

## 告知義務에 관한 考察\*

梁 承 圭\*\*

### I. 머 릿 말

保險契約은 保險契約者가 保險料를 支給하고 保險者는 財産 또는 生命이나 身體에 관하여 不確定한 事故가 생길 경우에 일정한 保險金額 기타의 給與를 할 것을 約定하는 契約이다(商 638조). 즉, 保險契約은 우연한 事故의 발생에 대비하여 保險者와 保險契約者의 개별적인 意思의 합치에 의하여 성립하는 債權契約이다. 그러나 保險制度가 같은 危險에 놓여 있는 많은 사람을 대상으로 危險을 효율적으로 분산시켜 우연한 事故의 발생으로 인한 경제생활의 안정을 꾀하고자 하는 經濟制度라는 점에서 개별적인 契約은 동일한 내용의 다수의 保險契約을 전제로 하지 않을 수 없다. 여기에서 保險者는 保險契約을 맺어 保險引受를 함에 있어서 그 危險(risk)을 정확하게 평가하기 위하여 완전하고 진실한 정보를 얻을 수 있어야 하는데<sup>(1)</sup> 商法 제651조는 保險契約을 맺을 때에 保險契約者와 被保險者에게 이른바 告知義務를 인정하여 保險者에 대하여 保險契約上 危險測定의 자료가 되는 중요한 事項에 대하여 진실을 알릴 것을 요구하고 있다.

일반적으로 保險契約을 체결함에 있어서 保險者는 保險引受를 신중히 하여 道德的 危險(moral risk)을 배제하도록 하여야 하고, 保險契約者와 被保險者는 자신의 지배에 놓여 있는 危險에 관한 사항을 정확히 告知할 것이 요구되고 있으나, 실제의 保險去來에 있어서는 특히 生命保險契約의 경우 거의가 保險募集人의 개입에 의하여 保險契約이 이루어지고, 保險事故가 발생한 후에 保險金의 支給과 관련하여 告知義務違反의 문제가 제기되고 있는 것이 실정이다. 1978~1984까지 韓國保險公社의 保險紛爭審議委員會<sup>(2)</sup>에서 다룬 保險紛爭事件에서 告知義務違反의 여부가 다루어진 사건의 수는 표 1에서 보는 바와 같다.

이 표에서는 生命保險紛爭事件에서 告知義務違反의 문제가 다루어진 事件은 해마다 그 비율이 줄어들고 있으나 1978년에서 1984년까지의 총 분쟁 사건 610건에서 354건으로 58%에 이르고 있고, 損害保險紛爭事件에서도 차츰 告知義務違反의 문제가 드러나고 있음을 보여

\* 이 論文은 1984年度 文敎部學術研究助成費에 의한 研究論文임.

\*\* 서울大學校 法科大學 敎授

(1) John Alan Appleman and Jean Appleman, *Insurance Law and Practice*, vol. 1A, 1981, p. 2.

(2) 1977. 12. 31. 法律 제3043號로 改正된 保險業法 제182조에 의하여 韓國保險公社 안에 설치된 保險紛爭調停機關이다.

표 1. 보험분쟁사건 대비

연도	인 보험 분쟁 사건			손 해 보험 분쟁 사건		
	총 건 수	고 지 의 무 위 박 사 건 수	비 율(%)	총 건 수	고 지 의 무 위 박 사 건 수	비 율(%)
1978	41	36	87.8	7	—	—
1979	68	60	88.2	13	—	—
1980	90	66	73.3	26	2	0.07
1981	97	51	52.6	56	—	—
1982	106	52	49.0	58	1	0.02
1983	124	57	45.9	48	2	0.04
1984	84	32	38.0	64	6	0.09
계	610	354	58.0	272	11	0.04

주고 있다. 우리나라의 경제성장과 더불어 保險産業은 급속도로 신장하여<sup>(3)</sup> 保險에 대한 관심이 나날이 높아지고 있는 것이 실정이다. 이러한 점에서 保險契約의 특수한 성질과 관련하여 保險契約者 등에게 지워진 告知義務가 어떠한 것인가를 살펴보는 것은 保險制度의 운영에도 도움이 되리라고 생각한다. 그리하여 이 글은 告知義務의 法理에 관하여 고찰하고자 한다.

## II. 告知義務의 概念

### 1. 告知義務의 뜻

保險契約者 또는 被保險者는 保險契約를 체결함에 있어서 保險者에 대하여 중요한 사실을 告知하고, 不實의 事實을 告知하지 아니할 義務를 진다(商 651조). 이것이 이른바 告知義務(disclosure and representation, Anzeigepflicht)이다. 즉 告知義務는 保險契約者 등에게 保險契約의 締結에 즈음하여 保險者가 保險事故發生의 가능성을 측정하는 데 도움이 되도록 保險契約上 중요한 사항에 관하여 진실을 알릴 것을 요구하는 保險契約法上的 특수한 義務로서 保險契約의 성립 전에 지는 것이므로 保險契約 전에 保險者에게 알려야 하는 義務(vorvertragliche Anzeigepflicht)<sup>(4)</sup>라고 할 수 있다. 그러므로 이 告知義務는 保險契約의 성립 후에 지는 危險變更增加의 通知義務(商 652조)나 保險事故發生通知義務(商 657조) 등과는 구별되는 것이다.

### 2. 告知義務의 法的 性質

일반적으로 義務라 함은 義務者의 意思가 어떠한냐는 관계없이 반드시 따라야 하는 것으로

(3) 가령 1983영업연도(1983. 4. 1~1984. 3. 31)의 生命保險事業의 新契約高가 46,946,184백만원이고, 收入保險料 2,319,027백만원, 支給保險金 998,786백만원, 총자산 3,685,418백만원에 이르고 있다(生命保險協會刊, 生命保險統計年報 1984, 4면).

(4) Edgar Hofmann, *Privatversicherungsrecht*, 1 Aufl., 1983, S. 65.

로 法에 의하여 강요되는 것을 말한다. 그러므로 私法上 義務者가 그 義務를 이행하지 아니한 때에는 權利者가 직접 그 이행을 강제하거나 또는 불이행으로 인한 損害賠償을 청구할 수 있는 것이 보통이다. 그러나 保險契約에 있어서 告知義務는 保險者가 그 이행을 강제하거나 또는 불이행을 이유로 損害賠償을 청구할 수 있는 것이 아니라, 그 義務違反의 效果로서 保險契約을 解止할 수 있을 뿐이다. 그리하여 告知義務는 保險契約의 前提條件으로서 保險契約者 등이 지는 間接義務라 할 수 있다.<sup>(5)</sup> 다시 말하면 告知義務는 保險契約法에서 인정하는 法律上的 義務(gesetzliche Obliegenheit)이기는 하나 保險契約者에게 締結上の 過失(culpa in contrahendo)을 이유로 損害賠償을 청구할 수 있는 진정한 法的義務(echte Rechtspflicht)은 아니고<sup>(6)</sup>, 다만 契約解止로 인한 불이익을 막기 위한 自己義務라 할 것이다.<sup>(7)</sup> 그리고 이 告知義務는 保險契約의 默示의인 條件에 따라 주어지는 것이 아니라, 保險契約 밖에서 인정되는 保險契約法上的 특수한 義務라 할 것이다.<sup>(8)</sup>

