

〈종합토론〉

보험판례의 동향과 문제

사 회 자 : 손주찬(학술원 회원)
기조강연 : 양승규(서울대학교 법과대학 교수)
(서울대학교 법학연구소장)
주제발표 : 김성태(연세대학교 법과대학 교수)
 정호열(성균관대학교 법과대학 교수)
 장경환(경희대학교 법과대학 교수)
토 론 자 : 박 철(판사, 대법원 재판연구관)
 이태중(판사, 대법원 재판연구관)
 김창준(변호사, 세경합동법률사무소)
 신인식(국제화재보험 부장)

사회자 : 세 분의 발표 감사합니다. 토론에 참가해주실 분들을 소개해 드리겠습니다....(생략).... 순서대로 박철 판사님부터 시작하겠습니다.

박 철 : 어쩔 수 없이 제가 드릴 말씀은, 대법원 판결이 나오게 된 배경이라든가 생각이 되겠습니다. 다만 제가 대법원을 대변할 수 있는 지위에 있지 않고, 법원의 지위라는 것이 판결을 직접 담당하는 경우 구체적 사건 외에서는 일반적인 법원의 입장은 이렇다라고 말하기가 어려운 조직입니다. 그것을 감안하시고 들어주시기 바랍니다. 제가 드리는 말씀은 제가 이해하고 있는 대법원 판결의 배경과 정책적 기초가 될 것입니다.

먼저 원론적으로 말씀드리고 싶은 것은, 법원이라는 데는 법률을 해석하는 기관인 동시에 법을 적용해서 구체적 사건을 해결하는 기관입니다. 법을 해석하는 작업은 일반 추상적인 규범의 의미를 밝히는 아주 법리적인 작업이 되겠습니다만, 이를 구체적 사건에서 적용하는 의미에서 법원은 법집행기관의 의미를 갖게 되고, 지금 금감위와 더불어서 우리나라 보험정책의 방향을 정하는 기관으로서의 의미도 갖고 있습니다. 법원이 일반 추상적인 법규정을 해석하고 이를 현실의 사건에 적용하기 때문에 법원 나름의 현실감각을 갖고 있습니다. 그 현실감각 위에서 법

원의 정책이 정해지는 것이고, 따라서 법원이 대체로 이해하고 있는 현실 감각이 어떠한가, 법원이 존중하고 있는 정책방향은 어떠한가를 이해해야만 대법원 판결을 이해할 수 있고, 단순히 법리적인 차원에서 분석 비판하는 것만으로는 대법원 판결을 완전히 이해하기가 힘든 면이 있습니다.

비교법적인 여러 연구는 법리적 연구를 하고 법을 적용하는 입장에 있어서 가장 기초적이고 필요한 연구입니다만, 절대로 충분한 조건은 아니라고 하는 것은 당연한 생각일 것입니다. 우리 사회가 서구 사회와 다른 특수성을 갖고 있고, 무엇보다도 우리 법제가 서구의 그것과 다른 특수성을 갖고 있습니다. 제가 이해하고 있는 법원의 현실인식을 먼저 말씀 드리겠습니다.

첫 번째로, 우리 보험업계는 상당히 공격적인 경영전략을 갖고 있다고 이해하고 있습니다. 보험 세일즈에서 공격적인 경영을 갖고 있을 뿐만 아니라, 또한 자금 운용의 면에서도 상당히 공격적인 시스템을 가져왔던 것이 아닌가, 그리고 자금 운용 면에 있어서 위험의 측정, 위험의 분산에 대한 합리적인 통제가 없었던 것이 아닌가 하는 생각을 갖고 있습니다. 이 두 번째 문제에 대해서는 오늘 드릴 말씀과 별로 상관은 없을 것입니다. 먼저 첫 번째 문제에서, 보험 세일즈에서 상당히 공격적 경영전략을 갖고 있다는 것은, 보험 외판원, 보험모집인, 요즘의 보험 설계사가 보험에 가입할 의사를 갖고 있는 사람에게 정보를 제공하고 보험의 내용을 설명해서 보험계약을 돕고 보조하는 역할을 하는 것이 아니라 보험에 가입할 의사를 갖고 있지 않은 사람에게 적극적으로 보험에 가입할 의사를 유발시키는 적극적인 세일즈 활동을 하고 있다고 생각합니다. 그 세일즈 과정에서 모든 설명이 합리적이고 충분하게 이루어지고 있느냐, 아니면 과장된 설명이 이루어지고 있느냐 하는 문제에 있어서 그 후자가 우리의 경우에 많다는 생각을 갖고 있습니다. 아마 고지의무관련 대법원 판결에서는 기본적으로 이 생각이 깔려 있으리라고 생각합니다. 이는 우리 사회의 독특한 문화와도 관련이 있습니다. 우리가 보험에서는 반드시 서면계약으로 하고 있습니다만, 실제 보험 실무에 있어서 보험 청약서에 당사자가 모든 사항을 직접 기재하는 경우는 오히려 적습니다. 제가 보험계약을 체결하였을 때에도 이름을 적는 등 서명만 하였고 나머지 사항은 보험사직원이 체크를 하였고, 어떤 사항에 체크를 했는지는 나중에 보험증권을 받아보고서야 알았습니다.

보험계약의 성립문제에 있어서, 약관법과 상법의 규정을 어떻게 적용할 것인가 하는 문제에도 기본적으로 이러한 인식이 깔려 있습니다. 보험 세일즈를 통해 보험회사가 수단방법을 가리지 않고 일단 고객을 확보하고 나중에 그 중에 일부가 설명과 달랐다는 이유로 1주일 내에 계약을 취소하도록 한다면, 그렇게 확보한 고객 가운데 아주 일부만이 권리를 행사할 수 있을 것입니다. 그러면 보험회사로서

는 상당한 경영성과를 이룰 수 있을 것입니다. 이렇게 갈 경우, 오늘 많은 논의들은 보험계약자 또는 피보험자 측에서의 도덕적 해이를 지적하고 있습니다만, 그 반대로 보험사 측의 도덕적 해이문제는 어떻게 취급할 것인가 하는 문제를 생각하지 않을 수 없습니다.

두 번째 인식의 문제는, 우리 보험약관이 선진국에 비해서 고객들에게 불리하게 작성되어 있다는 인식입니다. 보험업계에서는 이 부분에 찬성하지 않을지도 모르겠습니다만, 현재 책임보험 부분에 있어서 음주운전면책약관은 없어졌습니다. 서구사회에서는 책임보험에서 음주운전면책약관은 처음부터 존재하지 않았거나 존재하다가 없어진 지가 오래되었습니다. 그러나 우리나라에서는 상당 기간 유지되어 왔습니다. 무면허운전면책약관의 경우에도 현재 대법원 판결의 입장에 따라서 피보험자의 명시적·묵시적 동의하에서의 무면허운전이 면책된다는 약관규정을 두고 있습니다만, 그러한 제한규정이 없는 무제한적인 면책약관도 상당히 오랫동안 유지되어 왔습니다. 인보험 분야에서의 음주·무면허운전면책약관은 아직도 존재하고 있습니다. 음주운전의 수치의 경우 우리나라는 0.05%로 되어 있습니다. 예를 들면 독일에서는 0.13%로 되어 있습니다. 0.13% 정도면 주취의 정도가 심하고 그 정도라면 온전한 정신으로 운전하기 힘든 정도라고 의학적으로 입증된 바 있습니다. 그러나 우리나라에서는 0.05%의 기준을 그래도 유지하고 있습니다. 이러한 여러 규정들이 약관 인가과정에서 선진국 수준의 보험약관에 미흡한 수준에서 그대로 인가되고 있다는 것 역시 대법원의 인식중의 하나라고 저는 생각하고 있습니다. 이러한 현실인식의 문제는 이 정도로 해 두죠.

이제 이론적인 문제를 지적해 보겠습니다. 오늘 발표에서 대법원 판결에 대한 강한 비판이 있었던 인보험에서의 음주·무면허면책약관에 대해서 제 생각을 말씀드리겠습니다. 음주운전이나 무면허운전의 면책약관은 ‘담보위험배제’다, 영어로 ‘exclusion’이다, 그래서 상법규정이 적용되지 않는다는 논리가 김성태 교수님의 이론적 기반이라고 알고 있습니다. 그런데 이 exclusion과 exception이란 개념이 영미법에서 과연 존재하는가 하는 데 대해서 저는 회의를 갖고 있습니다. 영미법에서 exclusion과 exception을 개념적으로 구분하는 것은 통설적 입장과 관례상으로 존재하지 않는다고 생각합니다. 그리고 몇몇 교수가 설사 이러한 식으로 구분하는 개념을 따르더라도, 그 개념은 우리 학계에서 말하는 담보위험배제와 면책사유의 구분과는 다르다 할 것입니다. 우리 학계에서 말하는 담보위험배제와 면책사유의 구분, 즉 exclusions와 exceptions의 구분은 개념상으로는 독일법상의 개념과 유사합니다. 독일법상의 담보위험배제가 exclusions로 이름을 붙이고, 간접의무위반에 exceptions라는 이름을 붙이는 게 아닌가 싶습니다. 독일법의 이론은 그 개념이 대단히 명확하고 분명해서 이 두 개의 개념적 구분을 부정할 방법이 없습니

다. 문제는 현실 약관에 있어서 어떤 것이 대체 담보위험배제나, 아니면 간접의무위반이나를 구분하는 것은 대단히 어려운 작업입니다. 이를 구분하는 개념을 우리 법제에서 받아들일 것인가 하는 문제가 있습니다만, 독일법상의 통설적 입장을 차지하고 있는 행위론에 따르면 음주운전면책약관이나 무면허운전면책약관은 담보위험배제가 아닌 간접의무위반으로 되어 있습니다. 그래서 이 개념을 도입하더라도 우리 법제상에서 지금 대법원 판례와 다른 해석이 전혀 나오지 않습니다. 우리 학계에서 담보위험배제와 간접의무위반의 개념을 들고 나온다면 대체 양자의 개념상 구별의 기준이 무엇이나 하는 것을 제시해야 하는데, 그에 대한 설명은 없습니다. 그러니까 독일법상의 통설적 입장을 차지하고 있는 행위론을 들고 나온다면 대법원 판결과 동일한 결론에 도달하게 되고, 물론 독일법과 우리 법제의 차이로 인해 논리구성이 조금 달라지기는 하겠지만요. 그래서 우리 판례를 비판하는 입장에서 담보위험배제와 간접의무위반의 개념 구분을 갖고 비판하는 것은 적절하지 않다고 생각합니다.

마지막으로 종합적으로 말씀드리겠습니다. 고지의무위반, 인보험에서의 무면허·음주운전면책약관에 관한 문제는 대법원이 취하고 있는 이론상의 입장에 문제점이 있는 것이 아니라, 그 근본적인 문제가 우리 상법 규정에 있습니다. 우리 상법 규정이 인보험의 경우 중과실의 경우에도 보험자가 책임을 면하지 못하도록 되어 있고 또 이것은 편면적 강행규정으로 되어 있습니다. 대체 이 규정이 어떤 연혁을 갖고 있는지 찾기 위해 무던히 애를 썼습니다만 그 연혁을 찾아볼 수 없었습니다. 또한 1991년의 상법 개정과정에서 이 조항에 대해 어떤 논의가 있었는지 찾아보았지만, 거의 논의가 없었습니다. 이 조항은 위치만 바뀌고 약간의 손질만 한 채 그대로 존속하고 있습니다. 법원의 입장에서는 이 조항이 남아있는 한 달리 해석할 수 없다는 생각을 하고 있는 것을 알고 있습니다.

