

〈논문〉

보험계약상 고지의무에 대한 입법론적 고찰*

韓基貞**

요약

주요국가의 보험계약법은 최근에 개정되었거나 현재 개정작업 중인데, 개정의 가장 큰 동력은 역시 소비자 보호의 필요성이다. 이 글은 주요국가의 동향을 참조하여, 우리 상법 제651조가 규정하는 고지의무 위반의 요건 중 주관적 요건과 위반시 법적 효과를 입법론적으로 검토하는 데 목적이 있다. 현행법의 규정이 적절한지 검토하고 필요한 경우 개정안을 제시하는 것을 목적으로 한다. 다른 나라의 입법례를 검토하는 이유는 어떤 모델이 가능한지에 대한 지혜를 얻기 위한 것일 뿐이므로, 개정안을 만드는 데 있어서는 우리나라의 실정과 기존의 입법 및 법실무에 대한 고려가 반드시 필요할 것이다. 이 글의 구성은, 우리나라의 현재 규정을 살펴보고, 주요국의 입법동향을 소개하며, 주요국의 입법례와 비교할 때 우리나라 제도의 현재 좌표가 어떠한지 확인한 후, 개정에 관한 쟁점을 도출하고 이에 대한 필자의 의견을 제시하는 것으로 하였다.

주요 외국법제를 검토하고 우리나라의 상법 제651조의 개정 문제를 살펴본 결론은 다음과 같다. 첫째, 검토 대상 법제 중 우리나라와 일본을 제외하면 나머지 나라는 모두 경과실을 넘어 과실이 없는 경우에까지 보험자에게 일정한 권리를 부여한다. 하지만, 우리의 경우는 가까운 시일 내에는 현행법의 태도를 유지하는 것이 바람직하다고 생각된다. 둘째, 현재 고지의무 위반의 효과로 면책 외에 보험금의 비례적 감액을 인정하는 법제는 프랑스, PEICL, 영국 법개정위원회의 개정안 등이 있고, 독일과 일본의 경우 개정시 도입 여부가 논란이 되었으나 결국 도입하지 않는 것으로 결론이 내려졌다. 우리의 경우 고의와 중과실의 경계가 명확하지 않고, 중과실로 판단되는 사안이 실제로 많지 않다는 점을 고려하면 중과실에 대해 도입할 실익은 크지 않은 것으로 보인다. 만약 고지의무 위반을 경과실까지 확장할 경우에는 비례보상주의 도입 여부를 검토해 볼 수 있을 것이다. 그러나 경과실로 확장하더라도 장래 효만 있는 해지권과 계약변경권만을 인정하고, 보험계약자의 보호를 위해 보험금의 면제나 감액은 인정하지 않는 것이 바람직하다고 생각한다.

주제어: 보험계약, 보험계약자 보호, 고지의무, 주관적 요건, 해지, 취소, 비례보상, 계약변경, 보험료 반환

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2011학년도 학술연구비 지원을 받았음.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

I. 서 론

주요국가의 보험계약법은 최근에 개정되었거나 현재 개정작업 중이다.¹⁾ 새로운 보험상품의 등장, 보험을 둘러싼 시장환경의 변화(특히, 시장개방) 등도 개정의 동인이 되었겠지만, 가장 큰 개정의 동력은 역시 소비자 보호의 필요성이다. 고지의 무는 한편으로는 보험계약자 측의 정보제공을 요구한다는 점에서 위반의 효과가 넓거나 가혹한 경우 자칫 소비자에게 예측하지 못한 손해를 발생시킬 수 있는 위험성이 있는 제도이다. 그러나 다른 한편으로는, 보험자의 위험 산정 및 그에 따른 계약체결 여부 및 계약내용의 형성에 기초가 되는 제도이므로, 진실한 고지가 이루어지도록 강제할 수 있을 정도의 적절한 효과가 부여되어야 한다.

이 글에서는 우리 상법 제651조가 규정하는 고지의무 위반의 요건 중 주관적 요건과 위반시 법적 효과를 입법론적으로 검토해 보고자 한다.²⁾ 현행법의 규정이 적절한지 검토하고 필요한 경우 개정안을 제시하는 것을 목적으로 한다. 이를 위한 기초자료로서 주요국가의 입법동향을 살펴볼 것이다. 다만, 다른 나라의 입법례를 검토하는 이유는 어떤 모델이 가능한지에 대한 지혜를 얻기 위한 것일 뿐이다. 개정안을 만드는 데 있어서는 우리나라의 실정과 기존의 입법 및 법실무에 대한 고려가 반드시 필요할 것이다. 이하에서는 먼저 우리나라의 현재 규정을 간단히 살펴보고(II), 주요국의 입법동향을 소개할 것이다(III). 주요국의 입법례와 비교할 때 우리나라 제도의 현재 좌표가 어떠한지 확인한 후(IV), 개정에 관한 쟁점을 도출하고 이에 대한 필자의 의견을 제시한다(V).

II. 우리 상법의 입장

우리 상법은, 보험계약자 또는 피보험자(이하 “보험계약자”라고 칭함)가 고의 또는 중과실로 인하여 중요사항을 불고지 또는 부실고지 하면, 보험자는 보험계약을 해지할 수 있다(제651조 본문). 고지의무 위반의 주관적 요건은 고의 또는 중과실

1) 뒤의 주요국의 입법동향 참조.

2) 고지의무의 수동화 문제는 별도의 논문으로 이미 발표하였다(한기정, “고지의무의 수동화”, **비교사법**, 제46호, 2009). 또한 고지의무와 관련된 주요쟁점 중 하나인, 고지의무 위반과 보험사고 발생 사이의 인과관계 문제도 별도로 다룰 예정이다.

이고, 위반시 효과는 보험자의 해지권이다. 판례는, 고지의무 위반이 있는 경우는, 보험사고가 아직 발생하지 않은 경우는 물론이고, 보험사고가 발생한 경우에도 고지의무를 위반한 사실과 그 보험사고 사이에 인과관계가 있는지를 묻지 않고, 보험자가 보험계약을 해지할 수 있는 것으로 새긴다.³⁾ 해지는 소급효가 없는 것이 원칙이다. 따라서 해지 이전에 보험계약의 효력에는 영향이 없다. 보험자는 해지 이전의 보험료기간의 보험료는 반환할 필요가 없다고 해석할 수 있다.⁴⁾

다만, 보험금지급책임과 관련해서는 예외규정을 두고 있다. 즉, 보험사고가 발생한 이후에도 보험계약을 해지한 경우에는 보험자가 보험금 지급책임이 없고 이미 지급한 보험금의 반환을 청구할 수 있다(상법 제655조 본문). 다만 고지의무에 위반한 사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 않았음이 입증된 경우에는 그러하지 않다(상법 제655조 단서). 다만, 판례는 고지의무를 위반한 사실과 보험사고의 발생 사이의 인과관계를 넓게 해석하여 인과관계가 조금만 있어도 인정하고 있다.⁵⁾ 고지의무 위반이 민법상 사기(제110조)에 해당하는 경우에는 보험자가 고지의무 위반은 물론이고 민법상 사기도 주장할 수 있다는 것이 통설 및 판례의 입장이다.⁶⁾ 민법상 사기에 해당하면 고지의무 위반과 보험사고 발생 사이에 인과관계 없이 보험자가 취소권을 행사할 수 있게 된다.

III. 주요국의 입법동향

1. 독일

독일의 보험계약법(Gesetz über den Versicherungsvertrag : VVG)은 1908년 이후

3) 대법원 2010.7.22. 선고 2010다25353 판결.

4) 다만, 생명보험표준약관 제23조 제4항은 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지한 보험자는 보험계약자에게 해지환급금을 지급한다고 규정한다.

5) 대법원 1997. 10. 28. 선고 97다33089 판결 : “고지의무 위반 사실과 공제사고 발생과의 인과관계의 존재를 조금이라도 엿볼 수 있는 여지가 있으면 고지의무 위반을 이유로 한 공제자의 계약해지권을 제한하여서는 아니된다고 할 것인바(대법원 1992. 10. 23. 선고 92다28259 판결, 1994. 2. 25. 선고 93다52082 판결 등 참조), 이렇게 보는 한 위 교통사고의 발생과 위 고지의무 위반 사실과의 사이에 전혀 인과관계가 존재하지 않는다고 단정할 수는 없다 할 것이다.”

6) 대법원 1991.12.27. 선고 91다1165 판결.

부터 시행되어 오다가 2007년에 전면 개정되었다(전면 개정 이전을 “구보험계약법”, 이후로 “신보험계약법”으로 하기로 한다). 전면 개정의 배경은, 고지의무와 관련해서 보자면, 소비자보호의 필요성에서 찾을 수 있을 것이다.⁷⁾

보험계약법 개정으로 고지의무의 법적 체계는 적지 않게 변화되었다. 특히 불고지 및 부실고지에 대한 제재적 효과가 상당히 약화되었다. 고지의무 위반에 대한 보험계약자의 책임이 비교적 가벼운 경우에는, 가급적 보험계약자가 보험보호를 잃지 않도록 배려하고 있다. 새로이 도입된 계약변경권은 계약인수결정에 있어서 어떠한 사항의 고지가 어떠한 비중을 가지고 있는지를 보험자가 사전에 정해 두도록 유인하는 효과도 가지고 있다.⁸⁾

아래에서는 구보험계약법의 내용을 간단히 검토한 후, 신보험계약법을 상세히 살펴본다.

(1) 구보험계약법의 규정

보험계약자가 중요사항에 대해 고의 또는 과실로 불고지 또는 부실고지를 한 경우 보험계약을 해제할 수 있다(제16조 2항 1문 및 제3항, 제17조 제1항 및 제2항). 보험계약자가 중요사항의 지득(知得)을 악의적으로 피한 경우에도 보험계약을 해제할 수 있다(구보험계약법 16조 2항 2문). 보험자가 제시한 서면 질문에 대해 보험계약자가 중요사항을 고지해야 하는 경우에는, 명시적으로 질문하지 않은 사항에 대해 보험계약자가 악의적으로 묵비한 경우에만 보험계약을 해제할 수 있다(제18조). 보험계약이 해제되면, 구보험계약법이 보험료에 관하여 달리 정하고 있지 않는 한, 양 당사자는 수령한 급부를 상환할 의무가 있다(제20조 2항 2문). 보험사고가 발생한 이후에 보험계약이 해제되면, 고지의무 위반이 보험사고의 발생 및 보험자 급부의 범위에 영향을 미치지 않은 경우라면, 보험자의 급부의무가 존속한다(제21조).

7) *Gesetzentwurf der Bundesregierung*, BT-Drucks. 16/3945, 2006, S. 1. 독일 보험계약법이 전면개정된 배경과 특징에 대해서는, 이필규·최병규·김은경, 2009년 독일 보험계약법(VVG), 세창출판사, 2009, 105-109면.

8) Schimikowski, in Ruffer/Halbach/Schimikowski, *Versicherungsvertragsgesetz*, Nomos, 2008, § 19 Rn. 1.

(2) 신보험계약법의 규정

1) 해제권(제19조 제2항)

신보험계약법에 의하면, 보험계약자가 고지의무를 위반하면 보험자는 보험계약을 해제할(zurücktreten) 수 있다(제19조 제2항). 고지의무 위반의 객관적 요건은 보험자가 주장·입증해야 한다. 원칙은 해제할 수 있다는 것이나, 제3항 이하에서 여러 예외를 정하고 있다.

2) 해제권의 배제(제19조 제3항)

고의 또는 중과실에 의한 고지의무 위반이 아니면, 보험자의 해제권은 배제된다(1문). 이 경우 보험자는 1월의 기간을 두고 보험계약을 해지할(kündigen) 수 있다(2문). 다시 말하면, 고의 또는 중과실로 인한 고지의무 위반은 보험자가 해제권을 행사할 수 있고, 경과실 또는 무과실로 인한 고지의무 위반은 보험자가 해제권을 행사할 수 있다. 이에 대해서는 다시 제4항에서 해제권·해지권이 배제되는 예외를 정하고 있다.

입증책임은 보험계약자에게 있다. 즉, 보험계약자가 보험계약의 해제를 피하고자 한다면, 고의 또는 중과실 없음을 입증해야 한다.⁹⁾

1월의 기간은 그 동안에 보험계약자가 다른 보험보호를 받을 수 있는 기회를 주기 위해 둔 것이라고 한다. 따라서 제19조 제4항의 계약변경권을 행사하는 경우에는 그러한 기간이 없다.¹⁰⁾

경과실 또는 무과실의 경우 해제권이 배제되나, 과실이 없다고 할 수 있는 경우는 실제로 매우 드물다고 한다. 보험계약자가 질문을 부정확하게 이해하여 잘못 대답하였다면, 많은 경우 객관적 고지의무 위반 자체가 없는 것으로 보게 될 것이다. 보험계약자가 어떠한 상황을 중요하지 않은 것으로 잘못 판단하였다면, 통상은 적어도 과실은 있다고 하게 될 것이다.¹¹⁾

건강보험에 대해서는 특칙이 있다. 건강보험의 경우 보험계약자의 귀책사유가 없다면 해지권도 배제된다(제194조 제1항 3문).

