

# 관광업에 관련된 여행자보험 연구

## - 여행자보험계약상 보험사고에 관한 분쟁사례 연구: 수원지법 2010.4.29, 2009가합 19638, 19645 판결과 관련하여 -

전 우 현\*

<차례>

I. 사실관계	III. 판례의 분석
II. 법원의 판단	IV. 결 론

주제어 : 관광산업, 여행자 상해보험, 보험약관, 면책사유, 담보배제, 고지의무 위반 문제, 설명의무 위반여부, 경제 주체의 만족도

<국문초록> 관광산업은 굴뚝없는 산업이라고 하고 4차 산업의 중요한 항목으로 본다. 여행 산업을 포함한 관광업에 대해 많은 관심과 연구가 필요한 이유이다. (여행자상해)보험약관은 보험회사가 다수의 보험계약자와 보험계약을 체결하기 위하여 마련한 보험계약의 내용이다. 보험약관은 당사자 사이에 다른 약정이 없는 한 계약당사자 쌍방이 따라야 하므로 중요한 법률적 의미를 지닌다. 보험계약상 담보범위를 정함은 의사약정의 문제이므로 면책사유는 보험계약상 약정의 문제이다. 그리하여 비록 법정 면책사유로 정해진 사안도 반사회질서적 내용이 아니라면 당사자 약정으로 이를 달리 정함도 가능하다. 사안에서 피보험자가 당하는 사고 중 직업이나 직무상 전기, 기계장치 작업 중 발생한 사고(상해, 상해사망, 상해장해)가 면책사유로 된 것은 여행자 보험에서 특유한 것이다. 이는 통상 휴가, 연수, 교류 등의 여행 목적과 다른 직업상·직무상 전기작업, 기계장치 작업의 위험도가 특히 높기 때문이다. 이는 이질적인 여행과정이어서 보험금지급에서 제외한 것으로 생각된다. 여행자보험약관에 비추어 볼 때 본 사안에서 전기작업 중 발생한 질식사(외국으로 출장을 나갔다가 설치공사가 완료된 용접로의 안전을 점검하던 중 질소가스에 질식하여 사망) 등에 대해 보험자의 보상면책으로 봄은 타당하다(대법원 태도에 대해 지지). 또 망인에게 고지의무 위반이 있었다고 보기 어렵다고 한 점도 타당하다. 망인의 실제 직업이 '전기, 전자, 기계, 금속생산부서 관리자'

\* 한양대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사(Ph.D)

- 논문접수일(2020.09.29), 심사개시일(2020.10.14), 게재확정일(2020.10.29)

이고 '기타 전기, 전자, 기계, 금속 관련 조작용'은 아니었다. 그리하여 망인이 고의 또는 중대한 과실로 직업을 허위 고지하였다는 점을 인정하기는 부족하기 때문이다. 보험모집인이 개입하여 고지의무를 이행하는 경우, 보험모집인에게 사실대로 직업을 고지하였으나 보험모집인이 임의로 판단, 직업분류표상 직업을 임의기재한 것은 피보험자의 고의나 중과실에 의한 고지의무 위반이 아니다. 그리고 약관 설명의무의 상대방도 피보험자가 아닌 보험계약자 임은 분명하다. 피보험자에게 개별적으로 위 약관을 직접 설명할 의무를 부담한다고 볼 특별한 사정이 없다. 이 사안에서는 보험자가 보험계약자 甲에게 보험약관을 교부하고 설명한 것으로 보인다. 보험에서 보험상품을 생산하는 보험사업자는 최소의 비용으로 최대의 효용을 달성해야 한다. 보험계약을 수요하는 소비자도 최고의 만족을 얻어야 파레토 최적이 달성된다. 현실의 보험계약에서 이는 불가능하지만, 가급적 이 상태에 근접하려면 최대선의의 원칙에 충실해야만 한다. 면책약관이 필요한 이유도 이러한 관점에서 설명가능하다.

## I. 사실관계

원고 A보험회사는 B를 피보험자로 하는 아래 각 보험계약의 보험자이고, 피고는 C(망인의 처), D,E(B의 자녀)이다. B는 甲 주식회사에 1987년 입사하여 2006년 차장으로 승진한 후 계속 위 회사에 근무하였고, 2009. 1. 30. 아래와 같은 사고로 사망하였다. 여행자상해보험계약 등을 체결한 경위를 보면, 신한카드 주식회사가 2008. 8. 22. 원고인 A보험회사와 하이카드회원 여행자보험계약을 아래와 같이 체결하였다(타인을 위한 보험계약). 보험계약자 신한카드이다. 피보험자는 첫째, 계약자가 발급한 신한기업카드(기명 및 기업카드) 회원 및 가족이고, 둘째, 법인의 임직원 및 동승인이다. 보험기간은 2008. 8. 24. 00:00부터 2009. 8. 24. 00:00 (1년간)이고, 담보 및 가입금액은 사고 직전 1년간 당해 카드사용액 1억 원 이상 5억 원 미만의 경우 해외여행 중 사망 시 5억 원이다. 甲 주식회사는 1995. 12. 11. 신한카드에 법인회원으로 가입한 후 2009. 1. 30. 현재 회원자격을 유지하고 있고, 2009. 1. 30. 직전 1년간 법인카드 이용액은 1억 7백만 원이었다. 여행자보험의 보통약관에는, 원고 A보험회사는 계약체결시 계약자에게 보험약관을 교부하고 그 중요한 내용을 설명하여야 하며, 약관을 교부하지 아니하거나 중요한 내용을 설명하지 아니한 때에는 계약자는 계약일로부터 1월 이내에 계약을 취소할 수 있고(여행자보험 보통약관 제2조), A보험회사는 피보험자가 해

외여행을 목적으로 주거지를 출발하여 해외여행을 마치고 주거지에 도착할 때까지의 해외여행 도중에 급격하고도 우연한 외래의 사고로 상해를 입고 그 직접결과로써 사고일로부터 1년 이내에 사망하였을 경우에는 보험가입금액 전액을 사망보험금으로 수익자(수익자의 지정이 없을 때에는 피보험자의 상속인)에게 지급하나(위 약관 제8조, 제9조), 피보험자가 직업 또는 직무로 전기 및 기계 작업에 종사하던 중 생긴 손해는 '보상하지 아니하는 손해'의 하나로 규정하고 있다(위 약관 제9조 제2항 제1호).

원고 A보험회사는 신한카드에 위 약관을 교부하고 그 내용을 설명하였다. 신한카드는 교부받은 약관을 홈페이지를 통해 공지하고 있다. 망인 B는 C의 오빠이자 원고 A보험회사의 보험모집인인 F를 통하여 원고 A보험회사와 하이프라임 퓨전 종합보험 및 하이퍼팩트 종합보험을 계약하였다. 담보 및 가입금액 기본계약 100만원, 상해사망·후유장해담보 5,000만원/ 기본계약 8,000만원, 일반상해사망·후유장해추가담보 2,000만원, 프라임 종합보험 및 퍼팩트 종합보험의 보통약관에는, 계약자·피보험자 또는 이들의 대리인은 청약시 청약서에서 질문한 사항에 대하여 알고 있는 사실을 반드시 사실대로 알려야 하고(프라임 종합보험 보통약관 제24조, 퍼팩트 종합보험 보통약관 제27조), 계약자 등이 고의 또는 중대한 과실로 사실대로 알릴 의무를 위반하고 그 의무가 중요한 사항에 해당하는 경우에는 원고는 손해의 발생 여부와 관계없이 계약을 해지할 수 있으며, 계약의 해지가 손해발생 후에 이루어진 때에는 그 손해를 보상하지 아니하는 것(프라임 종합보험 보통약관 제26조, 퍼팩트 종합보험 보통약관 제29조)으로 규정하고 있다. 망인은 위와 같이 프라임 종합보험 및 퍼팩트 종합보험에 각 가입하면서 자신의 직업을 사무직 차장이라고 답하였다. 그에 따라 망인의 직업을 '전기, 전자, 기계, 금속 생산부서 관리자로 기재하면서 상해급수 1급을 적용하여 각 보험 청약서를 작성하였다. 한편, 甲 주식회사는 원고 A보험회사와 2005. 4. 8. 보험계약자를 甲 주식회사로, 피보험자를 망인 B로 하는 무배당 현대 하이라이프 상해보험(이하 '2005. 4. 8.자 상해보험'이라고 한다)을 체결하였다. 위 보험 청약서에 피보험자인 망인 B의 직업은 '기계설비공 및 기계조립공'으로, 망인 B의 상해급수는 3급으로 각 기재되어 있다. 사고의 발생 경과를 보면, 망인 B가 甲 주식회사의 차장으로서 자회사인 乙 유한공사가 중국의 丙 기전 유한공사로부터 수주받은 1호

알루미늄정용접로 설치 공사를 관리·감독하기 위해 2009. 1. 23. 출국하여 같은 날 16:00경 중국 강소성 태주시에 도착하였다.

망인 B는 같은 달 30. 11:30경 용접로 공사현장에서 증설공사를 완료한 후 개별적으로 각 부분 안전을 점검하던 중 용접로의 시범운행을 위해 용접로 내에 있는 산소를 제거하려고 질소가 투입되었음에도 그 사실을 알지 못하고 계속하여 밀폐된 용접로 내부를 검사하다가 그대로 질식되어 위 용접로에 상반신을 걸친 채 쓰러졌고, 같은 날 11:50경 이를 발견한 丙 회사의 회사원 등이 망인 B에게 인공호흡을 한 후 태주시 소재 ○○ 의원으로 후송하였으나 후송 중 질식에 의한 심장마비로 사망(이하 ‘이 사건 보험사고’라 한다)하였다. 그리하여 쟁점은 여행자보험에서 B의 고지의무 이행여부, A의 보험약관 설명의무 이행여부, 여행자보험의 약관과 면책약관의 효력문제로 되었다.

## II. 법원의 판단

카드회사가 법인회원의 임직원 등을 피보험자로 하여 가입한 여행자보험계약의 보험기간 중 법인회원의 직원이 외국회사로부터 수주받은 용접로 설치공사 현장의 관리·감독 업무를 위해 외국으로 출장을 나갔다가 설치공사가 완료된 용접로의 안전을 점검하던 중 질소가스에 질식하여 사망한 사안에서, 위 사고는 보험약관에서 보상하지 아니하는 손해의 하나로 정한 ‘피보험자가 직업 또는 직무로 전기 및 기계 작업에 종사하던 중 생긴 손해’에 해당하고, 위 보험계약의 특성 등에 비추어 보험회사가 그 약관의 내용을 보험계약자인 카드회사에 고지한 이상 피보험자에게 개별적으로 그 내용을 설명할 의무를 부담한다고 할 수 없어 보험회사가 피보험자인 망인에게 그 약관의 내용을 설명하지 않았더라도 그 약관 규정은 유효하므로, 보험회사는 위 사고에 대한 보험금지급의무가 없다고 하였다.

그리고 외국회사로부터 수주받은 용접로 설치공사 현장의 관리·감독 업무를 위해 외국으로 출장을 나갔다가 설치공사가 완료된 용접로의 안전을 점검하던 중 질소가스에 질식하여 사망한 자가 그 출장 전 종합보험에 가입하면서 보험모집인의 질문에 자신의 직업을 ‘사무직 차장’이라고 답하였고, 그에 따라 보험모집

인이 망인의 직업을 '전기, 전자, 기계, 금속 생산부서 관리자'로 기재한 후 상해 급수 1급을 적용하여 보험청약서를 작성한 사안에서, 망인은 입사 후 계속 생산부서 관리자로 근무하였고, 위 사고도 평소 수행해 오던 생산관리 업무의 하나로 공사현장을 점검하다가 일어난 사고인 점과 보험계약 체결 시 보험모집인이 망인에게 단순히 직업이 무엇인지를 질문한 후 그에 대한 대답을 듣고 임의로 판단하여 직업을 기재하였을 뿐, 망인에게 직업분류표 등을 제시하면서 그 직업분류표상의 직업 분류가 어떤 의미가 있고, 그 직업군의 구체적인 업무 내용이 무엇인지에 대하여 설명한 후 망인으로 하여금 자신의 직업을 특정·선택하도록 한 것이 아니어서 망인이 고의 또는 중과실로 그 직업을 허위 고지하였다고 보기도 어려운 점 등에 비추어 보면, 망인에게 고지의무 위반이 있었다고 보기 어렵다고 하였다.

