

711  
3012  
-  
2

법학석사 학위논문

# 保險契約當事者의 告知義務와 約款明示·說明義務



이 논문은 제출함

2003년 2월

부경대학교 대학원

법 학 과

손 성 호

Thesis for the Degree of Master of Law

Disclosure Duty and Stipulation  
Issue Explanation Duty of  
Insurance Contract Party

by

Sung-Ho Son

Department of Law

The Graduate School

Pukyung National University

February 2003

# Disclosure Duty and Stipulation Issue Explanation Duty of Insurance Contract Party

Adviser : Jung-Gi Park

by  
Sung-Ho son

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree  
of Master of Law

in the Department Law, Graduate School,  
Pukyung National University

February 2003

# 손성호의 법학석사 학위논문을 인준함

2002년 12월 26일

주 심 법학박사 고 명 식



부 심 법학박사 박 정 기



부 심 법학박사 최 명 구



- 目次 -

<b>제1장 서론</b> .....	1
제1절 연구목적 .....	1
제2절 연구방법과 범위 .....	3
<b>제2장 보험계약자의 고지의무</b> .....	4
제1절 고지의무의 본질 .....	4
1. 고지의무의 개념 .....	4
1) 고지의무의 의의 .....	5
2) 통고의무와의 관계 .....	5
2. 고지의무의 법적성질 .....	6
1) 진정의무이론 .....	7
2) 전제이론 .....	7
3) 약한 의무이론 .....	8
4) 법률강제이론 .....	9
5) 小結 .....	10
3. 고지의무에 관한 입법태도 .....	11
1) 입법주의의 변천 .....	11
(1) 객관주의 .....	11
(2) 주관주의 .....	12
2) 각국의 입법례 .....	14
(1) 영국 .....	14
(2) 독일 .....	15
(3) 프랑스 .....	16
(4) 미국 .....	17
4. 고지의무의 근거 .....	20
1) 이론적 측면에서 근거를 구하는 견해 .....	20
(1) 선의계약설 .....	20
(2) 사행계약설 .....	21
2) 법률적 측면에서 근거를 구하는 견해 .....	22
(1) 합의이론 .....	22

가) 주관적 합의이론 .....	22
나) 객관적 합의이론 .....	23
(2) 조건이론 .....	23
(3) 묵시계약설 .....	23
(4) 하자담보설 .....	23
3) 기술적 측면에서 근거를 구하는 견해 (위험측정설) .....	24
4) 小結 .....	24
제2절 고지의무의 내용 .....	25
1. 고지의무의 당사자 .....	25
1) 고지의무자 .....	26
2) 고지의 상대방 .....	28
(1) 보험대리점 및 보험 중개인 .....	29
가) 보험대리점 .....	29
나) 보험중개인 .....	29
(2) 保險醫 .....	30
(3) 보험모집인(생활설계사) .....	31
2. 고지의 시기 및 방법 .....	33
1) 고지의 시기 .....	34
2) 고지의 방법 .....	35
3. 고지사항 .....	36
1) 위험선택상 중요사항 .....	36
2) 중요성의 판단기준 .....	37
제3절 고지의무 위반의 요건 및 효과 .....	38
1. 고지의무위반의 요건 .....	38
2. 고지의무 위반의 효과 .....	40
제4절 고지의무위반과 착오·사기 .....	43
1. 서언 .....	43
2. 입법례 .....	44
3. 학설 .....	46
1) 상법단독적용설 .....	46
2) 민·상법적용설 .....	46
3) 착오·사기구별설 .....	46

4. 판례의 태도 .....	47
5. 결론 .....	48
<b>제3장 보험자의 약관명시·설명의무와 보험자 고지의무</b>	<b>49</b>
제1절 서언 .....	49
제2절 보험자의 약관명시·설명의무 .....	50
1. 명시·설명의무의 의의와 기능 .....	50
2. 명시·설명의 내용 .....	50
3. 명시·설명의 방법과 정도 .....	51
1) 명시·설명의 방법 .....	51
2) 명시·설명의 정도 .....	52
(1) 판례의 태도 .....	52
(2) 견해의 대립 .....	52
(3) 小結 .....	53
4. 명시·설명의무 위반의 효과 .....	54
1) 보험계약의 취소 .....	54
2) 약관 규제법상의 명시·설명의무와의 관계 .....	54
(1) 문제점 .....	54
(2) 견해의 대립 .....	54
(3) 小結 .....	55
5. 보험계약자의 고지의무 위반과의 관계 .....	56
1) 문제점 .....	56
2) 판례의 태도 .....	57
3) 小結 .....	57
제3절 보험자 고지의무 .....	58
1. 서언 .....	58
2. 보험자고지의무에 대한 논의 .....	59
1) 최대선의의무의 상호성 .....	59
2) 고지의무의 범위 .....	60
3) 구제수단 .....	61
3. 보험자 고지의무의 도입에 관한 논의 .....	62
1) 보험자고지의무의 導入論 .....	62
2) 導入論에 대한 평가 .....	63

제4장 결론 .....	64
◆참고문헌◆ .....	67

# **Disclosure Duty and Stipulation Issue Explanation Duty of Insurance Contract Party**

**Sung-ho Son**

Department of law, Graduate School

Pukyong National University

## **Abstract**

This paper's purpose is to induce the definitions and the problems of the essence of the Disclosure, the clause's clear statement and explanation duties of the policyholder at an insurance contract.

It has taken the legal and substantial approach methods as the cases and insurance practical business affairs to the problem's inducement.

The policyholder or the insured at an Insurance Contract shall have the duties to disclose the important matters prior to be completed the insurance contract.

The Disclosure Duty System, by providing the exact informations about the risks, the policyholder to know, for the insurer, shall be the purposes for the removals of the risks in injustice and morality as the result of the insurer to estimate exactly the risks.

In this view, the Policyholder's disclosure Duty is the most important item in making the insurance contract.

The contents of Article 651 of the Commercial Law to regulate the disclosure duty, shall not be regulated completely and perfectly, are the cause to induce the factional rivalry between the insurer and the policyholder because of the non-definiteness of the standards and concepts of the important items.

There is the theoretical criticism non-application ability of Announcement Duty Violation of the mistake and fraud articles in Civil Law, too.

for researching aforementioned problems, this author was to try the essential and theoretical approaches, to research the concepts of the important items and the cases' attitudes and violations of disclosure duty.

There are to prevent the Opposite Choice by the policyholder and to remove the Moral Risks.

Also there is to exist such duties in corresponding with the insurer as the other party in Bilateral and Good Faith Natures of Insurance Contracts.

According to the Commercial Law now, Stipulation Issue Explanation Duty of The Insurer becomes to be explained in corresponding with this.

In this paper, there are to review the essence and problem of Stipulation Issue Explanation Duty.

Also there isn't any rule according to the law now in force although approval the legal duties for providing the informations by the insurer after making insurance contract in correspondence Announcement Duty of The Policyholder in Bilateral and Good Faith Natures of Insurance Contracts.

There is to research in reference discussions and cases about the insurer's announcement duty in Anglo-American law aforementioned problems, latest domestic The Insurer Announcement Duty Inducement Discussions and to come to the conclusion to proper to approve legally The Insurer Disclosure Duty by its legislation in this paper.

## 第1章 序論

### 第1節 研究目的

보험은 동질의 위험에 있는 다수인이 금전을 모아 공동재산을 마련하여 구성원 중 보험사고를 당한 자에게 경제적 손실을 보전해주는 제도이다.<sup>1)</sup> 보험단체는 동질의 위험을 전제로 하여 총 보험료와 총 보험금의 균형을 유지시키고 있는 바, 이러한 균형관계를 유지하려면 보험자는 보험금과 이에 대가관계가 있는 보험료의 산출을 위하여 필요한 위험률을 가능한 정확하게 산출해야 하며, 이를 위하여 보험계약자의 성실하고 정확한 고지가 필요하다. 또한 보험계약이 본질적으로 사행계약이며 그로 말미암아 당사자 쌍방이 최대한으로 善意를 기울여야 하는 계약이라면, 보험계약에 있어 위험률과 관련이 있는 사항에 대하여는 상대방에게 고지하는 것이 필수적일 것이다. 이러한 두 관점을 조화시켜서 고지의무의 이론적 근거를 설명할 수 있을 것인지에 대해서 살펴보기로 한다.

실무상으로는 일반인의 보험에 대한 인식 부족과 자기에게 불리한 진술을 하지 않으려는 태도, 보험대리인과 모집인의 무리한 보험 모집 등으로 불량위험의 개입가능성이 커지고 있다. 그리고 고지의무위반은 보험사고의 발생 후 그 원인을 조사하는 과정에서 나타나는 것이 보통인 바, 계약의 해지를 당하지 않으려는 보험자 사이에 많은 분쟁이 일어나고 있다. 그러함에도 우리 상법은 고지의무위반의 요건과 효과에 대하여 아주 단순한 규정만 두고 있다. 따라서 고지의무 위반의 요건과 효과를 구체적으로 밝혀주어 보험계약자와 보험자간의 분쟁해결에 도움을 주는 것이 중요한 문제라고 하겠다.

우리 상법에서는 고지하여야 할 사항으로서 중요한 사항이라고만 언급하고 있는 바, 누구를 기준으로 하여 어떠한 경우에 중요한

---

1) 방갑수, 최신보험학, 1996, 23면.

사항으로 인정해야 할 것인지에 대하여는 아무런 언급이 없다. 또한 보험자가 서면으로 질문한 경우 중요한 사항으로 추정하고 있는 바, 서면으로 질문된 사항에는 포함되어 있지는 아니하지만, 중요한 사항이라고 평가되는 사항에 대하여 보험계약자가 고지하지 아니한 경우를 어떻게 처리해야 할 것인지도 우리 상법의 해석에 있어서 과제라고 하겠다. 고지의무 위반의 주관적 요건으로서 고의·중과실의 요건이 있는 바, 중과실의 의미와 범위를 어떻게 파악 할 것인가에 대하여도 본 논문에서 검토하기로 한다.

고지의무 위반의 효과로서 우리 상법은 보험자에게 계약해지권을 부여하고 일정한 경우 이를 제한하는 입법태도를 취하고 있다. 그런데 실무상 보험사고가 보험계약자의 고지의무위반과 무관한 것일 경우에도 이러한 효과가 주어질 것인가가 문제된다. 만일 계약해지권의 행사가 가능하다면, 해지 이전의 보험 사고가 해지 이후에도 연장되는 경우 보험금지급책임도 연장되는 것인지, 연장된다면 특약이나 약관에 의하여 제한하는 것이 가능한 것인지에 대하여도 검토할 필요가 있을 것이다.

고지의무에 위반한 경우에도 우리 민법상 착오·사기에 관한 규정을 충족하는 경우가 있다. 이들 규정이 중첩적으로 적용되어 보험계약자가 계약해지권과 취소권을 선택적으로 행사할 수 있는 것인지도 밝히고자 한다.

보험계약을 善意契約이라고 이해한다면, 이러한 最大善意義務는 쌍무적이며 결연되어 있다고 생각해 볼 수 있다. 보험자가 계약체결 당시 보험계약자에게 일정한 정보를 제공하는 약관명시·설명의무가 보험계약자의 고지의무에 대응하는 것으로 볼 수 있다.

보험계약을 체결함에 있어서 보험자는 청약자에게 보험약관을 교부하고 그 약관의 중요한 내용을 알려야 한다. 즉 보험자는 보험약관의 교부의무와 중요한 내용에 대한 설명의무를 진다. 종래에 보험계약자들이 보험계약의 체결단계에서 계약의 내용이 되는 보험약관을 제대로 알 지 못하고 보험자가 일방적으로 작성한 청약서에 의

하여 청약에 함으로써 보험계약자가 예상하지 못했던 불이익을 받는 경우가 많았다. 그리하여 1991년 개정상법에서는 보험계약이 성립되는 경우에 각 당사자를 구속하게 될 내용을 미리 알고 보험계약을 청약하게 함으로써 보험계약자의 이익을 보호하기 위하여 보험자의 약관 명시·설명의무를 신설하였는데 이러한 약관명시·설명의무의 내용과 의무위반의 효과 등에 관하여도 본 논문에서 검토해보고자 한다. 또한 보험계약자와 보험자 모두 명시·설명과 고지를 게을리 한 경우에 대하여도 검토할 필요가 있을 것이다.

최근에는 위험을 감소시키거나 소멸시키는 사항에 대하여는 보험자가 계약의 체결 전후를 불문하고 고지의무를 부담한다는 학설이 주장되고 있다. 이는 최근 영국법원이 최대선의의무의 쌍무성을 근거로 보험자의 고지의무에 영향을 받은 것으로 보인다. 따라서 본 논문에서는 우리 상법 체계하에서도 해석상 영국에서의 논의처럼 보험자의 고지의무를 인정 할 수 있는 것인지, 해석상 인정 할 수 없다면 입법론상 도입하는 것이 타당한 것인지에 대하여도 본 논문에서 검토해보고자 한다.

## 第2節 研究方法과 範圍

위의 연구목적에 위하여 본 논문에서는 고지의무의 이해를 위하여 그 본질로서 고지의무의 의의, 고지의무의 법적 성질, 고지의무의 근거를 살펴보기로 한다. 또한 영국, 미국, 프랑스, 독일 등 각국의 입법을 고지의무 위반의 요건과 효과를 중심으로 개략적으로 살펴보고자 한다.

고지의무 위반의 요건과 효과에 대하여는 외국의 입법과 우리나라의 판례·학설을 살펴보고자 한다.

사기·착오와 고지의무위반과의 관계에 대하여는 주로 국내의 학설·판례를 중심으로 살펴보고자 한다. 약관명시·설명의무 위반과 고지의무 위반에 대하여는 우리 판례를 중심으로 하여 고찰하되 이

에 대한 국내의 비판론과 찬성론을 소개하고 각각의 타당성을 검토할 것이다. 보험자의 고지의무에 관한 논의는 특히 영국 최근 판례의 동향과 우리 나라에서 주장되고 있는 도입논의에 대해서 각각의 타당성을 검토하고자 한다.

## 第2章 保險契約者の告知義務

### 第1節 告知義務의 本質

#### 1. 고지의무의 개념

보험은 같은 위험에 놓여있는 사람들이 하나의 보험단체를 구성하여 통계적 기초에 의하여 산출된 금액(보험료)을 내어 기금을 마련하고 그 우연한 사고를 당한 사람에게 재산적 급여를 제공함으로써 경제생활의 불안을 없애거나 덜게 하고자 하는 제도이다.<sup>2)</sup>

상법 제651조에 의하면 “보험계약 당시에 보험계약자 또는 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로 인하여 중요한 사항을 고지하지 아니하거나 부실한 고지를 한때에는 보험자는 그 사실을 안 날로부터 1월내에 계약을 해지할 수 있다. 그러나 보험자가 계약당시에 그 사실을 알았거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다. 이것이 이른바 고지의무이다.

즉 고지의무는 보험계약자 등에게 보험계약의 체결에 즈음하여 보험자가 보험사고 발생의 가능성을 측정하는데 도움이 되도록 보험계약상 중요한 사항에 관하여 진실을 알릴 것을 요구하는 보험계약법상의 특유한 의무로서 보험계약의 성립 전에 지는 의무라는 점에서 보험계약의 성립 후에 지는 각종의 통지의무와는 구별이 되는 것이다.

---

2) 양승규, 보험계약법, 보험연수원, 1997.

## 1) 고지의무의 의의

보험계약에서 고지의무라 함은 보험계약자 또는 피보험자가 보험계약을 체결할 때 보험자에게 중요한 사실을 사실대로 알려야 할 의무를 말한다. 다시 말하면 고지의무는 보험계약자 또는 피보험자에게 보험계약을 체결할 때에 보험자가 보험사고의 발생가능성을 예측하는데 도움이 되는 중요한 사실에 대하여 진실을 알릴 것을 요구하는 보험계약상의 특수한 의무인 것이다. 즉 고지의무는 보험계약의 효과로써 인정되는 것이 아니라 보험계약의 체결단계에서 인정되는 것이며 보험계약의 특수성으로 인하여 보험계약의 체결이 있을 때까지 계약의 당사자가 부담하는 특수한 의무로서 고지가 계약의 내용이 되는 것도 아니다.<sup>3)</sup> 고지를 기초로 하여 보험자가 보험을 인수할 것인가 판단을 내리게 될 뿐이지 그것이 당사자의 구속적 계약내용이 되거나 묵시적 내용이 되는 것도 아니다. 이 점에서 고지의무는 보험계약의 성립 후에 지는 위험변경통고의무나 위험사고발생통고의무와는 구별된다.

고지의무에 관한 상법규정은 강행규정이 아니라고 보는 것이 통설로서 고지의무의 위반이 있어도 보험계약의 해지를 금하는 약관은 유효하다 할 것이다. 그러므로 약관의 규정에 의하여 보험의 해지권을 제한하는 것이 가능하다. 또한 약관의 규정에 의하여 보험계약자에게 약간의 보험을 증액하는 경우와 같은 불리한 변경은 합리적 이유가 있는 경우에 한하여 허용될 것이다.<sup>4)</sup>

## 2) 통고의무와의 관계

보험계약은 보험계약자가 위험의 요소 및 그 개연성과 관련하여 보험자에게 협조하여야 할 것으로 보험계약자 또는 피보험자는 위

---

3) 권혁재, 보험계약상의 고지의무, 재판자료 제53집, 1991, 199면.

4) 김시수, 보험계약에 있어서의 고지의무, 사법논집 제10집, 1979, 304면.

험이 현저하게 변경 또는 증가된 사항을 보험자에게 통고하여야 할 의무(상법 제652조)와 보험사고발생을 안 때에는 지체없이 보험자에게 통고할 의무(상법 제657조)를 요구하고 있다.

통고의무는 보험계약 성립 후에 생기는 것이므로 순수한 채무의 성질을 가진다는 견해가 있지만, 고지의무와 마찬가지로 책무로 보아야 할 것이다. 즉 보험계약자 등이 의무를 해태한 경우에는 보험 보호를 받을 수 없다는 불이익을 당하기는 하지만 법원에 의하여 강제될 수 있는 것은 아니다.<sup>5)</sup> 이러한 통고의무와 고지의무는 보험에 관련된 사실을 보험자에게 알려야 한다는 점과 고지·통고의무의 위반시 보험자는 계약의 해지권을 행사할 수 있다는 점에서 공통되나, 고지의무는 계약체결시에 부담하고 통고의무는 계약체결 후에 부담한다는 점이 다르다.