⁹⁾ BT-Drucks. 16/3495, S. 66; Schimikowski, 전제서, § 19 Rn. 26.

¹⁰⁾ BT-Drucks. 16/3495, S. 66.

¹¹⁾ Schimikowski, 전제서, § 19 Rn. 27.

3) 계약변경권(제19조 제4항)

제2항의 해제권과 제3항의 해지권에 대해 다시 예외가 인정된다. 보험자가 고지되지 않은 중요사항을 알았다면 다른 조건으로 보험계약을 체결하였을 경우라면, 중과실로 인한 해제권과 경과실 또는 무과실로 인한 해지권은 배제된다(제19조 제4항 제1문). 그러므로 중과실로 인한 해제권이나 경과실 또는 무과실로 인한 해지권은 보험자가 고지되지 않은 중요사항을 알았다면 보험계약의 체결을 거절하였을 경우에만 인정되는 것이다. 반대해석상, 고의에 의한 해제권은 제한 없이, 즉 보험자가 고지되지 않은 중요사항을 알았다면 다른 조건으로 보험계약을 체결하였을 경우에도 인정된다. 입증책임은 보험계약자에게 있다. 그러므로 보험계약자는 보험자의 약관과 일반적인 운영원칙에 따를 때 계약체결 거절로 귀결되지 않았을 것이라는 점을 입증하여야 한다.¹²⁾

중과실, 경과실 또는 무과실로 인한 고지의무 위반으로서, 보험자가 고지되지 않은 중요사항을 알았다면 다른 조건으로 계약을 체결하였을 경우라면, 그 다른 조건이 계약의 구성부분이 된다(계약변경; *Vertragsänderung*). 보험자는 계약변경권을 두 가지 방식으로 행사할 수 있다. 계약체결시에 적용되던 운영원칙(*Geschäftsgrundsätzen*)에 따라, 보험료의 증액을 요구하거나, 불고지·부실고지된 사항을 보험보호의 범위에서 제외할 수 있다. 계약변경의 시점은 중과실·경과실의 경우에는 소급시킬 수 있지만, 무과실의 경우에는 진행 중인 보험기간부터 계약변경이 일어난다.

다만, 신보험계약법에서 정하고 있는 법적 효과에 모순되는 부분이 있다는 지적이 있는바, 주의가 필요하다. 보험계약자가 경과실로 고지의무를 위반하였고 불고지·부실고지된 사항이 알았다면 계약 체결을 거절했을 사유라면, 보험자는 해지권만을 행사할 수 있고, 이미 발생한 보험사고에 대하여 보험계약자는 보험보호를 향유할 수 있다. 반면 단지 계약조건을 변경할 사유라면, 보험자는 면책사유가 소급적으로 계약의 구성부분이 됨을 주장할 수 있고, 보험사고가 불고지·부실고지된 사항에 기인한 것이라면, 보험자는 보험금 지급의무를 지지 않게 된다. 무과실의 경우에도, 보험자가 불고지·부실고지된 사항을 알았다면 면책사유로 정했을 사항이라면, 유사한 결과가 나올 수 있다. 보험사고가 진행 중인 보험기간에 일어났다면, 귀책사유 없는 보험계약자도 보험보호를 향유하지 못한다. 이러한 입법상의 오류에 대해, 개별 사안에서 교정하는 것은 판례의 몫이라거나, 적어도 해제에 의한 면책을 주장할 수 없는 보험자의 면책 주장은 권리남용으로 보아야 한다는

12) BT-Drucks. 16/3495, S. 66.

견해가 제시된다.¹³⁾

4) 보험자의 권리행사 요건(제19조 제5항)

보험자가 해제권, 해지권, 계약변경권을 행사하기 위해서는, 텍스트방식에 의한 별도로 분리된 통지로 고지의무 위반의 효과를 지적하였어야 한다(제1문). 텍스트 방식이란, 의사표시가 서면이거나 또는 문자에 의한 지속적 재생에 적합한 다른 방법으로 행해지고, 표의자가 표시되어야 하며, 의사표시의 종결이 성명의 인사(印寫) 또는 다른 방법으로 인식될 수 있는 것을 가리킨다(독일 민법(BGB) 126b조).¹⁴⁾ 고객에게 불고지 또는 부실고지가 초래할 수 있는 법적 효과를 지적함으로써 고지의무 위반을 막는 예방적 효과를 갖는 조항이다. 청약시의 질문과 함께 이루어질 수 있으나, 별도로 분리된 서면이 요구된다. 별도로 분리된 서면을 요구하는 것이 실제로 큰 의미는 없다는 지적도 있다.¹⁵⁾

또한 해제권, 해지권, 계약변경권은 보험자가 불고지·부실고지된 사항을 알지 못한 경우에만 행사할 수 있다(제2문).

5) 계약변경시 보험계약자의 해지권(제19조 제6항)

계약변경을 통해서 보험료가 10% 이상 증가하거나 고지되지 않은 중요사항을 담보하지 않는다면, 보험계약자는 보험자의 통지가 도달한 때부터 1개월 이내에 보험계약을 해지할 수 있다(제1문). 보험자는 보험계약자에 대한 통지시 보험계약자의 해지권을 알려 주어야 한다(제2문).

6) 보험자의 면책(제21조 제2항)

보험사고 발생 후 제19조 제2항에 따라 보험계약을 해제하는 경우에, 고지의무 위반이 보험사고의 발생 또는 확인 및 보험자의 급부义务的 확인 또는 범위에 대하여 원인이 되지 않은 경우가 아닌 한, 보험자는 급부의무를 면한다(1문). 즉 고지의무위반과 보험사고 사이에 인과관계가 있으면 보험자는 면책된다. 보험계약자가 악의로 고지의무를 위반하였다면, 인과관계 유무에 상관없이 보험자는 급부의무가 없다(2문).

¹³⁾ Schimikowski, 전게서, § 19 Rn. 30.

¹⁴⁾ 이 조문의 번역은 양창수, **독일민법전**, 박영사, 2008, 53면에 따른 것임.

¹⁵⁾ Schimikowski, 전게서, § 19 Rn. 31.

1문은 표현은 바뀌었지만 구법의 해당 조항과 실질적으로는 내용은 동일하다.¹⁶⁾ 예전과 마찬가지로 보험계약자가 인과관계 없음을 입증해야 한다. 이 규정은 위험증가에 관한 제26조 제3항 제1호나 계약상 의무위반에 관한 제29조 제3항 1문의 규정에 상응하는 것이다. 제2항 1문의 인과관계는 불고지·부실고지된 사항이 보험사고의 발생 및 보험자의 급부의무의 범위에 영향을 미쳤다면(Einfluss haben),¹⁷⁾ 인정된다.

2문은 신설된 것인데, 악의의 경우 일반예방의 필요성이 있다는 점을 고려한 것이다.¹⁸⁾

신보험계약법에서는 위험증가 등 일정한 사안에서는 이른바 ‘全部 아니면 全無’ 원칙(Alles-oder-Nichts Prinzip)을 포기하고 비례보상 제도를 도입하였다.¹⁹⁾ 보험계약자의 법률상 또는 계약상 의무위반의 효과로 보험자의 면책을 규정하는 경우가 적지 않은데, 언제나 ‘전부 아니면 전무’식으로 접근하면 보험계약자에게 지나치게 가혹한 결과를 가져올 수 있고, 구체적 사안에 타당하지 않은 결과를 가져올 수 있다는 점을 고려한 것이다. 그리하여 위험증가 등에 대해서는 중과실의 경우에 과실의 정도에 따라 보험금을 감액하는 비례보상 제도가 도입되었으나, 고지의무위반은 제외되었다.²⁰⁾

그 결과 고지의무위반에 대해서는 ‘전부 아니면 전무’ 원칙이 그대로 적용된다. 그 이유는 계약 체결 전의 이익상황과 이미 체결한 계약에 대한 이익상황이 다르기 때문이라고 한다. 보험자가 인수하는 구체적인 위험에 대한 평가는 오로지 보험계약자의 정확한 고지에 의해서만 가능하므로 부정확한 고지에 대해서는 보다 강력한 법적 효과가 필요하다는 것이다.²¹⁾

7) 악의적 기망(제22조)

악의적 기망(arglistige Täuschung)을 이유로 계약을 취소할 보험자의 권리에는 영향이 없다. 따라서 이 경우 보험자는 민법 제123조에 따라 취소할 수 있다. 악의

16) BT-Drucks. 16/3495, S. 66.

17) Schimikowski, 전게서, § 21 Rn. 10.

18) BT-Drucks. 16/3495, S. 66.

19) 위험증가의 경우는 신보험계약법 제26조가 비례보상 제도의 도입을 규정한다.

20) 원래는 면책 및 비례보상의 기준을 일반적으로 규정하고자 하였으나 고지의무위반을 제외하기 위하여 개별적으로 규정하는 방식을 택하게 되었다고 한다 : BT-Drucks. 16/3495, S. 49.

21) BT-Drucks. 16/3495, S. 49.

(Arglist)란 보험계약자가 의식적으로 보험자의 의사결정에 영향을 미칠 것을 의도하고, 진실한 고지가 있으면 보험계약이 체결되지 않거나 적어도 동일한 조건으로는 체결되지 않으리라는 점을 인식한 것을 의미한다.²²⁾ 부실고지라는 것만으로는 언제나 악의가 인정되는 것은 아니라고 한다. 수치심, 무관심, 게으름 때문에 사실과 다른 대답을 할 수도 있다는 것이다. 그러므로 보험자가 진실한 사실을 알면 계약을 체결하지 않거나 적어도 동일한 조건으로 체결하지 않으리라는 점을 인식할 뿐만 아니라 용인해야 한다.²³⁾

8) 보험료의 귀속 문제(제39조 제1항 2문)

신보험계약법은 보험관계가 조기 종료된 경우 보험료의 귀속에 관해 보험관계가 존속한 동안에만 보험자가 보험료를 보유할 수 있다는 것을 원칙으로 하고 있다(1문). 이를 그대로 따르면 고지의무 위반을 이유로 해제한 경우나 악의적 기망을 이유로 취소한 경우에는 보험계약이 소급적으로 소멸하여 보험자는 보험료를 반환해야 할 것이다. 그러나 입법자는 이에 대해서는 특칙을 두었다. 고지의무 위반을 이유로 해제한 경우나 악의적 기망을 이유로 취소한 경우, 해제 또는 취소의 효력발생시까지의 보험료는 보험자에게 귀속된다(2문). 해제의 경우에는 고지의무위반과 보험사고 발생 사이에 인과관계가 없으면 보험자는 급부의무를 지기 때문이다. 취소의 경우에는 인과관계가 없더라도 급부의무를 부담하지 않으나, 이 경우에도 취소의 의사표시가 있을 때까지 보험자가 보험료 청구권을 갖는 것이 정의관념에 부합한다는 것이 입법자의 판단이다.²⁴⁾

(3) 소결

구보험계약법은 보험계약자의 고의 또는 과실이 있는 경우에만 고지의무 위반으로 다루었다. 고지의무 위반의 효과는 오로지 해제권만 인정되었다. 해제의 효과는 소급적이지만, 다만 고지의무 위반이 보험사고의 발생 및 보험자 급부의 범위에 영향을 미치지 않은 경우에는 보험자에게 급부의무를 인정하였다.

이와 달리, 신보험계약법은 보험계약자의 고의 또는 과실에 한정하지 않고 귀책사유가 없는 경우에도 고지의무 위반으로 다루어 주관적 요건을 확장하였다. 고지

²²⁾ BGH r+s 2007, 234 등.

²³⁾ Schimikowski, 전제서, § 22 Rn. 11, 12.

²⁴⁾ BT-Drucks. 16/3495, S. 72.

의무의 효과는 주관적 요건별로 차별화 하였고, 또한 고지의무 위반인 중요사항이 인수거절사유인지 아니면 계약조건변경사유인지로 구분하여 차별화 하였다.

