

# 비교법적 분석을 통한 상법상 고지의무 위반의 법적 효과에 관한 개선 방안 연구\*

김 상 기\*\*

<차례> \_\_\_\_\_

- |                         |                  |
|-------------------------|------------------|
| I. 들어가는 말               | IV. 개선 방안(입법 방향) |
| II. 고지의무 제도에 대한 일반론     | V. 맺는 말          |
| III. 법적 효과에 관한 주요국의 입법례 |                  |
- 

주제어 : 고지의무, 보험계약조정, 알릴의무, 인수기준, 계약조건변경, 인수거절, 비례보상, 전부전무방식, 소비자보호, 상법제655조

<국문초록> 고지의무 제도는 보험자가 보험계약자 측이 보유하고 있는 정보를 기술적으로 용이하게 확보하도록 함으로써 보험자와 보험계약자측 간의 정보 불균형을 해소하고, 보험 단체의 동질성과 보험계약자 간 형평성을 유지하기 위한 중요한 법적 장치라고 할 수 있다. 고지의무 제도가 제대로 작동되게 하기 위해서는 도덕적 위험(moral risk)을 방지하고 보험단체에 악의의 보험계약자 유입을 차단한다는 측면에서 고지의무를 위반한 보험계약자 측에게 일정한 불이익을 주는 것이 불가피한 선택이라 할 수 있다. 그러나 그 불이익의 정도가 일반적인 민사관계에서 예상하기 어렵거나 감내하기 어려운 수준에 이른 경우에는 오히려 보험 소비자의 불만과 민원을 야기할 수 있고, 건전한 보험제도 운영에도 걸림돌이 될 수 있다. 이 때문에 고지의무 위반시 그 적절한 불이익 수준과 합리적인 처리 방법을 찾으려는 노력은 매우 중요하다.

보험제도 도입 초창기에는 정보통신기술 수준과 정보 추적 및 전달이 지금처럼 원활하지 않았기 때문에 보험자는 보험계약 체결 단계에서 보험계약자 측이 제공하는 정보에 전적으로 의존할 수밖에 없었다. 보험사고가 발생한 이후에도 보험계약자 측이 은폐한 정보를 찾아내고 확인하는 것이 쉽지 않았기 때문에 사후 발각된 사실을 통해서라도 제재적 불이익을 주는 것이 일반 예방적 차원에서 필요했다고 볼 수 있다. 하지만 고지의무 제도는 정보통신 과학기술의 발달, 정보추적 관련 제도의 구축, 국민의 의식 수준과 시대적 배경 등에 따

\* 본 논문의 내용은 저자 개인의 학문적 견해이며 소속 기관의 입장과는 무관합니다.

\*\* 금융감독원 부국장, 연세대학교 법학전문대학원 박사과정.

- 논문접수일(2021.06.07), 심사개시일(2021.06.10), 게재확정일(2021.06.22)

라 달라질 수 있다. 오늘날 각국의 고지의무 위반 제도는 영국이 보험제도 초창기인 18-19 세기에 걸쳐 보험계약자 측의 이기적인 행동으로부터 보험자를 보호하기 위한 사회 분위기 속에서 형성된 판례법을 1906년 해상보험법(Marine Insurance Act)으로 성문화하면서 고착화 되었다고 볼 수 있다. 이러한 이유로 인하여 그동안 고지의무 위반에 따른 법적 효과가 보험 계약자 측에게 과도하게 가혹하다는 비난을 국내외 학계 등으로부터 받아 왔고, 이미 프랑스는 1989년(Le Code des Assurances), 독일은 2007년(VVG), 영국은 2012년(Consumer Insurance Act 2012)과 2015년(Insurance Act 2015)에 각각 고지의무 위반에 따른 제재적 효과를 완화 함으로써 보험소비를 보호하는 방향으로 제도를 개선하였다.

우리나라는 현재 정보통신 기술 수준과 정보의 축적, 그리고 유통 등에서 세계적인 수준 이라고 할 수 있고, 각종 매체 등을 통하여 실시간으로 방대하고 상세한 정보가 축적·유통되고 있다. 예를 들면 민감한 개인의 질병 관련 정보조차도 병원 진료기록, 정기적인 건강검진 기록 등을 통해 세세하게 전자매체에 저장되어 관리·보존되고 있으며, 보험자는 보험사고 발생시 보험계약자 측의 동의를 받게 되면 병원 진료기록, 건강검진 기록과 다른 보험자가 처리한 보험사고 기록 등을 자세히 살펴볼 수 있고, 고지의무 위반 여부를 용이하게 적발해 낼 수 있게 되었다. 따라서 이제는 보험계약자 측이 더 이상 숨을 공간은 거의 사라졌다 해도 과언이 아니다. 그럼에도 불구하고 고지의무 위반시 사후적으로 해당 보험계약을 전부 해지 하고 보험금을 전부 면책하는 제재적 제도를 계속 유지하는 것이 과연 오늘날의 금융소비자 보호 취지에 걸맞은 것인지 의문을 제기하지 않을 수 없다.

그동안 선행연구를 통하여 각국의 관련법 개정 동향 등이 국내에 지속적으로 소개되고 있으나, 고지의무 위반의 법적 효과에 대한 구체적인 입법화 방향에 대해서는 합일점을 찾지 못하고 있다. 이에 본고에서는 고지의무 위반시 법적 효과, 특히 고지의무 위반 계약의 처리 및 보험금 지급방법 등을 중심으로 주요국의 입법례 등을 개괄적으로 살펴보고, 현행 우리 상법상의 문제점과 우리나라의 실정에 적합한 개선 방안(입법 방향) 등을 제시해 보고자 한다. 아울러 현행 상법이 고지의무 위반사실과 보험사고와의 인과관계가 없는 경우에는 보험금을 전액 지급하도록 함에 따라 오히려 선의의 다른 보험계약자에 비하여 고지의무 위반자를 과보호하는 문제에 대해서도 함께 살펴보고자 한다.

## I. 들어가는 말

고지의무(Duty of disclosure, Disclosure and Representation) 제도는 보험자가 보험계약자 측이 보유하고 있는 정보를 기술적으로 용이하게 확보하도록 함으로써 보험자와 보험계약자 측 간의 정보 불균형을 해소하고, 보험단체의 동질성과 보험계약자 간 형평성을 유지하기 위한 중요한 법적 장치라고 할 수 있다. 고지의무

제도가 제대로 작동되게 하기 위해서는 도덕적 위험(moral risk)을 방지하고 보험 단체에 악의의 보험계약자 유입을 차단한다는 측면에서 고지의무를 위반한 보험 계약자 측에게 일정한 불이익을 주는 것이 불가피한 선택이라 할 수 있다. 그러나 그 불이익의 정도가 일반적인 민사관계에서 예상하기 어렵거나 감내하기 어려운 수준에 이른 경우에는 오히려 보험소비자의 불만과 민원<sup>1)</sup>을 야기할 수 있고, 전전한 보험제도 운영에도 걸림돌이 될 수 있다. 이 때문에 고지의무 위반시 그 적정한 불이익 수준과 합리적인 처리 방법을 찾으려는 노력은 매우 중요하다.

보험제도 도입 초창기에는 정보통신기술 수준과 정보 축적 및 전달이 지금처럼 원활하지 않았기 때문에 보험자는 보험계약 체결 단계에서 보험계약자 측이 제공하는 정보에 전적으로 의존할 수밖에 없었다. 보험사고가 발생한 이후에도 보험계약자 측이 은폐한 정보를 찾아내고 확인하는 것이 쉽지 않았기 때문에 사후 발각된 사실을 통해서라도 제재적 불이익을 주는 것이 일반 예방적 차원에서도 필요했다고 볼 수 있다. 하지만 고지의무 제도는 정보통신 과학기술의 발달, 정보축적 관련 제도의 구축, 국민의 의식 수준과 시대적 배경 등에 따라 달라질 수 있다. 오늘날 각국의 고지의무 위반 제도는 영국이 보험제도 초창기인 18-19 세기에 걸쳐 보험계약자 측의 이기적인 행동으로부터 보험자를 보호하기 위한 사회 분위기 속에서 형성된 판례법을 1906년 해상보험법(Marine Insurance Act)으로 성문화하면서 고착화되었다고 볼 수 있다.<sup>2)</sup> 이러한 이유로 인하여 그동안 고지의무 위반에 따른 법적 효과가 보험계약자 측에게 과도하게 가혹하다는 비난을 국내외 학계 등으로부터 받아 왔고, 이미 프랑스는 1989년(Le Code des Assurance), 독일은 2007년(VVG), 영국은 2012년(Consumer Insurance Act 2012)과 2015년(Insurance Act 2015)에 각각 고지의무 위반에 따른 제재적 효과를 완화함으로써 보험소비자를 보호하는 방향으로 제도를 개선하였다.

우리나라는 현재 정보통신 기술 수준과 정보의 축적, 그리고 유통 등에서 세계적인 수준이라고 할 수 있고, 각종 매체 등을 통하여 실시간으로 방대하고 상세

1) 고지 및 통지의무 관련 금융감독원 접수 민원분쟁 건수는 2019년 1,616건, 2020년 1,678건에 달한다(금융감독원, “2020년도 금융민원 및 금융상담 동향”, 보도자료, 2021. 4. 7.). 동 통계는 금융감독원 접수 기준이기 때문에 보험회사 자체 민원 접수건을 합하면 이보다 훨씬 많을 것으로 추정됨.  
 2) 中出哲, “イギリス保険契約法の改正とわが國への示唆”, 『保険學雜誌』 第637号, 日本保險學會, 2017, 32頁; Rob Merkin/Özlem Gürses, “The Insurance Act 2015: Rebalancing the Interests of Insurer and Assured”, *Modern law review*, Volume 78, Issue 6, 2015. 11., pp.1004-1005.

한 정보가 축적·유통되고 있다. 예를 들면 민감한 개인의 질병 관련 정보조차도 병원 진료기록, 정기적인 건강검진 기록 등을 통해 세세하게 전자매체에 저장되어 관리·보존되고 있으며, 보험자는 보험사고 발생시 보험계약자 측의 동의를 받게 되면 병원 진료기록, 건강검진 기록과 다른 보험자가 처리한 보험사고 기록 등을 자세히 살펴볼 수 있고, 고지의무 위반 여부를 용이하게 적발해 낼 수 있게 되었다. 따라서 이제는 보험계약자 측이 더 이상 숨을 공간은 거의 사라졌다 해도 과언이 아니다. 그럼에도 불구하고 고지의무 위반시 사후적으로 해당 보험계약을 전부 해지하고 보험금을 전부 면책하는 제재적 제도를 계속 유지하는 것이 과연 오늘날의 금융소비자 보호 취지에 걸맞은 것인지 의문을 제기하지 않을 수 없다.

그동안 선행연구를 통하여 각국의 관련법 개정 동향 등이 국내에 지속적으로 소개되고 있으나, 고지의무 위반의 법적 효과에 대한 구체적인 입법화 방향에 대해서는 합일점을 찾지 못하고 있다. 이에 본고에서는 고지의무 위반시 법적 효과, 특히 고지의무 위반 계약의 처리 및 보험금 지급방법 등을 중심으로 주요국의 입법례 등을 개괄적으로 살펴보고, 현행 우리 상법상의 문제점과 우리나라의 실정에 적합한 개선 방안(입법 방향) 등을 제시해 보고자 한다. 아울러 현행 상법이 고지의무 위반사실과 보험사고와의 인과관계가 없는 경우에는 보험금을 전액 지급하도록 함에 따라 오히려 선의의 다른 보험계약자에 비하여 고지의무 위반자를 과보호하는 문제에 대해서도 함께 살펴보고자 한다.

## II. 고지의무 제도에 대한 일반론

### 1. 의의 및 법적 성질

상법 제651조에 의하면 보험계약 당시에 보험계약자 또는 피보험자는 보험자에게 중요한 사항을 고지해야 할 법적 의무를 지게 되는데 이를 고지의무라 한다. 고지의무 제도는 보험계약에 있어서 보험계약자의 역선택(adverse selection) 문제를 해결하기 위하여 상법이 계약법상의 일반 원리를 수정하여 특별히 인정한 법리라 할 수 있다.<sup>3)</sup>

고지의무의 이론적 근거로는 보험계약이 최대선의에 기초한 특별한 계약이기 때문이라는 최대선의설, 보험사업의 경제적 특수성에 기초한 위험공동체설, 기술적기초설 등이라는 주장이 있으나, 보험자가 위험의 크기를 정확하게 측정하여 보험금에 대응하는 보험료를 균형적으로 산출할 수 있도록 보험계약자 측이 알고 있는 정보를 보험자에게 제공하도록 요구하는 특수한 제도라는 측면에서 위험측정설 내지는 기술설이 통설판례로 받아들여지고 있다.<sup>4)</sup> 그 법적 성질은 고지의무 위반시 보험자가 보험계약을 해지할 수 있을 뿐이고, 보험계약자 등에게 그 의무이행을 강제하거나 불이행으로 손해배상을 청구할 수는 없다는 점에서 간접의무라고 하는 것이 통설이다.<sup>5)</sup>

## 2. 고지의무의 내용

고지의무를 지는 자는 보험계약자와 피보험자이며 고지의 상대방은 보험자이다(상법 제651조). 고지할 사항은 보험계약에서 중요한 사항을 말하며, 여기서 ‘중요한 사항(material facts)’은 보험자가 그 사실을 알았다라면 계약체결을 거절하였을 사실과 보험자가 계약조건을 변경하였을 사실이라는 이른바 결정적 영향설(decisive influence)이 통설이다.<sup>6)</sup> 판례도 이와 같은 견지에서 보험자가 보험사 고의 발생과 그로 인한 책임부담의 개연율을 측정하여 보험계약의 체결 여부 또는 보험료나 특별한 면책조항의 부가와 같은 보험계약의 내용을 결정하기 위한 표준이 되는 사항으로서 객관적으로 보험자가 그 사실을 안다면 그 계약을 체결

3) 송옥렬, 「상법강의」 제11판, 홍문사, 2021, 257면; 양승규, 「보험법」 제5판, 삼지원, 2004, 116면.  
 4) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2013다91405, 91412 판결 등; 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001, 209면; 송옥렬, 위의 책, 258면; 양승규, 위의 책, 117면; 장덕조, 「보험법」 제5판, 법문사, 2020, 124면; 최기원, 「보험법」 제3판, 박영사, 2002, 148-57면; 한기정, 「보험법」, 박영사, 2017, 192면; 한창희, 「보험법」 제4판, 국민대학교 출판부, 2019, 205면; Kevin X. Li/Yulan Wang/Owen Tang/Jie Min, “Disclosure in insurance law: a comparative analysis”, *European Journal of Law and Economics*, Volume 41, Issue 2, 2016. 4., p.355 참조.  
 5) 김성태, 위의 책, 210면; 양승규, 위의 책, 116면; 장덕조, 위의 책, 125면; 최기원, 위의 책, 147-148면; 한기정, 위의 책, 194면; 김은경, “개정 독일보험계약법상 고지의무에 대한 고찰”, 「경희법학」 제44권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2009, 342면.  
 6) 장덕조, 위의 책, 127-128면; 한기정, 위의 책, 204-205면; 小林道生, “告知義務違反の効果とプロラタ主義”, 「保険學雜誌」第607号, 日本保險學會, 2009, 52頁 參照; Henrik Lando, “Optimal rules of negligent misrepresentation in insurance contract law”, *International review of law and economics*, Volume 46, 2016.6., p.71.

