.²⁸⁾ 그러나 제3자가 피보험자에 대하여 채권이 있는 것만으로는 인정되지 않고, 피해자가 피보험자를 상대로 채권판결이나 중재판정, 적어도 책임의 승인을 받았을 때에 부여된다.²⁹⁾ 재보험의 경우에는 원보험계약의 피보험자는 원칙적으로는 재보험자에게 직접청구 할 수 없고, 예외적으로 필요한 경우에는 특약조항을 두어 원보험계약의 피보험자가 재보험자에게 직접 보험금을 청구할 수 있도록 하고 있다.³⁰⁾

리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.” 이에 대하여는 김명수 편저, 보험판례개관, 법문사, 2013, 329쪽 참조.

25) 이기수/최병규/김인현, 보험·해상법 제9판, 박영사, 2015, 302쪽.

26) 김은경, 보험계약법, 보험연수원, 2016, 530쪽.

27) 문병일, “보험자에 대한 직접청구권의 법적 성질”, 한국해법학회지 제32권 제2호, 한국해법학회, 2010, 12쪽.

28) 박영준, “해상책임보험에서 피해자의 직접청구권에 관한 고찰”, 중앙법학 제5권 제1호, 중앙법학회, 2003, 14쪽.

29) 문병일, 앞의 논문, 12쪽.

IV. 직접청구권에 대한 독일의 논의와 평가

1. 독일의 법개정과 논의

1.1 개관

독일은 2007년 보험계약법 개정시에 책임보험의 보험자의 급부를 규정하는 보험계약법 제100조³¹⁾ 전단에서 ‘책임보험의 보험자는 보험기간 중에 발생한 사고에 대한 보험계약자의 책임에 근거하여 제3자가 주장한 청구를 면하게 하고’라고 규정하여 피해자의 손해배상청구권 대신에 보험자에 대한 가해자의 배상채무의 면책청구권(Freistellungsanspruch)을 직접적으로³²⁾ 인정하였다.³³⁾ 원래 독일은 피보험자인 가해자와 제3자인 피해자 사이의 책임관계와 가해자 측인 보험계약자와 보험자 사이의 보험관계를 분리하는 분리원칙(Trennungsprinzip)을 고수하였기에 직접청구권을 일반 법규화 하여 인정하는 것이 용이하지 않았었다. 그런데 독일의 경우 특별법인 자동차의무보험법(Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter)에서만 특별하게 인정되었던 피해자의 직접청구권을 개정 보험계약법 제2편 제1장 제2절의 의무보험영역 제115조에서 직접적으로 정하여 특별법에서 일반법의 원칙으로 보편화시켰다.³⁴⁾ 이에 따라 피해

30) 한창희, 보험법 개정3판, 국민대학교 출판부, 2017, 429쪽.

31) 독일 보험계약법 제100조(보험자의 급부) 책임보험의 보험자는 보험기간 중에 발생한 사고에 대한, 보험계약자의 책임에 의거하여 제3자가 주장한 청구를 면하게 하고, 근거 없는 청구를 방어할 의무가 있다.

32) 김은경, “독일 보험계약법상 책임보험에서 피해자 직접청구권의 변화”, 법학논총 제32권 제2호, 전남대 법학연구소, 2012, 451쪽.

33) Gesetzentwurf der Bundesregierung, “Entwurf eines Gesetzes zur Reform-VVG”, 11. Oktober, 2006, BR-Drucksache 16/3945. S. 85.

34) 독일 보험계약법 제115조(직접청구권) (1) 제3자는 보험자에 대하여 손해배상청구권을 다음의 각호의 경우에 주장할 수 있다. 1. 의무보험법에 따라 발생하는 보험상 의무이행을 위한 책임보험의 경우, 2. 보험계약자의 재산에 대하여 파산절차가 개시되거나 파산재산의 부족으로 파산청구가 거절되거나 임시파산관재인이 임명된 경우, 3. 보험계약자의 거주지가 불분명한 경우. 보험계약에 따른 보험자의 급부의무의 범위 내에서 그리고 급부의무가 존재하지 않는 경우라면 제 117조 제1항에서 제4항의 범위 내에서 손해배상청구권을 보험자에게 직접 주장할 수 있다. 보험자와 급부의무 있는 보험계약자는 연대채무자로서 책임을 부담한다. (2) 제1항에 의한 청구권은 배상의무 있는 보험계약자에 대한 손해배상청구권과 같은 소멸시효의 적용을 받는다. 소멸시효기간은 배상의무 있는 보험계약자에 대한 손해배상청구권의 소멸시효가 기산하는 시점과 같이 개시된다. 그러나 그 기간은 늦어도 손해사고 이후 10년이 지나면 종료한다. 제3자의 청구권이 보험자에게 신고된 경우에는 소멸시효기간은 보험자의 결정이 청구권자에게 서면으로 도달된 시점까지 중단된다. 청구권의 보험자에 대한 소멸시효의 중단 및 만료중단 및 새로운 개시는 배상의무 있는 보험계약자에게도 미치고

