

〈논문〉

## 보험약관대출의 법적 성격에 관한 연구\*

-대법원 2007. 9. 28. 선고 2005다15598 판결을 중심으로-

韓基貞\*\*

### 요약

(보험)약관대출은 보험약관에 기초한 제도로서 그 법적 성격이 법률의 규정 없이 판례 및 학설에 맡겨져 있는데, 그 법적 성격에 대한 우리나라의 종래 통설 및 판례는 소비대차설의 입장이었으나, 최근에 대법원은 종래의 입장을 번복하고 선급설로 전환하는 판결(대법원 2007. 9. 28. 선고 2005다15598 판결)을 내렸다. 이 판결은 다수의견, 별개의견, 보충의견으로 나뉘어서 약관대출의 법적 성격에 관한 흥미진진한 논쟁을 쏟아 냈다. 이 판결이후 다수의견이 취한 선급설을 지지하는 학설이 세를 얻기 시작하였다. 하지만 필자는, 우리나라 학설이나 판례가 약관대출의 법적 성격을 선협적·확일적으로 고정시킴으로써, 약관대출의 실무와 법이 괴리되는 현상이 생기는 것이 아닌가 하는 우려를 갖는다. 약관대출의 법적 성격은 그 약정의 내용 및 취지, 약정에 이르게 된 경위, 당사자의 의사 등 관련 제반 사정을 종합적으로 고려하여 경험적·개별적으로 결정해야 할 사항이라고 본다. 실제로 약관대출의 태양을 보면, 소비대차적 성격이 현저한 약관대출과 선급적 성격이 현저한 약관대출로 나뉘어져 있음을 알 수 있다. 필자는 상환의무가 존재한다고 판단되는 약관대출은 그 법적 성격을 소비대차로, 상환의무가 존재하지 않는다고 판단되는 약관대출은 그 법적 성격을 선급으로 판단하는 것이 타당하다고 보았다. 대판 2005다15598의 약관대출이 소비대차적 요소를 강하게 띠고 있음에도 대법원의 다수의견이 그 법적 성격을 선급으로 판단한 것은 비판을 받아야 한다. 다수의견이 선급설을 취한 주요 동기는, 그렇게 하지 않으면 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이의 강력한 건련관계를 법적으로 보호하기 어렵다고 보았기 때문일 것이다. 하지만 해당 약관대출의 법적 성격을 소비대차라고 인정하였더라도, 영국법상 인정되는 조건부자산(flawed assets) 법리를 적용하였더라면, 그러한 건련관계를 법적으로 보호하는데 별 어려움이 없었을 것이라고 본다.

주제어: (보험)약관대출, 소비대차, 선급, 상호계산, 해약환급금, 건련관계, 도산, 상계, 이자, 상환의무

\* 이 연구는 서울대학교 신입교수 연구정착금으로 지원되는 연구비에 의하여 수행되었음.

\*\* 서울대학교 법과대학 부교수.

## I. 서론

보험약관대출(이하 “약관대출”)은 보험약관에 기초한 제도로서 그 법적 성격이 법률의 규정 없이 판례 및 학설에 맡겨져 있다. 후술하는 바와 같이 약관대출의 법적 성격에 대한 우리나라의 종래 통설 및 판례는 소비대차설의 입장이었으나, 최근에 대법원은 종래의 입장을 번복하고 선급설로 전환하는 판결을 내린 바 있다(대법원 2007. 9. 28. 선고 2005다15598 전원합의체 판결: 이하 ‘대판 2005다15598’). 동 판결에서는 대법관들이 새로이 선급설을 지지하는 다수의견(보충의견 포함)과 기존의 소비대차설을 옹호한 별개의견으로 나누어 치열한 법리 논쟁을 벌인 바, 약관대출의 법적 성격에 관해 고심한 흔적이 역력하다. 그 만큼 약관대출의 법적 성격이 중요하고 난해한 주제라는 것이다. 동 판결은 학설의 동향에도 영향을 미쳐서, 우리나라에서 종래에 소수설에 머물던 선급설이 급속히 세를 얻고 있다.

필자는, 우리나라의 학설 및 판례가 약관대출의 법적 성격을 선급 또는 소비대차 중의 어느 하나로 선택적·획일적으로 고정시킴으로써, 약관대출의 실무와 법이 괴리되는 문제를 야기하는 것이 아닌가 하는 우려를 갖는다. 약관대출은 실정법이 아니라 당사자의 약정에 근거한 제도이므로, 약관대출의 법적 성격은 그 약정의 내용 및 취지, 약정에 이르게 된 경위, 당사자의 의사 등 관련 제반 사정을 종합적으로 고려하여 경험적·개별적으로 판단해야 할 사항이라고 본다. 이러한 관점에서 볼 때 실제의 약관대출은 소비대차적 성격이 현저한 약관대출과 선급적 성격이 현저한 약관대출 등 다양한 형태로 존재함이 사실이다.<sup>1)</sup> 이러한 현실을 무시한 채 모든 약관대출의 법적 성격을 소비대차 또는 선급 중 어느 하나로 고정시키고자 하는 법리는 구체적 타당성이 결여된 것이라는 비판을 피하기 어렵다. 약관대출의 법적 성격에 관한 학설로는 소비대차설 및 선급설 이외에도 후술하는 바와 같이 절충설이나 상호계산설도 존재하는데, 이러한 학설들도 약관대출의 법적 성격을 어느 하나로 선택적·획일적으로 고정시킨다는 점에서는 소비대차설 및 선급설과 마찬가지로 비판을 피하기 어렵다. 이러한 문제점을 피하기 위해서 필자는 약관대출의 법적 성격을 각 약관대출 별로 경험적·개별적으로 판단하는 방법을 모색해 보고자 한다. 이러한 방법에 따르면, 소비대차의

1) 본 논문이 주로 다루고자 하는 대판 2005다15598의 약관대출은 소비대차적 성격이 현저한 경우에 해당된다(후술 참조).

성격을 띠는다고 판단되는 약관대출도 존재할 수 있고 선급의 성격을 띠는다고 판단되는 약관대출도 존재할 수 있게 된다. 그런데 소비대차의 성격을 띠는 약관대출이 부딪히게 되는 주요한 법적 과제는, 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이에 존재하는 강력한 견련관계를 보호하기 위한 법리 구성을 어떻게 할 것인가이다. 대판 2005다15598에서 소비대차설을 옹호한 소수의견이 그러한 법리 구성을 시도하였으나 다수의견에 의해서 비판·거부되었다. 설득력 있는 법리의 마련이 소비대차적 약관대출과 관련하여 시급한 상황이다.

이러한 문제의식에 기초하여 이하에서는, 약관대출의 의의, 약관대출의 법적 성격에 관한 여러 학설 및 판례를 검토한 후 필자의 견해를 제시하고, 소비대차적 약관대출에서 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이의 강력한 견련관계를 법적으로 보호하는 과제를 구 회사정리법상 상계 문제 및 약관대출금채권에 대한 보험자의 채권자의 압류 문제 등을 중심으로 비판적으로 분석·검토하고 그 대안을 제시하기로 한다.

## II. 약관대출의 의의

현행 생명보험표준약관 제32조는, “①계약자는 이 계약의 해약환급금 범위 내에서 회사가 정한 방법에 따라 대출(이하 “약관대출”이라 합니다)을 받을 수 있습니다. ②계약자는 제1항의 규정에 의한 약관대출금과 약관대출이자를 언제든지 상환할 수 있으며 상환하지 아니한 때에는 보험금, 해약환급금 등의 지급사유가 발생한 날에 제지급금과 상계할 수 있습니다. ③회사가 제12조(보험료의 납입연체시 납입최고와 계약의 해지)에 따라 계약이 해지되고 약관대출원리금이 해약환급금을 초과하는 경우에는 그 초과된 날에 해약환급금과 상계할 수 있습니다.”라고 규정한다. 이렇게 보험계약상 해약환급금의 범위 이내에서 보험계약자가 보험자로부터 대출을 받을 수 있는 권리가 보험약관상 인정되고 이에 기해서 유상대출을 받은 후 보험금 또는 해약환급금의 지급사유가 발생하면 대출원리금과 상계할 수 있는 그러한 유상대출을 약관대출이라고 한다. 장기손해보험표준약관 제37조도 약관대출을 규정하고 있다. 여기서 해약환급금이란 보험자가 적립해야 할 책임준비금에서 일정한 공제를 한 금액을 가리키고,<sup>2)</sup> 책임준비금이란 보험자가 장래에 지급할 보험금, 환급금 및 계약자배당금의 지급에 충당하기 위해서 계상

해야 하는 금액을 가리킨다(보험업법시행령 제63조 제1항).

상기 생명보험표준약관을 보면, 약관대출이 보험계약자의 권리로 규정되어 있다는 점, 보험계약자에 대한 신용 평가를 약관대출의 요건으로 하지 않는다는 점, 약관대출이 해약환급금의 범위 내에서 이루어진다는 점, 약관대출금의 상환이 보험금 또는 해약환급금과의 상계를 통해서 이루어진다는 점 등이 약관대출의 특성임을 알 수 있다.

약관대출은 보험계약자의 입장에서는 보험계약을 유지하면서 보험자로부터 자금을 받아 자금수요에 충당할 수 있고, 보험자의 입장에서도 고객을 유지하면서 보험금 또는 해약환급금의 범위 내에서 자산운용의 효과를 누릴 수 있으므로, 양자의 경제적 이해관계가 잘 조화된 제도로서 현재 생명보험 및 장기손해보험에서 널리 이용되고 있다.