하지 아니하든가 또는 적어도 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 아니하리라고 생각되는 사항을 말하고, 어떠한 사실이 이에 해당하는가는 보험의 종류에 따라 달라질 수밖에 없는 사실인정의 문제로서 보험의 기술에 비추어 객관적으로 관찰하여 판단되어야 하는 것이나, 보험자가 서면으로 질문한 사항은 보험계약에 있어서 중요한 사항에 해당하는 것으로 추정된다고 판시하고 있다.<sup>7)</sup>

상법 제651조는 중요한 사항에 대하여 보험자의 질문 여부와 무관하게 자발적으로 고지해야 할 의무(이하, ‘자발적 고지의무’라 함)로 해석될 여지가 있으나,<sup>8)</sup> 실무적으로 통용되고 있는 금융감독원이 정한 표준약관(생명보험)에 의하면 계약자 또는 피보험자는 청약할 때 청약서에서 질문한 사항에 대하여 알고 있는 사실을 반드시 사실대로 알려야 하고(제13조), 동 약관 제13조에도 불구하고 고의 또는 중대한 과실로 중요한 사항에 대하여 사실과 다르게 알린 경우에는 계약을 해지하거나 보장을 제한할 수 있다(제14조)라고 정하고 있기 때문에 표준약관을 따르고 있는 보험계약에 있어서는 사실상 보험자가 질문한 사항에 대한 답변(이하, ‘응답적 고지의무’라 함)만으로 충분하다고 보아야 한다.

### 3. 고지의무 위반의 요건

고지의무는 보험계약의 성립 시까지 이행하여야 하고, 고지의무 위반 여부는 보험계약 성립 시를 기준으로 판단한다.<sup>9)</sup> 고지의무 위반의 객관적 요건으로는 중요한 사항에 대한 불고지 또는 부실고지가 있어야 하고, 주관적 요건으로는 고의 또는 중대한 과실이 존재하여야 한다. 여기서 ‘불고지’란 알면서도 알리지 아니하는 묵비(Nichtanzeige, concealment)를 말하고 ‘부실고지’란 사실과 다르게 말하는 거짓 진술(Falschanzeige, misrepresentation)을 말한다.<sup>10)</sup> 고지의무가 있는 사항에 대한 고지의무의 존재와 그러한 사항의 존재에 대하여 이를 알고도 고지해야 될 중요한 사항이라는 사실을 고의 또는 중대한 과실로 인하여 고지의무를 다하

7) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2013다91405, 91412 판결 등.

8) 한기정, 앞의 책, 202면.

9) 대법원 2012. 8. 23. 선고 2010다78135, 78142 판결 등; 금융감독원이 정한 표준약관에 의하면 “청약할 때(진단계약의 경우에는 건강진단할 때)” 청약서에 답변하도록 정하고 있다(생명보험 제13조, 화재보험 제15조, 질병·상해보험(손해보험 회사용) 제14조, 실손의료보험 제11조 등 참조).

10) 양승규, 앞의 책, 122면.

지 않은 사실이 증명되어야 하며, 여기서 ‘중대한 과실’이란 고지하여야 할 사실은 알고 있었지만 현저한 부주의로 인하여 그 사실의 중요성의 판단을 잘못하거나 그 사실이 고지하여야 할 중요한 사실이라는 것을 알지 못하는 것을 말한다.<sup>11)</sup> 고지의무가 중요한 사항에 대한 탐지의무까지 요구하는 것은 아니기 때문에 사실 자체를 알지 못한 데에 중과실이 있다는 것만으로는 주관적 요건은 성립되지 않는다.<sup>12)</sup> 그러나 2013년 대법원 판례에서는 “중대한 과실이란 현저한 부주의로 중요한 사항의 존재를 몰랐거나 중요성 판단을 잘못하여 그 사실이 고지하여야 할 중요한 사항임을 알지 못한 것을 의미”한다고 판시함으로써 고지하여야 할 사실 자체를 현저한 부주의로 모른 경우까지 중대한 과실의 범주에 포함시키고 있는 듯하다.<sup>13)</sup> 다만, 동 판결에서 법원은 “피보험자와의 관계 등으로 보아 당연히 알았을 것이라고 보이는 등의 특별한 사정이 없는 한 …(중략)… 적극적으로 확인하여 고지하는 등의 조치를 취하지 아니하였다는 것만으로 바로 중대한 과실이 있다고 할 것은 아니다.”라고 판시함으로써 극히 제한적으로 인정할 사례라고 볼 수 있다.<sup>14)</sup> 생각건대 고지의무가 중요한 사항에 대한 탐지의무까지 요구하는 것은 아니지만 판례와 같이 직업상 또는 피보험자와의 관계 등으로 보아 당연히 알았을 것이라고 보이는 특별한 경우에는 중대한 과실의 범주에 포함시키는 것이 타당하다고 본다.<sup>15)</sup>

고지의무 위반에 대한 증명 책임은 이를 주장하는 보험자측에 있고,<sup>16)</sup> 고지의무 위반사실과 보험사고 발생과의 인과관계가 부존재하다는 점에 관한 증명책임은 보험계약자 측에 있다.<sup>17)</sup> 다만 금융감독원이 정한 표준약관에 의하면 ‘계약 전 알릴 의무를 위반한 사실이 보험금 지급사유 발생에 영향을 미쳤음을 회사가 증명하지 못한 경우에는 해당 보험금을 지급’ 하도록 규정(생명보험 제14조 등) 하고 있기 때문에, 동 표준약관을 따르고 있는 보험계약에 있어서는 사실상 고지의무 위반사실과 보험사고 발생과 인과관계가 존재한다는 점에 대하여도 보험자측

11) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2009다103349, 103356 판결 등.

12) 송옥렬, 앞의 책, 263면; 양승규, 앞의 책, 122면; 최기원, 앞의 책, 161면.

13) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다54631, 54648 판결.

14) 장덕조, 앞의 책, 136면 참조.

15) 양승규, 앞의 책, 122면 참조; 장덕조, 위의 책, 136면 참조; 한기정, 앞의 책, 217면 참조.

16) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다54631, 54648 판결 등.

17) 대법원 1992. 10. 23. 선고 92다28259 판결 등.

에 증명책임이 있다고 보아야 한다.

#### 4. 고지의무 위반의 효과

보험계약자 측이 고지의무를 위반한 경우에는 보험자는 그 사실을 안 날로부터 1월 내에, 계약을 체결한 날로부터 3년 내에 계약을 해지할 수 있다(상법 제 651조).<sup>18)</sup> 보험사고가 발생한 후라도 보험금을 지급할 책임이 없고, 이미 지급한 보험금에 대해서는 그 반환을 청구할 수 있으나(상법 제655조 본문), 고지의무를 위반한 사실이 보험사고 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 경우에는 보험금을 지급할 책임이 있다(상법 제655조 단서). 과거 법원은 고지의무 위반과 보험사고 발생에 인과관계가 없는 경우에는 보험자가 보험금을 지급할 책임뿐만 아니라 해당 보험계약도 해지할 수 없다고 판시하였으나,<sup>19)</sup> 고지의무를 위반한 사실과 보험사고의 발생 사이의 인과관계를 불문하고 고지의무 위반을 이유로 계약을 해지할 수 있는 것으로 판례가 변경되었고,<sup>20)</sup> 이런 맥락에서 2014년 상법 개정시 제655조 단서규정을 명확히 하는 것으로 개정하였다. 상법 제655조 단서규정의 인과관계는 일반적인 법률관계에 있어서 요구하는 상당인과관계를 의미하는 것이 아니라, 보다 완화된 의미의 인과관계를 의미한다고 볼 수 있다. 즉 대법원 판례에 의하면 ‘고지의무 위반 사실과 보험사고 발생과의 인과관계의 존재를 조금이라도 엿볼 수 있는 여지가 있으면 고지의무 위반을 이유로 보험자의 계약해지권을 제한해서는 안된다.’<sup>21)</sup>고 판시하고 있다.

고지의무 위반시 해지권의 법적 성질은 형성권으로 어디까지나 보험자의 권리일 뿐 의무는 아니므로 포기도 가능하나 조건을 붙일 수는 없다.<sup>22)</sup> 우리 상법이 고지의무 위반의 효과로서 보험계약을 당연히 무효로 하지 않고, 보험계약의 해

18) 금융감독원이 정한 표준약관에 의하면 회사가 그 사실을 안 날부터 1개월 이상 지났거나 또는 보장개시일부터 보험금 지급사유가 발생하지 않고 2년(진단계약의 경우 질병에 대하여는 1년)이 지났을 때에는 해지할 수 없도록 규정하고 있다(생명보험 제14조, 질병·상해보험(손해보험 회사용) 제16조, 배상책임보험 제30조 참조).

19) 대법원 1994. 2. 25. 선고 93다52082 판결; 대법원 2001. 1. 5. 선고 2000다40353 판결.

20) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다25353 판결.

21) 대법원 1997. 10. 28. 선고 97다33089 판결 등.

22) 김성태, 앞의 책, 231면; 송옥렬, 앞의 책, 263면; 최기원, 앞의 책, 201면; 양승규, “고지의무에 관한 고찰”, 『서울대학교 법학』 제26권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1985, 165면.

지권을 주고 있는 것은 보험자로 하여금 적절한 조치를 취할 수 있도록 하기 위한 것이라 할 수 있으나, 보험계약의 단체성으로 인하여 그 해지권 행사는 모든 보험계약자에 대하여 형평성 있게 행사하여야 한다.<sup>23)</sup> 해지는 장래를 향하여 계약의 효력을 잃게 만드는 것이므로 해지 시까지의 법률관계는 유효하게 되어 해지 이전의 기간 동안 보험자의 위험인수는 유효하므로 보험자는 경과보험료는 반환할 필요가 없고, 미경과보험료와 보험수익자를 위한 적립금만 반환하면 된다.<sup>24)</sup> 이처럼 고지의무를 위반한 경우에 일반 계약관계에서와 달리 해당 계약을 해지할 수 있을 뿐만 아니라 이미 발생된 사고보험금도 지급을 면하도록 그 효과를 규정한 것은 고지의무를 실효적으로 강제하고자 하는 취지라고 할 수 있다.<sup>25)</sup> 이와 관련하여 동 규정이 보험계약자 측에 너무 가혹하다는 비판이 제기되고 있는바 이에 대해서는 후술하고자 한다.

한편, 경제적으로 독립한 여러 물건에 대하여 보험계약을 체결한 경우에 대한 사례에서 대법원은 집합된 물건 전체에 대하여 단일의 보험금액으로써 계약을 체결하거나 물건을 집단별로 나누어 따로이 보험금액을 정하거나 간에, 보험의 목적이 된 수개의 물건 가운데 일부에 대하여만 고지의무 위반이 있는 경우에 보험자는 나머지 부분에 대하여도 동일한 조건으로 그 부분만에 대하여 보험계약을 체결하지 아니하였으리라는 사정이 없는 한 그 고지의무 위반이 있는 물건에 대하여만 보험계약을 해지할 수 있고 나머지 부분에 대하여는 보험계약의 효력에 영향이 없다고 판시한 바 있다.<sup>26)</sup> 이는 우리 대법원이 보험계약의 전부해지를 제한<sup>27)</sup>하여 일부해지(또는 일부유지) 내지는 보험계약의 변경을 허용한다고 볼 여지가 있다.

23) 양승규, 위의 논문, 165면.

24) 송옥렬, 앞의 책, 263면(참고로 우리와 달리 일본상법 제644조 제1항은 '해제할 수 있는 것으로 규정하고 있으나, 그 해제의 효과에 있어서는 장래에 관해서만 효력을 가지는 것으로 특별규정을 둠으로써 결과적으로는 우리와 다르지 않다); 장덕조, 앞의 책, 139면; 최기원, 앞의 책, 183면(제재적 효력이 있다고 한다).

25) 송옥렬, 위의 책, 265면.

26) 대법원 1999. 4. 23. 선고 99다8599 판결.

27) 한기정, 앞의 책, 228-229면 참조

## 5. 고지의무 위반과 착오·사기

보험계약에 있어서 보험계약자가 알고 있는 사실을 제대로 고지하지 않거나 부실하게 고지함으로써 상법상 고지의무를 위반한 경우, 동 사실이 민법상 착오(제109조) 또는 사기(제110조)의 요건을 충족하는 경우가 있다. 보험자로서는 상법상 고지의무 위반을 이유로 해지하는 것이 증명에 있어서 보다 쉽기 때문에 굳이 민법상 착오 또는 사기임을 이유로 취소권을 행사하는 경우는 실무상 드물다. 그러나 고지의무 위반에 따른 해지권을 행사할 수 있는 제척기간이 도과하였거나, 고지의무 사실과 보험사고와의 인과관계가 없는 경우에는 민법상 착오 또는 사기로 인한 취소권을 활용하여 보험금 지급책임을 면할 필요성이 있게 된다.

