

## 유럽연합 법제상 해상보험계약의 준거법에 관한 연구

이주영\* · 박원형\*\*

### EC's Recent Developments of Legal Regime in Governing Law for Marine Insurance Contracts

Ju-Young Lee\* and Won-Hyung Park\*\*

#### Abstract

The Korean Conflict of Laws Act recently incorporated much of the European Union's recent revision in 「EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980)」 (hereinafter Rome Convention). With the revision of Rome Convention applied to contractual obligations, 「Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)」 (hereinafter Rome I) has taken effect on December 2009. Before the effectuation of Rome I, 「Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)」 (hereinafter Rome II) has come into effect on January 2009. This means the revision of certain rules and its practical implications need an in-depth study on governing law rules under Rome I which provides newly effected governing laws applicable to contractual obligations.

Moreover, uniform choice of law rules on non-contractual obligations needs to focus especially on marine insurance contract. Where policy assignment and subrogation causes, how to decide the governing law which will be applied to the insurer as a third party? This article attempts to analyze emerging legal issues in legal regimes determining choice of law, especially those in international marine insurance contracts. This will help Korean practitioners to be dialed in legal affairs under English Law as the governing law in their contracts.

Key words : Marine insurance contract, Governing law, Rome Convention, Rome I, Rome II

접수 : 2012년 6월 7일    최종심사 : 2012년 6월 18일    게재확정 : 2012년 6월 20일

\* 한국관세무역개발원 주임연구원(02-3416-5185, ljyoung77@kctdi.or.kr)

\*\*목원대학교 무역학과 교수(Corresponding author : 042-829-7748, piziyong@mokwon.ac.kr)

## I. 서 론

해상보험은 보험자와 보험계약자간에 체결되는 해상보험계약에 의해서 보험계약자가 소정의 보험료를 부담하고 보험자는 이에 대한 대가로 손해보상을 약속하는 것이다. 이러한 해상보험은 해상운송에서 발생하는 위험을 그 대상으로 하기 때문에 여러 국적을 가진 기업이 관여하는 국제무역과 밀접한 관련이 있으며, 다른 분야의 보험에 비해 매우 국제적인 성격이 강한 사업이다(김진권, 전해동, 2006).

역사적으로 해상보험은 영국을 중심으로 발전되어 왔으며, 오늘날에도 전 세계의 재보험은 영국으로 모일 정도로 영국은 해상보험의 중심지 역할을 하고 있다. 해상보험에서 공식적으로 처음 사용된 보험증권은 영국의 로이즈에서 채택된 'Lloyd's SG 보험증권'이며, 이 보험증권은 1779년부터 1982년까지 영국을 비롯한 전 세계의 해상보험 시장에서 사용되어 왔다(N. Geoffert Hudson, 1995). 200년 이상 세계 각국에서 로이즈 보험증권이 사용되면서 이 보험증권을 중심으로 해상보험에 관한 주요 원칙이 정립되었으며, 또한 해상보험에 관한 수많은 판례가 생겨났다. 1982년부터 등장한 새로운 양식의 보험증권 또한 결국 'Lloyd's SG 보험증권'을 모체로 하고 있기 때문에 해상보험의 기본원칙과 내용에는 큰 차이가 없다(김진권, 전해동, 2006).

이러한 해상보험증권에는 해상보험에 관한 사항은 영국의 법률과 관습에 따르도록 준거약관이 존재한다. 이론적으로는 계약자유의 원칙에 따라 손해보상의 범위나 면책사유 등을 해상보험계약 당사자가 일일이 정할 수 있으며, 당사자자치의 원칙에 따라 준거법 또한 자유롭게 결

정할 수 있을 것이나, 해상보험계약 실무에서는 대부분의 국가에서 영국의 협회약관을 그대로 또는 약간의 수정만을 거쳐 사용하고 있다. 협회약관의 대표적인 것이 협회적하약관(Institute Cargo Clauses, ICC)과 협회기간선박약관(Institute Time Clauses, Hulls, ITC Hulls)이다. 전 세계 80%에 가까운 나라가 영국의 협회적하보험약관을 사용하고 있어 마치 하나의 통일조약과 같은 역할을 담당하고 있다.(N. Geoffert Hudson, 1995). 우리 국제사법은 당사자자치의 원칙을 적용한 계약채무의 준거법에 관한 1980년 유럽공동체협약<sup>1)</sup> (EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980))(이하 로마협약)을 대폭 수용하고 있는바, "계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다."<sup>2)</sup>고 규정하여 당사자들은 명시적으로 준거법을 선택할 수 있으며, 그 방식에 있어서도 제한이 없다<sup>3)</sup>. 따라서 실무에서는 해상보험계약을 체결하는 경우 영국의 신 해상보험증권과 협회약관이 사용되고 있으며, Lloyd's S.G. Policy와 1963년의 협회약관이 병용되기도 한다(박세민, 2011).

최근 유럽연합은 준거법의 지정에 있어 우리 국제사법이 내용을 대폭 수용하고 있는 로마협약을 개정하였다. 계약채무에 적용되던 로마협약은 『계약채무의 준거법에 관한 2008년 6월 17일 유럽의회 및 이사회의 규정 (EC) No 593/2008』(이하 로마 I)<sup>4)</sup>으로 개정되어 2009년 12월 발효되었고, 비계약채무에 적용되는 『계약외채무의 준거법에 관한 2007년 7월 11일 유럽의회 및 이사회 규정 (EC) No 864/2007』(이하 로마 II)<sup>4)</sup>가 완성되어 2009년 1월부터 발효된 것이다.

이러한 이유로 새로이 발효된 계약채무의 준

1) 국제사법(2011.7.20 시행 법률 제10629호) 제25조 제1항 본문.

2) Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation (Rome 1980), Art. 3.

3) Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

4) Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)

거법을 규정한 로마 I을 중심으로 한 계약채무의 준거법에 대한 새로운 연구가 행해질 필요가 있다. 그리고 지금까지의 로마 II에 관한 연구들은 일반적인 국제계약의 관점에서 비계약채무의 준거법에 관련된 것임에 따라, 해상보험계약 특유의 비계약채무와 관련된 준거법에 대한 연구가 필요하다. 뿐만 아니라 보험증권의 양도(assignment), 대위(subrogation) 등이 발생하는 경우 보험자(insurer)가 제3자의 입장에서 원고 내지는 피고가 될 수 있는 상황이 생길 수 있으므로 이러한 경우에 대한 준거법 결정에 대하여 살펴보았다.

본 논문은 이와 같이 국제계약 시의 준거법 선택과 관련한 유럽연합 법제 변화를 분석하여, 변화된 법제 하에서 새로운 메커니즘을 도출하고자 한다. 해상보험계약 실무상 영국법을 준거법으로 선택하는 경우가 대부분인 무역 실무자들이 주지해야 할 사항들을 면밀히 검토함으로써 수산무역을 비롯한 다양한 업종에서의 무역 종사자들의 법제 적응성을 높이는 것을 목적으로 한다.

## II. 해상보험계약과 준거법

### 1. 개요

해상보험계약은 해상운송에서 발생하는 위험을 부분 대상으로 하기 때문에 여러 국적을 가진 기업이 관여하는 국제무역과 밀접한 관련이 있으며 매우 국제적인 성격이 강한 계약이라 할 수 있다. 해상보험계약을 포함한 국제계약과 관련된 법 분야에 있어 국제적 통일은 매우 미미한 상태이며, 세계 대부분의 국가들은 자국의 고유한 전통과 문화 등의 배경 하에 제정된 고유한 자국법을 가지고 있다. 따라서 국가를 달리하는 당사자 간에 체결된 국제계약으로부터 분쟁이 발생하면 어느 국가의 법을 적용하여 해결할 것

인가가 문제가 된다.

복수의 국가가 관련되는 섭외적 법률문제에는 각기 다른 다수국의 법이나 관련 국제법이 적용되어질 수 있으며, 이로 인하여 어느 국가의 법을 적용하느냐에 따라서 그 결과가 달라질 수가 있기 때문이다. 이러한 이유로 역외적 법률문제에 어느 국가의 법을 적용하느냐는 중요한 문제가 된다(배정한, 1998). 섭외적 법률문제에 적용 가능한 여러 국가들의 법률 중에서 선택되어 적용되는 법을 준거법(governing law, applicable law)이라고 하며, 어떠한 원칙에 의하여 준거법을 결정하느냐의 문제는 국제사법(private international law) 또는 저촉법(conflict of laws)<sup>5)</sup>의 역할이다. 따라서 국제사법 또는 저촉법이란 역외적 법률관계를 규율하기 위한 준거법을 결정하는 법규의 총체를 말한다(배정한, 1998).

이러한 준거법의 결정과 관련하여 국제적으로 널리 용인되는 원칙이 있다. 계약 당사자들 간의 합의에 의하여 적용될 준거법을 지정한 경우에는 이를 적절한 준거법으로 인정을 하고, 당사자들의 준거법에 관한 합의가 없는 경우에는 해당 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 규범이 준거법이 되는 것이다. 본 장에서는 이러한 준거법의 결정방식 및 준거법 결정과 밀접한 관련이 있는 해상보험계약상의 주요의무 및 원칙에 대하여 살펴보았다.

### 2. 해상보험계약의 준거법과 당사자자치

#### 1) 당사자에 의한 준거법지정

우리 국제사법은 당사자자치의 원칙을 적용한 로마협약을 상당 부분 수용함에 따라, “계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다.”<sup>6)</sup>고 규정하고 있다. 이에 따라 당사자들은 명시적으로 준거법 선택할 수 있으며, 그 방식에 있어서도 제한이 없다. 이와 같이 준거법을 당사자의 의사에 따라 결정하도록 한다는 원

5) 영미법에서는 국제사법을 저촉법(conflict of laws)이라 부르는 경우가 많다.

6) 국제사법(2011.7.20 시행 법률 제10629호) 제25조 제1항 본문.

칙을 ‘당사자자치(*party autonomy*)의 원칙’이라 하며, 세계 각국의 입법례에서 널리 채용되고 있다. 또한 이렇게 지정된 준거법을 “주관적 준거법”이라 한다(석광현, 2003).

오늘날 국제계약이 일반화됨에 따라 정형화된 계약서를 사용하는 경우가 점차 증가하고 있다. 이와 같이 정형화된 국제계약에서는 준거법에 대한 합의가 당사자들 간에 이루어져 계약서에 삽입되고 있다. 따라서 많은 국가의 국제사법에서는 준거법의 결정과 관련하여 당사자 자치를 인정하여 당사자 간에 합의에 의한 주관적 준거법의 채택을 인정하고 있다.

주관적 준거법과 관련하여 특정국가의 법만이 준거법이 될 수 있는 것인지, 아니면 국가의 법이 아닌 국제협약 또는 상인법(*lex mercatoria, law merchant*) 등을 준거규범으로 합의할 수 있는지가 문제가 된다. 전통적인 국제사법이론에 따르면, 특정 국가의 법체계(*national system of law*)를 준거법으로 정하여야 하고 국가의 법규가 아닌 준거법 지정은 효력이 없다. 이러한 주관적 준거법 지정은 ‘저촉법적 지정’을 말하며 ‘실질법적 지정’과는 구별해야 한다. 실질법적 지정은 준거법을 지정하는 것이 아니라, 당사자들이 특정 외국법을 언급함으로써 당해 규범을 계약의 내용으로 편입시키는 것(*incorporate into the contract by reference*)으로, 마치 계약의 내용에 약관을 편입하는 것과 유사하다(석광현, 2009). 따라서 당사자

들이 특정 국가의 법이 아닌 국제조약 등을 준거법으로 지정한다면 이러한 계약은 실질법적 지정에 해당되는 것으로 볼 수 있다(석광현, 2009)<sup>7)</sup>.