### III. 약관대출의 법적 성격

#### 1. 학설 및 판례

##### (1) 선급설

선급설은 약관대출을 보험자가 장차 지급하여야 할 보험금이나 해약환급금을 미리 지급하는 선급으로 본다. 대판 2005다15598의 다수의견이 선급설을 취하였다. 선급설은 동 판결 이전에 소수설이었으나,<sup>3)</sup> 동 판결 이후에 세가 강해지고 있다.<sup>4)</sup> 독일·미국·프랑스의 통설 및 일본·독일·미국·프랑스의 판례도 선급설의 입장이라고 한다.<sup>5)</sup> 선급설에 의하면, 약관대출기간 중에 보험사고의 발생 또는 보험계약의 해지로 인해서 보험금채권 또는 해약환급금채권이 구체화되면, 보험자는 선급한 약관대출금을 공제한 나머지를 지급하면 된다. 또한 약관대출금

2) 신수식, **현대 보험경영론**(2002), p. 509.

3) 정찬형, **상법강의(하)**(제10판, 2008), p. 753.

4) 김형두, “생명보험약관에 기한 보험약관대출의 법적 성격,” **사법(Juris)**, 제2호(2007. 12), p. 254; 정진욱, “보험약관대출의 법적 성질,” **상사판례연구**, 제21집 제1호(2008. 3), p. 67.

5) 김형두, 전개논문, p. 235. 정진세, “약관대출(보험약관대출)의 법적 성질(I),” **생명보험**, 통권 제348호(2008. 3) 및 “약관대출(보험약관대출)의 법적 성질(II),” **생명보험**, 통권 제349호(2008. 3)도 외국의 학설 및 판례를 세밀하게 소개하고 있다.

채권이 별도로 존재하지 않으므로, 이것이 양도·입질·압류·상계 등의 대상으로 되지 않는다고 한다.

대판 2005다15598의 다수의견 및 보충의견을 중심으로 선급설의 논거를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 약관대출계약은 보험약관상의 의무의 이행으로 행하여지는 것으로서 보험계약과 독립된 별개의 계약이 아니라 보험계약과 일체를 이루는 하나의 계약이다. 둘째, 약관대출금의 경제적 실질은 보험자가 장차 지급하여야 할 보험금·해약환급금을 미리 지급하는 선급금과 같은 성격이다. 약관에서 비록 대출이라는 용어를 사용하고 있더라도 이는 일반적인 대출과는 달리 소비대차로서의 법적 성격을 가지는 것은 아니다. 보충의견은 그 이유를, 대출을 받은 보험계약자가 약관대출금을 언제든지 상환할 수 있는 것이어서 상환 여부가 오로지 보험계약자의 선택에 달려 있는 경우에는 소비대차로 보기 어렵기 때문이라고 한다. 셋째, 보험금·해약환급금에서 약관대출금을 공제하고 지급한다는 것은 보험금·해약환급금을 선급한 성격을 띠는 약관대출금을 제외한 나머지 금액만을 지급한다는 의미이므로 민법상의 상계와 성격이 다르다.

## (2) 소비대차설

소비대차설은 약관대출을 보험자가 보험금·해약환급금 등 약관상 지급채무가 발생하는 경우 여기에서 대출원리금을 상계한 후 지급하기로 약정한 특수한 소비대차로 본다.<sup>6)</sup> 즉 약관대출을 정지조건부 상계예약이 포함된 특수한 소비대차로 이해한다. 현재 우리나라의 다수설이고, 종래 대법원 판결의 입장이었다.<sup>7)</sup> 대판 2005다15598의 별개의견은 다수의견 및 보충의견이 새로이 취한 선급설을 비판하면서 소비대차설을 견지한 바 있다. 소비대차설에 의하면, 보험금채권 또는 해약환급금채권과는 별도로 약관대출금채권이 존재하므로, 이것은 원칙적으로 양도·입질·압류·상계 등의 대상으로 된다.

다만 소비대차설을 취하더라도 약관대출금채권과 보험금채권·해약환급금채권 사이의 강력한 견련관계를 특히 압류·상계 등과 관련해서 보호하기 위한 법리 구성이 시도되고 있다. 특히 후술하는 바와 같이 대판 2005다15598의 별개의견

6) 양승규, **보험법**(제4판, 2002), p. 472; 최기원, **상법학신론(하)**(제15판, 2008), p. 805; 이기수·최병규·김인현, **보험·해상법**(제8판, 2008), p. 361; 김성태, **보험법강론**(2001), p. 830; 최준선, **보험법·해상법**(2005), p. 326.

7) 대법원 1997. 4. 8. 선고 96다51127 판결.

은 구 회사정리법상 상계 문제와 관련하여 그러한 법리 구성을 통해서 선급설과의 실제적 간극을 제거하려는 시도를 하였다. 여기서 약관대출금채권과 보험금채권·해약환급금채권 사이의 강력한 견련관계란, 약관대출이 보험계약자의 권리로서 보험약관에 규정되어 있고 약관대출이 해약환급금의 범위 내에서 보험계약자에 대한 신용평가 없이 이루어진다는 점 등에 근거한, 양자의 밀접한 관계를 말하는 것이다. 이러한 견련관계는, 다른 무엇보다도, 보험자가 장차 지급해야 할 보험금·해약환급금으로부터 약관대출금을 무사히 상환 받을 수 있다는 전제 하에서만 성립될 수 있다. 이러한 전제를 법적으로 보호하는 것이 가장 중요한 과제임은 물론이다.

대판 2005다15598의 별개의견을 중심으로 소비대차설의 논거를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 선급 또는 선급금이라는 개념은 계약당사자와 보험업계의 일반적인 인식과는 거리가 먼 의제적인 개념이다. 둘째, 보험약관의 기재내용 등 외형적 측면에서 볼 때 약관대출이 선급금의 지급이 아니라 대출로 추정되며, 이를 부인할 만한 분명하고 수긍할 수 있는 반증이 없다는 것이다. 대판 2005다15598의 보험약관 및 대출약정에는 대출, 대출금, 이자, 연체이자, 상환, 상계, 공제, 상환기일 등 소비대차와 친한 표현들이 사용되고 있다는 것이다. 셋째, 선급설은 약관대출계약과 보험계약 사이의 강력한 견련관계를 고려한 경제적 실질로서의 비유적인 표현에 불과한 것이지 법률행위의 성질에 관한 해석론은 되지 못한다고 한다.

### (3) 절충설

절충설은 약관대출이 소비대차적 요소와 선급적 요소가 혼합된 복잡한 성질을 띠고 있으므로 구체적인 문제와 관련하여 개별적 해결을 모색해야 한다는 입장이다.<sup>8)</sup> 절충설은 약관대출계약이 보험계약과는 별개의 계약이라고 구분하는 점에서 소비대차설과 같으나, 양자는 성립·존속·양도·변제·소멸 등에서 ‘운명공동성’을 띤다고 보고, 대출기간 중에 보험사고의 발생 또는 보험계약의 해지로 인해서 보험금채권 또는 해약환급금채권이 구체화되면 보험자는 선급한 약관대출금을 공제한 나머지를 지급하면 되고, 또한 약관대출금채권을 양도·입질·압류·상계 등의 대상이 아니라고 하는 점에서는 선급설과 같다.

8) 西嶋梅治, “約款貸付金解約戻金相殺,” 三宅一夫先生追悼論文集, 保險法現代的課題(法律文化社, 1993), 335頁.

대판 2005다15598의 제1심<sup>9)</sup> 및 원심<sup>10)</sup>이 절충설을 취하였다. 이에 따르면, “약관대출은 우선 대출금차용증서가 작성되는 점, 대출금의 상환기일과 대출이자의 지급이 약정되는 점, 약관대출 후 그 전제가 되는 보험계약은 여전히 유효하게 존속하는 점에 비추어 볼 때 소비대차계약의 요소가 강하다. 그러나, 앞서 살펴본 약관대출의 여러 가지 특성들은 소비대차의 법리로 설명되기는 어렵고 오히려 약관대출의 성질에 관하여 장차 보험계약자가 받게 될 책임준비금을 대출의 형식으로 미리 지급받은 것이라고 볼 때 그 설명이 쉬워진다. 따라서 약관대출로부터 파생되는 여러 가지 법률문제는 보험계약과 일체성을 가진다는 약관대출의 특성을 고려하여 구체적 사안에 따라 소비대차계약으로서의 성격과 책임준비금의 선지급으로서의 성격을 적절히 혼합하여 판단하여야 할 것”이라고 하였다.

#### (4) 상호계산설

상호계산설은 약관대출의 소비대차적 성격을 인정하되, 약관대출 시 보험자와 보험계약 사이에 단계적 상호계산계약이 체결되었다고 보는 입장이다.<sup>11)</sup> 이러한 단계적 상호계산계약은 상법 제72조 이하가 규정하는 일반적 상호계산계약과는 구별된다. 상호계산설에 따르면 보험약관 또는 대출약정이 약관대출의 상환방법으로서 보험금·해약환급금으로부터 공제한다는 조항(공제한약)을 두고 있는데, 이러한 공제한약을, 대출금채권과 구체화된 보험금채권·해약환급금채권을 대등액으로 소멸시키는 상계예약이 아니라 대출금채권과 추상적·잠재적 보험금채권·해약환급금채권의 每時 잔고를 확정하여 잔액을 보험자가 지급하는 잔고지급특약이라고 해석한다.<sup>12)</sup> 따라서 법률상은 매시 잠재적 잔고채권이 존재할 뿐이어서 보험자는 그 잔액만을 지급하면 된다는 입장이다.<sup>13)</sup> 이 설에 의하면 약관대출의 소비대차적 성격은 인정되지만, 그 실질적 효과는 단계적 상호계산을 통해서 선급설과 유사하게 된다.

9) 서울중앙지법 2004. 5. 13. 선고 2003가합76419 판결.

10) 서울고법 2005. 2. 4. 선고 2004나38343 판결.

11) 이를 지지하는 견해로는, 정진세, “약관대출(보험약관대출)의 법적 성질(II),” **생명보험**, 통권 제349호(2008. 3), p. 21.

12) 정진세, 상계논문, p. 18.

13) 정진세, 상계논문, p. 19.

