

〈판례연구〉

普通保險約款의 拘束力

梁 承 圭*

대법원 1985. 11. 26 선고, 84 다카 2543 판결**

[판결요지]

보통보험약관이 계약당사자에 대하여 구속력을 갖는 것은 그 자체가 법규범 또는 법규범적 성질을 가진 약관이기 때문이 아니라 보험계약당사자 사이에서 계약내용에 포함시키기로 합의하였기 때문이라고 볼 것인 바, 일반적으로 당사자 사이에서 보통보험약관을 계약내용에 포함시킨 보험계약서가 작성된 경우에는 계약자가 그 보험약관의 내용을 알지 못하는 경우에도 그 약관의 구속력을 배제할 수 없는 것이 원칙이다. 다만 당사자 사이에서 명시적으로 약관에 관하여 달리 약정한 경우에는 그 약관의 구속력은 배제된다고 보아야 할 것이다.

[事實概要]

原告 甲은 乙保險(株)와의 사이에 1980. 6. 17. 에 甲所有의 영업용택시 총복 1마 7208호의 운행으로 인한 人的損害賠償責任을 담보하기 위하여 保險金을 死亡의 경우 被害者 1인당 1,000만원, 負傷의 경우에는 被害者 1인당 300만원, 保險期間 1980. 6. 17~1980. 12. 17로 하는 自動車安全保險契約을 맺었고, 同年 12. 17~1981. 6. 17까지 保險契約을 更新하였다. 그런데 乙保險(株)는 財務部長官의 認可를 받아 1980. 12. 31자로 自動車安全保險普通保險約款을 改正하여 1981. 1. 1부터 自動車對人賠償定額保險普通保險約款으로 그 명칭을 바꾸고 保險者가 擔保하는 保險金額의 한도는 死亡의 경우 1,000만원, 負傷의 경우 300만원, 後遺障礙의 경우 1,000만원으로 하고, 그 補償基準은 約款에 첨부된 別表에 따로도록 하였다. 原告 甲은 종전의 保險契約의 기간이 만료됨에 따라 1981. 6. 17~12. 17까지 새로이 保險契約을 更新하고 保險料 227,800원을 支給하였는데, 乙保險(株)의 代理店은 改正된 保險契約의 내용을 甲에게 알려주지 아니하고 종래의 安全保險契約이 定額保險約款으로 명칭만 바뀌었을 뿐이라고 말하였다. 甲은 그 말을 믿고 자동차를 운행하다가 1981. 7. 28 그의 過失로 丙을 치어 다치게 하였고, 丙이 甲을 상대로 제기한 損害賠償請求의 訴에 대한 判決에 따라 丙의 후유장애로 인한 일실손해금, 치료비 및 개호비 등으로 950만원, 위자료 150만원, 그 부모에게 각 100만원 합계 1,350만원을 丙 등에게 지급하였

* 서울대학교 법과대학 교수

** 법원공보 제768호(1986. 1. 15) 108면이하.

다. 그러나 이 事件 自動車對人賠償定額保險普通保險約款의 별표의 기준에 의하면 丙의 후유장애 등급은 5급으로 그 保險金은 500萬원으로 되어 있어 乙保險(株)은 그 金원의 支給을 주장하였다. 이에 따라 甲이 乙保險(株)을 상대로 訴를 제기하였고 原審(서울고등법원 1984. 10. 19 선고 84나 787판결)은

「보험약관을 변경하는 경우에도 주무부장관의 인가를 얻도록 되어 있어 이와 같은 국가의 감독작용에 의하여 그 보험약관은 합리성이 보증되게 되고 그 합리적인 보험계약의 내용을 이루게 되어 보험관계자를 규율하는 법규적 성격을 가지게 된다 할 것이니 보험계약자는 그 약관의 내용을 의욕하는 여부에 관계없이 계약체결과 동시에 이것에 구속된다 할 것이다」

라고 判示하여 原告의 청구를 받아들이지 아니하여 原告 甲이 上告하였다.

[판결이유]