그리고, 고지의무나 통고의무는 위반시에도 손해배상청구권이 발생하지 않고 단지 계약의 해지라는 불이익을 받는 것에 그친다는 점에서 법적 의무가 아닌 소위 간접의무로서 그 법적 성질을 같이 하고 있다.

## 2. 고지의무의 법적성질

고지의무의 법적 성질에 관하여는 법적의무로 보는 설과 간접의무로 보는 설이 대립하고 있다. 법적의무설에 의하면 보험계약법에서 규정하고 있는 모든 행위규범은 순수한 법적 의무로서 그의 이행을 소에 의해서 청구할 수 있고 그 위반의 경우에는 손해배상청구권이 성립한다는 것이다.

간접의무설에는 다시 두 가지의 입장으로 나누어지는데 전제설과 법적강제설이다. 전제설에 의하면 고지의무는 단순히 보험계약상의 청구권을 유지하기 위한 전제가 되는 의무에 불과하고 이는 법적의무가 아니며 따라서 이러한 의무의 이행은 소에 의해서 청구할 수

---

5) 이기수, 보험법·해상법학, 2000, 92면.

도 없고 또한 그 불이행의 경우 손해배상청구권도 발생하지 않는다고 한다. 법적강제설은 법률상의 의무를 그 강제의 정도에 따라 구분하여 설명한다. 즉 강제요건이 채권자의 이익을 위해서 뿐만 아니라 채무자의 이익도 되는 때에는 간접의무라고 한다.

### 1) 진정의무이론

진정의무이론은 고지의무와 일반적인 법적의무가 다르지 않다는 것이다. 이 이론은 전제이론이 공상의 소산이며 언어상의 혼란에 불과한 것이라고 비판하면서 고지의무위반의 결과로 보험자는 보험금지급의무는 면하되 보험료는 취득하는데 이른 일종의 손해배상의 예정 또는 定型的인 손해배상으로 볼 수 있으므로 일반적인 법적의무와 효과상 큰 차이가 없다고 한다.<sup>6)</sup>

그러나 이 이론은 사법상의무의 통일적 설명에만 집착하여 서로 다른 성격과 내용의 의무가 있을 수 있다는 현실적 고찰을 못하였다고 할 수 있다. 예컨대 보험금 불수를 손해배상으로 보는 것은 무리이며 진정의무이론은 고지의무위반의 효과로 손해배상책임을 인정하는 법제, 스위스보험법 제27조 아래에서 가능한 설명이라고 한다. 진정의무이론의 또 하나의 난점은 이 이론으로는 보험계약에 있어서 당사자인 보험계약자 이외에 제3자인 피보험자까지도 고지의무를 지는 이유를 설명하지 못한다는 점이다.

### 2) 전제이론

이 이론은 고지의무는 단순히 보험계약상의 청구권을 유지하기 위한 전제가 되는 의무에 불과하고 이는 법적 의무가 아니라고 한다. 또한 이 의무의 이행은 보험계약자가 위험으로부터 자신의 이익

---

6) 김선정, “보험해상법상 고지의무에 관한연구”, 동국대학교 대학원 박사학위논문, 1991. 36면.

을 보호하기 위해서 필요한 것이라고 한다.<sup>7)</sup> 이에 따르면 고지는 보험자의 계약해지를 저지하기 위한 요건으로 보험자에게 보험금을 청구하기 위한 전제요건에 지나지 않은 것으로 법률이 특히 인정한 책임이며 그런 의미에서 전제요건 또는 간접의무라고 한다.<sup>8)</sup>

고지의무는 보험계약법에서 법률상 인정하는 의무이기는 하나 보험계약자가 그 의무이행을 하지 아니하면 보험계약을 해제하는데 그치지 때문에 진정한 의무는 아니다. 즉 고지의무는 보험계약의 효과로서 주어지는 의무가 아니라 보험계약의 체결단계에서 인정되는 보험계약상의 특수한 의무라 할 것이다.<sup>9)</sup>

### 3) 약한 의무이론

고지의무를 법적 의무로서 완전한 의무는 아니더라도 약한 효력을 가진 의무로 파악하려는 이론이 약한 의무설이다. 고지의무는 강제이행의 가능성이 없다는 점을 들어 이 이론은 진정의무이론에 반대하며, 또한, 고지의무가 이행된다는 것에 보험자도 이익을 가지고 있기 때문에 고지를 보험계약자가 자신의 이익을 확보하기 위한 단순한 전제만으로 보는 전제이론에도 동의하지 않는다. 즉, 약한 의무이론은 전제이론에 비하여 보험계약자에게 기대되는 행위규범으로서의 의무성을 강조하는데 그 논거는 다음과 같다.

첫째, 전제라는 개념의 불확실성이다. 실정법상 고지의무의 이행이 보험계약자의 권리의 취득과 보험자의 해지권의 행사를 저지하기 위한 전제라고 한다면 보험계약자의 주관적 요건은 별로 문제삼을 여지가 없게 될 것이고, 더욱이 고지의무 위반이 있다면 보험계약자의 권리는 발생하지 않거나 당연히 소멸하는 것으로 되어야 하는데도 불구하고 상법은 계약의 해지권을 규정하고 있으므로 고지

---

7) 최기원, 보험법, 2002, 136면.

8) 김선정, 전제논문, 33면.

9) 양승규, 고지의무 I, 1989, 36면.

의무의 이행이 보험계약자의 권리의 취득과 존속을 위한 전제라는 것은 무리가 있는 것이다. 물론 보험계약자가 보험해지의 불이익을 피하기 위하여 고지한다는 기능적인 면을 부인할 수는 없지만 그것만으로는 고지의무의 법적 성질을 명확히 한 것은 아니다.

둘째, 상법은 분명히 보험계약자에게 선의성에 입각한 특정한 태도를 취할 것을 기대하고 있으며, 비록 이행의 강제와 손해배상을 청구할 수 있는 진정한 의미에서의 의무와 다르다고 하더라도 기존의 이익의 상실, 법적 지위의 변화와 같은 불이익을 강제로 볼 수 있으므로, 약한 효력이거나 그 의무성을 인정해야 할 것이다.

셋째, 간접의무는 법률의 변동을 일어나게 하거나 법률상의 불이익을 받지 않기 위하여 그 요건으로서 일정한 행위를 필요로 하는 경우에 이용되는 개념이다. 즉, 본래의 의무는 아니고 “자기이익의 명령”이라고 말하는 것처럼 그 위반 내지 불이행은 간접의무자만을 침해하고 간접의무자의 지위는 도리어 개선되는 것으로 이해될 것이다. 그런데 보험자는 보험계약자와 보험계약을 계속하는 것에 이익을 가지며 고지의무의 이행에 관하여 보험자의 이익과 보험계약자의 이익이 같은 형태로 병존하고 있는 의미에서 순수한 채권자.채무자의 관계는 아니지만 약한 효력을 가진 의무성을 인정할 수 있다.<sup>10)</sup>

#### 4) 법률강제이론

이 이론은 우선 사법영역의 모든 의무를 법규범의 필요적 작용에서 사람의 어떤 태도에 대한 법적 이익을 규정하는 경우와 법적 불이익을 규정하는 경우로 나누어 앞의 것을 유인요건, 뒤의 것을 강제요건이라고 한다.

다음에 법규의 목적에서, 법규의 요건과 효과의 관계로부터 논리

---

10) 石田 滿, “保險契約法における告知義務”, 保險契約法の基本問題, 1972, 125面.

적으로 작용하는데 불과한 기술적 강제와 법규가 어떤 특정한 태도를 정하여 행위자에게 그것을 기대하는 목적론적 강제로 나눈다.

고지의무는 위의 네 가지를 조합한 것의 하나인 목적론적 강제요건에 속한다. 진정의무는 그 위반에 대한 효과로 최소한 손해배상책임이 따르는데 비하여 보다 약한 의무는 권리자와 의무자의 이익이 병존하여 어떤 태도의 준수가 쌍방의 이익으로 되는 한도로 의무성이 감경된다. 여기서 의무자는 손해배상책임은 비록 없으나 그의 기존의 권리상실이나 법적지위의 변화 등의 불이익 때문에 의무이행을 강제 당하는 결과로 된다는 것이다.

이상이 법률강제이론의 대체적 내용인 것인데 이에 대하여는 각 요건의 분류기준이 모호하고 각 의무가 구체적으로 어느 경우에 해당하는가 명백하지 않다는 비판이 있다.<sup>11)</sup>

## 5) 小結

고지의무가 일반적인 법적 의무와는 다르다고 생각한다. 즉, 고지의무의 불이행에 대하여 보험자가 이행강제나 계약법상의 손해배상도 청구할 수 없으므로 채무자의 의사여부와 관계없이 일정한 구속이 강제되는 법적 의무와는 다르기 때문에 진정의무라고는 말할 수 없다.

또한, 법적강제이론은 그 설명이 추상적이며 모호하며, 각 의무의 구분기준이 명확치 않아 고지의무의 법적성질을 이해하는데 크게 도움이 되지 않는다.

전제이론과 약한 의무이론은 고지의무의 법적 성격을 이해하는데 반드시 일치하고 있지는 않으나, 고지의무의 위반이 이행의 강제나 손해배상의 청구가 가능한 진정의무는 아니라는 점에서 견해를 같이하고 있으며, 전제이론이 진정의무이론의 사법적인 의무를 부인하는 면을 지녔고 약한 의무이론이 강조하는 당위적 성격을 포함하고

---

11) 김선정, “고지제도에 관한 검토(上)”, 손해보험, 1985. 12., 33면.

있다는 측면에서 볼 때, 두 이론은 단지 용어상 차이에 불과할 뿐이라고 해도 과언이 아닐 것 같다.

보험계약자가 고지의무를 위반한 경우에 계약의 해지와 해지시까지의 미납보험금의 지급이라는 불이익만 감수하면 더 이상의 작위·부작위는 강제되지 않기 때문에 일반적인 법률상의 의무와는 다르다. 고지의무는 보험계약법에서 인정하고 있는 법률상의 의무이기는 하지만 보험자에게 계약체결시의 보험계약자의 고의·중과실을 이유로 손해배상을 청구할 수 있는 권한이 주어지는 것은 아니다. 그러므로 고지의무의 법적 성질을 전제이론과 약한 의무이론에 의하여 이해하는 것이 타당하다고 본다.

### 3. 고지의무에 관한 입법태도

보험계약에 고유한 제도인 고지의무에 대하여 각국은 약간의 차이는 있지만 모두 어떠한 형태로든 이것을 규정하고 있다. 고지의무의 본질을 정확히 이해하고 법규의 합리적 해석 및 제도의 원활한 운영을 위해서는 이와 같은 각국의 입법형태와 그 취지를 파악하여 우리 상법과 비교하여 검토하는 것이 필요할 것이므로 여기에서는 먼저 고지의무에 관한 입법주의의 시대의 흐름에 따른 변천과정을 살펴보고 이어서 각국의 입법은 어떻게 고지의무를 규정하고 있는지에 대하여 간략히 살펴보겠다.

#### 1) 입법주의의 변천

##### (1) 객관주의

객관주의의 입법례로는 1908년 개정전의 독일 상법과(해상보험에 관한 제812조) 1942년 개정전의 이탈리아 상법 및 베네룩스3국의 법이 있었으나 현재는 순수한 객관주의를 취하는 입법은 없다.<sup>12)</sup>

이는 고지의무의 근거로서 선의계약설 또는 의사합치설을 따른 것으로 보험계약자는 계약당시에 보험자에게 보험과 관련된 모든 중요한 사실을 고지하여야 하는데 그러한 사실의 부고지·부실고지는 당사자 사이에 완전한 의사의 합치를 결한 것이므로 계약은 무효로 된다고 한다.<sup>13)</sup> 따라서 고지의무 위반이 성립하기 위하여는 객관적인 요건인 중요사실의 부고지·부실고지만으로 충분하고 보험계약자의 일정한 심리상태인 고의·중과실은 필요가 없게 된다. 결국 객관주의는 선의계약설 및 의사합치설과 표리관계에 있으며, 중요한 사실의 부고지 또는 부실고지는 당사자 사이에 완전한 의사의 합치가 없기 때문에 보험계약은 당연무효로 된다는 것이다.

## (2) 주관주의

위의 객관주의에 따르면 중요한 사실의 불고지, 부실고지만으로 계약이 무효로 되므로 고지의무위반이 보험계약자의 고의, 과실에 의한 경우와 그러하지 아니한 경우를 동일하게 취급하게 된다. 그러므로 선의의 보험계약자, 즉 경과실, 무과실로 중요한 사실을 불고지, 부실고지한 자에게까지 계약을 무효로 하는 것은 보험실무에 익숙하지 못하고 법률에 어두운 보험계약자에게 너무 가혹한 일이었다. 그리하여 이처럼 객관주의로 인하여 생긴 보험계약자의 피해를 구제하고자 생명보험의 부문에서 보험계약자의 주관을 문제삼은 영국판례를 시초로 주관주의가 등장하게 된 것이다.

주관주의에 의하면 법률행위를 개별화하여 평가하는 근대의 입법 취지에 따른 보험계약자의 심리상태를 고려하여 사실의 불고지, 부실고지라는 것 위에 보험계약자의 고의, 중과실이라는 주관적 요건을 부과하여 고지의무위반을 판단하게 된다. 이와 같은 당사자의 심리상태를 개별적으로 고려하게 되는 이른바 법률행위의 개별화적

12) 김선정, 전제논문, 62면.

13) 青谷和夫, 全訂保險契約法論, 1979, 164면.

평가이론은 근대 일반사법학이 인정하고 있는 윤리적 요구에 기인하는 바로 이것은 또한 신의성실의 요구에도 적합하다고 할 수 있겠다.

그러나 여기서 문제되는 바는 집단거래를 특성으로 하고 있는 상법의 영역으로 들어오면 상술한 주관적인 개별화적 평가가 다시 객관화·정형화하게 되는데, 이른바 다수계약인 보험계약에 이르러서는 집단성이 최대한으로 강화되므로 위험의 평균화·획일화의 경향이 강력하게 나타난다. 따라서 주관주의에는 다음과 같은 불합리한 점이 있게된다.

첫째, 고지의무위반의 경우 중요한 사실의 판단여부는 상당히 곤란한 문제로서 많은 논의가 있었고 보험계약자의 고의·중과실은 내부적 심리상태이므로 외부에서는 판단하기 어렵다. 따라서 주관적요건의 입증곤란 때문에, 악의의 보험계약자에 대한 보험자의 계약해지권 행사가 불가능하게 될 수도 있다.

둘째, 만일 고지의무의 근거를 위험측정설 내지 기술설이라고 본다면 일정한 개연을 이상의 위험은 보험단체에서 배제되는 것이므로 고지의무는 보험계약자의 주관적 요소의 존부와는 관계가 없는 것처럼 될 것이고, 고지의무 위반시 계약의 해지가 보험계약자에 대한 처벌 내지 제재를 의미한다면 보험계약자의 과실유무는 보험료의 반환과 증액징수와 관련하여 고려하는 것만으로 충분할 것이다.

셋째, 계약의 해지권은 보험자에게 있으므로 그의 자유재량에 따라 해지권을 행사하게 되면 보험계약자의 차별대우를 법이 인정하는 결과가 되어 보험의 단체법리에 어긋나는 것이고 또 해지의 상대방이 부존재시에는 해지권을 행사할 수 없으므로 제재의 목적을 충분히 달성할 수 없게 된다.

이러한 주관주의의 입장은 대다수 독일법계의 보험계약법 등이 따르고 있으며, 질문표제도를 인정하거나 보험료에 관련된 상세한 규정을 두어 주관주의의 불합리한 점을 시정하고 있다. 이 점에 대하여 각국의 입법례를 살펴보면 다음과 같다

## 2) 각국의 입법례

### (1) 영국

영국은 근대적인 보험제도가 가장 발달된 나라중의 하나로서, 이는 보험계약법상 통고의무제도의 생성 및 발전과도 밀접한 관계가 있다. 특히 영국의 통고의무제도상에 나타나는 것 중에 특이한 것은 종래로부터 최대선의의 원칙이 본 제도를 지배해 왔다는 것이다.<sup>14)</sup>

영국은 보험에 관하여 해상보험법만을 성문규정으로 두고 대체로 보통법에 따른 판례에 따라 그 원칙이 확립되어 왔다. 즉 고지의무는 보험자가 보험료를 산정함에 있어서 또는 위험을 인수할 것인가를 결정함에 있어서 그 판단에 영향을 주는 일방의 사실을 고지할 것을 요구하고 있는데 이를 위반하면 계약을 무효로 할 수 있도록 규정하고 있다.

영국 해상보험법 제18조 내지 21조는 보험계약의 체결시에 있어서 피보험자 및 그 대리인의 통고의무에 관하여 규정하고 있다. 즉, 동법 제18조1항은 “본문에 다른 규정이 없는 한 피보험자는 자기가 알고있는 일체의 중요한 사항을 계약성립 전에 보험자에 대하여 알려야 하며 또한 피보험자는 통상의 업무상 당연히 알고있어야 할 일체의 사실을 알고 있는 것으로 간주한다”고 규정하고 있다.

피보험자가 알려야 할 사항은 피보험자가 수령한 모든 통신 또는 정보를 포함하여 보험자가 보험금을 산정하는데 있어서 또는 위험의 인수여부를 결정하는 데 있어서 그 판단에 영향을 미치는 일체의 사항을 말한다. 고지되지 않은 사실이 중요한가의 여부는 피보험자의 주관적 인식을 기준으로 하는 것이 아니고 사기, 경솔, 부주의, 무

---

14) 김원규 “보험계약법상 고지의무에 있어서 ‘중요한 사항’의 의미”, 상사법연구, 16.1, 1997, 175면.

관심,과실,착오,중요성의 평가에 대한 인식의 부족이나 판단의 실수 등까지도 모두 포함된다. 이는 동법 제19조에서 규정하고 있는 보험계약을 피보험자의 대리인이 체결할 때의 대리인의 통고의무에 있어서도 동일하다.

또한 동법 제20조는 보험계약 체결의 교섭 중에 피보험자 또는 그 대리인이 보험자에 대하여 행한 모든 중요한 표시에 관하여 그 표시가 부실한 경우에는 보험자에게 해당계약의 취소권을 부여한다는 취지의 규정을 두고있다.