자는 손해배상청구권을 직접 보험회사에 청구할 수 있도록 되었다.³⁵⁾

1.2 직접청구권의 인정 연혁

독일에서 직접청구권을 인정하게 된 것은 1959년 4월 20일 유럽연합 자동차의무보험 협정³⁶⁾에 기원한다. 그 당시까지는 피해자인 제3자는 우회로를 취하지 않고는 바로 보험 계약자처럼 보험자에게 직접 청구할 수는 없다는 것이 독일책임보험법의 확정된 원칙이었다.³⁷⁾ 우회라는 것은 먼저 압류한 다음에 보험계약상의 청구권을 이전하는 방법이었다. 그런데 동유럽연합협정은 독일로 하여금 그 밖의 5개국과 함께 동 협약의 회원국으로서 독일 역내에서 자동차로 피해를 입은 사람의 권리를 의무보험을 도입함으로써 보호해 주어야만 하게 되었다. 그에 따라서 피해자는 보험자에 대하여 직접적 청구권을 가지도록 하여야 하였다(동 협약 부록 I 제6조 제1호). 동 협정을 비준함으로써 1965년 10월 1일부터 효력이 발생하는 것으로서, 이 의무를 국내법으로 전환하는 과정에서 독일 의무책임보험법(PfIVG) 제3조 제1호에 자동차책임보험자에 대한 직접청구권이 규정되기에 이르렀다. 그로써 자동차 사고의 피해자의 법적 지위가 현저히 강화되었다.³⁸⁾

1.3 2007년 보험계약법 개정

2007년 보험계약법 개정이 이루어지기까지의 논의과정에서 직접청구권으로 인하여 주어지는 피해자의 유리한 위치를 자동차의무책임보험을 넘어서서 확대하여야 한다는 기초가 있었다. 즉 보험계약법 개정위원회에 의한 제안 중에 모든 의무보험에 직접청구권을 인정하자는 제안이 있었던 것이다. 그를 통하여 도로교통으로 인한 사고 이외에 피해자의 배상청구의 실현을 용이하게 하자는 것이다.³⁹⁾ 이 주장을 지원하는 배경에는 의무보험이 거의 피해자의 보호를 목적으로 한다는 점이 주장되었다. 가해자가 파산하여도 피해자는 보호를 받을 수 있어야 한다는 것도 배경으로 하고 있다. 그리고 유럽연합의 다른 대부분의 국가에서도 이미 의무보험자에 대한 직접청구권을 인정하고 있으므로

그 반대로도 적용된다.

35) 이필규/최병규/김은경, 2009년 독일 보험계약법(VVG), 세창출판사, 2009, 141쪽.

36) BGBl II, S. 281.

37) Bruck/Möller, VVG, 8. Aufl., Bd. V/1, Anm. B 4.

38) Langheid/Wandt, *Versicherungsvertragsgesetz, Münchener Kommentar*, Bd. 2, München, 2011, S. 362.

39) Abschlussbericht, Ziff. 1.3.1.1.5., S. 83.

EU역내의 법의 통일화를 위하여서도 필요하다고 본 것이다.⁴⁰⁾ 이러한 주장들에 대하여 독일연방정부도 보험계약법개정의 정부안에서 동조를 하였다.⁴¹⁾ 그렇지만 보험업계로부터 직접청구권의 인정은 커다란 저항을 받았다. 즉 그를 도입하면 의무보험에서의 보험료가 급격히 상승할 것이라는 것이었다.⁴²⁾ 이러한 논의의 결과로 의무보험가운데에서도 다음의 경우에만 직접청구권을 인정하기에 이르렀다: 1. 의무보험법에 따라 발생하는 보험상 의무이행을 위한 책임보험의 경우, 2. 보험계약자의 재산에 대하여 파산절차가 개시되거나 파산재산의 부족으로 파산청구가 거절되거나 임시파산관재인이 임명된 경우, 3. 보험계약자의 거주지가 불분명한 경우.⁴³⁾

1.4 적용범위

독일법에서 직접청구권은 독일 보험계약법 제113조⁴⁴⁾ 제1항의 의미에서의 의무보험에 대하여만 적용된다. 그리고 법규정에 의하여 책임보험에 가입하는 것이 의무가 아닌 일반 책임보험에 대하여는 직접청구권규정은 적용되지 않는다. 독일 보험계약법 제115조 제1항 제1호에 의하여 의무보험법에 의하여 보험가입의무를 이행하기 위하여 책임보험에 가입하여야 하는 경우에는 항상 직접청구권이 적용된다. 그에 해당하는 대표적인 경우가 자동차책임보험이다(독일 자동차책임보험법 제1조). 이는 자동차책임보험법 제2조 제1항 제1호 내지 제5호에 의하여 보험의무로부터 면제된 자동차보유자에 의하여 책임보험에 가입한 경우에도 그러하다.⁴⁵⁾ 의무보험가입으로부터 면제된 자동차보유자라 하더라도, 그가 책임보험이 존재하지 아니하여 손해에 대하여 보험자와 동일한 방법 및 범위로서 책임을 져야하는 경우에는, 독일 보험계약법 제115조 내지 제117조의 적용을 받는다.⁴⁶⁾ 자동차책임보험이외의 다른 의무보험에 대하여는 독일 보험계약법 제115

40) Koch, r+s 2009, S. 133.

41) § 115 RegE, BT-Drucks. 16/3945, S. 88.

42) GDV, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Versicherungsvertragsrechts v. 11.10.2006, Berlin, Dezember 2006, S. 12.

