

보험자 약관설명 의무의 대상 여부의 판단기준에 대한 고찰

- 대법원 2016.9.23. 선고 2016다221023 판결에 대한 평석을
중심으로 -

최 병 규*

<차례> _____

| | |
|----------------|-----------------------------------|
| I. 머리말 | IV. 독일에서의 논의 |
| II. 대상판례 | V. 판례 및 학설의 입장과 설명대상의 적정한 구별기준 |
| III. 관련 대법원 판례 | VI. 맺음말 |

주제어 : 약관설명 의무, 보험약관의 특수성, 상법적용설, 중첩적용설, 법규반복약관, 예측가능성, 의무보험, 면책약관

<국문초록> 일반적으로 약관을 사업자가 설명을 하여 줄 때 중요한 사항만 설명하면 된다. 그런데 무엇이 중요한 사항인가가 관건이다. 이는 특히 보험분야에서 문제가 된다. 보험분야에서 약관설명 의무의 대상 여부를 판단할 때에는 해당 보험종목의 성격을 고려하여 각각 판단하여야 한다. 일반적으로 법원은 보험계약의 중요한 내용에 해당하는 사항이라고 하더라도 보험계약자나 그 대리인이 그 내용을 충분히 잘 알고 있거나, 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있거나, 이미 법령에 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사항이라면 그러한 사항에 대하여서까지 보험자에게 명시 설명 의무가 인정된다고 할 수는 없다는 입장이다. 이 기준이 있음에도 구체적인 사건에서는 보험약관이 설명의 대상인지 여부가 여전히 문제가 되고 있다. 그 선별이 무엇보다도 중요하다. 대법원 판례가 일단 제시한 기준은 일응은 합리성이 있다. 다만 법률에 규정이 되어 있는 내용이라고 하더라도 설명을 해주어야 할 경우가 있고 설명을 하지 않

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

- 논문접수일(2016.12.08), 심사개시일(2016.12.24), 게재확정일(2016.12.26)

아도 된다. 그 구별기준을 지금보다는 보다 더 정치하게 마련하여야 한다. 관건은 국민들이 그 내용을 인지하고 있는지 여부이다. 일응 법률의 규정이 있으면 어느 정도 예측가능성을 부여하고 있다는 점에서 설명의무의 대상에서 제외하는 것은 가능하지만 그래도 의외성이 인정되는 내용에 대해서는 따로 설명을 해주어야 한다고 본다. 그 기준은 일률적으로 정할 수 없고 사안별로 케이스 바이 케이스로 판단하여야 할 것이다. 한편 이 글에서 고찰의 대상으로 삼은 판례의 사실관계에서는, 세월호에 화물을 실은 차량을 선적하고 가다가 세월호가 침몰하여 화물이 멸실된 경우에 차량이 선박에 선적되어 선박을 동력수단으로 해상구간을 이동하는 경우에는 제외된다는 점에 대하여 설명을 해주지 아니하였다. 그런데 그 보험은 행정적 요건을 갖추기 위한 일종의 의무보험이라는 점에서 해당 면책내용을 설명하였어도 들을 보험을 들지 아니하지는 않았을 관계가 인정이 된다. 그리하여 결국은 약관대로 면책 처리가 가능하다고 판결을 한 대법판결의 결론은 정당하다고 본다.

I. 머리말

보험약관은 일반약관과 마찬가지로 보험자가 설명을 해주어야 계약의 내용으로 주장할 수 있다. 그렇다고 하여 모든 약관을 다 설명하여야 하는 것은 아니다. 그중 중요한 사항만 설명하면 된다. 그런데 무엇이 중요한 사항인지가 관건이다. 이는 해당 보험종목의 성격을 고려하여 각각 판단하여야 한다. 일반적으로 법원은 보험계약의 중요한 내용에 해당하는 사항이라고 하더라도 보험계약자나 그 대리인이 그 내용을 충분히 잘 알고 있거나, 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있거나, 이미 법령에 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사항이라면 그러한 사항에 대하여서까지 보험자에게 명시 설명의무가 인정된다고 할 수는 없다는 입장이다. 이 기준이 있음에도 구체적인 사건에서는 보험약관이 설명의 대상인지 여부가 여전히 문제가 되고 있다. 이에 본 논문에서는 최근의 대법원 판례를 중심으로 하여 보험자약관설명무의 대상을 판단하는 기준을 제시하려고 한다. 특히 그 과정에서 독일의 논의를 비교법적으로 고찰하고 현행제도의 문제점을 도출해내고 개선방안을 제시한다.

II. 대상판결 - 대법원 2016.9.23. 선고 2016다221023 판결

“일반적으로 보험자 및 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 사람은 보험계약의 체결에 있어서 보험계약의 중요한 내용에 대하여 구체적이고 상세한 명시·설명 의무를 지고 있다. 그러나 명시·설명 의무가 인정되는 것은 어디까지나 보험계약자가 알지 못하는 가운데 약관의 중요한 사항이 계약 내용으로 되어 보험계약자가 예측하지 못한 불이익을 받게 되는 것을 피하고자 하는 데 근거가 있으므로, 만약 약관조항에 관한 명시·설명 의무가 제대로 이행되었더라도 그러한 사정이 보험계약의 체결 여부에 영향을 미치지 아니하였다면 약관조항은 명시·설명 의무의 대상이 되는 보험계약의 중요한 내용이라고 할 수 없다(화물운송주선업 등을 영위하는 甲 주식회사가 乙 보험회사와 체결한 적재물배상책임보험의 보통약관에서 ‘보상하는 손해’에 관하여 피보험자가 화주로부터 수탁받은 시점으로부터 수하인에게 인도하기까지의 운송 과정(차량운송 및 화물운송 부수업무) 동안에 발생한 보험사고로 수탁화물에 대한 법률상의 배상책임을 부담함으로써 입은 손해를 보상한다고 규정한 사안에서, 위 보험계약은 화물자동차 운수사업법에 따라 일정 규모 이상의 화물자동차를 소유하고 있는 운송사업자나 특정 화물을 취급하는 운송주선사업자 등이 반드시 가입하여야 하는 의무보험으로서, 보험계약자인 甲 회사로서는 보험금 지급대상이 되는 보험사고가 ‘차량운송 및 화물운송 부수업무가 이루어지는 육상운송 과정 동안에 발생한 보험사고에 한정되고 수탁 화물을 적재한 차량이 선박에 선적되어 선박을 동력수단으로 해상구간을 이동하는 경우에는 제외된다는 설명을 들었더라도 보험계약을 체결하였을 것으로 보이므로, 위 약관조항은 명시·설명 의무의 대상이 되는 보험계약의 중요한 내용이라고 할 수 없다고 한 사례).

III. 관련 대법원 판례

기존의 대법원 판례는 약관설명 의무의 대상이 된다고 한 경우와 대상이 아니라고 한 것으로 나누어 볼 수 있다.

1. 판례의 태도

(1) 약관설명의 대상으로 본 경우

1) 기왕증감액규정)

“정액보험인 상해보험에서는 기왕장해가 있는 경우에도 약정 보험금 전액을 지급하는 것이 원칙이고 예외적으로 감액규정이 있는 경우에만 보험금을 감액할 수 있으므로, 이 사건 기왕장해 감액규정과 같이 후유장해보험금에서 기왕장해에 해당하는 보험금 부분을 감액하는 것이 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있는 내용이라고 볼 수 없다. 또한, 위 감액규정이 이미 법령에 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사항이라고 볼 수도 없다. 따라서 보험계약자나 그 대리인이 그 내용을 충분히 잘 알고 있지 않는 한 보험자는 위 감액규정을 명시·설명할 의무가 있다.”

2) 직업·직무변경조항)

“보험계약을 체결한 후 피보험자가 그 직업 또는 직무를 변경하게 된 때에는 보험계약자 또는 피보험자는 지체 없이 이를 피고에게 알려야 하고, 그 알릴 의무를 불이행할 경우 피고는 그 사실을 안 때부터 1개월 이내에 보험금이 감액 지급됨을 통보하고 감액된 보험료를 지급한다는 내용의 이 사건 보험약관 제25조이하 ‘이 사건 약관조항이라 한다’는 보험료율의 체계 및 보험청약서상 기재사항의 변동사항에 관한 것으로서 보험자가 명시·설명하여야 하는 보험계약의 중요한 내용에 해당되는 것으로 보인다. 그리고 이 사건 약관조항은 상법 제652조 제1항 및 제653조가 규정한 ‘사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된’ 경우에 해당하는 사유들을 개별적으로 규정하고 있는 것이므로 상법 제652조 제1항이나 제653조의 규정을 단순히 되풀이하거나 부연한 정도의 조항이라고 할 수 없다.”