영국해상보험법은 1799년이래 집적된 판결례의 입장을 정리하여 통일적인 일반규정을 두고 있으며 이는 해상보험계약 뿐만 아니라 다른 전 분야의 계약에 있어서도 실무상 약관 등에 저촉되지 않은 일반원칙으로서 적용되고 있다. 보험자는 알고 있는 것 또는 알아야 할 사항이 아닌 것에 관한 분쟁을 회피하기 위하여 청약시에 附保하는 위험에 관하여 피보험자가 보험자의 질문에 답변을 기재하고 청약서 끝 부분에 있는 선서문에 서명을 하는 경우는 일종의 담보책임으로 되어, 기재한 것과 사실이 다르면 사실의 중요성, 피보험자의 인식정도에 관계없이 계약을 무효로 할 수 있다.

## (2) 독일

독일은 보험계약법상의 고지의무에 관한 연구가 가장 활발한 나라 가운데 하나로서, 보험계약법은 1908년 이후 수 차례의 제정이 있었고 통고의무에 관하여도 수 차례의 수정이 있었지만 제정당시의 내용이 거의 그대로 계승되고 있다.<sup>15)</sup>

동법 제16조1항은 보험계약의 체결에 즈음하여 보험계약자 및 그 대리인에게 고지의무를 부담시키고 있는데 그 고지하여야 할 내용은 중요한 사항 즉 보험자가 위험을 인수하는데 있어서 중요한 사항으로써 보험계약자가 알고 있는 사항이며 여기서 보험계약의 체

---

15) 김원규, 전계논문, 188면.

결 또는 당해 내용에 있어서 보험계약의 체결에 관하여 보험자의 결정에 영향을 미칠만한 위험한 사항 및 보험자가 명시적 또는 서면으로 질문한 사항은 의심스러울 때는 이를 중요한 것으로 보고 있다.

동법 제17조는 제1항에서 보험계약자가 중요한 사항에 대하여 부실의 고지를 한 때에는 보험자는 당해 계약을 해지할 수 있음을 분명히 하고 있다. 다만 피보험자가 중요한 상황을 고지하지 않은 것이 피보험자의 과실에 의한 것이 아닌 때에는 보험자는 계약을 해지할 수 없다. 또한 동법 제18조는 보험자가 서면으로 질문한 경우에 있어서 당해 서면에서 명시적으로 질문하지 아니한 사실에 관하여는 보험계약자가 악의로 침묵한 때에 한하여 고지의무위반을 이유로 계약을 해지할 수 있음을 규정하고 있다. 즉, 보험자는 서면으로 한 질문에 대한 피보험자의 회답을 기초로 하여 위험이 평가된 경우에 피보험자의 사기의 경우에 있어서는 서면으로 한 질문에 포함되지 않는 사실이 고지되지 않았음을 이유로 하여 보험계약을 해지할 수 있다.

또한 당해 보험계약을 보험계약자의 대리인 또는 무권대리인이 체결하는 경우에는 그 대리인뿐만 아니라 보험계약자가 알고있는 사실을 악의로 고지하지 않거나 부실의 고지를 하는 경우에도 보험자에게 해지권을 부여하고 있다. 그리고 보험자가 사고의 발생 후에 계약을 해지하는 경우에 피보험자가 고지하지 않은 상황이 사고와 인과관계가 없을 때에는 보험자는 보험금의 청구를 거절하지 못한다. 또한 동법은 피보험자의 부실고지와 사기를 이유로 하여 보험계약을 해지하는 권리를 보험자에게 인정하고 있다.

### (3) 프랑스

다른 입법례와 비교해 볼 때 고지의무에 관한 프랑스 보험법전의 해석에 있어서 주목할만한 특징은 고지의무와 통고의무가 이론적으

로 동일한 기초에 서있다는 것이며, 따라서 그 서술방식에 있어서도 兩의무를 한데 묶어 고지·통고의무라는 이름으로 다루어진다.<sup>16)</sup>

인보험과 해상보험을 제외한 손해보험에 관하여만 규정하고 있는 프랑스 보험법전에 의하면 피보험자에게 계약체결 당시 위험의 평가에 영향을 미친다고 생각되는 피보험자에게 알려진 모든 상황을 정확하게 진술해야 할 의무를 부과하고 있다.

피보험자가 사기 행위를 하는 것이 아니고, 알고 있는 모든 상황을 고지하지 않거나 또는 그것을 부실하게 고지할 때에는 보험자가 당연히 보험계약을 거절할 권리를 갖는 것은 아니다. 고지의무위반이 손실의 발생전에 밝혀지면 보험자는 피보험자에게 통지하고 계약을 해지하든가 보험료를 증액하고 계약을 확인하든가 하는 조치를 취할 수 있다.

그러나 고지의무위반이 손실후에 나타난 때에는 위험이 완전히 그리고 정확하게 진술되었더라면 지급되었을 금액에 대하여 이미 지급된 보험료가 그 손실에 대하여 차지하는 비율에 의하여 보험자는 보험금을 지급할 수 있다. 피보험자가 한 중요한 상황에 관한 사기적 은폐와 부실고지는 은폐된 상황 또는 부실표시된 상황이 손실과 어떠한 관련성을 가졌는가의 여부를 문제로 하지 않고 보험계약을 무효로 한다.

이처럼 프랑스 보험계약법은 보험의 사회성과 단체성을 감안하여 불량위험의 보험단체로의 침입을 방지하고 보험사업의 존속과 선량한 보험계약자가 희생되지 않도록 보호하고 있다.

#### (4) 미국

미국법은 영국법을 계수하고 있지만, 보험영역에 있어서는 해상보험의 경우를 제외하고는 영국보통법상의 원칙이 적용되지 아니하며,

---

16) 김성태, “프랑스 보험계약법상의 고지·통고의무”, 「慶熙法學」 제21권 제1호, 1986, 76면.

각주마다 성문의 규정을 두고 있다. 각주의 입법은 대체로 보험계약 법과 보험업법, 회사법의 규정 등이 혼재되어 있으며 그 결과 보험 법이 매우 방대할 뿐만 아니라, 체계적이지 못하다는 느낌을 준다.

영국과 비교해 볼 때 미국법의 특징은 영국에서는 해상보험법이 실제로 비해상보험법을 지배하고 있는데 반하여, 미국에서는 영국해상보험법의 영향을 해상보험분야에 국한시키는 경향이 있고, 영국이 근본적으로 당사자 자치를 보험거래분야에서도 폭넓게 인정하여 국가의 간섭을 가능한 한 자제하려는 분위기인데 비하여, 미국법은 보험법의 입법동기를 보험자의 파산이나 불공정거래로부터 계약자를 보호하는데서 찾기 때문에 국가의 간섭을 예정하고있는 경우가 많다는 것이다.<sup>17)</sup>

미국에서도 고지의무를 인정하는 이론적 근거를 보험계약의 선의 계약성에서 구하는 점은 영국과 같다.<sup>18)</sup> 보험계약의 당사자는 동등한 입장에서 계약을 체결하여야 하므로 보험계약에 영향을 미칠 수 있는 정보의 공유가 이루어져야 한다는 것이다. 따라서 적어도 이론상으로는 고지의무가 양당사자에게 요구되는 것이다.

보험자의 고지의무에 대하여는 주마다 입법태도가 다르다. 예를 들면, 뉴욕주의 경우(New York Insurance Law, 이하 NIL로 略稱함)보험자의 고지의무에 대한 명문규정을 두고 있지 않고 다만 보험자의 고지의무는 결국 계약의 성립을 통하여 이행되므로 다수의 다른 규정을 통하여 충실한 이행을 촉구하는 태도를 취하고 있다. 한편, 캘리포니아주의 경우(California Insurance Code, 이하 CIC로 略稱함) 보험계약의 각 당사자는 상대방에 대하여 계약상 중요하다고 그가 믿는 것과 그가 알고 있는 모든 사항을 성실히 고지하여야 한다(CIC 제332조)라고 하여 보험계약자뿐만 아니라 보험자에게도 고지의무를 명문으로 인정 할 수 있다는 태도를 취하고 있다.

---

17) David L. Bickelhaupt, General insurance, 11th ed, 1983, 857면; 김선정, 전계논문, 79면.

18) 김선정, 전계논문, 83면.

특히 캘리포니아州的 이러한 입법태도는 보험계약자의 고지의무에 있어서는 영국과 다르게, 그가 알았어야 할 것을 과실로 인하여 알지 못하여 알리지 않은 것은 고지의무 위반이 아니며 그 점에서 영국의 경우보다 보험계약자가 보호된다.<sup>19)</sup> 뉴욕州의 경우 묵비에 관한 명문규정이 없으나, 캘리포니아州의 경우 뉴욕주와 달리 묵비가 고지의무 위반의 한 형태가 될 수 있음을 명시한다. 뉴욕州와 캘리포니아州는 모두 고지의무 위반의 사실과 보험사고 발생간에 인과관계 있음을 요하지 아니한다. 이에 관하여는 명문의 규정이 없어서 논란이 있었지만, 중요사항의 부실고지가 보험자의 계약위험을 높이는 것 또는 그러한 가능성이 있는 것 자체가 충분히 계약취소 사유가 될 수 있다고 본다.

이상에서 살펴본 뉴욕州와 캘리포니아州의 고지의무에 관한 법규정사이에 본질적인 차이가 있다고 보기는 어렵다. 고지의무의 구체적 내용은 각 州의 입법에 따라 다를 수밖에 없지만, 근본적으로 普通法上的 원칙인 보험계약의 최대선의계약성에 따라 해결하기 때문이다. 다만 미국 보험법은 그 운영에 있어 법원이 보험계약자의 보호에 그 주안점을 두고서 법원칙을 꾸준히 발전시켰다는 점에 그 의의가 있다고 하겠다.<sup>20)</sup>

정리하자면 미국법상 고지의무 제도의 특색은 객관주의에 가까운 영국법상의 경직성으로부터 이탈하려는 시도와 모집인의 무분별한 모집행위와 수령한 고지사항의 자의적인 은닉 등으로부터 소비자를 보호하려는 시도, 금반언의 법칙과 포기이론, 합리적 기대이론 등을 적절히 구사하여 구체적 타당성을 얻으려는 시도 등을 들 수 있다.<sup>21)</sup>

19) Clark, *The Law of insurance contract*, 1994, at 583.

20) 보험계약자를 보호하고자 하는 원칙으로서 비공식적 warranty의 원칙, 사기적 허위진술의 원칙, 은혜적 해석의 원칙등을 들 수 있다. Robert I. Mehr, *Fundamental of insurance*, 1986, 106면.

21) Robert E. Keeton, *Case and Materials on Basic Insurance Law*, 1977, 547-550면.

#### 4. 고지의무의 근거

보험계약자 또는 피보험자가 보험계약을 체결함에 있어 중요한 사항에 관하여 고지하여야 하며 이를 위반한 경우에는 보험자가 그 계약을 해지할 수 있는 고지의무제도는 일찍부터 인정되어온 제도이다.

이러한 제도를 인정하는 근거에 대하여는 많은 견해가 있다. 본고에서는 이론적 이유를 근거로 하는 견해, 법률적 이유를 근거로 하는 견해, 그리고 기술적 이유를 근거로 하는 견해로 나누어 살펴보고자 한다.

##### 1) 이론적 측면에서 근거를 구하는 견해

###### (1) 선의계약설

보험계약은 사행성이 있으므로 일반계약보다 더 많은 선의를 요구하는 선의계약 또는 신의칙 위에 성립하는 계약이므로 그 선의계약성에 따라 보험계약자는 보험자에게 중요한 사항을 고지할 의무를 가지게 되고 보험자도 동일한 진실을 고지할 의무가 있다고 하는 설이다.

최대선의는 피보험자뿐만 아니라 보험자에게도 요구되며 이러한 최대선의의 원칙은 모든 종류의 보험에 다 적용된다. 영국해상보험법 제17조는 “해상보험계약이 최대선의에 의한 계약이며 만약 당사자 일방이 지키지 아니할 때는 상대방도 그 계약을 취소할 수 있다”고 하며 그 취소권이 쌍무적임을 명백히 강조하고 있다.

보험은 투기적인 계약이고 우연성을 측정할 수 있는 특별한 사항들은 피보험자 혼자만 알고있는 경우가 대부분이고 보험자는 피보험자가 알고 있는 사항을 감추지 않으리라고 믿는다.

모든 중요 사항에 대하여 질문을 받더라도 보험자에게 완전히 고지하여야 하는 것은 보험계약자의 의무로 되어왔다.<sup>22)</sup> 즉, 수동적인 태도가 아닌 능동적인 선의의 태도를 요하는 것이다. 어떤 계약도 신의성실에 따라 하는 것이므로 보험계약에만 특별히 강조될 필요가 없다고 하는 설도 있으나, 일반계약과 달리 보험계약의 특성 가운데 중요한 표식인 사행성에 따라 더 선의성이 요구된다고 한다.<sup>23)</sup>

## (2) 사행계약설

일반계약이 청약과 승낙에 의하여 성립하면 그 효력을 발생하는 것과는 달리 보험계약의 효력은 우연한 사고의 발생에 의하여 그 발생이 좌우되는 상질을 가지고 있다. 예컨대, 보험계약에 의하여 구체적으로 보험금을 받는 이익은 우연한 사고가 발생하였을 때 얻어지는 것이다. 이처럼 보험계약은 원래 사행계약의 일종이며 일반적으로 사행계약은 우연한 사실의 발생에 의하여 일정한 권리의무가 생기는 것을 그 본질로 한다.

우연한 이익을 얻으려는 사행계약 중 도박계약은 주관적 동기가 불로소득을 취득하는 데 있으므로 불법이 되지만, 보험계약은 보험계약자가 피보험이익을 가지고 있으며 피보험이익에 발생한 손해에 대하여 보험자로부터 보험금을 수령하는 것은 사회통념상 우연히 얻는 것은 아니라는 점에서 적법성이 인정된다. 즉, 보험계약은 일반계약과는 달리 적법한 사행성을 가지고 있으며 우연한 사고에 의하여 보험금을 받는 보험계약자에게 고지의무를 부과함은 당연하다.

그리고 보험계약은 사행계약으로서 우연성에 관한 지배적 위치에 있는 보험계약자나 피보험자는 이를 공정하게 관리할 의무가 있는 바 이러한 공정한 관리의 전제로서 먼저 보험자에게 위험의 기초사실을 모두 고지할 의무가 있다고 한다.<sup>24)</sup>

22) 김선정, 전제논문, 12면.

23) 안동섭, “고지의무의 법적근거”, 사법행정 226호, 26면.

## 2) 법률적 측면에서 근거를 구하는 견해

법이론적 접근방식을 시도하는 것으로서 주로 독일에서 논의된 이론들로서 다음과 같은 것들이 있다.

### (1) 합의이론

보험계약은 낙성계약으로 당사자의 완전한 의사의 합치만으로 성립하므로 이를 위하여 보험계약자는 일체의 중요한 사항을 알려서 보험자로 하여금 의사합치를 위한 결정을 하도록 하여야 한다는 것이다.

낙성계약인 보험계약은 당사자 사이에서 계약의 내용인 위험의 범위에 관한 합의를 요하는 바 고지의무가 이행되지 않은 채 보험계약을 체결한 경우에는 피보험자의 승낙에 하자가 있으므로 당사자의 합의가 존재하지 않는다고 한다. 이 견해는 그 위반의 요건에 관해 위험에 관한 사항은 모두 고지해야 한다는 객관설과 당사자의 알고있는 위험상태를 고지하는 것으로 충분하다는 주관설이 있다.

### 가) 주관적 합의이론

보험계약에서 보험자가 인수하는 위험의 범위에 관하여 당사자간에 완전한 의사의 합치가 필요하지만 보험계약자의 주관적 태도를 고려하여 보험계약자가 알지 못하는 위험상태에 관한 의사의 합치가 없음을 이유로 보험계약을 취소하게 되면 보험계약자에게 너무 가혹한 것이므로 보험계약자가 알고있는 위험상태만 고지하면 충분하다고 한다.

---

24) 채이식, 상법강의(下), 1992, 458면.

## 나) 객관적 합의이론

보험계약에서 의사의 합치는 위험의 범위에 영향을 주는 것으로 보험계약의 목적에 관한 완전한 의사의 합치가 있기 위해서는 그 목적을 확정하는 것이 필요하다. 이를 위하여 고지의무가 존재하게 된다고 한다. 따라서 보험계약자의 선의·악의 및 부실고지와 보험사고 발생과의 인과관계는 전혀 관련이 없게 된다고 한다.

### (2) 조건이론

고지의무의 전제이론을 주장하는 입장에서 보험자는 보험계약자가 위험의 발생에 관련된 상태들에 관하여 완전하고 정확하게 고지한다는 조건하에서만 위험을 인수하게 될 것이라는 설이다. 보험계약자의 주관적 요소는 문제삼지 않는다.

### (3) 묵시계약설

고지의무는 보험계약 외에 존재하는 묵시의 계약내용이고 보험계약의 성질상 당연히 전제되는 것이라고 본다.<sup>25)</sup>

### (4) 하자담보설

고지의무는 유상계약상 하자담보책임과 같이 보험기간 중에 보험자가 상상할 수 없었던 보험사고가 발생하지 않는다는 사실을 담보하고 있다는 것이다. 보험계약자는 부고지·부실고지로 인한 숨은 하자에 대하여 책임을 담보하여야 한다는 설이다.<sup>26)</sup> 이 설은 고지의무의 성질을 담보책임이라는 것에 그치고 이 제도의 실질적 근거를

---

25) 김선정, 전계논문, 22면.

26) 김선정, 전계논문, 23면.

다루지 아니한 점에 흠결이 있다.

즉, 고지의무의 근거를 이처럼 계약법의 일반적 이론에서 찾으려 하는 것은 실체를 정확하게 밝혔다고 볼 수 없고 묵시계약설에 있어서와 같이 일종의 의제에 지나지 않는다.

### 3) 기술적 측면에서 근거를 구하는 견해 (위험측정설)

고지의무를 보험자의 위험측정 또는 위험측정의 필요성에서 구하는 견해로서 보험제도의 합리적인 운영을 위하여는 보험사고 발생의 통계적 계산을 기초로 하고 다수의 계약에 있어서의 위험의 총액간에 균형을 이루는 것이 필요하다고 본다. 따라서 보험자는 각 계약에 대하여 그 위험률을 측정하여 이를 인수할 것인가의 여부와 보험료를 결정하여야 하는 것이다.

보험은 단체구성원이 공동으로 일정한 기금을 마련하고 우연한 사고를 당한 사람에게 그 기금에서 일정한 금액을 지급함으로써 경제생활의 안정을 꾀하고자 하는 제도이다. 이리하여 보험단체 내부에서는 대수의 법칙을 이용하여 보험료징수와 보험금지급이 균형을 유지하도록 하여야 할 것이다.