### III. 告知義務의 存在理由

保險契約은 우연한 事故의 발생을 전제로 保險者가 責任을 지게 되는 일종의 射倖契約에 속하므로 이러한 契約을 締結함에 있어서는 保險者는 첫째로 그 危險을 引受할 것이나, 또 引受한다면 保險料率을 얼마로 할 것이냐를 결정할 수 있는 危險에 관한 精確한 評價를 내리고, 둘째로 保險者가 保險金의 支給義務를 지게 되는 우연한 事故의 범위를 결정할 危險의 明確한 限界設定 등에 관심을 기울이지 않을 수 없다.<sup>(9)</sup> 다시 말하면 保險者는 保險契約을 체결함에 있어서 保險技術上 개별적인 危險의 상황을 精確하게 파악할 필요가 있으며<sup>(10)</sup>, 이것을 위해서는 保險者가 스스로 자발적인 조사를 할 수도 있으나 다수의 保險契約者를 상대로 하는 保險契約에 있어서는 保險者의 일방적인 조사단으로는 부족하고, 이러한 사항을 잘 알 수 있는 地位에 있는 保險契約者쪽의 협력에 기대하지 않을 수 없는 것이다. 告知義務制度는 본래 保險契約請約者에 의해서 지배되고 있는 危險에 관하여 동일한 情報(information)를 保險者도 얻을 수 있도록 하기 위하여 발전된 것이며, 이로 인하여 保險者는 危險의 性質에 관하여 올바른 評價를 내릴 수 있게 된다.<sup>(11)</sup> 여기에서 告知義務를 인정

(5) 鄭熙喆, 全訂版 商法學原論(下), 42면; 朴元善, 新商法(下), 80면; 徐敬珪, 第三補訂 商法講義(下卷), 217면; 孫珠璣, 三訂 商法(下), 45면; 崔基元, 新版 商法學新論(下), 444면.

(6) Bruck-Möller, *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, Bd I, 8 Aufl, 1961, S. 316 Anm. 5.

(7) 독일 保險契約法에서는 이러한 義務를 Obliegenheit라고 하여 法的義務(Rechtspflicht)와는 구별되고 있다(*Ibid.*, S. 185 Anm. 3 u. Anm. 5-11 zu §6).

(8) *March Cabaret Club and Casino, Ltd. v. London Assurance* [1975] 1 Lloyd's Rep. 169(梁承圭, 判例教材 保險法·海商法, 64면).

(9) William R. Vance, *Handbook on the Law of Insurance*, 3d, 1951, pp. 364-5.

(10) Bruck-Möller, a.a.O.S. 316 Anm. 4.

(11) Vance, *op. cit.*, p. 365.

하는 근거는 保險事故發生의 蓋然率을 측정하기 위하여 危險測定의 資料를 얻고자 하는 데 있다는 危險測定說 내지는 技術說이 支配的이다.<sup>(12)</sup>

民法 제 2조 1항의 「信義誠實의 원칙」에 비추어 볼 때에 契約을 체결하고자 하는 사람은 相對方에 대하여 거짓을 말하지 아니할 義務를 지는 것이 오늘날 文明社會의 法律體系에 있어서 찾아 볼 수 있는 것이지만 保險契約에 있어서는 保險契約의 善意契約性에서 告知義務는 일찍부터 강조되어 왔다.<sup>(13)</sup> 1766년의 Carter v. Boehm<sup>(14)</sup>에서 Manstfield는 「告知義務를 지우고 있는 이유는 詐欺를 방지하고(prevent fraud) 保險契約의 善意性을 확보(encourage good faith)하는 데 있다」고 밝히고 있는 것은 그것을 보여 주는 것이다. 여기에서 保險契約者에게 성실한 告知를 하도록 유도하는 것은 保險契約者의 逆選擇에 의한 不良危險을 배제함으로써 道德的 危險(moral risk, moral hazard)을 막고자 하는 데에 있다고 할 수 있다.<sup>(15)</sup> 그리하여 告知義務制度는 保險者의 危險選擇에 따른 保險契約者의 협조를 구하는 技術的인 이유 이외에도 保險契約이 하나의 射倖契約으로서 當事者의 善意性이 요구된다는 점에서도 그 근거를 찾아야 할 것이다.<sup>(16)</sup> 다만 오늘날 이 告知義務制度는 保險技術의 발달과 더불어 義務者가 告知事項을 찾아내어 能動的으로 하는 것이 아니라 保險者의 질문에 기계적으로 대답하는 受動的인 義務로 진전하고 있음을 주목할 필요가 있다.

#### IV. 告知義務의 內容

##### 1. 告知義務의 當事者

(1) 告知義務者: 保險契約上 告知義務者는 保險契約者와 被保險者이다(商 제651조). 우리 商法上 被保險者는 生命保險의 경우에는 保險事故發生의 客体가 되고 있는 사람을 가리키고 損害保險의 경우에는 保險契約上 保險金請求權을 가지는 者를 가리키는 점에서 損害保險의 被保險者도 告知義務者로 볼 수 있느냐는 의문이 제기된다. 他人을 위한 損害保險契約의 경우에 被保險者는 保險契約의 當事者가 아닐뿐 아니라 그 契約의 체결을 알지 못하는 경우에는 실질상 告知義務를 이행할 수 없는 경우가 있으나, 가령 保險契約者와 被保險者가 利害가 서로 걸리는 保證保險과 같은 경우에는 保險者는 被保險者로부터 告知를 받아 그 保險引受 여부를 결정하도록 하는 것이 바람직하다. 그리하여 立法論으로나 解釋論으로나 告知義務者인 被保險者는 人保險의 被保險者뿐 아니라 損害保險의 被保險者도 포함하는

(12) 朴元善, 前掲書, 81면; 徐煥珪, 前掲書, 219면; 孫珠璣, 前掲書, 45면.

(13) Edwin W. Patterson, *Essentials of Insurance Law*, 2d, 1957, p. 378.

(14) 3 Burr. 1905(梁承圭, 判例教材, 118면).

(15) *Locker and Woolf, Ltd. v. Western Australian Ins. Co. Ltd.* [1936], 54 Ll. L. Rep. 211(梁承圭, 判例教材, 88면 참조).

(16) 鄭熙喆, 前掲書, 43면; Arnould, *Law of Marine Insurance and Average*, vol. II, 1981 p. 438 §580.

것으로 보아야 한다.<sup>(17)</sup>

保險契約者가 數人인 경우에는 각 保險契約者가 이 義務를 진다. 그리고 保險契約가 代理人에 의하여 체결되는 경우에는 그 代理人도 告知義務를 지는 것이다(商 제646조, 민 제116조). 代理人에 의하여 告知할 때에는 本人이 알고 있는 事實뿐 아니라 代理人 자신이 알고 있는 사실도 告知하여야 한다.<sup>(18)</sup>

(2) 告知受領權者: 告知義務者가 告知하여야 할 상대방은 保險者와 保險者를 위하여 告知를 받을 代理權을 가지고 있는 者이다. 즉 保險會社와 保險代理店은 告知受領權을 가지나, 保險仲介人은 代理權이 없으므로 告知受領權도 가지지 않는다. 生命保險의 경우 被保險者의 신체검사를 하는 保險醫는 危險測定資料를 保險者에게 제공하는 保險者의 補助者로서 保險契約締結權은 없으나<sup>(19)</sup>, 告知受領權은 가지고 있다.