## 2. 평가 및 분석

### (1) 법적 성격의 판단 기준

#### 1) 상환의무

소비대차는 대주가 금전 기타 대체물의 소유권을 차주에게 이전할 것을 약정하고 차주는 동종, 동질 및 동량으로 반환할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다(민법 제598조). 이와 같이 상환의무(또는 반환의무)는 소비대차의 본질적 요소이다.<sup>14)</sup> 장차 당연히 지급해야 할 것을 미리 지급한다는 의미의 선급과 상환의무는 서로 상충된다. 따라서 상환의무의 존재 여부는 약관대출의 법적 성격을 판단하는데 결정적 기준이 된다.

생각건대 상환의무가 존재한다고 판단되는 약관대출은 그 법적 성격을 소비대차로 보고, 상환의무가 존재하지 않는다고 판단되는 약관대출은 그 법적 성격을 선급이라고 보는 것이 타당하다. 이와 달리 상환의무의 존재 여부와 무관하게 약관대출의 법적 성격을 선협적·확일적으로 고정하는 것은 특정한 약관대출과 관련해 구체적 타당성이 결여될 수 있다. 다시 말하면 보험약관이나 또는 이를 보충 또는 변경하기 위한 대출약정을 포함하여 약관대출에 관한 제반 사정을 객관적으로 고려할 때, 약관대출금의 상환의무가 존재하는 것으로 판단됨에도 불구하고 약관대출을 선급이라고 해석한다든가, 또는 반대로 상환의무가 존재하지 않는 것으로 판단됨에도 불구하고 약관대출을 소비대차라고 해석하는 것은, 당사자의 의사를 무시하는 것이므로 받아들이기 어렵다. 약관대출이 건전한 사회질서(민법 제103조)에 관한 제도는 아니므로, 당사자의 의사를 존중하는 것이 우선이다.

이를 고려하면 기존의 학설과 판례는 약관대출의 법적 성격을 선협적·확일적으로 ‘고정’시킨다는 비판을 피하기 어렵다. 먼저, 소비대차설 또는 선급설은 약관대출의 법적 성격을 소비대차 또는 선급으로 고정시키고 그 고정된 법적 성격의 틀에 꿰맞추어 보험약관 또는 대출약정의 조항들을 해석하게 될 수 있다. 그리하여 상환의무가 존재하는 것으로 판단되는 약관대출에 대해 그 법적 성격을 선급이라고 해석한다든가, 반대로 상환의무가 존재하지 않는 것으로 판단되는 약관대출에 대해 그 법적 성격을 소비대차라고 해석하는 무리를 범할 수밖에 없다. 다음, 질충설은 약관대출의 법적 성격을 선협적·확일적으로 정하는 것에 반대하는 것으로부터 출발하였다.<sup>15)</sup> 하지만 질충설은 약관대출이 소비대차적 요소와 선

<sup>14)</sup> 박윤직, **채권각론**(신정(수정판), 2000), p. 213.



급적 요소가 결합된 것으로 보되 ‘대출의 형식, 선급의 실질’의 관점에서 양도, 입질, 압류, 상계 등의 실제 쟁점을 선급설의 입장에서 해결하려고 한다. 그렇다면 절충설이 실질적으로 선급설과 다르지 않고, 따라서 선행적·확일적 단정이라는 오류를 벗어나지 못한다고 본다. 또한 절충설은 상환의무와 선급이 서로 상충되는 개념임에도 불구하고 양자를 절충하는 것이므로 이론적 가치 면에서 미흡한 것이다. 마지막으로, 상호계산설도 약관대출의 법적 성격을 단계적 상호계산으로 선행적·확일적 단정한다는 점에서는 마찬가지로의 비판이 가능하다. 또한 약관대출이 이루어지면 약관대출금채권이 잠재적 보험금채권·해약환급금채권과 상계되어 즉시 잔고가 확정된다는 상호계산설의 법리는, 보험금·해약환급금이 발생하는 경우 비로소 약관대출금을 상계할 수 있는 것으로 규정된, 또한 이와 달리 해석할 여지가 적은, 실제의 보험약관조항이나 대출약정조항과는 상당한 거리가 있다고 본다.

선급설, 절충설, 상호계산설이 약관대출의 법적 성격을 선행적·확일적으로 고정시키려는 하는 태도는 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이에 존재하는 강력한 견련관계를 법적으로 보호하려는 목적의식과 주로 관련된다. 전술한 바와 같이 생명보험표준약관 제32조를 보면, 약관대출이 보험계약자의 권리로 규정되어 있다는 점, 보험계약자에 대한 신용 평가를 약관대출의 요건으로 하지 않는다는 점, 약관대출이 해약환급금의 범위 내에서 이루어진다는 점, 약관대출금의 상환이 보험금·해약환급금과의 상계를 통해서 이루어진다는 점 등이 약관대출의 특징임을 알 수 있다. 이것이 바로 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이에 존재하는 강력한 견련관계의 근거들이고, 이것이 법적으로 보호되어야 한다는 점에 대해서는 현재 다툼이 없다. 이러한 강력한 견련관계를 법적으로 보호하기 위해서 상환의무가 존재한다고 판단되는 약관대출도 소비대차가 아니라 선급, 선급과 소비대차의 절충, 또는 상호계산이라고 파악하는 것이 불가피하다고 보는 입장에서는, 약관대출의 법적 성격을 선급, 선급과 소비대차의 절충, 또는 상호계산이라고 선행적·확일적으로 고정시키는 무리를 범할 수 있다. 하지만 이는 본말이 전도된 해석론임이 분명하다. 보험약관 또는 대출약정에 상환의무가 규정되어 있는 것으로 볼 충분한 여지가 있는 경우에는 이를 인정하여, 그 약관대출의 법적 성격을 순수한 소비대차로 이해하되, 다만 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이에 존재하는 강력한 견련관계를 보호하기 위한 적절한 법리를 구성해 내는 것이

15) 西嶋梅治, 前掲論文, 333頁.

순리라고 본다. 한편 대출이라는 형식에 얽매어 약관대출의 법적 성격을 소비대차로 고정시키는 태도도 마찬가지로 지양해야 한다.

## 2) 선급의 개념 문제

대판 2005다15598의 별개의견은 보험금·해약환급금의 선급이라는 개념 자체가 성립될 수 없다고 지적한다. 왜냐하면 보험금 또는 해약환급금에 대한 지급청구권은 보험계약이 해지되거나 보험사고가 발생하기 이전에는 아직 구체화 되지 않은 추상적 권리에 불과하고, 따라서 보험계약의 해지 또는 보험사고의 발생 이전에 보험금 또는 해약환급금을 선급한다는 것 자체가 불가능하기 때문이라는 것이다.

그렇다면 특정한 보험약관 또는 대출약정에 상환의무가 존재하지 않는다고 판단되는 경우에도 해당 약관대출의 법적 성격을 선급으로 볼 수는 없는 것인가? 생각건대, 보험금채권·해약환급금채권이 아직 추상적 권리의 단계에 머물러 있는 경우에도 선급하는 것이 불가능한 것은 아니라고 본다. 왜냐하면, 해약환급금이 예정되어 있는 생명보험, 장기손해보험 등의 보험계약의 경우에는 보험금채권 또는 해약환급금채권 중 하나는 그 구체화가 확실한 권리이다. 이 점에서 주주의 이익배당청구권과는 구별된다. 주주의 이익배당청구권은 이익배당이 확정되기 이전에는 추상적 권리에 불과할 뿐만 아니라 이익의 발생 여부 및 금액 자체가 불확실한 것이므로 이익배당청구권은 그 구체화가 확실한 권리라고 하기 어렵다. 요컨대 구체화가 확실한 권리에 기초해서 당사자 일방이 기한의 이익을 포기하는 대가로 이자를 받으면서 급부를 미리 제공하는 것이 이론적·실무적으로 불가능하다고 볼 일은 아닌 것이다.

## 3) 이자·연체이자의 문제

마지막으로 이자 및 연체이자의 존재 여부도 약관대출의 법적 성격을 판단하는 기준이 되는지를 검토한다. 소비대차의 경우에 이자 및 연체이자를 약정하는 것은 가능하다.<sup>16)</sup> 선급의 경우에도 그러한 약정이 가능한지에 대해서는 다툼이 있다.

대판 2005다15598의 별개의견은, 약관대출이 선급이라면, 보험계약자가 당연히 지급받을 것을 미리 지급받은 것에 대해서 지급받은 후 이자 및 연체이자를 지

16) 박윤직, 전게서, p. 212.

급해야 하는 이유를 설명하기 어렵다고 한다. 이에 대해서 대판 2005다15598의 보충의견은, 약관대출에 있어서 이자는 보험자가 책임준비금을 운용하여 얻을 수 있었던 이익에 대한 보상이고, 연체이자도 그러한 보상금액을 일정기일 이후에는 증액하기로 미리 약정한 것으로 본다.

하지만 약관대출에서 약정되는 이자 및 연체이자가 책임준비금의 운용이익을 훨씬 상회하는 것이 보통이어서, 과연 그것이 책임준비금의 운용이익에 대한 보상이라고 할 수 있는지에 대한 의문이 제기된다.<sup>17)</sup> 하지만 이것은 상회 부분과 관련해서만 당해 보험약관 또는 대출약정의 효력에 관한 문제로 보면 충분하고, 이것만을 가지고 상환의무가 존재하지 않는다고 판단되는 약관대출의 선급적 성격을 부인하고 소비대차라고 해야 할 근거는 못 된다고 본다.

## (2) 구체적 적용

전술한 바와 같이 약관대출에서 상환의무의 존재는 그 약관대출의 법적 성격을 판단하는 가늠자가 된다. 이하에서는 대판 2005다15598을 중심으로 해당 사건에서 보험약관 및 대출약정에 약관대출금에 대한 상환의무가 존재하는지 여부를 검토하고자 한다. 대판 2005다15598의 다수의견은 약관대출의 법적 성격을 선급이라고 고정시키고 있는데, 만약 해당 보험약관 및 대출약정에 상환의무가 존재하는 것으로 판단되는 경우에는, 그 선급론은 구체적 타당성을 결여하게 된다.