43) Koch, r+s 2009, S. 134; Schwintowski/Brömmelmeyer, *Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht*, 2. Aufl., LexisNexis Deutschland GmbH - ZAP Verlag, 2010, § 115, Rdn. 5.

44) 독일 보험계약법 제113조(의무보험) (1) 법규상 계약체결의 의무가 있는(의무보험) 책임보험은 국내 보험사업의 허가를 받은 보험회사와 체결하여야 한다. (2) 보험자는 보험계약자에게 보험금액을 알리고 해당 법규에 따른 의무보험이 체결되었음을 증명하여야 한다. (3) 이 절의 규정은 보험계약이 법률 소정의 최소요건을 넘는 보상을 하는 경우에도 적용된다.

45) BGH, VersR 1987, S. 103.

조 제1항 제2호 및 제3호의 요건 하에서만 직접청구권의 적용을 받는다. 즉 파산의 경우와 보험계약자의 주거가 불분명한 경우이다.⁴⁷⁾

1.5 직접청구권의 성질

2007년 개정 이전과 마찬가지로 피해자는 보험계약자/피보험자에게 청구를 할 수도 있고 책임보험자에게도 청구할 수 있다. 그리고 그밖에 손해의 원인을 야기한 모든 자에게 청구를 할 수 있다. 구법 하에서는 피해자가 보험자에게 직접 청구하기 위하여는 그의 보험계약자에 대한 청구권을 압류한 다음에 이전하게 하였어야 했다. 개정된 현행 법에 의하면 피해자는 보험계약상의 청구권을 행사하는 것이 아니라 손해야기자에 대한 불법행위청구를 보험자에게 하는 것이다.⁴⁸⁾⁴⁹⁾ 이러한 직접청구권으로 인하여 책임문제와 보상문제의 분리원칙과 보상문제와 관련한 책임소송에서 판결을 통하여 전개된 지속력이 맞물리는 문제는 완전히 해결된 것은 아니다. 현행 독일 보험계약법 제115조에 의한 직접청구권 소송에서는 피해자와 보험자 사이에 책임법적 문제만을 다루는 것이다. 이에 비하여 구법 하에서 의무보험에서 책임법 문제는 피보험자와 피해자 사이에서만 판단될 수 있었던 것이다. 이를 통해서 피보험자가 진정으로 보상청구권을 갖는지의 문제는 결정이 된 것이 아니다. 진정한 직접청구권이라면 보험자가 피보험자에 대하여 급부면책이 되는 경우에도 인정되어야만 하는 것이다.⁵⁰⁾

1.6 증명책임

피해자가 직접청구권에 의하여 자신의 청구를 보험자에 대하여 주장하는 한 그는 민사소송법의 일반원칙에 의하여 청구권을 근거지우는 모든 사실을 증명하여야 한다. 이에 대하여 보험자는 보험사고가 허위라든가 조작되었다는 점을 증명하여야 한다. 즉 보험자는 보험사고가 피해자와 원인야기자(피보험자) 사이에서 단절되었다는 점을 증명하여야 한다. 이 경우 정황증거(Indiztatsachen)로서 가능하다.⁵¹⁾

46) Römer/Langheid, § 2 PflVG, Rdn. 4.

47) Langheid/Wandt, *Versicherungsvertragsgesetz, Münchener Kommentar*, Bd. 2, München, 2011, S. 364.

48) BGH, NJW 1981, S. 925.

49) Looschelders/Pohlmann, *Versicherungsvertragsgesetz*, Köln, 2010, § 115, Rdn. 3.

50) Römer/Langheid, *Versicherungsvertragsgesetz*, 4. Aufl., München, 2014, S. 839.

2. 독일 법제의 평가

독일에서는 책임보험에서 피해자의 배상청구와 보험계약자의 보상청구는 구분되어야 한다는 분리원칙이 적용되어 왔다. 따라서 피해자의 가해자의 보험자에 대한 직접청구권은 쉽사리 인정하기가 어려웠다. 단지 특별법인 자동차의무보험법에서만 특별하게 직접청구권을 인정하였었다. 그러다가 2007년 보험계약법 개정 시에 직접청구권을 일반 의무보험으로 확대하였다. 그렇지만 우리처럼 책임보험 전반에 대하여 직접청구권을 인정하고 있지는 않다. 즉 자동차책임보험 외에는 의무보험에만 피해자의 직접청구권을 인정하는데, 그 경우에도 피보험자가 파산한 경우 및 그 주거가 불분명한 경우에만 인정을 하고 있다. 그리고 독일에서는 직접청구권의 경우 보험금청구권이 아니라 불법행위 청구를 하는 것임을 밝히고 있다.