현실적으로 구성되는 보험단체에 위험의 정도를 달리하는 자가 들어오거나 그러한 자가 동일한 조건으로 보험에 가입하는 것을 막아야 한다. 따라서 보험자는 보험의 기술적인 도구를 이용하여 위험을 선택하는 것이다.

그러므로 고지의무제도는 위험을 측정하여 불량한 위험을 배제하고 양질의 위험을 선택하기 위한 제도이며 보험자가 선택한 위험의 판정에 보험계약자 또는 피보험자가 협력하는 의무라 할 것이다.

### 4) 小結

위에서 이론적, 법률적, 기술적 측면에서 각각 고지의무의 근거를

찾는 견해를 살펴보았다.

보험에 있어서는 사고발생의 합리적인 위험률을 기초로 하여 보험금액과 보험료의 상호 균형이 예정됨으로써 이에 따라 개개의 보험계약이 체결된다. 그리하여 동일한 종류와 내용의 위험이 있는 피보험자에 의하여 보험단체가 구성되고 그 단체의 내부에 있어서는 위험의 평균이 유지되어 보험금액과 보험료의 총액의 균형작용이 이루어지게 된다. 이러한 균형작용을 유지하기 위하여는 보험자가 직접 모든 위험상태를 조사하여야 할 것이지만 다수 계약인 보험의 성질에서 볼 때 그것이 불가능할 뿐만 아니라, 위험이 보험계약자의 내부적인 개인적 사정과 관련이 있는 때에는 그 측정이 곤란하므로 보험계약자의 고지의무가 필요한 것이다. 이러한 점에서 고지의무의 근거를 보험의 기술적인 측면 즉 보험 경험적인 측면에서 찾는 견해가 어느 정도 고지의무의 근거를 명확히 밝히고 있다고 본다. 그러나 보험계약자가 계약이 성립하기도 전에 왜 보험자에게 고지하여야 할 의무를 부담하는가에 대한 법률적인 설명이 부족하다.

또한, 보험 본래의 특징인 사행계약성, 최대선의계약성이 강조하는 것처럼 보험계약의 양당사자의 신뢰에 기초하지 않고는 보험제도는 유지될 수 없을 것이다. 그러므로 고지의무의 근거를 찾는데 있어 어느 한가지 측면에 얽매이지 말고 세 가지 측면을 종합하여 이해함이 타당하다고 본다.

## 第2節 告知義務의 內容

### 1. 고지의무의 당사자

상법상 고지의무자는 보험계약자와 피보험자로 되어 있으나 고지의무는 보험계약 성립 전의 것이므로 정확하게 말하면 보험계약자 또는 피보험자가 될 사람이다. 여기서 피보험자는 손해보험의 경우의 피보험자 및 인보험의 피보험자를 포함하는 것이다.

보험계약자가 수인인 경우에는 각 보험계약자가 이 의무를 진다. 그리고 보험계약이 대리인에 의하여 체결되는 경우에는 그 대리인도 고지의무를 부담한다 (상법 제646조, 민법 제116조). 그러나 그 중 1인이 고지의무를 이행하면 된다.

대리인에 의하여 고지할 때에는 본인이 알고 있는 사실뿐만 아니라 대리인 자신이 알고 있는 사실도 고지하여야 한다.

이 경우 대리인이 안 사유는 그 본인이 안 것과 동일하므로 고지의무위반의 유무는 그 대리인에 의하여 판단하게 된다. 고지의 상대방은 보험자 및 그로부터 고지수령의 권한이 주어진 자이다. 보험대리인과 같이 보험계약의 체결의 권한이 있는 자에 대한 고지도 보험자에 대한 고지와 같은 효력이 있으나 보험모집인은 일반적으로 고지수령의 권한이 없는 것으로 본다.

보험가입의 권유를 하는 보험모집인은 원칙적으로 보험자를 대리할 권한이 없지만 보험자와 보험가입자사이의 부담의 공평을 고려하여 일반적으로 보험모집인의 고지수령권을 긍정하여야 할 것이라고 하는 견해도 있다. 또 보험계약의 청약자는 보험모집인의 권유에 따라 보험계약을 청약하고 그 보험모집인에게 청약서를 전달하는 거래의 실정에 비추어 볼 때 입법론적으로는 보험계약자를 보호하기 위하여 보험모집인의 고지수령권을 인정하는 것이 바람직할 것이라는 주장이 있다.

그러나 건전한 상업윤리가 확립되지 못하고 보험모집의 영업실적에 급급하는 현재의 상황에서 보험모집인에게 고지수령권을 인정하는 것은 시기상조가 아닐까 생각된다. 이하에서 좀 더 구체적으로 살펴보고자 한다.

## 1) 고지의무자

보험계약상 고지의무자는 보험계약자와 피보험자이다. 우리 상법상 피보험자는 생명보험의 경우에는 보험사고발생의 객체가 되고

있는 사람을 가리키고, 손해보험의 경우에는 보험계약상 보험금 청구권을 가지는 자를 가리키는 점에서 손해보험의 피보험자도 고지의무자로 볼 수 있느냐는 의문이 제기된다.

보험계약자가 당사자로서 고지의무를 지는 것은 당연하다고 하겠으나 상법상의 피보험자는 생명보험과 손해보험에서 각각 그 의미가 다르기 때문에 논란은 있을 수 있다. 즉 생명보험의 경우에는 보험사고의 객체가 되는 사람을 가리키고, 손해보험의 경우에는 보험계약상 보험금 청구권을 가지는 자를 가리킨다는 점에서 손해보험의 피보험자도 고지의무자로 볼 수 있느냐는 의문이 제기된다.

타인을 위한 손해보험계약에 있어서 피보험자가 계약의 체결을 알고 있는 경우에는 실익이 있을 것이나 피보험자가 계약체결사실을 알지 못하는 경우가 일반적이라 할 것이어서 손해보험에 있어 피보험자는 계약체결사실을 알고 있는 자만 가리키는 것으로 보아야 할 것이다.

타인을 위한 손해보험의 경우에는 고지의무를 이행할 수 없는 경우가 생길 수 있다. 즉 보험계약자가 타인의 위임 없이 그를 위해 계약을 체결한다는 사실을 보험자에게 고지하면, 보험자는 이 사실을 타인에게 고지하고 고지의무의 이행을 요구할 수 있다. 그러나 보험계약자가 이 사실을 고지하지 않은 때에는 피보험자는 자기를 위한 계약이 체결되었음을 알지 못했음을 이유로 그의 고지의무위반으로 인한 불이익을 면할 수 없는 것이다.<sup>27)</sup>

손해보험에서는 위에서 살펴본 바와 같이 피보험자는 고지의무자로 볼 것인가에 대하여는 異論이 있을 수 있으나, 생명보험의 경우에는 피보험자가 보험목적으로 위험추정의 간접대상이 되므로 당연히 피보험자의 고지가 보험자의 위험선택의 가장 중요한 판단근거가 될 것이어서 오히려 보험자는 계약서를 통한 피보험자의 건강상태 등의 고지를 요구하는 것보다는 직접 피보험자를 대상으로 고지를 받는 것을 선호할 것이다.

---

27) 최기원, 전계서, 148면.

舊상법은 타인의 사망이나 상해를 보험사고로 하는 보험계약에는 피보험자의 동의를 얻도록 규정하고 있었으나 그 규정하는 바가 계약관계자를 보호하고 거래실무를 반영하는데 충분하지 못하다는 지적에 따라 1991년의 개정 상법에서는 서면동의를 법정(상법 제731조 1항)하고 단체보험의 특수성을 살리는 보충적 입법이 이루어 졌다.<sup>28)</sup>

물론 실무적으로 어려움이 있다고 하나 특히 생명보험계약에서 타인의 사망을 보험금 지급사유로 하는 계약에서 계약체결시 까지 서면에 의한 동의를 얻지 아니한 경우 그 보험계약이 무효임을 확인한 최근의 대법원 판례<sup>29)</sup>에 의하여 그 동안 생명보험 모집에 있어 타인생명의 보험계약의 수령을 계약자에게 의존한 실행에 쫓겨 박은 현재, 피보험자의 동의 여부 확실시 피보험자의 직접 면접에 의한 고지사항의 확인이 이루어짐이 바람직하다고 본다.

## 2) 고지의 상대방

고지의무의 상대방은 보험자 및 보험자를 대리하여 고지의무를 수령할 권한을 가진 자를 의미한다. 보험자를 위하여 보험계약의 체결과정에 종사하는 자(보험보조자)로는 보험대리점, 보험중개인, 保險醫, 보험모집인을 들 수 있는데 이들이 고지의 상대방이 될 수 있는지의 여부, 즉 보험자의 대리인 자격이 있다고 볼 수 있는지의 여

28) 김선정, 타인의 생명의 보험계약, 보험학회지, 1996, 106면.

29) 대법원 1996. 11. 22. 96다37084 : 상법 제731조 제1항의 입법취지에는 도박보험의 위험성과 피보험자 살해의 위험성 외에도 피해자의 동의를 얻지 아니하고 타인의 사망을 이른바 사행계약상의 조건으로 삼는 데서 오는 공서양속의 침해의 위험성을 배제하기 위한 것도 들어있다고 해석되므로, 상법 제731조 제1항을 위반하여 피보험자의 서면 동의 없이 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결한 자 스스로가 무효를 주장함이 신의성실의 원칙 또는 금반언의 원칙에 위배되는 권리 행사라는 이유로 이를 배척한다면, 그와 같은 입법취지를 완전히 몰각시키는 결과가 초래되므로 특단의 사정이 없는 한 그러한 주장이 신의성실 또는 금반언의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

부에 대하여 논란이 있다. 여기서 각 보험보조자의 고지수령권 인정 문제를 살펴보도록 하겠다.

## (1) 보험대리점 및 보험 중개인

### 가) 보험대리점

보험대리점이란 보험모집인과 영업소장등 보험회사에 종속된 상업사용인과는 달리 일정한 보험자를 위하여 독립하여 계속적으로 보험계약의 체결을 대리 또는 중개하는 자를 말하며, 이는 보험계약의 결재권을 가지는 보험체결 대리점과 보험계약의 체결을 중개하는 보험중개 대리점으로 나뉜다.

보험업법 제2조 4항에 “보험대리점이라 함은 보험사업자를 위하여 보험계약의 체결을 대리하는 자로서 제149조의 규정에 의하여 등록된 자를 말한다”라고 규정하고 있는데 동법에서 규정한 보험체결대리점과는 달리 보험중개대리점은 실제 계약체결에 관한 대리권은 가지고 있지 않으나 보험계약자는 대리권이 있는 것으로 믿고 이를 상대로 고지하였을 경우 보험계약자는 계약해지의 불이익을 당할 수 있다는 점에서 문제를 안고 있다.

이에 반하여 독일민법 제43조 1,2항에 의하면 중개대리점에도 고지의무 수령권을 인정하고 있다. 따라서 우리도 보험계약자의 보호를 위하여 중개대리점도 대리권을 인정하거나, 중개대리점이 고지수령권을 가지고 있지 않음을 보험약관에 명기하는 방법도 있을 수 있다.<sup>30)</sup>

### 나) 보험중개인

보험중개인은 보험자의 사용인은 아니면서 보험자와 보험계약자

---

30) 김성태, “보험계약과 소비자 보호”, [법과 계약], 1984, 194면.

사이에 보험계약의 체결을 중개하는 독립된 상인으로서 보험에 관한 전문적인 지식이 요구되므로 일정한 자격을 갖춘 자를 대상으로 시험을 통하여 선발한다.

보험중개인은 상법상 중개인으로서(상법 제93조) 보험계약의 체결을 중개하는 점에서 보험중개 대리점과 같으나, 특정한 보험자를 위해서가 아니라 불특정 다수인을 상대로 한다는 점에서 차이가 있다.

보험중개인의 고지수령권은 법적으로 인정될 수 없다 하겠으나 우리나라 보험수요자의 보험인식이 아직도 낮은 현실을 감안할 때 분쟁이 다수 발생될 것으로 예상되므로 이에 대한 대 국민 홍보도 중요하다 할 것이다.

## (2) 保險醫

保險醫는 생명보험계약에서 피보험자의 신체검사를 맡아 위험측정자료를 수집해서 의료적인 소견을 보험자에게 제공하여 주는 보험자의 보조자이다.<sup>31)</sup> 保險醫는 항시 보험자에게 고용되어 있는 社醫와 필요에 따라 수시로 노무를 제공하는 受託醫가 있는데 어느 쪽도 고지수령권을 갖는다는 점에서는 차이가 없다.<sup>32)</sup> 왜냐하면 생명보험에 있어서 保險醫는 보험측정자료를 보험자에게 제공하는 보험자의 보조자로서 보험계약의 체결권을 갖고있지 아니하더라도 피보험자의 신체검사를 담당하고있는 자이기 때문이다.

保險醫는 보험자와 고용이나 위임관계에 있기는 하지만 영업상 업무에 종사하는 자가 아니기 때문에 상업사용인은 아니다. 따라서 保險醫는 보험영업에 관한 대리권은 갖지 않지만 보험자에게 위험판단의 기초가 되는 피보험자의 건강과 신체상태에 관한 자료를 제공한다는 점에서 보험자를 대리하여 피보험자가 고지하는 사항을 수령할 권한이 있고 반대로 고지의무에 관한 한 保險醫의 고의·중

31) 대법원, 1976.6.22, 75다605.

32) 김한준, “현행보험약관의 문제점”, 판례월보 176호, 1985, 15면.

과실은 보험자의 고의·중과실과 동일시된다.

그런데 보험자는 피보험자의 건강상태를 조사하여 계약을 선택하기에는 시간적, 경제적 한계가 있다. 다수의 피보험자의 신체상태를 모두 조사하는 것은 현실적으로 불가능하며 그에 따른 진료비용은 보험금으로 포함될 것이어서 계약자에게도 경제적인 부담이 될 것이다.

보험자가 신체상태를 조사한다고 해서 보험계약자나 피보험자의 고지의무가 면제되는 것은 아니다. 그리고 保險醫의 과실에 의하여 피보험자의 건강상태를 알지 못한 책임은 보험자의 책임이 될 것이며 이 경우 保險醫의 과실여부를 판단함에 있어 保險醫의 주의는 보통의 개업의가 기울일 수 있는 정도의 주의일 것이다.

### (3) 보험모집인(생활설계사)

보험모집인의 권유에 의하여 보험에 가입하는 자는 보험모집인의 설명에 의지하여 보험계약체결절차와 상품의 내용을 이해하는 경우가 일반적이라 할 것이고 보험약관이나 청약서의 내용을 자세히 읽어 숙지하고 보험에 가입하는 경우는 예외적인 것이라 해도 과언이 아닐 것이다. 이러한 현실에 보험모집인에 대한 고지가 보험자에 대한 고지로 인정될 수 있을 것인가의 문제는 지속적으로 분쟁의 소지가 되어 왔다.

보험모집인이라 함은 보험사업자를 위하여 보험계약의 체결을 중개하는 자로 일정한 자격요건을 갖추고 보험감독원에 등록된 보험자의 사용인이다.<sup>33)</sup> 보험모집인과 보험자와의 내부관계는 고용계약이나 노동계약에 의하여 정하여 지고 대외적으로는 보험계약의 체결을 권유하거나 중개하는 등의 사실행위만 하는 것이기 때문에 대리권은 없고 고지수령권도 없다고 볼 것이다.<sup>34)</sup>

---

33) 보험업법 제145조는 보험모집인에 대하여 대통령령이 정하는 일정한 자격요건을 갖추어 금융감독원에 등록할 것을 요구한다.

보험모집인은 보험사업자로부터 보험계약의 중개를 위임받아 그 중개업무를 관리하고 있는 측면에서 보면 “당사자 일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위임하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다”라고 규정하고 있는 민법상의 위임계약과 유사하나 보험중개대리점이나 보험중개인처럼 독립된 지위에서 그 중개사무를 처리하지 못하고 보험자의 지휘감독을 받고 있는 점에서 순수한 의미의 위임이라고 볼 수도 없을 것이어서 결국 보험자와 보험모집인 간의 위촉의 법적 성격을 이해하는데 있어 보험모집인이 보험자에게 종속되어 보험모집사무를 처리하고 있다는 점에서 고용과 위임의 혼합계약의 성격을 띄는 특수계약이라고 풀이하는 견해가 유력하다. 이와 같이 특수한 위치의 보험모집인은 보험계약의 체결을 중개하는 자일뿐이고 보험회사의 대리인은 아니므로 보험계약의 체결권은 없다고 할 것이며 고지수령권도 인정될 수 없다고 보는 것이 통설이며 판례이다.<sup>35)</sup> 이 학설의 논거는 다음과 같다.

보험계약은 보험자와 보험계약자 사이의 개별적인 의사의 합치에 의하여 이루어진다고 할 지라도 수많은 보험계약자를 전체로 한 보험단체와 관련되어 있으므로 불량위험의 유입을 막아야 하는 것이며, 단순히 보험계약의 체결을 중개하는 보험모집인에게 고지수령권을 준다는 것은 바람직하지 않다고 한다.<sup>36)</sup>

생각건대 우리 보험계약법상의 보험모집인은 그 지위가 보험자에게 종속되어 있고, 계약의 체결이 아닌 청약의 유인만 하는 자이다. 따라서 해석론으로는 보험모집인에게 대리권 또는 고지수령권을 인정하는 것은 곤란하다. 그러나 거래현실상 보험계약자는 보험모집인의 권유에 응하여 보험계약 청약서와 제1회 보험료를 보험모집인에게 교부하고 영수증을 받으면 이로써 보험계약이 체결된 것으로 민

34) 김선정, “고지의무에 관한 검토(中)”, 손해보험, 1986.1, 35면.

35) 대법원, 1979.10.30, 79다1234 “보험가입 청약서에 既往病歷을 기재하지 않고 보험회사의 의무사원에게 이를 말한 것만으로는 보험회사에 대하여 고지하였다고 할 수 없다.”

36) 양승규, “생명보험모집인은 누구인가?”, 월간생협, 1985.4, 10면.

는 것이 보통이지만, 판례와 통설에 따르면 보험모집인에 대한 고지가 전혀 효력이 없으므로 그 결과 거래의 실제에서는 고지의무의 이행여부를 둘러싸고 분쟁이 끊이지 않고 있다. 이 경우 선의·무과실의 보험계약자에 대하여는 표현대리의 법리가 적용되는 경우가 있겠지만 그 적용범위의 限定性으로 말미암아 보험계약자 보호로는 미흡하다. 따라서 입법론상으로는 보험모집인의 고지수령권을 고려해 볼 필요가 있다고 하겠다.