또 하나 마지막으로 지적하고 싶은 것은, 대법원이 많은 경우에 있어서 실제 법을 객관적 의미와 달리 해석한 예도 있지 않느냐는 반론도 제기할 수 있을 것입니다. 아주 드문 예지만, 대법원에서 법률의 문구가 객관적으로 의미하는 바를 넘어서서 또는 축소해서 현실감각에 맞게 해석하려는 해석이 여러 군데 있습니다. 주로 입법의 미비라든가 사회의 변화를 입법이 충분히 반영하지 못했다고 생각하는 부분에 있어서 법원이 그러한 해석을 시도한 예가 있습니다. 그런데 이 상법 규정에 대해서도 그러한 해석이 가능하냐라는 문제에 대해서 저는 대단히 비판적으로 보고 있습니다. 그 이유는 지금 상법 조항들이 일응의 합리성도 없는, 물론 개정의 필요성을 부정하는 것은 아니지만, 잘못된 규정이나 하는 데 있어서는 반론이 있을 수 있습니다. 또한 법원은 약자 보호를 위한 법률 규정을 기업의 편을 드는 방향으로 수정 해석하는 것은 생각하기 어렵습니다. 그 역의 방향은 있을 수

있습니다. 경제적 강자는 아무래도 기업이고 소비자는 경제적 약자로 보고 있기 때문입니다. 그 관계에서 법이 소비자를 보호하기 위한 규정을 두었는데 이 규정을 법원이 제한하여 축소해석한다든지 하는 것은 대단히 어려운 해석방향이라는 것을 지적하고 싶습니다. 오늘 나온 많은 논의들은 궁극적으로 상법규정을 개정할 때 나와야 할 논의가 아닌가, 지금 현재 상법규정이 적용되는 한에서는 대법원으로서 어쩔 수 없는 법률해석이 아닌가 하는 생각을 해 봅니다.

사회자 : 예, 감사합니다. 대법원 판결에 대해 그렇게 판결할 수밖에 없었던 배경과 이론적 문제에 대해 자세히 설명해 주셨습니다. 다음 계속해서 대법원 재판 연구관으로 계신 이태중 판사님의 토론이 있겠습니다. 부탁드립니다.

이태중 : 두 번째 토론자로 지정받은 이태중입니다. 먼저 보험에 관한 판례의 동향에 관해서 자세하게 기초 설명을 해 주신 양승규 교수님과 각 주제별로 보험 판례에 관해서 날카로운 분석과 평가를 내려주신 세 분 교수님께 감사의 말씀을 드립니다. 보험과 관련해서 일어나는 분쟁을 해결하는 한 부분을 담당하고 있는 저희와 같은 실무가의 입장에서는, 보험제도에 관해서 그 연혁이나 비교법적 입장, 이론적 배경, 구체적 결론의 타당성 등에 관해서 학계에 계시는 교수님들이 지적을 해 주시는 것들이 항상 귀중한 자료가 되고 있습니다. 그리고 바로 전에 박철 판사님께서 보험법에 관한 판례의 관해서 법원의 입장을 말씀을 해 주셨는데요, 법원의 입장에서는 박 판사님의 의견이 아마 거의 전적으로 지배적인 견해일 것으로 생각합니다. 그래서 제 의견을 말씀드리기 전에 박판사님의 의견에 저도 전적으로 동감하고 있다는 점을 우선 말씀을 드립니다.

본론으로 들어가서, 제가 검토한 분야는 보험법상의 고지의무 분야로, 이 분야에 관해서 몇 말씀 드리겠습니다. 고지의무에 관해서는 이미 정호열 교수님께서 자세하게 검토 발표해 주셨기 때문에 중복되지 않는 범위 내에서 평소에 제가 가지고 있던 몇 가지 생각을 말씀드리는 선에서 토론에 임하고자 합니다.

정 교수님의 발표문에 이런 말이 있습니다. 한번 읽어보면, “보험가입자 측의 고지의무 위반에 보험대리점이나 보험모집인이 가세하여 이루어지는 경우가 없지 않고, 보험 계약법의 지식이 얇은 보험계약자에게 고지를 일임해 놓고 있다가 상당한 시일이 지나 보험사고가 발생하는 때에 와서야 비로소 보험자가 고지의무 위반을 들어 보험금 지급을 거절하는 것이 불합리한 것으로 생각될 수도 있다.” 이렇게 지적을 하셨습니다. 저는 이 부분 말씀에 전적으로 동감하고 있습니다. 아마 고지의무뿐만 아니라 다른 보험법에 관한 일반적인 분야에서도, 구체적 법률이론이 어떻고, 배경이 어떻고 하는 것을 떠나서, 일반 사람들이 보험을 대하고 보

험계약을 체결하는 면에 있어서는 이 말속에 모든 해답이 있지 않나 생각합니다. 그래서 고지의무에 관한 이론적인 검토나 분쟁 해결에 있어서 바로 이와 같은 현실, 그러니까 보험모집인이 고지의무 위반이라든지, 보험법 위반사태를 야기하는데 가세하고 나서 비로소 사고가 나서 ‘그건 너의 책임이다’라고 주장할 수 있는지 그 점에 관해서 이에 대한 인식을 충분히 하고 문제 해결의 임할 수밖에 없다는 생각이 듭니다. 왜냐하면, 원론적으로 드리는 말씀입니다만, 현대사회가 아주 복잡 다단해지면서 사람들은 더욱더 위험에 노출되고 분쟁이 휘말리고 또 이를 피해 갈 수가 없습니다. 그래서 사람들은 불확실한 미래에 대비하기 위해서 보험 제도를 이용할 수밖에 없습니다. 이것은 선택이 아니라 그야말로 강요된 필수이기 때문에, 거의 모든 사람들이 현대사회를 살아가기 위해서는 이용을 해야 하는 입장이라는 사정을 감안을 해서 해석을 해야 되는 것입니다. 이렇게 필수적인 보험 계약을 체결하는 과정에서 무심코 기재하거나 선택한 것 때문에 정작 자기가 의도했던 보험사고가 발생하였어도 원래의 중요한 자기의 의도를 이루지 못한 경우에는, 일반 사람들은 보험으로부터 그야말로 소외되고 원래 의도한 바와는 달리 불합리한 결과가 초래되는 것입니다. 그래서 분쟁해결을 담당하는 사법기관으로서 분쟁당사자 사이에 구체적인 타당성을 놓을 수밖에 없습니다. 물론 법률의 규정을 뛰어넘는다든지 보험의 법리를 무시한다든지 하는 판단은 할 수가 없지만, 보험의 법리가 허용하고 법률의 규정에 반하지 않는 한 당사자 사이에 합리적인 결론을 도출하고자 합니다.

우리 보험이 인보험과 손해보험을 구별하고 있기 때문에 인보험을 먼저 보겠습니다. 고지의무는 어떤 면에서는 손해보험보다도 인보험에서 원래적인 큰 의미를 가지고 있습니다. 예를 들어서 기왕증이라든지 과거의 병력 혹은 자기 부모가 어떤 병을 가지고 있었다든지 하는 피보험자의 특이한 사항은 보험자로서는 알 수 없는 경우가 대부분이기 때문에, 인보험에서는 고지의무가 절대적으로 상당히 중요하고 그것을 속여서 묵비했다면, 묵비한, 즉 고지의무를 위반한 보험계약자가 보호받지 못한다는 것은 당연하겠습니다. 그렇다고 인보험이라고 해서 고지의무 위반이 반드시 문제가 되는 것은 아닙니다.

옛날 제가 초임 판사 시절에 다루었던 사건의 예를 하나 들어보겠습니다. 그 사건에서 보험계약자이자 피보험자인 사람은 평범한 영세 오토바이 수리상이었습니다. 그런데 보험모집인을 하고 있던 친척이 오토바이 수리상한테 가서 ‘야 너 이리이러한 생명보험을 들으면 뭐가 좋고 뭐가 좋고...’ 이렇게 설득을 해서 보험가입을 하게 됩니다. 상해보험이죠. 그런데 그 상해보험 질문표중에 ‘귀하는 오토바이를 탑니까?’라는 항목이 있었습니다. 오토바이를 타는 경우에는 위험이 상당한 정도로 증가하기 때문에 오토바이를 타는 경우에는 보험료율도 달라지는 등 여러

가지가 달라지겠죠. 오토바이 수리상이기 때문에 이 사람은 오토바이를 항상 거의 타는 사람이거든요. 그런데 친척이 보험계약을 강권하다시피 체결하면서 질문표에 계약자에게 얘기도 않고 거의 스스로 다 기재를 합니다. 그래서 ‘오토바이 타지 않습니다’ 이렇게 기재를 했습니다. 보험계약자는 친척의 권유로 어쩔 수 없이 보험에 가입하면서 매달 꼬박꼬박 보험료를 납부하게 되죠. 그러다가 끝내 오토바이 사고로 사망한 사고였습니다. 보험자인 보험회사는 당연히 오토바이 타지 않는다고 고지한 사람이 어떻게 오토바이 사고가 날 수가 있느냐라고 보험금 지불을 거절하니, 보험금 지급을 청구하는 소송이 제기되었습니다. 그 당시 판결을 내릴 때에는, 적극적으로 오토바이를 타지 않는다고 했기 때문에 보험의 선의성이라는 면에서 어긋나는 면이 있고, 보험의 단체성이라든가, 그리고 오토바이를 타지 않는다고 기재하여 적은 보험료를 냈는데 전체에 대해서 돈을 받는다는 것은 불합리하다는 생각, 그 다음에 보험계약을 체결하는 자가 적극적으로 허위기재여부를 살펴서 그렇게 허위로 기재되지 못하게 하지 못한 점, 이런 것들을 고려를 해서, 보험금지급의무가 없다고 판단을 한 것 같습니다. 그런데 이 결론이 맞는지에 관해서는 지금도 알 수가 없습니다. 왜냐하면 우리가 보험계약자의 입장에서 생각을 해보면 친척의 권유에 의해서 계약을 체결했고 보험료를 꼬박꼬박 납부를 하다가 사고가 났는데 보험금을 지급받지 못한다는 결론이거든요, 그렇기 때문에 결국에는 공평이라든지, 정의의 관념이라든지, 구체적 타당성이라는 것이 구체적 사안과 관련된 때에는 순수한 보험의 법리하고는 어긋나는 점이 발생한다는 점을 먼저 얘기를 하고 싶습니다.

그 다음으로, 손해보험의 경우를 보겠습니다. 손해보험의 경우에도 기본적으로 고지의무가 인정되는 이유와 그 효과는 동일합니다. 그런데 손해보험의 경우 고지의무는 있는 사실을 보험자에게 알리는 단순한 의미를 넘어서 선택의 의미를 가지고 있습니다. 예를 들어 우리가 통상적으로 다 체결하는 자동차종합보험의 경우를 보면, 예전에 주운전자라는 제도가 있었습니다. 지금은 없는 것으로 알고 있는데, 주운전자를 누구로 할 것인가는 어떻게 보면 선택의 문제입니다, 물론 집에 차를 놓고 남편과 부인 중 누가 주로 운전을 하는지 거기에 따라 그대로 있는 사실을 설명하는 점도 있지만, 보험료를 결정에 있어서는 누구를 주 운전자를 내세우냐에 따라서 보험료율이 많이 다릅니다. 그런 것을 보면 있는 사실을 고지하는 면과 함께 선택의 문제를 같이 따르고 있습니다. 예를 들어 종합보험계약을 체결할 때 26세 한정특약을 하느냐 마느냐, 자기가 26세 넘더라도 이런 특약 안 할 수도 있기 때문입니다. 마찬가지로 내 차를 영업용으로 신고할지 말지, 영업용으로 신고하면 당연히 보험요율이 올라가겠죠. 통상 자가운전에만 쓰지만 언젠가는 또 영업용으로 쓸지도 모른다는 말입니다. 이런 것은 있는 사실을 보험자에게 고지하

는 면뿐만 아니라 어떻게 보면은 선택의 문제입니다. 이런 선택은 장점과 단점을 항상 같이 가지고 있죠. 보험료율이 싸진다는 면에서는 장점이 되지만, 예를 들어서 한정특약을 한 경우에, 커버되는 범위가 좁아진다는 면에서는 불리한 경우죠. 이렇게 항상 선택의 문제를 가지고 있습니다. 선택의 문제가 될 때는, 뒤집어서 말하면, 보험자의 입장에서는 이러한 선택을 하게 되면 어떠한 효과가 있고, 저러한 선택을 할 경우에는 어떠한 효과가 있는지를 보험계약자에게 잘 설명을 해줘야 할 의무를 부담한다고 할 것입니다. 여기서 보험자의 명시적이라든지, 설명의무가 문제가 되는 것입니다.