保險契約上 告知受領權과 관련하여 문제가 되는 것은 保險募集人이다.<sup>(20)</sup> 保險業法上 保險募集人은 保險事業者를 위하여 保險契約의 締結을 仲介하는 者로서 韓國保險公社에 登錄된 者를 말한다(保業 2조 3항). 즉 保險募集人은 保險者에게 종속되어 保險募集에 종사하는 사람인데, 일반적으로 保險契約者는 保險募集人의 권유에 따라 保險契約를 請約하고 그 請約書를 保險募集人을 통해서 保險者에게 전달하는 것이 일반적이다. 여기에서 保險契約者가 保險募集人에게 危險測定上 중요한 事實에 관하여 알렸을 때에 그 效力을 인정할 것이냐 아니냐는 문제가 제기된다. 이에 대하여는 保險募集人은 단순히 保險者와 保險契約者 사이의 保險契約締結을 仲介하는 사람에 지나지 않는다는 保險業法上的 地位 때문에 保險募集人이 保險契約者가 알린 사실을 保險者에게 전달하지 아니한 한 그 效力이 생기지 아니한다고 보아야 할 것이다. 立法論으로 볼 때에는 가령 生命保險契約의 無診查保險의 경우와 같이 保險契約者 또는 被保險者가 告知受領權者인 保險者나 保險代理店과 직접 대하지 아니하는 때에는 保險募集人에게 告知受領權을 주어 保險契約者를 보호하는 것이 바람직하다고 할 수 있다.<sup>(21)</sup> 그러나 保險募集人은 비록 保險者에게 종속되어 있다 하더라도 保險契約의 締結을 仲介하는 者이고, 따라서 保險契約請約者의 告知도 保險契約請約書의 告知欄에 書面으로 하는 것이 일반적이므로 保險募集人에게 口頭로 保險契約上 중요한 사항을 알리고, 保險契約請約書에는 사실과 다르게 기재하였다면 그 告知의 效力을 인정할 수 없다고 보아야 할 것이다.<sup>(22)</sup> 우리나라 大法院判決<sup>(23)</sup>은

(17) 鄭熙喆, 44면; Hofmann, a.a.O.S. 133, Prölss-Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, 22 Aufl., 1980, S. 453.

(18) Prölss-Martin, *ibid.*, S. 162. VVG §19, 英海保 제19조.

(19) 대판 1976. 6. 22. 75다 605참조(梁承圭, 判例敎材, 60면).

(20) 梁承圭, 保險募集人의 法的 地位, 南觀 沈泰植博士華甲紀念論文集 勞動法과 現代法の 諸問題, 433면 이하 참조.

(21) 徐燦珪, 前掲書, 219면; Appleman, *op. cit.*, p. 2 참조.

(22) *Newsholme Bros. v. Road Transport and General Insurance Co. Ltd.* [1929] All E.R. Rep.

「보험가입청약서에 기왕병력을 기재하지 아니하고 보험회사의 외무사원에게 이를 말한 것만으로는 보험회사에 대하여 고지하였다고 볼 수 없다」

라고 判示하여 保險募集人에 대한 告知의 效力을 부인하여 保險募集人은 告知受領權이 없음을 명백히 하고 있다.

### 2. 告知의 時期

告知하여야 할 시기는 保險契約 당시, 즉 保險契約이 成立할 때까지이다. 그러므로 保險契約을 청약할 때에는 告知義務를 다하지 아니하였어도 保險契約成立時, 즉 保險者가 그 請約을 승낙할 때까지는 추가 또는 정정할 수 있고, 請約 후 契約成立時까지 발생 또는 변경된 사항이 있으면 이를 告知하여야 한다.<sup>(24)</sup> 다시 말하면 告知義務는 契約의 請約時에 끝나는 것이 아니라 保險契約이 성립할 때까지 危險에 영향을 미치는 새로운 事實(any fresh facts)에 대하여 완전히 告知하여야 한다.<sup>(25)</sup> 이와 같이 保險契約者의 告知義務는 保險者에 대하여 保險契約의 성립전에 이행하여야 하는 것이고, 契約의 條件으로 부과된 것이 아니므로<sup>(26)</sup> 告知의 유무는 保險契約의 請約時가 아니고, 成立時를 표준으로 결정하는 것이다.

### 3. 告知의 方法

告知의 방법에 대하여는 법률상 특별한 제한이 없으므로 口頭로 하든 書面으로 하든 상관없이, 실제의 去來界에서는 保險契約請約書에 質問欄을 두어 그에 기재하도록 하는 것이 일반적이다.<sup>(27)</sup> 그러므로 保險契約者가 保險契約請約書를 작성하여 그 質問欄에 성실한 기재를 하여 保險者에게 交付하면 保險契約의 請約과 告知義務의 履行이라는 두 가지 뜻을 이루게 되는 것이다. 그리고 告知는 義務者가 스스로 하거나 또는 代理人이나 履行補助者로 하여금 이를 하게 할 수도 있다.

### 4. 告知事項과 質問表

(1) 重要한 事項의 뜻 : 保險契約者 또는 被保險者가 保險者에 대하여 告知할 事項은 이른바 중요한 事項(material facts)이다. 여기서 중요한 事項이란 保險者가 保險事故의 發生과 그것으로 인한 責任부담의 정도의 蓋然率을 측정하여 契約의 締結 여부 또는 保險料額의 여하를 결정하기 위한 표준이 되는 사항으로서 객관적으로 보아서 保險者가 그 사실을 안다면 그 契約을 체결하지 않든가 또는 적어도 동일한 條件으로는 契約을 체결하지 않으리라고 생각되는 사항을 말한다.<sup>(28)</sup> 다시 말하면 중요한 事項은 신중한 保險者가 保險料算

442(梁承圭, 判例教材, 107면 참조)

(23) 대판 1979. 10. 30. 79다 1234(梁承圭, 判例教材, 68면 이하).

(24) Bruck-Möller, a.a.O.S. 318 Anm. 8.

(25) Raoul Colinvaux, *The Law of Insurance*, 5d, 1979, p. 89. *Mackenzie v. Prudential Ins. Co.* United States Court of Appeals, sixth Circuit, 1969, 411 F.2d 781(梁承圭, 判例教材, 72면).

(26) Patterson, *op. cit.*, p. 378.

(27) 立法論으로는 書面에 의하여 保險契約을 請約하는 경우에는 書面에 의한 告知만을 인정하는 것이 옳을 것이다.

(28) 梁承圭, 判例教材, 75면.

定에 있어서 또는 그 危險을 引受할 것이냐 아니냐를 결정하는 데 영향을 미치는 모든 사항을 가리키는데<sup>(29)</sup>, 어떠한 사항이 告知할 중요한 사항이냐 아니냐는 事實問題에 속한다.<sup>(30)</sup>

(2) 重要事項과 告知: 保險契約者가 保險者에게 告知하여야 할 事項은 각종 保險에 따라 결정될 문제이다. 가령 生命保險契約에서의 중요한 事項은 被保險者의 既往症, 現在症 기타의 健康狀態, 나이, 직업 및 생활환경 등 광범하다.<sup>(31)</sup> 우리나라의 判例에 나타난 것 몇 가지를 들면, 被保險者의 父母의 生存 여부, 持病이 있는 경우 病名, 死亡한 경우 死因<sup>(32)</sup>, 被保險者가 中風과 高血壓으로 치료한 사실이 있는 既往症<sup>(33)</sup>, 위궤양으로 인한 위출혈증으로 작혈을 한 사실<sup>(34)</sup>, 폐결핵과 같은 기왕증<sup>(35)</sup> 등이다. 그리고 生命保險契約를 체결할 때에 保險契約者 또는 被保險者는 이전의 다른 保險契約에 관한 사항, 즉, 다른 保險을 請約하여 契約이 이루어졌느냐, 거절되었으면 그 事由, 또 현재 保險契約이 존속되어 있는가를 성실하게 告知할 것이 요구된다.<sup>(36)</sup> 왜냐하면 하나의 保險契約者 또는 被保險者가 지나치게 많은 保險에 가입된 경우에는 道德的 危險을 일으킬 여지가 있는 것이므로 保險者가 保險契約者의 생활상태 등을 고려하여 保險引受의 여부를 신중히 결정할 수 있도록 하기 위한 것이다.

