

# 만기형 즉시연금보험의 연금액 계산에서 만기보험금 총당액의 차감에 관한 보험자의 설명 의무

장 경 환\*

<차례> \_\_\_\_\_

- |                       |                                   |
|-----------------------|-----------------------------------|
| I. 머리말                | IV. 만기보험금 총당액의 차감에 관한 설명의무 위반의 효과 |
| II. 관련 판례의 검토         | V. 맺는 말                           |
| III. 보험자의 설명의무 위반의 효과 |                                   |
- 

주제어 : 만기형(원금보장형) 즉시연금보험, 만기보험금 총당액의 차감(만기보험금 지급재원의 공제), 약관설명 의무, 부당이득반환청구권, 정보제공의무, 보험계약의 중요사항의 설명의무, 계약체결상의 과실, 계약의 해소를 위한 손해배상청구권, 청약철회

<국문초록> 만기형 즉시연금보험은 보험기간 만료 시에 기납입 보험료의 전액을 환급하는 연금보험이다. 그럼에도 이 보험의 약관에 「책임준비금의 공시이율에 따른 이자액에서 만기보험금의 지급(즉, 기납입 보험료의 환급)을 위한 총당액을 차감하여 연금액을 계산한다」는 뜻이 규정되어 있지 않은 경우가 있다. 이 경우 금융분쟁조정위원회(이하 ‘금분위’라고 함)는, 보험자가 약관법 제3조 제3항·제4항에 따라 그 차감을 계약의 내용으로 주장할 수 없으므로, 그 차감을 하지 않고 연금액을 계산하여 지급하라는 결정을 그간 3차례 내린 바가 있다(2017-17호, 2018-8호, 2018-13호). 특히 최근에는 「연금액의 계산을 ‘보험료 및 책임준비금 산출방법서(이하 ‘산출방법서’라고 함)에 따라 한다」는 뜻의 이른바 ‘산출방법서 지시조항’이 약관에 있는 경우에도, 그 차감에 관한 설명의 결여를 이 지시조항에 관한 설명의무를 위반한 것으로 보고 위와 같은 결정을 하였다.

이 금분위의 결정은 받아들여기가 어렵다고 생각된다. (i) 약관설명 의무는 “약관에 정하여져 있는” 내용을 대상으로 한다(약관법 3조 3항). 그러나 만기보험금 총당액 차감의 뜻은 약관에 규정되어 있지 않다(그래서 문제가 된 것임). 따라서 보험자나 모집종사자가 그 차감 사실을 계약체결 시에 보험계약자에게 설명하지 않은 것은, 약관법 제3조 제3항이나 상법 제638조의3 제1항에 따른 ‘약관설명 의무’가 아니라, 보험업법 제95조의2 제1항에 따른 ‘보험

\* 경희대학교 법무대학원 교수

- 논문접수일(2018.11.27), 심사개시일(2018.12.13), 게재확정일(2018.12.26)

계약의 중요사항의 설명의무(이하 '정보제공의무'라고 함)를 위반한 것으로 보아야 한다. (ii) 만기보험금 총당액의 차감을 설명하지 않은 것은 '산출방법서'를 설명하지 않은 것이 되더라도 '산출방법서 지시조항'을 설명하지 않은 것이 된다고는 볼 수 없다고 생각된다. 이 지시조항이 '산출방법서에 따른다고 규정한 것은 연금액의 계산에 관한 '일반원칙'을 규정한 것이다. 그런데, 산출방법서가 정한 산출기준을 설명하지 않은 경우까지 이 지시조항에 관한 설명의무를 위반한 것으로 보는 것은, 약관설명무의 범위를 지나치게 확대하는 것이 되기 때문이다(예컨대, 약관에 법률에 따른 일반조항이 있는 경우 그 일반조항에 해당하는 경우를 일일이 설명하지 않았다고 해서 그 조항의 설명의무를 위반한 것이라고 볼 수 있는지는 의문임). (iii) 약관에 규정되어 있지 않지만 계약의 중요사항에 해당하는 사항은 광범위하다. 그러한 사항이 설명되지 않은 경우마다 정보제공의무 위반의 책임보다 더 무거운 약관설명무 위반의 책임을 지게 하는 것은, 양 의무의 법적 체계를 혼란스럽게 할 뿐만 아니라 보험사업의 법적 안정성을 침해하게 된다.

금분위 결정에서처럼 만기보험금 총당액의 차감에 관한 설명의 결여를 산출방법서 지시조항에 관한 설명의무를 위반한 것으로서 '약관설명무'를 위반한 것으로 보게 되면, 이 지시조항은 약관법 제3조 제4항에 따라 계약의 내용으로 되지 않게 되고, 이로 인해 연금액의 계산이 불가능하게 되므로, 연금보험계약은 약관법 제16조 단서에 따라 계약목적 달성의 불능으로 전부무효로 된다(대법원 2014다81542 판결은 연금보험에서 산출방법서 지시조항이 계약의 내용으로 되지 아니하면 계약이 전부무효로 된다고 판시한 바가 있음). 이 경우 「보험계약자는, 보험자가 선의 수익자로 추정되는 한, 기납입 보험료에서 기수령 연금액, 계약체결·유지비용, 위험보험료 등을 공제한 금액만을 부당이득으로서 청구할 수 있게 될 뿐이다(민법 748조 1항)」。 보험자가 악의 수익자로 된 때로부터는 이 금액에 이자를 가산하고 그 밖에 손해가 있으면 그 손해도 배상해야 하지만(민법 748조 2항), 보험계약자는 보험자가 약관설명무가 위반된 사실을 안 때를 증명하는 것으로는 부족하고 그가 계약이 확정적으로 전부무효로 된 사실을 안 때를 증명해야 한다.

만기보험금 총당액의 차감에 관한 설명의 결여를 '정보제공의무'를 위반한 것으로 보게 되면, (i) 「보험계약자는 그 차감 사실이 계약체결 전에 설명되었다면 계약을 체결하지 않았을 것임(정보제공의무 위반과 계약체결 사이의 인과관계)을 증명하고 상법 제649조나 즉시연금보험약관상의 임의해지조항에 따라 계약을 해지한 후에(인과관계의 증명과 계약의 해지는 어느 것을 먼저 하더라도 상관없음), 기납입 보험료와 기수령 해지환급금의 차액 상당을 한도로 과실상계가 허용되는 손해배상을 청구할 수 있다」(대법원 2010다34159 판결은 보험업법에 따른 보험계약의 중요사항의 설명의무가 위반된 경우에는 보험자가 기납입 보험료와 해지환급금의 차액 상당의 손해배상을 해야 하고, 이 경우 과실상계가 허용된다고 판시한 바가 있음). (ii) 보험계약자는 만기에 기납입 보험료를 환급받겠다는 사실을 알고서 계약을 체결한 점에 비추어, 만기의 기납입 보험료의 환급으로 인해 연금액이 적게 지급된다는 사실 정도는 예상할 수 있었던 것으로 보이므로, 그 차감에 관한 설명을 듣지 못하여 계약을 체결한 것이라는 증명은 쉽지 않을 것으로 생각된다. (iii) 또한 즉시연금보험에서처럼 거액(이 보

협의 평균보험료는 2억~3억 원에 달한다고 함)을 한꺼번에 보험료로 납입하는 보험계약자로서는 계약체결에 앞서 연금액에 관하여 상당한 주의를 기울였어야 할 것이고, 연금액의 계산에서 만기보험금 총당액이 차감된다는 사실을 모르고 계약을 체결했다면 과실상계가 허용될 수도 있을 것이다.

이처럼 만기보험금 총당액의 차감에 관한 설명의 결여는 이를 ‘약관설명 의무’의 위반으로 보든, ‘정보제공의무’의 위반으로 보든, 금분위 결정에서처럼 보험자가 ‘그 차감 없이 계산된 연금액을 지급해야 한다는 결론이 나오게 되는 것은 아니다. 또한 이들 의무 위반의 효과가 계약의 효력을 그대로 유지하는 경우보다 보험계약자에게 반드시 유리한 것이 되지도 않는다.

더 나아가 만기보험금 총당액의 차감 사실이, 만기형 즉시연금보험에서는 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 예상할 수 있었던 사항이거나, 보험계약자가 연금액과 사망보장을 받으면서 만기 시에는 기납입 보험료의 전액을 환급받고자 계약을 체결한 점에 비추어 그 설명을 들었다라든가 계약을 체결했었을 사항 등 판례에 따른 약관설명 의무 면제사항에 해당하는 경우에는, 약관설명 의무나 정보제공의무 위반의 책임이 인정될 여지조차 없게 될 수도 있다. 이러한 경우에는 그 차감 사실이 설명되지 않았다고 하더라도 보험계약자가 이로 인하여 계약체결에 관한 판단이 방해받은 것이 되지 않기 때문이다.

보험자가 만기보험금 총당액의 차감이 약관설명 의무나 정보제공의무가 면제되는 사항에 해당한다는 주장을 하거나, 보험계약자가 정보제공의무 위반을 이유로 손해배상을 청구하기 위해서 그 위반과 계약체결 사이의 인과관계를 주장하거나, 보험자가 손해배상액의 산정에서 보험계약자의 과실을 주장할 경우 등에는, 보험계약자마다 계약을 체결한 각각의 구체적인 사정을 살펴야 한다. 따라서 이 점에서도, 특별한 법적 근거 없이, 만기보험금 총당액 차감의 뜻이 약관에 규정되지 아니한 만기형 즉시연금보험의 ‘모든 보험가입자에게 그 차감 없이 계산된 연금액을 지급하라는 금감원의 이른바 일괄구제 조치는 불합리하다고 생각된다.

보험자가 비록 만기보험금 총당액 차감의 뜻을 약관에 규정하지 않았다고 하더라도, 그 차감을 통하여 만기에 기납입 보험료를 환급하기로 한 계약을 지켜나가고 있다면, 보험계약자에게 부당한 불이익이 생겼다고는 볼 수 없다고 생각된다. 그렇다면, 금융당국으로서 이 이른바 소급명령(보험업법 131조 2항, 3항, 5항)에 의하여 약관에 그 차감의 뜻을 규정하도록 하는 것으로 충분하고, 구태여 약관설명 의무 위반의 법리를 무리하게 적용함으로써 만기보험금 총당액의 차감 없이 계산된 연금액을 지급하도록 하여 만기보험금 미충당분을 전적으로 보험자로 하여금 책임을 지게 하는 것은 과잉조치라고 생각된다. 요컨대, 만기보험금을 지급하기로 하는 계약이 제대로 지켜지고 있는 한, 만기보험금 총당액 차감의 뜻이 약관에 규정되어 있지 않는 것이 문제라면, 그 뜻을 약관에 규정하도록 하면 될 것이라고 생각된다.

## I. 머 리 말)

만기형 즉시연금보험은 보험계약자가 보험료의 전액을 일시에 납입하고, 이에 대해 보험자는 그 다음 달 또는 그 다음 해부터 매월 또는 매년 연금월액 또는 연금연액(이하 '연금액'으로 통칭함)을 지급하고, 보험기간의 만기 시에는 만기보험금으로 기납입 보험료의 전액을 환급하며, 보험기간 중에 피보험자가 사망하는 경우에는 사망보험금도 지급하는 보험상품이다. 따라서 이 보험은 보험료의 일시납, 연금액의 즉시지급, 보험료의 환급, 사망보장 등을 특성으로 하는 생사혼합보험이라고 할 수 있다. 이 보험에서는 보험자는 보험료에서 사업비(계약체결·유지비용 등)와 위험보험료(사망보험금에 충당하기 위한 보험료)를 차감한 순보험료와 이에 추가적립되는 금액을 합한 '책임준비금(약관에 따라서는 '연금계약 적립금 또는 '연금계약 적립액'이라고도 함)에 대해 공시이율에 따라 발생한 이자액의 전부를 연금액으로 지급하지 않고, 그 이자액의 일부를 만기 시의 원금(만기보험금인 기납입 보험료)의 지급에 충당하기 위해서 차감하여 책임준비금에 추가적립하고(이하 이 추가적립되는 금액을 '만기보험금 충당액'이라고 함) 그 나머지 금액을 연금액으로 지급한다.

그런데, 책임준비금의 이자액에서 만기보험금 충당액을 차감한 후에 연금액을 계산한다는 뜻이 약관에 기재되지 아니하여 보험계약자와 분쟁이 발생하기도 한다. 이에 금융분쟁조정위원회(이하 '금분위'라고 함)는 약관상의 보험금지급기준표에 (i) "연금지급개시 시의 연금계약의 적립액을 기준으로 계산한 연금월액을 매월 계약해당일에 지급"한다는 규정에 대해서는, '만기보험금 지급재완(이 글에서의

1) 이 글에서 인용되는 법령 등은 특별한 표시가 없는 한 다음과 같다. 민법(법률 14278호, 2016.12.2. 개정), 상법(법률 13523호, 2015.12.1. 개정), 약관의 규제에 관한 법률(법률 14141호, 2016.3.29. 개정; 이하 '약관법'이라고 함), 보험업법(법률 15414호, 2018.2.21. 개정), 보험업법시행령(대통령령 29089호, 2018.8.7. 개정), 보험업감독규정(금융위원회고시 2018-18호, 2018.7.12. 개정), 보험업감독업무시행세칙(금융감독원세칙, 2018.7.10. 개정), 독일민법(BGB, 2017.7.20. 개정), 독일보험계약법(VVG, 2017.8.17. 개정), 독일 보험계약에서의 정보제공의무에 관한 規程(VVG-InfoV; Verordnung über Informationspflichten bei Versicherungsverträgen, 2018.3.6. 개정; 이하 '독일보험정보규장'이라고 함), 독일 소비자법 등을 위반하는 경우 금지청구의 소에 관한 법률(UKlaG; Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen, 2017.7.17. 개정; 이하 '독일금지청구소법'이라고 함), 오스트리아 보험계약법(VersVG, 2018.8.19. 기준); 오스트리아 2016년 보험감독법(VAG 2016, 2018.8.19. 기준); 스위스 보험계약법(VVG, 2011.1.1. 기준).

‘만기보험금 총당액’을 뜻함)을 공제한다고 명시되지 않았음을 이유로, (ii) 연금월액을 “연금개시 시의 책임준비금을 기준으로 만기보험금을 고려하여 이 상품의 공시이율에 의해 계산한 이자 상당액에서 소정의 사업비를 차감”하여 지급한다는 규정에 대해서는, 만기보험금 지급재원을 공제하여 연금액을 지급하는 것으로 기재되어 있는 ‘보험료 및 책임준비금 산출방법서’(이하 ‘산출방법서’라고 함)의 내용이 약관에 편입되었다고 볼 근거가 없음을 이유로, (iii) “연금지급개시 시의 연금계약의 책임준비금을 기준으로 「보험료 및 책임준비금 산출방법서에서 정한 비에 따라 계산한 연금액」을 연금지급기간 동안 지급”한다는 규정(이하 ‘산출방법서 지시조항’이라고 함)에 대해서는, 보험자가 ‘산출방법서에서 정한 연금액 산출기준’을 명시·설명할 의무를 위반하여 그 내용을 계약의 내용으로 주장할 수 없고, 약관의 나머지 부분의 해석에 의하여 책임준비금에 공시이율을 곱한 이자액을 연금액으로 지급할 책임이 있으므로, 그 이자액에서 만기보험금 지급재원을 공제하지 않고 연금액으로 지급하라고 결정하였다(2017.11.14, 2017-17호; 2018.6.12, 2018-8호; 2018.9.18, 2018-13호).<sup>2)</sup>

금분위는 ① 위 (ii)의 결정에서는 산출방법서가 ‘만기보험금 지급재원을 공제하여 연금액을 지급하는 것으로 기재되어 있음’을 인정하고 다만, 그 산출방법서가 약관에 편입되지 않았음을 이유로 만기보험금 총당액의 차감을 부인하였다. 그런데, 위 (iii)의 결정에서는, 산출방법서 지시조항이 약관에 규정되었으므로 산출방법서가 약관에 편입된 것으로 볼 수 있음에도, 다시 ‘산출방법서에서 정한 연금액 산출기준’이 명시·설명되지 않았음을 이유로 만기보험금 총당액의 차감을 부인하였다. 이 점에서 금분위의 결정이 일관성 있게 내려진 것으로는 생각되지 않는다. ② 또한 위 (iii)의 결정에서는 산출방법서에서 정한 연금액 산출기준이 명시되지 않았다고 하여 ‘약관의 명시 의무’가 위반된 것으로 보고 있다. 약관 밖의 포괄적이고 광범위한 규정이나 규정집에 따른다는 약관상의 지시조항은, 그

2) 한편 농협생명의 NH즉시연금보험(무배당) 약관(2018.4)의 보험금지급기준표(별표 1)는 “연금지급개시 시의 연금계약 적립금을 기준으로 계산한 연금월액을 매월 계약해당일에 지급(다만, 가입 후 10년간은 산출방법서에서 정한 방법에 따라 연금월액을 적게 하여 10년 이후 연금계약 적립금이 보험료와 같도록 함)”이라고 규정하였다. 이는 만기에 지급될 연금계약 적립금(책임준비금)이 보험료와 같게 되도록 ‘연금월액을 적게 한다’고 규정함으로써, 연금계약 적립금의 이자액 전부를 연금월액으로 지급하지 않고 그 일부를 연금계약 적립금에 추가적립한다는 뜻이 나타나 있으므로 금융당국으로부터 문제가 없는 규정으로 평가되었다.

규정이나 규정집의 어느 부분에 따른다는 것인지가 명확히 특정될 수 없는 경우에는, 약관의 명시적무를 위반한 것으로 될 수도 있다.<sup>3)</sup> 그러나 ㉠ 산출방법서 지시조항은 연금액의 계산에 관한 일반원칙을 밝힌 것이고, ㉡ 산출방법서상의 전문적이고 기술적인 수학적식에 의하는 연금액의 산출기준을 일반인을 대상으로 하는 약관에 그대로 규정하는 것이 적절치 않으며, ㉢ 산출방법서 지시조항이 산출방법서의 적용범위를 연금액의 계산에 한정하고 있고, ㉣ 연금액을 감독당국으로부터 승인받은 기준에 따라 계산한다는 뜻을 밝힘으로써 보험계약자의 신뢰를 높일 수 있다는 점 등을 고려할 때, 산출방법서 지시조항이 '연금액의 계산을 산출방법서에 따라 한다고만 규정하고 '그 산출방법서에서 정한 연금액 산출기준'까지 일일이 약관에 규정하지 않았다고 하여 이를 약관(산출방법서 지시조항)의 명시적무를 위반한 것이라고까지는 할 수 없다고 생각된다.

이 글에서는, 위 (iii)의 결정이 대상으로 한 산출방법서 지시조항과 이 지시조항을 규정한 즉시연금보험약관(이하 '검토약관'이라고 함)을 중심으로, 보험자나 모집종사자가 보험계약자에게 '책임준비금의 공시이율에 의한 이자액에서 만기보험금 총당액을 차감한 후에 연금액을 계산한다'는 사실을 설명하지 않은 경우, 금분위의 결정에서처럼 '그 차감을 하지 않고 계산된 금액'을 연금액으로 지급해야 하는지를 살피고자 한다. 이를 위해서 ① 보험자가 만기보험금 총당액의 차감 사실을 보험계약자에게 알려야 하는 것은 설명의무나 정보제공의무에 해당하므로, 생명보험이나 연금보험에서 이 의무들의 위반효과가 다투어졌던 최근의 우리나라와 독일의 대법원 판례들을 검토하고, ② 약관법 제16조 및 상법 제638조의 3 제2항에 따른 '약관설명'의 위반효과와, 보험업법 제95조의2 제1항에 따른 '보험계약의 중요사항의 설명'의 위반효과를 살핀 후, ③ 이를 토대로 금분위 결정의 타당성을 살핀다.

3) Prölss/Martin/Rudy, *Versicherungsvertragsgesetz*, 30. Aufl. 2018, VVG § 7 Rn. 45: 다수의 약관집으로 이루어진 보험약관의 구성물은 '구별 없이' 전달하는 것은 명시조건을 충족한 것이 되지 못한다.

## II. 관련 판례의 검토

### 1. 대법원 판결(2013.6.13, 2010다34159)

#### (1) 사실관계

① 원고 회사와 (원고 회사의 이사인) 원고 2는 (피고 보험회사의 보험설계사인) 피고 2를 통하여 피고 보험회사와 다음과 같이 각각 3건의 계약을 체결한 후 이 계약들을 해지하여 해지환급금을 받았다.

구 분	계약의 종류	계약자	계약일	총 납입보험료	해지일	해지환급금
제1계약	무배당 유니버설	원고 회사	2006.7.10.	210,000,000원	2008.9.17.	149,870,560원
제2계약	무배당 변액 유니버설	원고 2	2007.3.21.	22,000,000원	2008.9.18.	7,773,151원
제3계약	무배당 변액 유니버설	원고 회사	2007.5.25.	165,000,000원	2008.9.18.	69,100,468원

② 원고들(원고 회사와 원고 2)은, 피고 2가 각 계약 체결 시에 보험계약의 중요사항의 설명의무 및 (변액보험인 제2계약과 제3계약에 인정되는) 적합성의 원칙 등을 위반했음을 이유로, 피고들(피고 보험회사와 피고 2)에게 불법행위로 인한 손해배상을 청구하였다.