아까 발표하신 교수님들뿐만 아니라 많은 분들이 대법원 판결에 반대하는 분야 중의 하나가, 보험자의 명시적의무, 설명의무 위반이 있었던 것이 고지의무위반의 효과를 주장할 수 없게 만드는지에 관해서 판례의 태도를 대부분 반대하고 계십니다. 교수님들의 의견은 자료에 나와 있는 바와 같이, 상법 제638조의 3과 약관 규제법 규정의 관계에서 상법의 규정이 특칙으로서 우선 적용되어야 된다는 논거, 그리고 설사 그 보험약관의 고지조항이 약관으로서 효력을 잃는다 하더라도 고지의무라는 것은 법정 의무이기 때문에 약관에 편입유무에 불구하고 상법 제651조 규정이 보험계약에 적용된다는 점을 논거로 들고 있습니다. 이에 대해서 판례는 교수님들 발표하신 것처럼 약관법과 상법은 같이 적용되기 때문에 그 효력을 배제해서 보험자 측에서 설명의무를 위반을 했다면 고지의무 위반을 주장할 수 없다는 것입니다. 그래서 순수하게 논리적으로 보면 교수님들의 견해에 상당히 타당성이 있고 저로서도 끌리는 면은 있습니다. 다만 그럼에도 불구하고 판례의 입장을 지지하지 않을 수 없는 것이, 보험자의 설명의무와 계약자의 고지의무 위반을 분리해서 보지 않고 구체적인 사례 속에서 보면, 위반사항이 다 똑같습니다. 판례가 여러 개 나와 있는데, 대부분은 아까 말씀드린 주운전자 제도에 관해 보험자가 설명을 하지 않은 경우, 보험자가 그런 설명을 제대로 안 했다면 계약자가 주운전자를 잘못 내세웠어도 그 잘못 내세운 것을 보험자는 주장할 수 없다는 것이 대법원 판례입니다. 생각을 해 봅시다. 지금은 주운전자 제도가 없어져서 그런데, 예전에 있었던 주운전자 제도는 그 개념이 약간 모호한 면이 있어서 일반인들이 이해하기는 좀 어려운 점이 있죠. 남편이 운전하면서 부인 이름으로 주운전자로 내세울 수 있는 건지, 과연 주로 운전하는 것은 어떤 의미인지, 여러 가지 차이가 있을 수 있기 때문에 개념이 모호하면 그것을 반드시 명백하게 계약자에게 설명을 했어야 하는데, 설명의무를 위반했다면 남편이 주로 운전하면서 부인 이름으로 주운전자를 내세웠다 할지라도 고지의무 위반을 들어서 보험금 지급을 면할 수 없다는 것이 판례의 태도입니다. 그러니까 고지의무 위반과 설명위반, 동일한 사항에 결정이 되기 때문에 ‘네가 잘못했으면 이쪽 잘못을 원용하지 말라’는 취지

같습니다. 그렇게 본다면 구체적인 논리야 판례의 논리이지만 양자가 같이 적용된다는 것이니까, 법률적인 해석은 학설처럼 해석을 할 수도 있고 판례처럼 해석을 할 수도 있습니다. 그러한 경우에 구체적인 사안에서 보험계약자에게 손을 들어주는 겁니다. 그렇게 보기 때문에 학설의 비판처럼 이론적으로만 볼 것은 아니다라는 점을 말씀드리고 싶습니다. 이런 해석을 함에 있어서 구체적 타당성이라든지, 원래 당사자가 의도한 바가 무엇이었느냐, 혹은 이 계약 체결에 있어서 보험자와 소비자인 보험계약자의 지위 등을 모두 고려하죠. 물론 이 고려에 있어서 학계에서 주장하는 것처럼 보험계약법의 단체성, 선의성, 기술성, 이런 것들을 함께 고려하기는 해도, 무엇이 우선적으로 적용되는가 하는 점에 있어서 결론의 차이를 나타내는 것입니다.

비용의 문제만 하나 언급을 하고 마치겠습니다. 학계에서 비판하는 것 중의 하나로, 판결로 인해서 보험업계가 불필요한 절차를 거치게 하고 보험금 지급을 과다하게, 즉 보험금 지급을 안 해도 되는 경우에도 지급을 하게 함으로써 비용부담을 많이 발생시키고, 그것은 결국 나머지 다른 보험계약자의 부담으로 되기 때문에 판례의 태도가 시정되어야 한다라는 취지로 이해를 했습니다. 물론 그러한 부수적인 효과가 발생하는 점에는 견해를 같이 합니다. 예를 들어 통지를 한 번이라도 더 하게 하면 비용이 드는 것은 당연하겠죠. 또한 무면허 음주운전일 경우, 보험금 지급을 안 해도 되는데 지급하라고 하면 보험자 입장에서는 더 많은 부담이 되는 것은 사실일 것입니다. 그런데 우리가 생각을 해야 될 것은, 보험법의 강행규정성입니다. 이 강행규정에 위반해서 계약자에게 불리한 조항은 그 효력을 인정할 수 없기 때문에 법의 정신이 어떤 경우에 통지를 하라거나 지급하라고 규정하였다면, 법원은 그에 따라 선언하는 것이 법원의 임무이기 때문입니다. 그래서 부수적인 효과를 근거로 법원의 판결을 타하기보다는 다른 방법으로 보험경영의 합리화를 꾀하는 것이 오히려 낫지 않을까 싶습니다. 예를 들어서 통지의 경우에 다른 방법으로 통지를 할 수도 있습니다. 반드시 그 비싼 등기우편을 사용해야 되는지, 보험모집인을 통해서 통지할 수는 없는 건지, 혹은 보험 사고발생 자체를 막기 위해서 노력할 수는 없는 건지, 그 다음에 분할보험료로 하지 않고 일시불로 하면서 할인을 해준다면 분할 보험료를 받는 경우를 줄이거나 통지비용을 줄이는 등 영업방법을 개선하는 것도 하나의 방법일 수 있습니다. 비용부담 문제는 다른 방법으로 해결해야 되는 것이지, 판결을 바꿔서 비용을 줄이려고 생각하는 것은 보험법의 강행성 등 때문에 주객이 전도된 것이 아닌가 하는 생각을 해 봅니다. 이상으로 간단히 토론을 마칩니다. 감사합니다.

사회자 : 상법 제651조의 고지의무에 대해서 말씀이 많으니까, 그 부분에 관한

관결을 이렇게 밖에 할 수 없었다 하는 배경 말씀을 구체적인 예를 들어가면서 해 주셨습니다. 세 번째 토론을 김창준 변호사께서 해 주시겠습니다. 부탁드립니다.

김창준 : 저는 보험약관의 명시설명의무에 관해서 나름대로 실무상 느끼는 것을 말씀드리겠습니다. 저는 손해보험 쪽 일을 많이 하고 있습니다. 고객 가운데 보험회사도 많고, 한 15년 동안 이 일을 하면서 소송도 많이 했습니다. 실무상 가장 많은 질문은 면책약관에 관한 질문입니다. 왜냐하면 보험사고가 발생한 경우에 보험사로서는 본능적으로 보험금 지급을 면하기 원하기 때문에 면책약관에 대해서 깊이 연구하게 되고, 보험계약자는 보험금을 지급받기 원하기 때문에 면책약관을 둘러싼 분쟁이 끊이지 않습니다.

먼저 발표문중에 명시설명의무에 관한 대법원 판례가 있는데요, 제가 지금 고민하고 있는 문제와 상당히 관계가 되기 때문에, 우선 이 판례를 한 번 보고 제가 구체적으로 느끼는 문제를 말씀드리겠습니다. 자료를 보시면, “상법 제638조의 3 제2항에 의하여 보험자가 약관의 교부설명의무를 위반한 때에는 보험계약자가 보험계약의 성립일부터 1월 내에 행사할 수 있는 취소권은 보험계약자에게 주어진 권리일 뿐, 의무가 아님이 그 법문상 명백하므로 보험계약자가 보험계약을 취소하지 않았다고 하더라도 보험자의 설명의무 위반의 법률효과가 소멸되어 이로써 보험계약자가 보험자의 설명의무위반의 법률효과를 주장할 수 없다거나 보험자의 설명의무 위반의 하자가 치유되는 것은 아니라고 할 것이다”라는 판례가 있습니다.

판시 취지는 상법의 규정과 약관규제법의 규정을 중첩적으로 적용하여 해석한 판례라고 할 수 있습니다. 그리고 상법의 규정이 반드시 우선하는 것이 아니고 설명의무에 관한 한 약관규제법이 적용된다는 것이 현재 대법원의 판례이기 때문에 그런 결론이 되고 있습니다.

그래서 이와 같은 판례의 입장을 정리를 하면, 중요한 약관내용을 설명하지 아니하면 이를 본 계약의 내용으로 할 수 없도록 돼 있죠. 우리 상법에 따르면 1개월 내에 취소할 수도 있지만, 취소하면 보험계약이 없는 것으로 되지만, 취소를 하지 않으면, 제가 이해하는 한, 상법의 원래 취지는 보험계약을 유효하게 존속하는 것을 전제로 하고 있습니다. 하지만 대법원에서는 약관규제법이 적용이 되기 때문에 중요한 약관내용을 설명하지 아니하면 본 계약으로 내용으로 할 수 없다는 것이 판례 입장입니다. 그런데 이 논문에 보면 면책약관은 중요한 약관내용으로 보고 있습니다. 그렇다면 결론은 뭐냐, 면책약관을 설명하지 않으면 그것이 보험계약의 내용이 되지 않죠, 그래서 보험사는 면책약관에 대한 면책을 주장할 수 없습니다. 간단합니다.

이런 문제에 대해 질문을 받아본 적이 있습니다. 삼성화재에서 판매하는 ‘우리집 안심보험’이라는 것이 있습니다. 우리집 안심보험에 따르면 도난보험도 담보를 하는데, 그 면책사유 가운데 건물을 계속해서 72시간 이상을 비워두는 사이에 생긴 도난에 관해서는 면책된다라는 약관이 있습니다. 어떤 보험계약자가 72시간을 초과해서 아파트를 비워 뒀다가 도난사고가 생겼습니다. 당연히 보험계약자는 보험금을 달라고 했겠죠. 그러자 삼성화재에서는 당신은 72시간 이상 아파트를 비워둔 게 사실이지 않느냐라고 답했고, 또 객관적으로 증명이 되었습니다. 이처럼 보험자가 면책을 주장하니 보험계약자 입장에서 ‘이 면책 약관은 아파트 자체를 관리하지 않는 경우에 생기는 경우에 적용되는데, 아파트에는 기본적으로 아파트 관리인, 경비가 있지 않느냐, 그런데 어떻게 이것이 비워 두는 것이냐’하고 반론을 제기하였습니다.

