

보험약관 설명의무 관련 법제 현황 및 개선방안^{*}

- 약관규제법상 편입통제를 중심으로 -

황 현 아^{**}

<차례>

I. 서

IV. 편입통제 적용의 문제점 및 개선방안

II. 보험약관 설명의무 관련 법제

V. 결 어

III. 보험약관 설명의무 인정근거

주제어 : 보험약관, 설명의무, 약관규제법 제3조, 편입통제, 금소법 제19조

<국문초록> 보험약관 설명의무는 1986년 약관규제법 제정 시 도입되어 1991년 상법 개정, 2008년 금융위기, 2010년 보험업법 개정, 2020년 금소법 제정을 거치며 고도화되었다. 현재는 보험약관 설명의무 위반 시 약관규제법상 편입통제, 금소법상 계약해지·손해배상·행정제재, 상법상 계약취소가 중첩적으로 적용되고 있다.

설명 의무는 정보비대칭을 해소하여 계약 체결에 대한 소비자의 실질적 자율성과 주도성을 확보하기 위한 것으로 여겨지고 있으나, 그 인정근거를 보다 구체화할 필요가 있다. 설명 의무 부과를 정당화하기 위한 요건으로 정보 요건(정보의 중요성 및 편재성), 수범자 요건(수범자의 전문성 및 협상우위), 관계 요건(이해충돌 및 정보비대칭 상황 남용 가능성)을 제시해 볼 수 있다. 이는 설명의무 관련 입법 정책 수립 및 사법 판단 시 일응의 기준이 될 수 있을 것이다.

약관규제법상 편입통제는 설명의무 위반에 대한 가장 강력한 통제 수단 중 하나이다. 그런데 고지의무·통지의무와 같이 법정의무인 동시에 약관의 내용인 사항에 대해 편입통제가 적용되면 설명 여부에 따라 법정의무의 적용 여부가 달라지는 문제점이 발생한다. 자동차보험 같은 의무보험 표준약관의 경우 내용 형성의 자유가 사실상 인정되지 않는데, 설명 여부에 따라 고객별로 약관의 내용이 달라지는 것은 형평에 반한다. 편입통제에 의해 고객에게 불리한 조항만을 계약에서 배제한 결과 계약 체결 당시 고객이 얻을 수 없었던 이익을 제공

* 본고는 보험연구원의 2023년 연구보고서 ‘황현아/손민숙, 「보험약관 설명의무에 대한 연구」’의 내용을 요약정리하고 일부 보완한 것입니다.

** 보험연구원 연구위원, 변호사.

- 논문접수일(2024.06.10), 심사개시일(2024.06.26), 게재확정일(2024.06.30)

하게 되는 것 역시 공평하다고 보기 어렵다. 이러한 문제들은 설명의무 위반에 대해 편입통제가 적용되어 발생한 것이다. 향후 보험약관 설명의무 위반에 대해 약관규제법상 편입통제를 배제하거나 적용범위를 제한하는 방안을 고려할 필요가 있다.

설명 의무에 대해서는 기존에 주로 소비자 보호의 관점에 집중하여 논의가 이루어져 왔다. 향후 소비자 보호의 관점과 더불어 규제의 합리성, 보험의 법리, 형평의 관점 등을 종합적으로 고려한 제도 개선 논의가 이루어지기를 기대한다.

I. 서

보험약관 설명의무는 보험법 분야에서 오랜 기간 논의되어 온 중요 쟁점이다. 보험약관 설명의무의 요건을 구성하는 개별 요소 하나하나, 예컨대 설명의무 부담 주체, 이행 시기, 설명 상대방, 설명 대상인 약관의 중요 사항, 설명 방식 등에 대해 수많은 선행연구가 존재한다.¹⁾ 설명의무가 쟁점이 된 개별 분쟁 사례에 대한 연구도 셀 수 없이 많다. 금융소비자 보호에 관한 법률(이하 “금소법”이라 함) 제정으로 ‘금융상품에 대한 설명의무가 도입되며 이것이 기존의 보험약관 설명의무와 같은지, 다르다면 어떻게 다른지도 문제되고 있다.

설명 의무 관련 논의는 약관의 규제에 관한 법률(이하 “약관규제법”이라 함)이 제정된 1986년을 전후하여 본격적으로 전개되기 시작하여, 2008년 금융위기 무렵 금융 분쟁의 중요 쟁점으로 부상하였다. 당시 KIKO, ELS 등 파생금융상품에 투자했다가 큰 손실을 본 고객들이 손실을 회복하기 위해 판매 은행을 상대로 소송을 제기하였는데, 분쟁 초기에는 계약의 불공정성, 사기, 착오 등이 쟁점이 되었으나 최종적으로 설명의무 위반에 따른 손해배상을 통해 대부분의 분쟁이 해결되었다. 당시에는 설명의무에 관한 실정법적 근거가 존재하지 않았기에 법원은 금융기관에게 인정되는 신의칙상 고객보호의무에 설명의무가 포함되는 것으로 보고 설명의무 위반에 대해 불법행위 책임을 인정하였다. 이후 설명의무는 명확

1) 한국학술지인용색인(KCI)에서 키워드 검색을 통해 선행연구를 검색해 보면, 2003년부터 2023년까지 발표된 논문 중 “약관 설명의무”를 키워드로 한 논문이 236건에 이른다. 설명의무 관련 연구가 약관규제법이 제정된 1986년을 전후하여 본격적으로 이루어진 점을 고려할 때, 2003년 이전 논문까지 포함하면 그 숫자는 훨씬 더 많을 것으로 생각된다. 참고로, 설명의무 못지 않게 보험 분쟁의 중요 쟁점이 되고 있는 “작성자 불이익 원칙”에 대해 같은 조건으로 검색했을 때 25건의 논문이 검색되었다.

한 실정법적 근거를 갖게 되었고, 이제는 설명의무의 의의나 근거에 대해 의문을 제기하는 것은 새삼스러운 일이 되었다.

그러나 설명의무가 합리적인 범위에서 인정되고 있는지, 의무 위반에 대한 제재의 수준은 적절한지를 따져보는 것은 여전히 필요하다. 이를 위해서는 설명의무를 직접 정하고 있는 현행 법령에 대한 해석론이 가장 중요하겠으나, 설명의무가 어떻게 도입되었고 어떤 과정을 거쳐 오늘과 같은 모습을 갖게 되었는지, 설명의무의 이론적 근거는 무엇인지를 살펴보는 것도 의미가 있을 것이다.

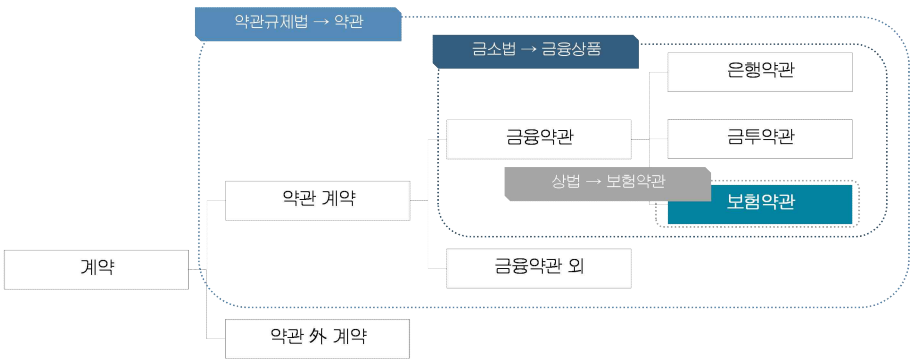
본고에서는 보험약관 설명의무에 관한 법제의 형성 및 변화 과정, 법제 현황, 설명의무 인정근거를 살펴보고, 약관규제법상 편입통제를 중심으로 그 문제점과 개선방안을 제시해보고자 한다.

II. 보험약관 설명의무 관련 법제

1. 법제 현황

보험약관 설명의무 관련 법제로는 상법, 금소법, 약관규제법, 그리고 민법이 있다. 상법 보험편은 보험계약의 내용을 직접 규율하는 법률로, 보험자에게 약관 설명의무를 부과하고 위반시 보험계약자가 계약 체결일로부터 3개월 내에 보험계약을 해지할 수 있도록 하고 있다(상법 제638조의3). 금소법은 금융상품의 판매에 대해 규율하는 법률로, 금융상품의 일종인 보험상품 판매 과정에서 금융상품 판매업자가 준수해야 하는 설명의무에 대해 정하고 있다(금소법 제19조). 금융상품 판매업자가 이를 위반하는 경우 금융소비자는 계약을 해지할 수 있고(금소법 제47조), 손해배상을 청구할 수도 있다(금소법 제44조). 설명의무를 위반한 판매업자에 대해 감독당국은 과태료 및 과징금을 부과할 수 있다(금소법 제57조 및 제69조). 약관규제법은 약관을 이용한 거래에 적용되는 법률로, 사업자는 약관의 중요 내용을 설명하지 않은 경우 이를 계약의 내용으로 주장할 수 없게 된다(약관규제법 제3조). 끝으로 판례는 금융기관이 신의칙상 부담하는 고객보호의무에 설명의무가 포함되고 금융기관이 이를 위반한 경우 불법행위를 구성한다고 보고 있다(민법 제750조).

<그림 1> 보험약관 설명의무 관련 법제 현황



<표 1> 보험약관 설명의무 관련 현행 법제 주요 내용

	약관규제법	금융법	상법
근거 조항	제3조	제19조	제638조의3
주체	사업자	금융상품판매업자 등	보험자
시기	[규정없음]	계약 체결 권유 시	보험계약 체결 시
상대방	고객	일반금융소비자	보험계약자
대상	약관에 정하여져 있는 중요한 내용	상품의 내용, 보험료, 보험금, 위험보장의 범위, 기타 대통령령 및 금융위가 정하는 사항	약관의 중요한 내용
정도	고객이 이해할 수 있을 정도	일반 금융소비자가 이해할 수 있을 정도	[규정없음]
위반 효과	계약 (편입통제) 사업자는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없음	(계약해지) 금융소비자는 계약 해지를 요구할 수 있고, 금융상품판매업자가 정당한 이유없이 이에 응하지 않을 경우 계약을 해지할 수 있음	(계약취소) 보험계약자는 계약 체결일로부터 3개월 내에 계약 취소 가능
	불법 행위	(손해배상) 금융상품판매업자 등은 손해배상책임 부담	
	제재 (과태료) 5천만 원 이하	(과징금) 수입보험료의 100분의 50 이내 (과태료) 1억 원 이하	

이처럼 보험약관은 ‘보험계약이지(상법), ‘금융상품’이며(금소법), ‘약관’에 해당하는데(약관규제법), 이들을 규율하는 각 법령에서 모두 설명의무에 관한 규정을 두고 있어 보험약관에 대해서는 이들 규정들이 모두 중첩적으로 적용된다. 그러나 보험약관 설명의무 관련 법제가 처음부터 이와 같은 모습이었던 것은 아니며, 시기별 경제적, 사회적, 법제적 필요를 수용하는 과정에서 현재와 같은 중첩적 규제 형태의 법제에 이르게 된 것으로 보인다. 보험약관 설명의무 관련 현행 법제의 문제점을 보다 입체적으로 살펴보기 위해 법제 형성 과정에서 이루어진 논의를 살펴볼 필요가 있을 것이다.

2. 법제 형성 과정

(1) 개관

보험약관 설명의무 관련 법제 형성 과정에서 가장 핵심적인 사건은 약관규제법 제정과 금융위기라고 볼 수 있다. 우선 약관규제법 제정 전후, 그리고 금융위기 전후에 설명의무의 의의와 역할, 특히 보험 분쟁에서의 역할에 상당히 큰 변화가 있었다. 한편 약관규제법 제정 시에는 보험약관을 “약관”의 범주에서 주로 다루었다면 금융위기 이후에는 보험약관을 “금융상품”의 범주에서 다루고 있다는 점에서 내용적 측면에서도 차이가 있다.

이하에서는 약관규제법 제정 전, 약관규제법 제정, 약관규제법 제정 이후, 금융위기 직전, 금융위기 이후, 금소법 제정의 순서로 설명의무 관련 입법, 판례, 학설의 변화 과정을 살펴보기로 한다.²⁾

(2) 약관규제법 제정: 보험약관 설명의무 관련

1) 약관규제법 제정 전(1962년~1985년)

보험계약의 중요 사항을 고객에게 알리는 것은 이미 1960년대부터 중요한 이슈였다. 1962년 제정된 보험모집단속법은 제18조에서 보험계약 체결 및 모집에

2) 설명의무 관련 법제의 변천사, 각 단계별 이슈에 관한 학설, 판례의 보다 상세한 내용은, ‘황현아/손민숙, 「보험약관 설명의무에 대한 연구」, 보험연구원, 2023, 12~41쪽을 참고 바랍니다.

관한 금지행위 중 하나로 ‘보험계약자 또는 피보험자에게 보험계약의 계약조항 중 중요한 사항을 알리지 아니하는 행위’를 금지하는 규정을 두었다. 이는 현재와 같은 적극적 의미의 설명의무를 정한 것은 아니었고 불완전판매에 대한 금지규정에 해당하는 것이었다. 이 조항은 1977년 보험모집단속법이 보험업법에 통합되면서 보험업법 제156조로 위치가 이동되었고, 2003년 보험업법 전면개정 시 보험업법 제97조로 조문 위치가 변경되었으며, 현재는 금소법 제21조 부당권유행위 금지조항에 반영되어 있다. 요컨대, 약관규제법 제정 이전까지 설명의무는 보험계약의 중요한 사항을 알리지 않는 행위를 금지하는 소극적 의무의 형태로 규율되고 있었다.

2) 약관규제법 제정(1986년~1987년)

약관규제법은 1986년 12월 제정되어 1987년 7월부터 시행되었다. 약관규제법은 현재도 매우 중요한 역할을 하고 있지만 제정 당시에는 더욱 큰 의의가 있었다. 약관규제법 제정 배경은 크게 3가지로 볼 수 있다. 첫째, 약관에 의한 거래가 늘어나며 불공정 약관에 의한 소비자 피해 사례가 증가하였다. 둘째, 1976년 독일의 보통거래약관법 제정, 1977년 영국의 불공정계약조항규제법 제정 등 주요국에서 약관 거래의 공정성을 확보하기 위한 입법이 이루어졌다. 셋째, 1980년 제정되어 1982년 시행된 구 소비자보호법(현행 소비자기본법)상 국가의 책무인 소비자 권익 보호의 구체적 내용 중 하나로 약관 거래의 공정성 확보가 포함되었다.