다음으로 損害保險에 있어서도 가령 建物에 대한 火災保險의 경우는 그 건물의 物理的 性狀, 構造, 場所의 關係, 使用目的, 自動車保險의 경우는 自動車의 형태 등에 관한 것 외에 운전자 事故經歷<sup>(37)</sup> 등도 告知하여야 한다. 그리고 損害保險에 있어서도 이전의 保險契約의 請約에 대한 拒絶, 保險者에 의한 保險契約의 解止, 다른 保險契約의 존재 또는 請約에 관한 事項 등은 危險測定上 중요한 事項이다.<sup>(38)</sup>

이와 같이 告知事項은 保險者의 危險測定과 保險引受 여부에 영향을 미치는 사실을 말하므로 어떠한 사항이 告知할 중요한 事項이냐는 당사자의 주관적 판단에 맡길 것이 아니라 객관적 기준에 따라 정할 문제이다.<sup>(39)</sup> 따라서 危險의 測定에 중요한 사실이면 그 사실은 현재의 것이든 과거 또는 장래의 것이든 묻지 않으며, 또 告知義務者가 직접 안 사실 뿐이

(29) Arnould, *op. cit.*, p. 488 §641; Colinvaux, *op. cit.*, p. 95. 英海保 제18조 2항, 獨保 제16조 1항 참조.

(30) Bruck-Möller, a.a. O.S. 319 Anm. 16; 英海保 제18조 4항.

(31) 梁承圭, 判例教材, 77면 이하 참조.

(32) 대판 1969. 2. 18. 68다 2082.

(33) 서울민지판 1973. 11. 23. 73가합 3701.

(34) 서울고판 1975. 12. 17. 75나 950.

(35) 서울고판 1974. 7. 11. 74나 194.

(36) Appleman, *op. cit.*, p. 52.

(37) *Dunn v. Ocean Accident and Guarantee Co. Ltd.* [1933] 47 U.L. Rep. 129(梁承圭, 判例教材, 90면).

(38) Bruck-Möller, a.a.O.S. 320. 다만 다른 保險者가 拒絶한 事實은 중요한 것이 아니고 告知할 필요가 없다는 見解가 있다(Arnould, *op. cit.*, p. 489).

(39) 孫珠璣, 前掲書, 47면.





나라 傳聞에 의하여 알게 된 사실에 대해서도 告知하여야 한다. 왜냐하면 그 傳聞이 진실이나 거짓이나를 판단하여야 하는 것은 保險契約者가 아니기 때문이다.<sup>(40)</sup> 다만 保險契約者는 保險者가 이미 알고 있거나 알고 있으리라고 推定되는 사실은 그것이 비록 중요한 事項이라 하더라도 告知할 필요는 없다.<sup>(41)</sup>

(3) 質問表와 重要事項: 告知義務者인 保險契約者 또는 被保險者가 保險專門家가 아닌 한 保險契約를 맺을 때에 구체적으로 어느 것이 告知할 事項이고, 또 어느 것이 告知하지 아니하여도 되는 것인지를 판단하기는 어려운 것이다. 그리하여 실제 去來界에서는 保險者가 保險契約請約書에 미리 告知할 事項을 열거하여 질문란을 둔 일종의 質問表(Fragebogen)를 이용하고 있는 것이 보통이다. 獨逸保險契約法 제16조 1항 후단은 「保險者가 명백히 또 書面으로 질문한 사항은 의문이 있을 때에는 이를 중요한 것으로 본다」라고 규정하고 있다. 그러므로 保險者가 口頭 또는 書面으로 질문한 사항은 일단 중요한 事項으로 인정하여 告知義務者는 이를 성실하게 告知하여야 하는 것이다. 우리나라의 保險實務에서 이용하고 있는 生命保險契約請約書 안의 質問表의 예를 앞면에서 참고하기 바란다.

## V. 告知義務違反의 要件

### 1. 主觀的 要件

告知義務違反이 되려면 중요한 事項의 不告知 또는 不實告知가 保險契約者 또는 被保險者의 故意 또는 중대한 過失로 인한 것이어야 한다. 여기서 故意라 함은 害意가 아니고 중요한 事項에 관하여 알면서 告知하지 아니 하거나 不實의 告知를 한 것을 말한다.<sup>(42)</sup> 다시 말하면 商法 제651조에서 경한 故意라 함은 詐欺 등의 방법으로 保險者를 착오에 빠지게 하려는 것이 아니고, 가령 被保險者의 지난날의 病歷을 밝히고 싶지 아니하여 이를 告知하지 아니한 것이 이에 해당하는 것이다.

「중대한 過失」이란 保險契約者 등이 조금만 注意를 기울였으면 제대로 告知할 수 있었을 것을 그 주의를 다하지 아니함으로써 不告知 또는 不實告知를 한 것을 뜻한다. 가령 質問表에 의하여 告知하는 경우 그 기재사항을 한 번만 훑어보았으면 잘못 告知된 것을 알 수 있음에도 불구하고 이를 게을리함으로써 알지 못한 때가 이에 해당한다 할 것이다. 그런데 保險契約者 등의 告知義務違反에 있어서 「중대한 過失」이 무엇을 뜻하느냐에 대하여는 保險契約者 등에게 중요한 事項의 探知義務를 지우느냐 아니냐에 따라 說이 갈리고 있다. 즉, 한 說은 保險契約의 團體性의 입장에서 危險測定의 정확성이 요구되므로 「중대한 過失」이

(40) Arnould, *op. cit.*, p. 499 §653.

(41) *Ibid.*, p. 488 §640, 英海保 제18조 3항 참조.

(42) 鄭熙喆, 前揭書, 45면.

란 事實에 관한 不告知 또는 不實告知가 있는 것을 중대한 過失로 인하여 몰랐을 경우 뿐만 아니라 중요한 事項이 존재하는 것을 중대한 過失로 알지 못한 경우를 포함한다고 하고<sup>(43)</sup>, 다른 說은 告知事項 자체를 알지 못한 것이 중대한 過失로 인한 경우는 그에 포함되지 않는다고 한다.<sup>(44)</sup> 여기서 앞의 說은 告知義務者에게 일종의 探知義務를 지우는 것이고, 뒤의 說은 그것을 인정하지 않는 데서 생겨난 것이다. 그러나 告知義務制度는 保險契約者 또는 被保險者가 알고 있는 事實(ihm bekannten Umstände)을 告知하도록 하는 것(獨保 제16조 1항 참조)이라고 보는 것이 去來의 관념에 맞는다고 할 것이므로 「중대한 過失」이란 業務上 당연히 알 수 있는 事項에 대하여 알지 못한 경우(英海保 제18조 1항 참조)를 제외하고는 告知事項의 존재를 중대한 過失로 알지 못한 경우는 포함하지 않는다고 풀이하는 것이 옳다고 생각한다.

