

고지의무위반과 설명의무위반의 상호관계에 대한 연구*

- 서울고등법원 2018. 5. 29. 선고 2017나2035357 판결에
대한 평석을 중심으로 -

최 병 규**

<차례> _____

I. 머리말	IV. 독일에서의 고지의무와 설명의무 상호관계에 대한 법제와 논의
II. 대상판결 - 서울고등법원 2018년 5월 29일 선고 2017나2035357 판결	V. 분석과 검토
III. 학설과 판례	VI. 맺음말

주제어 : 고지의무, 설명의무, 상호관계, 법규반복약관, 직업변경 통지의무, 설명대상의 차등화

<국문초록> 오늘날 민영보험제도는 국가가 운용하는 사회보장에서 더 나아가 국민들의 복지의 한 축을 담당하고 있다. 불의의 사고를 당한 경우에도 보험보장을 통하여 재기할 수 있고 경제적인 어려움으로부터 벗어날 수 있다는 장점을 제공하기 때문이다. 그런데 보험제도에서 핵심을 이루는 이론이 바로 고지의무이다. 고지의무를 제대로 이행하는 것이 보험계약자와 피보험자를 위하여 대단히 중요하다. 왜냐하면 그 여부에 따라서 보험급부를 받을 수도 있고 못 받을 수도 있기 때문이다. 고지의무위반과 설명의무와의 관계가 문제된다. 우리 대법원은 법률의 규정을 반복하고 있는 약관은 약관설명 의무의 대상이 아니라고 하고 있다. 그런데 고지의무에 대한 내용은 상법 제651조와 제655조에 규정이 되어 있다. 이를 반복하는 약관이 과연 약관설명 의무의 대상이 되는지가 문제된다. 고지의무의 내용을 그대로 반복하고 있는지, 그 내용을 구체화하는 특별내용이 있는지 여부를 검토하여 차별화하는 것이 연구의 대상이 된다. 고등법원의 사건에서 해당 약관에는 '피보험자가 오토바이를 주기적으로 사용하는 경우 특별약관을 부가하고 보험인수가 이뤄진다는 내용이 규정되어 있었다. 그리고 피보험자가 오토바이를 타고 있었고 보험설계사도 그 사실을 알고 있었을 경우 고지의무와

* 이 논문은 2018년도 건국대학교 KU학술연구비 지원에 의한 논문임.

** 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

- 논문접수일(2019.05.16), 심사개시일(2019.06.09), 게재확정일(2019.06.27)

관련하여 어느 정도로 설명을 해주어야 하는 점이 문제로 되었다. 보험가입시 보험계약자는 오토바이의 경우 보험보장이 되지 않는다는 항목을 체크하지 않은 상황이었다. 서울고등법원은 구체적으로 어떤 사항이 고지의무 대상이 되는지는 각 보험계약의 내용과 관계에서 개별적으로 정해지는 것이어서 보험계약자가 이를 당연히 알고 있다고 보기는 어렵다는 입장을 취하였다. 그에 따라 보험금을 지급하여야 한다고 판시하였다. 고지의무와 그 위반의 효과는 상법 제651조와 제655조에 규정되어 있다. 대법원은 단순히 법규를 반복하는 약관은 설명의무의 대상이 아니라고 보고 있다. 그런데 고지의무의 내용을 이루는 사항을 구체적으로 살펴 설명의 대상이 되는지 여부를 차등화 하여 보아야 한다. 비교법적으로도 독일이 2007년 보험계약법 개정시 고지의무위반의 효과를 별도로 알려주어야 고지의무위반으로 인한 해지나 해제가 가능함을 규정을 하고 있다. 따라서 서울고등법원의 판단은 타당하다고 볼 수 있다. 앞으로 고지의무의 세부 내용별로 설명의 대상이 되는 내용을 유형화하여 예측가능성을 부여하도록 노력하여야 한다. 이는 판례의 직접을 통하여 이루어질 수 있다. 그 과정에서 외국의 판례에 대하여도 연구를 같이 진행하여야 한다.

I. 머리말

오늘날 민영보험은 국가의 사회보장제도를 보완하는 등 중요한 역할을 담당하고 있다.¹⁾ 그리고 보험법이론에서 가장 중요한 위치를 차지하는 것이 바로 고지의무제도²⁾이다. 그런데 고지의무위반과 설명의무와의 관계가 문제된다. 우리 대법원은 법률의 규정을 반복하고 있는 약관은 약관설명 의무의 대상이 아니라고 하고 있다. 그런데 고지의무에 대한 내용은 상법 제651조와 제655조에 규정되어 있다. 이를 반복하는 약관이 과연 약관설명 의무의 대상이 되는지가 문제된다. 고지의무의 내용을 그대로 반복하고 있는지, 그 내용을 구체화하는 특별내용이 있는지 여부를 검토하여 차별화하는 것이 연구의 대상이 된다. 고지의무의 내용은 보험법상 매우 중요한 위치를 차지하고 있다. 따라서 상법 제651조 등 법

1) 보험경영연구회, 「보험론」, 문영사, 2005, 58쪽.

2) 고지의무에 대하여는 다양한 논문이 발표되고 있다. 그 가운데 최근 주목할 연구는 다음을 들 수 있다. 김은경, “보험계약법상 고지의무 및 설명의무에 대한 비교법적 고찰,” 「경영법률」 제19권 제2호 2009, 447쪽 아래; 박수영·박강익, “고지의무에 관한 고찰,” 「법학연구」 제24호, 2006, 191쪽 아래; 유선미·김선정, “고지의무 위반시 보험자의 해지권 불행사와 손해방지의무 위반 - 대법원 2016. 1. 14. 선고 2015다6302 판결 -, ” 「경영법률」 제27권 제1호 2016, 259쪽 아래; 장덕조, “고지의무위반의 요건에 관한 최근 판례의 연구,” 「금융법연구」 제9권 제2호, 2012, 489쪽 아래; 한창희, “고지의무의 입법적 연혁과 최근동향,” 「상사법연구」 제28권 제4호, 2010, 135쪽 아래.

률의 규정이 있음에도 불구하고 보험계약자 측에게 고지의무의 내용 및 그 위반의 효과를 알려줄 실제적인 필요성이 존재한다. 그리고 위험증가 통지의무의 경우에 구체적인 내용의 경우 통지의무를 인정하는 등 다른 분야의 판례와도 비교·연구하는 것이 필요하다. 이에 이 글에서는 최근에 선고된 서울고등법원의 판결을 대상으로 하여 분석한다. 비교법적으로 독일에서 고지의무위반의 효과를 알려주어야 한다는 내용을 규정하고 있는 독일 보험계약법 제19조 제5항도 소개하고 분석한다.

II. 대상판결 - 서울고등법원 2018년 5월 29일 선고 2017나 2035357 판결

보험사의 설명의무와 소비자의 고지의무가 충돌했을 때 보험사의 설명의무 책임을 더 무겁게 판단한 첫 항소심 판결이 나왔다. 소비자가 고지의무를 위반했다 라도 보험사가 상품 내용을 상세히 설명하지 않았다면 보험금을 지급해야 한다는 것이다. 서울고등법원 민사28부(재판장 이강원 부장판사)는 오토바이 사고로 사망한 A씨의 아버지 B씨가 M사를 상대로 낸 보험금소송(2017나2035357)에서 제1심과 같이 "보험금 5억5000만원을 지급하라"고 하면서 원고승소 판결을 선고 하였다. B씨는 2015년 아들 A씨를 피보험자로 M사가 판매하는 질병보험 등 2개 상품에 가입하였다. 이들 보험상품 약관에는 '피보험자가 오토바이를 주기적으로 사용하는 경우 특별약관을 부가하고 보험인수가 이뤄진다는 내용이 있었다. A씨는 보험계약 체결 당시 치킨 배달을 아르바이트로 하면서 오토바이를 이용하고 있었지만, B씨는 오토바이 상해 부보장 특별약관을 체크하지 않았다. 그러다 2016년 3월 A씨가 오토바이 교통사고로 사망하였다. 이에 B씨는 보험금을 청구 했지만, M사는 '고지의무 위반에 따른 계약해지를 통보하고 보험금을 지급할 수 없다고 밝혔다. 이에 반발한 B씨는 소송을 냈다. 재판부는 "고지의무의 존재와 그 효과에 관해 상법이 규정하고 있다 하더라도 구체적으로 어떤 사항이 고지의무 대상이 되는지는 각 보험계약의 내용과 관계에서 개별적으로 정해지는 것이어서 보험계약자가 이를 당연히 알고 있다고 보기는 어렵다"고 밝혔다. 이어 "보

