

〈 특 집 〉

## 告知義務에 관한 고찰

— 대법원판례의 동향과 이에 대한 비판을 중심으로 —

鄭 浩 烈\* · 韓 基 貞\*\*

### I. 머리말

고지의무는 보험계약을 다른 계약으로부터 구별짓는 징표의 하나일 뿐만 아니라, 이 의무의 제대로 된 이행은 보험계약의 체결과정에서 있어 가장 중요한 몫을 차지하고 있다고 해도 과언이 아니다. 그리고 보험분쟁의 다수, 특히 인보험분쟁의 태반이 이 의무의 제대로 된 이행 여부와 관련이 있어<sup>1)</sup> 보험법 이론과 실무 모두에 있어 고지의무에 관한 법리는 엄청난 중요성을 가지고 있다.

고지의무는 보험계약의 체결 후에 계약상의 효과로서 보험계약자 등이 부담하는 의무가 아니라, 전형적인 법정 의무에 속한다. 고지의무는 보험계약의 최대선의성 내지 계약당사자 사이의 정보의 불균형을 고려하여 보험법이 특히 인정한 전계약적(前契約的) 의무이기 때문이다.

그리고 고지된 내용은 그 자체가 계약의 내용이 되거나 묵시적인 계약조건이 되는 것도 아니다.<sup>2)</sup> 사회경제적 제도로써 보험은 특정한 위험이 보험단체에 가입하기 전에, 법적으로는 개별적 보험계약이 성립하기 전에 보험자가 그 위험의 적격성을 심사하여 이의 인수를 원천적으로 거절하거나 보험료를 높게 책정하는 등의 조건을 부가하는 것을 바탕으로 하기 때문이다. 다수계약이며 최대선의계약인 보험계약의 성격은 보험계약자에게 위험심사를 위한 기초자료를 제공할 의무를 부과하고<sup>3)</sup> 보

\* 成均館大學校 法科大學 教授

\*\* 翰林大學校 法學部 教授

1) 양승규, 고지의무에 관한 고찰, 서울대 法學 제26권 제1호, 156면.

2) Raoul Colinvaux, *The Law of Insurance*, Par. 5-02, p. 89.

3) 상법 제651조가 보험계약자 측에게만 고지의무를 부담시키는 데 비해 영미법의 경우에는 보험자도 이 의무를 부담한다고 새기고 있는 점은 보험계약의 최대선의성이 보험계약의 당사자 모두에게 요구되는 바임을 나타낸다. Ivamy, *General Principles of Insurance Law*, p. 174 참조.

험자는 고지사항에 의거하여 위험인수 여부와 그 조건을 정하게 된다.

이와 같이 고지의무와 그 이행은 위험단체구성의 전제로서 보험제도의 기반을 이루는 것이지만, 이를 보험자와 보험계약자의 대립구조의 측면에서 파악할 때에는 고지제도는 보험자의 이익으로 돌아간다고 할 수 있다. 특히 보험가입자 측의 고지의무위반에 보험대리점이나 보험모집인이 가세하여 이루어지는 경우가 없지 않고, 그리고 보험계약법의 지식이 얕은 보험계약자에게 고지를 일임해 놓고 상당한 시일이 지나 보험사고가 발생하는 때에 와서야 비로소 보험자가 고지위반을 들어 보험금지급을 거절하는 것이 불합리한 것으로 생각될 수도 있다. 여기에서 고지의무와 그 이행을 둘러싼 분쟁에 있어 보험자와 보험계약자 사이의 합리적인 이익조정 문제가 심각하게 대두되는 것이다.

이러한 전체적인 맥락 하에서 이 글은 고지의무에 관한 법리를 간략하게 개관하면서, 우리나라 대법원 판결례들을 추적하여 그 흐름을 파악하고 비판하는 것을 목적으로 한다. 이 작업에 있어 필자들이 특히 염두에 두고자 하는 것은 사회경제적 제도로서의 보험의 본질과 보험계약법의 기본원리이다. 이하 고지의무의 제도적 근거, 내용, 고지위반의 요건, 그리고 위반의 효과 순으로 논의를 진행한다.

## II. 고지의무의 개념

### 1. 의의

상법 제651조 본문은 “보험계약당시에 보험계약자 또는 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로 인하여 중요한 사항을 고지하지 아니하거나 부실의 고지를 한 때에는 보험자는 그 사실을 안 날로부터 1월내에, 계약을 체결한 날로부터 3년내에 한하여 계약을 해지할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이처럼 상법은 不告知와 不實告知를 ‘고지의무위반으로 인한 계약해지’라는 제목하에 요건과 효과 면에서 동일하게 취급하고 있다. 이하에서는, 특별한 언급이 없으면, 고지의무는 ‘고지할 의무’(the duty to disclose)와 ‘부실고지를 하지 아니할 의무’(the duty not to misrepresent) 모두를 포함하는 것으로 한다.

### 2. 법적 성질

보험계약상 고지의무 위반의 효과는 보험자가 보험계약을 解止할 수 있을 뿐이고(상법 제651조 본문), 고지의무자에게 그 이행을 강제하거나 또는 불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 없다. 따라서, 고지의무는 보험계약의 효과로서 부담하는 것이 아니라 보험계약의 전제조건으로 부담하는 間接義務이고, 고지의무자가 자기의 불이익을 방지하기 위한 自己義務이다.<sup>4)</sup>

### 3. 인정근거

#### (1) 학설의 대립

상법 제651조가 보험계약상의 고지의무를 인정하는 근거가 무엇인가에 대해서 다양한 학설이 주장되어 왔다. 일반계약법리로 설명하는 의사합치설, 일반착오설, 담보설, 신의성실설, 선량한 풍속설이 있고, 보험자와 보험계약자 사이의 특별한 관계에서 비롯된 것으로 보는 입장으로는 최대선의설, 계약당사자의 평등성설, 사행적 성질설(선의설), 보험계약의 특수성설이 있고, 고지의무의 근거를 보험사업의 경제적 특수성에서 찾는 입장으로는 위험공동체설과 기술적 기초설(기술설, 위험측정설) 등이 주장되고 있다.<sup>5)</sup> 우리나라에서는 기술설과 함께 선의설을 지지하는 견해와<sup>6)</sup> 기술설을 지지하는 견해가<sup>7)</sup> 대립한다. 이하에서는 기술설을 소개하고 영미에서 주장되는 ‘계약당사자 불평등성설’에 대해서 논의하고자 한다.

한 가지 염두에 둘 것은, 만약 보험계약에서 고지의무 위반이 있으면 착오의 법리에 관한 민법 제109조의 요건이 충족되는 것으로 보면서 다만 민법 제109조는 배제하고 상법 제651조만 적용되어야 한다고 보는 입장을 취하게 되면,<sup>8)</sup> 고지의무의 인정근거에 관한 앞의 학설들은 의미를 잃게 될 수 있다는 점이다. 그 학설들은 일반계약에서는 인정되지 않는 고지의무가 왜 보험계약에서 인정되어야 하는지에 대한 이유로 제시된 것이다.<sup>9)</sup> 그런데, 위의 입장을 택하게 되면, 민법 제109조는 표의자의 상대방(즉, 불고지자 또는 부실고지자)의 고의나 과실을 주관적 요건으로 하지 않지만,<sup>10)</sup> 상법 제651조는 고의나 중대한 과실로 인한 불고지나 부실고지만 고지의무 위반으로 보기 때문에, 결국 일반계약에서의 불고지나 부실고지가 보험계약에서의 불고지나 부실고지에 비해서 책임이 더 무겁게 되고 만다. 그렇다면, 고지의무 인정근거에 관한 논의는 방향을 달리해야 하는 것이다. 요컨대, 보험계약에서의 고지의무 위반이 민법 제109조의 요건을 충족시킬 수 없거나 또는 예외적으로만 충족시킬 수 있다고 해야만, 위 학설들은 의미를 갖게 된다. 참고로 영미에서는, 보

4) 양승규, **보험법**, 제3판, 116-117면.

5) 최기원, **보험법**, 신정판, 133-142면 참조.

6) 양승규, **보험법**, 117-118면; 정찬형, **상법강의(하)**, 503-504면.

7) 채리식, **상법강의(하)**, 458면; 최기원, **보험법**, 142면.

8) 보험계약에서 고지의무 위반이 있으면 민법 제109조의 요건이 충족되는 것으로 볼 수 있는가에 대해서는 다툼이 있다. 긍정하는 견해로는, 정찬형, **상법강의(하)**, 512면. 부정하거나 극히 제한적으로 긍정하는 견해로는 김시수, 보험계약에 있어서의 고지의무, **사법논집**, 제10집, 341면; 정호열, 고지의무위반의 효과, **법조**, 제33권 12호, 79면.

9) 최기원, **보험법**, 134면.

10) 민법 제109조의 범문상으로 그러하다. 다만 일부 학설은, 표의자의 상대방의 예견가능성을 요건으로 하자는 견해를 제시하고 있다. 이에 대해서는, 이은영, **민법총칙**, 523-524면.

험계약의 부실고지 책임이 일반계약의 그것에 비해서 무겁지 않기 때문에,<sup>11)</sup> 고지 의무의 인정근거는 고지할 의무(the duty of disclosure)와 관련하여 논의되고 있다.<sup>12)</sup>

## (2) 技術說

기술설은, 보험단체를 구성하는 위험의 동질성을 확보하는 것이 보험사업의 기술적 기초라는 전제 하에, 위험의 동질성을 확보하기 위해서는 위험을 정확하게 측정해야 하고, 이를 위해서는 보험자가 중요사항을 알고 있어야 하고, 이를 위해서는 보험계약자에게 고지의무를 부담시켜야 한다고 본다.

위험의 동질성 확보라는 大前提 자체는 보험의 본질적 요소에 해당하므로 그 타당성을 인정할 수 있다. 그런데, 중요사항을 아는 것이 보험사업의 성공을 위해서 절대적으로 필요한 것이라면, 보험자가 스스로의 책임 하에 중요사항을 알기 위해서 질문·조사를 하고 보험계약자는 이에 성실하게 응해야 한다고 할 수는 없을까 하는 의문이 떠오른다. 만약 보험자가 중요사항에 대해서 질문을 했음에도 불구하고 보험계약자가 부실고지를 했다면 고지의무 위반으로 다루는 데 문제가 없다. 하지만, 보험자는 이러한 노력이 없고,<sup>13)</sup> 보험계약자는 자발적으로 고지할 의무(the duty of disclosure)를 부담하는 이유에 대해서 기술설로는 설명이 없다. 요컨대, 기술설은 보험자가 중요사항을 인지하는 데 있어서 보험자와 보험계약자 사이의 역할이나 위험 분담에 대해서는 설명하기 곤란하다. 이와 같은 의문 때문에 영미에서 주장되는 계약당사자 불평등성설을 주목할 필요가 있다.

## (3) 契約當事者 不平等性說

영국과 미국에서는 계약당사자 불평등설이 고지할 의무(the duty of disclosure) 인정근거로 유력하게 논의되어 왔는데,<sup>14)</sup> 기술설의 의문에 대한 답이 어느 정도 될

11) 영국에서는, 일반계약에서 이미 발달되어 있는 부실고지의 법리를 보험계약에도 적용하였고, 그 결과 일반계약에서나 보험계약에서나 무과실로 인한 부실고지에 대해서 책임을 지운다. 미국에서는, 영국과 마찬가지로 입장을 택하는 주도 있고, 일반계약법이 무과실에 의한 부실고지도 책임을 인정하지만 보험계약법은 고의·과실로 인한 부실고지 또는 고의로 인한 부실고지에 대해서만 책임을 묻는 주도 있다.

12) Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 2nd ed.은 부실고지 법리의 인정근거에 대해서 특별한 언급이 없지만 불고지 법리의 인정근거는 pp. 549-551에서 제시하고 있다.

13) 상법 제651조 단서(보험자의 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우 해지권 제한)를 근거로 해서 보험자에게 일반적인 질문·조사의무를 부과하는 견해는 찾을 수 없다.

14) Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 2nd ed., p. 550. 이와 달리, 보험계약은 최대선의의(uberrimae fidei)계약이므로 고지의무를 부담해야 한다고 보는 최대선의설을 취하는 판례로는 예를 들면 *Looker v. Law Union & Rock Insurance Co.* [1928] 1 K.B. 554, 559 per Acton J.

수 있을 것으로 판단된다. 계약당사자 불평등성설은, 고지할 의무(the duty of disclosure)의 인정근거를 보험자와 보험계약자 사이의 특별한 관계, 즉 보험계약자가 중요사항을 알고 보험자는 모르는 것이 일반적이라는 점에서 찾고 있다. Mansfield경이 영국의 해상보험법을 정립하던 18세기에는 이미 출항한 선박과 화물에 대해서 해상보험계약이 체결되던 것이 보통이어서,<sup>15)</sup> 보험자가 중요사항에 대해서 일일이 질의·조사하기 곤란하였고, 보험의 전문가가 아니라 錢主에 불과했던 보험자보다 보험계약자인 船主나 貨主는 중요사항에 대해서 더 잘 알았기 때문에, 보험계약자에게 자발적으로 고지하도록 강제했던 것이다. 고지의무의 정도(extent)는 매우 높은 것이어서, 보험계약자는 무과실로 인한 불고지에 대해서도 고지의무 위반의 책임을 져야 했다.<sup>16)</sup> 무과실 책임을 진다는 것은, 사실에 대한 인식이 있다는 것을 전제로 하고, 그 사실의 중요사항 해당성에 대한 인식이 무과실로 없는 경우에도 책임을 진다는 의미이다.<sup>17)</sup> 이 점이 영국 판례법에서 해상보험계약을 最大善意契約(the contract of the utmost good faith, the contract of uberrima fides)이라고 일컬었던 한 이유가 되었던 것이다.<sup>18)</sup> 이러한 해상보험에서의 고지의무의 정도(extent)는 다른 보험에도 똑같이 적용되었다.<sup>19)</sup>

그런데, 18세기의 해상보험환경에 적합하던 불고지 법리가 보험환경이 상이한 여타 보험에도 적용되었던 것은 적절치 못한 것이었다.<sup>20)</sup> 영국의 보험판례법을 계수한 미국이 영국의 불고지 법리를 해상보험에만 적용하고 여타 보험에서는 고의에 의한 불고지에만 책임을 묻는 것으로 고지의무의 정도(extent)를 감경하였던 것은 우연이 아니다.<sup>21)</sup> 따라서, 미국에서 보험계약자의 고지의무는 최대선의의무가 아니고 善意義務(the duty of good faith)에 해당한다.<sup>22)</sup> 게다가, 현재의 보험환경은 급

15) Parkington et al., *MacGillivray and Parkington on Insurance Law*, 8th ed., para. 721.

16) *Carter v. Boehm* (1766) 3 Burr 1905.

17) 무과실로 사실에 대한 인식이 없는 경우에도 불고지의 책임이 있다는 것은, 보험계약자가 중요한 사항을 알고 있고 보험자는 그렇지 못하다고 하는 고지할 의무(the duty of disclosure)의 인정근거에 배치되는 것이다. 과실로 사실을 인식하지 못한 경우에 보험계약자의 책임을 인정할 것인가에 대해서 영국에서는 논란이 있고 미국에서는 책임을 부정한다: Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 2nd ed., pp. 576-583.

18) *Carter v. Boehm* (1766) 3 Burr 1905.

19) *London Assurance v. Mansel* (1879) 11 Ch. D. 363, 367 per Jessell MR.

20) 이에 관한 선구적인 논문으로는, Hasson, *The Doctrine of Uberrima Fides in Insurance Law: a Critical Evaluation*, (1969) 32 M. L. R. 615.

21) 45 C. J. S., §538, at p. 303. 다만, 캘리포니아보험법(California Insurance Code) 제331조는 해상보험법리를 일반보험에도 적용하여 무과실로 인한 불고지도 책임을 묻는다.

22) 미국의 일반계약법은 영국의 그것과 달리 고의에 의한 불고지에 대해서 고지의무자가 책임을 지도록 한다는 점에서, 보험계약법의 불고지와 일반계약법의 불고지는 차이가 없는 듯하다. 하지만, 보험계약법에서는 보험자에게 일반적 질문·조사의무가 없지만,

속도로 변화하여 18세기의 해상보험은 물론이고 19세기 및 20세기 중기까지의 보험환경과는 현저히 다르다. 보험기술의 향상은 보험자가 중요사항에 대해 질문·조사할 능력을 제고했고, 그 결과 보험자의 중요사항에 대한 접근가능성(accessibility)은 과거와 현저히 다르다. 보험자가 조사하면 보험계약자보다 중요사항을 더 잘 파악할 수도 있고, 질문표를 통해서 중요사항을 손쉽게 이끌어 낼 수도 있다. 보험기술의 발달로 인한 중요사항의 세분화·전문화 수준은 보험계약자의 중요사항 인식의 한계를 넘어선 지 오래여서, 보험계약자에게 중요사항에 대한 자발적 고지를 기대하기는 어려워졌다.

그렇다면, 보험계약자의 고지할 의무(the duty of disclosure)를 완전히 폐지할 정도로 중요사항에 대한 계약당사자의 불평등성은 완전히 해소될 수 있는 것이고 그렇게 하는 것이 바람직한 것인가? 보험자에게 일반적 조사의무를 강제하는 것은 과도한 비용과 시간이 소요될 것이기 때문에 보험자와 보험계약자 모두에게 부담이 된다. 또한, 위험이라는 것이 가시적인 것이 아니고 보험계약자가 아니면 알 수 없는 것이 많아서 완벽한 조사를 기대하기도 어렵다.<sup>23)</sup> 한편, 보험자에게 일반적 질의의무를 강제하는 것이 과도한 비용과 시간이 소요된다고 보기는 어렵다. 실무상 정형화된 대중보험에서는 질문표가 일반적으로 사용되고 있는 형편이다.<sup>24)</sup> 그렇다면, 보험자가 중요사항에 대해서 질문하지 않으면 고지의무가 없는 것으로 하는 것이 항상 바람직한가?<sup>25)</sup> 그렇지 않다고 본다. 신중한 보험자라면 일반적으로 중요사항이라고 판단하는 것에 대해서는 보험자에게 질의의무를 부과할 수 있다. 그러한 사항들은 정형화되어 있으므로 보험자도 부담을 느끼지 않을 것이다. 하지만, 일반적으로 중요사항이라고 여겨지는 것이 아니면서 보험계약자만이 알고 있는 특별한 위험도 얼마든지 있을 수 있다.<sup>26)</sup> 이러한 사실에 대해서까지 질문의무를 부과하는 것은 현실적으로 지나치다. 요컨대, 보험계약에서 보험자에게 일반적 조사의무를 부

---

일반계약법에서는 그러한 의무가 부여되어 있다는 점에서 차이가 있다. 자세한 것은: Ki Jeong Han, Principles of Non-disclosure in American Law, *Korean Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, p. 119.