사고일인 2009. 1. 30. 망인이 신한카드의 법인회원인소외 2 주식회사에서 근무하던 중 해외인 중국 강소성 태주시에서 이 사건 보험사고로 사망한 사실은 앞서 본 바와 같지만, 한편 이 사건 보험사고가 망인소외 2 주식회사의 차장으로서 2009. 1. 23. 소외 2 주식회사가 중국 회사로부터 수주받은 용접로 설치공사 현장의 관리·감독을 위해 중국 현장으로 출장나가 설치된 용접로를 점검하던 중 질소가스에 질식되어 발생한 사실 또한 앞서 본 바와 같은바, 그렇다면 이 사건 보험사고는 평소 생산 관리업무를 담당하는 망인이 자신이 재직 중인소외 2 주식회사로부터 용접로 설치공사의 관리·감독 업무를 지시받아 해외출장 중 일어난 것으로, 이는 여행자보험의 약관에서 보상하지 아니하는 손해의 하나로 규정한 직업 또는 직무로 전기 및 기계 작업에 종사하던 중 발생한 사고(손해)에 해당하므로, 원고는 위 사고에 대한 보험금 지급의무가 없다고 할 것이다. 또, 피고들은 먼저, 위 약관 규정은 해외여행 중 현지에서 피보험자가 위험한 직업에 취업할 경우에 그로 인해 발생한 손해를 배상하지 아니한다는 규정이므로 출장 중 업무를 수행하다가 사고가 발생한 경우는 이에 해당하지 아니한다고 주장하나, 위 약관 규정을 피보험자가 해외에서 그와 같은 업무에 새로이 취업하여 종사하는 경우에만 적용되는 것이라고 제한하여 해석할 아무런 근거가 없으므로, 이와 다른 전제에 선 피고들의 위 주장은 이유 없다고 하였다(면책약관 제한해석의 배격).

또, 약관에서 설명의무의 상대방도 피보험자가 아닌 보험계약자라고 하고.. 피보험자에게 개별적으로 위 약관을 직접 설명할 의무를 부담한다고 볼 특별한 사정이 없다...고 하였다. 고지의무에 있어서도 "... 망인의 실제 직업이 '전기, 전자, 기계, 금속생산부서 관리자'가 아니라 '기타 전기, 전자, 기계, 금속 관련 조직원'이라거나 망인이 고의 또는 중대한 과실로 직업을 허위 고지하였다는 점을 인정하기는 부족...하고.. 보험모집인이 앞서 본 바와 같이 망인에게 단순히 직업이 무엇인지를 질문한 후 그에 대한 대답을 듣고 임의로 판단하여 직업을 기재 하였을 뿐, 망인에게 직업 분류표 등을 제시하면서, 그 직업분류표상의 직업 분류가 어떤 의미가 있고, 그 직업군의 구체적인 업무 내용이 무엇인지에 대하여 설명한 후 망인으로 하여금 자신의 직업을 특정·선택하도록 한 것은 아니고, 2005. 4. 8. 상해보험계약 체결시에도 위와 같은 설명과 선택의 과정을 거친 것으로는 보이지 아니하므로 망인이 고의 또는 중과실로 그 직업을 '전기, 전자, 기계, 금속 생산부서 관리자'라고 허위 고지하였다고 보기도 어렵다... 고지의무 위반이 있다고 보기도 어렵다..."고 한다.

### Ⅲ. 판례의 분석

#### 1. 관광(여행)업과 보험제도

최근 코로나 바이러스 창궐로 인해 여행 특히 국가간 관광과 여행이 매우 어렵게 된 것이 사실이지만 여행업, 관광업은 굴뚝없는 산업으로 유명하다. 관광의 목적은 오락, 투어, 방학휴가, 연구, 정보취득, 교류, 자원봉사, 이민탐색, 종교선교 사업, 국제정치 등 다양하다. 관광여행을 통하여 지식습득, 자아발견, 삶의 목적 확립, 내적 평화가 가능한 것이 우리 인간이다. 또, 나와 세계를 다른 시각으로 볼 수 있게 하고 편견에서 벗어나게 한다. 관광동기를 관광욕구에 따라 구분한다면 ① 심정적 동기(사향심, 교류심, 신앙심), ② 정신적 동기(지식욕, 전문욕, 환락욕), ③ 신체적 동기(치료욕, 요양욕, 운동욕), ④ 경제적 동기(쇼핑 목적, 사업 목적)에 따른 관광이 있을 수 있다.<sup>1)</sup> 네덜란드의 Kusters는 관광의 욕구를

① 보상욕구(타 지역에서 새로운 사람들의 만남욕구나 일상생활에서의 지루함에 대한 보상욕구 충족을 위해 휴가나 휴식을 취함), ② 탐험욕구(교육기회 확대로 타 지역에 대한 지적 호기심이 증대되어 미지의 세계에 대한 탐험욕이 증대), ③ 지위인식 욕구(관광목적지에서의 시간과 돈의 소비로 자기과시와 자기충족 및 지위인식욕을 나타냄)로 구분했다.<sup>2)</sup> 근대 이전의 관광은 시간과 장소이동이 심히 지체되고 위험하며 무역이나 이민 등 선택의 여지가 없이 고정된 목적지를 향하는 것이었다. 상행위를 위해서 마차나 위험하기 짝이 없고 난파하기 쉬운 범선에 의존할 수 밖에 없었고 이러한 모험적여행은 종종 후유증(난파, 사망, 상해, 질병, 한 가정이나 회사의 파산)을 낳았다. 강이나 바다를 통한 여행(관광)이 실크로드나 인도차이나의 육로이용보다 신속하기는 하였지만 안전도는 별반 나을 것이 없는 실정이었다. 과학과 교통수단이 발전하면서 관광여행의 선택폭이 넓어지고 용이하게 변모했다. 콜럼부스가 1492년 신대륙을 발견한 이래 우리는 먼 거리 여행이 가능함을 체득했다.

관광학(여행학) 연구의 범위는 광범하다.<sup>3)</sup> 그리하여 관광학(여행학)은 학문이 성격상 종합학문이고 응용학문에 속한다. 특정 학문 분야의 연구성과에만 의존하지 않고 다각적인 연구를 취하여야 하고 현실적인 문제를 해결하여야 하므로 실천적인 성격이 강하다.<sup>4)</sup> 관광(여행)연구의 철학적 중심문제로서 진리(truth), 미(beauty), 도덕·윤리(virtue)가 강조된다면<sup>5)</sup> 관광 관련된 계약법과 상해보험분쟁 연구는 세 번째의 범주에 속할 것이다. 또한, 관광 내지 관광학이 발전하기 위해서는 관련된 분쟁이 원만하게 해결되어야 함은 물론이다. 이는 필자가 본 연구에서 여행자보험상 분쟁사례의 법리를 해명하는 동기가 되었다.

상법은 관광업(여행업)에 밀접한 법규에 대해 제151조 이하에서 규정하고 있다. 이는 극장, 여관, 음식점 기타 공중이 이용하는 시설(호텔, 골프장, 콘도미니엄,

1) 김창곤·신동주·지봉구·홍창식, 「관광학원론」, 대왕사, 2019, 84면.

2) 위의 책, 88면.

3) 한국연구재단 연구분야 분류표상 내용을 보아도 관광학 일반(관광정책, 관광비교, 관광정보, 관광역사, 관광법규, 관광행정, 관광경영(경제), 관광마케팅(상품), 관광지원, 관광개발, 관광지 계획설계, 관광·레저사업, 국제관광, 관광행동·심리, 관광통역, 관광문화, 컨벤션·이벤트 사업, 기타 관광학(카지노, 관광교육과정, 수학여행, 생태관광, 의료관광, 각종 숙박시설(리조트, 콘도, 민박)이 있다.

4) 이월계·송운강, “한국 관광학 연구의 동향”, 관광레저연구, 제23권 7호, 2011.9, 6면.

5) John Tribe, Philosophical Issues in Tourism, 2009(조명환, “향후 관광학에 있어서의 연구내용 및 방법론에 대한 답론”, 「한국관광학회 국제학술발표대회집」 84권, 2018.7, 445면).

스키장, 당구장 포함)에 의한 거래를 대상으로 한다. 이러한 영업을 하는 영업주가 고객의 임치물 등에 대한 주의를 기울일 것과 그 위반시 손해배상책임(고가물 책임 포함)한 채무불이행책임)을 규정하고 있다(상법 제151조부터 제154조까지). 이는 중요한 상행위의 하나로서(상법 제46조 제9호) 이를 영위하는 영업주는 당연상인(상법 제4조)가 되어 상법의 규율을 받는다. 이러한 사업상 계약은 도급계약, 임대차계약, 노무공급계약과 이들의 혼합계약 등이 있어서 상법이 일률적으로 규정하기는 어렵고 그렇게 할 필요도 없다.<sup>6)</sup> 그리하여 개별약관에 의해 구체적인 내용이 정해지는 것이 상례이다. 상법은 고객이 수치한 물건(임치물)이나 수치하지 않은 고객의 물건이 멸실 또는 훼손되는 경우 배상책임을 지는 내용을 규정하고 있다. 사례에서처럼 고객이 상해를 입거나 사망하는 경우(인신사고)에 대해서는 민사법 일반의 원칙에 따라야 하지만, 영업주가 당연상인이고 영업적 상행위(기본적 상행위)에서의 고도의 주의의무 상황에 있다는 점이 고려되어야 한다.

민법은 여행계약에 대해 규정하고 있다. 이는 여행계약의 의의(민법 제674조의 2), 여행 개시 전의 계약해제(제674조의 3), 부득이한 사유로 인한 계약해지(제674조의 4), 여행대금의 지급시기(제674조의 5), 여행주최자의 담보책임(제674조의 6), 여행주최자의 담보책임과 여행자의 해지권(제674조의 7), 담보책임의 존속기간(제674조의 8), 강행법성(제674조의 9)이다. 그리하여 여행자가 여행 중에 사망하거나 상해를 당한 것이 여행주최자의 고의나 과실에 의한다면 여행주최자가 여행계약상 채무불이행책임을 지게 되거나 불법행위책임(민법 제750조)을 진다. 그러나, 실제상 이 사망이나 상해가 발생할 때 배상금액은 워낙 많고 심각한 분쟁대상이 됨이 상례이다.<sup>7)</sup> 또, 여행주최자의 책임이 없는 경우(무과실) 배상받을 길이 없으므로 어떤 경우이든 여행자는 여행상해보험<sup>8)</sup>을 체결하는 것이 가장 유효적절하다.<sup>9)</sup>

6) 전우현, 「최신판 상법총칙·상행위법」, 동방문화사, 2019, 370면.

7) 보험약관이 분명함에도 상해 또는 그로 인한 장해발생시 얼마나 보험금을 지급해야 하는가에 대해 영미 판례상 분쟁이 빈발한다. 이는 상해로 발생하는 치료비나 장해가 심각하다는 것을 반영한다(그 설명의 예로 E. Fischer 외, Principles of Insurance Law, LexisNexis, 2006, p. 858-859).

8) 여행자(여객) 상해보험계약을 체결하는 경우 타인을 위한 보험의 형태로 많이 체결된다. 이 사안의 경우 회사가 회사의 구성원을 위해 여행자보험을 체결할 수도 있고 교통수단의 운행자가 이를 체결할 수도 있다. 이 경우 피보험자 겸 보험수익자인 승객(여행자)은 보험보호의 형태가 일괄지급인지 각각 지급인지 확인해야 하는데(Erwin Deutsch, Versicherungsvertragsrecht, 6. Aufl., 2008, S. 240 참조), 후자의 경우 자신의 상해(피해)상황을 잘 입증해야 하는 부담이 있다. 상해보험에서 상해로 인해 사망하는 경우가 왕왕 있으므로 이 상해사망도 담보하는 것으로 구성하는 것이 상례이다(Looschelders & Pohlmann, VVG, 2.Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2011, S. 1740). 다만, 이 사망이 상해로 인해 발생해야 한다는 점에 대한 입증이 중요할 것이다.