③ 제1심은 원고들이 패소하였지만(서울중앙지판 2009.9.17, 2008가합81911), 원심은 피고들의 설명의무 및 적합성원칙의 위반으로 인한 손해배상책임을 인정하고 또한 원고들의 과실이 이른바 ‘획책된 과실’에 해당한다고 하여 과실상계도 배제함으로써 원고들이 승소하였다(서울고판 2010.3.31, 2009나97606). 이에 대해 대법원은 피고들의 설명의무 위반에 관한 원심의 판단은 타당하지만, 적합성원칙 위반과 과실상계 배제에 관한 원심의 판단은 부당하다고 판시하여, 원심판결의 피고들 패소 부분을 파기하고 이 부분 사건을 원심법원에 환송하였다(대법원 2013.6.13. 선고 2010다34159 판결; 이하 ‘대법원 판결1’이라고 함).

(2) 판결의 이유와 시사점(보험계약의 중요사항의 설명의무 관련)

① 이 대법원 판결<sup>1</sup>은 보험업법(법률 10394호, 2010.7.23. 개정)에 제95조의2가 신설되기 직전의 보험업법(법률 10303호, 2010.5.17. 개정; 이 판결에서 ‘구 보험업법’으로 인용함)에 근거한 판결이다. 그럼에도 이 판결은 “보험회사 또는 보험모집종사자는 고객과 사이에 보험계약을 체결하거나 모집함에 있어서 보험료의 납입, 보험금·해약환급금의 지급사유와 그 금액의 산출 기준, 변액보험계약인 경우 그 투자형태 및 구조 등 개별 보험상품의 특성과 위험성을 알 수 있는 ‘보험계약의 중요사항’을 명확히 설명함으로써 고객이 그 정보를 바탕으로 보험계약 체결 여부를 합리적으로 판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 의무가 있고, 이러한 의무를 위반하면 민법 제750조 또는 구 보험업법 제102조 제1항(필자 주: 현행 보험업법 제102조 제1항)에 기하여 이로 인하여 발생한 고객의 손해를 배상할 책임을 부담한다.”고 판시하여, 실질적으로 보험업법 제95조의2 제1항에 따른 ‘보험계약의 중요사항의 설명의무’에 관한 최초의 대법원 판결이라고 할 수 있다.

② 또한 이 판결은, ‘보험계약의 중요사항’은 반드시 보험약관에 규정된 것에 한정된다고 할 수 없으므로 보험약관만으로 보험계약의 중요사항을 설명하기 어려운 경우에는 보험회사 또는 보험모집종사자는 상품설명서 등 적절한 추가자료를 활용하는 등의 방법을 통하여 개별 보험상품의 특성과 위험성에 관한 보험계약의 중요사항을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다고 전제한 후에, 보험설계사인 피고 2는 각 계약 체결 시에 원고들에게 각 계약의 약관을 교부하지는 하였으나 그 약관의 기재 내용만으로는 각 계약의 중요사항이 명시되었다고 보기 어렵고, 약관과 별도로 해약환급금 예시표 등 다른 추가 설명자료도 교부하지 아니한 점 등에 비추어, 각 보험의 내용이나 위험성, 투자수익률에 따른 해지환급금의 변동, 특히 해지환급금이 납입보험료 원금 상당액에 이르려면 상당한 기간이 소요된다는 점에 대하여 충분히 설명하지 아니하였고, 변액보험인 제2계약 및 제3계약에 관하여는 보장되지 않는 고율의 수익률을 전제로 하여 설명함으로써, 각 계약에 관한 설명의무를 위반하였고, 이로 인해 원고들은 ‘원고들이 납입한 각 보험계약의 보험료 합계액’과 ‘원고들이 수령한 각 해약환급금의 차액’ 상당의 손해를 입었다고 판시하였다.

③ 더 나아가 이 판결은, 가해행위가 사기·횡령·배임 등의 영득행위인 경우 과실상계를 인정하게 되면 가해자로 하여금 불법행위로 인한 이익을 최종적으로 보유하고 하여 공평의 이념이나 신의칙에 반하는 결과를 가져오는 경우에만 예외적으로 과실상계가 허용되지 않는다고 전제한 후에, 피고들의 원고들에 대한 부당권유행위가 이러한 영득행위에 해당한다고 평가할 수 없으므로, 원심으로서 는 원고들의 과실을 참작하여 피고들의 손해배상의 범위를 정하였어야 한다고 판시하였다.

④ 이상의 판시사항들에 따를 때, 이 판결이 보험업법에 따른 '보험계약의 중요사항의 설명의무'에 관해서 다음과 같은 법리를 제시한 점은 주목할 만하다. 즉, (i) 이 의무는 보험계약자가 계약체결 여부를 합리적으로 판단할 수 있도록 보험상품의 특성과 위험성을 알 수 있게 하는 사항을 알려야 하는 의무이다. (ii) 약관에 규정된 사항들로 해당 보험상품의 특성과 위험성이 충분히 설명되지 않은 경우에는 약관의 교부(및 설명)에도 불구하고 이 의무를 다한 것이 되지 않을 수도 있다. (iii) 이 의무가 위반된 경우에는 보험계약자의 계약해지에 의하여 보험자는 보험업법 제102조 제1항에 따라, 모집종사자는 민법 제750조에 따라, 기납입 보험료를 한도로 손해배상책임을 지게 된다. (iv) 보험자나 모집종사자의 이 의무 위반(또는 적합성원칙 위반)으로 인한 손해배상액을 산정하는 경우, 보험계약자도 계약을 체결하면서 계약의 중요사항을 적극적으로 확인하지 아니한 과실이 있었으면 과실상계를 할 수 있다.

## 2. 대법원 판결2(2015.11.17, 2014다81542)

### (1) 사실관계

① 원고는 1995.1.25. 피고 보험회사와 개인연금저축보험계약을 체결하고 10년 동안 보험료를 모두 납입하여 만 55세가 되던 2013.1.25.에 연금지급개시일이 도래하였다. 이후 원고는 피고 보험회사나 보험설계사가 이 계약체결 당시에 연금액이 1년 만기 정기예금이율에 따라 변동될 수 있다는 사실을 설명한 적이 없고, 보험증권에도 그러한 기재가 없음을 이유로 보험증권에 기재된 연금액을 청구하였다.

② 원고가 증거로 제출한 보험증권의 ‘보상구분’란에는 “연금금은 10년간에 걸쳐 3개월마다 1,821,380 원을 계약해당일에 총 40회 지급하여 드립니다.”라고 기재되어 있었다. 그런데, 이 보험증권은 2개의 점선을 이용하여 3단으로 접히게 되어 있었고, 위의 기재는 2단 부분에 있었으며 3단 부분은 떨어져 나간 상태였다.

③ 이 계약이 체결될 무렵 판매된 같은 종류의 보험상품의 보험증권에는 그 2단 부분의 ‘보상구분’란에 유사한 내용의 기재가 있었으며, 그 3단 부분에 “해당 납입일자에 보험료가 납입되지 않거나 기준이율(1년 만기 정기예금이율 × 125%: 현행 10.625%)의 변동 및 계약변경이 있을 경우 상기 예정연금액과 실제연금액의 차이가 있을 수 있습니다.”라는 기재가 있었다.

④ 한편 이 계약의 보험약관 제19조는 다음과 같이 규정하였다.

제19조(연금의 지급) ㉠ 계약자가 보험료를 완납한 후 제1보험기간이 끝난 때에는 회사는 보험료 및 책임준비금 산출방법서에 정한 바에 따라 계산한 연금을 연금지급기간 동안 매월 계약해당일에 지급하여 드립니다. 다만, 계약자의 요청이 있는 경우 3개월, 6개월 또는 연 단위로 지급하여 드립니다.  
㉡ 위 ㉠의 연금에 대하여 회사는 아래의 지급형태 중 계약자가 요청하는 방법에 따라 지급하여 드립니다. 다만, 1년 만기 정기예금이율이 변동될 경우 아래의 연금액이 달라질 수 있습니다.  
① 정액형 : 연금지급기간 동안 동일한 금액으로 지급  
② 체증형 : 연금지급기간 동안 매년 일정한 비율 또는 일정한 금액으로 증액한 금액을 지급  
③ 혼합형 : 일정기간은 매년 일정한 비율 또는 일정한 금액으로 증액한 금액을 지급하며, 나머지 기간은 동일한 금액을 지급

⑤ 제1심과 원심은 원고가 승소하였다(부산지판 2014.1.23, 2013가단14503; 2014.10.24, 2014나2737). 그러나 대법원은 피고 보험회사가 약관 제19조 제2항 단서에 대한 설명의무를 위반했다고 하더라도, 약관 제19조 제1항에 따라 연금액이 1년 만기 정기예금이율에 따라 변동되는 것으로 해석할 수 있다고 판시하여, 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다(대법원 2015.11.17. 선고 2014다81542 판결; 이하 ‘대법원 판결2’라고 함).

## (2) 판결의 이유와 시사점(약관설명 의무 관련)

① 이 대법원 판결<sup>2</sup>는, 연금액은 연금보험계약의 체결 여부에 영향을 미치는 중요한 사항이므로, 그 계약의 체결에서 보험자는 보험계약자에게, 수확식에 의한 복잡한 연금계산방법 자체를 설명하지는 못한다고 하더라도, 대략적인 연금액과 함께 그것이 변동될 수 있는 것이면 그 변동 가능성에 대하여 설명하여야 한다고 전제한 후, 피고 보험회사가 원고에게 연금액이 1년 만기 정기예금이율에 따라 변동될 수 있다는 사실을 설명하지 않았다면 이 부분에 관한 설명의무를 위반한 것이라고 판시하였다.

② 한편 이 판결은 “설명 의무 위반으로 인하여 이 사건 보험약관 제19조 제2항 단서가 이 사건 보험계약의 내용으로 되지 않는다고 하더라도(제19조 제1항도 1년 만기 정기예금이율의 변동과 관련이 있지만, 이 조항은 연금액의 계산에 관한 것이므로 이 조항이 보험계약의 내용으로 되지 않는다면 연금보험인 이 사건 보험계약은 무효로 보아야 한다), 이 사건 보험계약에 따라 지급하여야 하는 연금액에 관한 해석은 달라지지 않는다.”고 판시하였다. 이는 피고 보험회사나 보험설계사가 연금액이 1년 만기 정기예금이율에 따라 변동될 수 있다는 사실을 설명하지 아니하여 “1년 만기 정기예금이율이 변동될 경우 ... 연금액이 달라질 수 있습니다.”라고 규정한 약관 제19조 제2항 단서가 설명 의무의 위반으로 약관법 제3조 제4항에 따라 계약에 편입되지 않는다고 하더라도, “회사는 보험료 및 책임준비금 산출방법서에 정한 비에 따라 계산한 연금을 ... 지급하여 드립니다.”라고 규정한 (산출방법서 지시조항인) 약관 제19조 제1항은 계약에 편입되므로, 이 조항에 따라 연금액은 1년 만기 정기예금이율에 따라 변동되는 것으로 해석할 수 있음을 밝힌 것이다.

③ 따라서 이 판결은 “이 사건 보험증권에 기재된 금액을 이 사건 보험계약에 따른 연금액으로 인정하기 위하여는, ... 이 사건 보험약관에 대한 설명의무 위반만으로는 부족하고, 원고가 이 사건 보험계약 체결 당시 피고와 그러한 내용의 합의를 하였다는 사실을 증명하여야 한다.”고 판시함으로써, 원고가 ‘연금액이 1년 만기 정기예금이율에 따라 변동된다’는 해석과 다른 내용의 ‘연금액을 보험증권에 기재된 금액으로 한다는 (약관법 제4조에 따른) 개별약정의 존재를 증명하지 않는 한, 연금액을 그 해석에 따라 지급할 수 있는 것으로 결론지었다.

④ 이 판결은 (i) 연금보험계약에서 산출방법서 지시조항이 사건 약관 제19조 제1항이 계약에 편입되지 않게 되면 연금액의 계산이 불가능하게 되어 (약관법 제16조 단서에 따라) ‘계약목적 달성의 불능’으로 계약이 전부무효로 된다는 뜻을 밝힘과 동시에, (ii) 계약의 전부무효를 방지하기 위하여 산출방법서 지시조항은 가능한 한 계약에 편입된 것으로 보아야 한다는 뜻도 밝혔다는 점에서, 또한 (iii) 약관조항이 계약에 편입되지 않는다고 하여 무조건 그 불편입조항과 반대되는 내용이 계약의 내용으로 되는 것이 아님을 보여준 점에서도 주목할 만한 판결이었다고 생각된다.

### 3. 독일대법원 판결(2017.6.28, IV ZR 440/14)<sup>4)</sup>

#### (1) 사실관계

① 원고는 2010.9.22.에 피고 보험회사의 대리점에서 연금보험계약의 청약서에 서명을 할 당시에, 독일보험계약법 제7조<sup>5)</sup> 제1항 제1문에 따른 정보(보험약관을

4) BGH, Urt. v. 28.06.2017 - IV ZR 440/14, r+s 2017, 409, “Rückabwicklung eines VersVertrags wegen Verletzung von Informationspflichten”.

5) 독일보험계약법 제7조(보험계약자의 정보) ① 보험자는 보험계약자가 계약의 의사표시를 하기 전에 적시에 그에게 보험약관을 포함한 계약규정 및 제2항의 법규명령이 정한 정보를 문언방식(Textform)으로 통지하여야 한다. 이 통지는 투입된 통신수단에 따른 방식으로 명확하고 이해할 수 있게 전달하여야 한다. 보험계약자의 요청에 따라 전화로 또는 그의 계약의 의사표시 전의 문언방식에 의한 정보 전달이 불가능한 기타 통신수단으로 계약이 체결되는 경우에는, 그 정보를 계약체결 후 지체 없이 통지하여야 한다, 이는 보험계약자가 별도의 서면에 의한 의사표시로써 그의 계약의 의사표시 전의 정보 수령을 명시적으로 포기하는 경우에도 그러하다.

② 연방법무·소비자보호부는 연방재무부와 합의하여 연방참의원의 동의 없이 법규명령(필자 주: 이는 ‘독일보험정보규정’(VVG-InfoV)을 말함)에 의해서 포괄적인 보험계약자정보를 목적으로 다음 각 호의 사항을 정할 수 있다,

1. 보험계약자에게 통지하여야 할 계약에 관한 상세한 사항으로서, 특히 보험자, 제공되는 보험금부, 보험약관 및 철회권의 존재,
2. 생명보험에서 보험계약자에게 추가로 통지하여야 할 정보로서, 특히 예상되는 보험금부·그 조사 및 계산, 표준계산, 보험료로 계산되는 계약체결·판매·관리 비용, 그리고 기타 비용,
3. 질병보험에서 추가로 통지하여야 할 정보로서, 특히 보험료의 변동·구성 및 계약체결·판매·관리 비용,
4. 보험자가 보험계약자와 전화로 접촉할 때 그에게 통지하여야 할 사항 그리고
5. 정보를 제공하는 방법. [이하 제2항의 다음 부분 생략]

③ 제2항에 따른 법규명령에는 보험자가 계약의 존속기간 동안 문언방식으로 통지하여야 할 사항을 추가로 정하여야 한다, 이는 특히 종전의 정보를 변경하는 경우, 질병보험에서 보험료를 인상하는 경우와 요율의 변경가능성에 관하여, 그리고 이익배당부 생명보험에서 보험계약자의 청구권의 변동에 관하여 그러하다.

④ 보험계약자는 계약의 존속기간 동안 언제든지 보험자에게 보험약관을 포함한 계약규정을 서면

포함한 계약규정과, 독일보험정보규정이 정한 보험계약자정보; 이하 ‘계약규정 및 기타 정보’라고 함)를 그의 ‘계약의 의사표시’<sup>6)</sup>(이 사건에서는 청약) 전에 수령하는 대신, “동의서”(Zustimmungserklärung)라는 제목이 붙은 별도의 서면에 피고 보험회사가 미리 굵은 활자로 인쇄한 다음과 같은 문언에 서명하였다.

본인은 - 보험계약의 토대가 되는 보험약관을 포함한 계약규정과 - 독일보험계약법 제7조 제2항에 따라 제정된 법규명령에 의한 소비자정보를 문언방식으로 보험증권과 함께 수령하기로 동의합니다. 중개자는 본인에게 다음 사항을 명시하였습니다.  
... ..  
이 서명으로써 본인은 ... 본인에게 이 문서들을 본인의 계약의 의사표시 전에 적시에 전달하여야 할 귀사의 의무를 면제합니다. 그 전달을 본인은 이 의사표시으로써 포기합니다.

② 피고 보험회사는 원고가 위 청약서와 동의서를 제출한 당일에 그에게 요율 설명서와 약관이 들어있는 보험증권, 독일보험정보규정 제1조와 제2조에 따른 정보와 상품정보서를 발송하였다. 상품정보서의 마지막 4번째 쪽에 철회설명서가 굵은 활자로 인쇄되어 있었다.

③ 원고는 2012.8.27.에 계약을 해지하고, 피고 보험회사는 해지환급금으로 614.40 유로를 지급하였다. 그 후 원고는 2013.2.18.에 (피고 보험회사가 적시의 정보제공을 하지 않았음을 이유로) 계약의 무효 또는 계약의 의사표시의 철회를

---

으로 전달해 줄 것을 청구할 수 있다. 제1회 전달비용은 보험자가 부담한다. [이하 제5항 생략]

6) 독일보험계약법에서는 보험계약자의 ‘계약의 의사표시’(Vertragserklärung)라는 용어가 자주 사용된다. 이는 보험계약자가 계약의 체결을 목적으로 하는 의사표시로서 그의 ‘청약 또는 승낙’을 뜻한다. 보험계약은 보험계약자의 청약과 보험자의 승낙으로 체결되는 경우가 보통이지만 반대의 경우도 고려한 표현이다(Langheid/Wandt/Armbrüster, *Münchener Kommentar zum VVG*, 2. Aufl. 2016, VVG § 7 Rn. 29; Neuhaus/Kloth, *Praxis des neuen VVG: Arbeitsbuch für Versicherer und Vermittler*, 2007, S. 26). 즉, 보험계약자가 청약을 할 때 보험자가 정보를 전달해야 하는 ‘청약모델’(Antragsmodell)에서는 보험계약자의 계약의 의사표시는 그의 청약이 된다. 그러나 보험계약자가 보험자에게 청약을 하도록 요청하는 ‘청약권유모델’(Invitativmodell)에서는 보험자의 청약에 대해 보험계약자가 승낙하므로 보험계약자의 계약의 의사표시는 그의 승낙이 된다. 이 경우 보험자는 정보를 자신이 청약을 할 때 전달해야 하는 것이 보통이지만, 보험자의 청약 후 보험계약자의 거절 없이 일정기간이 경과하면 보험계약자의 승낙이 의제되도록 하는 경우에는, 보험자는 정보를 보험계약자가 청약의 요청을 하기 전에 전달해야 한다(Prölss/Martin/Rudy, 앞의 책, VVG § 7 Rn. 7, 9, 10; Neuhaus/Kloth, 위의 곳). 따라서 우리나라에서 보험자가 보험계약자의 청약을 권유하는 거래형태는 보험계약자의 청약에 대해 보험자가 승낙하는 경우이므로 독일에서의 청약모델에 해당한다.

주장하면서, 모든 기납입 월납 보험료와 지연이자의 합계액과 기수령 해지환급금의 차액(641.26 유로)을 청구하였다.

④ 區법원(Amtsgericht)과 원심법원은, 원고의 적시의 정보수령에 대한 포기는 유효하고, 따라서 피고 보험회사의 계약체결 후의 정보제공은 독일보험계약법 제 7조 제1항 제3문 후단에 따른 적법한 것임을 이유로, 원고의 청구를 기각하였다.<sup>7)</sup> 그러나 독일대법원은, 그 포기는 무효이고, 따라서 그 정보제공은 같은 법 조항 제1문을 위반한 것으로서 원고의 ‘계약을 원상회복(해소)시키기 위한 손해배상청구권’(ein auf Rückabwicklung des Vertrages gerichteter Schadensersatzanspruch; ein auf Vertragsaufhebung gerichteter Schadensersatzanspruch)이 인정된다는 이유로, 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다(독일대법원 2017.6.28. 선고, IV ZR 440/14 판결; 이하 ‘독일대법원 판결’이라고 함).<sup>8)</sup>

⑤ 이 사건의 주요 쟁점사항은 다음과 같다. (i) 원고가 적시(이 사건에서는 청약 시)의 정보수령을 포기한 것이 유효한가? (ii) 피고 보험회사가 적시의 정보제공을 하지 않았다면 계약이 무효로 되는가?, (iii) 피고 보험회사가 적시의 정보제공을 하지 않았다면 원고는 철회권을 시간적 제한 없이 행사할 수 있는가?, (iv) 피고 보험회사의 정보제공의 지체에 대해서 원고에게 철회권 이외에 별도로 계약을 해소시키기 위한 손해배상청구권을 인정해야 하는가? 이 중에서 (i)의 쟁점은, 우리 보험업법 제95조의2 제1항에 따른 보험자의 보험계약의 중요사항의 설명은 보험계약자가 그 수령을 거절하거나 포기할 수 있는 것으로 규정되어 있지 않으므로, 또한 (iii)의 쟁점은, 우리 보험업법 제102조의4 제1항에 따른 청약철회 기간은 보험증권의 도달만으로 시작되고 보험자의 계약체결 전 보험계약의 중요사항의 설명 여부와는 무관하므로, 우리에게 별 의미가 없다.<sup>9)</sup> 따라서 다음에서

7) AG Ansbach, Urt. v. 02.12.2013 - 1 C 509/13; LG Ansbach, Urt. v. 06.11.2014 - 1 S 1412/13.