- 1) 대법원 2015.3.26. 선고 2014다229917,229924 판결. 이 판결에 대한 평석으로는 김선정, “상해보험 계약상 기왕장해 감액규정이 설명할 중요사항인지 여부,” 월간생명보험 제436호, 2015년 6월호, 38쪽 아래; 이 판결에 대한 평석으로는 장덕조, “2015년도 보험법 판례의 동향과 그 연구,” 「2015년 상사판례 회고」, 한국상사판례학회 동계공동학술대회 자료집, 2016.2.16., 12쪽 아래 참조
- 2) 대법원 2014.7.24. 선고 2013다217108 판결. 이 판결에 대한 평석으로는 김선정, “보험자는 고객의 직업변경을 자신에게 알리도록 설명하여야 하는지 여부,” 「월간생명보험」 제427호, 2014년 9월호, 38쪽 아래 참조

3) 외과적 수술면책조항³⁾

“특정 질병 등을 치료하기 위한 외과적 수술 등의 과정에서 의료과실이 개입되어 발생한 손해를 보상하지 않는다는 것은 일반인이 쉽게 예상하기 어려우므로, 약관에 정하여진 사항이 보험계약 체결 당시 금융감독원이 정한 표준약관에 포함되어 시행되고 있었다거나 국내 각 보험회사가 위 표준약관을 인용하여 작성한 보험약관에 포함되어 널리 보험계약이 체결되었다는 사정만으로는 그 사항이 ‘거대상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이 충분히 예상할 수 있었던 사항에 해당하여 보험자에게 명시·설명 의무가 면제된다고 볼 수 없다.”

4) 타인의 사망보험시 서면동의⁴⁾

“타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의 체결에 있어서 보험모집인은 보험계약자에게 피보험자의 서면동의 등의 요건에 관하여 구체적이고 상세하게 설명하여 보험계약자로 하여금 그 요건을 구비할 수 있는 기회를 주어 유효한 보험계약이 체결되도록 조치할 주의의무가 있고, 그럼에도 보험모집인이 위와 같은 설명을 하지 아니하는 바람에 위 요건의 흠결로 보험계약이 무효가 되고 그 결과 보험사고의 발생에도 불구하고 보험계약자가 보험금을 지급받지 못하게 되었다면 보험자는 보험업법 제102조 제1항에 기하여 보험계약자에게 그 보험금 상당액의 손해를 배상할 의무가 있다(대법원 1998. 11. 27. 선고 98다23690 판결, 2006. 4. 27. 선고 2003다60259 판결 등 참조).”⁵⁾

5) 타차운전시 담보 및 면책조항⁶⁾

“이 사건 보험계약에 적용되는 '다른 자동차 운전담보 특별약관에 의하면, '무

3) 대법원 2013.6.28. 선고 2012다107051 판결. 이 판결에 대한 평석으로는 김선정, “의료처치면책조항도 설명하여야 하는지 여부,” 「생명보험」 제417호, 2013년 11월호, 44쪽 아래; 백승재, 2013년 분야별 중요판례분석(보험법), 법률신문 2014년 5월 23일자 참조.

4) 대법원 2007.9.6. 선고 2007다30263 판결.

5) 이에 대하여는 그 밖에도 다음의 판례 참조: 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다23690 판결, 대법원 1997. 11. 14. 선고 97다26425 판결, 대법원 1997. 11. 14. 선고 97다26418 판결, 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다54830,54847 판결, 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다55499,55505 판결, 대법원 2004. 4. 23. 선고 2003다62125 판결; 대법원 2006.4.27. 선고 2003다60259 판결.

6) 대법원 2001. 9. 18. 선고 2001다14917,14924 판결.

보험 자동차에 의한 상해를 담보하는 보험에 가입한 피고가 다른 자동차를 운전 중 생긴 대인사고 또는 대물사고로 인하여 법률상 손해배상책임을 짐으로써 손해를 입은 때에는 원고가 피고 운전의 다른 자동차를 보통약관상의 피보험자동차로 간주하여 보통약관의 배상책임에서 규정하는 바에 따라 보상하여 주기로 되어 있고, 한편 위 특별약관에 따른 보상을 하지 아니하는 손해 중의 하나로 '피보험자가 자동차정비업, 주차장업, 급유업, 세차업, 자동차판매업 등 자동차 취급업무상 수탁받은 자동차를 운전 중 생긴 사고로 인한 손해를 규정하고 있는 사실을 인정하고, 이 사건 면책약관이 보험계약의 중요한 내용에 대한 것으로서 설명의무의 대상이 된다고 판단하였는바, 피고가 자동차판매업자로서 그 소유의 차량 이외에도 다른 차량을 운전할 기회가 많은 것으로 보이는 점에 비추어 볼 때 원심의 판단은 수긍되고."

(2) 약관설명 대상이 아니라고 본 경우

1) 이혼후 종피보험자 상실 조항⁷⁾

"이 사건 보험은 그 명칭이 '무배당직장인플러스보장 부부3배형'으로서 주피보험자의 호적상 또는 주민등록상 배우자만이 종피보험자로 가입할 수 있고 주피보험자와 그 배우자가 각자 개인형으로 가입할 경우보다 보험료가 할인되는 점, 종피보험자가 보험기간 중 주피보험자의 배우자에 해당되지 아니하게 된 때에는 종피보험자의 자격을 상실한다는 이 사건 약관조항이 종피보험자의 자격취득에 관한 규정과 같은 조항에 규정되어 있는 점, 당초 이 사건 보험계약을 체결할 때와 달리 주피보험자와 종피보험자의 부부관계가 이혼으로 해소되었는데도 이혼한 일방이 여전히 종전 배우자인 주피보험자의 종피보험자 지위를 유지하도록 하는 것은 도덕적 위험을 야기할 수도 있을 것인 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 약관조항은 거래상 일반적이고 공통적인 것이어서 보험자의 별도의 설명 없이도 보험계약자나 피보험자가 충분히 예상할 수 있었던 사항이라고 할 것이므로 그러한 사항에 대해서까지 보험자인 피고에게 명시·설명 의무가 있다고는 할 수 없다(원고는 피고와 사이에 주피보험자 원고, 종피보험자 원고의 처, 보험수익자 원고로 정하여 이 사건 보험계약을 체결하였고, 그 후 이혼한 처가 암진단을 받게

7) 대법원 2011.3.24. 선고 2010다96454 판결.

되자 이 사건 보험금을 청구하였으나, 종피보험자가 보험사고 발생 전에 주피보험자인 원고와 이혼함으로써 이 사건 약관조항에 의해 종피보험자로서의 자격을 상실하였으므로 보험금지급사유에 해당하지 아니하며, 이 사건 약관조항은 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 설명의무의 대상이 되는 내용이라고 할 수 없다고 한 원심판결을 수긍한 사례).”

2) 부부한정운전특약과 사실혼 설명의무 여부⁸⁾

“자동차종합보험의 부부운전자한정운전 특별약관은 보험자의 면책과 관련되는 중요한 내용에 해당하는 사항으로서 일반적으로 보험자의 구체적이고 상세한 명시·설명 의무의 대상이 되는 약관이라고 할 것이나, 법률상 혼인을 한 부부가 별거하고 있는 상태에서 그 다른 한쪽이 제3자와 혼인의 의사로 실질적인 부부생활을 하는 경우를 상정하여 ‘사실혼 관계에 있는 배우자에 해당하는지 여부까지 명시·설명 의무의 대상이 된다고 볼 수는 없다.’”

3) 건물증개축과 위험변경통지⁹⁾

“...보험약관에 정하여진 사항이라고 하더라도 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항이거나 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사항이라면 그러한 사항에 대하여서까지 보험자에게 명시·설명 의무가 인정된다고 할 수 없다. 화재보험에 있어서는 피보험건물의 구조와 용도뿐만 아니라 그 변경을 가져오는 증·개축에 따라 보험의 인수여부와 보험료율이 달리 정하여지는 것이므로 화재보험계약의 체결 후에 건물의 구조와 용도에 상당한 변경을 가져오는 증·개축공사가 시행된 경우에는 그러한 사항이 계약체결당시에 존재하고 있었다면 보험자가 보험계약을 체결하지 않았거나 적어도 그 보험료로는 보험을 인수하지 않았을 것으로 인정되는 사실에 대하여 상법 제652조 제1항 및 화재보험보통약관에서 규정한 통지의무의 대상이 된다고 할 것이고 따라서 보험계약자나 피보험자가 이를 해태할 경우 보험자는 위 규정들에 의하여 보험계약을 해지할 수 있다.”

