

# 기왕질병 부담보 조항에 대한 고찰

최 병 규\*

<차례> \_\_\_\_\_

- |                             |                             |
|-----------------------------|-----------------------------|
| I. 머리말                      | IV. 독일의 경우의 논의              |
| II. A사의 분쟁사례                | V. 문제의 약관의 무효여부 및 인과관계와의 관계 |
| III. 보험기간과 소급보험 및 기사고발생의 경우 | VI. 제도운용의 방향                |
|                             | VII. 맺음말                    |
- 

주제어 : 기왕질병, 면책사유, 소급보험, 고지의무, 인과관계, 제척기간, 보험의 선의성, 사기 취소, 정신질환, 불이익금지

<국문초록> 국민들의 노후보장과 안심을 책임지는 것이 보험제도이다. 보험제도에서는 선의계약성 및 사고의 우연성의 요소가 중요하다. 당사자 쌍방이 모르는 예외적인 상황의 소급보험이 아닌 이상 이미 사고가 발생한 후에 보험계약을 체결하는 경우에는 계약 자체가 무효이다. 상법 제644조에서는 이미 사고가 발생한 후 보험에 가입하면 계약이 무효라는 내용을 규정하고 있다. 보통의 고지의무위반으로 인한 제척기간은 상법상 계약체결 후 3년이다. 그리고 원래 대리진단, 약물복용 등 뚜렷한 사기의사로 보험에 가입하면 취소로 문제 제기할 수 있는 기간이 민법에 의하면 10년이며, 약관에서는 5년 동안은 문제제기가 가능하다. 그런데 실제로 분쟁이 발생하는 사건을 보면 보험계약자가 사고발생으로 보험의 목적을 지속적인 통제 하에 두고 있을 때에는 그 보험계약은 무효라는 상법 제644조의 법리의 해석 및 상법 제651조, 제655조의 고지의무위반 사항과 기왕질병 부담보를 내용으로 하는 약관이 매우 어려운 해석의 문제를 야기하고 있다. 선의성을 전제로 한다. 그리고 정상적인 경우에는 계약체결 이후의 사고를 담보한다. 더 나아가서 질병보험의 경우에는 일정한 대기기간을 인정하고 있다. 그런데 이미 질병 등의 보험사고가 발생한 경우 고지의무위반과 약관상의 면책사유가 경합을 하여 문제가 되는 경우가 발생한다. 최근의 분쟁사례에서도 이를 확인할 수가 있다. 기왕질병 부담보의 약관은 상법 제663조와 관련하여 문제가 된다. 그리고 상법 제644조와도 비교를 요한다. 상법 제644조에 의하면 보험계약전 이미 사고가 발생하면 그

\* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

- 논문접수일(2017.06.09), 심사개시일(2017.06.19), 게재확정일(2017.06.23)

계약은 무효가 된다. 그런데 기왕질병 부담보의 약관은 그러한 경우에도 계약은 무효로 하지 아니하고 다만 일정한 범위에서 담보대상으로부터 제외하고 있다. 그러한 측면에서 보면 상법 제663조에 위반하지 아니한다고 볼 수 있다. 더욱이 우리 대법원은 보험에서 인수하는 위험은 보험상품에 따라 달라질 수 있는 것이어서 정신질환 면책사유를 규정한 약관조항이 고객에게 부당하게 불리하여 공정성을 잃은 조항이라고 할 수 없다고 하고 있다. 즉 정신질환을 별도의 면책사유로 하고 있는 약관조항을 유효하다고 평가하고 있다. 원래 자살은 면책이지만 정신질환으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서의 자살은 보험금을 지급하도록 하고 있는 상황<sup>1)</sup>임에도 대법원은 그와 같이 판결을 선고한 것이다. 이러한 대법원의 입장을 보면 기왕질병 부담보 약관조항을 무효라고 보기는 어렵다. 하지만 고지의무와 관련하여서 보면 고지의무는 제척기간을 인정하고 있는데, 제척기간이 경과하였는데도 기왕질병 부담보의 약관에 의하여 해당질병에 대하여 부담보하는 것은 부분적으로 상법 제663조에 위반이 될 수 있다. 독일의 경우에도 포괄적 부담보조항은 경우에 따라 독일 민법 제307조에 의하여 무효로 될 수 있음을 인정하고 있다. 따라서 기왕질병 부담보의 약관조항을 부분적으로 제한하여 해석하는 것이 필요하다. 추후 보험법상의 주요 이론에 속하는 고지의무제도와 상법 제644조의 법리와 기왕질병 부담보 조항의 상호관계에 대하여 보다 면밀하고 심층적인 연구가 진행되어 법적 불명확성을 제거하는 노력을 다 함께 경주하여야 한다. 그를 통하여 보험계약의 원래의 선의성과 사고의 우연성을 견지하면서도 보험계약자는 보장을 받게 있어, 상법 제663조가 추구하듯이 불이익이 없도록 하여야 한다.

## I. 머리말

민영 보험계약은 국민들의 건강과 안심을 책임지고 노후를 보장하는 등, 국가가 수행하기 어려운 중요한 사회복지적 보완기능을 수행한다. 원래 보험계약에서 보험사고는 우연한 사고이어야 한다. 그리고 당사자 쌍방이 모르는 예외적인 상황의 소급보험이 아닌 이상 이미 사고가 발생한 후에 보험계약을 체결하는 경우에는 계약 자체가 무효이다. 즉 상법 제644조에서는 이미 사고가 발생한 후 보

1) 대법원 2006.3.10. 선고 2005다49713 판결. “상법 제659조 제1항 및 제732조의 2의 입법취지에 비추어 볼 때, 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어서 자살을 보험자의 면책사유로 규정하고 있는 경우 그 자살은 사망자가 자기의 생명을 끊는다는 것을 의식하고 그것을 목적으로 의도적으로 자기의 생명을 절단하여 사망의 결과를 발생케 한 행위를 의미하고, 피보험자가 정신질환 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생케 한 경우까지 포함하는 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 그러한 경우 사망의 결과를 발생케 한 직접적인 원인행위가 외래의 요인에 의한 것이라면 그 보험사고는 피보험자의 고의에 의하지 않은 우발적인 사고로서 재해에 해당한다(부부싸움 중 극도로 흥분한 정신적 공황상태에서 베란다 밖으로 몸을 던져 사망한 경우 보험자가 면책되지 아니한다고 한 사례).”

험에 가입하면 계약이 무효라는 내용을 규정을 하고 있다. 한편 보통의 고지의무 위반으로 인한 제척기간은 상법상 계약체결 후 3년이다. 고지의무 위반이 있어도 계약체결 후 3년이 경과하고 이 기간 내에 보험사고가 발생하지 아니하였다면 보험관계를 유지하는 것이 타당하다고 여겨지기 때문에 제척기간을 둔 것이다.<sup>2)</sup> 그리고 원래 대리진단, 약물복용 등 뚜렷한 사기의사로 보험에 가입하면 취소로 문제제기할 수 있는 기간이 민법에 의하면 10년이며,<sup>3)</sup> 약관에서는 5년 동안은 문제제기가 가능하다. 그런데 실제로 분쟁이 발생하는 사건을 보면 보험계약자가 사고발생으로 보험의 목적을 계속적인 통제 하에 두고 있을 때에는 그 보험계약은 무효라는<sup>4)</sup> 상법 제644조의 법리<sup>5)</sup>의 해석<sup>6)</sup> 및 상법 제651조, 제655조의 고지의무위반 사항과 기왕질병 부담보를 내용으로 하는 약관이 매우 어려운 해석의 문제를 야기하고 있다. 이에 이 글에서는 실제 문제가 된 분쟁조정 대상인 사건을 중심으로 하여 기왕질병 부담보 조항의 효력과 고지의무의 인과관계 및 상법 제663조 및 제644조의 법리를 살펴본다.

## II. A사의 분쟁사례

관련 사안으로서 A사의 분쟁소례를 소개한다.