8) 독일대법원은 이 판결과 같은 이유로, 2017.12.13. 판결(BGH, Urt. v. 13.12.2017 - IV ZR 353/15, JurionRS 2017, 27655)에서도 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다. 2017.12.13. 판결에서의 사건은, 피고 상호보험회사가 원고 보험계약자와 연금보험계약을 체결한 후에 계약규정 및 기타 정보를 보험증권·철회설명서와 함께 발송하고, 그 후 원고가 계약을 해지하고 해지환급금을 받은 후에 피고의 정보제공의무의 위반을 이유로 기납입 보험료와 지연이자의 합계액에서 기수령 해지환급금을 공제한 차액의 지급을 청구한 사건이었다.

9) 독일대법원은 (i)의 쟁점에 대해서는, ㉠ 원고가 서명한 서면의 “동의서”라는 표제는 원고가 그의 권리를 포기한다는 사실을 알 수 없게 하고, ㉡ 첫 번째 문장에서는 서명자가 단지 상세하게 표시된 정보를 보험증권과 함께 수령하기로 동의한다는 뜻만을 표시하며, ㉢ 피고 보험회사가 책임지는 적시의 정보제공에 대한 원고의 포기는 마지막 항목의 마지막 문장에서 나타나는 문언구성은 원고가

는 (ii)와 (iv)의 쟁점에 관한 판시사항만을 살피기로 한다.

## (2) 판결이유<sup>10)</sup>

① 원고와 피고 보험회사의 청약과 승낙에 의한 합의의 효력은, 피고 보험회사가 독일보험계약법 제7조 제1항 제1문에 따라 부담하는 그의 의무(정보제공의무)를 이행했는지의 여부에도, 또한 그의 보험약관이 계약에 편입되었는지의 여부에도 좌우되지 않는다. 보험자가 전달해야 할 몇몇 정보는 그것이 없으면 청약과 승낙의 일반원칙에 따라 보험계약이 성립하지 않게 되는 중요한 것도 있다. 그런데, 이 사건에서 원고의 청약은 연금보험계약의 대상과 내용을 특정할 수 있는 모든 중요한 사항(보장위험, 보험기간, 피보험자, 원고가 납입해야 할 보험료, 보험금의 종류와 액수, 원고가 선택한 요율표)이 제시되어 있고, 보험자가 이를 승낙함으로써 계약이 유효하게 성립되었기 때문이다.

② 독일보험계약법 제8조<sup>11)</sup>와 제9조<sup>12)</sup>의 철회권에 관한 규정<sup>13)</sup>은 독일민법 제

---

그의 의사표시가 자니는 포기라는 특성을 충분히 인식할 수 있게 하기에는 적합하지 않다는 이유로 원고의 적시의 정보수령에 대한 포기를 무효로 보았다(r+s 2017, 410, Rn.17~19). (iii)의 쟁점에 대해서는, 피고 보험회사가 계약규정 및 기타 정보를 적시에 전달하지 아니하고 계약이 성립한 후에 비로소 보험증권·철회설명서와 함께 전달한 경우라도, 이 문서들이 도달한 때로부터 철회기간이 시작된다고 전제하고, 피고 보험회사가 이 문서들을 발송한 날이 2010.9.22.이고, 원고가 철회의 의사표시를 한 날이 2013.2.18.이므로 그 철회는 철회기간이 사건에서는 이 문서들의 도달 후 30일 이 경과하여 무효라고 판시하였다(r+s 2017, 412, Rn. 33).

10) 판결이유는 각각 다음에서 발췌함. ①: r+s 2017, 410, Rn. 12~14 및 16; ②: Rn. 34~35; ③: 412~413, Rn. 36~37; ④: 413, Rn. 38.

11) 독일보험계약법 제8조(보험계약자의 철회권) ① 보험계약자는 그의 계약의 의사표시를 14일필자주. 생명보험에서는 같은 법 제152조 제1항에 따라 30일 이내에 철회할 수 있다. 철회는 문언방식으로 보험자에 대해서 표시하고 어떠한 이유도 포함할 필요가 없다, 적시에 발송하면 기간을 지킨 것이 된다.

② 철회기간은 다음 각 호의 문언방식에 의한 문서들이 보험계약자에게 도달한 때로부터 시작한다.

1. 보험증권과, 보험약관을 포함한 계약규정 및 제7조 제1항과 제2항에 따른 기타 정보, 그리고
2. 철회권과 철회의 법적 효과에 관하여 명확하게 작성된 설명서로서, 투입된 통신수단의 조건에 따라 보험계약자에게 그의 권리를 명확히 하고, 철회를 표시하여야 할 상대방의 이름과 수령가능한 주소가 들어 있으며, 철회기간의 시작과 제1항 제2문의 규정을 명시한 철회설명서.

제1문에 따른 문서의 도달에 관한 증명은 보험자가 한다. [이하 제3항 내지 제5항 생략]

12) 독일보험계약법 제9조(철회의 법적 효과) ① 보험계약자가 제8조 제1항에 따른 철회권을 행사하는 경우에, 제8조 제2항 제1문 제2호에 따른 철회설명서에서 철회권, 철회의 법적 효과 및 지급하여야 할 금액이 보험계약자에게 명시되고, 보험계약자가 보험보호를 철회기간의 종료 전에 시작하기로

280조 제1항, 제241조 제2항, 제311조 제2항 제1호에 따른 ‘계약을 해소하기 위한 손해배상청구권’을 차단하지 아니한다. 철회권은 보험계약자가 ‘어떠한 이유의 제시 없이도’ 계약을 되돌릴 수 있는 숙고기간을 부여하는 것임에 반하여, 손해배상청구권은 계약체결 전의 ‘귀책사유가 있는 의무위반’을 이유로 하는 것이기 때문이다.

동이란 경우에는, 보험자는 철회의 도달 후의 기간에 해당하는 부분의 보험료만을 상환한다. 보험료의 상환의무는 지체 없이 늦어도 철회의 도달 후 30일 이내에 이행하여야 한다. 제1문에서 규정하는 명시가 이루어지지 않은 경우에는, 보험자는 보험보호의 초년도에 지급된 보험료를 추가로 상환하여야 한다. 보험계약자가 보험계약에 의하여 보험금을 청구한 경우에는 그러하지 아니하다. [이하 제2항 생략]

- 13) 독일보험계약법(이하 이 각주에서 ‘독일법’이라고 함) 제8조·제9조의 철회권은, 영미법상의 Cooling-off System을 도입한 것으로서, 우리 보험업법 제102조의4·제102조의5의 청약철회권에 해당한다. 양자는 보험계약자가 특별한 사유의 제시 없이 일방적인 의사표시으로써 계약관계의 발생을 저지하거나 이미 발생한 계약관계를 해소시킨다는 점에서 공통된다. 양자를 비교하면 다음과 같다. ① 철회의 대상: 독일법은 보험계약자의 ‘계약의 의사표시(계약의 청약 또는 승낙)로 하고(8조 1항), 보험업법은 보험계약자(청약자)의 ‘계약의 청약으로 함(102조의4 1항). ② 철회기간: 독일법은 관련 문서들의 도달 후 14일 또는 30일(생명보험의 경우)로 하고(8조 1항, 152조 1항), 보험업법은 보험증권의 도달 후 15일 이상 청약일로부터 30일 이내로 함(102조의4 1항). ③ 철회기간의 시작요건: 독일법은 ‘보험증권, 약관을 포함한 계약규정, 독일보험정보규정이 정한 정보, 철회설명서’ 모두의 도달을 요하고(8조 2항; 8조 4항에 따르면 인터넷보험의 경우에는 독일민법 312조의 1항 1문에 따른 보험자의 일정행위도 추가로 요함), 보험업법은 ‘보험증권의 도달만을 요함(102조의4 1항). 따라서 (i) 독일법이 보험업법에 비해 철회기간의 시작이 엄격하게 규정되어 있고 이에 따라 그 기간의 경과로 인한 철회권의 소멸도 엄격하게 되므로, ‘청약 또는 승낙 후부터’ 철회권 행사가 가능에서는 독일법이 보험업법보다 보험계약자에게 유리함(독일법이나 보험업법의 철회권은 보험계약자가 청약 또는 승낙을 한 후부터 즉, 철회기간의 시작 관련 문서들이나 보험증권의 도달 전부터도 행사할 수 있고 따라서 철회기간의 시작일은 철회권을 비로소 행사할 수 있게 된다는 의미가 아니라, 철회권의 소멸시점을 정하기 위한 기준이 된다는 의미만을 지닐 뿐임). 또한 (ii) 독일법에서는 정보의 전달이 철회기간의 시작요건이 되지만, 보험업법은 보험증권의 전달만으로 철회기간이 시작되므로 보험계약의 중요사항의 설명의무의 이행이 철회기간의 시작요건이 되지 않음. ④ 철회의 효과: (i) 독일법은 원칙적으로 ‘철회의 의사표시가 보험자에게 도달된 후의 기간에 해당하는 기납입 보험료의 일부만을 반환하도록 하지만(9조 1항), 보험업법은 ‘기납입 보험료의 전부를 반환하도록 함(102조의5 1항). 또한 (ii) 기납입 보험료의 일부 또는 전부의 반환기한에 관해서는 독일법은 철회의 도달 후 ‘30일’ 이내에(9조 1항), 보험업법은 ‘3일’ 이내에 반환하도록 함(102조의5 1항). 따라서 철회의 효과에서는 보험업법이 독일법보다 보험계약자에게 유리함. ⑤ 철회권의 소멸: 독일법은 보험계약자가 철회권을 행사하기 전에 그의 명시적인 요청에 따라 계약이 완전히 이행된 경우에는 철회권이 소멸함(8조 3항 2문). 보험업법은 보험사고의 발생 후에 청약자가 선의로 철회권을 행사한 경우에는 철회의 효력이 발생하지 않고 이는 보험사고의 발생으로 보험관계가 종국적으로 확정되고 이에 따라 철회권이 소멸하게 되므로 당연한 결과임), 악의로 철회권을 행사한 경우에는 철회의 효력이 발생하는 것으로 함(이는 보험사고의 발생으로도 철회권이 소멸되지 않게 한다는 점에서 예외적임; 102조의5 3항). ⑥ 철회권이 배제되는 계약: 독일법은 보험기간이 1개월 미만인 계약, 잠정적 보장(vorläufige Deckung)에 관한 계약, 통신판매보험의 경우는 제외, 노동계약에 근거하는 연금기금(Pensionskassen)과의 보험계약, 통신판매보험의 경우는 제외, 거대위험에 관한 보

③ 독일보험계약법 제7조 제1항 제1문은, 보험계약자가 보험자의 의무불이행을 이유로 손해배상을 청구할 수 있는 보험자의 법적 의무인 정보제공의무(Informationspflichten)<sup>14)</sup>를 포함하고 있다. 피고 보험회사는 원고에게 계약규정 및 기타 정보를 원고의 계약의 의사표시 후에 보험증권과 함께 발송하였으므로 이 의무를 위반하였다.

④ 원고가 계약규정 및 기타 정보를 그의 계약의 의사표시 후에 비로소 수령했다는 사정은, 그가 주장하는 손해에 대한 원인이 되어야만 한다. 따라서 원칙적으로 보험계약자는 적시의 정보제공이 있었다더라면 계약을 체결하지 않았을 것임을 증명해야 한다. 이 경우 보험계약자가 이른바 ‘설명에 따른 행위의 추정’(Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens)<sup>15)</sup>을 원용할 수 있는지의 여부는, 그가 손해배상청

협계약을 규정함(8조 3항). 이에 반해 보험업법은 유진단 보험계약, 보험기간이 1년 미만인 보험계약, 자동차의무보험계약, 보증보험계약(청약자가 청약철회에 관하여 피보험자의 동의를 얻은 경우는 제외), 단체보험계약이나 단체취급보험계약을 규정함(102조의4 1항, 영 48조의2 1항, 감독규정 4-39조의2 1항). 따라서 (i) 철회권이 배제되는 계약의 범위에서는 대체로 독일법보다 보험업법이 낫다고 할 수 있음(특히 독일법은 1개월 미만의 계약으로 하고 있고, 보험업법은 보험기간이 1년 미만인 계약으로 하고 있음). (ii) 잠정적 보장에 관해서는 독일법은 철회권을 배제하고 있고, 보험업법은 배제하지 않고 있음. 잠정적 보장은 독일에서는 본계약과는 별도로 그 자체에 대한 약정과 보험료를 요하므로, 특별히 잠정적 보장약정을 한 경우에는 철회권을 배제하기로 약정한 것으로 볼 수 있음. 그러나 우리나라에서는 잠정적 보장은 승낙전 사고담보로서 그 자체에 대한 약정과 보험료를 포함이 없이(본계약에 대한 보험료만을 포함) 본계약의 청약에 당연히 수반되므로(상법 638조의2 3항) 잠정적 보장기간(즉, 보험계약의 청약 후 낙부통지가 있기까지의 승낙기간) 내이더라도 청약철회를 할 수 있게 한 것으로 생각됨(장경환, “생명보험에서의 잠정적 보험보호에 관한 우리와 독일의 표준약관의 비교”, 『경희법학』, 39권 2호, 2004.12, 84쪽 참조).

14) 독일에서 (넓은 의미의) 보험자의 정보제공의무는 ‘상담의무’(독일보험계약법 6조)와 ‘정보제공의무’(같은 법 7조)를 말한다(Wagner/Beutelmann, *Gabler Versicherungslexikon*, 2. Aufl., 2017, “Informationspflichten”). 이 의무들은 계약체결 전은 물론 계약체결 후에도 존재하고(같은 법 6조 4항 및 7조 3항), 만일 상담과 정보의 내용이 일치하는 경우에는 이 의무들은 한꺼번에 이행될 수도 있다(Schwintrowski/Brömmelmeier/Kloth/Krause, *Praxiskommentar zum VVG*, 3. Aufl., 2017, VVG § 75 Rz. 38). 이 글에서 독일의 보험자의 정보제공의무는 독일보험계약법 제7조 제1항 제1문과 제2항의 ‘계약체결 전의 정보제공의무’를 뜻한다.

15) ‘설명에 따른 행위의 추정’은 본래 투자자가 은행이나 투자상담사의 설명의무나 상담의무의 위반을 이유로 손해배상을 청구하는 경우, 그 의무위반과 손해발생 사이의 인과관계를 증명해야 하는 어려움을 덜고자 생겨난 원칙이다. 이 추정은 피해자(투자자)가 상대방의 올바른 설명이 있었다면 그 설명에 따라 합리적으로 행동했었을 것이고, 따라서 피해자에게 발생한 손해는 상대방의 설명의무 위반으로 인한 것으로 추정한다는 뜻이다. 따라서 은행이나 투자상담사가 이 추정에 따른 손해배상책임을 면하려면, 투자자가 중전의 기회에 양질의 조언을 무시했다거나, 실제로 정보에 의존하지 않았다거나, 또는 실제로 투자환급액을 알고 있었다는 사실 등을 들어서, 투자자가 올바른 설명을 들었다더라도 계약을 체결했었을 것이라는 반증을 해야 한다. 이 추정의 정당성에 관해서는 아직도 다투어지고 있고, 독일대법원 내부에서조차도 여전히 이 추정이 단순한 외관증거(Anscheinsbeweis)인지 아니면 증명책임을 전환하는 것인지를 명확히 하지 않고 있다(Emmerich, *Münchener Kommentar*

구의 근거로 삼고자 하는 지체된 정보의 내용에 달려 있다.

### (3) 판결의 시사점

① 이 독일대법원 판결은, 보험계약의 대상과 내용을 특정할 수 있는 중요사항에 관한 당사자 간의 합의가 있었으면 그것으로 계약이 유효하게 성립하고 그 계약의 효력이 보험자의 정보제공의무의 이행 여부나 그의 보험약관의 계약편입 여부에 좌우되지 않는다고 판시함으로써, 정보제공의무의 위반으로 인해 계약이 무효로 되는 것이 아님을 명확히 하였다. 한편 계약이 무효로 되지 않는다고 하더라도, 다음에서 살피는 바와 같이 보험계약자는 그 계약을 해소시키기 위한 신 손해배상의 배상을 청구할 수 있는 것이지, 보험금을 청구할 수 있는 것은 아니다. 이는 정보제공의무를 규정하고 있는 독일보험계약법 제7조 제1항은 보험자의 행위위무(Verhaltenspflicht)만을 규율하는 것이기 때문이라고 한다.<sup>16)</sup>

② 이 판결은 보험자의 정보제공의무의 위반에 대해서 보험계약자가 다음과 같이 독일민법에 따라 ‘계약을 해소하기 위한 손해배상청구권’이 있다고 판시하였다.

(i) 독일민법 제241조 제2항<sup>17)</sup>은 채무관계 당사자의 상대방에 대한 이른바 ‘배려의무’(Rücksichtnahmepflichten)를 규정하고 있고, 같은 법 제311조 제2항<sup>18)</sup>은

*zum BGB*, 2. Bd., 7. Aufl., 2016, BGB § 311 Rn. 192-195).

16) Prölls/Martin/Rudy, 앞의 책, VVG § 7 Rn. 41; Armbrüster, *Examinatorium Privatversicherungsrecht: Über 800 Prüfungsfragen und 5 Klausurfälle*, Springer, 2015.2, Rn. 96 u. 137; 독일보험계약법 제7조가 요구하는 정보의 제공 없이 행해진 보험계약자의 청약이라도 유효하다. 이 규정에 따른 보험자의 정보제공의무의 위반에 대한 제재는, 하나는 보험계약자에게 정보가 도달하는 경우에 비로소 철회기간이 시작된다는 것(같은 법 8조 2항 1호)이고, 또 다른 하나는 독일민법 제280조 제1항, 제311조 제2항 제1호에 의한 보험계약자의 손해배상청구권이다. 그 밖에 독일금지청구소법(UKlaG) 제2조 제1항에 따른 소비자단체가 보험자가 정보제공의무의 불이행을 반복할 위험이 있게 되는 경우 그 불이행을 금지하는 청구(즉, 정보제공의무를 이행하라는 청구)의 소를 제기할 수 있다.

17) 독일민법 제241조(채무관계로 인한 의무) ① 채무관계에 의하여 채권자는 채무자에게 급부를 청구할 수 있다. 급부는 부작위로도 존재할 수 있다. ② 채무관계는 그 내용에 따라 각 당사자에게 상대방의 권리, 법익과 이익을 배려하도록 하는 의무를 지을 수 있다.

18) 독일민법 제311조(법률행위 및 유사법률행위에 의한 채무관계) ① 법률에 다른 정함이 없는 한, 법률행위에 의한 채무관계를 발생시키기 위하여서는 또한 채무관계의 내용을 변경하기 위하여서는 당사자 사이의 계약을 요한다. ② 제241조 제2항에 따른 의무가 수반되는 채무관계는 다음 각 호의 사유에 의하여서도 발생한다

1. 계약교섭의 시작
2. 일방 당사자가 있게 될 수도 있는 법률행위로 인한 관계에서 상대방에게 자신의 권리, 법익과 이익에 대해 영향을 미칠 수 있도록 허용하거나 그에게 그 권리 등을 위탁하는 계약의 착수, 또는
3. 유사한 행위에 의한 접촉.

이 배려의무가 발생하는 경우를 규정하고 있는데, 특히 제1호는 ‘계약교섭의 시작을 규정하고 있다. 이 제311조 제2항은 (같은 조 제3항을 포함하여) 그간 관습법으로 인정되어 오던 이른바 ‘계약체결상의 과실’(culpa in contrahendo)로 인한 책임을 2001년의 독일채권법현대화법에 의하여 독일민법에 명문화한 것이다.<sup>19)</sup> 그리고 같은 법 제280조 제1항<sup>20)</sup>은 (배려의무를 포함하는) 채무관계로 인한 의무의 위반에 대하여 채권자의 손해배상청구권을 규정하고 있다.

이 독일민법의 규정들에 따르면, 계약을 체결하고자 하는 당사자는 계약교섭의 시작 등 계약이 체결되기 전단계라고 하더라도 상대방의 권리·법익·이익을 배려해야 할 의무를 지게 되고, 이 배려의무를 위반하여 상대방에게 손해를 생기게 한 경우에는 그 손해를 배상해야 한다. 이 경우 이 배려의무는 계약체결 전의 의무로서 급부의무가 아니므로, 그 위반에 대해서는 상대방은 ‘계약해제권’이나 ‘이행에 갈음하는 손해배상청구권’을 행사할 수 없고, 통상적으로 ‘계약체결상의 과실’로 인한 ‘신뢰손해(신뢰이익)’의 배상만을 청구할 수 있다.<sup>21)</sup>

③ 제241조 제2항에 따른 의무가 수반되는 채무관계는 스스로 계약당사자가 되지 않는 사람에게서도 발생할 수 있다. 그러한 채무관계는 특히 그 제3자가 특별한 정도로 자신에 대한 신뢰를 요구하고 이로 인하여 계약교섭이나 계약체결에 현저한 영향을 미치는 경우에 발생한다.