험사인 M사는 (피보험자의) 주기적인 오토바이 운전 사실은 보험계약 인수조건에 영향을 미치는 중요한 사항으로 보험사에 고지되어야 하고 이를 고지하지 않을 경우 보험계약이 해지돼 보험금을 지급받지 못할 수도 있다는 점과 (이를 고지하지 않은 채) 보험계약을 체결하더라도 A씨가 오토바이를 운전하다 사고를 당하게 되면 결과적으로 보험금을 지급받을 수 없다는 점 등을 상세히 설명해 보험계약자인 B씨가 이를 충분히 납득 이해하고 보험계약에 가입할 것인지 여부를 결정할 수 있도록 했어야 한다"고 설명하였다. 그러면서 "고지의무 위반이 있었다"라고 당시 보험설계사가 A씨가 오토바이를 타고 있는 사실을 알고 있음에도 '오토바이 운전과 관련된 사항에 관해 명시·설명 의무를 다하지 못한 이상 보험사는 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 없다'고 하면서 "보험계약에 따른 사망보험금 5억5000만원과 지연손해금을 지급하라"고 판시하였다.³⁾

현행 실무상 보험사는 보험계약 체결 시 자체적으로 만든 문진포로 소비자에게 과거 진료 및 투약사실이나 건강상태, 가족병력 등을 묻고, 소비자는 이에 답하는 방식으로 '고지의무'가 이행되고 있다. 즉 소비자의 '자발적 고지의무'에 근거해 보험계약이 이뤄지고 있기 때문에 소비자가 보험사에 중요사항이 될 수 있는 모든 것을 사전에 예측해 고지해야 할 의무를 떠안고 있는 것이다. 문제는 예기치 못한 질병이나 사고 전력 등이 있을 때 보험사는 이번 사건처럼 고지의무를 위반하였다는 이유로 보험금 지급을 거절하는 경우가 많다는 점이다. 이 때문에 관련 분쟁도 급증하는 추세다. 금융감독원에 따르면 고지의무 위반과 관련해 소비자와 보험사간 갈등이 생겨 제기되는 민원이 2015년 1262건, 2016년 1424건에 달하는 실정이다. 상법 제651조는 '보험계약당시에 보험계약자 또는 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로 인하여 중요한 사항을 고지하지 아니하거나 부실의 고지를 한 때에는 보험자는 그 사실을 안 날로부터 1월내에, 계약을 체결한 날로부터 3년 내에 한하여 계약을 해지할 수 있다. 그러나 보험자가 계약당시에 그 사실을 알았거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다'고 규정하고 있다. 같은 법 제655조는 보험사고가 발생한 후라도 보험자가 제 651조 등에 따라 계약을 해지하였을 때에는 보험금을 지급할 책임이 없고 이미 지급한 보험금의 반환을 청구할 수 있도록 규정해 보험사에 폭넓은 면책을 인정

3) 법률신문 제4616호, 2018년 6월 28일자, 4면.

하고 있다. 이번 사건 역시 보험사의 설명의무와 보험계약자 피보험자의 고지의무가 정면으로 충돌한 사례이다. B씨는 재판과정에서 "오토바이 사고에 대비해 보험에 가입했고, 당시 보험설계사도 아들이 오토바이를 타고 다니는 사실을 알고 있었지만 관련 약관을 제대로 설명하지 않은 채 보험에 가입하도록 하였다"고 주장하였다. 이에 대해 M사는 "보험자에게 고지의무 대상이나 위반 효과에 관해 설명할 의무가 없다"고 하면서 "보험설계사가 피보험자의 오토바이 운전 사실을 알고도 관련 약관을 설명하지 않았다고 하더라도 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지하는데 제한을 받지 않는다"고 맞섰다. 재판부는 소비자의 손을 들어 주었다. 보험상품이 날로 복잡하고 다양해지고 있는 상황에서 비전문가인 소비자에게만 과중한 고지의무를 전가해 상대적으로 불리한 위치에 놓이게 하는 것은 불합리하다는 취지이다. 서울고등법원 관계자는 "이번 판결은 보험계약에서 비전문가인 소비자보다 전문가인 보험사의 설명의무를 더 무겁게 본 판결"이라고 하면서 "보험사는 통상 일반인들이 보험계약의 내용 및 효력에 관해 제대로 알지 못한다는 점을 염두에 두어야 하며, 이에 따라 설명할 사항의 내용과 법률적 효과를 소비자에 구체적으로 명시하고 상세하게 설명하여야 할 의무가 있음을 확인한 판결"이라고 설명하였다.⁴⁾

Ⅲ. 학설과 판례

1. 학설

보험계약자 또는 피보험자는 보험자에 대하여 중요한 사항을 고지하고 부실의 고지를 하지 아니할 의무를 지는데(제651조), 이를 고지의무 또는 계약 전 알릴 의무라 한다. 보험계약자나 피보험자가 이러한 고지의무에 위반할 경우에 보험자에게는 계약해지권이 인정될 뿐 보통의 의무에서 가능한 이행강제나, 불이행 이유로 손해배상청구는 하지 못한다. 이러한 종류의 의무를 책무(Obliegenheit), 간접의무 또는 자기의무라고 한다.⁵⁾ 이에 위반한 경우⁶⁾ 인과관계(상법 제655조

4) 법률신문 제4616호, 2018년 6월 28일자, 4면.

5) 유주선, 「보험법」, 청목출판사, 2013, 85쪽, 정상근, 「보험계약법」, 도서출판 좋은땅, 2006, 83쪽.

단서), 제척기간 등을 따져⁷⁾ 보험금 지급을 거절할 수 있다. 하지만 인과관계가 없어 보험금은 지급하더라도 장래를 향한 계약해지는 가능하다.⁸⁾ 이 점은 과거 학설의 논란이 있었으나 대법원이 그러한 취지를 선언하였으며 2014년 상법 개정 시에도 그를 반영하는 입법을 하였다. 오늘날 국제적으로 고지의무제도는 고지촉구의무화 내지는 수동적 답변의무화 하는 방향으로 가고 있다.⁹⁾

그런데 문제가 되는 것은 고지의무에 대한 내용을 설명하여 주어야 하는지 여부이다. 이론적으로 단순히 법률의 내용을 반복하는 약관은 보험자 설명의 대상이 아니라고 하여야 한다. 그런데 고지의무의 구체적인 내용의 경우에는 달리 보아야 할 것이다. 이에 대다수의 학자들은 대법원의 주운전자고지의무에서 인정하였듯이 보험자의 설명의무를 긍정한다.¹⁰⁾ 그러나 이에 반대하여 대법원의 주운전자제도에 대한 설명의무 인정은 정직하지 못한 보험가입자 측을 지나치게 보호하는 결과가 되어 보험의 선의성에 비추어 부당하다는 입장¹¹⁾도 존재한다.