### 1. 쟁점 사안

피보험자는 간질발작 및 뇌전증으로 1997.2.25 ~ 2016.2.24. 기간중 103회 통

- 
- 2) 박세민, 「보험법」, 제4판, 박영사, 2017, 221쪽.  
 3) 고지의무와 민법상 취소와 관련하여 통설은 착오·사기 구별설을 취하고 있다. 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001, 238쪽, 김은경, 「보험계약법」, 보험연수원, 2016, 206쪽, 정상근, 「보험계약법」, 도서출판 좋은땅, 2006, 89쪽, 정찬형, 「상법강의(하)」 제17판, 박영사, 2015, 575쪽. 병용설을 취하는 입장으로는 채이식, 「상법강의(하)」 개정판, 박영사, 2003, 462쪽 참조. 사기취소를 인정할 수 없다는 대법원 판결로서 대법원 2005.4.29. 선고 2005다1247 판결 참조.  
 4) 이기수·최병규·김인현, 「보험·해상법」, 제9판, 박영사, 2015, 83쪽.  
 5) 당사자 쌍방이 모르는 경우에는 악용할 우려가 없기에 예외적으로 허용한다. 한창희, 「보험법」, 개정3판, 국민대학교 출판부, 2017, 231쪽.  
 6) 상법 제644조와 관련하여 보험자가 보험사고의 발생가능성이 부분적으로 없다는 것을 알았을 때에는 그 부분에 상응하는 보험료의 지급을 청구하지 못한다. 최기원, 「보험법」, 제3판, 박영사, 2002, 106쪽.

원 및 간질약 처방을 받은 병력이 있었으나, 2010.6.16. 문제의 보험계약 체결시 간질 병력을 고지하지 않고 가입하였다. 이후 2016.3.12. 08시피보험자는 친구집에서 잠을 자다가 심폐정지된 상태로 발견되어 119 구급 대원이 응급조치를 하였으나 사망하였다. 이 때 사체를 검안한 의사는 직접사인을 간질발작으로 기재하였으며, 경찰에서도 피보험자가 잠을 자던 중 간질발작의 합병증으로 사망한 것으로 수사를 종결하였다. 이 경우 피보험자의 사망이 질병사망인지 여부 및 문제의 보험계약 특별약관 제3조 제⑨항에서 정하는 보상하지 아니하는 손해인 '간질 환 관련한 보험금' 해당 여부 및 동 약관의 유효성 여부 등이 쟁점이다

## 2. 계약사항

당사자가 가입한 보험계약의 내용은 다음과 같다.

보험종목	무배당 A통합보험J
보험기간	2010.6.16 ~ 2081.6.16
계약자/피보험자	이##
적용담보	질병사망보험금 60,000,000원

## 3. 진행경위

### (1) 사건 과정

해당인은 피보험자이면서 계약자로서 2010.06.16. 무배당 A통합보험J 가입하였다. 피보험자는 1997년부터 가입 직전까지 전남대병원에서 간질 약을 처방받고 복용하였다. 간질 치료이력 청약당시 알려야 할 중요한 사항에 해당하나 불고지하였다. 피보험자는 2016.03.12. 사망하였다. 사체검안서상의 사인은 직접사인 간질발작 추정이었다. 이 계약은 2010년 6월 체결된 계약으로 고지의무 위반의 제척기간은 경과하였다.

## (2) 조사 내용

### 1) 경찰수사 내용

변사자는 간질병 환자이며 현대중공업 협력업체에서 일하기 위해 2016.3.2. 고향친구인 신○○ 이 거주하는 울산으로 내려와 구직하던 중이었다. 변사자는 2016.3.12. 08시경 친구 주거지 작은방 내에서 잠을 자던 중 간질발작의 합병증으로 인해 사망하였다

### 2) 외부 의료지문

외부 의료지문 결과는 사망원인을 판정할 수 없다는 것이었다.

### 3) A사의 의견 및 시체검안의 의견

A사는 사망원인은 미상이며, 시체검안서상 기술된 ‘간질발작(추정)’은 원인을 밝히는 근거로 쓰일 수 없다. 단순한 추정일 뿐이다. 상해사망으로 볼 근거가 없으므로 질병사망에 해당한다고 주장하고 있다. 한편 부산 수영구 소재 한국법의의원 시체검안결과 간질발작(추정)으로 기재하였다. 그리고 시체검안의(한국법의의원)는 사인 판단 근거에 대해 유선확인 결과 목격자 등 주변인 진술 상 간질 기왕력이 확인되어 간질사망으로 사인 기재한 것으로 진술(녹취 등재)하였다.

### 4) 치료 경위

피보험자는 1997.2.25 ~ 2010.5.31 기간중 간질, 뇌전증 진단 하에 82회 통원 및 약물처방을 받았다(전남대 병원). 그리고 2010.8.23 ~ 2016.2.24 기간중 간질, 뇌전증 진단 하에 21회 통원 및 약물처방을 하였다(전남대 병원). 또한 2012.11.29 발작으로 응급실 통원(울산대 병원)을 하였다.

### 5) 의료검토

환자 의무기록상 전신성 강직성 간대성 발작이 수차례에 걸쳐 발생한 것으로 확인되며, 통상 간질발작 시 기도폐쇄 등으로 인하여 사망하였을 가능성이 높다. 간질발작 환자일 경우 일반인보다 돌연사의 위험성이 높다(대한간질학회지).

#### 4. 신청인 요구사항

보험가입 전 고지의무 대상이 되는 질병을 갖고 있는 피보험자는 해당질병과 인과관계 있는 질병사망에 대하여는 전부 보상이 불가하다는 논리가 발생한다(예컨대, 특별히 지속적으로 투약을 해야하는 가입 전 고혈압약을 복용중인 피보험자는 보험계약체결후 수년이 경과하여 인과관계 있는 질환(뇌출혈, 심근경색)으로 사망한 경우 보험금 지급이 불가하다). 만약 해당 약관조항으로 고지의무위반 여부를 불문하고 전부 보상을 하지 않는다면 어차피 고지의무를 이행하든 안하든 보상을 받을 수 없기에 상법 및 약관상 고지의무위반에 대한 조항이 불필요하며, 상법상 고지의무위반에 대한 제척기간이 갖는 효과도 무의하게 된다. 그러므로 문제의 질병사망보험금 60,000,000원을 지급할 것을 요구하고 있다.

#### 5. A사 실시의 외부 법률 자문

A사가 실시한 법률자문의뢰에 대하여, 피보험자의 사망원인이 객관적으로 명확하게 밝혀지지 않은 점은 있으나, 피보험자의 나이, 간질의 병력, 간질에 의한 의학적 사망 가능성 사망 당시의 정황 등 제반 사정을 종합하면 피보험자의 사망원인으로 가장 가능성이 높은 것은 간질로서 질병사망에 해당된다고 판단되며, 약관 제3조 제9항에 따라 보험금 미지급 사유에 해당한다는 자문결과를 받았다.

#### 6. 보상부서 검토 의견

A사는 피보험자에게 보험가입 전부터 발병하여 청약서상 계약 전 알릴의무(중요한 사항)에 해당하는 간질치료 사실과, 금 번 간질발작 사망이 '동일한 보험사고 인지 별개의 보험사고 인자를 논하는 것이 아니라, 피보험자가 1997년부터 치료를 받아왔던 간질은 보험가입 시 보험사에 알려야 할 중요한 사항으로써, 피보험자께서 계약 전 알릴 의무(중요한 사항)에 해당하는 과거의 질병과 동일한 질병으로 사망하신 것으로 확인 되었기에, 당사는 특별약관 제3조(보험금 지급에 관한 세부규정) 제9항에 근거하여 금 번 사망사고에 대해 보험금 부지급 대상으로 판단하고 있다.

## 7. 추가 쟁점 사항

추가적으로 다음의 사항이 의논의 대상이 된다.

### (1) 추정을 확정으로 볼 수 있는지

피보험자의 사망과 관련하여 간질(추정)을 간질(확정)사망으로 볼 수 있는지 여부도 문제된다. 그 이유는 약관상 계약전 알릴 의무에 해당하는 질병으로 인하여 과거에 진단받은 경우~ 관련한 보험금을 지급하지 않습니다라고 되어 있는데, 금융감독원의 입장으로서 가입전 질병과 사망질병이 같아야 면책이 가능하다고 한다. 즉 인과관계성립이 아니라 동일한 것일 것을 요구하고 있다.

### (2) 제척기간과 관련한 문제점

상법상 고지의무위반의 제척기간은 3년인데, 위 약관에서 3년이 경과하였을 경우에도 면책이 가능한지 여부가 문제된다.