V. 문제 해결방안과 평가

1. 영국법 준거법 적용의 고수 입장

직접청구권의 법적 성질을 손해배상청구권으로 보더라도 ① 보험자의 입장에서 보면 보험자와 직접 관계가 없는 제3자의 개입으로 보험자가 불리하게 되어서는 아니 되며, ② 직접청구권을 손해배상청구권으로 보더라도 불법행위의 준거법은 책임보험의 보험 사고가 발생했느냐의 문제, 즉 국제사법상 보험계약의 선결문제로 보아야 하고, ③ 불법행위의 준거법에 따라 보험계약상 배상책임이 존재하느냐가 결정된 이후에 제3자에게 직접청구권을 인정하여야 하는가의 문제는 보험계약의 본문제로 보아 보험의 준거법 즉 보험계약의 준거법에 의하여야 할 것이라는 점의 이유로 피해자의 직접청구권에 대하여는 보험계약의 준거법을 적용하여야 한다는 입장도 존재한다.⁵²⁾

51) OLG Hamm, VersR 1993, S. 1418. 이 경우는 교차로신호등이 빨간불일 때 교차로에서 추돌사고가 난 경우이다. 원인 야기자는 제정신이 아니라고 주장한다. 그런데 증거조사결과 추돌사고가 멈추는 과정에서 일어난 것이 아니라 보험계약자가 브레이크를 밟을 올려놓은 상태에서 약 30km 속도로 추돌하였다. 추돌자는 몇 초 동안 서있는 차와 빨간 신호를 발견하여야 하는데 넓은 교차로에서 그것을 간과하였다는 것이다. 세 가지 사실이 결합된 것인데 그것이 결합되는 경우는 매우 이례적인 경우이었다. 즉 이러한 경우는 사고가 조작되었단 s 반증이 있는 것이다. Römer/Langheid, *Versicherungsvertragsgesetz*, 4. Aufl., München, 2014, S. 840.

52) 박영준, “해상책임보험에서 피해자의 직접청구권에 관한 고찰”, 중앙법학 제5권 제1호, 중앙법학회, 2003,

2. 해결방안제시

각국이 직접청구권의 인정에 있어서의 차이를 보여주고 있다. 그런데 피해자를 보호하기 위하여는 직접청구권을 인정하는 내용을 갖고 있는 국가의 법률을 적용하는 것이 요청된다. 특히 대한민국의 영해에서 사고가 난 경우에는 가급적 대한민국의 법률을 적용하는 것이 필요하기도 하다. 이에 다양한 문제해결을 위한 방안들이 제시되고 있다.

2.1 대법원이 근거를 보강하여 판단하여야 한다는 입장

대법원 2014. 9. 25. 선고 2014다37620 판결에서 제1심에서 직접청구권에 대한 준거법을 보험계약의 준거법으로 보아 영국법 준거법을 적용하도록 판시한 내용을 유지하였다. 이 판결에 대하여 대법원이 심리불속행 기각 판결을 내릴 것이 아니라 이론적 근거를 보충하여야 한다는 주장이 있다.⁵³⁾ 그런데 위의 대법원 판결은 2017년 최신 대법원 판결⁵⁴⁾에서도 유지가 되었다. 이 견해는 해상보험에서 직접청구권의 준거법에 대해 명확한 기준을 제시하였어야 한다고 주장한다. 이 하급심 판결에 대하여 비판하는 견해로서 동 하급심 판결은 청구채권의 법적 성질과 준거법의 논의의 순서가 뒤바뀐 것으로 평가하는 견해⁵⁵⁾가 있다. 이 견해에서는 우리 법원이 직접청구권의 법적 성질을 손해배상청구권으로 보는 것은 우리 상법이 준거법으로 적용되어 보험자에 대한 직접청구권이 인정되는 경우 성질이 그렇다는 것이지 보험계약의 준거법이 영국법이고 영국의 경우 직접청구권을 보험금청구권의 이전 내지는 대위의 행사로 보기에 준거법에 따라 법적 성질이 달라질 수 있다고 평가한다. 그렇지 아니하고 청구채권의 법적 성질이 손해배상채권이라는 전제하에 준거법을 논의하는 것은 이미 준거법을 정해놓고 다시 준거법을 논하는 것이라고 비판한다.⁵⁶⁾

23쪽.

53) 서영화, “2014년 상법(보험, 해상) 중요 판례”, 인권과 정의 제448호, 대한변호사협회, 2015.3., 178쪽.

54) 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결.

55) 송헌, “해상보험자에 대한 피해자의 직접청구권에 관한 고찰”, 한국해법학회지 제39권 제1호, 한국해법학회, 2017, 130쪽.

56) 송헌, 위의 논문, 131쪽.

2.2 국제사법 제7조

우리 국제사법 제7조는 대한민국 법의 강행적 적용에 대하여 규정을 하고 있다. 강행 규정의 일반적 의미는 당사자가 그 적용여부를 정할 수 없고 법규정과 다른 내용의 합의를 하는 것이 허용되지 않는 법규정을 말한다.⁵⁷⁾ 당사자 자치가 설득력이 있어도 그에는 한계가 없지는 아니하다. 즉 실질적인 어떤 규범이 강제규범의 성격을 띠는 경우에 그 규범이 당사자 자치의 허용 그 자체를 방해하는 것이 아니라, 최소한 그 형성에 영향을 미치기 때문이다.⁵⁸⁾ 국제사법 제7조는 법정지인 우리나라의 국제적 강행규정에 관한 일방적 저촉규정으로, 그 내용은 국제적으로 일치된 견해를 명문화한 것이다.⁵⁹⁾ 입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용하도록 하고 있다. 준거법을 영국법으로 적용하면 피해자의 직접청구권인정에서 불리하게 되므로 이 문제를 해결할 필요성이 존재한다. 특히 피해자보호에서 형평성을 도모하는 것이 요구된다. 이 문제를 해결하기 위하여 국제사법 제7조의 대한민국법의 강행적 적용을 주장하는 학자⁶⁰⁾가 있다.