19) Jauernig/Stadler, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 17. Aufl. 2018, BGB § 311 Rn. 34.

20) 독일민법 제280조의 의무위반으로 인한 손해배상 ① 채무자가 채무관계로 인한 의무를 위반한 경우에는, 채권자는 이로 인하여 발생하는 손해의 배상을 청구할 수 있다. 채무자가 그 의무위반에 대한 책임이 없는 경우에는 그러하지 아니하다. [필자 주: 이 제1항은 우리 민법 제390조에 해당함; 이하 제2항 및 제3항은 생략.]

21) ① Jauernig/Stadler에 따르면, (i) 계약체결 전의 의무위반은 계약해제권과 이행에 갈음하는 손해배상청구권의 근거가 되지 않는다(앞의 책, BGB § 311 Rn. 36). (ii) 신뢰손해(Vertrauensschaden)의 배상청구권은 계약체결상의 과실로 인한 통상적인 결과이고, 그 “한도상”(der Höhe nach) 이행이익에 의하여 제한되지 않는다는 것이 독일의 통설이다(위의 곳, Rn. 54)[이는 계약체결상의 과실로 인한 신뢰손해의 배상청구액에 제한을 두지 않는다는 뜻이고, 이행이익의 배상까지도 청구할 수 있다는 뜻이 아님. (iii) 이행이익(Erfüllungsinteresse)의 배상청구권은 ㉠ 계약이 계약체결상의 과실 없이 유효하게 성립된 경우와, ㉡ 예외적으로, 계약체결상의 과실로 채권이 적시에 행사되지 아니하여 그 시효가 지난 경우(BGH, Urt. v. 20.3.2001 - X ZR 63/99, NJW 2001, 2716, 2718 “Culpa in contrahendo - Haftung für gesetzten Rechtsschein der Unternehmensidentität”)에 인정된다(앞의 책, BGB § 311 Rn. 55). 이 예외적인 경우는 다음과 같다. 채무자와 동일 장소에서 동일 영역의 영업을 하고 채무자의 영업표지와 거의 일치하는 상호로 활동하며, 고객의 주문을 채무자와 분업적으로 처리하고, 채무자와 동일한 은행계정을 사용하는 등 채무자와 경제적으로 결합되어 있는 제3자인 기업이, 채권자의 요청에 따라 자신이 채무자가 아님을 명시하지 않은 채 시효의 항변권을 포기한 사건에서, 독일대법원은 그 기업은 계약체결상의 과실로 인하여 채권자가 채무자에게 채권을 적시에 행사하지 아니하여 입게 된 손해를 배상할 책임이 있다고 판시하였다. ② 우리 민법 제535조의 계약체결상의 과실책임은, 그 과실이 있으면 계약이 무효로 되는 것으로 풀이되고, 신뢰손해(신뢰이익)의 한도를 이행이익에 한정하고 있는 점에서, 독일민법 제311조 제2항과 제3항

(ii) 따라서 이 판결은, 보험자가 정보제공의무를 위반한 것은 계약교섭의 시작시에 보험계약자에 대한 배려의무를 위반한 것(계약체결상의 과실)으로서, 보험자는 보험계약자의 신뢰손해(즉, 보험계약을 신뢰하여 지출한 비용인 기납입 보험료)를 배상해야 한다는 취지로 이해된다.

③ 이 판결은 보험계약자가 보험자의 정보제공의무의 위반을 이유로 손해배상을 청구하기 위해서는, 해당 정보가 적시에 제공되었다면 계약을 체결하지 않았을 것임(즉, 정보제공의무 위반과 계약체결 사이의 인과관계)을 증명해야 한다고 판시하였다. 이 경우 보험계약자는 이른바 ‘설명에 따른 행위의 주장’을 원용할 수 있지만, 실제로는 계약이 보험계약자의 관점에서 ‘불합리한 것’(예컨대, 본질적인 위험이 보장되지 않은 것)이었고, 해당 정보를 파악할 경우 최소한 그 불합리를 인식할 수 있었던 경우에, 그 증명을 성공할 수 있다고 한다.<sup>22)</sup>

### Ⅲ. 보험자의 설명의무 위반의 효과

#### 1. 약관설명 의무 위반의 효과

##### (1) 상법 제638조의3과 약관법 제3조의 관계

보험자나 모집종사자가 계약체결 시에 약관설명 의무를 이행하지 않은 경우에는, 보험계약자는 상법 제638조의3 제2항에 따라 계약을 취소할 수 있다. 이 계약의 취소는 계약성립일로부터 3개월 이내에 해야 하고, 또한 보험사고가 발생하기 전에 해야 한다(보험사고가 발생한 후에는 보험자의 보험금지급책임이 확정되므로 더 이상 계약을 취소할 수 없게 되기 때문이다). 다만, 연금보험약관에서는 연금액이 지급된 후에도 계약을 취소할 수 있는 것으로 하고 있으므로(계약취소

에 따른 계약체결상의 과실책임과는 다르다. 우리 민법 제535조에 대해서는 (i) 원시적 불능 무효에 반대하고, 원시적·후발적 불능의 효과를 동일하게 취급해야 하며, 과실상계를 인정해야 한다는 견해(최홍섭, “우리 법에서 「계약체결상의 과실, 책임의 문제점과 재구성」, 「민사법학」, 11·12호, 1995.2.)와, (ii) 위 취지에 대체로 찬성하면서도 원시적·후발적 불능의 효과를 구별해야 한다는 견해(김동훈, “원시적 불능으로 인한 손해배상의 범위”. 국민대 「법학논총」, 24권 3호, 2012.2.), (iii) 민법 제750조(불법행위책임)에 의하여 해결될 수 있음을 이유로 민법 제535조를 삭제해야 한다는 견해(강봉석, “계약체결상의 과실”, 「홍익법학」, 10권 1호, 2009) 등 다양한 견해가 주장되고 있다.

22) Prölss/Martin/Rudy, 앞의 책, VVG § 7 Rn. 40.

시 보험자가 기납입 보험료에서 기지급 연금액을 공제한 금액을 반환하는 것으로 규정함; 뒤의 각주 24 참조), 여기의 보험사고는 피보험자의 연금액 지급기일까지의 생존은 제외하고 피보험자의 사망만을 뜻한다.

그런데, 판례에 따르면, 상법 제638조의3 제2항은 약관법 제3조 제4항(2011.3.29. 개정 전에는 제3조 제3항)의 적용을 배제하는 특별규정이 아니라고 한다. 따라서 보험계약자가 계약성립일로부터 3개월 이내에 계약을 취소하지 않았다고 하더라도, 보험자의 설명의무 위반의 효과가 소멸되거나 그 위반의 하자가 치유되는 것은 아니므로, 약관법 제3조 제4항에 따라 약관조항의 계약불편입을 주장할 수 있다고 한다(이른바 중첩적용설; 대판 1996.4.12, 96다4893 외 다수).<sup>23)</sup>

따라서 판례에 따라 상법 제638조의3과 약관법 제3조가 중첩적으로 적용될 경우, (i) 계약성립일로부터 3개월 이내에 보험계약자가 보험사고의 발생 전에 계약을 취소한 경우에는, 더 이상 약관법은 적용될 수 없게 된다. 이 경우 보험자는 (계약이 무효로 됨에 따라) 민법 제748조에 따른 부당이득반환의 책임을 진다(다

23) 이에 대하여 상법적용설은, 보험약관의 교부·설명위반에 대해서는 상법 제638조의3만이 적용되므로, 보험계약자가 취소기간 내에 계약을 취소하면 기납입 보험료를 돌려받고, 계약을 취소하지 아니하면 교부·설명위반이 위반된 약관조항이라도 그대로 적용된다고 한다(양승규, 「보험법」, 5판, 삼지헌, 2004, 114~115쪽, 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001, 190쪽, 장경환, 「보험기초이론」(생명보험언더라이터 자격시험교재 Step1), 생명보험협회, 2002, 95쪽, 유주선, 「보험법」, 청목출판사, 2013, 80쪽). 이 설의 논거는 다음과 같다. (i) “특정한 거래 분야의 약관에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법(약관법)에 따른다.”는 약관법 제30조 제3항에 따라 보험약관에 관한 한 상법 제638조의3이 약관법 제3조에 대한 특별규정으로서 적용되어야 한다(예컨대, 약관법 제3조 제2항은 고객이 요구할 경우에만 약관을 교부하도록 하고 있으나, 상법 제638조의3 제1항은 보험계약자의 요구를 불문하고 보험약관을 교부하도록 하고 있음. 그런데, 약관법 제3조 제2항의 중첩적용에 따라 보험자가 보험계약자의 요구가 없었음을 이유로 보험약관의 교부의무 위반의 책임을 면하게 된다고는 할 수 없음). (ii) 약관법 제3조는 1986년에 신설되고 상법 제638조의3은 1991년에 신설되었다. 이처럼 약관법 제3조가 이미 존재함에도 상법 제638조의3을 신설한 것은, 보험약관의 교부·설명위반에 대해 약관법 제3조에 따른 계약불편입과는 다른 효과인 계약취소권을 부여하기 위한 것이다. (iii) 보험약관은 동질적인 위험에 관한 다수의 보험계약을 기초로 하여 작성된 계약조항으로서 보험계약의 단체적 구조에서 보험계약자가 약관에 따른 것에 동의하지 아니하였다 하더라도 일단 보험계약이 체결된 이상 그 보험약관의 구속력을 인정하는 것이 마땅하다(약관의 구속력의 근거에 관한 보험약관예외설). (iv) 동일한 위험단체 내에 있는 보험계약자들의 일부에 대해서는 약관을 적용하고 일부에 대해서는 교부·설명의 결여를 이유로 약관을 적용하지 않게 되면, 보험계약자 평등대우를 구현할 수 없게 된다. (v) 법률행위의 취소권은 이를 취소기간 내에 행사하지 않으면 더 이상 그 취소사유를 주장할 수 없게 된다는 것이 취소의 법리이다. 따라서 상법에 약관의 교부·설명위반에 대한 계약취소권이 규정되어 있는 이상, 취소기간 내에 이를 행사하지 않으면 더 이상 약관의 계약불편입을 주장할 수 없게 된다고 해야 한다.

음의 ‘?’ 참조). 그러나 연금보험약관에서는 보험자가 기납입 보험료에서 기지급 연금액을 공제한 금액에, 그 보험료를 받은 기간(보험료 수령 시부터 반환 시까지의 기간)에 대해 보험계약대출이율을 연단위 복리로 계산한 이자를 가산하여 반환해야 하는 것으로 규정하고 있다.<sup>24)</sup> (ii) 계약성립일로부터 3개월 이내에 보험사고가 발생하고 그때까지 보험계약자가 계약을 취소하지 않은 경우이거나, 계약성립일로부터 보험사고의 발생 없이 3개월이 경과한 경우에는, 약관법만이 적용될 수 있게 된다. 이 경우 보험계약자는 계약에 따른 보험금을 청구하거나, 보험자가 면책이나 책임제한을 주장하는 경우에는 해당 약관조항(면책조항이나 책임제한조항)의 설명의무 위반을 이유로 약관법에 따른 그 조항의 계약불편입을 주장할 수 있다.

## (2) 약관법에 따른 효과

### 1) 약관조항의 계약불편입으로 인한 계약의 일부무효

보험자나 모집종사자가 보험계약자의 청약 시에 보험약관의 설명의무를 이행하지 않은 경우에는, 그 설명의무가 위반된 약관조항은 약관법 제3조 제4항에 따라 보험계약의 내용으로 되지 않게 되고(약관조항의 계약불편입), 보험계약은 원칙적으로 같은 법 제16조 본문에 따라 나머지 부분만으로 유효하게 존속한다(계약의 일부무효의 원칙). 그러나 그 결과 ‘계약목적 달성의 불능’이나 ‘한쪽 당사자(보험자 또는 보험계약자)의 부당한 불이익’이 초래되는 경우에는, 예외적으로 같은 법조 단서에 따라 전무무효로 된다(계약의 예외적 전부무효). 약관법이 계약의 일부무효를 원칙으로서 규정한 것은, 계약에 불편입되는(또는 불공정조항으로서

24) 검토약관 제5조(약관교부 및 설명의무 등) ② 회사가 제1항에 의해 제공될 약관 ... 를 청약 시 계약자에게 전달하지 아니하거나 약관의 중요한 내용을 설명하지 아니한 때 ... 에는 계약자는 ‘청약일부터’ 3개월 이내에 계약을 취소할 수 있습니다. ‘다만, 단체(취급)계약의 경우에는 계약체결일로부터 1개월 이내에 계약을 취소할 수 있습니다.’ ④ 제2항에 따라 계약이 취소된 경우에는 회사는 계약자에게 이미 납입한 보험료(이미 지급한 연금액을 차감한 금액)를 돌려드리며 보험료를 받은 기간에 대하여 보험계약대출이율을 연단위복리로 계산한 금액을 더하여 드립니다. 사건으로는, (i) 이 약관조항 제2항에서 ‘청약일부터는’ ‘계약성립일로부터’로 고쳐야 할 것이고, 제2항의 단서조항은 삭제해야 할 것으로 생각된다. (ii) 계약의 취소는 계약성립일로부터 3개월 이내에 해야 하므로 보험료를 받은 기간 동안의 이자는 보험자에게 큰 부담이 되지 않는다고 하더라도, 그가 계약체결·유지비용을 지출하고 계약취소 시까지 사망보장을 제공해 온 점을 고려할 때 그 이자까지 반환하도록 하는 것은 무리라고 생각된다.

무효인) 약관조항이 있더라도 가능한 한 계약관계를 유지하는 것이 고객의 이익에 부합된다는 점(예컨대, 약관에 의한 계약체결에 의해 경제생활에 필요한 상품이나 용역을 얻게 된다는 점)을 고려한 결과이다.

이러한 '계약의 일부무효의 원칙'을 규정한 약관법 제16조는 '계약의 전부무효의 원칙'을 규정한 민법 제137조에 대한 특별규정으로서, 약관법 제16조가 적용되는 한 민법 제137조의 적용은 배제된다. 따라서 민법에서는 '계약의 일부무효'를 주장하는 당사자가 민법 제137조 단서에 해당하는 사실(계약의 무효부분이 없었더라도 계약을 체결했었을 것)을 증명해야 하지만, 약관법에서는 '계약의 전부무효'를 주장하는 당사자가 약관법 제16조 단서에 해당하는 사실(계약목적 달성의 불능이나 자신에 대한 부당한 불이익)을 증명해야 한다.

보험계약자가 약관설명 의무의 위반을 주장하는 것은 약관법상 특별한 시간적 제한이 없으므로 '보험관계가 존속하는 한' 할 수 있고, 그 주장은 통상적으로 보험사고 발생 시에 면책조항이나 책임제한조항에 관하여 있게 된다. 그 주장이 사실로 확인되면, 해당 면책조항이나 책임제한조항은 계약불편입으로 인하여 적용될 수 없게 되고, 다른 면책조항이나 책임제한조항이 적용되지 않는 한<sup>25)</sup> 보험자는 보험금지급책임을 지게 된다.<sup>26)</sup> 이 경우 보험금지급책임을 '전부 또는 전무의 원칙'에 따르므로, 보험계약자가 계약체결 시에 해당 조항을 적극적으로 확인하지 않은 과실이 있었다고 하더라도 과실상계가 허용되지 않는다.

## 2) 계약의 전부무효로 인한 부당이득의 반환

약관법 제16조 단서에 따르면, 위에서 언급했듯이, 보험계약의 유효한 부분만으로는(즉, 보험계약의 일부무효로는) 계약의 목적 달성이 불가능하거나 한쪽 당사자(보험자 또는 보험계약자)에게 부당하게 불리한 경우에는 예외적으로 보험계약을 전부무효로 한다. 이는 약관조항의 계약불편입으로 인하여 계약목적의 달성이 불가능하게 될 수도 있음을 고려한 것이고, 또한 한쪽 당사자에게 기대가능성

25) 대법원 판결2는 책임제한조항(연금액이 정기에금이율에 따라 변동될 수 있다는 조항)이 설명의무의 위반으로 인하여 적용되지 않게 되더라도, 다른 책임제한조항(산출방법서 지시조항)이 적용될 수 있는 경우에는, 그 다른 조항에 따라 동일한 책임제한을 인정하였다.

26) 대판 2014.11.27, 2012다14562에 따르면, 보험자가 면책약관에 대한 설명의무를 위반하여 약관법 제3조 제4항에 따라 해당 면책약관을 계약의 내용으로 주장하지 못하고 보험금을 지급하게 된 경우도, 보험자가 보험자대위를 할 수 있다고 판시하였다.

(Zumutbarkeit)을 넘어서는 가혹한 불이익의 감수까지 요구하지 않는다는 취지이다(독일민법 제306조 참조<sup>27)</sup>).

연금보험계약이 약관법 제16조 단서에 따라 전부무효로 된 경우에는, 보험자는 민법 제748조에 따라<sup>28)</sup> 기납입 보험료에서 기지급 연금액 등을 공제한 금액을 보험계약자에게 부당이득으로서 반환할 책임을 지게 된다. 그 반환의 범위는 보험자가 선의 수익자인지 악의 수익자인지에 따라 다음에서 살펴보는 바와 같이 다르게 된다.

(i) 보험자는 기납입 보험료를 선의로 준점유한 것으로 추정되므로(민법 210조, 197조 1항), 선의 수익자로 추정된다. 따라서 보험자가 악의 수익자라는 사실은 이를 보험계약자가 증명해야 한다. 또한 보험자는 약관설명 의무의 위반사실을 알게 된 것만으로는 아직 악의 수익자로 되었다고 할 수 없고, 계약이 '확정적으로' 전부무효로 된 사실을 알게 된 때 악의 수익자로 된다.<sup>29)</sup>

27) 독일민법 제306조(약관규정의 계약불편입 및 무효의 법적 효과) ① 약관의 전부 또는 일부가 계약의 구성부분으로 되지 아니하거나 무효인 경우에는, 계약은 나머지 부분에서 유효하다. ② 약관규정이 계약의 구성부분으로 되지 않거나 무효인 한, 계약의 내용은 법률상의 규정에 의한다. ③ 계약의 유지가 제2항에 의하여 규정된 변경을 고려하더라도 일방 계약당사자에게 기대할 수 없을 정도로 가혹(unzumutbare Härte)하게 되는 경우에는, 계약은 무효로 된다.

28) 부당이득제도의 본질에 관한 종래의 다수설인 통일설(공평설)과 유력한 소수설인 비통일설(유형론)은 부당이득의 반환에 관하여 민법상의 적용조항을 달리한다(이하 이 각주에서 법령 표시가 없는 조항은 민법의 조항임). 즉, ① 통일설에 따르면, 수익자가 법률상 원인 없이 취득한 물건은 '점유'라고 하는 부당이득이 반환되어야 하므로, 이 경우에는 물건적 청구권에 관한 제201조 내지 제203조 이하 '제201조 이하라고 함'가 부당이득반환청구권에 관한 제748조에 대한 특별규정이 된다고 한다. 따라서 수익자가 '원물을 반환하는 경우에는 제201조 이하를 적용해야 하고 '가액'을 반환하는 경우에는 제748조를 적용해야 한다'고 한다(곽윤직, 「채권각론」 6판, 2003, 349~350쪽, 김상용, 「채권각론」 개정판, 2003, 543쪽, 송덕수, 「민법강의(하)」, 박영사, 2007, 1164쪽 외 다수). ② 이에 반해 비통일설은 부당이득의 유형을 급부부당이득, 침해부당이득, 비용부당이득 등으로 나누고, 이 중에서 급부부당이득의 경우에는 수익자와 손실자 사이의 계약에 따라 이루어진 급부를 반환하는 경우이므로, 수익자가 '가액'을 반환하는 경우뿐만 아니라 '원물'을 반환하는 경우에도 계약 관계를 전제로 하지 않는 제201조 이하보다 계약관계를 전제로 하는 제748조를 적용해야 한다고 한다(양창수, 「민법주해 IV」(곽윤직 편집대표), 1992, 361~363쪽, 이영준, 「한국민법론(물권편)」, 신정2판, 2004, 355쪽, 이은영, 「채권각론」 5판, 2005, 683쪽, 김중환·김학동, 「채권각론」 7판, 2006, 689쪽 등). ③ 보험자와 보험계약자가 계약의 무효를 이유로 각자 상대방에게 기납입 보험료와 기수령 연금액을 반환해야 하는 경우는, 통일설에 따르면 '가액'을 반환하는 경우로서, 비통일설에 따르면 이른바 '급부부당이득'을 반환하는 경우로서, 그 반환의 범위는 어느 설에 따르더라도 제748조에 따라 정해지게 된다.