## 2) 당사자의 준거법 미지정

당사자가 준거법을 합의하지 않은 경우, 계약의 준거법은 객관적 관련성에 따라 지정되며 이렇게 지정된 준거법을 “객관적 준거법”이라 한다(허해관, 2010). 우리 국제사법 제26조 제1항에 따르면, “당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다.”<sup>8)</sup> 따라서 상인법 또는 국제조약 등과 같은 특정 국가의 법이 아닌 규범이 준거법이 되기에는 어려움이 있으며, 밀접한 관련이 있는 특정 국가의 법률만이 준거법이 될 수 있다.

## 3. 해상보험계약상 주요의무와 원칙

### 1) 최대선의의무

보험계약은 보험자와 보험계약자 또는 피보험자 상호간의 신뢰를 바탕으로 하여 최대선의(*utmost good faith*)에 근거한 계약이 이루어져야 한다. 보험계약에서의 최대선의는 고지의무(*duty of disclosure*)와 직결되어 있고, 보험자가 위험인수 여부를 판단함에 있어 제공되는 근거 자료는 전적으로 피보험자에 의존한다는 점에 바탕을 둔다. 보험계약에서의 최대선의의무에 대한 논의는 영국의 *Carter v. Boehm* 사건<sup>9)</sup>에서 시작되었다고 할 수 있다. 본 사건에서 *Mansfield* 판

7) 석광현, 전제논문 95면은 저촉법적 지정과 실질법적 지정을 대비시키기 보다는 ‘준거법의 지정’ (*choice of proper law*)과 ‘외국법의 언급에 의한 편입’ (*incorporation of foreign law by reference*)을 대비시키는 것이 이해하기 쉽다고 설명하였다.

8) 국제사법(2011.7.20 시행 법률 제10629호) 제26조 제1항 본문.

9) 본 사건의 사실관계는 다음과 같다. 원고는 형제였던 수마트라의 총독 *George Carter*를 위하여 무역항이 말보로항에 대한 프랑스의 공격 가능성에 대비하여 1759년 10월부터 1년 기간의 보험계약을 체결하였다. 그 후 7년 전쟁 중인 1760년 3월에 그 항구는 프랑스에 의해 점령되었고 원고는 보험업자인 *Boehm*에게 보험금을 청구하였다. 보험업자는 이 보험계약에 대하여 1766년 *Lord Mansfield* 경이 주재하는 법원에 소송을 제기하였다. 보험자는 *Carter* 총독이 항구의 약점과 프랑스의 공격에 대한 취약성을 고지하지 않았으므로 계약은 근본적으로 사기에 해당하며 무효임을 주장하였다. 이에 대하여 법원은 총독이 보험에 부보하면서 명백히 예견 가능한 공격 가능성이 현실화 될 수 있다는 것을 보험자는 당연히 인식하였어야 하고, 위험을 인수하는 행위에 비추어 보험자가 항구의 상태에 대하여 인식하고 있었음이 추정된다고 판결하여 보험자의 주장을 인정하지 않았다. 97 Eng. Rep. 1162. (1766). 그러나 *Mansfield* 판사는 선의의무(*good faith*)의 개념을 언급함으로써 이후 영국 보험법의 초석이 되는 중요한 판결을 하였다고 볼 수 있다.

사는 “보험계약 체결의 대상이 되는 많은 사실은 피보험자의 영역에 있다. 보험자는 피보험자의 진술을 신뢰할 수밖에 없다. 따라서 보험자는 위험 측정에 영향을 주는 특정 사실을 피보험자가 숨기지 않는다는 확신을 가지고 보험을 개시한다. 그러한 사실을 숨기는 것은 사기에 해당하며 보험계약은 무효가 된다.”고 언급하였다<sup>10)</sup>. 즉 피보험자가 알고 있는 사실은 보험자에게 고지되어야 하며, 그 근거를 최대선의(utmost good faith)에서 찾고 있는 것이다.

즉 보험계약은 사행계약으로, 우연한 사고를 측정함에 있어 고려해야 하는 세부적인 사항은 일반적으로 보험자보다는 피보험자(보험계약자) 측에 잘 알려져 있다. 따라서 보험자는 피보험자의 고지내용을 신뢰하고, 피보험자가 위험 측정에 중요한 영향을 주는 사실을 숨기지 않고 있다는 확신을 기초로 하여 계약을 체결한다.(이은섭, 2000) 1906년 영국 해상보험법(Marine Insurance Act 1906, 이하 MIA)은 선의(good faith)라는 용어를 일반적인 법원칙으로 적용하고 있지 않으나, 최대선의의무(duty of utmost good faith)로 인식되고 있는 내용이 MIA 제17조~제20조에 규정되어 있다. MIA 제17조는 해상보험계약은 최대선의에 기초한 계약이며, 일방 당사자가 최대선의를 준수하지 않았을 경우 상대방은 그 계약을 해제할 수 있다고 규정한다. 또한 MIA 제18조<sup>11)</sup>에 따르면, 피보험자의 사실은폐 또는 부실고지 시 보험자는 보험계약을 해제할 수 있다. 따라서 계약체결시점까지 소급하여 효력이 인정됨에 따라 해당 계약은 처음부터 무효가 된다.