1. 원심판결이유에 의하면 원심은 원고가 보험업자인 피고회사와의 사이에 1980. 6. 17 당시 피고회사 소정의 자동차안전보험보통보험약관에 기하여 피보험자를 원고, 피보험자동차를 원고소유의 총부 1바 7208호 영업용택시로, 보험기간을 동일자부터 동년 12. 17 까지로, 보험금을 사망의 경우에는 피해자 1인당 1,000만원, 부상의 경우에는 피해자 1인당 300만원으로 하는 내용의 보험계약을, 또 동년 12. 15 보험기간을 동년 12. 17부터 1981. 6. 17까지로 하는 이외는 위와 같은 내용의 보험계약을 각 체결하고 각 소정의 보험료를 지급한 사실, 피고회사는 제무부장관의 인가를 받아 위 보통보험약관을 동년 12. 31 폐지하고 1981. 1. 1부터 그에 대신하여 자동차대인배상정액보험약관을 만들었는데 그 내용은 사망의 경우에 보험증권에 첨부된 별표 1의 성별, 연령별 보험금액 한도 내에서의 사망보험금액을, 부상의 경우에 같은 별표 2의 상해등급별 보험금액 한도 내에서의 부상보험금액을, 후유장애의 경우에는 같은 별표 3의 성별, 연령별, 장애급별 보험금액 한도 내에서의 후유장애보험금액을 각각 지급하고 위 각 보험금액에는 자동차손해배상보장법에 의한 책임보험의 보험금액이 포함된 것으로 되어 있는 사실, 원고는 1981. 6. 5 피고회사와의 사이에 개정된 위 동 회사의 자동차대인배상정액보험약관에 기하여 피보험자를 원고로, 피보험자동차를 위 택시로, 보험기간을 동년 6. 17부터 동년 12. 17까지로, 보험금을 사망의 경우에는 금 1,000만원, 부상의 경우에는 금 300만원, 후유장애의 경우에는 금 1,000만원을 각 최고한도로 하는 내용의 이 사건 보험계약을 체결하고 당일 그 보험료를 금 227,000원을 지급한 사실, 원고가 이 사건 보험계약을 체결할 때에 피고회사 산하 아인대리점 직원인 소외 백의현이 개정된 보험약관의 내용을 원고에게 알려주지 아니하고 종래의 안전보험약관이 정액보험으로 명칭만 바뀌었을뿐 이라고 말하므로 원고는 그 말을 믿고 종전의 안전보험약관과 같은 내용의 보험금을 지급받을 생각으로 이 사건 보험계약을 체결한 사실, 위 피보험자동차의 운전수인 소외 김동일이 이 사건 보험기간내인 1981. 7. 28 위 자동차를 운행하다가 과실로 소외 이혁재를 충돌하는 사고를 일으켜 동 소외인과 부모들이 원고를 상대로 손해배상청구소송을 제기한 결과 1982. 6. 30 원고는 위 이혁재에게 후유장애로 인한 일일손해금과 치료비 및 간호비등으로 금 950만원, 위자료로 금 150만원, 그 부모들에게 위자료 각 금 100만원과 이에 대한 1981. 7. 29부터 완제시까지 연 5분의 비율에 의한 金원을 지급하라는 판결을 선고받아 그 판결이 확정되었으며 원고는 동년 8. 5 동판결에 따라 위 소외인들에게 금 1,350만원을 지급한 사실을 각 인정한 다음, 원고가 위와같이 피고회사측으로부터 개정된 정액보험약관을 고지받은 바도 없고 오직 위 백의현의 말을 믿고 종전의 안전보험약관에 따른 보험계약을 체결할 생각으로 이 사건 보험계약을 체결하였으니 피고는 종전의 약관에 따라 부상보험금 255만원과 후유장애보험금 950만원을 지급할 의무가 있다고 주장한 데에 대하여, 원고주장의 위 생각은 위 인정사실에 비추어 볼 때 이 사건 보험계약을 체결하게 된 연유에 불과하고 비록 그것이 이 사건 보험계약 내용의 중요부분의 착오라고 하더라도 이 사건 보험계약의 내용이 종전의 안전보험약관에 따른 보험계약으로 되는 것도 아니며, 한편 이 사건과 같은 보통보험약관은 보험계약의 정형적인 내용을 이루는 것으로서 보험업자가 그 영업면허

를 얻고자 할 때는 그 신청서에 이를 첨부하도록 되어 있고 이것을 변경하는 경우에도 주무장관의 인가를 얻도록 되어 있어 이와 같은 국가의 감독작용에 의하여 그 보험약관은 합리성이 보증되고 그 합리적인 보험계약의 내용을 이루게 되어 보험관계자를 규율하는 법규적 성격을 가지게 된다 할 것이며 보험계약자는 그 약관의 내용을 의욕하는 여부에 관계없이 계약체결과 동시에 이것에 구속된다 할 것이므로, 계약체결 당시 계약당사자의 일방이 그 약관의 전부나 일부를 몰랐다 하더라도 이 구속으로부터 면한다고 볼 수 없다 할 것인즉 원고가 피고회사측으로부터 이 사건 개정된 보험약관의 내용을 고지받지 못하여 이를 알지 못하였다 하더라도 그 약관에 따른 계약의 효력을 부정할 수 없는 것이라고 판단하여 원고의 주장을 배척하였다.

2. 그러나 보통보험약관이 계약당사자에 대하여 구속력을 갖는 것은 그 자체가 법규범 또는 법규범적 성질을 가진 약관이기 때문이 아니라 보험계약당사자 사이에서 계약내용에 포함시키기로 합의하였기 때문이라고 볼 것인 바, 일반적으로 당사자 사이에서 보통보험 약관을 계약내용에 포함시킨 보험계약서가 작성된 경우에는 계약자가 그 보험약관의 내용을 알지 못하는 경우에도 그 약관의 구속력을 배제할 수 없는 것이 원칙이나 다만 당사자 사이에서 명시적으로 약관에 관하여 달리 약정한 경우에는 위 약관의 구속력은 배제된다고 보아야 할 것이다.

원심이 확정된 바와 같이 6개월이라는 단기간을 보험기간으로 정한 보험계약을 체결한 후 그 보험기간만료시마다 보험계약을 갱신하여 체결해 오는 계속적 계약관계에 있어서, 그 중간에 보통보험약관의 내용이 개정된 경우에 보험업자의 대리점직원이 보험계약자에게 개정된 약관내용을 단순히 알리지 않은 것에 그친 것이 아니라 나아가 적극적으로 그 개정이 명칭의 변경에 불과하고 그 약관내용에는 변경이 없음을 강조하기 때문에 보험계약자도 기왕에 가입한 구약관과 같은 내용의 보험계약을 갱신하여 체결할 의사를 표시함으로써 계약이 성립된 것이라면 이는 당사자 사이에 명시적으로 구약관에 따르기로 약정한 경우와 같이 보는 것이 타당하므로 개정된 약관의 구속력은 발생할 여지가 없다고 보아야 할 것이다.