### 1) 보험약관 및 대출약정

대판 2005다15598의 보험약관 제26조는, “①계약자는 이 계약의 해약환급금 범위 내에서 회사가 정한 방법에 따라 대출을 받을 수 있습니다. ②계약자는 제1항의 규정에 의한 약관대출금과 그 이자를 언제든지 상환할 수 있으며, 상환하지 아니하는 때에는 보험금, 해약환급금 등의 지급사유가 발생한 날에 제지금급에서 상계하는 방법으로 회수합니다. ③회사가 약관대출이자의 납입지연 등을 이유로 약관대출 대상계약을 해지하고자 하는 경우에는 해지 10일전까지 계약자에게 그 내용을 서면으로 통지하여야 합니다.”라고 규정한다.

대판 2005다15598의 보험자와 보험계약자가 약관대출을 하면서 작성한 대출약

17) 山下友信, 保險法(有斐閣, 2005), 671頁.

정은, “(가) 대출기간은 대출일로부터 1개월로 하며, 원리금상환일은 다음달 대출해당일로 한다(제1조). (나) 원리금상환이 불가능할 경우에는 반드시 경과분에 대한 이자를 납입하여야만 피고로부터 대출기간을 연장 받을 수 있다(제2조 제1항). (다) 대출이자(이자)는 회사가 정하는 이율에 따라 1개월 단위로 계산된 금액을 후납하며, 연체시에는 피고가 정하는 가산이자(가산)가 추가된 금액을 납입한다(제3조 제1항). (라) 원금과 이자의 합계액이 보험약관에 정한 해약환급금에 도달한 때 또는 보험계약이 효력상실일로부터 7개월 이상 경과된 경우 또는 대출원리금을 상환일로부터 6개월 이상 연체하여 납입하지 아니할 때에는 피고가 임의로 보험계약을 해지하여 원리금에 충당한다(제4조). (마) 상환일 전후를 불문하고 보험약관에 정한 지급사유가 발생하였을 때에는 피고가 지급할 금액에서 차용금 및 이자를 공제하고 보험금을 분할 지급하는 경우에는 피고가 지급할 분할보험금에서 이자 또는 대출원금을 공제한다(제5조).”라고 규정한다.

이상의 보험약관 및 대출약정은 대출기간, 상환 등의 표현을 사용하고 있다. 별개의견도 지적하는 바와 같이 “처분문서의 진정성립이 인정되면 법원은 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수궁할 수 있는 반증이 없는 한 원칙적으로 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다는 것이 대법원(대법원 1995. 2. 10. 선고 94다16601 판결 등)의 확립된 입장”이다. 따라서 대출기간, 상환 등의 표현이 사용되었음에 불구하고 소비대차적 성격을 부인하기 위해서는 분명하고도 수궁할 만한 반증이 있어야 한다.

## 2) 상환소송 권한의 부재 문제

상기 보험약관 및 대출약정은 대출기간, 상환 등의 표현을 사용하고 있지만, 대출원리금의 상환시기가 도달되어도 보험자가 보험계약자에게 소송을 통해서 상환청구를 할 수 있다는 조항이 없으며 상환은 보험금·해약환급금에 대한 상환 또는 공제를 통해서 이루어지게 되는데, 이것을 진정한 상환의무라고 볼 수 있는지에 대한 의문이 제기될 여지가 있다. 그리하여, “이 사건 특약의 어디에도 대출원리금을 상환일에 상환하지 아니하는 경우에는 즉시 보험계약자에게 그 상환을 청구할 수 있다는 규정이 없는 점, 오히려 이 사건 특약 제4조 제3항은 “대출원리금을 상환일로부터 6개월 이상 연체하여 납입하지 아니한 때에는 회사가 보험계약을 임의로 해지하여 대출원리금에 충당한다.”고 규정하고 있는 점, 위 규정에 비추어 보면, 이 사건 특약은 대출원리금을 상환일에 상환하지 아니하는 경우에 별도의 소송으로 상환을 청구할 것을 예정하지 않고 있는 것으로 해

석할 수 있는 점, 상환일을 1개월로 극단적으로 짧게 해 놓고서도 6개월 이상 연체하면 보험계약을 해지하여 상환에 충당한다고 특약을 하였는 바, 이는 보험계약을 해지하기 전에는 별도 청구하지 않겠다는 취지로 볼 수 있는 점 등”을 논거로 대판 2005다15598에서 진정한 상환의무가 존재하지 않는다는 지적이 있다.<sup>18)</sup> 이러한 소송권한 부재 지적에 대해 필자는 아래와 같이 반론하고자 한다.

첫째, 특정한 약관대출이 소비대차에 해당하기 때문에 대출원리금에 대한 상환의무가 ‘실체적으로’ 존재하는 경우에는, 당연히 그 권리자에게 상환소송을 할 수 있는 권한이 인정되는 것이지, 소송권한에 관한 명시적 약정을 두어야만 그것이 인정될 수 있는 것은 아니다.

둘째, 대판 2005다15598의 대출약정이 별도의 소송으로 상환을 청구할 것을 예정하고 있지 않다고 해석하는 것이 반드시 타당한가? 다음과 같은 이유에서 부정하고자 한다. ①대출원리금을 상환일로부터 6개월 이상 연체하여 납입하지 아니한 때에는 보험자가 보험계약을 임의로 해지하여 대출원리금에 충당한다는 약정은, 대출원리금의 상환이 일정 기간 지체되는 경우에 보험자가 보험계약에 대한 해지권을 갖는다는 점을 약정하는데 근본 취지가 있는 것으로 해석하는 것이 가능하다.<sup>19)</sup> 즉 상법 보험편이 보험계약자가 보험료지급을 지체하는 경우(상법 제650조 제2항) 등 일정한 경우에 보험자의 보험계약 해지권을 규정하고 있지만, 보험계약자가 대출원리금을 상환일로부터 6개월 이상 연체하여 납입하지 아니한 경우에 대해서는 보험자의 해지권을 규정하고 있지 않음을 감안하여, 이와 관련하여 보험자의 해지권을 별도로 약정한 것이라고 볼 수 있는 것이다. ②대출기간이 1개월이면서 6개월 이상 연체해야만 보험계약을 해지할 수 있다고 한 약정은, 대출원리금의 상환이 단지 1개월 지체된 상황에서도 보험자가 해지권을 행사할 수 있도록 하는 것은 보험계약자에게 가혹한 것으로 평가될 수 있다는 점과, 대출원리금을 상환 받을 수단으로서 해약환급금을 확보한 보험자의 입장에서는 보험계약의 즉각적 해지보다는 보험계약의 효력을 유지시키면서 대출원리금의 상환 여부를 6개월 간 관망하고 그 기간 내에 상환이 없으면 해지권을 행사하여 대출원리금을 상환 받는 것이 오히려 유리할 수 있다는 점이 반영된 것이라고 할 수 있다.

18) 김형두, 전제논문, p. 253에서 인용.

19) 다만 그러한 조항은 유효성 문제는 별개로 검토될 문제이다. 이와 관련해서는, 김선정, “약관대출에 관한 법적 고찰,” **보험학회지**, 제69집(2001. 8), pp. 174-179 참조.

셋째, 설령 상기 충당약정 때문에 별도의 소송으로 상환을 청구할 것이 예정되어 있지 않다고 해석되더라도, 이러한 사정만으로 상환의무의 존재가 부인되어야 한다고 볼 것은 아니다. 상기 충당약정은 일종의 소제기 금지의 특약으로 해석할 수도 있기 때문이다. 소제기 금지의 특약이 있다고 해서 상환의무 자체가 부인되는 것으로 볼 것이 아님은 물론이다. 약관규제법 제14조는 “고객에 대하여 부당하게 불리한 소제기의 금지조항 또는 재판관할의 합의조항이나 상당한 이유 없이 고객에게 입증책임을 부담시키는 약관조항은 이를 무효로 한다.”고 규정하고 있다. 상기 충당약정이 소제기의 금지조항으로 해석되더라도 고객에게 불리한 것으로 볼 바 아니므로 무효로 새길 것은 아닐 것이다. 상기 충당약정은, 그러한 충당방법을 통해서 대출원리금의 회수를 확신할 수 있는 보험자의 입장과, 자신의 일반재산이 아닌 보험금·해약환급금으로부터 대출원리금이 추심되기를 원하는 보험계약자의 입장이 조화롭게 합치된 결과물로 볼 수 있는 것이다.

넷째, 선급설이 소송 권한 부재론의 근거로 삼고 있는 상기 충당약정은 오히려 선급설이 부정하는 상환의무의 존재 근거가 될 수 있다. 약관대출금이 상환일로부터 6개월 이상 연체된 경우 보험자가 보험계약을 해지할 수 있다는 규정은 대출원리금에 대한 보험계약자의 상환의무를 전제하지 않고는 설명될 수 없다. 약관대출금이 선급금의 성격이라면, 보험계약자가 응당 지급받을 것을 미리 받은 것에 불과한 약관대출금의 상환을 게을리 했다는 이유로 보험자가 보험계약을 해지할 수 있다는 것은 모순이기 때문이다.

### 3) 원칙적 모습의 약관대출 문제

대판 2005다15598의 보충의견은 당해 보험약관 제26조만이 원칙적인 모습의 약관대출이고, 상기 대출약정은 원칙적인 모습의 약관대출이 아니므로 약관대출의 법적 성격을 판단하는데 고려해서는 안 된다고 한다. 보충의견은, 보험약관 제26조에 의하면, 대출을 받은 보험계약자가 그 대출원리금을 언제든지 상환할 수 있어서 상환 여부가 오로지 보험계약자의 선택에 달려 있으므로, 상환의무를 인정하기 어렵다고 한다. 하지만, 이러한 보충의견은 다음과 같은 점에서 비판의 여지가 크다.