2.3 국제사법 제25조 제4항

국제사법은 제25조에서 당사자 자치에 대하여 규정을 한다. 그때 모든 요소가 오로지 한 국가와 관련이 있음에도 불구하고 당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택한 경우에 관련된 국가의 강행규정은 그 적용이 배제되지 아니한다고 규정을 하고 있다(국제사법 제25조 제4항). 그런데 이 규정은 그 설치목적이 순수한 국내계약에 있어서의 탈법을 방지하기 위한 것으로 체제상 논의의 여지가 있는 것으로 분석되고 있다. 그 배경에는

57) 안춘수, 국제사법, 법문사, 2017, 145쪽.

58) 신창선·윤남순, 신국제사법 제2판, 도서출판 Fides, 2016, 276쪽.

59) 안춘수, 국제사법, 법문사, 2017, 155쪽. 우리 약관규제법은 절대적 강행규정은 아니라고 보고 있다. 대법원 20108. 8. 26. 선고 2010다28185 판결: “국제사법 제27조에서 소비자 보호를 위하여 준거법 지정과 관련하여 소비자계약에 관한 강행규정을 별도로 마련해 두고 있는 점이나 약관의 규제에 관한 법률의 입법 목적을 고려하면, 외국법을 준거법으로 하여 체결된 모든 계약에 관하여 당연히 약관의 규제에 관한 법률을 적용할 수 있는 것은 아니다.”

60) 박영준, “해상책임보험에서 피해자의 직접청구권에 관한 고찰”, 중앙법학 제5권 제1호, 중앙법학회, 2003, 24쪽.

순수한 국내계약에 당사자자치의 원칙이 적용될 수 없는 면이 있기 때문이다.⁶¹⁾ 우리나라 영해에서 선박충돌로 인하여 발생한 선체 멸실에 대하여 피해자가 가해선박의 소유자의 책임보험자에 대하여 직접 불법행위를 이유로 손해배상을 청구하는 경우는 순수국내 계약의 강행규정 적용의 문제가 있다. 이에 국내의 영해에서 사고가 나고 순수국내계약에 해당하면 순수국내계약의 강행규정(국제사법 제25조 제4항)의 적용에 의하여 한국법이 적용되어야 할 것이라고 한다.⁶²⁾

2.4 국제사법 제34조 제2항

국제사법 제34조는 채권의 양도 및 채무의 인수에 준거법을 규정하고 있다. 우선 채권의 양도인과 양수인간의 법률관계는 당사자 간의 계약의 준거법에 의하도록 하면서, 다만 채권의 양도가능성, 채무자 및 제3자에 대한 채권양도의 효력은 양도되는 채권의 준거법에 의하도록 한다(국제사법 제34조 제1항). 그리고 이러한 규정은 채무인수에도 준용을 한다(국제사법 제34조 제2항). 그리하여 면책적 채무인수가 허용되는지 여부, 형태, 제3자에 대한 관계에는 인수 대상인 채무 자체의 준거법이 적용되는데, 이는 채권자와 보증인 등 제3자의 보호를 위한 것이다.⁶³⁾ 따라서 직접청구권의 경우 불법행위 준거법이 적용되게 된다. 채권의 양도 및 채무의 인수에 대한 국제사법 제34조 제2항이 영국법 준거약관 하의 책임보험자에 대한 직접청구권에 적용될 수 있는지도 논의된다. 이에 대하여 학자들은 부정적인 입장이다.⁶⁴⁾ 하급심법원도 국제사법 제34조 제2항이 영국법 준거약관 하의 책임보험자에 대한 직접청구권에 적용될 수 있는지에 대하여 부정적으로 판시하고 있다.⁶⁵⁾ 그런데 최근 대법원은 국제사법 제34조 및 제35조를 법률에 의한 채무의 인수의 경우에도 참작하여야 함을 밝히고 있다.⁶⁶⁾

61) 신창선/윤남순, 신국제사법 제2판, 도서출판 Fides, 2016, 275쪽.

62) 송헌, “해상보험자에 대한 피해자의 직접청구권에 관한 고찰” 한국해법학회지 제39권 제1호, 한국해법학회, 2017, 131쪽, 각주 20.

63) 안춘수, 국제사법, 법문사, 2017, 290쪽.

64) 송헌, 앞의 논문, 132쪽 참조.

65) 서울남부지방법원 2013. 5. 30. 선고 2012가합7046 판결; 서울중앙지방법원 2013. 10. 16. 선고 2010가단484561 판결; 서울고등법원 2015. 6. 9. 선고 2012나29269 판결.

66) 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결: “국제사법 제34조는 채권양도 및 채무인수의 법률관계를 동일하게 취급하여, 채권의 양도가능성, 채무자 및 제3자에 대한 채권양도의 효력은 양도되는 채권의 준거법에 의하도록 규정하고(제1항), 채무인수에 대하여도 이를 준용하고 있다(제2항). 또한 국제사법 제35조는 법률에 의한 채권의 이전에 관하여, 그 이전의 원인이 된 구채권자와 신채권자 사이의 법률관계의 준거법에 의하지만,

2.5 영국법 준거법 적용의 재고

대법원이 영국법 준거법 지정의 유효성을 인정하는 입장에 대하여 그 타당성을 발견할 수 없으므로 이를 수정함으로써 문제를 해결하여야 한다는 주장⁶⁷⁾이 제기되고 있다.