① 고의에 대해서는 해제권을 인정하고 다만 보험사고의 발생이후에 해제권이 행사된 경우 고지의무 위반이 보험사고의 발생 및 보험자 급부의 범위에 영향을 미치지 않은 경우에는 보험자에게 급부의무를 인정하였다는 점에서 구보험계약법과 동일하다. 고의를 제외한 주관적 요건은 중과실, 과실, 무과실로 구분하여 효과를 달리 정한다. ② 중과실인 경우 인수거절사유라면 고의와 마찬가지로 효과가 발생하고, 계약변경사유라면 소급적 계약변경권이 인정된다. ③ 경과실인 경우 인수거절사유라면 해지권만 인정되고, 계약변경사유라면 소급적 계약변경권이 인정된다. ④ 무과실인 경우 인수거절사유라면 해지권만 인정되고, 계약변경사유라면 소급적 계약변경권이 인정된다. 이상의 내용을 표로 정리하면 아래와 같다.

		계약의 효력	면책 여부
악의적 기망		취소권 단, 취소 시까지의 보험료 보험자 귀속	면책
고의		해제권 단, 해제 시까지의 보험료 보험자 귀속	인과관계 있으면 면책
중과실	인수거절	해제권 단, 해제 시까지의 보험료 보험자 귀속	인과관계 있으면 면책
	조건변경	계약변경권 - 변경의 효력이 계약체결 시까지 소급함	면책 × 단, 면책사유로 정했을 사항이고, 계약체결 후 발생 시 면책
경과실	인수거절	해지권	해지 시로부터 1월 후 면책
	조건변경	계약변경권 - 변경의 효력이 계약체결 시까지 소급함	면책 × 단, 면책사유로 정했을 사항이고, 계약체결 후 발생 시 면책
무과실	인수거절	해지권	해지 시로부터 1월 후 면책
	조건변경	계약변경권 - 변경의 효력이 현재 진행 중인 '보험료기간'의 개시 시까지 소급함	면책 × 단, 면책사유로 정했을 사항이고, 진행 중인 '보험료기간' 중 발생 시 면책

2. 프랑스

보험법은 고지의무 위반의 효과를 보험계약자의 악의(mauvaise foi) 또는 선의(bonne foi)로 구분하여 다음과 같이 달리 정하고 있다.²⁵⁾ 보험법 L. 113-8조 1항은 “의도적”(intentionnelle), L. 113-9조 1항은 “악의로 입증되지 않은”(dont la mauvaise foi n'est pas établie)으로 구분하고 있지만, 이를 악의, 선의로 표현하는 것이 보통이다.²⁶⁾

보험계약자의 악의로 고지의무를 위반한 경우에는 이것이 보험사고 발생에 영향이 없더라도, 보험자가 계약을 취소(l'annulation)할 수 있다(보험법 L. 113-8조 1항). 계약은 소급적으로 효력이 없고, 보험자는 보험금부 의무를 부담하지 않으며, 지급한 보험금부는 반환받을 수 있다.²⁷⁾ 보험자는 수령한 보험료를 반환하지 않아도 되고, 장애의 보험료는 손해배상으로써 지급받을 수 있다(보험법 L. 113-8조 2항). 다만 이 규정은 생명보험에는 적용되지 않는데(보험법 L. 113-8조 2항), 보험료적립금은 반환되어야 하는 것으로 해석된다.²⁸⁾

보험계약자가 선의로 고지의무를 위반한 경우는 보험사고가 발생했는지 여부를 기준으로 구분된다. 보험사고가 발생하지 않은 경우에는, 보험자는 보험계약자의 동의하에 보험료를 증액하고 계약을 유지하든가, 또는 미경과보험료를 반환하고 등기우편을 통한 통지를 한 후 10일이 경과하면 계약을 해지(résiliation)할 수 있다(보험법 L. 113-9조 2항).

보험사고가 발생한 경우는, 고지의무가 이행되었다면 지급해야 할 보험료와 실제로 지급된 보험료와의 비율에 따라 보험금이 감액된다(보험법 L. 113-9조 3항). 선의의 경우에 고지의무 위반과 보험사고의 발생 사이에 인과관계가 없더라도, 보험자가 고지의무 위반의 효과를 누릴 수 있는지 여부에 대해 규정이 없는데, 판례는 악의와 마찬가지로 이를 긍정하고 있다.²⁹⁾

25) 고지의무 위반의 효과를 이러한 내용으로 규정하는 것은 1930년부터 시작되어 현재에도 유지되고 있다. 프랑스 보험법상 고지의무에 관한 상세한 논문으로는, 김성태, “프랑스 보험계약법상의 고지·통지의무”, **경희법학**, 제21권 제1호, 1986, 86면.

26) Bonnard, *Droit des assurances*, LexisNexis, 2007, n° 325, 331.

27) Bonnard, 상계서, n° 327.

28) Bonnard, 상계서, n° 327.

29) Bigot et al, *Traité de Droit des Assurances*, Tom3 Le Contrat D'assurance, L.G.D.J., 2002, N°929.

	계약의 효력	면책 여부
악의	취소권 단, 장래 보험료까지 보험자 귀속	면책
선의	해지권 또는 계약변경권	비례보상

3. 영국

(1) 현행법

영국의 보험계약법은 18~19세기 경 해상보험을 중심으로 판례에 의해 정립되었고, 이를 성문화 한 것이 1906년 해상보험법(Marine Insurance Act 1906: 이하에서 필요한 경우 “MIA 1906”이라고 한다)이다. 1906 해상보험법은 그 명칭과 달리 모든 종류의 보험에 적용된다는 것이 판례의 확고한 입장이다.³⁰⁾ 1906년 해상보험법은 불고지와 부실고지를 형식상 구분하여 규정하고 있고 실질적으로도 일정한 차이가 있으므로 양자를 구분하여 고찰하기로 한다.

1) 불고지

보험계약자는 보험계약의 체결 당시에 자신이 알거나 일반적 업무과정에서(in the ordinary course of business) 알 수 있는 중요사항을 보험자에게 고지해야 하고, 그 위반이 있으면 보험자는 보험계약을 취소할(avoid) 수 있다(MIA 1906, s. 18(1)). 보험계약자가 일반적 업무과정에서 알 수 있는 사항이란, 보험계약자가 일반적 업무과정으로 보험에 가입하는 경우 알 수 있는 사항으로 해석되며, 보험계약자가 개인(private individual) 자격으로 가입하는 경우에는 오직 자신이 아는 사항만 고지 대상으로 된다.³¹⁾ 일반적 업무과정으로 보험에 가입하는 경우에도, 알 수 있는 사항이란 ‘자신의’ 업무과정에서 ‘자신이’ (주관적 기준을 의미함) 알 수 있는 사항으로 한정된다는 것이 판례의 입장이다.³²⁾

³⁰⁾ Pan Atlantic Insurance Co Ltd v. Pine Top Insurance Co Ltd [1995] 1 AC 501.

³¹⁾ Economides v. Commercial Assurance Co Plc [1998] QB 587. 가계보험과 관련하여, 보험계약자가 알고 있는 사항에 대해서만 불고지가 성립될 수 있다고 본 판결로는 Joel v. Law Union and Crown Insurance Co [1908] 2 KB 863. 로이즈(Lloyd's)에서 해상재보험과 관련하여, 보험계약자는 자신이 알 수 있는 사항을 고지하지 않으면 의무위반이 된다고 본 판결로는 London General v. General Marine [1921] 1 KB 104.

³²⁾ Australia & New Zealand Bank v. Colonial & Eagle Wharves [1960] 2 Lloyd's Rep. 241.

주관적 요건과 관련하여, 법문상으로는 고지 대상이 알거나 알 수 있는 중요사항이라고 되어 있어서, 어떤 사실 자체와 그것이 고지할 중요사항이라는 사실 모두를 알거나 통상의 업무과정에서 알 수 있는 경우에만 불고지로 인한 의무위반이 되는 것으로 읽힐 수도 있다. 하지만, 판례는 보험계약자가 어떤 사실 자체를 알거나 업무과정에서 알 수 있는 사항이고 그것이 객관적으로 중요사항이면 불고지로 인한 의무위반이 되는 것으로 해석하고, 그것이 고지할 중요사항이라는 사실에 대한 인식 여부는 묻지 않는다.³³⁾ 고지할 중요사항이라는 사실에 대해서는 보험계약자의 고의·과실·무과실에 구애 받지 않고 불고지가 의무위반으로 될 수 있는 것이다.³⁴⁾ 이러한 사실에 대한 보험계약자의 고의를 입증하는 것이 거의 불가능하다는 점으로부터 보험계약자의 귀책사유를 묻지 않는 근거를 찾는 판결이 있다.³⁵⁾ 고지할 중요사항이라는 사실에 대해 보험계약자의 귀책사유를 묻지 않고 고지의무 위반으로 된다는 점은 영국 판례법이 보험계약자에게 가혹하다는 평가를 받는 이유 중의 하나이다.³⁶⁾

요컨대, 영국법에 따르면 보험계약자는 자신이 아는 사실이라면 그것이 고지할 중요사항이라는 사실을 알고 있는지를 묻지 않고 고지해야 하고, 나아가 일반적 업무과정에서 보험에 가입하는 경우에는 알 수 있는 사실도 고지해야 한다.

불고지로 인한 의무위반이 있으면, 보험자는 보험계약에 대한 취소권을 행사할 수 있다. 취소의 효과는 소급적이다.³⁷⁾ 불고지와 보험사고의 발생 사이에 인과관계를 묻지 않는다. 고의에 의한 불고지라면 취소권을 행사한 후 보험자는 보험료를 반환할 필요가 없지만, 기타의 경우는 보험자가 보험료를 반환해야 한다.³⁸⁾

2) 부실고지

보험계약자가 보험계약의 체결 당시에 중요사항에 대해 행한 고지는 진실해야 (true)하고, 이를 위반한 경우 보험자는 계약을 취소할 수 있다(s. 20(1)). 고지는 사실에 관한 것이거나, 기대 또는 믿음에 관한 것일 수 있다(s. 20(3)). 기대 또는 믿

³³⁾ Roselodge Ltd v. Castle [1966] 2 Lloyd's Rep. 113.

³⁴⁾ Birds, *Modern Insurance Law*, 8th ed, 2010, p.121.

³⁵⁾ Lindenau v. Desborough (1828) 8 B&C 586.

³⁶⁾ 이러한 비판에 대한 선구적인 논문으로는, Hasson, "The Doctrine of Uberrima Fides in Insurance Law: a Critical Evaluation", (1969) 32 M.L.R. 615.

³⁷⁾ Wheelton v. Hardisty (1857) 8 E.&B. 232.

³⁸⁾ Legh-Jones et al, *MacGillivray on Insurance Law*, 11th ed, 2008, pp.449-450.

음에 관한 고지는 선의(good faith)로 행해진 경우 진실한 것으로 취급된다(s. 20(5)). 사실에 관한 고지에 관한 한, 보험계약자의 고지가 진실하지 않은 경우에는, 그의 고의·과실·무과실을 묻지 않고, 부실고지로 인한 의무위반으로 된다.³⁹⁾ 즉, 사실에 관한 고지에 관한 한, 보험계약자가 부실고지된 사실을 알고 있는지, 또한 그것이 부실고지 해서는 안 될 중요사항이라는 사실을 알고 있는지 여부는, 부실고지가 의무위반으로 되는데 영향을 미치지 않는다. 이와 같이 엄격한 의무가 보험계약자에게 부과된 것은 MIA 1906 제17조가 규정하고 있는 최대선의의의무(utmost good faith)의 영향이다.⁴⁰⁾ 이렇게 고의가 없는 부실고지에 대해서도 계약의 취소권을 인정하는 것은 보통법(common law)에 대한 예외이다.⁴¹⁾

부실고지로 인한 의무위반이 있으면, 보험자는 보험계약에 대한 취소권을 갖게 된다(MIA 1906, s. 20(1)). 취소권을 행사하게 되면 그 효과는 소급적이다. 부실고지와 보험사고의 발생 사이에 인과관계를 묻지 않는다. 고의에 의한 부실고지의 경우 계약이 취소되면 보험자는 보험료를 반환할 필요가 없다.⁴²⁾

한편, 부실고지에 관한 일반법규인 1967년 부실고지법(Misrepresentation Act 1967)은 보험계약상 부실고지에 대해서도 적용된다.⁴³⁾ 1967년 부실고지법에 의하면, 고의가 아닌 부실고지에 대해서는, 법원이 취소권의 행사를 불허하고 손해배상을 명할 수 있는 재량권을 갖는다(s. 2(2)).

3) 소결

요컨대, 현행 영국법은 귀책사유 유무 및 인과관계를 묻지 아니하고, 보험자는 언제나 고지의무 위반을 이유로 계약을 취소할 수 있고 보험금 지급책임에서 면제된다. 다만, 불고지의 경우 보험계약자가 알지 못하는 사실은 원칙적으로 고지의 대상이 되지 않는다는 점에서, 귀책사유를 고려하지 않는다는 점은 어느 정도 약화되어 있다. 그러나 불고지 또는 부실고지된 사실이 중요사항이라는 점을 인식하지 못하였거나 인식하지 못한 데 과실이 없는 경우에도 취소권과 면책의 효과가 발생한다는 점을 고려하면, 기본적으로 매우 엄격한 입장이라 평가할 수 있다. 나

³⁹⁾ HIH Casualty & General Insurance Ltd v. Chase Manhattan Bank [2003] 1 All ER (Comm) 349.