약관규제법은 약관의 공정성 확보를 위한 사법통제 장치로 해석통제, 내용통제, 편입통제를 도입하였다. 해석통제는 약관은 객관적·확일적으로 해석해야 하며, 약관의 뜻이 불명확한 경우 고객에게 유리하게, 약관 작성자인 사업자에게 불리하게 해석해야 한다는 것을 의미한다(약관규제법 제5조). 이는 작성자불이익원칙이라고도 하며 주요국의 소비자 보호 입법에 공통적으로 반영되어 있는 내용이다. 내용통제는 약관의 내용이 불공정한 경우 이를 무효로 보는 것을 의미한다(약관규제법 제6조). 이는 불공정한 법률행위를 무효로 보는 민법 제104조와 취지를 같이한다고 볼 수 있다. 편입통제는 약관의 중요한 사항에 대해 사업자가 설명하지 않은 경우 그것을 계약의 내용으로 주장할 수 없다는 것을 의미한다(약

약관규제법 제3조). 그런데 해석통제, 내용통제와 달리 편입통제의 경우 유사한 해외 입법례가 존재하지 않았고, 이를 뒷받침하는 이론적 근거가 명확하지도 않았다. 당시 우리나라 약관규제법의 모델이 되었던 독일의 보통거래약관법의 경우 약관 ‘명시’의무를 정하고 있기는 하였으나 중요한 약관 조항의 내용을 적극적으로 ‘설명’할 의무까지는 부과하지는 않고 있었다. 이처럼 주요국 입법례나 이론적 근거가 뒷받침되지 않는 상황에서 설명의무 편입통제가 전격 도입된데 대해, 약관 거래의 공정성을 확보하기 위해서는 계약 당사자인 고객이 계약의 내용을 잘 알도록 해야 하고, 이를 위해 계약 내용에 대해 설명이 필요하다는 다소 소박한 생각이 배경이 되었을 것이라는 분석이 제시되고 있다.³⁾

보험법학계에서는 약관규제법 제정 전부터 약관규제법 제정에는 신중할 필요가 있고 설령 제정하더라도 보험약관에 대해서는 약관규제법을 적용해서는 안된다는 주장이 유력하였다.⁴⁾ 약관규제법상 편입통제나 개별약정 우선원칙 등은 계약자별 약관의 개별화를 초래하는데 이는 보험의 단체성에 부합하지 않는다는 점, 보험약관 내용의 공정성은 상법 보험편에 의해 이미 확보되고 있는 점, 약관에 대한 감독당국의 인가제도를 통해 약관의 공정성 확보가 가능하다는 점 등이 주된 논거였다. 이러한 의견에도 불구하고 결국 약관규제법이 제정되었고, 보험약관도 약관규제법 적용 대상에 포함되었다. 이후 약관규제법은 다른 어느 약관보다 보험약관 관련 분쟁에서 빈번히 문제되었다.

3) 약관규제법 시행 이후(1987년~2007년)

약관규제법 시행 이후 보험약관에 대한 설명의무 위반이 인정되어 약관 조항의 효력이 부정되는 사례들이 등장하기 시작하였다. 이러한 사례들을 비판하며 상법을 개정하여 보험약관에 대해서는 약관규제법 적용이 배제되도록 해야 한다는 주장이 제기되었고, 1991년 상법 개정 시 보험약관 설명의무에 관한 상법 제 638조의3이 신설되었다.

상법에 설명의무 관련 규정이 마련된 이후, 보험약관에는 약관규제법과 상법이 중첩적으로 적용된다는 중첩적 적용설과 상법만 적용된다는 상법 단독 적용설이 본격 대립하였다. 초기에는 상법 단독 적용설이 유력하였으나, 법원이 중첩적 적

3) 권영준, “약관 설명의무의 재조명”, 「사법」, 통권 제53호, 사법발전재단, 2020, 205쪽.

4) 양승규, “約款規制法の制定에 부쳐”, 「보험조사월보」, 제101권, 韓國保險公社, 1986, 9-10쪽.

용설의 입장을 확고히 하였고 학계에서도 중첩적 적용설이 더 타당하다는 의견이 늘어났다. 이후 대부분 분쟁 사례에서 중첩적 적용설에 따라 약관규제법과 상법이 모두 적용 되었고, 상법 제638조의3은 독자적 의의를 상실하였으며 편입통제에 의한 보험약관의 개별화 문제는 지속되었다. 보험약관 관련 분쟁에서 편입통제의 적용은 주로 면책조항을 약관에서 배제하는 효과를 가져왔는데, 이는 분쟁 당사자의 권익 구제에는 크게 유리하였으나, 계약 체결 당시 선택 가능하지 않은 조건의 계약을 해당 분쟁 당사자에게만 부여한다는 점에서 보험의 원리상 수용하기 어려운 측면이 있었다.

이후 법무부가 2007년 마련한 상법 개정안에서 상법 제638조의3을 재개정하여 보험약관 설명의무에 대해서는 상법만 적용하고 약관규제법은 적용하지 않도록 하는 방안, 즉 상법 단독 적용설의 취지를 입법을 통해 명확히 하는 방안이 제안되기도 하였다. 이 방안은 결국 채택되지는 못하였는데, 중첩적 적용설을 확고히 하고 있는 판례와 정면으로 배치되는 입법인 점, 학계에서도 점차 중첩적 적용설을 지지하는 견해가 늘어났던 점, 2007년 말 발생한 금융위기로 소비자 보호 필요성이 어느 때보다 높아진 점 등이 입법 불발의 배경이었던 것으로 생각된다.

(3) 금융위기 발생 및 금소법 제정: 금융상품 설명의무 관련

1) 금융위기 이전(1970년~2007년)

1970년 이후 증권거래가 활발해지며 증권업자의 각종 부당투자권유행위로 인해 투자자가 손실을 입는 사례가 증가하였다. 이에 대응하기 위해 1976년 증권거래법 개정 시 증권업자 및 임직원의 부당권유를 금지하는 규정이 마련되었다.⁵⁾ 2001년 증권업 감독규정 개정 시에는 일반투자자를 상대로 하는 증권업자의 투자권유 시 적합성 원칙과 설명의무 준수를 요구하는 규정이 신설되었다.⁶⁾ 이 증권업 감독규정상 적합성 원칙과 설명의무에 관한 규정은 우리나라에서 금융기관의 고객보호의무에 관한 최초의 법적 근거이고, 이후 2007년 제정된 자본시장법상 적합성 원칙과 설명의무, 2020년 제정된 금소법상 6대 판매규제의 기초가 되

5) 구 증권거래법 제52조(부당권유행위 등의 금지)

6) 구 증권업 감독규정 제4-15조

었다. 증권업 감독규정 개정 당시 금융감독원은 국제 증권감독자기구의 증권사 영업원칙에 관한 결의(1990. 11.)에 의한 7대 의무인 공정업무처리, 선관주의, 적절한 업무능력 확보, 투자권유의 적합성 확보, 중요정보 제공, 이해상충 방지, 법령준수의무를 참고하여 증권업감독규정을 개정하였다고 밝힌 바 있다.⁷⁾

한편 법원에서도 1990년대 들어 금융회사의 고객보호의무를 인정하기 시작하였고⁸⁾ 금융회사의 고객보호의무 위반을 이유로 불법행위에 기한 손해배상책임을 인정하는 판례도 선고되었다.⁹⁾ 2000년대 들어서는 금융회사의 고객보호의무에 관한 일반론을 제시한 판례도 등장하였다.¹⁰⁾

2) 금융위기(2007년~2010년)

2007년 말 발생한 글로벌 금융위기로 금융상품에서 대규모 손실이 발생하며 금융회사와 고객 간 분쟁이 확산되었다. 주로 파생상품이 분쟁의 대상이 되었는데, 처음에는 (i) 파생상품은 그 구조가 도박이나 다름없어 민법 제103조 반사회 질서 행위에 해당하여 무효라는 주장, (ii) 고객의 공박, 경솔, 무경험에 의해 현저히 불공정한 계약이 체결되었기 때문에 민법 제104조 불공정한 행위에 해당하여 무효라는 주장, (iii) 금융기관이 상품의 구조 및 손실가능성에 대해 고객을 기망하였으므로 민법 제110조의 사기에 해당하여 취소 대상이라는 주장, (iv) 파생상품거래는 계속적 계약이고, 계속적 계약은 사정변경에 의해 해지 가능한데, 금융위기라는 사정 변경이 발생하였으므로 해지가 가능하다는 주장 등이 제기되었다. 그러나 이러한 주장은 모두 배척되었고, 최종적으로 금융기관이 해당 상품의 구조나 손실 가능성에 대해 고객에게 설명을 하였는지 여부, 즉 설명의무 문제로 쟁점이 수렴되었다. 재판 진행 당시에는 자본시장법이 제정되어 시행되고 있었으나 분쟁 대상이 된 금융상품 관련 계약은 대부분 자본시장법 제정 이전에 체결된 것이어서 자본시장법상 설명의무 규정은 적용될 수 없었다. 이에 법원은 금융회사의 고객보호의무를 인정한 기존 판례 법리를 활용하였다. 즉, 금융기관이 신의칙상 부담하는 고객보호의무에 적합성 원칙과 설명의무가 포함된다고 보고, 이

7) 금융감독원(2001. 4. 28.), “증권업 감독규정 개정”

8) 대법원 1994. 1. 11. 선고 93다26205 판결.

9) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94다38199 판결.

10) 대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다49799 판결.

를 위반하는 경우 불법행위가 성립된다고 보아 손해배상책임을 인정한 것이다.

KIKO나 ELS같은 파생상품이 위험성이 크다고는 하나, 그러한 상품이나 판매 행위 자체가 도박, 불공정행위, 사기라는 주장은 우리나라 금융회사의 상품과 영업 전반, 나아가 그에 대한 감독 시스템까지 부정하는 것이어서 채택되기 어려운 주장이었다. 그렇다고 하여 고객에 대해 아무런 보상을 인정하지 않는 것 역시 가혹했다. 이러한 상황에서 적합성 원칙과 설명의무 위반 여부에 따라 손해배상을 하도록 하는 것은 매우 효과적인 분쟁해결방안이었다. 금융기관과 고객의 계약 체결 당시의 구체적 정황, 고객의 경제적 사정이나 상품에 대한 인식 정도를 고려하여 개별 사안별로 구체적 타당성 있는 결론을 내릴 수 있었기 때문이었다. 이후 설명의무는 금융상품 관련 분쟁에서 전에 없이 중요한 역할을 하게 되었다.

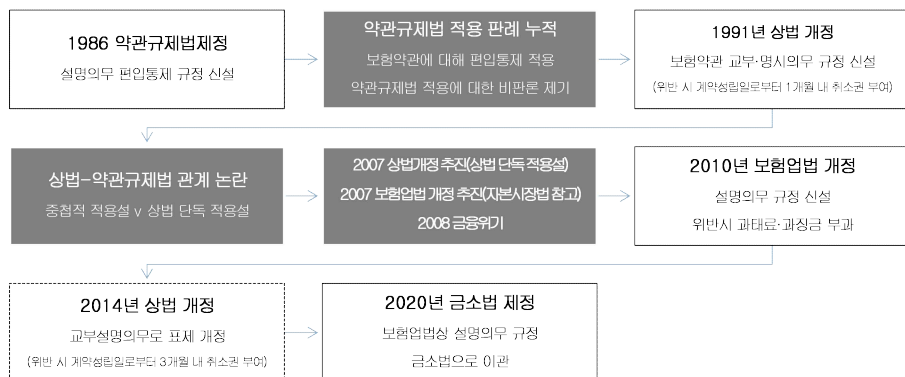
3) 금융위기 이후(2010년~2020년)

금융위기 직후인 2010년 보험업법이 개정되며 보험업자에게 적극적 설명의무를 부과하는 구 보험업법 제95조의2가 신설되었다. 위 조항의 신설에 대해 금융위기 당시 판례 법리가 입법에 반영된 것으로 보는 견해도 있으나, 그보다 동일 기능 동일규제 원칙에 따라 2007년 제정된 자본시장법상 설명의무 조항을 보험업법에도 도입한다는 취지가 컸던 것으로 보인다. 금융투자업자의 부당권유행위와 보험업자의 불완전판매는 그 문제의 실질이 유사한바, 이에 대한 사전 예방책으로 설명의무라는 동일한 규제를 적용기로 한 것이다. 이후 2020년 금소법이 제정되며 금융회사의 6대 판매규제 중 하나로 설명의무가 금소법 제19조에 명시되었고 특히 설명의무에 대해서는 그 입증책임을 전환함으로써 소비자 측의 입증 곤란성을 완화하였다.

(4) 요약 및 정리

이상에서 살펴본 설명의무 관련 법제 형성 과정을 요약하면 <그림 2>와 같다.

<그림 2> 설명의무 관련 법제 형성 과정



설명의무 관련 법제 형성 과정을 통해 세 가지 점을 파악해 볼 수 있다. 첫째, 약관에 대해 사업자가 설명의무를 부담하는 것을 당연하게 여기는 현재의 일반적 인식과 달리 약관규제법 제정 당시에는 설명의무 관련 해외 입법례 및 이론적 근거가 불충분하였고, 현재도 모든 약관에 대해서 일률적으로 설명의무를 부과하는 입법례는 찾아보기 어려우며, 편입통제 적용에 의한 약관의 개별화는 보험의 법리와도 상충되는 면이 있다는 점이다. 즉, 약관규제법상 편입통제는 소비자 보호라는 정책적 목적 달성을 위해 민법 및 보험법의 법리와의 상충에도 불구하고 전격적, 이례적으로 도입된 것이라고 볼 수 있다.

둘째, 약관규제법 제정 시부터 약관규제법과 보험법 법리의 상충 문제를 해소하기 위한 노력이 지속되어 왔다는 점이다. 약관규제법 제정 시 학계 논의, 1991년 상법 개정 시 보험약관 교부·명시의무 규정 신설, 이후 전개된 상법 단독 적용설, 2007년 법무부 상법 개정안 등은 모두 보험약관 설명의무에 대한 별도 법제를 마련함으로써 이러한 상충 문제를 해소하고자 하였다.

셋째, 약관규제법 제정 당시인 1986년에는 금융업이나 보험업 관련 법제에서 부당권유행위 금지, 불완전판매 금지와 같은 소극적 금지 규정만 두고 있었을 뿐 적극적인 정보 제공을 요구하는 법제가 부재하였던 반면, 금융위기 이후 판례 법리, 자본시장법 제정, 보험업법 개정, 금소법 제정 등 입법을 통해 적극적 의무로서의 설명의무가 부과되고 위반에 대한 효과도 다양해지는 등 규제 환경이 크게

변화하였다는 점이다. 특히 금소법 제정으로 손해배상, 계약해지, 과징금 및 과태료 제재가 가능해지면서 설명의무 위반으로 인한 피해를 더욱 효과적으로 구제할 수 있는 방안이 마련되었다고 볼 수 있다.

III. 보험약관 설명의무의 인정근거

1. 논의의 필요성

설명 의무는 소비자 보호를 위해 당연히 인정되는 것으로 여겨지는 경향이 있다. 보다 구체적으로는, 고객이 알지 못하는 가운데 약관에 정하여진 중요한 사항이 계약 내용으로 되어 고객이 예측하지 못한 불이익을 받게 되는 것을 피해야 한다는 점,¹¹⁾ 금융상품 판매업자와 일반 금융소비자 사이의 정보비대칭성으로 인한 교섭력의 차이를 해소하여 일반 금융소비자를 보호해야 한다는 점¹²⁾이 설명 의무의 인정근거로 제시된다. 그러나 고객의 예측가능성 보호를 위해 약관을 ‘명시’하는데 그치지 않고 ‘설명’까지 하도록 하는 것이 적절한지, 정보비대칭성에 의한 교섭력의 차이가 있다는 사정만으로 사인간 거래에서 일방 당사자에게 설명 의무를 부과하는 것이 정당화 될 수 있는지에 대해서는 보다 구체적인 논의가 필요하다고 생각된다.