3. 사건

해상책임보험은 책임보험의 일종이지만 여러 가지 고유의 속성이 있다. 전통적으로 영국법을 준거법으로 선정하여 오는 관습이 있었다. 그런데 영국법은 내용적으로 비판을 받는 부분도 있다. 특히 문제가 되는 직접청구권의 법률적용 문제에 있어서도 다양한 요소를 고려하여 문제를 해결하여야 한다. 여러 해결방안 가운데 직접청구권을 인정하는 내용을 강행법규로 파악을 하고 국제사법 제7조를 적용하여 문제를 해결하는 것이 가장 합당하다고 본다. 일반적으로 강행규정이란 법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계있는 규정을 말하며(민법 제105조), 당사자의 의사에 의하여 그 적용을 배제할 수 없고, 신의칙 또는 표현대리의 법리에 의해서도 배제되지 않는다.⁶⁸⁾ 개개의 법령의 경우 입법목적과 보호법익, 위반자의 주관적 의도, 위반의 중대성, 위반에 따른 경제적 이익의 귀속이 사회관념상 수긍될 수 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 그 위반행위의 효력을 결정하여야 한다. 강행규정은 법률이 사회질서 유지의 차원에서 강제적인 것으로 정한 것이기 때문에, 사적 자치가 허용되지 않으며 그에 위반한 법률행위는 무효이다.⁶⁹⁾ 일반적으로 강행규정으로 이해되는 것으로는 ① 법질서의 기본구조에 관한 규정, ② 제3자 내지 사회 일반의 이해에 직접 영향을 미치는 규정, ③ 거래의 안전을 위한 규정, ④ 경제적 약자를 보호하기 위한 사회정책적 규정,⁷⁰⁾ ⑤ 가족관계의 질서에 관한 규정 등을 들고 있다.⁷¹⁾ 이러한 측면에서 직접청구권에 관한 상법 제724조 제2항은

만약 이러한 법률관계가 존재하지 아니하는 경우에는 채권양도 및 채무인수의 경우와 마찬가지로 이전되는 채권의 준거법에 의하도록 규정하고 있다. 이에 비추어 보면, 채무인수 및 법률에 의한 채권의 이전에 관하여 이전되는 채무·채권의 준거법에 의하도록 한 국제사법 제34조 및 제35조의 기준은 법률에 의한 채무인수의 경우에도 참작함이 타당하다.”

67) 서영화, “해상의 책임보험과 피해자의 직접청구권”, 한국해법학회지 제28권 제1호, 한국해법학회, 2006, 68쪽.

68) 지원립, 민법강의, 제7판, 홍문사, 2009, 189쪽.

69) 김준호, 민법강의, 제16판, 법문사, 2010, 245쪽.

70) 김형배/김규완/김명숙, 민법학강의 제12판, 신조사, 2013, 173쪽.

71) 지원립, 앞의 책, 191쪽.

강행규정으로 이해할 수 있다. 약자인 피해자를 보호하기 위한 사회정책적 규정으로 볼 수 있기 때문이다. 이렇게 직접청구권을 강행규정으로 보고 우리 상법 제724조 제2항을 적용한다면 기존에 한국 P&I약관의 선지급조항⁷²⁾은 효력을 가지기 어렵다고 보아야 한다. 그리고 상법 제724조 제2항을 해상보험의 특수성까지 고려하여 개정하는 것은 국제적 정합성에 비추어 보아 어렵다고 보아야 한다.

직접청구권 규정은 경제적 약자인 제3자로서 피해자를 구제하는데 기여하는 법 원리로 파악하여야 한다. 이와 같이 직접청구권 규정은 제3자의 이해에 직접적으로 영향을 미치는 규정이며 동시에 경제적 약자를 위한 사회정책적 규정으로 파악할 수 있다. 앞으로 대법원이 이 문제에 대하여 국제사법 제7조를 근거로 하여, 상법 제724조 제2항이 준거법에 관계없이 적용되어야 하는 강행법규에 해당한다고 판단하는 쪽으로 입장을 선회하여야 한다고 본다.

VI. 맺음말

해상보험은 근대보험의 효시로서 보험의 역사에서 비교적 초창기에 발전한 제도이다.⁷³⁾ 해상보험은 많은 종류의 위험을 종합적으로 담보하고, 보험가액은 미리 보험자와 보험계약자 사이에 보험증권에 의하여 협정된다. 이 점에서 단일위험만이 담보되며, 보험가액은 손해발생시의 시가에 의하여 산출되는 화재보험과 다르다. 해상보험의 기원은 그리스에서 로마로 전해왔고, 중세기에 지중해 연안에서 널리 이용되었던 모험대차