## 2) 대위의 원칙

보험사고에 의하여 손해가 발생한 경우에 피보험자에게 가치있는 잔존물이 남아 있거나, 피보험자가 제3자에게 손해배상청구권을 가지는 경우에도 보험자가 이와 관계없이 보험금을 지급하게 되면 피보험자가 이득을 얻게 되는 결과가 되기 때문에, 피보험자가 보험자로부터 보상을 받으면 피보험자는 보험의 목적이나 제3자에 대하여 가지는 권리를 보험자에게 당연히 이전시켜야 하며, 이를 보험자대위(subrogation)이라 한다. 보험자대위를 인정하는 근거는 피보험자가 보험사고의 발생을 계기로 이중의 이득을 얻는 것을 방지하는 이득금지의 원칙에 있다(이은섭, 2000).

MIA는 제79조<sup>12)</sup>에서 보험자대위에 관하여 규정하고 있는데, ‘보험사고의 발생 시 부터 보험의 목적에 대한 그리고 그것에 관련된 피보험자의 모든 권리와 구제수단을 대위에 의하여 취득할 수 있다’고 함으로써 보험의 목적에 대한 대위와 제3자에 대한 대위를 총괄하여 규정하고 있다.

## Ⅲ. 유럽연합 법제변화에 따른 실무상 쟁점

### 1. 개요

유럽연합은 준거법의 지정에 있어 우리 국제사법이 내용을 대폭 수용하고 있는 로마협약을 개정하였다. 계약채무에 적용되던 로마협약은 로마 I<sup>13)</sup>으로 개정되어 2009년 12월 발효되었고, 비계약채무에 적용되는 로마 II<sup>14)</sup>가 완성되어 2009년 1월부터 발효된 것이다(Volker Behr, 2011).

로마 I과 로마 II는 모두 그 법 형식은 유럽의 회 및 이사회의 규정이다. 규정이라는 법 형식은 협약과 비교할 때 첫째, 규범의 수정이 보다 용

10) 97 Eng. Rep. 1162. p.1163 (1766).

11) Marine Insurance Act 1906 (hereinafter MIA), Article 18(1)

12) MIA Article 79 (Right of subrogation).

13) Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

14) Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)

이하고, 둘째, 규범이 모든 회원국들에서 동시에 발효되며, 셋째, 새로운 회원국이 유럽연합에 가입하는 경우에도 모든 계약국들이 가입협약을 체결하고 이를 비준할 필요가 없다는 특징을 가지고 있다. 따라서 과거의 Rome Convention에 비하여 훨씬 강력한 구속력과 광범위한 영향력을 가짐은 자명하다. 본 장에서는 로마 I 으로의 개정과 로마 II의 제정이 국제계약, 특히 해상보험에 미치는 영향을 주요 의무 및 원칙과 연관시켜 당사자들의 준거법 지정과 관련된 사안들부터 살펴보았다.

예로, 최대선의의무를 위반하여 분쟁이 생겼다면, 여기에는 계약채무에 관한 규정인 로마 I 이 적용되어야 할 것인가, 아니면 계약외채무에 관한 규정인 로마 II가 적용되어야 할 것인가가 문제가 될 수 있다. 따라서 본 장에서는 최대선의의무가 계약채무인지 아닌지의 여부를 판별하는 작업부터 이행하여 어떠한 규정이 적용되어야 할 것인지에 대해 살펴보도록 하겠다. 보험증권의 양도(assignment) 내지는 대위(subrogation) 등의 경우 준거법 지정을 어떻게 할 것인가에 대한 연구 또한 이행할 것이다. 보험자가 제3자로서 소송의 당사자가 되는 경우는 해상보험계약에서 빈번하게 발생하는 일이므로 연구가 필요하다.

## 2. 규정검토

### 1) 로마 I

Rome 협약은 EU의 준거법 통일을 위한 초석 역할을 한 것은 사실이나, 몇 가지 결함을 내포하고 있었다. 첫째, 협약(Convention)이 지니는

성격적인 문제이다. Rome 협약은 모든 유럽연합 회원국들에게 자동적으로 효력발생이 되는 것이 아니라 각 회원국의 국내 상황과 국내법에 맞게 협약을 개정해서 적용시키도록 되어 있었다. 또한 새로운 국가가 유럽연합의 회원국으로 가입할 때마다 해당 가입국은 *acquis communautaire*<sup>15)</sup>에 의거하여 Rome 협약을 채택해야 했다. 따라서 협약은 해당 국가의 상황에 맞도록 여러 차례의 수정(modification)이 이루어졌으며, 국가들의 유럽연합 가입일자가 상이함에 따라 각 회원국들이 채택한 Rome 협약의 버전이 상이한 결과가 발생하였다(Volker Behr, 2011).

둘째, 협약의 적용 유보가 가능함에 따라 많은 국가들이 적용을 유보하였다는 점이다. 새로운 회원국이 가입할 때마다 복잡한 개정작업을 거쳐 협약을 채택하였음에도 불구하고 그 적용을 유보함으로써 준거법 관련 규정의 통일화라는 목표를 달성하는데 큰 걸림돌이 되어 왔던 것이다.

그러나 협약(Convention)을 개정하면서 규정(Regulation)의 성격을 가지도록 함에 따라, 기존의 협약 체제 하에서 나타났던 여러 문제점들이 사라지게 되었다(석광현, 2011)<sup>16)</sup>. 우선 모든 회원국들에 대한 통일된 규정의 적용이 가능하게 되었다. 둘째, 추가 개정 없이 자동적으로 회원국들에게 적용 가능해졌다. 셋째, 추후 개정되는 사항들에 있어서도 자동적으로 모든 회원국들에게 적용될 수 있게 되었다(Volker Behr, 2011). 이로써 모든 유럽연합 회원국들에 동일한 내용과 버전의 법안이 통일되게 적용될 수 있게 되었으며, 적용 또한 유보할 수 없도록 강제성을 가지게 되었다.

15) EU 회원국이 시행하고 있는 각종 행정규제를 취합한 것으로, 로마조약 및 그 개정 조약에 기초하여 각료이사회와 집행위원회가 통과시킨 모든 규정, 지침, 결정 등을 포함한다. EU의 신규 회원국은 1958년 이후 EU에 의해 제정되고 적용되는 법안 및 관행을 모두 수용하여야 한다.