설명 의무는 금융, 의료, 법률, 계약 등 다양한 분야에서 인정되고 있고, 각 분야별로 설명 의무의 인정근거도 조금씩 상이하다. 약관규제법에 따른 사업자의 약관 설명 의무는 약관 거래의 부합계약성과 그에 따른 소비자 보호 필요성, 금융상품 판매업자의 설명 의무는 금융상품의 복잡성과 그에 따른 소비자 보호 필요성, 의사의 설명 의무는 환자의 자기결정권 보호가 각각 설명 의무 인정근거로 제시된다. 한편 신뢰 보호, 신의칙, 계약 자유 원칙의 실질적 보장 등 민법의 기본 원리가 설명 의무의 인정근거로 제시되기도 한다. 이러한 논의들은 보호 필요성에 의존하거나 다소 막연한 측면이 있다.

11) 대법원 2022. 5. 30. 선고 2003다1556 판결. 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다96454 판결. 대법원 2018. 10. 25. 선고 2014다232784 판결.

12) 한국증권법학회, 「자본시장법 주석서 II」, 2015, 302쪽.

설명 의무가 인정되는 영역은 점차 확대되고 있으며, 약관이나 금융상품 외에 인공지능이나 자율주행차 같이 위험성이 있는 제조물에 대해 제조업자에게 설명 의무를 부과하는 방안도 검토되고 있다. 계약법의 영역에서는 설명의무가 예외가 아닌 원칙의 반열에 올랐다고 보는 견해도 있다.¹³⁾ 향후 다양한 분야에서 설명의무 관련 규정을 도입할 때 누구에게 어떤 내용으로 어느 정도 수준의 의무를 부과할 것인지를 정할 수 있는 기준이 필요할 것이다. 분쟁에서도 쟁점이 되는 사실관계가 설명의무 위반에 해당하는지 여부가 다투어질 때 보다 구체적인 판단 기준이 필요하다. 이를 위해 설명의무의 인정근거를 구체화 해보는 작업이 필요할 것으로 생각된다.

2. 학계의 논의

(1) 기존의 논의

설명 의무 인정근거에 관한 기존의 논의는 계약법적 측면, 불법행위법적 측면, 보험법적 측면으로 나누어 볼 수 있다. 기존의 논의는 설명의무를 인정하기 위한 필요조건을 제시하고 있으나 충분조건에는 이르지 못하거나, 다소 막연하고 광범위한 인정근거를 들고 있다.

1) 계약법적 측면의 인정근거 및 한계

계약법적 측면에서는 주로 계약 체결의 자율성 내지 자기결정권의 실질적 보장을 위해 설명의무가 인정된다고 본다. 계약은 자율적·주도적으로 체결되어야 하고, 이를 위해서는 정보 및 인자·판단의 토대가 마련되어야 하는데, 이를 보장하기 위해 설명의무가 필요하다고 보는 것이다.¹⁴⁾ 약관의 구속력에 관한 계약설 및 의사설에 터잡아 설명의무 인정근거를 설명하는 견해도 같은 맥락이라고 볼 수 있다. 약관상 중요한 내용이 보험계약자 측에게 제대로 설명되는 것이 약관의 효력 근거에 관한 의사설에서 말하는 합의의 기초가 되기 때문에 약관 구속력에 관한 의사설의 입장에서 볼 때 설명의무는 논리적으로 당연히 요구된다는 견해¹⁵⁾, 약관의 내용을 알 수 있는 상태에서 한 합의가 아니라면 그 합의는 진정

13) 권영준, 「민법학의 기본원리」, 박영사, 2020, 135~136쪽.

14) 권영준, 전제서, 135~136쪽.

한 것이 아니므로, 합의가 형식에 흐르는 것을 방지하기 위해 고객에게 약관의 내용을 잘 알 수 있는 기회를 주어야 한다는 견해¹⁶⁾가 이에 해당한다. 금융투자 분야의 경우 자기책임원칙 적용을 위해서는 투자자의 이해도를 충분히 높여줄 필요가 있고 이를 위해 설명의무가 인정된다고 보는데 이 역시 자율성 내지 자기결정권의 측면을 강조한다는 점에서 설명의무에 관해 계약법적 측면의 인정근거를 제시하는 것으로 볼 수 있다.

계약을 계약답게 하기위해 당사자의 자율성과 주도성이 확보될 필요가 있다는 점은 반론의 여지가 없다. 그러나 일방 당사자의 자율성과 주도성 확보의 토대를 마련해 주기 위해 그 거래의 상대방에게 의무를 부과하는 것까지 당연하다고 볼 수는 없다. 자기결정권 행사를 위한 정보의 토대 및 인자·판단의 토대는 스스로 마련하여야 하고, 그러한 토대가 마련되지 못하여 자율성과 주도성이 충분히 확보되지 못한 상태에서 계약을 체결함으로써 발생하는 위험도 스스로 부담하는 것이 원칙이다.¹⁷⁾ 만약 상대방의 방해 행위로 자율성과 주도성이 침해되었거나 당사자의 특수한 사정으로 인해 계약의 자율성과 주도성을 인정하기 어려운 상황이라면 민법상 무효, 취소 법리에 따라 해결되어야 한다. 즉, 거래 일방 당사자의 자기결정권 보장 필요성은 상대방에게 설명의무를 부과하기 위한 필요조건일 수는 있으나 충분조건이라 할 수는 없으며, 수범자에 대한 의무 부과 of 정당성 측면에서 추가적인 논거가 제시될 필요가 있다.

2) 불법행위법 측면의 인정근거 및 한계

판례는 금융기관은 신의칙에 근거하여 고객을 보호해야 할 의무를 부담하고 이러한 의무를 위반한 경우 불법행위가 성립된다고 본다. 보험약관에 대해서도 이러한 신의칙상 고객보호의무에 근거하여 설명의무를 인정한 사례가 있다.¹⁸⁾ 이러한 논리는 설명의무의 실정법적 근거가 마련되어 있지 않은 상황에서 부당권 유행위나 불완전판매행위로 손실을 입은 피해자에게 손해배상청구권을 인정하는 근거로 활용될 수는 있을 것이다. 그러나 입법에 의해 설명의무를 부과할 경우

15) 박세민, 「보험법」, 박영사, 2021, 179쪽.

16) 한기정, 「보험법」, 박영사, 2017, 132쪽.

17) 송영민, “설명 의무 위반의 판단구조”, 「민사법의 이론과 실무」, 제17권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2014, 131쪽.

18) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다229536 판결.

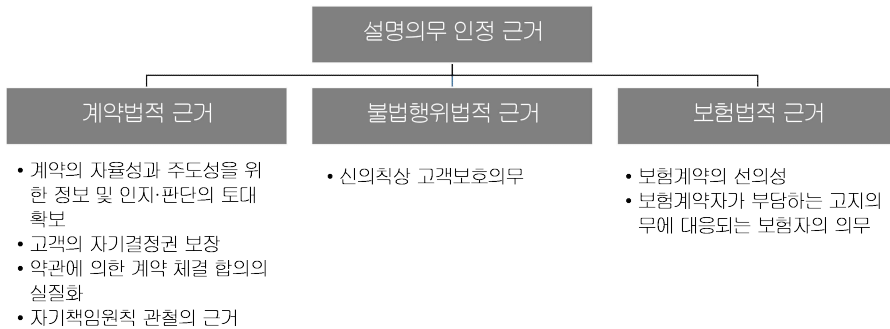
신의칙상 보호의무보다는 좀 더 구체적인 근거가 제시되어야 한다.

3) 보험법적 측면의 인정근거 및 한계

보험법학계에서는 주로 계약법적 측면에 근거하여 보험약관에 대한 설명의무가 인정된다고 보았다. 과거 약관규제법 제정 당시에는 보험약관의 규범적 성질을 고려할 때 약관규제법상 설명의무를 보험약관에 대해서도 적용하는 것은 적절하지 않다는 견해도 있었으나,¹⁹⁾ 현재 대다수의 견해는 보험약관도 규범이 아닌 계약의 일종이므로 보험계약자의 자기결정권을 실질적으로 보장하기 위해 설명의무가 인정된다고 보고 있다.

한편 보험계약의 최대선의원칙을 설명의무 인정근거로 제시하는 견해도 있다. 보험계약의 선의성은 보험계약자에 대해서는 고지의무의 형태로, 보험자에 대해서는 설명의무의 형태로 부과되는 것이라고 본다.²⁰⁾

<그림 3> 설명의무 인정근거에 관한 기존 논의



(2) 설명의무 인정근거 구체화 논의

최근 민법학계를 중심으로 설명의무의 인정근거를 보다 구체화하기 위한 논의들이 진행되바 있다.²¹⁾ 그중 송영민(2014)의 내용을 소개하고자 한다. 송영민

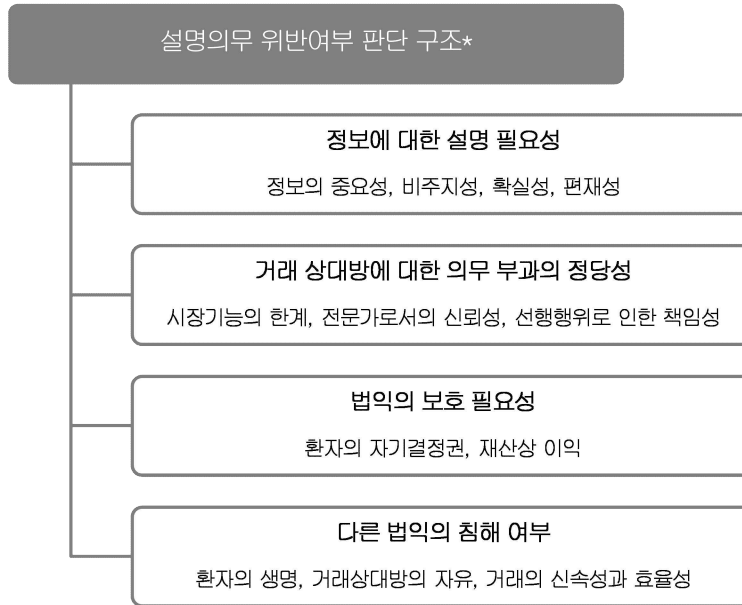
19) 양승규, “保險約款과 約款規制法상의 問題”, 「보험학회지」, 제30권, 한국보험학회, 1987, 12~14쪽.

20) 박세민, “보험자 설명의무 및 약관설명주의의 내용분석과 개정방향에 관한 연구”, 「상사판례연구」, 제28권 제1호, 한국상사판례학회, 2015, 149쪽.

21) 대표적으로 권영준(2020)은 계약법을 자율의 패러다임과 후견의 패러다임의 상호작용을 통해 파악

(2014)은 기본권 제한에 관한 비례의 원칙을 모티브로, 보험계약 체결과 같은 재산적 행위는 물론 의료행위와 같은 비재산적 행위에 대해서도 적용될 수 있는 설명의무 위반 여부 판단구조를 제시하고 있다.

<그림 4> 송영민(2014)의 설명의무 위반 여부 판단구조



* 송영민(2014)의 내용을 토대로 재구성함

첫째, 설명 내용의 성질이다. 이는 달리 말하면 정보에 대한 설명의 필요성이 라고 할 수 있으며, 정보의 중요성, 확실성, 비주지성, 편재성 등을 고려하여 설명 필요성을 판단한다. 정보가 의사결정에 미치는 영향이 크고 확실할수록 설명 의무 인정 필요성이 높아진다. 한편, 정보가 주지의 사실이거나 당사자가 스스로 수집 가능한 범위에 있을 때에는 설명의무 인정 필요성이 낮아진다.

하며, 설명의무는 계약에 대해 자율의 패러다임을 유지하면서 후견을 통해 달성할 수 있는 결과에 가깝게 이르기 위한 방안이라고 분석하고 있다. 김종국(2007)은 기존에 개별 사례 중심으로 논의되었던 설명의무를 일반적인 책임 원리로 정립해 나가야 한다고 보고, 그 근거로 신뢰 보호와 신의 성실의 원칙을 제시하고 있다. 어수용(2011)은 계약체결과정에서 요구되는 설명의무의 근거를 신의칙으로 보고, 의무 인정 요건으로 계약의 교섭, 고지할 이익의 존재, 고의·과실을 제시하면서, 고지할 이익은 선택권의 보호 또는 정보적 약자의 보호를 위해 인정된다고 보고 있다.

둘째, 의무 발생 근거이다. 이는 의무 부과 필요성 내지 정당성이라고 볼 수 있다. (i) 정보 격차 및 교섭력 격차에 의해 시장 기능의 비정상적 상태가 전형적으로 발생하는 경우, (ii) 전문가와의 신뢰관계가 존재하는 경우, (iii) 의무 부과를 정당화하는 당사자의 선행행위가 존재하는 경우 인정된다. 재산적 행위의 경우 시장 기능의 비정상적 상태, 의료행위의 경우 전문가에 대한 신뢰가 설명의무의 필요성을 뒷받침하는 주요 근거가 된다. 선행행위에 의한 설명의무 부과는 개별적인 사정을 토대로 의무 부과 여부를 판단해야 한다.

셋째, 법익 보호 필요성이다. 설명의무에 의해 보호하고자 하는 것이 권리 내지 그와 유사한 법익으로 확립되었는지 여부를 고려하는 것이다. 대표적인 보호 법익은 자기결정권이다.

넷째, 대립되는 권리나 이익과의 관계이다. 이는 설명의무의 부과로 인해 더 큰 권리나 이익이 침해되어서는 안된다는 것을 의미한다. 환자의 자기결정권 보호를 위해서는 설명의무가 인정되어야 하겠지만, 환자의 생명을 구하기 위해 긴급한 조치가 필요한 상황에서까지 설명의무 이행을 요구할 수는 없다. 환자의 자기결정권보다 환자의 생명에 대한 보호 필요성이 더 크기 때문이다. 같은 맥락에서 재산적 행위와 관련하여 설명의무를 부과하는 것이 거래의 자유나 거래의 신속성과 효율성을 과도하게 제약할 경우 그러한 설명의무 부과는 정당화되기 어렵다.

(3) 설명의무 인정근거 구체화를 위한 시론(試論)

1) 개관

우리나라의 법령 및 판례에 의해 인정되는 설명의무는 대체로 둘 이상의 당사자가 관여된 법률행위나 사실행위와 관련하여 당사자 중 일방으로 하여금 상대방에게 일정한 정보를 적극적으로 알리고 나아가 그 정보가 갖는 의미를 이해시킬 의무를 부과하는 것을 의미한다. 설명의무의 의미를 이와 같이 파악할 때, 설명의무가 인정되기 위해서는 둘 이상의 당사자가 존재하여야 하고, 설명의 대상인 정보가 존재하여야 하며, 당사자 간 배려나 합의가 아닌 의무 부과에 의해 설명이 이루어져야 하는 이유가 요구된다고 볼 수 있다. 이러한 개념 요소들이 갖는 특징을 살펴봄으로써 설명의무 인정근거도 보다 구체화 할 수 있을 것이다.