72) 일반보험의 경우 상법 제724조 제1항에서 보험자는 피보험자가 책임을 질 사고로 인하여 생긴 손해에 대하여 제3자가 그 배상을 받기 전에는 보험금액의 전부 또는 일부를 피보험자에게 지급하지 못한다고 규정을 하고 있다. 선지급 규정을 약관에 두지 않은 경우 대법원은 피보험자가 제3자에게 손해배상금을 지급하였거나 상법 또는 보험약관이 정하는 방법으로 피보험자의 제3자에 대한 채무가 확정되면 피보험자는 상법 제724조 제1항의 규정에도 불구하고 보험자에게 바로 보험금청구권을 행사할 수 있다고 할 것이므로, 보험자인 피고는 위 보험약관에 따라 보험금액의 지급을 구하는 피보험자인 원고에 대하여 상법 제724조 제1항에 기하여 보험금액의 지급을 거절할 수는 없다는 입장이다(대법원 1995. 9. 15. 선고 94다17888 판결; 대법원 1995. 9. 29. 선고 95다24807 판결). 그러나 원용규정을 둔 경우는 피보험자가 피해자에게 지급하기 전에는 보험자는 보험금 지급을 거절할 수 있다. 즉 대법원은 약관에 명시적으로 지급거절조항을 두고 있다면 달리 지급거절권을 포기하거나 이를 행사하지 않았다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 보험자는 상법 제724조 제1항 및 지급거절조항에 의하여 피보험자의 보험금지급청구를 거절할 권리가 있다는 입장(대법원 1995. 9. 26. 선고 94다28093 판결; 대법원 2000. 10. 13. 선고 2000다2542 판결; 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003다35611 판결 등 참조)이다(대법원 2007. 1. 12. 선고 2006다43330 판결).

73) 박세민, 보험법, 제4판, 박영사, 2017, 551쪽.

내지는 해상대차에서 찾는 것이 통설이다.⁷⁴⁾ 그 후 이 사상은 런던·벨기에 브뤼지(Bruges) 등에 전해졌고, 17세기에는 로이즈 보험업자로 불리는 해상보험 전문의 개인기업으로 발전하였다. 그러한 이후 1720년에는 영국에서 로열익스체인지회사와 런던 어슈어런스회사가 창업되어 비로소 회사제도의 근대적 해상보험의 성립을 보게 되었다. 그 당시 해상보험 거래의 관행을 토대로 하여 1760년에 로이즈가 설립되었다.⁷⁵⁾ 해상보험에서는 실무상 영국법이 적용되는 것이 빈번하여 영국법의 내용을 이해하는 것이 오히려 중요한 측면이 있다.⁷⁶⁾ 이러한 해상보험 가운데 해상책임보험은 일종의 책임보험이다. 그리하여 일단은 우리 상법 제724조 제2항의 피해자 직접청구권이 적용된다. 그런데 전통적으로 해상보험에서는 준거법을 영국법으로 하는 경향이 있다.⁷⁷⁾ 그런데 영국법에서는 직접청구권을 우리보다 매우 제한적으로 인정하고 있다. 따라서 피해자보호에 더 근접한 우리법제를 적용하는 것이 약자인 피해자를 보호하고 객관적으로도 더 바람직한 경우가 있다. 그런데 이 문제는 결국은 해상보험의 연혁적인 발전과 특수성을 고려하면서 종합적으로 판단하여 해결하여야 한다. 그런데 피해자를 보호하는 것과 전통적인 영국법 준거법 적용과 충돌하는 경우의 문제는 결국은 국제사법 제7조, 즉 대한민국의 강행규정을 적용하는 것으로 풀어야 할 것이다. 즉 당사자가 영국법을 준거법으로 지정을 하였다 하더라도 오늘날 직접청구권이 갖는 의미와 강행법규성을 고려하여 한국 상법 제724조 제2항을 적용할 수 있도록 하여야 한다. 그 해결을 위한 매개체는 국제사법 제7조가 된다. 직접청구권 규정은 경제적 약자인 제3자로서 피해자를 구제하는데 기여하는 법 원리로 파악하여야 한다. 더 나아가 직접청구권 규정은 제3자의 이해에 직접적으로 영향을 미치는 규정이면서, 동시에 경제적 약자를 위한 사회정책적 규정으로 파악하여야 한다. 추후 대법원은 국제사법 제7조를 근거로 상법 제724조 제2항이 준거법에 관계없이 적용되어야 하는 강행법규에 해당한다고 판단하는 쪽으로 입장을 선회하여야 한다. 이러한 법리해석을 통하여 많은 해상사고의 피해자를 보다 더 보호하도록 하여야 하는 것이다.

74) 이기수/최병규/김인현, 보험·해상법 제9판, 박영사, 2015, 256쪽.

75) 보험경영연구회, 보험론, 문영사, 2005, 435쪽.

76) 송옥렬, 상법강의 제6판, 홍문사, 2016, 305쪽.