첫째, 보충의견이 약관대출의 원칙적인 모습이라고 주장하는 보험약관 제26조가 보험계약자의 상환의무를 부정한다고 단정할 수 있을지 의문이다. 우선, 전술한 보험약관 제26조 제2항 전단의 “언제든지 상환할 수 있으며”라는 부분은, 보험계약자는 약관대출을 받으면 이자를 지불해야 하고 그 이자율은 고율인 것이

보통이므로 약관대출 후 자금사정이 호전되면 즉시 상환하는 것이 보험계약자에게 유리할 수 있다는 점을 고려하여 언제든지 상환하여 이자 부담에서 벗어날 수 있다는 취지의 규정이라고 보는 것도 가능하다. 이렇게 보게 되면 보험약관 제26조 제2항 전단이 상환의무를 부정한 것이라고 할 것은 아니다. 다음, 보험약관 제26조 제2항의 후단이 “상환하지 아니하는 때에는 보험금, 해약환급금 등의 지급사유가 발생한 날에 제지급금에서 상계하는 방법으로 회수”한다는 부분은, 보험계약자가 상환을 해야 할 의무가 있음을 전제하고, 다만 그 상환방법을 보험금 또는 해약환급금 등과의 상계로 정한 것으로 해석하는 것도 가능하다. 마찬가지로, 이렇게 보게 되면 보험약관 제26조 제2항의 후단이 상환의무를 부정한 것이라고 할 것은 아니다.

둘째, 보험약관에 기재된 내용만으로 원칙적 모습의 약관대출이 무엇인지를 판단하는 것은 무리이다. 대판 2005다15598의 보험약관이 약관대출에 관해 규정한 내용은 매우 간단하다. 이를 보충하기 위해서 “회사가 정한 방법에 따라 대출”한다고 규정함으로써 대판 2005다15598의 대출약정과 같은 것에 의한 보충을 예정하고 있다. 약관대출시에 대출약정이 반복적·불특정하게 사용되고 있다면, 대출약정 자체가 약관의 구성부분으로 되는 것이다. 약관에 해당하는지 여부는 약관이라는 명칭 또는 형태를 사용하고 있는지 여부에 의해서가 아니라 실질적으로 판단할 문제이다.<sup>20)</sup> 만약 대판 2005다15598의 보험자가 약관대출시 상기 대출약정을 반복적·불특정하게 사용하고 있었다면 그 대출약정은 보험약관의 내용으로 편입된다고 보아야 할 것이다. 그렇지 아니하고 약관의 의의를 형식적으로만 파악하여 보험약관이라는 명칭의 문서에 기재된 내용만으로 약관대출의 원칙적 모습을 정하는 것은 부적절하다. 즉 보충의견은 대출약정이 특정 사건에서만 예외적으로 사용되었다는 입증 없이 대출약정이 원칙적 모습의 약관대출의 내용이 아니라고 하는 것은 부적절하다. 약관대출의 실재를 보면 대판 2005다15598의 보험약관 제26조만에 의거해서 약관대출이 이루어지는 것보다 별도의 대출약정이 작성되는 것이 보통이다. 별도의 대출약정 중에는 일정한 사유가 발생한 경우 당연히 기한의 이익을 상실하고 보험계약자가 즉시 약관대출 원리금을 변제하여

20) 약관의 규제에 관한 법률 제2조 제1항도, ““약관”이라 함은 그 명칭이나 형태 또는 범위를 불문하고 계약의 일방당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것”이라고 규정함으로써 이 점을 뒷받침하고 있다.

야 한다는 조항을 두는 경우가 있다.<sup>21)</sup> 이는 약관대출 원리금에 대한 상환의무를 규정한 것이라고 할 수 있다. 다시 말하면, 보험약관에 기재된 내용만으로 원칙적 모습의 약관대출이 무엇인지를 판단하는 것은 무리이다.

셋째, 설령 보험약관 제26조가 약관대출의 원칙적 모습이라는 사실이 인정된다고 하더라도, 대판 2005다15598의 대출약정과 같은 것이 별도로 존재하는 경우에는, 해당 약관대출의 법적 성격이 보험약관 제26조에 의해서 결정될 필연적 이유는 없다. 오히려, 대출약정상 보험계약자의 상환의무가 존재한다고 해석되는 경우에는, 개별약정 우선의 원칙(약관의 규제에 관한 법률 제4조)에 따라서, 보험약관 제26조가 아니라 개별약정인 대출약정에 의거해서 해당 약관대출의 법적 성격이 정해져야 하는 것이다.

#### 4) 이자의 문제

기존의 학설과 판례는 약관대출의 법적 성격을 정함에 있어서 약관대출의 원금과 이자를 구분하지 않는다. 하지만 이는 부적절하다고 판단된다. 대판 2005다15598의 대출약정에 따르면 보험계약자는 대출기간 내에 이자를 납부하도록 되어 있다. 또한 원리금상환이 불가능할 경우에는 경과분에 대한 이자를 납입하여야만 대출기간의 연장을 받을 수 있도록 하고 있다. 또한 연체이자 발생하든 경우 이것도 납부하도록 되어 있다. 뿐만 아니라, 해당 보험약관 제26조 제3항은 약관대출이자의 납입지연 등을 이유가 보험자가 해당 보험계약을 해지하는 것(또는 해지할 수 있도록 약정하는 것)이 가능하다는 점을 전제한 조항이다. 약관대

21) 예를 들면 K사의 보험계약대출약정서 제4조 제1항에 의하면, “다음 각 호에서 정한 사유가 발생한 경우에는 회사로부터 독촉이나 통지가 없더라도 당연히 기한을 이익을 상실하며, 즉시 보험계약대출원금을 변제하기로 한다. ① 보험계약대출대상계약의 보험기간이 만료되거나, 대상계약이 무효로 된 때 ② 2002. 8. 1. 전에 체결된 보험계약을 기초로 한 보험계약대출의 경우 보험계약대출원리금 합계액이 해약환급금을 초과할 때 ③ 2002. 8. 1.부터 2005. 3. 31.까지 체결된 보험계약을 기초로 한 보험계약대출의 경우 대상 보험계약이 보험료 미납을 이유로 해지되고 보험계약대출원리금 합계액이 해약환급금을 초과한 때 ④ 2005. 4. 1. 후에 체결된 보험계약을 기초로 한 보험계약대출의 경우 보험료미납을 이유로 한 대상 보험계약이 해지되는 때 ⑤ 보험계약대출대상계약에 대한 가압류, 압류명령, 체납처분압류통지가 법원 또는 회사에 접수된 때 ⑥ 보험계약자에 대하여 개인회생절차개시, 파산, 화의개시, 회사정리절차개시 등의 신청이 있는 때 ⑦ 기업구조조정촉진법상 부실징후기업으로 선정되었을 때 ⑧ 어음교환소의 거래정지처분이 있는 때 ⑨ 기타 계약자의 신용이 현저하게 악화되어 보험계약대출채권을 보전하기에 현저한 위험이 있는 때”라고 되어 있다.



출이자의 납입지연의 경우에 보험자가 대상계약을 해지할 수 있다는 것은 적어도 약관대출이자에 대한 상환의무를 전제한 것이고, 그렇다면 적어도 약관대출이자는 선급이라고 하기 어렵다.

그렇다면 이자 및 연체이자가 해약환급금으로부터 선급되었다고 보기 어렵다. 대판 2005다15598의 대출약정 이외에, 실제로 사용되는 다른 대출약정을 관찰해보면, 이자 또는 연체이자의 납부가 원칙이고, 다만 이자 또는 연체이자의 자동대출납입제도를 선택할 수 있다고 규정되어 있는 경우를 발견할 수 있다. 여기서 자동대출납입제도란 해약환급금에서 자동적으로 이자상당액을 대출받는 제도로서 그 금액을 약관대출원금에 가산하게 된다.<sup>22)</sup> 따라서, 자동대출납입제도를 선택하지 않은 이상, 이자 또는 연체이자는 선급의 대상이 되지 않는다는 해석이 가능하다. 요컨대, 대판 2005다15598의 대출약정에 의하면 이자 또는 연체이자는 선급의 대상이 아니라고 보는 것이 옳다. 어쨌든, 설령 대판 2005다15598의 약관대출의 법적 성격을 다수의견과 같이 선급이라고 보더라도, 그것은 약관대출원금에 한정되는 것이지 약관대출이자 및 연체이자까지 그렇게 보는 것은 곤란한 것이다. 그럼에도 불구하고 원금과 이자를 구분하지 않고 모두 선급의 대상으로 삼은 다수의견의 태도는 타당하지 않다.

##### 5) 소결

이상에서 대판 2005다15598을 검토한 결과 해당 사건에서 약관대출은 약관대출금에 대한 상환의무가 존재하는 경우인 것으로 해석하는 것이 객관적·합리적이라고 생각한다. 따라서 이 경우는 해당 약관대출의 법적 성격이 소비대차라고 해야 한다. 설령 2005다15598의 다수의견처럼 해당 약관대출의 법적 성격을 선급이라고 보더라도 전술한 바와 같이 이자·연체이자 부분은 선급이라고 할 수 없다. 요컨대, 약관대출원리금의 법적 성격을 선급금으로 고정시킨 2005다15598의 다수의견은 타당하지 않다고 본다.

<sup>22)</sup> 예를 들면 K사의 보험계약대출약정서 제3조 제6항: “보험계약대출이자를 자동대출납입의 방법으로 납부하기로 약정한 때에는 매월 이자 납부일에 해약환급금에서 자동으로 이자상당액을 대출받아 이자를 납부하는 것으로 하되, 이자상당액은 보험계약대출금에 가산한다.”

#### IV. 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이의 견련관계의 보호 문제

##### 1. 의의

약관대출금과 보험금·해약환급금 사이에 강력한 견련관계가 있고 이는 법적으로 보호될 필요가 있다는 점에 대해서는 다툼이 없다. 다만 선급설, 절충설, 상호계산설에 의하면 그러한 보호가 이론적으로 용이하다. 하지만 선급설은 상환의 무가 부존재하는 경우에만 찬성할 수 있는 것이라는 점, 그리고 절충설과 상호계산설의 단점은 이미 전술하였다. 소비대차설에 의할 때 그러한 보호가 가능한지에 대해서는 다툼이 있다. 대판 2005다15598의 별개의견은 법리적으로 가능하다는 입장이지만, 다수의견 특히 보충의견은 법리적 난점을 지적하면서 강력하게 비판한다.