이하에서는 설명의무 인정근거를 크게 정보 요건, 수범자 요건, 관계 요건으로 나누어 살펴보기로 한다.

2) 정보 요건: 정보의 편재성 및 중요성

어떠한 정보에 대해 설명의무를 인정하기 위해서는 그 정보에 대해 설명 내지 제공의 필요성이 인정되어야 할 것인바, 정보제공 필요성의 인정근거로 정보의 편재성과 중요성을 들 수 있을 것이다.

정보의 편재성은 당사자 중 어느 한쪽만이 정보를 보유하고 있음을 의미한다. 보험의 경우, 보험약관 등 상품에 대한 정보는 보험회사 측에 편재되어 있지만, 보험료 및 보험금 산출의 근거가 되는 피보험자 및 보험목적물에 관한 정보는 보험계약자에게 편재되어 있다. 따라서 보험회사와 보험계약자는 각각 자신이 보유하고 있는 정보를 상대방에게 제공하여 그 정보비대칭을 해소할 것이 요구된다. 다만 정보의 편재성만으로 그 정보를 제공해야 할 의무가 당연히 부과되는 것은 아니며, 의무 부과를 위해서는 별도의 근거가 요구된다. 예컨대 보험계약자 측에 편재되어 있는 피보험자 및 보험목적물 관련 정보에 대해 부과되는 고지의무는 보험의 기술성과 선의성이라는 별도의 근거에 의해 인정된다. 즉, 정보의 편재성은 설명의무를 인정하기 위한 필요조건일 뿐 충분조건은 아니다.

정보의 중요성은 해당 정보가 거래에서 중요한 정보일 것을 의미한다. 이는 특정 거래 영역에서 정보가 갖는 의의가 크다는 것을 의미하는 한편, 설명의무 대상인지 여부가 문제되는 특정 정보가 당해 거래에 대한 합의 및 그 이행에 중요한 영향을 미치는 것이라는 의미도 갖는다. 보험계약에서는 정보 자체가 급부의 내용을 결정하기 때문에 일반 물품 거래나 다른 서비스 거래에 비해 거래 자체에 있어 정보의 중요성이 크다. 한편 보험계약 관련 특정 정보가 설명의무 대상인 중요한 정보인지 여부는 기존에 판례가 제시하는 중요성 판단 기준, 즉 계약 체결 여부 및 계약 조건을 결정하거나 계약 전후 행동을 결정하는데 영향을 미치는지 여부를 기준으로 판단하게 된다. 다만 이러한 정보의 중요성도 정보의 편재성과 마찬가지로, 설명의무 부과의 필요조건일 뿐 충분조건은 아니다.

3) 수범자 요건: 전문성 및 협상우위

거래 당사자 중 일방에게 정보제공의무를 부과하기 위해서는 수범자의 특성이 고려되어야 하는 바, 그 요건으로 전문성 및 협상우위를 들 수 있다.

먼저 전문성은 당해 거래에 관해 일방 당사자가 상대방 당사자에 비해 지식과 경험 측면에서 우위에 있음을 의미한다. 전문성은 정보비대칭에 의해 야기되거나 강화될 수 있으나 정보비대칭 그 자체와는 구별된다. 예컨대, 고지의무 대상이 되는 피보험자 및 보험목적물 관련 정보에 대해서도 정보비대칭이 존재하고 이에 대해서는 보험계약자가 정보우위에 있으나, 그렇다고 하여 보험계약자에게 전문성이 인정되는 것은 아니다. 즉, 정보비대칭은 정보의 편재성 문제로 비전문가도 정보우위에 있을 수 있으나, 전문성은 정보의 편재성을 넘어서 관련 분야 전반에 대한 지식과 경험의 차이에 의해 발생하는 것으로 상대방 당사자의 의존성을 야기하는 요소라고 볼 수 있다. 금융, 부동산, 의료, 제약, 법률 등 설명의무가 인정되는 대부분의 분야에서 일방 당사자의 전문성이 인정되고 그 전문성으로 인해 상대방 당사자의 독립성이 약화되고 의존성이 강해진다.

둘째, 협상우위이다. 협상우위는 전문성과 정보의 편재성에 의해 야기되거나 강화될 수도 있으나, 그와는 구별되는 요소이다. 협상우위는 정보의 편재성과 중요성, 일방 당사자의 전문성에 의해 야기되는 상대방 당사자의 의존성, 그리고 뒤에서 살펴볼 이해충돌 가능성에도 불구하고, 당사자가 거래를 거절할 수 없거나 거절하기 어려운 경우 인정될 수 있다. 금융, 의료와 같이 거래 대상이 필수재에 해당하는 경우, 일방 당사자가 시장에서 독점적 지위를 갖는 경우, 계약 체결이 법률에 의해 강제되는 경우 등이 그러하다. 의료서비스의 경우에도 필수의료분야는 정보의 편재성, 중요성, 전문성은 물론 협상우위도 당연히 인정되는 반면 성형이나 미용 분야의 경우 정보의 편재성, 중요성, 전문성은 인정되나 협상우위가 인정된다고 보기는 어렵다. 해당 거래 자체를 하지 않을 수 있는 선택권이 충분히 인정되기 때문이다.

4) 관계 요건: 이해충돌 및 남용가능성

설명 의무가 인정되기 위해서는 둘 이상의 당사자가 존재하여야 하고, 이들 사이의 관계가 배려와 합의에 의한 정보 공유가 어려운 특성을 가질 것이 요구된

다. 양 당사자의 이해관계가 일치하는 경우라면, 중요한 정보가 편재되어 있고, 일방 당사자의 전문성과 협상우위가 인정된다 하더라도, 공동의 이해관계를 추구하는 과정에서 중요한 정보가 자연스레 공유될 수 있어 굳이 설명의무를 부과할 필요는 없기 때문이다. 이러한 관계 요소로 이해충돌과 정보비대칭 상황에 대한 남용가능성을 꼽을 수 있을 것이다.

이해충돌의 경우, 대부분의 거래에 이해충돌적 요소가 포함되어 있기 때문에 별도의 요건으로 인정될 필요가 없다고 볼 수도 있다. 그러나, 거래의 유형에 따라 이해충돌이 거래의 전 과정에서 나타나는 경우도 있고, 당사자가 원하지 않은 결과가 발생했을 때 비로소 이해충돌이 발생하는 경우도 있는바, 이해충돌의 정도는 거래 유형마다 상이하다. 금융기관의 고객보호의무 관련 판례 사례에서 자주 문제되었던 일임매매에 의한 회전거래의 경우, 증권회사 입장에서는 고객의 투자 수익 증가 여부와 관계없이 거래 횟수 자체가 늘어날수록 수수료 수입이 늘어나는 반면 고객 입장에서는 그만큼 비용이 발생하는데, 이는 거래 자체에서 이해충돌이 발생하는 경우라고 볼 수 있다. 부당하게 이루어지는 승환계약도 마찬가지이다. 반면, 직업윤리를 준수하며 이루어지는 정상적인 금융계약이나 의료행위의 경우 금융회사와 고객은 투자수익의 확대, 의사와 환자는 상병의 치료 및 건강 회복이라는 공동의 목표를 추구하고, 이 과정에서는 이해충돌 발생 가능성이 낮지만, 의도치 않게 투자 실패 및 의료사고 등 부정적 결과가 발생한 경우 이해충돌이 현실화된다. 이처럼 거래 유형에 따라 이해충돌 발생 여부 및 발생 정도가 상이한바, 거래 자체로 이해충돌이 발생하거나 이해충돌 발생 시 당사자 일방에게 예상되는 손해나 불이익이 큰 경우 더 무거운 설명의무가 부과될 수 있을 것이다.

남용가능성은 이해충돌 발생 시 정보비대칭 상황을 일방 당사자가 본인에게 유리하게 악용할 가능성을 의미한다. 의료사고 발생 시 의사가 자신의 과실을 부정하기 위해 중요 정보를 은폐하거나 왜곡할 가능성, 금융투자손실이 발생하거나 보험사고가 발생한 경우 금융투자업자나 보험회사가 자신의 책임을 부인하기 위해 정보 편재 상황을 남용할 가능성 등이 이에 해당한다. 남용가능성이 클수록 더 강화된 설명의무가 부과되는 것이 타당할 것이다.

<그림 5> 설명의무 인정근거 구체화 방안



이상에서 살펴본 설명의무 인정근거 구체화 방안은 단순히 이론적인 호기심을 충족하기 위한 것은 아니며, 실제 입법이나 분쟁 해결 과정에서 설명의무 인정 여부나 설명의무 위반 여부의 판단 기준을 제시하기 위한 것이다. 이하에서는 입법론적 측면과 분쟁 해결의 측면에서 활용 가능성을 제시해 보기로 한다.

5) 입법론적 측면의 활용 가능성

우선, 설명의무 인정근거를 세분화함으로써 각 요인별 정도를 고려하여 설명의무 부과 여부 및 수준을 정하는데 참고할 수 있을 것이다. 예를 들어 약관규제법에 의해 일반 사업자가 고객에 대해 부담하는 약관 설명의무를 기준으로 하여 ① 정보의 편재성, ② 정보의 중요성, ③ 전문성, ④ 협상우위, ⑤ 이해충돌, ⑥ 남용가능성 각 항목별로 금융상품판매업자의 설명의무나 의사의 설명의무와 상대 비교가 가능하다.

①~④ 요건 측면에서 볼 때, 의사가 환자에 대해 부담하는 설명의무는 일반 사업자가 부담하는 약관 설명의무보다 더 무겁게 정할 필요가 있을 것이다. 의사가 갖는 정보의 편재성과 중요성, 의사의 전문성과 협상우위는 일반 사업자의 그것에 비해 더 무겁게 평가할 수 있기 때문이다. 반면 ⑤ 이해충돌 및 ⑥ 남용가능성 측면에서는, 의사가 일반 사업자에 비해 고객과의 관계에서 이해충돌 가능성이 더 높거나, 정보 편재 상황을 남용할 가능성이 더 크다고 보기는 어려우나, 의사에게 더 무거운 의무를 부과해야 할 근거가 되지는 않는다. 의료사고라는 부정적 결과 발생 시 이해충돌이 극대화될 수 있고 이에 대비하여 이해충돌 가능성을 높게 평가해야 한다고 볼 수도 있을 것이나, 의료사고에 대한 손해배상 문제를 설명의무로만 해결해야 하는 것은 아니기 때문에 의료사고 가능성에 대한

고려에 지나치게 가중치를 두는 것은 적절하지 않은 것으로 보인다.

금융상품 판매업자의 설명의무의 경우, ②~④ 요소 관련하여 일반 사업자에 비해 설명의무가 강화될 필요가 있을 것이다. 금융거래에서 정보는 일반 약관거래에서보다 더욱 중요하고, 금융분야의 정보가 타 분야 정보보다 이해하기가 어려워 일반 사업자에 비해 전문성 요소가 가중되며, 금융의 필수재로서의 성격으로 인해 협상우위도 더욱 강해지기 때문이다. 반면 이해충돌이나 남용가능성 측면에서는 설명의무를 더 강화해야 한다고 볼 수 있을지는 의문이다. 금융분야가 타 사업분야에 비해 고객과의 이해충돌 가능성이 더 크거나 남용가능성이 더 크다고 보기는 어렵다고 생각되기 때문이다.

이와 같은 방법으로 최근 논의되고 있는 자율주행차 제작사나 인공지능 로봇 제작사에 대해 어느 정도 수준의 설명의무를 부과하는 것이 타당한지에 대해 일응의 기준을 도출해 볼 수 있을 것이다. 이에 대해서는 보다 본격적인 분석이 필요하겠으나, 일응 살피전대, 정보의 편재성, 정보의 중요성, 전문성 측면에서 일반 사업자보다 가중된 설명의무를 부과할 필요가 있을 것으로 생각된다.

6) 분쟁 해결 측면의 활용 가능성

구체적 사례에서 설명의무 위반 여부를 판단할 때에도 6가지 요소가 판단 기준이 될 수 있을 것이다. 자동차보험의 가족운전자 한정특약²²⁾ 관련 설명의무 위반 여부가 문제된 사례를 위 기준에 따라 판단해보자.

먼저 정보 요건과 관련하여, 가족운전자 한정특약상 가족의 범위에 관한 정보²³⁾는 보험회사 측이 보유하고 있고, 가족의 범위에 해당하는지 여부에 따라 보험금 지급 여부가 달라지는바, 일응 정보의 편재성과 중요성이 인정된다고 볼 수 있다. 반면 가족운전자 한정특약상 면책 조항 적용 여부는 보험계약자 측의 가족 관계의 현황에 따라 결정되는데 이에 대한 정보²⁴⁾는 보험계약자 측이 보유하고

22) 자동차보험의 가족운전자 한정특약은 운전자의 범위를 가족 중 일정 범위로 제한하고 그 범위에 포함되지 않는 자가 운전하다가 사고가 발생한 경우에는 의무보험 한도 내에서만 보상하고 그 범위를 넘어서는 보상하지 않기로 하는 특약이다.

23) 예컨대 배우자에 사실혼 배우자가 포함되는지, 포함된다면 중혼적 사실혼 배우자도 포함되는지, 자녀의 사실혼 배우자도 포함되는지 등에 관한 정보가 이에 해당한다.

24) 예컨대, 피보험자의 배우자가 사실혼 배우자인지, 중혼적 사실혼 배우자인지, 피보험자의 자녀의 배우자가 사실혼 배우자인지 여부 등이 이에 해당한다.

있는바 이러한 점은 정보의 편재성과 중요성에 따른 의무부과 필요성을 완화시키는 요인으로 볼 수 있다.

다음으로 수범자 요건과 관련하여, 자동차보험 및 관련 특약에 대해서는 설명의무의 수범자인 보험회사의 전문성이 인정되고 자동차보험의 의무보험으로서의 성격 때문에 보험회사의 협상우위가 인정된다고 볼 수 있다. 반면 자동차보험이 의무보험이긴 하지만 다수의 상품 제공자가 존재하고 실질적인 경쟁이 이루어지고 있다는 사정은 협상우위를 약화시키는 요인이 된다.

끝으로 관계 요건과 관련하여, 가족운전자 한정특약은 피보험자의 범위를 가족으로 한정함으로써 보험료 할인 혜택을 누리는 것이 주된 목적인바, 특약 가입 자체에 이해충돌적 요소가 있다고 보기 어렵다. 즉, 보험회사가 자신의 이익을 위해 고객에게 가족운전자 한정특약 상 가족의 범위에 관한 정보를 제공하지 않을 유인이 존재한다고 보기 어렵고, 이러한 정보를 거래 시 제공하지 않고 은폐하였다가 나중에 보험사고가 발생하게 되었을 때 면책의 수단으로 활용하는 방식으로 남용할 가능성이 있다고 보는 것도 지나치다. 따라서 가족운전자 한정특약과 관련하여 적어도 보험계약 체결 당시에 보험회사와 보험계약자 사이에 이해충돌이나 남용가능성이 인정된다고 보기는 어렵다.