23) 예를 들면, 살해위험을 받고 있는 자가 생명보험을 가입한 경우에 그 살해위험이라는 위험은 보험자의 일반적 조사로는 드러나지 않는다. 살해위험의 불고지를 중요사항의 불고지로 본 사례로는, *New York Life Insurance Co. v. Bacalis*, 94 F. 2d. 200 (5 cir., 1938).

24) 해상보험이나 재보험 등 기업보험에서는 정형화된 질문표가 사용되지 않는 경우도 있을 것이다.

25) 스위스보험계약법 제4조 제1항은 이러한 취지에서 규정한다.

26) 살해위험을 받은 후 생명보험 가입(*New York Life Insurance Co. v. Bacalis*, 94 F. 2d. 200 (5 cir., 1938)); 방화위험을 받은 후 손해보험 가입(*First Tennessee Bank v. US Fidelity & Guaranty Co.*, 829 S.W. 2d. 144 (Tenn., 1991) 등을 상상해 보자. 이러한 예는 무수히 많다.

과하는 것은 바람직하지 않으며, 일반적 질문의무를 부과하는 것이 타당한 방향이라고 생각되지만 보험자가 일반적으로 질의하기 어려운 부분에 대해서는 고지의무를 여전히 견지할 필요가 있을 것이다. 영국보험협회는 불고지의 법리를 가계보험의 보험계약자에게 유리하게 수정하여 ‘보험관행선언’(the Statements of Insurance Practice)이라는 자율규제협정을 제정·시행하고 있다.<sup>27)</sup> 이에 따르면, 보험자가 일반적으로 중요하다고 여기는 사항에 대해서 질문을 하지 않으면 고지의무 위반의 책임을 물을 수 없다.<sup>28)</sup> 다만, 그 밖의 중요사항에 대해서는 과실로 인한 불고지에 대해 책임을 묻고 있다.<sup>29)</sup>

#### (4) 결어

요컨대, 보험계약자의 고지할 의무(the duty of disclosure)를 폐지할 정도로 중요사항에 대한 계약당사자의 불평등성이 완전히 해소될 수 있는 것도 아니고, 그렇게 하는 것이 현단계에서 바람직하지도 않은 것으로 판단된다. 따라서, 계약당사자의 불평등성은 보험계약자의 고지할 의무를 계속 인정하게 되는 근거로 여전히 의미가 있다고 판단된다. 다만, 당사자 불평등설만으로는 고지할 의무의 인정근거로 약하다. 왜냐하면, 중요사항에 관한 계약당사자의 불평등성이 다른 계약과는 달리 왜 보험계약에서 특별히 해소되어야 하는지에 대해서 설명하기 어렵기 때문이다. 이에 대해서는 기술설로 보완할 수 있을 것이다. 즉, 위험의 동질성 확보는 보험의 본질적 요소이고, 이를 위해서는 보험자가 중요사항을 알아야 하고, 이를 위해서는 중요사항에 관한 계약당사자의 불평등성이 해소되어야 하는 것이다. Parkington은 기술설과 보험계약자 불평등성설을 병행하여 고지할 의무(the duty of disclosure)의 인정근거로 제시하고 있다.<sup>30)</sup>

27) 앞에서 살핀 것처럼 불고지에 대한 영국의 판례법은 보험계약자에게 매우 불리하다. 이에 대한 학계 및 시민의 비판이 오랫동안 있어왔고, 이에 부응하여 정부가 고지의무를 비롯하여 보험계약자에게 불리하다고 비판받아온 판례법을 개정하여 입법화하려는 움직임이 있었다. 영국보험자협회는 입법 대신에 자율규제협정을 제정하여 자율적으로 준수하겠다는 조건으로 의회에 로비를 한 결과 성공하였다. 보험관행선언은 이러한 과정을 거쳐서 1977년에 탄생되었는데, 현재 영국보험협회소속의 보험자들에 의해서 비교적 잘 준수가 되고 있지만, 입법화해야 한다는 견해가 강하다: Parkington et al., *MacGillivray and Parkington on Insurance Law*, 8th ed., para. 726.

28) General Statement of Insurance Practice para. 1(d) and Long-Term Statement of Insurance Practice para. 1(c), respectively.

29) General Statement of Insurance Practice para. 2(b) and Long-Term Statement of Insurance Practice para. 3(a), respectively.

30) Parkington et al., *MacGillivray and Parkington on Insurance Law*, 8th ed., para. 720: “The viability of the insurer’s business depends upon an accurate computation of the contingency of loss and the risk undertaken, and therefore the assured cannot in all fairness and good sense expect the insurer to perform his side of the

### Ⅲ. 고지의무의 내용

#### 1. 당사자

##### (1) 고지의무자

고지의무를 부담하는 자는 보험계약자와 피보험자이다(상법 제651조 본문).

##### (가) 보험계약자

보험계약자가 여러 사람인 경우에 각자가 고지의무를 부담하지만,<sup>31)</sup> 모든 사람이 일일이 고지를 해야 할 필요는 없다.<sup>32)</sup> 대리인에 의해서 보험계약을 체결하는 경우에 그 대리인도 고지의무를 부담하게 되고, 이때 대리인은 본인이 알고 있는 중요사항뿐만 아니라 대리인이 스스로 알고 있는 중요사항도 고지해야 한다(상법 제646조).

##### (나) 피보험자

보험계약의 주체인 보험계약자가 고지의무를 부담하는 것은 당연하지만, 피보험자가 고지의무를 부담하는 것은 논의가 필요하다. 피보험자의 개념은 손해보험과 인보험에 따라서 다르므로 나누어 논의한다.

인보험의 피보험자는 보험의 목적(the subject-matter of insurance, versicherte Sache)이 되는 자를 말한다. 즉, 생명·신체가 보험사고발생의 객체가 되는 자를 말한다. 인보험에서 보험계약자와 피보험자가 다를 수 있는데, 보험계약자가 피보험자의 동의를 얻어서 타인의 인보험을 가입한 경우에 그러하다(상법 제731조 제1항). 여기서 피보험자가 고지의무를 부담하는 이유를, 피보험자는 자신의 생명·신체에 관한 중요사항을 가장 잘 아는 자라는 점에서 발견할 수 있다. 인보험의 보험수익자는 보험금청구권을 갖는 자인데(상법 제733조, 제734조), 상법 제651조의 고지의무의 당사자에 포함되어 있지 않다.

손해보험의 피보험자는 보험금청구권을 갖는 자인데, 해석론상 고지의무의 당사자에 포함시킨다.<sup>33)</sup> 그런데, 타인을 위한 손해보험에서 보험금청구권자인 피보험자가 고지의무를 부담하는 것은 인보험의 보험금청구권자인 보험수익자가 고지의무를 부담하지 않는 것과 형평성의 문제가 발생할 수 있다. 인보험의 보험수익자와 손해보험의 피보험자가 동일한 지위를 갖는가를 검토해야 하는데, 다음과 같은 이유에서 동일한 지위에 있지 않다.

인보험에서 보험금청구권자인 보험수익자는 보험계약자가 임의로 지정할 수 있다

---

bargain if he is deprived of the information he needs to estimate the risk, of which he is ignorant and the assured is not.”

31) 양승규, **보험법**, 118면; 최기원, **보험법**, 143면.

32) 최기원, **보험법**, 143면.

33) 양승규, **보험법**, 118면.



(상법 제733조 제1항). 다만, 타인의 인보험에서 보험계약자가 보험수익자를 지정하거나 변경하면서 그 타인을 보험수익자로 하지 않으려 할 때에는 그 타인의 서면 동의를 얻어야 한다(상법 제734조 제2항, 제731조 제1항). 이는 보험수익자의 도덕적 위험을 막기 위한 것이다. 결국, 인보험에서 피보험자와 보험수익자가 다를 때, 보험수익자가 피보험자에 대해서 혈연관계나 경제적 이해관계를 가질 것을 요구하지는 않고 서면동의만 받도록 하고 있다.<sup>34)</sup> 반면, 손해보험의 경우는 피보험자가 보험의 목적에 대해서 보험사고의 발생 여부에 따라 경제적 이익을 갖고 있어야 한다(상법 제668조). 즉, 피보험자는 보험의 목적에 대해서 보험사고가 발생하지 않음으로 인하여 피보험자가 갖는 경제적 이익, 즉 피보험이익이 있어야 한다. 결국, 손해보험의 피보험자와 인보험의 보험수익자는 보험의 목적과의 관련성에서 동일하다고 볼 수 없다. 보험의 목적에 대해서 경제적 이익이 있다면 그렇지 않은 경우에 비해서 중요사항에 관해 더 잘 알고 있을 가능성이 일반적으로 높을 것이다.

또 하나의 문제는, 타인을 위한 손해보험계약이 피보험자의 위임이 없이 체결된 경우에도 그 피보험자는 고지의무를 부담해야 한다고 보아야 하는가? 보험계약자가 피보험자에게 보험계약의 체결을 통지하지 않으면 고지의무를 부정하는 견해가 있다.<sup>35)</sup> 생각건대, 피보험자가 자신을 위한 손해보험이 체결되었다는 사실을 전혀 모르는데 고지의무 위반을 문제삼는 것은 지나친 것은 사실이다. 하지만, 보험계약자의 피보험자에 대한 보험계약체결의 통지 여부는 보험계약자와 피보험자 사이의 구체적 사정에 달린 것으로서 보험자가 예측할 수 있는 것이 아니므로, 그에 따라서 고지의무의 당사자가 달라지는 것은 무리일 것이다. 또한, 타인을 위한 손해보험의 경우 타인의 위임이 없으면 보험계약자는 보험계약체결을 피보험자인 타인에게 알려야 하고 그러한 고지가 없으면 타인이 그 보험계약을 체결되었다는 사실을 알지 못하였다는 사유로 보험자에게 대항하지 못한다는 상법 제639조 제1항 단서에도 어긋난다. 타인의 위임이 없다는 점을 보험계약자가 보험자에게 통지하였음에도 불구하고 보험자가 피보험자에게 고지의무의 이행을 요구하지 않은 경우에만 피보험자의 고지의무를 부정하는 것이 타당하다.<sup>36)</sup>

## (2) 고지의 상대방

고지의 상대방은 ‘보험자’와 그를 위해서 고지수령권을 갖는 ‘대리인’이다.<sup>37)</sup> 보험

34) 다만, 인보험에 있어서도 피보험이익의 관념을 인정하자는 견해도 있다. 양승규, **보험법**, 439-440면은, 인보험계약에서도 보험계약자 또는 보험수익자는 피보험자와의 사이에 혈연 또는 경제적 이해관계가 있을 것을 요건으로 하자고 제안한다.

35) 정찬형, **상법강의**(하), 505면.

36) 최기원, **보험법**, 143면.

37) 양승규, **보험법**, 119면.

모집인, 보험대리점, 보험중개인과 같은 보험판매보조자가 고지수령권을 갖는가에 대해서는 논의가 필요하다.

### (가) 보험모집인

#### (a) 해석론

보험모집인은 “보험사업자를 위하여 보험계약의 체결을 중개하는 자”(보험업법 제145조)이다. 보험모집인은 보험계약의 체결을 중개하는 사실행위를 하는 자이므로, 보험자를 위하여 계약체결의 대리권을 행사할 권한이 없는 것이 원칙이다.<sup>38)</sup> 이러한 점에서 고지사항에 대한 보험모집인의 知·不知는 보험자의 知·不知와 동일시 되지 않고, 따라서 보험모집인에게 고지수령권을 인정할 수 없다고 보는 부정설이 있다.<sup>39)</sup> 이와 달리, 보험모집인에게 고지수령권이 있다고 해석하자는 긍정설이 있다.<sup>40)</sup> 한편, 건물화재보험이나 자동차보험처럼 정형화된 대중보험의 경우 보험모집인에게 고지수령권이 있는 것으로 해석하자는 제한적 긍정설이 있다.<sup>41)</sup>

긍정설은, 실제 거래계에서는 보험계약자가 보험자를 대면하지 못하고 보험모집인만을 상대하는 경우가 많은데 보험모집인이 고지사항을 전달하지 않는 경우 보험계약자는 예기치 못한 손해를 입을 위험이 있다는 점을 근거로 하고 있다.<sup>42)</sup> 제한적 긍정설은 정형화된 대중보험의 경우 보험계약자가 보험자를 대면하지 못하고 보험모집인만을 상대하는 현상이 더욱 뚜렷하다는 점을 근거로 하는 것으로 판단된다. 하지만, 입법론으로는 몰라도 해석론적 근거로서 충분하지 않다. 왜냐하면, 긍정설이 말하는 보험계약자의 예기치 못한 손해는 보험업법 제158조에 따라 보험자에게 손해배상책임을 물을 수 있기 때문이다.<sup>43)</sup> 따라서, 계약대리권이 없음에도 불구하고 고지수령권이 있다고 볼 법적 근거가 약하다.

#### (b) 판례 : 대법원 1979. 10. 30. 선고, 79다1234 판결

대법원은 “보험가입을 권유하던 보험자의 외무사원에게 기왕병력을 말한 것으로는 보험자에의 고지라 할 수 없다”고 하여 고지수령권을 부정하고 있으며, 이는 타당하다.

#### (c) 입법론

입법으로 고지수령권을 부여하는 데 대해서, 신중설과<sup>44)</sup> 긍정설이<sup>45)</sup> 대립하는데,

38) 양승규, **보험법**, 99면.

39) 양승규, **보험법**, 99면; 정찬형, **상법강의(하)**, 493면.

40) 김창중, 보험의무원·대리점의 지위, **해상·보험법에 관한 제문제(하)**, 132-133면; 서문각, **상법강의(하)**, 제3전정판, 356면.

41) 최기원, **보험법**, 82면.

42) 김창중, 전제논문, 132-133면.

43) 양승규, **보험법**, 99면. 보험업법 제158조 제1항 본문은 “보험사업자는 그 임원·직원·보험모집인 또는 보험대리점이 모집을 함에 있어서 보험계약자에게 가한 손해를 배상할 책임을 진다”라고 규정하고 있다.

다음과 같은 이유에서 현단계에서는 신중설이 타당하다고 판단된다.

첫째, 만약 보험자가 보험청약서상에 질문표를 작성하여 사용하고 보험계약자가 질문표에 중요사항을 직접 기재한다면 보험계약자의 고지수령권 문제는 발생할 여지가 없다. 문제는 질문표가 사용되지 않은 경우인데, 보험모집인이 중개하는 보험 중에서 그러한 예를 찾기는 어려울 것이다.

둘째, 보험모집인이 보험계약자를 대신하여 질문표에 기재하는 경우가 많이 있는데, 만약 보험모집인이 보험계약자의 고지를 고의 또는 중대한 과실로 따르지 않은 경우에는 고지수령권이 문제된다. 보험모집인이 묻고 보험계약자가 이에 응답하는 경우는 흔하다. 질문표에 대한 기재를 보험모집인에게 위임했다면 보험모집인의 행위에 대해서 보험계약자가 위험을 감수해야 한다는 입론은 지나친 것일까? 물론, 보험청약서나 질문표에 직접 기재하는 것에 어려움을 느끼는 보험계약자가 적지 않은 것은 사실이다. 문맹자인 경우도 그렇지만, 보험청약서나 질문표에는 보험전문적인 용어나 내용을 포함하고 있어서 비문맹자도 그렇게 느낄 수 있다. 그렇다고 해서 이를 이유로 보험모집인에게 고지수령권을 인정하기에는 우리 나라의 보험모집인이라는 직업이 계속성·전문성 면에서 취약하고, 보험모집인과 보험계약자가 결탁하여 보험자를 속이는 사례가 다수이다.<sup>46)</sup> 또한 보험모집인의 고의나 중대한 과실로 인한 허위기재는 보험업법 제158조에 의해서 보험자에게 손해배상청구를 할 수 있도록 하면 어느 정도 보험자와 보험계약자의 이익조정이 될 수 있다고 본다. 보험모집인의 계속성·전문성이 높아지고 건전한 보험문화가 정착되는 시점에서 보험모집인에게 고지수령권을 부여해도 늦지 않을 것이다.

셋째, 보험계약자가 질문표에 기재하여 보험모집인에게 준 후 계약성립 전에 구두 또는 서면으로 질문표 상의 불고지나 부실고지를 수정·보완하여 보험모집인에게 고지하였음에도 불구하고, 보험모집인이 이를 보험자에게 제대로 전달하지 않는 경우도 발생할 수 있다. 질문표의 기재를 수정·보완하고자 할 때의 절차를 명시·설명하지 않으면 보험모집인에게 고지하는 방법 이외의 것을 보험계약자에게 기대하기는 어려울 것이다. 그렇다고 해서 이를 이유로 보험모집인에게 고지수령권을 부여하기는 아직 시기상조이다. 이 경우에 보험계약자가 보험업법 제158조에 따라 보험자에게 손해배상청구를 할 수 있다고 본다.

#### (나) 보험대리점

##### (a) 개설

44) 김선정, 보험모집인의 고지수령권, **상사판례연구II**, 42면 이하. 양승규, **보험법**, 99면은 보험자와 보험계약자가 대면하지 않는 무진사생명보험 등에 대해서는 찬성하고 나머지 보험에 대해서는 신중한 입장을 보인다.

45) 최기원, **보험법**, 82면.

46) 김선정, 전계논문, 54면.

보험업법은 보험대리점을 “보험사업자를 위하여 보험계약의 체결을 대리하는 자”(제2조 제4항)라고 규정한다. 보험자를 위하여 보험계약의 중개를 하는 보험중개 대리점도 인정하는 것이 보통인데,<sup>47)</sup> 만약 보험대리점은 원칙적으로 계약대리점이라고 새긴다면, 보험중개대리점을 인정해도 보험계약자에게 예기치 못한 피해를 줄 염려는 없으므로 인정해도 무방하다.