⁴⁰⁾ Ibid.

⁴¹⁾ Legh-Jones et al, op cit, p.408.

⁴²⁾ Feise v. Parkinson (1812) 4 Taunt. 640.

⁴³⁾ Legh-Jones et al, op cit, p.408.

아가 고의로 불고지 또는 부실고지를 한 경우에는 보험자로 하여금 보험료를 그대로 보유할 수 있도록 한다.

(2) 자율규제 등

1) 보험자협회의 모범실무규정

1977년에 영국보험자협회(British Insurance Association)는 보험계약에 대해 1977년 약관규제법(Unfair Contract Terms Act 1977)의 적용이 배제되도록 하기 위해, 고지의무 법리 등의 엄격성을 완화하는 내용의 모범실무규정들을 제정하여 자율적으로 준수하기로 하였다.⁴⁴⁾ 장기보험 이외의 보험에 적용되는 일반보험모범실무규정(Statement of General Insurance Practice: SGIP)과, 장기보험에 적용되는 장기보험 모범실무규정(Statement of Long-Term Insurance Practice: SLIP)이 그러한 규정들에 해당한다.

하지만 자율규제만으로는 불충분하고 법 개정을 해야 한다는 비판이 수그러들지 않자, 1980년에 법개정위원회(Law Commission)⁴⁵⁾는 고지의무 개정에 관한 보고서를 발간하였다(이하 “LC보고서(1980)”).⁴⁶⁾ 이 보고서를 기초로 영국정부가 입법을 추진하자, 영국보험자협회는 상기 모범실무규정들을 보험계약자에게 보다 유리하게 개정할 것을 약속하고 입법 추진을 중단시키는데 성공하였다.⁴⁷⁾ 그리하여 상기 보험실무규정들은 1986년에 개정되었다.

1986년 SGIP의 보험금청구(claims) 부분은, 보험자는 보험계약자가 고지할 것이 합리적으로 기대되지 않는 경우의 불고지, 또는 고의 또는 과실 이외의 사유로 인한 부실고지를 이유로 보험금지급을 거절하지 않는다고 규정한다. 1986년 SLIP의 보험금청구 부분도, 보험자는 보험계약자가 고지할 것이 합리적으로 기대되지 않는 경우에 불고지 또는 부실고지를 이유로 보험금지급을 거절하거나 보험계약의 효력을 상실시키지 않는다고 규정한다. 즉, 보험계약자의 귀책사유가 없는 경우에는 보험자는 면책되지 아니한다.

44) Law Commission, *Insurance Contract Law Misrepresentation and Non-disclosure*, Issues Paper 1, 2006, para 3.6.

45) 법개정위원회는 법개정위원회법(the Law Commission Act 1965)에 의해 설립된 독립적 기관으로서 ‘단순화 및 현대화’의 관점에서 영국의 현행법을 재검토 하고 개정법안을 제시하는 것을 주요 임무로 한다.

46) Law Commission, *Insurance Law Non-disclosure and Breach of Warranty*, Law Com No 104, 1980.

47) Birds, op cit, pp.146-147.

이 규정들은 소비자만을 보호 대상으로 삼았다. SLIP은 현재도 유효하다. 한편, SGIP은 2005년에 폐지되었고, 다만 금융옴부즈만(Financial Ombudsman Service)에 의해 모범실무의 징표로서 고려되고 있다.⁴⁸⁾

2) 금융감독청의 보험행위규범

2000년 금융서비스및시장법(Financial Services and Markets Act 2000)에 의해 금융감독청(Financial Services Authority)이 설립되었고, 금융감독청은 금융기관의 행위 규범을 제정하였는데, 이것에는 보험행위규범(Insurance Code of Business: ICOB)이 포함된다. 이에 따르면, 보험자는 보험계약자가 고지할 것이 합리적으로 기대되지 않는 경우 또는 무과실로 인한 부실고지에 대해 보험금지급을 거절하지 않아야 한다(ICOB 8.1.2). 다만, ICOB는 단속규정에 해당하는 것이고, 고지의무에 관한 현행법을 변경한 것이라고 보기는 어렵다.⁴⁹⁾ 역시 보험계약자의 귀책사유가 없는 경우에는 보험자는 면책되지 아니한다.

3) 금융옴부즈만의 분쟁조정기준

금융옴부즈만은 2000년 금융서비스및시장법에 의해서 설립된 분쟁조정기관이다.⁵⁰⁾ 금융옴부즈만은 소비자를 위해 분쟁조정을 하며,⁵¹⁾ 강제관할사항에 대해서는 “사건의 상황에 비추어 공정하고 합리적인 것을 기준으로” 판단함으로써,⁵²⁾ 보험계약자에게 엄격한 현행 고지의무에 관한 법을 완화한 분쟁조정기준을 독자적으로 정립하여 적용하고 있다.

금융옴부즈만은 자발적 고지의무를 폐지하고 보험자가 질문한 사항에 대해서만 보험계약자가 응답하면 되어 부실고지의 문제로 분쟁조정을 하고 있다.⁵³⁾ 그리고,

48) Law Commission, *Consumer Insurance Law : Pre-contractual Disclosure and Misrepresentation*, 2009, para 2.3.2.

49) *Ibid*, paras 2.38 and 2.39.

50) 금융서비스및시장법 Part 16. 그리고, 금융옴부즈만의 법적 지위, 관할, 분쟁조정 효과 등에 관한 자세한 내용은 Blair/Walker, *Financial Services Law*, Oxford University Press, 2006, para 5.60 이하 참조.

51) Financial Services Authority, *FSA Handbook*, DISP 2.4.3R.

52) 금융서비스및시장법 228조 1항 및 2항. 강제관할사항이란 금융감독청(Financial Services Authority)의 인가를 받은 금융업자에 관한 분쟁사항이다(금융서비스및시장법 제226조 2항 (b)).

53) Law Commission, *supra* n. 48, para 2.48.

보험계약자가 의도적으로(deliberately) 또는 무모하게(recklessly) 부실고지를 행한 경우 보험자는 취소권을 행사할 수 있다.⁵⁴⁾ 과실로 인해 부실고지(careless misrepresentation)를 한 경우는 부실고지 된 사항이 보험료에 관한 것이라면 보험자는 비례보상(proportionate remedy)을 해야 하고, 만약 면책사유에 관한 것이라면 보험자가 그 면책사유 하에서 보험금지급책임이 있는지를 결정하게 된다.⁵⁵⁾ 그리고, 무과실로 인한 부실고지에 대해서는 보험자가 완전보상을 해야 한다.⁵⁶⁾ 하지만 이상은 금융감독위원회의 재량적 판단에 의한 것일 뿐이고, 법적 구속력이 없다는 점이 한계이다.

(3) 법개정위원회 개정안

영국의 법개정위원회(Law Commission)⁵⁷⁾는, 현행 고지의무에 관한 법이 보험계약자에게 지나치게 엄격하다고 보고, 2006년부터 개정안을 마련하는 작업을 추진해 왔다. 정부는 그 결과를 담은 개정안을 2011년 5월 16일 상원에 제출한 상태이다. 지금까지의 경과와 다음과 같다.

법개정위원회는 2006년에 고지의무에 관한 현안보고서(Issues Paper)⁵⁸⁾를 내고, 이를 중심으로 전문가의 자문의견을 추가한 자문보고서(Consultation Paper)⁵⁹⁾를 2007년에 발간하였다. 이 자문보고서는 고지의무에 관한 현행법은 공정성 및 보험계약자의 합리적 기대에 반하는 것으로서, 이로 인해 보험계약자 사이에 보험업에 대한 신뢰는 크게 저하되었다는 인식이 지배적이라고 보았다(paras. 1.52~1.55). 그리고 법개정위원회는 현안보고서 및 자문보고서의 내용을 기초로 하여 2009년에 최종보고서⁶⁰⁾를 발간하면서, 여기에서 고지의무의 요건 및 효과의 개정안을 담은 “소비자보험(불고지 및 부실고지)법안” [Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Bill](이하 “개정안”이라 한다)을 제시하였다. 이 개정안은 11개의 조문, 2개의 부칙(Schedule), 그리고 조문에 대한 주석(Explanatory Notes)으로 구성되어 있다. 개정

⁵⁴⁾ Ibid, para 2.51.

⁵⁵⁾ Ibid, paras 2.51 and 2.52.

⁵⁶⁾ Ibid, para 2.51.

⁵⁷⁾ 법개정위원회는 법개정위원회법(the Law Commission Act 1965)에 의해 설립된 독립적 기관으로서 ‘단순화 및 현대화’의 관점에서 영국의 현행법을 재검토 하고 그 보고서를 발간하는 것을 주요 임무로 한다.

⁵⁸⁾ Law Commission, supra n. 44.

⁵⁹⁾ Law Commission, *Insurance Contract Law: Misrepresentation, Non-disclosure and Breach of Warranty by the Insured*, Consultation Paper No 182, 2007.

⁶⁰⁾ Law Commission, supra n. 48.

안의 전체적인 방향은, 소비자를 위한 보험과 관련해서는 고지의무를 응답의무로 제한하여 고지의무의 문제를 불고지가 아니라 부실고지로 보며, 부실고지의 요건과 효과에 관한 법을 전술한 금융감독원의 접근방법과 유사한 내용으로 개정하는 것이다. 아래에서는 개정안의 내용을 구체적으로 살펴기로 한다.

1) 적용범위

개정안은 소비자보험, 즉 소비자와 보험자 사이의 보험에 대해서만 적용된다(주석 A1). 구체적으로 소비자보험이란, 개인의 거래, 영업, 전문직업(trade, business, profession)과 무관하게 개인(individual)이 가입하는 보험을 가리킨다(개정안 1). 기업보험에서 고지의무에 관해서는 향후에 법개정위원회가 별도로 논의할 예정이다.

2) 부실고지를 범하지 않을 합리적 주의

소비자는 보험계약의 체결당시에 보험자에게 부실고지를 하지 않도록 합리적 주의를 기울일 의무를 부담한다(개정안 2(2)). 현행법은 불고지 또는 부실고지에 대해 보험계약자의 고의·과실·무과실을 묻지 않고 보험계약자에게 고지의무 위반의 책임을 지운다. 이와 달리, 개정안은 합리적 주의를 위반하여 부실고지를 범한 소비자에게 고지의무 위반책임을 지운다. 이러한 합리적 주의를 위반한 부실고지는, 개정안에 따르면 의도적(deliberate) 또는 무모한(reckless), 또는 부주의한(careless) 부실고지의 어느 하나에 해당하게 된다(개정안 5(1)). 부주의한(careless) 부실고지는 과실로 인한 부실고지와 유사한 것으로 볼 수 있다.⁶¹⁾ 따라서, 보험계약이 최대선의(utmost good faith)계약이라는 전제 하에 보험계약자에게 무과실책임을 지우에 되는 것은 생기지 않게 된다(개정안 2(5)(a) 참조).

부실고지를 범하지 않을 ‘합리적 주의’는 관련 상황을 종합적으로 고려하여 결정하게 된다(개정안 3(1)). 예를 들면, 해당 보험의 유형, 대상 시장(target market), 보험자가 작성하거나 승인한 관련 설명자료, 보험자가 한 질문의 명확성과 구체성, 모집인이 소비자를 위하여 모집활동을 하는지 여부 등을 고려한다(개정안 3(2)). 합리적 주의를 합리적 소비자를 기준으로, 즉 객관적으로 판단한다(개정안 3(3)).

전술한 바와 같이 법안은, 부실고지로 인한 의무위반이 되기 위해서는, 그것이 의도적이거나 무모하거나, 부주의해야 한다고 규정한다(개정안 5(1)). 의도적이거나 무모한 것은, 소비자가 자신의 고지가 진실하지 않거나 오해를 야기한다는 점을

61) careless는 negligent와 혼용되기도 한다 : Law Commission, supra n. 48, para 2.51.