그러므로 원심이 위 실시와 같은 구체적 사정을 고려함이 없이 보통보험약관은 법규적 성격을 가진 것이라고 전제하여 보험계약당사자는 예외없이 개정된 약관의 효력에 구속되는 것처럼 판단하였음은 보통보험약관의 구속력에 관한 법리를 오해한 것이라고 하지 않을 수 없다.

3. 그런데 이 사건에서 문제된 보통보험약관은 부상보험금과 후유장해보험금에 관한 부분인 바, 우선 후유장해 보험금에 관하여 원고는 종전 보험계약체결 당시에는 가입한 바 없고 이 사건 약관개정 후에 신규로 가입하였음이 원심확정 사실과 기록에 의하여 명백하다.

그렇다면 원고가 후유장해보험금에 관하여 기왕에 가입한 약관내용과 같은 내용의 보험계약을 갱신하여 체결할 의사를 표시하였다고 보기 어려우니 원고와 피고 사이에 후유장해보험금에 관하여 구약관에 따르기로 약정하였다고 인정할 수는 없다고 할 것이다.

한편 부상보험금은 개정 전 약관에 의한 1차적 청구금액이 2,550,000원인 데에 반하여 개정된 약관에 의한 2차적 청구금액은 3,000,000원으로서 원심에서 이 2차적 청구금액이 모두 인용되었음이 기록상 명백하므로 특단의 사정이 없는 한 원고로서는 부상보험금에 관한 1차적 청구부분에 대하여는 불복의 이익이 없다고 할 것이다.

[研 究]

I. 문제의 所在

保險契約은 保險者와 保險契約者 사이의 개별적인 意思表示에 의하여 이루어지는 債權契約이다(商 638조). 그러나 保險契約은 사람의 경제생활을 위협하는 각종의 危險을 危險團體

를 바탕으로 효율적으로 분산시켜 우연한 事故에 대비하고자 하는 保險制度和 관련된 것이므로, 필연적으로 다수의 保險契約者를 대상으로 하고, 그 契約의 구체적인 내용은 普通保險約款에 의하여 정하여지는 것이 일반적이다.

오늘날의 경제사회는 大量生産·大量去來가 이루어지고 있고, 그러한 大量去來를 획일적으로 처리하기 위하여 그 契約의 내용을 定型化하고 있는 普通去來約款이 이용되고 있다. 普通去來約款은 企業이 미리 그 契約內容을 일방적으로 定型化한 契約條件이므로 그 約款에 의하여 이루어지는 契約에서는 去來相對方의 보호문제가 제기되고 있다. 普通保險約款도 普通去來約款의 일종으로서 保險産業의 발전과 더불어 保險約款의 效力과 관련하여 많은 논의가 일어나고 있다. 이 判決이 다루고 있는 것도 自動車保險約款의 拘束力의 근거가 무엇이나가 그 중심을 이루고 있는데, 과연 普通保險約款을 가명 割賦販賣約款이나 信用卡約款과 같은 다른 普通去來約款과 같이 다룰 수 있는나는 문제를 신중히 다룰 필요가 있다. 이것은 普通保險約款이 規制하고 있는 保險契約의 성질과 연관시켜 살펴보지 않으면 안될 것이다.

II. 普通保險約款의 뜻과 存在理由

1. 意 義

普通保險約款(Allgemeine Versicherungsbedingungen)은 保險者가 같은 危險을 대상으로 하는 수 많은 保險契約을 맺기 위하여 미리 작성한 保險契約의 내용을 이루는 定型的인 契約條項이다. 普通保險約款은 保險契約의 一般的·普遍的·標準的인 契約條項이므로 특수한 保險에 있어서는 이 約款만으로 모자라 다시 상세한 約定을 할 때가 있다. 이것을 特別普通保險約款 또는 附加約款이라 한다. 그러나 이 附加約款은 그것이 定型的인 한 그 명칭의 여부는 묻지 아니하고 실질상의 普通保險約款의 일부를 이루는 것이다. 이에 대하여 特別保險約款(Besondere Versicherungsbedingungen)은 어떤 특수한 危險(Spezielles Wagnis)에 관하여 개별적이고 非典型的인 合意事項을 정한 契約條項이다.⁽¹⁾

2. 存在理由

普通保險約款은 普通去來約款과 마찬가지로 다수의 保險契約을 합리적으로 처리하기 위하여 생겨난 것이라 할 수 있다. 다시말하면 普通保險約款은 保險契約이 성질상 다수의 加入者를 상대로 하여 大量的으로 처리되어야 할 필요에서 그 내용을 定型化하여야 한다는 기술적인 요청에 따라 合理化의 노력으로 생겨난 것이다.⁽²⁾ 그리고 保險契約은 危險團體의 觀念(Gedanken der Gefahrgemeinschaft)에 기초를 두고 있으므로 그 구성원을 개별적으로 다루지 아니하고 동일하게 취급하여야 한다는 데에도 그 存在理由가 있다고 할 수 있다.⁽³⁾

(1) Bruck-Möller, *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, 8 Aufl., 1961, S. 55 Anm. 22; Hans Möller, *Versicherungsvertragsrecht*, 3 Aufl., 1977, S. 243.