8) 대법원 2010.3.25. 선고 2009다84141 판결. 이 판결에 대하여는 양승규, “부부운전 한정특약관 사실 혼배우자의 운전” 「손해보험」 제525호, 2012년 8월호, 100쪽 아래; 임재호, “2010년도 보험법 판례의 동향과 분석,” 「상사판례연구」 제24집 제3권, 2011, 457쪽 아래 참조.

9) 대법원 2000.7.4. 선고 98다62909 판결.

4) 자동차구조변경과 위험변경통지¹⁰⁾

피보험자동차의 구조가 현저히 변경되었으나 이를 보험자에게 통지하지 아니한 사안에서, 대법원은 피보험자동차의 구조 변경 등 중요한 사항에 변동이 있는 경우 보험계약자의 통지의무를 규정한 보험약관조항은 상법 제652조(‘사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 경우의 통지의무’)에서 이미 정하여 놓은 통지의무를 자동차보험에서 구체적으로 부여한 정도의 규정에 해당하여 보험자에게 별도의 설명의무가 인정되지 않는다고 판시하면서, 보험계약자가 피보험자동차의 구조변경에 관한 통지의무를 해태하였음을 이유로 보험자가 위와 같은 보험약관상의 통지의무 조항을 설명하였는지 여부와 상관없이 보험계약을 해지하는 것이 가능하다고 판시하였다.

2. 판례의 평가

판례는 기본적으로 법률의 내용을 단순히 반복하거나 보험계약자나 그 대리인이 그 내용을 충분히 잘 알고 있거나, 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있는 내용은 보험자가 설명할 대상이 아니라는 입장¹¹⁾이다. 그런데 타인의 사망을 보험사고로 하는 경우는 상법 제731조가 있어도 설명의무의 대상으로 보았다. 그리고 자동차의 불법개조나, 화재보험의 경우 건물의 증개축은 상법 제652조가 법에 규정이 되어 있음을 연결하여 위험의 변경증가의 통지¹²⁾에 대한 약관의 내용을 설명하지 않아도 약관대로 불이익을 가할 수 있다는 입장을 취하고 있다. 이 점을 보면 법원은 법률의 규정이 있다고 하여 바로 설명의무의 대상에서 제외되는 것¹³⁾이 아니라 그 가운데에서도 차별화 하여 다루고 있음을 알 수 있다. 어떠한 근거로 판례가 두 개의 전혀 다른 결론을 내고 있는지에 대하여 법원은 일관된 입장은 아니지만 거래계의 관념을 고려하여 법률에 규정을 하고 있는 사항이어도 “상법 제652조 제1항

10) 대법원 1998.11.27. 선고 98다32564판결.

11) 장덕조, “설명 의무 위반으로 인한 계약편입배제와 개별약정우선의 원칙,” 「사법」 제37호, 2016, 175쪽.

12) 위험에 상응하는 보험료를 부과하는 것이 보험법에서는 과제이다. 그리고 보험료가 부당히 높으면 보험료 감액청구권이 형성권으로서 인정된다. 김은경, 「보험계약법」, 보험연수원, 2016, 261쪽.

13) 이에 대하여는 장덕조, “약관설명 의무와 법령에 규정된 사항,” 「상사판례연구」, 제26권 제1호, 47쪽 참조.

및 제653조가 규정한 ‘사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된’ 경우에 해당하는 사유들을 개별적으로 규정하고 있는 것이므로 상법 제652조 제1항이나 제653조의 규정을 단순히 되풀이하거나 부연한 정도의 조항이라고 할 수 없다’고 하고 있듯이 해당사유들을 구체적으로 규정하는 경우는 법률에 있어도 설명을 요한다고 보고 있다. 그런데 그 구별기준이 명확하지 못하다는 한계는 지적할 수 있다. 이는 구체적인 개별사안을 고려하지 않고서는 구획기준을 찾기가 어렵다는 점을 법원이 고려하고 있음을 반증하는 것이면서도 또한 법원의 입장의 한계를 보여주는 것이기도 하다.

IV. 독일에서의 논의

우리 법제를 연구함에 있어서는 외국과의 비교검토가 필요하다. 이에 이곳에서는 비교대상으로서 같은 대륙법계인 독일을 채택하였다. 독일의 논의가 우리 대법원 판결 입장의 타당성 여부를 고찰하는데 시사점을 주는지, 그리고 우리법제에 어떠한 문제점이 있고, 어떠한 개선이 필요한 것인지에 관한 비교검토의 대상으로 삼기 위하여서 이 부분을 고찰한다.

1. 독일의 논의상황

(1) 일반원칙

독일에서는 보험약관이 계약에 편입되기 위하여는 여러 법조항이 적용된다. 우선 독일 민법의 일반 약관규제의 법리가 적용된다. 즉 원칙적으로 독일 민법 제305조(약관의 계약편입)¹⁴⁾ 제2항에 의한 약관의 계약편입요건을 충족하여야 한다.

14) 독일 민법 제305조(약관의 계약편입) (1) 약관이라 함은, 계약의 일방당사자(“약관사용자”)가 다수의 계약을 위하여 미리 작성한 것으로서 계약체결시에 상대방 당사자에게 제시하는 모든 계약조항을 말한다. 그 조항이 외형상 별개의 계약구성부분으로 되어 있는지 아니면 계약서 자체에 포함되어 있는지, 그 범위가 어떠한지, 그것이 어떠한 기재방법으로 작성되어 있는지, 계약이 어떠한 방식으로 행하여지는지는 문제가 되지 아니한다. 계약당사자들이 계약조항을 개별적으로 교섭하여 정한 경우에는 약관이 아니다. (2) 약관은 약관사용자가 다음의 요건을 갖추고 상대방 당사자가 그것이 효력을 가짐에 동의한 경우에만 계약의 구성부분이 된다. 1. 상대방 당사자에게 약관을 명확하게 지적하거나, 그 명확한 지적이 가능하여도 계약체결의 성질로 인하여 현격하게 어려운 때에

그러나 독일 민법 제305조 제2항은 동법 제310조 제1항 제1문에 의하여 약관이 기업에 대하여 사용될 때에는 적용되지 아니한다. 그리고 보험약관에서 약관편입에 대한 특칙으로는 잠정적 보상의 경우에 대한 독일 보험계약법 제49조 제2항¹⁵⁾이 있다.

그러한 약관규제법의 일반규정 이외에 독일 보험계약법에서는 특별한 통지규정(Mitteilungserfordernis)을 두고 있다. 즉 독일 보험계약법 제7조 제1항에 의하여 보험자는 보험계약자에게 계약의 의사표시 이전에 보험약관을 포함한 계약조건을 텍스트형식으로 통지하는 것이 요구된다.¹⁶⁾ 그런데 독일 보험계약법 제7조 제1항은 보험약관의 계약에의 편입에 대한 것이 아니다. 그것은 계약내용에 대한 정보 제공을 목적으로 하고 있다. 따라서 동 제7조의 규정을 위반하는 경우에도 보험약관의 계약편입과 관련한 법적 효과가 발생하는 것은 아니다. 오히려 독일 보험계약법 제8조에 의한 계약철회권 행사의 기간이 약관과 정보가 보험계약자에게 도달한 때로부터 기산된다. 더 나아가 독일 보험계약법 제7조 제1항에 위반하면 보험계약자의 손해배상청구권이 발생할 수 있다.¹⁷⁾ 반대로 독일 보험계약법 제7조 제1항의 요건을 이행하면 보통은 독일 민법 제305조 제2항의 편입요건도 충족하는 것으로 된다.¹⁸⁾ 즉 독일 보험계약법 제7조 제1항과 독일 민법 제305조 제2항은 구성요건과 법적 효과에 있어서 나란히 적용할 수 있다.¹⁹⁾

는 계약체결의 장소에 분명히 보일 수 있게 게시함으로써 약관을 지적하고, 2. 약관사용자가 알 수 있는 상대방 당사자의 신체적 장에도 상당하게 보려하는 비의 기대 가능한 방법으로 약관의 내용을 인식할 수 있는 가능성을 상대방 당사자에게 부여하는 것 (3) 계약당사자는 일정한 유형의 법률행위에 대하여는 일정한 약관이 효력을 가짐을 제2항에서 정하여진 요건을 준수하여 미리 약정할 수 있다.