저는 이 면책약관에서 말하는 아파트를 72시간 비워둔 것의 의미에 관해서 질문을 많이 받았습니다. 그리고 제가 변호사 생활을 하면서 받는 질문중에는 이처럼 면책약관 자체의 해석에 관한 것이 많습니다. 그런데 제가 읽어드린 대법원 판례를 이 사건에 적용하면, 대부분의 보험계약자가 조금 덜 똑똑하지 않았던가 싶습니다, 똑똑한 보험 계약자라면 아마 자기는 이와 같은 보험금면책약관을 들은 적이 없다, 72시간 비워두는 사이에 생긴 도난에 관해서 면책된다고 언제 얘기했느냐, 즉 보험모집인으로부터 설명을 들은 바 없다고 주장을 하겠죠 그리고 대개 보험모집인은 알다시피 보험계약자와 어떤 일정한 관계를 가지고 있기 때문에 재판관을 해 보면 보험모집인이 보험계약자 입장을 두둔하는 경우가 참 많아요. 그래서 대개 면책약관에 대해 뚜렷이 얘기하는 경우는 없다, 비슷한 얘기는 했지만 내가 딱 부러지게 얘기한 점은 없다, 이런 식으로 넘어 갑니다. 그렇게 되면 대법원 판례에 따라서 면책약관은 중요한 약관의 내용이므로 면책약관에 따라서 보험계약자를 면책할 수 없게 됩니다. 아까 박철 판사님께서도 여러 가지 보험계약을 체결하면서 약관을 읽은 적도 없고, 설명을 들어본 적도 없다고 하셨습니다. 저도 많은 보험회사가 고객이기 때문에 저에게도 많은 보험가입 권유가 있고 제 개인적으로 뭘가를 많이 하지만 약관에 관해서 설명을 들은 적이 없어요 그래서 만약에 예를 들어 휴일에 비행기를 타고 출장을 가다가 또는 가족들과 함께 놀러가다가 비행기 사고가 났는데 마침 약관에 그것이 면책으로 되어 있다고 한다면, 저는 그 면책약관에 대해서 설명을 들은 바 없다라는 이유로 보험금을 탈 수 있을 것 같습니다. 왜냐하면 대법원 판례에 그렇게 되어 있기 때문입니다. 그러나 그것이 과연 합리적이나라는 것이죠. 이 면책약관이라는 것은 보험자가 면책되는, 보험자 책임범위를 한정해 주는 것인데, 그런 식으로 면책약관을 해석해서는 안 되지 않느냐 하는 것이, 오늘 제가 토론에서 제기하고 싶은 문제입니다.

그런데 이런 문제가 있음에도 왜 우리나라에서 아직까지 제가 말씀드린 이러한 어프로치가 성행하지 않는 이유로는, 기본적으로 우리 보험계약자들이 지금 법을 모른다, 법에 무지하다는 것을 들고 싶습니다. 그리고 대개 보험금 분쟁시 면책약관으로 인해 문제되는 금액 자체가 크지 않습니다. 기껏해야 1~2천 만원입니다. 또한 법적으로 쟁송으로 가는 경우 변호사 비용이 비싸다라는 선입견 등등 여러 가지 이유로 문제가 안 되는 것이지, 대단히 큰 사회적인 문제가 될 수 있습니다. 다시 말씀드리면, 설명의무를 다 하지 않는 경우에 약관규제법에 따라서 당연히 계약이 성립되지 않는다는 해석은 대단히 큰 사회적인 문제가 될 소지가 있다고 저는 지적하고 싶습니다.

제가 지난 1년간 일을 해온 약관 몇 개를 뽑아 왔는데, 문제가 될 만한 것들이 이런 것들이 있습니다.

동산종합보험에 보면, 동산종합보험은 도난이나 화재와 같은 동산에 생긴 손해에 대해 담보합니다. 그 면책사유를 보면 설계나 재료나 조립상의 하자로 인한 손해는 면책된다고 되어 있습니다. 그것은 어떻게 보면 보험목적물 자체를 배제하는 하자이기 때문에 보험사고 자체가 없다고 볼 여지도 있어서, 이것은 보험자가 설명을 하지 않아도 이 자체는 배제사유가 아닌가 싶습니다. 계속적인 과부과운전으로 인한 정기적 또는 기계적 손해에 대해서도 면책토록 되어 있습니다. 이것도 어떻게 보면 우연한 사고, 보험사고가 아니기 때문에 이것 또한 배제한 것이고 면책사유는 아니라고 보고 싶습니다. 면책과 배제는 아까 박 판사님께서 말씀하셨듯이 그 기준이 참 애매하다는 점에 동의합니다만, 기본적으로 보험적용 보상대상에서 배제한 것이 아닌가 그런 생각이 들고요. 그런데 이런 게 하나 있어요. 보험목적물의 조립이나 해체 또는 설치 작업중에 발생한 손해, 이것에 대해서는 면책토록 돼 있어요. 그런데 이 동산종합보험 가운데는 일상가재도구뿐만 아니라 기업들이 운영하는 포크레인이나 인쇄기 등 여러 가지 값비싼 장비들이 많아요. 이러한 것들을 조립하고 해체하고 설치하는 과정에서 생긴 손해에는 담보하지 않는다고 했는데, 상식적으로 조립을 하다가 작업중 인부가 실수로 떨어뜨려서 깨뜨림으로써 엄청난 손해가 생기는 경우가 많은데 왜 담보가 안 되는가, 인부가 과실로 그 어떤 값비싼 물건을 깬다 하면 어떻게 보면 그것은 우연한 사고라 말이죠. 왜 그것이 면책인가 하고 저는 의문을 가지고 있는데 면책사유로 들어가 있어요. 그런데 만약에 어떤 보험계약자가 목적물의 조립, 가령 크레인의 설치나 해체 과정에서 손해를 입었다고 가정할 때 보험금을 청구하였더니 보험회사들이 보험금 지급을 거부하는 경우에도 마찬가지로 ‘당신네들이 면책약정을 그렇게 썼지만 설명을 들은 바 없소’ 이렇게 한 마디만 하면 아주 쉽게 보험금을 받아낼 수 있으리라 생각합니다. 그런데 그것이 문제된 경우에는 없어요. 이제까지 목적물의 조립이나 해

체, 설치작업 자체가 무슨 뜻이나 하는 질문은 많이 받았지만, 보험금을 탈 수 있느냐 없느냐 이런 질문은 받아 본 적은 없어요. 그것은 아마도 제가 말씀드린 대로 아직까지 계약자들이 이를 이해하는 데까지 미치지 못하지 않았나 싶습니다. 그러나 제가 말씀드린 대로 면책약관은 면책약관대로 효력을 인정해주어야 하는 것이지 설명하지 않았다고 해서 이것을 배제해 버리면 문제가 있습니다. 예를 들어서 동산종합보험에는 면책약관이 약 20개 정도 있습니다. 그리고 Commercial General Liability, 영업배상책임보험법에 따르면 손해가 23개가 열거되어 있고 굉장히 복잡하게 되어 있어요.

그 다음에 법률 자체 해석에 대해서 많은 질문들을 들어오지만, 저도 무슨 뜻인지 모르는 것들이 있어요. 그런 경우에 보험모집인이나 설계사나 안내인이 어떻게 설명을 잘 할 수 있는가, 완벽한 설명을 못해서 보험계약이 안 된다 한다면 보험회사들은 보험금을 다 줘야 된다는 얘기인데, 그렇게 되면 보험회사들은 어떻게 견디냐 이 말입니다.

그 다음에 금융기관종합보험 같은 경우에는 면책사유가 28개가 있습니다. 예를 들어 사고 발견후 30일 이내에 보험자에게 서면으로 통지하는 것이 선행조건으로 되어 있는데 통지하지 않았다고 합시다. 이것을 면책처리하는데, 보험계약자가 ‘그러한 것 들은 바 없소’라고 하면 보험금을 줘야 될 겁니다, 적어도 판례에 따르면 말이죠. 제 개인적 견해로서는 그렇게 해서는 안 될 것 같습니다.

이제 결론만 말씀드리면, 우선 박 판사님께서 말씀하신 보험자의 공격적인 세일즈 관행에 대한 비판은 충분히 인정하겠는데, 그러나 그와 같은 공격적 세일즈 관행으로 인해서 보험계약자에게 불리한 경우가 발생한다면, 그것을 반드시 법이론이라든가 보험계약법 자체를 왜곡시켜서 빠져나가려고 하는데 저는 그러한 방향이 잘못된 게 아닌가 생각합니다. 계약 자체의 효력여부를 문제삼을 것이 아닙니다. 그와 관련해서는 보험업법 제158조에 보험회사의 직원이나 모집인들의 불법행위에 대한 규정이 있고, 손해배상책임에 관한 근거 규정이 있습니다. 그러한 규정을 적용하면 보험자가 책임을 질 여러 가지 가능성이 있는데, 왜 법이론 자체를 건드려서 대법원의 권위를 스스로 훼손을 시키는가 이 말입니다. 제가 말씀드린 대로 면책약관 같은 것을 무효화하면 보험회사들은 다 망할 거예요. 그런 면에서 상법의 규정이 약관규제법보다는 반드시 우선해야 한다고 생각하며, 약관규제법이 특별법이라는 여러 선생님들의 의견에 전적으로 동의합니다. 또한 약관이라는 것은 기본적으로 재경부의 감독을 받아서 인가를 받는 것이기 때문에 그 정도 감독이면 되지 않았는가 합니다. 아까 박 판사님께서서는 그것이 선진국 수준에 못 미친다고 말씀하셨는데 뭐 우리나라가 선진국 수준에 못 미치는 것이 한두 가지입니까. 그 정도면 되지 않았는가, 저는 그런 생각을 하고요, 그래서 보험약관 자체는

그대로 인정을 해 주고 감독기관의 감독기능을 강화시키는 방향으로 풀어야 할 것입니다.

요즘 보험약관에 관한 신문을 많이 봤지만, 사실 의견을 줄 자신이 없습니다. 어떤 의견을 주더라도 법원에 가면 뒤집히리라 생각합니다. 보험자에게 유리한 의견을 주어가지고 이긴다는 것은 그야말로 낙타가 바늘구멍으로 들어가는 것과 비슷합니다. 마치겠습니다.

사회자 : 감사합니다. 약관, 특히 면책 조약에 대한 구체적인 사안을 들면서 좋은 말씀 해주셨습니다. 곧 다음 순서로 넘어가겠습니다. 국제화재의 신인식 부장님 부탁드립니다

신인식 : 시간이 많이 지체되었기에 저는 간단하게 말씀드리겠습니다. 어떤 면에서는 제가 보험회사에 몸을 담고 있어 실질적인 이해관계 당사자가 되기 때문에 여기서 너무 많은 말을 하면, 아까 이 판사님인가요, 기업의 편을 들 수가 없다고 하셨는데, 더 미움을 받을 것 같아 자제하면서 몇 가지만 말씀드리겠습니다.

우선 제가 검토한 것은, 실효약관입니다. 실효약관은 95년 11월 16일 대법원 전원합의체 판결에 의해서 상법 제650조 제2항에 의해 무효로 되었습니다. 아까 이 주제를 발표하신 경희대 장경환 교수님께서 말씀하신 대로 그 판결 이후에 실무에서는 엄청난 왜곡현상이 발생되고 있어요. 제가 현재 자동차업무부장을 하고 있어서 대충 추산을 해 봤는데요, 자동차보험에 가입한 차량은 업계 전체로 840여만 대 됩니다. 그런데 그 중에서 계속보험료의 최고대상이 되는 건수가 30% 정도가 됩니다. 그러니까 납입기일에 보험료가 들어오지 않았을 때 납입기일 응당일은 지금 개정약관에서는 만 5개월이 경과했을 때 6개월이 되는 날을 납입기일로 정해 한 달로 하고 있습니다. 보험회사는 납입기일이 2주가 지나면 최고를 했는데 등기우편로 보내고 있어요, 지금 1300원을 들여 등기우편으로 보내고 있는데, 반송되는 것이 5%입니다. 실무에서 이로 인해 연간 지급되는 비용은 40~50억원 정도 됩니다. 상법 제651조 2항이 목적하는 바가 됩니까, 분담으로 했을 때 계약자가 납입기일을 잊을 수 있으니까 납입기일을 상기시켜주자는 것 아닙니까. 우리 현실을 보면 납입기일이 되기 전에 2, 3회씩 보통우편물로 통지를 해주고 있습니다. 이런 경우 증거가 못 된다고 하면 할 말은 없습니다만, 여기 계시는 발표자나 토론자 여러분들께서도 받아본 적이 있을 거예요 또한 보험모집인이나 대리점은 보험금이 입금이 되어 수수료를 받기 때문에 수수료를 받기 위해서도 연락이 되는 상태라면 계속 연락을 해 준다 말입니다.