이에 대해서는 상법상 고지의무 조항과 민법상 착오·사기 조항은 그 요건과 효과가 다르기 때문에 민법도 중첩적으로 적용할 수 있다는 ‘민·상법 중복 적용설(또는 경합적용설)’과 고지의무 제도는 보험계약의 특성을 고려한 상법상 특별조항이기 때문에 민법이 배제된다는 ‘상법 단독 적용설(또는 ‘민법적용배제설)’이 대립하고 있으나, 착오의 경우에는 민법 적용이 배제되지만 보험계약의 선의계약성에 비추어 보험자를 기망하여 사기에 이른 경우에는 민법상 취소가 가능하다는 절충설이 다수설이다.<sup>28)</sup> 그러나 대법원은 민법상 착오 또는 사기뿐만 아니라, 선량한 풍속 기타 사회질서 위반으로 민법 제103조의 요건을 충족하는 경우에도 모두 보험계약의 무효, 해지 또는 취소를 선택적으로 보험자가 주장할 수 있다고 판시하고 있다.<sup>29)</sup> 생각건대 단기 소멸시효 규정 등 상법상 특별조항이 형해화되는 것을 방지하는 차원에서 착오의 경우에는 다수설과 같이 민법 적용을 배제하는 것이 타당하고, 사기 또는 선량한 풍속 기타 사회질서 위반까지 나아가는 행위에 대해서는 민·상법 중복적용이 타당하다고 본다.

28) 김성태, 앞의 책, 237면; 양승규, 앞의 책, 128면; 장덕조, 앞의 책, 146면; 최기원, 앞의 책, 205면; 한기정, 위의 책, 242면, 한창희, 앞의 책, 221면.

29) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2014다234827 판결; 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다36450 판결.

## 6. 법적 효과에 관한 입법론

### (1) 의의

고지의무 위반시 그 법적 효과에 대해서는 크게 2가지 문제가 결부되어 논란이 되어 왔다. 그 하나는 당해 보험계약을 어떻게 처리할 것이냐의 문제이고 다른 하나는 이미 보험사고가 발생되었다면 보험금 지급을 어떻게 할 것이냐의 문제이다. 전자에 있어서는 과거에는 당연히 당해 보험계약을 해지 처리하는 것으로 받아들여졌으나, 최근에는 제대로 고지했다면 보험자가 다른 조건으로 계약을 체결했을 경우에는 보험계약을 해지하지 않고 다른 조건으로 계약을 변경(조정)하여 유지하는 방식을 채택하는 국가가 늘어나고 있다. 후자에 있어서는 과거에는 고지의무 위반 내용과 무관하게 고지의무 위반사실과 보험사고와 인과관계가 없다면 보험금을 전액 지급하고, 인과관계가 있다면 전액 면책하는 방식을 주로 취하였으나, 최근에는 고지의무 위반 내용과 연계하여 제대로 고지했다면 인수거절 대상이었을 경우에는 면책 저리하되, 다른 조건으로 보험계약 인수가 가능하였을 경우에는 그 다른 조건으로 보험금을 지급하거나, 보험료 차액이 발생하는 경우에는 보험금을 비례하여 감액하여 지급하는 방식을 채택하는 국가가 늘어나고 있다.

이에 비하여 우리 상법은 고의 또는 중대한 과실에 의하여 고지의무를 위반한 경우에 보험자가 기본적으로 당해 계약을 해지할 수 있도록 하면서, 고지의무 위반 사실과 보험사고와 인과관계가 존재하는 경우에는 보험금 지급을 전액 면하는 것으로 하되, 인과관계가 부존재하는 경우에는 보험금을 전액 지급하도록 하고 있다. 학계에서는 일반적으로 이를 ‘전부 또는 전무(all or nothing, Alles oder nichts)’ 방식이라고 한다.<sup>30)</sup> 이러한 전부 또는 전무 방식은 고지의무 위반 사실과 보험사고와 인과관계가 있는 경우에는 보험소비자에게 과도하게 가혹하고, 인과관계가 없는 경우에는 오히려 보험소비자를 과보호한다는 문제점이 지적되어 왔다. 이와 같은 현행 상법의 태도에 대하여 현재 찬반 양론(현행 유지론, 전부 면책론)과 함께 비례적 감액 방식, 인수기준 감액 방식 도입론 등이 거론되고 있

30) 김은경, “보험계약법상 중과실비례보상제도의 도입”, 『강원법학』 제41(1)권, 강원대학교 비교법학 연구소, 2014, 348면.

는바, 이를 분설하면 다음과 같다.

## (2) 현행 유지론(상법 제655조 단서 유지론)

현행 상법이 고지의무 위반과 관련하여 보험자와 보험계약자 사이의 이해관계의 형평을 적절히 조율하고 있으므로 상법 제655조 단서를 현행과 같이 유지하여야 한다는 입장이다, 즉 고지의무 위반 사실과 보험사고와 인과관계가 있는 경우에는 제재적인 차원에서 보험금 지급을 전액 면책 처리하고, 고지의무 위반 사실과 보험사고와 인과관계가 없는 경우에는 보험계약자 측을 보호하는 차원에서 보험금을 전액 지급하여야 한다는 주장이다.

고지의무 위반 사실과 보험사고와 인과관계가 있는 경우에 보험계약을 해지하고 보험금 지급을 전액 면책 처리하는 것이 보험소비자에게 과도하게 가혹하다는 지적에 대하여는 도덕적 위험을 방지하고 보험단체에 악의의 보험계약자 유입을 차단하기 위한 일반 예방적 차원에서 불가피하다는 것이고, 이와 반대로 고지의무 위반자에 대하여 보험금을 전액 지급하는 것이 고지의무 위반 계약자를 과보호하는 것이라는 비판에 대해서는 우리 상법이 인수거절사유와 조건변경사유를 가리지 아니하고 해지권이 인정된다는 점에서 우리 법제에는 이미 고지의무를 위반한 보험계약자에 대한 제재적 요소가 충분히 가미되어 있다고 반박한다.<sup>31)</sup> 또한 보험계약자 측이 고지의무 위반사실과 보험사고 사이에 인과관계가 없다는 것을 증명하여야 하고 의문이 있는 경우에는 보험자에게 유리하게 판단하여야 한다는 점에서 보험자는 이미 보호되고 있다는 주장이다.<sup>32)</sup> 나아가 고지의무 위반이 사기에 이른 경우에는 보험사고 발생과 인과관계를 불문하고 민법에 의하여 취소하여 보험금 지급을 전액 면할 수 있고 사기에 이르지 않은 경우에만 인과관계를 요구하는 것이기 때문에 보험계약의 선의성이나 도덕적 위험 방지의 문제는 크지 않다는 입장이다.<sup>33)</sup>

31) 한기정, 앞의 책, 238면(여기서 ‘인수거절사유’는 고지의무를 위반한 중요사항이 보험자가 이를 알았더라면 계약의 체결을 거절하였을 사유를 말하고, ‘조건변경사유’는 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 아니하였을 사유를 말한다).

32) 최기원, 앞의 책, 191면.

33) 한기정, 앞의 책, 239면.

### (3) 전부 면책론(상법 제655조 단서 삭제론)

고지의무를 위반하였음에도 인과관계가 부존재한다는 이유로 보험금을 지급한다면 고지의무의 법리를 형해화시킬 수 있고 선의의 고지자와 균형이 맞지 않기 때문에 현행 상법 제655조 단서 규정을 삭제하여, 고지의무 위반사실과 보험사고와 인과관계 존재 여부를 불문하고 보험금을 전액 면책 처리하여야 한다는 입장이다.<sup>34)</sup> 즉 고지의무 제도의 취지상 보험사고 발생의 원인을 사후적으로 문제삼는 것은 모순이 있고, 제대로 고지하였다면 보험계약이 거절되어 보험금이 지급되지 않았을 경우와 균형이 맞지 않으며, 보험자가 고지의무 위반 사실을 보험계약 당시에 알았다면 적어도 동일한 조건으로는 보험계약이 체결되지 않았을 것이라는 점 등을 지적한다.<sup>35)</sup> 그러나 이러한 엄격한 불균형적 접근 방식(strict disproportionate approach)은 위험을 이전하는 수단으로 보험제도를 이용하는 일반 보험소비자들의 합리적인 기대를 저버리고 지나치게 가혹하며 보험자에게 유리한 결과를 초래한다는 비판을 받고 있다.<sup>36)</sup>

### (4) 비례적 감액 방식(Pro rata rule) 도입론

보험에 대한 비전문가인 일반 소비자 입장에서는 보험계약 당시 사소할 수도 있었을 사항을 제대로 알리지 않았다는 이유로 보험계약을 해지하고 보험금 지급을 전액 지급하지 않는다는 것은 너무 가혹하기 때문에 보험계약자 측의 책임 정도, 중요도 등에 따라 비례적으로 보험금을 감액하여 지급(이하, '비례적 감액 방식'이라 함)하자는 주장<sup>37)</sup>이다. 비례적 감액 방식에 있어서 보험금을 감액하는 비율 결정은 고지의무 위반에 있어서 위반사항의 중요도, 과실률 또는 보험료 차

34) 송옥렬, 앞의 책, 265-266면; 양승규, 앞의 책, 126면; 장덕조, 앞의 책, 141-142면.

35) 김성태, 앞의 책, 230면; 양승규, 위의 책, 126면.

36) Kevin X. Li/Yulan Wang/Owen Tang/Jie Min, op.cit, p.365(동 논문에서는 통계적 분석기법을 활용하여 '엄격한 불균형 접근 방식(the strict disproportionate approach, '전부면책론과 유사')과 '비례적 접근 방식(the proportionate approach, '비례적 감액 방식과 유사')을 상호 비교 분석함으로써, 엄격한 불균형 접근 방식은 보험자에게 유리하고, 비례적 접근 방식이 보험자와 보험계약자 간의 형평성을 기할 수 있다고 평가함).

37) 중과실로 인한 부실고지의 경우에 비례적 감액 방식을 도입하자는 논문으로는 '김호신, "고지의무의 입법상 과제", 『비교사법』 제20권 제1호, 한국비교사법학회, 2013, 289면'. '한창희, "고지의무의 입법적 연혁과 최근동향", 『상사법연구』 제28권 제4호, 한국상사법학회, 2010, 178면' 참조.

액비율 등을 그 기준으로 설정할 수 있으나, 비례적 감액 방식을 도입한 국가들은 대체적으로 보험료 차액비율을 그 기준으로 설정하여 보험금을 동 비율에 비례적으로 감액하도록 하고, 해당 보험계약에 대해서는 제대로 고지했다면 체결되었을 계약조건으로 변경(조정)하여 계약을 유지하는 방식을 취하고 있다. 예를 들어 보험료가 두 배가 높았다면, 보장하는 금액은 50%로 줄어든다고, 만약 보험자가 다른 방법으로 조건을 변경(조정)했다면 변경(조정)된 조건이 적용되는 방식이다.<sup>38)</sup> 독일에서는 고지의무 위반 이외의 위험증가 및 계약상의 각종 의무(Obliegenheiten) 위반에 대해서는 그 감액 기준을 과실률<sup>39)</sup>로 설정하여 보험계약자의 과실 정도에 비례하여 보험금을 감액하는 방식을 도입하였다.

#### (5) 인수기준(引受基準) 감액 방식 도입론

보험계약 체결시 보험계약자가 제대로 고지를 했다면 보험자의 계약인수지침<sup>40)</sup>에 의하여 체결되었을 '다른 보험계약 조건' 대로 보험계약을 변경(또는 조정)하여 계속 유지하도록 하고, 이미 보험사고가 발생하였다면 계약인수지침상 인수거절 사유가 없는 한 제대로 고지를 했다면 체결되었을 '다른 보험계약 조건' 대로 보험금을 지급하는 방식(이하, '인수기준 감액 방식'이라 함)이다.<sup>41)</sup> '다른 보험계약 조건'은 소급효를 인정함으로써 계약인수지침대로 위험의 배제, 자기 부담금(Selbst behalt) 설정, 담보기간 변경, 보험금 축소 등이 이루어질 수 있다.<sup>42)</sup> 동

38) Henrik Lando, op.cit, p.71.

39) 보험계약자 측의 과실 정도에 따라 보험자의 급부의무를 비율적으로 감축해서 지급하게 하지는 이른바, '중과실비례보상제도'의 도입을 주장하는 논문으로는 '김은경, "보험계약법상 중과실비례보상과 사례집단에 대한 연구", 「상사판례연구」 제27집 제2권, 한국상사판례학회, 2014', '김은경, "보험계약법상 중과실비례보상제도의 도입", 「강원법학」 제41(I)권, 2014'. '김형진, "고지의무위반의 효과에 관한 법적 연구", 건국대학교 대학원, 박사학위 논문, 2019' 등 참조. 참고로 일본에서는 2008년 보험법(保險法) 제정 논의시 과실비율 감액기준을 도입하는 방안에 대하여, 개별적 여러 사정에 따라 보험금 감액을 유연하게 결정할 수 있는 장점이 있는 반면, 결과의 예측 가능성이 부족하다는 이유로 도입이 곤란하다는 부정적 평가가 있었다(小林道生, 前掲論文, 43頁 參照).

40) 생명보험 표준사업방법서 제6조(계약인수지침) ① 회사는 각 위험요소가 위험보장에 영향을 미치는 정도에 따라 보험가입을 거절하거나 보험가입금액 한도 제한, 일부 보장 제외, 보험금 삭감, 보험료 할인·할증 등 조건부 인수를 할 수 있으며, 보험종목별로 그 기준이 되는 계약인수지침을 마련하여 사용한다.

41) 小林道生, 上掲論文, 43頁 參照(동 논문에서는 '引受基準減額原則'이라고 하나, 본고에서는 편의상 '인수기준 감액 방식'이라고 통칭한다).

42) Prölls/Martin/Armbrüster, 31. Aufl. 2021, VVG § 21 Rn. 115(<https://beck-online.beck.de>) 참조.

방식에서는 주관적 요건에 따라 고지의무 위반사실과 보험사고와의 인과관계를 불문하고 보험금을 지급하는 방식과 인과관계 존부에 따라 보험금 지급 책임을 달리하는 방식을 취하기도 한다. 또한 동 방식에서는 보험료의 차액이 발생하는 경우에는 그 차액 비율에 비례하여 보험금을 감액하는 비례적 감액 방식(pro rata rule)을 병행하기도 한다.

#### (6) 소결론(비판적 검토)

그동안 우리나라에서 거론된 위와 같은 입법론은 다음과 같은 점에서 각각 문제점이 존재한다.