- 15) 독일 보험계약법 제49조 제2항: 계약체결당시에 보통보험약관이 보험계약자에게 전달되지 않았다면 잠정적인 보험상의 보호를 위한 시점에 통상적으로 사용한 약관이나 이 같은 약관이 없는 경우에는 보험자에 의해 주계약에 사용된 약관이 명시적인 지시없이도 계약의 구성요소가 된다. 계약에 어떠한 약관이 유효한지가 분명하지 아니한 경우에는 계약체결시에 보험자로부터 사용된 약관으로 보험계약자에게 가장 유리한 약관이 이 계약의 구성요소가 된다.
- 16) 그런데 독일 보험계약법 제7조 제5항에 의하여 동 제1항 내지 제4항은 대형위험에 대하여는 적용되지 아니한다.
- 17) Marlow/Spuhl, Das neue VVG, S. 14. Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts- Handbuch, 3. Aufl., München, 2015, § 8 Rdn. 20.
- 18) Schimikowski, RuS 2007, S. 310.
- 19) Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl., München, 2010, § 305, Rdn. 33. 다른 견해: Funck, VersR 2008, S. 165.

(2) 독일 민법 제305조 제2항에 의한 편입

독일 민법 제305조 제2항은 보험자가 보험계약자에게 계약체결시에 보험약관에 대하여 지시하여(hinweisen) 보험계약자로 하여금 그 내용을 알 수 있게 하는 것을 전제로 한다. 더 나아가 보험계약자는 그 약관의 사용에 묵시적으로라도 동의하여야 한다. 이 편입요건은 태일적으로가 아니라 누적적으로 존재하여야 한다.

1) 독일 민법 제305조 제1항 제1호에 의한 보험약관에 대한 지시

독일 민법 제305조 제1항 제1호에 의하여 약관사용자는 명시적으로 보험약관에 대해 지시를 하여야 한다. 그리하여 약관이 계약의 구성부분으로 되도록 하여야 한다. 이 요건은 보험자의 편입의지가 있고 보험계약자가 알아야 하는 것 및 계약체결시 보험계약자가 이의를 하지 않은 것만으로는 보험약관이 계약편입이 되지 않는다는 내용을 반영한 것이다.²⁰⁾ 이 지시는 계약체결시에 보험계약자에게 분명히 인식가능하여야 한다. 즉 보통의 주의를 기울여서 보면 간과할 수 없는 것이어야 한다.²¹⁾ 오해할 수 있거나 또는 숨겨진 지시로는 충분하지 않다.²²⁾ 따라서 서류의 가장자리 여백에 하였거나 기타의 계약텍스트에 비하여 분명히 적은 글씨로 쓰여진 경우에는 충분하지 않다.²³⁾ 더 나아가 그 지시는 특정한 계약 조건에 관한 것이어야 한다. 즉 보험자가 계약에 기초로 삼으려 한다는 인식을 결여하게 약관의 여러 판(Fassung)을 사용하는 경우에는 특정성이 없다. 이에 대한 불명확성이 존재하는 경우에는 그 불리함은 약관사용자인 사업자에게로 돌아간다.²⁴⁾ 단순히 팜플렛을 주거나 약관이 모두 들어가 있는 CD를 주는 것만으로는 법정 요건을 충족하지 못한다.²⁵⁾ 당해 계약에 사용하려는 약관은 정확하게 표기가 되어야만 한다.²⁶⁾

20) Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 10. Aufl., 2006, § 305, Rdn. 123.

21) BGH, NJW-RR 1987, S. 114.

22) OLG Düsseldorf, VersR 1982, S. 872.

23) OLG Düsseldorf, VersR 1982, S. 872.

24) BGH, NJW 1988, S. 2106.

25) Schimikowski, RuS 2007, S. 310.

26) Schimikowski, RuS 2007, S. 310. Bruck/Möller, VVG, Bd I, 9. Aufl., Berlin, 2008, S. 158.

2) 인식 가능성 판단(독일 민법 제305조 제2항 제2호)

그 밖의 계약편입요건으로서 독일 민법 제305조 제2항 제2호는 약관의 내용을 인식할 수 있는 가능성을 상대방 당사자에게 부여하는 것을 요구한다.²⁷⁾ 이때 약관사용자인 사업자의 계약상대방이 인식가능성을 실제로 활용하는가는 계약편입에 있어서는 관건이 아니다. 독일 민법 제305조 제2항 제2호의 요건은 특히 계약체결의 종류를 연관시키고 있다. 당사자가 면전에 존재하지 않는 경우로서 서면에 의한 계약체결시에는 약관사용자인 사업자가 전체 약관을 계약상대방에게 송부하는 것이 필요하다.²⁸⁾ 사업자가 먼저 청약하는 경우에는 청약서의 텍스트에서 명시적으로 약관에 대해 지시해주는 것이 필요하다. 청약서에서의 지시 없이 단지 약관을 첨부하는 것은 충분하지 않다. 반대로 사업자의 상대방이 서면으로 청약을 하는 경우로서 사업자가 자신의 약관을 통해 계약을 맺고자 하는 경우에는 사업자측에서는 자신의 약관을 명시적으로 지시하면서 청약을 다시 하여야 한다.²⁹⁾ 그러나 고객이 먼저 사업자의 약관을 지적하며 자신의 청약을 한 경우에는 사업자가 다시 할 필요는 없다. 이는 가령 사업자가 미리 계약홍보과정에서 청약서양식을 약관을 지시하면서 교부하였고 고객이 이 양식을 이용하여 청약을 하는 경우가 해당된다. 이러한 진행과정은 청약모델(Antragsmodell)에 부합된다.³⁰⁾

3) 보험계약자의 동의(독일 민법 제305조 제2항 후단)

독일 민법 제305조 제2항은 추가적인 요건으로서 계약상대방의 동의를 요구한다. 즉 보험계약자에서 약관의 적용을 동의할 것을 요구한다. 이때 동의는 약관 전체에 대해서 한 것이면 된다. 개개의 약관의 내용을 보험계약자가 인지하는 것은 필요하지 않다.³¹⁾ 그리고 동의는 명시적으로뿐만 아니라 묵시적으로도 가능하다.³²⁾ 고객의 당시의 행위로 보아서 약관의 적용에 동의한 것으로 볼 수 있는 경우에는 인정된다. 이때 구체적인 약관의 내용의 인지는 중요하지 않다. 통설에

27) Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 10. Aufl., 2006, § 305, Rdn. 145.

28) OLG München, NJW-RR 1992, S. 350. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl., München, 2010, § 305, Rdn. 35.

29) Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 10. Aufl., 2006, § 305, Rdn. 130.

30) Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts- Handbuch, 3. Aufl., München, 2015, § 8 Rdn. 20.

31) Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 10. Aufl., 2006, § 305, Rdn. 161.

32) BGH, BB 1983, S. 15.

의하면 독일 민법 제305조 제2항 제1호 및 제2호에 대한 이전의 이행이후에 계약이 성립된 경우에는 동의는 보통 인정된다.³³⁾ 동의에는 높은 요건이 요구되지 않는다. 따라서 독일의 통설에 의하면 고객이 명시적으로 약관의 계약에의 편입에 대해 이의를 하지 않는 경우에는 보통은 그 동의는 인정된다.³⁴⁾ 보험계약에서는 이는 약관의 적용에 동의하지 않는 보험계약자가 그 점을 표명하고 또 명시적으로 이의를 해야 한다는 것을 의미한다.

4) 독일 민법 제305조 제2항에 의한 편입요건의 이행의 시점

요건은 특히 독일 민법 제305조 제2항 제1호, 제2호에 의하여 계약체결 시에 존재하여야 한다.³⁵⁾ 기준이 되는 시점은 독일 민법 제305조 제2항 제1호, 제2호 각각의 요건 사이에 상이하다. 제1호에 의한 명시적인 지시는 약관사용자가 지속력있는 청약을 하는 시점에 존재하여야 한다. 그에 반하여 고객이 청약을 하는 경우로서 사업자가 사전에 약관에 대해 미리 지시를 하지 않은 경우에는 편입요건을 충족하지 못하는, 사업자의 승낙의사표시는 새로운 청약으로 보아야 한다.³⁶⁾ 그러나 약관사용자인 사업자는 고객이 청약을 하는 경우이지만 그 청약을 사업자가 미리 교부한 양식에 의거하여 함으로써 이미 약관에 대한 지시가 이루어진 경우에는 제1호의 요건은 충족되게 된다.³⁷⁾

5) 증명책임

독일 민법 제305조 제2항의 요건에 대한 증명책임은 약관을 원용하는 자가 부담한다. 이는 보통은 약관사용자인 사업자이다.³⁸⁾

33) Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl., München, 2010, § 305, Rdn. 43.

34) Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 10. Aufl., 2006, § 305, Rdn. 161.

35) 독일 보험계약법 제7조의 요건과 관련하여서는 문헌에서 소위 조건모델이 주장되었다. 이에 의하면 보험계약자는 조건부의 따라서 아직 지속적이지 않은 청약을 할 수 있다. 즉 청약은 보험자에 의하여 사전에 작성된 조건으로 행하여질 수 있다. 그 내용은 보험계약자에게 일정한 기간 내에 보험자가 필요한 서류를제공한다는 것이다. 그리고 보험계약자는 청약을 일정한 기간 내에는 철회하지 않겠다는 것이다. 그런데 이는 독일 민법 제305조 제2항의 요건을 충족하지 못하는 것으로 독일의 대다수의 학자들은 보고 있다. Bruck/Möller, VVG, Bd I, 9. Aufl., Berlin, 2008, S. 165.

36) Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 10. Aufl., 2006, § 305, Rdn. 156.

37) Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 10. Aufl., 2006, § 305, Rdn. 156.

38) BGH, NJW-RR 2003, S. 755.

6) 독일 민법 제305조 제2항의 요건을 충족하지 못한 경우의 취급

독일 민법 제305조 제2항의 요건이 충족되지 못하면 계약은 독일 민법 제306조³⁹⁾ 제1항에 의하여 약관의 편입 없이 성립이 된다. 약관부분에는 독일 민법 제306조 제2항에 의하여 원칙적으로 임의법규의 규정이 편입되지 않은 약관 대신에 들어선다. 그렇지만 보험 분야에서는 대체적인, 구체적인 법률규정이 없는 경우가 많다.⁴⁰⁾ 각 보험상품의 내용적 형성은 법률내용이 뒤져있기 때문에 보통 보험약관에 의하여 이루어진다. 따라서 보충적 계약해석이 들어서게 된다. 그의 법적 기초는 독일 민법 제157조⁴¹⁾ 제133조⁴²⁾가 된다. 그리고 그 조항은 역시 독일 민법 제306조 제2항의 의미에서의 법률규정이 된다.⁴³⁾ 약관조항이 불편입됨으로써 성립된 흠결을 매우는 것은, 그 흠결을 채우는 구체적인 법률규정이 존재하지 않고 무효인 약관조항을 대체 없이 삭제하면 약관사용자 및 고객의 적정한, 전형적 이익에 반하지 않는 경우에만 가능하다. ⁴⁴⁾

(3) 2007년 보험계약법 개정이후의 상황

독일 구 보험계약법 제5a조에 해당하는 내용은 2007년 개정된 보험계약법에는 존재하지 않는다. 그리고 2007년 독일 입법지는 구법상의 증권모델⁴⁵⁾을 명시적

39) 독일 민법 제306조 (불편입시 및 무효시의 법률효과) 1) 약관의 전부 또는 일부가 계약의 구성부분이 되지 아니하거나 무효인 때에도, 계약은 나머지 부분에 있어서 여전히 유효하다. 2) 약관조항이 계약의 구성부분이 되지 아니하거나 무효인 때에는, 계약의 내용은 법률규정에 따라 정하여진다. 3) 계약을 유지하는 것이 제2항에서 정하여진 변경을 고려하더라도 일방 당사자에게 기대할 수 없을 만큼 가혹한 때에는 계약은 효력이 없다.

40) BGHZ 119, S. 92.

41) 독일 민법 제157조(계약의 해석) 계약은 신의성실이 거래관행을 고려하여 요구하는 대로 해석되어야 한다.

42) 독일 민법 제133조(의사표시의 해석) 의사표시의 해석에 있어서는 실제의 의사가 탐구되어야 하며 표현의 문자적인 의미에 구애되어서는 아니된다.

43) BGHZ 90, S. 69.

44) BGHZ 90, S. 75.

45) 증권모델(Policenmodell)이라 함은 보험계약의 체결에서 보험계약자가 계약체결 전에, 즉 보험청약서에 서명을 하기 전에 보험약관 또는 보험감독법(Versicherungsaufsichtsgesetz; VAG) 제10a조에 의거하여 작성된 소비자정보, 혹은 양자 모두를 보험사로부터 전달받지 않는 행동방식을 말한다. 이는 보험계약자는 보험약관이나 보험소비자정보를 송부된 보험증권과 함께 받는 방식으로 증권절차(Policenverfahren)라고도 한다. 보험계약자는 우선 청약을 하게 되고, 보험자의 승낙의 의사표시와 함께 보험계약자에게 중요한 소비자정보와 보험약관을 보내게 되는데 이때에 흔히 보험증권(Versicherungsschein, Police)을 송부함으로써 계약을 체결하게 되는데 이를 증권모델이라 부르는 것

으로 포기하였다.⁴⁶⁾ 더욱이 그로 인한 보험약관의 편입여부에 대한 효과는 상이하게 판단이 된다. 한편으로는 이 문제는 신법하에서는 전적으로 약관법문제에 의하여 해결을 하려는 것이다.⁴⁷⁾ 일부 견해는 신법하에서도 증권모델에 의한 계약체결이 가능하다는 주장을 한다.⁴⁸⁾ 여기서 문제되는 약관 편입의 문제는 그에 의하면 보험약관의 계약내용에 대한 창설적 기능으로 인하여 증권모델에 의하여 체결된 계약에 대해서도 - 약관의 제시 없이도 - 그 편입이 가능하다는 입장이다.⁴⁹⁾ 이 주장의 근거중의 하나로는 독일 보험계약법 제8조⁵⁰⁾ 제2항 제1호가 주장되고 있다. 그에 의하면 약관의 교부없이도 계약체결이 가능함을 전제로 하고 있다. 더 나아가 독일 보험계약법 제49조 제2항의 잠정적 보상 및 동법 제7조 제1항 제2문의 포기모델을 전면으로 내세우기도 한다. 그들의 주장에 의하면 이들 규정에 의하여 증권모델을 유지하는 것도 실질적으로는 가능하다는 주장이다.⁵¹⁾ 유사한 방향에서 보험약관의 편입이 독일 보험계약법 제7조 제1항 제3문이 특별규정으로서 존재한다고 주장하기도 한다.⁵²⁾ 독일에서는 이 문제에 대하여 여전히 논란이 되고 있으나 증권모델은 포기하고 청약모델⁵³⁾로 전환했기 때문에 전반적으로는 학자들은 그러한 편입의 간이화 해석에는 동조하지 않고 있다.⁵⁴⁾

이다. 이필규/최병규/김은경, 2009년 독일 보험계약법, 세창출판사, 2009, 128쪽.

46) RegE, S. 60.

47) Schimikowski, RuS 2007, S. 309.

48) Marlow/Spuhl, Das neue VVG, S. 14.

49) Marlow/Spuhl, Das neue VVG, S. 15.

50) 제8조(보험계약자의 철회권) (1) 보험계약자는 자신의 계약에 대한 의사표시를 2주내에 철회할 수 있다. 철회의 의사표시는 보험자에 대하여 텍스트형식으로 하고 어떠한 근거를 포함할 필요가 없다, 기한의 업무에 관해서는 적절한 시기의 발송으로 족하다. (2) 철회기간은 다음의 서류가 보험계약자에게 텍스트형식으로 도달하는 시점부터 기산한다. 1. 보험증권과 보통보험약관을 포함한 계약조건 및 제7조 제1항과 제2항에 따른 기타의 정보, 2. 보험계약자에게 지정된 통신수단의 조건에 따른 보험계약자의 권리를 분명하게 설명하고 철회의 의사표시의 상대방의 성명과 주소뿐만 아니라 철회의 기산점에 대한 지시와 제1항 2문의 규정을 포함한 내용 등의 철회권에 대한 명확한 지시와 철회의 법률효과에 대한 지시내용. 연방법무부 시행령에 근거하여 제5항에 의거 공표된 건본(예시)이 적용되는 경우에는 그 지시가 제1문 제2호에 나타난 사항으로 족하다. 1문에 따른 서류의 도달에 대한 증명책임은 보험자에게 있다.