문제는 주소가 변경된 사람입니다. 대법원 전원합의체 판결 이후 독일 보험계약

법 10조인가요, 그것을 우리도 받아들여 주소변경통지의무를 넣었습니다만, 얼마 전 하급심 판결을 보면 주소가 변경되었으면 보험회사가 직접 동사무소에 찾아가서라도 확인하라고 판시하였는데, 이걸 너무 과하지 않느냐는 생각입니다. 아까 장 교수님께서 지적한 대로 상법 제650조 2항을 개정해서 최고기간을 좀 연장시키는 방법도 있겠지만, 제 개인적인 생각으로는 과거에 대법원 판결이 인정해 주었던 실효약관을 현재의 상법 제650조 2항에 의해서도 인정해 줄 수 있는 것 아닌가 합니다. 왜냐하면 최고하고 해지하는 절차를 밟지 않지만 반대로 14일이라는 또는 한 달이라는 기간 내에 보험료를 납입하지 않아도 보상을 해 준다는 이익을 줬는데 그것이 왜 보험계약자에게 불이익이 되는지, 이런 각도에서 다시 한번 검토해 보아야 한다고 생각합니다.

그리고 아까 비용 부담을 다른 방법으로 해결하라고 하셨는데, 이는 민감한 문제입니다. 예를 들어 이번에도 자동차 보험에서 범규위반을 보험료 할증사유로 하겠다고 해서 여론이 들끓고 있습니다. 음주운전이나 무면허운전도 마찬가지입니다. 만일 비용 부담이 보험료 인상에 반영된다면 반대 여론이 많을 것입니다. 물론 보험에는 피해자보호라는 중요한 기능도 있지만 보험 나름의 특수성, 기본적인 원칙이 있기도 합니다. 음주·무면허운전도 그런 맥락에서 접근을 해야 된다고 생각합니다.

또 하나 우리의 교통문화가 과연 지금 성숙되어 있는가 하는 문제가 있습니다. 이는 단순히 보험으로 보상하느냐 손해배상으로 하느냐 하는 차원의 문제가 아니라 교통사고를 줄인다는 예방적 기능도 그 못지 않게 중요하다고 생각합니다.

아까 이 판사님께서 주운전자 부실고지 문제는 보험모집인도 보험계약자와 공모한 면도 있다고 지적하셨습니다. 어떻게 됐든 우리사회가 어떤 면으로 보면 자기에게 이익이 되면 속이는 사회 아닙니까. 이런 데에 문제가 있는데 그런 사람들이 판사님과 같은 이론으로 접근해서 보호해 줄 필요가 있는가 하는 생각이 듭니다. 예전에 그랬다는 것은 보험회사의 입장에서도 인정을 합니다. 그러나 작년과 금년에 엄청나게 달라졌어요. 더 많이 해야겠지만 교육도 많이 시키고 있습니다. 결론적으로 제가 드리고 싶은 말씀은, 법원이 보험의 실무에 대해서, 보험업계의 현실에 대해서 좀더 많이 알고, 편들어 달라는 게 아니라 보험계약의 특수성을 고려하여 좀 넓게 보아 달라는 것입니다. 감사합니다.

사회자 : 업계의 어려움을 구구절절 설득력 있게 말씀해 주셨습니다. 부엌에 가면 부엌말이 근사하고 안방에 가면 이쪽 말이 근사한, 그런 면이 있는 것 같습니다. 네 분의 토론말씀 감사합니다. 발표해 주신 교수님들께서도 말씀해 주시죠.

장경환 : 제가 발표한 주제에 관해서는 별로 얘기들이 많이 없으신 것 같은데요, 다른 분야라 좀 주제넘지만 생각나서 몇 가지 말씀드리겠습니다. 오늘 나오신 판사님들은, 우리 상법의 규정이 그렇게 되어 있으니 규정에 따를 수밖에 없다, 법원은 법을 해석·적용 하니까 법에 충실해야 된다는 말씀을 누차 강조를 하셨는데요, 그렇다면 저는 우리 법원이 과연 법을 확실하게 철저하게 지켜왔는지에 관해서 몇 가지 예를 들고 싶습니다.

우선 설명의무를 위반했을 때 약관규제법과 상법규정과 관계에서 계약자보호 등등으로 해서 약관규제법이 우선될 수밖에 없다 말씀하셨습니다. 그런데 약관규제법 제30조 제3항에는 특정거래 분야에 있어서 다른 규정이 있을 때 그 규정이 약관규제법에 우선한다고 하는 약관규제법 자체에 특별법우선의 원칙이 명시되어 있습니다. 그리고 약관규제법 제6조를 보면 위반되거나 편입되지 않는 조항은 빼고 나머지만으로 일부 유효한 것으로 보되 계약의 목적을 달성할 수 없거나 일반 당사자에게 너무 불리하면 계약전부를 무효로 한다라고 하는 소위 일부무효법리의 규정도 있습니다. 그런데 약관규제법을 적용하는 것까지도 좋습니다. 그런데 왜 제6조나 제30조 3항은 빼고 제3조만 가지고 적용하느냐, 과연 그것이 법에 합치하는 해석론이나 하는 질문을 드리고 싶고요.

그 다음에 실효약관에 관해서 말씀드리죠. 우리나라 수협공제에 어선공제약관상에 실효조항이 있습니다. 우리가 어선공제는 선박보험이므로 일종의 해상보험이라 할 수 있는데, 상법 제663조 단서에 분명히 해상보험에는 보험계약자의 불이익변경 금지원칙을 적용하지 않는다고 명문화되어 있습니다. 그런데도 불구하고 수협 어선공제약관에 관해서 그대로 제663조 본문을 적용해서 실효약관을 또 무효로 했습니다. 그러면 상법 제663조 단서는 뭐 장식용입니까? 도대체 왜 한쪽만 그렇게 편협하게 보는지, 과연 법규정 전체를 이해하고 균형있게 해석을 하는 것인지, 과연 법관들이 상법이나 약관규제법의 그 입법취지를 충분히 이해하시고 재판하시는 건지, 왜 그런 조항들은 적용하지 않고, 일부 조항에만 그렇게 엄매이는 건지, 그런 질문을 드리고 싶습니다.

그리고 한 가지만 더 말씀드릴게요. 무면허운전과 음주운전에 관해서 독일의 예를 드셨는데, 독일의 0.13%가 되면 면책이 된다고 하는 것은, 제가 발표한 글도 있고 해서 인용도 하셨는데, 독일이 우리와 다른 점은, 독일은 물론 0.13% 이상이면 무조건 면책입니다. 그런데 문제는 0.13%가 안 된다고 해서 보험회사에서 책임을 지느냐, 그렇지 않습니다. 구체적인 사정에 따라서는 0.05% 이하라 하더라도 행위자의 행위태양이 상규를 벗어났을 때에는 0.04%라도 보험에서 면책된다는 판결이 있습니다. 0.13% 기준은 그것보다 넘으면 무조건 면책이 된다는 의미이지 그 이하가 되면 보험회사에서 무조건 책임지라는 말은 아닙니다. 0.13% 이하가

되면 구체적으로 사안에 따라 결정하는 것이지 0.13% 미만이 된다고 해서 무조건 보험회사가 책임지는 것은 아닙니다. 그러한 내용들을 충분히 파악해서 논의를 하는 게 좋지 않을까 싶습니다. 이상입니다. 감사합니다.

김성태 : 그럼 저도 잠깐 한 말씀 드리겠습니다. 오늘 법원에서 나오신 분들은 평소엔 제가 개인적으로 친하다고 생각을 했는데, 너무 정색을 하고 받아치시니까 저도 좀 당혹스럽습니다. 서운한 면도 있지만, 저로서는 약으로 받아들이고, 공부를 더 열심히 하도록 하겠습니다. 저도 한두 가지, 특히 박철 판사님께서 말씀하신 부분이 제 발표와 관련이 있어서 지금까지 토론에서 논의된 것에 대해 몇 가지 말씀드리고자 합니다.

우선 비교법 연구가 필요하기는 하지만 꼭 외국 것을 따라가야 할 필요는 없지 않느냐, 우리 여건이나 환경이 다르다, 그런 지적을 하셨는데, 그 점에 대해서는 전혀 이의가 없습니다. 그런데 문제는, 그렇다고 해서 우리가 모범으로 삼을만한 입법례를 의도적으로 회피할 필요는 없지 않느냐 하는 것입니다. 의도적으로 외면하고, 독창적인 한국적인 토속적인 것을 굳이 만들어 내려고 고생할 필요는 없지 않은가, 우리가 취할 것은 과감하게 취해야 할 것입니다. 또 보험제도가 잘 알다시피 재보험망을 통해 국제적인 연대성을 당연히 예정하고 있으므로 너무 우리 특유의 것을 강조하는 것은 전체적인 보험제도운영에 상당한 무리를 가져오는 것도 사실입니다. 그러한 보험제도의 원리나 정신을 좀더 참작할 필요가 있습니다.

외국의 예를 보면 음주나 무면허 운전엔 관해서도 인과관계를 전혀 묻지도 않고 면책을 인정하는 훨씬 더 엄격한 예가 얼마든지 있습니다. 약관 또는 법규정이 계약자에게 불리하게 되어 있으니 자꾸 약자를 보호하는 방향을 의식하는 것도 좀 과다하지 않느냐라는 생각이 듭니다.

그 다음에, 박 판사님께서 exceptions과 exclusions의 이론적 근거가 대단히 박약하다고 지적을 하셨는데 저는 그 점에 대해서 달리 생각합니다. 이는 용어의 문제가 아니라 이론상 너무나 당연한 겁니다. 약관에서 면책조항에 들어있든 들어있지 않든 이론적으로 보험상품의 설계단계에서 처음부터 배제되어 있는 위험이 얼마든지 있습니다. 그리고 일단 보험자가 인수한 위험에 포함은 되어 있지만 특수한 사정을 감안해서 면책으로 하는 것은 이론상 엄연히 구분될 수 있는 것입니다. 다만 미국의 유력한 보험법 이론가가 이러한 용어를 써서 구분하고 있고, 그것을 간혹 참고하여 그 용어를 쓰고는 있습니다만, 그것이 좀 부주의하다거나 용어 자체를 막연히 쓰는 것은 곤란하지 않느냐 하는 지적은 개인적으로 달게 받을 수는 있으나, 그것이 전혀 근거없는 것이다, 애당초 배제된 위험과 일단 인정되었으나 경우에 따라서 면책을 주장할 수 있는 위험이 이론상 근거가 없다라는 주장이시

라면, 그것은 좀 잘못된 것이 아닌가 하는 생각입니다.