2. 판례

과거에 자동차보험에 가입할 때 이 자동차를 누가 주로 운전하는지를 물어 그에 따라 보험료를 책정하던 시대가 있었다. 그와 관련하여 주운전자고지제도를 설명하여야 하는지가 문제로 되었다.¹²⁾

- 6) 증명책임 관련하여, 보험자는 보험계약자의 고의·중과실에 의한 고지의무 위반임을 증명하여야 한다. 양승규, 「보험법」 제5판, 삼지원, 2005, 123쪽. 최준선, 「보험·해상·항공운송법」, 제9판, 삼영사, 2015, 121쪽. 대법원도 같은 입장이다. 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다54631,54648 판결. 보험계약 당시에 보험계약자 또는 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로 인하여 중요한 사항을 고지하지 아니하거나 부실의 고지를 한 때에는 보험자는 일정 기간 안에 그 계약을 해지할 수 있다(상법 제651조). 여기서 중대한 과실이란 현저한 부주의로 중요한 사항의 존재를 몰랐거나 중요성 판단을 잘못하여 그 사실이 고지하여야 할 중요한 사항임을 알지 못한 것을 의미하고, 그와 같은 과실이 있는지는 보험계약의 내용, 고지하여야 할 사실의 중요도, 보험계약의 체결에 이르게 된 경위, 보험자와 피보험자 사이의 관계 등 제반 사정을 참작하여 사회통념에 비추어 개별적·구체적으로 판단하여야 하고, 그에 관한 증명책임은 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지하고자 하는 보험자에게 있다.
- 7) 김명수, 「보험판례개관」, 법문사, 2013, 101쪽. 채이식, 「상법강의(하)」 개정판, 박영사, 2003, 460쪽. 최정식, 「보험·해상법」, 삼영사, 2014, 135쪽.
- 8) 이기수·최병규·김인현, 「보험·해상법」 제9판, 박영사, 2015, 111쪽. 장덕조, 「보험법」 제4판, 법문사, 2018, 144쪽. 정찬형, 「상법강의(하)」, 제17판, 박영사, 2015, 572쪽.
- 9) 한기정, 「보험법」, 박영사, 2017, 198쪽. 한창희, 「보험법」, 개정3판, 국민대학교 출판부, 2017, 219쪽.
- 10) 김은경, 「보험계약법」, 보험연수원, 2016, 203쪽. 박세민, 「보험법」, 제4판, 박영사, 2017, 222쪽.
- 11) 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001, 234쪽.

(1) 대법원 1996.4.12. 선고 96다4893 판결

“보험자 및 보험계약의 체결 또는 모집에 중사하는 자는 보험계약의 체결에 있어서 보험계약자 또는 피보험자에게 보험약관에 기재되어 있는 보험상품의 내용, 보험료율의 체계 및 보험청약서상 기재사항의 변동사항 등 보험계약의 중요한 내용에 대하여 구체적이고 상세한 명시·설명 의무를 지고 있다고 할 것이어서 보험자가 이러한 보험약관의 명시·설명 의무에 위반하여 보험계약을 체결할 때에는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없다 할 것이므로, 보험계약자나 그 대리인이 그 약관에 규정된 고지의무를 위반하였다 하더라도 이를 이유로 보험계약을 해지할 수는 없다고 보아야 할 것이다(당원 1996.3.8. 선고 95다53546 판결,¹²⁾ 1995.8.11. 선고 94다52492 판결 및 1992.3.10. 선고 91다31883 판결 등 참조). 원심은 그 판시사실을 인정한 다음, 이 사건 보험계약자인 피고가 이 사건 보험계약을 체결할 당시 실제로는 자신의 아들인 소외 S가 이 사건 차량의 주운전자인데도 자신의 처인 소외 H를 주운전자로 허위 고지함으로써 보험계약의 중요 사항에 대하여 고지의무를 위반하였으므로 특별한 사정이 없는 한 원고는 약관에 따라 이 사건 보험계약을 해지할 수 있다고 하면서도, 한편 원고가 이 사건 보험계약을 체결함에 있어 피고에게 주운전자제도와 관련된 보험약관의 내용, 특히 그 부실고지의 경우에 입게 되는 계약해지의 불이익 등에 관하여 구체적이고도 상세한 설명을 하여 주었다는 점에 부합하는 그 판시 증거를 믿지 아니하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없어 원고가 주운전자에 관한 보험약관의 명시·설명 의무를 이행하였음을 인정할 수 없는 이상, 피고의 주운전자에 관한 고지의무 위반을 이유로 한 원고의 이 사건 보험계약 해지는 부적법한 것으로서 그 해지의 효력이 없다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴 보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 옳고 거기에 소론과 같은 보험계약자의 고지의무 위반과 보험자의 설명의무 위반의 효과, 설명의무 위반의 입증책임 및 그 증명 정도 등에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.”¹⁴⁾

12) 이에 대하여는 송옥렬, 「상법강의」 제6판, 홍문사, 2016, 257쪽, 이성남, 「보험모집규제론」, 마인드맵, 2017, 214쪽, 최기원, 「보험법」 제3판, 박영사, 2002, 198쪽 참조

13) 이 판결에 대하여는 김명수, 「보험판례개관」, 법문사, 2013, 93쪽 참조

14) 동지의 판례 - A. 대법원 1995. 8. 11. 선고 94다52492 판결: 관계증거와 기록에 비추어 보면, 이 사건 태양중보보험계약은 피보험자가 보험기간 중 재해를 직접원인으로 사망한 경우 주계약보험금

(2) 대법원 1998년 4월 14일 선고 97다39308 판결

“원심이 이 사건 보험계약의 체결을 위 L에게 위임한 A는 스스로 주운전자의 연령에 따라 보험료의 액수가 차이가 난다는 사실을 알고서 실제로 이 사건 트럭을 운전할 K를 주운전자로 지정하지 않고 A를 주운전자로 하여 보험계약을 체결하기 위하여 A의 운전면허증을 빌려 위 L에게 교부한 사실, 위 L은 위 A의 운전면허증을 받아 위 B에게 제시하며 A를 주운전자로 지정하여 보험계약을 체결