## 2. 客觀的 要件

告知義務違反의 객관적 요건은 중요한 事項에 대한 不告知 또는 不實告知가 있는 것이다. 여기서 不告知라 함은 중요한 사항을 알면서 알리지 아니하는 것, 즉 默秘(Nichtanzeige, concealment)를 말하고, 不實告知라 함은 事實과 다르게 말하는 것 즉, 거짓 陳述(Falschanzeige, misrepresentation)을 말한다. 保險法은 危險測定의 정확을 기하기 위하여 事實과 告知한 것이 서로 부합될 것을 요구하고 있으므로 비록 告知한 事項이 세부적인 면에 있어서는 眞實과 다르다 하더라도 실질상으로는 그것이 정확한 때에는 이를 不告知 또는 不實告知라 할 수는 없다(英海保 제20조 4항 참조). 가령 被保險者가 保險契約를 청약하기 전에 몸살을 앓고 난 경우에 이를 告知하지 아니하였다 하더라도 그것이 중요한 事項이 아닌 한 告知義務를 違反한 것으로는 되지 아니한다. 여기에서 保險契約者 등이 告知하여야 할 중요한 事項이 무엇인가는 앞에서 본 바와 같이 각 保險契約의 성질에 따라 구체적으로 결정하여야 할 事實問題에 속하고, 告知義務者로서는 무엇이 告知할 사항이나를 일일이 판별하기란 쉬운 일이 아니다. 그리하여 이를 기술적으로 해결하기 위하여 나타난 것이 이른바 質問表이고, 이 質問表의 質問事項에 대하여 不告知 또는 不實告知를 한 때에는 객관적으로 告知義務違反이 되는 것이다.

독일 保險契約法 제18조는 「保險者가 書面으로 한 質問에 대하여 危險狀況을 保險契約者에게 告知하도록 한 경우에 保險者는 明示的으로 질문하지 아니한 事項에 대하여는 惡意의 默秘(arglistiger Verschweigung)가 있는 경우에만 告知를 아니하였다는 이유로 保險契約를 解止할 수 있다」라고 규정하고 있다. 우리 商法에서는 質問表에 관한 규정을 두고 있지 아니하나, 質問表는 保險者가 미리 그 保險契約에서 알고자 하는 事項을 열거하여 告知義務者로 하여금 이를 告知하도록 마련한 것이라 할 것이므로 똑같이 풀이하는 것이 옳을 것이

(43) 徐煥珪, 前揭書, 222-3면; 孫珠瓚, 前揭書, 46면.

(44) 鄭熙喆, 前揭書, 46면; 朴元善, 前揭書, 84면; 崔基元, 前揭書, 446면.

고<sup>(45)</sup> 또한 이를 立法化하는 것이 요구되고 있다.

### 3. 立證責任

保險者는 告知義務違反의 全제조건인 사실이 不告知 또는 不實告知된 경우에는 그러한 事實이 保險契約者 등의 故意 또는 重大한 過失로 생긴 것임을 立證하여야 한다. 다시 말하면 告知義務違反의 事實이 있는 때에는 그것을 이유로 하여 契約을 解止하고자 하는 保險者에게 그 立證責任이 주어지는 것이다.<sup>(46)</sup>

## VI. 告知義務違反의 效果

### 1. 保險契約의 解止

(1) 解止權의 發生: 保險者는 保險契約者 또는 被保險者의 告知義務違反이 있으면 이를 立證하고 保險契約을 解止할 수 있다(商 651조 본문). 즉 우리 商法은 告知義務違反의 效果로서 保險契約을 당연히 無效로 하지 아니하고, 다만 保險者에게 그 保險契約의 解止權만을 주고 있을 뿐이다. 이것은 保險者로 하여금 重要事項의 내용과 營業政策 등 모든 사정을 참작하여 적당한 조치를 취할 수 있도록 하기 위한 것이라 할 수 있으나<sup>(47)</sup>, 이는 保險契約의 團體性과 관련하여 모든 保險契約者에 대하여 衡平을 기하여 행사하도록 하여야 할 것이다.

(2) 解止權의 性質과 行使: 告知義務違反을 이유로 하는 保險者의 保險契約解止權은 保險者가 告知義務違反事實을 立證하고 일방적인 意思表示에 의하여 행사할 수 있으므로 일종의 形成權에 속한다.<sup>(48)</sup> 保險者의 保險契約解止의 意思表示는 保險契約者에게 하여야 하는데, 保險契約者가 死亡한 때에는 保險契約者의 相續人에게 하여야 하고, 被保險者 또는 保險受益자가 지정된 경우에도 그들이 保險契約者의 相續人이 아니면 그들에 대한 解止意思表示는 아무런 效力이 없다 할 것이다.<sup>(49)</sup> 그리고 保險者의 契約解止의 效力은 그 意思表示가 相對方에게 도달한 때에 생기고(民 543조, 111조), 또 그 權利의 행사에 있어서는 條件을 붙이지 않는 단순한 것이어야 하고, 어떠한 事實에 告知義務違反이 있었다는 것을 밝혀야 한다.<sup>(50)</sup>

告知義務違反으로 인한 保險者의 保險契約解止는 保險事故의 발생 전후를 묻지 아니하고

(45) 鄭熙喆, 前掲書, 46면; 徐煥珪, 前掲書, 221면. 대판 1969. 2. 18. 68 다 2082는 「보험회사의 질문표에 기재된 질문사항은 다른 특별한 사정이 없는 한 그 보험계약에 있어서의 중요한 사항에 해당한다고 추정할 것이므로 그 질문표에 사실과 다른 기재를 하였다면 이는 고지의무위반이 된다」라고 判定하고 있다.

(46) Bruck-Möller, a.a.O.S. 327 Anm. 43; Prölss-Martin, a.a.O.S. 160 Anm. 9. 梁承圭, 判例教材, 108면 참조.

(47) 朴元善, 前掲書, 85면.

(48) 鄭熙喆, 前掲書, 47면.

(49) 日大判 1916(大 5) 2.7. 民錄 22-83(梁承圭, 判例教材, 112면 참조).

(50) 朴元善, 前掲書, 86면.

뒤에서 보는 制限事由가 없는 한 언제든지 이를 할 수 있다. 그러나 실제의 去來에 있어서는 保險事故의 발생 후에 이를 행사하게 되는 것이 일반적이다. 왜냐하면 保險事故가 생긴 후에 그 事故原因을 조사하는 과정에서 비로소 保險契約者 등의 不告知 또는 不實告知의 사실을 알게 되는 것이 보통이기 때문이다.

(3) 解止權의 포기: 保險者의 保險契約解止權은 保險者의 이익을 위하여 인정되는 것이므로 保險者는 保險契約者 등의 告知義務違反事實을 발견한 때에는 모든 사정을 참작하여 解止權을 포기할 수도 있다. 포기의 意思表示는 明示의이든 默示의이든 묻지 않으나, 후자의 예로서는 保險者가 告知義務違反事實을 알면서 保險證券을 交付하든가 保險料의 受領 또는 保險金을 支給한 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 이를 解止權의 포기라고 보아야 할 것이다.<sup>(51)</sup> 따라서 保險者가 告知義務違反의 경우 保險契約의 解止權을 포기하느냐 않느냐는 구체적인 사정에 따라 결정할 문제이나<sup>(52)</sup>, 일단 保險者가 스스로 또는 特約에 의하여 解止權을 포기한 때에는 그 解止權이 소멸하여 告知義務違反을 가지고 다룰 수 없게 된다. 그러나 保險者는 保險契約이 危險團體를 전제로 하는 多數契約이라는 점에서 保險者의 解止權의 포기에 의하여 善意의 保險契約者들에게 불이익을 주어서는 안된다는 점을 이해할 필요가 있다.

(4) 解止의 效果: 保險者가 告知義務違反을 이유로 保險契約을 解止한 때에는 그 契約은 장애에 대하여 效力을 잃는다(民 550조). 그러므로 保險者는 이미 받은 保險料를 반환할 필요가 없다. 다만 生命保險의 경우에는 保險受益者를 위한 積立金을 保險契約者에게 支給하여야 한다(商 法 제736조 1항). 이것은 生命保險이 保障性과 貯蓄性의 기능을 겸하고 있기 때문에 告知義務違反이 있는 경우에도 保險料에서 저축을 위한 부분은 保險契約者에게 반환하도록 한 것이라 할 수 있을 것이다.