그 다음에 경제적 약자, 강자 논리를 언급을 하셨는데, 이것은 참으로 어려운 문제입니다. 굳이 보험법뿐만 아니라 다른 분야도 그렇지만, 모든 법적 가치 판단에서 너는 강자, 너는 약자 하는 식의 단순한 양단 논법으로 구분하는 것이 과연 쉽겠느냐, 물론 박 판사님께서 그런 취지로 말씀하신 것은 아니라고 봅니다. 그런 기계적인 구분, 이를테면 보험사업자는 강자인 것처럼 보이지만, 어떻게 보면 다수의 선량한 가입자의 재산을 수탁해서 관리하는 것이고 그 다수의 선량한 가입자들은 그야말로 약자들입니다. 보험사업자에 대한 감독이나 조직 측면에서의 비효율을 줄이고 경영혁신을 하거나 상품내용을 세련되게 만들고 약관규정을 합리화해야 할 필요성은 당연히 인정되지만, 너는 큰 빌딩을 가지고 있고 상대방은 다소 윤리·도덕적인 문제가 있어도 개인이니까 약자다 하는 식의 접근방법은 좀 위험한 것이 아닌가 싶습니다. 그야말로 옥석 구분을 좀 제대로 해서 모든 약자가 다 보호될 수는 없는 것이므로 결국 정직하고 합리적인 약자, 그리고 그들의 정당한 기대이익, 이것만을 보호해야 할 것입니다.

또 한 가지 말씀드리겠습니다. 아까 장 교수님께서도 잠깐 언급을 했습니다만, 현행법이 이렇게 되어 있으니까 오늘 도마 위에 올랐던 대법원 판결의 결론은 대체로 불가피하다라는 논지를 펴셨는데요, 물론 지적하신대로 현행 상법규정의 문제, 특히 상법규정에 여러 가지 입법적인 보완이 필요하다는 점은 인정합니다. 그리고 실무상의 약관에도 김창준 변호사님도 지적을 하셨듯이 참 손봐야 할 곳이 많습니다. 그러나 그렇다고 해서 현행 규정의 불비, 내지 문제를 들어서 판결을 정당화할 수는 없다고 생각합니다. 왜냐하면 법원은 조문을 투입하면 판결이 떨어지는 그런 자동판매기가 아니지 않습니까? 다시 말씀드리면 문제가 있는 규정 속에서도 다양한 해석적 재량이 주어집니다. 그리고 정책적 판단 여지가 얼마든지 관련될 수 있는 것이고요. 이 점에 대해서는 박 판사님께서도 동의하시리라 생각합니다. 해석상의 재량으로 다기하게 여러 가지 선택이 가능하기 때문에, 해석의 합리성, 법원이 취하는 사법 정책적인 관점, 또는 이론적인 중립성 이런 것들에 대해 오늘 우리가 문제삼고 있는 것이지 법조항이나 약관 자체에 당연히 문제가 없다는 전제 하에 이론을 펴고 있는 것은 아닙니다.

끝으로, 이것도 본질적인 문제인데요, 계약자를 보호한다라는 취지는 백 번 옳습니다. 그러나 자기 자신이 체결하는 중요한 계약, 상당한 대가를 지급하고 가입하는 보험계약에 대해서 무성의하고 약관도 읽어보지 않는 사람들이 다 약자이고 다 보호되어야 하는가, 사실 간단히 결론내릴 수는 없는 문제이기도 합니다. 그러나 보험계약은 보험자나 보험가입자 양자가 계약에 관해 합리적인 태도를 취할 것을 전제로 해서 만들어져 있습니다. 계약 당사자 쌍방이 계약에 대해서 아무런

관심도 가지고 있지 않으리라는 전제 하에 만들어져 있는 것은 아닙니다. 적어도 상당한 관심을 가지고 계약체결시에도 문제제기를 하고 설명할 것을 요구하는 등 이런 것이 전제가 되어서 입법되어 있습니다. 그런데 이것을 전혀 다른 관점에서 해석을 한다든지 하면 다른 것은 모르겠지만 보험계약문화가 향상되기를 기대한다는 것은 백년하청이 아니겠느냐, 그래서 좀더 중립적으로 법을 운영을 해 주셨으면 하는 생각입니다. 감사합니다.

정호열 : 이게 귀중한 자리가 돼서 하실 말씀들이 많은데, 저도 조금만 말씀드리겠습니다. 저는 박철 판사님하고 이태종 판사님 논의에서 상당히 감명을 받았습니다. 먼저 박 판사님께서 단순히 법을 적용하는 기관으로서 사법부를 상징하는 것이 아니고 일정한 현실감각을 가지고 있는 정책적 판단기구로서 대법원을 상징을 하셨는데, 이것은 매우 바람직하다는 생각을 했습니다. 그래서 예컨대 한국법이 다른 나라에 볼 수 없는 특색을 가지고 있는 부분에 있어서는 좀 적극적인 자세를 보여서 당사자들의 이해관계를 합리적으로 조절하는 판결을 내려주고 형식 논리로 도피하지 않았으면 좋겠습니다.

이태종 판사님께서서는 약관의 명시설명의무위반과 고지의무의 관계의 관하여 대법원 판례의 태도를 변호하셨습니다. 당연히 변호를 하셔야 되는 위치란 것도 제가 짐작을 합니다. 그러면서 이론상으로 해석상으로 학설체계에서 비판하는 것이 설득력이 있지만, 주운전자 고지제도가 정책적 합리성을 결여하고 이제는 폐지된 것인데 그 사실관계를 고려 할 때 이 주운전자 고지를 잘못 했다고 해서 또 그에 관해 모집인이나 대리점 등이 전혀 설명을 하지 않아서 약관의 명시설명의 의무를 위반한 경우 대법원 판결과 같은 태도를 취하지 않을 경우에는 구체적으로 합리적인 결과를 얻을 수 없었다, 그러니까 이 점은 구체적으로 타당하고 설득력 있는 것이 아니냐, 이런 취지의 말씀을 한 것으로 제가 받아들였습니다.

그런데 주운전자 고지제도가 잘못 운영되었다고 한다면, 감독당국에서 약관을 작성할 때 또는 기타 보험감독행정을 통해서 이 문제를 해결해야 될 것입니다. 그리고 고지의무위반이 있다면 그것은 계약법의 법리에 따라서 해결해야 겠죠. 이것이 주운전자 고지제도와 관련해서 구체적인 몇몇 사건에서는 타당한 결과를 얻지는 모르겠습니다. 그러나 이와 관련하여 약관의 명시설명의무를 위반했을 때 보험자측에서 고지의무위반을 주장할 수 없다는 것은 아주 어마어마한 결과입니다. 소수 몇 건의 합리적인 결과를 얻기 위해서 일반법리를 이렇게 바꾸어도, 잘못 운용을 해도 되는 것인지, 이것은 굉장히 근본적인 문제가 됩니다.

또 그 다음에, 약관법 자체가 굉장히 국지적인 현상입니다. 보험의 원류라고 할 영국이나 미국의 경우에는 약관의 개념도 희박하고 약관법 자체가 존재하지 않습

니다. 약관의 편입통제도 존재하지 않습니다. 일본의 경우도 마찬가지입니다. 독일의 경우에 약관법이 만들어졌고 우리나라가 선구적인 자세를 보여서 86년에 약관법을 제정하였는데, 민상법의 일반적인 계약법의 원리하고 맞지 않는 점이 상당히 많습니다. 이렇게 한국화된 법규범 상황 하에서는 대법원이 적극적인 태도를 보여줄 필요가 있다고 하는 말씀을 드리겠습니다.

그 다음에 박 판사님께서 보험사업체가 공격적인 경영자세를 유지를 한다, 이게 법원의 대부분의 현실인식이다라는 말씀을 하셨는데, 보험사업자는 당연히 공격적이어야 합니다. 그럴 수밖에 없지 않습니까. 요즘 유행하고 있는 신자유주의이론에 의하면 당연히 공격적으로 영업을 해야 합니다. 그런데 그와 관련해서 문제가 생긴다고 한다면 어디서 그것을 풀어야 하는가요. 예컨대 영업감독법에서 문제를 풀고 경쟁법에서 문제를 풀어야 할 것입니다. 이와 관련하여 예컨대 보험모집인이 가세를 한다든가 대리점이 가세를 해서 문제를 만들었을 때 대법원이 이 문제를 보험계약법의 한국화된 특수조항을 왜곡하여, 왜곡이라는 표현에는 어폐가 있는 것 같고, 무리하게 해석을 하여 적용을 하면 계약법의 원리를 근본적으로 그르치게 되고, 고지의무위반의 경우 'all or nothing'의 문제를 만들어 냅니다. 보험금 전액이 지급이 되어 버리면, 일반 보험가입자한테 전체적인 위험부담이 전가되어 버립니다. 그러므로 공격적 마케팅을 통해서 문제를 만들었을 때는 보험업법에서 사업자에게 통제를 가하고, 대리점이나 보험모집인이 가세를 했다고 한다면 무과실 책임 내지 위험책임에 관한 불법행위조항이 있지 않습니까, 아까 김창준 변호사도 얘기를 했지만, 보험업법 제158조를 가지고 해결을 해야 합니다. 보험업법 제158조로 해결을 할 때는 과실상계를 할 수가 있습니다. 합리적인 결과를 만들어낼 수가 있습니다.

저는 대법원을 행정부보다 훨씬 신뢰를 합니다. 정파적인 이해관계에 좌우되지 않고 지엽적인 이해관계가 없습니다. 상당히 냉정한 객관자적인 자세를 유지할 수가 있습니다. 그래서 박 판사님의 말씀대로 정책판단기관으로서 대법원이 제 목소리를 다해 주기를 부탁드립니다. 이상입니다.

사회자 : 감사합니다. 플로어에서 질문이 없으신 것 같으니까 제가 질문을 하나 해야 할 것 같습니다. 장경환 교수님의 발표원고에서 최고비용이 거론되고 있고, 자료 71쪽 아래의 주 30에서 일본 자동차 보험 약관 해설을 인용할 때도 나오는데, 아래에서부터 넷 째 줄을 보면 '제1항의 해제는, 읽어보니까 보험료를 안 낸 경우의 보험회사 측의 해제권 행사에 관한 부분인데, 해제는 보험증권에 기재된 보험계약자의 주소로 서면에 의한 해제통지로서 하고, 이렇게 되어 있습니다. 그러면 일본의 자동차보험의 경우와 한국의 자동차 보험의 경우에 통지비용에 어떤

차이가 있는지 궁금한데요, 발표해주신 장 교수님께서 말씀해주세요.

장경환 : 71쪽에 일본 자동차보험분할납입특별약관을 보면 2개의 규정이 있습니다. 주 29번 후단에 보면 분납보험료미납의 경우에 면책이 있고, 주 30에 가서 해제가 있습니다. 그래서 일본에서는 일단은 유예기간까지 보험료를 내지 않으면 일단 면책은 그냥 됩니다. 그리고 더 나아가서 해제를 하려면 해제의 의사표시를 하라는 얘기입니다. 어쨌든 유예기간이 지나게 되면 면책이 되어버리기 때문에 그런 면에서 보면 우리 법원의 입장과는 다르다는 것을 강조하고 싶습니다.

그 다음에 시간상 말씀 안 드렸는데 71쪽 두 번째 줄부터 다시 한 번 읽어보겠습니다. 월납보험에 관해서 생명보험약관 규정은 우리나라의 생명보험표준약관의 실효약관과 내용이 동일합니다, 자동차보험료분할납입특별약관은 유예기간종료시까지 납입이 없으면 보험자는 면책할 수 있게 되어 있습니다. 이때 면책하는 시간적 범위도 유예기간이 종료하는 때부터 면책이 되는 것이 아니라 아예 납입기일부터 면책하도록 되어 있어서 면책의 효과가 우리보다 더 엄격하게 되어 있다고 말씀드릴 수 있습니다. 그 다음에 같은 특약관은 유예기간종료시까지 보험료 지급이 없거나 2회 이상 연속 지급이 없으면 계약을 해제할 수 있게 하고 있습니다.