## 2. 보험약관

약관이란 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자(사업자)가 여러 명의 상대방(고객)과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용이다.<sup>10)11)</sup> 보험약관은 보험회사가 다수의 보험계약자와 보험계약을 체결하기 위하여 마련한 보험계약의 내용이다.<sup>12)</sup> 보험약관은 당사자 사이에 다른 약정이 없는 한 계약당사자 쌍방(보험계약자와 보험회사)이 따라야 하므로 중요한 법률적 의미를 지닌다.<sup>13)</sup>

보험약관을 작성하는 이유는 i) 첫째, 보험이 위험단체의 개념에 기초를 두고 있어 그 구성원들을 개별적으로 다루지 않고 평등하고 동일하게 취급할 필요가 있고, ii) 둘째, 약관을 사용함으로써 거래비용을 절감하며, iii) 셋째, 사회경제적으로 약자인 보험계약자를 보호함에 약관이 유용하기 때문이다. 보험제도는 사적 계약이면서도 공공성이 있으므로 감독당국이 보험약관에 대해 정형화된 계약서를

9) 공보험으로 충족시킬 수 없는 사회의 협동업무의 근간이 사보험이다(本間照光, 「保險の社會學」, 勸草書房, 2010, 199면). 또, 사보험 중 상호보험에서도 인보험 등 상해보험을 운영할 수 있겠지만 (특히 미국 등 외국의 보험회사), 한국에서 이를 운영한다면 그 자본확충이 문제되는데 결국 외부에서 자본을 조달하여야 할 것이다(독일의 경우 상호보험의 자본확충과 외부자본에 대한 사용지분 인정문제로 G.A, Benkel, Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, C. H. Beck, 2002, SS. 224-230 참조. 다만, 독일에서도 주식회사와 달리 상호보험에 대해서는 자본력에 대한 상당한 고민이 있음을 알 수 있다). 그렇게 되면 결국 주식회사에 근접하는 지분인정을 해야 할 것으로 본다. 우리나라에서 상해보험, 생명보험 등을 상호보험이 운영한다면 수지균등의 원칙, 회사의 자본력 등에 특히 유의해야 할 것이다.

10) 약관의 규제에 관한 법률 제2조 제1호

11) 1807년 프랑스 상법전(제2편)은 1681년의 해사칙령(海事勅令) 제2편과 제3편의 규정을 거의 답습하였다(大谷孝一, 「フランス海上保險契約史研究」, 成文堂, 1999, 210면). 여기에서 보험약관(보험증권)이 정비되었다. 다만, 해상보험의 실무는 1807년 성문법을 떠나 발전하였고 여기서 보험약관이 활약할 여지가 있었다. 지방의 해사관습과 동등한 규범적 효력이 인정되는 보험약관이 다수 성립되게 된다(관습법적 성질의 보험약관 등장. 1754년에 파리의 해상보험회사 중 하나가 육상보험의 인가를 받게 되고 육상보험의 호시) 1786년 화재보험을 전문으로 하는 보험회사가 설립된다. 그러나, 이들 보험회사는 프랑스혁명에 의해 해체되고 그 후 루이 18세의 왕정복고기(1814-1830년)에 들어 후속회사가 나타났다(Senés, V., Les origines des compagnies d'assurances soit à primes, soit mutuelles, fondées en France, Paris, 1900, pp. 101-103).

12) 지중해무역관습이 프랑스에 전이·발전된 결과로서 보험법도 발달하였다. 프랑스 해상보험의 경우 전쟁위험의 면책, 선장이나 해원의 악행(惡行)에 대해 면책을 규정한 것은 1836년 6월 1일의 파리 보험증권(보험약관)이다. 이 보험약관이 단일 표준보험약관의 선구인데 파리의 모든 보험회사가 이를 채용하였다(大谷孝一, 앞의 책, 222면).

13) 어떤 보험계약은 슬립(slip)이나 후속 보험증권 작성으로 이루어지지만(예, 로이드보험: Barlo Lyde & Gilbert, Insurance Law Handbook, Tottel, 2008, p. 12-13) 대부분의 보험계약은 약관에 의존한다.

사용하게 한다. 보험약관은 당사자를 구속하므로 계약의 요소에 대해 규정하여야 하고, 당사자의 권리의무를 규정하여야 한다.

보험약관에는 보통약관, 추가약관, 특별약관, 추가특별약관 등이 있다. 보통약관은 모든 계약에 일반적, 보편적, 공통적으로 적용되는 조건을 규정한 것이고, 추가약관은 보통약관에 추가되는 일부의 보험조건(일반적으로 하나의 보험조건)이 규정된 것이다. 특별약관은 일부 보험계약에만 적용되는 내용인데 보통약관상의 일부 계약조건을 수정한 것인데 보험료 분납특약, 지진위험 담보특약, 풍수재 위험 담보특약 등이다. 추가 특별약관이란, 특별약관의 일부를 수정하거나 변경한 것이다. 화재보험의 약관 중 수재(水災)위험 부담보 또는 풍재(風災)위험 부담보 추가 특별약관은 풍수재 위험담보 특별약관의 일부를 수정한 것이고, 배상책임보험의 약관 중 종업원 배상책임 부담보 추가특별약관은 신체손해 배상책임담보 특별약관을 수정한 것이다.

여행보험을 포함한 모든 보험약관에는 중요한 사항을 포함하여야 한다. 이는 1. 보험회사가 보험금을 지급하여야 하는 사유, 2. 보험계약의 무효사유, 3. 보험회사의 면책사유, 4. 보험회사의 의무의 범위 및 그 의무이행의 시기, 5. 보험계약자 또는 피보험자가 그 의무를 이행하지 아니한 경우에 받는 손실, 6. 보험계약의 전부 또는 일부의 해지의 원인과 해지한 경우의 당사자의 권리의무, 7. 보험계약자·피보험자 또는 보험금액을 취득할 자가 이익 또는 잉여금의 배당을 받을 권리가 있는 경우에는 그 범위, 8. 적용이율 또는 자산운용 실적에 따라 보험금 등이 변동되는 경우, 그 이율 및 실적의 계산 및 공시방법 등, 9. 예금자보호 등 보험계약자 권익보호에 관한 사항 등이다. 또, 보험약관은 보험계약자의 불이익을 방지하기 위하여 보험자에게 그 교부 명시적무를 부과한다(상법 제638조의 3 제1항). 만약 보험자가 이를 위반하면 보험계약이 성립한 날로부터 3개월 이내에 그 계약을 취소할 수 있다(상법 제638조의 3 제2항).

보험업법에 따르면 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 그 체결 또는 모집에 관하여 보험계약자나 피보험자에게 보험상품의 내용을 사실과 다르게 알리거나 그 내용의 중요한 사항을 알리지 아니하는 행위를 하여서는 안된다(보험업법 제97조 제1항 제1호). 보험회사의 소속 임직원 또는 소속 보험설계사가 이를 위반한 경우에는 그 보험회사에 대하여 해당 보험계약의 수입보험료의 20%

까지 과징금을 부과할 수 있다(보험업법 제196조 제2항). 보험회사의 임직원이 이를 위반한 때에는 그 자에 대하여 2천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다(보험업법 제209조 제2항 제18호). 보험대리점, 보험대리점 소속 설계사, 기타 이를 위반한 자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다(보험업법 제209조 제3항 제7호, 제10호). 그리고 표준보험약관 제도를 운영하는데 생명보험, 화재보험, 자동차보험, 질병상해보험(손보), 실손의료보험, 해외여행 실손의료보험, 배상책임보험, 채무이행보증보험, 신용보험, 신원보증보험 등 10개가 있다. 표준약관이 없는 보험종류(예, 법률비용보험 등)의 경우에는 유사한 종류의 표준약관을 참조하여 작성한다.

본 사안의 여행자상해보험약관 등 보험약관도 이러한 표준약관을 각 보험사의 사정에 따라 현실적인 담보범위에 맞추어 제시된 것이다. 즉, 손해보험의 표준약관 중 해외여행 실손의료보험 표준약관을 모델로 한 것이다.

### 3. (여행자)상해보험약관과 그 면책사유

여행자 상해보험을 포함한 상해보험은 보험의 객체로 보면 인보험<sup>14)</sup>이지만, 상해리는 보험사고<sup>15)</sup> 내지 위험은 재산보험 성격을 지니는 경우가 많다. 그리하여 상해보험은 제3보험계약에 속한다.<sup>16)</sup> 즉, 상해보험은 인보험이지만 기술상 곤란만 극복하면 손해전보로 보상하는 것이 얼마든지 가능한 특징을 포함하고 있다.<sup>17)</sup> 그 보상방식도 (i) 보험수익자에게 지급하는 사망보험금(후유장해보험금<sup>18)</sup>

14) 인보험의 대표가 생명보험인바, 생명보험에서는 손해의 보상이라는 관념보다 가족의 인녕, 생존보장이 주된 관심사이다(J. A. Park, System of the Law of Marine Insurance, Lawbook Exchange, 2005, p. 429-430); 초기의 인보험은 해상보험에서 발전하였는데 생활보장이라는 근대적인 관념은 없이 도박보험처럼 운영되는 폐단이 있었다. 그 후 이런 폐단을 없애는 노력이 경주되어 왔다(鈴木辰紀, 「新保險論」, 成文堂, 2005, 234면).

15) 이 보험사고인 상해는 신체의 일정한 손상인데 이는 갑작스런 사망이나 장애되는 구별되어야 한다. 또 이 상해는 일정한 정도 지속되어야 하는 바, 의학적 판단이 매우 중요하게 된다(Bruck / Möller, VVG, 9. Aufl., De Gruyter, 2010. S. 311).

16) 그리하여 상해보험계약을 생명보험형 상해보험계약(정액보험)과 손해보험형 상해보험계약으로 나누기도 한다. 손해보험형 상해보험은 손해의 발생시기가 보험기간 종료후인 경우 이를 보상해야 하는가가 쟁점이 되기도 한다(竹濱 修 外, 「保險法改正の論点」, 法律文化社, 2009, 284-286면). 손해보험형 상해보험은 손해보험 자체는 아니지만 손해보험상 피보험이익의 계산(L. J. Burglas, Marine Insurance and General Average in U.S, Cornell Maritime Press, 1981, p. 20-21).

17) 金澤 理·大塚英明·兒玉康夫, 앞의 책, 18면; 영미법상 인보험에서도 피보험이익(insured interest)을 요구하는 것은 사실 이러한 생각과 관련되어 있다(L. P. Martinez/ J. W. Whelan, Insurance Law, West, 2006, p. 628).

포함), (ii) 정액의 상해보험금, (iii) 실손의 상해보험금으로 나뉘어진다. 순수 인 보험인 생명보험(특히 사망보험)과는 다른 약관 구성(면책부분 포함)을 할 여지가 있게 된다. 보험약관에 당사자가 구속되는 근거 또는 보험약관의 법적 성질에 관해 당사자의 의사로 약관상 합의를 하였기 때문이라는 견해(의사설, 계약설)도 있지만,<sup>19)</sup> 약관에 의한 거래를 한다는 것이 상관습 내지 상관습법으로 성립되었다고 봄이 옳을 것이다(백지 상관습법설).<sup>20)21)</sup>

보험약관에 의한다는 취지가 기재되어 있는 보험청약서에 보험계약자가 서명 또는 날인하여 청약하였다면, 그 계약당시 약관의 내용을 알지 못한 경우에도 일응의 의사를 가지고 계약한 것으로 추정된다(의사추정설).<sup>22)</sup> 일본의 경우 판례태도이다(화재보험의 지진면책약관에 관한 神戸地判 1999년 4. 28, 判例時報 1706호, 130면). 본 사안에서 현실적으로 다투어지지 않는 않지만, 甲카드회사가 가입한 여행자상해보험의 약관은 당사자를 구속하는 규범적 효력을 당연히 가진다고 본다.

보험계약상 면책사유는 보험제도의 취지와 공익에 반한다고 생각되기 때문에 보험계약상 담보하지 않는다는 것이다. 이는 보험계약상 약정의 문제이다(담보범위를 정함은 의사약정의 문제이므로). 그리하여 법정 면책사유라고 하여도 보험금을 지급한다는 약정, 법정면책사유가 아니라도 면책사유로 하는 약정이 가능하게 된다(약관에 의한 면책사유).<sup>23)</sup> 보험약관상 면책사유는 논리필연적인가? 손해보험의

18) 후유장애보험금은 양안실명, 언어기능의 전부상실, 수족의 절단, 청력의 감퇴, 신체 각부의 기능장애에 대해 그 정도에 상응하여 미리 정한 보험금을 지급하는 것이다. 장애의 정도가 심하고 회복이 어렵다고 판단되는 경우 그 고통에 상응하는 보상을 하고자 한 것이어서 상해사망과 같이 정액보험의성격을 띤다(田村詢之輔·平出慶道, 「保險法·海商法」, 青林書院, 2003, 122면).