‘현행 유지론’은 단순 조건변경 사유에 해당되는 경우에도 보험계약을 해지하고 보험금을 전액 면책 처리하지는 것으로 보험소비자 관점에서 가혹하며, 다른 한편으로는 제대로 고지했다면 인수거절 대상이었을 보험계약자에게는 인과관계가 없는 경우, 보험금을 전액 지급해야 한다는 측면에서 고지의무 위반자를 선의의 고지자보다 오히려 과보호하는 문제가 있다. ‘전부 면책론’은 ‘현행 유지론’보다 보험소비자에게 더욱 가혹하며, 다른 대안이 없는 상태에서 단순히 단서 규정만을 삭제하는 것은 소비자보호 관점에서 더욱 바람직하지 않다고 본다. ‘비례적 감액 방식 도입론’은 전부 또는 전부(all or nothing)의 접근방법을 수정하여 보험계약자 측의 책임 비율에 따라 위반의 효과를 적절히 완화할 수 있다는 장점을 가진다고는 볼 수 있다.<sup>43)</sup> 그러나 그 책임 비율 설정 기준으로 정상 보험료 대비 실제 보험료 차액 비율을 채택할 경우에는 보험계리적으로 보험 가입금액이 보험료에 항상 정비례하는 관계에 있지 않기 때문에 보험 원리에 일부 맞지 않을 수 있다는 단점이 있다. 즉 정액성 보험상품 등에 있어서는 보험 가입금액에 보험료가 비례하는 관계에 있다고 할 수 있지만, 배상책임 보험 등에 있어서는 위험 구간별로 사고의 빈도가 다르기 때문에 보험료율이 각각 달리 산출된다. 또한 보험자가 보험계약을 인수함에 있어서는 단순히 보험료를 할증하는 방법뿐만 아니라, 보험가입금액을 제한하거나 담보위험을 제외 또는 면책위험을 확대하는 다양한 방법<sup>44)</sup>을 사용하기 때문에 비례적 감액 방식만을 단독으로 운용하기에는

43) 장덕조, 앞의 책, 149면 참조

44) 小林道生, 上掲論文, 43頁 參照.

일부 한계가 있다. ‘인수기준 감액 방식 도입론’은 보험계약 체결시 보험계약자가 제대로 고지를 했다면 체결되었을 계약인수지침대로 보험계약을 정상화(변경 또는 조정)하고, 계약인수지침상 인수거절 사유가 아닌 한 제대로 고지를 했다면 체결되었을 ‘다른 보험계약 조건’ 대로 보험금을 지급하는 방식이기 때문에 보험이론적으로 합리적이고 다른 보험계약자와의 형평성 측면에서도 바람직하다고 볼 수 있다. 또한 보험료 차액이 발생하는 경우에는 그 차액 비율에 비례하여 보험금을 감액하는 비례적 감액 방식(pro rata rule)을 병행한다면 일정 부분 제재적 효과도 거둘 수 있다는 장점이 있다. 다만 각 보험자별로 계약인수지침을 표준화, 통일화하는 것이 어렵다는 단점이 있다.

이를 요약하면 ‘현행 유지론’은 고지의무 위반 사실과 보험사고와의 인과관계가 있는 경우에는 보험소비자에게 과도하게 가혹하고, 인과관계가 없는 경우에는 오히려 보험소비자를 과보호한다는 점에서, ‘전부 면책론’은 단순히 단서 규정만을 삭제하는 것으로는 소비자보호 관점에서 오히려 현행 유지론보다 더욱 후퇴하는 방식이라는 점에서 문제가 있고 ‘비례적 감액 방식’은 비례적 감액 기준(위반사항의 중요도, 과실률 또는 보험료 차액비율 등)을 무엇으로 설정하느냐에 따라 문제가 달라질 수 있으나 이 방식만을 단독으로 운용하기에는 일부 한계가 있다는 점에서 각각 적절한 해결책으로 보기는 어렵다. 이에 본고에서는 주요국의 입법사례 등을 먼저 살펴보고 우리나라 실정에 적합한 구체적인 대안을 제시해 보고자 한다.

### III. 법적 효과에 관한 주요국의 입법례

#### 1. 독일

독일은 1908년 제정된 보험계약법(VVG)을 보험소비자 보호를 강화하는 방향으로 2007년 전면 개정하여 2008년부터 시행하였다. 고지의무와 관련하여 보험자가 서면으로 질문한 사항을 답변하도록 함으로써 자발적 고지의무에서 응답적 고지의무로 전환하였고(제19조 제1항), 그 위반 효과와 관련하여서는 그동안의 전부면책(Alles-oder-nichts) 원칙을 일부 폐기하고 중과실 고지의무 위반 등에 이

른바 ‘인수기준 감액 방식을 도입하였다. 독일의 인수기준 감액 방식은 고의에 의한 고지의무 위반이 아닌 한, 고지를 제대로 했다면 인수 실무기준 등에 따라 다른 조건<sup>45)</sup>으로 보험계약이 체결되었을 경우에는 계약의 해제(또는 해지) 대신 계약변경을 하도록 하고, 그 조정된 계약 내용에 따라 보험금을 지급하도록 하는 것이다. 참고로 위험 증가 및 계약상의 각종 의무(Obliegenheiten) 위반에 대해서는 과실 비율에 따라 보험금을 감액하는 비례적 감액 방식(Pro rata rule)을 도입하였다(제26조, 제28조).<sup>46)</sup> 동 조항들은 보험계약자에게 불리하게 변경할 수 없는 편면적 강행규정으로 정하고 있다(제32조). 고지의무 위반에 따른 그 구체적인 법적 효과를 주관적 요건에 따라 분설하면 다음과 같다.

첫째, 고의로 고지의무를 위반한 경우에는 보험자는 계약을 해제(Rücktrittsrecht)할 수 있고(제19조 제2항, 제3항), 악의적인 경우를 제외하고는 고지의무 위반 사실과 보험사고와 인과관계가 없을 때에는 보험금을 지급한다(제21조 제2항).<sup>47)</sup>

둘째, 중과실로 고지의무를 위반한 경우에는 보험자는 계약을 해제할 수 있지만(제19조 제2항, 제3항), 제대로 고지했다면 다른 조건으로 계약을 체결했을 경우에는 해제(Rücktrittsrecht)할 수 없고(제19조 제4항),<sup>48)</sup> 보험계약은 고지되지 않은 실제 위험에 대응하는 형태로 조정(anpassen)되며, 그 다른 조건은 보험자의 청구에 의해 소급적으로 보험계약의 내용으로 된다(제19조 제4항).<sup>49)</sup> 여기서 ‘다른 조건(Andere Bedingungen)’이란 위험의 배제와 보험료의 인상, 자기 부담금(Selbst behalt), 다른 담보기간 또는 보험금액이 될 수 있으며,<sup>50)</sup> 계약조건의 소급적인 변경(조정)이란 계약관계의 시기(始期)부터 이러한 조건이 적용되는 것을

45) ‘다른 조건은 해당 보험계약 체결 시점에 사용하고 있던 보험약관 및 그 시점에서의 업무취급기준(인수기준, Annahmepaxis)으로 판단하게 된다(潘阿憲, “ドイツ保險契約法上のプロ・ラタ主義と告知義務違反”, 『保險學雜誌』 第637号, 日本保險學會, 2017, 62頁, 66頁).

46) 독일에서 비례적 감액 방식을 위험 증가 및 계약상의 각종 의무 위반에 대해서만 적용하고 고지의무 위반에 대해서는 적용하지 않은 이유는 고지의무의 중요성 때문으로 보험자가 인수하는 구체적인 위험에 대한 평가는 오로지 보험계약자의 진실한 고지에 의해서만 가능하므로 부정확한 고지에 대해서는 보다 강한 법적 효과가 필요하였기 때문이라고 한다(한기정, “보험계약상 고지의무에 대한 입법론적 고찰”, 『서울대학교 법학』 제52권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2011, 373면).

47) Prölss/Martin/Armbuster, aaO., § 21 Rn. 41-42.

48) Prölss/Martin/Armbuster, aaO., § 19 Rn. 109.

49) 潘阿憲, 前掲論文, 60頁; HK-VVG/Peter Schimikowski, 4. Aufl. 2020, VVG § 19 Rn. 65 참조 (<https://beck-online.beck.de>).

50) Prölss/Martin/Armbuster, aaO., § 19 Rn. 115.

의미하고, 그 효과는 변경(조정)된 계약의 내용에 의해 결정되게 되며, 보험료의 증액일 경우에는 보험계약자는 계약시에 소급하여 보험료를 추가로 납입하여야 한다.<sup>51)</sup> 또한 계약조정으로 담보위험의 제외 또는 담보위험의 제한이 이루어졌을 경우에는 소급적으로 담보범위로부터 제외되게 되는데, 해당 위험의 발생에 의해 보험계약자가 이미 받은 보험금은 부당이득으로 반환해야 하며, 계약조정으로 보험금액의 감액 또는 자기부담액의 증액이 이루어졌을 경우에도 보험사고의 발생에 의해 수령한 보험금 중 보험자가 부담해야 하는 금액을 초과한 부분을 보험자에게 반환해야 한다.<sup>52)</sup> 계약조정시 보험자는 독일 민법전 315조가 규정하고 있는 일방적인 확정권을 갖게 되는 것이어서, 계약 당사자의 일방이 급부를 확정함에 있어서 의심스러울 때에는 공평한 재량에 의해 확정을 해야 하며, 확정이 공평할 때에 한해 상대방을 구속하고 확정이 공평하지 않을 때에는 판결에 의해 확정되게 된다.<sup>53)</sup> 계약의 조정은 보험자로부터의 청구(Verlangen)에 의해 이루어지게 되는데 보험자의 청구는 일방적인 의사표시이며, 서면에 의한 통지(Mitteilung) 방식으로 이루어질 필요가 있다(제19조 제4항 및 제6항, 제21조 제1항).<sup>54)</sup> 이때 계약변경을 통하여 10% 이상 보험료가 증가하거나 미고지하였던 위험 보장을 배제한다면 보험계약자는 계약을 해지할 수 있다(제19조 제6항).<sup>55)</sup> 이와 같은 계약조정이 이루어질 수 없는 경우에는 보험자는 보험금을 지급할 책임이 없으나, 고지의무 위반 사실과 보험사고의 발생 간에 인과관계가 없을 때에는 보험금을 지급하여야 한다(제21조 제2항).<sup>56)</sup>

셋째, 중과실이 아닌 단순과실(einfacher Fahrlässigkeit)의 경우에는 보험자는 1개월내에 계약을 해지(Kündigungsrecht)할 수 있으나(제19조 제3항), 제대로 고지했다면 다른 조건으로 계약을 체결했을 경우에는 해지할 수 없다(제19조 제4항).<sup>57)</sup> 보험계약은 고지되지 않은 실제 위험에 대응한 형태로 조정(anpassen)되며, 그 조건은 보험자의 청구에 의해 소급적으로 보험계약의 내용으로 되지만, 계약

51) 潘阿憲, 前掲論文, 70頁.

52) 潘阿憲, 上掲論文, 70頁.

53) 潘阿憲, 上掲論文, 66頁.

54) 潘阿憲, 上掲論文, 65頁.

55) Prölss/Martin/Armbruster, aaO., § 19 Rn. 109; HK-VVG/Peter Schimikowski, aaO., § 19 Rn. 85-87 참조

56) Prölss/Martin/Armbruster, aaO., § 21 Rn. 34 참조

57) Prölss/Martin/Armbruster, aaO., § 19 Rn. 109.

시점으로 소급하여 효력이 발생하는 계약 내용으로 조정이 불가능할 때에는 계약 관계를 장래에 향하여 해소할 수 있다(제19조 제4항).<sup>58)</sup> 이때 계약변경을 통하여 10% 이상 보험료가 증가하거나 미고지하였던 위험 보장을 배제한다면 보험계약자는 계약을 해지할 수 있다(제19조 제6항).

넷째, 무과실(귀책사유가 없는 경우, schuldlos)의 경우에는 보험자는 1개월내에 계약을 해지(Kündigungrecht)할 수 있으나(제19조 제3항), 제대로 고지했다면 다른 조건으로 계약을 체결했을 경우에는 해지할 수 없다(제19조 제4항 제1문). 보험계약은 고지되지 않은 실제 위험에 대응한 형태로 조정(anpassen)되며, 그 다른 조건은 보험자의 청구에 의해 현재 보험료 기간의 시기(始期)로부터 장래를 향해 보험계약의 내용으로 된다(제19조 제4항 제2문).<sup>59)</sup> 이때 계약변경을 통하여 10% 이상 보험료가 증가하거나 미고지하였던 위험 보장을 배제한다면 보험계약자는 계약을 해지할 수 있다(제19조 제6항).

## 2. 영 국

영국의 보험계약법은 18-19세기에 걸쳐 보험계약자 측의 이기적인 행동으로부터 보험자를 보호하고 보험산업을 발전시키려는 배경하에서 판례법을 중심으로 그 골격이 형성되었으며, 1906년 해상보험법(Marine Insurance Act 1906, 이하 'MIA'라 한다)으로 성문화되었다.<sup>60)</sup> MIA는 직접적으로는 해상보험계약에 적용되었지만 MIA의 다수 규정이 보험계약에 관한 판례법리를 나타낸 것으로 다른 보험종류에도 동일하게 적용되고 있었다.<sup>61)</sup> 그러나 MIA는 보험계약자가 최대선의(the utmost good faith) 의무를 위반한 경우에는 보험자에게 계약 해제권을 부여하고,<sup>62)</sup> 고지의무와 관련하여 고지해야 할 중요사항이라는 점을 인식하지 못했거나 인식하지 못한 데 과실이 없는 경우조차 보험자에게 계약 취소권을 인정하였으며, 고지의무 위반 사실과 보험사고와 인과관계 존재 여부를 불문하고 보험금 지급 책임을 면할 수 있도록 함으로써 가장 보험계약자 측에 불리하다는 비판을

58) 潘阿憲, 前掲論文, 70頁; Prölss/Martin/Armbuster, aaO., § 21 Rn. 12 참조.

59) 潘阿憲, 上掲論文, 60頁; HK-VVG/Peter Schimikowski, aaO., § 19 Rn. 59-60.

60) 中出哲, 前掲論文, 32頁; Rob Merkin/Özlem Gürses, op.cit, pp.1004-1005 참조.

61) 中出哲, 上掲論文, 32頁; Kevin X. Li/Yulan Wang/Owen Tang/Jie Min, op.cit, p.350.

62) 中出哲, 上掲論文, 44頁.