알거나 그러한지 여부에 관심을 갖지 않고, 또한 자신의 고지 사항이 보험자에게 중요하다(relevant) 점을 알거나 그러한지 여부에 관심을 갖지 않는 것을 가리킨다(개정안 5(2)). 부주의하다는 것은, 의도적이거나 무모한 것을 제외한 주의 부족을 가리킨다(개정안 5(3)). 무모하다는 것은 관심을 갖지 않는 것으로서, 이는 보통법상 무모의 개념을 법안에 반영한 것이다(주석 A.30) 보통법상 무모한 부실고지란 고지가 진실한지 여부에 관심을 갖지 않는 것으로 가리키며, 이는 고의(fraud)로 분류된다.⁶²⁾

의도·무모·부주의의 대상은 부실고지 된 사실 자체뿐만 아니라 부실고지 된 사실이 중요사항이라는 사실까지 포함된다. 따라서 보험계약자는 자신이 알지 못하는 사실에 대해 합리적 주의를 기울이지 않고 부실고지를 하거나, 또한 어떤 사실이 중요사항에 해당한다는 사실에 대해 합리적 주의를 기울이지 않고 부실고지를 하면 고지의무 위반으로 된다.

위와 같은 규정들을 보험계약자에게 불이익하게 변경하여 보험계약을 체결할 수 없다(개정안 10(1)). 즉, 보험계약자 보호를 위해서 편면적 강행규정으로 하고 있다. 한편, 전술한 바와 같이 현재는 보험계약에도 적용되고 있는 1967년 부실고지법은, 개정안에 따르면 보험계약에 적용되지 않도록 되어 있다(개정안 4(3)). 따라서 개정안에 따를 때는, 법원이 취소권을 불허하는 대신에 손해배상을 명할 수 있는 권한을 갖는다는 동법의 규정(s. 2(2))은 적용되지 않게 된다.

3) 부실고지의 효과

(i) 의도적 또는 무모한 부실고지(=고의에 의한 부실고지)

의도적 또는 무모한 부실고지의 경우, 보험자는 보험계약을 취소할 수 있고 보험금지급을 거절할 수 있다(부칙 1, Part 1, 2(a)). 보험자는 보험료를 돌려줄 필요가 없으며, 다만 그것이 부당한 경우에는 그러하지 않은 것으로 한다(부칙 1, Part 1, 2(b)). 부당한 경우로 평가될 수 있는 예로서 투자적 요소가 있는 생명보험을 들고 있다.⁶³⁾ 앞서 본 바와 같이, “무모한”(reckless)은 보통법상 고의(fraud)로 분류되는 것으로서, 우리나라의 법체계에 비교하면 고의에 의한 부실고지에 대한 규율이라고 할 수 있을 것이다. 이렇게 고의에 의한 부실고지에 대해 취소권을 부여할 뿐만 아니라 보험료까지 몰수하는 취지는 일반예방의 효과를 위한 제재에 있다.⁶⁴⁾

62) 법안주석 A.29 및 *Derry v. Peek* (1889) LR 14 App Cas 337.

63) Law Commission, *supra* n. 48, para 6.49.

(ii) 과실로 인한 부실고지

개정안은 과실로 인한 부실고지에 대해 보상적 구제(compensatory remedy)를 제시한다. 현행법이 그러한 부실고지에 대해서도 보험계약의 취소권을 인정하는 것은 필요이상으로 지나친 측면이 있다는 것이다.⁶⁵⁾ 보상적 구제란, 만약 보험자가 부실고지 된 사항을 알았다면 그가 할 수 있었던 조치를 취할 수 있도록 해주는 것이다.⁶⁶⁾ 개정안은 부실고지와 보험사고 사이의 인과관계의 존부에 따라 보험자의 책임 여부가 달라지는 것을 거부하였으며, 그 이유는 인과관계 기준이 실용적(practical)이지 않기 때문이라고 보았다.⁶⁷⁾ 만약 보험자가 면책사유를 추가할 수 있는 경우라면 보상적 구제가 인과관계 기준과 마찬가지로의 효과를 거둔다고 보았다.⁶⁸⁾

먼저, 보험사고가 발생한 경우를 살핀다. 부실고지된 중요사항을 인수거절사유와 계약조건변경사유로 구분한다. 인수거절사유가 부실고지된 경우는, 보험자가 보험계약을 취소하고 보험금지급을 거부할 수 있지만, 수령한 보험료는 반환해야 한다(부칙 1, Part 1, 5). 보험료와 무관한 계약조건변경사유에 대한 부실고지인 경우는, 계약조건이 변경된 채 보험계약이 체결된 것으로 간주한다(부칙 1, Part 1, 6). 보험료에 관한 계약조건변경사유에 대한 부실고지라면, 보험자는 비례적으로 감축하여 보험금을 지급한다(부칙 1, Part 1, 7). 여기서 비례적 감축은, 실제로 부과된 보험료를 부과되어야 할 보험료로 나눈 비율만큼 감축하는 것을 가리킨다(부칙 1, Part 1, 8).

다음, 보험사고가 발생하지 않은 경우 장래를 향한 보험계약의 처리를 본다. 인수거절사유가 부실고지된 경우 보험자는 보험계약을 취소할 수 있지만 수령한 보험료는 반환해야 하고, 보험료와 무관한 계약조건변경사유에 대한 부실고지인 경우 장래를 향하여 계약조건을 변경할 수 있다(부칙 1, Part 1, 9(2) 참조). 또한, 보험료에 관한 계약조건변경사유에 대한 부실고지인 경우에는 장래를 향하여 보험료를 변경할 수 있다(부칙 1, Part 1, 9(3)). 보험료와 무관한 계약조건변경사유와 보험료에 관한 계약조건변경사유에 대한 부실고지인 경우, 보험자는 위와 같은 계약변경권을 행사하거나 아니면 해지할(terminate) 수 있다(부칙 1, Part 1, 9(4)). 즉, 계약변경권과 해지권이 선택적으로 인정된다.

64) Ibid, para 4.20.

65) Ibid, para 6.58.

66) Ibid, para 6.59.

67) Ibid, para 6.75.

68) Ibid, para 6.76.

다만 전적으로 또는 주로 생명보험인 경우에는 해지할 수 없다(부칙 1, Part 1, 9(5)). 생명보험의 경우는 흔히 중병보장(critical illness cover)을 하는 경우가 흔한데, 소비자가 이미 중병에 걸린 경우 보험자가 부실고지를 이유로 보험계약을 해지할 수 있다면, 소비자에게 지나치게 가혹한 것이며, 또한 생명보험은 장기보험으로서 보험기간의 초기단계에서는 보험자가 위험에 비해 많은 보험료를 수령하는 것이 일반적이어서 비례보상을 하는 것이 재원 면에서 수월하기 때문이라고 한다.⁶⁹⁾

계약변경의 통지를 받은 소비자는 상당한 기간을 두고 보험계약을 해지할 수 있다(부칙 1, Part 1, 9(3)). 보험자 또는 소비자가 보험계약을 해지한 경우는 보험자는 해지된 이후 기간의 보험료를 반환해야 한다(부칙 1, Part 1, 9(7)). 또한, 해지는 소급효가 없으며, 따라서 해지 이전에 발생한 보험사고에 대한 처리에 영향을 미치지 않는다(부칙 1, Part 1, 9(8)).

이상과 같은 개정안의 내용을 표로 정리하면 아래와 같다.

		계약의 효력	면책 여부	
고의		취소권 단, 보험료 보험자 귀속	면책	
과실	인수거절	취소권 보험료 반환	면책	
	조건 변경	보험료	계약변경권 또는 해지권	비례보상
		그 외	계약변경권 또는 해지권	면책사유로 정했을 사항이라면 면책

4. 일본

일본은 1899년에 보험계약에 대한 법규(상법 제629조~제683조)를 제정하였지만, 현저한 사회경제적 정세의 변화에도 불구하고, 보험법 제정이전까지 한 번도 실질적인 개정을 하지 않았다(이 상법을 이하에서 “구상법”).⁷⁰⁾ 그러다가 2008년에 보험법을 새로이 제정해서 보험계약에 관한 법규의 면모를 일신하였다. 보험법의 제정이유

⁶⁹⁾ Law Commission, *supra* n. 48, paras 6.95-6.97.

⁷⁰⁾ 萩本修 外 4人, “保險法の 制定の 経緯と 概要”, *保險法立案關係資料* (萩本修 編著, 商事法務, 2008), 1頁.

중의 하나는, 계약체결 시의 고지의무를 보험계약자를 보호하는 방향으로 정비하자는 것이다.⁷¹⁾

(1) 구상법

구상법은, 손해보험과 관련하여 보험계약의 당시에 보험계약자가 악의 또는 중과실로 인하여 중요사항을 불고지 또는 부실고지 한 경우에 보험자는 계약을 해제할 수 있고, 다만 보험자가 그 사실을 알았거나 과실로 알지 못한 경우에는 그러하지 않다고 규정했다(구상법 제644조 1항).⁷²⁾ 보험자가 해제를 하면 그 해제는 장래에 향해서 효력이 생긴다(구상법 제 645조 1항). 보험자가 보험사고가 발생한 이후에 해제를 하는 경우 보험금부의 의무를 부담하지 않고 또한 이미 지급한 보험금의 반환을 청구할 수 있다(구상법 제 645조 2항 본문).

해제는 원칙적으로 소급효가 있지만, 보험자가 보험료 반환의무를 부담하지 않는다는 특칙을 표현하기 위해서 장래효로 규정한 것이라고 이해되고, 따라서 장래효가 있는 해제임에도 불구하고 보험자가 보험금부 의무를 면할 수 있게 된다.⁷³⁾ 보험자가 보험료 반환의무를 면하는 것은 보험계약자의 고지의무 위반에 대한 제재적 측면, 그리고 계약소멸에 의한 손실의 보상(계약체결비용의 회수 등)의 취지라고 한다.⁷⁴⁾ 이와 관련하여, 항상 보험료가 반환되지 않는 것은 지나치다고 문제를 제기하면서, 보험료적립금이 있는 보험계약에 있어서 해약환급금은 반환해야 한다는 입법론을 제기하는 견해도 있었다.⁷⁵⁾

보험사고가 불고지 또는 부실고지 된 중요사항에 기인하지 않았음을 보험계약자가 입증한 경우에는, 보험자는 고지의무 위반의 효과를 원용할 수 없다(구상법 제645조 제2항 단서).

71) 상계논문, 3頁. 일본 보험법상 고지의무의 내용에 대해 자세한 것은, 김선정, “일본 보험법상 고지의무제도의 개혁”, **기업법연구**, 22권 4호, 2008, 383-407면 참조.

72) 구상법은 손해보험과 생명보험에 대해 고지의무를 각각 규정하고 있는데(생명보험에 대해서는 구상법 제678조), 생명보험의 경우는 보험계약자 이외에 피보험자도 고지의무자로 되어 있다는 점만 다르고 나머지는 공통이다.

73) 山下友信, **保險法**, 有斐閣, 2005, 305頁.

74) 상계서, 306頁.

75) 상계서, 306頁.

(2) 보험법

1) 내용

보험법은 손해보험, 생명보험, 상해질병정액보험에 대해 각각 고지의무를 규율하고 있는데, 이하에서는 손해보험계약에서의 고지의무 위주로 살펴본다. 내용상 거의 차이가 없기 때문이다.⁷⁶⁾ 보험자는 보험계약자 또는 피보험자가 중요사항에 대해 고의 또는 중과실에 의해 불고지 또는 부실고지를 하면 계약을 해제할 수 있고(보험법 제28조 제1항), 계약의 해제는 장래를 향해서만 그 효력이 생기며(보험법 31조 1항), 다만 해제된 시점까지 발생한 보험사고에 대해 보험금부담무를 부담하지 않고, 다만 고지의무가 위반된 사실에 기인하지 않고 발생한 보험사고에 대해서는 그러하지 않다(보험법 제31조 2항 1호). 이러한 보험법은 고지의무와 관련하여 내용 면에서 구상법과 별 차이가 없다. 이상의 규정은 편면적 강행규정이다(보험법 제33조).

2) 비례보상의 도입 문제

이렇듯 고지의무와 관련하여 보험법과 구상법이 차이가 없게 되었지만, 이러한 결론에 이르는 과정에서는, 중과실에 대해서는 비례보상을 도입할 것인지를 두고 논의가 활발하였다. 우리 상법이 고지의무 위반의 요건과 효과 면에서 일본 보험법 및 구상법과 별 차이가 없다는 점을 고려할 때, 참고할 만한 가치가 있다고 볼 수 있다. 이하에서는 보험법 제정을 주도한 일본정부 법제심의회 보험법부회에서의 논의를 소개하기로 한다.⁷⁷⁾

중과실로 인한 고지의무 위반의 경우에 전부 또는 전무주의를 폐기하고 비례보상주의를 도입할 것인지 여부가 보험법 중간시안에서 논의되었으나, 종국적으로 보험법에 반영되지 않았다. 비례보상주의의 도입 논의는, 고지의무 위반의 제재적 효과로서 전부 또는 전무주의가 보험계약자에게 지나친 것이고, 비례보상주의를 도입하여 제재적 효과를 최소화 하자는 취지에서 출발한 것이다. 비례보상주의 도

76) 생명보험계약과 상해질병정액보험계약에서 고지의무로 인한 해제의 요건은 보험법 제55조, 제84조가 각각 규정하고, 해제의 효과에 대해서는 보험법 제59조 제1항 및 제2항 제1호, 제88조 제1항 및 제2항 제1호가 각각 규정하며, 위와 같은 조항들이 편면적 강행규정임을 보험법 제65조 제2호, 제94조 제2호가 각각 규정한다.