19) 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001, 144면; 이기수·최병규·김인현, 「보험·해상법」, 박영사, 2008, 22면; 이은영, 「약관규제론」, 박영사, 1984, 93-94면; 임용수, 「보험법」, 서울정보센터, 2006, 26면; 정동윤, 「상법(하)」, 법문사, 2011, 468-469면; 정찬형, 「상법강의(하)」, 박영사, 2018, 501-502면; 채이식, 「상법 IV(보험법·해상법)」, 박영사, 2001, 63면; 최기원, 「보험법」, 박영사, 2002, 40면; 김대규, 「약관편입통제조항의 기능성 연구」, 「비교사법」 제11권 제1호, 2003, 259면; 박철, 「보통보험약관의 구속력」, 「보험법의 쟁점」, 2002, 45면.

20) 강위두·임재호, 「상법강의(하)」, 형설출판사, 2010, 531면; 서돈각·정완용, 「상법강의(하)」, 1996, 366면; 서헌제, 「상법강의(하)」, 법문사, 2002, 49면; 양승규, 「보험법」, 삼지원, 2005, 70-71면; 정희철, 「상법학(하)」, 박영사, 1990, 357면; 최준선, 「보험법·해상법」, 삼영사, 2010, 34면; 장경환, 「보험약관의 교부설명의무」, 「보험학회지」 제46집, 1995, 103면 이하; 장덕조, 「보통보험약관의 구속력」, 「보험법연구」 3, 1999, 20-23면.

21) 영리를 목적으로 하지 않는 상호보험의 경우에 이 점은 더욱 더 그러하다. 여행자보험은 영리보험보다 상호보험에서 먼저 시작된 바 있다(G.A.Benkel, Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, C. H. Beck, 2002, S. 20).

22) 山田泰彦·山野嘉郎, 「現代保險·海商法 30講(第8版)」, 中央經濟社, 2010, 15면.

면책사유 중 주정(酒精)의 발효, 농산물의 부패 등 성질 손해를 면책으로 하는 것이 있다(상법 제678조). 이는 인보험 약관상 면책사유와 크게 구별되는 것으로 보인다. 그러나, 이는 우연성의 정도가 낮고, 피보험자가 그 손해가능성에 미리 대비할 수 있다고 보아 특히 보험의 대상으로 할 필요가 적다는 점 등 때문에 면책사유로 한 것에 불과하다.<sup>24)25)</sup> 일본의 2008년 보험법은 이를 삭제하고 있다. 그 보험대상 여부를 보험자의 판단에 맡기지는 취지이다. 손해보험 특유의 면책사유도 당사자의 의사 타협에 의해 얼마든지 달리 정할 수 있다는 예가 된다. 특약에 의해 할증보험료를 지급하면 전쟁위험이나 쓰나미, 지진 등 천재지변에 대해서도 담보할 수 있는 것은 바로 그 때문이다. 상해보험에서는 피보험자의 임신, 출산, 유산, 외과적 수술, 기타 의료처치에 의한 상해, 지진, 전쟁, 내란, 폭동 등에 의한 상해는 면책으로 함이 상례이다.<sup>26)</sup> 여행(관광)상해보험에 가입하는 사람들은 관광, 휴가, 견학, 학문교류, 실습 등의 목적을 가진 경우가 대부분이다. 사례와 같이 전기, 기계설비 공사 등 수주사업의 실행과 점검(중국 강소성 태주시 용접로 공사 시공과 점검)이라는 건설회사의 비즈니스 업무 때문에 여행하는 경우도 물론 있지만, 통상적으로 여행자보험 가입자의 가입동기와는 그 동기가

23) 山田泰彦·山野嘉郎, 위의 책, 59면.

24) 潘 阿憲, 「保險法概說」, 中央經濟社, 2010, 107면.

25) 프랑스에서 전쟁위험 등 면책사유를 해난손해에서 분리한 것은 1836년의 보험증권(약관)에서부터이다(약관 제2조). 그리고 제3조에서는 선장과 해원의 악행에 대해서도 면책으로 하고 있었다(제3조: Les assureurs sont exempts de toutes conséquences qu'entraînent pour le navire les faits quelconques du capitaine ou de l' équipage à terre. 선장이나 선원의 악행이 육상에서 이루어진 경우 이것이 선박의 손해에 영향을 미친다면 보험자가 이를 보상해서는 안된다는 생각이었던 것 같다). 또, 선박의 충돌이 야기한 사망이나 상해에 대한 제3자의 배상청구에 대해서도 면책이라고 하는데(제4조), 이는 영국의 충돌조항(Running-down clause)의 영향이라고 본다. 1873년 7월 15일의 프랑스 해상보험증권은 선박보험과 화물보험이 분리하였다. 제3조는 그 이전에 비해 면책사유를 다음과 같이 확대하고 있다. 1. 선장의 사기적 행위, 봉쇄파쇄, 밀수 또는 금지상업, 비밀상업에서 생긴 모든 사고 단, 이 모든 경우에 있어서도 선장이 선주 또는 그 대리인의 동의없이 변경되어 다른 자에 의해 교대된 때는 그러하지 아니하다. 2. 고유의 하자로부터 생긴 손상 및 멸실, 3. 금속피복에 의해 보호되지 않는 선체부분에 관한 충해(蟲害), 4. 농항(籠港), 검역 및 하역기간의 모든 비용, 5. 선장 또는 선원이 육상에서 한 행위가 선박에 미치는 모든 결과, 6. 충돌에 관하여 제4조에 정한 경우를 제외하고 주로 적하의 하자, 갑판적, 과적(過積), 용선계약의 위반에 대하여 또는 항구, 하천에서 생기는 손해 또는 방해에 대하여 선주는 아니든 묻지 않고 제3자에 의해 이루어진 구상청구.

26) 戸田修三·西島梅治, 「保險·海商法」, 靑林双書, 1982, 161-162면; 상해보험의 보상제의 사유는 보험자가 입증하여야 한다(Prölss/ Martin, VVG, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010, S. 2783). 예컨대, 자동차에서 내리다가 다치거나, 옷을 입다가 사지 중 하나가 다치는 것인데, 이것이 상해사고가 아닌 까닭은 상해사고에 외부 작용이 개입되었다고 보기 어렵기(외부성 부정) 때문이다.

매우 이질적이다. 그에 수반되는 위험(리스크) 자체가 달라서(고도의 위험성) 담보에서 배제(exclusion)할 필요가 있기에 면책사유로 한 것으로 보인다.

모든 인보험약관은 피보험자의 자해행위를 면책으로 하지만, 그 밖에도 상해보험의 경우에는 질병,<sup>27)</sup> 치료행위<sup>28)</sup>로 인한 상해, 사망, 장애<sup>29)</sup>가 면책사유로 되는지 특히 문제로 된다. 또, 음주운전 등 위험한 행위를 하는 운전자의 경우 대다수 사람들은 자신이 위험을 통제할 수 있다고 생각하면서 행동하지만,<sup>30)</sup> 미국의 연방지방법원은 그와 달리 음주운전 중 사망은 피보험자 자신이 사망을 예견할 수 있었다고 본다. 그 사망은 보험보상이 되는 상해사망이 아니라고 한다.<sup>31)</sup>

- 27) 질병(disease)은 급격성(violent), 외부성(external)의 요소가 없다는 점에서 상해(incident)와 구별되어 (R.Merkin, Colinvaux's Law of Insurance, Sweet & Maxwell, 1990, p. 304-306) 상해보험에서 담보하지 않는다; 외부성 요건과 관련하여 볼 때 어떤 상해도 순수하게 피보험자 신체 내부적인 요인으로부터 발생하지 않음은 당연하다. 심지어 미끄러운 공간에서 넘어지는 경우라도 이는 외부적인 물리작용(미끄러운 얼음이나 강판)이 있었기 때문이다. 가장 경계에 있는 것이 스포츠 활동으로 인한 상해이다(Hubert W. van Bühren, Versicherungsrecht, 4. Aufl., Deutscher Anwalt, 2009, S. 2046 참조); 다만, 코로나 바이러스 창궐로 질병의 문제가 전 세계적으로 부각되면서 상해보험과 대비되는 질병보험의 중요성이 재조명되고 있다. 독일의 질병보험에 대해서는 Looschelders / Paffenholz, Versicherungsvertragsrecht, Kahlhammer, 2011, S. 136-137 참조; 상해보험과 같은 인보험에 속하는 질병보험에 대해서 독일의 경우 2007년 개혁입법을 마련, 2009년 1월 1일부터 시행하고 있다. 이 점이 상해보험과 질병보험을 대하는 사회의 태도라 할 것이다. 독일에서는 기본적으로 연금수령 자격이 있는 근로자는 모두 가입해야 하는 의무보험으로 하고 있다. 다만, 이미 질병보험이나 그 유사한 청구권을 가진 사람들은 예외로 정하고 있다(Beckmann, Versicherungsrechts Handbuch, C.H.Beck, 2009, SS. 2698-2699). 독일에서 이 질병보험을 의무보험으로 하고는 있지만 이가 바로 사회보험으로 된다는 것은 아니다. 사회보험에서는 보험료의 일정부분을 항상 국가가 부담하는 것인데(Edgar Hofmann, Privatversicherungsrecht, C.H.Beck, 1991. S. 3), 독일에서 새로 시행된 질병보험의 의무화는 이를 의미하지는 않는다. 질병보험은 질병치료에 드는 비용을 보상하는 보험이라는 점에서 손해보험의 성격에서 벗어날 수 없다(Rüffer/Halbach/Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz, Nomos, 2009. S. 848). 독일에서 코로나 질병에 대처하는 질병보험에 가입한 피보험자에게 어느 정도의 보험급여가 제공될지 자못 궁금하기도 하다(백신의 접종 또는 치료에 드는 비용의 문제). 아마도 사회보험은 정책적으로 결정할 듯하고 질병보험을 사적으로 가입한 경우(물론 의무보험의 영역)에는 약관의 해석에 의해야 할 것이다.
- 28) 상해보험에서 입원(入院)의 요건구비에 관한 분쟁이 최근 빈발하는 바 상해보험계약이 주목받는 이유 중 하나가 되었다(조규성, “입원보장보험에서 ‘입원의 정의’ 규정과 관련된 쟁점 고찰”, 「보험법연구」 제13권 제2호, 2019.10, 53-62면).
- 29) 상해는 상해의 보험기간 내에 장애상태가 발생되었지만 보험기간 만료 후 그것이 확정된 경우 등 보험기간과의 관계에서도 문제가 된다. ‘장애(障害)’는 상해로 발생한다는 점에서 상해보험의 쟁점 중 하나이다(임호산, “보험약관상 보험금 지급사유인 ‘장애상태’의 법적 의미에 관한 연구”, 보험법연구, 제13권 제2호, 2019.10, 137-138면).
- 30) 노일석, “미국 상해보험의 면책조항”, 「한양대 법학논총」 제31집 제1호, 한양대 법학연구소 2014, 286면.
- 31) Gaddy v. Hartford Life Insurance co.(218 F. Supp 2d 1123(E.D.Mo. 2002).

본 사안에서는 직업, 직무상 전기 및 기계 작업에 종사하던 중 생긴 손해를 특히 면책사유에 포함하고 있다. 만약 이 사안에서 질병이 보험사고(사망이나 장애)원인의 일부를 구성한다면 면책의 사유가 되는가? 질병을 가진 사람이 교통사고를 당하였는데 질병과 상해가 모두 원인이 되어 사망하였다면 상해보험의 사고로 담보되는지가 어려운 판단의 대상으로 되는 것은 사실이다. 만약 이 사안에서도 알루미늄 용접 점검이 회사의 통상적 순시(여행)였다고 한다면 어떠한가? 실제로 피고 B는 ‘전기 및 기계작업’을 직접 시행한 것이 아니라 ‘순시·감독’한 것이어서 과연 면책사유가 되는지 논의될 수 있다. 미국의 경우 ‘... 정상적인 사람에 비하여 심장질환을 가진 사람의 사망이 그 심장질환 때문에 사망을 함에 치명적이었던 이를 보험사고로 보아 보험금을 지급할 수는 없다...’고 한다.<sup>32)</sup> 다만, 이러한 심장질환이 교통사고인 보험사고의 상해보다 결정적인 원인인 경우라고 해석해야 할 것이다. 즉, 질환이 보험사고의 사망에 어떤 영향이 있었는가에 대해 실질적 영향(또는 실질적 기여원인: substantial contributing cause)이 있었는지를 검토해야 한다.