보험대리점은 원칙적으로 계약대리점으로 볼 수 있는가? 손해보험은 보통 계약기간이 단기여서 신속하게 계약을 체결할 필요가 있으므로 대부분 보험계약대리점이며, 생명보험 등의 인보험은 계약기간이 장기이고 신체검사 등의 기술적인 판정권을 보험자에 유보해야 하므로 일반적으로 보험중개대리점이다.<sup>48)</sup> 그렇다고 해서, 손해보험의 경우 보험계약대리점, 생명보험의 경우 보험중개대리점으로 추정할 정도로 구분이 확실한 것은 아니다. 영국에서도 보험대리점이 계약대리권을 갖는가는 손해보험과 생명보험 중 어느 것을 취급하는가에 의해 결정되지 않는다. 영국 판례법이 취하는 원칙은, 보험대리점에 임시가보험(temporary interim insurance)에 대한 계약대리권은 있고 본계약에 대한 계약대리권은 없는 것으로 추정하는 것이다.<sup>49)</sup> 우리 보험업법도 보험대리점을 “보험사업자를 위하여 보험계약의 체결을 대리하는 자”(제2조 제4항)라고 규정하고 있으므로 보험계약대리점이 원칙이라고 새겨야 한다.

#### (b) 보험계약대리점

보험계약대리점은 보험계약체결의 대리권과 함께 고지수령권도 갖는 것으로 보는 것이 일반적이다.<sup>50)</sup> 따라서, 보험계약대리점이 안 사유는 보험자가 안 것과 동일한 것으로 보게 된다(민법 제116조 제1항, 상법 제646조). 예를 들면, 보험계약자가 보험계약체결 과정에서 고지의무를 위반한 사실을 보험계약대리점이 알고 있었다면 보험자도 이를 알고 있었던 것으로 간주하게 된다. 표현대리에 관한 법리(민법 제125조)도 적용되어, 보험자가 계약대리권을 실제로 부여하지 않은 경우에도 보험자가 본인으로서의 표현책임을 질 수 있다.<sup>51)</sup>

#### (c) 보험중개대리점

중개대리상인 보험대리점은 보험계약체결의 대리권은 없이 중개할 권한만 있고, 계약대리권이 없으면 고지수령권도 없다고 보는 것이 일반적이다.<sup>52)</sup> 이 때문에 보

47) 양승규, **보험법**, 97면; 최기원, **보험법**, 78면.

48) 최기원, **보험법**, 76면; 생명보험에 대해서는 Keeton & Widiss, *Insurance Law*, student ed., 1988, p. 82. 미국이나 영국에서 생명보험 대리점은 일시조건부의 보험계약체결권은 부여하는 것이 보통이다.

49) *Stockton v. Mason* [1978] 2 Lloyd's Rep. 430.

50) 양승규, **보험법**, 97면.

51) 서울고판 1990. 4. 11. 선고, 89나32847.

험중개대리점의 권한을 오인한 보험계약자가 피해를 볼 수 있고, 보험계약자 보호 문제가 대두된다.

첫째, 보험자나 보험대리점이 중개대리상임을 명시하지 않게 되면 계약대리상으로 추정되어 보험자가 표현책임을 질 수 있다. 보험대리점은 계약대리상인 것이 원칙인 것은 이미 논의하였다.

둘째, 보험자나 보험대리점이 중개대리상임을 명시한 경우에 계약대리권은 없지만 고지수령권은 있는 것으로 해석할 수 있을까? 물건관매의 중개대리상도 매매의 목적물의 하자 또는 수량부족 기타 매매의 이행에 관한 통지를 받을 권한이 있으므로(상법 제90조), 이를 보험중개대리점에게 유추적용하자는 견해가 있다.<sup>53)</sup> 이와 달리, 중개대리상의 권한을 단순히 해석에 의해서 확대할 수는 없고 입법으로 해결할 수밖에 없다는 견해가 있다.<sup>54)</sup> 후자에 의해도, 보험업법 제158조 제1항이 “... 보험대리점이 모집을 함에 있어서 보험계약자에게 가한 손해를 배상할 책임을 진다”고 규정하고 있으므로 보험계약자는 보호된다.

#### (다) 보험중개인

##### (a) 개설

보험중개인의 고지수령권은 보험중개인의 법적 지위가 무엇인가에 따라 정해질 문제이다. 보험중개인은 “독립적으로 보험계약의 체결을 중개하는 자”라고 규정하고 있다(보험업법 제2조 제5항). “독립적”은 독립된 상인이라는 의미이지 중립성을 가리키는 것은 아니다. 법문상으로는 명확하게 규정되어 있지 않지만 보험중개인은 ‘보험계약자를 위하여’ 계약체결을 ‘중개’하는 자이고, 보험계약자의 수권이 있는 경우 계약체결의 대리도 할 수 있는 자라고 해석해야 한다.

##### (b) 보험계약자를 위한 일방위탁중개인

보험중개인이 발달한 영미에서는 보험중개인이 보험계약자를 위하여 활동하는 일방위탁중개인이라고 보고 있는데, 우리의 경우도 해석론상 이러한 원칙이 수용되지 않으면 보험중개인의 존재의의는 사라지게 된다.<sup>55)</sup> 법개정을 통해서 이를 명확히 할 필요가 있다.

##### (c) 보험계약자를 위한 계약대리권

보험중개인이 보험계약자를 위한 계약대리권을 갖는 것도 아래에서 보는 것처럼 영미에서는 확립된 원칙이다. 하지만, 보험업법은 보험중개인이 보험계약자를 위해서 계약대리권을 갖는지에 대해서 규정하고 있지 않다. 이에 대해, 보험중개인을 보

52) 양승규, **보험법**, 97면.

53) 양승규, **보험법**, 97면. 동시에 입법적인 해결도 강조한다.

54) 최기원, **보험법**, 78면.

55) 한기정, 보험대리점과 보험중개인의 법적 지위, **한림법학 Forum**, 제7권, 163면 이하.

험계약자를 위한 대리인으로 파악하는 견해가 다수이다.<sup>56)</sup> 이와 달리, 보험중개인이 보험계약자의 이익을 위해 행동하였다고 하여 바로 그의 대리인이라고 할 수는 없고, 명시 또는 묵시에 의해 대리권을 수여한 경우에만 대리인이라고 할 수 있다는 견해도 있다.<sup>57)</sup> 하지만, 보험계약자나 보험자가 명시적으로 반대의 의사를 보이지 않았다면 묵시의 의한 대리권의 수여가 있는 것으로 간주하는 것이 보험계약자 보호를 위해서 바람직하다고 본다. 법개정을 통해서 계약대리권을 명확히 규정하는 것도 필요하다. 보험중개인이 계약대리권을 남용하는 경우도 발생할 수 있는데, 보험중개인에게 영업보증금을 예탁하게 하거나 책임보험에 가입하게 함으로써(보험업법 제150조의 2 제3항) 해결할 수 있다. 보험중개인이 보험계약자를 위한 계약대리권을 갖는다고 해석한다면, 고지의무와 관련된 영국의 판례법을 참고할 만하다.

첫째, 보험계약을 체결하면서 자신이 알고 있거나 알아야만 하는 중요사항에 대해서 보험자에게 고지해야 한다.<sup>58)</sup>

둘째, 보험계약자에게 고지의무와 관련해서 일정한 설명의무를 부담한다. 만약 보험중개인이, 자신이 대리하는 보험계약자가 특정한 중요사항을 인식하고 있다는 점을 알고 있으면 그에게 고지의무에 대한 주의를 환기해야 한다.<sup>59)</sup>

셋째, 원칙적으로 보험계약자에게 고지의무 자체에 대한 주의를 환기할 의무는 없지만, 보험계약자를 대신하여 보험청약서를 작성하는 경우는 청약자가 서명하기 전에 고지의무에 대해서 주의를 환기해야 한다.<sup>60)</sup>

넷째, 보험계약자를 대신하여 보험청약서를 작성하는 경우 정확하게 작성해야 한다. 보험청약서의 정확성에 대한 최종책임은 보험계약자에게 있으므로 실령 보험중개인이 부정확한 기술을 보험청약서에 했다고 해도 보험중개인은 면책된다는 판결도 있다.<sup>61)</sup> 하지만, 부정확한 기술이 보험중개인의 실수나 착오에 기인한 것이고 또한 보험계약자에게 확인을 요구했던 경우에 한해서, 보험중개인의 면책을 인정하는 것이 타당하다는 견해가 유력하다.<sup>62)</sup>

56) 양승규, **보험법**, 98면; 이기수, **보험법-해상법학**, 제4판, 56면; 채리식, **상법강의(하)**, 447면.

57) 최기원, **보험법**, 79면.

58) *Dunbar v. A & B Painters Ltd* [1985] 2 Lloyd's Rep. 616.

59) *McNealy v. Pennine Insurance Co.* [1978] 2 Lloyd's Rep. 18: 이 사건의 보험중개인은 자동차보험계약을 대리하면서, 자신의 보험계약자가 음악가라는 점과 자동차보험에서는 음악가라는 직업이 보험계약자가 고지해야 하는 중요사항에 해당한다는 점을 알고 있으므로, 음악가라는 직업이 중요사항에 해당한다는 점을 보험계약자에게 설명할 의무가 있다고 판시하였다.

60) Merkin & McGee, *Insurance Contracts Law*, D.2.2-26/36.

61) *O'Connor v. Kirby* [1972] 1 Q.B. 90.

62) Birds, *Modern Insurance Law*, 4th ed., p. 187.

#### (d) 보험자를 위한 계약대리권

보험업법 시행규칙 제49조의 11은 제1호에서 보험중개인은 “보험증권을 발행하거나 보험사업자를 대리하여 보험계약의 체결 및 변경 또는 해지의 의사표시를 수령할 권한이 없으며, 보험료의 수령 또는 환급, 보험계약자 등으로부터의 보험계약에 관한 고지 또는 통지사항의 수령”을 할 권한이 없다고 규정한다. 즉, 보험중개인은 보험자를 위한 계약대리권이 없을 뿐만 아니라 계약체결과 관련하여 고지수령권이 없다. 계약대리권이거나 고지수령권이 없음을 명시적으로 규정했고, 보험업법의 강행성을 고려할 때, 보험자와 보험중개인 사이의 계약대리권 수여 등에 관한 특약도 효력이 없다. 그렇다면, 보험자가 보험중개인에 대한 계약대리권 수여 등의 외관을 야기한 경우에 표현대리의 법리를 적용하는 것도 곤란할 것이다. 이는 입법적으로 재고되어야 한다. 왜냐 하면, 보험자와 보험계약자는 계약체결과정에서 직접적으로 접촉할 기회가 거의 없는데, 보험중개인이 보험자를 위해 계약체결대리권을 행사할 수 없다고 보게 되면, 보험계약자가 예상치 못한 피해를 볼 수도 있고 보험자의 편의도 봉쇄하는 것이기 때문이다. 보험자가 보험중개인과 특약을 맺고 계약대리권을 수여하는 것을 배제할 만한 특별한 이유가 없다. 영국 판례법은 보험자가 보험중개인에게 특약으로 제한된 범위내의 계약대리권을 부여하는 것을 인정한다.<sup>63)</sup> 법개정을 통해서, 보험자가 보험중개인에게 계약대리권을 수권하는 것이 가능해지면, 고지수령권도 인정될 수 있을 것이다.

보험중개인이 보험계약자의 대리인이자 보험자의 대리인으로 보험계약을 체결하면 민법상의 쌍방대리금지(제124조)에 위배되는 것인지 문제된다. 보험중개인이 보험계약자의 이익을 위해 중개하는 범위 내에서는 보험중개인이 보험자의 계약체결을 대리한다고 해서 보험계약자에게 피해를 주는 것은 아니다. 게다가, 보험업법시행령은 보험중개인이 보험계약을 중개함에 있어서 “보험사업자로부터 위임받은 권한이 있는 경우에는 그 내용”을 보험계약자에게 교부·설명하도록 하여(제30조의 11 제1항 제4호) 보험계약자를 충분히 보호하고 있다. 영국이나<sup>64)</sup> 미국에서도<sup>65)</sup> 이익충돌현상만 발생하지 않으면 보험중개인의 쌍방대리를 문제삼지 않는다.

## 2. 고지의 시기

고지의 시기는 보험계약 당시이다(상법 제651조). 이는 보험계약의 청약시가 아니라 보험계약의 성립시라고 해석한다. 따라서, 보험계약의 청약시에 중요사항을 고

63) *Stockton v. Mason* [1978] 2 Lloyd's Rep. 430; *Woolcott v. Excess Insurance Co. Ltd* [1979] 1 Lloyd's Rep. 231.

64) *Stockton v. Mason* [1978] 2 Lloyd's Rep. 430.

65) *US Fire Insurance Co. v. Cannon*, 349 F. 2d 941 (8 cir., 1965).

지했다고 해도 성립시까지 중요사항에 변화가 생기면 이를 고지해야 할 의무를 진다.<sup>66)</sup> 영국의 판례와<sup>67)</sup> 미국의 다수 판례도<sup>68)</sup> 이와 마찬가지로의 태도를 취하고 있다.

반대 취지의 미국의 판례도 있는데,<sup>69)</sup> 보험계약의 청약은 보험자가 작성한 보험 청약서에 의하고 그 보험청약서에 중요사항에 관한 질문표를 담고 있는 것이 일반적이고 이 질문표에 응답한 보험계약자가 보험계약의 청약후 성립전의 중요사항 변화가 있으면 스스로 보험자에게 고지할 것을 기대하기는 어렵다는 보험계약자의 곤란한 입장을 고려한 것이다. 보험자가 스스로 작성한 보험청약서에 중요사항에 관한 질문표를 사용하는 경우는, 보험계약의 청약후 성립전의 중요사항 변화가 있으면 보험자에게 고지해야 한다는 문구를 삽입하게 해야 분쟁의 소지를 미연에 방지할 수 있을 것이다.

### 3. 고지의 방법

고지의 방법은 법률상 특별한 제한이 없다.<sup>70)</sup> 서면이든 口頭이든, 또 명시적이든 묵시적이든 문제되지 않는다. 일반 거래에서는 보험자가 작성한 보험청약서가 중요사항에 관한 질문표를 두고 있는 것이 보통이어서 보험계약자는 이에 기재하는 방법으로 고지의무를 이행한다.

### 4. 고지사항

#### (1) 중요한 사항

##### (가) 해석론

고지의무자가 보험자에게 고지할 사항이 중요한 사항이다(상법 제651조). 중요사항을 정하는 것은 사실문제이고 보험의 종류마다 다르며,<sup>71)</sup> 보험전문가의 판단에 따라 결정할 일이다.

중요사항을 결정하는 중요성 기준(the test of materiality)에 관해서는 영국에서 많은 논의가 있다. 영국 해상보험법 제18조 제2항에 의하면, ‘보험료 산정이나 위험인수 여부를 정함에 있어서 합리적인 보험자의 판단에 영향을 미치리라는 것은 중요사항이다’(Every circumstance is material which would influence the judgment

66) 양승규, **보험법**, 120면.

67) *Looker v. Law Union & Rock Insurance Co.* [1928] 1 K.B. 554, 559 per Acton J.

68) *Fjeseth v. New York Life Insurance Co.*, 122 N.W. 2d. 49 (Wis., 1963); *Independent Life Insurance Co. v. Russell*, 80 S.W. 2d 846 (Tenn., 1934)

69) *Mayes v. Massachusetts Mutual Life Insurance Co.*, 608 S.W. 2d. 612 (Tex., 1980).

70) 양승규, **보험법**, 120면.

71) 양승규, **보험법**, 121면.



of a prudent insurer in fixing the premium, or determining whether he will take the risk)라고 규정하고 있다. 여기서 ‘영향을 미치리라’(would influence)의 해석과 관련해서 견해가 대립한다.

첫째, 비결정적 영향설(non-decisive influence test) 또는 인식설(awareness test)은, 신중한 보험자라면 위와 같은 판단을 하기 위해서 알기를 원했으리라는 것을 의미하며, 신중한 보험자가 알기를 원했으리라고 판단되면 계약체결 여부나 조건이 달라지지 않았으리라고 판단되는 경우에도 중요사항이 된다. 비결정적 영향설에서는, 어떠한 사실이 신중한 보험자가 계약체결 여부나 조건을 결정하는 데 결정적인 영향을 주지 않고 다만 그러한 결정을 강화하는 데(reinforcing) 기여하거나, 또는 그 사실만으로는 결정적인 영향을 주지 않지만 만약 다른 사실과 결합하게 되면 결정적인 영향을 줄 수 있는 경우에도(실제로는 다른 사실이 없는 사건에서도) 중요사항으로 되는 것이다.<sup>72)</sup> 영국의 판례는 선례가 비결정적 영향설을 취하고 있다는 점을 들어서 비결정적 영향설을 취하고 있지만,<sup>73)</sup> 비결정적 영향설은 보험자에게 지나치게 유리하고 보험계약자에게는 부당하게 불리하다는 비판이 거세다.<sup>74)</sup> Pan Atlantic 사건에서는<sup>75)</sup> 이러한 비판을 무마하기 위해서 합리적인 보험자라면 알기를 원했으리라고 할 정도의 사실이어야 할 뿐만 아니라 실제의 보험자(actual insurer)가 유인될(induced) 것을 요건으로 하고 있다. 따라서, 신중한 보험자라는 객관적 기준과 실제의 보험자라는 주관적 기준이 병용되는 셈이다. 하지만, 유인(inducement)이 있는 것으로 추정되기 때문에 일반 보험계약자가 이를 반증하는 것은 현실적으로 가능하지 않다는 점에서 한계가 있다.<sup>76)</sup> 또한, 알지 못하는 사실에 의해서 어떻게 유인될(induced) 수 있는가 하는 의문이 있기 때문에, 유인 요건이 불고지의 경우에는 논리적으로 모순이다.<sup>77)</sup> 결국, 비결정적 영향설은 수용하기 곤란하다고 판단된다.

둘째, 중요성의 판단에 보험자에 따라 의견이 대립할 수 있는데, 이러한 경우도 중요한 사항으로 인정하겠다는 입장을 미국의 일부 판례가 취한다.<sup>78)</sup> 이에 따르면, 보험자의 계약 여부나 조건에 ‘합리적으로 영향을 미칠 수도 있으리라는’(might

72) Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 2nd ed., p. 570.

73) *Pan Atlantic Insurance Co. v. Pine Top Insurance Co.* [1994] 2 Lloyd's Rep. 427; *Container Transport International Inc. v. Oceanus Mutual Underwriting Association* [1984] 1 Lloyd's Rep. 467.

74) Birds, *Modern Insurance Law*, 4th ed., pp. 107-111; Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 2nd ed., pp. 569-576.

75) *Pan Atlantic Insurance Co. v. Pine Top Insurance Co.* [1994] 2 Lloyd's Rep. 427.

76) Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 1st supp. to the 2nd ed., p. 75.

77) Birds, *Modern Insurance Law*, 4th ed., p. 110.