받아왔다.<sup>63)</sup>

이러한 시대 상황을 반영하여 영국은 2012년 일반 소비자 보험계약<sup>64)</sup>에 적용되는 소비자보험법(Consumer Insurance Act 2012)을 제정하면서 고지의무의 주관적 요건을 고의 또는 과실로 제한하고 중요사항에 대한 고지의무도 자발적 고지의무에서 응답적 고지의무에 근접한 형태로 전환<sup>65)</sup>하였으며, 최대선의(the utmost good faith) 의무에 기초한 법리도 수정하여 고지의무 위반의 내용에 따라서 그 효과를 달리하도록 완화하였다.<sup>66)</sup> 이어서 2015년에는 소비자 및 비소비자(사업자) 보험계약<sup>67)</sup>에 적용되는 보험법(Insurance Act 2015)을 제정하여 사업자 보험계약의 고지의무에 대하여 자발적 고지를 기본으로 유지하면서 공정한 고지(fair presentation) 의무로 개정하고, 최대선의(the utmost good faith) 계약의 법리도 수정하여 최대선의에 근거한 계약이라는 1906년 해상보험법상 조문만을 남기고, 그 효과에 관한 규정은 삭제함으로써 선의의무로 완화하였다.<sup>68)</sup> 고지의무 위반에 따른 그 구체적인 법적 효과를 주관적 요건에 따라 분설하면 다음과 같다.

첫째, 고의(deliberate or reckless)에 의한 고지의무 위반의 경우에는 보험자는 계약을 취소하고 모든 보험금 청구를 거절할 수 있으며, 기 납입보험료는 보험자에게 귀속된다.<sup>69)</sup> 고의라는 것은 보험자에게 증명책임이 있다.<sup>70)</sup>

63) 한기정, 앞의 책, 246-247면; 이정원, “2015년 영국보험법상 고지의무제도에 대한 고찰”, 『해사법연구』 제28권 제2호, 한국해사법학회, 2016, 44면; 장덕조, “영국보험법상의 개정방향과 시사점”, 『상사법연구』 제28권 제4호, 한국상사법학회, 2010, 60-61면 참조; 한창희, “영국의 개정 고지의무제도에 관한 연구”, 『법학논총』 제29권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2016, 14-16면 참조; 中出哲, 前掲論文, 32-33頁.

64) “**Consumer insurance contract**” means a contract of insurance between—(a) an individual who enters into the contract wholly or mainly for purposes unrelated to the individual’s trade, business or profession, and (b) a person who carries on the business of insurance and who becomes a party to the contract by way of that business (whether or not in accordance with permission for the purposes of the Financial Services and Markets Act 2000)(Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012, sec. 1(a)(b).

65) 보험자에게 잘못된 표시를 하지 않도록 합리적 주의(reasonable care)를 기울이는 의무로 변경 (Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012, sec. 2(2).

66) 장덕조, 앞의 책, 149면; 한기정, 앞의 책, 194면, 247면; 中出哲, 前掲論文, 36頁; Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012, sec. 2(5)(a)(→Insurance Act 2015, sec 14.).

67) “**Non-consumer insurance contract**” means a contract of insurance that is not a consumer insurance contract(Insurance Act 2015, sec. 1.)

68) 한기정, 앞의 책, 247면; 中出哲, 前掲論文, 31頁, 34頁, 45頁; Rob Merkin/Özlem Gürses, op.cit., p.1010; Insurance Act 2015, sec. 3, sec. 14.

69) Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012, Sch. 1 para. 2(a)(b).

둘째, 과실(careless)에 의한 고지의무 위반의 경우는 다음과 같이 세분된다. 먼저 과실에 의한 고지의무 위반이 있었고 제대로 고지했다면 인수거절되었을 경우에는 계약을 취소하고 보험사고가 발생했다라도 고지의무 위반 사실과 인과관계를 불문하고 보험금은 면책되지만 기 납입보험료는 반환된다.<sup>71)</sup> 다음으로 과실에 의한 고지의무 위반이 있었고 제대로 고지했다면 다른 조건(보험료 관련조건 제외)으로 계약이 체결되었을 경우에는 보험자가 원한다면 그 다른 조건으로 보험계약이 체결된 것으로 취급된다.<sup>72)</sup> 보험자가 다른 조건으로 보험계약을 체결하려는 의사를 소비자에게 통지하는 경우, 소비자는 이를 거부하고 보험계약을 해지할 수 있다.<sup>73)</sup> 보험계약을 해지하는 경우에는 미경과보험료에 대해서만 반환된다.<sup>74)</sup> 마지막으로 과실에 의한 고지의무 위반이 있었고 제대로 고지했다면 더 높은 보험료가 부과되었을 경우에는 보험자는 그 보험료 차액에 비례하여 보험금을 비율적으로 감액할 수 있다.<sup>75)</sup> 즉, 과실에 의한 고지의무 위반에 있어서는 인수기준 감액 방식에 일부 비례적 감액 방식을 가미하고 있다.

### 3. 프랑스

프랑스는 1930년 보험계약법(*la loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance terrestre*)을 제정하고, 동 보험계약법과 1905년에 제정한 보험감독법을 1976년 보험법(*Code des assurances*)으로 통합한 이후, 1989년 대폭적인 개정 작업을 진행하였다. 특히 고지의무와 관련하여 자발적 고지의무에서 응답적 고지의무로 전환(L.113-2)하였으며, 고지의무 위반시 차액 보험료 비율에 따라 비례적으로 보험금을 감액하는 방식(*pro rata rule*)을 도입하였다.<sup>76)</sup> 고지의무 위반에 따른 그 구체적인 법적 효과를 주관적 요건에 따라 분석하면 다음과 같다.

70) 中出哲, 前掲論文, 36頁.

71) Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012, Sch. 1 para. 5.

72) Ibid, Sch. 1 para. 6.

73) Ibid, Sch. 1 para. 9(6).

74) Ibid, Sch. 1 para. 9(7).

75) Rob Merkin/Özlem Gürses, *op.cit.*, p.1014; Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012, Sch. 1 para. 7-8(비율적 감액 계산방법:  $X = (\text{Premium actuaoooy charged/Higher premium}) \times 100$ ).

76) Kevin X. Li/Yulan Wang/Owen Tang/Jie Min, *op.cit.*, p.351.

고의에 의한 고지의무 위반의 경우에는 위험의 목적(대상)이 변경되거나 보험자의 위험평가를 감소시키는 경우에는 보험계약을 무효(nul)로 하고, 이미 납입한 보험료는 보험자에게 귀속된다(L.113-8). 고의가 아닌 경우, 고지의무 위반 사실이 보험사고 이전에 발견된 경우에는 보험자는 피보험자의 동의하에 보험료를 올려 계약을 유지하거나 해지(résilier le contrat)할 수 있고 미경과보험료는 반환된다(L.113-9). 만약 고지의무 위반 사실이 보험사고 이후에 발견된 경우에는 제대로 고지했다면 납입하였을 보험료에 대한 보험금의 비율에 따라 감액된다(L.113-9). 무과실(non-negligent) 및 과실(negligent)에 의한 고지의무 위반의 경우에도 비례적 감액을 허용한다.<sup>77)</sup> 제대로 고지했다면 인수거절 대상에 해당되는 경우에는 비례 감액 방식은 적용할 수 없고 보험자는 보험금 지급 책임을 면하게 된다. 비례 감액 방식에 의한 보험금은 요율표에 의하고 요율표가 존재하지 아니하는 경우에는 법관이 감액을 결정할 수 있다.<sup>78)</sup>

#### 4. 일 본

일본은 그동안 상법에서 규정하고 있던 보험계약 관련 규정들을 분리하여 정비하면서 2008년 보험법(保險法)을 제정하였다. 일본 보험법은 고의 또는 중대한 과실로 고지의무를 위반한 경우에 우리 상법과 달리 계약의 해지(解止)가 아닌 해제(解除)<sup>79)</sup>를 할 수 있다고 규정하고 있으나,<sup>80)</sup> 해제의 효력이 장래에 대해서만 발생하도록 하고 있고,<sup>81)</sup> 해제할 때까지 보험사고가 발생한 경우에는 고지의무 위반 사실과 보험사고와 관련이 있는 경우에만 보험자가 보험금 지급 책임을 면하도록 규정하고 있어,<sup>82)</sup> 결국 그 효과에 있어서는 우리 상법과 동일하다고 볼 수 있다. 2008년 보험법 제정 당시 고지의무 위반과 관련된 규정에 대해서 편면적 강행규정으로 하였고, 고지사항에 대해서도 응답적 고지의무 제도를 채택하는

77) Ibid, p.351.

78) 한창희, 앞의 책, 68면.

79) 1900년의 일본 상법은 고지의무 위반시 보험계약을 무효화하였으나 보험계약자에게 너무 가혹하다는 지적에 따라 1912년 해제 사유로 개정하였다(김선정, “일본 보험법상 고지의무제도의 개혁”, 『기업법연구』 제22권 제4호, 한국기업법학회, 2008, 386면).

80) 保險法 28條 1項, 55條 1項, 84條 1項.

81) 保險法 31條 1項, 59條 1項, 88條 1項.

82) 保險法 31條 2項, 59條 2項, 88條 2項; 中出哲, 前掲論文, 37-38頁.

등 상당 부분 보험소비자 보호를 강화하기 위한 노력을 기울였다. 당시 고지의무 위반의 제재적 효과를 완화하는 방안(pro rata rule 등)에 대해서도 많은 논의가 있었지만, 예상과 달리 소비자 측이 도입에 적극적이지 않았고 인과관계 요건을 폐지함에 따른 부담 등으로 결국 도입하지 못했다.<sup>83)</sup> 그러나 이후에도 중과실에 의한 고지의무 위반의 경우에 보험자의 전부 면책을 인정하는 것은 보험 가입자에게 너무 가혹하기 때문에 이를 재고하여 비례적 감액 방식 등을 도입해야 한다는 일본 학계를 중심으로 논의가 계속되고 있는바,<sup>84)</sup> 2008년 당시 비례적 감액 방식(Pro rata rule) 도입을 반대했던 주요 논리와 이에 대한 재검토를 요구해야 한다는 반박 논리를 요약하면 다음과 같다.<sup>85)</sup> 첫째, 비례적 감액 방식 도입시 보험계약자 또는 피보험자가 올바르게 고지해야 할 인센티브가 없어진다는 주장이다. 이에 대해서는 비례적 감액 방식을 취하더라도 보험자의 인수범위 밖에 있는 경우에는 여전히 전부 면책이 되기 때문에 인센티브가 없어지는 것은 아니라고 반박한다. 둘째, 고지의무 위반자에게 보험금을 지급하는 것은 보험계약자 간의 형평을 해친다는 주장이다. 이에 대해서는 중과실에 의한 고지의무 위반 가능성은 모든 보험계약자에게 공통된 것이기 때문에 그 구제 가능성도 모든 보험계약자에게 동일하다고 반박한다. 셋째, 고의가 아닌 중과실에 의한 경우에만 비례적 감액 방식을 도입하는 경우, 실무적으로 고의와 중과실을 구별하기 어렵다는 주장이다. 이에 대해서는 종전의 상법 규정이 고의와 중과실의 법적 효과를 동일하게 규정하였기 때문에 고의와 중과실을 실무적으로 구별할 필요가 크지 않았던 것이고, 현행 보험법은 응답적 고지의무로 전환하였기 때문에 고의를 구별하기가 용이해졌다고 반박한다. 넷째, 보험계약 체결 당시의 정상적인 보험료나 계약 내용을 현재 시점에서 확정하기 어렵다는 주장이다. 이에 대해서는 사후적으로 보험계약 체결 당시로 다시 거슬러 올라가서 위험을 재측정하는 것이 아니라, 현재 고지의무 위반이 밝혀진 사실에 근거하여 이미 성립된 보험계약 내용을 확정할 수 있으면 족하다고 각각 반론을 제기한다. 이러한 일본의 비례적 감액 방식(Pro rata rule) 도입 여부에 대한 찬반 논의 부분에 대해서는 향후 우리 상법

83) 김선정, “일본의 보험법개정과 시사점, 총론과 공통규정을 중심으로”, 「상사법연구」 제28권 제4호, 한국상사법학회, 2010, 24면 참조.

84) 潘阿憲, 上掲論文, 80-81頁; 小林道生, 上掲論文, 47-55頁 參照.

85) 이하, 小林道生, 上掲論文, 45-49頁 부분을 참조하여 재정리함.

개정 논의 시에도 참고할 만하다고 본다.

## 5. 유럽보험계약법 원칙(PEICL)

PEICL(Principles of European Insurance Contract Law)은 통일적인 유럽 보험계약법의 모델을 만들기 위한 보험계약법 분야의 초안에 해당하는 것으로서 2009년에 주석서(comments)와 함께 발표되었다.<sup>86)</sup> PEICL은 보험계약자가 사기적으로 고지의무를 위반(fraudulent breach)하여 계약을 체결했을 경우에는 보험자는 2개월 이내에 취소할 수 있도록 하고(PEICL 2:104),<sup>87)</sup> 그 이외의 경우에는 보험자는 계약의 합리적인 변경(a reasonable variation of the contract)을 제안하거나 계약을 종료할 권리가 있게 되는데, 보험계약자가 1개월 이내에 동 제안을 거절하지 않는 한 보험자가 제안한 대로 계약은 변경된다. 보험자는 보험계약자가 제대로 고지했다면 계약을 체결하지 않았을 것이라는 것을 증명하지 않는 한 계약을 해지할 수 없다.<sup>88)</sup> 보험사고가 해지 또는 계약변경의 효력이 발생하기 전에 보험계약자의 고지의무 위반 요소에 의해 발생한 경우에는 제대로 고지했다면 계약을 체결하지 않았을 경우에는 보험금을 지급할 수 없다. 다만 보험자가 더 높은 보험료나 다른 조건으로 계약을 체결할 수 있는 경우라면 보험금은 비례적(proportionately)으로 또는 그 다른 조건에 따라 지급되어야 한다(Article 2:102).

## 6. 기타 국가

호주는 1984년 보험계약법(Insurance Contracts Act 1984)을 제정하면서 고지의무와 관련하여 사기적인 고지의무 위반이 아닌 이상 제대로 고지했다면 체결되었을 보험계약 내용으로 변경하여 보험금을 지급할 수 있도록 하여 이른바 ‘인수기준 감액 방식’을 도입하였고<sup>89)</sup> 생명보험의 경우에는 선의 또는 과실로 인한 고지의무 위반의 경우에 제대로 고지했다면 보험자가 다른 조건으로 인수하였을

86) 한기정, 앞의 책, 248면; 한창희, 앞의 책, 34면; 保寬展, "ヨーロッパ保險契約法原則 (PEICL)의 生成と展開久" 『保險學雜誌』 第616号, 日本保險學會, 2012, 120頁.