16) 1999년 5월 1일 발효된 암스테르담조약은 유럽연합에게 국제사법의 영역에서 규정(Regulation)의 형식으로 입법할 수 있는 권한을 부여하였고, 2003년 2월 1일 발효된 니스조약은 조약 제251조가 정한 바에 따라 위원회와 유럽의회의 공동결정절차(co-decision procedure)를 요구하게 되었다. 이에 따라 유럽연합은 기존의 협약(Convention)의 법형식을 공동체법으로 전환하면서 새로운 입법을 하였다. 석광현, “계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II)”, 서울대학교 법학, 제52권 제3호, 2011, pp.249, 250.

뿐만 아니라 Rome 협약 하에서는 보험계약과 관련한 구체적인 준거법 규정이 존재하지 않았다. 그러나 개정과 함께 로마 I은 제7조<sup>17)</sup>에서 보험계약에서의 준거법에 관한 구체적 규정을 마련하여 준거법과 관련하여 기존의 모호함과 복잡함을 제거하고자 하였다(Louise Merrett, 2009). 로마 I 제7조에서 언급하고 있는 보험계약 체결에 관한 법률의 조화를 위한 위원회 규정 「First Council Directive 73/239/EEC of July 1973」에서 정의된 ‘대형 위험’ (large risk)<sup>18)</sup>의 범주에 해상보험계약이 속함에 따라 해상보험계약 당사자들은 로마 I 제3조<sup>19)</sup>에 의거하여 준거법 지정이 가능한 것이다.

또한 로마 I Recital 11에 따르면, 준거법 (applicable law) 선택에 대한 당사자들의 자유는 계약적 의무(contractual obligation)에서의 저촉법(conflict-of-law) 문제와 관련한 가장 중요한 사안 중 하나이다. 당사자들은 자신들이 원하는 어떠한 법이든 적용할 수 있는 최대의 자유(utmost freedom)을 가진다<sup>20)</sup>.

준거법 선택은 로마 I Article 3(1)의 준거법 선택 조항에 따라 명시적으로 행해져야 한다<sup>21)</sup>. 하지만 준거법 선택이 반드시 합리적일 필요는 없다. 적합하지 않은 법을 준거법으로 선택한다 하더라도 Article 3(1)에 따라 용인될 수 있다<sup>22)</sup>. 즉 로마 I은 당사자들의 준거법 선택에 대한 최대

의 자유를 보장하고 있는 것이다.

## 2) 로마 II

로마 II가 2009년 1월 11일 덴마크를 제외한 유럽연합 회원국들에게서 발효되었다. 이로써 계약채무의 준거법에만 한정되었던 기존의 Rome Convention과는 별개로 계약외채무의 준거법을 다루는 로마 II가 별도로 완성되었다.

로마 II의 법형식 또한 로마 I과 마찬가지로 유럽의회 및 이사회 규정(Regulation)이다. 이러한 법형식은 규범이 모든 회원국에서 동시에 발효되고 새로운 회원국이 유럽연합에 가입하는 경우에도 별도의 수정 절차 없이 적용될 수 있다. 그리고 규범의 수정 또한 용이하다는 장점이 있다(석광현, 2011).

계약외채무의 준거법을 다루는 로마 II는 계약외채무의 개념 정의는 하지 않고 있다. 그 개념은 회원국마다 상이하므로 로마 II의 목적에 따라 독자적인 개념으로 이해되어야 하는 것이다<sup>23)</sup>. 여기에는 불법행위, 부당이득과 계약체결상의 과실책임이 포함된다. 또한 본 규정은 이미 발행한 손해뿐만 아니라 발생할 것 같은 손해에 대해서도 적용된다<sup>24)</sup>.

이는 불법행위를 사전에 예방하기 위하여 일정한 행위의 금지를 구하는 가치분도 포함하기 위함이다. 이러한 계약외채무는 법의 저촉을 포함하는데, 법의 저촉은 상이한 국가들의 법 선택

17) 보험계약(Insurance Contract)을 규정하고 있는 Rome I 제7조(Insurance Contract)는 본 법안이 적용될 수 있는 보험계약의 요건 등의 내용을 담고 있다. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Article 7.

18) 1988년 개정된 First Council Directive 73/239/EEC of July 1973에 따르면, ‘대형 위험’ (large risk)을 ‘부속서 point A’의 여러 사유에 규정된 이유로 인한 모든 ‘위험과 손해’, 그리고 ‘그러한 재산에 가해진 손해’ 등을 규정하고 있다. 그리고 부속서 point A에서 언급하고 있는 위험에는 ‘육상 운송수단(land vehicles), 철도 운송수단(railway rolling stock), 항공기(aircraft), 선박(ships), 운송 중인 물품(goods in transit), 선박 사용 책임(liability for ships)’ 등이 있다. First Council Directive 73/239/EEC of July 1973 Article 5(d), Annex, point A classes 6, 7 and 12.

19) Rome I Article 3. (Freedom of Choice).

20) Rome I Recital 11.

21) Rome I Article 3(1).

22) Rome I Article 3(1).

23) Rome II Recital (11).

24) Rome II Article 2.2.

이 문제되는 상황인 준거법 결정을 의미한다. 즉 하나 이상의 외국적 요소를 포함함으로써 복수 법체계의 적용을 초래할 수 있는 상황을 말한다.

또한 로마 II에 의하여 지정된 법은 회원국 법인지 아닌지에 관계없이 적용된다<sup>25)</sup>. 즉 법정지가 유럽연합의 회원국 내인 한, 로마 II는 불법행위의 발생지가 역내이든 역외이든 간에 계약외채무에 적용되고, 그 사안이 공동체와 어떤 관련이 있는가를 묻지 않는다<sup>26)</sup>. 로마 II는 이처럼 계약외채무의 준거법 결정에 관한 회원국들의 법을 전면적으로 대체하는 것인데, 이는 회원국들 간의 분쟁에 적용되는 원칙과 비회원국들과의 분쟁에 적용되는 원칙을 달리 정하는 것이 불필요하게 문제를 복잡하게 하기 때문이다(석광현, 2011).