## 8. 적용 보험약관

본 사건의 경우에 적용되는 A사의 보험약관은 다음과 같다.

<p>3-1. 질병사망 및 고도후유장해 특별약관</p> <p>제2조(보험금의 종류 및 지급사유)</p> <p>① 회사는 피보험자(보험대상자)에게 보험기간 중에 다음 사항 중 어느 한 가지의 경우에 해당되는 사유가 발생한 때에는 보험수익자(보험금을 받는 자)에게 약정한 보험금을 지급합니다. i 보험기간 중에 질병으로 사망한 경우 보험증권(보험가입증서)에 기재된 이 특별약관의 보험가입금액을 사망보험금으로 보험수익자(보험금을 받는 자)에게 지급합니다. (이하 생략)</p> <p>제3조(보험금 지급에 관한 세부규정)</p> <p>① ~ ⑧ (생략)</p> <p>⑨ 청약서상 “계약 전 알릴의무(중요한 사항에 한합니다)”에 해당하는 질병으로 인하여 과거(청약서상 당해 질병의 고지대상 기간을 말합니다)에 진단 또는 치료를 받은 경우에는 제2조(보험금의 종류 및 지급사유)의 보험금 중 해당 질병과 관련한 보험금을 지급하지 아니합니다.</p>
--

### Ⅲ. 보험기간과 소급보험 및 기사고발생의 경우

#### 1. 상법 제644조의 법리

보험사고는 보험자의 책임을 발생시키는 사건을 말하는데, 이를 위험이라고도 한다. 그런데 이미 발생하였거나 발생할 수 없는 것을 보험사고로 하는 계약은 무효이다(상법 제644조 본문).<sup>7)</sup> 다만 소급보험을, 당사자 쌍방이 사고발생을 알지 못하고 체결한 경우에는 그 보험계약도 유효하다(상법 제644조 단서).<sup>8)</sup> 대법원의 입장에 의하면 보험계약이 체결되기 전에 보험사고가 이미 발생하였을 경우 보험계약의 당사자 쌍방 및 피보험자가 이를 알지 못한 경우를 제외하고는 그 보험계약을 무효로 한다는 상법 제644조의 규정은 보험사고는 불확정한 것이어야 한다는 보험계약의 본질에 따른 강행규정으로 당사자 사이의 합의에 의해 이 규정에 반하는 보험계약을 체결하더라도 그 계약은 무효임을 면할 수 없다(대법원 2002.6.28. 선고 2001다59064 판결<sup>9)</sup>)고 한다.

#### 2. 보험기간 내에 사고가 발생하여야 하는지에 대한 판례

원인이 되는 질병이 보험기간 중에 발생하여야만 보상하는지에 대하여 대법원(대법원 2013.7.26. 선고 2011다70794 판결<sup>10)</sup>)은 반드시 보험기간중에 질병이 발생하지 아니하여도 된다는 입장을 취하고 있다. “보험계약의 주요한 부분인 보험사고 내지 보험금 지급사유는 일반적으로 보험증권이나 약관에 기재된 내용에 의해 결정된다. 그리고 보험약관은 신의성실의 원칙에 따라 당해 약관의 목적과 취지를 고려하여 공정하고 합리적으로 해석하되, 개개의 계약 당사자가 기도한

7) 이와 관련하여 대법원은 실사 시간경과에 따라 보험사고의 발생이 필연적으로 예견된다고 하더라도 계약시 사고가 이미 발생하지 않은 이상 상법 제644조를 적용하여 보험계약을 무효라 할 것은 아니라고 한다, 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010다66835 판결 및 이준교·정찬목, 「판례를 통하여 배우는 보험이론 및 분쟁실무」, 보험연수원, 2017, 57쪽 참조

8) 이에 대하여는 최준선, 「보험·해상·항공운송법」, 제9판, 삼영사, 2015, 103쪽 참조

9) 이 사건에 대한 평석으로는 양승규, 보험사고발생 후 체결된 보험계약의 효력, 손해보험 제415호, 2003년 6월호, 59쪽 아래 참조

10) 김선정, “계약전발병부담보조항을 불명확조항이라 본 사례,” 「월간생명보험」 제423호, 2014년 5월, 56쪽 아래 ; 김선정, “고지의무 이행자에 대한 계약전발병부담보,” 「상사판례연구」 제27집 제4권, 2014.12., 153쪽 아래 참조

목적이나 의사가 아니라 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 보험단체 전체의 이해관계를 고려하여 객관적·확실적으로 해석하여야 하며, 위와 같은 해석을 거친 후에도 약관 조항이 다의적으로 해석될 수 있고 그 각각의 해석에 합리성이 있는 등 당해 약관의 뜻이 명확하지 않은 경우에는 고객에게 유리하게 해석하여야 한다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2008다81633 판결 등 참조). 원심판결 이유 및 기록에 의하면, 이 사건 보험계약의 질병입원의료비담보(갱신형) 특별약관과 질병통원의료비담보(갱신형) 특별약관(이하 '이 사건 보험약관'이라 한다)의 제1조(보상하는 손해)에는 '회사는 보험가입증서(보험증권)에 기재된 피보험자가 이 특별약관의 보험기간 중에 질병(다만, 보험계약 청약일로부터 과거 5년 이내에 그 질병으로 인하여 진단 또는 치료를 받은 경우에는 제외)으로 인하여 보험금 지급 사유(병원 또는 의원(한방병원 또는 한의원을 포함합니다) 등에 입원하거나 통원하여 치료를 받은 경우가 발생한 경우 질병입원의료비 또는 질병통원의료비를 보상하여 드립니다)라고 규정되어 있는 사실을 알 수 있다. 이처럼 이 사건 보험약관은 보험기간 중에 질병으로 인하여 입원 또는 통원 치료를 받은 경우 원고가 그 입원의료비 또는 통원의료비를 보상한다고 정하고 있을 뿐, 입원 또는 통원 치료의 원인이 되는 질병이 보험기간 중에 발생한 것이어야 한다는 취지로 규정하고 있지 않으며, 다만 피보험자가 보험계약 청약일로부터 과거 5년 이내에 그 질병으로 인하여 진단 또는 치료를 받은 경우에는 이 사건 보험계약의 보상대상에서 제외한다고 정하고 있으므로, 이러한 규정의 문언이나 내용을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 입원 또는 통원치료의 원인이 되는 질병이 이 사건 보험기간 중에 발생하였는지 여부와 관계 없이 피보험자가 그 질병으로 인하여 입원 또는 통원치료를 받은 경우에는, 보험계약 청약일로부터 과거 5년 이내에 그 질병으로 인하여 진단 또는 치료를 받은 경우를 제외하고는 질병입원의료비 또는 질병통원의료비의 보상대상이 된다고 보는 것이 합리적이고 이 사건 보험약관의 취지에도 부합한다. 그런데도 원심은, 이 사건 보험계약의 보험사고에 해당하기 위하여는 보험기간 중에 질병이 발생하여야 한다고 전제하고, 피고의 이 사건 질병은 이 사건 보험계약의 책임개시시기 전에 이미 발생하였다는 이유로 원고가 이 사건 보험계약에 기한 보험금지급채무를 부담하지 않는다고 판단하였으므로, 이러한 원심판단에는 약관의 해석에 관한 법리를 오해한 나머지 판결에 영향을

미친 위법이 있다. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.”

원래 보험사고는 보험기간 내에 발생하여야 함이 원칙이다. 그럼에도 불구하고 대법원이 약관에서 보험기간 중에 질병이 발생한 경우이면서 또 그 치료를 한 경우에 국한하여 보험금을 지급한다는 규정이 없을 경우에는 질병 자체는 기간 전에 발생하였지만 치료를 보험기간 중에 하였다면 보험금을 지급하여야 한다는 쪽으로 판단을 한 것이다. 보험계약자를 보호하기 위하여 보험기간 내의 사고의 개념을 유연하게 판단을 한 것으로 분석할 수 있다.

### 3. 관련 분쟁조정례

참조할 수 있는 분쟁조정례로 다음의 것을 들 수 있다.

(1) 안 건 명 : 보험가입전 암 진단에 대한 계약취소 및 상법 제644조 등의 적용여부<sup>11)</sup>

(2) 사실관계

보험계약자는 피신청인인 보험자와 아래와 같이 보험계약을 체결하였다.