78) *Galvan v. Cameron Mutual Insurance Co.*, 733 S. W. 2d. 771, 773 (Mo., 1987).

reasonably influence) 정도의 사실이면 중요성이 인정된다고 한다. 하지만, 중요성 여부에 관해서 보험실무계에 이미 충분히 확립된 관행이 있음에도 불구하고,<sup>79)</sup> 일부 보험자가 중요하다고 여긴다고 해서 중요성을 인정하는 것은 합리적이지 않다.

셋째, 결정적 영향설(decisive influence test)은 신중한 보험자(a prudent insurer)가 알았다면 계약체결을 하지 않았으리라 또는 다른 조건 하에 계약을 체결하였으리라고 판단되는 것을 중요사항이라고 보는 입장이다. 즉, 보험자의 계약 여부나 조건에 ‘합리적으로 영향을 미쳤으리라’(would reasonably influence) 여겨지는 사항만 중요사항이라고 보기 때문에, 앞의 두 가지 입장보다 중요사항의 인정 범위가 좁다. 이러한 입장은 미국의 대다수 주, 호주, 캐나다, 뉴질랜드 등에서 지지된다.<sup>80)</sup> 결정적 영향설이 가장 타당한 기준이라고 판단된다.<sup>81)</sup>

#### (나) 판례

대법원 1997. 9. 5. 선고, 95다25268 판결과 대법원 1996. 12. 23. 선고, 96다27971 판결은 상법 제651조에 의해 고지의무의 대상이 되는 ‘중요한 사항’의 의미에 대해서 결정적 영향설(decisive influence test)의 입장에서 판시하고 있고, 이는 타당하다고 본다.

#### (a) 대법원 1996. 12. 23. 선고, 96다27971 판결

지입차주가 승합차를 렌터카 회사에 지입만 하여 두고 00소장이라는 직함을 부여받아 실제로는 렌터카 회사의 아무런 지시·감독 없이 독자적으로 운행하며 온양지역을 거점으로 온양에서 천안으로 통학하는 학생들을 등·하교시켜 주는 여객유상 운송에 제공한 경우에,

전세버스란 노선을 정하지 않고 전국을 무대로 영업하는 차량으로서, 여러 날 동안 본사를 떠나 관광객을 태우고 야간에도 지리에 익숙하지 않은 곳을 운행하기도 하는 차량이어서 그 운행빈도나 사고발생 가능성 및 사고의 심도(深度)가 대여사업용 자동차보다 높지만, 이 사건에의 차량운행형태는 온양시를 거점으로 하여 불특정 다수인의 요청에 따라 지입차주가 직접 운행하는 방식이므로, 그 운행으로 인한 위험률이 전세버스와 유사하다거나 대여사업용 자동차보다 현저하게 높다고는 볼 수 없을 것이라고 하면서, “보험계약자나 피보험자가 보험계약 당시에 보험자에게 고지할 의무를 지는 상법 제651조에서 정한 중요한 사항이란, 보험자가 보험사고의

79) Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 2nd ed., p. 571.

80) Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 2nd ed., p. 570.

81) 결정적 영향설의 자세한 근거에 대해서는, 박세민, 중요성 판단의 문제와 해석 -고지의 무제도를 중심으로-, **상사법연구**, 제15권 제2호, 245-266면. Pan Atlantice 사건에서처럼, 중요사항 판단에 객관적 기준(신중한 보험자)과 주관적 기준(실제의 보험자)을 병행하자는 주장은, 장덕조, 고지의무위반의 요건과 효과에 관한 체계적 해석, **보험법연구** 2, 165-168면.

발생과 그로 인한 책임부담의 개연율을 측정하여 보험계약의 체결 여부 또는 보험료나 특별한 면책조항의 부가와 같은 보험계약의 내용을 결정하기 위한 표준이 되는 사항으로서, 객관적으로 보험자가 그 사실을 안다면 그 계약을 체결하지 않든가 또는 적어도 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 않으리라고 생각되는 사항”을 가리킨다고 판시하였다. 여기서 “객관적으로 보험자가 그 사실을 안다면 그 계약을 체결하지 않든가 또는 적어도 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 않으리라고 생각되는 사항”이라는 것은 바로 결정적 영향설의 입장이다.

또한 “어떠한 사실이 이에 해당하는가는 보험의 종류에 따라 달라질 수밖에 없는 사실인정의 문제로서 보험의 기술에 비추어 객관적으로 관찰하여 판단되어야 하고, 최종적으로는 보험의 기술에 정통한 전문가의 감정에 의하여 결정될 수밖에 없다 할 것이다” 판시하였는데 타당하다.

#### (b) 대법원 1997. 9. 5. 선고, 95다25268 판결

렌트카 회사가 승합차를 약 한 달간 A에게 임대한다는 차량임대차계약서를 작성하였지만, 실제로는 A가 그 차를 소유한 채 렌트카 회사의 아무런 감독을 받지 않으면서 타인에게 그 차량을 임대한 후 직접 운전까지 하고 렌트카 회사에게는 지입료를 지불하는 경우에,

지입차주의 운행형태가 대여자동차의 본래의 운행형태와 거의 같은 것이어서 사고위험률이 현저히 높다고 볼 수 없으므로 영업용 자동차보험계약에 있어서 중요한 사항에 해당된다고 볼 수 없다고 하면서,

상법 제651조에서 정한 ‘중요한 사항’이란, “객관적으로 보험자가 그 사실을 안다면 그 계약을 체결하지 않든가 적어도 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 않으리라고 생각되는 사항”이라고 하여, 위 대법원 96다27971 판결을 따르고 있다.

## (2) 질문표

### (가) 중요사항의 추정

#### (a) 해석론

상법은 1991년에 제651조의 2를 신설하여 “보험자가 서면으로 질문한 사항은 중요한 사항으로 추정한다”라고 규정하고 있다. 만약 보험자가 서면으로 질문한 사항이 중요사항이 아니라고 주장하기 위해서는 이를 주장하는 보험계약자가 입증해야 한다. 보험전문가가 아닌 일반 보험계약자는 무엇이 중요사항인지 판단하기 어렵기 때문에 보험자가 보험청약서에 중요사항에 관한 질문표를 포함하고 보험계약자는 이에 기재하는 식으로 고지의무가 이행되는 것이 보험실무이고, 상법은 이에 대응하여 질문표의 법적 효과를 명문화한 것이다. 질문표가 묻는 사항을 중요사항으로 추정하면, 보험자가 중요사항에 관해서 보다 많은 질문을 하도록 하는 誘因을 제공

한 셈이고, 그 결과 무엇을 고지해야 하는지 잘 모르는 보험계약자에게도 도움이 될 수 있으므로 타당한 입법이다.

(b) 판례

(i) 대법원 1969. 2. 18. 선고, 68다2082 판결

대법원은 질문표에서 묻는 사항은 중요한 사항으로 추정하고 특별한 사정이 없는 한 질문표의 질문에 대해서 불고지 또는 부실고지를 하면 고지의무 위반에 해당된다고 판시하였는데, 상법 제651조의 2가 신설되기 전에 내려진 판결이지만 그 타당성이 역시 인정된다.

(ii) 대법원 93. 4. 13. 선고, 92다52085 판결

자동차보험계약체결 당시에 보험자가 작성하여 교부한 보험청약서에서 유상운송 및 공동사용형태를 묻는 것에 대하여, 보험계약자가 ‘유상운송 및 공동사용하지 않음’이라고 사실과 다르게 기재한 경우에, “보험청약시 보험회사의 요구에 의하여 보험계약자가 작성하는 질문표에 기재된 질문사항은 다른 특별한 사정이 없는 한 그 보험계약에 있어서의 중요한 사항에 해당된다고 추정할 수 있는 것일 뿐 아니라 ... 이에 해당하는 사항을 사실과 다르게 기재하였으나 이로 인하여 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가하지는 않았으므로 고지의무를 위반하였다는 이유로 계약해지를 할 수는 없다고 하는 점은 보험계약자인 피고가 이를 주장, 입증하여야 할 것이라 할 것이니”라고 대법원은 판시하였다.

(나) 질문표가 묻지 않은 중요사항

(a) 해석론

(i) 문제의 제기

만약 질문표가 모든 중요사항에 관해서 묻고 있으면 보험계약자는 성실히 기재함으로써 고지의무를 이행할 수 있다. 그런데, 상법 제651조의 2의 범문상 보험자가 질문표를 사용할 의무도, 질문표를 사용했다고 해서 모든 중요사항에 관해서 질문할 의무도 없다. 게다가, 질문표를 지나치게 길게 하는 것은 보험자나 보험계약자 모두 기피하는 경향이 있기 때문에,<sup>82)</sup> 모든 중요사항에 대해서 질문하지 않는 경우를 얼마든지 발견할 수 있다. 그렇다면, 보험계약자는 질문표가 묻지 않은 나머지 중요사항에 대해서도 고지의무를 지는지, 만약 고지의무를 진다면 그 정도(extent)는 어떤지가 문제된다.

(ii) 고지의무를 면제해야 한다는 입장

질문표가 묻지 않은 중요사항은 보험계약자의 고의가 있더라도 고지의무를 면제

82) 보험계약자는 지나치게 세세하고 장황한 질문표에 대해서 일일이 응답하는 것을 번거롭게 여기거나 어려움을 느끼게 되므로 그러한 질문표를 기피하는 경향이 있고, 보험자는 그러한 장황한 질문표 때문에 보험판매에 지장이 있을 것을 우려해서 가능한 한 질문표를 간단하게 만드려는 경향이 있다.

해야 한다는 입장은, 보험자가 질문표를 사용하여 중요사항에 대해서 묻는 것은 보험자가 질문표가 묻는 중요사항에 대해서만 관심이 있다는 外觀을 보험계약자에게 주는 것이고 이를 신뢰하여 질문표에 응답하는 것으로 고지를 마친 보험계약자를 보호해야 한다는 점에 근거를 둔다. 만약, 질문표에서 묻지 않은 중요사항도 여전히 고지의무를 부담하고 있다고 질문표에 明示하고 있다면 보험계약자의 위와 같은 신뢰는 보호할 가치가 없지만, 실제의 질문표에서는 그러한 明示를 하지 않는 경우가 다수 있으므로 문제되는 것이다.

비교법적으로는, 영국의<sup>83)</sup> 미국의<sup>84)</sup> 판례법은, 질문표가 묻지 않은 중요사항에 대해서 여전히 고지의무가 있다는 보험자의 明示가 없더라도, 보험계약자는 고지의무를 이행해야 한다고 본다. 하지만, 이것은 보험계약자에게 가혹한 것이라는 비판이 거세다. 영국의 자율규제협정인 ‘보험관행선언’이,<sup>85)</sup> 질문표가 그러한 明示를 포함하고 있는 경우에만 보험계약자는 질문표가 묻지 않은 중요사항에 대해서 고지의무를 이행할 의무가 있다고 규정한 것은 그러한 비판을 수용한 것이다.

우리 학계에서 이와 같은 경우에 고지의무를 면제해야 한다고 보는 견해는 아직 찾기 힘든데, 현행 상법 하에서는 어쩔 수 없다. 입법론적으로는, 질문표가 묻지 않은 중요사항도 고지의무가 있다는 점을 명시하지 않으면 보험자가 고지의무 위반을 주장할 수 없도록 하는 것을 검토할 필요가 있다.<sup>86)</sup>

(iii) 고지의무 위반의 주관적 요건을 완화해야 한다는 논의

독일 보험계약법 제18조는 보험자가 질문표에 명시적으로 질문하지 않은 사항에 대해서 보험계약자가 惡意의 默秘를 하지 않았다면 보험자는 그 사항에 대해서 고지의무 위반을 문제삼을 수 없다고 규정한다. 악의의 묵비란 무엇이 고지하여야 할 중요사항인가를 알고 있다는 점을 전제하는 것이다. 이는 고지의무의 주관적 요건을 일부 수정한 것으로서,<sup>87)</sup> 보험자가 질문표에서 명시적으로 묻지 않은 사항에 대해서는 보험계약자가 과실이나 중대한 과실로 불고지나 부실고지를 한 경우에 고지

83) *Becker v. Marshall* (1922) 11 Ll. L. Rep. 114. 최근의 판결인 *Hair v. Prudential Insurance Co.* [1983] 2 Lloyd's Rep. 667을 선례와 반대되는 것으로 해석하는 견해도 일부 있지만(Merkin & McGee, *Insurance Contracts Law*, A.5.5-17), 이 사건에서 고지의무의 범위가 제한된 것은 Woolf판사가 판시한 것처럼 질문표가 응답범위를 제한하는 외관을 야기했기 때문이라고 해석하는 것이 타당하다: 673 *per Woolf J.*

84) 45 C. J. S., §538.

85) General Statement of Insurance Practice para. 1(c) and Long-Term Statement of Insurance Practice para. 1(a), respectively.

86) 영국정부의 보험법개정보고서에도 이러한 내용이 담겨 있었다: The Law Commission, *Insurance Law Non-disclosure and Breach of Warranty*, Report No. 104, Cmnd. 8064, 1980, para. 4. 62.

87) 독일보험계약법 제16조와 제17조는 보험계약자의 과실(Verschulden)이 없는 경우에는 고지의무 위반이 되지 않는 것으로 하고 있다.

의무 위반의 책임을 지지 않게 되는 것이다.

우리 학계에서는, 상법이 독일 보험계약법 제18조와 같은 규정을 두고 있지 않지만 동일하게 풀이할 수 있다는 견해가 있다.<sup>88)</sup> 생각건대, 입법론으로는 주장될 수 있지만, 상법에 명문의 규정이 없음에도 독일 보험계약법 제18조와 같이 해석하여 고지의무의 주관적 요건(상법 제651조의 고의 또는 중대한 과실)을 수정하는 것은 근거가 뚜렷하지 않다. 앞서 논의한 바와 같이 영국의 판례법도 주관적 요건을 수정하지 않는다.<sup>89)</sup> 보험계약자가 실제로 무엇이 고지하여야 할 중요사항인가를 모두 알 수 없으므로 질문표가 고지사항을 망라한 것으로 보자는 근거를 제시하는 견해도 있는데,<sup>90)</sup> 상법 제651조의 주관적 요건을 축소하는 방향으로 개정하는 것이 정도일 것이다. 게다가, 후술하는 바와 같이 상법 제651조의 중대한 과실을 축소해서 해석하는 견해를 따른다면 독일 보험계약법 제18조와 같이 해석하는 것은 실익도 크지 않게 된다.

#### (b) 판례

(i) 대법원 1996. 12. 23. 선고, 96다27971 판결

이 사건에서 대법원은 “...보험청약서에 기재되지 않은 사항에 관하여는 원칙적으로 고지의무 위반이 문제될 여지가 없다고 할 것”이라고 판시한 바 있다. 하지만, 판결 전체를 읽어보면, 보험자가 중요사항에 관한 질문표를 사용하고 있으면 보험계약자는 그 질문표에서 묻지 않은 중요사항에 대해서는 고지의무를 지고 있지 않다거나 악의의 묵비로 인한 불고지만 고지의무 위반으로 된다는 일반 원칙을 이 판결에서 도출하기 어렵다. 왜냐하면, 이 사건에서 보험계약자가 중요사항을 불고지했지만 그에게 ‘중대한 과실을 인정할 수 없다’는 점에서 고지의무 위반이 아니라는 점을 대법원은 명백히 하였기 때문이다. 그러면서, 대법원은 보험계약자의 중대한 과실을 인정할 수 없는 이유에 대해서 다음과 판시하고 있다.

첫째, 대법원은 이 사건의 보험약관이 고지의무의 방법을 제한하고 있는 것으로 보고 있고, 이러한 경우에 보험계약자는 제한된 고지의무만 수행하면 충분하다고 한 것이다. 대법원은, 보험자의 영업용자동차종합보험보통약관 제40조 제1항이, “보험계약을 맺을 때에 보험계약자, 피보험자 또는 이들의 대리인이 고의 또는 중대한 과실로 인하여 회사가 서면으로 질문한 사항에 대하여 알고 있는 사실을 알리지 아니하거나 사실과 다르게 알린 때에는 회사는……이 보험계약을 해지할 수 있습니다”라고 규정하고 있고 이 사건 보험청약서가 위 서면에 해당한다고 지적하면서,

88) 양승규, **보험법**, 123면; 윤보옥, 보험계약자의 고지의무, **중재**, 284호, 80면.

89) 미국의 경우는 고의에 의한 불고지만 고지의무 위반이 되므로 주관적 요건의 수정이 논의될 여지가 없다.

90) 윤보옥, 전제논문, 80면.

“따라서 보험계약자인 대성렌트카가 고지하여야 할 중요한 사항은 전부가 위 청약서에 망라되어 있는 것으로 되어, 보험청약서에 기재되지 않은 사항에 관하여는 원칙적으로 고지의무 위반이 문제될 여지가 없다고 할 것”이라고 판시하였던 것이다. 즉, 대법원은 위와 같은 보험약관은 고지의무의 방법을 보험자의 서면질의를 응답하는 것으로 제한시키는 효력을 가진다고 판시한 것이다.

둘째, 보험자가 중요사항에 관해서 서면질의를 하면서 응답의 범위를 줄였다면 그 효력을 인정해야 한다는 것이다. 이 사건의 보험청약서는 문제가 되는 중요사항과 관련한 질문이 존재하지만 그 질문이 응답의 범위를 줄이고 있다는 점을 고려했던 것이다. 보험자가 다음과 같은 보험청약서 양식을 사용하여 중요사항에 관해서 질문했기 때문에, 보험계약자가 그 보험청약서의 여백에다가 ‘이 사건 차량이 지입차량으로서 지입차주에 의하여 유상운송에 제공되고 있다는 사실’까지 특별히 부기하지 않아도, 그에게 중대한 과실이 있다고는 볼 수 없다는 것이다. 즉, 보험계약자가 보험청약서용지의 차종(車種)란 다음의 빈칸에 숫자로 ‘71’로 표시하고 그 옆에 ‘승합차’라고 기재하였고 주운전자란의 빈칸에 ‘별첨’으로 표시하였는데, ‘71’은 피고의 자동차보험요율서에 열거된 여러 차종(車種)중에서 ‘대여자동차’를 나타내고, ‘별첨’ 부분은 대여자동차의 주운전자가 불특정다수의 고객이라는 취지에서 보험자가 그 동안 관행적으로 사용하여 온 표시이고, 위 보험청약서 용지의 차종란의 빈칸은 겨우 두 자리 숫자로 차종번호만 표시하도록 구획되어 있을 뿐, 당해 차량이 지입에 제공되는 차량인지의 여부를 표시할 만한 공간이 없다는 점을 제시하고 있다.