29) 대판 2010.1.28, 2009다24187·24194에 따르면, "부당이득반환의무자가 악의의 수익자라는 점에 대하여는 이를 주장하는 측에서 입증책임을 진다. 여기서 '악의'라고 함은, 민법 제749조 제2항에서 악의로 의제되는 경우 등은 별론으로 하고, 자신의 이익 보유가 법률상 원인 없는 것임을 인식

(ii) 보험자는 반환해야 할 기납입 보험료에서 기지급 연금액, 계약체결·유지비용, 경과위험보험료 등을 공제할 수 있고, 기납입 보험료로써 얻은 운용이익은 이를 산입하지 않는다. 즉, ㉠ 보험자의 기납입 보험료의 반환과 보험계약자(보험 수익자)의 기지급 연금액의 반환은 동시이행관계에 있으므로, 보험자는 기납입 보험료에서 기지급 연금액을 상계할 수 있다. ㉡ 보험자가 보험계약자와 계약을 체결하고 유지하기 위하여 지출한 계약체결·유지비용은, 보험자가 법률상 원인 없는 이익(기납입 보험료)을 얻기 위하여 지출한 비용으로서 기납입 보험료에서 공제할 수 있다. ㉢ 사망을 보장하는 위험보험료는 보험료기간의 경과로 소멸하므로(이 경우 피보험자는 보험보호를 받은 것이 됨), 보험자는 보험료기간이 경과한 위험보험료(경과위험보험료)를 기납입 보험료에서 공제할 수 있다(보험료기간의 일부만 경과한 위험보험료는 단기로율이나 일수계산에 따라 공제함). ㉣ 한편 보험자가 기납입 보험료에 자신의 조직과 경영을 투입하여 얻은 이익은 이른바 ‘운용이익’으로서, 사회통념상 보험계약자가 보험자의 개입 없이도 당연히 취득할 수 있었던 것에 해당하지 아니하므로, 보험자가 반환해야 할 기납입 보험료에 산입해야 하는 것은 아니다. 이러한 기지급 연금액, 비용과 위험보험료 등의 공제와 운용이익의 불산입은 보험자가 선의·악의 수익자인지의 여부를 불문하고 인정된다(판례는 비용의 공제와 운용이익의 원칙적 불산입을 악의 수익자에 대해서도 인정하고 있음<sup>30)</sup>).

하는 것을 말하고 그 이익의 보유를 법률상 원인 없는 것이 되도록 하는 사정, 즉 부당이득반환의 무의 발생요건에 해당하는 사실이 있음을 인식하는 것만으로는 부족하다.” 따라서 이 판결은 명의 수탁자가 수령한 매수자금이 명의신탁약정에 의하여 지급되었다는 사실을 알았다고 하여도, 그 약정이 부동산신탁법에 의하여 무효임을 알았다는 사정이 부가되지 아니하는 한, 명의수탁자가 그 금전의 보유에 관하여 법률상 원인 없음을 알았다고 할 수 없다고 판시하였다. 또한 대판 2015.5.28, 2013다1587은 일부 토지에 대한 거래허가신청이 불허가된 날에 매도인이 악의 수익자로 되었다고 볼 수 없고, 그 불허가로 인하여 매수인이 모든 토지의 매수를 포기하기로 하여 매도인과 함께 나머지 토지의 거래허가증을 반납한 날에 매도인이 ‘매매계약이 확정적으로 무효가 되었다는 사정을 알고 있었으므로 이때 악의 수익자로 된 것으로 볼 수 있다고 판시하였다.

30) 대판 1995.5.12, 94다25551에 따르면, 수익자는 정당한 권원 없이 임야 소유자의 조부모 묘가 있는 임야를 중장비로 광범위하게 훼손하여 굴취한 토석을 제방성토 작업에 사용하고 농지개발조합으로부터 성토대금을 받은 악의 수익자이었다. 그럼에도 이 판결은 “수익자가 그 법률상 원인 없는 이득을 얻기 위하여 지출한 ‘비용’은 수익자가 반환하여야 할 이득의 범위에서 공제되어야 하고, 수익자가 자신의 노력 등으로 부당이득한 재산을 이용하여 남긴 이른바 ‘운용이익’도 그것이 사회통념상 수익자의 행위가 개입되지 아니하였더라도 부당이득된 재산으로부터 손실자가 당연히 취득하였으리라고 생각되는 범위 내의 것이 아닌 한 수익자가 반환하여야 할 이득의 범위에서 공제되어야 한다.”고 판시하면서, 수익자가 임야 소유자에게 반환해야 할 성토대금에서 ‘노무비와 경비’의

(iii) 보험자는 ‘악의 수익자로 되는 때’(계약이 확정적으로 전부무효로 된 사실을 알게 되는 때)로부터 위 (ii)에 따라 기납입 보험료에서 기지급 연금액 등을 공제한 금액에 민사법정이자를 가산하여 반환해야 하고, 그래도 보험계약자에게 손해가 있게 되면 그 손해도 배상해야 한다(민법 748조 2항). 여기의 손해배상책임에 대해서는 불법행위책임설(통설), 채무불이행책임설, 법정책임설 등이 주장되고 있으나,<sup>31)</sup> 어느 설에 따르더라도 보험계약자의 손해가 ‘특별손해’가 되는 경우에는 보험자는 그 손해가 생긴 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상책임이 있게 된다(민법 393조 2항, 763조).<sup>32)</sup> 또한 여기의 손해배상책임은 보험계약의 무효로 인하여 지는 책임이므로, 보험계약자가 이 손해배상책임을 이유로 이행이익의 배상을 청구할 수 있는 것은 아니다.

(iv) 결론적으로, 연금보험계약이 약관법 제16조 단서에 따라 전부무효로 된 경우에는, ㉠ 보험자는 선의 수익자로 추정되는 한 보험계약자에게 기납입 보험료에서 기지급 연금액, 계약체결·유지비용, 경과위험보험료 등을 공제한 금액을 반환해야 하고, ㉡ 만일 악의 수익자임이 증명되면 그때로부터(약관설명무의무가 위반된 사실을 알게 된 때로부터가 아니라 계약이 확정적으로 전부무효로 된 사실을 알게 된 때로부터) 그 금액에 민사법정이자를 가산하여 반환해야 하며, 그 밖에 보험계약자의 특별손해가 생긴 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 그 특별손해도 배상해야 한다.

### (3) 약관설명무의무 면제사항

약관법 제3조 제3항과 상법 제638조의3 제1항은 사업자나 보험자가 약관의 ‘중요한 내용’을 설명하도록 규정하고 있다. 이처럼 약관설명무의무를 약관의 ‘모든 내용’이 아니라 ‘중요한 내용’으로 한정하는 것은, 고객보호의 목적(고객으

공제를 허용하였다.

31) 서중희, “민법 제748조 제2항의 ‘손해’의 법적 성질”, 『재산법연구』 34권 1호, 2017, 62~63쪽 참조.

32) 대판 2002.2.5, 2001다66369: “새마을금고 이사장이 이사회 의결 없이 금고 명의로 (금융기관으로부터) 돈을 대출받은 뒤 이를 임의로 소비한 경우, 금융기관의 새마을금고에 대한 대출계약이 무효이므로, 악의의 수익자인 새마을금고는 금융기관에게 그 대출금 원금에 상당하는 이익에 법정이자를 붙여 반환하여야 할 뿐이고, 이 이자 상당액을 초과하는 손해는 특별한 사정으로 인한 손해로서 새마을금고가 그 사정을 알았거나 알 수 있었다고 볼 수 없는 이상 금융기관에게 배상할 의무가 없다.”

로 하여금 약관의 내용을 제대로 알고 이를 토대로 계약을 체결할 수 있게 함으로써 뜻밖의 불이익을 당하지 않게 하고자 하는 목적)과 거래신속의 목적(사업자로 하여금 다수계약을 신속하게 체결할 수 있게 함으로써 경영의 합리화를 도모할 수 있게 하고자 하는 목적)을 절충한 결과이다.

판례는 (i) 보험계약자가 충분히 잘 알고 있는 사항, (ii) 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있는 사항, (iii) 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사항을 규정한 약관조항은 설명의무의 대상이 되지 않는다고 판시하였다(대판 1998.11.27, 98다32564; 1999.3.9, 98다43342 외 다수). 또한 판례는 (iv) 보험계약자가 설명을 들었다더라도 계약을 체결했었을 면책사유이나 책임제한사항 또는 설명을 들었다더라도 특약을 체결하지 않았을 추가보장사항을 규정한 약관조항은, 그 사항이 '보험약관의 중요한 내용에 해당하지 않으므로, 역시 설명의무의 대상이 되지 않는다고 판시하였다.<sup>33)</sup> 약관조항이 규정하는 사항이 이러한 사항들 중의 하나에 해당한다는 사실은 보험자가 증명해야 한다.

위 (i) 내지 (iii)의 경우는 해당 사항이 보험계약자의 계약체결 여부에 영향을 미치는 중요한 내용이기기는 하지만, 그 사항에 대한 보험계약자의 인지 또는 그 가능성이나 당위성으로 인하여 보험자의 설명을 요하지 않게 되는 경우라고 할 수 있다. 이에 반하여 위 (iv)의 경우는, 해당 사항에 대한 보험계약자의 인지 또는 그 가능성이나 당위성과는 상관없이, 그 사항이 보험계약자의 계약체결 여부에 영향을 미치지 않게 됨으로 인해 중요한 내용에 해당하지 않게 되는 경우라고 할 수 있다. 특히 (iv)의 경우는, 일반적으로는 약관의 중요한 내용이 되는 사항(예컨대, 면책사유나 책임제한사유)이라도 보험계약자의 실제 사정(예컨대, 보험가입의

33) 대판 1994.10.25, 93다39942: “보험계약자가 약관면책조항의 배우자에 사실혼관계의 배우자가 포함됨을 알았더라면 보험회사와 보험계약을 체결하지 아니하였으리라고 인정할 만한 사정도 엿보이지 않는다면 설명의무의 대상이 되는 약관의 중요한 내용에 해당하지 않는다.”; 대판 2005.10.7, 2005다28808: “특약의 구체적인 담보 내용은, 보험모집인이 그에 관하여 구체적이고 상세하게 설명하였다고 하더라도 보험계약자가 거액의 보험료를 추가로 지출하면서까지 위 특약에 가입하였을 것으로는 볼 수 없는 점 등에 비추어, 설명의무의 대상이 되는 약관의 중요한 내용에 해당한다고 볼 수 없다.”; 서울고판 2009.1.16, 2008나42920: “오토바이 탑승 중 교통사고를 당하면 지급보험금이 차량탑승 중 교통사고에 비하여 1/10 수준으로 적어진다는 설명을 들었다 하더라도 그것 때문에 체결하려던 보험계약을 체결하지 아니하였을 것으로는 보이지 아니하므로, ‘오토바이 탑승 중의 교통사고가 약관상 ‘차량탑승 중의 교통사고에 해당하지 아니한다는 점은 설명의무의 대상이 되는 중요한 사항이라 하기 어렵다.”

효용성, 면책사유나 책임제한사유의 영향력, 보험료의 부담 등에 따라서는 약관의 중요한 내용에 해당하지 않을 수도 있음을 밝힌 점에서 그 의미가 있다.

## 2. 정보제공의무 위반의 효과

### (1) 우리나라에서의 정보제공의무에 관한 논의

보험업법의 개정(법률 10394호, 2010.7.23)에 의하여 제95조의2가 신설되기 전에, 우리나라는 상법에서 보험약관의 설명의무만을 규정하고 있는 반면에 2008년의 새 독일보험계약법은 정보제공의무를 비롯하여 상담의무, 안내의무(적시의무), 서면화의무 등 다양한 의무를 규정하고 있음을 소개하면서, 이 입법례를 검토·도입해야 한다는 견해가 주장되었었다.<sup>34)</sup> 그 후 보험업법 제95조의2가 신설된 후에도, (i) 보험계약 당사자의 권리·의무에 관한 내용은 보험업법보다는 상법 보험편에 규정하는 것이 타당하므로, 독일의 입법례(정보제공의무를 독일보험감독법에서 규정하다가 새 독일보험계약법으로 옮겨 규정하고 구체적인 정보목록은 시행령에 규정함)에 따라 우리도 상품설명 의무에 대한 보험업법의 상세규정은 감독을 위한 최소한도로 축소하고, 정보제공의무를 상법에 규정하면서 구체적인 정보목록은 상법시행령에 규정해야 하며, 이를 위해서 상법 638조의3의 약관설명 의무를 정보제공의무화 하고 그 위반의 효과까지를 규정하는 것이 바람직하다는 견해<sup>35)</sup>와, (ii) 상담의무 및 안내의무와 그 위반의 효과를 규정하여 설명의무를 정보제공의무로 전환해야 하고, 감독지침인 계약개요·주의환기정보는 정보제공의무로서 또한 의향확인서면은 상담의무로서 보험계약법에 규정하여 모집주체규제를 보험계약법 중심으로 일원화해야 한다는 견해가 주장되었다.<sup>36)</sup> 한편 (ii) 상법의 보험약관 설명의무와 보험업법의 설명의무·적합성원칙으로 인하여 독일식 상담의무의 도입 필요성은 실제 우리나라에서 크지 않고, 지금의 약관설명 의무 제도를 합리

34) 유주선, “보험자의 정보제공의무 - 독일과 한국의 비교법적인 관점에서”, 『보험학회지』 79집, 2008. 4, 118쪽; 김은경, “독일 보험계약법상 보험자의 정보제공의무 등에 대한 고찰”, 『기업법연구』 23권 2호, 2009.6, 188쪽.

35) 최병규, “보험자의 정보제공의무 도입방안에 관한 연구”, 『상사판례연구』 24권 3호, 2011.9, 336~338쪽.

36) 지광운, “보험모집규제에 관한 비교법적 고찰 - 보험모집주체 및 정보제공의무를 중심으로”, 『한양법학』 24권 2집, 2013.5, 494 및 496쪽.

적으로 개선하면 충분하므로 독일보험계약법의 정보제공의무·상담의무·안내의무·서면화 의무의 도입은 현 상황에서는 시급하지 않다는 견해도 주장되었다.<sup>37)</sup>

살피건대, (i) 보험업법 제95조의2 및 제95조의3과 하위규정들이 보험계약의 중요사항의 설명의무, 계약단계별 설명의무, 적합성원칙 등을 규정하고 있는 지금에서는, 독일보험계약법 제7조의 정보제공의무와 제6조의 상담의무를 도입해야 할 필요는 별로 없다고 생각된다.<sup>38)</sup> 그 이유는, ㉠ 독일보험계약법 제7조와 보험

37) 박세민, “독일 보험계약법상 보험자 정보제공의무 등의 내용 분석과 그 도입가능성에 관한 비판적 검토”, 『고려법학』 84호, 2017.3, 175쪽, 181쪽.

38) 독일보험계약법(이하 이 각주에서 ‘독일법’이라고 함)에서의 넓은 의미의 정보제공의무는 제7조의 ‘정보제공의무’와 제6조의 ‘상담의무’를 포함하는 개념이고 앞의 각주 14 참조, 우리 보험업법에서의 그것은 제95조의2의 ‘설명’의무와 제95조의3의 ‘적합성원칙’을 포함하는 개념이다. 이 중에서 독일법 제7조와 보험업법 제95조의2는 좁은 의미의 정보제공의무에 관한 규정으로서 보험상품에 관한 보험자와 보험계약자 사이의 정보의 불균형을 해소하기 위한 핵심규정이다. 양 규정을 비교해 보면 다음과 같다. ① 계약체결 전의 정보제공의무의 이행시기: 독일법은 ‘보험계약자의 계약의 의사표시(즉, 청약 또는 승낙) 전에 정보를 전달하도록 규정하고 있고(7조 1항), 보험업법은 보험자가 ‘계약의 체결을 권유하는 경우(즉, 보험계약자의 청약 전에 보험계약의 중요사항을 설명하도록 규정하고 있다(95조의2 1항). 그러나 양 규정은 보험계약자가 청약을 하든 승낙을 하든 그 의사표시 전에 보험상품에 관한 정확하고도 충분한 정보를 바탕으로 계약체결 여부를 합리적으로 판단할 수 있게 하기 위한 것이라는 점에서 같은 취지의 규정이라고 할 수 있음. ② 계약체결 전의 정보제공의무의 대상: 독일법은 ‘보험약관을 포함한 계약규정과 독일보험정보규정이 정하는 정보’를 전달하도록 규정함으로써 보험약관을 포함하고 있지만(7조 1항), 보험업법은 ‘대통령령으로 정하는 보험계약의 중요사항을 설명하도록 규정하여 특별히 보험약관을 규정하고 있지는 않음(95조의2 1항). 그러나 보험업법의 보험계약의 중요사항에는 보험약관의 중요한 내용이 포함된다고 할 수 있고, 양 규정은 보험자가 설명하거나 전달해야 할 사항을 하위규정에 의하여 폭넓게 정함으로써, 양국의 보험거래의 실정에 따라 차이가 있긴 하지만, 보험계약자의 계약체결 여부에 영향을 미치는 사항을 규정하고 있는 점에서 본질적인 차이가 있는 것으로는 생각되지 않음. ③ 계약체결 이후의 정보제공의무: 독일법은 보험자가 계약의 존속기간 동안에도 적절할 때에 일정한 정보를 전달하도록 규정하고 있는데, 그 사항은 계약체결 전의 전달사항보다 제한적임(7조 3항, 독일보험정보규정 6조). 보험업법도 계약체결단계(이는 청약 후부터 청약철회기간 종료 시까지를 말함), 보험금청구단계, 보험금심사·지급단계 등 단계별로 일정 사항을 설명하도록 하고 있는데, 그 사항은 독일법의 경우보다 상세함(95조의2 3항 및 4항, 영 42조의2 3항). ④ 정보제공의무의 이행방식: 독일법은 정보를 ‘문언방식으로 통지’하도록 규정하여 문서의 전달을 요구함(7조). 이에 반해 보험업법은 계약의 중요사항을 ‘설명’하도록 규정하여 문서와 구술설명의 병행을 요구함(95조의2). 독일에서도 보험자의 ‘상담의무’(6조)를 통하여 구술설명이 이루어지기도 하고 우리의 경우에도 문서의 전달로써 구술설명을 갈음하기도 하지만(예컨대, 영 42조의2 3항 단서), 이는 제한적이다. ⑤ 보험계약자의 이해의 확인: 독일법은 보험자가 보험계약자와 상담한 내용을 기록하여 서면, 지속성 있는 정보저장장치, 웹사이트 또는 전화로 전달하도록 규정하고 있을 뿐(6조 1항·2항과 6조의a), 보험계약자의 이해를 확인하도록 하는 별도의 규정은 없음. 이에 반해 보험업법은 보험자나 모집종사자로 하여금 보험계약자가 설명 받은 내용을 이해했음을 그의 서명, 기명날인, 녹취 등으로 확인받도록 규정하고 있음(95조의2 2항). ⑥ 거절·포기: 독일법은 보험계약자가 그의 계약의 의사표시 전의 정보 수령을 포기할 수 있는 것으로 규정하고(7조 1항 3문 후단 다만, 이 경우에도 보험자는 계약체결 후 지체 없이 정보를 전달해야 함), 계약존속기간 중의 정보 수령을 포기할 수 있다는 규정은

업법 제95조의2는 보험자가 전달하거나 설명해야 할 사항을 하위규정에 의하여 폭넓게 정하고 있으므로, 정보제공의무의 대상에 관한 한 특별히 전자의 규정을 고려할 필요는 없는 것으로 생각된다. 또한 전자는 '문언방식으로 통지하도록 규정하여 문서의 전달을 요구하고 있는 데 비해, 후자는 '설명하도록 규정하여 문서의 전달과 구술설명의 병행을 요구하고 있으므로,<sup>39)</sup> 정보제공의무의 이행방식에서는 오히려 우리나라가 엄격하다고 할 수 있다. ㉔ 보험업법의 적합성원칙(95조의3 1항)은 단순한 서면화의 정도를 넘어서서 확인의무까지 추가하는 점에서 독일의 상담의무(6조)에서의 서면화의무를 굳이 고려할 필요가 없다고 생각된다. ㉕ 보험업법은 계약체결 권유단계에서 보험계약의 중요사항을 설명하고 상품설명서를 교부하도록 하며, 그 설명에 대한 보험계약자의 이해를 확인받도록 하고, 보험계약자의 청약 시에 청약서와 함께 약관을 교부하도록 하며, 그 후의 계약단계별로 일정 사항을 설명하도록 함으로써, 설명의무의 이행과 더불어 그때그때 필요한 안내의무도 이행되도록 하고 있으므로(95조의2, 영 42조의2 1항·3항, 감독규정 제7-45조 2항), 독일의 안내의무(적시의무)도 굳이 고려할 필요가 없다고 생각된다.

(ii) 다만, 적합성원칙의 적용범위를 변액보험에 한정하지 않고 독일보험계약법의 상담의무(6조 1항: 보험자는 「청약된 보험내용의 판단상의 어려움이나 보험계약자의 신체 및 사정에 비추어 그의 희망과 요구를 질문할 만한 이유가 존재하는 경우」에, 「상담비용과 보험료 사이의 비율」을 고려하여 상담하고 조언의 근거를 제시해야 함)처럼 규정하는 것은, ㉖ 우리나라의 청약철회의 효과가 독일보험계약법의 계약의 의사표시의 철회 효과보다 강력하고(앞의 각주 '13 ④' 참조), 정보제공의무도

없음. 한편 계약체결 전 및 그 후의 상담은 각각 포기할 수 있는 것으로 규정함(6조 3항 및 4항). 보험업법은 보험계약자가 계약체결 권유 시의 설명을 거절할 수 있다는 규정은 없고 단계별 설명은 거절할 수 있는 것으로 규정함(95조의2 3항 단서). ㉗ 법체계: 우리는 정보제공의무를 보험업법에서 규정하고 독일에서는 보험계약법에서 규정함. 정보제공의무의 대상이 보험계약에 의한 당사자 간의 권리·의무에 관한 사항이라는 점에서, 이 의무 위반에 대한 공법적 제재를 보험업법에서 규정한다고 하더라도, 이 의무 자체는 법체계상으로 우리의 보험계약법인 상법 제4편에 규정하는 것이 타당하다고 생각됨. 더욱이 우리도 보험계약법을 단행법으로 제정한다면 더욱 그러해야 할 것으로 생각됨.