이처럼 가족운전자 한정특약 상 가족의 범위가 설명의무 대상인지, 설명의무 대상이라면 어느 정도 수준으로 설명의무를 요구할 것인지를 판단할 때 ①~⑥의 요소를 고려함으로써 보다 합리적인 결론을 내리는데 도움이 될 수 있을 것으로 생각된다.

(4) 소결

이상에서 설명의무 인정근거로 계약법적 측면, 불법행위법적 측면, 보험법적 측면을 살펴보고, 설명의무 판단구조를 보다 구체화하기 위한 방안으로 정보 요건, 수범자 요건, 관계 요건을 제시해 보았다. 사실 설명의무가 인정되는 것은 이상의 모든 요소가 종합적으로 고려된 결과라 할 수 있다. 통상 정보비대칭과 소비자 보호로 단순화 되어 논의되고 있기는 하나 실제로 그 근거에는 이상에서 제시한 모든 요소들에 대한 고려가 깔려있는 것이다.

그럼에도 불구하고 설명의무 인정근거 내지 판단구조의 구체적 틀을 제시하는

것은 여전히 의미가 있다고 생각된다. 자칫 정보비대칭이나 소비자 보호만으로 설명의무가 당연히 인정되는 것처럼 여겨질 경우 설명의무의 규범력이 오히려 약화될 수 있기 때문이다. 설명의무의 필요성만 강조되고 그 범위와 한계에 대한 논의가 뒷받침되지 않을 경우 설명의무의 비대화를 야기하고 이는 역설적으로 설명의무의 형해화로 이어질 수 있다. 비근한 예로 개인정보에 대한 동의절차의 형해화 현상을 들 수 있을 것이다. 개인정보 수집·제공·활용에 대한 동의 절차는 개인정보에 대한 자기결정권 보호라는 좋은 취지에서 도입되었으나, 너무나 많은 사항에 대해 동의를 요구한 결과, 실상 고객은 자신이 무엇에 동의하는지 알지도 못한 채 동의란에 서명을 하고, 추후에 분쟁이 발생하였을 때 고객의 동의 사실이 오히려 사업자의 면책 사유로 활용되는 등 절차 자체가 형해화되고 있다. 설명의무도 자칫 이와 같은 방향으로 흘러가지 않을까 우려되는 것이 사실이다.

금융거래의 건전성 및 금융소비자 보호에 있어 설명의무의 중요성을 고려할 때, 설명의무의 인정근거 및 설명의무 판단구조를 보다 구체화하기 위한 노력이 이루어질 필요가 있을 것이다.

IV. 편입통제 적용의 문제점 및 개선방안

1. 문제점

(1) 법리적 문제점

1) 약관의 효력에 관한 의사설과 편입통제의 관계

앞서 설명의무에 관한 계약법적 인정근거에서 살펴본 바와 같이 약관의 효력 근거에 관해 의사설을 취하는 이상 설명의무를 인정하는 것이 타당하다고 볼 경우, 설명의무 위반에 대해 편입통제를 적용하는 것도 타당하다고 보게 된다. 약관도 계약인 이상 당사자의 의사 내지 합의에 의해 그 효력이 발생하는 것이고, 약관의 내용을 알지 못한 상태에서 한 합의는 진정한 의사에 기한 것이라고 볼 수 없기 때문에 그 내용을 계약에서 배제하는 것이 당연하다고 보는 것이다.

그러나 약관의 효력의 근거를 당사자의 의사 내지 합의에서 찾아야 한다는 의

사실이 곧 그 약관의 내용을 모두 인지한 상태에서 합의할 것을 당연히 전제하고 있다고 보기는 어렵다. 약관이나 계약의 효력을 발생시키기로 하는 의사는 전체로서의 약관이나 계약에 따르기로 하는 의사일 뿐 그 약관 개별 조항의 내용 하나하나에 대해 모두 동의하고 그에 따르기로 하는 의사를 의미하는 것은 아니기 때문이다. 만약 특정 조항이 불공정한 내용을 담고 있거나 그 의미가 불명확하다면 내용통제 및 해석통제에 의해 약관의 공정성을 회복할 수 있으며, 이러한 불공정성이나 불명확성의 문제가 없는 조항, 나아가 계약의 구조상 당연히 포함되어야 하는 조항을 당사자가 인지하지 못했다는 사정만으로 계약의 내용에서 배제하는 것이 당연하다고 볼 수는 없다. 따라서 약관의 효력 근거에 대해 의사설을 따른다고 하여 곧바로 설명의무 및 편입통제가 당연히 인정되어야 하는 것은 아니다.

요컨대 약관규제법 제3조라는 실정법적 근거를 제외하면, 약관의 내용이 설명이 되지 않았다고 하여 당연히 계약에서 배제되어야 한다고 보아야 할 법리적 근거는 없어 보인다.

2) 설명의무 위반에 대한 일부무효 효과 부여의 문제점

편입통제는 약관의 명문 조항을 계약의 내용에서 배제하는 것으로, 해당 조항의 일부무효와 동일한 효과를 갖는다. 약관규제법 제16조(일부무효의 특칙)도 편입통제와 일부무효의 효과를 동일하게 보고 있다. 그러나 법률행위 무효 사유와 설명의무 위반에는 질적인 차이가 있다. 법률행위의 무효는 그 행위가 반사회질서행위에 해당하거나 현저히 불공정한 경우에 인정되고, 불공정약관 무효도 그 약관의 내용이 고객에게 현저히 불공정한 경우에 인정된다. 이러한 약관 내용 자체의 불공정성과 비교할 때 설명의무 위반은 계약의 취소 사유에도 이르지 못하는 것으로 불법성의 정도가 매우 약하다. 이러한 설명의무 위반에 대해 사실상 법률행위 무효와 동일한 효과를 부여하는 것이 타당한지 의문이다.

3) 약관 개별화의 문제점

편입통제의 가장 큰 문제점은 설명 여부에 따라 약관 내용의 개별화를 초래한다는 것이다. 약관은 본래 다수의 고객에게 동일한 내용으로 적용될 것이 예정되

어 있다. 그렇기 때문에 약관은 객관적·확일적으로 해석되어야 하고, 약관의 내용이 불명확한 경우 적용되는 작성지불이익원칙도 약관의 객관적·확일적 해석을 전제로 한다. 불공정약관 조항 무효의 경우 특정 조항이 무효라고 판단되면 모든 약관에서 동 조항이 배제되어야 한다. 이처럼 약관의 공정성 확보를 위한 3가지 통제방안 중 해석통제와 내용통제는 그 적용 결과 고객별로 약관의 내용이 달라지지 않는다.

반면 편입통제는 설명 여하에 따라 고객마다 약관의 내용이 달라지는 결과를 야기한다. 특정 약관 조항이 그 자체로 타당한 것이라 해도 설명을 하지 않으면 해당 고객에 대해서는 그 내용이 배제되는 것이다. 게다가 이는 사후적으로 적용되는 것이어서 계약 체결 시 보험료를 산출 할 때에는 편입통제에 의해 특정 조항이 배제된다는 점은 반영되지 않는다. 이러한 결과는 다수인이 공동으로 위험에 대비하고자 하는 보험의 원리와 정면으로 배치되고, 수지상등의 원칙이나 보험계약자 평등대우 원칙과도 양립하기 어렵다. 나아가 뒤에서 살펴볼 각종 실무상 문제점을 야기하고, 보험의 선의성을 저해할 우려도 있다.

(2) 실무상 문제점

실제 설명의무 위반에 편입통제를 적용한 결과 다양한 문제가 발생하고 있다. 가장 대표적인 3가지 사례, (i) 고지의무 위반 관련 분쟁 사례, (ii) 자동차보험 관련 분쟁 사례, (iii) 즉시연금 분쟁 사례를 살펴보기로 한다.

1) 고지의무 위반 관련 분쟁 사례²⁵⁾

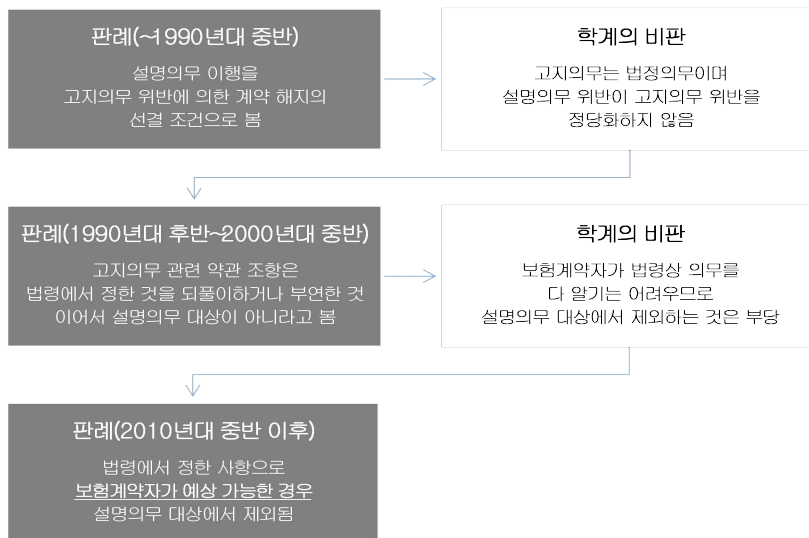
고지의무는 상법상 보험계약자에게 부과된 의무이다. 한편 보험약관은 ‘계약 전 알릴 의무’라는 이름으로 고지의무에 관한 사항을 구체화하고 있다. 그런데 약관상 ‘계약 전 알릴 의무’에 대해 보험자가 설명을 하지 않고, 그 결과 보험계약자가 약관에서 요구하는 ‘계약 전 알릴 의무’를 제대로 이행하지 못한 경우, 그 효과는 어떻게 되는지가 문제된다.

이에 대해 우리 판례는, 처음에는 설명의무 이행을 고지의무 위반에 의한 계약해지의 선결 조건으로 보았다. ‘보험자가 보험약관 명시·설명 의무에 위반하여 보

25) 본 항의 논의는 고지의무와 통지의무에 공통된 것이나, 편의상 고지의무를 중심으로 논의한다.

험계약을 체결한 때에는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없으므로, 보험계약자나 그 대리인이 그 약관에 규정된 고지의무를 위반하였다 하더라도 이를 이유로 보험계약을 해지할 수는 없다고 본 것이다.²⁶⁾ 이에 대해 고지의무는 법정 의무(法定義務)임에도 설명의무의 이행으로 비로소 계약의 내용이 되는 것으로 보는 것은 잘못이라는 학계의 비판이 제기되었다.²⁷⁾ 이후 법원은 약관상 알릴 의무가 법령에서 정한 사항을 되풀이하거나 부연한 정도에 불과한 것이라면 그에 대해서는 명시·설명 의무가 인정되지 않는다고 판단하였다.²⁸⁾ 이에 대해서는 다시, 법률에서 정한 사항이라고 해서 모든 국민이 다 알고 있는 것은 아니므로 설명의무의 범위를 정할 때 관련 법령에서 정하고 있는지 여부를 기준으로 삼는 것은 부당하다는 비판이 제기되었다.²⁹⁾ 이후 법원은 법령의 내용을 정한 약관 조항이라도 그 내용을 일반 보험계약자가 예상할 수 있었는지 여부에 따라 설명의무 대상인지 여부를 판단하고 있다.³⁰⁾

<그림 6> 고지의무 관련 판례 및 학계 논의



26) 대법원 1992. 3. 10. 선고 91다31883 판결.

27) 장경환, 「保險約款의 交付·說明義務, 立法趣旨과 性格을 중심으로」, 「보험학회지」, 제46권, 한국보험학회, 1995, 113쪽.

28) 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결.

29) 김성태, 「상법 保險編 改正의 立法的 基調」, 「법조」, 통권 제613호, 법조협회, 2007, 463쪽.

30) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다217108 판결.

설명의무와 고지의무의 관계에 대해 이러한 복잡하고 다소 어색한 논의가 전개된 것은 설명의무 자체보다 편입통제 조항에 기인한 것으로 보인다. 즉, 보험자가 고지의무나 계약 전 알릴 의무에 대해 보험계약자에게 설명을 해야 하느냐 설명할 필요가 없느냐의 문제보다, 설명을 하지 않은 경우 편입통제 규정에 의해 고지의무에 관한 사항을 계약에서 배제해야 하느냐 아니냐가 핵심인 것이다. 최근 판례는 고객의 예측가능성을 기준으로 설명 대상 여부를 판단하고 있으나 법정의무인 고지의무의 적용 여부가 고객의 예측가능성에 따라 달라지는 것은 문제이다. 고지의무나 통지의무에 관하여 설명이 이루어지지 않았다고 하여 그 조항을 약관에서 배제하는 것, 그리하여 보험계약자가 고지의무나 통지의무를 부담하지 않게 되거나 의무 위반이 존재함에도 불구하고 보험자가 계약을 해지할 수 없게 되는 것은 설명의무의 중요성을 충분히 존중하더라도 수용하기 어려운 결론이다.

이와 관련하여, 약관상 계약 전 알릴 의무 및 계약 후 알릴 의무 조항과 상법상 고지의무 및 통지의무를 별개로 보고, 설명의무 위반으로 효력을 상실하는 것은 전자, 즉 약관상 알릴 의무 조항에 한정되고, 상법상 의무는 여전히 유효하다고 보는 견해가 있다.³¹⁾ 약관상 계약 전·후 알릴 의무와 상법상 고지의무통지의무는 그 요건에 차이가 있고 통상 약관상 알릴 의무가 보험회사 입장에서는 더 유리한데, 보험회사가 그 조항에 대해 설명을 하지 않으면 보험회사는 해당 약관 조항 위반을 원인으로 한 해지(이하 편의상 “약관상 해지”라 함)를 하지 못하게 되나, 보다 엄격한 입증책임을 요하는 상법상 고지의무통지의무 위반에 의한 해지(이하 편의상 “상법상 해지”라 함)는 할 수 있다고 보는 것이다.

상해보험약관의 경우를 예로 들어 보자. 상해보험약관의 계약 후 알릴 의무 조항은 직업 변경 시 이를 보험회사에 통지해야 한다고 정하면서 그 직업의 변경으로 인해 위험이 증가했는지 여부는 묻지 않는다. 반면 상법상 통지의무 위반이 인정되기 위해서는 보험계약자 측이 어떠한 상태가 변경되었음을 알아야 하고(예: 직업이 변경되었다는 사실) 그 변경으로 인해 위험이 증가하였다는 사실도 알아야 할 것이 요구된다(예: 직업의 변경으로 상해 위험이 증가하였다는 사실). 이처럼 약관상 의무와 상법상 의무는 서로 구별되는바, 보험회사가 상해보험약관상

31) 이원석, 「주식상법 제3판 보험」 중 “제1장 통칙 중 제649조~제657조” 부분, 한국사법행정학회, 2023, 252~253쪽.