보험종류	계약자	피보험자	계약일자	암 진단명(진단일자)	사망일자
① 어린이보험	갑	정	2005.2.14.	T-세포 림프종('05.1)	2009.12.22.
② 변액유니버설	병	정	2007.3.29.	급성골수성백혈병('09.11)	

그간의 과정은 다음과 같다.

- 2003. 8. : 프랑스 파리로 유학(당시 초등학교 6학년)
- 2005. 1. 4. : 프랑스병원에서 T-cell lymphoma 진단
- 2005. 1. ~ 2005. 7. : 프랑스병원에서 상기 진단명으로 입원치료

11) 금융분쟁조정위원회조 정 결 정 서 (결정일자 : 2011.3.22., 조정번호 : 제2011-17호).

- 2005. 2.14. : 어린이보험계약 체결
- 2005. 6.22. : 고용량항암치료 및 자기말초혈액조혈모세포이식수술
- 2005. 9.26 ~ 2009.1.19.까지 \*\*병원에서 정기적 추적관찰(18회)
  - \* 2005(5회) : 9.26, 10.12, 10.27, 11.23, 12.9
  - 2006(6회) : 2.9, 3.8, 6.23, 7.14, 8.21, 11.17
  - 2007(4회) : 2.12, 5.4, 9.14, 12.12
  - 2008(2회) : 2.20, 7.24
  - 2009(1회) : 1.19
- 2006. 4. 3. ~ 4.15. : 좌 하퇴전면부 심부열창 입원(\*\*정형외과)
- 2006. 6. 1. : 신청인, \*\*정형외과 입원 관련 보험금 청구
- 2006. 6. 1. : 피신청인, 비조사 지급(입원, 통원비 등 100만원)
- 2007. 3.29. : 변액유니버설종신보험계약 체결
- 2009. 8. 4. : \*\*연합외과 외래진료(항문주위농양으로 수술)
- 2009.11.21. : 백혈병 의심(\*\*연합외과, 제3기관으로 전원의뢰)
- 2009.11.21. ~ 12.22. : 급성골수성백혈병 입원(\*\*대 병원)
- 2009.12.22. : 급성골수성백혈병으로 사망(\*\*대 병원)
- 2010. 1.21. : 신청인, 급성골수성백혈병 관련 보험금 청구
- 2010. 2.10. : 피신청인, 보험계약취소 안내
  - \* 2010. 2.10. : 내부결재 및 송부, 2010.2.18. 신청인측에 공문 전달
- 2010.12.20. : 신청인, 분쟁조정 신청

분쟁금액 : 192,830,000원

- ①보험 : 91,670,000원
  - 주계약(일반사망보험금) : 25,000,000원
  - 암보장특약 : 65,800,000원(고액암진단 6천만원, 암입원 580만원)
  - 입원보장특약 : 870,000원
- ②보험 : 101,160,000원
  - 주계약(일반사망보험금) : 100,000,000원
  - 입원특약 : 1,160,000원

### (3) 당사자 주장

#### 1) 신청인 주장

2005년 2월 보험가입 당시 피보험자가 프랑스에 있던 관계로 병명에 대한 충분한 의사소통이 부족하여 이를 알리지 않았고, 이로 인하여 고지의무를 위반한 결과가 되었으므로 보험회사에 보험금 청구를 하지 않았으며 2005년 1월 진단받은 림프암과 2009년 11월 진단 받은 급성골수성백혈병은 재발의 개념이 아닌 다른 질병임에도 피신청인이 암 관련 보험금을 지급하지 않는 것은 부당하다.

#### 2) 피신청인 주장

이 건 신청인 등은 피보험자가 2005년 1월 프랑스에서 림프암 진단을 받고 입원치료를 받고 있는 기간 중 어린이보험을 가입하였으며, 이후 원자력병원에서 정기적으로 혈액검사 등의 추적관찰을 받아 왔음에도 보험계약 체결시 이를 알리지 아니한 채 변액유니버설종신보험에 가입하여 결과적으로는 계약전 알릴의무를 위반하였음이 명백하고 2005년 1월 진단받은 림프암과 급성골수성백혈병은 그 의적인과 관계 또한 상당하므로 당해 보험약관에 따라 보험계약을 취소함은 물론 상법 제644조(보험사고의 객관적 확정 효과)에 의해 무효로 함이 타당하다.

### (4) 분쟁조정위원회의 판단

이 건 계약취소권 행사 기간을 도과한 어린이보험계약의 주계약 및 입원보장 특약에서 담보하고 있는 일반사망보험금과 입원급여금에 대하여만 피신청인으로 하여금 관련 보험금을 지급하도록 하되, 어린이보험계약의 암보장특약은 암에 대한 책임개시일 이전 암진단을 받았으므로 동 특약을 무효로 하고, 변액유니버설종신보험계약은 동 보험계약의 청약일 이전 암 진단을 받은 후 계약취소권의 행사기간을 도과하지 않았음이 명백하므로 보험계약을 취소함이 타당하다.

이 분쟁조정례에 의하면 고지의무를 위반하였어도 고지의무 주장의 제척기간이 경과한 경우에는 더 이상 문제제기를 할 수 없으며 사고시 보험금을 지급하여야 한다고 하고 있다.

## IV. 독일의 경우의 논의

독일의 경우 소급보험과 기왕의 질병 등에 대하여 독일 보험계약법 제2조<sup>12)</sup>에서 규정을 하고 있다. 또한 고지의무에 대하여 동 보험계약법 제19조<sup>13)</sup> 아래에서 규정을 두고 있다. 이곳에서는 고지의무위반과 계약에 의한 급부배제의 관계에 관한 독일에서의 논의를 살펴본다.

### 1. 고지의무 위반 관련 내용

독일의 경우 다양한 내용으로 계약을 체결하는 것은 사적자치로서 허용이 된다. 그렇지만 독일 입법자는 보험계약자 보호를 위하여 법률의 여러 곳(특히 독일보험계약법 제19조와 관련하여)에서 보험계약자의 권리를 강화하였고 제한적으로만 법률로부터의 변경을 허용하고 있다.

이러한 이유로 보험자는, 사전 질병에 대하여 보험자면책사유로써 포괄적으로

- 
- 12) 독일 보험계약법 제2조 소급보험 (1) 보험계약체결의 시점 이전에 보험상의 보호가 시작되는 보험 계약을 예정할 수 있다. (2) 계약의 의사표시를 하는 시점에 보험사고가 발생할 가능성이 없다는 것을 보험자가 알고 있었다면, 보험자에게 보험료청구권이 인정되지 않는다. 계약의 의사표시를 하는 시점에 보험계약자가 보험사고가 이미 발생하였다는 것을 알았다면, 보험자는 급부를 이행할 의무가 없다. (3) 전항의 경우에 보험계약이 대리인에 의하여 체결되었다면 대리인뿐만 아니라 본인의 인식도 고려의 대상이 된다. (4) 제37조 제2항은 소급보험에는 적용되지 아니한다.
- 13) 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 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 진행 중인 보험료기간부터 소급적으로 계약의 요소가 된다. (5) 보험자가 보험계약자에게 텍스트형식으로 통지하여 고지의무위반의 결과를 알려준 경우라면 제3항과 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.

형식에 맞게 규정하였다고 하여도, 적정한 계약심사와 그와 결부된 위험평가를 포기하여서는 아니된다.<sup>14)</sup> 이전 질병을 급부목록에서 제외하는 것으로서 양식에 맞는 급부면책을 두고 있다 하더라도 그것이 정규의 위험심사를 하여야 한다는 것을 면제하여 주는 것은 아니기 때문이다. 그리하여 그것은 독일 보험계약법 제 32조 제1문에 의하여 무효이다.<sup>15)</sup> 이하에서는 이 문제를 알려지지 않은 위험상황과 알려진 위험상황으로 나누어 고찰한다.