39) 대법원 판결1의 원심판결인 서울고판 2010.3.31, 2009나97606은 "보험자 또는 보험설계사가 보험계약의 중요한 사항을 설명함에 있어서, 단순히 보험계약자에게 약관이나 계약의 중요사항 설명서 등의 서면을 교부하는 것만으로는 부족하고, 보험계약자에게 보험계약의 중요사항을 서면과 구두로 구체적이고 상세하게 명시·설명하여야 한다."고 판시하였다(판결이유 3. 나. (3)).

‘설명과 ‘확안의 방식으로 해야 하며, 독일민법 제305조 제2항이 약관의 계약편입 요건으로서 단지 ‘인지기회부여’를 요구하는 데 반하여 우리 약관법 제3조 제3항과 상법 제638조의3 제1항은 ‘설명을 요구하는 등<sup>40)</sup> 보험사업의 규제비용의 측면에서 우리나라가 독일보다 적다고 할 수 없고, ㉠ ‘상담비용과 보험료 사이의 비율을 어떻게 고려할 것인지에 관한 문제가 있으므로, 신중을 기할 문제라고 생각된다.

(iii) 독일보험계약법의 정보제공의무와 상담의무의 도입이 우리에게 필요하거나 시급한 것은 아니라고 하더라도, 이들 의무 위반의 효과에 관한 판례와 학설은 우리에게도 시사하는 바가 적지 않으므로 주목할 필요가 있다고 생각된다.

## (2) 보험업법상의 정보제공의무의 분류

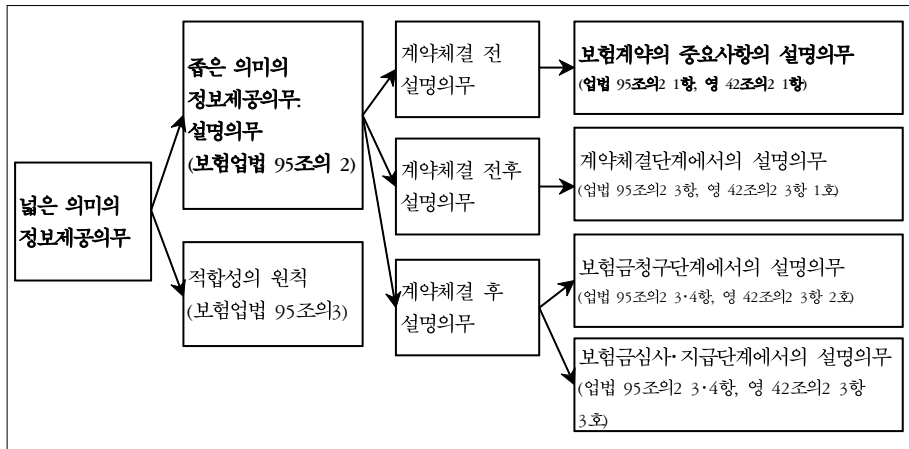
보험업법상 보험자의 정보제공의무는, 보험자와 보험계약자 사이의 보험상품에 관한 정보의 불균형을 해소하여 보험계약자가 보험보호를 제대로 받을 수 있도록 하기 위한 의무로서, 보험자가 보험계약자의 이익에 영향을 미치는 보험상품에 관한 사항을 보험계약자에게 알려야 하는 의무를 말하고, 고객보호의무라고도 한다. 이 의무는 넓은 의미로는 보험업법 제95조의2에 따른 ‘설명의무와 같은 법 제95조의3에 따른 ‘적합성의 원칙’을 포함하지만, 좁은 의미로는 전자의 설명의무를 뜻한다.

보험업법 제95조의2에 따른 설명의무는 다시 계약단계별로 (i) 계약체결 전의 설명의무인 ‘보험계약의 중요사항의 설명의무(1항), (ii) 계약체결 전후의 설명의무

40) 독일민법 제305조 제2항 제2호는, 우리 약관법 제3조 제3항과는 달리, 약관의 계약편입요건으로서 약관사용자(사업자)의 약관의 ‘설명’(Aufklärung)까지를 요구하는 것은 아니고 ‘인지기회의 부여’(Verschaffung der Möglichkeiten zumutbarer Kenntnisnahme)만을 요구하고 있다. 여기서 인지기회의 부여라 함은 사업자가 고객에게 약관을 교부하거나 고객이 읽을 수 있도록 약관을 영업소에 비치하는 것을 말한다. 따라서 독일민법 제305조 제2항에 따르면, 보험자가 보험계약자에게 약관을 ‘명시’(ausdrücklicher Hinweis)하고 ‘교부’(Übergabe)하면, 그것으로써 보험계약자의 약관적용에 대한 (묵시적) 동의가 인정되는 한, 약관이 계약에 편입하게 된다. 그리고 이에 추가하여 ‘설명’까지 하게 되면, 약관의 의외성이 제거되어 ‘의외성의 원칙’의 적용을 배제하게 된다. 그러나 우리 약관법 제3조 제2항과 제3항에 따르면 약관을 ‘명시’(및 ‘교부’)하고 ‘설명’까지 하여야 약관이 계약에 편입하게 되고, 상법 제638조의3 제1항에 따르면 보험약관을 ‘교부’하고 ‘설명’까지 하여야 보험약관이 보험계약에 편입하게 된다. 따라서 약관의 계약편입에 관하여 우리나라가 독일보다 더 엄격한 요건을 설정하고 있다고 할 수 있다(장경환, “약관의 의외성의 원칙-독일약관규제법 제3조를 중심으로”, 『경회법학』, 34권 2호, 1999.12, 193~194, 199쪽 참조).

인 ‘계약체결단계에서의 설명의무’(3항; 이 의무는 보험계약자의 청약 후로부터 청약철회기간 종료 시까지 이행되어야 함: 감독규정 4-35조의2 8항 2호), (iii) 계약체결 후의 설명의무인 ‘보험금청구단계에서의 설명의무’ 및 ‘보험금심사·지급단계에서의 설명의무’(3항·4항)로 나뉜다. 이 의무들의 각 설명사항은 보험업법시행령과 보험업감독규정에 규정되어 있다(영 42조의2 1항·3항, 감독규정 4-35조의2 1항·8항 내지 10항). 특히 위 (i)의 ‘보험계약의 중요사항은 보험상품의 특성과 위험성을 알 수 있게 하는 사항으로서 보험계약자의 계약체결 여부에 영향을 미치는 사항을 말하고, 보험업법시행령 제42조의2 제1항 및 보험업감독규정 제4-35조의2 제1항에 규정되어 있다. 이 글은 위 (i)의 ‘보험계약의 중요사항의 설명의무’를 검토대상으로 하므로 이하에서는 이 의무를 정보제공의무로 부르기로 한다(다음 <그림 1> 참조).

<그림 1> 보험자의 정보제공의무의 분류



(3) 보험계약자의 계약해지와 신뢰손해의 배상청구

1) 계약의 무효 여부

보험업법은 제95조의2 제1항에 의하여 보험자의 계약체결 전의 정보제공의무를 규정하고 있지만, 이 의무 위반에 대해서는 과징금 또는 과태료의 공법적 제재만을 규정하고 있을 뿐(196조 2항, 209조 4항 18호, 5항 6호·7호) 계약법적

효과를 직접적으로 규정하고 있지는 않다. 따라서 이 의무의 위반에 대한 계약법적 효과를 살펴야 할 필요가 있다.

계약당사자 사이의 청약과 승낙에 의하여 보험계약의 대상과 내용을 특정할 수 있는 중요사항(예컨대, 보장위험, 보험기간, 피보험자, 보험계약자가 납입해야 할 보험료, 보험금의 종류와 액수, 보험계약자가 요율표를 선택하기로 한 경우에는 그 요율표 등)에 관한 합의가 있었으면 그것으로 계약이 유효하게 성립하고, 그 효력이 정보제공의무의 이행 여부에 좌우되는 것은 아니므로, 이 의무 위반으로 인해 계약이 무효로 되는 것은 아니다.<sup>41)</sup> 한편 계약이 무효로 되지 않는다고 하더라도 보험계약자가 이 의무 위반을 이유로 계약에 따른 보험금을 청구할 수 있게 되는 것도 아니다. 이 의무는 보험자의 행위의무일 뿐 급부관계를 규율하고자 하는 것이 아니기 때문이다.<sup>42)</sup>

## 2) 신뢰손해의 배상청구

정보제공의무는 계약체결 전의 의무로서 급부의무가 아니므로 그 위반에 대해서는 ‘계약해제권’이나 ‘이행에 갈음하는 손해배상청구권(이행이익의 배상청구권)’을 행사할 수 없다. 보험계약자는 해당 정보의 제공이 없으므로 인하여 계약이 그가 기대한 보험급부를 해줄 것으로 신뢰하고 그 계약을 체결함으로써 입게 된 손해의 배상을 청구할 수 있다. 이 손해는 신뢰손해(신뢰이익)로서 계약의 체결로 지출하게 된 기납입 보험료 상당액이 된다.<sup>43)</sup> 그리고 이 손해는 정보제공의무의 위반으로 인하여 생겨난 것이어야 하므로, 보험계약자는 이 의무 위반으로 인하여 계약을 체결하게 된 사정(즉, 해당 중요사항에 관한 설명을 계약체결 전에 들었더라면 계약을 체결하지 않았을 것이라는 사정)을 증명하고<sup>44)</sup> 그 사정을 근거로 계약을 해소하여야 한다(이 점에서 이 손해배상청구권은 ‘계약을 해소하기 위한 손해배상청구권’이라고 할 수 있음).<sup>45)</sup> 대법원 판결<sup>1</sup>도 보험자가 보험업법에 따른 보험계약의 중요사항의 설명의무를 위반한 경우에는 보험계약자의 기납입

41) 앞의 독일대법원 판결, 판결이유① (II. 3. (2) ①) 참조

42) 앞의 각주 16 및 그 본문 참조

43) 앞의 각주 21 ① (i), (ii) 및 그 본문 참조

44) 앞의 독일대법원 판결, 판결이유 ④ (II. 3. (2) ④) 참조

45) 앞의 독일대법원 판결, 판결이유 ② (II. 3. (2) ②) 참조

보험료와 (계약의 해지로 인한) 기수령 해지환급금의 차액을 보험자의 손해배상액으로 판시하였다.<sup>46)</sup>

### 3) 계약의 해소방법과 이자 상당액 배상의 문제

정보제공의무 위반으로 인한 계약의 해소방법이 법이나 약관에 특별히 규정되어 있지 않는 이상, 보험계약자는 상법 제649조또는 약관상의 임의해지조항에 따른 계약의 임의해지에 의한 수밖에 없다고 생각된다.<sup>47)</sup> 그런데, 보험계약자가 이 계약의 해지를 할 경우, 보험자가 기납입 보험료 상당액뿐만 아니라 그 보험료 수령일로부터 해지 시까지의 이자 상당액도 배상하는 것으로 해야 하는지가 문제될 수 있다. 살펴건대, 그 이자 상당액까지 배상을 하게 하는 것은 (i) 사실상 계약해제와 같은 소급효를 인정하는 결과가 된다는 점, (ii) 해지환급금을 초과하는 기납입 보험료 상당액을 배상하도록 하는 것 자체로도 보험자에게 제재로서의 불이익을 주게 된다는 점, (iii) 보험자가 계약체결·유지비용을 지출하고 계약해지 시까지 사망보장을 제공해 온 점, (iv) 계약의 임의해지권은, 보험사고의 발생으로 보험금액이 감액되지 않는 보험의 경우에는 보험사고의 발생 후에도 행사될 수 있고, 그렇지 않은 보험이라도 보험사고의 발생 시까지 행사될 수 있으므로(상법 649조 1항 및 2항: 특히 연금보험약관에 따르면, 중신형 연금보험의 경우에는 ‘연금지급기간개시일’까지, 만기형 연금보험의 경우에는 ‘만기보험금 지급기일’까지 행사될 수 있음<sup>48)</sup>), 해지시점에 따라서는 보험료 수령일로부터의 이자액이 과다해질

46) 앞의 대법원 판결1, 판결의 이유와 시사점 ② (II. 1. (2) ②) 참조.

47) ① 오스트리아에서는 2016년 보험감독법(VAG 2016)에 정보제공의무를 규정하고(같은 법 제252조의 일반정보제공의무, 제253조의 생명보험에서의 특별정보제공의무 및 제255조의 생명보험방식에 따른 질병보험 및 상해보험에서의 특별정보제공의무), 그 위반에 대한 계약해제권은 보험계약법(VersVG) 제5조의b 제2항 제3호에서 규정하고 있다. 이 계약해제권은 계약체결 시로부터 2주간만 인정되므로, 계약해제에 의한 소급효에 의하여 기납입 보험료에 대한 이자를 그 보험료를 받은 날로부터 가산하더라도 보험자에게 지나친 부담이 되지 않는다. ② 스위스에서는 정보제공의무와 그 위반에 대한 계약해지권을 모두 보험계약법(VVG)에서 규정하고 있다. 즉, 스위스 보험계약법은 제3조에서 정보제공의무를 규정하고, 제3조의a에서 이 의무 위반에 대해 보험계약자가 서면에 의하여 계약을 해지할 수 있는 것으로 하는 한편, 그 해지권을 의무위반과 해당 정보를 안 때로부터 4주간, 의무위반이 있었던 때로부터 1년간 인정한다. 입법론으로는 이 스위스 보험계약법 제3조의a를 고려할 만하다고 생각된다.

48) 검토약관 제8조 제1항은 “계약자는 계약이 소멸하기 전에 언제든지 계약을 해지할 수 있습니다. … (중략) … 그러나 중신연금형의 경우 연금지급이 개시된 이후에는 이 계약을 해지할 수 없습니다.”라고 규정하고 있다. 이는 만기보험금이 없는 중신형의 경우에는 연금지급기간이 개시된 후에

수도 있거나 보험계약자가 이자액이 늘어날 것을 바라고 자의적으로 계약해지를 늦추는 경우도 생길 수 있다는 점에 비추어, 보험자의 의무위반에 대한 귀책사유를 고려하더라도 지나친 것으로 받아들이기 어렵다고 생각된다.

#### 4) 과실상계

대법원 판결<sup>1</sup>은 정보제공의무의 위반으로 인한 손해배상책임을 보험자는 보험업법 제102조 제1항에 따라, 모집종사자는 민법 제750조에 따라 져야 한다고 판시하여<sup>49)</sup> 이 의무 위반을 불법행위로 보고 있고, 독일대법원 판결은 '계약체결상의 과실' 또는 (이를 명문화한) '배려의무 위반'으로 보고 있다.<sup>50)</sup> 그러나 계약체결상의 과실의 본질을 불법행위로 보는 견해에 따르면 우리 대법원이나 독일대법원의 입장이 다르다고 할 수는 없다.<sup>51)</sup> 또한 대법원 판결<sup>1</sup>은, 정보제공의무 위반행위는 부당권유행위라고 할 수는 있어도 보험계약자의 과실을 획책하는 영득행위라고까지는 볼 수 없으므로, 보험계약자도 계약을 체결하면서 계약의 중요사항을 적극적으로 확인하지 아니한 과실이 있었으면, 보험자나 모집종사자의 손해배상액의 산정에서 과실상계를 할 수 있다고 판시하였다.<sup>52)</sup> 이는 이 의무 위반으로 인한 손해배상액의 산정에서도 불법행위의 일반원칙(민법 763조, 396조)에 따라야 함을 뜻하는 것이라고 할 수 있다.

#### 5) 청약철회권과의 관계

보험계약자(청약자)는 정보제공의무의 위반에 대해 청약철회권(보험업법 102조의4 1항)도 행사할 수 있다. 그러나 청약철회권은 이 의무 위반에 대한 것만은 아니다. 또한 보험계약자가 청약철회권을 행사하지 않고 철회기간이 경과한 것을 이유로 이 의무 위반으로 인한 손해배상청구권을 배제할 수도 없다. 청약철회권은 보험계약자가 특별한 근거 없이도 행사할 수 있는 임의적인 권리임에 반해,

---

는 보험계약자가 계약을 해지할 수 없지만, 만기보험금이 있는 만기형의 경우에는 연금지급기간이 개시된 후에도 해지할 수 있음을 뜻한다.

49) 앞의 대법원 판결1, 판결의 이유와 시사점 ① (II. 1. (2) ①) 참조

50) 앞의 독일대법원 판결, 판결의 시사점 ②(i) (II. 3. (3) ② (i)) 참조

51) 민법 제750조의 개방성으로 인하여 민법 제535조가 불필요하므로 이를 삭제해야 한다는 견해(강봉석, 앞의 글, 앞의 각주 21 ②(iii)) 참조

52) 앞의 대법원 판결1, 판결의 이유와 시사점 ③ (II. 1. (2) ③) 참조

이 의무의 위반으로 인한 계약의 해지는 비록 임의해지의 방식을 취하더라도 보험자의 귀책사유로 인한 것으로서, 철회권과 이 의무 위반으로 인한 계약해지권은 서로 다른 권리이기 때문이다.

## 6) 소결

결론적으로, 보험자의 정보제공의무 위반에 대해서는 (i) 보험계약자는 해당 보험계약의 중요사항에 관하여 계약체결 전에 설명을 들었더라면 계약을 체결하지 않았을 것이라는 사정을 증명하고, (ii) 상법 제649조(또는 약관상의 임의해지조항)에 따라 계약을 해지하여, (iii) 기납입 보험료 상당액을 한도로 손해배상을 청구할 수 있으며(이 경우 (i)의 증명과 (ii)의 계약해지는 어느 것을 먼저 하더라도 상관없음), (iv) 보험자와 모집종사자는 이 손해배상책임을 보험계약자에 대하여 각각 보험업법 제102조 제1항과 민법 제750조에 따라 부진정연대채무로서 저야 한다. 한편 (v) 보험계약자도 계약을 체결하면서 해당 보험계약의 중요사항을 적극적으로 확인하지 아니한 과실이 있었으면, 보험자나 모집종사자의 손해배상액의 산정에서 과실상계가 허용된다.

## (4) 타인의 생명보험의 경우

보험자나 모집종사자는 타인의 생명보험계약 체결 시에는 보험계약자에게 그 타인(피보험자)의 서면동의를 받지 않으면 계약이 무효로 된다는 사실을 설명해야 한다.<sup>53)</sup> 보험자나 모집종사자가 그 설명을 하지 않은 채 그 서면동의 없이 계약이 체결된 경우에는, 보험자와 모집종사자는, 각각 보험업법 제102조 제1항과 민법 제750조에 따라, 보험사고가 발생하면 ‘보험금 상당액’의 손해배상을 보험계약자에게<sup>54)</sup> 해야 한다(대판 1997.11.14, 97다26418 등 다수). 이 경우 보험

53) 보험업감독업무시행세칙 제2-34조의2 제2항 제1호는 “타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의 경우 상법 제731조 제1항에 따라 그 타인의 서면에 의한 동의가 필요하다는 사실”을 ‘계약체결단계에서의 설명의무로 규정하고 있다. 그러나 이는 계약체결 전에 설명해야 할 사항이므로 ‘보험계약의 중요사항의 설명의무로 규정해야 할 것으로 생각된다.

54) 대판 2015.10.15, 2014다204178: “보험계약자와 보험수익자가 다른 타인을 위한 보험계약은 제3자를 위한 계약의 일종인데, 위 보험계약이 강행규정인 상법 제731조 제1항을 위반하여 무효로 된 경우에, 보험수익자는 보험계약자가 아니므로 특별한 사정이 없는 한 보험회사를 상대로 보험계약의 무효로 인한 손해에 관하여 불법행위를 원인으로 손해배상청구를 할 수 없다.”; 그러나 사전으로, 보험사고가 발생한 경우에는 해당 계약의 무효로 손해를 보는 자는 보험금을 받지 못하게 되

계약자도 계약체결 전 청약서 및 약관을 검토하여 미리 알아볼 주의의무가 있음에도 이를 소홀히 한 과실이 있었으면 과실상계가 허용된다.<sup>55)</sup> 또한 이 설명의무 위반과 계약체결 사이에 인과관계가 없는 경우(예컨대, 보험계약자가 현직 보험설계사로서 타인의 서면동의가 없으면 계약이 무효로 된다는 사실을 알고서도 타인의 서명을 위조하여 계약을 체결한 경우)에는 보험자와 모집종사자의 손해배상책임이 부인된다(대판 2008.8.21, 2007다76696).