보험모집인에게 고지수령권을 부여한다면 모집인에게 고지한 사실이 인정된 자는 고지의무를 이행한 것으로 되고 분쟁해결에도 도움이 될 것이다. 그러나 그 인정여부는 입법정책의 문제에 속한다. 만일 보험모집인에게 고지수령권을 인정한다면, 단순한 구두고지 정도의 경우에는 그 이행을 둘러싼 분쟁이 여전할 것이다. 따라서 고지수령권을 입법으로 인정한다면 아울러 고지사항이 보험자에게 정확하게 전달될 수 있는 법적 장치를 마련하여야 할 것이다.

그러한 법적 장치로는 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급하되 보험모집인에게 구상하는 방법(보험업법 제158조 2항 참조), 약관상 고지방법을 서면에 의한 방법으로 국한하는 방법 등을 들 수 있다.<sup>37)</sup>

## 2. 고지의 시기 및 방법

고지는 보험계약성립시까지 하여야 한다. 보통 보험계약의 청약서에 청약서의 질문사항을 기재하는 등의 방법으로 하지만 고지의무 위반의 유무는 청약서가 아니고 계약성립시를 기준으로 하여 정한다. 계약청약시에 고지한 것을 계약성립시까지 변경·철회·추가할 수 있으나 계약성립 후에는 이러한 보정을 하지 못한다.

고지의 방법은 법률상의 제한이 없으므로 서면에 의하든 구두에 의하든 상관이 없고, 명시적이든 묵시적이든 묻지 아니한다. 실제의

---

37) 同旨: 김선정, 전계논문, 152-154면.

거래계에 있어서는 보험계약청약서에 질문란을 두어 기재하도록 하는 것이 보통이다. 고지는 의무자 자신뿐만 아니라 그 대리인 또는 이행보조자에 의하여 할 수 있다.

### 1) 고지의 시기

고지의무는 피보험자의 위험선택에 있어 필수불가결한 것으로 보험계약의 효과로서 지는 의무가 아니며 이행의 강제나 손해배상의 청구가 불가능한 의무이다. 그러므로 보험계약자 또는 피보험자가 보험자에게 고지하여야 할 시기는 보험계약이 이루어지는 시점이라고 하겠다. 즉, 보험가입 청약시에 보통 일정한 양식인 질문표에 기재하게 되며, 이 자료를 기초로 보험자가 청약에 대한 승낙이 있을 때까지는 늦어도 고지의무의 이행이 이루어져야 한다.

따라서 고지의무의 이행을 판단하는 시기는 청약시가 아니라 계약성립시가 된다. 즉, 보험자가 청약을 승낙할 때까지는 추가 또는 수정할 수 있고, 청약 후 계약성립 시기까지 발생 또는 변경된 사항이 있으면 이를 고지하여야 한다.<sup>38)</sup> 그러나 보험계약이 성립하고 나면 고지의 수정보완은 아무런 효력이 없을 것이다.<sup>39)</sup> 계약성립후에 행한 고지의 내용은 위험의 변경, 증가의 통지로서 효력을 가질 수 있고 또 다른 측면에서는 성립된 계약을 취소하고 새로운 계약을 청약하는 법적효력을 가질 것이다.

생명보험표준계약은 보험자는 계약의 청약을 받고, 제1회 보험료를 받은 경우에 진단을 받지 아니하는 계약은 청약일, 건강진단을 받은 계약은 진료일로부터 30일 이내에 승낙 또는 거절하여야 하며, 승낙한 때는 보험증권을 교부하나, 30일 이내에 승낙 또는 거절의 통지가 없으면 승낙된 것으로 본다고 규정하고 있으므로 통상 보험증권이 교부되기 전에는 고지사항에 대한 수정보완을 할 수 있다고

38) 양승규, 전개서, 120면.

39) 김선정, 고지의무에 관한 검토(下), 손해보험, 1996, 37면.

본다.

한편 보험계약의 부활의 경우에 고지의무의 시기가 언제인지에 대한 의문이 있을 수 있다. 舊상법에서는 보험계약에 대한 부활의 근거가 없었으나 1991년의 개정상법에서는 제638조의 2를 신설하여 그 동안 실무적으로 인정되어왔던 것을 명문화하였다. 그런데 보험계약이 체결되고 유지되던 중 보험계약자의 보험료 납입의무 불이행으로 실효되어 그 후 보험계약의 부활이 이루어진 경우 계약은 실효전의 상태를 회복토록 하나, 최초 계약일로부터 부활시까지의 사이에 이루어진 위험변경사항을 고지하도록 하는 것은, 보험자의 부활청약에 대한 승낙권을 갖고 있으며 부활제도가 보험계약자의 경제적인 손실방지를 위한 서비스제도라는 측면에서 이해하여야 한다. 보험계약의 성질에 대하여는 실효된 舊계약의 회복을 위한 특수한 계약이라고 하는 것이 우리 나라의 통설이다.<sup>40)</sup>

보험계약을 갱신하는 경우에는 갱신시를 기준으로 고지하되, 前계약시에 고지한 사항 이외의 고지사항으로서 계약갱신시의 고지에 갈음할 수 있다는 설명이 있다.<sup>41)</sup>

## 2) 고지의 방법

고지의 방법에는 법률상 특별한 제한이 없다. 그러나 실제에 있어서 보험계약청약서에 질문표를 두어서 기재하도록 하는 것이 일반적이다. 생명보험표준계약에서는 청약시 청약서에서 질문한 사항에 대하여 사실대로 알려야 한다고 규정하고 있다. 한편 고지에 관하여 사용문자의 엄밀함을 요하지 않으며 문자사용상의 정확성을 다소 결하였다 하더라도 전체로 보아 사실을 알린 한 유효하다 할 것이다.

---

40) 최기원, 전계서, 478면.

41) 최기원, “보험계약자의 고지의무에 관한 고찰”, 법학 제32권, 1994, 15면.

그런데 문제는 약관으로 “고지사항은 고지 청약서에 기재하지 않으면 보험자에게 대항하지 못한다.”라고 하여 고지방법을 서면에 한정된 경우에 구두로 고지하였을 경우에 과연 효력이 있는가이다. 이 경우에도 구두로 한 고지의 효력을 인정하여야 한다는 의견이 있다.<sup>42)</sup> 그 논거를 제시하지 않고 있으나 상법에서 고지의무에 관하여 아무런 제한을 두지 않은 점과 보험계약자 보호라는 점을 논거로 삼을 수 있을 것이다.

그러나 현행 상법이 고지방법에 대하여 제한하지 않았다고 하여 당사자가 약관으로 고지방법을 정하는 것까지 금지한 취지라고 할 수 없으며, 또한 약관은 보험계약 당사자가 그 약관을 계약의 내용으로 삼기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의가 있기 때문에 그 구속력이 생기는 것으로 해석에 의하여 함부로 약관의 효력을 배제하는 것은 곤란하다고 생각한다. 더구나 현행 상법은 보험자에게 약관의 교부 및 설명의무를 부과하고 있으므로 청약자가 약관상의 제한 규정을 충분히 知得할 수 있다는 점도 고려하여야 할 것이다.

### 3. 고지사항

#### 1) 위험선택상 중요사항

보험계약자 또는 피 보험자가 보험자에게 고지할 사항은 이른바 중요한 사항이다. 여기서 중요한 사항이란 보험자가 보험사고의 발생과 그것으로 인한 책임의 부담정도의 개연율을 측정하여 그 보험의 인수여부 또는 보험료액을 정하는 기준이 되는 사항이라 할 수 있다.<sup>43)</sup> 중요한 사항인가는 보험의 종류에 따라서 다르지만 일반적으로 말하면 객관적으로 보아 보험자가 그 사실을 안다면 계약을 체결하지 않던가 또는 적어도 동일한 조건으로 계약을 체결하지 않

42) 김영선, “고지의무제도”, 고시계 (1982년 1월호), 52면 이하.

43) 양승규, “고지의무(II)”, 월간생협, 1989.7, 51면.

으리라고 생각되는 사항이다.<sup>44)</sup>

구체적으로 보험의 종류에 따른 중요한 사항을 보면, 생명보험에서는 피보험자의 현재의 건강상태·과거의 병력·나이·직업 및 생활환경 등이 그것이고, 가옥에 대한 화재보험에서는 가옥의 물리적 상태·구조·장소적 관계·사용목적 등이 그것이다.<sup>45)</sup>

한편 고지의 대상이 되는 것은 객관적 사항에 국한되어야 할 것이지 주관적인 의사·신념 등은 아니다. 또 고지하여야 할 범위는 고지의무자가 알고 있는 범위에 한한다.

1991년의 개정 상법에서는 제651조의 2(서면에 의한 질문의 효력)를 신설하여 보험자가 서면으로 질문한 사항은 중요한 사항으로 추정한다는 규정을 두고있어 서면에 의한 질문의 효력을 명문화하였는데, 현실적으로 고지의 대상이 되는 중요한 사항은 청약서에서 설명되는 것이 일반적이며 거기에 기재된 것은 일단 중요사항이라고 할 수 있다.

## 2)중요성의 판단기준

어떠한 사항이 고지할 중요한 사항인지를 판단하는 기준은 보험상품의 특성에 비추어 객관적으로 관찰하여 결정할 것이지 모든 경우에 적용되는 기준을 마련한다는 것은 불가능하다. 그러므로 고지할 중요사항에 대한 다툼이 발생하면 해당보험의 특성과 보험계약자 또는 피보험자의 주관적 태도를 고려하면서 신중히 판단하여야 한다.

그런데, 중요성의 판단취지에 대하여 그 판단을 보험자의 계약체결 또는 위험선택에 따를 것인가, 그렇지 않으면 객관적으로 보험거래의 통념에 따라 할 것인가 하는 문제가 있다. 이에 대하여 우리 상법은 아무런 규정도 두고 있지 않으나 영국해상보험법은 진정한

---

44) 김시수, 전계논문, 320면.

45) 양승규 전계서, 117면.

보험자의 판단을 기준으로 삼는다고 규정하고 있고 이는 非해상보험의 경우에도 같은 것으로 여겨지고 있다. 그러나 “진정한 보험자(a prudent insurer)”는 존재하지 않는 추상적 개념이므로 보험자의 판단이라는 것 또한 추상적일 수밖에 없다. 여기서 법원은 한때 “실제의 보험자(the actual insurer)”의 주장에 크게 의존한 바 있다. 그밖에 실무상 중요성을 판단함에 있어서는 전문가의 의견이 참작할 만한 자료가 되기도 한다. 영국의 맥카디(McCardie) 법관이 명백히 하였듯이 전문가의 증언은 중요사항임을 주장함에 있어서 증거로 받아들일 수 있다.(Expect evidence is admissible to prove what fact are material)<sup>46)</sup>

결국 중요한 사항의 판단기준은 어느 한쪽의 당사자를 기준으로 하여서는 안될 것이며, 보험자의 보험의 특성을 강조하는 측면과 보험자 또는 피보험자의 주관적 측면이 조화될 수 있도록 유동적이어야 할 것이다.

중요성을 판단함에 있어서 어느 한 사실의 불고지가 “어느 정도” 사려 깊고 진정한 보험자(prudent insurer)에게 그가 계약에 관한 사항들을 결정하는 데에 있어 영향을 주었겠는가 하는 “영향 정도의 문제”가 그 불고지 된 사실의 중요한 판단의 핵심이라 할 수 있다.<sup>47)</sup>

### 第3節 告知義務違反의 要件 및 效果

#### 1. 고지의무위반의 요건

보험계약자 또는 피보험자에게 고지의무를 위반하였다고 하기 위

---

46) 김선정, “고지의무제도에 관한 검토(上)”, 손해보험, 1985.12, 31면.

47) 박세민, “중요성 판단의 문제와 해석”, 상사법연구 제15권 2호, 1996, 250면.

하여는 먼저 그 객관적 요건으로서 보험계약자 등에 의한 중요사항의 불고지 또는 부실고지의 행위가 있어야 한다. 다음에 주관적 요건으로서 고지의무위반에 관하여 보험계약자나 피보험자에게 고의 또는 중대한 과실이 있어야 한다.

여기서 '고의'란 중요한 사항을 알면서 고지하지 않는 것과 사실과 다르게 고지한 것을 말하며 고지의무자의 害意까지를 필요로 하지는 않는다. '중대한 과실'의 의미에 관해서는 두 가지의 견해가 대립하고 있다. 하나는 소극설로서 중대한 과실로 인하여 당해 사실의 중요성과 고지할 사항이라는 것을 알지 못한 경우를 말하며 고지의무자가 중대한 과실로 인하여 고지해야 할 중요사항의 존재를 알지 못한 경우는 이에 해당하지 않는다는 것이다.<sup>48)</sup> 이 설은 중대한 과실로 인하여 중요사항을 알지 못한 경우까지 고지의무위반이 된다고 하면 보험계약자에게 중요사실의 탐지의무 내지 조사의무까지 부담시키는 결과가 되고, 이는 본래 보험자가 부담하게 되어 있는 중요사항에 관한 조사의무를 보험계약자에게 전가시키는 것이 되어 부당하다는 것을 이유로 들고 있다. 다른 하나는 적극설로서 고지의무자의 중과실로 인하여 중요사항의 존재를 알지 못하여 고지하지 못한 경우에도 고지의무위반이 된다고 한다.<sup>49)</sup> 이 설은 새로운 사실의 존재를 탐지하는 부담까지 요구하는 것은 아니며, 예컨대 피보험자의 既往症의 유무를 중과실로 고지하지 않는 경우를 말하는 것이라 한다. 또한 중과실로 고지를 못한 사람과 중과실로 중요사항을 몰랐던 사람과의 구별이 심히 곤란하고, 고의와 거의 동일시되는 중과실로 중요사항을 몰랐던 사람까지 법이 보호할 필요가 없다는 것을 이유로 들기로 한다.

생각하건대, 고지의무는 위험측정의 기술과 상관관계에 있고 그 기술의 발달에 따라서 고지의무의 내용도 상대적이고 유동적인 것으로 되며, 동시에 능동적인 의무에서 보험자가 작성한 질문표에 기

48) 정찬형, 전게서, 510면; 양승규, 전게서, 122면.

49) 최기원, 전게서, 515면.

계적으로 대답하는 수동적인 의무로 변화하고 있다. 생명보험의 경우에는 중요사항이 다양하므로 질문표에 망라적으로 기재하는 것이 어려운 경우도 없지 않을 것으로 생각되지만 보험의에 의하여 검사를 받는 것이 보통인 점을 감안하고 또 보험자가 서면으로 질문한 사항은 중요한 사항으로 추정하고 있으므로 질문표에 기재되어 있는 중요사항의 존재를 중과실로 인하여 알지 못한 경우에는 적극설이 타당할지 모르지만 질문표에 기재되어 있지 않는 사항에 관하여는 소극설이 타당하다고 하겠다. 대법원은 「고지의무위반이 성립하기 위하여는 고지의무자에게 고의 또는 중대한 과실이 있어야 하고, 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 말하는 바, 피고가 고지의무의 대상이 되는 사항에 관하여 이와 같은 보험계약청약서 양식을 사용하여 질문하고 있는 경우에 대성렌트카가 그 청약서의 여백에다가 이 사건 차량이 지입차량으로서 지입차주에 의하여 유상운송에 제공되고 있다는 사실까지 특별히 부기하지 않았다고 하여, 보험계약자인 대성렌트카에게 중대한 과실이 있다고는 볼 수 없다.」고 판시하고 있다.<sup>50)</sup> 이는 질문표에 기재되지 않은 사항에 관하여 소극설을 취하고 있는 것으로 생각된다.

고지의무위반의 요건이 존재한다는 것은 보험자가 이를 입증하여야 한다. 보험자가 이를 이유로 계약해지권을 행사하므로 해지권발생의 근거를 보험자가 증명하는 것이 당연한 것이다.

## 2. 고지의무 위반의 효과

고지의무위반의 효과에 관하여는 계약을 당연히 무효로 하는 주의, 보험자가 보험계약을 해지할 수 있게 하는 주의, 고의에 의한 고지의무 위반의 경우에는 계약을 무효로 하되, 고의의 입증에 없는

50) 대법원 1997. 3. 14. 96다53314.

고지의무 위반의 경우에는 보험료의 증액을 청구할 수 있게 하는 주의가 있으나 우리 상법 제651조는 해지주의를 취하고 있다.

보험계약자 또는 피보험자가 고지의무를 위반한 때에는 보험자가 일정한 기간 내에 보험계약을 해지할 수 있다. 해지권의 행사는 보험계약자 또는 그 대리인에게 하고, 보험계약자가 사망한 경우에는 그 상속인에게 하며, 상속인도 없는 경우에는 그 재산관리인에게 하여야 한다. 계약해지는 그 의사표시가 상대방에 도달한 때에 생긴다(민법 제543조 제1항, 제111조 제1항). 해지권은 형성권이며 그 행사는 일방적인 의사표시에 의하여 상대방의 불이익을 가져오게 하는 것이므로 조건을 붙이지 못한다. 그리고 해지권발생의 구체적 사유를 명시할 필요도 없다.<sup>51)</sup> 이와 같은 해지권의 발생은 보험계약의 성립시기와 책임개시의 시기가 다른 경우(상법 제656조 참조)에도 책임개시 시기 전후를 묻지 않으며 또한 보험사고의 전후를 불문한다(상법 제651, 655조).<sup>52)</sup>

고지의무 위반을 이유로 하는 계약해지권은 보험자의 이익을 위한 것이므로 명시적 의사표시 또는 묵시적인 방법으로 이를 포기할 수 있다. 실제로 고지의무 위반을 이유로 하는 해지계약권은 보험자의 이익을 위한 것이므로 명시적 의사표시 또는 묵시적인 방법으로 이를 포기할 수 있다. 실제로 고지의무 위반의 사실은 보험자가 알면서 이의 없이 고지한 그대로 기재한 보험증권을 작성하여 교부한 경우 또는 보험료를 수령하거나 보험금액을 지급한 경우에는 묵시적으로 해지권을 포기한 것으로 볼 수 있다.