(2) Bruck-Möller, *ibid.*, S. 50 Anm. 18.

(3) 鄭熙喆, 梁承圭 補訂版 *商法學原論*(下), 18면; 徐墩珪, 第三全訂 *商法講義*(下), 349면; 孫珠璣, 全訂增補版 *商法*(下), 323면; 崔基元, 全訂增補版 *商法學新論*(下), 452면.

그리하여 普通保險約款은 保險者가 保險契約을 맺을 때에 保險契約者에게 契約條項으로 제시하게 되는데, 이것은 개별적인 契約行爲의 결과로서 주어진 것이 아니라 保險者가 保險契約者에게 일방적으로 부과하는 것이다.⁽⁴⁾

Ⅲ. 普通保險約款의 拘束力

1. 拘束力の 근거

普通保險約款은 保險契約에 있어서 당사자 사이에 다른 約定이 없는 한 保險契約關係者를 구속하는 保險契約上의 法源으로 인정되고 있다.⁽⁵⁾ 普通保險約款은 保險者가 일방적으로 작성하여 保險事業의 許可를 얻고자 財務部長官에게 제출하여(保業 5조 3항 3호) 그 認可를 받아 保險去來에서 이용하는 것이나, 保險契約者는 다만 保險事故의 종류, 保險期間, 保險料 및 保險金額 등만을 合意하고 그 約款의 구체적인 내용을 이해하지 아니하고 保險契約을 맺는 것이 일반적이다. 그러나 保險契約者가 保險契約을 맺으면서 구체적인 約款의 존재를 알지 못하였거나 또는 그 約款에 따라 保險契約을 맺는다는 意思表示를 하지 아니한 경우에도 그 保險約款의 拘束力을 인정할 수 있는나라는 문제가 제기된다. 이에 대하여는 普通去來約款의 效力과 관련하여 다툼이 있는데, 이것은 크게 意思說과 規範說로 나누어 볼 수 있다.

(가) 意思說 이것은 전통적인 法律行爲理論에 의하여 約款에 의한 契約을 보통의 契約과 같이 보아 當事者가 約款의 개개의 條項을 알고 契約을 체결하였기 때문에 당사자를 拘束한다는 見解이다. 즉, 保險約款의 妥當根據를 당사자의 意思에서 구하는 主觀主義的인 입장이다. 普通保險約款은 理論적으로는 法律行爲의 내용을 이루고 있는 契約條項(Vertragsabreden)으로서⁽⁶⁾ 모든 普通去來約款과 같이 그 契約에 포함시킴으로써 그 效力이 생긴다고 볼 수 있다.⁽⁷⁾ 이 事件 大法院判決은 「普通保險約款이 契約當事者에 대하여 拘束力を 갖는 것은 保險契約 當事者 사이에서 契約內容에 포함시키기로 합의하였기 때문이라고 볼 것인 바」라고 判示하여 意思說의 입장을 명백히 하고 있다.

그러나 이러한 意思說에 따르면 普通保險約款의 내용을 去來相對方이 알고 保險契約을 체결하였다는 것이 증명되지 않으면 約款의 拘束力을 주장할 수 없게 된다. 여기에서 日本의 判例는 「當事者의 雙方이 특히 普通保險約款에 따르지 아니한다는 뜻의 意思를 표시하지 않고 契約을 체결한 때에는 反證이 없는 한 그 約款에 따른 意思로써 契約을 한 것으로 推定한다」라고 判示하여⁽⁸⁾ 이른바 意思推定理論을 내세우고 있다. 이것은 個人主義的 意思主

(4) Edgar Hofmann, *Privatversicherungsrecht*, 2 Aufl., 1983, S. 12.

(5) Bruck-Möller, a.a.O. S. 49; Albert Ehrenzweig, *Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht*, 1952, S. 7f. 그러나 約款의 法源性을 인정하지 않는 見解도 있다(徐燦珪, 第三全訂 商法講義(上) 67면; 崔基元, 前掲書, 453면 참조).

(6) Bruck-Möller, *ibid.*

(7) Prölss-Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, 22 Aufl., 1984, S. 5 Anm. 6B.

(8) 日大審院判決 1915 <大正 4> 12. 24 民錄 21~2182, 保險判例百選(別冊 ジュリスト No. 11, 1966)

義的 立場에 서는 전통적인 法律行爲理論을 수정한 것이라 할 수 있다.⁽⁹⁾ 그러나 이와 같이 普通保險約款의 拘束力을 當事者의 意思에 따라 인정하는 것은 오늘날 保險去來의 실정과 관련지어 볼 때에 妥當하다고 할 수는 없다.

(나) 規範說 普通保險約款은 保險契約의 締結時에 保險契約者가 오로지 그에 따르도록 할 때에만 그 기능을 다할 수 있다.⁽¹⁰⁾ 따라서 保險契約은 附合契約으로서 普通保險約款에 따라 이루어지고 있는 것이 去來의 실정이므로 社會學的으로 보면 普通保險約款은 客觀적인 法(objektiven Rechts)과 비슷하고 保險契約上의 法源으로 다루지 않을 수 없다.⁽¹¹⁾ 이에 따라 普通保險約款의 拘束力의 근거를 그 約款의 規範性에서 찾으려고 하는 입장이 생겨났고 이것이 規範說이라 할 수 있다. 이 說도 그 理論的 根據에 따라 여러 가지로 나누이는데,⁽¹²⁾ 다음 세 가지만을 살펴 보기로 한다.