51) Marlow/Spuhl, Das neue VVG, S. 15.

52) Funck, VersR 2008, S. 165.

53) 청약모델(Antragsmodell)이라 함은 보험계약의 체결에 있어서 보험계약자가 계약체결 전에 또는 보험청약서에 서명을 하기 전에 이미 보험감독법 제10a조에 따라 충분하고 자세한 소비자정보를 받는 방식을 말한다. 이 소비자정보는 주로 계약의 내용을 이루는 것으로 보험약관과 연관이 되는 경우가 보통이다. 이 청약모델을 청약절차(Antragsverfahren)라고 부르기도 한다. 이필규/최병규/김은경, 2009년 독일 보험계약법, 세창출판사, 2009, 130쪽.

(4) 독일 민법 제305조 제2항의 요건을 갖추지 못한 경우 보험약관의 보험계약 법적 편입

문헌에서는 2007년 독일 보험계약법 개정이후에 장애사례가 발견되고 있다. 그를 판단하는 것이 독일에서도 장래 법실무의 과제로 인식되고 있다.⁵⁵⁾ 고객이 청약을 하는데 독일 민법 제305조 제2항이 상정하는 것과는 달리 보험약관을 청약이후에, 그렇지만 증권이 도달하기 이전에 수령하는 경우가 문제이다. 이 경우에 대해서 Schimikowski는 그럼에도 불구하고 보험약관의 적용이 가능하다고 보고 있다. 즉 원래 법이 기도하는 것보다 늦은 시점에 약관이 제공이 되었지만 보험계약자가 그를 받아들이면 보험약관의 적용에 동의한 것으로 보아야 한다는 것이다.⁵⁶⁾ 그러나 보험자에 의한 증권의 송부는 늦은 보험약관과 관련하여 보험계약자의 청약의 거절을 의미하고 그로써 독일 민법 제150조⁵⁷⁾ 제2항에 의하여 새로운 청약을 의미한다. 보험계약자가 이러한, 보험자의 새로운 청약을 받아들이지 않으면 계약체결의 유효성이 상실된다. 하지만 이러한 출발점 상황과는 관계없이 개별사례의 사정에 따라 보험약관의 편입 하에 계약의 체결을 인정하여야 하는 경우도 있다.⁵⁸⁾ 그러나 해당 근거점이 존재하지 않으면 보험약관의 편입은 받아들일 수 없고 또 그 경우에는 독일 민법 제305조 제2항의 목적과도 부합하지 않을 것이다.

2. 독일 법제의 평가

독일의 보험약관의 계약 편입과 약관설명 의무는 우리와는 많은 차이가 있다. 특히 2007년 독일 보험계약법 개정시에 증권모델을 포기하고 청약모델을 채택하였기 때문에 계약청약시에 보험정보를 제공하여야 한다.⁵⁹⁾ 제공하여야 할 정보는 독일 보험계약법 시행령에서 구체적으로 규정을 하고 있다. 그리고 이 정보제공과

54) Bruck/Möller, VVG, Bd I, 9. Aufl., Berlin, 2008, S. 170.

55) Schimikowski, RuS 2007, S. 310.

56) Schimikowski, RuS 2007, S. 310.

57) 독일 민법 제150조(지연승낙 및 변경승낙) (1) 청약에 대한 지연된 승낙은 새로운 청약으로 본다.

(2) 확장, 제한 또는 기타의 변경을 한 승낙은, 청약을 거절하면서 새로운 청약을 한 것으로 본다.

58) Schimikowski, RuS 2007, S. 310.

59) 우리도 정보제공의무 등을 보완하여야 한다는 입장으로는 유주선, 보험법, 청목출판사, 2013, 81쪽 참조

철회권을 연결시켜서 규정을 하고 있다. 그리고 정보제공은 텍스트 형식으로도 가능하도록 하고 있어 우리의 약관설명 의무와 정면으로 비교하는 것은 불가능하다. 고지의무의 위반의 효과와 같이 중요한 사항은 별도로 통지하도록(besonders mitteilen) 함으로써 구분을 하고 있다(독일 보험계약법 제19조 제5항).

V. 판례 및 학설의 입장과 설명대상의 적정한 구별기준

1. 판례 및 학설의 태도

(1) 판례의 태도

우리 대법원은 법률의 규정이 있다고 하여 바로 설명 의무의 대상에서 제외되는 것⁶⁰⁾이 아니라 그 가운데에서도 차별화 하여 다루고 있음을 알 수 있다. 어떠한 근거로 판례가 두 개의 전혀 다른 결론을 내고 있는지에 대하여 법원은 일관된 입장은 아니지만 거래계의 관념을 고려하여 법률에 규정을 하고 있는 사항이어도 “상법 제652조 제1항 및 제653조가 규정한 ‘사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된’ 경우에 해당하는 사유들을 개별적으로 규정하고 있는 것이므로 상법 제652조 제1항이나 제653조의 규정을 단순히 되풀이하거나 부연한 정도의 조항이라고 할 수 없다”고 하고 있듯이 해당사유들을 구체적으로 규정하는 경우는 법률에 있어도 설명을 요한다고 보고 있다. 그런데 그 구별기준이 명확하지 못하다는 한계를 목도할 수 있다.

(2) 약관설명 의무에 대한 종래의 학설

종래 보험약관을 제대로 설명하여 주지 않았고 상법 제638조의3에서 규정하고 있는 취소권 행사기간을 도과한 경우⁶¹⁾ 설명하여 주지 않은 약관이 적용되느냐의 논란이 있다. 이와 관련하여 상법적용설과 중첩적용설이 주장되고 있다. 상법적

60) 이에 대하여는 장덕조, “약관설명 의무와 법령에 규정된 사항,” 『상사판례연구』, 제26권 제1호, 47쪽 참조.

61) 2014년 법개정 전에는 취소권 행사기간은 1월이었으나 2014년 상법 개정으로 취소기간이 3월로 연장되었다.

용설⁶²⁾은 약관의 명시설명의무가 이행되지 않은 경우 약관규제법 제3조 제4항은 적용되지 않고 약관조항이 그대로 구속력이 인정된다는 입장⁶³⁾이다. 이에 비하여 중첩적용설⁶⁴⁾은 상법 제638조의 3의 취소기간을 경과한 경우 보험약관의 설명의무의 하자가 치유되는 것은 아니라고 한다. 그리고 그 경우에는 약관규제법 제3조 제4항이 적용되어 설명하여야 하지 않은 내용을 계약의 내용으로 주장할 수 없다고 한다. 대법원 판례⁶⁵⁾는 중첩적용설의 입장⁶⁶⁾을 취하고 있다. 그런데 약관의 법적 성질론 가운데에는 계약설 내지는 의사설⁶⁷⁾이 타당한 면을 고려하여 보면 설명하여 주지 않은 내용을 3개월의 취소기간이 지났다는 이유로 계약의 내용으로 하는 것은 타당하지 아니하다. 따라서 중첩적용설이 타당하다.⁶⁸⁾

2. 대상판결의 경우

대상 사건의 경우, 세월호에 화물을 실은 차량을 싣고 가다가 세월호가 침몰하는 바람에 그 속에 있던 화물차에 있던 수탁물이 소훼되자 보험금을 청구한 회사에 대하여 보험자가 보험금지급을 거절하자 소송에 이르게 된 것이다.

해당 보험계약인 적재물배상책임보험의 보통약관에서 ‘보상하는 손해’에 관하여 피보험자가 화주로부터 수탁받은 시점으로부터 수하인에게 인도하기까지의 운송과정(차량운송 및 화물운송 부수업무) 동안에 발생한 보험사고로 수탁화물에 대한 법률상의 배상책임을 부담함으로써 입은 손해를 보상한다는 약관조항의 설명 범위가 문제가 된 것이다. 그런데 대법원은 차량이 선박에 선적되어 선박을 동력 수단으로 해상구간을 이동하는 경우에는 제외된다고 설명을 해주었어도 이 보험에 미가입하지는 않았을 것이라는 점을 논거중의 하나로 제시하였다. 그리고 이

62) 김성태, 보험법강론, 법문사, 2001, 190쪽, 양승규, 보험법 제5판, 삼지원, 2005, 114쪽, 정동윤(집필대표), 주석상법 보험(I) 제2판, 한국사법행정학회, 2015, 121쪽.