그래서 일본약관이 면책규정과 해제규정 2개를 둔 것은 유예기간의 종료로서 면책되고 그 다음에 더 나아가서 계약 자체를 해소하려면 해제의사표시를 하게 한 것으로 해석이 되죠, 어쨌든 중요한 점은 유예기간이 지나게 되면 보험자가 특별한 조치를 취하지 않더라도 일단 면책은 된다는 점이죠. 저는 그 점을 강조해서 말씀드리고 싶습니다.

사회자 : 그렇다면 제가 또 하나 질문을 드리죠, 장 교수가 원고에서 인용하신 통지의무조항은, 제가 마침 책을 가지고 왔습니다만, ‘보험증권기재의 보험계약자 주소 앞으로 서면에 의한 해제통지를 하고 해제의 효력은 다음 시점부터 각각 장래에 대해서 생긴다’ 이렇게 되어 있습니다. 일본에서는 물론 해지라는 용어는 없죠. 장래에 대해서 효력이 발생하는 경우가 해지인데 여기에서는 똑같이 해제입니다. 그러면 이 해제조항의 의미는 뭡니까? 면책이 되면 해제는 필요가 없지 않느냐 하는 의미해석인데…….

장경환 : 바로 우리가 상법 제656조를 보면 1회 보험료 납입전까지 보험회사는 책임이 없죠, 그런데도 제650조 1항에서 1회 보험료를 납입기일로부터 두 달 동안 내지 않으면 계약해제를 의제하고 있습니다. 그러니까 보험회사가 책임이 없다고 해서 항상 해제할 필요가 없는 것은 아니고, 책임은 없지만 법률적으로 계약관계

가 유지가 되고 있죠. 그래서 해제를 통해서 법률관계를 마저 종료를 시킨다는 의미로 알고 있습니다. 그래서 면책이 되더라도 계약관계가 있는 한, 또 계약자가 만일 보험료를 내게 되면 보험회사가 책임을 지게 될 경우도 생겨나죠, 이제는 보험료지급을 더 이상 받지 않겠다라는 뜻으로 해제를 할 필요는 여전히 존재한다고 봅니다.

사회자 : 이 문제는 시간관계로 별도로 들어서 토론하기로 하고요, 지금까지 답변에 대해서 박 판사님하고 이 판사님 답변하시겠습니까. 네, 답변하시죠.

박 철 : 너무 심하게 공격을 받았더니 얼얼합니다. 오해가 좀 있는 것 같아서 몇 가지만 말씀드리겠습니다.

먼저 김성태 교수님한테 제가 그런 공격을 한 것으로 이해되었다면 대단히 죄송하다는 말씀을 드리겠습니다. 그런 의미는 아니었습니다. 공격적 경영전략에 대해서 그게 나쁘다, 좋다 하는 윤리적 판단을 하려고 했던 것도 아니었습니다. 그것은 단지 공격적 전략을 할 경우에 지켜야 할 나름대로의 룰이 있고 그 룰을 법원에서 정해주고자 했다, 이렇게 이해를 하시면 되겠습니다. 그것이 나쁘다는 뜻은 결코 아니었습니다.

많은 교수님들의 의견이 대법원의 판결에 대한 비판이, 약관법과 상법에 관계에 대한 대법원의 판결에 집중이 되어 있는데, 대법원은 상법이 약관법의 특별법이 아니라고 한 적이 없습니다. 약관법의 규정에 분명히 나와 있고, 대법원에서도 그 문제가 제기된다면 특별법이라고 할 것입니다. 그런데 특별법 우선의 원칙은 두 법이 모순이 되거나, 하나가 다른 하나의 적용을 배제하고 있을 때 적용됩니다. 그러나 대법원의 입장은 이 설명의무에 관한 상법의 규정과 약관법의 규정이 하나가 다른 하나를 배제하거나 하나가 다른 하나와 충돌하는 규정이 아니라고 보기 때문에 중첩적으로 적용된다는 것입니다. 우리 상법에서의 규정은 일주일 내에 취소할 수 있는 규정만 두고 취소하지 않았을 때에는 어떻게 한다는 아무런 규정도 두고있지는 않습니다. 독일법에서는 이 경우에 취소하지 않았을 경우에, 이의를 제기하지 않았을 경우에 어떻게 한다 하는 효력에 관한 규정을 둔 것에 비해서 우리 법에는 아무런 규정을 두고 있지 않고 있습니다. 효력에 관해 독일법과 같은 규정이 있으면 분명히 그 조항은 약관법과의 모순관계가 생깁니다. 그러면 일반법과 특별법과의 적용모순의 관계의 문제가 생길 겁니다. 그런데 우리 상법은 그런 규정을 두고 있지 않기 때문에, 상법에서 계약자를 두텁게 보호하기 위해 계약취소권을 둬서 보험료납입의무를 면제받을 수 있는 기회를 제공했다고 해서 약관법이 당연히 배제된다 하는 해석이 문리해석상 나오는 것은 아니라고

생각합니다.

두 번째로 설명의무에 관해서 상당히 오해가 있는 것 같습니다. 특히 이 변호사 말씀을 들으니까 면책약관에 대해서 도무지 면책을 주장할 수 있는 경우가 없는 것이 아니냐고 생각을 하시는 것 같은데, 대법원 판례가 지금 그렇지는 않습니다. 대법원에서 수정·해석하고 있는 것 중 대단히 중요한 것으로, 먼저 중요한 내용이라도 보험업계에서 일반적으로 알려진 조항에 대해서는 설명의무가 면제된다는 해석입니다. 이것은 법조문에 나와 있지는 않지만 그렇게 해석을 하고 있습니다. 특히 손해보험의 경우에는 특정 사업분야에서 체결될 때 통용되는 면책약관이 있습니다. 그 손해보험에 가입하는 업계에서 그것이 일반적으로 알려진 조항이라면 설명의무를 부담하지 않는다는 것이 대법원 판례이고, 거기에서 설명의무가 문제가 되어 면책조항을 주장하지 못할 이유는 아무 것도 없습니다.

또 하나는 문언이 ‘설명’이라고 돼 있어서 구두설명만을 생각하시는 것 같은데, 대법원 판례가 구두설명만을 요구하는 것으로 되어 있지 않습니다. 서면설명도 충분히 인정하고 있습니다. 단지 약관이 아주 작은 글씨로 깨알같이 적혀 있을 경우 설명의무를 다하지 않았다고 생각하지만, 약관을 해설하면서 특히 중요한 부분을 밑줄을 친다거나 큰 글자로 강조를 한다든지 하면 서면에 의한 설명으로 설명의무이행이 된다고 하고 있습니다. 그러한 설명의무를 보험회사에서 이행하지 못할 이유는 아무 것도 없습니다. 법원에서 부과하는 그러한 설명의무를 보험업계에서 이행을 못하기 때문에 면책조항을 주장하지 못하고 그것 때문에 우리가 보험금을 부당하게 많이 지급한다는 보험업계의 이러한 설명을 법원에서는 도저히 이해할 수가 없습니다. 왜 서면설명을 못합니까? 모든 계약자들한테 많은 서류가 가는데, 그 중에서 면책약관을 설명한 별도의 서면 하나만을 보내면 되는데, 왜 그걸 못하냐는 겁니다. 그래서 설명의무에 관해서 대법원에서 아주 엄격하게 해석하고 있는 것만은 아니다 하는 말씀을 드리고 싶습니다.

세 번째, 인과관계의 문제가 잠시 나왔는데, 독일에서는 음주운전이나 무면허운전일 경우에 인과관계를 요구를 하고 있습니다만, 영국·프랑스·미국·일본의 경우에 인과관계를 요구하지 않고 있습니다. 우리 법원도 인과관계를 요구하지 않고 있습니다. 그것은 독일보다 보험업자에게 유리하게 해석되고 있습니다.

담보위험배제와 간접의무위반이라는 개념 자체에 관해서는 저는 반대하지 않습니다. 그 개념은 분명히 존재하고 양자를 구분하는 것이 가능합니다. 단지 이 담보위험배제와 간접의무위반의 문제를 개념상 구분을 했을 때, 음주운전면책조항이나 무면허운전면책조항은 간접의무위반에 속하는 것이지 담보위험배제에 속하지 않는다는 것이 제 생각입니다. 그렇게 따지면 이 개념을 적용을 하더라도 대법원 판례해석이 변경되지 않는다는 말씀을 드린 것입니다.

그리고 경제적 강자와 약자의 개념의 문제를 도식적으로 적용하려고 한 것은 아니었습니다. 제가 그 용어를 썼던 것 때문에 경제적 약자를 위해 법을 왜곡 해석하는 것은 아니라는 말씀을 하셨는데, 저는 그런 뜻에서 말씀드린 것이 아닙니다. 법원은 법문에 따라서 충실한 해석을 해 왔고, 현실을 감안하고 보험법의 특수성을 인정해서 상법의 규정을 왜곡 해석해 달라는 보험업계의 요구를 받아들일 수 없는 이유로서 우리 사회가 사회법 방향으로 즉 소비자 보호라든가, 고객보호의 방향으로 나아가고 있다는 점이 분명히 있습니다. 법이 앞서가 있는데, 법원의 해석이 거꾸로 돌아갈 수는 없다는 의미에서 법해석을 왜곡하여 보험회사에 유리하게 해석하는 안 된다는 의미에서 말씀을 드렸던 것입니다. 때문에 지금 법원이 경제적 약자를 위하여 법을 왜곡해석하고 있다는 말은 타당하지 못한 비판이라고 생각합니다.

사회자 : 다음 이태종 판사님, 예, 한 5분 정도로 간략히 말씀해 주십시오.

이태종 : 사실 이런 토론의 자리에서 저희들이 어느 한 쪽을 옹호하거나 대변하는 것은, 그렇게 할 수도 없고, 그럴 의사도 없습니다. 다만 공교롭게도 교수님들의 발표중에 결과적으로 보험자 측에 유리한 주장이 있고, 거기에 대응하여 예를 들어서 소비자 단체라든지, 보험계약자단체에서는 반론을 제기할 기회가 없는 상황이고, 더군다나 보험감독원 측에서 나와서 토론하지도 않았기 때문에, 적절치는 않지만 안티테제로서 설명한 부분도 있을 겁니다. 다만 저희들로서는 사고의 경직성을 피하기 위해서 여러 가지 견해를 가급적이면 보다 많이 듣고, 보다 많이 배우는 입장입니다. 그래서 발표하신 분들의 견해를 저희들이 이해하려고 충분히 노력하고 있습니다. 그 점을 먼저 밝히겠습니다.

그 다음에, 법원은 어떤 사건에 대해서 하나의 결론을 내리지 않을 수 없습니다. 사건이 제기되었는데 결론이 안 나는 사건은 없거든요. 그런데 모든 생각에는 퍼펙트라는 개념은 없습니다. 이런 견해를 취하게 되면 이런 장점이 있는 반면에 필연적으로 저런 약점이 따르고, 다른 견해를 취해도 마찬가지로 결과죠, 그러니까 어떤 견해를 취하더라도 약점에 노출되는 것은 어쩔 수 없는 현실입니다. 법원의 판결이 나오면 하나의 견해를 취해서 결론을 내리지만 부작용이 없을 수가 없죠. 다만 그러한 것을 최소화하고 당사자간의 이해관계를 가장 합리적으로 해결하고자 하는 것이 저희들이 추구하는 이상입니다. 그런 면에서 교수님들의 의견을 감사드립니다.

제가 답변할 것은 박 판사님께서 이미 하셨습니다만, 장경환 교수님께서 말씀하셨듯이 왜 이 약관규제에 관한 법률을 중첩적으로 적용을 하면서도 일부무효의

특칙이라든지 특별법 우선적용에 관한 원칙을 배제하지 않은 것은 법원에서 법을 위반하는 것이다라고 하는 것은, 장 교수님의 견해에 따르면 그렇게 볼 수도 있겠지만, 법원에서 취하고 있는 입장은 그것이 아니기 때문에, 아까 박판사님께서 적절히 지적하셨듯이, 그것은 모순 저축이 아니기 때문에 당연히 중복적용되는 것을 전제로 하고 있기 때문에 견해가 달라서 그런 것입니다. 언뜻 장경환 교수님 말씀을 들으면 법원이 완전히 범죄를 저지른 것처럼 말씀을 하셨는데 그건 견해에 따라서 그렇게 보이는 것에 불과하다는 점을 지적하고 싶습니다.