告知義務違反을 이유로 하는 契約解止權은 앞에서 본 바와 같이 保險事故의 발생 전후를 묻지 아니하고 할 수 있으므로 保險事故가 생긴 후에 그 契約을 解止한 때의 效果를 명백히 해 둘 필요가 있다. 여기에서 商法 제655조는 「保險事故가 발생한 후에 保險者가 告知義務違反을 이유로 保險契約을 解止한 때에는 保險金額을 支給할 責任이 없고 이미 支給한 保險金額의 반환을 청구할 수 있다」라고 규정하고 있다. 이것은 告知義務를 위반하여 危險選擇을 하게 한 保險契約者를 制裁하고 保險者를 보호하기 위한 것이라 할 수 있다.

## 2. 解止權의 制限

告知義務違反을 이유로 하는 保險者의 契約解止權은 다음의 경우에는 制限되고 있는데, 이것은 立法論으로나 解釋論으로 여러 가지 문제를 제기하고 있다.

(1) 除斥期間의 經過: 保險者가 告知義務違反의 事實을 안 날로부터 1月, 契約이 成立한

(51) 朴元善, 前掲書, 86면.

(52) 梁承圭, 判例教材, 113면 참조.

날로부터 5년이 지나면 그 契約을 解除할 수 없다(商 제651조 본문). 이 期間은 除斥期間으로서 이것을 둔 이유는 그 法律關係를 속히 확정하여 당사자의 다툼을 억제하려는 데에 있으므로<sup>(53)</sup> 이 期間이 경과된 후에는 告知義務違反에 대하여 다툼 수 없게 된다.<sup>(54)</sup> 이 期間을 정한 約款의 條項을 不可抗爭約款(incontestable clause)이라 한다.

保險者が 告知義務違反事實을 안 날이라 함은 保險契約締結權이 있는 保險者 또는 그 代理人인 안 날을 의미하고 保險契約締結權이 없는 營業所長이나 保險募集人인 안 것은 이에 포함되지 아니한다.<sup>(55)</sup> 그리고 그 날은 保險者が 가령 事故原因을 조사하는 과정에서 告知義務違反事實이 있음을 의심할만한 사유가 있다고 믿은 때가 아니고, 告知義務違反事實에 관한 확실한 證據를 잡은 때를 기준으로 판단하여야 하는 것이다. 왜냐하면 保險者が 保險契約을 解除하고자 하는 때에는 먼저 告知義務違反事實을 구체적으로 立證하여야 하기 때문이다.

(2) 保險者が 안 때: 保險者が 契約 당시에 告知義務違反의 事實을 알았거나 중대한 過失로 알지 못한 때에는 保險者는 그 契約을 解除할 수 없다(商 제651조 단서). 원래 告知義務는 保險契約者 또는 被保險者가 支配하고 있는 危險을 保險者에게 알림으로써 그 危險引受에 있어 이를 評價하도록 하는 데 있는 것이므로 保險者가 알고 있거나 알 수 있으리라고 생각되는 事項에 대하여는 告知할 필요가 없는 것이다.<sup>(56)</sup> 따라서 保險者가 保險을 引受함에 있어서 告知義務違反事實을 알았거나 중대한 過失로 이를 알지 못한 것은 保險者의 自己過失에 의한 危險選擇이라는 점에서 그 解除權을 제한한 것이라 할 수 있다.<sup>(57)</sup> 가령 生命保險契約에서 비록 保險契約者 또는 被保險者의 告知義務違反事實이 있다 하더라도 被保險者의 身體診査에 의하여 保險醫가 이를 알았고, 또 충분히 알 수 있었음에도 불구하고 중대한 過失로 이를 알지 못한 때에 保險者가 그 請約에 대하여 승낙한 경우가 이에 해당한다.<sup>(58)</sup> 그러나 保險契約은 多數契約으로서 保險團體를 전제로 하는 것이므로 保險團體의 구성원을 平等하게 대우하여야 한다는 관점에서 볼 때에 惡意있는 告知義務違反者에게 특별한 이익을 주는 것은 立法論으로는 고려해 볼 문제이다.<sup>(59)</sup>

解除權의 制限事由로서 保險者가 안 것과 중대한 過失로 알지 못한 것은 원칙으로 保險

(53) Appleman, *op. cit.*, p. 311.

(54) 現行生命保險約款에서는 그 除斥期間을 診査保險의 경우 1년, 無診査保險의 경우 2년으로 하고 있다.

(55) 日大判 1939(昭 14). 3. 17. 民集 18-156(梁承圭, 判例敎材, 117면).

(56) *Carter v. Boehm* [1766], 3 Burr. 1905(梁承圭, 判例敎材, 118면).

(57) 鄭熙詒, 前掲書, 47면.

(58) 가령 폐병을 앓은 被保險者가 그 事實을 告知하지 아니하였으나 X-Ray 촬영에 나타났을 때 保險醫가 관독을 잘못한 경우 등이다.

(59) 保險業法 제156조 1항 4호는 「保險契約者 또는 被保險者에 대하여 특별한 이익의 제공을 약속하거나 保險料의 할인 기타 특별한 이익을 제공하는 행위」를 保險募集에 있어서 금지하고 있다.

者를 기준으로 하나 告知受領權을 가진 保險代理店 또는 保險醫가 알았거나 중대한 過失로 알지 못한 때에도 이에 포함된다. 따라서 保險者가 중요한 事實을 알고 保險契約을 맺었다든가 중대한 過失로 알지 못하였다는 사실에 대한 立證責任은 告知義務違反에 따른 契約解止를 막으려는 保險契約者에게 있다.<sup>(60)</sup>

(3) 因果關係의 不存在: 商法 제655조 단서는 告知義務違反事實이 保險事故의 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 證明된 때에는 保險者는 保險金支給義務를 지도록 함으로써 그 解止權을 제한하고 있다.<sup>(61)</sup> 이것은 물론 保險事故가 告知事項과 因果關係가 없는 다른 事由로 생긴 경우에 被保險者 또는 保險受益者의 이익을 보호하고자 하는 데 있다고 할 수 있으나 告知義務制度의 성격과 연관시켜 볼 때에 약간의 의문이 제기되지 않을 수 없다. 즉 첫째로, 告知義務制度가 保險者로 하여금 危險에 대한 精確한 評價를 내리고 不良危險을 배제시키기 위한 것이라면 保險事故發生의 原因을 事後的으로 문제삼는 것은 모순이다. 둘째로, 保險契約者가 事前에 올바르게 告知하였으면 契約이 맺어지지 아니한 경우와 균형이 맞지 아니한다. 셋째로, 保險者가 保險契約 당시에 告知義務違反의 대상이 된 事項에 대하여 진실을 알았더라면 保險者는 적어도 동일한 契約內容으로는 保險契約을 맺지 않았을 것이고, 여기에 保險者에게 契約解止權을 인정하는 기초가 있다 할 것이므로 告知義務違反事項과 保險事故가 因果關係가 없다는 이유로 保險者의 責任을 인정하는 것은 理論的으로 일관한 것이라 할 수는 없는 것이다. 이 때문에 立法論으로는 商法 제655조 단서를 삭제하여야 한다는 주장이 있다.<sup>(62)</sup> 프랑스 保險法 L. 113-8조 제 1 항 후단은 惡意의 告知義務違反의 경우에는 「保險契約者가 不告知 또는 不實告知한 危險이 事故發生에 영향을 미치지 아니한 경우에도 無效로 한다」라고 규정하고 있고, 독일 保險契約法에서도 비록 告知義務違反事實이 保險事故의 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 경우에도 保險者는 保險契約者에게 惡意가 있을 때에는 詐欺(arglistiger Täuschung)를 이유로 契約取消權을 행사할 수 있음을 인정하고 있다.<sup>(63)</sup>

保險事故의 발생이 告知義務違反의 事實과 因果關係가 없다는 이유로 保險者의 保險金支給責任을 인정하는 것은 결과적으로는 不良危險을 정당화하는 잘못을 저지르는 것이고<sup>(64)</sup>, 또한 하나의 예외적인 것이라 할 것이므로 이를 解釋·適用할 때에는 엄격하게 다루지 않으면 안되는 것이다. 즉, 保險者는 保險事故의 발생 후에도 保險契約者가 告知義務를 違反한 때에는 그 契約을 解止할 수 있으므로 保險契約者는 스스로 告知義務違反事實이 保險事

(60) OLG Wien 6.5. 1936. 3R 237/36; 日大判 1920<大 9>. 1. 23. 民錄 26-65(梁承圭, 判例教材, 123면).