계약외채무의 준거법에 대하여 로마 II 제 14조 제1항에서는 합의에 의해 당사자들이 준거법을 선택할 수 있음을 규정하여, 당사자자치의 원칙이 계약외채무의 준거법 지정에 있어서도 적용됨을 알 수 있다. 당사자들은 손해가 발생한 사건 이후에 합의를 체결하거나, 또는 손해가 발생하는 사건이 일어나기 이전에 자유로운 교섭에 따라 합의에 도달할 수 있다<sup>27)</sup>. 사후적인 준거법을 선택하는 데에는 어려움이 없으며, 당사자는 중립적인 제3국법을 선택할 수도 있다. 사전적인 준거법의 선택을 허용할 경우 장래에 발생할지도 모르는 불법행위에 대한 준거법을 미리 알 수 있게 된다. 특히 당사자 간에 계약관계가 있는 경우 불법행위의 준거법과 계약의 준거법을 일치시킬 수 있다는 장점이 있다(석광현, 2011).

### 3. 실무적용상 쟁점

25) Rome II Article 3.

26) Rome II Article 1.

27) Rome II Article 14.1.

28) MIA 1906 Article 17.

29) MIA 1906 Article 18 (Disclosures by assured).

30) MIA 1906 Article 19 (Disclosures by agent effecting insurance).

31) MIA 1906 Article 20 (Representations pending negotiation of contract).

#### 1) 최대선의의의무

로마협약 하에서 계약책임의 범주에 해당되던 사안이 로마 I 발효 후 동일하게 적용될 수 있는가에 대한 다양한 의문이 제기되고 있다(Andrew Dickinson, 2008). 예로, MIA 1906 제17조<sup>28)</sup>의 계약체결 전 최대선의의의무(duty of utmost good faith)가 로마 I의 범주 내의 사안인가 아니면 로마 II에 해당되는 계약외채무인가 하는 것이다.

해상보험계약과 관련하여 최대선의원칙이 정립되었던 18세기 당시에는, 해상보험계약의 협상 및 체결시점에서 보험목적물인 선박이나 화물은 종종 보험자의 조사범위를 벗어나는 원격지항구나 공해상에 위치하고 있었으며 보험자가 보험목적물의 조사와 관련하여 이용할 수 있는 통신수단도 제대로 갖추어지지 않아, 해상보험자의 협상지위는 상당히 열악한 상태였다(신건훈, 2011).

이러한 이유로 MIA 1906은 제17조에서 제20조까지에 걸쳐 최대선의의의무와 고지의의무에 관하여 규정하고 있다. 우선 제17조는 “해상보험계약은 최대선의의(utmost good faith)에 기초한 계약이며, 만일 일방 당사자가 최대선의의를 준수하지 않은 경우 그 상대방은 계약을 취소할 수 있다.” 고 하여 보험계약 당사자의 의무로서 최대선의의의무를 규정하고 있다. 그리고 제18조는 피보험자의 고지의의무<sup>29)</sup>, 제19조는 피보험자 대리인의 고지의의무<sup>30)</sup>, 제20조는 보험계약 협상 중의 부실기재 금지<sup>31)</sup>에 대하여 규정하고 있다.

이와 같이 해상보험계약 상에서의 피보험자의 고지의의무, 부실기재 금지 등에 적용되는 최대선의의의무는 계약체결 이전뿐만이 아니라 체결 이후에도 부담한다는 점에서 ‘계속적 의무’



이다(신건훈, 2011). 그 중 계약체결 전 최대선의 의무를 계약책임으로 볼 것인가 계약외책임으로 볼 것인가 하는 것이 문제가 된다.

로마 I 전문 10에 따르면 계약체결 전 다루어져야 할 의무사항은 로마 II Article 12<sup>32)</sup>를 따라야 하며 이러한 의무는 로마 I의 범주에서 제외된다<sup>33)</sup>. 또한 로마 I Article 2(i)에서도 본 규정의 적용배제 범위에는 계약체결 이전에 다루어져야 할 의무사항을 명시하고 있다<sup>34)</sup>. 최근 영국 대법원(House of Lords)의 판결을 살펴보면 선의를 가지고 계약을 위한 협상에 임하지 않았다면 계약체결이 되지 않은 것이라 판결하였다<sup>35)</sup>. 따라서 로마 I의 적용대상이 아닌 것이다.

뿐만 아니라 로마 II는 Recital 30과 Article 12에서 ‘계약체결상의 과실’ (culpa in contrahendo)를 규정하고 있다. 본 조항들은 계약외채무의 준거법 지정에 있어, 계약체결상의 과실이란 계약이 실제로 체결되던, 체결되지 않던 상관없이, 자동적인 개념으로 국내법적 의미에서만 해석해야 하는 것은 아니다. 그리고 반드시 고지의무 위반 또는 계약 협의의 파기를 포함해야 한다고 규정한다<sup>36)</sup>. 이러한 규정으로부터 로마 II가 계약체결 전의 의무에 적용되어야 하는 것임을 유추해볼 수 있는 것이다. 따라서 MIA 제17조에서 제20조에 대한 위반이 발생하였다면 그러한 의무 위반은 로마 II의 적용을 받게 될 것이다.

## 2) 제3자 관계

해상보험계약은 보험자가 제3자의 입장에서 소를 제기하거나 피소를 당하는 다양한 경우가

발생할 수 있다. 보험증권의 양도(assignment), 대위(subrogation) 등이 그러한 경우이다.