① 附合契約說: 保險契約은 危險團體의 觀念에 기초를 두어 다수의 保險契約者를 상대로 동일한 내용의 契約이 되풀이되어야 하는 多數契約에 속한다. 따라서 保險契約의 내용은 當事者가 서로 흥정하고 양보하여 얻어진 결과가 아니고 保險者가 미리 마련한 定型化된 普通保險約款에 따르는 것이고, 이 때문에 保險契約은 附合契約(contract of adhesion)이라고 한다.⁽¹³⁾ 그리하여 保險契約을 맺을 때에는 保險契約者는 保險者가 제시한 普通保險約款에 따르지 않을 수 없게 된다.

普通保險約款은 社會學的으로 볼 때에는 法律과 마찬가지로 개별적인 保險契約의 체결 전에 마련되어 있고, 실제로 法律보다도 더 많은 중요한 힘(Macht)을 나타내고 있음을 간과하여서는 안된다.⁽¹⁴⁾ 이에 따라 普通保險約款은 일반적인 法規範과 유사한 성질(gesetzesähnlichen Zügen)을 지니고 있는 이미 준비된 契約規範(eine bereitliegende Vertragsordnung)이라 할 수 있다.⁽¹⁵⁾ 따라서, 保險契約의 締結에 의하여 普通保險約款은 契約의 構成要素로 되어 그 내용에 관하여 협의하지 아니하였거나 保險契約者가 그 내용을 전혀 알지 못한 경우에도 당사자를 구속하게 되는 것이다⁽¹⁶⁾

이와 같이 附合契約說은 保險契約의 附合契約性에서 普通保險約款의 規範性을 찾는 것이

12면; 독일의 1912년의 RG 判決은 普通保險約款의 契約時의 交付를 援用하여 去來相對方은 그 約款의 내용에 관하여 실제로 알고 있어야 할 필요는 없고, 約款의 존재를 알고 있으면 拘束力이 생긴다는 것에 대한 合意가 인정되는 것이라고 判示하였다. (RG v. 13. 12. 1912 RGZ 81, 117).

(9) 石田滿, 商法Ⅳ(保險法) 27면.

(10) Ehrenzweig, a.a.O. S. 15.

(11) Bruck-Möller, a.a.O. S. 55.

(12) 孫珠瓚, 商事法の 諸問題, 221면 이하 참조.

(13) Robert E. Keeton, *Insurance Law*, 1971, pp. 72-3; 鄭熙喆, 前掲書, 29면.

(14) Bruck-Möller, a.a.O. S. 54.

(15) Hofmann, a.a.O. S. 12. 독일의 1941년의 RG 判決은 「自動車普通保險約款은 이미 준비된 法規範에 附合(Unterwerfung unter die fertig bereitliegende Rechtsordnung)하는 것」이라고 判示하고 있다(RG 31. I. 1941 DR 1941 S. 1212).

(16) Ehrenzweig, a.a.O. S. 15.

라 할 수 있고, 保險去來의 실정과 관련하여 뜻있는 理論이라 할 수 있다. 그러나 約款에 의하여 契約이 劃一的으로 처리되는 附合契約에 있어서도 가령 訪問販賣約款의 경우에는 當事者의 개별적인 意思를 중요시할 필요가 있다는 점에서 保險契約이 附合契約이기 때문에 普通保險約款이 規範性을 당연히 가지는 것이라고 할 수는 없을 것이다.

② 自治法說 : 이 說은 「社會있는 곳에 法이 있다」(Ubi societas ibi ius)라는 法諺을 援用하여 約款을 그 去來圈안의 自治法으로 보는 것이다. 이에 따르면 保險契約者가 保險契約을 맺음으로써 保險去來圈에 加入하게 되고, 그 去來圈의 自治法規인 普通保險約款에 당연히 구속받게 된다.⁽¹⁷⁾ 그러나 普通保險約款은 保險者가 다수의 保險去來의 합리적인 처리를 위하여 작성하여 財務部長官의 認可를 받아 이용하는 것으로 保險團體의 自治法이라고 볼 수는 없을 것이다.

③ 商慣習法說 : 이 說은 普通去來約款이 존재하는 去來에 있어서는 특별한 事情이 없는 한 「그 去來는 約款에 의한다」는 事實인 慣習 또는 商慣習法이 존재하는 결과라고 풀이하는 입장이다.⁽¹⁸⁾ 保險者는 다수의 保險契約을 합리적으로 처리하기 위한 수단으로 그 契約의 내용을 定型化하는 普通保險約款을 이용할 수 밖에 없는 것이 保險去來의 실정이라는 점에서 保險契約은 普通保險約款에 의한다고 보는 것이 하나의 商慣習이라 할 것이다.