### (1) 알려지지 않은 위험상황

독일에서는 청약시에 객관적으로 존재하는 위험상황이 청약자에게 알려지지 않은 경우를 어떻게 처리하여야 할 것인지에 대하여 불명확성이 존재한다고 보고 있다.<sup>16)</sup> 알지 못하므로 청약자는 고지하지 아니할 것이고 따라서 정규의 위험심사를 하더라도 보험자가 알아낼 수 없을 경우로 될 것이다. 그리하여 알려지지 않은 위험상황에 대하여 급부면제를 하는 것은 정규의 위험평가를 하여야 한다는 원칙에 배치되지 아니한다.<sup>17)</sup> 포괄적인 위험배제조항은 부분적으로 독일 민법 제307조 제2항 제1호 또는 제2호에 의하여 무효가 될 것이다. 그렇지만 그것이 사전질병배제조항의 무효로 되지는 아니한다. 그것은, 계약체결시점에 존재하는 위험을 부보할 수 있어야 하여야 한다는, 보험의 기본사상에 반하기 때문이다. 그를 위해 법률은 명시적으로 소급보험을 허용하고 있다. 그리고 소급보험을 약정하는 것은 의무적인 것이 아니다. 이것은 특히 이미 보험사고가 발생한 경우에 적용이 된다. 즉 알려지지는 않았지만 이미 청약자에게 질병이 발생한 경우 등이다. 보험계약체결이후에 비로소 보험사고를 구성하는 것으로서 청약시에는 단지 위험구도만이 존재할 경우에는 다르다. 그러한 경우에 계약체결이후의 보험사고를 배제하는 것은 부당하다. 바로 그 보험사고에 대하여 보험보호를 구하는 것이기 때문이다. 즉 그 이전에는 누구도 알지 못하였던 위험이 계약체결 이후에 현실화된 것에 대하여 보험보호를 구하려는 것이기 때문이다.

14) BGH, NJW 1996, S. 1409.

15) Krämer, VersR 2004, S. 713; Büsken, VersR 1991, S. 534.

16) Versicherungsrechts-Handbuch/Knappmann, Rdn. 119.

17) Prölss, VersR 1994, S. 1217.

(2) 알려진 위험상황

보험자의 약관상 급부배제에 해당하는 사정이 보험계약자가 청약시에 알고 있는 사항인 경우에는 보험자가 정규의 위험심사를 통하여 위험사항을 보험보호로부터 배제하는지, 아니면 계약을 전혀 받아들이지 아니하는지, 또는 보험자가 처음부터 아예 알고 있는 사전질병을 배제하는지 차이가 없다.<sup>18)</sup> 그런데 독일에서는 이러한 상황이 2007년 보험계약법 개정<sup>19)</sup>에 의하여 일부 변화가 있게 되었다. 보험계약자가 알고 있는 사항이 단지 계약을 변경하는 사항이면 포괄적인 위험배제가 독일 보험계약법 제32조 제1문 또는 독일 민법 제307조 제1항 제1문에 위반될 수가 있다. 왜냐하면 그 경우에는 보험자가 그 위험을 (고의의 경우를 제외하고는) 통상적인 계약척도에 귀속시켜야만하기 때문이다.<sup>20)</sup>

2. 소급보험과 관련 내용

우리 상법 제644조에 해당하는 독일 보험계약법 제2조와 관련하여 기왕질병을 논의하는 것도 필요하다. 이에 이곳에서는 독일 보험계약법 제2조를 둘러싼 논의를 특히 의료보험을 중심으로 살펴본다. 독일의 경우 사의료보험은 독일 의료보험표준약관(MB/KK) 제2조 제1항 제1문에 의하여 실질적 보험보호는 다음의 이전에는 개시되지 아니하도록 되어있다.

- ① 보험계약자의 보험료지급의무의 시기(기술적 보험기간)
- ② 계약의 체결(형식적 보험기간)
- ③ 대기기간의 경과

보험자의 보통보험약관인 독일 의료보험표준약관(MB/KK) 제2조는 소급보험을 배제한다.<sup>21)</sup> 그리고 사의료보험에서는 잠정적 보상도 허용되지 아니한다.<sup>22)</sup> 물론 독일 의료보험표준약관(MB/KK) 제2조에도 불구하고 사의료보험에서도 개별합의

18) BGH, NJW 1994, S. 998.

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

20) Langheid/Wandt, Münchener Kommentar VVG, München, 2010, S. 1054.

21) Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 28. Aufl., München, 2010, § 2 MB/KK, Rdn. 1.

22) Wriede, in: Bruck/Möller, VVG, 8. Aufl., Band IV, Halbband 2, Anm. D.

를 통한 소급보험은 가능하다.<sup>23)</sup> 그리고 사의료보험(Privat-Krankenversicherung)에서 기술적 보험기간의, 그리고 그로부터 도출되는 보험계약자의 보험료지급의무를 단순한 일자의 소급을 통하여 앞으로 하는 경우가 동시에 해석에 의하여 묵시적인 소급보험의 체결이 될 것인지, 그리하여 그로써 동시에 실질적인 보험기간도 앞으로 가게 될지에 대하여는 다툼이 존재한다. 그런데 대부분의 학자들은 이를 부정한다.<sup>24)</sup>

2007년 개정된 독일 보험계약법 제6조에 의하면 보험자의 상담의무가 인정된다. 그 의무에 따라 보험자는 독일 의료보험표준약관(MB/KK) 제2조에 의한 보험시기의 앞당김은 단지 기술적 보험기간을 의미하는 것이고 실질적 보험보호를 근거지우는 것은 아니라는 점을 보험자가 설명하여야 한다.<sup>25)</sup> 만일 그러한 설명을 하지 아니하면 상담의무위반으로 독일 민법 제280조 제1항, 제249조에 의하여 처음부터 실질적 보호기간이 보장된 것처럼 처리해주어야 한다.<sup>26)</sup>

## V. 문제의 약관의 무효여부 및 인과관계와의 관계

### 1. 문제의 약관의 무효여부

위에서 소개한 금융분쟁조정위원회 조정결정(결정일자 : 2011.3.22., 조정번호 : 제2011-17호)에 의하면 제척기간이 지난 고지의무 위반 사항에 대하여는 계약해지 등을 못하고 보험금을 지급하여야 한다. 그런데 본 사안에서 문제가 된 특별약관 제3조( 및 표준약관 제4조)의 가입전발병부담보조항은 고지의무의 제척기간 및 상법 제663조등과 관련하여 보면 구조적으로 문제가 있다. 하지만 “정신질환으로 자유로운 의사결정이 불가능한 상태에서의 자살”의 경우에는 보험금을 지급하도록 하면서(대법원 2006.3.10. 선고 2005다49713 판결 등), 아래에서 보듯이 최근에 대법원은 “정신질환”을 별도로 면책사유로 하고 있는 약관조항을 다시 유효라고 판단하고 있다.

23) Heid/Schmidt, VersR 1981, S. 714.

24) Demant, VersR 1980, S. 1162; Heid/Schmidt, VersR 1981, S. 711.

25) HK-VVG/Brömmelmeyer, § 2 VVG, Rdn. 8.

26) Langheid/Wandt, Münchener Kommentar VVG, München, 2010, S. 637.

(1) 판례

- 1) 피보험자의 정신질환을 피보험자의 고의나 피보험자의 자살과 별도의 독립된 면책사유로 규정하고 있는 상해보험 약관규정의 효력: 대법원 2015.6.23. 선고 2015다5378 판결

“피보험자가 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생케 한 직접적인 원인행위가 외래의 요인에 의한 것이라면, 그 사망은 피보험자의 고의에 의하지 않은 우발적인 사고로서 보험사고인 사망에 해당할 수 있다(대법원 2006. 3. 10. 선고 2005다49713 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007다76696 판결 등 참조). 다만 이 사건 면책약관은 피보험자의 정신질환을 피보험자의 고의나 피보험자의 자살과 별도의 독립된 면책사유로 규정하고 있는데, 이러한 면책사유를 둔 취지는 피보험자의 정신질환으로 인식능력이나 판단능력이 약화되어 상해의 위험이 현저히 증대된 경우 그 증대된 위험이 현실화되어 발생한 손해는 보험보호의 대상으로부터 배제하려는 데에 있고 보험에서 인수하는 위험은 보험상품에 따라 달리 정해질 수 있는 것이어서 이러한 면책사유를 규정한 약관조항이 고객에게 부당하게 불리하여 공정성을 잃은 조항이라고 할 수 없으므로, 만일 피보험자가 정신질환에 의하여 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에 이르렀고 이로 인하여 보험사고가 발생한 경우라면 위 면책사유에 의하여 보험자의 보험금지급의무가 면제된다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다18929 판결 등 참조) (상해보험약관에 보상하지 아니하는 사유로 ‘피보험자의 고의’, ‘피보험자의 자살’과 더불어 이와 독립된 별개의 면책사유로 ‘피보험자의 정신질환’을 규정하고 있다면(2010. 1. 29. 보험업감독규정시행세칙이 개정되기 전의 표준약관을 채용한 손해보험회사의 상해보험상품이 이에 해당함), 피보험자가 정신질환으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생케 한 경우 ‘피보험자의 고의’나 ‘피보험자의 자살’이라는 면책사유에는 해당하지 않는다고 하더라도 이와 독립된 면책사유인 ‘피보험자의 정신질환’에는 해당되어 보험금지급의무가 면제된다고 한 사례임.)”