필자와 같이 약관대출의 법적 성격은 약관대출의 구체적 모습에 따라서 선급이 될 수도 있고 소비대차가 될 수도 있다는 입장을 취하게 되면, 소비대차의 성격을 띠는 약관대출의 경우에 위와 같은 법리적 난점을 극복하면서 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이의 강력한 견련관계를 보호하기 위한 법리를 구성하는 것이 절대적으로 필요하다. 또한 약관대출의 법적 성격을 선급으로 단일하게 보는 입장에서도 전술한 바와 같이 약관대출이자·연체이자까지 선급이라고 보기 어려운 경우(대판 2005다15598이 그러함)가 있기 때문에, 약관대출이자·연체이자와 보험금·해약환급금 사이에도 강력한 견련관계가 인정되어야 하고 이를 보호할 필요가 있다고 보게 되면 이를 위한 법리를 구성할 필요는 마찬가지로 존재한다. 따라서 이러한 법리 구성의 필요성은 소비대차의 경우는 물론이고 선급의 경우에서도 존재할 수 있다.

이하에서는 대판 2005다15598의 주된 법적 쟁점인 구 회사정리법상 상계 문제를 중심으로 그러한 법리 구성을 모색해 보고, 대판 2005다15598의 법적 쟁점은 아니나 그 별개의견과 보충의견이 의견의 대립을 보였던 보험자의 채권자가 약관대출금채권을 압류하는 문제와 관련해서도 그러한 법리 구성을 모색해 보기로 한다.

## 2. 구 회사정리법상 상계 문제

### (1) 대판 2005다15598의 쟁점<sup>23)</sup>

보험계약자인 A주식회사는 2000. 8. 4.에 보험약관에 따라 보험기간이 10년인 저축성보험계약을 보험자와 체결한 후 보험자에게 일시납 보험료 3억 원을 지급하였다. A주식회사의 신청에 따라 법원은 2002. 8. 21.에 A주식회사에 대한 회사정리절차를 개시하고 관리인을 선임하여 정리채권, 정리담보권 및 주식의 신고기간을 2002. 9. 25.까지로 한다는 내용의 결정을 하였다. 이에 따라 보험자는 2002. 9. 25.에 약관대출의 원리금 217,450,473원을 정리담보채권으로 신고하였는데, 관리인은 2002. 11. 20.에 개최된 제1회 관계인집회에서 이를 정리채권으로만 인정하였다. A주식회사가 2002. 8. 7.부터 보험자에게 대출원리금을 상환하지 못하자, 보험자는 제2회 관계인집회기일 하루 전인 2003. 7. 24.에 A주식회사가 대출원리금을 상환일로부터 6개월 이상 연체하자 대출약정 제4조에 따라 보험계약을 해지한 후 해약환급금 326,837,634원에서 대출원리금 241,044,219원을 상계하고 잔액만을 지급하였다. 2003. 9. 2.에 최종적으로 인가된 A주식회사에 대한 정리계획안은 정리채권의 12%만 변제하고 나머지 88%는 출자전환하도록 하였다.

구 회사정리법(2005. 3. 31. 법률 제7428호 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제162조 제1항은 회사정리채권자가 정리절차개시 시점에 정리회사에 대하여 채무를 부담하는 경우에 채권과 채무 모두가 정리채권신고기간 만료 전에 상계적상에 있는 경우에 한하여 그리고 그 기간 내에 한하여 정리절차에 의하지 아니하고 상계할 수 있다고 규정한다. 그런데 보험자는 대출원리금이 연체되기 시작한 2002. 8. 7.로부터 6개월이 경과하지 않은 시점인 정리채권 신고만료일(2002. 9. 25.)에는 보험계약을 해지할 수 없고 따라서 해약환급금채권이 발생하지 않은 상태이다.

이와 관련하여 A주식회사의 관리인은, 정리채권신고만료일(2002. 9. 25.)에 해약환급금채권과 대출원리금채권이 상계적상에 있지 않고 또한 보험자는 정리채권신고기간 만료 후인 2003. 7. 24.에 상계의 의사표시를 하였으므로 이 의사표시는 효력이 없다고 하면서, 보험자는 정리계획안에 따른 절차를 통해서만 대출원리금의 변제를 받을 수 있을 뿐이므로, 대출원리금과 상계한 해약환급금과 이

<sup>23)</sup> 제1심 판결인 서울중앙지법 2004. 5. 13. 선고 2003가합76419 판결과 원심인 서울고법 2005. 2. 4. 선고 2004나38343 판결을 참조.

에 대한 지연손해금을 지급하라고 주장하였다.

이에 대해서 보험자는, 약관대출이 해약환급금을 담보로 그 범위 내에서의 보험계약자에 대한 대출로서, 보험계약자에 대한 신용평가나 여타의 담보 없이 보험계약과 일체로 이루어지기 때문에, 구 회사정리법 제162조 제1항에 구해받지 않고, 보험계약이 해지되는 경우에 해약환급금에서 대출원리금을 당연히 공제한 잔액만을 지급할 의무가 있다고 주장하였다.

## (2) 법원의 판단

선급설을 취하는 다수의견에 따르면, 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이에는 상계의 법리가 적용되지 않고, 보험자는 보험계약 해지 당시의 대출원리금 상당의 선급금을 공제한 나머지 금액만을 해약환급금으로서 반환할 의무가 있으므로, 구 회사정리법 제162조 제1항의 상계제한 규정은 적용될 여지가 없다는 논리를 편다. 다시 말하면, 보험자는 구 회사정리법 제162조 제1항의 상계제한에 저촉됨이 없이 보험계약자에게 반환할 해약환급금에서 대출원리금을 공제한 후 그 나머지 금액만을 지급할 수 있게 된다.

한편 소비자차설을 취하게 되면, 보험자가 구 회사정리법 제162조 제1항의 상계제한에 저촉되어 보험계약자에게 반환할 해약환급금에서 대출원리금을 공제하지 못하고 해약환급금 전액을 지급해야 하는지가 문제될 수 있다. 이에 대해서 별개의견은, 보험자가 상계제한에 저촉된다는 것은 형평에 반하는 부당한 결과라고 전제하면서, 구 회사정리법 제162조 제1항을 해석함에 있어서 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이의 강력한 견련관계라는 약관대출의 특성을 고려함으로써 선급설과 마찬가지로 결론의 도출을 도모하고 있다. 즉 별개의견은 약관대출의 특수성 및 구 회사정리법 제162조 제1항의 입법 취지에 관한 해석을 통하여 선급설과 동일한 결론에 이르고자 하였다.

첫째, 별개의견은 보험자와 보험계약자가 보험계약 종료시 대출원리금이 있을 경우 그 차감절차에 관하여 공제라고 표현한 것은 대출원리금을 보험금·해약환급금에서 당연히 차감되는 것을 예정한 것이고, 별도의 최고요건이나 통지절차 등을 규정하지 아니한 점에 비추어 보면, 양 채권이 보험계약의 해지 등으로 상계적상에 이른 경우 별도의 상계의 의사표시를 할 것도 없이 대출원리금이 해약환급금에서 당연히 공제 내지 차감되어 당연 상계의 효과를 발생하도록 의도한 것이라고 해석하였다.

둘째, 별개의견은 해약환급금채권과 대출원리금채권이 상계적상에 이른 때에 별도의 상계의 의사표시 없이 당연히 상계의 효과가 발생하는 것이라고 해석할 수 있다면, 구 회사정리법 제162조 제1항의 규정은 이 사건에는 적용될 수 없다고 한다. 이에 대해서 보충의견은 회사정리절차에서 상계의 의사표시를 채권신고기간 만료 전에 하도록 규정한 구 회사정리법 제162조 제1항을 당사자 사이의 약정만에 의거하여 회피할 수 있는지에 대해 의문을 표시한다. 또한 다수의견도, 구 회사정리법 제162조 제1항이 상계를 위해서 정리절차개시 당시에 정리채권자의 채무가 발생하여 존재할 것과 채권신고기간 만료 전에 상계적상에 있을 것을 요구하고 있는데, 이 사건의 보험계약은 정리절차개시결정 및 채권신고기간이 모두 경과한 다음에 비로소 해지되었으므로 정리채권자인 보험자의 해약환급금채무는 정리절차개시 당시에는 발생조차 하지 아니하였고 따라서 채권신고기간의 만료 전에 두 채권이 상계적상에 있지도 아니하였다는 문제점을 지적하였다.

### (3) 분석 및 평가

선급설에 의할 때 구 회사정리법 제162조 제1항의 상계제한 규정이 약관대출에 적용되지 않는다는 것은 타당하다. 소비대차설을 따르는 별개의견은 약관대출원리금과 보험금·해약환급금 사이의 강력한 견련관계를 법적으로 보호하기 위해서 전술한 해석론을 전개하였는데 아래와 같은 이유에서 한계가 있다고 판단된다. 또한 대판 2005다15598의 제1심과 원심은 임대차계약상 보증금 법리의 유추적용을 언급하고 있는데 아래와 같은 이유에서 마찬가지로 한계가 있다고 판단된다. 필자는 그러한 보호를 위한 적절한 법리로서 영국법상 인정되는 '조건부 자산'(flawed assets)의 법리를 제안하고자 한다.

#### 1) 별개의견의 한계

##### (가) 상계의 의사표시 문제

전술한 바와 같이 별개의견은 약관대출금채권과 해약환급금채권이 상계적상에 이른 경우 별도의 상계의 의사표시를 할 것도 없이 당연히 상계의 효과를 발생하도록 의도한 것이라고 해석하였다. 이러한 해석은 충분히 공감할 만하나, 다만 대판 2005다15598의 대출약정에서처럼 “공제한다”라고 하는 약정이 있는 경우에만 가능한 해석이다. 예를 들면, 현행 생명보험표준약관 제32조는 “제지급과 상계할 수 있습니다”라고 규정하고 있을 뿐이다. 대판 2005다15598의 대출약정과

달리 “공제한다”라는 약정이 부존재하는 경우에도 별개의견과 같은 해석이 가능할 지에 대해서는 의문이 있다.