아까 김창준 변호사님께서 아주 좋은 지적을 하셨습니다. 모든 경우에 설명의무가 없다고 해서 무효로 하면 우리나라의 보험회사는 남을 수 없다는 적절한 지적이신데요, 박철 판사님 말씀대로 일반적인 조항은 이미 다 해결이 되어 있고, 특수한 면책사항이라면 제가 보기에는 법률이나 법원리를 바꾸어야 하는 것은 아니라고 봅니다. 계약체결시에 그 조항 옆에 서명을 반드시 받아서 설명의무를 충실히 했다는 것을 업계에서 증명하는 등 큰 비용을 들이지 않고서도 할 수 있을 겁니다. 특히 기업을 상대로 하는 보험같은 경우에는 어떠한 때 이러저러한 설명을 받았습시다라는 식으로 계약조항 밑에 다 서명을 받으면 되거든요. 그런 방법으로 업계를 개선해서 보험자, 보험회사가 살아남을 방법을 강구해야지, 보험자가 망하니까 이렇게 후퇴하자라는 식으로 생각할 수는 없다는 말씀을 드리고 싶습니다.

신인식 부장님께서 말씀하신 비용문제입니다. 2회 분납시에 통지비용이 발생하는 것은 어쩔 수 없는 현상이 아닌가 싶습니다. 아까 말씀하시기에 1년에 한 50억 원이라고 하셨나요? 한편으로는 이렇게 생각을 해 봅니다. 2회 분납금을 납부하라는 통지서에 관해 보험회사에서는 반발을 하는데, 1년간 자동차 보험계약기간이 만료된 경우 법에서 그렇게 안 해도 된다고 하는데, 그때는 틀림없이 계약기간이 끝나니까 재계약 체결하십시오, 이런 통지를 보험회사에서 아무 망설임 없이 하거든요. 그리고 또 보험을 유치하기 위해서 얼마나 많은 광고를 합니까. 이러한 것을 볼 때, 1년간 통지비용이 50억이라면, 법에서 최고를 반드시 하도록 규정하고 있고 대법원 판례도 그에 따르고 있다면, 이러한 50억이라는 비용은 물론 부담은 되고 여러 가지 문제점은 있을 수 있지만 포기할 수는 없는 거 아닌가 하는 생각을 해 봅니다.

사회자 : 감사합니다. 시간도 다 되고 하니까, 끝마무리를 법학연구소장 양승규 교수님께서 해 주시겠습니다.

양승규 : 오늘 사회를 보신 손주찬 선생님, 주제 발표 해주신 세 분 교수님, 그리고 법원에서 박철 판사님과 이태중 판사님이 나오셔서 참 좋은 토론을 해 주신

것은 매우 값지다고 생각합니다. 이런 토론의 장을 마련하는 것은 서로가 오해하거나 잘못 알고 있는 것을 풀 수 있는 계기가 된다고 생각합니다. 박철 판사님과 이태종 판사님 두 분 말씀은 우리가 귀담아 들어야 할 내용이라고 생각합니다. 그런데 법원이 그 동안 경직된 의견을 계속 펴 왔고 두 분이 재판연구관으로 참여하고 있으므로 그러한 생각에서 출발하고 있다라는 것은 보험법을 연구하는 사람으로서 이해가 되었는데, 그 이해의 바탕이 조금 잘못된 생각이 아닌가 하는 생각을 해 봅니다. 지금 여기서 법리를 가지고 이렇게 저렇게 할 성질의 것은 아니고 그럴 입장도 안 되기 때문에, 참고로 몇 가지 말씀을 드리겠습니다.

물론 exceptions와 exclusions을 구분하는 표준이 상당히 모호하다라는 얘기는 여러 외국 학자들도 하고 있습니다. 그런데 그런 개념을 도입해서 쓰고 있다라는 점입니다. 가령 음주운전이나 무면허운전이라고 하는 것이 간접의무위반이지 exclusions이라고는 볼 수는 없다는 법원의 입장을 인정하더라도, 왜 그것을 고의로 볼 수 없는 것이냐에 대해서는 개인적으로 의문이 있습니다. 왜냐하면 우리가 어떤 행위를 할 때, 음주운전이나 무면허운전은 그 자체가 범죄행위, 위법 행위이며 고의로 시작되고 있습니다. 그래서 그런 범죄행위를 하다보면 사고를 내고 상해를 입힐 수도 있습니다. 원인에 있어서 고의로 인해 그런 결과를 가져왔기 때문에 이것은 고의로 인한 것이고, 따라서 보험자는 면책이라고 인정하는 것이 왜 안 되는지 저는 납득을 할 수가 없습니다. 저는 형사법은 잘은 모릅니다만, 결과적 가중범이라는 게 있죠. 남을 혼내주려는 정도로 약간의 상처를 입히는 정도만 때려주겠다고 해서 한 대 때렸는데 그 사람이 죽었다 말입니다. 그러면 살해하는 것에 대해서는 고의가 없었다고 할 것입니다. 실제 서울고등법원의 판결에 이런 것이 있습니다. 엽포를 주려고 때렸는데 상대방이 넘어지면서 사망하여 보험금을 청구했는데, 서울 고등법원에서 원인행위가 고의로 인한 것이기 때문에 그 결과에 대해서도 역시 면책이다라고 판결한 것이 있습니다.

그리고 외국에서는 음주운전면책약관이 없다라는 것에 대해서는 동의하지 않습니다. 가령 미국 약관에서는 breach of law라고 하는 게 있으며, 영국의 약관에서는 intoxicated라는 말을 쓰고 있는데, 여기에 해당하면 면책이 됩니다. 음주운전이나 무면허운전은 breach of law, 즉 법률위반에 해당이 됩니다. 독일의 경우에 음주운전에 대해 명백히 규정하지 않았을 때에도 바로 중죄 또는 경죄에 해당하는 사유로 집어 넣어 면책으로 처리하고 있습니다.

약관에서 규정하고 있는 것이 선진국보다 우리가 가입자에게 불리하게 되어 있다고 했는데, 저는 오히려 우리 약관이 선진국보다 훨씬 가입자들에게 유리하게 짜여 있다고 생각합니다. 물론 보는 시각에 따라서 다르겠습니다만, 그 점에 대해 진지하게 생각할 필요가 있습니다.

약관의 설명의무에 관한 상법 제638조의 3의 규정은 제가 상법개정위원으로 있으면서 문안을 만들어 통과를 시킨 건데요, 독일 약관규제법과 같은 규정을 예비적으로 두지 않아도 1월 내에 취소할 수 없다는 규정만 있어도, 법원이 이를 해석할 때 취소를 안 하면 약관의 효력을 그대로 인정을 하고자 하는 데서 나오는 것이 아니겠는가 그렇게 해석할 줄 알았습니다. 그런데 우리 법원이 그런 해석을 하지 않기 때문에 역시 독일의 94년 개정법처럼 앞으로 명문 규정을 두긴 두어야겠다고 생각하고 있습니다. 사실 법원이 다른 여러 가지 합리적인 해석을 한다라고 하지만, 한국의 보험과 독일의 보험이 다른 것이 있느냐, 원리가 다르냐, 영국의 보험은 다르냐 하는 문제가 있습니다. 그것은 국제적으로 전부 통용되고 있는 것이다라는 점입니다. 그래서 국제적으로 통용되는 상황에 대해서 합리적인 해석을 내리려는 노력을 법원이 기울여 주었으면 좋았지 않겠느냐, 이런 점에서 저는 대법원에 대해서 실망스런 생각을 하고 있는 것입니다.

그리고 입법의 문제가 제기가 되고 있는데, 상법 제732조의 2에 대해서는, 여기 선생님도 계시지만, 처음에 저는 삭제하자는 주장을 펼쳤습니다. 그런데 반대에 부딪쳐 삭제하지 않았죠, 그리고 실효약관에 경우에는 실효약관의 효력을 인정하는 명문의 규정을 두자고 하는 얘기를 제가 한 번 꺼낸 적이 있습니다. 그런데 대법원의 판결이 ‘그것을 유효하다고 인정하는데, 굳이 입법할 필요가 뭐 있냐’라고 해서 그냥 두었습니다. 그때 앞으로 이런 상황이 전개된다고 생각했으면, 아마 입법을 했을 겁니다. 앞으로 입법에 의해서 개정이 되어 할 것입니다.

설명 의무 위반을 했다고 할 때 여러 가지가 있습니다만, 가령 96년 판결을 예를 들죠. 자기가 자동차를 가지고 있는 사람입니다. 대덕에 있는 26세의 아들에게 차를 사주고선 자기 부인을 주운전자로 해 놓은 거예요. 법원은 설명을 안 들었는데 어떻게 주운전자는 대덕에 있는 아들이 아니라 서울에서 자기와 함께 살고 있는 부인으로 지정하여 고지를 했겠느냐라고 했는데, 설명의무를 안 해서 효력이 없다는 얘기입니다. 이런 것을 보면서 느끼는 것은, 역시 법원은 보험회사에서 책임이 없다고 하면 그 책임을 전부 개인이 부담해야 하고 개인이 부담을 하지 못하면 그 주변 사람들이 부담해야 하는 상황에서 동정적인 생각을 갖고 그렇게 결론을 내 놓고 있는 것은 아닌가 하는 생각을 해봅니다. 그런데 여러분들이 말씀했습니다만, 법원의 그런 생각은 확실히 잘못입니다. 법원은 자배법에 의해서 보호되는 범위와 임의법에 의해서 보호되는 범위를 구분해서 합리적으로 판단하려는 노력을 해야 되지 않겠느냐 하는 생각도 해 봅니다.

그러나 오늘 저희 연구가 미진한 부분도 있었습니다만, 토론을 통해서 저희에게 일깨워진 것도 많고, 특히 법원에서 나오신 두 분에 대해서는 정말 고맙게 생각합니다. 이런 자리에서 이렇게 법원의 입장을 설명을 해 주고, 그래서 이제 보험업

계에서 종사하시는 분들도 법원의 입장을 귀담아 들어 앞으로 보험사업을 영위할 때 어떤 방향으로 어떻게 해야겠다라는 생각들을 깨우쳐 주는 계기를 만들었다고 생각합니다. 끝으로 원로선생님께서 이렇게 오랜 시간 동안 사회를 봐 주시고 여러 가지 문제를 지적해 주신 데 대해 감사드립니다. 또 오늘 발표와 토론에 참여를 해 주신 여러분, 그리고 오늘 끝까지 이 자리에서 우리와 함께 해 주신 여러분께 진심으로 감사드립니다. 법학연구소장으로서 정말 보람을 느낍니다. 대단히 감사합니다.

사회자 : 시간이 아주 정확하게 6시 55분에 끝났습니다. 양승규 소장님을 비롯하여 주제발표를 해 주신 세 분의 교수님, 토론에 참여해 주신 두 분의 판사님, 그리고 김 변호사님, 신 부장님, 감사합니다. 여기서 어떤 결론을 내기 위해서 모인 것은 아니고 공통된 문제를 가지고 충분히 의견교환을 하고 토론을 하는 가운데 앞으로 우리 보험운영 내지 보험법 약관에 관한 문제를 생각하는 데 도움이 될 것이라고 생각을 합니다. 그런 면에서 끝까지 청취를 해 주신 여러분들께 대단히 감사합니다. 이것으로 오늘 토론을 마치겠습니다.