위와 같은 두 가지 이유는 그 타당성이 인정된다. 보험약관이 고지의무의 방법을 질문표의 기재로 제한하고 질문표는 일정하게 응답 범위를 제한함으로써 보험자가 그러한 범위 내의 중요사항만 원한다는 外觀을 야기했다면, 보험계약자가 중대한 과실로 불고지 했다고 보기 힘들다. 영국에도 이와 유사한 사건에서 같은 취지의 판결이 있다.<sup>91)</sup> 하여튼, 대법원 96다27971 판결이 질문표가 묻지 않은 중요사항에 대해서는, 원칙적으로 고지의무를 면제하거나 또는 고지의무의 주관적 요건을 완화하여 약의의 묵비에 대해서만 고지의무 위반을 인정한 것이라고 해석하는 것은 지나치다.

## IV. 고지의무의 요건

### 1. 객관적 요건

#### (1) 불고지

##### (가) 정의

91) *Hair v. Prudential Insurance Co.* [1983] 2 Lloyd's Rep. 667, 673 per Woolf J.

불고지(non-disclosure, concealment, Nichtanzeige)<sup>92)</sup>란 중요한 사항을 알리지 않는 것을 말한다.

(나) 질문표에 대한 무응답

(a) 부정적 응답에 해당하는지 여부

질문표의 질문에 대해서 보험계약자가 무응답하면 부정적 응답(a negative answer)으로 볼 것인가? 예를 들면, ‘당신은 다른 보험회사에 가입한 생명보험이 있습니까?’라는 질문에 무응답했다면, 다른 보험회사에 가입한 생명보험이 없다는 응답으로 간주해야 하나? 이에 대해서 부정적 응답으로 보는 견해와<sup>93)</sup> 아무런 응답이 없었던 것으로 보는 견해가<sup>94)</sup> 대립한다. 부정적 응답으로 보면 그것이 사실과 다를 때 부실고지가 되어서 고지의무 위반으로 된다. 한편, 아무런 응답이 없었다는 것은 불고지를 의미하고, 다만 보험자가 고지의무 위반을 주장할 수 있는지에 대해서는 논란이 있다. 영미의 지배적 태도는 다음과 같이 무응답을 불고지로 보는 것이다

(b) 무응답이 불고지로서 고지의무 위반에 해당하는지 여부

질문에 대한 무응답을 부정적 응답이 아니라 불고지로 본다면, 보험자가 그러한 무응답을 문제삼지 않고 보험청약을 승낙하였음에도 불구하고 추후에 보험계약자에게 불고지의 책임을 물을 수 있는가? 이와 관련해서 세 가지 입장이 대립한다.

첫째, 고지의무 위반의 책임을 긍정하는 판례는 영국의 *London Assurance v. Mansel*이다.<sup>95)</sup> 질문에 대한 무응답은 불고지이고 보험계약자는 그 책임을 질뿐이라는 것이다. 둘째, 미국의 대다수 판례(대표적인 것은, *Phoenix Life Insurance Co. v. Raddin*<sup>96)</sup>)와 호주의 1984년 보험계약법(The Insurance Contracts Act 1984 sub-section 21(3))은 보험자가 보험계약자에게 불고지의 책임을 묻지 못한다고 본다. 그 근거는, 보험자가 무응답으로 인한 불고지에 대해서 보험계약 체결시에는 아무런 이의를 제기하지 않다가 보험계약 성립후 특히 보험사고 발생후에 불고지의 책임을 묻는 것은 금반언의 원칙(the doctrine of estoppel)에 어긋난다는 것이다. 셋째, 절충설로서, 보험계약자가 고의로 무응답한 경우에는 불고지의 책임을 져야 한다는 견해가 있다.<sup>97)</sup> 그 근거는, 보험자가 보험계약자의 무응답을 실수로

92) 보험계약에 있어서 고의에 의한 불고지만 고지의무 위반으로 취급하는 미국의 판례법은 ‘의도적으로 감춘다’는 의미의 concealment라는 용어를 주로 사용하고, 무과실에 의한 불고지도 고지의무 위반으로 인정하는 영국의 판례법은 ‘의도적으로 감춘다’는 의미를 내포하지 않는 non-disclosure라는 용어를 주로 사용한다.

93) 양승규, **보험법**, 123면.

94) Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 2nd ed., p. 596.

95) (1879) 11 Ch. D. 363.

96) 120 U. S. 183.

97) Patterson, *Essentials of Insurance Law*, p. 473.



간과할 수 있음에도 불구하고 고의로 무응답한 보험계약자를 보호하는 것은 형평에 맞지 않는다는 것이다.

생각건대, 계약체결시에는 문제삼지 않던 불고지를 보험계약 성립후, 특히 보험사고 발생후에 고지의무 위반으로 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 위배된다. 한편, 절충설이 말하는 보험자의 실수는 실제로 그리 흔치 않을 것을 것으로 판단되며, 만약 실수로 간과했다고 하더라도 이는 상법 제651조 단서의 보험자가 중대한 과실로 중요사항을 알지 못한 경우에 해당한다고 본다.

## (2) 부실고지

부실고지(misrepresentation, Falschanzeige)란 사실과 다르게 알리는 것을 말한다. 部分 또는 一部告知(partial disclosure)도 부실고지에 해당한다. 부분고지란 고지된 부분 자체는 진실하지만 고지되지 않은 부분 때문에 허위로 되는 것을 가리킨다.<sup>98)</sup>

## 2. 주관적 요건

### (1) 개설

상법 제651조는 고의나 중대한 과실을 불고지와 부실고지의 주관적 요건으로 규정하고 있다. 이하에서는 고의나 중대한 과실을 해석함에 있어서, 불고지와 부실고지를 구별할 필요가 있다는 취지에서 나누어 논의한다.<sup>99)</sup>

### (2) 고의

#### (가) 불고지

‘고의’로 인한 불고지는 무엇을 의미하는가? 고의는 “중요한 것을 알면서 고지하지 않는 것,”<sup>100)</sup> “중요한 사항에 관하여 알면서 고지하지 아니하거나”<sup>101)</sup>를 말한다. 하지만, 고의의 내용이 불고지된 사실의 인식과 그 사실의 중요성에 대한 인식 모두인지 아니면 전자만 가리키는지가 아주 명확한 것은 아니다. 고의를 “중요한 사항의 존재와 이를 고지해야 한다는 것을 알면서도 고지하지 않았거나”를 고의로 정의하는 견해는,<sup>102)</sup> 고의에 사실과 그 사실의 중요성 인식 모두를 포함시킨다고 해석된다.

98) Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 2nd ed., pp. 541-542.

99) 한기정, 보험계약자의 고지의무와 보험자의 탐지의무, **상사법연구**, 제16권 1호, 228-231면 참조.

100) 정찬형, **상법강의**(하), 507면.

101) 양승규, **보험법**, 121면.

102) 최기원, **보험법**, 157면.

불고지에 있어서 고의는 사실에 대한 인식과 더불어 그 사실의 중요성에 대한 인식이 필요한 것으로 논의되는 이유는 무엇인가? 그 이유는 보험의 전문가가 아닌 보험계약자는 그러한 인식이 부족하기 마련이기 때문이다. 보험기술의 발달로 인한 중요사항의 전문화·세분화는 일반 보험계약자로 하여금 자신이 알고 있는 사실이 중요사항에 해당하는지를 알기 어렵게 만들고 있다. 따라서, 불고지에 있어서 고의는 사실의 인식과 그 사실의 중요성에 대한 인식 모두를 내용으로 한다고 해석하는 것이 타당하다. 기술한 바와 같이, 영국의 판례법은, 고의를 구성하는 데 불고지된 사실의 인식만으로 충분하고 그 사실의 중요성에 대한 인식은 필요하지 않다는 입장을 전통적으로 취해 왔다.<sup>103)</sup> 학계에서는 이것이 보험계약자에게 지나치게 가혹하다는 이유에서 신랄한 비판을 가해 왔고,<sup>104)</sup> 결국 보험업계와 정부가 타협하여, 가계보험에 관해서는 기존의 판례법을 대폭 수정하여 ‘보험관행선언’(the Statements of Insurance Practice)을 자율적으로 제정·시행하고 있다. 미국은 영국의 판례법을 계수한 이후 비해상보험(non-marine insurance contracts)에 관해서는 고의로 인한 불고지만 고지의무 위반이 되며, 여기서 고의란 사실에 대한 인식뿐만 아니라 그 사실의 중요성에 대한 인식이 있는 경우에만 인정되는 것이다.<sup>105)</sup>

#### (나) 부실고지

‘고의’로 인한 부실고지는 무엇을 의미하는가? 고의는 “허위인 줄 알면서 고지하지 않는 것”,<sup>106)</sup> “중요한 사항에 관하여 알면서 부실의 고지를 한 것”<sup>107)</sup>을 말한다. 하지만, 고의의 내용이 부실고지된 사실의 인식과 그 사실의 중요성에 대한 인식 모두인지 아니면 전자만 가리키는지가 아주 명확하지 않다. 한편, 고의를 “중요한 사항의 존재와 이를 고지해야 한다는 것을 알면서도 사실과 다르게 고지한 것”으로 정의하는 견해는,<sup>108)</sup> 고의에 부실고지된 사실과 그 사실의 중요성 인식 모두를 포함시킨다고 해석된다.

고의의 내용으로 부실고지된 사실에 대한 인식과 그 사실의 중요성에 대한 인식 모두가 필요하다고 해석하는 것이 타당한가? 불고지와 달리, 부실고지의 경우는 사실에 대한 인식, 즉 자신이 허위진술을 했음을 인식하는 것만으로 충분하다고 보는 것이 타당하다. 왜냐하면, 보험계약자가 사실의 중요성을 인식하지 못했더라도 사실과 다르게 허위로 고지하는 것은 단순한 침묵(불고지)보다 비난가능성이 매우 높은

103) *Carter v. Boehm* (1766) 3 Burr 1905.

104) 대표적으로는, Hasson, *The Doctrine of Uberrima Fides in Insurance Law: a Critical Evaluation*, (1969) 32 M. L. R. 615.

105) 45 C. J. S., §538, p. 303.

106) 정찬형, **상법강의**(하), 507면.

107) 양승규, **보험법**, 121면.

108) 최기원, **보험법**, 157면.

것으로서 관용할 이유를 찾기 어렵기 때문이다. 게다가, 부실고지와 관련해서 보험계약자가 사실의 중요성을 인식하지 못하는 경우는 드물기 때문에 보험계약자를 보호할 이유도 없다. 왜냐하면, 실제 거래계에서 보험자의 질문표에 기재하는 과정에서 부실고지가 발생하는 것이 보통이고, 질문표가 질문한 사항은 중요사항으로 추정되므로(상법 제651조의 2), 굳이 사실의 중요성에 대한 인식이 있어야 고의로 된다고 볼 이유가 적기 때문이다. 요컨대, 부실고지의 경우 사실의 중요성에 대한 인식 유무를 주관적 요건으로 하는 것은 부실고지자를 지나치게 보호하는 것이다. 영국 판례법에서 고의로 인한 부실고지에 사실의 중요성에 대한 인식을 필요로 하지 않으며,<sup>109)</sup> 미국의 다수 주에서도 마찬가지로의 입장을 취한다.<sup>110)</sup>

### (3) 중대한 과실

#### (가) 불고지

‘중대한 과실’로 인한 불고지는 무엇을 의미하는가? 다음과 같은 유형으로 나누어 살펴 볼 수 있다.

첫째, 사실의 중요성에 대한 인식과 관련된다. 즉, 사실에 대한 인식이 있지만 조금의 주의를 기울이지 않아서 그 사실의 중요성에 대한 인식이 없는 경우이다. 이러한 유형을 중대한 과실로 인한 불고지로 보는 견해를 따르면,<sup>111)</sup> 보험계약자는 사실에 대한 탐지의무는 없는 셈이고, 보험계약자의 사실의 중요성에 대한 인식을 중시한다. 생각컨대, 보험계약자는 일반적으로 사실의 중요성에 대한 인식이 부족하므로, 이 점이 중대한 과실에서 반드시 고려되어야 한다. 더욱이 고의에 사실에 대한 인식과 그 사실의 중요성에 대한 인식 모두를 포함한다면, 고의보다 비난가능성이 상대적으로 낮은 중대한 과실에서 사실의 중요성에 대한 인식을 제외하는 것은 균형이 맞지 않는다.

둘째, 사실에 대한 인식과 관련된다. 즉, 조금의 주의를 기울이지 않아서 사실을 인식하지 못한 경우이다. 이것을 중대한 과실로 인한 불고지로 보는 견해는 세 가지로 세분되는데, 기왕에 알지 못하던 새로운 사실에 대해서 탐지의무가 있다는 입장,<sup>112)</sup> 새로운 사실에 대한 탐지의무는 없고 기왕에 알고 있던 사실에 대한 탐지의무로 제한하는 입장,<sup>113)</sup> 업무상 당연히 알 수 있는 사실에 대해서만 탐지의무를 인정하는 입장이<sup>114)</sup> 대립한다. 셋째 입장을 따르면, 업무에 종사하지 않는 일반 보험

109) Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 2nd ed., Chapter 22 Misrepresentation 참조.

110) Appleman, *Insurance Law and Practice*, §7299, p. 401.

111) 이기수, **보험법·해상법학**, 제4판, 75면.

112) 손주찬, **상법(하)**, 제6정증보판, 526면.

113) 최기원, **보험법**, 158면.

114) 양승규, **보험법**, 122면.

계약자는 탐지의무가 없는 셈이 된다. 과실로 사실을 인식하지 못한 경우에 보험계약자의 책임을 인정할 것인가에 대해서 영국에서는 논란이 있고, 미국에서는 책임을 부정하며<sup>115)</sup> 독일보험법 제16조도 알고 있는 사실에 대해서만 고지의무를 부과하고 있다. 생각건대, 업무 종사자에게는 일반 보험계약자 보다 높은 주의의무를 요구할 수 있다고 보기 때문에, 조금만 주의를 기울이면 업무상 당연히 알 수 있는 사실에 대해서는 중대한 과실을 인정할 수 있을 것이다. 이러한 탐지의무를 인정한다고 해도, 조금의 주의로 그 사실의 중요성을 인식할 수 있는 것이어야 한다. 만약 그렇지 않으면, 고의에서 사실에 대한 인식과 그 사실의 중요성에 대한 인식을 요구하는 것과 형평에 맞지 않는 것이다. 한편, 업무에 종사하지 않는 일반 보험계약자에게는 어떠한 탐지의무도 인정하기 어렵다. 그 이유는 보험자가 묻지도 않은 사실을 일반 보험계약자가 자신의 기억을 더듬거나 새로운 사실을 탐지해서 자발적으로 고지하게 하는 것을 기대하기 곤란하다고 보기 때문이다.

요컨대, 사실에 대한 인식은 있는데 조금의 주의를 기울이지 않아서 그 사실의 중요성을 인식하지 못한 경우를 중대한 과실로 인한 불고지로 보는 것이 타당하다고 본다. 다만, 업무 종사자에게는 사실에 대한 인식이 없는 경우에도 중대한 과실로 인한 불고지의 책임을 지우게 되는데, 그 사실은 조금만 주의를 기울이면 업무상 당연히 알 수 있는 사실이어야 하고 또한 조금만 주의를 기울이면 그 사실의 중요성에 대한 인식도 가능한 것이어야 한다.

#### (나) 부실고지

고의로 인한 부실고지에서 언급한 것처럼, 부실고지는 사실의 중요성에 대한 인식을 주관적 요건으로 갖출 필요가 없다고 본다. 따라서, 중대한 과실은 조금의 주의를 기울이지 않아서 사실(허위임)을 인식하지 못한 경우라고 정의하는 것이 타당하다. 이는 결국 보험계약자에게 탐지의무를 부과하는 것이다. 탐지의무의 범위는 새로운 사실에 대한 탐지의무는 없지만 기왕에 알고 있던 사실에 한정한다. 왜냐하면, 부실고지는 보험자의 질문에 응답하면서 발생하는 것이 일반적인데 보험자가 질문을 하면 보험계약자는 조금의 주의를 기울여서 자신의 기억을 가다듬는 정도는 해야 하고, 이러한 노력은 새로운 사실에 대한 탐지는 곤란하지만 기왕에 알고 있던 사실에 대한 탐지는 가능케 한다고 보기 때문이다. 업무 종사자에게는 업무상 당연히 알 수 있는 사실을 추가한다.

입법론으로는, 상법이 중대한 과실로 인한 부실고지까지만 고지의무 위반을 인정하는 것이 바람직한가 하는 의문이 있다. 부실고지는 적극적으로 사실과 다르게 고지하는 것이다. 보험계약자가 주의의무를 다해서 고지를 하는 경우는 설령 이것이 부실고지라 해도 고지의무 위반의 책임을 묻기 곤란하다. 왜냐하면, 만약 그렇

115) Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 2nd ed., pp. 576-583.

지 않으면 보험계약자는 대개 고지의무를 위반하게 될 것이고, 이것은 보험에 대한 신뢰를 떨어뜨리고 위험보장이라는 보험의 사회적·경제적 역할을 무시하는 결과를 가져온다. 이와 달리, 보험계약자가 과실이 있는 경우에는 중대한 과실이 아니더라도 고지의무 위반의 책임을 묻는 것을 신중히 검토할 필요가 있다. 왜냐하면, 부실고지가 불고지보다 행위자에 대한 비난가능성이 더 높고 상대방의 의사결정에 미치는 영향이 더 클 수 있다. 그렇다면, 보험단체를 구성하는 위험의 동질성을 제고하기 위해서, 과실로 인한 부실고지도 고지의무 위반으로 다룰 필요가 있지 않을까 한다.

#### (다) 판례

##### (a) 대법원 1996. 12. 23. 선고, 96다27971 판결

대법원은, “고지의무위반이 성립하기 위하여는 고지의무자에게 고의 또는 중대한 과실이 있어야 하고(상 651조 참조), 여기서 말하는 중대한 과실이란 고지하여야 할 사실은 알고 있었지만 현저한 부주의로 인하여 그 사실의 중요성의 판단을 잘못하거나 그 사실이 고지하여야 할 중요한 사실이라는 것을 알지 못하는 것을 말한다”고 판시하였다.