의 10배를 지급하는 내용으로서 위험직종 1급 또는 2급으로 분류되는 영업상 또는 비영업상 오토바이 사용자는 가입할 수 없도록 되어 있는데 이 사건 보험계약의 체결 당시 보험모집인인 소외 이○○이 보험계약자인 소외 장○○이나 그 대리인인 원고 최○○에게 위 장○○이 오토바이를 운전하는지 여부에 관하여 묻거나 이 점에 관한 보험계약상의 고지의무에 관하여 설명하지도 아니한 채 스스로 그 보험청약서를 기재하고 원고 최○○으로 하여금 위 장○○의 인장을 날인받아 이를 피고 회사에 제출하였고 피고 회사의 다른 직원들도 보험계약상의 위 고지의무사항을 설명한바 없었다는 원심의 사실인정은 정당하다고 수긍이 되고 그 과정에 소론과 같이 경합칙에 반하거나 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 할 수 없다. 상고이유 중 원심의 위 인정 판단을 타하는 논지는 받아들일 수 없다. 보험자 및 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 보험계약의 체결에 있어서 보험계약자 또는 피보험자에게 보험약관에 기재되어 있는 보험상품의 내용, 보험료의 체계 및 보험청약서상 기재사항의 변동사항 등 보험계약의 중요한 내용에 대하여 구체적이고 상세한 명시 설명의무를 지고 있다고 할 것이어서 보험자가 이러한 보험약관의 명시 설명의무에 위반하여 보험계약을 체결한 때에는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없다 할 것이므로 보험계약자나 그 대리인이 그 약관에 규정된 고지의무를 위반하였다 하더라도 이를 이유로 보험계약을 해지할 수 없다고 보아야 할 것이다(당원 1992.3.10. 선고 91다31883 판결 ; 1994.10.14. 선고 94다17970 판결 등 참조). 그런데, 사실관계가 원심이 확정한 바와 같다면, 이 사건 보험모집인인 위 이○○ 또는 보험자인 피고 회사가 이 사건 보험계약의 중요내용인 위 고지의무에 관한 설명의무를 다 하지 못하였다고 보아야 할 것이므로 위에서 본 법리에 비추어 피고 가 이 사건 보험계약자의 고지의무위반을 들어 이 사건 보험계약을 해지할 수 없다고 할 것이어서 같은 취지로 판단한 원심은 정당하고, 거기에 소론과 같이 고지의무 및 보험계약상의 약관에 관한 법리오해의 위법이 있다 할 수 없다. 논지는 모두 이유 없다. B. 대법원 1998. 4. 10. 선고 97다47255 판결: 차량의 실제 소유자인 회사의 직원으로서 편의상 차량 등록명의자로 되어 있었으나 주운전자도 아닌 갑(피고)이 보험설계사를 통하여 을 보험회사와 제1차 자동차종합보험계약을 체결하면서 주운전자가 자신이라고 허위로 고지하였으나, 그 보험계약 체결시 보험설계사가 주운전자가 갑이라는 것을 확인하면서 주운전자에 따라 보험료율의 차이가 있다는 것을 설명함과 아울러 주운전자의 변동이 있을 경우 알려달라고만 하였을 뿐 그 밖에 다른 사람이 주운전자가 되는 경우의 구체적인 보험료율을 계산하여 그 차이를 예시하는 등의 상세한 설명을 하지 않았고, 나아가 주운전자를 잘못 고지한 경우에는 보험계약이 해지되어 보험금을 수령할 수 없게 될 수 있다는 내용에 관하여는 전혀 언급을 하지 않았는데, 그 후 갑이 회사를 퇴직하였음에도 회사의 다른 직원이 동일한 보험설계사를 통하여 병(원고) 보험회사와 갑 명의로 제2차 자동차종합보험계약을 체결함에 있어 그 보험설계사가 계약기간만 변경한 채 다른 사항에 관하여는 종전과 같은 내용으로 계약서를 작성하였을 뿐 계약 체결 담당 직원에게 주운전자의 변경 여부에 관하여 확인하지 않고 그에 관하여 아무런 설명도 하지 않은 경우, 병 보험회사와 그 보험설계사가 주운전자 제도에 관한 설명의무를 다하였다고 볼 수 없다고 보아 보험계약자의 고지의무 위반을 이유로 한 제2차 보험계약 해지 주장을 배척한 사례.

결함에 따라 금 1,006,700원이 감액된 보험료를 납부하고 보험계약을 체결한 사실, 한편 위 K나 L은 주운전자의 연령 및 보험가입 경력에 따라 보험료가 달라진다는 사실을 잘 알고 있었던 사실을 인정한 다음 보험계약자인 위 A나 그 대리인인 위 L은 주운전자의 개념이 무엇인지 또 주운전자의 나이나 보험가입 경력 등에 따라 보험료율이 달라진다는 사실 등에 대하여 잘 알고 있었다고 본 조치는 정당하고 원심판결에 소론 주장과 같은 채증법칙 위배, 심리미진 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 사실관계가 위와 같다면 위 L은 A를 대리한 것으로 보아야 할 것이므로 거기에 쌍방대리에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 그리고 상법 제638조의3에서 보험자의 약관설명 의무를 규정한 것은 보험계약이 성립되는 경우에 각 당사자를 구속하게 될 내용을 미리 알고 보험계약의 청약 하도록 함으로써 보험계약자의 이익을 보호하자는 데 입법취지가 있고, 보험약관이 계약 당사자에 대하여 구속력을 갖는 것은 보험계약 당사자 사이에 그것을 계약 내용에 포함시키기로 합의하였기 때문이라는 점 등을 종합하여 보면, 보험계약자나 그 대리인이 약관의 내용을 충분히 잘 알고 있는 경우에는 그 약관이 바로 계약 내용이 되어 당사자에 대하여 구속력을 갖는다고 할 것이므로, 보험자로서는 보험계약자 또는 그 대리인에게 약관의 내용을 따로 설명할 필요가 없다고 보는 것이 상당하다고 할 것이다. 이러한 취지에서 이 사건 보험계약자나 그 대리인이 주운전자의 개념이 무엇인지 또 주운전자의 나이나 보험경력 등에 따라 보험료율이 달라진다는 사실에 대하여 잘 알고 있었다면 보험자로서는 다시 이를 설명할 필요가 없다고 한 원심 판단도 정당하고 거기에 소론 주장과 같은 설명의무, 고지의무에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 모두 이유 없다.”

(3) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다39192 판결

“원심은, 소외 1이 피고의 보험모집인 소외 2와 사이에 이 사건 보험계약을 체결할 당시 소외 2로부터 ‘계약 전 알릴 의무 사항의 서면(이하 ‘질문포라 한다) 기재 제4항의 질문사항에 관하여 정확한 설명을 들은 바 없으므로 피고는 이를 보험계약의 내용으로 주장할 수 없다는 원고의 주장에 대하여, 그 증거가 없다는 이유로 이를 배척하였다. 기록에 의하면, 이 사건 보험계약 체결 당시 작

성된 질문표의 상단에 그 질문사항에 대하여 사실대로 알리지 않거나 사실과 다르게 알려진 경우에는 고지의무 위반으로 보험계약이 해지될 수 있음이 명백하게 기재되어 있는 사실, 당시 소외 2는 소외 1에게 질문표 제4항에 기재된 12개 주요 질병 내지 그 소인의 최근 5년 내 보유 여부에 대하여 해당 사항이 있는지 물어보고 해당 사항이 있으면 표시하라고 하였는데, 소외 1이 그 해에 받은 건강 진단 결과 아무런 이상이 없었다고 답하면서 해당 사항이 전혀 없는 것으로 표시한 사실을 알 수 있고, 이 사건 보험계약과 같이 피보험자의 질병과 사망을 담보하는 보험계약의 경우 질문표 제4항에 기재된 바와 같은 주요 질병 또는 그 소인의 보유 여부에 대한 질문은 거래상 일반적이고 공통적인 것이어서 구체적인 상세한 설명이 없더라도 통상의 보험계약자나 피보험자라면 그 내용과 취지를 쉽게 이해하고 답할 수 있는 사항이라고 볼 수 있으므로, 이 사건 보험계약을 체결함에 있어 소외 2가 위와 같이 소외 1에게 질문표에 의하여 제4항에 해당하는 사항이 있는지 여부를 직접 확인한 것만으로도 그에 대한 명시·설명 의무를 다하였다고 할 수 있다(밀줄 필자). 따라서 보험자의 명시·설명 의무 불이행에 관한 원고의 주장을 배척한 원심의 조치는 결론적으로 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 그 증명책임에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법 등이 없다.”

IV. 독일에서의 고지의무와 설명의무 상호관계에 대한 법제와 논의

독일의 경우에는 보험계약법이 2007년 대대적으로 개정¹⁵⁾되었다. 이 개정 보험계약법 제19조¹⁶⁾ 제5항에서는 고지의무 내지는 그 위반에 대한 설명의무를 규

15) 이에 대하여는 이필규·최병규·김은경, 「2009년 독일 보험계약법(VVG)」, 세창출판사, 2009, 101쪽 아래 참조

16) 독일 보험계약법 제19조(고지의무) (1) 보험계약자는 합의된 내용으로 계약을 체결하는 데 있어 보험자가 결정하는 데 중요하다고 여겨지는 상황과 보험자가 텍스트형식으로 질의한 것으로 보험계약자에게 알려진 위험상황을 계약의 체결의사를 보낼 때까지 보험자에게 고지해야 한다. 보험자가 보험계약자의 계약의 의사표시 후에, 그러나 계약의 인수 전에 제1문의 취지에 따른 질문을 한 경우에도 보험계약자는 고지를 할 의무가 있다. (2) 보험계약자가 제1항에 따른 고지의무를 위반한

정하고 있다.