과거에 일어난 사건 특히 보험계약상 분쟁사례를 검토하는 것은 보험이라는 인간문명의 결박에 대한 인식을 깊이 하는 계기가 될 것이다.<sup>33)</sup> 본 사안에서 피고 B가 중국 강소성 태주시를 방문하여 용접선로를 순시·감독한 것이 면책사유인 사망인지도 같은 맥락에 있다. 미국의 경우 보험사고(교통 사고나 전기사고 등)가 일어나서 사망한 것이 질병을 더 악화시켰다고 하여도 그 보험사고가 사망 시기를 더 일찍 일어나는 것으로 단축시켰다면 사망의 직접적이고 독립된 원인이라고 하는 판례가 있지만,<sup>34)</sup> 그 인과관계는 정밀하게 판단된 뒤 결론이 내려져야 한다. 피보험자의 사망원인으로 충분한 중대 교통사고나 전기사고가 있었다면 비록 피보험자가 백혈병을 앓고 있었다고 하여도 그 사망에 인과관계가 있는 사고로 보아야 한다.<sup>35)</sup> 본 사안에서 문제시되지 않는지만 피고 B가 심장병, 백혈병

32) Commercial Travelers Mutual Accident Assurance v. Fulton(79 F. 423(2nd Cir. 1897); 상해보험상 사고인 ‘상해’가 되려면 급격성, 우연성, 외래성의 3가지 요건을 갖추어야 하는데 특히 ‘외래성’은 상해사고를 질병사고와 구별하려는 것이다. 같은 의사(溺死)라고 하여도 선박침몰로 인한 익사와 목욕 중 목욕탕에서 익사한 경우를 구별하여 후자는 상해사고가 아니라고 보는 이유다(岡田豊基 「現代保險法」, 中央經濟社, 2010, 406면).

33) 전우현, “2019년 주요 보험법 판례의 회고”, 「보험법연구」 제14권 1호, 2020, 2, 4-5면.

34) Clay County Cotton Co. v. Home Life Ins. Co. of New York, 113 F. 2d 856(8th Cir. 1940).

35) Kundiger v. Prudential Ins. Co. of America, 29 Minn. 25, 17 N.W. 2d 49(1944).

등 증질환을 앓고 있었고 이것이 정상인이라면 사망에 이르지 않을 질소(N) 흡입 사망이었다면 충분히 면책여부에 관해 논란이 될 수 있다(특히 피고가 가입한 프라임 종합보험 및 퍼펙트 종합보험의 경우<sup>36)</sup>).

그 원인사고가 사망의 결과에 적극적, 효율적, 참여적인 사고였다면 이를 인과관련있는 보험사고로 보아야 한다.<sup>37)</sup> 그러한 질병(예, 백혈병이나 폐결핵)이 있어도 보험사고로 신체훼손이나 사망이 일어났다고 본다면 그 질병은 면책사유가 될 수 없다.<sup>38)</sup> 인보험의 계약시 피보험자가 완전한 건강상태에 있는 상해사고에 대해서만 보상한다는 약정을 한 것이 아니므로<sup>39)</sup> 이러한 추론이 가능하다. 피보험자가 폐에 기왕의 통증이 있는데, 급박한 순간에 갑자기 브레이크를 밟아 차의 운전대가 피보험자의 가슴을 쳐 기관지 출혈이 생긴 경우,<sup>40)</sup> 당뇨와 동맥경화를 앓던 67세의 피보험자가 침대에서 떨어졌는데 그 떨어진 사고가 사망의 직접적 원인이 된 경우,<sup>41)</sup> 만성적 심근염을 앓던 피보험자가 폐색전증(肺塞栓症)으로 사망한 경우<sup>42)</sup>가 그러한 예이다.<sup>43)</sup>

영미법(近因의 이론)이 대륙법의 인과관계론과 같지는 않지만, 크게 보면 우리 민사법상의 인과관계론과 다른 바가 없다. 다만, 보험사고와 기존의 질병 중 어떤 것이 결정적으로 상해(사망)의 원인이었는지 판단하기 어려운 때도 같다. 심장에 질병이 있는 피보험자가 인도(人道)에서 넘어져 그 심장이 파열되었다면(심장마비) 인도에 넘어진 것이 직접적인 원인사고라고만은 할 수 없다.<sup>44)</sup> 피보험자가

36) 상해보험에 관련된 것 중 하나가 건강정보의 활용 문제이다. 피보험자의 건강상 정보를 빅데이터 등으로부터 취득할 수 있다면 헬스케어 서비스가 활성화할 가능성이 있기 때문이다. 이에 관한 언급으로는 김영국, “헬스케어 서비스 활성화를 위한 법정책 과제-빅데이터에 기반한 개인의료정보의 활용을 중심으로”, 『보험법연구』 제13권 2호, 2019.10, 191-192면; 사실 건강보험에서 상해의 치료와 헬스케어 서비스는 밀접한 관련이 있기에 향후 헬스케어가 인보험의 중요 보상 영역으로 확장될 가능성이 없지 않다(Tom Baker, *Insurance Law and Policy*, Aspen, 2003, p. 262).

37) *Stoffel v. American Family Life Ins. Co.*, 41 Wis. 2d 565, 164 N. W. 2d 484(1969); *Brown v. Inter-Ocean Ins. Co.*, 195 Neb. 189, 237 N. W. 2d 146(1976).

38) *Stewart v. Travelers Protective Assurance of America*, 81 F. 2d 25(5th Cir. 1936); *American Home Assurance Co. v. Harbison*, 576 S. W. 2d 485(Tex. Civ. App. Houston 14th Dist 1979).

39) *Kingore v. Reserve Life Ins. Co.*, 231 S.C. 111, 97 S.E. 2d 392(1957).

40) *Miler v. United Ins. Co.*, 113 Cal. App. 2d 493, 248 P. 2d 113(3d Dist, 1952).

41) *Armijo v. World Ins, Co.*, 78 N. M. 204, 429 P. 2d 904(1967).

42) *Livemore v. Union Indem, Co.*, 175 La. 610, 143 So. 708(1932).

43) 노일석, 앞의 논문, 307면.

44) *Hubbard v. Travelers' Insurance Co.*, 98 F. 932(C.C.E.D. Pa. 1899); *Bewley v. American Home Assurance Co.*, 450 F. 2d 1079(10th Cir. 1971).

만성의 알콜중독에 심장의 지방변질(fatty degeneration)이 있던 중 가구에 떨어져 배이고 피가 흐르는 사고를 당한 경우 통상의 사고라면 이 정도의 실족으로 상해가 일어나지 않으므로 보험약관상 면책은 정당하다.<sup>45)</sup> 비록 질병이 사망에 기여하였더라도 사망의 직접 원인이 보험사고(교통사고, 전기사고 등)였다면 '질병'은 면책사유가 될 수 없음도 대륙법상의 인과관계론으로 설명가능하다. 질병(알콜중독으로 인한 질환)이 없었더라면 신체훼손이 그렇게 심각하지 않았겠지만 보험사고가 사망의 직접적이고 우연한 사고였다면 보험자는 보험보상을 해야만 함은<sup>46)</sup> 대륙법상 인과관계론(상당인과관계론)에 의해서도 같다. 질병에 관한 위의 입론은 의료처치에 대해서도 비슷하게 설명될 수 있다. 상해보험계약상 치료행위 내지 의료처치는 영미법상 담보사유로 한 경우도 있고<sup>47)</sup> 면책사유로 규정하는 예도 있다. 치료행위 -> 사망이나 상해, 장애발생시 그 직접원인이 보험사고(교통사고, 전기사고 등)였다면 보험자의 면책사유가 될 수 없다. 인과관계의 중단이 될 수 없다고 보기 때문이다. 피보험자가 질병이나 다른 비정상적인 질환에 대한 의료처치를 받다가 사망, 상해를 당한 경우 보상하지 않는다고(면책사유) 규정하는 예도 많다(면책사유로서의 치료행위).<sup>48)</sup> 순수한 의료처치에 의한 사망, 상해의 경우에는 면책사유가 가능하다는 것인데 치료를 하다가 사망하거나 상해를 입는 것은 우발적 상해와는 다르다는 점 때문이다. 상해보험상 '면책약관'에서의 '의료행위'와 관련하여 보건대, 우연한 수단에 의한 사망을 담보하고 특히 직접 간접으로 의료처치에 의한 사망을 면책으로 하는 약관에서 사용되는 처치는, 수술의 경우 실질적 수술 또는 비수술의 경우 처방을 하는 것을 포함한다. 실험적 수술이나 검사도 포함한다. 일반적으로 세 단계를 포함하는 합리적인 범위로 구성된다. 첫째, 예비단계, 둘째, 주요단계, 셋째, 최종단계이다. 숙련된 의사나 외과의사가 이 단계의 어느 하나에서 환자에게 행하거나 처방한 것이 무엇이든 여기에 포함된다. 비록 이것이 불가피한 필수절차가 아니라도 그러하다.<sup>49)</sup> 다만, 의료처치

45) Martin v. Illinois Commercial Men's Assurance, 195 Ill. App. 421(1st Dist, 1915).

46) Commercial Cas. In. Co. Stinson, 111 F. 2d 63(6th Cir. 1940); Calkins v. National Travelers Ben. Ass'n, of Des Moines, 200 Iowa 60, 204 N. W., 406, 41 A.L.R. 363(1925); Elbe v. John Mut. Life Ins. Co. of Boston, Mass., 155 S. W. 2d 302(Mo. Ct. App. 1941); Scanlan v. Metropolitan Life Ins. Co., 93 F. 2d 942(7th Cir. 1937); Wheeler v. Fidelity & Casualty Co. of New York, 298 Mo. 619, 251 S.W. 924(1923).

47) Republic Nat. Life Ins. Co. v. Beard, 400 S. W. 2d 853(Tex: Civ. San Antonio 1966).

48) Page Flooring and Const. Co. v. Nationwide Life Ins. Co., 840 F. 2d 159(1st Cir. 1988).

라고 하여도 이로 인해 예견할 수 없었던 손해(신체훼손)가 발생하였다면 의료처치 자체도 보험사고로 될 수 있다.<sup>50)</sup> 이 사안에서 피보험자 B는 앰블란스에 실려 가던 중 사망한 것인데 인공호흡기 등 의료처치의 오류라면 문제될 수 있다. 다만, 이 사례에서 중국측의 긴급 의료처치에 대해서는 주장이나 입증자료가 없다. 의료처치도 보험사고에 포함시키는 약관이 전제되어야 상해사고가 될 수 있지만, 미국의 사례에서는 명시적인 약관이 없이도 의료처치를 보험사고(상해사고)의 하나로 본다. 다만, 수술처치에서 신체훼손을 충분히 예견할 수 있었다면 ‘통상의 의료처치’로 보아야 한다.<sup>51)</sup> 다만, ‘다른 기여원인(질병 등)이 있다면 ‘보험사고의 우연성’에서 벗어나는 면책사유가 된다.<sup>52)</sup> 또, 의료처치로 인한 손해가 면책사유로 되려면 그 ‘의료처치가 의사의 과실(過失)로 야기되어야 한다.’<sup>53)</sup> 의사의 치료, 수술 중 누구나 통상적으로 범할 수 있는 수술상 실수나 합병증이 일어난 경우에는 의료사고로 볼 수 없고 약관상 면책사유가 될 수도 없다(보험사고 자체에서 제외). ‘의료행위가 약관상 보험사고이든 면책사유이든 의료행위가 질병 있는 환자를 대상으로 행해진 경우, 질병이 사망이나 상해에 상당인과 관련이 없다면(질병이 기여원인이 아니라면) 그 ‘의료행위자’는 사망, 손해의 책임을 진다.’<sup>54)</sup> 즉, 의료처치상 사고가 상해보험약관상 보험사고로 규정되었다면 피보험자의 질병원인에 의한 상해나 사망은 면책이라고 할 수 있다(면책약관 가능). 본 사안에서 피보험자 B가 가입한 여행자상해보험 약관에서는 이러한 ‘의료처치 사고’ 규정이 없다. 여행자(피보험자)가 ‘직업이나 직무상 전기, 기계장치 작업 중

49) Provident Life & Acc. Ins. Co. v. Huston, 305 S.W. 2d 837, 65 A.L.R. 2d 1443(Tex. Civ. App. Beanumont 1957).