#### (나) 구 회사정리법 제162조 제1항의 적용 배제 등의 문제

별개의견은 구 회사정리법 제162조 제1항이 대판 2005다15598에는 적용될 수 없다고 하는 것에 대해, 다수의견은 당사자의 약정에 의해 그 적용을 배제하는 것이 타당한지에 대해 의문을 표시하고, 만약 적용을 배제할 수 없다면, 구 회사정리법 제162조 제1항이 요구하는 채권신고기간의 만료 전의 상계적상의 요건이 대판 2005다15598에서 충족될 수 없다는 문제점을 지적하였다.

그런데 구 회사정리법 제162조 제1항은 현재 통합도산법인 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제422조로 승계되어 있는데, 제422조는 강행규정으로서 이러한 금지에 반하는 당사자의 약정은 효력이 없는 것이 원칙이라고 보아야 한다.<sup>24)</sup> 그러므로 구 회사정리법 제162조 제1항이 대판 2005다15598에 적용되지 않는다면, 또한 동법상의 상계적상의 요건이 충족될 필요가 없다는 견해에는 찬동하기 어렵다.

소비대차설의 입장에서는 위와 같은 한계를 극복하기 위해서 일정한 약관조항을 두는 방법을 고려할 수 있다. 즉 보험계약자가 파산선고를 받으면 보험자가 보험계약을 해지하고 약관대출금을 해약환급금으로부터 공제할 수 있다는 약관조항을 둔다면, 보험자가 상계적상 미도래의 문제를 극복할 여지가 있게 된다. 하지만 보험계약자가 알리지 않는 경우에 보험자가 보험계약자의 파산 여부를 언제나 알 수 있는 것은 아니므로, 이러한 약관조항을 두었다고 해도 그 효과는 제한적일 수밖에 없다. 따라서 그러한 약관조항을 두는 것만으로 상계적상의 문제를 근본적으로 해결하기는 어렵다고 할 것이다.

#### 2) 보증금 법리의 유추적용론

대판 2005다15598의 제1심 및 원심은 “임대차계약에서 발생한 연체차임 기타 부당이득 또는 손해배상금은 임대차보증금 반환 때 임차보증금에서 당연히 공제되며 임차보증금반환채권 자체가 애초부터 이러한 잔액 범위 내에서 성립하고 있었던 것과 유사하게, 이 사건 보험계약이 해지되는 경우 피고는 보험약관에서 정한 계산방법에 따라 산출된 해약환급금에서 당시까지 변제되지 아니한

<sup>24)</sup> 전병서, **도산법**(제2판, 2007), p. 332.

이 사건 약관대출원리금을 모두 공제한 나머지 금액만을 지급할 의무가 있다”고 실시한 바 있다. 즉 약관대출에 임대차계약의 보증금 법리를 유추적용 하자는 논리이다.

보증금이란 임차인 또는 제3자가 임차인의 채무를 담보하기 위해 임대인에게 교부하는 금전 기타의 유가물을 가리킨다.<sup>25)</sup> 보증금은 차임의 부지급이나 임차물의 멸실 또는 훼손 등으로 인한 임차인의 채무를 담보하며, 임대인은 임차인의 다른 채권자에 우선하여 보증금으로부터 변제받을 수 있게 된다.<sup>26)</sup> 보증금의 이러한 우선변제적 효력은 법률의 규정에 근거한 것은 아니며, 학설과 판례<sup>27)</sup>에 의해서 인정된 것이다.

생각건대, 임대차계약의 보증금과 보험계약의 보험금·해약환급금은 일정한 차이가 있다. 보증금의 수수는 임대차계약이 정함에 따라 그 이행으로서 이루어지는 것일 뿐이지 임대차계약과 별도로 체결된 계약에 의거한 것이라고 볼 수 없고, 또한 보증금의 수수는 오로지 임차인의 채무를 담보하기 위한 목적에서 이루어진다. 한편, 약관대출의 법적 성격을 소비대차로 파악하는 한, 약관대출금이 그 담보로 삼고자 하는 보험금·해약환급금은 약관대출계약과 별개의 계약인 보험계약에 근거를 두고 있고, 보험금·해약환급금은 보험계약자의 채무를 담보하기 위한 목적에서 보험자에게 미리 지급된 것이 아니라 보험사고의 발생 또는 보험계약의 해지 등의 효과로서 발생하는 것이다. 다시 말하면, 보험금·해약환급금은 그 자체의 목적이 보험계약자 채무의 담보에 있는 것이 아니며, 보험계약과는 별개인 약관대출계약에 그것과 약관대출금과의 상계약정이 존재하는 것이다. 따라서 보증금과 보험금·해약환급금의 이러한 차이를 고려하면, 보증금 법리를 약관대출에 유추적용 하는 것은 적절하지 않다고 본다.

### 3) 조건부자산(flawed assets) 법리<sup>28)</sup>

필자는 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이에 강력한 건련관계를 보호하기 위한 법리로는 영국법상 조건부채무(flawed assets) 법리가 보다 적절하다고 본다. 조건부자산 법리란, 채무자에 의한 채무의 이행은 약정된 조건(예를 들면, 그 채

25) 박윤직, 전게서, p. 265.

26) 박윤직, 상게서, p. 266.

27) 대법원 1987. 6. 23. 선고 86다카2865 판결.

28) 필자에게 동 법리를 지적해 주신 서울대학교 법과대학의 박 준 교수님께 감사드리며, 다만 동 법리의 채택 및 적용에 관한 오류는 전적으로 필자의 책임이다.

무의 채권자가 채무자에게 부담하는 다른 채무의 이행)이 성취되는 경우에만 강제될 수 있다는 법리이다.<sup>29)</sup> 은행에 예금을 보유한 예금자가 은행으로부터의 대출을 받으면서 그 대출원리금을 은행에 상환하기 전에는 자신의 예금을 인출하지 못하는 것으로 약정한 경우의 그 예금이 조건부자산의 전형적 예이다.<sup>30)</sup> 이 경우 은행은 예금자가 대출을 상환하기 전에 예금의 인출을 거부할 권리를 가질 뿐이고 예금 자체에 대해서는 아무런 권리를 갖지 않는다.<sup>31)</sup> 따라서 조건부자산 법리에 근거한 은행의 권리는 물권이 아니고 채권계약에 기초한 항변권의 일종이라고 할 수 있을 것이다. 조건부자산 이론에 근거한 항변권은 예금 자체에 대해서는 아무런 권리를 갖지 않기 때문에 예금자의 다른 채권자와의 관계에서 채권자평등의 원칙을 훼손하지 않는다고 판시된 바 있다.<sup>32)</sup>

조건부자산 법리는 소비대차로서의 약관대출에 적용하기 적합하다. 예금의 경우를 보면, 예금계약과 대출계약의 두 종류의 계약이 존재하고 대출계약시에 예금을 조건부자산으로 하는 약정을 하게 된다. 소비대차로서의 약관대출의 경우를 보면, 보험계약과 약관대출계약의 두 종류의 계약이 존재하고 약관대출계약시에 해약환급금을 조건부자산으로 하는 약정을 하는 것으로 보게 되면, 예금의 경우와 그 구조가 동일하다고 할 것이다. 예금의 경우 대출계약시에 예금을 조건부자산으로 하는 약정을 하는 이유는 예금채권과 대출채권 사이에 강력한 견련관계를 부여하기 위해서이다. 약관대출시에 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이의 강력한 견련관계 부여는 보험자와 보험계약자의 의사에 부합하는 것이며,<sup>33)</sup> 따라서 보험계약자가 약관대출금을 상환하지 아니하면 보험자가 보험금·해약환급금

<sup>29)</sup> P. Ali, *The Law of Secured Finance* (Oxford, 2002), p. 186; R. Goode, *Commercial Law* (Penguin Press, 3rd ed, 2004), p. 612; E. Ellinger et al, *Ellinger's Modern Banking Law* (Oxford, 4th ed, 2006), p. 828.

<sup>30)</sup> P. Ali, op. cit, p. 186.

<sup>31)</sup> P. Ali. *ibid*, p. 187.

<sup>32)</sup> *Re Bank of Credit and Commerce International SA (No 8)* [1996] Ch 245.

<sup>33)</sup> 이와 관련하여 제1심 및 원심 판결은 “나아가 위와 같은 특성을 바탕으로 당사자의 의사를 헤아려 보건대, 실질적으로 소외회사에게 대출된 돈의 원천은 장차 소외회사에게 지급될 잠재적인 해약환급금이므로, 소외회사와 피고는 이 사건 약관대출 당시 어떠한 사유로든 이 사건 보험계약이 해지되어 피고의 해약환급금 반환의무가 구체화되었을 때 만일 변제되지 못한 약관대출원리금이 남아 있다면 그 금액 상당의 해약환급금이 이미 지급된 것으로 보아 그 차액 부분만 지급하기로 묵시적인 약정을 하였다고 해석하는 것이 당사자의 의사에 합치되며 적어도 당사자는 해약환급금이 이 사건 보험계약이 해지된 시점까지 회수하지 못하고 남아 있는 이 사건 약관대출원리금을 당연히 담보하는 것으로 약정하였다고 봄이 상당하다.”고 판시한 바 있다.



을 지급할 의무가 없는 것으로 보험자와 보험계약자가 묵시적 약정을 했다고 보는 것은 합리적이다. 대출계약시에 예금을 조건부자산으로 하는 약정이나 약관대출시에 해약환급금을 조건부자산으로 하는 약정은 예금계약 또는 보험계약의 내용을 수정하는 효력을 갖는 것이고, 그러한 약정이 예금이나 보험금·해약환급금에 물권적 권리를 창설하는 것이 아니므로 채권자평등의 원칙을 훼손하는 것이라고 볼 바 아니어서 그 효력을 부인할 이유는 없다고 본다.