계약 후 알릴 의무에 대해 설명을 하지 않아서 편입통제에 의해 해당 조항의 효력이 부정되는 경우, 보험회사는 단순히 직업 변경 사실을 알리지 않았다는 사실만으로는 계약을 해지할 수 없고(약관상 해지 불가), 상법상 통지의무에 근거하여 직업 변경 및 그 직업 변경으로 위험이 증가하였다는 사실을 보험계약자가 알면서도 알리지 않았다는 사실을 입증해야만 계약을 해지할 수 있다고 보는 것이다(상법상 해지 가능).

이러한 견해는 약관규제법과 상법의 조화로운 해석·적용을 도모하기 위한 것으로 보인다. 다만, 약관상 알릴 의무와 상법상 고지의무통지의무를 별개의 것으로 파악하는 것이 상법상 불이익 변경 금지 원칙과 조화될 수 있을지 의문이다. 보험회사는 약관의 내용을 구성할 때 상법보다 보험계약자에게 더 불리하게 내용을 정할 수 없다(상법 제663조). 따라서 약관상 계약 전·후 알릴 의무 조항은 상법상 고지의무통지의무 조항보다 고객에게 더 유리하거나 최소한 상법의 규정과 동일하여야 한다. 만약 약관상 알릴 의무와 상법상 고지의무통지의무의 내용에 질적 차이가 있고 전자가 후자보다 보험회사에 더 유리하다고 보게 되면 불이익 변경 금지 위반이 문제될 수 있을 것이다. 이에 대해서는 향후 학계의 추가적인 논의가 요구된다.

2) 자동차보험 관련 분쟁 사례

자동차보험은 의무보험이다. 자동차종합보험 안에 의무보험에 해당하는 담보와 임의보험에 해당하는 담보가 병존하지만, 통상 이를 구분하지 않고 자동차보험 자체를 의무보험으로 여기고 있고, 교통사고처리특례법상 형사상 특례도 자동차종합보험 가입자에게 적용된다. 보험상품도 표준화되어 있다. 보험업감독업무시행세칙상 자동차보험 표준약관에 따라 상품이 구성된다. 자동차보험 약관 자체가 규범인 것은 아니지만 사실상 구속력을 가진다는 점은 부정할 수 없고, 계약 체결 여부와 계약 내용에 관한 보험계약자의 선택권은 제한적이다. 따라서 자동차 보유자라면 의무적으로 가입해야 하는 자동차보험은 그 약관의 내용이 전체 보험가입자에게 공평하고 일관되게 적용될 필요가 있다.

과거 판례는 자동차보험 약관 조항에 관한 설명의무가 다투어진 사례에서 (i) 설명 여부가 계약 체결에 영향을 미치지 못한다고 보아 설명의무를 부정하거나,

(ii) 해당 약관 조항의 내용이 거래상 일반적·공통적인 것이라고 보아 설명의무를 부정하였다.³²⁾ 판례가 이와 같이 자동차보험 약관 규정에 대해 설명의무를 부정한 것은 그 조항이 중요하지 않거나 설명할 필요가 없어서 라기 보다, 설명의무를 인정하게 되면 편입통제가 적용되어 그 조항이 계약에서 배제되는데 이러한 결과가 부당하다고 보았기 때문인 것으로 생각된다. 예컨대, 자동차보험 대인배상 범위에서 피보험자의 가족은 제외된다고 정한 조항이나,³³⁾ 무보험자동차 상해 보상 특약의 보상 기준이 대인배상II의 보상 기준과 다르다는 점,³⁴⁾ 근로기준법에 따라 보상을 받을 수 있는 경우에는 자동차보험에서 보상하지 않는다고 정한 조항,³⁵⁾ 비사업용 자동차로 유상운송행위를 계속적·반복적으로 하던 중 발생한 사고에 대해서는 면책된다고 정한 유상운송면책조항³⁶⁾ 등과 같이 모든 자동차보험 가입자에게 공통적으로 적용되는 조항에 대해 설명의무가 인정되지 않는다고 보았는데, 이는 위 조항의 내용을 고객에게 알릴 필요가 없다고 보았기 때문이 아니라, 위 조항들은 설령 설명을 하지 않았더라도 약관에서 정한 바에 따르는 것이 타당하다고 보았기 때문이라고 생각된다.

그런데 최근 거래상 일반적·공통적인 것이라도 보험계약자의 예측가능성이 없는 경우에는 설명의무가 인정된다고 보는 판례들이 나오고 있다. 1992년 판례에서는 거래상 일반적·공통적인 것이어서 설명의무가 면제된다고 보았던 유상운송면책특약에 대해 2004년 판례에서는 보험계약자가 충분히 예측할 수 있었던 사항은 아니라고 보아 설명의무를 인정하였다.³⁷⁾ 즉, 최근 판례는 법령에서 정한 사항이든, 거래상 일반적·공통적 사항이든, 모두 고객의 예측가능성 여부를 기준으로 설명의무 대상 여부를 판단하고 있다고 볼 수 있다. 학계 및 실무에서는 이러한 판례의 변화에 대해 긍정적으로 평가하는 견해가 다수인 것으로 보인다.³⁸⁾

그러나 의무보험 표준약관의 규범적 성격을 고려할 때 고객의 주관적 사정이

32) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다36642 판결. 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003다7302 판결.

33) 대법원 1994. 10. 25. 선고 93다39942 판결.

34) 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003다7302 판결.

35) 대법원 1990. 4. 27. 선고 89다카24070 판결.

36) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다36642 판결.

37) 대법원 2004. 12. 24. 선고 2003다8688 판결.

38) 김윤중, “보험약관의 설명의무에 관한 주요 쟁점에 대한 대법원 판례의 동향과 분석”, 「사법」, 통권 제61호, 사법발전재단, 2022, 50쪽. 이원석, “보험약관에 관한 대법원 판례 동향”, 「법조」, 통권 제721호, 법조협회, 2019, 1262쪽. 한기정, 전거서, 146쪽.

나 예측가능성에 따라 약관의 내용이 고객마다 달리 적용되는 결과가 타당한 것 인지는 의문이다. 또한 이러한 판단 기준은 거래의 내용과 약관의 의미를 이해하기 위해 노력하는 사람보다 그렇지 않은 사람에게 더 이익이 되는 결과를 야기할 우려도 있다.

3) 즉시연금 분쟁 사례

즉시연금 사건에서도 설명의무는 중요한 쟁점이 되고 있다. 원고들은 만기환급금 지급 재원 공제조항에 대한 설명의무 위반을 이유로 동 조항을 배제하고 순보험료에 공시이율을 곱한 금액을 월연금액으로 지급할 것을 요구하였다. 원고들의 주장이 타당하다고 보게 되면 동일한 만기환급형 즉시연금상품에 가입한 보험계약자들 중 설명을 들은 고객에 대해서는 만기환급금 지급재원을 공제한(적은) 금액을 월연금액으로 지급하는 반면 설명을 듣지 못한 고객에 대해서는 만기환급금 지급재원을 공제하지 않은(많은) 금액을 월연금액으로 지급하는 결과가 된다. 원고들이 주장하는 바와 같은 월연금액 지급 조건은 계약 체결 당시에 선택 가능하지 않았던 사항으로, 설명을 듣지 못한 것이 오히려 보험계약자에게 이익이 되는 결과가 된다.

분쟁 초기 1심 법원들은 보험계약자인 원고 승소 판결을 선고하였다.³⁹⁾ 원고 승소 판결들은 만기환급금 지급재원 공제에 관하여 정하고 있는 산출방법서 내용은 약관에 ‘연금월액을 산출방법서에 따라 계산한다’는 지시문구가 존재하는 경우 비로소 약관에 편입될 수 있으므로 이러한 지시조항이 없는 이상 만기환급금 지급 재원 공제는 계약의 내용이 될 수 없다고 보았다. 또한 지시조항에 의해 약관에 편입된 경우에도 그 조항에 대해 설명을 하지 않았다면 설명의무 위반으로 계약에서 배제된다고 보았다. 즉, 지시조항의 존재와 설명의무의 이행이 모두 충족된 경우에만 만기환급금 지급재원 공제가 가능하다고 본 것인데, 이러한 조건을 충족한 사례는 극히 드물었고,⁴⁰⁾ 그 결과 대부분의 사례에서 원고인 보험계약자들이 승소하였다.

39) 서울동부지방법원 2020. 11. 10. 선고 2019가단114226 판결. 서울중앙지방법원 2021. 1. 19. 선고 2018가단5276365 판결. 서울중앙지방법원 2021. 6. 3. 선고 2018가단5275959 판결. 서울중앙지방법원 2021. 7. 21. 선고 2018가합572096 판결. 서울중앙지방법원 2021. 7. 21. 선고 2019가합585402 판결.

40) 수원지방법원 2020. 9. 23. 선고 2019가합10937 판결.

그런데 뒤이어 선고된 서울중앙지방법원 2021. 10. 13. 선고 2019가합500661 판결은 연금월액 계산에 관한 산출방법서 내용이 계약에 편입되지 않으면 연금월액을 산정할 수 없게 되므로 명시적 지시조항이 없더라도 산출방법상 연금월액 산출 조항은 당연히 약관에 편입된다고 보았다. 또한, 가입설계서를 통해 대략적인 연금월액과 공시이율에 따른 변동가능성을 설명하면 보험계약 체결 여부를 결정할 수 있을 정도의 설명은 이루어진 것으로 볼 수 있다고 판단하였다. 이러한 판단에 터잡아 기존 1심 판결들과 달리 보험회사 승소 판결이 선고되었고, 위 사건에 대한 원고(보험계약자)의 항소가 기각되어 최종 확정되었다.⁴¹⁾

한편, 보험계약자들이 승소했던 1심 판결에 대해 보험회사가 항소를 제기하였고, 다수의 항소심 재판에서 2019가합500661 판결과 유사한 취지의 판단이 이루어졌다. 즉, 산출방법서 중 연금월액 계산 부분은 지시조항 유무에 관계없이 약관의 일부라고 보아야 하거나, 적어도 약관은 산출방법서에 따른 연금월액 계산을 전제로 하고 있다고 보았다. 또한 연금월액은 설명의무 대상인 중요사항이기는 하나, 산출방법서상 복잡한 연금월액 계산 방법 자체를 설명해야 하는 것은 아니고, 산출방법서에 따른 대략적인 연금월액 및 그 변동가능성을 설명하면 된다고 보았고, 계약 체결 과정에서 유형별 생존연금 예시액이 기재된 가입설계서를 교부하며 주요 내용을 설명하였다면 설명의무도 이행되었다고 판단하였다. 또한 만약 설명의무가 불이행되었다고 보아 산출방법서의 내용이 보험계약의 내용이 되지 못하면 나머지 부분만으로 보험계약의 목적 달성이 불가능한바 보험계약은 전부 무효가 된다고 보았다.⁴²⁾ 현재 해당 사건에 대해서는 대법원 판단이 진행 중이다.

일부 하급심 판례는 상속만기형(만기환급형) 즉시연금 상품과 관련하여 보험자가 만기환급금 지급 채원 공제의 근거가 되는 산출방법서상 연금월액 산출근거 조항에 대해 설명을 하지 않았다는 이유로 해당 조항의 적용을 배제하고, 약관 문언 중 ‘월연금액은 공시이율을 적용하여 계산한다’는 조항을 해석함에 있어 작성자불이익원칙에 따라 고객에게 유리하게 ‘공시이율을 적용한다’를 ‘공시이율을

41) 서울고등법원 2023. 2. 16. 선고 2021나2041465 판결.

42) 서울고등법원 2022. 11. 23. 선고 2021나2031642 판결, 서울고등법원 2022. 11. 23. 선고 2021나2031635 판결, 서울중앙지방법원 2022. 12. 21. 선고 2021나38750 판결, 서울중앙지방법원 2023. 1. 10. 선고 2021나13720 판결도 같은 취지이다.

곱한다는 의미로 해석하여 적용하였다. 위와 같은 해석의 결과 당해 사건 원고들이 다른 즉시연금 보험상품 가입자들에 비해 이득을 얻게 된다는 지적에 대해서는, 보험회사의 의무 위반을 보험계약자들이 감수할 필요는 없다고 보아 배척하였다.⁴³⁾

물론 보험회사의 의무 위반으로 인해 보험계약자들이 불이익을 입어서는 안될 것이다. 그러나 보험회사의 의무 위반으로 인해 보험계약자들이 계약 체결 당시 선택 가능했던 범위를 넘어서는 더 큰 이익을 얻는 것 역시 정당하다고 보기 어렵다. 만약 설명의무 위반에 대해 편입통제를 적용하여 이와 같은 결과가 발생한다면, 약관규제법 제16조 단서에 따라 계약 자체가 무효가 된다고 보아야 할 것이다. 즉시연금 관련 다수의 항소심 재판에서는 이러한 점을 고려하여, 만약 보험회사의 설명의무 위반이 인정된다 하더라도 생존연금액 산정 근거 조항이 배제될 경우 나머지 부분만으로는 보험계약의 목적 달성이 불가능하므로 보험계약이 전부 무효가 된다고 본 바 있다. 이러한 판단은 일부무효의 법리에도 부합하고, 나아가 보험의 선의성 측면에서도 타당하다 할 것이다.

2. 제도 개선 필요성

(1) 개관

설명 의무에 의한 분쟁 해결은 소비자의 입증 부담 및 법원의 판단 부담을 줄여주고 개별적 사건의 구체적 사정을 고려하여 분쟁을 해결할 수 있다는 장점이 있다. 특히 문제 되는 약관 조항이 면책사유나 고지의무와 같이 독자적으로 보험계약자에게 의무를 부과하거나 권리를 제한하는 것이어서 그 조항이 없더라도 약관의 효력이 유지될 수 있는 경우 설명의무 위반 및 편입통제는 소비자에게 가장 유리한 결과를 제공할 수 있다. 그러나 편입통제에 의한 분쟁 해결은 법 적용의 일관성, 약관 적용의 형평성, 피해 구제의 공정성을 저해하는 측면이 있다. 이는 보험의 단체성과 선의성, 약관의 객관적·통일적 해석 원칙 등 기존의 법리와도 충돌한다. 이하에서는 편입통제 관련 법제의 개선 필요성을 구체적으로 살펴본다.

43) 서울중앙지방법원 2021. 7. 21. 선고 2019가합585402 판결.

(2) 법령 및 약관의 일관된 적용 필요성

보험약관은 상법 보험편의 내용을 기반으로 마련된다. 약관 조항이라도 그것이 상법 보험편의 규정을 반복하거나, 부연하거나, 구체화한 것이라면 그 조항은 그저 약관 조항으로만 볼 수는 없으며, 법령 그 자체 내지 법령의 해석에 해당하는 것으로 보아야 한다. 따라서 이러한 약관 조항의 경우 보험자의 설명 여부에 관계없이 모든 보험계약자에게 동일하게 적용되어야 한다. 고지의무 통지의무에 관한 약관 조항이 이에 해당한다.