이처럼 판례에 따라 보험자와 모집종사자가 타인의 서면동의에 관한 설명의무를 위반하여 손해배상책임을 지는 것은, 다음과 같은 특별한 면이 있다. (i) '계약체결 시에 타인의 서면동의를 받지 않으면 계약이 무효로 된다는 뜻이 약관조항에 규정되어 있다고 하더라도, 그 조항이 설명되지 않은 경우에는, 약관법 제16조나 상법 제638조의3 제2항에 따라 그 조항의 불편입으로 계약이 일부무효로 되거나, 계약의 취소권이 발생하는 것이 아니라, (계약이 타인의 서면동의 없이 체결된 이상) 상법 제731조 제1항의 위반으로 계약이 전부무효로 된다. (ii) 타인의 서면동의에 관한 설명의무도 그 위반과 계약체결 사이에 인과관계가 없으면 보험자와 모집종사자의 손해배상책임이 부인되고, 보험사고의 발생 전에는 기납입 보험료 상당액의 손해배상책임이 발생하며, 과실상계가 허용되는 점은 정보제공의무 위반의 효과와 같다고 할 수 있다. 그러나 정보제공의무가 위반된 경우에는 계약이 무효로 되지 않고 계약의 해지에 의하여 기납입 보험료 상당액의 손해배상책임이 발생하는 데 반해, 타인의 서면동의에 관한 설명의무가 위반된 경우에는 (계약이 그 서면동의 없이 체결된 이상) 계약이 무효로 되고 보험사고의 발생 시에는 보험금 상당액의 손해배상책임이 발생한다.

이러한 특별한 효과가 생기는 것은, 타인의 생명보험계약의 효력요건으로서 타인의 서면동의를 요구하는 상법 제731조 제1항이 도덕적 위험을 방지하기 위한 절대적 강행규정이기 때문이다. 따라서 타인의 서면동의에 관한 설명의무는 상법

---

는 보험수익자라는 점을 고려한다면, '보험사고가 발생하지 않은 경우에는' '보험계약자가 기납입 보험료 상당액을 손해배상으로 청구할 수 있지만, '보험사고가 발생한 경우에는' '보험수익자가 보험금 상당액을 손해배상으로 청구할 수 있게 해야 할 것으로 생각된다.

55) 대판 1999.4.27, 98다54830은 보험설계사가 보험계약자로부터 그의 인장을 건네받아 보험계약자란에 날인하여 보험청약서를 작성하고 착오로 보험청약서의 피보험자 동의란에 피보험자의 날인을 받지 않은 경우에는 보험계약자의 과실비율을 30%로 판시하고, 대판 2006.6.29, 2005다11602 및 2007.9.6, 2007다30263은 보험계약자가 피보험자의 자필서명을 위조한 경우에는 보험계약자의 과실비율을 40%로 판시하였다.

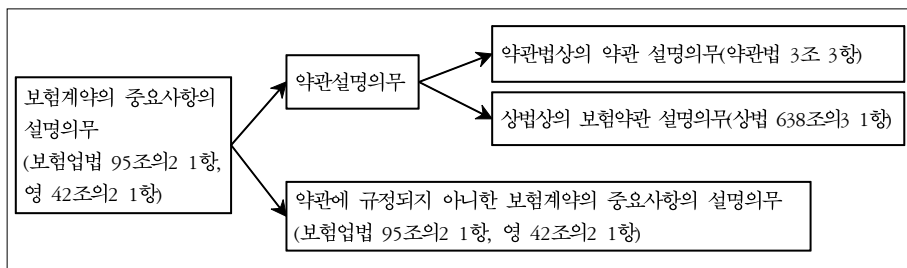
제731조 제1항에 근거하는 특별한 약관설명 의무(약관에 규정된 경우) 또는 정보 제공의무(약관에 규정되지 않은 경우)라고 해야 할 것으로 생각된다.

### 3. 약관설명 의무와 정보제공의무의 관계

#### (1) 약관설명 의무의 정보제공의무에의 포섭

정보제공의무는 약관법 제3조 제3항이나 상법 제638조의3 제1항에 따른 약관 설명의무를 포함한다고 할 수 있다(다음 <그림 2> 참조). 그 이유는, (i) 약관 설명의무의 대상인 ‘약관의 중요한 내용’도 보험계약자의 계약체결 여부에 영향을 미치는 사항으로서 정보제공의무의 대상인 ‘보험계약의 중요사항’에 해당하고, (ii) 약관설명 의무도 보험계약자로 하여금 보험상품에 관한 정확하고도 충분한 정보를 바탕으로 계약체결 여부를 합리적으로 판단할 수 있게 하기 위하여 보험자에 부과되는 의무라는 점에서, 본질적으로 정보제공의무와 그 취지를 같이하기 때문이다. (iii) 대법원 판결1도 “보험계약의 중요사항은 반드시 보험약관에 규정된 것에 한정된다고 할 수 없으므로, 보험약관만으로 보험계약의 중요사항을 설명하기 어려운 경우에는 보험회사 또는 보험모집종사자는 상품설명서 등 적절한 추가자료를 활용하는 등의 방법을 통하여 ... 설명하여야 한다.”고 판시한 바가 있다.

<그림 2> 보험자의 정보제공의무의 분류



#### (2) 약관설명 의무와 정보제공의무 위반효과의 관계

##### 1) 약관에 규정된 중요한 내용만이 설명되지 않은 경우

보험약관의 교부와 설명에 의한 계약편입 여부나 계약취소권 발생 여부는 전

적으로 약관법 제3조 제3항·제4항이나 상법 제638조의 3에 따라 결정될 문제이다. 그러나 약관설명 의무가 정보제공의무에 포함되는 한, 약관설명 의무가 이행되면 정보제공의무도 그 한도 내에서 이행된 것으로 되고, 약관설명 의무가 위반된 경우에는 정보제공의무도 그 한도 내에서 위반된 것이 된다. 따라서 약관에 규정된 중요한 내용만이 설명되지 않은 경우에는, 보험계약자는 약관설명 의무 위반의 효과와 정보제공의무 위반의 효과를 선택적으로 주장할 수 있다고 생각된다.

이 경우 일반적으로 보험계약자의 입장에서는, (i) 보험사고가 발생하고 그 사고와 관련된 약관상의 면책조항이나 책임제한조항이 설명되지 않은 경우라면, (판례의 중첩적용설에 따르는 한) 약관법 제3조 제4항에 따라 그 약관조항의 계약불편입을 주장하고 (과실상계가 배제되는) 보험금의 지급을 청구하는 것이 유리하다(다만, 그 약관조항의 계약불편입으로 인하여 계약목적의 달성 불능이나 보험자의 가혹한 불이익이 초래되는 경우에는, 약관법 제16조 단서에 따른 계약의 전부무효로 인하여 부당이득의 반환만을 청구할 수 있게 될 수도 있음). (ii) 보험사고가 발생하지 않았지만 상법 제638조의3 제2항(또는 약관상의 계약취소조항)에 따른 약관설명 의무의 위반으로 인한 계약취소기간이 아직 경과하지 않은 경우라면, 계약을 취소하고 부당이득의 반환청구(또는 약관상의 계약취소조항에 따른 기납입 보험료와 이자의 지급청구)를 하는 것이 유리하다. (iii) 보험사고가 발생하지 않았고 약관설명 의무의 위반으로 인한 계약취소기간도 이미 경과한 경우라면, 상법 제649조(또는 약관상의 임의해지조항)에 따라 계약을 해지하고 정보제공의무의 위반을 주장하여 기납입 보험료와 기수령 해지환급금의 차액의 배상을 청구할 수 있다(다만, 이 경우에는 보험계약자는 해당 사항이 계약체결 전에 설명되었다면 계약을 체결하지 않았을 사정 즉, 정보제공의무의 위반과 계약체결 사이의 인과관계를 증명해야 하고, 또한 과실상계가 허용됨).

## 2) 약관에 규정되지 아니한 계약의 중요사항만이 설명되지 않은 경우

약관에 규정된 중요한 내용은 설명되었지만, 그 밖에 약관에 규정되지 아니한 보험계약의 중요사항이 설명되지 않은 경우에는, 약관설명 의무가 이행되었다고 보험계약자는 보험자에게 정보제공의무의 위반을 이유로 계약을 해지하고 기납입 보험료와 해지환급금의 차액의 배상을 청구할 수 있다. 이 경우에는 보험계약자는 정보제공의무 위반과 계약체결 사이의 인과관계를 증명해야 하며, 과실상계가

허용된다(따라서 위 1) (iii)의 경우와 같게 됨).

약관에 규정되지 아니한 사항이 약관에 규정되어야 할 필요가 있는 것이라고 하더라도, 감독당국이 그 사항을 약관에 규정하도록 보험자에게 명하는 것(보험업법 131조 2항, 3항, 5항)은 별론으로 하고, 그 사항에 대해서 정보제공의무 위반의 책임을 물을 수는 있지만 약관설명 의무 위반의 책임을 물어야 하는 것은 아니다. 정보제공의무는 약관설명 의무와는 달리 그 인정되는 범위가 광범위하므로, 약관에 규정되지 않은 사항이 설명되지 않은 경우까지 정보제공의무 위반의 책임보다 더 무거운 책임을 부과하는 약관설명 의무 위반의 책임을 지게 하는 것은, 양 의무의 법적 체계를 혼란스럽게 할 뿐만 아니라, 보험자의 예견가능성을 벗어나는 법적 책임을 지게 하여 보험사업의 법적 안정성을 침해하는 것이 되기 때문이다. 이 점에서 약관에 규정되지 아니한 사항을 관련 약관조항의 확대해석에 의하여 약관에 규정된 것처럼 보는 것은 신중을 기해야 할 것으로 생각된다.

### 3) 약관에 규정된 사항과 규정되지 아니한 사항이 동시에 설명되지 않은 경우

약관에 규정된 중요한 내용과 함께 그 밖에 약관에 규정되지 아니한 계약의 중요사항도 설명되지 않은 경우에는, 보험계약자는 위 1)의 (i) 내지 (iii)의 예에 따라 자신에게 유리한 의무위반의 효과를 선택해서 주장할 수 있다고 해야 할 것이다. 약관설명 의무와 정보제공의무는 동일한 계약관계에서 동일한 목적(보험계약자의 계약체결 여부에 영향을 미치는 사항의 설명)을 달성하기 위한 2가지 수단에 불과하므로, 이 2가지 의무위반에 대해서는 각 위반의 책임을 거듭해서 물어야 하는 것은 아니고, 어느 하나의 의무위반에 대한 책임을 묻는 것은 포괄적으로 다른 의무위반에 대한 책임까지 묻는 것이 되기 때문이다.

### 4) 약관설명 의무가 면제되는 사항

판례에 따라 약관설명 의무가 면제되는 사항(앞의 ‘?’ 참조: 보험계약자가 잘 알고 있거나 거래상 전형적인 것이어서 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있는 사항, 설명을 들었더라도 계약을 체결했었을 면책사항이나 책임제한사항 또는 계약을 체결하지 않았을 특약사항 등)은 정보제공의무의 대상도 되지 않는다고 해야 할 것으로 생각된다. 이러한 사항들은 설명하지 않았다고 하더라도 보험계약자의 계약체결 여부의 판단을 방해하게 되는 것이 아니기 때문이다.

### (3) 설명의무 위반과 계약체결 사이의 인과관계 존부에 관한 증명책임

약관설명 의무가 위반된 경우에는 '보험자가 '설명 의무 위반과 계약체결 사이의 인과관계의 부존재'(약관조항에 규정된 사항을 설명했다더라도 보험계약자가 계약을 체결했었을 것이라는 사실, 즉, 그 사항이 계약의 체결에 영향을 미치지 아니하여 약관의 중요한 내용에 해당하지 않는다는 사실)를 증명해야 한다. 그러나 정보제공의무가 위반된 경우에는 이를 이유로 '보험계약자가 손해배상을 청구하기 위해서는, '설명 의무의 위반과 계약체결 사이의 인과관계의 존재(보험자가 해당 사항을 설명했었다면 계약을 체결하지 않았을 것이라는 사실, 즉, 그 사항이 계약의 체결 여부에 영향을 미친 것으로서 계약의 중요사항에 해당한다는 사실)를 증명해야 한다. 여기서 약관설명 의무와 정보제공의무가 증명책임에서 서로 충돌하는 것처럼 보인다. 그러나 이는 약관설명 의무가 위반된 경우에는 해당 약관 조항이 약관법에 따라 계약에 편입되지 않게 되거나 상법에 따라 보험계약자의 계약취소권이 발생하므로, '보험자가 그 불편입이나 계약취소를 저지해야 할 필요가 있게 되는 데 반해, 정보제공의무가 위반된 경우에는 이를 이유로 손해배상을 청구하기 위해서는 (피해자가 불법행위로 인하여 손해가 발생했음을 증명해야 하므로) '보험계약자가 그 의무 위반(불법행위)으로 인하여 계약을 체결했음(그리고 그 계약체결로 인하여 보험료 상당액의 손해가 발생했음)을 증명해야 할 필요가 있게 되는 데서 오는 차이라고 생각된다.<sup>56)</sup>

## IV. 만기보험금 총당액의 차감에 관한 설명의무 위반의 효과

### 1. 약관설명 의무의 위반으로 볼 수 있는지의 여부

보험자나 모집종사자가 계약체결 전에 보험계약자에게 '책임준비금의 공시이율에 따른 이자액에서 만기보험금 총당액을 차감하여 연금액을 계산한다'는 사실을 설명하지 않은 것은, 다음과 같은 점들을 고려할 때, 약관설명 의무를 위반한 것

56) 넓은 의미의 정보제공의무에 해당하는 적합성의 원칙에 관해서도 대법원 판결<sup>1</sup>은 손해배상을 청구하고자 하는 보험계약자가 계약의 부적합성에 관한 증명책임을 진다고 판시하였다(판결이유 3).

으로는 볼 수 없다고 생각된다.

① 약관설명 의무는 “약관에 정하여져 있는” 내용을 대상으로 한다(약관법 3조 3항). 그러나 문제가 된 즉시연금보험약관들의 경우에는 만기보험금 총당액 차감의 뜻이 규정되어 있지 않다. 따라서 그 차감 사실을 설명을 하지 않은 것은 ‘약관설명 의무를 위반한 것이 아니라 보험업법 제95조의2 제1항에 따른 ‘정보제공 의무를 위반한 것으로 보아야 한다. 요컨대, 만기보험금 총당액 차감의 뜻이 약관에 규정되어 있지 않음을 문제 삼으면서 그 차감의 뜻을 설명하지 않은 것을 약관을 설명하지 않은 것으로 보는 것은 무리라고 생각된다.

② 금분위 결정은 만기보험금 총당액의 차감 사실을 설명하지 않은 것을 “연금액을 연금지급개시 시의 연금계약의 책임준비금을 기준으로 보험료 및 책임준비금 산출방법서에서 정한 바에 따라 계산한다”는 산출방법서 지시조항을 설명하지 않은 것으로 보고 있다. 그러나 만기보험금 총당액의 차감이 ‘산출방법서’가 정한 연금액의 산출기준에 해당한다고 하더라도, 그 차감을 설명하지 않은 것이 ‘산출방법서 지시조항에 관한 설명의무를 위반한 것으로 볼 수 있는지는 의문이다. 산출방법서 지시조항은 연금액의 계산에 관한 ‘일반원칙을 규정한 것이다. 그런데, 산출방법서가 정한 산출기준을 구체적으로 설명하지 않은 경우까지 이 지시조항에 관한 설명의무를 위반한 것으로 보고 이에 따라 약관설명 의무를 위반한 것으로 보는 것은, 약관설명 의무의 범위를 지나치게 확대하여 약관에 규정되어 있지 않은 사항에 대해서까지 이 의무 위반의 책임을 지우는 결과가 되기 때문이다(예컨대, 약관에 법률에 따른 일반조항이 있는 경우 그 일반조항에 해당하는 경우를 일일이 설명하지 않았다고 해서 그 조항의 설명의무를 위반한 것이라고 볼 수 있는지는 의문임).

③ 약관에 규정되어 있지 않지만 계약의 중요사항에 해당하는 사항의 범위는 넓다. 그러한 사항이 설명되지 않은 경우마다 정보제공의무 위반의 책임보다 더 무거운 약관설명 의무 위반의 책임을 지게 하는 것은, 양 의무의 법적 체계를 혼란스럽게 할 뿐만 아니라, 보험자의 예견가능성을 벗어나는 법적 책임을 지게 하여 보험사업의 법적 안정성을 침해하게 된다.

## 2. 약관설명 의무의 위반으로 볼 경우

실사 금분위 결정에서처럼, 보험자나 모집종사자가 만기보험금 총당액의 차감 사실을 설명하지 않은 것을, 산출방법서 지시조항을 설명하지 아니하여 약관설명 의무를 위반한 것으로 본다고 하더라도, 다음에서 살피는 바와 같이, 보험자가 만기보험금 총당액의 차감 없이 계산된 연금액을 지급해야 하는 것으로는 되지 않는다. 즉, (약관법 제3조 제4항과 상법 제638조의3 제2항의 중첩적용설에 따라) 보험계약자는 다음의 ①과 ②의 방법 중 유리한 방법을 선택할 수 있지만, '부당이득의 반환을 청구하거나 '기납입 보험료에서 기수령 연금액을 공제한 금액과 그 이자만을 청구할 수 있게 될 뿐이고, 그 결과가 계약의 효력을 그대로 유지하는 것보다 반드시 보험계약자에게 유리하게 되는 것도 아니다.

① 산출방법서 지시조항이 약관법 제3조 제4항에 따라 계약의 내용으로 되지 않는다고 하여 바로 만기보험금 총당액의 차감 없이 연금액을 계산할 수 있게 되는 것이 아니다. 왜냐하면 이 지시조항이 계약의 내용으로 되지 않게 되면 이로 인해 연금액의 계산이 불가능하게 되므로, 연금보험계약은 약관법 제16조 단서에 따라 계약목적 달성의 불능으로 전부무효로 되기 때문이다(대법원 판결<sup>2</sup>는 연금보험에서 산출방법서 지시조항이 계약의 내용으로 되지 아니하면 계약이 전부무효로 된다고 판시한 바가 있음<sup>57)</sup>). 따라서 이 경우에는 (i) 보험계약자는 민법 제748조 제1항에 따라 부당이득으로서 기납입 보험료에서 기수령 연금액은 물론, 계약체결·유지비용, 경과위험보험료 등도 공제한 금액만을 청구할 수 있게 될 뿐이다.<sup>58)</sup> (ii) 보험계약자는 보험자가 악의 수익자로 되는 때로부터는 같은 법조 제2항에 따라 이 금액에 민사법정이자를 가산하여 청구할 수 있고, 그에게 특별손해가 생긴 사정을 보험자가 알았거나 알 수 있었을 경우에는 그 특별손해의 배상도 청구할 수 있다. 그러나 보험계약자가 보험자에게 이러한 악의 수익자로서의 책임을 물을 수 있기 위해서는, 보험자가 약관설명 의무가 위반된 사실을 알게 된 때를 증명하는 것만으로는 부족하고, 그가 계약이 확정적으로 전부무효로 된 사실을 알게 된 때를 증명해야 한다(대판 2010.1.28, 2009다24187·24194 참조).<sup>59)</sup>

57) 앞의 'II. 2. (2) ②' 참조

58) 앞의 'III. 1. (2) 2) (iv)' 참조

② 한편, 보험계약자는 상법 제638조의3 제2항이나 즉시연금보험약관상의 계약취소조항에 따라 계약성립일로부터 3개월 이내라면 계약을 취소할 수도 있다. 이 경우 보험계약자는 (i) 약관에 계약취소조항이 없는 경우에는 민법 제748조에 따라 부당이득의 반환을 청구할 수 있게 되거나(이 경우에는 위 ①에서 언급한 내용이 그대로 적용됨), (ii) 약관에 계약취소조항이 있는 경우에는 그 조항에 따라 기납입 보험료에서 기수령 연금액을 공제한 금액에 보험자가 보험료를 받은 기간 동안의 이지를 가산하여 청구할 수 있게 될 뿐이다.<sup>60)</sup>

### 3. 정보제공의무의 위반으로 불 경우

보험자나 모집종사자가 (약관에 규정되어 있지 않은) 만기보험금 총당액의 차감 사실을 설명하지 않은 것은, '보험금지급 제한조건'(보험업법시행령 42조의2 1항 6호)을 설명하지 않은 것으로서 보험업법 제95조의2 제1항에 따른 계약체결 전의 정보제공의무를 위반한 것으로 보아야 한다. 따라서 보험자와 모집종사자는, 다음에서 살피는 바와 같이, 각각 보험업법 제102조 제1항과 민법 제750조에 따른 손해배상책임을 져야 하고(따라서 보험자가 만기보험금 총당액의 차감 없이 계산된 연금액을 지급해야 하는 것으로는 되지 않으며, 보험계약자에게 계약의 효력을 그대로 유지하는 것보다 반드시 유리하게 되는 것도 아님), 금융위원회로부터 보험업법에 따른 과징금과 과태료가 부과될 수 있다.

① 계약체결 전의 정보제공의무는 행위의무로서 급부의무가 아니므로, 그 위반에 대해서는 신뢰손해(신뢰이익)의 배상을 청구할 수 있다. 즉, (i) 보험계약자는 만기보험금 총당액의 차감 사실이 계약체결 전에 제대로 설명되었다면 계약을 체결하지 않았을 것임(정보제공의무 위반과 계약체결 사이의 인과관계)을 증명하고, 상법 제649조나 즉시연금보험약관상의 임의해지조항<sup>61)</sup>에 따라 계약을 해지한 후에, 그 계약을 (만기보험금 총당액의 차감 없이 계산된 연금액을 지급해 줄 것으로 신뢰하여) 체결함으로써 지출한 기납입 보험료(해지환급금을 수령한 경우에는 기납입 보험료와 해지환급금의 차액) 상당의 손해배상을 청구할 수 있다. 이

59) 앞의 각주 29 및 그 본문 참조.