여기서, ① “고지하여야 할 사실은 알고 있었지만 현저한 부주의로 인하여 그 사실의 중요성의 판단을 잘못”은 사실의 인식은 있지만 현저한 부주의로 그 사실의 중요성에 대한 인식이 없는 것이다. ② “고지하여야 할 사실은 알고 있었지만 현저한 부주의로 인하여 ... 그 사실이 고지하여야 할 중요한 사실이라는 것을 알지 못하는 것”은 기왕에 알고 있던 사실에 대해서 현저한 부주의로 인식이 없는 경우를 말한다. 판례는 중대한 과실에 대한 이러한 정의를 불고지와 부실고지에 똑같이 적용하고 있다.

이미 논의한 바와 같이, 불고지의 경우는 ①을 원칙으로 하고 업무 종사자에 한해서 업무상 당연히 알 수 있는 사실에 대해서만 중대한 과실을 인정하는 것이 타당한데, 판례가 ②도 중대한 과실로 삼은 것은 찬성하기 어렵다. 한편, 부실고지의 경우는 ②에서 말하는 기왕에 알고 있던 사실이지만 현저한 부주의로 인해서 그것에 대한 인식이 없는 경우를 중대한 과실로 보게 되고 ①은 고의에 해당하는 것으로 보아야 하므로, 판례가 ①을 중대한 과실로 삼은 것은 찬성하기 어렵다.

### 3. 입증책임

고지의무 위반의 요건이 성립한다는 사실은 이를 주장하여 보험계약의 해지를 주장하는 보험자가 입증해야 한다.<sup>116)</sup>

116) 양승규, **보험법**, 123-124면.

## V. 고지의무위반의 효과

### 1. 개관

고지의무는 그 성질이 특이한 의무로서, 보험자는 고지청구권이 아니라 단순히 고지수령권을 가지는 것에 지나지 아니한다. 그리하여 보험가입자 측의 의무위반이 있을 경우 보험자는 소송으로 의무의 이행을 강제할 수도 없고, 비록 산발적인 논의가 있으나 고지의무위반으로 인한 손해배상청구권의 행사도 불가능한 것으로 보는 것이 통설이다. 또 현재의 보험실무도 이와 같은 논의를 전제로 하고 있다.

#### (1) 계약해지권

##### (가) 해지의 효력

고지의무는 상법 규정에 힘입은 소위 법정 의무(法定義務)이다. 상법 제651조는 가입자의 고지의무위반에 대하여 보험자에게 계약해지권을 부여하고, 다시 이 해지에 보험자의 위험보장책임에 한하여 소급효를 인정하고 있다(상법 제651조, 제655조 참조). 해지가 부분적 소급효를 가진다는 점에 착안하여 보험법 특유의 해지와 해제 의 상대화 현상이라고 지칭되기도 한다.

요컨대 보험자가 계약자 등의 고지의무위반을 이유로 보험계약을 해지한 경우 계약해지의 효력은 그 의사표시가 상대방에게 도달한 때로부터 장래에 향하여 발생한다. 즉 해지의 의사표시가 보험계약자에게 도달할 때까지 보험계약은 유효이므로 보험자는 그 때까지의 보험료를 청구할 수 있다. 그러므로 보험자는 이미 수령한 보험료를 반환할 필요가 없을 뿐만 아니라, 미수보험료가 있을 경우 이를 보험계약자에게 청구할 수 있다. 그리고 우리나라 통설이 보험료불가분의 원칙을 긍정하고 있으므로, 단위보험료기간중에 해지가 이루어진 경우 미경과기간에 대한 보험료의 청구권이 또한 인정된다.

##### (나) 해지권의 성질과 해지통보의 상대방

해지권은 그 성질이 형성권으로서 보험계약의 상대방인 보험계약자 또는 그의 상속인이나 대리인에 대한 일방적 의사표시로 행할 수 있다. 그러므로 특별한 약정이 없는 한 보험계약의 당사자 이외의 자에 대한 계약해지의 의사표시는 효력이 없다. 이는 타인을 위한 생명보험계약의 경우도 원칙적으로 동일하고, 대법원 판결례의 태도 또한 같다.

대법원 1989. 2. 14. 선고, 87다카2973 판결

“생명보험계약에 있어서 고지의무위반을 이유로 한 해지의 경우에는 계약의 상대방 당사자인 보험계약자나 그의 상속인(또는 그들의 대리인)에 대하여 해지의 의사표시를 하여야 하고, 타인을 위한 보험에 있어서도 보험금수익자에게 해지의 의사

표시를 하는 것은 특별한 사정(보험약관상의 별도기재 등)이 없는 한 효력이 없다”

#### (다) 해지의 부분적 소급효

그러나 보험자의 위험보장책임에 관한 한 이 해지는 소급효가 있다. 즉 보험사고가 발생한 후에도 보험자는 고지의무위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 있다. 이때 보험자가 이미 보험금을 지급하였으면 이의 반환을 청구할 수 있고, 아직 보험금을 지급하지 아니하였으면 이를 지급할 책임이 없다(상법 제655조 본문). 그러나 생명보험계약의 경우 보험자는 보험수익자를 위해 적립한 금액을 보험계약자에게 반환하여야 한다.

### (2) 해지권 제한사유

고지의무위반이 있는 경우 보험자는 항상 보험계약을 해지할 수 있는 것이 아니고, 일정한 사유가 존재하는 때에는 계약해지권의 행사가 제한받게 된다.

상법 소정의 해지권 제한사유는 세 가지이고, 이에 대해서는 약관에서 수정조항을 두는 경우가 많다. 예컨대 자살약관이라든가 해지권 행사기간에 관한 불가쟁조항 등이 대표적이다. 그리고 상법에서 예정하지 아니한 해지권 제한사유를 보험약관에서 별도로 추가하는 경우도 있다. 예컨대 요즘의 인보험약관은 보험모집인 등이 질문표에 대한 응답이나 보험계약자의 자필서명을 정당한 이유 없이 대행한 경우, 즉 청약서 임의기재가 있을 때 보험계약자 등이 고지의무를 위반하였다고 하더라도 보험자는 더 이상 계약을 해지할 수 없도록 정하고 있다. 이하에서는 상법 소정의 해지권 제한사유를 개별적으로 살펴보고, 대법원 판결례를 간략하게 정리한다.

#### (가) 해지기간의 제한

상법 제651조는 보험자의 해지권 행사기간을 고지의무위반사실을 안 날로부터 한 달, 그리고 계약체결일로부터 3년으로 정하고 있다(동조 본문 후단). 이 기간은 시효기간이 아니라 제척기간으로 풀이함이 통설이고, 그리하여 기간진행의 중단 등은 인정되지 아니한다. 다만 각종 보통보험약관들은 소위 불가쟁약관을 두어 특히 3년의 기간을 다양하게 단축하고 있는 바, 기간의 기산점을 보험자의 책임개시일로 정하는 것이 보통이다. 소급보험이 일반화된 현재의 보험실무에 있어 해지기간의 기산점을 보험자의 책임개시일로 수정하는 것은 기간의 도과를 쉽게 하는 것이고, 그 결과 이러한 불가쟁약관들은 상법 제663조에 반하지 아니한다.

그 다음 보험자의 해지통보는 이 기간이 도과하기 전에 상대방에게 도달하여야 한다고 풀이한다. 대법원 판결례도 동일한 태도를 취하는 것으로 평가된다.

대법원 1986.11.25. 선고, 85다카2578 판결

“보험계약자가 중요사항에 관한 고지의무를 위반하고 체결한 보험계약이지만 해지권 행사기간 도과후의 해지통고이므로 그 효력이 없다.”

#### (나) 보험자의 악의 또는 중과실

보험자가 계약 체결 당시에 그 사실, 즉 보험계약자 등의 고지의무 위반사실을 알았거나 중대한 과실로 이를 알지 못한 경우 해지권을 행사할 수 없다(상법 제651조 단서). 이 해지권 제한사유는 보험자나 보험자를 위해 고지를 수령할 권한을 가지는 자, 예컨대 손해보험대리점이나 보험의가 계약 체결 당시에 보험계약자나 피보험자가 고지의무를 위반한 사실을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우 보험가입자가 고지의무를 위반했음에도 불구하고 보험자의 해지권행사를 제한하는 것이다.

고지의무위반에 있어 보험가입자의 최대선의와 아울러 보험자 측의 최대선의의 역시 고려되어야 하고, 보험가입자의 고지의무위반으로 인해 보험자의 위험선택이 방해되지 않았다는 점을 고려한 것이다.<sup>117)</sup> 즉 보험계약자의 고지의무위반과 보험자의 자기과실이 경합하는 경우에 해당되는 바, 보험자의 과실은 법률상의 주의의무의 존재를 전제로 하는 것이 아니라 스스로 입게 될 불이익을 방지하기 위하여 거래상 필요한 주의를 다하지 않은 것을 의미한다.<sup>118)</sup>

한편 보험자의 악의나 중과실이 단순히 해지권 조각사유에 불과한가 아니면 고지의무위반의 성립 그 자체를 조각하는가의 체계론의 문제가 제기될 수 있다. 종래 독일과 일본 그리고 우리나라의 주류적 견해는 이를 해지권 조각사유로 보아 왔고 이에 대한 반론은 존재하지 않는다. 그 이유는 고지의무제도에 대한 소위 객관주의의 지배와 입증책임의 문제에 있었다.<sup>119)</sup> 고지의무위반의 성립요건으로 파악한다면 보험자가 스스로 선의이고 중대한 과실이 없다는 사실을 입증하여야 하므로 고지의무에 주관주의가 도입된 이후에도 이를 성립요건으로 파악하는 것이 아니라 해지권 조각사유로 이해하였던 것이다. 또 우리 상법 제655조의 체제도 보험계약자의 고의와 중과실은 본문에 규정하고 있으나 보험자의 악의나 중과실은 이를 단서에서 정하고 있으므로, 이러한 해석과 부합하게 된다.<sup>120)</sup>

그리고 보험자의 악의 또는 중과실에 대한 입증책임은 물론 보험계약자에게 있다. 물론 고지수령권을 가지지 아니하는 보험모집인이나 설계사 등이 계약체결시 가입자의 고지의무위반사실을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우 이는 보험자의 악의나 중과실에 해당되지 아니한다.<sup>121)</sup> 고지수령권을 부여받은 보험의나 보험

117) 보험단체 내의 위험의 동질성을 확보하고 단체구성원에 대한 평등대우의 요청을 고려할 때, 이 해지권 제한사유는 악의의 고지의무 위반자에게 부당한 불이익을 주는 것이므로 재고되어야 한다는 입법론적 비판이 있다. 양승규, **판례교재 보험법-해상법**, 법문사, 118면.

118) 김시수, 보험계약에 있어서의 고지의무, **사법논집** 제10집, 332면.

119) 西島梅治, **保險法**, 86-7면; 大森忠夫, **保險法**, 131면 참조.

120) 그러나 보험계약자는 물론이고 보험자도 고지의무를 부담할 수 있다(영국 해상보험법 제17조 참조). 또 주관주의의 취지를 철저하게 추구할 경우 보험계약자의 주관과 아울러 보험자의 주관도 성립요건에서 고려할 수 있고, 이때에는 보험자의 선의와 무중과실을 고지위반의 성립요건으로 파악할 여지가 있게 된다.



대리점의 고의나 중과실은 물론 보험자의 그것으로 평가되고, 일본의 경우 보험회사의 출장소장이 보험계약이 대리진사에 의해 체결된 사실을 알고 있었다고 하더라도 그가 보험회사를 대리할 권한이 없는 한 보험회사가 그 사실을 용인한 것이라고 인정할 수 없다고 한 판결례가 있다.<sup>122)</sup>

하급심 판결중에 가입자의 병력고지를 보험설계사가 보험회사에 전달하지 아니한 것을 다른 판결이 있으나, 이는 보험설계사의 악의를 보험자의 악의로 평가하여 해지권제한사유로 보는 것이 아니라 보험자가 약관의 명시설명의무를 위반한 경우 가입자 측의 고지의무위반을 주장할 수 없다는 대법원 판결례의 태도를 따른 것으로 평가할 수 있다.

서울고등법원 1997. 11. 4. 선고, 97나21156 판결

“보험계약을 체결함에 있어 보험설계사가 고지사항을 설명하지 않았고 보험설계사에게 담석제거수술을 받은 병력을 알려 줬는데도 보험가입에 지장이 없다며 가입을 권유하여 보험계약을 체결했다가 이후 암진단을 받고 사망한 때에는 보험자는 고지의무위반으로 보험계약을 해지할 수 없고 보험금을 지급하여야 한다.”

#### (다) 고지위반과 보험사고 사이의 인과관계

##### (a) 개관

고지의무에 위반한 사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니한 사실이 증명된 경우 보험자는 고지의무위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 없다(상법 제655조 단서). 이 해지권 제한사유는 고지의무위반과 무관한 사유로 인해 보험사고가 발생한 경우 보험자의 해지권의 행사를 제한함으로써 피보험자나 보험수익자의 권익을 보호한다는 취지를 가지고 있다.<sup>123)</sup>

그리고 여기의 인과관계는 불고지 또는 부실고지와 보험계약 체결 사이의 인과관계가 아니라 불고지 또는 부실고지와 보험사고 발생 사이의 인과관계를 말하는 것이다. 그리하여 보험자가 사실을 알았다면 보험계약을 체결하지 않았을 것 또는 보다 높은 보험료로 위험을 인수하였을 것이라는 정황은 중요하지 않다.

한편 고지위반 사실과 보험사고 사이에 인과관계가 흠결될 경우 처음부터 보험

121) 日大判 昭和 9.10.30. 新聞 3771-10.

122) 日大判 大 11. 4. 6. 新聞 1922-21.

123) 이 단서의 취지는 물론 보험계약자 보호에 있다. 그러나 고지의무제도는 사전적으로 보험자에게 불량위험을 배제할 수 있는 기회를 제공하는 데 그 취지가 있는 바, 사후적으로 보험사고의 현실적 원인을 문제삼아 이와 결부시킴은 모순이다. 나아가서 고지의무가 제대로 이행되었다면 보험자는 적어도 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 아니하였을 것이라는 점에서 입법론상 의문이 있다(양승규, 판례교재 **보험법/해상법**, 123면 참조). 그러나 현행법 해석론상으로는 인과관계의 존재를 되도록 넓게 인정하는 수 밖에 없다고 할 것이다.

계약자 등의 고지의무위반 자체가 불성립하는 것인가, 아니면 고지의무위반은 성립하되 보험자의 해지권행사가 제한되는 것에 지나지 아니하는가의 문제가 있다. 이 문제는 인과관계의 존부에 관한 입증책임의 귀속과도 연결된다. 현재 이에 관한 본격적 논의가 있는 것은 아니나, 해지권 제한사유로 입론하는 것이 지배적인 입장으로 평가된다.<sup>124)</sup>

#### (b) 인과관계의 존부에 관한 학설

인과관계에 관한 우리나라 사법학자의 통설은 소위 상당인과관계설이다. 일반적으로 거론하는 상당인과관계설은 당해 사건에 있어 선행사실과 후행사실 사이에 구체적인 인과관계가 존재하고 또 일반적으로 그와 같은 선행사실이 있으면 그러한 유의 후행사실이 초래될 경우 양자 사이에 ‘상당한’ 인과관계가 있다는 것이다.

그러나 고지의무위반사실과 보험사고 사이에 이러한 의미의 상당인과관계를 요구하는 것은 불합리한 결과를 초래할 소지가 있다. 예컨대 B형 간염과 간경화, 간암, 그리고 사망으로 이어진 사례의 경우 간염과 사망 사이에 위와 같은 의미의 상당인과관계가 존재하는지 여부는 의문이다. 의학적으로 B형 간염환자의 10-20% 정도만이 간경화로 이행하고, 다시 이 중의 일부만이 간암으로 사망하기 때문이다.

여기에서 고지위반과 보험사고 사이의 인과관계에 관해서는 보험자의 위험선택기준을 고려하여 개별적인 판단을 행할 필요가 있고, 특히 영미의 소위 근인론(近因論; proximate cause)을 고려할 필요가 있다고 생각된다. 독일의 경우에도 보험계약자가 불고지 또는 불실고지한 사실이 보험사고의 발생과 보험자의 책임범위와의 사이에 인과관계가 없다는 사실을 입증하여 한다고 보고,<sup>125)</sup> 특히 사고발생의 원인 및 손해의 정도에 대해 인과관계가 있는 것으로 충분하다고 풀이하고 있다.<sup>126)</sup>

#### (c) 대법원 판결례

(i) 대법원 1997. 10. 28. 선고, 97다33089 판결

##### ① 쟁점

운전자가 한쪽 눈의 실명상태를 고지하지 않고 법령상 한쪽 눈이 실명된 자는 운전할 수 없는 차량을 운전하다가 그의 일방과실로 인한 추돌사고가 발생한 경우,

124) 이를 전제로 고지의무에 관한 입증책임의 분배를 법률요건분류설에 따라 살펴 보면, 다음과 같다. 우선 보험자는 보험가입자 측의 고지의무 위반사실을 입증하여야 한다. 다시 말해 불고지 또는 불실고지가 있다는 점, 문제의 사항이 중요하다는 점, 그리고 보험계약자 또는 피보험자에게 고의 또는 중과실이 있다는 점을 입증해야 한다.

그 다음 해지권 제한사유에 관해서는 보험가입자 측이 이를 입증해야 한다. 즉 해지권 행사기간이 도과하였다거나 보험자가 가입자의 고지의무 위반사실에 대해 악의 또는 중과실이라는 점에 대해 보험계약자 측이 이를 입증하고 보험자의 계약해지를 막아야 한다. 고지위반과 보험사고 사이에 인과관계가 존재하지 않는다는 사실에 대해서도 같다.

125) RG 1936. 1. 31. VA 1936 S.172 bis 173 Nr. 2867.

126) Prölss/Martin, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 22. Aufl., S.167.

고지의무위반사실과 사고발생 사이의 인과관계를 인정할 수 있는지 여부

② 판결요지

“고지의무위반사실과 공제사고 발생과의 인과관계의 존재를 조금이라도 엿볼 수 있는 여지가 있으면 고지의무 위반을 이유로 한 공제자의 계약해지권을 제한해서는 안 되므로, 운전자가 한 쪽 눈이 실명된 사실을 공제자에게 고지하지 않은 채 한쪽 눈이 실명된 자는 제1종 보통운전면허를 받을 수 없는 데도 제1종 보통운전면허 소지자만 운전할 수 있는 차량을 운전하다가 그의 일방과실에 의한 추돌사고가 발생한 경우, 고지의무 위반사실과 사고 발생 사이에는 전혀 인과관계가 존재하지 않는다고 단정할 수 없다.”