법원은 고지의무 통지의무 관련 약관 조항이 설명의무 대상인지 여부에 대해, 처음에는 설명의무 대상이라고 보았다가, 이후 법령에서 정한 것을 반복하거나 부연하는 것이어서 설명의무 대상이 아니라고 보았다가, 나중에는 법령에서 정한 사항을 단순히 부연한 것은 설명의무 대상이 아니지만 법령의 규정을 구체화한 것인 경우 또는 고객 입장에서 예상하기 어려운 경우에는 설명의무 대상에 포함된다고 보았다. 판례가 이처럼 변경을 거듭한 것은 법정의무의 관철 필요성과 소비자 보호 확대라는 두 가지 가치의 균형점을 찾기 위한 고민의 과정일 것이다. 고지의무 통지의무의 법정의무로서의 성격을 관철하려면 보험자의 설명의무 이행 여부와 관계없이 이를 적용하여야 할 것이고, 그러기 위해서는 설명의무 대상에서 제외해야 한다. 반면 소비자 보호를 위해서는 고지의무 통지의무도 설명의무 대상으로 보아 그에 관한 정보가 소비자에게 제공되도록 할 필요가 있다. 이러한 두 가지 목적을 추구하는 과정에서 판례의 논리는 점차 복잡해져, 이제는 고지의무 통지의무가 설명의무의 대상인지 여부를 당해 조항에 대한 보험계약자의 예측 가능성에 맡겨버림으로써, 정작 규범 자체의 예측가능성을 떨어트리는 결과를 낳게 되었다.

한편, 의무보험 표준약관의 경우 그 자체로 규범인 것은 아니지만 사실상 규범적 성격을 갖는다. 약관의 성격 내지 효력 발생 근거에 대해 현재 계약설이 통설적 지위를 차지하고 있고 규범설은 과거의 이론으로 치부되고 있으나, 그렇다고 하여 약관의 규범으로서의 성격이 완전히 부정되는 것은 아니다. 보험단체의 존재를 전제로 하는 보험약관의 경우 개인 간의 계약보다 단체의 정관에 가까운 특징들을 가지고 있다. 특히 의무보험과 같이 계약 체결 여부나 계약의 조건을 당사자 합의에 의해 변경할 수 없는 경우, 설명의무 위반에 대해 편입통제를 적

용하는 것은 소비자의 합리적 선택에는 크게 기여하지 못한 채 보험계약자에 대한 차등 대우의 결과만 낳게 될 우려가 있다. 과거 판례가 자동차보험약관 조항에 대해 보험 계약 체결 여부에 영향을 미치지 못한다거나 거래상 일반적·공통적인 것이라고 보아 설명의무를 부정했던 것 역시 문제된 약관 조항이 중요하지 않아서라기보다, 설명 여부에 따라 그 조항의 존속이나 적용 여부가 달라져서는 안된다고 보았기 때문이다.

(3) 구체적 타당성 있는 피해 구제 필요성

설명 의무는 개별 사안의 구체적 사정을 고려하여 분쟁을 해결할 수 있다는 장점이 있으나, 위반 시 효과로 편입통제를 적용하게 되면 그 장점이 크게 감소한다. 앞서 본 자동차보험 유상운송 면책특약 관련 설명의무가 문제되었던 1992년과 2004년 판례의 경우, 두 사례 모두 보험자가 유상운송 면책특약을 설명하지 않았음에도 법원은 보험계약자의 예측가능성을 기준으로 설명의무 위반여부 판단을 달리 하였고, 그 결과 보험계약자의 예측가능성이라는 주관적 사정에 의해 보험금을 전부 지급하거나 전혀 지급받지 못하게 되는 All or Nothing의 결과가 발생하게 되었다.

편입통제에 의해 면책조항이나 보험금 산출근거 조항이 배제되어 보험계약 체결 당시 보험계약자가 선택 가능하지 않았던 계약 조건이 사후적으로 부여되는 것 역시 큰 문제이다. 즉시연금 사례의 경우, 만기환급금 지급 자원 공제에 관한 사항에 대해 편입통제를 적용하여 동 조항을 배제하게 되면, 해당 고객은 월연금 액도 많이 받고 만기환급금도 많이 받는, 계약 체결 당시에는 존재하지 않던 보다 유리한 구조의 상품에 가입한 것과 같은 결과가 된다.

이처럼 편입통제의 적용은 구체적 타당성 있는 피해 구제를 오히려 어렵게 만드는 결과를 야기한다. 반면, 설명의무 위반을 인정하더라도 계약취소, 계약해지, 손해배상을 통해 분쟁을 해결하는 경우에는 이러한 문제가 발생하지 않는다. 결국 문제는 설명의무가 아닌 편입통제에 있다고 볼 수 있다.

(4) 설명의무와 편입통제 분리 필요성

이상에서 살펴본바와 같이 편입통제의 적용은 법률 및 약관 적용의 일관성 및 피해자 구제의 구체적 타당성을 저해할 가능성이 있다. 그럼에도 불구하고 설명의무 위반 시 편입통제를 반드시 적용할 수밖에 없는 현재 상황에서는 두 가지 방향의 부작용이 발생할 수 있다.

첫째, 편입통제 적용의 부담으로 인해 중요한 사항임에도 설명의 대상에서 제외하는 경우가 발생한다. 법령에서 정한 사항, 의무보험 표준약관 조항으로 보험계약자의 계약 체결 여부나 계약 내용 결정에 영향을 미치지 못하는 사항, 거래상 일반적·공통적인 사항이어서 계약자간 적용을 달리하는 것이 부당한 사항이 그것이다. 과거 우리 판례가 고지의무나 의무보험 표준약관 조항을 설명의무의 대상에서 제외한 것처럼, 편입통제 적용에 대한 우려로 인해 설명이 필요한 조항에 대해 설명의무를 부과하지 못하게 되는 것이다.

둘째, 편입통제의 효과를 누리기 위해 설명의무 위반을 주장하는 경우도 발생할 수 있다. 당사자 입장에서는 편입통제에 의해 면책사유 등 불리한 조항의 적용을 배제한 채 보험계약을 유지하는 것이 보험계약을 취소해지하는 것보다 오히려 유리하기 때문이다. 이러한 주장이 받아들여질 경우 보험료는 면책사유가 존재하는 것을 전제로 계산된 금액을 납부하고, 보험금은 면책사유가 없는 것을 전제로 산정된 금액을 받게 되어 보험계약자 평등원칙에 반하며, 그로 인한 손실은 결국 다른 보험계약자에게 전가된다는 점에서 경제적으로도 부당하다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는 설명의무 대상과 편입통제 적용 대상을 구별할 필요가 있을 것이다. 즉, 고지의무·통지의무에 대해 보험자가 설명을 해야 하는지 아니면 설명을 하지 않아도 되는지의 문제와, 고지의무·통지의무에 대해 설명이 이루어지지 않은 경우 해당 약관 조항을 편입통제에 의해 배제할 것인지 아닌지의 문제를 구분해야 한다. 약관규제법상 설명의무 위반에 대해 편입통제가 적용되는 상황에서는, 일단 설명의무 대상에 포함되면 위반 시 편입통제 규정에 따라 해당 조항이 계약에서 배제되는 것을 피할 수 없다. 그 결과 법령에서 정한 사항과 같이 편입통제에 의해 계약에서 배제해서는 안 될 사항은 소비자에 대한 정보 제공 필요성이 크다 하더라도 설명의무 대상으로 보기가 어려워진다. 만약 설명의무 위반 시 편입통제가 적용되지 않고 손해배상이나 계약해지에 의해 분

쟁이 해결된다면 법원은 법령에서 정한 사항도 보험계약자 입장에서는 중요한 사항이고 오히려 꼭 필요한 정보이기 때문에 당연히 설명의무 대상이 포함된다고 보았을 것이다. 결국 설명의무 위반에 대해 편입통제를 적용하고 있는 약관규제법이 개선될 필요가 있다.

3. 편입통제 폐지 및 적용 제한 방안

(1) 편입통제 폐지 가능성

약관규제법상 편입통제는 내용통제, 해석통제와 함께 약관에 대한 사법통제를 담당하는 중요한 조항으로 너무나 당연하게 받아들여지고 있다. 그러나 우리나라 처럼 모든 약관 거래에 고객의 요구와 관계없이 합리적 인식 가능성을 넘어서는 적극적 설명의무를 요구하는 입법례는 없다. 따라서 편입통제에 대해서 원점에서 재검토해보는 것도 충분히 가능할 것이다.

학계에서는 이미 약관규제법상 설명의무를 폐지하고 그에 갈음하여 독일처럼 약관에 대한 인식가능성을 부여할 의무를 부과하는 것으로 전환하는 입법을 고려해야 한다는 견해가 제기된바 있다.⁴⁴⁾ 약관규제법에서는 투명성원칙과 명시 의무에 의해 모든 약관에 공통적으로 적용될 수 있는 정보제공의무만을 부과하고, 개별 영역의 특성상 필요한 경우 개별법에서 추가적으로 설명의무의 형태로 구체적으로 강화된 정보제공을 요구하는 것도 가능하다고 보면서, 다만 이미 현존하는 법제 내지 법리를 허물어뜨리는 비용을 감수할 만큼 변화가 필요한지에 대해서는 신중한 검토가 필요하다는 견해도 있다.⁴⁵⁾ 설명의무는 우리나라 약관법의 특징을 나타내는 대단히 중요한 입법으로 평가받고 있고, 오랜 시간 판례와 학설을 통해 관련 법리가 누적되어 왔으며, 소비자 보호와 관련하여 실천적 유용성과 이념적 상징성도 가지고 있는바, 폐지에는 신중할 필요가 있다는 것이다.

그러나, 어떠한 법리가 오래되었더라도 사회적 필요와 규제 환경의 변화에 따라 이를 다른 법리로 대체하거나 변경하는 것은 얼마든지 가능하다. 편입통제 자체도 수백 년에 걸쳐 형성되고 유지되어 온 보험법의 법리와의 충돌을 감수하며

44) 김진우, “국제계약규범에서의 계약조항의 편입”, 「법조」, 통권 제663호, 법조협회, 2011, 120쪽.

45) 권영준, 전개논문, 205쪽.

도입된 것이다. 약관규제법 제정 시 보험법학계에서는 설명의무 및 편입통제를 비롯한 약관규제법의 제 조항들이 보험의 법리와 정면으로 충돌한다는 점을 지적하며 강경한 반대론을 제기하였으나, 약관거래에서 소비자 피해가 확대되는 현실 및 이에 효과적으로 대응할 수 있는 법적 수단이 부재하였던 규제 환경을 고려하여 약관규제법이 제정되었고 보험약관에 대해서도 예외 없이 적용되었다. 편입통제 폐지도 마찬가지이다. 이러한 주장이 수십 년간 쌓여온 약관규제법의 법리를 허물어트리는 것이 될 수 있으나, 편입통제의 폐해나 부작용이 중대하고 보다 합리적인 대체 수단이 존재한다면 이를 폐지하는 입법적 조치도 얼마든지 가능할 것이다. 문제는 편입통제를 폐지해야 할 정도의 폐해가 인정되는지 여부이다.

일반적인 약관 설명의무 조항이 어떠한 폐해나 비용을 발생시키지는지는 별론으로 하더라도, 적어도 보험약관에 관한 한 편입통제 적용이 각종 법리적, 현실적 문제를 야기한다는 점은 앞서 본 바와 같다. 이러한 폐해가 아직 편입통제 자체를 폐지해야 할 정도에 이르는 않는다고 볼 수도 있을 것이다. 또는 편입통제를 보험약관에 적용하는 경우에 한정되는 문제이므로 전체 약관에 적용되는 약관규제법상 편입통제 자체를 폐지할 이유는 되지 못한다고 볼 수도 있다. 그러나, 편입통제 자체를 폐지하지 않더라도 그 적용 범위를 정함에 있어 이러한 폐해를 인식하는 것은 의미가 있다고 생각된다.

(2) 편입통제 적용 범위 제한 가능성

편입통제 자체를 폐지하지 않고 그 적용 범위만 제한하는 것도 고려해 볼 수 있고, 그 방법론으로 해석론적 방법과 입법론적 방법이 있다. 먼저, 해석론적 방법으로, 금소법 및 상법상 설명의무 관련 규정을 약관규제법상 설명의무 규정의 특별법으로 보아 보험약관에 대해서는 금소법 및 상법만 적용된다고 해석하는 것이 가능하다. 이는 약관규제법 제정 이후부터 주장되어 온 상법 우선 적용설과 같은 취지이다. 물론 법원이 확립된 판례에 의해 중첩적 적용설을 채택하고 있지만, 이러한 해석론이 불가능한 것은 아니다. 법원이 중첩적 적용설을 채택하였을 당시에는 특별법으로 상법만 존재하였고, 당시 상법상 설명의무 위반의 효과는 계약 체결 후 1개월 내에 취소권을 행사할 수 있도록 하는 것이어서 소비자 보호 수단으로는 턱없이 부족하였다. 그러나 지금은 금소법이 함께 적용되어 소비

자가 더욱 두텁게 보호되고 있는바, 상법·금소법 우선 적용설에 의해 약관규제법 상 편입통제를 배제하는 것도 충분히 고려해 볼 수 있을 것이다.

한편, 입법을 통해 편입통제 적용 범위를 제한하는 것도 가능하며, 크게 두 가지 방법을 고려해 볼 수 있다. 첫째, 약관규제법 제3조를 개정하여 제3항 단서에 설명의무 적용 제외 대상을 명시하는 방법이다. 적용 제외 대상으로는 (i) 법령에서 정한 내용을 부연하거나 구체화하는 약관 조항 (ii) 주무부처 등의 승인을 받은 표준약관 조항, (iii) 다른 법에서 설명의 대상을 별도로 정하고 있는 경우 등을 고려해 볼 수 있다. 둘째, 금소법을 개정하여 금융상품의 판매와 관련한 설명의무는 본법에 정한 바에 따르고 약관규제법 제3조 제3항은 적용되지 않는다고 명시하는 방법이다.

4. 소비자 보호와의 관계

편입통제 폐지론 내지 적용 제한론을 제기함에 있어 가장 중요하게 고려할 사항은 소비자 보호이다. 편입통제는 약관규제법 제정 이후 무수히 많은 판례를 만들어내며 소비자 보호 수준을 한층 높여왔다. 앞서 말한 폐해도 결국 소비자를 보다 철저히 보호하는 과정에서 부수적으로 발생한 것들이며, 이러한 폐해를 시정하기 위해 소비자 보호 자체를 위협에 빠트릴 수는 없다. 따라서 보험약관에 대해 편입통제를 폐지하거나 적용을 제한할 경우 소비자 보호에 공백이 발생할 가능성이 있는지를 따져보아야 하는데, 결론적으로 소비자 보호에 큰 위협이 발생하지는 않을 것으로 생각된다.