보험자가 계약을 해지한 때에는 그 효력은 장래에 대하여서만 생긴다. 따라서 보험자는 그때까지 미수의 보험료가 있으면 保險料不可分原則에 의하여 청구할 수 있다.<sup>53)</sup> 보험사고가 발생한 후에도 아직 보험금을 지급하지 않은 경우에는 보험자는 보험금액을 지급할

---

51) 김선정, 전계논문, 302-303면; 반대의견으로서는 김시수, “보험계약에 있어서 고지의무”, 사법논집 제10권, 1979, 331면.

52) 김선정, 전계논문, 301-302.

53) 정찬형, 전게서, 511면.

의무가 없고, 이미 보험금액을 지급한 때에는 그 반환을 청구할 수 있다(상법 제655조).

다만 고지의무 위반 사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 때에는 보험금액의 반환을 청구하지 못한다.(상법 제655조) 생명보험의 경우에는 보험자가 계약을 해지함으로써 보험금액의 지급책임은 면제되어도 보험수익자를 위하여 적립한 금액(미경과보험료)은 보험계약자에 지급하여야 한다(상법 제736조 1항). 이는 생명보험은 보장성과 저축성의 기능을 겸하고 있기 때문에 고지의무의 위반이 있는 경우에도 보험료에서 저축을 위한 부분은 보험계약자에게 반환하도록 한 것이라 할 수 있다.<sup>54)</sup>

고지의무 위반을 이유로 하는 계약해지권은 보험자가 그 사실을 안 날로부터 1월내에, 계약을 체결한 날로부터 3년에 한하여 행사할 수 있다(상법 제651조). 고지의무위반을 이유로 하는 보험계약의 해지는 계약이 성립한 후, 위의 기간 내에 언제든지 할 수 있다. 보험자의 책임기간의 전후를 불문하여, 보험사고가 발생한 후에도 할 수 있다(상법 제651조, 제655조). 또 보험사고가 발생하여 보험금액을 지급한 후에도 해지할 수 있다. 그리고 이 기간은 제척기간이며 불가쟁기간이라고도 한다.

보험계약자가 고지의무에 위반한 사실이 사고의 발생과 인과관계가 없음이 입증된 경우에는 보험금을 청구할 수 있고, 이미 지급된 보험금의 반환을 거절할 수 있다(상법 제655조). 그러나 여기에 대하여는 고지의무 제도가 보험자로 하여금 위험에 대한 정확한 평가를 내리고 불량위험을 배제시키기 위한 것이라면 보험사고발생의 원인을 사후적으로 문제삼는 것은 모순이고 보험계약자가 사전에 올바르게 고지하였으면 계약이 맺어지지 아니한 경우와 균형이 맞지 아니하며, 또한 보험자가 보험 계약당시에 고지의무 위반의 대상이 된 사항에 대하여 진실을 알았더라면 보험자는 적어도 동일한 계약 내용으로는 보험계약을 맺지 않았을 것이고 여기에 보험자에게 계

---

54) 양승규, 전제서, 124면.

약해지권을 인정하는 기초가 있다 할 것이므로 고지의무 위반 사항과 보험사고가 인과관계가 없다는 이유로 보험자의 책임을 인정하는 것은 논리적으로 일관된 것이라 할 수 없다고 하여, 입법론으로는 상법 제655조 단서를 삭제하거나 아니면 해석론으로서 그 예외규정을 엄격하게 풀이하여야 할 것이라는 주장이 있다.

그러나 고지의무에 위반한 사실과 보험사고 사이에 인과관계가 없는 경우에 보험자가 그에 대한 책임을 진다고 하여 보험자에게 부당한 부담이 되는 것은 아니라고 본다. 왜냐하면 이 경우에 보험자는 그가 보험계약을 체결함에 있어서 그가 인수하기로 한 위험에 대하여 책임을 지는 것에 불과하고 그에게 고지된 사항에 상응하는 책임을 지는 것과 다르지 않기 때문이다. 그리고 이 경우에 보험자의 이익은 보험계약자가 보험사고와 고지의무에 위반한 사실 사이에 인과관계가 없다는 것을 입증하여야 하고 의문이 있는 경우에는 보험자에게 유리하게 판단하여야 한다는 점에 의하여 보호되는 것이다.

보험자가 고지의무 위반의 대상이 되는 사실을 알고 있는 경우 또는 중대한 과실로 인하여 이를 알지 못한 경우에도 같다. 이러한 경우까지 보험자에게 해지권을 인정하여 보호할 필요가 없기 때문이다.

고지할 중요사실을 보험자가 알았거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 것은 보험계약자가 입증하여야 한다.

#### 第4節 告知義務違反과 錯誤·詐欺

##### 1. 서언

고지의무 위반에 해당하는 사실이 동시에 민법상 착오나(민법 제109조) 사기(민법 제110조)에 해당하는 경우, 상법 제651조에 의하여 해지권만 행사할 수 있는가, 아니면 민법 제109조와 제110조에 의하

여 보험계약을 취소할 수도 있는가의 문제가 생긴다.

이 논의의 실익은 사기 또는 착오로 인한 법률행위의 취소권의 제척기간과 고지의무 위반으로 인한 보험자의 계약해지권의 행사기간의 차이에서 나타난다. 즉 상법 제651조의 해지권을 제척기간의 경과로 행사할 수 없는 때에 민법상 취소권의 행사가능성의 유무를 검토하는데 논의의 실익이 있다.

또한 민법상 사기에 의한 취소권을 행사하는 경우에는 그 위법행위로 말미암은 손해가 입증되면 불법행위를 이유로 한 손해배상청구를 할 수 있다는 점에서 손해배상 청구권이 발생하지 않는 상법상의 권리에 대해 논의의 실익이 있다.

일반적으로 널리 착오라고 할 때에는 그것은 어떤 객관적 사실에 대한 인식에 잘못이 있는 것을 말한다. 그러나 민법에서 말하는 착오는 “착오에 의한 의사표시”를 말한다. 그리고 민법상 사기의 의사표시는 표의자가 상대방의 기망행위로 착오에 빠지고 그 결과로서 한 의사표시가 사기에 의한 의사표시이다. 이러한 민법상의 규정에 의하여 고지의무 위반을 한 계약자에 대하여 보험자가 상법에서 정하는 해지권 이외의 취소권을 행사할 수 있는 지에 대하여 논란이 있고 학설상으로도 견해가 갈린다. 즉, 보험계약자 등의 불고지 또는 부실고지가 중요한 사항에 관한 것이어서 고지의무위반의 요건을 충족시킴과 동시에 보험자로 하여금 보험계약내용의 중요부분에 착오를 생기게 하거나 또는 보험자를 기망한 경우에 보험자는 고지의무 위반으로 인한 해지권 외에 민법 규정에 의해 보험계약을 취소할 수 있는가의 문제이다.

## 2. 입법례

고지의무 위반이 민법규정적용과 어떠한 관계에 있는가를 직접적으로 규정한 입법례는 거의 없고, 사기에 의한 고지의무 위반이 보험계약에 어떠한 영향을 미치는가 하는 형식으로 규정된 입법례는

볼 수 있다.

독일 보험계약법(VVG) 제22조 에서는 사기에 관한 민법의 규정이 고지의무 위반의 경우에도 적용된다는 것을 분명하게 하기 위하여 “위험한 상황에 대한 사기로 인하여 계약을 취소할 수 있는 보험자의 권리는 영향을 받지 아니한다”고 규정하여 보험자는 고지의무 위반으로 인한 계약해제권과 사기로 인한 취소권을 선택적으로 행사 할 수 있다.

한편 영국의 경우 당사자 쌍방의 착오가 있을 경우 그 착오가 계약목적의 필요적 요소에 관한 것이면 취소를 주장할 수 있다. 쌍방 착오의 경우 대부분의 판례는 付保재산이 청약서에 기재되므로 보험계약자는 그 기재의 정확성을 담보한 것이 되므로 고지의무위반이 아니라 보증의 문제가 되고 또한 착오의 원칙도 적용될 여지가 없다고 본다. 한편 사기는 원칙적으로 기망을 당한 자에게 계약의 취소권을 부여하며, 취소시에는 당사자간의 법률관계는 원상회복 되어야 한다.<sup>55)</sup>

미국에 있어서도 중요한 사실에 관한 쌍방착오일 때 계약의 취소가 가능하며, 사기의 경우에는 당사자에 의하여 취소될 수 있다. 그런데 고지의무위반의 효과와 사기에 의한 취소와의 관계는 영국법과 뚜렷한 차이를 보이고 있다.<sup>56)</sup> 즉, 可爭期間이 경과한 보험계약 특히 생명보험계약은 불고지나 부실고지로 다룰 수 없을 뿐만 아니라 사기를 이유로도 다룰 수 없다는 것이 확립된 해석이다.<sup>57)</sup>

그러나 우리 상법에서는 명문의 규정을 두고있지 않다. 다만 개별약관에서 사기에 의한 계약의 경우 그 효과를 정하고 있는 판례는 있다. 생명보험표준약관 제3조 내지 45조에 뚜렷한 사기의사에 의하여 계약이 성립되었음을 회사가 증명하는 경우 계약을 취소할 수 있도록 규정하고 있는 것이 그 한 예이다.

---

55) 정호열, 고지의무위반과 사기.착오, 불가쟁약관의 관계“, 보험학회지 제 29호, 1987, 154면.

56) 정호열, 상계논문, 155면.

57) 정호열, 상계논문, 155면.

### 3. 학설

#### 1) 상법단독적용설

고지의무 위반의 효과에 관한 상법의 규정은 민법의 규정에 대한 특칙이므로 상법이 적용되는 한 착오로 인한 의사표시에 관한 민법 제109조와 사기에 의한 의사표시에 관한 규정은 적용되지 않는다고 하는 설이다. 이 견해에 따르면 상법상의 제척기간이 경과한 때에는 착오·사기로 이유로 하여 계약이 해지되는 일이 없으므로 보험계약자에 유리하다.

#### 2) 민·상법적용설

고지의무에 관한 상법상의 제도는 보험계약의 특수성에 따라서 일정한 요건 하에 보험자에게 해지계약권을 인정하는 것이므로 당사자의 의사표시의 하자를 이유로 하여 이를 부인하는 착오·사기에 관한 민법의 규정과는 그 근거·요건 및 효과를 달리하는 것이며, 따라서 이 양자는 특별법과 일반법의 관계를 가지는 각각 별개의 제도라는 것을 근거로 하여 상법과 민법을 동시에 적용한다고 하는 설이다.<sup>58)</sup>

이 견해에 따르면 보험자는 상법에 의한 해지권과 민법상의 취소권의 어느 것이든 행사할 수 있으며, 특히 상법상의 해지권의 제척기간이 경과한 후에도 민법에 의한 취소권을 행사할 수 있으므로 보험자에게 유리하다.

#### 3) 착오·사기구별설

착오와 사기를 구별하여 전자에 관한 민법의 규정은 배제하고, 사기에 관하여는 민법의 규정을 적용한다는 설이다. 이 설에 따르면

---

58) 정호열, 상개논문, 157-160면.

보험자의 착오가 있는 경우에는 이것을 이유로 보험자는 계약을 취소할 수 없으나, 보험계약자의 사기가 있는 경우에는 이것을 이유로 보험자는 민법상의 취소권도 행사할 수 있고 동시에 상법상의 해지권도 행사할 수도 있다.<sup>59)</sup>

보험자의 착오의 경우에는 보험계약자의 이익을 무시하면서까지 보험자를 보호할 필요는 없을 것이고, 그리고 보험계약자측의 사기가 있는 경우에는 이러한 자의 이익은 고려할 필요가 없을 것이기 때문에 착오·사기구별설이 타당하다 보여진다.

사기로 인하여 계약을 취소하는 경우에는 보험자는 보험계약자의 의식적으로 중요한 사항을 사기로 고지하지 않았거나 부실신고를 하였다는 것을 입증하여야 한다. 이 경우에 보험계약자가 사실을 고지하면 보험자가 그 청약을 승낙하지 않거나 다른 불리한 조건으로 위험을 인수할 것이라는 것을 인정하였어야 한다. 그러나 보험계약자가 보험자에게 재산적 손해를 주려는 의도가 있어야 하는 것은 아니다.

그러므로 사기로 인하여 보험자에게 구체적인 손해가 발생하지 않았다는 이유로 보험자의 보험계약을 취소할 수 있는 권리가 배제되지는 않는다. 오히려 사기가 계약을 체결할 것인가의 의사결정에 있어서 원인이 되었는가에 따라서 취소권이 좌우된다고 하겠다.

#### 4. 판례의 태도

우리 대법원은 고지의무 위반과 착오의 관계에 대하여는 아직까지 명시적으로 입장을 밝힌 적이 없으나, 고지의무 위반과 사기의 관계에 관하여는 분명하게 입장을 밝힌 바 있다. 즉, “보험계약을 체결함에 있어 중요한 사항에 관하여 보험계약자의 고지의무 위반이 사기에 해당하는 경우에는 보험자는 상법의 규정에 의하여 계약을

---

59) 정찬형, 전게서, 514-515면; 양승규, 전게서, 128-130면; 최기원, 전게서, 518면.

해지할 수 있음은 물론 민법의 일반원칙에 따라 그 계약을 취소 할 수 있다<sup>60)</sup>”라고 하여 사기의 경우 고지의무 위반으로 인한 계약해지권과 사기를 이유로 한 계약취소권을 선택적으로 행사할 수 있음을 분명히 밝힌 바 있다.

착오와 고지의무위반과의 관계에 관하여는 하급심 판결에서 “보험계약의 체결에 있어 보험자의 착오가 그의 중요한 과실로 인한 것이면 보험계약 체결의 의사표시를 취소할 수 없다<sup>61)</sup>”라고 하여 해지권과 취소권을 선택적으로 행사할 수 있다고 판시한 것이 있다.

## 5. 결론

상법단독적용설은 사기에 의한 고지의무 위반의 경우 사기를 행한 보험계약자의 부당한 이득을 시인하는 결과로 되어 사기보험조성의 우려가 있는 것이 최대의 난점이다. 또한 이 견해는 고지업무제도가 민법 규정과 그 근거, 요건, 효과를 달리하는 제도라는 점을 소홀히 한다는 문제점이 있다.

민·상법적용설은 고지의무 위반의 본질을 비교적 정확히 파악하고 있으나, 착오의 경우 보험계약자에게 가혹한 결과가 온다는 문제점이 있다.

착오·사기구별설은 착오와 사기라는 동일한 의사표시의 불일치에 관하여 하나는 상법 제651조의 일반법이고 다른 하나는 그러하지 않다는 것은 사기에 관한 특칙을 정하는 입법이 아닌 우리나라의 해석론으로는 지나친 것이라는 지적이 있다.<sup>62)</sup> 그러나 착오의 경우에는 상법 제651조가 민법 제109조를 특수화하여 규정한 것으로 볼 수 있다. 따라서 상법 제651조가 적용되는 범위에서는 처음부터 민법 제109조는 적용될 여지가 없다.<sup>63)</sup> 따라서 해석론으로서 착오의

60) 대법원 91.12.27, 91다1165.

61) 서울 고등법원 1990.6.8, 89나40930.

62) 정호열, 전제논문, 159면.

63) 정찬형, 전제서, 515면.

경우를 사기와 구별한다고 하여 지나치다할 수 없다.

착오의 경우에는 보험계약자에게 害意가 없으므로 정책적 견지에서 보험계약자의 이익을 보호할 필요가 있다.<sup>64)</sup> 반면에 사기로 인한 고지의무위반은 보험자를 일부러 속여서 착오에 빠지게 하는 행위이므로 이 경우까지 보험계약자를 보호하는 것은 보험계약의 선의 계약성에 비추어 바람직하지 않다.<sup>65)</sup> 착오·사기 구별설이 타당하다 생각된다.

### 第3章 保險者의 約款明示·說明義務와 保險者告知義務

#### 第1節 序言

이제까지 상법규정을 중심으로 보험계약자 내지 피보험자의 고지의무를 살펴보았다. 그런데 보험계약의 계약으로서 쌍무성과 보험계약 특유의 선의계약성을 고려한다면 보험계약의 다른 일방당사자인 보험자에게도 그에 대응하는 의무가 존재하여야 함을 알 수 있다. 현행 상법규정상으로는 보험자의 약관교부설명의무가 이에 대응하는 것으로 설명되어지고 있다. 그러나 고지의무와 통고의무가 그 본질에 있어서 차이가 없음을 생각해볼 때, 보험계약체결 후에도 보험자가 일정한 정보를 제공하여야 할 의무가 존재하여야 할 것이나 현행법상으로는 아무런 규정이 없다.

아래에서는 현행상법규정상의 보험자의 약관교부설명의무의 의의, 내용, 효과를 설명하고 보험계약자등의 고지의무와 어떤 관계에 있는지 및 계약체결의 전후를 불문하고 보험자의 포괄적인 정보제공 의무로서 고지의무에 관한 논의를 살펴보기로 한다.

#### 第2節 保險者의 約款明示·說明義務

64) 同旨: 김선정, 전계논문, 333면.

65) 同旨: 양승규, 전계서, 129면.

## 1. 명시·설명의무의 의의와 기능

보험자는 보험계약을 체결할 때에 보험자에게 약관을 교부하고 그 약관의 중요한 내용을 알려 주어야 한다(상법 제638조의 3). 이를 보험약관의 교부 설명의무 내지 명시·설명의무라고 한다. 이 의무는 보험계약자 측의 고지의무와 마찬가지로 계약체결단계에서 부담하는 의무이므로 일종의 前계약적 의무이다.

보험계약은 위험단체를 전제로 하여 보험제도의 성질상 대량적으로 맺어지는 다수계약에 속하는 까닭에 계약조항은 미리 마련되어 있다. 그러므로 보험약관의 교부설명 의무는 계약체결 전 보험계약자에게 당해 거래가 약관에 의한 거래라는 점을 알리고, 또한 보험약관의 중요한 내용을 이해 할 수 있는 기회를 제공하여 보험계약자가 보험자와 계약을 체결할 때에 보험약관을 계약에 편입할 수 있도록 하는 기능을 한다.<sup>66)</sup>

## 2. 명시·설명의 내용

상법 제638조의 3 제1항에서 보험자가 명시·설명하여야 할 중요한 내용이란, 보험계약체결단계에서 보험소비자로 하여금 계약체결을 위한 의사결정을 내리는데 직접적으로 영향을 미치는 일체의 사항으로 풀이할 수 있다. 즉 보험가입자 측이 고지하여야 할 중요한 사항에 준하여 풀이할 수 있는 것이다.<sup>67)</sup> 구체적으로 무엇이 중요한 내용인가는 보험의 종류에 따라 다를 수 있으나 일단 표준약관이 열거하는 항목들은 모두 설명의 대상이 되는 것으로 볼 수 있다. 표준약관 소정의 항목들은 어느 하나 계약상 중요하지 않은 것들이

---

66) 정호열, “약관명시설명 의무와 고지의무의 관계”, 21세기 상법전의 전개, 1999, 585면.