2. 私 見

普通保險約款의 拘束力의 근거에 대하여는 다른 普通去來約款의 效力과 관련하여 여러 가지로 說이 나뉘어 있다. 그리고 독일에서는 普通去來約款(AGB)의 效力에 관하여 종래에는 規範說의 입장이 강하였으나 오늘날에는 다시 契約說의 입장이 우세하다고 한다.⁽¹⁹⁾ 이것은 독일의 普通去來約款規制法(AGB-Gesetz) 제 2조 1항에서 「普通去來約款이 契約의 構成要素로 되기 위하여는 去來相對方(Verwender)이 契約締結時에 그 約款에 따를 것을 同意한 경우에 한한다」는 뜻을 정하고 있기 때문이다.⁽²⁰⁾ 그러나 普通保險約款에서 정하고 있는 保險契約은 비록 保險者와 保險契約者 사이에 개별적으로 이루어진다 하더라도 保險團體 안에서 大數의 法則에 의한 事故發生의 蓋然率에 따라 危險을 분산시키는 保險制度의

(17) 孫珠瓊, 前掲 商法, 325면 참조. 서울고판 1983.10.19. 83나 734는 「보통보험약관이란 보험계약의 전형적 내용을 표시한 것으로서 보험사업자는 보험사업의 허가조건으로서 이를 재무부장관에게 제출하여야 하고 그 변경 역시 재무부장관의 인가를 받아야 하는 등 국가의 감독적 작용에 의하여 그 합리성이 보증되고, 보험관계자에 의하여 이루어지는 그 단체 내부에 있어서의 법규적 성격을 가지는 것이므로 보험계약 당사자는 계약체결과 동시에 당해 약관의 개개의 내용에 대한 의욕이나 그 내용을 알고 있었느냐의 여부에 관계없이 그 약관에 의하지 않는다는 뜻을 명백히 표시하지 않는 한 이에 구속되어 그 약관 자체를 내용으로 한 보험계약이 유효하게 성립하여야 한다고 보아야 할 것이나…」라고 判示하여 普通保險約款을 保險關係者로 이루어지는 團體內部的 法規約 性格을 가진다고 하였으나, 이것이 自治法說을 뒷받침하는 것이라 볼 수는 없을 것이다.

(18) 孫珠瓊, 同上; 崔基元, 前掲書, 453면; 徐燾珏(上), 59면.

(19) 李銀榮, 約款規制論, 77면 이하 참조.

(20) 이에 관하여는 Ulmer-Branden-Hensen, *AGB Kommentar*, 4 Aufl., 1982, S. 94f. 참조.

성질상 어느 정도 團體의 構造를 인정하지 않을 수 없는 것이고,⁽²¹⁾ 다른 普通去來約款과 같은 기준에서 다를 수 있는 것은 아니다. 다시말하면, 普通保險約款은 保險契約의 團體的 構造에서 保險契約者가 그 約款을 保險契約의 構成要素로 할 것에 同意하지 아니하였다 하더라도 일단 保險契約이 締結된 이상 그 保險約款의 拘束力을 인정하는 것이 바람직하다 할 것이다.⁽²²⁾

여기에서 普通保險約款의 拘束力의 근거를 個人主義의 意思主義의 입장에서 찾는 것은 그 約款의 效力을 현저하게 깎아내리는 것으로 옳다고 할 수 없고, 基本的으로는 團體主義의 내지는 客觀主義의 입장에 서서 約款의 拘束力을 구하는 것이 옳을 것이다.⁽²³⁾ 즉, 普通保險約款의 拘束力의 근거는 그 約款 자체의 規範性에서 찾아야 할 것이고, 그 가운데 保險去來의 실정에서 볼 때에 商慣習法說이 옳다고 생각한다. 이 說이 우리나라의 多數說이라 할 수 있다.⁽²⁴⁾

IV. 判決에 대한 批判

(1) 이 事件은 原告가 被告保險(株)와의 사이에 自動車安全保險普通保險約款에 의한 自動車對人賠償責任保險契約을 체결하였고, 그 保險期間이 끝난 다음 다시 같은 責任保險契約을 체결하였으나 被告保險會社는 그 保險約款을 改正하여 自動車對人賠償定額保險普通保險約款으로 명칭도 바꾸었다. 그러나 原告는 被告의 保險代理店이 그 普通保險約款이 명칭만 바뀌었을 뿐 내용에 있어서 같다고 한 말을 믿고 새로운 保險契約을 체결한 것이므로 改正 전의 保險約款에 따라 保險者가 補償責任을 이행할 것을 청구하고 있는 것이다.

이에 대하여 大法院判決은 普通保險約款의 拘束力은 그 約款의 規範的 性質에서 오는 것이 아니라 當事者가 그 約款을 契約의 내용에 포함시키기로 合意하였기 때문이라고 보고, 當事者 사이에서 명시적으로 約款에 관하여 달리 約定한 경우에는 그 約款의 拘束力은 배제된다고 보아야 할 것이라고 判示하여 이른바 意思說의 입장을 뚜렷이 하고 있다. 그러나 이 判決은 「普通保險約款을 契約內容에 포함시킨 保險契約書가 작성된 경우에는 契約者가 그 保險約款의 내용을 알지 못하는 경우에도 그 約款의 拘束力을 배제할 수 없는 것이 원칙이다」라고 判示하여 保險契約請約書 또는 保險證券에 普通保險約款에 따라 保險契約을 체결한다는 뜻이 담겨 있으면 保險契約者⁽²⁵⁾가 그 約款의 내용을 구체적으로 알지 못하더라도 普通保險約款의 拘束力이 있음을 인정하여 保險契約請約書 등에 普通保險約款등에 따

(21) 梁承圭, 保險契約의 基本構造, 서울대 法學 23-2·3(1982), 129면 참조.