(61) 獨保 제21조도 같은 뜻을 규정하고 있다. 佛保 L. 113-9조는 善意의 告知義務違反의 경우 保險料의 增額, 契約解止, 保險事故의 발생 후에는 保險金額의 減額을 인정하고 있다.

(62) 西島梅治, 保險法, 92면 참조.

(63) Bruck-Möller, a.a.O.S. 350 Anm. 3. VVG §22.

(64) 朴元善, 前掲書, 88-9면.

故의 발생에 영향을 미치지 아니하였음을 立證하여야만 비로소 保險者의 契約解止를 방지할 수 있는 것이다.<sup>(65)</sup> 다시 말하면 保險事故와 告知義務違反事實 사이에 因果關係가 없다는 事實은 保險契約者가 立證하여야 하는 것이고<sup>(66)</sup>, 그 사이에 因果關係가 있느냐 없느냐가 의심스러운 때에는 保險者에게 유리하게 작용하여야 하는 것이다.<sup>(67)</sup> 따라서 告知義務違反事實과 保險事故 사이에 조금이라도 因果關係를 엿볼 수 있는 여지가 있으면 商法 제655조 단서의 규정은 적용될 수 없다.<sup>(68)</sup>

## VII. 告知義務違反과 錯誤·詐欺와의 관계

### 1. 法規適用에 관한 學說

告知義務違反의 效果로서 保險者는 保險契約를 解止할 수 있는데, 告知義務違反이 錯誤나 詐欺로 인한 경우 民法의 規定과는 어떠한 관계가 있는가? 民法上 法律行爲의 내용의 중요한 부분에 錯誤가 있는 意思表示(民 제109조) 또는 詐欺에 의한 意思表示(民 제110조)는 取消할 수 있고, 取消한 때에는 法律行爲는 처음부터 無效인 것으로 본다(民 제141조). 그러므로 告知義務違反이 錯誤 또는 詐欺의 要件을 갖추고 있는 경우에는 民法의 一般原則에 따라 그 契約를 取消할 수 있느냐 없느냐는 문제가 제기되는데, 이에 대하여는 說이 나누인다.

(1) 民·商法適用說: 告知義務에 관한 商法の 규정과 錯誤·詐欺에 관한 民法의 규정은 그 根據·要件·效果에 있어서 전혀 다른 것이므로 民·商法の 규정은 다같이 適用된다고 한다.<sup>(69)</sup>

(2) 商法適用說: 商法이 保險契約者 등의 告知義務를 인정하는 것은 保險契約의 團體的·技術的인 요청에 기인하여 告知義務에 違反할 경우에 保險契約이 그 締結 당시에 適及하여 無效로 되는 것을 피해 일부러 解止할 수 있는 것으로 하였으므로 民法의 適用을 배제하고 商法の 규정에 따라 解決하는 것이 옳다고 한다.<sup>(70)</sup>

(3) 折衷說: 錯誤의 경우에는 民法의 適用을 排除하나 告知義務者에게 詐欺가 있는 경우에는 保險者는 商法에 의하여 契約解止를 할 수 있는 동시에 그 除斥期間이 경과한 후에도

(65) 대판 1969. 2. 18. 68다 2082(梁承圭, 判例教材, 124면).

(66) Bruck-Möller, a.a.O.S. 353 Anm. 11; Prölss-Martin, a.a.O.S. 167 Anm. 4.

(67) Bruck-Möller, *ibid.* KG 2. 11. 1918 VA 1918 Anh. S.16 Nr. 1023.

(68) 日大判 1929(昭 4). 12. 21. 新聞 3090-41(梁承圭, 判例教材, 124면). 現行生命保險約款 제 3조 2항 2호는 告知義務違反事實이 保險事故의 발생에 영향을 미쳤음을 保險者가 證明하지 못하면 保險契約를 解止할 수 없다고 규정하고 있으나 立證責任의 分配原則에 어긋난다 할 것이다(梁承圭, 生命保險標準約款小考, 樞江孫珠璣博士華甲紀念 現代保險法の 諸問題, 19면 이하 참조).

(69) 大森忠夫, 保險法, 135면; 日大判 1917(大 6). 12. 14. 民錄 23-2112.

(70) 鄭熙喆, 前掲書, 48면; 徐煥珪, 前掲書, 224면; 崔基元, 前掲書, 448면.

民法의 原則에 따라 取消權을 행사할 수 있다고 보고 있다.<sup>(71)</sup> 이 說이 옳다고 생각한다. 왜냐하면 保險契約의 善意契約性에 비추어 볼 때에 保險者를 欺罔하여 告知義務를 違反한 경우에는 이를 取消함으로써 保險保護를 받을 수 없도록 하는 것이 마땅하다고 보기 때문이다. 商法이 詐欺로 인한 超過保險·重複保險을 모두 無效로 하고 있는 것(商 669조 4항, 672조 3항)도 바로 그러한 이념을 나타낸 것이라 할 수 있을 것이다.

## 2. 解釋論·立法論

(1) 錯誤의 경우: 民法上 錯誤로 인한 意思表示의 取消은 法律行爲의 내용의 중요한 부분에 대한 錯誤에 한정되는 것이고(民 제109조), 保險契約에서 告知義務違反이 가령 生命保險에서 被保險者의 年齡錯誤나 火災保險에서 保險目的인 物件의 保管場所에 대한 錯誤 등 保險契約의 중요한 부분에 대한 錯誤가 있을 수 있다. 이 경우에 民法의 規定을 適用한다는 說에서는 保險者는 保險契約을 取消할 수 있게 된다. 그러나 保險契約者가 객관적인 인식에 잘못이 있었다고 해서 保險者가 保險契約을 取消하여 전혀 保險保護를 하지 않는 것은 錯誤에 빠진 保險契約者에게는 가혹한 것이라 하지 않을 수 없고, 保險契約者의 保護를 위한 합리적인 방안을 찾지 않으면 안될 것이다.