가령, 선박의 구입을 위한 은행대출의 담보로써 보험증권이 양도되었다면, 선박소유자(저당권설정자)인 채무자는 선박보험을 유지할 것을 대출 시 약속(undertake)하게 되며, 은행(저당권자)인 채권자에게 선박보험증권에 대한 권한(proceeds)을 양도한다.

로마협약 제12조 및 로마 I 제14조는 자발적 양도(voluntary assignment)와 대위(contractual subrogation)를 다루고 있다<sup>37)</sup>.

로마 I 제14(1)조는 양도인(assignor)과 양수인(assignee) 간의 관계는 이들 당사자 간의 계약에 적용되는 법을 준거법으로 할 수 있다. 제14(2)조에 따르면, assigned claim에 대한 준거법은 양도가능성(assignability), 양수인(assignee)과 채무자(debtor) 사이의 관계, 양도 내지는 대위가 채무자에 의해 주장될 수 있는 조건, 그리고 양도나 대위가 행해지면 채무자가 의무에서 벗어날 수 있는지의 여부 등을 결정한다<sup>38)</sup>. 따라서 보험자와 피보험자 사이의 보험계약이 영국법을 준거법으로 할 것을 명시적으로 합의하였다면, 보험자에 대하여 소를 제기할 은행의 권한은 영국법에 의거하게 되는 것이다.

제3자 관계와 관련하여 가장 많은 논쟁거리가 되는 사안은 선박의 선체(vessel's hull) 내지는 선박 기계류에 대한 위험인수업자(underwriters) 및 P&I Club에 대한 보험자의 대위권 청구와 관련된 것이다.

32) Rome II Article 12 (culpa in contrahendo). ‘계약체결상의 과실’이라는 제목의 본 조항은 계약체결 이전의 의무 위반 시의 준거법 결정에 관하여 규정하고 있다.

33) Rome I recital 10. “Obligations arising out of dealings prior to the conclusion of the contract are covered by Article 12 of Regulation(EC) No 864/2007. Such obligation should therefore be excluded from the scope of this Regulation.”

34) Rome I Article 2(i) “obligations arising out of dealings prior to the conclusion of a contract.”

35) Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH 사건에서 대법원은 계약이 체결되기 전 의무의 위반이 있었다고 보았다.

36) Rome II Recital 30 and Article 12.

37) 개정작업에서 약간의 수정은 있었으나 본질적인 부분은 동일하다.

38) Rome I Article 14.2.

A와 B 두 척의 선박이 충돌하였고, 100% B 선박의 과실이었다고 가정하자. 이 경우 A 선박의 선체보험에 대한 보험자는 A 선박 소유자에게 보험금을 지급해 주고, B 선박의 소유자에게 보험금 지급분에 대한 손해배상 청구를 할 수 있는 대위권(subrogated right)을 행사할 수 있다. 이에 B 선박 소유자가 지급불능의 상태인 경우 A의 위험을 인수한 보험자는 선박 B의 보험자에게 직접청구권(direct action)을 가지게 된다.

선체보험이 아닌 적하보험의 경우에도 보험자는 대위권을 행사하게 된다. 운송 중의 물품의 멸실 또는 손상(loss or damage)에 대하여 적하보험의 보험자가 보험금을 지급한 경우, 보험자는 물품의 멸실 또는 손상에 책임이 있는 운송인인 선주에 대하여 대위권을 행사할 수 있게 된다. 만약 선주가 지급불능의 상황이라면 보험자는 선주책임 상호보험조합인 P&I Club에 직접 청구가 가능하다.

위의 두 경우에서는 로마협약 제13조<sup>39)</sup>와 로마 I 제14조<sup>40)</sup>의 대위(contractual subrogation) 규정을 적용할 수 있다. 그러나 본 조항에서는 채권자가 채무자에 대하여 계약에 따른 청구권(contractual claim)을 가지고 제3자가 채권자에게 보상할 의무를 가지거나 실제로 보상을 한 경우 보험자의 권한에 대해서는 규정하고 있지 않다. 이와 관련하여서는 로마 I의 제15조가 지침을 제시한다.

로마 I 제15조<sup>41)</sup>는 로마협약을 개정하면서 새롭게 포함된 조항이다. 본 조는 채권자가 채무자에 대하여 계약에 따른 청구권(contractual claim)을 가지고 보험자인 제3자가 피보험자인 채권자에게 보상을 할 의무를 가지거나 실제로 보상이 이루어진 경우, (위의 예시에서 후자의 경우) 피보험자가 채무자에게 가지는 권리를 보험자가

가질 수 있는지의 여부와 그러한 권리를 어느 정도까지 향유할 수 있는가를 규정하고 있다. 이 경우 보험자의 권한은 해당 보험계약의 준거법에 의거하여 정해져야 한다는 것이 제15조의 핵심이다. 따라서 보험증권 상에 영국법을 준거법으로 한다고 명시되어 있다면, 피보험자가 운송인에게 가지는 권리를 적하보험의 보험자가 대위할 수 있는지, 그리고 대위의 정도가 어디까지 인지는 영국법에 의거하여 정해져야 한다는 것이다. 보험자는 피보험자와 운송인 간의 관계에 대한 준거법 하에서 운송인에게 구상할 수 있는 것이다.

또한 충돌사고의 경우 채권자인 피보험자는 채무자인 충돌사고의 원인 제공자에게 비계약 채무에 대한 청구권을 가지게 된다. 이와 관련해서는 로마 II 제19조<sup>42)</sup>가 규정을 제시하고 있다. 즉, 선박과 충돌사고가 발생하여 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급해 주었다면, 피보험자에 대한 보험자의 보상의무를 관할하는 법률은 채무자인 충돌 상대 선박에게 행사할 수 있는 보험자의 권한(준거법 하에서 다른 선박에게 피보험자가 가지는 권한)의 범위를 규정하는 준거법이 되는 것이다.