우선, 보험약관에 대해서는 상법, 보험업법, 금소법에 의해 상세한 설명의무가 부과되어 있다. 특히 금소법은 설명의무 위반 시 계약법적, 불법행위법적, 규제법적 측면에서 다양한 효과를 인정하고 있다. 위법계약 해지권은 고객으로 하여금 설명의무 위반에 의해 체결된 계약의 효력에서 벗어날 수 있는 기회를 부여한다. 계약 체결 후 5년까지 해지권을 행사할 수 있도록 정하고 있어, 상법상 계약 취소권 행사 기간이 계약 후 3개월 내로 제한되고 있는 것에 비해 소비자 피해 구제 가능성이 확대되었다고 볼 수 있다. 또한, 설명의무 위반 시 계약 해지 및 손해배상청구가 가능하다는 점이 명문화되었고, 손해배상청구를 위한 고의·과실의 입증책임이 전환되어 보험자가 자신의 고의·과실의 부존재를 입증하지 못하는 한

손해배상책임을 부담하게 되었다. 요컨대, 보험약관에 대해서는 편입통제를 적용하지 않더라도 금소법에 의해 충분한 소비자 보호가 가능한 상황이다.

한편, 편입통제를 적용하지 않을 경우 당해 약관 조항을 소비자에게 알릴 필요가 있는지 여부에 집중하여 설명의무 대상을 정할 수 있게 되어 설명의무 대상이 확대될 수 있다. 앞서 본 바와 같이 과거 우리 판례는 법령에서 정한 사항이나 거래상 일반적, 공통적인 조항이 설명의무 대상에서 제외된다고 보아왔는데, 이는 해당 조항의 내용을 고객에게 알릴 필요가 없다는 취지라기보다 해당 조항을 편입통제에 의해 계약에서 배제하는 것이 부당하다고 보았기 때문인 것으로 생각된다. 만약 설명의무 위반의 효과로 편입통제가 적용되지 않고, 계약해지나 손해배상에 의해 소비자가 구제된다면, 정보 자체의 중요성 및 설명 필요성에 집중하여 설명의무 대상 여부를 판단할 수 있을 것이다. 이 경우 정보제공을 통한 고객의 합리적 선택 가능성 제고라는 설명의무의 본지에 더 부합하는 방향으로 제도 운영이 가능할 것이다.

V. 결 어

보험약관 설명의무는 오래되고 중요한 쟁점이다. 약관규제법 제정 이후 학계와 실무에서 설명의무의 요건과 효과에 대한 치열한 논의가 이루어졌고, 금융위기를 거쳐 금소법이 제정되며 그 중요성은 더욱 커졌다. 설명의무는 보험의 모집, 계약, 보상의 전 과정에서 문제될 수 있으며, 특히 보험 분쟁에 있어 설명의무의 중요성은 두말할 나위가 없다.

그간 설명의무 관련 논의는 주로 소비자 보호 필요성의 측면에서 이루어져 왔고, 설명의무 위반 여부를 판단할 때도 사건 당사자인 소비자가 처한 상황이 최우선으로 고려되었다. 설명은 듣는 사람의 지식과 경험과 상황을 고려하여 이루어져야 비로소 의미가 있는바, 설명의무가 쟁점이 될 때 당사자인 소비자의 주관적 사정이나 예측가능성을 중요하게 고려하는 것은 지극히 타당한 일이다.

그러나 모든 의무는 그로 인해 혜택을 받는 수혜자의 입장과 실제 그 의무를 이행할 부담을 지는 수범자의 입장을 함께 고려하여 그 내용과 한계를 정해야

한다. 수범자가 감당할 수 있는 적정 범위에서 실제 이행 가능한 내용과 형식으로 의무가 부과될 때 그 의무는 비로소 실질적 규범력을 가지기 때문이다. 또한 보험계약과 관련하여서는 보험의 단체성과 선의성, 보험계약자 평등의 원칙 등 반드시 고려해야 할 법리들이 존재한다. 따라서 이러한 법리들과 소비자 보호 필요성을 종합적으로 고려하여 설명의무의 내용과 한계를 정할 필요가 있다.

본고에서는 설명의무의 인정근거와 적용상 문제점을 살펴보았다. 설명의무의 인정근거 구체화 방안으로 정보 요건, 수범자 요건, 관계 요건을 제시해 보았고, 설명의무 적용상 문제점으로 약관규제법상 편입통제와 보험 법리의 충돌 문제를 살펴보고 제도 개선 방안으로 편입통제 적용 제한 방안을 제안해 보았다. 두 가지 모두 시론(試論)에 불과하나 보험약관 설명의무를 “소비자 보호”의 관점뿐 아니라 “보험”의 관점과 “의무”의 관점에서도 조망해 본다는 취지에서 의견을 개진해보았다.

보험약관 설명의무는 소비자가 자신이 입은 피해에 대해 보험회사에 책임을 묻기 위한 창이 될 수 있고, 보험회사가 자신의 면책을 주장하기 위한 방패가 될 수도 있다. 이러한 사후적 책임 배분 기능도 설명의무의 고유하고 중요한 기능임은 분명하다. 그러나 설명의무가 본래 취지에 맞게 진정한 의미에서 소비자의 자율적·주도적 의사 결정을 돕는 데 기여하도록 하기 위해서는 이러한 사후적 책임 배분의 관점 보다 사전적 정보 제공의 관점이 더 중요하게 고려되어야 한다. 이를 위해서는 설명의무를 지나치게 확대하기보다는 꼭 필요한 정보에 대해 실제 이행 가능한 범위 내에서 설명의무를 부과할 필요가 있다. 향후 설명의무의 판단 기준을 구체화하고 그 위반에 대해서 공평 타당한 구제 방안을 마련하기 위한 논의가 보다 활발히 이루어지기를 기대한다.

참고문헌

<단행본>

- 권영준, 「주식민법 제5판 채권각칙(1): “후론 1: 약관의 규제에 관한 법률”」, 한국사법행정학회, 2021.
- 권영준, 「민법학의 기본원리」, 박영사, 2020.
- 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001.
- 박세민, 「보험법」, 박영사, 2021.
- 성대규/안종민, 「한국보험업법」, 두남, 2015.
- 손주찬/정동윤, 「주식상법(보험)」, 한국사법행정학회, 2001.
- 손지열, 「민법주해 XII」, 박영사, 1997.
- 양승규, 「보험법」, 삼지원, 2006.
- 양승규/장덕조/한창희, 「보험법개정의 관점-상법보험편개정안에 대한 비판적 검토-」, 청목출판사, 2007.
- 이원석, 「주식상법 제3판 보험」 중 "제1장 통칙 중 제649조~제657조" 부분, 한국사법행정학회, 2023.
- 정채웅, 「보험업법」, 진한엠엔, 2017.
- 한국증권법학회, 「자본시장법 주석서II」, 2015.
- 한기정, 「보험법」, 박영사, 2017.
- 황현아/손민숙, 「보험약관 설명의무에 대한 연구」, 보험연구원, 2023.
- 황현아/손민숙, 「보험약관 해석기준 연구: 작성자 불이익 원칙을 중심으로」, 보험연구원, 2022.

<논문>

- 권영준, “약관 설명의무의 재조명”, 「사법」, 통권 제53호, 사법발전재단, 2020.
- 김경환, “금융투자상품에 관한 설명의무의 객관적·주관적 성립의 범위”, 「민사판례연구」, 제37권, 민사판례연구회, 2014.

- 김신정, “법무부 상법개정안 재론”, 「비교법연구」, 제9권 제1호, 동국대학교 비교법문화연구원, 2008.
- 김성태, “보험자의 약관설명 의무”, 「민사판례연구」, 제12권, 민사판례연구회, 2000.
- 김성태, “상법 保險編 改正의 立法的 基調”, 「법조」, 통권 제613호, 법조협회, 2007.
- 김윤중, “보험약관의 설명의무에 관한 주요 쟁점에 대한 대법원 판례의 동향과 분석”, 「사법」, 통권 제61호, 사법발전재단, 2022.
- 김윤중, “상법상 보험약관 교부 및 설명의무와 독일 보험계약법 개정안의 소비자정보제공 등의 의무에 대한 고찰”, 「외법논집」, 한국외국어대학교 법학연구소, 2007.
- 김은경, “즉시연금보험의 법적 쟁점”, 「상사판례연구」, 제32권 제2호, 한국상사판례학회, 2019.
- 김종국, “설명 의무의 법적 지위”, 「경희법학」, 제42권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2007.
- 김진우, “국제계약규범에서의 계약조항의 편입”, 「법조」, 통권 제663호, 법조협회, 2011.
- 맹수석/이준교, “약관해석과 설명의무 관점에서 즉시연금소송 1심판결에 대한 비판적 고찰 - 서울 중앙지방법원 2021. 10. 13. 선고 2019가합500661 판결을 중심으로 2019가합 500661”, 「보험법연구」, 제16권 제1호, (사)한국보험법학회, 2022.
- 맹수석, “보험업법의 현안과 개정 방안”, 「금융법연구」, 제3권 제2호, 한국금융법학회, 2006.
- 박세민, “保險法 改正方向에 관한 研究”, 「법조」, 통권 제596호, 법조협회, 2006.
- 박세민, “보험자 설명의무 및 약관설명 의무의 내용분석과 개정방향에 관한 연구”, 「상사판례연구」, 제28권 제1호, 한국상사판례학회, 2015.
- 송영민, “설명 의무 위반의 판단구조”, 「민사법의 이론과 실무」, 제17권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2014.
- 양승규, “約款規制法の 制定에 부쳐”, 「보험조사월보」, 제101권, 韓國保險公社, 1986.
- 양승규, “保險約款과 約款規制法상의 問題”, 「보험학회지」, 제30권, 한국보험학회, 1987.
- 양승규, “保險者의 約款說明義務違反과 保險契約者의 告知義務違反의 效果”, 「저스티스」, 제29권 제2호, 한국법학원, 1996.
- 양승규, “보험거래는 금융거래인가?», 「보험법연구」, 제4권 제2호, (사)한국보험법학회, 2010.

- 양승규/장덕조, “보험자의 보험약관 명시설명의무”, 「서울대학교 법학」, 서울대학교 법학 연구소, 1999.
- 어수용, “계약체결과정에서의 설명의무와 선택권의 보호-대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다 86000 판결에 대한 평석”, 「재산법연구」, 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011.
- 이상훈, “판례를 통하여 본 보험약관의 명시설명의무”, 「사법연수원 교수 논문집」, 사법연 수원, 2010.
- 이성남, “2010년 개정 보험업법에 관한 고찰”, 「보험법연구」, 제4권 제2호, (사)한국보험법 학회, 2010.
- 이원석, “약관규제법에 대한 최근 대법원 판례 동향”, 「외법논집」, 제41권 제1호, 한국의 국어대학교 법학연구소, 2017.
- 이원석, “보험약관에 관한 대법원 판례 동향”, 「법조」, 통권 제721호, 법조협회, 2019.
- 장경환, “普通保險約款(AVB)에 대한 獨逸普通去來 約款規制法(AGBG)上の 實體法的 規制”, 「보험학회지」, 제33권, 한국보험학회, 1988.
- 장경환, “保險約款의 交付說明義務; 立法趣旨와 性格을 중심으로”, 「보험학회지」, 제46 권, 한국보험학회, 1995.
- 장경환, “보험약관과 약관규제법”, 「보험법연구」, 제2권, (사)한국보험법학회, 1998.
- 장경환, “상법 제4편(보험) 제1장(통칙)의 주요 개정 과제”, 「보험법연구」, 제1권 제1호, (사)한국보험법학회, 2007.
- 장경환, “만기형 즉시연금보험의 연금액 계산에서 만기보험금 충당액의 차감에 관한 보험자 의 설명의무”, 「보험법연구」, 제12권 제2호, (사)한국보험법학회, 2018.
- 장덕조, “보험자의 설명의무”, 「민사판례연구」, 제29권, 민사판례연구회, 2007.
- 장덕조, “즉시연금 사건의 법적 쟁점에 관한 연구”, 「금융법연구」, 제15권 제3호, 한국금 융법학회, 2018.
- 장덕조, “즉시연금 판결 비판-서울 중앙지방법원 2021. 10. 13. 선고 2019가합500661 판결 에 대하여-”, 「금융법연구」, 제19권 제3호, 한국금융법학회, 2022.
- 정병석, “보험약관의 설명의무 판례에 비춰본 보험법 개정안”, 「원광법학」, 제23권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2007.
- 정진욱, “즉시연금보험약관에 관한 법리적 검토”, 「재산법연구」, 제38권 제3호, 한국재산 법학회, 2021.

최병규, “약관설명의무에서 정보제공의무로의 발전방안”, 『경제법연구』, 제11권 제1호, 한국경제법학회, 2012.

한기정, “금융투자업법의 제정이 보험업법 개정에 미칠 영향 - 영업행위규제를 중심으로”, 『보험개발연구』, 제18권 제2호, 보험연구원, 2007.

<기타>

국회법제사법위원회, 「商法中改正法律案 審査報告書」, 1991.

국회법제사법위원회, 「상법 일부개정법률안(보험편)에 관한 공청회」, 2009.

재정경제부 금융정책국, 「보험업법 개정 요강」, 2007.

〈Abstract〉

A Review on the Duty of Explanation of Insurance Terms and Condition

Hwang, Hyun A*

The legislation concerning the duty to explain insurance terms and conditions has undergone significant refinement through various stages: the enactment of the Act on Regulation of Terms and Conditions in 1986, the amendment of the Commercial Act in 1991, the global financial crisis in 2008, the amendment of the Insurance Business Act in 2010, and the enactment of the Financial Consumer Protection Act in 2020. Currently, violations of the duty to explain are subject to multiple regulatory layers, including the control of incorporation under the Act on Regulation of Terms and Conditions, contract termination, indemnification for damages, administrative sanctions under the Financial Consumer Protection Act, and contract cancellation under the Commercial Act.

The duty to explain aims to resolve information asymmetry and ensure the substantial autonomy and initiative of consumers in contract formation. However, detailed discussions are required regarding its rationale and requirements. The rationale for the duty to explain has been examined from the perspectives of contract law, tort law, and insurance law. Specific requirements may include information requirements (importance and asymmetry of information), obligor requirements (expertise and bargaining power of the obligor), and relational requirements (conflicts of interest and potential for abuse). These could serve as preliminary standards in legislative policy-making and judicial decisions related to the duty to explain.

The control of incorporation under the Act on Regulation of Terms and Conditions is one of the most stringent measures for regulating violations of the duty to explain. However, when applied to statutory

* Korea Insurance Research Institute Research Fellow, Attorney at law.

obligations, such as the duty of disclosure included in the terms and conditions, it results in issues where the applicability of statutory obligations differs based on whether they were explained. For standard terms in mandatory insurance like auto insurance, it is inequitable for the content to vary among customers based on whether explanations were given. Furthermore, excluding only disadvantageous clauses from the contract by applying incorporation control and thereby providing benefits that customers could not have obtained at the time of contract formation is also unfair. These problems arise from the application of incorporation control to violations of the duty to explain. Therefore, it is necessary to consider excluding or limiting the scope of incorporation control for violations of the duty to explain insurance terms.

Discussions on the duty to explain have traditionally focused on consumer protection. Moving forward, there needs to be comprehensive consideration of consumer protection, the rationality of regulation, the principles of insurance, and equity in discussions on policy improvement.

Key Words : Insurance Terms and conditions, Duty of Explanation, Article 3 of the 「Act on Regulating Standard Form Contract」, Incorporation Control, Article 19 of the 「Financial Consumer Protection Act」