87) 保寬展, 前掲論文, 126頁.

88) Kevin X. Li/Yulan Wang/Owen Tang/Jie Min, op.cit, Issue 2, p.352.

89) Insurance Contracts Act 1984, sec. 28(3); 潘阿憲, 前掲論文, 55頁(동 논문에서는 ‘引受基準減額原則’이라고 하나, 본고에서는 편의상 ‘인수기준 감액 방식’이라고 한다).

때에는 보험료 차액 비율에 따라 감액되는 비례적 감액 방식을 채택하였다.<sup>90)</sup> 덴마크는 1930년 보험계약법(제16조 제2항), 핀란드는 1994년 보험법(제24조, 제25조)에 각각 비례적 감액 방식(pro rata rule)을 도입하여, 고지의무 위반이 없었다면 지급되었을 보험료에 대응하여 동일한 비율로 삭감되고, 보험자가 다른 방법으로 조건을 변경했다면 변경된 조건이 적용된다.<sup>91)</sup> 노르웨이(Insurance Contracts Act 1989, s 4-2), 스웨덴(Insurance Contracts Act 2005 Chapter 4 s 2 para 2.)의 경우에도 비례적 감액 방식(pro rata rule)을 채택하고 있다.<sup>92)</sup>

## 7. 소 결

앞에서 살펴본 바와 같이 대부분의 국가에서 고지의무 위반에 따른 제재적 효과를 완화함으로써 보험소비를 보호하는 방향으로 제도를 개선하고 있음을 알 수 있다. 특히, 독일은 전부면책(Alles-oder-nichts) 원칙을 일부 폐기하고 중과실 고지의무 위반 등에 ‘인수기준 감액 방식’을 도입하였으며, 영국은 과실에 의한 고지의무 위반의 경우에는 ‘인수기준 감액 방식’에 ‘비례적 감액 방식’을 가미하고 있고, 프랑스는 고의 이외의 경우에는 보험료에 차액이 발생하는 경우에 ‘비례적 감액 방식’을 채택하고 있다. PEICL도 ‘비례적 감액 방식’과 함께 보험계약을 거절할 사유가 없는 한 보험계약을 변경하여 유지할 수 있도록 하고 있다. 호주, 덴마크, 핀란드, 노르웨이, 스웨덴 등도 인수기준 감액 방식 또는 비례적 감액 방식을 운영하고 있다. 한편, 독일은 고의 또는 중과실(다른 조건으로 보험계약 조정 불가능시)에 의한 고지의무 위반의 경우에는 인과관계 존부에 따라 보험금 지급 여부를 달리하고 있으나, 영국, 프랑스, PEICL의 경우에는 고의시 인과관계 존부를 불문하고 면책 처리하고 있다.

국가별로 고지의무 위반의 주관적 요건에 따라 보험계약자에게 가혹하거나 과보호하는 측면이 여전히 존재하지만, 대부분의 국가는 우리나라와 일본과 같은 방식의 ‘전부 또는 전무(all or nothing)’ 방식에서 벗어나 고지의무를 위반한 흠결 있는 보험계약을 가능한 조정하여 유지시키고, 보험사고가 발생한 경우에도 합리

90) Ibid, sec. 29(4); 한창희, “고지의무의 입법적 연혁과 최근동향”, 「상사법연구」 제28권 제4호, 한국상사법학회, 2010, 170-171면.

91) 장덕조, 앞의 책, 149면; Henrik Lando, op.cit, p.71.

92) Kevin X. Li/Yulan Wang/Owen Tang/Jie Min, op.cit, p.351.

적인 수준에서 보험금을 지급할 수 있도록 인수기준 감액 방식, 비례적 감액 방식 등을 채택하여 운용하고 있음을 알 수 있다.

주요 국가별 고지의무 위반시 보험계약 처리와 사고보험금 지급 방식

구 분	보험계약 처리	사고보험금 지급 방식
독 일	원칙적으로 다른 조건으로 계약 체결 가능시 <b>계약 조정</b> -고의의 경우에는 계약해제	원칙적으로 <b>인수기준 감액 방식</b> 으로 보험금 지급 -고의(악의 제외) 또는 계약 조정이 불가능한 중과실의 경우에는 인과관계 없을 때 보험금 지급
영 국	원칙적으로 다른 조건으로 계약 체결 가능시 <b>계약 조정</b> -고의의 경우에는 계약취소	원칙적으로 <b>인수기준 감액 방식</b> 으로 보험금 지급(보험료 차액 발생시 <b>비례적 감액 방식</b> ) -고의 또는 계약 조정이 불가능한 과실의 경우에는 인과관계 불문하고 면책
프랑스	원칙적으로 해지 또는 보험료 조정 -고의의 경우에는 무효	원칙적으로 보험료 차액 발생시 <b>비례적 감액 방식</b> 으로 보험금 지급 -고의의 경우에는 인과관계 불문하고 면책
일 본	고의·중과실의 경우 보험계약 해제	고의·중과실의 경우 인과관계 없을 때만 보험금 지급
PEICL	원칙적으로 다른 조건으로 계약 체결 가능시 <b>계약 조정(변경)</b> -사기적 위반의 경우에는 취소	원칙적으로 <b>인수기준 감액 방식</b> 으로 보험금 지급(보험료 차액 발생시 <b>비례적 감액 방식</b> ) -사기적 위반의 경우에는 인과관계 불문하고 면책
한 국	고의·중과실의 경우 보험계약 해지	고의·중과실의 경우 인과관계 없을 때만 보험금 지급
	( <b>생명보험 표준사업방법서</b> ) 계약인수지침상 다른 조건으로 계약 체결 가능시 <b>계약 조정</b> (일부해지 또는 보험가입 금액 감액 등)	( <b>질병·상해보험 &amp; 실손의료보험 표준약관</b> ) 직업 변경 등 위험 증가의 통지의무 위반의 경우에 보험요율의 차이가 발생하는 때에는 그 요율차 비율에 따라 보험금을 삭감하여 <b>비례적 지급</b>

## IV. 개선 방안(입법 방향)

### 1. 기본 방향

지금까지 살펴본 바와 같이 우리 상법상 고지의무 위반에 따른 법적 효과(전부 또는 전무, all or nothing)는 다른 주요국과 비교하거나 소비자보호라는 관점에서 바라볼 때, 고지의무 위반 사실과 보험사고와 인과관계가 있을 때에는 보험소비자에게 과도하게 가혹하고, 반대로 고지의무 위반 사실과 보험사고와 인과관계가 없을 때에는 오히려 다른 선의의 고지자보다 과보호하는 문제점이 존재한다. 이에 본고에서는 기본적인 제도개선 방향을 보험소비자에게 과도하게 가혹한 부분에 대해서는 예상 가능하고 감내할 수 있는 수준으로 완화되되, 반대로 다른 선의의 고지자보다 과보호하는 부분에 대해서는 다른 보험계약자와 동일한 수준으로 조정한다는 입장에서, 보험 이론적으로 비교적 합리적이라고 볼 수 있는 이른바 ‘인수기준 감액 방식’을 기본으로 하고, ‘비례적 감액 방식(pro rata rule)’을 일부 가미하는 방식을 제안하고자 한다.<sup>93)</sup> 동 방식은 현행 생명보험 표준사업방법서와 일부 그 궤를 같이 한다고도 볼 수 있다.<sup>94)</sup> 인수기준 감액 방식은 앞에서 살펴본 바와 같이 보험계약 체결시 보험계약자가 제대로 고지를 했다면 보험자의 계약인수지침<sup>95)</sup>에 의하여 체결되었을 ‘다른 보험계약 조건’ 대로 보험계약

93) 영국, PEICL 등의 사례 참조(다만, 본고에서는 그 주관적 요건별 구체화 방안에 대하여는 우리나라의 특수성을 고려하여 달리 제안하고자 한다).

94) 생명보험 표준사업방법서 제12조(계약전 알릴의무 위반으로 인한 계약의 해지 등) ① 회사는 계약자 또는 피보험자(보험대상자)의 계약전 알릴의무 위반을 이유로 계약을 해지하거나 보장을 제한하고자 하는 경우에는 각 보험종목별 **계약인수지침에서 정한 비에 따라 다음 각 호와 같이 처리한다.**

1. 거절사유에 해당되는 경우에는 계약의 전부 해지
2. 보험가입금액을 제한하여 인수할 사유에 해당되는 경우에는 보험가입금액 한도액을 초과한 부분에 대하여 해지
3. 일부 보장을 제외하여 인수할 사유에 해당되는 경우에는 제외될 보장에 대하여 계약을 해지(특약에 한함)하거나 보장에서 제외(별도의 특약 부가)
4. 보험료를 할증하여 인수할 사유에 해당되는 경우에는 할증 전·후의 보험료 비율에 따라 보험가입금액을 감액
5. 기타 보험금 삭감 등 별도의 조건을 부과하여 인수할 사유에 해당하는 경우에는 해당 약관에 따라 처리

한편, 현행 질병·상해보험 표준약관(제15조) 및 실손의료보험 표준약관(제12조)에서는 직업 변경 등 위험 증가의 통지의무 위반의 경우에 보험요율의 차이가 발생하는 때에는 그 요율차이 비율에 따라 보험금을 삭감하여 보험금을 지급하도록 하고 있다.

을 변경(또는 조정)하여 계속 유지하도록 하고, 이미 보험사고가 발생한 경우에도 인수거절 사유가 없는 한 제대로 고지를 했다면 보험자의 계약인수지침에 의하여 체결되었을 '다른 보험계약 조건' 대로 보험금을 지급하는 방식이다. 동 방식에서는 고지의무 위반사실과 보험사고와의 인과관계 존부를 불문하고 보험금을 지급하는 방식과 인과관계 존부에 따라 보험금 지급 책임을 달리하는 방식이 있으나, 본고에서는 고지의무 위반 사실과 보험사고와의 인과관계 존부에 따라 보험금 지급 여부를 달리하는 현행방식을 폐지하고<sup>96)</sup> 인과관계 존부에 관계없이 인수기준에 따라 보험금 지급 여부와 지급 범위를 결정할 수 있도록 하는 방안을 제시하고자 한다.

이러한 인수기준 감액 방식에 의하면 납입된 보험료 수준에 상응하는 보험 계약이 유지되고 보험금이 지급되기 때문에 보험 이론적으로 합리적이고, 보험계약 자간의 형평성 문제도 해결된다는 장점이 있다. 또한 보험사고가 발생하였을 경우에도 고지의무 위반 사실과 보험사고와의 인과관계를 불문하고 계약인수지침이라는 객관적 잣대를 기준으로 보험금 지급 여부 등을 결정하게 되면 보험 실무에서 인과관계 문제를 둘러싸고 벌어지는 각종 민원과 분쟁문제를 최소화할 수 있고, 사회적인 정의 관념에도 부합한다고 볼 수 있다. 이에 고지의무 위반의 주관적 요건에 따라 그 구체적 방안을 제시하면 다음과 같다.

## 2. 주관적 요건별 구체화 방안

### (1) 사기적 기망의 경우

보험금을 편취할 목적으로 사기적으로 고지의무를 위반한 자에 대하여는 보호 필요성이 전혀 없다고 할 것이다. 따라서 보험자는 보험계약을 취소할 수 있고 경과보험료도 보험자에게 귀속하며 이미 보험사고가 발생하였더라도 보험금을 지급할 책임이 없도록 하여야 한다. 통설 및 판례상 현행 법체제 하에서도 사기의

95) 생명보험 표준사업방법서 제6조(계약인수지침) ①회사는 각 위험요소가 위험보장에 영향을 미치는 정도에 따라 보험가입을 거절하거나 보험가입금액 한도 제한, 일부 보장 제외, 보험금 삭감, 보험료 할인할증 등 조건부 인수를 할 수 있으며, 보험종목별로 그 기준이 되는 계약인수지침을 마련하여 사용한다.

96) 참고로 비례적 보상원칙을 도입하게 되면 고지의무위반과 보험사고와의 인과관계를 요구하는 현행 상법의 규정은 삭제될 필요가 있다는 견해로는 김효신, 앞의 논문, 289면 참조

경우에는 민법과 상법을 중첩적으로 적용할 수 있기 때문에 유사한 법적 효과를 기대할 수 있다. 다만 민법상 사기를 이유로 취소권을 행사하는 경우에는 소급효로 인하여 보험료를 사기적 기망자에게 반환해 주어야 한다는 문제점이 있고 사기적 기망자에게 보험료를 환급하게 되면 도덕적 위험 방지에 부정적 영향을 끼칠 수 있다. 독일, 영국, 프랑스, 유럽보험계약법원칙(PEICL) 등에서는 고지의무 위반 사실과 보험사고와의 인과관계 존재 여부를 따지지 않고 면책사유로 하고 있으며 보험료도 보험자에게 귀속하도록 규정하고 있다. 우리 상법도 사기적 기망자에 대해서는 고지의무 위반 사실과 보험사고와 인과관계 존재 여부와 관계 없이 면책사유로 하고 보험료도 보험자에게 귀속하도록 개정하는 것이 필요하다.

## (2) 고의와 중과실의 경우

고지의무 위반의 법적 효과와 관련하여 특히 고의<sup>97)</sup>와 중과실이 문제가 되는 것은 고의의 비난 가능성과 중과실의 비난 가능성이 다름에도 불구하고 현행 상법이 고의와 중과실의 법적 효과를 동일하게 규정하고 있다는 점이다. 고지의무를 고의로 위반한 경우와 중과실로 위반한 경우에 있어서 그 법적 효과를 달리 해야 하는지에 대해서는 다음과 같이 2가지 안이 있을 수 있다.