67) 정호열, 상계논문, 585면.

없고 궁극적으로는 보험보호여부에 연결되기 때문이다. 그리하여 보험료와 그 지급방법, 보험금액, 위험보장의 내용과 기간, 보험사고의 내용, 보험계약의 해지사유 또는 보험자의 면책사유(보험료 체납으로 인한 실효), 보험자의 책임개시기간 등을 들 수 있다(보험업법 시행규칙 제 7조).

다만 보험약관 소정의 사항 중 당해거래상 일반적이고 공통적인 것이어서 보험계약자가 충분히 예상할 수 있거나 이미 법령, 특히 보험계약법에서 규정된 것을 되풀이하거나 부연하는 조항 그리고 위험보장과 반대급부의 설명과 관련하여 일률적으로 처리되는 보험 기술적 조항 등에 대해서는 교부 내지 명시·설명의무가 인정되지 않는다고 보는 것이 타당 할 것이다.<sup>68)</sup>

### 3. 명시·설명의 방법과 정도

#### 1) 명시·설명의 방법

보험자가 명시·설명의무를 이행하는 방법에 대하여는 아무런 제한을 두고 있지 않다. 그러므로 의무자인 보험자는 그의 대리인이나 자신이 명시·설명의 채무를 부여한 자(보험업법 제144조)를 통해 보험청약자나 그 대리인에게 구두나 서면으로 설명을 하면 된다.

최근에는 인터넷을 통하여 보험가입이 가능하도록 한 각종 보험 상품이 개발되고 있는 바, 이 경우의 중요한 내용에 대한 명시·설명의 방법으로는 밑줄을 그어 표시하는 방법, 중요한 내용에 대하여 글씨체를 달리 하거나 글자의 크기를 크게 하는 방법, 중요한 내용의 글씨에 눈에 잘 띄는 색을 사용하는 방법 등을 들 수 있겠다. 이러한 방법중 하나만 사용하는 것보다 여러 가지를 혼합하여 사용하는 것이 더 확실한 명시·설명의 방법이 될 것이다.

---

68) 대법원 1998.4.14, 97다39308; 대법원 1998.11.27, 98다32654.

## 2) 명시·설명의 정도

### (1) 판례의 태도

명시·설명의 정도에 관하여 판례는 소비자 보호의 차원에서 접근하여 매우 엄격한 정도의 의무를 부여하는 입장을 보이고 있다. 즉 대법원은 “보험자 및 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 보험계약의 체결에 있어서 보험계약자 또는 피보험자에게 보험약관에 기재되어 있는 보험상품의 내용, 보험료율의 체계 및 보험청약서상의 기재사항의 변동사항 등 보험계약의 중요한 사항에 대해 구체적이고 상세한 명시·설명의무를 부여하고 있다”라고 판시한 바 있다.<sup>69)</sup>

또한 “보험자가 보험계약자에게 보험약관을 우송하면서 주 운전자를 허위로 기재하면 보험금을 못 받는 경우가 있으므로 기존의 계약내용 중 잘못된 내용이 있으면 이를 신고하여야 한다는 취지의 안내문을 동봉하여 우송한 사정만 가지고서 바로 보험계약자가 주 운전자제도와 관련된 보험약관의 구체적 내용을 알고 있었다거나, 보험자가 보험계약자에게 주 운전자를 부실신고한 경우에 입게 되는 계약해지의 불이익에 대하여 구체적이고도 상세한 설명을 하였음을 추인 하기에는 부족하다”라고 하여<sup>70)</sup> 매우 엄격한 정도의 의무를 부과하고 있다.

### (2) 견해의 대립

판례의 이러한 입장에 대하여 학설은 먼저 보험자는 보험계약자가 그러한 계약의 중요한 내용을 이해할 수 있도록 설명하여 주어야 한다고 하여 여기에 동조하고 있는 견해<sup>71)</sup>와 판례처럼 보험약관 전반에 대하여 전문가적인 수준의 설명과 소비자에 대한 충분한 설

69) 대법원 1995.8.11, 94다52492.

70) 대법원 1997.9.26, 97다4494.

71) 양승규, 보험법 제3판, 1998, 114면.

명을 요구한다면 이는 비현실적인 법적 규제라고 비판하는 견해가 있다.<sup>72)</sup>

후자의 견해는 보험약관의 내용은 계약법일반과 보험계약법에 대한 수정약관과 이를 원용하는 수용약관이 주를 이루므로, 보험약관에 대해 보험계약법의 전문가가 아무리 장시간 설명을 하더라도 무리라는 것이다. 따라서 보험모집인이 교부한 보험약관의 중요한 부분을 표시하고, 이 표시한 항목에 관하여 구두로 추가적인 설명을 하였다면 그것만으로 충분하며 보험계약자 측으로부터 별도의 질문이 있을 경우 여기에 충실히 응답하는 것도 적절한 명시·설명으로 볼 수 있다고 한다.

### (3) 小結

생각건대 판례가 명시 설명의 대상으로 삼는 것은 보험약관의 전반에 관한 것이 아니라 그 약관의 “중요한 내용”인 바, 이러한 중요한 내용에 대하여는 비전문가인 보험계약자나 피보험자가 충분히 이해할 수 있는 정도의 명시·설명이 필요하다고 본다. 보험약관은 위험단체의 관념에 기초를 둔 다수계약이므로 보험계약의 조건은 당사자의 교섭을 통하여 얻어진 결과가 아니고 보험자가 미리 마련한 정형화된 약관에 따르는 것이다.<sup>73)</sup> 이 경우 보험약관의 내용은 보험자가 일방적으로 정한 것인데, 약관을 통한 보험자와 보험소비자 사이의 이해조정이 공공의 질서에 반하지 않는 한 당연히 허용된다고 하여 비전문가인 보험계약자에게 충분한 명시·설명 없이 계약의 내용으로 편입시키는 것은 지나치게 보험자 측의 입장만 고려한 것이 아닌가 한다. 따라서 보험자는 보험계약자가 그러한 약관의 내용을 충분히 이해할 수 있도록 설명하여야 한다고 보는 판례의 입장이 타당하다고 할 것이다. 다만 이때의 구체적이고 상세한 설명은 ‘법률전문가로서 완전한 이해가 가능한 수준’이 아니라 ‘법률

72) 정호열, 전제논문, 586면.

73) 양승규, 전제서, 91면.

비전문가로서 일반인이 보험계약의 중요한 내용을 구체적이고 상세하게 이해할 수 있는 정도'이면 족할 것이다.

#### 4. 명시·설명의무 위반의 효과

##### 1) 보험계약의 취소

보험자가 보험계약체결시에 보험약관의 명시·설명의무를 위반한 때에는 보험계약자는 보험계약이 성립한 날로부터 1월내에 그 계약을 취소할 수 있다(상법 제638조의 3 제2항). 여기서 1월의 기간은 제척기간이고 보험계약자가 그 보험계약을 취소한 때에는 처음부터 그 계약은 무효로 되고(민법 제141조), 보험자는 보험계약자가 지급한 보험료를 모두 돌려주어야 한다고 해석한다(상법 제648조).

##### 2) 약관 규제법상의 명시·설명의무와의 관계

###### (1) 문제점

상법 제638조의 3의 규정과는 달리 약관규제법에서 약관의 명시·설명의무 위반을 규정하고 있어 문제된다. 즉 동법 제3조 3항에서는 “사업자가 약관의 명시·설명의무를 위반하여 계약을 체결한 때에는 그 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다”고 하여 처음부터 계약의 내용에 포함시키지 않고 있다. 그러므로 이 점에서 계약취소권을 규정한 상법 제638조의 3과 약관규제법 제3조의 관계가 문제된다.

###### (2) 견해의 대립

이 문제에 대하여는 두 조항사이에 아무런 모순저촉이 없다고 하여 중복적용의 가능성을 인정할 수 있는 견해<sup>74)</sup>와 보험계약에 관한 한 상법 제638조의 3이 특별법이어서 우선 적용되고, 이와 충돌되는 한 약관규제법 제3조는 적용되지 않는 것으로 보아야 한다는 견해가 있다.<sup>75)</sup>

---

74) 정찬형, 상법강의(하), 2000, 474면.

양 조항의 관계에 대하여 판례는 양자가 중복해서 적용되는 것으로 파악하고 있다. 대표적으로 대판 1996.4.12, 96다4893에서 “보험자가 약관에 대한 명시·설명의무를 위반하여 보험계약을 체결한 때에는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없다 할 것이므로...”라고 판단한 후, 나아가서 “보험계약자가 계약성립 후 1개월 내에 행사할 수 있는 계약취소권은 보험계약자의 권리일 뿐 의무가 아니므로 보험계약자가 계약을 취소하지 아니하였다고 하더라도 보험자의 설명의무 위반의 효과가 소멸되어 이로써 보험계약자가 보험자의 설명의무위반의 효과가 치유되는 것은 아니다”라고 판시하고 있다.<sup>76)</sup>

### (3) 小結

생각건대, 보험계약에 관한 한 상법 제683의 3이 특별법이어서 우선 적용되고, 이와 충돌되는 한 약관규제법 제3조는 적용되지 않는 것으로 보는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 보통보험약관은 개별적인 보험약관의 내용을 정하고 있으나 보험계약의 집단적 구조에서 보험계약자가 약관에 따를 것에 동의하지 아니하였다고 하더라도 일단 보험계약이 체결된 이상 그 구속력을 인정하는 것이 타당

75) 양승규, 전제서, 114면.

76) 최근의 대법원 1998.11.27, 98다 32564에 따르면, “상법 제638조의 3 제2항은 보험자의 설명의무 위반의 효과를 보험계약의 효력과 관련하여 보험계약자에게 계약의 취소권을 부여하는 것으로 규정하고 있으나, 나아가 보험계약자가 그 취소권을 행사하지 아니한 경우에 설명의무를 다하지 아니한 약관이 계약의 내용이 되는지 여부에 관하여는 아무런 규정도 하지 않고 있을 뿐 아니라 일반적으로 계약의 취소권을 행사하지 아니하였다고 바로 계약의 내용으로 되지 아니한 약관 내지 약관조항의 적용을 추인 또는 승인하였다고 볼 근거는 없다고 할 것이므로...(중략)... 약관에 대한 설명의무를 위반한 경우에 그 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없는 것으로 규정하고 있는 약관규제법 제3조 제3항과의 관계에는 아무런 모순저촉이 없다고 할 것이다. 따라서 상법 제638조의 3 제2항은 약관규제법 제3조 3항과의 사이에서 그 적용을 배제하는 특별규정이라고 할 수 없으므로 보험약관이 상법 제683조의 3 제2항의 적용대상이라 하더라도 약관규제법 제3조 제3항 역시 적용된다”라고 하여 그 논리적 근거를 분명히 밝히고 있다.

하기 때문이다.77)

또한 동 조항이 추가된 시점을 살펴본다면, 시간적으로 약관규제법이 1986년에 제정된 데 비해, 상법 제638조의 3은 약관규제법 제3조에 대한 이해 위에 보험계약의 특성, 즉 보험거래의 집단성을 고려하여 약관의 부분적인 적용배제는 곤란하다는 판단 아래 1991년 말에 제정된 것이란 점도 고려하여야 할 것이다.

판례의 입장은 취소권을 포기하였거나 행사기간이 경과한 후에도 약관규제법 제3조는 여전히 적용되므로, 보험계약은 약관이 편입되지 아니한 채 당사자간의 개별약정으로 존속하는 것으로 이해하는 듯 보인다. 그러나 과연 보험계약에서 보험약관을 무효로 돌리고서도 당사자간의 보험관계를 그대로 인정할 수 있는냐는 의문이 있다.78)

## 5. 보험계약자의 고지의무 위반과의 관계

### 1) 문제점

상법은 보험계약을 체결할 때에 계약 전 의무로써 보험자에게는 약관의 명시·설명 의무를 지우고(상법 제638조의 3) 보험계약자에게는 고지의무(상법 제651조)를 지우고 있다. 보험자가 전자의 의무를 위반한 때에는 보험계약자는 1월내에 보험계약을 취소할 수 있고, 보험계약자가 후자의 의무를 위반한 때에는 보험자는 일정한 기간 내에 보험계약을 해지할 수 있는데, 이 양자가 경합하는 경우 어떻게 다를 것인가가 문제된다.

### 2) 판례의 태도

대법원은 大判 1992.3.10, 91다31883 이래 보험자가 약관 명시·설

---

77) 양승규, 전제서, 115면.

78) 양승규, “보험자의 약관설명 의무 위반과 보험계약자의 고지의무위반의 효과”, 저스티스 제29권 2호, 1996, 145면.

명의무를 위반한 때에는 보험계약자의 고지의무위반이 있어도 이를 이유로 보험계약을 해지할 수 없다는 입장을 유지해오고 있다. 판시 내용을 자세히 살펴보면, “보험자 및 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 보험계약의 체결에 있어서 보험계약자 또는 피 보험자에게 보험약관에 기재되어 있는 보험상품의 내용, 보험료를 체계 및 보험청약서상 기재사항의 변동사항등 보험계약의 중요한 내용에 대하여 구체적이고도 상세한 명시·설명의무를 지고 있다고 할 것이어서 보험자가 이러한 보험약관의 명시·설명의무에 위반하여 보험계약을 체결한 때에는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장 할 수 없다고 할 것이므로, 보험계약자나 그 대리인이 그 약관에 규정된 고지의무를 위반하였다 하더라도 이를 이유로 보험계약을 해지할 수는 없다.”라고 판시하고 있다.

### 3) 小結

위 판례의 문제점으로 지적할 수 있는 것은, 약관의 명시·설명의무 위반시 보험약관의 효력과 관련하여 상법 제638조의 3 제2항과 약관규제법 제3조의 중복적용을 인정한 잘못도 있지만 고지의무의 성질을 오해하고 있다는 점에서 문제가 있다. 이 사건에서 대법원은 보험자가 약관의 설명의무를 위반한 때에는 “보험계약자나 그 대리인이 약관에 규정된 고지의무를 위반하였다 하더라도 이를 이유로 보험계약을 해지할 수 없다”고 판시하고 있다. 그러나 고지의무는 보험계약의 효과로서 주어지는 것이 아니라 그 계약 밖에서 보험계약의 특수성에서 인정된 보험계약상 의무이므로 그 약관에 규정된 고지의무라고 할 수 없다.<sup>79)</sup>

또한 위 판례는 왜 약관의 불명시가 해지권 배제의 근거가 되는가에 대한 아무런 설명도 없이 보험자의 의무위반으로 보험계약자의 의무위반을 정당시한다는 점에서도 문제가 있다.<sup>80)</sup>

---

79) 양승규, 전계논문, 146면.

80) 양승규, 전계논문, 143면.

결론적으로 약관의 명시·설명 의무위반과 무관하게 보험계약자 측에서 고지의무 위반이 있다면 보험자는 보험계약을 해지할 수 있다고 해석하는 것이 옳다. 그리고 이러한 해석은 상법 제638조의 3이 적용되는 경우에는 약관규제법 제3조의 적용이 배제되는 것을 전제로 한다.

### 第3節 保險者 告知義務

#### 1. 서언

보험계약은 우연한 사고의 발생을 전제로 하는 일종의 사행계약으로서 각 당사자의 선의성이 요구되고 있다. 즉, 최대선의의무는 보험계약의 각 당사자에게 적용되는 것이다. 최대선의의 원칙을 확립한 영국의 *Cater v. Boehm* 사건에서 맨스필드 판사는 영국 보통법상의 고지의무는 원래 당사자 쌍방 모두에게 부과된 의무라는 점을 밝혔고, 이것은 1906년 입법화된 해상보험법(MIA) 제17조에 의하여도 그 상호성이 확인되었지만, 실제에 있어서는 보험계약자에게만 요구되어 온 것이 사실이다.<sup>81)</sup>

그러나 최근 *Banque Keyser Ullmann SA v. Skandia (UK) Ins. Co. Ltd* 판결을 계기로 직접적으로 보험자의 고지의무를 인정한 이래 보험자 고지의무의 범위라든가 중요성 판단의 문제 및 보험자의 보험계약성립후의 고지의무 등에 관하여 보다 구체적이고 세부적인 논의가 전개되고 있다.<sup>82)</sup> 또한 미국에서도 *Bowler v. Fidelity and Casualty Co. of New York* 사건이래 보험자의 선의와 공정거래의 의무라고 하는 광의의 개념 형태로 인정되고 있다.<sup>83)</sup> 그리고

81) 박세민, “중요성 판단의 문제와 해석-고지의무제도를 중심으로-”, 「상사법연구」 제15권 제2호, 1996, 248면.

82) 박세민, “보험자의 고지의무에 관한 논의-영국 Skandia판결을 중심으로-”, 「상사법연구」 제17집 제2호, 1998, 371면.

83) 박세민, 전제논문, 377면.

프랑스에서도 1989년 12월 31일 프랑스보험법 개정에서는 보험자에게 폭 넓은 정보제공의무를 부과하는 입법을 하였고,<sup>84)</sup> 독일에서는 유럽공동체 제3보험법지침에 따라 1994년 개정된 보험감독법 제10a 조 제1항에서 보험계약자가 자연인인 경우에 한하여 보험계약자로 하여금 동법 부록D에 규정되어 있는 소비자정보를 계약체결 전에 받도록 하고 있고 또한 법규의 개정 등으로 소비자 정보가 변경이 생긴 경우에는 그에 관한 정보 등을 제공하도록 규정하고 있다.

그런데 우리 상법 제651조에서는 고지의무의 주체를 보험계약자와 피보험자에 한정하고 있으며, 다만 보험계약 성립전에 보험자에게 약관의 명시·설명의무라는 형태로 보험계약자에게 일정한 정보를 제공하고 있다. 이와 같이 각국에서 인정하는 추세에 있는 보험자의 고지의무 내지 정보공개의무를 우리의 경우에도 인정할 수 있는지, 인정한다면 그 근거를 어디에서 구할 것이며, 약관명시·설명의무와의 관계는 어떻게 설정할 것인지, 고지의 범위와 중요성 판단의 문제, 보험자의 계약성립 후의 고지의무 그리고 그 의무위반시 구제수단으로서 손해배상청구를 인정할 수 있는지가 문제된다. 이하에서는 영국에서의 보험자 고지의무에 대한 논의를 중심으로 최근의 동향을 살펴보고, 보험자고지의무의 도입론을 검토하기로 한다.