(ii) 대법원 1994. 2. 25. 선고, 93다52082 판결<sup>127)</sup>

① 쟁점

보험가입자가 자동차종합보험계약을 체결하면서 보험료를 절약하기 위하여, 보험계약청약서의 주운전자란에 실제로 부보승용차를 주로 운전하게 될 자신이나 자신의 피용자(26세의 미혼자)에 갈음하여 실제로 운전하지 아니할 46세의 기혼자를 가입한 경우로서, 고지위반과 자동차사고 사이의 인과관계의 존부가 다투어짐.

② 판결요지

고지의무 위반사실과 보험사고의 발생 간의 인과관계의 부존재에 관한 입증책임은 보험계약자에게 있다 할 것이므로, 만일 그 인과관계의 존재를 조금이라도 엿볼 수 있는 여지가 있으며 상법 제655조 단서는 적용되어서는 안 된다고 할 것이다. 피고의 고지의무 위반사실과 사고발생 간의 인과관계가 부존재한다고 할 수 있기 위해서는 보험계약자인 피고로서는 이 사건 사고가 사고 당시 운전자의 운전활동과 전혀 무관하게 이루어진 것이라는 점을 적극적으로 입증하지 않으면 안 된다.

소지된 주운전자 이외의 자가 운전한 경우에도 부보되는 이 사건과 같은 개인용 자동차종합보험에 있어서 보조운전자로서의 운전수행에 해당되는 한, 주운전자가 부실고지되었다고 하더라도 보험사고 발생과 아무런 인과관계가 없다고 한다면 주운전자에 관한 사항은 고지의무의 대상인 중요한 사항이 아니하게 되고 주운전자의 부실고지는 보험계약의 해지사유가 되지 아니하는 기이한 결과가 초래된다.

(iii) 대법원 1992.10.23. 선고, 92다28259 판결

“고지의무 위반사실과 보험사고 발생과의 인과관계가 부존재한다는 점에 관한 입증책임은 보험계약자 측에 있다 할 것이므로, 만일 그 인과관계의 존재를 조금이라도 규지할 수 있는 여지가 있으면 위 단서는 적용되어서는 안 될 것이다(밑줄은 필자)

127) 이 판결에 찬성하는 평석으로는 양승규, 법률신문 1994. 4. 4., 15면; 김성태, 법률신문 1994. 8. 8., 15면이 있고, 이를 비판하는 견해로는 정진세, 법률신문 1994. 9. 12., 14면; 최준선, **상법사례연습(하) - 판례백선**, 삼조사, 253면 이하.

.”<sup>128)</sup>

(라) 인과관계의 존부에 관한 입증책임

입증책임에 관한 민사소송법의 일반원칙상 고지위반과 보험사고 사이의 인과관계의 존부에 관해서는 보험계약자가 인과관계가 존재하지 않는다는 사실을 입증할 책임이 있다고 보는 것이 당연하고, 또 다음에서 보는 바와 같이 이는 우리나라 대법원의 확립된 태도로 평가된다.

(a) 법원 1997. 9. 5. 선고, 95다25268 판결

“보험계약을 체결함에 있어서 중요한 사항의 고지의무에 위반한 경우나, 보험기간중에 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실에 관한 통지의무를 위반한 경우, 또는 보험기간중에 보험계약자, 피보험자 또는 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 경우에는, 고지의무에 위반한 사실 또는 위험의 현저한 변경이나 증가된 사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였다는 점이 증명된 때에는 상법 제655조 단서에 의하여 보험자는 위 각 의무위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 없으나, 위와 같은 고지의무에 위반한 사실 또는 위험의 현저한 변경이나 증가된 사실과 보험사고 발생과의 인과관계가 부존재한다는 점에 관한 주장, 입증책임은 보험계약자 측에 있다.”

이 판결례는 고지의무위반과 보험사고 사이의 인과관계가 존재한다는 사실은 물론 각종 통지의무위반과 보험사고 사이의 인과관계의 존재에 관하여 보험계약자 측이 입증책임을 짐을 명백히 하고, 나아가서 주장책임까지 거론하고 있다는 점에서 평가할 만하다.

(b) 대법원 1992.10.23.선고, 92다28259 판결

“보험계약의 체결함에 있어 주요한 사항의 고지의무를 위반한 경우 고지의무위반 사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였다는 점, 즉 보험사고의 발생이 보험계약자가 불고지하였거나 불실고지한 사실에 의한 것이 아니라는 점이 증명된 때에는 상법 제655조 단서의 규정에 의하여 보험자는 위 불실고지를 이유로 보험계약을 해지할 수 없을 것이나, 위와 같은 고지의무 위반사실과 보험사고 발생과의 인과관계가 부존재한다는 점에 관한 입증책임은 보험계약자 측에 있다 할 것이므로, 만일 그 인과관계의 존재를 조금이라도 규지할 수 있는 여지가 있으면 위 단서는 적용되어서는 안 될 것이다.”

(c) 기타 동일 취지의 판결례들

대법원 1996. 2. 18. 선고, 68다2082 판결 및 대법원 1969. 2. 18. 선고, 68다2082

128) 이는 또한 일본 판례의 전통적인 입장이다. 日大判 昭4.12.21. 新聞 3090-14는 ‘인과관계의 부존재에 관한 상법의 규정의 적용에 있어서는 사고와 고지의무위반사실과의 사이에 전혀 인과관계가 없어야 하고, 만일 조금이라도 그 사이에 인과관계를 엿볼 수 있는 여지가 있으면 그 규정은 적용할 수 없다’라고 한다.

판결 등.

(마) 입증책임에 관한 보험실무의 태도

이 입증책임에 관해서는 중요한 예외가 존재한다. 즉 1983년 8월 이래로 생명보험표준약관은 보험소비자 보호의 명분하에 인과관계에 관한 입증책임을 보험자에게 지우고 있다. 즉 동 약관에 의하면 보험자가 고지의무위반을 이유로 보험계약을 해지하기 위해서는 오히려 보험자가 불고지나 불실고지된 사항과 사고 발생 사이에 인과관계가 존재한다는 사실을 입증하여야 한다.

한편 고지위반과 보험사고 사이의 인과관계에 관한 입증책임을 공제자에게 전환한 공제약관의 효력을 인정한 대법원 판결례가 있다.

대법원 1997.10.28. 선고, 97다33089 판결

“입증책임의 소재에 관하여 당사자 간에 특약이 있으면 특별한 사정이 없는 한 그에 따라야 하므로, 공제약관상 고지의무 위반이 공제사고의 발생에 영향을 미쳤다는 사실에 대한 입증책임이 공제자에게 있다고 규정한 경우에는 그에 따라야 한다.”

## 2. 보험자의 손해배상청구권

보험가입자 측의 고지의무위반에 대해 보험자가 손해배상청구권을 행사할 수 있는지 여부에 대해서는 부진정의무이자 법정 의무인 고지의무의 성질을 고려하여 그 가능성을 부인하는 것이 보통이다. 즉 우리나라의 통설은 고지의무의 성질에 관해서는 간접의무설을 그리고 그 근거에 관하여는 기술적 위험측정설을 취하는 결과 손해배상청구의 여지가 없는 것으로 보는 것이 지배적인 견해이다. 그리고 이에 관한 대법원 판결례는 물론 존재하지 않는다.

그러나 독일과 일본의 논자들은 고지의무의 전계약적(前契約的) 성질을 인정하면서도 이 의무가 순전히 법규정에 의거함을 부인한다. 예컨대 보험계약이 존재하지 않는 한 고지의무도 있을 수 없고, 따라서 계약 그 자체 역시 고지의무의 법적 기초 이어야 한다고 주장한다.<sup>129)</sup> 이러한 견지에서 고지의무는 단순한 의무(bloße Obliegenheit)가 아니라 특히 엄격한 구속(eine besonders schwere Verbindlichkeit)이라고 한다.<sup>130)</sup> 그 결과 고지의무는 보험계약에 기초한 구속 내지 채무(Verbindlichkeit)이고, 보험계약자는 채무자로서 독일 민법 제276조에 따라 불고지 또는 불실고지에 귀책사유가 있는 때에는 손해배상책임을 부담한다는 것이다. 다만 보험자가 급부의무를 면할 때에는 그것으로 족하며, 이는 독일 민법 제276조

129) Ritter/Abraham, Seeversicherungsrecht, S. 325, Anm. 7 zu Par. 19.

130) Ritter/Abraham, a.a.O., Anm. 9 zu Par.19.

의 일반규정에 대하여 ADS 제20조가 특칙의 성격을 가지기 때문이라고 본다.<sup>131)</sup>

고지의무는 계약성립 전에 이행되어야 하며 고지된 사실이 바로 계약의 내용을 구성하는 것도 아니다. 그리하여 고지의무는 계약성립의 효과로서 당사자들이 부담하는 보험료지급의무나 보험금지급의무와는 그 성질이 크게 다르다. 또 반대설이 말하는 ‘특히 엄격한 구속’이라든가 혹은 ‘강제력이 약한 의무’라는 것도 결국은 진정한 의무가 아니라는 반증에 지나지 아니한다. 게다가 가입자 측의 고지의무위반이 있을 경우 보험자는 간접의무설에 입각한 입론으로 충분히 보호받을 수 있다. 반대설 자체가 보험자가 급부의무를 면하였을 때에는 손해배상의 문제가 발생하지 않음을 인정하는 데에서도 이를 확인할 수 있다.

요컨대 고지의무위반의 효과로서 손해배상청구권을 인정할 필요도 없고, 또 이를 인정하기 위한 이론적 근거도 빈약하다고 할 것이다. 그리하여 고지의무는 간접의무로서 보험자는 그에 상응한 청구권을 가지는 것도 아니고 또 그 가입자가 이를 위반할 때에도 이행강제나 손해배상청구를 할 수 없으며, 오로지 보험자의 해지를 저지하고 보험계약자 측이 보험금청구권을 확보하기 위해 스스로에 대해 부담하는 의무의 성질을 지니는 것이다.

### 3. 약관의 교부설명의무위반과 고지의무위반의 관계

#### (1) 문제의 제기

보험자는 보험계약 체결시 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 약관의 중요한 내용을 알려 줄 의무가 있고, 보험자가 이 의무를 위반한 경우 보험계약자는 계약 후 1개월 이내에 당해 계약을 취소할 수 있다(상법 제638조의 3). 보험자가 명시설명의무를 위반하였으나 보험계약자가 1개월 이내에 취소권을 행사하지 아니한 경우, 보험자는 보험계약자 측의 고지의무위반을 이유로 당해 보험계약을 해지할 수 있는지 여부가 논의되고 있다. 이 문제는 기본적으로 상법 제638조의 3과 약관법 제3조의 관계에 관한 것이다.

#### (2) 판례의 태도

##### (가) 대법원 1997. 9. 9. 선고, 95다45873 판결

“보험자 및 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 보험계약의 체결에 있어서 보험계약자 또는 피보험자에게 보험약관에 기재되어 있는 보험상품의 내용, 보험료율의 체계 및 보험청약서상 기재사항의 변동 등 보험계약의 중요한 내용에 대하여 구체적이고 상세한 명시·설명의무를 지고 있어서 보험자가 이러한 보험약관

131) Ritter/Abraham, a.a.O., S. 375.

의 명시·설명 의무에 위반하여 보험계약을 체결한 때에는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없으므로, 보험계약자나 그 대리인이 그 약관에 규정된 고지의무를 위반하였다 하더라도 이를 이유로 보험계약을 해지할 수 없다.”

#### (나) 동일한 취지의 대법원 판결례

대법원 1995. 8. 11. 선고, 94다52492 판결; 대법원 1996. 3. 8. 선고, 95다53546 판결; 대법원 1996. 4. 12. 선고, 96다4893 판결; 대법원 1997. 9. 26. 선고, 97다4494 판결; 대법원 1998. 4. 10. 선고, 97다47255 등이 있다. 그리하여 위의 대법원이 입장은 이제 확립되었다고 말할 수 있다. 그리고 위의 판결은 대법원 1992. 3. 10. 선고, 91다31883 판결과 동 1994. 10. 14. 선고, 95다53546 판결의 연장선 위에 서 있다.

#### (다) 판례의 정리

이리하여 법조실무는 약관법 제3조와 상법 제638조의 3의 관계에 대하여 상법의 특칙성을 부인하고, 두 법조가 중복하여 적용된다는 판결례를 되풀이하고 있고, 그 전제로서 보험자의 명시설명 의무에 관하여 상법의 규정을 원용한 소위 원용약관에 대해서도 구체적이고 상세한 설명을 요구하고 있다.

### (3) 학설

위의 법조실무에 대해 학설은 대단히 비판적이다. 오랫동안 범세계적으로 운용되어 온 고지의무에 관한 법리를 근본적으로 왜곡할 뿐만 아니라, 상법 제638조의 3의 입법취지나 합리적 해석을 외면하였기 때문이다. 주요한 견해들<sup>132)</sup>은 약관의 명시설명과 약관의 계약편입에 관하여 상법 제638조의 3이 우선적으로 적용되고 이와 충돌되는 한 약관법은 적용되지 않는 것으로 풀이되어야 옳고, 설사 대법원처럼 중복적용설을 취하여 보험약관의 고지조항이 계약에 편입되지 않는다고 보더라도 법정주의인 고지의무에 관한 상법 제651조의 규정은 당연히 보험계약에 적용되어야 한다는 점을 지적한다.<sup>133)</sup>

### (4) 사건

보험약관의 계약편입과 관련된 우리 보험법의 상황은 우연히도 독일 보험계약법의 그것과 대단히 비슷하다. 즉 우리의 경우 1991년의 보험법 개정을 통해 보험약관의 교부설명 의무와 관련된 조항이 신설되었고, 그 후 우리나라에서는 이 조항과

132) 손주찬, 보험약관의 명시설명 의무위반과 고지의무위반을 이유로 하는 계약해지, **판례월보** 제313호(1996.10.); 양승규, 보험자의 약관설명 의무위반과 보험계약자의 고지의무 위반의 효과, **저스티스** 제29권 제2호(1996.10.), 한국법학원 등. 반대의 견해로는 최준선, **상법사례연습**(하), 삼조사, 1998, 246면.

133) 정호열, 보험약관의 명시설명 의무와 고지의무의 관계, **생협** 제224호(1997. 9.), 결론 참조.

약관법 제3조의 관계가 심각하게 제기되고 있다. 이러한 상황은 유럽연합지침을 시행하기 위한 독일 보험감독법과 보험계약법 개정으로 인한 독일의 법상황과 결과적으로 아주 흡사하게 된 것이다.

여기에서 독일 보험계약법 해석론은 우리에게 다양한 시사를 하고 있다. 무엇보다도 독일의 경우 새로 추가된 보험계약법 제5조a 제1항이 적용되는 경우 약관편입에 관한 약관규제법 제2조의 적용이 없다는 해석이 정설로 자리잡았고,<sup>134)</sup> 또 보험자의 정보제공의무 위반에 관한 보험계약법 제5조

a와 약관법 제2조의 관계에 관해서는 명시적으로 혹은 묵시적으로 보험계약법의 특별법적 지위를 인정하는 것이 일반적인 견해이기 때문이다.<sup>135)</sup>

우연히 창출된 흡사한 규범상황하에서 합리적인 결론을 도출하고 있는 독일의 해석론으로부터 우리는 귀중한 교훈을 얻을 수 있다. 특히 우리나라 대법원이 명시설 명의무의 위반과 관련된 사건에서 상법 보험편과 약관규제법의 중복적용을 인정한 태도에 대해서는 다시금 비판을 아끼지 아니할 수 없다.

#### 4. 고지위반과 사기·착오의 경합문제

##### (1) 문제의 제기

청약서에 기재된 예정피보험자 대신에 건강한 제3자가 피보험자로 가장하여 대신 신체검사를 받는 소위 대리진사의 경우처럼, 하나의 사실이 고지의무위반을 구성하면서 동시에 민법의 의사와 표시의 불일치에 관한 규정들, 예컨대 사기나 강박 혹은 착오에 해당될 경우, 고지의무에 관한 상법 제651조와 민법의 해당 규정이 어떠한 관계에 서는지는 대륙법계 국가의 경우 전통적인 쟁점의 하나이다.

이 논의의 실익은 사기 또는 착오로 인한 법률행위의 취소권의 행사기간과 고지의무위반으로 인한 보험자의 계약해지청구권의 행사기간에 큰 차이가 있다는 점에 있다. 즉 상법에 의하면 보험계약 성립후 3년이 경과하면 고지의무위반이 있더라도 보험자는 계약해지권을 행사할 수 없고 보험사고가 발생하면 보험금지급책임을 면할 수 없는 것이지만, 민법의 사기나 착오에 관한 규정이 중복적으로 적용된다면 위의 제척기간이 지난 후에도 법률행위를 한 날로부터 10년간 보험자는 취소권을 행사하여 보험계약을 소급하여 무효로 돌릴 수 있는 것이다.

##### (2) 주요국의 경우

134) Helmut Heinrichs, "Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1995", NJW 1996, S. 1383.

135) Dörner/Hoffmann, "Der Abschluß von Versicherungsverträgen nach Par. 5a VVG", NJW 1996, S. 155; Renger, VersR 1994, 753(758); Heinrichs, a.a.O.



## (가) 독일

사기에 관한 한 독일 보험계약법은 이를 명문으로 해결한다. 동법 제22조는 ‘위험사실에 관한 사기를 이유로 계약을 취소할 수 있는 보험자의 권리는 영향받지 아니한다’라고 못박아 고지의무위반으로 인한 계약해제권과 사기로 인한 취소권을 보험자는 선택적으로 행사할 수 있다.<sup>136)</sup> 그러나 사기로 인한 착오를 이유로 보험자가 보험계약을 취소할 수 있는지는 별개의 문제이다. 그리고 동법 제22조의 사기규정은 BGB의 사기규정을 배제한다. 특별법이기 때문이다.

전계약적인 고지의무위반과 사기는 그 요건과 입증책임에서 차이가 있다. 즉 고지위반의 경우 보험자는 그 위반의 객관적 요건만을 입증하면 되고 오히려 보험계약자가 불고지·불실고지에 그의 귀책사유가 없음을 입증하여야 하는 데 비해, 사기의 경우에는 보험자가 보험계약자의 이단(二段)의 고의를 입증하여야 한다.<sup>137)</sup>

고지의무위반과 착오의 관계에 관하여는 구체적인 입법이 없다. 그러나 판례의 일관된 태도나 학설의 대체는 고지의무위반의 효과에 관한 보험계약법(VVG)이나 상법(HGB)의 규정이 민법 제119조 제2항의 착오에 관한 규정에 대한 특별법이라고 보아 민법 규정의 적용을 배제시키고 있다.<sup>138)</sup> 이러한 견해에 의하면 사기로 인한 착오의 주장은 사기에 의한 계약취소와는 달리 허용될 수 없게 되는 것이다. 나아가서 계약체결상의 과실(culpa in contrahendo)도 보험계약법 제16조의 특칙으로 말미암아 배제되는 것으로 풀이하는 견해도 있다.<sup>139)</sup>

## (나) 영국

영미 계약법의 사기(fraud)나 착오(mistake)의 개념이 우리 사법에서의 사기·착오와 반드시 일치하는 것은 아니다. 그러나 이 문제와 관련된 범위 내에서 이를 정리하면 다음과 같다.