### 1) 고의와 중과실의 법적 효과를 달리 구성(제1안)

고의와 중과실은 행위자의 인식 여부와 비난 가능성에 있어서 현저한 차이가 있고 형사법 체계에서도 고의와 과실은 엄격히 구분된다는 점에서 고지의무 위반의 법적 효과를 엄격히 달리 구성해야 한다는 입장이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 일본을 제외한 영국, 프랑스, 독일, PEICL 등 대부분의 국가에서는 고의와 고의 이외의 경우에 대하여 법적 효과를 달리 규정하고 있다는 점에서 당연하다고 본다. 따라서 고의의 경우에는 영국, 프랑스 등에서와 같이 해당 보험계약은 전부 취소(또는 무효화)하고 고지의무 위반사실과 보험사고와 인과관계를 불문하고 보험금 지급을 전부 면책 처리하여야 한다는 주장이다.

97) 여기서 '고의'는 전술한 '(1) 사기적 기망의 경우', 즉 보험금을 편취할 목적으로 보험자를 기망하는 사기적 행위에 이른 경우는 제외한다.

## 2) 고의와 중과실의 법적 효과를 동일하게 구성(제2안)

형사법 체계에서의 고의와 달리 민사법 체계, 특히 상법상 고지의무 위반에 있어서의 '고의'와 '중과실'은 그 비난 가능성이 크게 다르지 않고, 우리 상법이 오랫동안 고의와 중과실을 동일하게 취급하여 왔다는 점에서 그 법적 효과를 동일하게 구성할 필요가 있다는 입장이다.

형사상 '고의'는 범죄의 구성요건적 결과 발생의 가능성 즉, 행위주체, 객체, 행위, 결과 등을 인식하고 그러한 위험을 용인하는 내심의 의사를 말하는 것으로서,<sup>98)</sup> 범죄행위의 결과 발생을 인식하면서 감히 용인하는 것이어서 비난 가능성이 크다고 볼 수 있다. 그러나, 상법상 고지의무 위반에 있어서 '고의'는 앞에서 살펴본 바와 같이 2단계로 이를 세분하게 되면, 그 1단계는 사실 그 자체를 인식하는 것이고, 2단계는 그 인식된 사실 자체가 고지해야 할 중요한 사실이라는 점을 인식해야 하는 것이다.<sup>99)</sup> 즉 1-2단계를 모두 인식했다면 고의로, 1단계만 인식하고 2단계를 현저한 과실로 인식하지 못했다면 중과실로 파악하기 때문에 고의와 중과실에 있어서 그 비난 가능성을 크게 달리 볼 이유가 없다는 것이다. 다시 말해서 형사상 '고의'는 범죄행위로 나아가는 것이기 때문에 그 비난 가능성이 아주 크다고 할 수 있지만, 고지의무 위반에 있어서 '고의'는 고지해야 할 중요한 사실이 있다는 점을 알면서도 장래 위험에 대비하겠다는 의도로 보험에 가입하였을 뿐, 이미 발생된 보험사고에 대한 보험금을 편취하겠다는 목적이 아니라는 것이다. 물론 이미 보험사고가 발생하였음에도 이를 알리지 않고 보험에 가입함으로써 보험금을 편취하려는 경우도 있을 수 있다. 이 경우는 전술(前述)한 '사기적 기망의 경우에 해당되기 때문에 위 (1)'에 따라 처리하면 된다는 것이다. 따라서 사기적 기망행위까지 나아가지 않은 단순한 고지의무 위반의 경우에는 고의와 중과실에 대해서 그 제재적 효과를 달리할 이유가 크지 않고, 인식한 사실에 대하여 미고지한 것과 중대한 과실로 미고지한 것에 대한 법적 평가도 달리할 이유가 크지 않기 때문에 고의와 중과실에 대하여 법적 효과를 동일

98) 대법원 2019. 3. 28. 선고 2018도16002 전원합의체 판결; 한국사법행정학회, 「주석형법」 제3판, LAWnB, 2020, 184면(<https://www.lawnb.com>).

99) 장덕조, 앞의 책, 134-137면 참조; 본고에서는 통설의 입장에서 사실 그 자체는 특별한 사유가 없는 한 인식했음을 전제로 하고, 인식된 사실 자체가 고지해야 할 중요한 사실이라는 점을 인식했다면 '고의로, 인식된 사실 자체가 고지해야 할 중요한 사실이라는 점을 현저한 과실로 인식하지 못했다면 '중과실로 구분하여 기술하기로 한다.

하게 설정할 필요가 있다는 논거이다.

### 3) 소결(대안)

원칙적으로는 위 2가지 안이 모두 합리성이 있다고 본다. 다만 우리나라 실정에서는 제2안이 주장하는 바와 같이 오랫동안 고의와 중과실의 법적 효과를 동일하게 취급하여 왔고, 고지의무 위반에 있어서의 고의와 중과실의 구분이 사실상 중요한 사실을 이미 인식한 상태에서 그 사실이 고지해야 할 중요한 사실이라는 점을 인식했는지 아니면 현저한 과실로 인식하지 못했는지의 차이에 지나지 않기 때문에 그 비난 가능성에 큰 차이가 없다는 점에서 제2안의 입장에서 대안을 제시하고자 한다. 또한, 우리 상법은 세계적인 추세에 맞추어 조만간 고지 방법을 자발적 고지의무에서 응답적 고지의무로 전환할 가능성이 크기 때문에,<sup>100)</sup> 앞으로 고지의무 위반은 대부분 중과실은 문제가 되지 않고 고의에 의한 경우만 문제가 될 가능성이 있다. 따라서 고의와 중과실의 법적효과를 동일하게 설정할 경우에는 고의 수준에 맞추어 그 법적 효과를 설정하는 것이 필요하다. 하지만, 제2안이 주장하는 바와 같이 고지의무 위반에 있어서의 고의는 형사법 체계에서의 고의의 비난 가능성과 다르고, 사기적 기망행위에 이르지 않은 단순한 고의만을 대상으로 하기 때문에 그 법적 효과를 엄격하고 과도한 제재적 방식으로 설정하는 것보다는 적절히 완화하여 구성하는 것이 필요하다고 본다.

이 같은 맥락에서 사기적 기망행위에 이르지 않은 고의, 중과실에 의한 고지의무 위반의 경우에는 ‘인수기준 감액 방식’을 기본으로 하되, 일부 비례적 감액 방식(Pro rata rule)을 가미하여, ① 고지의무 위반 계약에 대해서는 원칙적으로 당초 제대로 고지했다면 체결되었을 다른 보험계약으로 변경(조정)하여 정상적인 계약으로 유지하되, 인수거절 되었을 계약에 대해서는 해지 처리하고<sup>101)</sup> ② 보험사고가 이미 발생한 경우에도 당초 제대로 고지했다면 체결되었을 다른 보험

100) 현재 고지의무 제도와 관련하여 국회 계류중인 상법 개정법률안으로는 전재수 의원 대표발의안(의안번호 제6904호, 2020. 12. 23. 발의)과 정운천 의원 대표발의안(의안번호 제7989호, 2021. 2. 8. 발의)이 있다. 양 법률안은 고지방법을 자발적 고지의무에서 응답적 고지의무로 완화하는 내용이며, 동 법률안에 대한 법제사법위원회 검토보고서에서는 ‘세계적으로도 자발적 고지의무를 폐지하고 응답적 고지의무로 전환하고 있는 추세임’ 등을 적시하면서 긍정적인 심사 의견을 제시하고 있다(법제사법위원회, “상법 일부개정법률안 검토보고서”, 2021. 2. 참조).

101) 현행 생명보험 표준사업방법서 제12조(계약전 알릴의무 위반으로 인한 계약의 해지 등)에서도 고의와 중과실을 구분하지 않고 ‘계약인수지참에 따라 처리하도록 하고 있다.

계약을 상정하여 그 다른 보험계약에 따라 보험금을 산정하여 지급하되, 인수거절 되었을 계약에 대해서는 면책 처리하며, ③ 보험료 차액이 발생하는 경우에는 보험료 차액에 비례하여 보험금을 감액하는 방식을 제안하고자 한다.<sup>102)</sup> 보험계약시 제대로 고지했다면 계약인수지침상 인수거절 사유에 해당되는지, 일부 인수가 가능한지, 조건변경 사유에 해당되는지 등에 따라 좀더 구체적으로 처리 방법을 세분화하여 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 당초 보험계약 체결시 제대로 고지했다면 인수거절 사유에 해당되는 경우에는 보험계약을 해지하고, 경과보험료는 보험계약자 측에 귀책이 있기 때문에 보험자에게 귀속되도록 해야 한다. 이미 보험사고가 발생하였더라도 제대로 고지했다면 인수거절 사유에 해당되기 때문에 고지의무 위반 사실과 보험사고와의 인과관계 존재 여부를 불문하고 면책 처리하는 것이 타당하다. 이는 보험계약자에게 가혹한 것이 아니라 당연한 것이며, 다른 선의의 고지자와 형평성 차원에서도 필요하다.

둘째, 당초 보험계약 체결시 제대로 고지했다면 일부 인수거절(일부 인수가능) 사유에 해당되는 경우에는 인수거절에 해당되는 부분은 해지하고 인수 가능한 부분만 유지하는 것으로 계약변경이 가능하도록 해야 한다. 당초 제대로 고지했다면 인수가 가능했을 부분을 유지하더라도 다른 보험계약자와의 형평성 문제가 크지 않고, 보험계약자와 보험자 모두에게 이익이 될 수 있기 때문이다. 일부 해지된 부분에 대한 경과보험료는 보험계약자 측에 귀책이 있기 때문에 보험자에게 귀속되도록 해야 한다. 이미 보험사고가 발생하였을 경우에는 제대로 고지했다면 인수거절에 해당되는 부분이라면 고지의무 위반 사실과 보험사고와의 인과관계 존재 여부를 불문하고 면책 처리하고, 인수가 가능했을 부분에 대하여는 다음의 ‘셋째’ 방법에 준하여 처리하는 것이 적절하다.

셋째, 당초 보험계약 체결시 제대로 고지했다면 조건변경 사유(면책사유 추가,

102) 이와 같이 ‘인수기준 감액 방식’과 ‘비례적 감액 방식’을 도입할 경우에는 고지의무 위반에 대한 엄격한 제재보다는 흠이 있는 보험계약을 정상화하고 납입된 보험료 수준에 상응하는 보험금을 지급하겠다는 취지인 만큼, 고의, 중과실로 인한 고지의무 위반뿐만 아니라 일반적인 통상의 과실 내지 경과실로 인한 고지의무 위반의 경우까지 그 주관적 요건의 적용 범위를 확대하는 것도 고려할 수 있다고 본다(이 경우, 통상의 과실 내지 경과실로 인한 경우에는 소급효를 부여하지 않는 것이 적절하며, 그 범위 내에서는 후술하는 (3) 경과실, 무과실의 경우에서의 논의 내용을 조정할 필요가 있음).

면책기간 부여, 담보 제외 등에 해당되는 경우에는 면책사유 또는 면책기간, 담보 제외 사유 등에 해당되는 부분에 대해서는 이러한 조건을 반영하여 계약변경이 가능하도록 하는 것이 필요하다. 만약 보험계약의 분리가 불가능하거나 일부 불가능한 부분이 있다면 보험계약자 측에 귀책사유가 있기 때문에 분리가 가능한 부분에 한하여 계약 유지가 가능하도록 할 수 밖에 없다. 그리고 이미 보험사고가 발생하였을 경우에는 제대로 고지했다면 면책사유 또는 면책기간, 담보 제외 사유 등에 해당되는 부분에 대해서는 고지의무 위반 사실과 보험사고와의 인과관계 존부를 불문하고 면책하고, 나머지 부분에 대해서는 고지의무 위반 사실과 인과관계 여부를 불문하고 보험금을 지급하도록 하는 것이 적절하다.

넷째, 보험료 차액이 발생하는 경우에는 제대로 고지했다면 적용되었을 할증(상승)된 보험료를 기준으로 보험계약을 정상적으로 변경(조정) 하도록 하고, 최초 보험계약 시로부터 소급하여 미납된 보험료와 예정이율 수준의 이자를 모두 추징하도록 하여야 한다. 그리고 이미 보험사고가 발생하였을 경우에는 제대로 고지했다면 보험료가 할증(상승)하는 때라면 할증(상승) 전 실제 납입되었던 보험료 수준에서 보험가입금액을 재산정하거나 비례적 감액 방식(pro rata rule)을 채택하여 보험료 차액에 비례하여 보험금을 감액하여 고지의무 위반 사실과 인과관계 존부를 불문하고 보험금을 지급함으로써 과도한 제재적 효과를 완화하고 다른 한편으로는 과도한 보상을 방지할 필요가 있다.

### (3) 경과실, 무과실의 경우

보험 이론적으로는 급여·반대 급여 균형의 원칙상<sup>103)</sup> 보험자가 보험기간중 고지의무 위반 사실을 인지한 경우에는 그것이 보험계약자 측의 경과실 또는 무과실로 초래된 경우에도 해당 보험계약을 정상화하는 방향으로 보험계약을 변경하는 것이 바람직하다.<sup>104)</sup> 프랑스, 독일, PEICL 등의 경우에도 대체적으로 제대로 고지했다면 체결되었을 보험계약으로 변경하도록 하고 있다. 그러나 우리나라 현실에서는 다음과 같은 이유로 인하여 이를 채택하기 어렵다고 본다.

103) 양승규, 앞의 책, 102-103면(독일의 경제학자 W. Lexis는 보험료를  $p$ , 확률을  $w$ , 보험금액을  $Z$ 라고 하여  $p=Zw$ 라는 산식으로 나타낸다).

104) 고지의무 위반의 주관적 요건을 확장하여 경과실까지 보험자에게 일정한 권리를 부여한다는 논의에 대해서는 ‘한기정, 앞의 논문, 373면, 375면’, ‘김효신, 앞의 논문, 285면’ 참조.

첫째, 우리 상법이 그 동안 경과실, 무과실로 고지의무를 위반하여 체결된 보험계약을 용인하고 보험사고 발생시에도 고지의무 위반 사실과 보험사고와의 인과관계 존재 여부를 불문하고 보험금을 지급하여 왔다는 점, 둘째, 보험에 대한 비전문가인 일반 소비자에 대하여 경과실 또는 무과실로 고지의무를 위반한 경우까지 그 책임을 추궁하는 것은 우리나라 현실에서 사회적 동의를 얻기 어렵다는 점, 셋째, 보험계약자로서는 정상적으로 보험계약이 체결되었다고 신뢰하고 당해 보험계약대로 보장을 받을 수 있다는 기대가 이미 형성되었다고 볼 수 있다는 점, 넷째, 단순히 차액 보험료만 발생하는 경우에는 보험료 차액을 징수하는 방법으로 계약변경이 가능하지만, 인수거절 사유 등에 해당되는 경우에는 현실적으로 보험계약을 해지하거나, 면책사유 추가, 면책기간 부여, 담보 제외가 곤란하다는 점 등 여러 가지 문제점이 발생할 소지가 있다는 점 등에서 현행과 같이 기존 보험계약을 그대로 유지되는 것으로 할 수밖에 없다고 본다.