60) 검토약관 제5조 제2항 및 제4항(앞의 각주 24 참조).

61) 검토약관 제8조 제1항(앞의 각주 47 참조).

경우 인과관계의 증명과 계약의 해지는 어느 것을 먼저 하더라도 상관없다. (ii) 다만, 보험계약자는 만기에 기납입 보험료를 환급받겠다는 사실을 알고서 계약을 체결한 점에 비추어, 책임준비금의 이자액 전부가 연금액으로 계산되지 않고 그 일부가 차감되어 만기보험금의 지급을 위해서 적립된다는 사실(즉, 만기에 기납입 보험료가 환급되므로 이로 인해 연금액이 적게 지급된다는 사실) 정도는 예상할 수 있었던 것으로 보이므로, 만기보험금 총당액의 차감에 관한 설명을 듣지 못하여 계약을 체결한 것이라는 증명은 이를 하기가 쉽지 않을 것으로 생각된다. (iii) 또한 보험계약자가 손해배상을 청구할 수 있다고 하더라도, 즉시연금보험에 서처럼 거액(이 보험의 평균보험료는 2억~3억 원에 달한다고 함<sup>62)</sup>)을 한꺼번에 보험료로 납입하는 보험계약자로서는 계약체결에 앞서 연금액에 관하여 상당한 주의를 기울였어야 할 것이고, 책임준비금의 이자액에서 만기보험금 총당액을 차감하여 연금액이 계산된다는 사실을 모르고 계약을 체결했다면 과실상계가 허용될 수도 있을 것이다(대법원 판결<sup>1</sup>은 보험업법에 따른 보험계약의 중요사항의 설명의무가 위반된 경우에는 보험자가 기납입 보험료와 해지환급금의 차액 상당의 손해배상을 해야 하고, 이 경우 과실상계가 허용된다고 판시한 바가 있음).

② 한편 정보제공의무의 위반에 대해서는 공법적 제재로서 (i) 금융위원회는 보험자나 모집종사자에게 보험업법(196조 2항, 209조 4항 18호, 5항 6호·7호)에 따라 과징금이나 과태료를 부과할 수도 있다. 그러나 보험자가 만기보험금 총당액을 차감한 것은 기납입 보험료의 전액을 만기보험금으로 환급하기로 한 계약을 지키기 위한 것임을 고려할 때, 그 부과를 하기보다는, 보험업법 제131조 제2항(기초서류에 법령을 위반한 내용이 있다고 인정되는 경우에는 청문을 거쳐 기초서류의 변경을 명할 수 있음), 제3항(이미 체결된 보험계약에 대하여도 장래에 향하여 그 변경의 효력이 미치게 할 수 있음)과 제5항(보험회사는 기초서류 변경 명령을 받은 경우에는 그 요지를 공고하여야 함)에 따른 이른바 소급명령에 의하여 약관에 만기보험금 총당액 차감의 뜻을 규정하도록 하는 것이 바람직하다고 생각된다. (ii) 또한 금융위원회는 보험업법 제196조 제2항에 따라 해당 보험계약의 수입보험료의 100분의 50 이하의 범위에서 보험자에게 과징금을 부과할 수 있다. 그러나 과징금은 행정적 제재를 위한 것이기도 하지만 부당이익을 환수하

62) 서울경제, “보험사 ‘다른 상품 많은데 즉시연금만 지작’...당국 ‘악관고지 잘못해놓고 이제와 탄소리’, <https://www.sedaily.com/News/NewsView/NewsPrint?Nid=1S221X8KGJ> (2018.7.12).

기 위한 것이기도 하므로, 보험자가 만기보험금의 지급을 위해 그 총당액을 적립한 것을 부당이득으로 볼 수 있는지가 문제될 수 있다고 생각된다.

#### 4. 약관설명 의무나 정보제공 의무가 면제되는 경우

판례에 따라 약관설명 의무가 면제되는 사항들(앞의 ‘?’ 참조)은 정보제공 의무의 대상도 되지 않는다고 해야 할 것으로 생각된다. 이러한 사항들은 설명하지 않았다고 하더라도 보험계약자의 계약체결 여부의 판단을 방해하게 되는 것이 아니기 때문이다. 따라서 보험자가 다음 경우들 중의 어느 하나에 해당하는 사정을 증명하는 경우에는, 보험자나 모집종사자는 만기보험금 총당액의 차감 사실을 설명하지 않았다고 하더라도, (그 차감의 뜻이 약관에 규정되어 있는지의 여부를 불문하고) 약관설명 의무나 정보제공 의무 위반의 책임을 면하게 될 수 있을 것이다. 즉, (i) 보험계약자가 계약체결 당시에 만기보험금 총당액의 차감 사실을 잘 알고 있었던 경우, (ii) 만기보험금 총당액의 차감 사실이 만기형 즉시연금보험에 서는 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 그 차감을 예상할 수 있었다고 볼 수 있는 경우 또는 (iii) 보험계약자가 즉시연금보험계약에 의하여 (특히 정기예금이율 이상의) 연금액과 사망보장을 받고 이에 더하여 만기보험금으로 기납입 보험료의 전액을 환급받고자 계약을 체결한 점에 비추어, 만기보험금 총당액의 차감에 관한 설명을 들었더라도 계약을 체결했었을 것으로 볼 수 있는 경우.

### V. 맺 는 말

① ‘연금액의 계산을 산출방법서에 따라 한다는 뜻의 즉시연금보험약관상의 산출방법서 지시조항은 연금액의 계산에 관한 일반원칙을 밝힌 것이다. 따라서 보험자나 모집종사자가 연금액의 계산을 금융당국이 승인한 산출방법서에 따라 한다는 뜻을 보험계약자에게 전달하는 것으로써 이 지시조항에 관한 설명의무를 이행하는 것이 되고, 산출방법서에서 정한 연금액의 산출기준을 일일이 설명해야 하는 것은 아니라고 생각된다. 따라서 ‘책임준비금의 공시이율에 따른 이자액에서 만기

보험금 총당액을 차감하여 연금액을 계산한다는 뜻이 별도로 만기형 즉시연금보험약관에 규정되어 있지 않은 이상, 그 뜻을 설명하지 않았다고 하여 이를 금분위 결정에서처럼 산출방법서 지시조항을 설명하지 않은 것으로서 약관법 제3조 제3항이나 상법 제638조의3 제1항에 따른 ‘약관설명 의무를 위반한 것으로는 볼 수 없고, 보험업법 제95조의2 제1항에 따른 ‘보험계약의 중요사항의 설명의무(즉, 계약체결 전의 ‘정보제공의무’)를 위반한 것으로 보아야 한다고 생각된다.

② 보험자나 모집종사자가 만기보험금 총당액의 차감 사실을 설명하지 않은 것을 금분위 결정에서처럼 산출방법서 지시조항에 관한 설명의무를 위반한 것으로서 ‘약관설명 의무를 위반한 것으로 볼 경우에는, (i) 약관법에 따르면, 이 지시조항의 약관법 제3조 제4항에 따른 계약불편입은 연금액 계산의 불가능으로 인한 계약목적 달성의 불능을 초래하여, 약관법 제16조 단서에 따라 즉시연금보험계약은 전부무효로 된다(대법원 판결2의 판시사항 참조). 이 경우 보험계약자는, 보험자가 약의 수익자임을 증명하지 못하는 한, 민법 제748조 제1항에 따라 기납입 보험료에서 기수령 연금액, 계약체결·유지비용, 위험보험료 등을 공제한 금액만을 부당이득으로서 청구할 수 있다. (ii) 상법 제638조의3에 근거한 즉시연금보험약관상의 계약취소조항에 따르면, 보험계약자는 계약성립일로부터 3개월 이내의 계약취소로써 기납입 보험료에서 기수령 연금액을 공제한 금액과 그 이자를 청구할 수 있다. 판례의 중첩적용설에 따르면, 보험계약자는 계약성립일로부터 3개월이 지난 경우에는 위 (i)을 주장할 수 있고, 그 기간이 지나지 않은 경우에는 위 (ii)를 주장하는 것이 더 유리하다.

③ 한편, 보험자나 모집종사자가 만기보험금 총당액의 차감 사실을 설명하지 않은 것을 ‘정보제공의무를 위반한 것으로 볼 경우에는, 보험계약자는 만기보험금 총당액의 차감 사실이 계약체결 전에 제대로 설명되었다면 계약을 체결하지 않았을 것임을 증명하고, 상법 제649조나 즉시연금보험약관상의 임의해지조항에 따라 계약을 해지한 후에, 기납입 보험료와 기수령 해지환급금의 차액 상당을 한도로 과실상계가 허용되는 손해배상을 청구할 수 있다(대법원 판결1의 판시사항 참조).

④ 따라서 보험자나 모집종사자가 만기보험금 총당액의 차감 사실을 설명하지 않은 것은, 이를 ‘약관설명 의무를 위반한 것으로 보든, ‘정보제공의무를 위반한 것으로 보든, 금분위 결정에서처럼 보험자가 ‘만기보험금 총당액의 차감 없이 계

산된 연금액을 지급해야 한다는 결론이 나오게 되는 것은 아니다. 또한 이 의무들의 위반 효과를 주장하는 것이 계약의 효력을 유지하는 경우보다 반드시 보험계약자에게 유리하게 된다고도 할 수 없다. 더 나아가 만기보험금 총당액의 차감 사실이 판례에 따라 약관설명 의무가 면제되는 사항에 해당하는 경우에는, 약관 설명 의무나 정보제공 의무 위반의 책임이 인정될 여지조차 없게 될 수도 있다. 이러한 경우에는 그 차감 사실이 설명되지 않았다고 하더라도 보험계약자가 계약 체결 여부의 판단에 방해받은 것이 되지 않기 때문이다.

⑤ 보험자가 만기보험금 총당액의 차감이 약관설명 의무나 정보제공 의무가 면제되는 사항에 해당한다는 주장을 하거나, 보험계약자가 정보제공 의무 위반을 이유로 손해배상을 청구하기 위해서 그 위반과 계약 체결 사이의 인과관계를 주장하거나, 보험자가 손해배상액의 산정에서 보험계약자의 과실을 주장할 경우 등에는, 보험계약자마다 계약을 체결한 각각의 구체적인 사정을 살펴야 한다. 따라서 이 점에서, 특별한 법적 근거 없이, 만기보험금 총당액 차감의 뜻이 약관에 규정되지 아니한 만기형 즉시연금보험의 ‘모든 보험가입자에게 그 차감 없이 계산된 연금액을 지급하라는 금감원의 이른바 일괄구제 조치는 불합리하다고 생각된다.’<sup>63)</sup>

⑦ 끝으로, 보험자가 비록 만기보험금 총당액 차감의 뜻을 약관에 규정하지 않았다고 하더라도, 그 차감을 통하여 만기에 기납입 보험료를 환급하기로 한 계약을 지켜나가고 있다면, 보험계약자에게 부당한 불이익이 생겼다고는 볼 수 없다고 생각된다. 그렇다면, 금융당국으로서의 이른바 소급명령(보험업법 131조 2항, 3항, 5항)에 의하여 약관에 그 차감의 뜻을 규정하도록 하는 조치를 취하는 것으로 충분하고, 구태여 약관설명 의무 위반의 법리를 무리하게 적용함으로써 만

63) 김성태, “금감원의 즉시연금 일괄구제, 문제 있다”, 머니투데이, <http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2018072413482912034> (2018.7.24)는 금감원의 일괄구제 조치에 대해 다음과 같은 법리적 문제점을 지적하고 있다. (i) 산출방법서는 일반인이 이해하기 어려운 수리적 산식으로 구성되어 있어 이를 약관에 하나하나 표시하는 것은 쉽지 않은 측면이 있으므로, 금감원이 사전에 산출방법서의 적정성 여부를 심사하도록 하는 것이고, 이 심사절차를 거쳤다면 산출방법서의 내용이 보험계약에 당연히 포함된다고 볼 수 있고, (ii) 해당 개별사건에만 효력이 미치는 조정의 결과를 당사자 쌍방의 동의와 법적 근거 없이 다른 계약에도 확대적용한다는 것은 황당한 발상이며, (iii) 현행 금융분쟁조정절차에서 보험회사의 방어권이 전혀 보장되지 않는 것은 절차상의 맹점이고, (iv) 보험금 청구권 소멸시효가 완성된 경우 보험금을 지급하지 않아도 된다는 대법원의 최종판단을 무시하고 무조건 보험금을 지급하도록 사실상 강제한 자살보험금 사태에 뒤이어, 이번에도 사법심사의 기회도 박탈한 채 즉시연금 전 계약을 대상으로 특정 분쟁조정 결과를 전면적으로 적용하라는 금감원의 조치는 관치금융의 전형이자 분쟁조정권이 사법권에 우선한다는 위헌적 발상에서 나온 것이다.

기보험금 총당액의 차감 없이 계산된 연금액을 지급하도록 하여 만기보험금 미충당분을 전적으로 보험자로 하여금 책임을 지게 하는 것은 필요 이상의 과잉조치라고 생각된다. 요컨대, 만기보험금을 지급하기로 하는 계약이 제대로 지켜지고 있는 한, 만기보험금 총당액 차감의 뜻이 약관에 규정되어 있지 않는 것이 문제라면, 그 뜻을 약관에 규정하도록 하면 될 것이라고 생각된다.

## 참고문헌

- 곽윤직, 「채권각론」 6판, 2003.
- 김상용, 「채권각론」 개정판, 2003.
- 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001.
- 김증한·김학동, 「채권각론」 7판, 2006.
- 송덕수, 「민법강의(하)」, 박영사, 2007.
- 양승규, 「보험법」 5판, 삼지원, 2004.
- 이영준, 「한국민법론(물권편)」 신정2판, 2004.
- 이은영, 「채권각론」 5판, 2005.
- 장경환, 「보험기초이론」(생명보험언더라이터 자격시험교재 Step1), 생명보험협회, 2002.
- 유주선, 「보험법」, 청목출판사, 2013.
- 강봉서, “계약체결상의 과실”, 「홍익법학」, 10권 1호, 2009.
- 김동훈, “원시적 불능으로 인한 손해배상의 범위”. 국민대 「법학논총」, 24권 3호, 2012.2.
- 김은경, “독일 보험계약법상 보험자의 정보제공의무 등에 대한 고찰”, 「기업법연구」, 23권 2호, 2009.6.
- 박세민, “독일 보험계약법상 보험자 정보제공의무 등의 내용 분석과 그 도입가능성에 관한 비판적 검토”, 「고려법학」 84호, 2017.3.
- 서종희, “민법 제748조 제2항의 ‘손해’의 법적 성질”, 「재산법연구」, 34권 1호, 2017.
- 양창수, 「민법주해 IV」(곽윤직 편집대표), 박영사, 1992(361~363쪽).
- 유주선, “보험자의 정보제공의무 - 독일과 한국의 비교법적인 관점에서”, 「보험학회지」 79집, 2008.4.
- 장경환, “생명보험에서의 잠정적 보험보호에 관한 우리와 독일의 표준약관의 비교”, 「경희법학」, 39권 2호, 2004.12.
- 장경환, “약관의 의외성의 원칙 - 독일약관규제법 제3조를 중심으로”, 「경희법학」, 34권 2호, 1999.12.

장경환 : 만기형 즉시연금보험의 연금액 계산에서 만기보험금 총당액의 차감에 관한 보험자의 설명의무 203

지광운, “보험모집규제에 관한 비교법적 고찰 - 보험모집주체 및 정보제공의무를 중심으로”, 「한양법학」 24권 2집, 2013.5.

최병규, “보험자의 정보제공의무 도입방안에 관한 연구”, 「상사판례연구」 24권 3호, 2011.9.

최홍섭, “우리 법에서 「계약체결상의 과실」 책임의 문제점과 재구성”, 「민사법학」, 11-12호, 1995.2.

김성태, “금감원의 즉시연금 일괄구제, 문제 있다”, 머니투데이, <http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2018072413482912034> (2018.7.24).

서울경제, “보험사 ‘다른 상품 많은데 즉시연금만 지작’... 당국 ‘약관고지 잘못해놓고 이제와 탄소리’”, <https://www.sedaily.com/News/NewsView/NewsPrint?Nid=1S221X8KGJ> (2018.7.12).

Armbrüster, Christian, *Examinatorium Privatversicherungsrecht: Über 800 Prüfungsfragen und 5 Klausurfälle*, Springer, 2015.

Emmerich, Volker, *Münchener Kommentar zum BGB*, 2. Bd., 7. Aufl., C.H. Beck, 2016 (BGB § 311).

Jauernig, Othmar/Stadler, Astrid, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 17. Aufl., C.H. Beck, 2018 (BGB § 311).

Langheid, Theo/Wandt, Manfred/(Bearbeiter), *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, 2. Aufl., C.H. Beck, 2016.

Neuhaus, Kai-Jochen/Kloth, Andreas, *Praxis des neuen VVG: Arbeitsbuch für Versicherer und Vermittler*, Wolters Kluwer, 2007.

Prölls, Jürgen/Martin, Anton/(Bearbeiter), *Versicherungsvertragsgesetz*, 30. Aufl., C.H. Beck, 2018.

Schwintowski, Hans-Peter/Brömmelmeyer, Christoph/(Bearbeiter), *Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht*, 3. Aufl., ZAP, 2017.

Wagner, Fred/(Bearbeiter), *Gabler Versicherungslexikon*, 2. Aufl., Springer, 2017.

BGH, Urt. v. 20.03.2001 - X ZR 63/99, NJW 2001, 2716, 2718 “Culpa in contrahendo - Haftung für gesetzten Rechtsschein der Unternehmensidentität”.

BGH, Urt. v. 28.06.2017 - IV ZR 440/14, r+s 2017, 409, “Rückabwicklung eines VersVertrags wegen Verletzung von Informationspflichten”.

BGH, Urt. v. 13.12.2017 - IV ZR 353/15, JurionRS 2017, 27655, “Prämienrückerstattungsbegehren aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Widerruf eines Rentenversicherungsvertrages”.

<Abstract>

## **Insurer's Obligation of Explanation regarding the Deduction of Appropriation for Premium Refund on Expiry of Policy Period from the Financial Resources for Payment of Immediate Annuities**

**Chang, Kyung Whan**

Immediate Annuity Insurance with Premium Refund on Expiry of Policy Period allows the followings. Firstly, the policyholder can convert a lump sum of money into an annuity. Secondly, payments can generally start about a month after the insurance contract is entered into. Thirdly, the beneficiary can receive the annuities monthly, quarterly, semi-annually or annually according to his/her personal needs, and the death benefit, if the insured dies during the policy period. And moreover, the total premium paid as a matured benefit on expiry of the policy period, if the insured lives until then.

In this type of insurance it should be not only expressed explicitly in policy terms but also explained to the policyholder before the insurance contract is entered into that the insurer does deduct the appropriation for premium refund on expiry of the policy period from the financial resources (the increased amount according to the declared interest rate on policy reserve) for payment of immediate annuities. In case that such a deduction was neither expressed explicitly in policy terms, nor explained to the policyholder until the insurance contract is entered into, Korean Financial Dispute Settlement Committee decided that, according to section 3(3) and (4) of Korean Standard Contract Terms Regulation Act, the insurer should pay the annuities that are to be calculated without deducting the appropriation for premium refund, and it should also refund the total premium paid on expiry of the policy period.

However, I don't consent to this decision. In my opinion, the insurer should indemnify the loss sustained by the policyholder, to the extent of the total premium paid, only when the policyholder proves that he /she would not enter into the insurance contract if such a deduction

had been timely explained to him/her and because of this proved fact, he/she cancels the insurance contract. The reasons for this opinion of mine are as follows. Firstly, the non-explanation of important matters of insurance contract, which are not stipulated in policy terms, should be estimated not as the violation of obligation to explain policy terms (Verschaffungspflicht der Möglichkeit zur Kenntnisnahme vom AVB-Inhalt), but as the violation of obligation to provide insurance information (Informationspflichten bei Versicherungsverträgen), that is to say, the violation of obligation to explain important matters of insurance contract according to section 95-2(1) of Korean Insurance Business Act. Secondly, the insurer's pre-contractual obligation to provide information is not a contractual main obligation, by which the insurer should pay insurance benefits. Therefore, its violation gives only rise to the right to be indemnified against loss owing to the policyholder's belief that the insurance contract would confer the anticipated benefits. Thirdly, the right to be indemnified against loss can be allowed to the policyholder, apart from the right to withdraw from the offer for insurance contract (Widerrufsrecht des Versicherungsnehmers), because the former is owing to the insurer's fault, but the latter regardless of it.

**Key Words** : Immediate Annuity Insurance with Premium Refund on Expiry of Policy Period, Deduction of the Appropriation for Premium Refund on Expiry of Policy Period from the Financial Resources for Payment of Immediate Annuities, Obligation to explain Insurance Policy Terms (Verschaffungspflicht der Möglichkeit zur Kenntnisnahme vom AVB-Inhalt), Claim based on Unjust Enrichment (Anspruch aus Ungerechtfertigter Bereicherung), Obligation to provide Insurance Information (Informationspflichten bei Versicherungsverträgen), Obligation to explain Important Matters of Insurance Contract, Culpa in Contrahendo, Right to be indemnified against Loss aiming at the Cancellation of Contract (Ein auf Vertragsaufhebung gerichteter Schadensersatzanspruch), Right to withdraw from the Offer for Insurance Contract (Widerrufsrecht des Versicherungsnehmers).