77) 이하부터 PEICL 전까지는, 法務省民事局參事官室, “保險法の 見直しに關する中間試案の補足説明”, 保險法立案關係資料 (萩本修 編著, 商事法務, 2008), 92-95頁을 번역, 요약한 것임.

입이 논의된 부분은 ① 중과실로 고지의무를 위반한 경우로서, ② 고지의무 위반 사실이 인수범위 내의 대상사실인 경우이다. 구체적인 논의를 살펴보면 다음과 같다.

고지의무 위반이 있는 경우 보험자의 책임은, 고지의무자의 귀책의 정도 및 고지 대상사실의 경중을 고려하여, 다음과 같이 달리 정하는 방안이 중간시안에서 논의되었다.

먼저, 고지 대상사실을 그 경중에 따라 두 가지로 구분한다. 첫째, 인수범위 내의 대상사실로서, 제대로 고지했다면 할증보험료의 지급을 약정하거나 또는 담보범위를 한정하는 등의 방법에 의해 보험자가 계약을 체결했으리라고 판단되는 경우이다. 둘째, 인수범위 외의 대상사실로서 제대로 고지했다면 보험자가 계약을 체결하지 않았으리라고 판단되는 경우이다.

다음, 고지의무자의 귀책의 정도, 고지 대상사실의 경중을 고려하여 보험자의 책임을 달리 정한다. 첫째, 고의에 의한 고지의무 위반은 보험자가 면책된다. 이 경우는 고지 대상사실의 경중은 영향을 미치지 않는다. 둘째, 중과실에 의한 고지의무 위반은 고지의무 위반사실의 경중에 따라 두 가지로 구분한다. 즉, 인수범위 외의 대상사실인 경우는 보험자가 면책이고, 인수범위 내의 대상사실인 경우는 보험금의 감액이라는 효과에 그치도록 한다.

보험금을 감액하는 방안으로는 다음이 논의되었다. 첫째, 보험자가 약정했던 보험료와 본래 지급했어야 하는 보험료의 비율에 의해 보험금을 감액하여 책임을 부담하는 방안(1안)이다. 예를 들면, 생명보험계약에서 특정 기왕증을 고지하지 않았기 때문에 보험료가 1만 엔, 보험금액이 1,000만 엔으로 계약이 성립된 경우에 만약 당해 기왕증이 제대로 고지되었다면 보험료가 2만 엔, 보험금액이 1,000만 엔으로 계약이 성립되었을 경우에는, 보험금액이 500만 엔으로 감액된다. 둘째, 보험자가 제대로 고지가 되었다면 체결되었을 계약내용에 따른 보험금을 지급하도록 하는 방안(2안)이다. 당해 기왕증이 제대로 고지되었다면 보험료와 보험금액이 1만 엔, 보험금액이 1,000만 엔으로 하지만 당해 기왕증에 의한 보험사고에 대해서는 담보하지 않는다는 조건을 붙이고 계약을 체결하였을 경우에는 상기 조건이 부가된 계약이 성립된 것으로 보고, 만약 보험사고가 당해 기왕증에 의한 것인 때에는 보험자는 보험금지급책임을 면하지만 다른 원인에 의해서 의한 것인 때에는 보험자가 약정한 1,000만 엔의 보험금을 지급할 책임을 부담한다. 셋째, 보험자는 고지되지 않은 사실이 보험사고의 발생 및 손해의 범위에 대해서 끼친 영향, 보험계약자의 과실 기타 사정을 고려해서 합리적인 범위 내에서 보험금을 감액해서 책임을

부담하는 방안(3안)이다.

이러한 비례보상주의의 도입에 대해서는 찬반양론이 제기되었다. 먼저 중대한 과실이란 생명보험계약의 실무에서는 고의와 동일시할 수 있는 정도의 것을 의미한다고 소개되고 있고, 또한 비례보상주의는 보험계약자를 보호할 필요성과 다른 보험계약자와의 형평성이 충돌할 수 있다는 전제 하에 다음과 같은 찬반양론이 제기되었다.

첫째, 중대한 과실에 대한 일부지급은 고지의 인센티브를 저하시킨다는 문제점이 지적되지만, 이러한 지적에 대해 반대하는 의견도 있다.

둘째, 고의와 중대한 과실은 주관적 문제이고, 실무상 그것을 명확하게 구별하여 보험금을 지급할지 여부를 판단하는 것은 곤란하다는 지적이 있지만, 이러한 지적에 대해 반대하는 의견도 있었다.

셋째, 비례보상주의를 채택하고 있는 다른 나라들은 보험계약자가 경과실에 의해 고지를 하지 않은 경우에도 보험금의 전부 또는 일부가 지급되지 않는다는 점에서 일본과 다르고, 또한 시장실태(저축성이 높은 상품이 많은 등) 면에서도 일본과 다른 나라 사이에 차이가 있음에 입각하여 검토할 필요가 있다는 지적이 있다.

넷째, 증명책임의 소재에 대한 검토가 필요하다. 보험계약자는 본래 지급해야만 했던 보험료 및 보험자가 체결하였을 계약내용에 대해서 알기 어려운 입장에 있다. 따라서 보험자가 인수기준(보험료의 산정기준 및 어떤 경우에 인수를 거절하는가의 기준 등)을 명확하게 해야 할 필요성 및 그것의 당부, 보험계약자에 있어서 그것을 검증하거나 증명(반증)하는 것이 가능한지 등에 있어서 검토가 필요하다. 이와 관련하여, 보험자에게 증명책임을 부과하고 인수기준을 공시하도록 하는 방법에 의해 대응 가능하다는 의견이 있다.

5. 유럽보험계약법 원칙(PEICL)

(1) 배경과 성격

2009년 “유럽보험계약법의 재구성”(Restatement of European Insurance Contract Law)을 위한 프로젝트 그룹은 “유럽보험계약법 원칙”(Principles of European Insurance Contract Law; PEICL)을 출간하였다.⁷⁸⁾ 위 프로젝트 그룹은 유럽공동체 집행위원회

⁷⁸⁾ The Drafting Committee (Jürgen Basedow, John Birds, Malcolm Clarke, Herman Cousy, Helmut Heiss in co-operation with Leander D. Loacker) ed., *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, Sellier, 2009.

(EC Commission)에 의해 설립된 “유럽사법 연합네트워크”(Joined Network on European Private Law)의 일부분이다.

위 네트워크는 유럽공동체 집행위원회의 “보다 정합적인 유럽계약법을 위한 실행 계획”(More Coherent European Contract Law, COM [2003] 68 final)에서 언급하고 있는 Common Frame of Reference of European Contract Law의 초안(DCFR)을 마련하는 작업을 담당하고 있다.

PEICL은 DCFR의 보험계약법 분야 초안에 해당하는 것으로서, 유럽공동체 각 나라에서 온 20여 명의 학자의 공동작업에 의해 탄생하였다. 요컨대, PEICL은 유럽 각국 법제의 비교법적 연구를 기초로 하여 통일적인 유럽보험계약법의 모델을 만들고자 하는 시도라고 할 수 있다. 따라서 PEICL의 내용과 그에 대한 주석은 우리나라의 입법과정에서도 적지 않은 시사점을 줄 수 있을 것이다.

(2) PEICL의 내용

PEICL에 의하면, 보험계약자는 계약체결시 보험자에게 자신이 “알거나 알 수 있는 사항으로서 보험자가 명확하고 구체적인 질문을 한 사항”을 고지하여야 한다(Article 2:101).⁷⁹⁾ 고지의무 위반에 대해서는 해지권, 계약변경권이 인정되고, 보험사고 발생시 보험자는 면책되거나 보험금이 비례적으로 감축될 수 있다. 또한 악의적 기망의 경우 보험자는 계약의 취소를 선택할 수도 있다. 구체적인 조문의 내용은 아래와 같다.

고지의무 위반시 보험자는 계약의 합리적인 변경을 제안하거나 계약을 해지할 수 있고, 이를 위해서 보험자는 고지의무 위반이 알려진 때 또는 명백한 때로부터 1월 이내에 서면통지를 해야 한다(Article 2:102(1)). 보험자가 합리적 변경을 제안하였다면, 보험계약자가 제1항의 통지를 받은 때로부터 1월 이내에 제안을 거절하지 않는 한, 그 계약은 변경 제안된 바에 따라 존속하고, 만약 보험계약자가 거절하였다면 보험자는 거절 통지를 받은 때로부터 1월 이내에 계약을 해지할 수 있다(Article 2:102(2)). 보험계약자가 귀책사유 없이 고지의무를 위반하였다면, 보험자가 해당 사항을 알았다더라면 계약을 체결하지 않았을 것이라는 점을 입증하지 아니하는 한, 보험자는 계약을 해지할 수 없다(Article 2:102(3)). 계약의 해지는 보험계

⁷⁹⁾ 즉, PEICL은 자발적 고지를 채택하지 않고 고지의무의 대상을 보험자가 질문한 사항에 한정하였다. 고지의무의 수동화 문제는 본고의 고찰대상이 아니므로 상론은 생략한다.

약자가 제1항의 통지를 받은 때로부터 1월이 지나면 효력이 발생하고, 변경은 당사자가 합의한 바에 따라 효력이 발생한다(Article 2:102(4)).

보험사고가 보험계약자의 과실 있는 불고지 또는 부실고지의 대상이 된 위협의 요소에 의해 야기되었고, 해지 또는 변경이 효력을 발생하기 전에 발생한 경우, 보험계약자가 해당 사항을 알았다라면 계약을 체결하지 않았을 것이라면, 보험금은 지급될 수 없고, 다만 보험자가 더 높은 보험료 또는 다른 조건으로 계약을 체결하였을 것이라면, 보험금은 비례적으로 또는 당해 조건에 따라 지급될 수 있다(Article 2:102(5)).

보험자가 보험계약자의 악의적인 기망에 의한 고지의무 위반(fraudulent breach)으로 인하여 계약을 체결하였다면, 계약을 취소하면서 동시에 기한이 도래한 보험료에 대한 권리를 계속 보유할 수 있다. 취소는 보험자가 기망 사실을 안 때로부터 2월 이내에 서면으로 보험계약자에게 통지하여야 한다(Article 2:104).

		계약의 효력	면책 여부
악의적 기망		취소권 단, 취소시까지의 보험료 보험자 귀속	면책
과실	인수거절	해지권 또는 계약변경권	인과관계 있으면 면책
	조건변경		비례보상 또는 다른 조건에 따라 보상
무과실	인수거절	해지권	면책×
	조건변경	계약변경권	

(3) PEICL의 특징

1) 비례보상주의

PEICL 주석에서는, 전부 또는 전무주의(All-or-Nothing Principle)를 채택한 법제와 비례보상주의를 채택한 법제를 비교한 후 보험계약자 보호를 위해 비례보상 쪽으로 수렴하는 경향을 지적하고 있다. 이것이 바로 PEICL에서 비례보상주의를 채택한 이유인 것으로 보인다. 구체적 설명은 다음과 같다.

전부 또는 전무주의를 채택한 대표적 나라는 영국인바, 영국은 고지의무위반에 귀책사유가 없거나 고지의무위반과 보험사고 사이에 인과관계가 없더라도 모든 보

협보호를 잃게 하는 가장 엄격한 입장을 취하고 있다. 독일도 전부 또는 전무주의를 채택하고 있기는 하지만, 주관적 요건으로서 중과실, 그리고 고지의무위반과 보험사고 사이의 인과관계를 요구함으로써, 그 범위를 제한하고 있다. 나아가 고지의무에 위반한 사실을 알았더라도, 다른 조건으로라도 계약을 체결하였을 경우라면 전부 또는 전무주의가 적용되지 않는다. 오스트리아, 네덜란드도 전부 또는 전무주의를 채택하고 있지만 독일과 유사하게 범위가 제한된다. 반면 그 밖의 다른 유럽 국가들, 특히 최근에 개정된 법제에서는 대부분 비례보상주의를 채택하고 있다. 더구나 가장 엄격한 태도를 취하는 영국도 실무관행상으로는 귀책사유를 요구하고 비례보상을 인정하여(앞의 3.(2) 참조) 유럽 각국의 법제가 비례보상으로 수렴되고 있다.⁸⁰⁾

2) 귀책사유 없는 경우

해지권과 계약변경권은 무과실인 경우에도 인정된다. 그 경우에도 고지의무위반은 위험의 잘못된 계산을 초래하고 따라서 장래를 향해 보험계약을 조정할 필요가 있기 때문이라는 것이다. 다만, 보험금의 면제 또는 감액은 무과실에 대해 적용되지 않도록 하였는데, 과실 없는 위반에 대해서는 귀책사유 없는 보험계약자를 보호하기 위한 것이다.⁸¹⁾

3) 합의에 의한 계약변경

PEICL은 해지권 외에 계약변경권을 인정하고 있는데, 보험자가 일방적으로 변경할 수는 없고, 보험계약자가 수용하지 않는 한 계약변경의 효과가 발생하지 않는다는 점에 특징이 있다. 보험계약자에게 가능하다면 보다 나은 조건으로 다른 곳에서 계약할 수 있는 기회를 주기 위한 것이라고 한다. 계약변경의 효과도 당사자가 합의한 시점부터 발생한다.