개선 방안 기본 골자(입법 방향)

주관적 요건별		보험계약 처리	사고보험금 지급 방식
사기적 기망		보험계약 취소 - 보험료 보험자 귀속	면책(인과관계 불문)
고의, 중과실	인수거절 사유	보험계약 해지	면책(인과관계 불문)
	다른 조건 인수 가능시	다른 조건으로 계약 조정	다른 조건 기준으로 보험금 지급 (인수기준 감액 방식)
	보험료 차액 발생시	보험료 조정 - 보험료 소급 추징	보험료 차액 비율에 비례하여 감액 지급 (비례적 감액 방식)
경과실, 무과실		현행과 동일	

3. 계약인수지침의 공정화(餘論)

본고에서 제안하는 ‘인수기준 감액 방식’이 원활히 작동되게 하기 위해서는 현재 각 회사별로 운영하고 있는 계약인수지침<sup>105)</sup>을 일정 부분 표준화하여 그 공

105) 생명보험 표준사업방법서 제6조(계약인수지침) ① 회사는 각 위험요소가 위험보장에 영향을 미

정성을 유지하는 것이 필요하다. 개별 회사별로 계약인수지침이 다를 경우, 보험 계약자가 어느 보험회사를 선택했느냐에 따라 고지의무 위반시 그 효과에 있어 차이가 발생할 수 있고, 보험자가 보험금을 전액 면책처리 하기 위해 계약인수지침을 과도하게 강화할 우려도 있기 때문이다. 그러나 보험회사가 계약인수지침을 과도하게 강화하게 되면 그만큼 보험영업 자체가 어렵기 때문에 보험회사는 합리적인 수준에서 계약인수지침을 운영할 수 밖에 없을 것이다. 따라서 계약인수지침을 과도하게 강화하거나 보험계약자에게 불이익하게 운영할 우려는 적지만, 최대한 공정하고 객관적인 계약인수지침이 운영될 수 있도록 감독기관에서 표준 계약인수지침을 제정하거나 현행 표준사업방법서 등에 그 최소한의 요건을 구체적으로 보완하여 제시할 필요가 있다.

## V. 맺는 말

통설의 입장에서 본다면 고지의무 제도 존재 의의는 보험자가 보험계약자 측이 보유하고 있는 정보를 기술적으로 용이하게 확보하도록 함으로써 보험자와 보험계약자측 간의 정보 불균형을 해소하는 것이다. 정보 불균형을 해소하고자 하는 것은 위험과 이를 보장하기 위한 대가, 즉 급여반대 급여 균형의 원칙에 따라 보험료를 균형적으로 산출하기 위한 것이다. 따라서 사후적으로 동 균형이

---

치는 정도에 따라 보험가입을 거절하거나 보험가입금액 한도 제한, 일부 보장 제외, 보험금 삭감, 보험료 할인·할증 등 조건부 인수를 할 수 있으며, 보험종목별로 그 기준이 되는 계약인수지침을 마련하여 사용한다.

② 회사는 제1항에 의하여 피보험자(보험대상자)의 직업 또는 직종별로 보험가입금액 한도를 다르게 할 수 있으며, 이 경우 청약서에 그 한도를 명기한다.

③ 회사는 제1항 및 제2항에도 불구하고 역선택 방지 등 합리적인 사유 없이 특정 직업 또는 직종에 종사한다는 사실만으로 보험가입을 거절하지 않는다.

④ 제1항에서 정한 조건부 인수방법 중 일부 보장제외, 보험금 삭감, 보험료 할인·할증의 경우에는 사업방법서 별지에 의한 보험종목(특약)을 부가한다.

⑤ 제1항의 규정에도 불구하고 청약에 대하여 회사가 계약인수지침과 다르게 승낙을 한 경우에는 그 승낙에 대하여 책임을 진다.

⑥ 제1항의 조건부 인수방법 중 보험료를 할인하는 방법은 다음과 같이 시행한다.

1. 보험료 할인조건은 사업방법서 별지에 구체적으로 명시한다. 다만, 피보험자(보험대상자)의 건강 상태를 기준으로 보험료를 할인 적용하는 경우에는 제2호 내지 제5호를 따른다.

2. (이하 생략).

깨지는 사실을 발견한 경우에는 이를 복구하여 정상화하고, 당초 제대로 고지하였다면 체결되었을 계약조건으로 보험금을 지급하거나 면책 처리한다면, 지금의 고지의무 제도처럼 엄격한 제재적 수단이 불필요할 뿐만 아니라, 보험계약자에게 도덕적 위험을 부추길 유인도 줄어들 것이다. 그런 의미에서 본고에서 제시한 ‘인수기준 감액 방식’의 도입은 보험원리에 충실한 보험제도를 구축하는 것이며 궁극적으로는 우리 보험제도가 지향해야 할 방향이라고 생각한다. 사기적 기만에 이르는 경우를 제외하고는 고의나 중과실의 구분도 불필요할 것이며, 고지의무 위반 사실과 보험사고와의 인과관계 존재 여부에 따른 처리 방식을 굳이 고집할 필요도 없게 된다. 계약인수지침이라는 객관적인 잣대를 기준으로 처리하면 되기 때문에 인과관계 존재 여부를 둘러싸고 벌어지는 각종 민원, 분쟁 문제도 상당 부분 해소되리라 생각된다.

새로운 제도를 도입하기 위해서는 그 충격을 완화하기 위하여 개인보험 부분을 먼저 도입한 후 기업보험 부분으로 점차 확대하는 방안<sup>106)</sup>도 고려해 볼 수 있을 것이다. 또한 상법 제652조(위험변경증가의 통지와 계약해지), 제653조(보험계약자 등의 고의나 중과실로 인한 위험증가와 계약해지)의 경우를 포함할 것인 지에 대해서는 별도의 검토가 필요하다. 현재의 우리나라의 경제수준과 국민의 의식수준 그리고 정보통신 수단의 발전 등에 비추어 볼 때, 지금이 고지의무 위반에 있어서 제재적 효과를 보험원리와 형평에 맞게 선진적으로 개선해야 할 시점이라고 생각한다.

106) 영국의 경우에도 2012년 Consumer Insurance Act와 2015년 Insurance Act를 순차적으로 제정하면서 개인보험 부분에서 기업보험 부분으로 점차 확대한 바 있다.

## 참고문헌

- 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001.
- 송옥렬, 「상법강의」 제11판, 홍문사, 2021.
- 양승규, 「보험법」 제5판, 삼지원, 2004.
- 장덕조, 「보험법」 제5판, 법문사, 2020.
- 최기원, 「보험법」 제3판, 박영사, 2002.
- 한기정, 「보험법」, 박영사, 2017.
- 한창희, 「보험법」 제4판, 국민대학교 출판부, 2019.
- 한국사법행정학회, 「주석형법」 제3판, LAWnB, 2020(<https://www.lawnb.com>).
- 
- 김선정, “일본 보험법상 고지의무제도의 개혁”, 「기업법연구」 제22권 제4호, 한국기업법학회, 2008.
- \_\_\_\_\_, “일본의 보험법개정과 시사점, 총론과 공통규정을 중심으로”, 「상사법연구」 제28권 제4호, 한국상사법학회, 2010.
- 김은경, “개정 독일보험계약법상 고지의무에 대한 고찰”, 「경희법학」 제44권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2009.
- \_\_\_\_\_, “보험계약법상 중과실비례보상과 사례집단에 대한 연구”, 「상사판례연구」 제27집 제2권, 한국상사판례학회, 2014.
- \_\_\_\_\_, “보험계약법상 중과실비례보상제도의 도입”, 「강원법학」 제41(I)권, 강원대학교 비교법학연구소, 2014.
- 김형진, “고지의무위반의 효과에 관한 법적 연구”, 건국대학교 대학원, 박사학위 논문, 2019.
- 김효신, “고지의무의 입법상 과제”, 「비교사법」 제20권 제1호, 한국비교사법학회, 2013.
- 양승규, “고지의무에 관한 고찰”, 「서울대학교 법학」 제26권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1985.
- 이정원, “2015년 영국보험법상 고지의무제도에 대한 고찰”, 「해사법연구」 제28권 제2호, 한국해사법학회, 2016.

■ 保險法研究 제15권 제2호 (2021)

장덕조, “영국보험법상의 개정방향과 시사점”, 「상사법연구」 제28권 제4호, 한국상사법학회, 2010.

한기정, “보험계약상 고지의무에 대한 입법론적 고찰”, 「서울대학교 법학」 제52권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2011

한창희, “고지의무의 입법적 연혁과 최근동향”, 「상사법연구」 제28권 제4호, 한국상사법학회, 2010.

\_\_\_\_\_, “영국의 개정 고지의무제도에 관한 연구”, 「법학논총」 제29권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2016.

국회 법제사법위원회, “상법 일부개정법률안 검토보고서”, 2021. 2.

전재수 의원 대표발의안(의안번호 제6904호), “상법 일부개정법률안”, 2020. 12. 23.

정운천 의원 대표발의안(의안번호 제7989호), “상법 일부개정법률안”, 2021. 2. 8.

금융감독원, “2020년도 금융민원 및 금융상담 동향”, 보도자료, 2021. 4. 7.

潘阿憲, “ドイツ保險契約法上のプロ・ラタ主義と告知義務違反”, 「保險學雜誌」 第637号, 日本保險學會, 2017.

保寬展, “ヨーロッパ保險契約法原則 (PEICL) の生成と展開久” 「保險學雜誌」 第616号, 日本保險學會, 2012.

小林道生, “告知義務違反の効果とプロラタ主義”, 「保險學雜誌」 第607号, 日本保險學會, 2009.

中出哲, “イギリス保險契約法の改正とわが國への示唆”, 「保險學雜誌」 第637号, 日本保險學會, 2017.

Jürgen Basedow/John Birds/Malcolm Clarke/Herman Cousy/Helmut Heiss/Leander Locker, *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)(2nd Expanded Edition)*, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016.

Henrik Lando, “Optimal rules of negligent misrepresentation in insurance contract law”, *International review of law and economics*, Volume 46, 2016. 6.

Kevin X. Li/Yulan Wang/Owen Tang/Jie Min, “Disclosure in insurance law: a comparative analysis”, *European Journal of Law and Economics*, Volume 41, Issue 2, 2016. 4.

Rob Merkin/Özlem Gürses, “The Insurance Act 2015: Rebalancing the Interests of Insurer and Assured”, *Modern law review*, Volume 78, Issue 6, 2015. 11.

Prölss/Martin/Armbrüster, 31. Aufl. 2021, VVG(<https://beck-online.beck.de>).

HK-VVG/Peter Schimikowski, 4. Aufl. 2020, VVG(<https://beck-online.beck.de>).

<Abstract>

## **A Study on the Improvement of the Legal Effects of the Breach of the Disclosure duty under Insurance Contracts Act through Comparative Legal Analysis**

**Kim, Sang Ki\***

The duty of disclosure is an important legal device to resolve the information imbalance between the insurer and the policyholder by helping the insurer to obtain information held by the policyholder more easily, and therefore to maintain the homogeneity of the insurance organization and equity among the policyholders. To ensure that the duty of disclosure system works well, giving a certain disadvantage to policyholders who breach the duty is an inevitable choice in terms of preventing the moral risks of policyholders and the inflow of malicious policyholders to insurance organizations. However, efforts to find appropriate levels of disadvantage and reasonable treatment for violations of obligations are crucial because if the disadvantage reaches the extent where it is difficult to be anticipated or unbearable in general civil relations, it can rather lead to consumer complaints, civil petitions, and it can also hamper the operation of sound insurance systems.

In the early days of the introduction of the insurance system, the level of information communication technology, as well as the information accumulation and delivery were not as smooth as they are now. For this reason, the insurer had no choice but to rely entirely on the information provided by the policyholder when they sign the insurance contract. In addition, because it was not easy to find and confirm information concealed by the policyholder after the insurance accident, giving disadvantages even through post-discovery

---

\* Lead Manager, Financial Supervisory Service / A doctorate, Yonsei University Law School.

was necessary for the precautionary purpose. However, the duty of disclosure system can vary depending on the development of science and technology related to information and communication, the establishment of information accumulation-related systems, and the level of consciousness of the people and the background of the times. Today, each country's system was derived from the 1906 Marine Insurance Act, which was codified by the case law formed in a social atmosphere to protect insurers from selfish acts by policyholders in the 18th and 19th centuries in Britain. This adherence, however, has been criticized by scholars for being relatively harsh on policyholders. In this atmosphere, France, Germany, and the UK had already improved the system in 1989, 2007, and 2012 and 2015 respectively, to protect insurance consumers by easing the sanctions for breaching the duty of disclosure.

The level of information and communication technology, as well as the accumulation and distribution of information in Korea, can be said to be world-class, and a variety of information with a large volume is accumulated and distributed in real-time through various media. For example, even individuals' sensitive disease-related information such as hospital medical records and regular medical examination records is stored and managed through electronic media. This indicates that the insurer can closely examine hospital records, medical examination records, and other insurers' handling of insurance incidents if the policyholder gives consent to reveal that information in the event of an accident, and the insurer can easily uncover the policyholder's breach of the disclosure duty, which makes it almost impossible for the policyholder to evade their responsibility by concealing their information. Nevertheless, it is inevitable to question whether continuing this system, which is the practice of an insurer completely terminating an insurance contract and not paying the full amount in the event of a breach of the duty of disclosure, is in line with the purpose of today's financial consumer protection.

Despite the introduction of the revision trends of related laws in each country through prior research, the consensus has not been

reached on the legislation direction for the legal effects of the breach of the disclosure duty. With this background, this paper will outline the legal effects in the case of the breach of the disclosure duty, especially the handling of contracts and insurance payments, and present problems with the current Insurance Contracts Act and legislative directions appropriate to the situation of Korea.

**Key Words** : Duty of disclosure, Insurance contract, Misrepresentation, Fair presentation, Pro rata rule, Proportionate approach, All or nothing, Remedy for non-disclosure