2) 정신질환 별도 면책사유와 불공정성: 대법원 2015.10.15. 선고 2015다34956, 2015다34963판결

“피보험자가 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생하게 한 직접적인 원인행위가 외래의 요인에 의한 것이라면, 그 사망은 피보험자의 고의에 의하지 아니한 우발적인 사고로서 보험사고인 사망에 해당할 수 있다. 다만 이 사건 약관은 피보험자의 정신질환을 피보험자의 고의나 자살과 별도의 독립된 면책사유로 규정하고 있는데, 이러한 면책사유를 둔 취지는 피보험자의 정신질환으로 인식능력이나 판단능력이 약화되어 상해의 위험이 현저히 증대된 경우 그 증대된 위험이 현실화되어 발생한 손해를 보험보호의 대상으로부터 배제하려는 데 있다. 보험에서 인수하는 위험은 보험상품에 따라 달라질 수 있는 것이어서 이러한 면책사유를 규정한 약관조항이 고객에게 부당하게 불리하여 공정성을 잃은 조항이라고 할 수 없으므로, 만일 피보험자가 정신질환에 의하여 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에 이르렀고 이로 인하여 보험사고가 발생한 경우라면 위 면책사유에 의하여 보험자의 보험금지급의무가 면제된다(대법원 2015.6.23. 선고 2015다5378 판결). 이와 달리 이 사건 면책약관 중 ‘피보험자의 심신상실 또는 정신질환으로 인한 손해’부분을 피보험자가 정신질환으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자살한 경우까지 포함하는 것으로 해석하는 한 약관규제법 제6조 제1항, 제2항 제1호에 의하여 무효라고 보아야 한다는 이유로 보험회사의 면책주장을 배척한 제1심 판결을 그대로 유지한 원심판단에는 약관의 무효에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.”

(2) 판례의 시사점

이들 판례에서 보듯이 원래는 정신질환으로 자유로운 의사가 불가능한 경우 자신을 해친 경우는 보험금을 지급하여야 함에도 정신질환을 별도의 면책사유로 하고 있는 약관내용에 대하여 대법원은 보험에서 인수하는 위험은 보험상품에 따라 달라질 수 있는 것이라는 이유로 그 효력을 인정하고 있다. 이러한 대법원의 태도에 비추어 볼 때 본 사안에서 문제가 된 기왕질병 부담보의 약관 자체는 무효라고 보기는 어렵다.

## 2. 인과관계 있는 질병을 포함하는지 여부

기왕질병 부담보 조항과 관련하여 직접적으로 고지의무를 위반한 질병뿐만 아니라 그와 인과관계가 있는 모든 경우가 면책된다고 해석하는 것은 고지의무의 제척 기간 인정 및 상법 제663조에 비추어 허용될 수 없다. 특히 약관해석과 관련하여서는 약관규제법 제5조 제2항에서 작성자 불이익 원칙<sup>27)</sup>을 규정하고 있고, 대법원은 수정해석원칙을 인정하고 있다(대법원 1991.12.24. 선고 90다카23899 판결<sup>28)</sup> 대법원 1996.5.14. 선고 94다2169 판결<sup>29)</sup>). 이때 수정해석원칙이란 지나치게 일방적이거나 포괄적인 면책내용을 담고 있는 면책약관조항을 무효화시키지 아니하고 그 면책조항 중 과도한 부분만을 무효로 하여 추출배제하고 합리적인 진존부분만으로 약관을 유효하게 유지시키는 약관해석의 방법을 말한다. 하지만 최근에 대법

27) 이에 대하여는 이은영, 「약관규제법」, 박영사, 1994, 155쪽 참조.

28) “보통거래약관의 작성이 아무리 사적자치의 영역에 속하는 것이라고 하여도 위와 같은 행위원칙에 반하는 약관조항은 사적자치의 한계를 벗어나는 것으로서 법원에 의한 내용통제 즉 수정해석의 대상이 되는 것은 당연하며, 이러한 수정해석은 조항 전체가 무효사유에 해당하는 경우뿐만 아니라 조항 일부가 무효사유에 해당하고 그 무효부분을 추출 배제하여 진존부분만으로 유효하게 존속시킬 수 있는 경우에도 가능하다. 약관 소정의 무면허운전면책조항을 문언 그대로 무면허운전의 모든 경우를 아무런 제한 없이 보험의 보상대상에서 제외한 것으로 해석하게 되면 절취운전이나 무단운전의 경우와 같이 자동차보유자는 피해자에게 손해배상책임을 부담하면서도 자기의 지배관리자 미치지 못하는 무단운전자의 운전면허소지 여부에 따라 보험의 보호를 전혀 받지 못하는 불합리한 결과가 생기는데, 이러한 경우는 보험계약자의 정당한 이익과 합리적인 기대에 어긋나는 것으로서 고객에게 불리하고 보험자가 부담하여야 할 담보책임을 상당한 이유 없이 배제하는 것이어서 현저하게 형평을 잃는 것이라고 할 수 없으며 이는 보험단체의 공동이익과 보험의 등가성 등을 고려하더라도 마찬가지라고 할 것이므로 결국 위 무면허운전면책조항이 보험계약자나 피보험자의 지배 또는 관리가능성이 없는 무면허운전의 경우에만까지 적용된다고 보는 경우에는 그 조항은 신의성실의 원칙에 반하는 공정을 잃은 조항으로서 약관규제법 제6조 제1항, 제2항, 제7조 제2호, 제3호의 각 규정에 비추어 무효라고 볼 수밖에 없기 때문에 위 무면허운전면책조항은 위와 같은 무효의 경우를 제외하고 무면허운전이 보험계약자나 피보험자의 지배 또는 관리 가능한 상황에서 이루어진 경우에 한하여 적용되는 조항으로 수정해석을 할 필요가 있으며 무면허운전이 보험계약자나 피보험자의 지배 또는 관리 가능한 상황에서 이루어진 경우라고 함은 구체적으로는 무면허운전이 보험계약자나 피보험자 등의 명시적 또는 묵시적 승인 하에 이루어진 경우를 말한다.” 이 판결에 대하여는 이준교·정찬목, 「판례를 통하여 배우는 보험이론 및 분쟁실무」, 보험연수원, 2017, 245쪽 참조.

29) “고객은 현금 및 귀중품을 되도록 금융기관에 예치하고 경비대상물 내의 보관을 피하여야 하며, 부득이한 경우에는 고정금고 또는 옮기기 힘든 대형금고 속에 보관하여야 하며, 이를 준수하지 아니하여 발생한 사고에 대하여는 용역경비업자가 책임을 지지 않는다.”는 내용의 면책조항은 용역경비업자의 고의 또는 중과실로 인한 경우까지 적용된다고 본다면 약관규제법 제7조 제1호에 위반되어 무효라고 볼 수밖에 없기 때문에, 그 외의 경우에 한하여 피고의 면책을 정한 규정이라고 해석하는 한도 내에서만 유효하다고 수정해석하여야 한다.”

원은 수정해석을 적용하지 아니한 대표적인 판결을 선고하기도 하였다.<sup>30)</sup>

하여튼 엄격한 제한 범위내에서, 특히 면책조항과 관련하여 대법원이 수정해석을 인정하고 있는 것이다. A사의 분쟁의 대상이 된 사안에서 문제가 된 약관의 해석에 있어서도 고지의무위반을 한 그 자체를 면책한다고 해석하여야 하지, 그와 인과관계가 있는 부분까지 부담으로 해석하는 것은 허용되지 않는다 할 것이다. 즉 가입전질병부담보의 의미를 계약전 알릴의무에 해당하는 질병과 동일한 질병으로 국한되는 것으로 보아야 한다. 그를 인과관계 있는 질병으로 확대해석하는 것은 상법 제663조, 약관규제법 제5조 제2항 및 대법원의 수정해석원리 등에 비추어 허용되지 아니한다 할 것이다.