1. 독일의 법제

(1) 알려줄 의무 위반시 보험자의 권리상실

독일에서는 보험계약자를 보호하기 위하여 독일 보험계약법 제19조 제5항 제1문에서 보험자는 고지의무위반의 효과를 텍스트형식으로 별도로 알려주도록 하고 있다. 이 규정은 보험자가 형성권을 행사하기 위한 유효조건이다. 그리고 이 규정은 추가적으로 청약자를 보호하기 위한 규정이다.¹⁷⁾ 2007년 독일 보험계약법을 개정하여 명문의 규정을 두기 전에도 독일에서는 가끔씩 그러한 알려줄 의무를 약관에서 규정을 하고 있었다.¹⁸⁾ 이러한 알려줄 의무는 보험계약자의 보호에 기여한다.¹⁹⁾ 알려주는 것은 계약체결 전에 적시에 행하여져야 한다. 그를 통하여 보험계약자가 고지의무를 다시 이행할 수 있는 것이다. 알려주지 않으면 고지의무에 대한 규정에서 보험자에게 부여하고 있는 모든 권리가 배제된다. 즉 알려줄 의무를 이행하지 아니하면 보험자는 보험계약자의 의무위반을 주장할 수 없다.²⁰⁾ 보험자가 고지되지 않은 위험상황 또는 고지내용의 부정확성을 알고 있는 경우에는 고지의무위반의 효과를 주장할 수 없다는 독일 보험계약법 제19조 제5항 제2문은 독일 구 보험계약법 제16조 제3항, 제17조 제2항에 상응하는 내용이다.

경우 보험자는 계약을 해제할 수 있다. (3) 보험계약자가 고지의무를 고의 또는 중과실로 위반한 것이 아닌 경우에는 보험자의 해제권은 행사할 수 없다. 이 경우 보험자는 한 달 안에 계약을 해지할 수 있다. (4) 보험자가 고지되지 않은 상황을 알았거나 또는 다른 조건이 있음에도 불구하고 계약을 체결하였을 경우라면 중과실로 인한 고지의무 위반을 이유로 한 보험자의 철회권과 제3항 2문에 따른 해지권은 행사할 수 없다. 다른 조건은 보험자의 청구에 따라 보험계약자에게 귀책사유를 물을 수 없는 의무위반의 경우에 진행중인 보험료기간부터 소급적으로 계약의 요소가 된다. (5) 보험자가 보험계약자에게 텍스트형식으로 통지하여 고지의무위반의 결과를 알려준 경우라면 제2항 내지 제4항에 따른 권리가 보험자에게 귀속된다. 보험자가 고지되지 않은 위험상황 또는 고지내용의 부정확성을 알았다면 그 권리는 주장할 수 없다. (6) 제4항 제2문의 경우 계약변경을 통해 보험료가 10% 이상 증가하거나 고지되지 아니한 상황에 대한 위험을 담보하지 않는다면 보험계약자는 보험자의 통지가 도달한 후 한 달 안에 계약을 해지할 수 있다. 보험자는 보험계약자에게 통지에서 이상의 권리를 알려주어야 한다.

17) Langheid/Wandt, Versicherungsvertragsgesetz, Münchener Kommentar, Bd. 1, München, 2010, S. 1046.

18) 이에 대하여는 BGH, VersR 1980, S. 762 참조

19) Bruck/Möller, Versicherungsvertragsgesetz, Bd. 1, 9. Aufl., Berlin, 2008, S. 668.

20) RegE, S. 65.

1) 형성권

보험자가 고지의무위반의 효과를 알려주지 않으면 독일 보험계약법 제19조 제5항 제1문의 법문언에 의하여 자신의 권리를 행사할 수 없다. 이 권리로는 우선 계약해제권을 들 수 있다. 따라서 알려주지 않은 경우에는 해제권의 요건이 충족되었는지는 문제되지 아니한다. 이러한 이유로 해제권요건을 심사하기 전에 독일 보험계약법 제19조 제5항 제1문의 요건을 충족하는 통지가 있었는지를 우선 확정하여야 한다. 또한 알려줄 의무를 이행하지 아니하면 보험자는 해지권을 행사할 수 없다. 해제에 대한설명의 해지의 경우에도 적용이 된다. 또한 독일에서 고지의무와 관련하여 규정을 하고 있는 계약 조정(Vertragsanpassung)에 대한 권리도, 고지의무위반의 효과를 알려주지 아니하면, 보험자는 행사할 수가 없다.

2) 기타의 권리

독일 보험계약법 제19조 제5항 제1문의 알려줄 의무는 해제권, 해지권, 계약조정권 이외에도 고지의무위반의, 많은 다른 효과도 결부가 된다. 예를 들어 독일 보험계약법 제21조 제2항에 의한 급부면제, 동법 제19조 제6항에 의한 해지권의 적용도 문제가 된다.²¹⁾ 독일 보험계약법 제19조 제5항 제1문이 단지 명시적으로 언급하고 있는 제2항 내지 제4항만을 의미하는 것은 아니라고 해석하는 것도 가능한 할 것이다. 그런데 이 경우에 독일 입법자가 그 규정 하에 다른 규정들도 포함하려 하였는지는 오히려 회의적이라고 독일에서도 보고 있다. 법문언을 고려하여 보면 동 규정에서 열거하는 제2항 내지 제4항은 한정적 열거로 보아야 한다.²²⁾ 독일 보험계약법 제22조에 의한 악의의 기망시의 취소권에 대하여 보면 그 경우에는 고지의무위반의 효과는 필요하지 않다고 보아야 한다. 악의적으로 보험보호를 얻으려는 사람들은 고지의무위반의 효과에 대한 해당 설명을 들었어도 자신의 의도를 그만두지는 않을 것이기 때문이다. 그리고 이 때 독일 보험계약법 제28조²³⁾ 제4항의 사상도 끌어들이어 고려하여 볼 수 있다고 한다.²⁴⁾

21) Reusch, VersR 2007, S. 1320.

22) Versicherungsrechts-Handbuch/Knappmann, Rdn. 10.

23) 독일 보험계약법 제28조(계약상의 채무 위반) (1) 보험사고가 발생하기 전 보험자에 대하여 보험계약자로부터 이행되어야 하는 계약상의 채무가 위반 된 때에는 의무위반이 보험계약자의 고의 또는 중과실에 의한 경우 보험자는 의무위반 사실을 안 때로부터 한 달 안에 언제든지 그 계약을 해지할 수 있다. (2) 보험계약자로부터 이행되어야 하는 계약상의 채무가 위반되었을 때에 보험

(2) 알려줄 의무

지시는 포괄적으로 해 주어야 한다. 보험계약자로 하여금 특히 사실과 다르게 고지하여서는 아니된다는 점 및 중요한 것을 묵비하여서는 아니된다는 점을 알도록 하여야 한다.²⁵⁾ 더 나아가 보험자는 잘못된 고지를 할 경우 입게 되는 결과를 알 수 있도록 하여야 한다. 그를 통해서 청약자는 계약 전 알릴사항의 의미를 명확히 알게 될 것이다.