보험계약자가 수용도 거절도 하지 않은 경우에는 묵시적으로 수용한 것으로 보아 변경제안을 받은 때로부터 1월이 지난 시점부터 계약변경이 효력을 발생하도록 하였다. 보험계약자가 응답하지 않은 경우에 보험보호가 전혀 없는 것보다는 제안된 바에 따라 변경된 보험보호를 받는 것이 낫다는 고려에서 비롯된 것이다.⁸²⁾

⁸⁰⁾ PEICL pp.83-85 (N1-8).

⁸¹⁾ PEICL p.85 (N9).

⁸²⁾ PEICL p.82 (C3).

4) 보험금의 면제 또는 감액

앞서 본 바와 같이 귀책사유 없는 보험계약자의 보호를 위해 무과실의 경우에는 보험금이 면제되거나 감액되지 아니하고 보험금을 완전하게 지급받을 수 있다는 점을 규정하였다. 또한 보험자에게 귀책사유가 있더라도 손해와 인과관계가 없는 경우에도 마찬가지이다. 그러나 귀책사유와 인과관계가 있다면 보험금 지급은 배제된다.⁸³⁾

5) 악의적 기망의 경우

악의적 기망의 경우 보험자는 해지권·계약변경권과 취소권 사이에서 선택할 수 있다. 사기의 경우에는 과실의 경우와 달리 제한 없이 보험자의 의사에 따라 계약의 효력을 상실시킬 수 있도록 규정하였다. 도덕적 해이와 관련되어 있을 가능성이 높기 때문이다. 비례보상주의를 채택한 나라에서도 사기는 보호가치가 없으므로 대개 유사한 예외를 인정한다.

악의적 기망이 있는 경우 보험자가 보험료를 계속 보유할 수 있게 한 것은 일반 예방적 효과(deterrence)를 고려한 것이다. 즉 사기를 행한 자가 사기가 성공하면 이득을 얻을 것이고, 실패하더라도 잃을 것이 없다고 생각할 수 있게 해서 안 된다는 것이다.⁸⁴⁾

IV. 우리나라 법의 좌표

앞서 살펴본 바에 따르면, 다른 여러 나라의 고지의무에 관한 입법태도와 비교해 볼 때, 우리나라 법이 갖는 특징은 아래와 같이 정리할 수 있다. 다만, 아래의 사항은 다른 나라와 비교할 때 나타나는 특징을 추려낸 것일 뿐이고, 과연 그 자체로 문제를 발생시켜 개정이 필요한지는 목차를 바꾸어 자세히 살펴볼 것이다.

① 주관적 요건 제한

고의 또는 중과실로 인한 고지의무 위반만 고려한다. 과실로 또는 과실 없이 고지의무를 위반한 경우에 대해서는 아무런 효과도 부여하지 아니한다.

⁸³⁾ PEICL p.83 (C6).

⁸⁴⁾ PEICL pp.89-91.

② 全部 아니면 全無 원칙

보험금의 비례적 감액을 인정하지 아니한다. 특히 고의로 고지의무를 위반하지 아니한 경우, 즉 중과실로 위반한 경우에도 - 고지의무 위반과 보험사고의 발생 사이에 인과관계가 있으면 - 보험계약자는 보험보호를 전면적으로 잃게 된다.

③ 계약변경권의 불인정

해지권만 인정되므로 기존 계약의 효력을 그대로 감수하거나 계약의 효력을 상실시키거나 사이의 선택만 가능하다. 특히 고지의무 위반사실을 보험자가 알았다면 다른 조건으로 계약을 체결하였을 경우에도 보험자는 다른 조건으로 계약의 내용을 변경하여 계약의 효력을 존속시키는 것을 고려할 수 없다.

④ 사기 취소시의 보험료 반환

고지의무 위반이 민법상 사기에 이르러 보험계약을 취소할 경우 보험료 귀속에 관한 별도의 규정이 없다. 민법의 일반원칙에 따르면 보험계약은 소급적으로 소멸하므로 원상회복으로서 보험료를 반환하여야 한다.

전체적으로 보면, 고의·중과실에 대해서만 고지의무 위반을 고려하는 점, 인과관계가 있어야만 보험자를 면책시키는 점에서 고지의무 위반의 효과는 보험계약자에 대해서 비교적 덜 엄격한 편이라고 할 수 있다. 다만, 고의가 없는 중과실의 경우 계약변경권이나 비례보상이 인정되지 않는다는 점에서 중과실의 효과는 상대적으로 엄격하다.

V. 쟁점별 검토

1. 경과실 또는 무과실로 인한 고지의무 위반을 고려할 것인가?

우리나라 법과 다른 여러 나라 법을 비교할 때 가장 큰 차이점은 고의·중과실에 대해서만 효과를 부여하고, 경과실·무과실의 경우에는 아무런 효과도 부여하고 있지 않다는 점이다.

(1) 각 나라의 비교

독일의 경우에는 구법에서 고의·과실이 있는 경우에만 효과를 부여하던 것을 개정하여, 신법에서는 과실이 없는 경우에도 일정한 효과를 부여하고 있다. 구체적으로

보면 경과실과 무과실의 경우 해지권 또는 계약변경권이 인정되나, 보험금 지급의 무는 면제되지 아니한다. 프랑스는 선의라고 할지라도(과실 있는 경우도 포함한다) 해지권 또는 계약변경권이 인정되고, 보험금은 비례적으로 감액된다. 영국의 현행 법은 귀책사유가 없어도 계약을 취소할 수 있고 보험금 지급의무도 면제된다. 다만, 법개정위원회의 개정안은 무과실에 대해서는 아무런 효과를 부여하지 않았고, 과실로 위반한 경우에 대해서는 일정한 조건 하에 취소권·해지권·계약변경권을 인정하고, 보험금 지급의무가 면제되거나 감경될 수 있다. PEICL은 과실의 경우에는 해지권·계약변경권이 인정되고, 일정한 조건 하에 보험금 지급이 면제되거나 감액될 수 있으며, 과실이 없는 경우에도 해지권 또는 계약변경권은 인정되지만 보험금 지급의무는 면제되지 않는다. 앞의 나라들과 달리 일본은 우리나라와 마찬가지로 고의 또는 중과실의 경우에만 일정한 효과를 부여하고 경과실·무과실에 대해서는 아무런 효과를 부여하지 않는다.

(2) 무과실의 경우

검토 대상 법제 중 일본을 제외한 독일, 프랑스, 영국, PEICL의 경우에는 보험계약자에게 귀책사유가 없는 경우에도 일정한 효과를 부여한다. 독일, 프랑스, PEICL은 해지권과 계약변경권을 부여하여 장래에 대한 실효 또는 장래에 대한 계약변경을 가능케 하는 반면, 영국은 소급적인 취소권까지 인정한다. 영국, 프랑스는 각각 면책과 비례적 감액을 인정한다. 다만, 영국의 경우 귀책사유가 없으면 고려하지 않는 것이 보험감독실무상의 관행이고, 법개정위원회의 개정안에서도 귀책사유가 없으면 고려하지 않도록 정하고 있다. 독일과 PEICL은 귀책사유 없는 경우에는 보험자의 면책은 허용하지 않는다. 그 한도에서는 귀책사유 없는 보험계약자가 보호된다.

위와 같이 보험계약자에게 귀책사유가 없는 경우에도, 즉 고지의무 위반에 대해 보험계약자를 비난할 수 없는 경우에도, 적어도 장래에 대한 계약 실효나 변경은 가능케 하는 입법태도는, 여러 나라의 입법례에서 발견된다. 그 이유는 앞서 본 바와 같이 PEICL 주석에 잘 설명되어 있다. 보험계약자에게 귀책사유가 없는 경우에도 어쨌든 고지의무 위반은 보험자가 위험을 잘못 계산하게 만들었고, 이는 적어도 장래에 대해서는 조정할 필요가 있다는 것이다.

(3) 경과실의 경우

과실 없는 경우에도 일정한 효과를 부여하고 있는 독일, 프랑스, 영국, PEICL는 경과실에 경우에 당연히 고지의무 위반에 대해 일정한 효과를 부여한다. 프랑스, 영국은 과실 없는 경우와 효과가 같은 반면, 독일과 PEICL은 보다 강한 효과가 부여되는데, 독일의 경우 계약변경권 행사에 소급효가 부여되고(면책은 인정되지 않는다), PEICL은 일정한 조건 하에 보험금의 면제 또는 비례적 감액이 인정된다.

(4) 주관적 요건의 확장 문제

검토 대상 법제 중 우리나라와 일본을 제외하면 나머지 나라는 모두 경과실을 넘어 과실이 없는 경우에까지 보험자에게 일정한 권리를 부여한다. 객관적으로 고지의무 위반이 있었던 이상 보험자가 위험을 잘못 계산하였고 현재의 보험계약이 위험을 잘못 반영하고 있을 수 있다는 점은 부인할 수 없다. 그러므로 위험과 보험계약을 일치시키기 위해 이를 조정할 수 있는 수단, 즉 해지권 또는 계약변경권이 필요하다는 주장도 설득력이 있을 것이다. 특히 동일한 보험집단에 속해 있는 보험계약자들 사이의 공평한 처우를 위해서는 적어도 장래에 대해서는 위험과 계약의 내용을 일치시킬 필요가 있을 것이다.

다만, 아래의 점들을 고려하면 주관적 요건을 확장하는 데에는 신중을 기할 필요가 있다.

① 귀책사유가 없거나 가벼운 위반에까지 계약을 실효시키거나 변경할 수 있게 하는 것은 보험계약자에게 가혹한 측면이 있다.

② 고의·중과실로 인한 위반에 대해서만 일정한 효과를 부여하는 것을 원칙으로 하는 상법 보험편의 다른 조항들(예를 들면 상법 제652조, 제653조, 제659조 등)과의 정합성을 고려하여야 한다.

③ 위험과 보험계약의 일치는 현재의 보험실무가 계약조건 및 보험료 결정에 있어서 위험을 정확하게 평가하여 반영한다는 것을 전제조건으로 하는 것인데, 이 전제조건이 달성될 수 있어야 한다.

④ 고지의무 위반사실이 인수거절사유라면 계약변경으로는 해결할 수 없고 해지만이 가능할 것인데, 보험의 종류에 따라서는 해지로 인한 보험계약자의 손해가 적지 않을 수 있다.

⑤ 무엇보다도 고의·중과실만 고려하던 기존의 법제와 비교하면 귀책사유 없는 경우에까지 확장하는 것은 지나치게 급격한 변경이다. 더불어 객관적 고지의무 위

반이 인정됨에도 보험계약자에게 아무런 귀책사유가 없는 경우는 현실적으로 매우 드물 것이다.

따라서 위와 같은 사정에 변화가 생기기 전에 가까운 시일 내에는 현행법의 태도를 유지하는 것이 바람직하다고 생각되고, 다만 경과실에 대해서 일정한 효과를 부여하는 것까지는 고려해 볼 수 있다고 생각한다. 장래를 향한 조정을 위해 해지권과 계약변경권⁸⁵⁾을 부여하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 보험금의 면책이나 감액 문제는 뒤의 비례보상 부분에서 다룬다.

2. 비례보상주의의 도입 여부

현재 고지의무 위반의 효과로 면책 외에 보험금의 비례적 감액을 인정하는 법제는 프랑스, PEICL, 영국 법개정위원회⁸⁶⁾의 개정안 등이 있다. 독일과 일본의 경우 개정시 도입 여부가 논란이 되었으나 결국 도입하지 않는 것으로 결론이 내려졌다. 독일의 경우에는 위험증가 등 다른 경우에는 도입하면서도 고지의무 위반에 대해서는 도입하지 않았는데, 고지의무의 중요성 때문이다. 즉 보험자가 인수하는 구체적 위험에 대한 평가는 오로지 보험계약자의 진실한 고지에 의해서만 가능하므로 부정확한 고지에 대해서는 보다 강한 법적 효과가 필요하다는 것이다. 일본의 경우 ① 중과실에 대해 일부라도 지급하는 것은 고지의 인센티브를 저하시키고, ② 고의와 중과실의 명확한 구별은 어려우며, ③ 비례보상주의를 택하는 나라의 경우 경과실의 경우에도 보험금의 전부 또는 일부를 지급하지 않는 나라로 중과실에 대해 논의하는 일본과 차이가 있고, ④ 본래 지급하였을 보험료나 보험계약의 내용을 밝히기 어렵다는 점 등이 고려되었다.