30) 대법원 2017. 4. 13. 선고 2016다274904 판결: “집합건물법에 의하면, 공용부분은 일부공용부분을 제외하고 구분소유자 전원의 공유에 속하고(제10조 제1항), 각 공유자의 지분은 그가 가지는 전유부분의 면적 비율에 따르지만(제12조 제1항), 이러한 사항에 관하여는 규약으로써 달리 정할 수 있다(제10조 제2항). 실제 거래관계에서도 공용부분에 대한 각 공유자의 지분이 전유부분 면적에 정확히 비례하지 않는 경우는 비일비재하다. 다수의 구분점포가 입점한 대규모 상가의 경우 동일층에서도 위치에 따라 개별 점포의 가치가 크게 차이날 수 있으므로 임대보증금의 기준이 되는 공용면적을 산정하면서 해당 점포에 접한 통로면적을 반영하는 것이 구분양자들의 정당한 이익과 합리적인 기대에 반한다고 볼 수는 없다. 이 사건 상가의 경우 분양면적 산정 시 각 구분점포에 접한 통로면적의 1/2을 해당 점포의 공용면적에 포함시키고, 나머지 공용면적은 전용면적에 비례하여 산출하기로 한 것은 장차 추첨을 통해 자기 점포의 위치가 결정되어야 할 입장에 있던 재건축조합원들이 그들 사이에서 발생할 불공평을 해소하기 위해 임시총회를 통해 결정한 사항으로서 사업자 등 어느 한 쪽의 이익을 위해 일방적으로 정해진 것이 아니다. 이는 위 산출방식에 의할 때 분양대금이 증액되는 점포뿐만 아니라, 분양대금이 감액되는 점포가 발생한다는 점을 보아도 알 수 있다. 이 사건 분양계약 제5조 제1항의 문언, 내용, 체계 등에 비추어 보면 분양대금 중 임대보증금은 전용면적에 공용면적을 더한 임대분양면적에 따라 정산하여야 한다는 뜻이 명백하다. 또한 위와 같은 내용은 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 피고도 이를 알았거나 충분히 예상할 수 있었던 사항에 해당한다. 설령 원고가 위 조항에서 말하는 공용면적의 산출방식, 즉 각 구분점포에 접한 통로면적의 1/2을 공용면적에 포함시키고, 나머지 공용면적은 전용면적에 비례하여 산출한다는 점을 피고에게 따로 설명하지 않았다고 하더라도, 이 사건 분양계약 당시부터 점포 추첨 후 면적의 증감에 따른 분양대금 정산이 예정되어 있었고 그 정산방법은 계약당사자들에게 중요한 관심사였을 것으로 보이는 점, 피고는 이 사건 분양계약이나 점포 추첨 과정에서 물론이고 원고로부터 분양대금 최종 정산내역을 통지받고도 이에 대해 별다른 이의를 제기하지 않았던 점 등에 비추어 보면 피고가 계약 당시부터 위와 같은 내용을 잘 알고 있었거나 혹은 잘 몰랐더라도 그러한 사정이 계약의 체결 여부에 영향을 미치지 않았을 것으로 보인다. 그런데도 원심은 그 판시와 같은 사정만으로 이 사건 분양계약 제5조 제1항이 그 문언대로 해석할 경우 구 약관규제법의 취지에 비추어 무효이므로 이 사건 분양계약상 임대보증금은 전용면적의 증감률에 따라 산정하는 것으로 해석하여야 한다고 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 구 약관규제법에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.”

### 3. 사안들의 경우

A사의 분쟁의 대상이 된 사건의 경우, 피보험자는 간질로 103회 통원 및 약 처방 등 치료를 받았다. 그런데 피보험자 사망 후 사체를 검안한 의사는 직접사인을 간질발작으로 기재하였으며, 경찰에서도 피보험자가 잠을 자던 중 간질발작의 합병증으로 사망한 것으로 분석하였다면, 이는 고지의무위반의 질병과 같은 질병으로 사망한 것으로 보아야 한다. 따라서 그 경우에는 기왕질병 부담보 조항이 적용되어 보험자는 면책이 된다고 보아야 한다. 한편 가상적 사례로서, 만일 문제가 된 사안이 고지의무를 위반한 것은 급성림프구성백혈병, 이식편대숙주질 환임에도 불구하고 사체검안서상의 직접사인은 호흡곤란증후군, 심부전으로 되어 있으며, 이식편대숙주병은 중간선행사인으로, 급성림프구성백혈병은 선행사인으로 되어 있는 경우라면 어떻게 평가할 것인가가 문제된다. 그러한 경우에는 양자사이에 직접적 해당성이 있는지에 대해서는 속단하기는 어려운 상황이다. 따라서 직접사인과 선행사인과의 관계에서 의학적 전문가의 감정을 필요로 한다고 보아야 한다.

## VI. 제도운용의 방향

보험계약은 선의성<sup>31)</sup>을 전제로 한다.<sup>32)</sup> 보험의 정의에 있어서 불확정성 내지는 우연성이 중요한 요소고 된다.<sup>33)</sup> 그리고 정상적인 경우에는 계약체결 이후의 사고를 담보한다. 더 나아가서 질병보험의 경우에는 일정한 대기기간을 인정하고 있다. 그런데 이미 질병 등의 보험사고가 발생한 경우 고지의무위반과 약관상의 면책사유가 경합을 하여 문제가 되는 경우가 발생한다. 최근의 분쟁사례에서도 이를 확인할 수가 있다. 기왕질병 부담보의 약관은 상법 제663조와 관련하여 문제가 된다. 그리고 상법 제644조와도 비교를 요한다. 상법 제644조에 의하면 보험계약전 이미 사고가 발생하면 그 계약은 무효가 된다. 그런데 기왕질병 부담보

31) 보험경영연구회, 「보험론」, 문영사, 2005, 93쪽, 송옥렬, 「상법강의」 제6판, 홍문사, 2016, 235쪽.

32) 양승규, 「보험법」 제5판, 삼지원, 2005, 87쪽.

33) 장덕조, 「보험법」 제3판, 법문사, 2016, 9쪽.

의 약관은 그러한 경우에도 계약은 무효로 하지 아니하고 다만 일정한 범위에서 담보대상으로부터 제외하고 있다. 그러한 측면에서 보면 상법 제663조에 위반하지 아니한다고 볼 수 있다. 더욱이 우리 대법원<sup>34)</sup>은 보험에서 인수하는 위험은 보험상품에 따라 달라질 수 있는 것이어서 정신질환 면책사유를 규정한 약관조항이 고객에게 부당하게 불리하여 공정성을 잃은 조항이라고 할 수 없다고 하고 있다. 즉 정신질환을 별도의 면책사유로 하고 있는 약관조항을 유효하다고 평가하고 있다. 원래 자살은 면책이지만 정신질환으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서의 자살은 보험금을 지급하도록 하고 있는 상황<sup>35)</sup>임에도 대법원은 그와 같이 판결을 선고한 것이다. 이러한 대법원의 입장을 보면 기왕질병 부담보 약관조항을 무효라고 보기는 어렵다.

하지만 고지의무와 관련하여서 보면 고지의무는 제척기간을 인정하고 있는데, 제척기간이 경과하였는데도 기왕질병 부담보의 약관에 의하여 해당질병에 대하여 부담보하는 것은 부분적으로 상법 제663조에 위반이 될 수 있다. 독일의 경우에도 포괄적 부담보조항은 경우에 따라 독일 민법 제307조에 의하여 무효로 될 수 있음을 인정하고 있다. 따라서 기왕질병 부담보의 약관조항을 부분적으로 제한하여 해석하는 것이 필요하다.