(22) 독일의 AGB法 제23조 3항은 普通保險約款에 관하여는 同法 제2조 1항의 要件을 갖추지 아니한 경우에도 保險契約의 構成要素로 삼을 수 있음을 밝히고 있다. Ulmer-Branden-Hensen, a. O. S. 810 참조.

(23) 石田, 前掲書, 29면.

(24) 李銀榮, 前掲書, 88면 참조.

(25) 保險去來에서는 保險契約書란 존재하지 않고, 保險契約請約書와 保險證券이 있을 뿐이므로, 保險契約書란 양자를 포함하는 개념으로 이해하여야 할 것이다.

른다는 내용이 들어 있으면 그것으로써 約款을 保險契約의 내용으로 合意한 것으로 擬制한 것이라 할 수 있다.⁽²⁶⁾

(2) 이 事件 大法院判決은 결국 전통적인 法律行爲理論에 따라 普通保險約款을 保險契約의 내용으로 할 것을 當事者가 明示的 또는 默示的으로 合意한 경우에 그 拘束力을 인정하는 意思說 내지는 意思推定說의 입장에 서 있다고 할 수 있다. 그러나 이 判決은 앞에서 본 와 같이 個人主義의 · 意思主義의인 法理에 따라 普通保險約款의 拘束力을 인정함으로써 保險約款의 效力을 현저하게 감소시키고 있다.

물론, 保險契約도 保險者와 保險契約者 사이에 개별적인 意思의 합치에 의하여 체결되는 것이므로 保險契約者는 적어도 保險契約를 체결함에 있어 그 契約의 내용을 알 수 있도록 하지 않으면 안될 것이다. 그러므로 保險者는 保險契約時에 자신이 작성한 契約條項인 普通保險約款을 保險契約請約者에게 제시하도록 하는 것이 바람직하다 할 수 있다. 그러나 우리 商法은 保險契約의 체결시에 普通保險約款을 미리 保險契約者에게 交付하도록 규정하고 있지 아니하여 保險契約者가 미리 保險約款의 내용을 파악할 수 있는 위치에 있는 것은 아니다.⁽²⁷⁾ 다만 保險業法 제156조 제1항 1호는 保險者에게 保險契約者 또는 被保險者에 대하여 保險契約의 契約條項 중 중요한 사항을 알리지 아니하는 行爲를 禁止함으로써 간접적으로 保險約款의 중요한 條項에 대하여는 保險契約者에게 미리 알리도록 하고 있다. 여기에서 실제의 保險契約에서 保險者가 保險契約者에게 普通保險約款의 내용을 설명하지 아니하고, 또한 그 約款을 保險契約에서 받아들인다는 合意가 없이 保險期間, 保險의 目的, 保險料 및 保險金額 등을 정하여 保險契約를 맺었다면 그 效力을 어떻게 볼 것인가라는 문제가 제기된다. 이러한 保險契約에서 保險事故가 발생한 때에 保險者의 保險金支給責任은 어떠한 기준에 따라야 하는가? 이것은 普通保險約款이 규제하고 있는 保險契約, 즉 保險商品의 성질과 연관시켜 해결하지 않으면 안될 것이다. 그리하여 割賦販賣約款과 普通保險約款을 對比하여 保險商品의 특성을 간단히 살펴보기로 한다.

(가) 割賦販賣約款은 有形的인 商品의 賣買에 관하여 규정하고 있으나, 保險約款은 無形的인 商品인 危險을 그 전제로 하고 있다. 다시말하면 保險約款은 사람의 경제생활을 위협하는 우연한 事故의 발생에 대비하는 保險商品을 그 대상으로 하고 있다.

(나) 割賦販賣契約에 있어서는 去來相對方이 직접 그 物件을 확인하고 契約를 체결할 수 있고, 따라서 개별적인 契約에 있어서도 等價性의 原理가 지배한다. 그러나 保險契約에 있어서는 그것이 비록 有價契約이라 하나 保險契約者가 지급하는 保險料와 保險者가 保險事

(26) 自動車保險契約請約書에는 「이 청약서에 기재된 내용을 잘 읽고...보통보험약관에 따라 이 보험계약을 청약합니다」라고 기재되어 있고, 保險證券에는 「...보통보험약관, ...이 증권에 기재된 바에 따라 이 보험계약을 체결하고 그 증거로 이 증권을 발행합니다」라고 기재하여 어느 경우에도 普通保險約款에 의하여 保險契約이 체결되었음을 밝히고 있다.

(27) 스위스保險契約法 제3조는 普通保險約款의 交付를 明示하고 있다.

故의 발생을 條件으로 支給할 保險金과의 사이에는 等價性의 原理가 지배하지 아니한다.⁽²⁸⁾ 이것은 保險技術上 다수의 保險契約者를 대상으로 保險團體 안에서 大數의 法則에 의한 事故發生의 개연율에 따라 保險料의 총액과 그 부담비율을 정하여 이를 합리적으로 공정하게 각 保險契約者에게 부담시키고 있기 때문이다.⁽²⁹⁾

(다) 割賦販賣約款에 의한 去來에 있어서는 契約當事者는 반드시 給與와 反對給與關係가 유지되지만, 保險約款에 의한 개별적인 保險契約에 있어서는 保險契約者의 保險料支給에 대하여 保險者의 反對給與인 保險金支給이 반드시 이루어지는 것은 아니다. 왜냐하면 保險者의 保險金支給責任은 保險事故의 발생을 條件으로 하기 때문에 개별적인 保險契約에 있어서 保險事故의 발생없이 保險期間이 끝나면 그것으로써 保險契約關係는 終了되는 것이다.