1) 알려주어야 할 시점

원래의 입법초안과는 달리 현재의 독일 보험계약법 제19조 제5항 제1문에서는 알려줄 시점에 대하여는 규정을 두고 있지 아니하다. 입법초안은 알려주는 것이 청약 시에 행하여야 한다는 점을 확정하고 있었는데,²⁶⁾ 입법이 실제 된 법률에서는 그 시점에 대한 규정이 없는 것이다. 입법자가 그 시점을 규정하지 아니한 점에 대한 정확한 근거는 알 수가 없다. 입법이유에서 알려줌은 보험계약자가 자신의 고지의무를 제대로 이행할 수 있도록 계약체결 전에 적시에 이루어져야 한다는 점은 알 수가 있다. 이로써 알려줌은 보험계약자가 보험자의 질문에 답하는 것에 이어서 이루어져서는 아니됨을 알 수가 있다. 보험자는 청약을 승낙하기까지는 다시 질문을 할 수 있고 또 새로운 질문도 할 수 있다는 점을 고려하여 보면 알려줄 의무 이행을 이때까지도 하여도 된다는 점을 알 수 있다.²⁷⁾ 따라서 알려주는 것에 대한 척도가 되는 시점은 승낙의 의사표시를 하는 시점이다. 보험

자가 급부를 할 의무가 없다는 계약을 정한 경우 보험계약자가 고의로 의무를 위반하였을 때에만 이행면제가 된다. 의무를 중과실에 의하여 위반한 경우에는 보험계약자의 의무위반의 비율에 따라 보험자의 급부의무는 공제된다. 중과실이 없었음에 대한 증명책임은 보험계약자에게 있다. (3) 의무의 위반이 보험사고의 발생이나 확정 또는 보험자의 급부의무의 확정이나 범위에 인과관계가 없는 경우에는 보험자는 제2항과 달리 급부의무를 진다. 보험계약자가 책무를 악의로 위반한 경우에는 1문은 적용되지 아니한다. (4) 2항에 따른 보험자의 전부 또는 일부의 면책은 보험사고의 발생 후 하게 되는 정보제공의무 또는 설명책무(Aufklärungsobliegenheit)의 위반의 경우에 보험자가 보험계약자를 이 의무위반에 대한 법률효과를 텍스트형식의 통지를 통하여 지시하였을 것을 전제로 한다. (5) 계약상의 책무를 위반한 경우 보험자가 계약을 해제할 수 있음을 정한 것은 무효이다.

24) Langheid/Wandt, Versicherungsvertragsgesetz, Münchener Kommentar, Bd. 1, München, 2010, S. 1047.

25) BT-Drucks. 16/3945, S. 65.

26) Referentenentwurf Begründung, S. 51.

27) Halm/Engelbrecht/Krahe, Versicherungsrecht, Handbuch des Fachanwalts, 3. Aufl., Köln, 2008, Rdn. 791.

계약자의 권리를 침해하지 않도록 하기 위하여 보험자는 알려줄 때에 이미 한 질문에 대하여도 적용이 된다는 점을 분명하게 밝혀주어야 한다.

2) 별도의 통지

“별도의”라는 징표는 법률초안 단계에서 처음으로 도입되었다. 어떠한 이유로 별도의 통지를 요구하게 되었는지 그리고 그것을 어떻게 이해하여야 하는지는 입법이유서에서는 찾을 수가 없다.²⁸⁾ “별도의”라는 것은 한편으로는 통지가 독자적인 서류(Urkunde)에서 행하여야 하여 한다²⁹⁾는 점을 의미하고³⁰⁾ 또 다른 한편으로는 분명한 강조가 이루어져야 한다는 점을 의미한다.³¹⁾ 알려주는 것이 일종의 경고기능을 한다는 점, 그리고 보험계약자는 보험계약법 개정이후에 많은 정보를 받게 된다는 점을 고려하면 별도의 서면(Schriftstück)을 요하지는 않는다는 점은 자명하다. 조망이라는 견지에서 명백한 지시를 하여주는 것도 경고기능을 충족한다. 그리고 그러한 지시가 별도의 종이, 교부하는 약관 속에서, 보험증권 상에서, 정보제공, 상담종이에 묻혀 사라지는 것을 명백한 지시를 통하여 피할 수 있다. 경고기능은 통지를 질문하는 것 바로 곁에서 하여 보험계약자가 바로 눈에 띄게 하면 가장 잘 수행하게 될 것이다.³²⁾ 그렇지 않으면 보험계약자는 정보상으로 과보호 받을 염려가 있다.

3) 텍스트형식

텍스트형식은 독일 민법 제126b조의 개념에 상응하는 것이다. 보험자는 청약 질문을 텍스트형식으로 하도록 되어 있으므로 그것을 고지의무 알려줌과 결부시키는 것이 권장되고 있다.

4) 고지의무위반 효과의 다양성

고지의무위반의 효과를 알려줄 경우에 고지의무위반의 모든 효과를 적시하여야 한다. 법률조문을 단순히 반복하여주는 것은 이 요건을 충족시키지 못한다.³³⁾

28) BT-Drucks. 16/3945, S. 65.

29) OLG Hamm, VersR 1996, S. 829.

30) Funck, VersR 2008, S. 166; Reusch, VersR 2007, S. 1320.

31) Marlow/Spuhl, S. 54; Grote/Schneider, BB 2007, S. 2692.

32) Versicherungsrechts-Handbuch/Knappmann, Rdn. 8.

그렇지 않았다면 입법자는 통지의무를 입법으로 굳이 규정하지 않았을 것이고 오히려 지시나 참조만 하도록 하는 것으로 충분하다고 하였을 것이다. 알려줄 의무의 이행을 통하여 보험자는 보험계약자로 하여금 고지의무위반이 어떠한 법적 효과를 가져올지를 분명하게 인식하도록 하여야 한다. 독일 보험계약법 제19조의 법적 효과시스템이 2007년 개정 이후에 대폭적으로 개정되었다. 그리고 과책의 정도와 인과관계의 문제에 따라 다단계로 구성되어 있다. 따라서 고지의무위반효과를 알려줌을 통하여 이렇게 복잡한 내용을 어떻게 보험계약자에게 이해하도록 할 것인가가 과제이다.

법률전문가도 이해하기 쉽지 않은 것을 짧은 말로 설명하기는 쉽지 않을 것이라는 전망도 있다. 그에 따르면 독일 보험계약법 제19조의 다단계화된 내용을 설명하다보면 명확화보다는 혼란을 초래하게 될 것이라는 주장이 바로 그에 속한다. 따라서 고지의무위반의 효과를 알려주는 것은 해제, 해지 및 계약조정에 대한 법적 효과를 짧게 설명하는 것으로 족하다고 한다. 그런데 독일에서는 다수의 견해는 법률의 문언에 따르면 독일 보험계약법 제19조 제2항 내지 제4항의 권리를 제한 없이 지시하고 있으므로 알려줌은 포괄적으로 행하여져야 한다. 고지의무위반의 모든 효과를 알려주어야 한다. 그리고 그것도 과실의 정도와 계약 체결을 방해하는 사정 또는 그를 변경하는 사정을 고려하여 복잡한 경과를 알려주어야 한다고 보고 있다.³⁴⁾ 이러한 점에서 흠결 없는 알려줌을 위하여 독일에서는 고지의무의 의미를 우선 알려주고 보험보호 상실 가능성을 알려주어야 한다고 보고 있다. 그리고 이어서 다양한 법적 효과를 알려주는 방식을 취할 것을 권고하고 있다.³⁵⁾

2. 독일 법제의 평가

독일의 경우는 고지의무를 매우 다양하게 규정을 하였다. 그리고 수동적 답변 의무화도 규정을 하였다. 또한 고지의무 위반의 효과를 별도로 알려줄 것은 요구

33) Versicherungsrechts-Handbuch/Knappmann, Rdn. 9.

34) Bruck/Möller, Versicherungsvertragsgesetz, Bd. 1, 9. Aufl., Berlin, 2008, Rdn. 116; Versicherungsrechts-Handbuch/Knappmann, Rdn. 9.

35) Langheid/Wandt, Versicherungsvertragsgesetz, Münchener Kommentar, Bd. 1, München, 2010, S. 1048.