63) 해석론적으로는 이 입장을 취하는 견해로는 김은경, “보험자의 설명의무에 대한 재고” 「상사판례연구」 제20집 제3권, 2007, 124쪽 참조.

64) 박세민, 보험법 제3판, 박영사, 2015, 169쪽; 정찬형, 상법강의(하) 제17판, 박영사, 2015, 522쪽; 최기원, 보험법 제3판, 박영사, 2002, 126~127쪽; 최준선, 보험-해상-항공운송법, 제9판, 삼영사, 2015, 70쪽.

65) 대법원 1998.11.27. 선고 98다32564 판결, 대법원 1999.3.9. 선고 98다43342 판결.

66) 장덕조, 보험법 제3판, 법문사, 2016, 69쪽.

67) 정상근, 보험계약법, 도서출판 좋은땅, 2006, 37쪽.

68) 이기수/최병규/김인현, 보험-해상법 제9판, 박영사, 2015, 93쪽.

보험은 화물자동차 운수사업법에 따라 일정 규모 이상의 화물자동차를 소유하고 있는 운송사업자나 특정 화물을 취급하는 운송주선사업자 등이 반드시 가입하여야 하는 의무보험으로서의 성격을 고려하여야 한다고 하였다. 실제로 다른 판례에서도⁶⁹⁾ 서울시가 요구하는 복합화물운송주선업의 등록에 맞추기 위한 최소한의 요건인 섹션I에만 가입하겠다고 한 경우에, 섹션II의 보험료는 섹션I의 그것에 비하여 4배정도의 고액으로서 피보험자의 신용도 등에 따라 보험료의 액수가 각각 다르고 복합화물운송주선사업자들이 실제로 섹션II에도 가입하는 경우가 아주 드물며, 고액의 추가보험료를 굳이 지출하면서까지 섹션II에 가입하여야 할 정도로 특약에서 정한 별도의 보험사고가 실제로 빈발하지도 아니하는 경우에는 섹션II 약관을 설명하지 않았어도 문제가 되지 않는다고 판단한 것이 있다. 이러한 제반 판결 등을 이 글에서 검토의 대상으로 삼은 문제의 판결에 적용을 하여보면 결국 세월호에 화물을 실은 차량을 선적하고 가다가 세월호가 침몰하여 화물이 멸실된 경우에 차량이 선박에 선적되어 선박을 동력수단으로 해상구간을 이동하는 경우에는 제외된다고 설명을 해주지 아니하였더라도 결국은 약관대로 면책처리가 가능하다고 판결을 한 대상판결의 결론은 정당하다고 본다.

69) 대법원 2005.10.7. 선고 2005다28808 판결: “만약 어떤 보험계약의 당사자 사이에서 이러한 명시·설명 의무가 제대로 이행되었더라도 그러한 사정이 그 보험계약의 체결여부에 영향을 미치지 아니하였다고 볼만한 특별한 사정이 인정된다면 비록 보험사고의 내용이나 범위를 정한 보험약관이라고 하더라도 이러한 명시·설명 의무의 대상이 되는 보험계약의 중요한 내용으로 볼 수 없을 것이다(대법원 1994.10.25. 선고 93다39942 판결 등 참조). 보험모집인이 복합화물운송주선업자인 보험계약자에게 보험상품을 추천함에 있어서 복합화물운송주선업자들이 통상 체결하는 보험상품인 섹션I과 별도의 부보위험을 담보하는 특약인 섹션II도 있다는 취지만으로 간단히 설명하였는데, 보험계약자가 위 설명을 듣고 서울시가 요구하는 복합화물운송주선업의 등록에 맞추기 위한 최소한의 요건인 섹션I에만 가입하겠다고 한 경우에, 섹션II의 보험료는 섹션I의 그것에 비하여 4배정도의 고액으로서 피보험자의 신용도 등에 따라 보험료의 액수가 각각 다르고 복합화물운송주선업자들이 실제로 섹션II에도 가입하는 경우가 아주 드물며, 고액의 추가보험료를 굳이 지출하면서까지 섹션II에 가입하여야 할 정도로 특약에서 정한 별도의 보험사고가 실제로 빈발하지도 아니하는 사실 등이 인정되는 바, 이 사건 보험계약의 체결경위나 그 실태, 보험료의 결정방법이나 액수의 차이, 계약당사자가 이러한 보험계약을 통하여 달성하려고 하였던 주된 목적 등에 비추어 볼 때, 보험계약자에게 이 사건 섹션II에서 별도로 정한 부보위험의 내용이나 섹션I의 보상한계 등에 관하여 구체적이고도 상세하게 명시·설명하였다고 하더라도 거액의 보험료를 추가로 지출하면서까지 섹션II에 굳이 가입하였을 것으로는 보이지 아니하는 사정 등을 들어 섹션I의 보상한계 또는 섹션II의 구체적인 담보내용은 이 사건 보험계약의 중요한 내용이 아니었다고 볼 여지가 충분하여 명시·설명 의무의 대상이 아니다.”

3. 구체적인 구별기준

대법원은 법률의 내용을 단순히 반복하거나 보험계약자나 그 대리인이 그 내용을 충분히 잘 알고 있거나, 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있는 내용은 보험자가 설명할 대상이 아니라는 의견을 취하고 있다.⁷⁰⁾ 종래 대법원이 취하여온 입장에 대해서는 법적 안정성 측면에서 보다 분명한 기준을 제시하여야 한다는 주장이 강하다.⁷¹⁾

상법 제652조에서 위험변경증가를 통지하도록 규정을 하고 있다. 그 결과 건물의 증개축이나 자동차의 구조변경의 경우는 약관의 내용을 별도로 설명하지 아니하여도 약관대로 불이익을 가할 수 있다고 하였다. 하지만 대법원(대법원 2014.7.24. 선고 2013다217108 판결⁷²⁾)은 대학생이 방송장비대여업으로 직업이 변경된 경우에 대하여 직업변경에 대한 약관의 내용을 설명하여 주었어야만 불이익을 가할 수 있다는 입장을 취하였다.⁷³⁾ 아마도 건물의 증개축이나 자동차의 구조변경은 일반인이 생각하기에도 약관설명 없이도 당연히 통지하여야 함을 인지할 것으로 본 것으로 평가할 수 있다. 하지만 대학생이 취직을 하여 방송장비대여업을 하는 경우는 보험자의 별도의 설명 없이는 일반인의 입장에서는 통지하여야 할 대상으로 인지하기가 어렵다는 전제에서 대법원이 그렇게 판단한 것으로 보인다. 그런데 이때에 주의하여야 할 점은 해당 중요사항의 인지가능성이 당해 보험계약에서의 보험계약자의 주관적 인지가능성을 의미하는 것은 아니고 일반인의 객관적 인지가능성을 기준으로 하여야 한다는 점이다. 즉 기준의 일반 평균인으로서의 객관화가 필요하다.

이 글의 평석의 대상인 대법원 판결의 사안의 경우에는 그 내용을 설명하였다 라도 보험계약자가 보험을 들지 않는 쪽으로 의사 결정하는 등으로 달라지지는 않았을 것⁷⁴⁾이라는 점을 전제로 제시하였다. 다른 대법원 판례에서도 그 약관의

70) 이에 대한 유형화에 대하여는 장덕조, 보험법 제3판, 법문사, 2016, 72쪽 아래 참조

71) 장덕조, 보험법 제3판, 법문사, 2016, 76쪽.

72) 이 판결에 대한 평석으로는 김선정, “보험자는 고객의 직업변경을 자신에게 알리도록 설명하여야 하는지 여부,” 「월간생명보험」 제427호, 2014년 9월호, 38쪽 아래 참조

73) 그 논거 중의 하나로서 대법원은 다음의 점도 고려하였다. “그리고 이 사건 약관조항은 상법 제652조 제1항 및 제653조가 규정한 ‘사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 경우에 해당하는 사유들을 개별적으로 규정하고 있는 것이므로 상법 제652조 제1항이나 제653조의 규정을 단순히 되풀이하거나 부연한 정도의 조항이라고 할 수 없다.”

내용을 설명하여 주었다더라도 보험계약자가 그 보험에 미가입할 것으로 보이지 않는다는 것으로 근거를 제시한 경우⁷⁵⁾가 있다.