50) Fagan v. J.C. Penny Ins. Co., 39 Wash. App. 241, 692 P. 2d 887(Div. 1 1984: 이는 수술 중 뇌빈혈이 일어난 사례이다); Tate v. Government Employee Ins. Co., 997 F. 2d 1433(11th Cir. 1993).

51) Preferred Acc. Ins. Co. v. Clark, 144 F. 2d 165(10th Cir. 1944); Rapp. v. Metropolitan Acc. & Health Ins. Co., 143 Neb. 144, 8. N. W. 2d 692(1943).

52) Hesse v. Travelers Ins. Co., 299 Pa. 125, 149 A. 96(1930); Vollrath v. Central Life Ins. Co. of New York v. Dodge, 11 F. 2d 486, 59 A.L.R. 1290(4th Cir. 1926).

53) Aetna Life Ins. Co. v. Brand, 265 F. 6, 13 A.L.R. 657(2d Cir. 1920); Thalassinis v. Massachusetts Acc. Co. of North America, 126 Misc. 2d 977, 487 N.Y.S. 2d 246(App. Term 1984); Ianucci v. John Hancock Mut. Life Ins. Co., 83 Misc. 2d 733 N.Y.S. 2d 256(Sup. Ct. 1975).

54) Hoyt v. John Hancock Mut. Ins. Co., 48 Misc. 2d 935, 266 N.Y.S. 2d 309(Sup. Ct. 1966), aff'd, 19 N.Y. 2d 998, 281 N.Y.S. 836, 228 N.E. 2d 818(1967). 이는 사망사고가 피보험자의 질병이 원인이었다기보다 다른 행위(치료행위)로 발생하였다고 인정된 경우이다; Stokely v. Fidelity & Cas. Co. of New York, 193 Ala. 90, 69 S. 64(1915); Wilson v. Travelers Ins. Co., 29 A.D. 2d 312, 287 N.Y.S. 2d 781(3d Dep't 1968).

발생한 사고(상해, 상해사망, 상해장해)가 면책사유로 된 것은 여행자 보험에서 통상 휴가, 연수, 교류 등의 여행목적과 다른 직업상·직무상 전기작업, 기계장치 작업의 위험도가 특히 높고 이질적인 여행군(旅行群)으로 보아 담보배제(Exclusion) 하려는 것으로 보인다. 이러한 면책사유에 대해서는 보험계약자나 피보험자가 충분히 알고 있었거나 알았어야 할 사항이라고 본다. 보험자의 설명의무 이행 대상이지만, 이는 보험회사 A가 보험계약자 甲에게 충분히 명시·설명한 것으로 보인다.

결론적으로 본 사안에서 면책사유로 규정된 ‘직업이나 직무상 전기, 기계장치 작업 중 발생한 사고(상해, 상해사망, 상해장해)에 해당하는 사고로 피보험자가 사망(전기작업 중 발생한 질식사)한 것이어서 보험자의 보상면책으로 봄은 타당하다. 의료처치 등에 의한 보험사고로 보기에 충분한 주장·입증자료가 없어서 추가로 검토할 여지가 거의 없다.

#### 4. 약관의 교부·설명 의무 위반 여부

보험약관의 교부·설명 의무란 보험계약을 체결할 때 보험자가 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 그 약관의 중요한 내용을 설명해야 할 의무를 말한다(商 제 638조의 3). 보험계약을 맺을 때 부동문자(不動文字)로 되어 있는 보통보험약관을 보험자가 보험계약자에게 i) 교부하고, ii) 그 중요한 내용을 별도로 설명하여야 한다. 교부·설명은 늦어도 보험계약자의 청약시까지 해야 한다(교부 설명의 시기). 먼저 약관을 계약자측에 교부하고 나서 내용을 설명하거나 설명하고 나서 교부하거나 그 순서는 상관이 없다. 설명의 방법에는 별다른 제한이 없어서 보험자, 보험대리점 또는 보험설계사가 어떤 방식으로든 중요한 내용을 보험계약자가 이해할 수 있도록 설명하면 된다. 타인을 위한 보험(단체보험)에서라도 설명의무 이행의 상대방은 보험계약자이지 피보험자가 아니다. 이는 특히 여행자보험에서 흔하게 발생한다. 더구나 사안에서와 같은 타인을 위한 단체보험에서는 보험계약자에게 (여행상해)보험계약내용을 명시·설명하였고 보험계약자가 홈페이지에서 그 보험계약내용을 공시한 경우에는 더욱더 그러하다고 할 것이다. 특히 보험계약자(그리고 보험자)는 i) 피보험자 개개인을 알 수 없는 사정하에 있고, ii) 피보험자 개개인에게 설명하지 않아도 충분히 설명의무를 이행하였다고 보이기 때문이다. ‘중요한 내용’이란 고객의 이해관계에 중대한 영향을 미치는 사항으로서 계약

체결 여부에 영향을 주는 사항이다. 비록 ‘중요한 사항’이라고 하더라도 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항(가입자가 잘 알고 있는 사항, 거래상 널리 알려진 사항), 이미 법령에 의해 정해진 것을 되풀이하거나 부연하는 것에 불과한 사항(예, 고지의무, 통지의무 등)은 보험자가 설명할 필요가 없다. 본 사안의 면책사유는 이 중요한 내용에 해당한다. 이 사안에서는 보험회사 A가 보험계약자 甲에게 보험약관을 교부하고 설명한 것으로 보인다.

## 5. 고지의무 위반의 문제

보험계약자나 피보험자가 보험자에 대해 고지해야 할 내용은 보험계약상 중요한 사항(material facts)이다(상법 제651조).<sup>55)</sup> 이를 위반하면 최대선의의무를 위반한 것으로 보아<sup>56)</sup> 보험계약자측에게 해지 등 불이익이 주어진다.<sup>57)</sup> ‘중요한 사항’이란 보험계약을 체결할지, 체결한다면 보험료를 얼마로 할지의 판단에 관련된 사항이다. 다른 표현으로 한다면 객관적으로 신중한 보험자라면 그 사실을 안다면 보험계약을 체결하지 않던가 몰랐던 때와 똑같은 조건으로 계약을 맺지 않을 정도의 사항이다.<sup>58)</sup> 어떤 사항이 이에 해당하는지는 각 보험의 종류에 따라 다르므로

55) 이는 보험계약상 신의성실 원칙의 구체화 내지 최대선의 원칙의 한 예이다(Barry Zalma, Insurance, Cardina Academic Press, 2007, p. 13 참조).

56) 영국법상 고지의무는 워런티(warranty)와 밀접한 관련이 있는데, 해상보험 등에서 워런티(warranty: “neutral” 또는 “good safety”)를 어겼는지 문제(R.J.Lambert, Marine Insurance, McDonald and Evans, 1981, p. 40)가 발생하면 우리 상법상 고지의무 위반과 같은 효과가 주어질 것이다. 우리 법상 워런티 제도가 없기 때문에 신의성실의 원칙 또는 최대선의성 또는 고지의무 위반으로 용해하여 이해할 수 밖에 없다.

57) 고지의무 불이행에 있어서 의무자인 보험계약자측의 악의는 보험자측이 입증하여야 하는데(독일의 경우도 같다: Karl Sieg, Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, Gabler, 1994, S. 135), 고의입증은 매우 어려운 일이고 증거실 입증이면 악의 입증과 동일한 효과가 주어진다. ; 오늘날 정보가 투명하게 공개되어 접근하기 쉬워진 환경에서 보험계약자가 최대선의에서 보험자에게 고지할 필요성이 격감하였다는 주장도 있지만, 오히려 이러한 시기일수록 정보를 상세히 공유할 필요성은 증대하였다고 볼 수도 있다(영미법의 경우 John S. Diaconis & Douglas W. Hammond, Reinsurance Law, Practising Law Institute, 2007, 1-20); 또, 보험자가 보험계약에 중요한(material) 사항에 관해 알아내려고 하고 보험사고에서 보험계약자의 자기부담금 설정(deductible), 공동인수 등을 강구하지만, 도덕적 위험(moral hazard)은 여전히 남아있게(예, 방화 등) 된다는 점을 감안해야 한다(E. Fischer 외, Principle of Insurance Law, LexisNixis, 2006, p. 85).

58) 고지의무의 대상은 보험의 목적(대상, 객체) 그 자체에 중요한 사항(객관적 위험상황) 뿐만 아니라 보험계약자나 피보험자의 보험계약에 대한 관계(태도) 즉 보험사고를 일으킬 위험이 있을지도

사실문제에 속한다.<sup>59)</sup> 건물화재보험의 경우 건물의 재질·구조·층수·인화시설의 유무·용도 등은 중요한 사항이고 생명보험의 경우 피보험자의 연령·성별·기왕증·가족의 병력(病歷)·다른 보험자와 이미 보험계약을 맺은 사실 등이 해당한다. 본 사례에서 여행자상해보험이나 퍼펙트종합 보험상 '피보험자의 직업·직무'는 여행 자상해의 위험 정도(사고발생율)에 영향을 미치는 중요한 사항이라고 할 것이다.

본 사례에서 피보험자 B가 자신의 직업을 고지함에 있어서 보험모집인에게 고지사항(직업)을 말하였는데 이것이 고지의무를 올바르게 이행한 것인가? 고지의무를 수령할 수 있는 사람은 보험자와 그를 대리하는 자이다. 보험대리상은 당연히 이 수령권을 가지나(상법 제646조의 2 제1항) 계약대리상, 중개대리상에 따라 차이가 있을 수 있다. 그런데 상법은 일률적으로 고지수령권을 인정하되 보험자가 그 권한을 제한할 수 있게 하고 이 제한을 선의의 제3자에게 대항할 수 없게 하였다(상법 제646조의 2 제2항). 생명보험의 경우 피보험자의 신체검사를 하는 보험의(保險醫)는 본시 보험계약 체결의 대리권은 없으나 보험인수 여부에 대한 위험도를 측정하는 전문가로서의 역할 중요성 때문에 고지수령권도 인정한다. 보험중개사는 보험자의 대리권이 없으므로 고지수령권이 없다.<sup>60)</sup> 보험모집인(보험설계사)은 계약체결의 중개만 하므로 고지수령권이 없고 보험료 수령권(보험자가 작성한 영수증을 보험계약자에게 교부하는 경우만 해당함), 보험증권 교부권만 있다(상법 제646조의 2 제3항). 다만, 보험계약자측은 법률적으로 고지수령권 유무를

포함한다(주관적 위험상황)(Meixner/ Steinbeck, Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, 2. Aufl., C.H.Beck, 2011, S. 137은 보험계약전이나 이전의 손해 상황, 다른 보험계약도 병존하는지, 이전에 보험계약이 거절된 적이 있는지, 중복계약 등을 예시로 들고 있다. 고지 방법으로서 상대방이 읽을 수 있는 상태로 질문하여야 하는 것이 2008년 시행된 독일보험계약법의 내용 중 하나다. 독일 민법 제126 (b)에 의하면 이는 첫째, 상대방이 읽을 수 있고 둘째 상대방이 원한다면 보관할 수 있는 형태를 말한다(인터넷을 통한 질문, CD, USB 등을 교부하는 것도 가능)). 다만, 텍스트 방식으로 찾아낼 수 없는 객관적이나 주관적 위험이 개별적인 계약에서 있을 수 있다는 문제는 피할 수 없을 것이다.

59) 양승규, 앞의 책, 121면; 다만, 이는 객관적 판단에 따라 결정되어야 하고 주로 보험계약상 보험자의 영업상 관행으로 정해진다는 점에서(石田 滿, 「保險契約法の基本問題」, 一粒社, 1977, 144면) 사실문제가기도 하지만 고지대상 여부는 고지의무 위반 판단에 결정적으로 중요하므로 법률문제가기도 하다. 보험계약자와 피보험자측의 행위규범(竹濱 修 外, 앞의 책, 38면)인 고지의무 이행의 편의를 도모하는 인보험(생명보험)계약상 질문표는 주로 질병, 신체의 건강상태에 관한 내용으로 구성되어 있다(大串 淳子, 「解説 保險法」, 弘文堂, 2008, 300-301면).