하고 있다. 이때 별도로 알려 주라는 것은 한편으로는 통지가 독자적인 서류에서 행해야 저야 한다는 점을 의미하고 또 분명한 강조가 이루어져야 한다는 점을 의미한다. 알려주는 것이 일종의 경고기능을 한다는 것을 고려하여 강조하여야 한다는 취지이다. 알려주는 것은 포괄적으로 행하여져야 하기에 고지의무위반의 모든 효과를 알려주어야 한다. 그리고 그것도 과실의 정도와 계약체결을 방해하는 사정 또는 그를 변경하는 사정을 고려하여 여러 경과를 알려주어야 한다. 따라서 하자 없이 알려줄 의무를 이행하기 위하여 독일에서는 고지의무의 의미를 우선 알려주고 보험보호 상실 가능성을 알려주어야 한다고 보고 있다. 이어서 다양한 법적 효과를 알려줄 것을 실무계가 권장하고 있는 것이다. 알려줄 의무를 이행하기 위해 별도의 서면을 요하지는 않는다고 보고 있다. 위반효과 조망이라는 견지에서 명백한 지시를 하여주는 것도 경고기능을 충족하게 된다. 그리고 그러한 지시를 해줌으로써 고지의무 운용이 약관 속에서, 보험증권 상에서, 정보제공이나 상담종이에 묻혀 사라지는 것을 피할 수 있다. 보험계약자への 경고기능을 위해 고지의무의 이행을 위한 질문을 하는 바로 곁에서 하여 보험계약자가 바로 눈에 띄게 하면 가장 잘 수행할 수 있다고 독일에서는 평가하고 있다.

V. 분석과 검토

1. 대법원의 약관설명 의무의 대상

(1) 법규반복약관의 설명 의무 대상 여부

우리 대법원 판례는 보험약관에 대한 명시·설명 의무의 근거는 보험계약자가 알지 못하는 가운데 약관에 정하여진 중요한 사항이 계약 내용으로 되어 보험계약자가 예측하지 못한 불이익을 받게 되는 것을 피하고자 하는 데 그 근거가 있으므로,³⁶⁾ 보험약관에 정하여진 사항이라고 하더라도 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항이거나 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사

36) 지원림, 「민법강의」, 제7판, 홍문사, 2009, 1231쪽.

항³⁷⁾에 대하여서는 보험자에게 명시·설명 의무가 인정된다고 할 수 없다는 입장이다. 또 보험계약자나 그 대리인이 이미 약관의 내용을 충분히 잘 알고 있는 경우에는 보험자로서는 보험계약자 또는 그 대리인에게 약관의 내용을 따로 설명할 필요가 없다고 한다.³⁸⁾ 그러면 고지의무는 어떠한지가 문제된다. 상법 제651조, 제655조에서는 고지의무와 그 위반의 효과를 규정한다. 이를 약관에서 단순히 반복하는 경우에는 설명의무의 대상이 아니라고 할 것이다.

(2) 고지의무 규정 약관의 설명의무 대상여부

고지의무에 대한 약관내용을 설명하여야 하는지는 완전히 일의적으로 판단하여서는 아니된다. 고지의무사항이 반드시 설명의무가 있는 중요한 사항은 아니고 각 사안별로 개별적 판단을 요한다.³⁹⁾ 이와 관련하여 상법에 고지의무에 대한 규정이 있더라도 고지의무의 내용을 보다 더 세부적으로 규정하는 약관의 경우는 일응 설명의무의 대상이 된다고 보아야 한다. 이에 과거 주운전자고지제도가 있을 때에는 주운전자 고지의 의미를 따로 설명하여 주어야 한다고 대법원이 보았었다.⁴⁰⁾

2. 비교대상으로서의 통지의무

상법 제652조에 의하면 위험변경증가를 통지하도록 하고 있다 그런데 보험가입 후 직업 변경된 경우 통지할 의무와 관련하여 과연 보험자의 약관설명 의무의 대상이 되는지 문제된다. 그런데 대학생이 보험가입 이후 방송장비운송업으로 직업이 변경된 경우 직업변경의 통지의무를 별도로 설명하여 주어야 한다고 대법원이 판시한 것⁴¹⁾이 있다.

37) 법규를 단순히 반복하는 약관은 약관내용규제의 대상이 되지 아니한다. 이에 대하여는 이은영, 「약관규제법」, 박영사, 1994, 29쪽 참조.

38) 대법원 2004. 11. 25. 선고 2004다28245 판결 등.

39) 동지: 이준교·정찬목, 「판례를 통하여 배우는 보험이론 및 분쟁실무」, 보험연수원, 2017, 11쪽.

40) 이에 대하여는 특히 이상남, 「보험모집규제론」, 마인드맵, 2017, 214쪽 참조. 한편 고지방해의 경우에도 고지의무 위반을 이유로 해지권을 인정하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다.

41) 대법원 2014.7.24. 선고 2013다217108 판결. 상법 제652조 제1항은 “보험기간 중에 보험계약자 또는 피보험자가 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실을 안 때에는 지체 없이 보험자에게 통지하여야 한다.”고 규정하고 있다. 여기서 ‘사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가

3. 대상 판결의 사안의 경우

이 글에서 검토의 대상으로 삼은 고등법원의 사건에서 해당 약관에는 '피보험자가 오토바이를 주기적으로 사용하는 경우 특별약관을 부가하고 보험인수가 이뤄진다는 내용이 규정되어 있었다. 그리고 피보험자가 오토바이를 타고 있었고 보험설계사도 그 사실을 알고 있었을 경우 고지의무와 관련하여 어느 정도로 설명을 해주어야 하는 점이 문제로 되었다. 보험가입시 보험계약자는 오토바이 부보장(不保障)을 체크하지 않은 상황이었다. 서울고등법원은 구체적으로 어떤 사항이 고지의무 대상이 되는지는 각 보험계약의 내용과 관계에서 개별적으로 정해지는 것이어서 보험계약자가 이를 당연히 알고 있다고 보기는 어렵다는 입장을 취하였다. 그에 따라 보험금을 지급하여야 한다고 판시하였다. 고지의무와 그 위반의 효과는 상법 제651조와 제655조에 규정되어 있다. 대법원은 단순히 법규를 반복하는 약관은 설명의무의 대상이 아니라고 보고 있다. 그런데 고지의무의 내용을 이루는 사항을 구체적으로 살펴 설명의 대상이 되는지 여부를 차등화 하여 보아야 한다. 비교법적으로도 독일이 2007년 보험계약법 개정시 고지의무위반의 효과를 별도로 알려주어야 고지의무위반으로 인한 해지나 해제가 가능함을 규정을 하고 있다. 따라서 서울고등법원의 판단은 타당하다고 볼 수 있다. 오토바이 운전을 하는 경우에 특별약관을 통하여 보장하는 경우 보험설계사가 피보험자의 오토바이 운전을 알고 있었다면 오토바이 운전 관련 고지의무의 의미와 내용을 별도로 설명하여 주었어야 한다고 보아야 하기 때문이다.

된 사실이란 그 변경 또는 증가된 위험이 보험계약의 체결 당시에 존재하고 있었다면 보험자가 계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 그 보험료로는 보험을 인수하지 아니하였을 것으로 인정되는 사실을 말하고대법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결, 대법원 2004. 6. 11. 선고 2003다18494 판결 등 참조), '사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실을 안 때란 사고발생의 위험과 관련된 특정한 상태의 변경이 있음을 아는 것만으로는 부족하고 그 상태의 변경이 사고발생 위험의 현저한 변경·증가에 해당된다는 것까지 안 때를 의미한다고 할 것이다(이 사건 약관조항에 대한 보험자의 명시·설명 의무를 부정하고 보험계약자 또는 피보험자가 피보험자의 직업이 대학생에서 방송장비대여업으로 변경된 사실을 통지하지 아니한 것이 상법 제652조 제1항의 통지의무를 위반한 것이라고 판단한 원심을 파기환송한 사안). 이 사건의 환송심판결(대구지방법원 2015.5.21. 선고 2014나303035 판결): 고객이 직업변경을 보험회사에 알리지 않아도 된다는 것이 아니라, 보험회사가 계약체결시에 고객에게 앞으로 직업이 바뀌면 보험회사에 알리도록 설명해주지 않았다면 고객이 직업변경을 통지하지 않더라도 이를 이유로 보험금지급을 거절할 수 없다.