우리나라도 만약 주관적 요건을 경과실까지 확장하지 않는 이상에는, 일본과 마찬가지로 비례보상 여부는 중과실의 경우에만 논의될 수 있다. 비례보상을 인정하는 프랑스, PEICL, 영국 법개정위원회 개정안 모두 고의에 대해서는 전액 면제를 규정하고 있고, 고의가 아닌 경우에만 비례적 감액을 인정한다. 도덕적 해이를 막기 위함이다. 따라서 중과실을 전제로 도입 여부를 논의해야 할 것인데, 아래와 같은 점에서 중과실에 대해 도입할 실익은 크지 않은 것으로 보인다.

① 고의와 중과실의 경계가 명확하지 아니하다. 특히 실무상 중과실 요건은 독자적인 기능이 있는 것이라기보다는 고의 입증의 어려움을 완화해 주는 측면이 큰

85) 다만, 계약변경권의 도입 여부에 대해서는 뒤의 논의 참조.

것으로 보인다.

② 고의가 아니라 오로지 중과실로 판단되는 사안이 실제로 많지 않을 것으로 보인다.

그럼에도 불구하고 중과실에 비례보상을 도입하게 된다면, 보험계약자는 중과실을 주장하고 보험자는 고의를 주장하는 소송의 증가와 재판의 부담을 피할 수 없을 것으로 보인다.

만약 고지의무 위반을 경과실로 확장할 경우에는 비례보상주의 도입 여부를 검토해 볼 수 있을 것이다. 그러나 사건으로는 경과실로 확장하더라도 장래효만 있는 해지권과 계약변경권만을 인정하고, 보험계약자의 보호를 위해 보험금의 면제나 감액은 인정하지 않는 것이 바람직하다고 생각한다.

도입할 경우에는 비례보상의 기준으로 두 가지를 생각해 볼 수 있다. 하나는 보험계약자의 귀책사유의 정도에 따라 감액하는 방식이다. 이는 독일 보험계약법(예컨대, 위험증가에 관한 제26조)에서 쓰이는 방식이다. 다른 하나는 고지의무에 위반한 사실을 알았더라면 체결되었을 계약조건을 기준으로 하여 감액하는 방식이다. 프랑스, 영국의 법개정위원회 개정안, PEICL 등에 나타난다. 두 번째 방식은 고지의무 위반이 없었을 경우 체결되었을 계약조건을 큰 어려움 없이 확정할 수 있다는 것을 전제조건으로 한다. 다만, 프랑스는 보험료만을 기준으로 하나, 영국 법개정위원회 개정안과 PEICL은 보험료 이외의 다른 조건이 변경되었을 사유에 대해서도 별도로 규정한다. 후자의 입장이 규율의 흠결이 없는 것으로 보인다.

3. 계약변경권의 인정 여부

검토 대상 법제 중 일본과 영국 현행법을 제외한 다른 법제에서는 모두 계약변경권을 인정한다. 대체로 나타나는 공통적인 기준은 ① 고의로 위반하지 않은 경우로서, ② 고지의무에 위반한 사실을 알았더라면 다른 조건으로 계약을 체결하였을 경우에 인정된다. 다만, 나라에 따라 해제권·해지권과의 관계가 다르다. 독일 등에서는 계약변경을 할 수 있는 경우에는 해제권·해지권을 배제하는 반면, 프랑스 등에서는 양자를 선택할 수 있도록 하고 있다. 전자가 보다 보험계약자에 유리한 방식일 것이다. 계약변경권은 위험과 계약의 내용을 일치하도록 조정하여 가급적 계약의 존속을 도모하는 제도라는 점에서 도입을 긍정적으로 검토해 볼 수 있다고 생각한다. 다만, 고지의무의 주관적 요건을 현행법처럼 고의 또는 중과실로 유지하는 한에서는 계약변경권의 도입 필요성은 적다고 하겠다. 전술한 바와 같이, 가까운

시일 내에는 현행법의 태도를 유지하는 것이 바람직하다고 생각되고, 다만 경과실에 대해서 일정한 효과를 부여하는 것까지는 고려해 볼 수 있고, 이 경우 장래를 향한 조정을 위해 해지권과 함께 계약변경권을 부여하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 이 또한, 고지의무 위반이 없었을 경우 체결되었을 계약조건을 큰 어려움 없이 확정할 수 있다는 것을 전제조건으로 한다. 이러한 전제조건이 충족되지 아니하면 실무상의 혼란을 가져올 우려가 있기 때문이다.

4. 사기의 경우 보험료 귀속 문제

사기에 대해서는 독일, 프랑스, 영국 현행법, 영국 법개정위원회 개정안, PEICL 등에서는 취소권을 인정하여 소급적으로 보험계약을 소멸하게 하면서도 보험료는 보험자에게 귀속되도록 정하고 있다. 사기를 억제하기 위한 일반예방적 효과를 고려한 것이다. 우리나라도 입법정책적으로는 이 방향이 타당한 것으로 보인다. 다만, 이미 국회에 계류 중인 상법 보험편 개정안⁸⁶⁾에 그러한 내용이 담겨 있으므로 이 안이 통과되면 문제는 해결될 것으로 생각된다.

VI. 결 론

이상에서 고지의무의 주관적 요건 및 위반시 법적 효과와 관련하여 주요 외국법제를 검토하고 우리나라의 상법 제651조의 개정 문제를 살펴보았다. 그 결론은 다음과 같다.

검토 대상 법제 중 우리나라와 일본을 제외하면 나머지 나라는 모두 경과실을 넘어 과실이 없는 경우에까지 보험자에게 일정한 권리를 부여한다. 위험과 보험계약을 일치시키기 위해 이를 조정할 수 있는 수단, 즉 해지권 또는 계약변경권이 필요하다는 주장도 설득력이 있지만, 귀책사유가 없거나 가벼운 위반에까지 계약을 실효시키거나 변경할 수 있게 하는 것은 보험계약자에게 가혹한 측면이 있다는 점, 고의·중과실만 고려하던 기존의 법제와 비교하면 귀책사유 없는 경우에까지

⁸⁶⁾ 상법 보험편 개정안 제655조의2(사기에 의한 계약) ① 보험계약의 당사자 또는 피보험자의 사기(詐欺)로 인하여 체결된 보험계약은 무효로 한다. ② 제1항의 경우에 보험자는 그 사실을 안 때까지의 보험료를 청구할 수 있다. 다만, 인보험(人保險)에서 보험수익자를 위하여 적립한 금액은 보험계약자에게 지급하여야 한다.

확장하는 것은 지나치게 급격한 변경이라는 점 등을 고려하면, 이러한 사정에 변화가 생기기 전에 가까운 시일 내에는 현행법의 태도를 유지하는 것이 바람직하다고 생각되고, 다만 경과실에 대해서 장래를 향한 조정을 위해 해지권과 계약변경권을 부여하는 방안은 생각해 볼 수 있다.

현재 고지의무 위반의 효과로 면책 외에 보험금의 비례적 감액을 인정하는 법제는 프랑스, PEICL, 영국 법개정위원회의 개정안 등이 있고, 독일과 일본의 경우 개정시 도입 여부가 논란이 되었으나 결국 도입하지 않는 것으로 결론이 내려졌다. 우리나라도 만약 주관적 요건을 경과실까지 확장하지 않는 이상에는, 일본과 마찬가지로 비례보상 여부는 중과실의 경우에만 논의될 수 있다. 고의와 중과실의 경계가 명확하지 않고, 중과실로 판단되는 사안이 실제로 많지 않다는 점을 고려하면 중과실에 대해 도입할 실익은 크지 않은 것으로 보인다. 만약 고지의무 위반을 경과실로 확장할 경우에는 비례보상주의 도입 여부를 검토해 볼 수 있을 것이다. 그러나 경과실로 확장하더라도 장래효만 있는 해지권과 계약변경권만을 인정하고, 보험계약자의 보호를 위해 보험금의 면제나 감액은 인정하지 않는 것이 바람직하다고 생각한다.

투고일 2011. 8. 12	심사완료일 2011. 9. 8	계재확정일 2011. 9. 8
-----------------	------------------	------------------

참고문헌

- 김선정, “일본 보험법상 고지의무제도의 개혁”, **기업법연구**, 22권 4호, 2008.
- 김성태, “프랑스보험계약법상의 고지·통지의무”, **경희법학**, 제21권 제1호, 1986.
- 양창수, **독일민법전**, 박영사, 2008.
- 이필규·최병규·김은경, **2009년 독일 보험계약법 (VVG)**, 세창출판사, 2009.
- 한기정, “고지의무의 수동화”, **비교사법**, 제46호, 2009.
- 山下友信, **保險法**, 有斐閣, 2005.
- 萩本修 外 4人, “保險法の 制定の 経緯と 概要”, **保險法立案關係資料** (萩本修 編著, 商事法務, 2008).
- 法務省民事局參事官室, “保險法の 見直しに關する中間試案の補足説明”, **保險法立案關係資料** (萩本修 編著, 商事法務, 2008).
- Bigot et al, *Traité de Droit des Assurances*, Tom3 Le Contrat D'assurance, L.G.D.J., 2002.
- Birds, *Modern Insurance Law*, 8th ed, 2010.
- Blair/Walker, *Financial Services Law*, Oxford University Press, 2006.
- Bonnard, *Droit des assurances*, LexisNexis, 2007.
- The Drafting Committee (Jürgen Basedow, John Birds, Malcolm Clarke, Herman Cousy, Helmut Heiss in co-operation with Leander D. Loacker) ed., *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, Sellier, 2009.
- Gesetzentwurf der Bundesregierung*, BT-Drucks. 16/3945, 2006.
- Hasson, “The Doctrine of Uberrima Fides in Insurance Law: a Critical Evaluation”, (1969) 32 M.L.R. 615.
- Law Commission, *Insurance Law Non-disclosure and Breach of Warranty*, Law Com No 104, 1980.
- Law Commission, *Insurance Contract Law Misrepresentation and Non-disclosure*, Issues Paper 1, 2006.
- Law Commission, *Insurance Contract Law: Misrepresentation, Non-disclosure and Breach of Warranty by the Insured*, Consultation Paper No 182, 2007.
- Law Commission, *Consumer Insurance Law : Pre-contractual Disclosure and Misrepresentation*, 2009.

378 『서울대학교 法學』 제52권 제3호 (2011. 9.)

Legh-Jones et al, *MacGillivray on Insurance Law*, 11th ed, 2008.

Schimikowski, in Rüffer/Halbach/Schimikowski, *Versicherungsvertragsgesetz*, Nomos,
2008.

<Abstract>

The Reform of the Duty of Disclosure in Insurance Contracts

Han, Ki Jeong*

The recent reforms of insurance contracts law in some leading countries have been focused mainly on protecting consumer insureds. Referring to those reforms, this article tries to analyse and review the current duty of disclosure stipulated in the Korean Commercial Code sec. 651, and suggest its desirable reform. As the reason for consulting foreign legislatures is to turn to them just for guidance, our proposals about reforming the above sec. 651 should give full considerations to our insurance circumstances, practices and cases. The contents of this article are as follows : the analysis and review of the existing duty of disclosure, recent developments of leading legislatures, the present position of our law in comparison of those legislatures, and some proposals for reforming our law.

This article deals with whether or not to extend actionable non-disclosure or misrepresentation to negligent one. Only fraudulent or grossly negligent one is actionable under the current law. It is suggested that the current law be maintained for the time being. The main reason is that such an extension may be against the protection of consumer insureds. Next, this article deals with whether or not to introduce the proportionate remedies to grossly negligent non-disclosure or misrepresentation. Such remedies are adopted by France, PEICL, and reform proposals by the English Law Commission, while rejected by German and Japan. The benefits of proportionate remedies are not obvious to our law, where the distinction between fraud and gross negligence is difficult and there seem to be few that might be categorized into grossly negligent non-disclosure or misrepresentation. The choice of proportionate remedies may be on the table only if negligent non-disclosure or misrepresentation becomes actionable.

Keywords: insurance contracts, the protection of insureds, the duty of disclosure, the subjective requirements, rescission, discharge, proportionate remedies, the change of contracts, the return of premiums

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.