60) 이것이 보험중개사가 보험대리상과 크게 다른 점이고(Peter Schimikowski, Versicherungsvertragsrecht, 4. Aufl., C.H.Beck, 2009, S. 96), 대륙법에서도 보험중개사가 주로 보험계약자측을 위해 계약체결에 관여하는 것은 영미법의 이러한 점에 영향을 받은 탓이다.

잘 알지 못하고 보험중개사, 보험모집인(보험설계사), 보험중개대리상에게 고지를 하면 고지의무를 다 이행한 것으로 생각하기 쉽다.<sup>61)</sup> 그리하여 이 고지의무 수령권 유무를 계약체결시 보험계약자측에게 밝혀서 상호간 오해와 불필요한 분쟁으로 발전하지 않게 하는 노력이 요청된다. 이 사안에서도 보험자의 대리권이 없는 보험모집인이 고지수령을 하였고 ‘직업란에 보험모집인이 상해등급 분류표를 의식하여 이해한대로 기재한 것은 문제가 있다. 보험모집인이나 보험중개사는 대리점처럼 보험자의 대리인이 될 수 없을 뿐만 아니라 보험의(保險醫)와 같이 전문적으로 보험회사를 보좌하는 것도 아니기 때문이다. 원칙적으로는 보험계약자나 피보험자(B)가 자신의 고지내용이 보험자 A사에게 정확히 전달되게 하여야 하고 그 사이에 보험모집인이나 보험중개사가 끼인 경우 정확히 전달되지 않을 것에 대한 위험부담은 보험계약자나 피보험자 자신이 져야 한다. 그러나, 현실적으로 사안에서와 같이 고지의무를 이행하는 피보험자 B처럼 비전문가인 예가 허다하다.

고지의무 위반이 성립하려면 고지의무자의 불고지나 부실고지가 악의나 중과실에 의해야 한다. 여기서 고의라 함은 중요한 사항에 관하여 알고 있다는 것이 고(知), 남을 해칠 의사가 있다거나(害意) 속일(기망행위 欺罔行爲)의사까지 있어야 하는 것은 아니다. 그리하여 보험계약자측이 보험자측을 속여 착오에 빠지게 하는 정도까지 요구되지는 않고 예컨대, 사망보험에서 과거 폐결핵 3기까지 갔으나 치료된 바가 있는데 자존심 때문에 이를 알리지 않은 정도라면 고의가 된다. 중과실이란 조금만 주의를 기울였으면 올바로 고지할 수 있었는데도 부주의한 경우이다. 중요한 사항이라는 것은 알고 있었지만 고지의무 이행시 깜빡 착각하였거나 질문표에 기재하는 과정에서 잘못 표시하는 것이 여기에 해당한다. 사안에서 여행자(상해)보험이나 퍼펙트 종합보험에서 B의 직업을 정확하게 기재하지 않은 점이 인정된다. 그러나, 이는 보험모집인을 통해 보험가입하는 경우 무수히 발생할 수 있는 것으로서 보험계약자나 피보험자의 고의나 중과실을 발견하기는

61) 보험대리상, 보험설계사, 보험중개사의 법적 지위(대리권 유무 등에 따른 언급으로는 유주선, “보험법상 보험설계사와 보험중개사제도의 발전방향”, 『보험법연구』 제7권 2호, 2013, 9-11면 참조; 보험중개사의 권한과 보험중개사·보험계약자의 관계 설정에 대해서는 Nael G. Bunni, Risk and insurance in construction, Spon, 2003, p.208; 보험계약 체결 매개자의 권한 자체가 각 계약에서 정하기 나름이라는 점에서 그 권한의 확실적 확정이 어렵다는 근본적 문제도 영미법상 제기되고 있다(R.E.Keeton, Basic Text on Insurance Law, West, 1984, p. 21-22; K.S.Abraham, Insurance Law and Regulation, Thomson, 2005, p. 61-62).

곤란하다. 고지의무 위반의 객관적 요건과 주관적 요건은 모두 보험자측이 입증하여야 한다.<sup>62)</sup> 고지의무 위반의 효과로 보험계약의 해지를 하려는 자는 보험자이기 때문이다(법률요건 분류설에 따른 입증책임 분배). 이 사안에서 고지의무 위반을 보험자 A가 주장하고 있다. 다만, A는 B측의 고의나 중과실을 입증하지 못하고 있다. 사안에서 보험모집인이 개입하여 고지의무를 이행하는 경우, 보험모집인에게 사실대로 직업을 고지하였으나 보험모집인이 임의로 판단, 직업분류표상 직업을 임의 기재한 것은 피보험자 B의 고의나 중과실에 의한 고지의무 위반이 아니다.

## 6. 법경제학적 관점의 견해

경제학에서의 효율성(economic efficiency)은 일반적으로 파레토 효율성을 의미한다. 파레토 효율성(pareto efficiency)이란 제한된 자원이나 재화를 배분함에 있어 '적어도 어떤 한 사람을 불행하게 하지 않고는 다른 사람을 더 이상 행복하게 할 수 없는 상태'에 도달함을 의미한다. 이러한 파레토 효율이 사회전체적으로 달성되기 위해서는 ① 교환에서의 효율성(exchange efficiency)과 ② 생산에서의 효율성(production efficiency)은 물론, ③ 총체적인 효율성(overall efficiency)이 함께 충족되어야 한다.<sup>63)</sup> 생산에서의 효율성이란 주어진 생산요소(자본, 노동 등)들의 최선의 결합을 통하여 생산량이 극대화된 상태를 의미한다. 주어진 자원과 현재의 기술수준을 가지고는 더 이상 생산해 낼 수 없는 상태를 의미한다.<sup>64)</sup>

보험에서는 어떤 상태가 파레토 효율성에 부합하는가? 보험상품을 생산하는 보험사업자가 최소의 비용으로 최대의 효율을 달성하는 것이 되어야 하고, 보험

62) 다만, 고의 과실을 떠나서 중요한 사실을 고지하지 않은 것과 보험사고 발생간의 인과관계가 있어야 하는지가 문제되는데 미국의 경우에는 판례가 이런 인과관계를 요구하지 아니한다(R.E.Keeton & Alan I. Widiss, Insurance Law, West, 1988, p. 572). 이 점은 인과관계를 요구하는 우리 상법이 참고할 점이라고 본다.

63) 박세일, 「법경제학」, 박영사, 2009, 92면; 이러한 효율성 추구는 경제학의 출발점일 뿐만 아니라 모든 경제활동의 목표다. 효율성을 달성하기 위해서는 기술의 발전 뿐만 아니라 사회제도의 발전(즉, 분업과 산업분화 발전의 제도화)이 필요하다. 과거 영국에서 나타난 설명이지만, 유럽에 사는 귀족들의 풍요나 사치에 비교할 때 노동자의 생활은 아주 검소하였다. 그러나 아마도 농부와 가장 부유한 사람 사이에 나타난 부의 차이는 미개인 중 가장 고귀한 사람(王)과의 차이보다는 더 적었다(서진수 역(R.L.Meek), 「애덤 스미스의 법학강의」, 자유기업원, 2002, 621면).

64) 박세일, 앞의 책, 93면.

계약을 수요하는 소비자에게 최고의 만족을 주는 상태여야 한다.<sup>65)</sup> 현실의 보험 계약에서 이는 불가능하지만, 가급적 이 상태에 근접하려면 최대선의의 원칙에 충실해야만 한다. 계약은 거래이므로 계약당사자의 이득의 합이 극대화될 때 효율성이 달성된다.<sup>66)</sup> 경제학적 측면에서 계약이 무효가 되는 이유는 계약을 이행하는 것이 비효율적이기 때문이다. 주로 경쟁시장의 조건이 충족되지 않은 상태에서 이루어진 계약이 무효로 되는 예가 많다.<sup>67)</sup> 그 뿐만 아니라 계약의 내용이 일방에 현저하게 불리한 경우에도<sup>68)</sup> 정의와 형평의 요청에 의하여 무효라고 해야 한다.

면책약관에 대해서 보더라도 면책하는 것이 보험계약상 가장 효율적이기 때문이다. 면책사유에 해당하는 경우에도 보험금을 지급하게 하면 보험료와 보험금 사이의 대등관계가 허물어지고 계약자체의 지속가능성이 담보될 수 없는 사정임을 고려하는 것이다. 이것은 계약의 효용성 저해 즉 효율성 폭락으로 이해할 수 있다. 화재보험의 경우를 본다면, 당사자간의 자발적 계약에 맡겼다면 그들은 당연히 화재의 발생을 가장 적은 비용으로 방지할 수 있는 사람(the cheapest cost avoider) 혹은 화재로 인한 피해를 가장 적은 비용으로 회피할 수 있는 사람(the cheapest cost insurer)에게 그 책임을 부과하였을 것이다. 왜냐하면 그렇게 하여야 계약관련 총비용을 최소화할 수 있고, 총비용이 최소화될 때 비로소 계약 당사자

65) 이를 위해서는 각자의 재능에 따라 분업을 해야 한다. 만약 어떤 사람이 광산에서 광석을 채굴하여 깨뜨린 다음 녹이고, 제련을 하고, 용광로를 준비하고, 낫쇠를 막대기 모양으로 만들고, 이것으로 철사를 만들고, 철사를 자른 다음 핀의 머리를 만드는 일을 한다면 그는 일 년 동안 한 개의 핀도 만들기가 어려울 것이다. 농업의 경우 제조업보다는 분화가 덜하지만 본질은 같다(R.L.Meek(서진수 역), 앞의 책, 623-625면). 보험업과 같은 서비스 산업의 경우 제조업(공산품 생산업)보다 더 큰 분업의 효과가 있을 것으로 본다. 은행, 증권, 보험업은 제조 공장부지, 제조기계, 컨베이어 등 설비가 필요없다. 보험업의 경우 보험보상 내용과 면책사유, 계약자 상호간 의무(고지의무, 통지의무, 약관교부 설명의무 등)의 명확한 설정이 쉽게 이루어질 수 있기 때문이다(분업과 특화, 전문화의 응용이 용이한 계약형태). 1차, 2차, 3차 산업에서의 분업이 산업발전으로 이어지게 하는 원동력은 분업으로 인한 숙련도 증가, 시간의 절약, 기법(technology)의 발전임은 틀림없다. 이러한 원리에 의해 전체의 파레토 최적도 달성 가능해진다.

66) 산업에서 서로간의 도움 없이는 전체 구조가 불가능하지만, 도움을 요청하는 일은 단순히 사랑만으로는 충분하지 않다. 사람이 어떤 방법으로든 상대방의 이기심에 호소해야 비로소 이는 가능해진다. 양조업자나 푸줏간에서 맥주나 돼지고기를 달라고 할 때 그것들이 소비자에게 얼마나 필요한지 설명해서는 안된다. 그 가격에 상응하는 재화를 제공해야만 비로소 맥주 2캔, 술안주인 돼지고기 1키로그램을 받을 수 있다(R.L.Meek(서진수 역), 앞의 책, 633면 참조). 보험계약도 마찬가지로 일 것이다.

67) 오정일·송평근, 「법경제학입문」, 박영사, 2014, 93면.

68) 위의 책, 99면.

모두의 이익이 극대화되기 때문이다.<sup>69)</sup> 그런데 그 위치에 있는 사람(보험계약자나 피보험자 등)이 이를 이행하지 않았을 때 면책으로 할 수 있다는 정당성이 부여된다(법경제학의 관점에서 바라본 효율적인 제재로서의 면책사유 설정).

이 사안에서 일부 쟁점으로 등장하는 바, 고지의무와 그 위반시 제재를 법경제학적 관점에서는 어떻게 이해해야 하는가? 특히 고지의무의 질문표 제도에 의해 커버될 수 없는 경우의 보험계약자·피보험자의 부담이 문제이다. 그러나, i) 보험계약자측의 ‘보험계약상 중요한 사항 탐지의무까지 부담한다고 보지 않음’이 통설과 판례의 태도이고, ii) ‘보험계약상 중요한 사항에 대해 알고 있는 범위에서 정직하게 공개(고지)하라는 것에 불과하다. 이 점에서 고지의무는 과중한 부담이 아니다. 3) 보험자를 착오에 빠뜨리려고 하는 중대한 의도가 있는 경우(고의나 중과실)가 아니라면 보험계약자측의 실수를 탓하지 않으므로 이 부담에 대해서도 법경제학적으로 용인할 수 있다고 생각된다. 이 사안의 약관상 명시·설명 의무 쟁점에 있어서도 보험전문가인 보험회사(사안에서 A)가 보험계약자에게 보험약관의 중요한 내용을 명시하고 설명하는 것은 보험계약자측의 거래위험을 상당한 정도로 경감시키고 보험계약거래의 대량화를 촉진한다는 점에서 법경제적 효용성이 크다. 다만, 설명의무를 이행하지 않는다고 하여 상법규정(제 638조의 3“... 위반한 경우 보험계약자는 보험계약이 성립한 날로부터 3개월 이내에 그 계약을 취소할 수 있다)을 넘어 약관규제법(... 위반한 경우... 무효)을 적용하는 판례의 태도에 의하면 과잉규제·이중규제가 된다고 본다. 또, 한 쪽 당사자의 실책을 견제하는 수단으로서도 위반시 3월 이내에 취소할 수 있다는 방어책이면 충분하다고 생각된다. 적정·효율적 제재를 넘어서는 약관법 적용은 비경제적·비효율적 수단이라고 보인다.