VI. 맺음말

보험약관은 다른 제조물의 약관과는 다르다. 약관이 상품 그 자체를 화체하고 있기 때문이다. 이러한 점에서 보험약관의 설명이 중요하다. 그런데 그렇다고 모든 약관을 다 설명하도록 요구할 수는 없다. 그렇게 하더라도 약관의 합리화 목적을 달성할 수 없기 때문이다. 따라서 그 선별이 무엇보다도 중요하다. 대법원 판례가 일단 제시한 기준은 합리성이 있다. 다만 법률에 규정이 되어 있는 내용이라고 하더라도 설명을 해주어야 할 경우가 있고 설명을 하지 않아도 된다. 그 구별기준을 지금보다는 보다 더 정치하게 마련하여야 한다. 관건은 국민들이 그 내용을 인지하고 있는지 여부이다. 일응 법률의 규정이 있으면 어느 정도 예측가능성을 부여하고 있다는 점에서 설명의무의 대상에서 제외하는 것은 가능하지만 그래도 의외이다 라고 판단할 수 있는 내용에 대해서는 따로 설명을 해주어야 한다고 본다. 그 기준은 일률적으로 정할 수 없고 사안별로 판단하여야 할 것이

74) 대법원 2016.9.23. 선고 2016다221023 판결: “만약 약관조항에 관한 명시·설명 의무가 제대로 이행되었더라도 그러한 사정이 보험계약의 체결 여부에 영향을 미치지 아니하였다면 약관조항은 명시·설명 의무의 대상이 되는 보험계약의 중요한 내용이라고 할 수 없다.”

75) “무보험자동차에 의한 상해보상특약의 보험자는 피보험자의 실제 손해액을 기준으로 위험을 인수한 것이 아니라 보통약관에서 정한 보험금 지급기준에 따라 산정된 금액만을 제한적으로 인수하였을 뿐이어서(대법원 2001. 12. 27. 선고 2001다5284 판결 참조) 그 특약에 따른 보험료도 대인배상Ⅱ에 비하여 현저히 저액으로 책정되어 있고, 이 사건 보험금 산정기준이 급부의 변경, 계약의 해제사유, 피고의 면책, 원고측의 책임 가중, 보험사고의 내용 등에 해당한다고 보기 어려울 뿐만 아니라 보험자에게 허용된 재량을 일탈하여 사회통념상 용인할 수 있는 한도를 넘어섰다고 보기도 어려우며, 만약 원고 김○○이 이 사건 보험계약 체결 당시 그 구체적인 산정기준이나 방법에 관한 명시 설명을 받아서 알았다고 하더라도 이 사건 특약을 체결하지 않았을 것으로는 보이지 않고, 나아가 이러한 산정기준이 모든 자동차 보험회사에서 일률적으로 적용되는 것이어서 거래상 일반인들이 보험자의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항이라고도 볼 수 있는 점 등에 비추어 보면, 위의 무보험자동차에 의한 상해보상특약에 있어서 그 보험금액의 산정기준이나 방법은 약관의 중요한 내용이 아니어서 명시 설명 의무의 대상이 아니라고 보는 것이 옳다.” 그에 비하여 자손사고보험에서 실손해가 남아있어도 타인의 대인배상으로부터 받은 금액이 자손한도보다 크면 자손보험금은 지급하지 않는다는 구 약관에 대해서는 설명의 대상이 된다고 보았다(대법원 2004.11.25. 선고 2004다28245 판결).

다. 한편 이 글에서 고찰의 대상으로 삼은 판례의 사실관계에서는, 세월호에 화물을 실은 차량을 선적하고 가다가 세월호가 침몰하여 화물이 멸실된 경우에 차량이 선박에 선적되어 선박을 동력수단으로 해상구간을 이동하는 경우에는 제외된다는 점에 대하여 설명을 해주지 아니하였다. 그런데 그 보험은 행정적 요건을 갖추기 위한 일종의 의무보험이라는 점에서 해당 면책내용을 설명하였어도 들을 보험을 미가입하지는 않았을 관계가 인정이 된다. 그리하여 결국은 약관대로 면책처리가 가능하다고 판결을 한 대상판결의 결론은 정당하다고 본다.

참고문헌

- 김선정, “보험자는 고객의 직업변경을 자신에게 알리도록 설명하여야 하는지 여부,” 「월간생명보험」 제427호, 2014년 9월호
- 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001.
- 김은경, 「보험계약법」, 보험연수원, 2016.
- 김은경, “보험자의 설명의무에 대한 재고,” 「상사판례연구」 제20집 제3권, 2007
- 박세민, 「보험법」 제3판, 박영사, 2015.
- 양승규, 「보험법」 제5판, 삼지원, 2005.
- 양승규, “부부운전 한정특약관 사실혼배우자의 운전,” 「손해보험」 제525호, 2012년 8월호
- 유주선, 「보험법」, 청목출판사, 2013.
- 이기수/최병규/김인현, 「보험-해상법」 제9판, 박영사, 2015.
- 이필규/최병규/김은경, 「2009년 독일 보험계약법」, 세창출판사, 2009.
- 임재호, “2010년도 보험법 판례의 동향과 분석,” 「상사판례연구」 제24집 제3권, 2011
- 장덕조, 「보험법」 제3판, 법문사, 2016.
- 장덕조, “약관설명 의무와 법령에 규정된 사항,” 「상사판례연구」, 제26권 제1호, 2013
- 장덕조, “설명 의무 위반으로 인한 계약편입배제와 개별약정우선의 원칙,” 「사법」 제37호, 2016
- 정동윤(집필대표), 「주식상법 보험(I)」 제2판, 한국사법행정학회, 2015.
- 정상근, 「보험계약법」, 도서출판 좋은땅, 2006.
- 정찬형, 「상법강의(하)」 제17판, 박영사, 2015.
- 최기원, 「보험법」 제3판, 박영사, 2002.
- 최준선, 보험-해상-항공운송법, 제9판, 삼영사, 2015.
- Beckmann/Matusche, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., München, 2015
- Bruck/Möller, VVG, 8. Aufl., Berlin, 1961~2002

Honsel(Hrsg.), Berliner Kommentar zum VVG, 1999

Langheid/Wandt, Versicherungsvertragsgesetz, Münchener Kommentar, Bd. 2, München, 2011

Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München, 2004

Martin, Sachversicherungsrecht, 3. Aufl., 1992

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl., München, 2010

Rüffer/Halbach/Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz, Baden-Baden, 2009

Schimikowski/Brömmelmeyer, Versicherungsvertragsgesetz

Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 10. Aufl., 2006

Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Recht, 4. Aufl., München, 1999

Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl., München, 2009

<Abstract>

**A study on criteria of explanation duty of insurer
on standard insurance contract terms
- focused on the analysis of the supreme court case 2016Da221023 -**

Choi, Byeong Gyu

Insurance is Intangible product. The contract terms incorporates product itself. Therefore the explanation of standard insurance contract terms is more important. Insurance is on the other hands a small world that reflects the purposes of the outside world. The Korean supreme court says that the insurer should explain the important contents of insurance contract terms. But there are exceptions: legal contents repeating clauses, generally well known contents, easily predictable contents without explanation. But it is not easy to decide whether it belongs to the non explanation category or not. But the racial stereotyping is possible. We can decide furthermore according to supreme court decisions. Explanation objects(according to supreme court): family driving limit clause, transport at s cost exception clause, necessity of documentary consent of the insured in case of discordance between contractor and insured with coverage of death. Non explanation objects(according to supreme court): building extension notification and exception clause, car remodelling notification clause, loss of sub-insured qualification on case of divorce. There were Sewolho ship accident in Korea in April 2015. The transport company made insurance contract about carriage cargo. There were exception clauses that the insurer becomes immune from obligation in case of accident during the sea region transport inner ship. The insured argued that the insurer should explain such a exception clause. But the supreme court has decided that it is not necessary to explain in such a case. It is a kind of obligation insurance. And the insured may have contracted even in explanation actually done case. As a result, the decision of the Korean supreme court is right. Germany has reformed the German insurance contract law(VVG) in the year of 2007. According to this reformed law, the

insurer should provide sufficient information to the insured. When it is not done, the insured can withdraw the contract. In Germany the standard contract terms regulation law is located in German Civil Law(BGB). The standard contract terms regulation contents apply also to insurance contract terms. The legal circumstances in Germany is different from that of Korea. Therefore, we can not compare simply the explanation object in insurance contract terms between the two countries. But we can consider the German legal system and court cases.

Key Words : duty of explanation of standard terms, special character of insurance clauses, application of commercial law, theory of double application, law repeating clauses, predictability, compulsory coverage, exceptions clause