## VII. 맺음말

오늘날 국기의 사회보장책도 중요하지만 그것으로는 충분하지 아니하다. 이에 민영보험회사들을 통한 질병보험과 상해보험은 국민들의 안심을 위하여 매우 중요한

34) 대법원 2015.6.23. 선고 2015다5378 판결, 대법원 2015.10.15. 선고 2015다34956, 2015다34963판결

35) 대법원 2006.3.10. 선고 2005다49713 판결: “상법 제659조 제1항 및 제732조의 2의 입법취지에 비추어볼 때, 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어서 자살을 보험자의 면책사유로 규정하고 있는 경우 그 자살은 사망자가 자기의 생명을 끊는다는 것을 의식하고 그것을 목적으로 의도적으로 자기의 생명을 절단하여 사망의 결과를 발생케 한 행위를 의미하고, 피보험자가 정신질환 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생케 한 경우까지 포함하는 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 그러한 경우 사망의 결과를 발생케 한 직접적인 원인행위가 외래의 요인에 의한 것이라면 그 보험사고는 피보험자의 고의에 의하지 않은 우발적인 사고로서 재해에 해당한다(부부싸움 중 극도로 흥분한 정신적 공황상태에서 베란다 밖으로 몸을 던져 사망한 경우 보험자가 면책되지 아니한다고 한 사례).”

사회복지적 기능을 담당하고 있다. 국민건강보험을 보완하는 실손의료보험의 경우는 우리사회의 안전장치의 하나의 중요한 축이다. 그런데 특히 실손의료보험, 질병보험에서 고지의무위반으로 인하여 많은 분쟁이 발생하고 있다. 이들 분쟁의 내용 가운데 하나가 바로 기왕질병부담보조항이다. 이러한 기왕질병 부담보 약관조항은 보통 청약서상 “계약 전 알릴의무(중요한 사항에 한합니다)”에 해당하는 질병으로 인하여 과거(청약서상 당해 질병의 고지대상 기간을 말합니다)에 진단 또는 치료를 받은 경우에는 약관상 보험금의 종류 및 지급사유의 보험금 중 해당 질병과 관련한 보험금을 지급하지 아니합니다라는 내용으로 문구가 구성되어 있다. 그런데 이러한 규정이 효력을 가질 수 있는지 우선 문제된다. 그러나 대법원의 기존의 판례 등을 고려하여 보면 이러한 약관조항 자체의 효력을 부정하기는 어렵다. 원래 자살은 면책이지만 정신질환으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서의 자살은 보험금을 지급하도록 하고 있는 상황임에도 대법원은 정신질환을 별도로 면책사유로 하는 약관조항이 무효가 아니라고 판결을 선고하였다. 이러한 대법원의 입장을 보면 기왕질병 부담보 약관조항을 무효라고 보기는 어렵다. 그렇지만 고지의무를 위반하였어도 제척기간이 지나면 보험금을 지급하여야 하는데, 기왕질병부담보조항은 그것을 부분적으로 제한하고 있다. 따라서 그 한도에서는 상법 제663조에 의하여 무효가 된다고 하여야 한다. 특히 고지의무위반 그 자체의 질병이 아닌 인과관계 있는 부분까지 폭넓게 부담보를 규정한다면 그는 상법의 편면적 강행규정에 반하여 무효라고 평가하여야 한다. 즉 고지의무와 관련하여서 보면 고지의무는 제척기간을 인정하고 있는데, 제척기간이 경과하였는데도 기왕질병 부담보의 약관에 의하여 해당질병에 대하여 부담보하는 것은 부분적으로 상법 제663조에 위반이 될 수 있다. 독일의 경우에도 포괄적 부담보조항은 경우에 따라 독일 민법 제307조에 의하여 무효로 될 수 있음을 인정하고 있다. 따라서 기왕질병 부담보의 약관조항을 부분적으로 제한하여 해석하는 것이 필요하다.

앞으로 보험계약법의 핵심이론에 속하는 고지의무제도 및 상법 제644조의 법리와 기왕질병 부담보 조항의 상호관계에 대하여 보다 면밀한 연구가 진행되어 법적 불명확성을 제거하는 노력을 한계와 실무계에서 다 함께 경주하여야 할 것이다. 그리하여 보험계약의 원래의 선의성과 사고의 우연성을 전지하면서도 보험계약자는 보장을 받음에 있어, 상법 제663조가 추구하듯이 불이익이 없도록 하여야 한다.

## 참고문헌

- 김선정, “계약전발병부담보조항을 불명확조항이라 본 사례,” 「월간생명보험」 제423호, 2014년 5월
- 김선정, “고지의무 이행자에 대한 계약전발병부담보,” 「상사판례연구」 제27집 제4권, 2014.12.
- 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001
- 김은경, 「보험계약법」, 보험연수원, 2016
- 박세민, 「보험법」, 제4판, 박영사, 2017
- 보험경영연구회, 「보험론」, 문영사, 2005
- 송옥렬, 「상법강의」 제6판, 홍문사, 2016
- 양승규, 「보험법」 제5판, 삼지원, 2005
- 양승규, 보험사고발생 후 체결된 보험계약의 효력, 손해보험 제415호, 2003년 6월호
- 유주선, 「보험법」, 청목출판사, 2013
- 이기수·최병규·김인현, 「보험·해상법」 제9판, 박영사, 2015
- 이은영, 「약관규제법」, 박영사, 1994
- 이준교·정찬묵, 「판례를 통하여 배우는 보험이론 및 분쟁실무」, 보험연수원, 2017
- 이필규·최병규·김은경, 「2009년 독일 보험계약법(VVG)」, 세창출판사, 2009
- 정상근, 「보험계약법」, 도서출판 좋은땅, 2006
- 정찬형, 「상법강의(하)」 제17판, 박영사, 2015
- 장덕조, 「보험법」 제3판, 법문사, 2016
- 채이식, 「상법강의(하)」 개정판, 박영사, 2003
- 최기원, 「보험법」 제3판, 박영사, 2002
- 최준선, 「보험·해상·항공운송법」, 제9판, 삼영사, 2015
- 한창희, 「보험법」, 개정3판, 국민대학교 출판부, 2017
- Honsell(Hrsg.), Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 1999

- Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., München, 2015
- Bruck/Möller, VVG, 8. Aufl., Berlin, 1961~2002
- Bruck/Möller, VVG, Bd 1, 9. Aufl., Berlin, 2008
- Langheid/Wandt, Versicherungsvertragsgesetz, Münchener Kommentar, Bd. 2, München, 2011
- Looschelders/Pohlmann, Versicherungsvertragsgesetz, Köln, 2010
- Marlow/Spuhl, Das neue VVG kompakt, 4. Aufl., 2010
- Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 28. Aufl., München, 2010
- Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl., München, 2003

<Abstract>

## A study on the cause of exemption clause of previous illness

Choi, Byeong Gyu

Insurance is a small world that reflects the purpose of outside world. Insurance deans as old age guarantee and makes up for social security system. According to § 644 Korean Commercial Code, the insurance contract is not valid, when the insurance accident is already occurred. It is valid, only when the contract parties do not know the fact. §§ 651, 655 Korean Commercial Code regulate the duty of disclosure. There is exclusion period of three years in the breach of duty of disclosure. Most of insurance companies use the cause of exemption clause of previous illness in insurance contract terms. It is discussed whether the clause is valid or not, especially according to § 663 Korean Commercial Code. According to Korean supreme court decision, the cause of exemption clause of mental illness is valid. In this sense, the cause of exemption clause of previous illness is not null and void. But because of the § 663 Korean Commercial Code, the clause can be null and void in the case of unlimited interpretation of that clause. Germany has reformed the insurance contract law(VVG) significantly in the year of 2007. According to reformed German law, the comprehensive exemption clause can not be valid according to § 307 German Civil Code(BGB) and § 32 German insurance contract law(VVG). This gives us some good suggestions. Insurance contract has a character of utmost good faith. And the insurance accident should be accidental one. We should solve the concurrence problem of § 663 Korean Commercial Code and the cause of exemption clause of previous illness wisely. We should try to find a good and harmonious matching method between the cause of exemption clause of previous illness and § 663, 644, 651, 655 Korean Commercial Code. In the dispute case of A company, the insured suffered from liver disease(rot) severely. By the making insurance contract process, he did not notify the disease of rot. After the termination of exclusion

period(3 years), he died of the same disease. In this case, the insurer does not need to give insurance money to the beneficiary according to the cause of exemption clause of previous illness. When he died from other disease, then the insurance company should give insurance money. The problem is not solved yet. The scholars should try to get optimal solutions further.

**Key Words** : previous illness, cause of exemption, retroactive insurance, duty of disclosure, causal relationship, exclusion period, utmost good faith of insurance, cancellation of fraud, mental illness