#### IV. 결 론

관광(여행)연구의 중심문제로서 진리(truth), 미(beauty), 도덕·윤리(virtue)가 강조된다면 관광에 관련된 계약법과 상해보험분쟁 연구는 세 번째의 범주에 속할

69) 앞의 책, 217면.

것이다. 관광 내지 관광학이 발전하기 위해서는 관련된 분쟁이 원만하게 해결되어야 함은 물론이다. 사안에서 망인은 용접로 공사현장에서 증설공사를 완료한 후 개별적으로 각 부분 안전을 점검하던 중 용접로의 시범운영을 위해 용접로 내에 있는 산소를 제거하려고 질소가 투입되었음에도 그 사실을 알지 못하고 계속하여 밀폐된 용접로 내부를 검사하다가 그대로 질식되어 위 용접로에 상반신을 걸친 채 쓰러졌다. 이를 발견한 이 회사의 회사원 등이 망인에게 인공호흡을 한 후 병원으로 후송하였으나 후송 중 질식에 의한 심장마비로 사망하였다. 그리하여 쟁점은 여행자보험에서 피보험자의 고지의무 이행여부, 보험자의 보험약관 설명의무 이행여부, 여행자보험의 약관과 면책약관의 효력문제이다. 여행(관광)상해보험에 가입하는 사람들은 관광, 휴가, 견학, 학문교류, 실습 등의 목적을 가진 경우가 대부분이다. 사례와 같이 전기, 기계설비 공사 등 수주사업의 실행과 점검(중국 강소성 태주시 용접로 공사 시공과 점검)이라는 건설회사의 비즈니스 업무 때문에 여행하는 경우도 물론 있지만, 통상적으로 여행자보험 가입자의 가입 동기와는 그 동기가 매우 이질적이다. 그에 수반되는 위험(리스크) 자체가 달라서(고도의 위험성) 담보에서 배제할 필요가 있기에 면책사유로 한 것이고 이 면책 사유는 타당하다고 생각된다. 이러한 견해를 나타낸 대법원 판결에 동의한다. 이러한 점은 여행자 상해보험에서 향후에도 다수 나타날 것이라 생각된다. 또, 이 사안에서 보험계약자·피보험자측의 고지의무 위반이 논의되었지만, 고지의무 위반은 없었다고 본다. 보험자가 보험약관(면책약관 포함)을 명시·설명함에 있어서 피보험자에게 이를 이행했어야 한다는 의견이 있었지만, 보험계약자에게 명시·설명한 것으로 충분하다. 계약상 면책약관도 크게 보면 경제주체인 계약당사자의 효용을 최대로 달성해야 한다는 요청에 부합한다. 향후 면책약관의 연구에서도 이를 염두에 두어야 할 것이다.

## 참고문헌

### [국내 단행본]

- 강위두·임재호, 상법강의(하), 형설출판사, 2010.
- 김성태, 보험법강론, 법문사, 2001.
- 김창곤·신동주·지봉구·홍창식, 관광학원론, 대왕사, 2019.
- 박세일, 법경제학, 박영사, 2009.
- 서든각·정완용, 상법강의(하), 1996.
- 서헌제, 상법강의(하), 법문사, 2002.
- 양승규, 보험법, 삼지원, 2005.
- 오정일·송평근, 법경제학입문, 박영사, 2014.
- 이기수·최병규·김인현, 보험·해상법, 박영사, 2008.
- 이은영, 약관규제론, 박영사, 1984.
- 임용수, 보험법, 서울정보센타, 2006.
- 전우현, 최신판 상법총칙·상행위법, 동방문화사, 2019.
- 정동운, 상법(하), 법문사, 2011.
- 정찬형, 상법강의(하), 박영사, 2018.
- 정희철, 상법학(하), 박영사, 1990.
- 채이식, 상법 IV(보험법·해상법), 박영사, 2001.
- 최기원, 보험법, 박영사, 2002.
- 최준선, 보험법·해상법, 삼영사, 2010.

### [국내 논문]

- 김대규, “약관편입통제조항의 기능성 연구”, 비교사법 제11권 제1호, 2003.
- 김영규, “헬스케어 서비스 활성화를 위한 법정책 과제-빅데이터에 기반한 개인의료정보의 활용을 중심으로-”, 보험법연구 제13권 2호, 2019.10.

- 노일석, “미국 상해보험의 면책조항”, 한양대 법학논총 제31집 제1호, 한양대 법학연구소 2014.
- 박 철, “보통보험약관의 구속력”, 보험법의 쟁점, 삼지원, 2002.
- 서진수 역(R.L.Meek 저), 애덤 스미스의 법학강의, 자유기업원, 2002.
- 유주선, “보험법상 보험설계사와 보험중개사제도의 발전방향”, 보험법연구 제7권 2호, 2013.
- 이월계·송운강, “한국 관광학 연구의 동향”, 관광레저연구 제23권 7호, 2011.9.
- 임호산, “보험약관상 보험금 지급사유인 ‘장해상태’의 법적 의미에 관한 연구”, 보험법연구 제13권 제2호, 2019.10.
- 장경환, “보험약관의 교부설명의무”, 보험학회지 제46집, 1995.
- 장덕조, “보통보험약관의 구속력”, 보험법연구 3, 1999.
- 전우현, “2019년 주요 보험법 판례의 회고”, 보험법연구 제14권 1호, 2020.2.
- 조규성, “입원보장보험에서 ‘입원의 정의’ 규정과 관련된 쟁점 고찰”, 보험법연구 제13권 제2호, 2019.10.
- 조명환, “향후 관광학에 있어서의 연구내용 및 방법론에 대한 담론”, 한국관광학회 국제학술 발표대회집 84권, 2018.7.

### [일본서]

- 岡田豊基, 現代保險法, 中央經濟社, 2010.
- 金澤 理·大塚英明·兒玉康夫, 新保險法と保險契約法理の新たな展開, ぎょうせい, 2009.
- 大谷孝一, フランス海上保險契約史研究, 成文堂, 1999.
- 大串淳子, 解説 保險法, 弘文堂, 2008.
- 潘 阿憲, 保險法概説, 中央經濟社, 2010.
- 本間照光, 保險の社會學, 勁草書房, 2010.
- 山田泰彦·山野嘉郎, 現代保險·海商法 30講(第8版), 中央經濟社, 2010.
- 石田 滿, 保險契約法の基本問題, 一粒社, 1977.
- 鈴木辰紀, 新保險論, 成文堂, 2005.

田村詢之輔·平出慶道, 保險法·海商法, 青林書院, 2003.

竹濱 修 外, 保險法改正の論点, 法律文化社, 2009.

戶田修三·西島梅治, 保險·海商法, 青林双書, 1982.

### [영미서]

Barry Zalma, Insurance, Cardina Academic Press, 2007.

E. Fischer 외, Principle of Insurance Law, LexisNixis, 2006.

J. A. Park, System of the Law of Marine Insurance, Lawbook Exchange, 2005.

John S. Diaconis & Douglas W. Hammond, Reinsurnace Law, Practising Law Institute, 2007,

John Tribe, Philosophical Issues in Tourism, 2009.

K.S.Abraham, Insurance Law and Regulation, Thomson, 2005.

L. J. Burglas, Marine Insurance and General Average in U.S, Cornell Maritime Press, 1981.

L. P. Martinez & J. W. Whelan, Insurance Law, West, 2006.

Nael G. Bunni, Risk and insurance in construction, Spon, 2003.

R.E.Keeton, Basic Test on Insurance Law, West, 1984.

R.E.Keeton & Alan I. Widiss, Insurance Law, West, 1988.

R.J.Lambert, Marine Insurance, McDonald and Evans, 1981.

R.Merkin, Colinvaux's Law of Insurance, Sweet & Maxwell, 1990.

Tom Baker, Insurance Law and Policy, Aspen, 2003.

### [독일서, 프랑스서]

Beckmann - Matusche Beckmann, Versicherungsrechts Handbuch, C.H.Beck, 2009.

Bruck / Möller, VVG, 9. Aufl., De Gruyter, 2010.

Edgar Hofmann, Privatversicherungsrecht, C.H.Beck, 1991.

Erwin Deutsch, Versicherungsvertragsrecht, 6. Aufl., 2008.

- G.A.Benkel, Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, C. H, Beck, 2002.
- Hubert W. van Bühren, Versicherungsrecht, 4. Aufl., Deutscher Anwalt, 2009.
- Karl Sieg, Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, Gabler, 1994.
- Looschelders & Paffenholz, Versicherungsvertragsrecht, Kahlhammer, 2011.
- Looschelders & Pohlmann, VVG, 2.Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2011.
- Meixner/ Steinbeck, Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, 2. Aufl., C.H.Beck, 2011.
- Peter Schimikowski, Versicherungsvertragsrecht, 4. Aufl., C.H.Beck, 2009.
- Prölss-Martin, VVG, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010.
- Rüffer/Halbach/Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz, Nomos, 2009.
- Senés, V., Les origines des compagnies d'assurances soit à primes, soit mutuelles, fondées en France, Paris, 1900.

〈Abstract〉

**A study on travel insurance related with tourism**  
**- A study on disputed cases related with insurance**  
**accidents under travel insurance -**

Chun, Woo Hyun\*

The tourism industry is called the chimneyless industry and is regarded as an important item of the 4th industry. This is why a lot of attention and research are needed for the tourism industry, including the travel industry. (Travel Injury) insurance policy is the content of an insurance contract prepared by an insurer to enter into an insurance contract with a number of policyholders. Insurance terms have important legal implications because both parties to the contract must follow. Since the scope of coverage in insurance contract is a matter of decision, the exemption is a matter of insurance contract. Thus, the reason for disclaimer can be set changed by the agreement of the parties, if it is not anti-social order. It is unusual in travel insurance contract(in this case) that accidents (injuries, death or physical disability resulted from injuries) occurring from the occupational electrical or mechanical work are regulated as the reason for disclaimer. This is because the risk of electric work and machinery work, which is different from the general schedule of travel, such as vacation, training, and exchange, is particularly high. It is a heterogeneous travel process, thus it has been excluded from insurance payment clause. In the light of travel insurance terms, it is justified that the suffocation during electrical work can be the reason of disclaimer in this case. I agree with the decision of the Supreme Court. It is also reasonable to say that the deceased(the insured) has not violated the duty of disclosing the insured risks. The insured's real job was 'the manager of electricity, electronics, machinery and metal production department' and not 'a mere operator of other electrical, electronic, machinery and metal-related jobs'.

---

\* Professor, Hanyang University's Law School, Ph.D.

And it is not enough to admit that the deceased(insured) has falsely disclosed his job by intent or gross negligence. It is not a violation of the duty of disclosure if the policyholder notified the insurance recruiter of his own job as it was, but the insurance recruiter reported it incorrectly to the insurer. And it is clear that the opposing party to be explained from the insurer regarding the terms and conditions is also the insurant(not the insured). In this case, it seems that the insurer issued and explained the insurance terms to the the insurant.

Insurers that produce insurance products must achieve maximum efficiency at the lowest cost. Consumers who demand insurance contracts must achieve the best satisfaction to achieve Pareto optimum. In real insurance contracts, this is not possible. But if we hope approach the state as possible, we must stick to the principle of utmost good faith. The reason for the disclaimer can be also explained in this point.

**Key Words** : tourism industry, traveler's accident insurance, insurance policy, reasons for disclaimer, violation of the duty of disclosure, the duty of explaining insurance terms, satisfaction of economic participants