## 2. 보험자고지의무에 대한 논의

### 1) 최대선의의무의 상호성

Cater v. Boehm 사건에서 영국법원은 보험자와 보험계약자 사이에 상호신뢰라는 특수한 관계를 기초로 그들 사이에 다른 계약의 경우보다 더 높은 고도의 선의의무를 부담한다는 최대선의의 원칙을 확립하였다.<sup>85)</sup> 그렇다면 보험계약의 당사자인 보험자와 보험계약

---

84) 김선정, “보험계약상 고지의무에 관한 최근 판례와 연구동향”, 「상사법연구」 제14집 제2호, 1995, 371면.

자는 서로가 상대방과의 계약체결에 대한 결정을 함에 있어서 영향을 끼칠만한 중요한 사실을 서로에게 고지하여야 할 의무가 있게 되는 것이다. 이 판결에서 맨스필드 판사는 “한 계약자가 자기 자신만이 알고있는 사실을 상대방에게 숨김으로서 계약상대방이 그것을 모르는 채 계약을 체결하도록 誤導한다든지 실제상황과는 다른 방향으로 상황을 인식케 하였다면 그것은 바로 최대선의의의무 위반”이라고 하여 최대선의의의무의 상호성을 밝힌 바 있다.<sup>86)</sup>

몇몇 경우를 제외하곤 1980년대 후반까지 보험자 고지의무에 관한 논의는 별다른 진전이 없었다. 이는 영국해상보험법 제17조에서 최대선의의의무의 상호성을 밝히고서도 제18조 이하에서는 보험계약의 고지의무만 규정하고 있었다는 점과도 관련이 있겠지만 무엇보다도 보험자가 부담하게 되는 보험계약자에 대한 고지의무의 필요성이 실제로 그리 흔하게 나타나는 일이 아닌 까닭일 것이다.<sup>87)</sup> 보험자 고지의무에 대한 본격적인 논의의 시발점이 된 사건은 *Banque Financiere de la cite v. Wesgate Insurance Co. Ltd.* 사건으로 평가되고 있다.

제1심인 Steyn판사는 *Cater v. boehm* 사건의 맨스필드판사의 판결문과 해상보험법 제17조의 문구를 분석한 후 최대선의의의무는 상호적 성격을 띠는 것으로서 보험계약자에게 있어서 뿐만 아니라 보험자에 의하여도 지켜져야 하는 것이라고 판시하였고 이러한 최대선의의의무의 상호성은 상급법원에서도 인정되었다.<sup>88)</sup>

## 2) 고지의무의 범위

그러나 제1심에서 Steyn 판사는 중요성 판단의 기준으로서 “신뢰와 공정거래의 원칙이 고지를 필요로 하는가”(“Did good faith and

85) J. Birds, *Modern Insurance Law*, 1993, at 112.

86) *Cater v. Boehm* (1776) 3 Burr, at 1905.

87) 박세민, 전제논문, 374면.

88) J. G. B. Gilman, *supra* at 310.

fair dealing require a disclosure?")라는 기준을 제시하였으나, 그 개념의 광범위성을 이유로 항소심에서 부인되었고, 항소심에서는 다른 기준을 제시하였다. 즉, 항소심의 Slade 판사는 “적어도 보험계약자가 보험자에게 인수시키려 하는 위험의 본질과 관련된 중요한 사실로서 보험자가 알고있는 모든 사실 또는 신중한 보험계약자라면 그가 그 위험을 付保할지 여부를 결정하는데 있어서 고려하였을 사항으로서 보험금 지급청구의 확실성과 관련된 중요한 사항중 보험자가 알고 있는 모든 사실은 보험자에게 요구되는 고지의무의 대상이 되어야 한다”고 판시 하였고, 이러한 기준은 상고심인 귀족원에서 그대로 인정되었다.<sup>89)</sup>

### 3) 구제수단

Banque Financiere 사건의 제1심에서 Steyn 판사는 “법이 있는 곳에 구제수단이 있다(ubi jus ubi remedium)”라는 法諺을 근거로 하여 보험자의 고지의무 위반에 대하여 손해배상에 의한 구제를 긍정하였다.<sup>90)</sup>

그러나 항고심 및 항소심 판결을 승인한 귀족원은 손해배상의 청구를 인정하려면 약정위반이나 불법행위, 성문법위반 중 어느 하나에 해당되어야 하나, 보험자 고지의무의 경우 어느 것도 적용할 수 없으므로 고지의무 위반의 구제책은 계약의 취소와 그로 인한 보험료의 반환으로 족하며, 손해배상의 청구가 될 수 없다고 하였다.<sup>91)</sup>

그러나 보험자고지의무 위반에 대한 피보험자의 구제방법으로서 손해배상청구를 부정하는 항소심 및 귀족원의 태도에 대하여는 다음과 같은 비판이 가해지고 있다.

보험자의 고지의무위반의 구제수단으로서 손해배상책임을 부정하

89) S. Hodge, Cases and Materials on Marine insurance law, 1999, at 222.

90) J. Birds, supra at 115.

91) R. Merkin, Colivaux's insurance Law, 1997, at 126.

는 태도에는 보험계약자의 고지의무위반에 대한 구제수단으로서 손해배상책임을 인정하지 않는 점을 고려한 듯 하나 後者の 경우는 보험자에 의한 보험계약의 취소만으로도 보험자에게는 충분하고 효과적인 구제수단이 될 수 있지만, 前者의 경우에는 취소의 역효과로 인하여 보험계약자가 주장할 수 있는 보험료의 반환만으로는 충분한 구제수단이라고 할 수 없다.<sup>92)</sup> 즉, 취소가 보험자에게 미치는 효과와 보험계약자에게 미치는 효과는 다른 것이다.<sup>93)</sup> 따라서 보험계약의 고지의무위반시 보험자의 구제수단에 대응하여, 보험자의 고지의무위반시 보험계약자의 구제수단을 고려하는 태도는 바람직하지 않다고 한다.

### 3. 보험자 고지의무의 도입에 관한 논의

#### 1) 보험자고지의무의 導入論

최근 국내에서는 英國法에서의 보험자고지의무에 관한 논의를 소개하며, 이를 적극적으로 도입하려는 논의가 전개되고 있다.<sup>94)</sup> 보험자 고지의무를 도입하려는 견해의 주장은 다음 몇 가지로 요약해 볼 수 있다.

먼저 보험계약 성립 前後에 따라 고지의무와 통고의무로 구별하는 것을 반대하고 양자를 결합할 것을 주장하면서, 고지의무의 쌍무성, 선의성을 강조하여 보험자의 고지의무도 계약 前後에 걸쳐 인정하려 한다.<sup>95)</sup> 이 주장은 현행 상법상 계약체결전의 고지의무라고 볼 수 있는 약관명시·설명의무가 계약체결 전에 한정되고 계약체결 후에는 보험자에게 아무런 정보제공의무가 없다는 점을 고려한 주장으로 보인다.

92) 박세민, 전제논문, 376면.

93) J. Birds, *supra* at 116.

94) 박세민, 상제논문, 371-405면.

95) 박세민, 전제논문, 227면.

또한 이 견해는 고지의무위반의 효과로서 손해배상 청구를 인정할 수 있다고 보며 그 근거로서는 상호신뢰를 들고있다.<sup>96)</sup> 고지의무의 성질을 간접의무 내지 책무로 보는 것이 국내의 통설이기 때문에 손해배상청구의 새로운 근거로서 신뢰관계를 도입하여 고지의무의 법적 성질로 말미암아 손해배상청구가 곤란한 점을 우회하여 해결하려는 것으로 보인다.

## 2) 導入論에 대한 평가

현행법상 보험자의 고지의무에 대응하는 보험자의 정보제공의무로서는 보험자의 약관명시·설명의무를 들 수 있다. 학설이 보험계약의 선의성을 근거로 최대선의의 요건은 보험계약의 양 당사자에게 적용되는 것이므로 상법이 보험계약을 체결할 때에 보험자에게는 약관의 명시·설명의무를, 보험계약자에게는 고지의무를 지우는 것은 바로 보험계약의 선의성에 근거를 둔 것이라고 해석하거나,<sup>97)</sup> 제638조의 3의 보험자가 명시 설명하여야 할 중요한 내용에 대하여 보험계약자가 고지하여야 할 중요한 사항에 준하여 해석하는 것<sup>98)</sup> 등은 약관명시·설명의무를 보험자의 고지의무의 한 형태로 받아들이는 것으로 볼 수 있다.

그러나 계약체결 이후의 보험자의 고지의무 인정여부에 관하여는 현행 상법이 계약체결 이후의 보험자가 위험과 관련된 어떠한 정보 내지는 보험금지급청구권의 보장가능성과 관련된 정보를 제공하는 어떠한 명문의 규정이 없으므로 해석을 통하여 보험자의 고지의무를 인정하는 것은 곤란하다고 보여진다. 그러나 보험계약자 측에게 보험계약 후의 고지의무라고 할 수 있는 위험변경증가의 通告義務

96) 박세민, 전계논문, 233면.

97) 양승규, “보험자의 약관명시설명의무위반과 보험계약자의 고지의무 위반의 효과” 「저스티스」 제29권 2호, 1996, 143면.

98) 정호열, “약관명시설명의무와 고지의무의 관계” 「21세기 상법전의 전개」 1999, 585면.

(상법 제652조)를 규정하면서 보험자에게 이에 상응하는 정보제공의 무가 없다는 것은 보험계약의 쌍무성 및 선의성에 부합되지 않는다는 점을 고려한다면 추후 입법을 통하여 해결되어야 할 것으로 보여진다.

#### 第4章 結論

오늘날 고지의무의 이행을 둘러싼 보험분쟁이 아주 빈번히 일어나는 것이 현실이며, 보험분쟁의 대다수를 차지하고 있다. 따라서 본 논문에서는 보험계약 전체의 관점에서 이러한 분쟁해결을 위해서 이론을 제시하고 합리적인 해결방안을 모색해 보았다.

고지의무의 본질에서는 고지의무의 개념을 명확히 하기 위하여 우선 고지의무와 통지의무의 관계를 살펴보았다. 법적 성질에서는 일반 사법상의 의무와는 달리 고지의무는 그 위반의 효과로서 이행의 강제나 손해배상의 책임을 지지 않으므로 진정한 의미의 법적인 의무라고 할 수는 없으므로 간접의무로 보았다. 이론적 근거에서는 보험의무에서 간접의무의 성질을 갖는 고지의무를 인정하는 이유가 무엇인지 살펴보았다. 이 점에 대해서는 보험이라는 제도적 측면과 보험계약이라는 계약적 측면에서 모두 접근이 가능하므로 통계적인 측면에서 설명하는 기술설과 최대선의계약임을 근거로 하는 선의계약설이 서로 모순되는 설명이 아니라는 것을 밝혔다.

고지의무에 관한 입법제도에서는 영국·미국·프랑스·독일 등 각국의 고지의무에 관한 입법내용을 고지의무의 요건과 효과를 중심으로 고찰하여, 우리 입법의 타당성 검토에 참고가 되도록 하였다.

고지의 내용에서는 고지의 당사자 시기 방법이 각각 문제되었다. 고지의무자는 보험계약자와 피보험자이며, 보험모집인은 그 지위가 보험자에게 종속되어 있고 계약의 체결이 아닌 청약의 유인만을 할 뿐이므로, 고지수령권을 인정하는 것은 곤란하지만 保險醫는 보험자

의 보조자로서 형평상 고지수령권을 인정해야 함을 밝혔다. 고지하여야 할 시기는 보험계약 당시이며 고지방법에 대하여는 법률상 아무런 제한이 없다. 고지하여야 할 중요한 사항은 보험자가 보험계약의 체결 여부, 또는 보험료나 특별한 면책조항의 부가와 같은 보험계약의 내용을 결정하기 위한 표준이 되는 사항을 말하며, 그 판단은 객관적 보험자를 기준으로 하여 판단한다. 일반보험의 경우에 질문표를 통하여 보험자가 서면으로 질문한다면, 보험계약자는 질문표에 기재한 사항에 한하여 응답하면 될 것이다.

고지의무 위반의 주관적 요건으로서 고의·중과실의 요건을 충족해야 하는 바, 특히 중과실은 보험계약자 등이 고지하여야 할 주요한 사항을 알고 있었으나 중요성의 판단을 잘못된 경우에 인정할 수 있고, 개인적인 경험이나 업무상 당연히 알고 있어야 할 사항에 관하여 알지 못하여 잘못 고지한 경우에는 중대한 과실로 인한 고지의무 위반을 인정할 수 있으나 그 이상의 부분까지 탐지하여 고지할 의무는 없다고 보았다.

고지의무 위반의 효과로서 보험자에게 주어지는 보험계약의 해지권은 고지의무 위반과 보험사고 발생 사이에 아무런 인과관계가 없는 경우에는 해지권을 행사할 수 없다고 보았다.

고지의무 위반과 착오·사기와의 관계에서는 착오와 사기를 구분하여 전자의 경우에는 민법의 규정을 배제하나, 후자의 경우 민법상 사기에 관한 규정이 적용된다고 보았다.

보험계약이 쌍무계약이고 선의계약이라면 보험계약의 다른 일방 당사자인 보험자에게도 보험계약의 고지의무에 대응하는 의무가 존재하여야 할 것이다. 보험계약의 체결 전에는 현행법상의 약관명시·설명의무가 그 역할을 하는 바 보험계약자와 보험자가 각각 고지의무와 약관명시·설명의무를 위반한 경우 보험계약자의 고지의무 위반을 이유로 보험자는 자신의 의무위반과 무관하게 보험계약을 해지할 수 있다고 보았다. 보험계약의 체결후 보험자에게 告知義務를 인정하고자 하는 최근의 保險者告知義務 導入論에 대하여는 입

법에 의해 해결되어야 할 것으로 보았다.

◆국내단행본◆

- 곽윤직, 민법총칙, 박영사, 2000.  
김형배, 채권총론, 박영사, 1998.  
이영준, 민법총칙, 박영사, 1995.  
이은영, 채권각론, 박영사, 2000.  
정동윤, 상법(하), 법문사, 2000.  
정찬형, 상법학강의, 박영사, 2000.  
최기원, 상법학신론(하), 박영사, 1997.  
손주찬, 상법(하), 박영사, 1998.  
방갑수, 최신보험학, 박영사, 1996.  
양승규, 고지의무(I-V), 월간생협, 1989. 6-10.  
생명보험분쟁조정사례집, 보험감독원, 1997.

◆국내논문◆

- 김선정, “보험계약상 고지의무에 관한 연구”,  
동국대학교 대학원 박사학위논문, 1991.  
-----, “고지의무제도에 관한 검토”, 「손해보험(상,중,하)」,  
1985.12-1986.2.  
-----, “고지의무에 관한 최근 판례와 학설의 동향”,  
「상사법연구 제14권2호」, 1995.  
김시수, “보험계약에 있어서 고지의무”,  
「사법논집 제10권」, 법원행정처, 1979.  
김영선, “고지의무제도”, 「고시계 제299호」 1982.  
손주찬, “보험계약법의 개정방향”, 「손해보험」 1985.  
-----, “프랑스 신보험법전”, 「법조 제31권」, 1982.3.  
안동섭, “고지의무의 법적근거”,  
「사법행정 제226호」 1979.10.

- 최기원, “보험계약자의 고지의무에 관한 연구”,  
서울대 법학연구소, 1991.
- 양승규, “고지의무에 관한 연구”, 「법학 제26권1호」,  
서울대 법학연구소, 1985.
- , “보험자의 약관명시 설명의무와 보험계약자의 고지의무  
위반의 효과” 「저스티스 제19권 2호」, 한국법학원
- , “보험법의 이념과 해석원리”,  
「상사법연구 제18권 1호」, 한국상법학회, 1999.
- 정찬형, 상법 제651조와 동 제655조 단서와의 관계“,  
「고시연구 (통권 제313호)」, 고시연구소, 2000.
- 정호열, “약관명시의무와 고지의무와의 관계”,  
21세기 상법의 전개, 정동윤선생화갑기념논문집,  
박영사, 1999.
- 김성태, “고지의무제도의 선의성”,  
「경희법학 제29권 제1호」, 경희법학연구소, 1994.
- , “프랑스 보험계약법상의 고지·통고의무”.  
「경희법학 제21권 제1호」, 경희법학연구소, 1994.
- , “보험계약과 소비자 보호”,  
「법과 계약」, 박영사, 1984.
- 김원규, “보험계약상 고지의무에 있어서 ‘중요한사항’의 의미”,  
「상사법학회 제16권 제1호」, 상사법학회, 1997.
- 이기수, “보험의 의미와 보험계약의 본질”,  
「월간고시」, 1986.6.
- , “미국의 보험개방압력과 우리의 대응방안”,  
「경영법률연구 제1권」, 1986.
- 박세민, “보험자의 고지의무에 관한 논의”,  
「상사법연구」, 제17집2호, 1998.

◆국외단행본◆

- 田中誠二, 「保險法」, 千倉書房, 1982.
- 青谷和夫, 「全訂保險契約法論 I (生命保險)」, 千倉書房, 1979.
- David L. Bickelhaupt, General insurance, 11th ed,  
Homewood, Illinois: Richard D. Irwin Inc., 1983.
- Robert I. Mehr, Fundamental of insurance, 1986.
- Robert E. Keeton, Case and Materials on Basic Insurance Law,  
1977.
- Vance, William R., handdook on the Law of Insurance,  
st.Paul: West Publishing Co., 1951.
- Merkin, Robert, ed., Colinvaux's Insurance Law,7th ed.,  
London: Sweet & Maxwell, 1997.
- Clarke, Malcolm A., The Law of insurance contract, 2d.,  
London: Looyd's og London Press Ltd., 1994.
- Gilman, Jonathan G.B., Anould's Law of Marine Insurance and  
Average, London: Sweet & Maxwell, 1997.
- Lech-Jones, Nicholas, general ed., MacGillivray on insurance  
Law, 9th ed.,London: Sweet & Maxwell, 1997.
- Birds, john, modern Insurance Law, 3th ed.,  
London: Sweet & Maxwell, 1993.
- Hodge, Susan, Cases and Materials on Marine insurance Law,  
London: Cavendish Publishing Ltd., 1999.

◆국외논문◆

- 石田 滿, “保險契約法における告知義務”,  
保險契約法の基本問題, 一粒社, 1977.