여기에서 우리는 普通保險約款이 普通去來約款의 일종이라 하더라도 일반적인 普通去來約款과 같이 확일적으로 다룰 수 없음을 이해할 수 있다고 본다. 普通保險約款의 拘束力에 대하여는 保險契約의 성질에서 危險共同體性을 어느 정도 인정할 것이냐에 따라 그 입장을 달리할 수도 있으나 保險이 우연한 事故發生의 危險을 전제로 하고 있다는 점에서는 危險團體性을 배제할 수는 없다고 본다. 그리하여 普通保險約款의 拘束力을 保險契約者의 개별적인 意思에 맡길 수는 없고, 따라서 그 約款의 規範性을 인정하는 것이 옳다고 하지 않을 수 없다.

(3) 普通去來約款에 의한 去來에 있어서 去來相對方의 意思에 의하여 그 約款의 拘束力을 인정하는 이유는 消費者의 보호에 있다고 할 수 있다. 그러나 普通保險約款에 대하여는 財務部長官의 認可를 받아야 하고 이에 대한 강력한 行政的 規制가 따르고⁽³⁰⁾ 또한 保險契約法은 相對的 強行法規의 성격을 지니고 있기 때문에 保險者가 임의로 자신의 이익을 피할 수 없도록 하고 있다(商 663조 참조). 이에 따라 普通保險契約의 基本理念을 무시하고 保險契約者의 不利益으로 하는 契約條項을 삽입할 수는 없으며, 따라서 消費者保護를 위한 制度的인 장치가 마련되어 있다고 할 수 있다. 그리하여 普通保險約款은 保險契約의 個別性과 團體性을 조화시켜야 하는 것이고 어떤 特定한 保險契約者의 이익만을 도모하는 것은 保險團體의 이익을 해칠 수 있는 것이다.⁽³¹⁾ 保險業法 제156조 1항 4호는 保險契約의 締結時에 保險者는 保險契約者 또는 被保險者에 대하여 특별한 이익의 제공을 약속하거나 保險料의 割引 또는 특별한 이익을 제공하는 行爲를 禁止하고 있다.

이러한 점에서 볼 때에 特別保險約款에 의하지 아니하고 普通保險約款에 의하여 保險契約를 체결할 때에는 당사자 사이에 다른 約定을 할 수 있는 소지는 없다 할 것이다. 그러므로 이 事件 大法院判決이 當事者 사이에 明示的으로 約款에 관하여 다른 約定을 한 경우에

(28) 梁承圭, 前掲論文, 129면 참조.

(29) Keeton, *op. cit.*, p. 555.

(30) 保險業法 제 5조 3항 3호, 제 7조 1항 1호, 제 16조 참조.

(31) 大判 1966. 10. 21. 66 다 1458(梁承圭; 判例敎材 保險法·海商法 25면) 참조.

는 그 約款의 拘束力이 排除된다고 判示한 것도 선뜻 받아들일 수 없다고 할 것이다.

이 事件에서 보면 被告 保險會社가 종래 사용하던 普通保險約款을 改正하고 그 명칭까지 바꾸었으나 被告의 保險代理店이 保險契約者에게 「그 約款의 명칭만 바뀌었을 뿐 그 내용은 같다」라고 말하여 保險契約者가 이를 믿었다는 것을 액면 그대로 인정한다 하더라도 그 改正保險約款의 效力을 부인하는 것은 保險契約에 관한 法理로 보아 모순이 있다고 하지 않을 수 없다. 그리하여 이 事件의 大法院判決은 普通保險約款의 規範性을 전제로 하고, (32) 保險契約의 更新의 경우에 保險者가 改正된 約款의 내용을 알려 주지 않고 종래의 것과 똑같은 것이라고 하여 그것을 믿고 改正約款에 의하여 保險契約를 체결한 경우에는 保險契約者의 信賴利益을 보호하여 종래의 約款에 의하여 保險契約를 체결한 것으로 擬制하는 것이 보다 合理的이 아닐까 생각한다.

(32) 서울고판 1985.7.1. 84나 4476은 「보험계약관계는 개개의 계약을 기초로 하는 위험단체적 특성을 갖고 그 단체내에서의 형평유지를 우선으로 하는 것이고 보통보험약관은 재무부장관이 보험자 및 보험계약자의 이익을 고려하여 그 적정여부를 심사하여 인가하는 절차를 거침으로써 공평성이 보장되는 한편 그 적용에 있어 보험계약자 전체의 이익에 대한 고려와 위험단체 유지의 목적이 개개의 보험계약자의 이익에 앞서 보장되어야 하기 때문에 법규적 성격을 갖고 개개의 보험계약자가 그 내용을 알았는가 몰랐는가에 관계없이 보험계약자를 구속한다 할 것이다」라고 判示하여 規範說을 뒷받침하고 있다(法律新聞 <85.8.12> 8면).