약관대출과 관련하여 조건부자산의 법리는 언제 적용되는가? 약관대출에는 보험금·해약환급금이 발생하면 약관대출금을 상계한다는 조항이 존재하는데, 통상적인 경우에는 이 상계조항이 적용되는 것으로 충분하고 굳이 조건부자산의 법리가 적용될 이유가 없다. 조건부자산의 법리가 적용되는 경우는 이러한 상계조항을 적용해서는 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이의 강력한 견련관계가 보호되기 어려운 경우이다. 대판 2005다15598에서와 같이 회사정리법 제162조 제1항이 미치는 사안이 바로 그러한 경우이다. 즉 이러한 경우는 보험자와 보험계약자 사이에 약관대출금과 관련하여 보험금·해약환급금을 조건부자산으로 삼는다는 묵시적 약정이 존재하는 것으로 해석하게 되면, 소비대차적 성격의 약관대출에서도, 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이의 강력한 견련관계를 법적으로 보호하는데 문제가 없게 된다. 이러한 묵시적 약정의 인정이 보험자와 보험계약자 사이의 의사에 반한다고 볼 수 없으며, 또한 이를 인정하였다고 해서 제3자에게 부당하게 불리한 취급을 하는 것은 아니라고 본다.

### 3. 압류의 문제

#### (1) 의의

대판 2005다15598에서의 법적 분쟁은 아니었지만, 보험자의 채권자인 제3자가 자신의 채권을 확보하기 위해서 보험자의 약관대출금채권을 압류할 수 있는지가 문제된다. 만약 가능하다고 본다면 보험자의 채권자인 제3자는 보험자의 보험계약자에 대한 약관대출금채권을 압류하여 추심 또는 전부 받을 수 있게 되는데, 그렇게 되면 보험자는 장차 보험금 또는 해약환급금을 지급하여야 할 때에 대출원리금을 상계할 수 없게 되는 문제가 발생한다. 그 결과 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이의 강력한 견련관계가 훼손될 수 있다. 이러한 훼손이 보험자와 보험계약자의 의사에 부합하는 결과는 아니라고 할 것이다.

## (2) 법원의 판단

다수의견인 선급설에 따르면, 보험자의 채권자인 제3자가 약관대출금채권을 압류할 여지가 없게 된다. 약관대출금채권이 존재하지 않기 때문이다.

소비대차설을 따르면, 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이의 강력한 견련관계에 기초하여 보험자의 채권자인 제3자의 압류에 대항할 수 있는지가 문제된다. 다수의견 및 보충의견은 그러한 가능성을 부인한다. 만약 긍정하게 된다면, 압류금지에 관한 법률상 규정도 없이 당사자 사이의 약정만으로 압류가 금지되는 채권을 창설하는 셈이 된다는 것이 그 이유이다. 한편, 별개의견은 약관대출금채권에 대한 압류가 허용되지만 장차 보험금채권·해약환급금채권과 상계될 수 있다는 조건이 부가된 채 압류되는 것이라고 해석한다. 이에 대해서 보충의견은, 약관대출금채권자는 보험자의 압류 및 전부채권자가 되고 보험금 또는 해약환급금의 지급의무자는 보험자가 되어 서로 다른 사람이 되므로 법률관계가 복잡해질 뿐만 아니라 장차 상계를 당하게 되면 압류 및 전부채권자의 신뢰를 해하게 되므로, 여러 가지 문제를 초래하게 된다고 비판한다.

## (3) 조건부자산 법리

전술한 조건부자산(flawed assets) 법리에 의하면 보충의견이 지적하는 문제점이 발생하지 않는다.

첫째, 조건부자산 법리에 의하면 압류 및 전부채권자의 신뢰를 해하지 않는다. 조건부자산 법리에 의하면 약관대출금채권에 대한 압류는 조건 없이 유효한 것이고, 다만 보험계약자가 해약환급금채권을 행사하는 경우 보험자는 보험계약자가 약관대출금채무를 이행하지 않으면 해약환급금채권의 행사에 대해서 조건부자산의 법리를 항변으로 행사할 수 있게 된다. 보험자의 채권자는 압류를 통해서 자신의 채권 추심을 받는데 아무런 문제가 없으므로 불만이 없고, 보험자도 비록 상계권을 행사하지는 못하지만 실질적으로 그에 준하는 효과를 누릴 수 있게 되므로 불만이 없다.

둘째, 조건부자산 법리에 의하면 법률관계가 복잡해 지지 않는다. 조건부자산의 법리에 의하면, 보험자의 압류 및 전부채권자가 약관대출금채권자로 되고 보험자가 보험금 또는 해약환급금의 지급의무자로 남더라도 문제될 것이 없다. 왜냐하면 조건부자산 법리가 적용되는 한 약관대출금채권과 보험금채권·해약환급금채권 사이에 상계가 이루어지지 않으므로 이들의 채권자와 채무자가 다르더라

도 문제될 것이 없기 때문이다.

## V. 결론

약관대출에 관한 실정법 규정이 없는 상태에서 그 법적 성질은 학설 및 판례에 의존하고 있다. 그 법적 성질을 정함에 있어서, 이론적으로 추론하여 선형적으로 정하는 방법과 구체적 약관내용을 참고하여 경험적으로 정하는 방법이 있을 수 있다. 기존의 판례와 학설은 전자의 방법을 취하고 있지만 이는 구체적 실무와 유리되어 법리와 현실의 괴리가 발생할 수 있는 단점이 있어서, 본 논문에서는 후자의 방법을 취하였다. 그리하여 상환의무가 존재한다고 판단되는 약관대출은 그 법적 성격을 소비대차로 보고, 상환의무가 존재하지 않는다고 판단되는 약관대출은 그 법적 성격을 선급으로 보는 것이 타당하다고 보았다. 대판 2005다15598의 약관대출은 소비대차적 요소를 강하게 띠고 있음에도 대법원의 다수의견이 그 법적 성격을 선급으로 판단한 것은 불만스럽다. 그 약관대출을 소비대차라고 인정하고, 다만 약관대출금과 보험금·해약환급금 사이의 강력한 견련관계를 법적으로 보호하는 방안을 모색하는 것이 합리적이었다고 본다. 이러한 보호를 위해서는 영국법상 인정되는 조건부자산(flawed assets) 법리가 적용되는 것이 가장 적합하다고 본다.

투고일 2008. 11. 23    심사완료일 2008. 12. 11    게재확정일 2008. 12. 12

## 참고문헌

- 곽윤직, **채권각론**(신정(수정판), 2000).
- 김성태, **보험법강론**(2001).
- 신수식, **현대 보험경영론**(2002).
- 정찬형, **상법강의(하)**(제10판, 2008).
- 양승규, **보험법**(제4판, 2002).
- 이기수·최병규·김인현, **보험·해상법**(제8판, 2008).
- 최기원, **상법학신론(하)**(제15판, 2008).
- 최준선, **보험법·해상법**(2005).
- 김선정, “약관대출에 관한 법적 고찰,” **보험학회지**, 제69집(2001. 8).
- 김형두, “생명보험약관에 기한 보험약관대출의 법적 성격,” **사법(Juris)**, 제2호(2007. 12).
- 정진세, “약관대출(보험약관대출)의 법적 성질(I),” **생명보험**, 통권 제348호(2008. 2).
- \_\_\_\_\_, “약관대출(보험약관대출)의 법적 성질(II),” **생명보험**, 통권 제349호(2008. 3).
- 정진욱, “보험약관대출의 법적 성질,” **상사판례연구**, 제21집 제1호(2008. 3).
- 山下友信, **保險法**(有斐閣, 2005).
- 倉沢康一郎, **保險法通論**(新青出版, 2004).
- 坂口光男, **保險法**(文眞堂, 1991).
- 西嶋梅治, “約款貸付金解約戻金相殺,” 三宅一夫先生追悼論文集, **保險法現代的課題**(法律文化社, 1993).
- 倉沢康一郎, “保險契約者貸付,” **ジュリスト**, No. 766 (1982. 5).
- P. Ali, *The Law of Secured Finance* (Oxford, 2002).
- E. Ellinger et al., *Ellinger's Modern Banking Law* (Oxford, 4th ed., 2006).
- R. Goode, *Commercial Law* (Penguin Press, 3rd ed., 2004).

<Abstract>

A Study on the Legal Nature of Policy Loan  
- Focused on the Supreme Court Case of 2007. 9. 28. 2005da15598-

Ki Jeong Han\*

As policy loan is based on the policy itself not but on the statutory law, its legal nature depends on cases and theories. The Korean Supreme Court recently decided a case (SC 2005da15598) holding its legal nature as a prepayment of surrender value, which reversed its previous view of a money loan contract. The dominant view of academics was the same as the case before the SC 2005da15598, but after this new decision the argument for money loan became strong. The judges of the Supreme Court discussed and elaborated the legal nature of policy loan thoroughly, being divided into the majority opinion, the dissenting opinion, and the supplementary opinion. However, the current cases and theories could be criticised in that they determine the legal nature in a transcendent and monolithic way with the result that the law is inconsistent with the practice. It needs to be pointed out that policy loan is just a contract between the insurer and the policyholder without being subject to any statutory intervention. Therefore its legal nature should be decided in an empirical and individual way by reference to the contents and aims of a policy loan contract, the process leading to its conclusion, and the parties' intents thereon so on. To decide the legal nature in a transcendent and monolithic way seems to disregard the real practice where policy loans featuring money loan or prepayment of surrender value coexist. It is suggested that the former should be regarded as a money loan contract while the latter as a prepayment of surrender value. It is undesirable that SC 2005da15598 held the legal nature of a policy loan featuring money loan as a prepayment of surrender value. If a specific policy loan is held

---

\* Associate Professor, College of Law, Seoul National University.

---

as a money loan contract, it is significant to recognize and protect a close relationship between the policy loan and the surrender value. It is suggested that the theory of 'flawed assets' supported by the English courts may suitably be applicable to such a relationship.

Key words: policy loan, money loan, prepayment, mutual set-off, surrender value, close relationship, insolvency, set-off, interest, a duty to redeem