우선 당사자 쌍방의 착오(common mistake of the parties)가 있을 경우 그 착오가 계약목적의 필수적인 요소에 관한 것이면 당해 계약은 무효가 될 수 있으며(may be vitiated), 보통법상으로는 무효이나 형평법상으로는 취소할 수 있을 따름(but in equity only voidable)이라고 한다.<sup>140)</sup> 취소할 수 있는 계약은 취소를 주장하는 당사자에게 귀책사유가 없고 또 제3자에게 손해를 주지 않을 때에만 효력을 상실하는 것이 형평법의 법리이다.

136) Prölss/Martin, Kurz Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 22. Aufl., S. 166.

137) Edgar Hofmann, Privatversicherungsrecht, S. 65.

138) Rittter/Abraham, Seeversicherungsrecht, S. 374; RG vom 13.10.1936; RGZ 132, 386.

139) Edgar Hofmann, Privatversicherungsrecht, S. 65.

140) MacGillivray and Parkington, *Insurance Law*, 7th Ed., p. 220.

문제는 보험계약에 대해 쌍방착오에 관한 위의 법리가 적용되는지 여부이다. 계약법상의 의미가 있는 쌍방착오는 부보된 재산이 존재하지 않거나 생명보험의 피보험자가 이미 사망한 경우에 볼 수 있다. 대다수의 판결들은 전자에 관하여 부보재산이 청약서에 기재되는 까닭에 보험계약자는 그 기재의 정확성을 담보한 것이 되므로 고지의무위반의 문제가 아니라 담보(warranty)의 문제가 되고 또한 착오의 원칙도 적용될 여지가 없다고 본다.<sup>141)</sup> 또 명시적 담보가 존재하지 않는 경우에도 착오에 관련된 사실이 고지의무의 범주에 속하는 한 그것은 고지의무위반으로 다룰 것이라고 한다.<sup>142)</sup> 한편 피보험자가 이미 사망한 생명보험계약의 경우에는 착오로 인하여 무효라고 본 판결례가 많다.<sup>143)</sup>

한편 사기의 경우 기망을 당한 자는 원칙적으로 계약취소권을 행사할 수 있으며, 계약이 취소된 때에는 당사자 사이의 법률관계가 원상으로 회복되어야 한다.<sup>144)</sup> 그러나 보험자가 사기를 이유로 보험계약을 취소하는 경우 그가 수령한 보험료를 반환할 의무가 없다는 상당히 많은 판결례가 있다.<sup>145)</sup> 그리하여 보험금지급 후 보험자는 지급한 금액을 사기로 인한 손해로서 회복할 수 있다.<sup>146)</sup> 사기와 고지의무위반에 관하여는 양자를 선택적으로 행사할 수 있는 것으로 보고 있으며,<sup>147)</sup> 보험증권에 불가쟁조항이 있는 경우에도 사기를 이유로 한 취소는 가쟁기간이 경과한 후에도 여전히 가능하다고 풀이하고 있다. 이는 스스로의 사기로부터 이득할 수 없다는 형평법 원칙의 적용결과가 되는 것이다.<sup>148)</sup>

#### (다) 미국법의 특수성

미국법에 있어서도 법률상 유의미한 착오는 중요한 사실(material facts)에 관한 것이고 또 원칙적으로 쌍방착오(mutual mistake)이어야 하며, 사기가 있는 경우 기망당한 당사자는 계약을 취소할 수 있다. 이러한 법리는 기본적으로 영국과 같다.

141) *Everett v. Desborough*(1829) 5 Bing, 503; *Duckett v. Williams*(1834) 2 Cr.&M. 348; *Thomson v. Weems*(1884) 9 App. Cas. 671.

142) *MacGillivray and Parkington*, op. cit., p. 221.

143) *Earl of March v. Pigot*(1771) 5 Burr. 2802; *Strickland v. Turner*(1052) 7 Exch. 208; *Bell v. Lever Bros.*(1932) A. C. 161, 236.

144) *Clough v. L. N. W. R.*(1871) L. R. 7 Ex. 26, 34; *First National Reinsurance Co. v. Greenfield*(1921) 2 K. B. 260, 267.

145) *Feise v. Parkinson*(1812) 4 Taunt, 640, 641; *Anderson v. Fitzgerald*(1853) 4 H. L. C. 484, 508.

146) *London Assurance v. Clare*(1937) 57 Li. L. R. 254.

147) *MacGillivray and Parkington*, op. cit., p. 248.

148) *Anstey v. British Natural Premium Life*(1908) 24 T. L. R. 871; *Re General Provincial Life*(1870) 18 W. R. 396.

그러나 미국법에 있어서는 보험법령이나 약관의 불가쟁조항에 관하여 학설과 판례가 특수한 접근을 행하고 있다. 즉 가쟁기간(contestable period)이 경과한 보험계약, 특히 생명보험계약은 불실고지나 불고지로 다룰 수 없을 뿐만 아니라 사기를 이유로도 이를 다룰 수 없다는 것이 확립된 해석이다.<sup>149)</sup> 그 결과 가쟁기간 내에는 사기를 들어 보험계약의 효력을 다룰 수 있으나, 불가쟁조항으로 인하여 가쟁기간이 경과한 후에는 소수의 예외를 제외하고는 사기를 이유로 한 다툼도 허용되지 아니한다.

불가쟁조항으로 인하여 배척되지 아니하는 항변으로서 미국의 판례가 인정한 사유는 다음과 같다. 첫째 청구서에 기재된 피보험자 이외의 자가 신체검사를 대신 받은 때, 둘째 피보험이익이 흡결된 때, 셋째 보험료불지급으로 계약이 실효되는 때 등이다. 첫번째의 경우에는 그러한 보험계약이 설령 유효하다고 하더라도 그것은 실제로 신체검사를 받은 자에 대해서 그러하다는 점에서,<sup>150)</sup> 두 번째의 경우에는 공공의 질서(public policy)에 반하여 처음부터 무효라는 점에서, 세 번째의 경우에는 불가쟁약관이 보험료불지급에 대한 예외를 스스로 인정하였다는 점에서 그 근거가 있고, 이 밖에 자살과 연령의 기재착오도 예외적으로 보험자의 항변이 허용되는 것으로 풀이되고 있다.<sup>151)</sup>

요컨대 미국의 경우에도 불가쟁조항이 존재하지 않는 한 영국법과 마찬가지로 보험자는 사기나 고지의무위반을 선택적으로 행사할 수 있는 것이 원칙이라고 할 수 있다.

### (3) 학설

양자의 관계에 관하여 학설은 크게 상법만의 적용을 인정하는 설, 민상법 규정의 중복적용을 인정하는 설, 착오에 관하여는 민법규정의 적용을 배제하나 사기의 경우에는 중복적용을 인정하는 견해로 크게 나뉘어 있다.

#### (가) 상법단독적용설

고지의무위반에 관한 상법 제651조와 민법의 착오나 사기·강박에 의한 의사표시에 관한 규정의 특칙이기 때문에, 고지의무위반에 관한 상법규정이 적용될 때에는 사기·착오로 인한 취소를 주장할 수 없다는 견해이다.<sup>152)</sup>

이 설이 근거로 삼는 것은 당사자 간의 이익조정과 법률관계의 신속한 안정으로

149) Greider/Beadles, *Law and Life Insurance Contract*, 4th Ed., Irwin, p. 278; *Kansas Mutual Life Insurance Company v. Whitehead*(1906), 1233 Ky. 21.26.

150) *Obartuch v. Security Mutual Life Insurance Company*, 114 F. (2d) 873 (C. C. A. III., 1940).

151) Greider/Beadles, *op. cit.*, p. 282.

152) 서돈각, 제3전정 **상법강의**(하), 361면.

요약할 수 있다. 즉 일면으로는 보험계약자에게 고지의무를 부담시켜 그 주관적 요소를 고려한 제재, 다시 말해 계약해지의 제재를 가하고, 타면으로는 보험자의 주관적 요소를 고려하여 해지권의 행사를 제한함과 아울러 불가쟁기간을 두어 보험자의 면책주장을 제한하여 보험자와 보험계약자 사이의 형평을 도모하고자 하는 것이 상법 제651조의 취지라는 것이다.<sup>153)</sup>

#### (나) 민상법중복적용설

고지의무는 보험자의 위험측정을 위해 상법이 보험가입자에게 부과한 보험계약 특유의 법정 의무로서 가입자가 이를 위반할 경우 그 제재로서 보험자에게 계약해지권을 부여하는 것이고, 민법의 사기·착오에 관한 규정은 보험계약의 일방당사자인 보험자의 의사표시에 하자가 있을 때 자신의 의사표시를 취소할 수 있는 권리를 주는 부여하는 제도이므로, 양자는 그 근거와 요건 그리고 효과를 달리하는 별개의 독자적인 제도이지 결코 특별법과 일반법의 관계에 서는 것이 아니므로 상법과 민법 규정은 중복적으로 적용되어야 한다는 견해이다.<sup>154)</sup>

이 설은 첫째 고지의무와 민법이 사기·착오는 전혀 별개의 제도라는 점, 둘째 기만적인 보험계약자는 보호할 가치가 없으며 착오와 고지의무위반이 경합이 현실적으로 문제될 소지가 거의 없다는 점, 그리고 의사와 표시가 일치하지 않는다는 점에서는 사기와 착오가 다르지 아니하고 여기에서 사기와 착오를 차별적으로 취급하는 것은 일관성의 결여를 가져온다는 점 등을 근거로 하고 있다.

#### (다) 절충설

이 견해는 사기와 착오를 차별적으로 다룬다. 즉 사기의 경우에는 보험가입자 측에 반윤리적인 점이 있으므로 이를 보호할 필요가 없는 데 비하여 보험자 측의 착오의 경우에는 보험자의 이익과 아울러 보험가입자 측이 이익도 배려할 필요가 있다고 본다. 따라서 보험자가 요소의 착오에 의하여 보험계약을 체결한 때에는 민법의 규정에 따른 취소의 여지를 부정하지만, 보험계약자 등의 사기적 고지의무위반이 있는 때에는 민법 제110조의 적용을 인정하는 것이 옳다는 주장이다.<sup>155)</sup>

이 설은 고지의무제도가 위험의 합리적인 측정을 가능케 하기 위한 것뿐만 아니라 보험자와 보험계약자 사이의 공평한 이해조정 그리고 법률관계의 안정을 목적으로 하는 것이므로 절충설이 가장 바람직하다는 점에서 그 근거를 찾는다. 이 밖에 형식논리적 차원에서 착오에 관한 민법 제109조가 고지의무에 관한 상법 제651조

153) 大森忠夫, 保險法, 135면 참조; 西島梅治, 保險法, 94-5면 참조.

154) 권혁재, 보험계약법상의 고지의무, 재판자료 제53집, 202면; 大三忠夫, 앞의 책, 136면; 일본 판례의 태도(大判 大6·12·14 民錄 23집, 212면; 大判 大7·4·5 民錄 24집, 539면).

155) 우리나라의 다수설. 예컨대 양승규, 보험법 제2판, 124면; 손주찬, 상법(하) 제6정증보판, 532면 등.

에 대해 일반법과 특별법의 관계에 있지 않다는 주장이 제기되기도 한다.<sup>156)</sup>

#### (라) 기타의 절충설

고지의무에 관한 상법규정은 보험계약의 선의성과 단체성, 기술성에 기한 특칙이므로 민법의 의사와 표시의 불일치에 관한 규정은 원칙으로 적용되지 않는 것이나 보험가입자 등의 사기에 관해서는 사기로 인한 초과보험계약을 전면 무효로 하는 상법 제669조 제4항이 유추적용되어야 한다는 견해도 있고, 민법의 사기나 착오에 관한 규정의 적용은 배제되지만 사기의 경우에는 상법 제669조를 유추할 것도 없이 보험계약은 바로 무효가 된다는 입론도 있다.<sup>157)</sup>

위의 견해들은 보험계약의 최대선의성을 강조하는 것으로 이해되고, 또 대리진사에 의한 보험계약을 민법 제103조의 선량한 풍속에 반하는 것으로 풀이하는 견해도 이에 준하는 것이다.

### (4) 판례

#### (가) 대법원 1991.12. 27. 선고, 91다1165 판결<sup>158)</sup>

“보험계약을 체결함에 있어 중요한 사항에 관하여 보험계약자의 고지의무위반이 사기에 해당하는 경우에는 보험자는 상법의 규정에 의하여 계약을 해지할 수 있음은 물론 민법의 일반원칙에 따라 그 보험계약을 취소할 수 있다”

#### (나) 판결에 대한 평가

위의 대법원판결은 고지의무위반과 사기의 경합 여부에 관한 것이나, 이 판결에 미루어 볼 때 우리나라 대법원은 고지위반과 착오 혹은 강박과의 경합에 관해서도 민상법중복적용설을 취할 것으로 예측할 여지가 있다.

한편 하급심 판결중에 고지의무위반과 착오의 관계를 다룬 것이 있다. 서울고등법원 1990. 6. 8. 선고, 89나40930 판결은 ‘보험자가 중요 부분의 착오로 인해 계약을 체결하였으나 그 착오에 관하여 보험자의 중대한 과실이 있으므로 보험자는 문제의 계약을 취소할 수 없다’라는 요지로 판단하여 고지위반과 착오에 관해 민상법중복적용설을 취하는 듯한 태도를 보인다.

## VI. 결 어

우리나라의 통설은 헌법과 법원조직법 그리고 상법 제1조 등에 대한 형식논리적

156) 西島梅治, 앞의 책, 97면.

157) 정희철, **상법학원론**(하), 389면 참조.

158) 이 판결에 대한 상세한 소개와 평석으로는 최준선, **상법사례연습**(하), 삼조사, 1998, 258면 이하.

접근을 통해 관례의 법원성(法源性)을 부인한다. 그러나 최고법원의 판결례가 선례로서 법률생활을 지배하는 사실은 부인될 수 없다. 보험판례 역시 마찬가지이며, 분쟁의 당사자로서 보험회사와 보험계약자는 최고법원의 결정에 의해 그 이해가 엇갈리게 되며 보험자의 보험정책도 보험법의 유권해석에 따라 결정적인 영향을 받게 된다.

한편 보험사건에 관한 우리나라 대법원 판결례도 이제 상당히 많이 축적되어 있어, 문자 그대로 전반적인 판례법의 형성을 기대할 수 있게 한다. 그러나 보험사건에 관한 대법원 판결례들 중에는 보험계약법의 법리에 충실히 부응하면서 새로운 법리의 전개에 결정적인 기여를 하는 것들도 많다. 예컨대 상법 제659조는 사고발생의 원인에 대한 책임조건을 규정한 것인데 비해 무면허운전에 관한 면책약관은 사고발생의 상황에 관한 것이라는 판결례(대법원 1991. 11. 24. 선고, 90다카23899 판결)나 보험자의 약관의 명시설명의무에 관하여 보험약관에서 정한 사항이라도 거래상 일반적이거나 공통적인 사항 또는 이미 법령에서 정한 사항을 되풀이하거나 부연한 사항에 대해서는 보험자의 명시설명의무가 없다는 최근의 대법원 판결례(동 1998.11.27. 선고, 98다32564 판결)처럼 학설의 충분한 전개가 없는 쟁점들에 관하여 해석론의 신지평을 개척한 훌륭한 판결례도 있다.

특히 고지의무에 관한 대법원 판결례들을 전반적으로 평가한다면, 전통적인 제도로서 고지제도의 운영에 관한 한 우리나라 대법원 판결례는 대체로 무난하며 외국 의 실무와 학설에 미루어 보아도 크게 어긋남이 없다고 생각된다. 예컨대 보험가입자 측의 고지의무위반과 보험사고 발생 사이의 인과관계의 존재 여부 그리고 이에 대한 입증책임에 관한 판례들이 그러하다.

그러나 대법원 판결례중에는 사회경제제도로서의 보험의 원리와 상치되어 보험제도의 운영비용을 증폭시키고 보험단체 내의 형평을 깨뜨리는 경우들도 적지 않다. 특히 넓은 의미의 보험법의 한국화 현상과 관련되는 부분, 예컨대 보험계약법 전편의 규정을 상대적 강행법규로 선언하는 상법 제663조와 고지의무의 관계, 그리고 영미나 일본의 경우에는 존재하지 아니하는 약관법의 적용과 관련되는 사항에 있어서는 우리 대법원 판결례들이 정상적인 감각을 잃어버리는 경우가 상당히 많다고 평가된다.

입법이 주도면밀하지 아니한 이러한 사항에 대해 우리나라 대법원 판례는 적극적인 역할을 하는 대신에 대체로 형식논리로 도피하는 성향이 강하고, 그 결과 사회경제제도로서의 보험의 본질에 크게 벗어나 부가보험료의 발생요인을 증폭시키고 보험단체 전체에 대해 커다란 불이익을 초래하는 경우가 적지 않은 것이다. 대표적으로 최고절차를 생략하는 실효약관의 효력을 부인하거나 약관의 명시설명의무에 대한 위반이 있는 경우 보험자는 고지의무위반을 이유로 한 계약해지권을 행사할

수 없다는 판결례 등이 그 전형적인 예라고 할 것이다.

앞으로의 법조실무가 보험계약법이라는 법형식이 사회경제제도로서의 보험의 실체와 유리되지 않아야 할 것이며(즉 보험제도의 단체성과 보험계약의 개별성), 보험의 국제성을 배려하면서 개별 경우의 구체적인 사정을 충분히 고려할 필요가 있다고 생각된다. 그리고 입법이 불충실하고 법리의 전개가 충분하지 아니한 사항에 대해서는 형식논리를 도피하지 않고 보다 적극적인 태도를 보여 줄 필요가 있다고 하겠다. 마지막으로 중요한 쟁점에 대해서 대법원 판결례가 일단 출현하면 당해 법리를 안정시키고 보험소비자는 보험산업에 대해 예측가능성을 제공하여야 할 것이다.