保險契約은 附合契約으로서 해마다 수많은 契約이 이루어지고 있고, 많은 錯誤도 생길 수 있으므로 그 錯誤에 대한 訂正은 保險者나 保險契約者에게 다 같이 중대한 사항에 속하므로 그 錯誤를 합리적으로 바로잡을 수 있도록 하여야 하는 것이다.<sup>(72)</sup> 다시 말하면 保險契約者 또는 被保險者가 중요한 事項에 관한 告知를 함에 있어서 錯誤가 있는 경우에는 그 진술은 전체로서 고려되어 공정한 합리적인 해석의 원칙을 받아들여<sup>(73)</sup> 當事者의 意思가 명백히 발견되어질 수 있다면 그에 따라 保險契約의 범위 안에서 그 效力을 인정할 수 있다고 풀이하여야 할 것이다. 그러므로 告知義務違反이 錯誤에 기인한 경우에는 民法의 規定에 따라 契約取消權을 인정하기 보다는 保險契約의 原理에 따라 그 告知한 사항을 訂正하고 保險料의 增額 또는 保險金額의 減額에 의하여 합리적으로 조정할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 생각한다.<sup>(74)</sup>

(2) 詐欺의 경우: 詐欺라 함은 사람을 일부러 속여서 錯誤에 빠지게 하는 違法行爲이고, 保險契約者가 保險契約締結時에 重病의 사실을 알고 있었거나 알 수 있었던 경우에 일부러 告知하지 아니한 것은 詐欺로 인한 告知義務違反이라 할 수 있다.<sup>(75)</sup> 따라서 保險契約者 또는 被保險者가 癩 등 重病을 앓고 있으면서 이를 告知하지 아니하였거나 代理診査에 의하여

(71) 朴元善, 前掲書, 90면; 孫珠璜, 前掲書, 49면.

(72) Patterson, *op. cit.*, p. 102f. 참조.

(73) Hardy Ivamy, *General Principles of Insurance Law*, 3d, 1975, p. 154 참조.

(74) Vgl. Hofmann, a.a.O.S. 71. 獨保 제17조 2항 후단은 保險契約者의 不實告知가 過失에 기하지 아니한 때에는 保險者는 保險契約을 解除할 수 없음을 규정하고, 同 제41조 1항은 保險者는 위의 경우 높은 保險料를 청구할 수 있음을 규정하고 있다.

(75) 梁承圭, 判例教材, 129면.



保險者를 속인 경우에까지 除斥期間이 경과하였다고 해서 保險契約의 效力을 인정하는 것은 保險倫理上으로도 善意의 保險契約者를 보호하여야 한다는 保險制度의 본질에도 어긋난다 할 것이다. 그러므로 詐欺로 인한 告知義務違反의 경우에는 立法에 의하여 保險契約을 無效로 하거나<sup>(76)</sup>, 아니면 民法의 規定에 의하여 保險契約을 取消하여 無效로 돌릴 수 있도록 하여야 할 것이다. 왜냐하면 保險契約에서 保險契約者에게 告知義務를 지우는 것은 保險者로 하여금 신중하게 危險選擇을 할 수 있도록 하는 데에 이바지할 뿐 아니라 保險契約者 또는 被保險者로 하여금 逆選擇의 길을 막아 道德的 危險을 방지하도록 하는 데도 그 뜻이 있기 때문이다.

1984. 8. 24의 서울고등법원판결<83 나 3776>은 다음과 같이 判示하여 詐欺로 인한 告知義務違反의 경우 保險契約을 無效로 하고 있다.<sup>(77)</sup>

「피보험자가 보험계약 당시 당뇨병, 폐결핵(중증), 고혈압 등의 환자였음에도 불구하고 이를 숨기기 위하여 다른 건강한 사람으로 하여금 피보험자를 가장하여 진찰을 받도록 하여 허위의 진단서를 받고 이것으로서 보험회사를 기망하여 체결한 보험계약은 사기행위로 인하여 체결된 것으로서 약관에 따라 무효라 할 것이고, 또 보험회사의 영업소장이 피보험자의 건강상태를 알고서 고지의무의 대상인 이른바 중요한 사항을 숨기고, 나아가서 제3자로 하여금 대리진사를 하게 하는 등의 방법으로 보험회사를 기망하여 계약을 체결하게 된 경우에는 그것이 그의 권한내의 행위로 보인다고 할지라도 그 계약체결의 목적이 보험회사를 위한 것이라기 보다는 오히려 그 자신의 근무성적에 관련된 보험계약을 맺고 보험수익자에게는 부당한 이익을 주기 위한 권한을 남용한 행위라 할 것이고, 보험계약자도 또한 이러한 권한남용행위를 알고 있었으니 보험회사는 이 보험계약에 따른 책임이 없다고 보는 것이 상당하다.」

## VIII. 맺는 말

告知義務制度는 保險契約이 다수의 保險契約者 사이에서 危險의 分散과 轉嫁를 목적으로 이루어지는 특수한 契約이라는 점에서 각 保險契約者 또는 被保險者는 자신이 管理·支配하고 있는 危險에 관한 사항을 保險者에게 성실하게 알릴 것을 요구하는 保險契約法上的의 制度라 할 수 있다. 그러나 오늘날 保險去來의 실정에서 보면 개별적인 保險契約者는 保險團體에 대한 인식이 없고 자신에게 이롭지 아니한 사실을 告知하는 것이 자기의 利己心에 반하는 것으로 느껴져 자칫하면 告知義務를 違反하기 쉽고, 또 投機를 목적으로 保險을 악용하는 경우도 종종 드러나고 있다. 특히 生命保險의 경우에는 保險募集人에 의한 不實募集이 이루어지고, 게다가 保險契約者의 逆選擇의 현상이 겹들어 保險契約上 告知義務違反의 문제가 큰 쟁점으로 되고 있는 것이 실정이다. 여기에 告知義務制度의 病理的인 현상이 깃들여 있기도 하다.

(76) 獨保 제22조, 佛保 L. 113-8조, 英海保 제20조 1항 참조.

(77) 서울민지판 1975. 12. 4. 75가합 2198(梁承圭, 判例教材, 130면) 참조.

일반적으로 保險契約者는 保險制度에 대해서 전문적인 지식을 갖추고 있지 못하다. 그리하여 保險者는 保險契約을 맺을 때에 保險契約者 또는 被保險者에게 告知義務를 이행하도록 유도하여야 할 것이고<sup>(78)</sup>, 그러한 告知의 기회를 제공하지 아니하고 保險事故의 발생 후에 告知義務違反을 이유로 保險契約을 解止하고 保險金支給을 거절하는 것은 부당하다고 하지 않을 수 없다. 그러므로 保險者는 保險契約을 맺을 때에 保險契約者에게 保險契約上 중요한 사항에 대하여 성실하게 告知하도록 촉구하고, 만일 그 義務를 게을리한 때에는 保險事故가 생기더라도 保險保護를 받을 수 없다는 점을 분명히 밝히도록 制度化할 필요가 있다.<sup>(79)</sup> 다시 말하면 保險契約에 있어서는 그 契約締結上 危險에 관하여 保險契約者의 協助를 구해야 하는 告知義務制度는 保險契約의 善意性에 바탕을 두고 활용되어야 하는 것으로, 保險者가 이를 악용하여 善意의 保險契約者를 괴롭히는 일이 없어야 함은 물론 故意 또는 중대한 過失로 告知義務를 違反한 惡意의 保險契約者에게 保險契約上의 이익을 주는 일이 없도록 하여야 할 것이다. 그리고 특히 詐欺로 인한 告知義務違反의 경우에는 立法論으로나 解釋論으로나 保險契約을 無效로 함으로써 道德的 危險을 막을 수 있도록 힘써야 할 것이다.

(78) 保險業法 제156조는 保險契約의 締結 또는 募集에 있어서 保險契約者 또는 被保險者에게 告知義務를 이행할 것을 촉구하도록 유도할 것을 요구하고 있다(同條 1호~3호 참조).

(79) John Birds, *Modern Insurance Law*, 1982, p.81 참조. 또 가령 告知義務履行 여부에 대한 確認制度를 끌어들이어 일정한 期間 안에는 保險契約撤回權을 保險契約者에게 주는 것도 하나의 방법이 될 것이다(佛保 L. 132-5-2조 참조).