77) 채이식, 상법강의(하) 개정판, 박영사, 2003, 567쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 김명수 편저, 보험판례개관, 법문사, 2013.
- 김성태, 보험법강론, 법문사, 2001.
- 김은경, 보험계약법, 보험연수원, 2016.
- 김준호, 민법강의 제16판, 법문사, 2010.
- 김형배/김규완/김명숙, 민법학강의 제12판, 신조사, 2013.
- 박세민, 보험법 제4판, 박영사, 2017.
- 보험경영연구회, 보험론, 문영사, 2005.
- 송옥렬, 상법강의 제6판, 홍문사, 2016.
- 신창선/윤남순, 신국제사법 제2판, 도서출판 Fides, 2016.
- 안춘수, 국제사법, 법문사, 2017.
- 양승규, 보험법 제5판, 삼지원, 2005.
- 유주선, 보험법, 도서출판씨아이알, 2018.
- 이기수/유진희, 경제법, 제9판, 2012.
- 이기수/최병규/김인현, 보험·해상법 제9판, 박영사, 2015.
- 이필규/최병규/김은경, 2009년 독일 보험계약법(VVG), 세창출판사, 2009.
- 장덕조, 보험법 제3판, 법문사, 2016.
- 정상근, 보험계약법, 도서출판 좋은땅, 2006.
- 정찬형, 상법강의(하) 제17판, 박영사, 2015.
- 지원림, 민법강의 제7판, 홍문사, 2009.
- 채이식, 상법강의(하) 개정판, 박영사, 2003.
- 최기원, 보험법 제3판, 박영사, 2002.
- 최정식, 보험·해상법, 삼영사, 2014.
- 최준선, 보험·해상·항공운송법, 제9판, 삼영사, 2015.
- 한기정, 보험법, 박영사, 2017.
- 한창희, 보험법, 개정3판, 국민대학교 출판부, 2017.

- Langheid/Wandt, *Versicherungsvertragsgesetz, Münchener Kommentar, Bd. 2*, C.H. Beck, München, 2011
- Looschelders/Pohlmann, *Versicherungsvertragsgesetz*, Köln, 2010.
- Meschkat/Nauert, *VVG-Quoten – Leistungskürzung in der Sach- und Kaskoversicherung sowie KH-Regress*, Luchterhand Verlag, 2008.
- Prölss/Martin, *Versicherungsvertragsgesetz, 28. Aufl.*, München, 2010.
- Römer/Langheid, *Versicherungsvertragsgesetz, 4. Aufl.*, München, 2014.
- Schwintowski/Brömmelmeyer, *Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, 2. Aufl.*, ZAP Verlag, Bonn, 2010.

2. 학술지

- 김은경, “독일 보험계약법상 책임보험에서 피해자 직접청구권의 변화”, 법학논총 제32권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2012, 451-474쪽.
- 김인현, “한국과 미국의 선주책임상호보험에서의 직접청구권에 대한 비교법적 연구”, 한국해법학회지 제28권 제1호, 한국해법학회, 2006, 7-42쪽.
- 문병일, “보험자에 대한 직접청구권의 법적 성질”, 한국해법학회지 제32권 제2호, 한국해법학회, 2010, 235-265쪽.
- 박세민, “책임보험상의 직접청구권을 둘러싼 법적 논점에 관한 고찰”, 안암법학 통권 제55호, 안암법학회, 2008, 497-540쪽.
- 박영준, “해상책임보험에서 피해자의 직접청구권에 관한 고찰”, 중앙법학 제5권 제1호, 중앙법학회, 2003, 37-69쪽.
- 서영화, “해상의 책임보험과 피해자의 직접청구권”, 한국해법학회지 제28권 제1호, 한국해법학회, 2006, 43-69쪽.
- 서영화, “2014년 상법(보험, 해상) 중요 판례”, 인권과 정의 제448호, 대한 변호사협회, 2015, 160-180쪽.
- 송 현, “해상보험자에 대한 피해자의 직접청구권에 관한 고찰”, 한국해법학회지 제39권 제1호, 한국해법학회, 2017, 113-149쪽.
- 한창완, “책임보험에서 피해자의 직접청구권의 준거법”, 일감법학 제39호, 건국대학교 법학연구소, 2018, 259-285쪽.

3. 자료집

김인현, “2017년 중요해상판례소개”, 한국상사판례학회 2018년 동계학술대회 자료집,
2018.2.2.

[Abstract]

A Study on the Recent Discussions on the Third Party's Direct Claim Against Marine Insurers

Choi, Byeong-Gyu*

At the present day, the marine insurance plays very important role in modern international trade transactions. The marine insurance has long history. It has developed in the process of international trade in the middle ages in the port city of the Mediterranean Sea. The marine liability insurance is a kind of liability insurance. Therefore, the principles of liability insurance should be applied to the marine liability insurance. The marine insurance has its own special character. For example, the pay to be paid rule applies to the marine insurance. Traditionally, the english law applies to the marine insurance. The insurance parties agree english law as a governing law. The direct claim of claimant plays very important role for the protection of claimant in liability insurance. Nowadays, the key point of the liability insurance lies in the protection of the claimant(the third party). The Korean commercial code regulates the direct claim of claimant as a common principle in liability insurance(art. 724(2) Korean Commercial Code). But the German insurance contract law(VVG) sets strict limitation to the principle of the direct claim of claimant. This is also so in english law. Therefore, the choice of the applicable law has far different effect to the claimant. The claimant should be protected. The Korean supreme court recognize the validity of the contract terms that english law applies as a governing law. For the solving of this problem, there are many suggestions. For example, art 7, 25(4), 34(2) Korean private international law are suggested as solution methods. In this article, the author has suggested the solution of art. 7 Korean private international law as proper one. The art 7. Korean private international law regulates that the Korean compulsory provisions should be applied also in the case of the choice of foreign las as applicable law. The Korean supreme court should change its attitude in regard

* Professor, School of Law, Konkuk University

of the third party's direct claim against marine insurers according to this solution in the future.

[Key Words] marine insurance, liability insurance, pay to be paid rule, direct claim, english law as applicable law, protection of the victim, principle of private autonomy, compulsory provisions, international private law