VI. 맺음말

오늘날 민영보험제도는 국가가 운용하는 사회보장에서 더 나아가 국민들의 복지의 한 축을 담당하고 있다. 불의의 사고를 당한 경우에도 보험보장을 통하여 재기할 수 있고 경제적인 어려움으로부터 벗어날 수 있다는 장점을 제공하기 때문이다. 그런데 보험제도에서 핵심을 이루는 이론이 바로 고지의무이다. 고지의무를 제대로 이행하는 것이 보험계약자와 피보험자를 위하여 대단히 중요하다. 왜냐하면 그 여부에 따라서 보험급부를 받을 수도 있고 못 받을 수도 있기 때문이다. 고지의무를 이행하기 위하여 보험자의 설명의무이행이 전제가 되는지가 문제된다. 일반론적으로는 법률에 규정이 된 내용을 단순히 반복하는 약관은 설명을 해줄 필요가 없다. 그러나 고지의무의 세부내용은 차등화 하여 보아야 한다. 단순히 일반적인 고지의무이행의 경우는 해당 약관을 굳이 설명하지 않아도 약관대로 처리가 가능하다. 하지만 급부의 전제로서 고지의무이행의 세분화가 전제될 경우에는 그 내용을 상세히 설명해주어야 고지의무위반의 제재를 가할 수 있다고 보아야 한다. 피보험자가 오토바이를 타고 있었고 보험설계사도 그 사실을 알고 있었던 경우, 오토바이 운전 고지의무와 관련하여 어느 정도로 설명을 해주어야 하는 점이 문제로 되었다. 보험가입시 보험계약자는 오토바이는 보장이 되지 않은 것으로 체크하지 않은 상황이었다. 그러한 경우에는 구체적으로 어떤 사항이 고지의무 대상이 되는지를 보다 더 상세히 설명해주어야 한다. 즉 설명의무의 대상과 범위는 각 보험계약의 내용과 관계에서 개별적으로 정해지는 것이어서 보험계약자가 이를 당연히 알고 있다고 보기는 어렵다고 보아야 하기 때문이다. 고지의무의 내용이 법률에 규정되어 있고 그를 반복하는 약관이라고 하더라도 고지의무는 보험법상 중요한 위치를 차지하므로 구체적으로 그 의미와 위반의 효과를 보험자가 알려주는 조치가 필요하다고 본다. 이러한 맥락에서 앞으로 고지의무의 세부 내용별로 설명의 대상이 되는 내용을 유형화하여 예측가능성을 부여하도록 노력하여야 한다. 이는 판례의 집적을 통하여 이루어질 수 있다. 그 과정에서 외국의 판례에 대하여도 연구를 같이 진행하여야 한다.

참고문헌

<국내문헌>

- 김명수, 「보험판례개관」, 법문사, 2013
- 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001
- 김은경, “보험계약법상 고지의무 및 설명의무에 대한 비교법적 고찰,” 「경영법률」 제19권 제2호, 2009
- 김은경, 「보험계약법」, 보험연수원, 2016
- 박세민, 「보험법」, 제4판, 박영사, 2017
- 박수영·박강익, “고지의무에 관한 고찰,” 「법학연구」 제24호, 2006
- 보험경영연구회, 「보험론」, 문영사, 2005
- 송옥렬, 「상법강의」 제6판, 홍문사, 2016
- 양승규, 「보험법」 제5판, 삼지원, 2005
- 유선미·김선정, “고지의무 위반시 보험자의 해지권 불행사와 손해방지의무 위반- 대법원 2016. 1. 14. 선고 2015다6302 판결 -, ” 「경영법률」 제27권 제1호, 2016
- 유주선, 「보험법」, 청목출판사, 2013
- 이기수·유진희, 「경제법」, 제9판, 2012
- 이기수·최병규·김인현, 「보험·해상법」 제9판, 박영사, 2015
- 이상남, 「보험모집규제론」, 마인드맵, 2017
- 이은영, 「약관규제법」, 박영사, 1994
- 이준교·정찬목, 「판례를 통하여 배우는 보험이론 및 분쟁실무」, 보험연수원, 2017
- 이필규·최병규·김은경, 「2009년 독일 보험계약법(VVG)」, 세창출판사, 2009
- 장덕조, “고지의무위반의 요건에 관한 최근 판례의 연구,” 「금융법연구」 제9권 제2호, 2012
- 장덕조, 「보험법」 제4판, 법문사, 2018
- 정상근, 「보험계약법」, 도서출판 좋은땅, 2006
- 정찬형, 「상법강의(하)」 제17판, 박영사, 2015

- 채이식, 「상법강의(하)」 개정판, 박영사, 2003
- 최기원, 「보험법」 제3판, 박영사, 2002
- 최정식, 「보험·해상법」, 삼영사, 2014
- 최준선, 「보험·해상·항공운송법」, 제9판, 삼영사, 2015
- 한기정, 「보험법」, 박영사, 2017
- 한창희, “고지의무의 입법적 연혁과 최근동향,” 「상사법연구」 제28권 제4호, 2010
- 한창희, 「보험법」, 개정3판, 국민대학교 출판부, 2017

<외국문헌>

- Bruck/Möller, Versicherungsvertragsgesetz, Bd. 1, 9. Aufl., Berlin, 2008
- Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts- Handbuch, 3. Aufl., München, 2015
- Halm/Engelbrecht/Krahe, Versicherungsrecht, Handbuch des Fachanwalts, 3. Aufl., Köln, 2008
- Honsel, Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 1999
- Langheid/Wandt, Versicherungsvertragsgesetz, Münchener Kommentar, Bd. 1, München, 2010
- Looschelders/Pohlmann, Versicherungsvertragsgesetz, Köln, 2010
- Pröls/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 28. Aufl., München, 2010
- Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz, 4. Aufl., München, 2014

<Abstract>

**A study on correlation between violation of
disclosure duty and explanation duty
- focused on the critical notes about the case of Seoul High
Court 2017Na2035357 -**

Choi, Byeong Gyu

Today, the private insurance system is taking an even more important role in the welfare of the people than in the state-run social security. This is because, even in case of unexpected accidents, it can be recovered through insurance guarantee and it is possible to escape economic difficulties. However, the core of the insurance system is the highland duty. It is very important for policy holders and insured to properly fulfill their obligation obligations. This is because you may or may not be able to get insurance benefits depending on whether you are there. There is a relationship between violation of obligation and explanatory duty. The Supreme Court of Korea has said that the terms repeating the provisions of the law are not subject to the obligation to explain the terms. However, the contents of the obligation are stipulated in Articles 651 and 655 of the Commercial Act. It is a question whether the repeating terms are subject to the obligation to explain the terms. It is the study to distinguish whether the content of the obligation is repeated as it is, and whether there is any special content to specify its contents. In the case of the Supreme Court, the relevant provisions stipulated that "when the insured uses the motorcycle on a regular basis, the special conditions are added and the insurance is taken." The problem was that the insured person was on a motorcycle and the insurance planner knew about it. At the time of insurance, the policyholder did not check that the motorcycle is not covered by insurance. The Seoul High Court considered that it is difficult for the policyholder to know that what they are subject to notice is individually determined in relation to the contents of each

insurance contract. And accordingly the insurance payment should be paid. The disclosure obligation and the effect of the breach are laid down in Articles 651 and 655 of the Commercial Act. The Supreme Court sees that simply repeating the statute is not subject to explanation. However, it is necessary to differentiate the subject matter of the obligation to see whether it is the object of explanation in detail. As a comparative law, it is stipulated that the effect of the breach of obligation in the revision of the insurance contract law in 2007 is to be annulled or canceled due to violation of obligation. Therefore, the Seoul High Court's judgment is reasonable. In the future, the details of the obligation should be endowed with predictability by typing the contents to be explained. This can be done directly through the case. In the process, it should proceed with the study of foreign precedents.

Key Words : duty of disclosure, explanation duty, correlation, legal regulation repeating clause, notice duty of occupation change, differentiation of explanation objects