#### IV. 결 론

지금까지 해상보험계약에서 논쟁거리가 되는 주요 의무 및 원칙을 중심으로 하여 여기에 적용되는 준거법이 유럽연합 법제상 어떻게 결정되어야 하는가에 대하여 살펴보았다. 유럽연합은 준거법의 지정과 관련하여 기존의 로마협약을 대폭 수정한 로마 I을 2009년 12월 발효하였고, 이에 앞서 2009년 1월에는 계약외채무에 대한 준거법을 관할하는 로마 II를 발효함으로써, 준

39) Rome Convention Article 13 (Subrogation).

40) Rome I Article 14 (Voluntary assignment and contractual subrogation).

41) Rome I Article 15 (Legal subrogation).

42) Rome II Article 19 (Subrogation)

거법과 관련된 법제의 완성을 이루었다고 볼 수 있다.

준거법과 관련한 유럽연합 법제의 이러한 변화는 해상보험계약의 체결 시 전통적으로 영국법을 준거법으로 하는 경우가 대부분인 관행에 따라 실무자들이 이러한 변화내용을 숙지해야 할 필요가 있을 것이다. 즉 채무의 성격에 따라 로마 I, II로 나누어 적용됨으로써 주요 의무 및 원칙의 위반 시 어느 법제에 따라 준거법이 결정되어야 할 것인가를 살펴보아야 하는 것이다.

이에 따라 보험계약의 사행성에 의한 도박화를 막기 위하여 계약체결의 근간으로 삼고 있는 최대선의의무, 보험자가 제3자의 입장에서 소를 제기하거나 피소를 당하는 양도 및 대위 등의 원칙에 대하여 살펴보고 이 경우 준거법의 결정을 위하여 어느 규정이 적용되어야 하는지에 대한 분석을 실시하였다.

계약책임 및 계약외책임과 관련한 유럽연합 법제의 변화를 분석함으로써, 장래 발생할지도 모르는 보험금 및 손해배상 등의 청구 시 어떠한 법이 준거법으로 지정될 것인지에 관한 사전적인 예측이 가능해질 수 있을 것이며 해상보험계약을 체결하는 실무자들에게는 관련 법제에 관한 보다 설득력 있는 자료가 될 것으로 판단된다.

### 참고문헌

김진권, 전해동, “해상보험계약상 영국법 준거약관에 관한 국제사법적 고찰”, *해사법연구*, 제18권 제2호, 2006, pp.109-134.

박세민, “해상보험에 있어서 영국법 준거조항의 유효성 인정문제와 그 적용범위에 대한 비판적 고찰”, *한국해법학회지*, 제33권 제1호, 2011, pp.189-228.

배정환, “국제계약에 있어서 준거법 결정에 관한 연구”, *무역상무연구*, 제11권 제1호, 1998, pp.23-57.

서동희, “해상보험과 영국법”, *해상·보험법연구*, 제4권 제1호, 2008, pp.189-200.

석광현, “계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II)”, *서울대학교 법학*, 제52권 제3호, 2011, pp.245-309.

석광현, *국제사법해설(제2판)*, 지산, 2003, pp.200-201.

석광현, “국제상사중재에서 분쟁의 실체에 적용할 준거법 -우리 仲裁法의 해석론을 중심으로-”, *법학논총*, 제23권 제1호, 2006, pp.315-360.

석광현, “국제상사중재에서 중재합의의 준거법”, *법학논총*, 제24권 제1호, 2007, pp.119-151.

석광현, “해사국제사법의 몇 가지 문제점 -준거법을 중심으로”, *한국해법학회지*, 제31권 제2호, 2009, pp.89-144.

오석영, “국제상사중재에 있어서 중재절차의 준거법”, *기업법연구*, 제23권 제3호(통권 38호), 2009, pp.267-287.

전해동, 김진권, “해상보험계약상 영국법 준거약관과 보험법의 적용에 관한 연구”, *해사법연구*, 제19권 제1호, 2007, pp.109-134.

최광준, “새로운 유럽공동체법(Rome II Regulation)상 불법행위에 관한 준거법”, *재산법연구*, 제26권 제3호, 2010, pp.133-169.

한낙현, 김은주, “해상적하보험계약의 클레임 준거법 조항에 관한 연구”, *한국해법학회지*, 제25권 제2호, 2003, pp.57-88.

허해관, “국제무역계약상 분쟁에 대비한 무역실무자의 대응 -준거법문제를 중심으로-”, *한국무역상무학회지*, 제45권 제1호, 2010, pp.51-82.

Francisco J. Garcimartin, “Private International Law and International Civil Procedure,” *The Legal Forum*, Issue 2-2008, 2008, pp.I-62-I-63.

Czepelak, Marcin, “Concurrent causes of action in the Rome I and II Regulations,” *Journal of Private International Law*, Vol.7(2), 2011, pp.393-410.

Dickinson, Andrew, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, OUP, 2008.

Hudson, N. Geoffert, *The Institute Clauses*, 2nd ed., Lloyd’s of London Press, 1995, p.1.

Kuipers, Jan-Jaap, “Party Autonomy in the Brussels I Regulation and Rome I Regulation and the European Court of Justice,” *German Law Journal*, Vol.10,

2009, pp.1505 – 1524.

Merrett, Louise, “Choice of Law in Insurance Contracts under the Rome I Regulation,” *Journal of Private International Law* Vol.5, 2009, p.49.

Nikaki, Theodora, “Contracts of carriage and the Rome I Regulation: has anything really changed?,” *Journal of International Maritime Law*, Vol.16(2), 2010, pp.85 – 98.

Reed, Alan, “The Rome I Regulation and Reapprochement of Anglo-American Choice of Law in Contract: A Heralded Triumph of Pragmatism over Theory,” *Florida Journal of International Law*, Vol.23, 2011, pp.359 – 447.