

# 고지의무에 대한 고찰

교보생명보험 주식회사

한 송 이

A study on the duty of disclosure in the life insurance contract

Shong yee Han, M.D.

*Kyobo Life Insurance Co. Ltd., Seoul, Korea*

## I. 서 론

### 1. 연구의 목적

보험은 동질한 위험에 놓여 있는 다수인이 보험료를 출연하여 공동준비 재산을 마련하고 현실적으로 우연한 사고가 발생한 경우 보험금을 지급 받는 제도이다. 보험단체는 동질의 위험을 전제로 하여 총보험금과 총보험료는 균형을 유지하고 있는 바, 이러한 균형관계를 유지하려면 보험자는 보험금과 이에 대가관계가 있는 보험료의 산출을 위하여 필요한 위험률을 가능한 정확하게 산출하여야 하며, 이를 위하여 보험계약자의 성실하고 정확한 고지가 필요하다. 또한 보험계약이 본질적으로 사행계약이며 그로 말미암아 당사자 쌍방이 최대한의 선의를 기울여야 하는 계약이라면, 보험계약에 있어서 위험률과 관련이 있는 사항에 대하여는 상대방에게 고지하는 것이 필수적인 것이다. 이 고지의무는 특히 생명보험계약에서 중요한 의미를 가지며 생명보험계약에

서 당사자 사이에 분쟁을 일으키는 상당한 부분이 고지의무위반과 관련이 있다.<sup>1)</sup>

실무상으로는 일반인의 보험에 대한 인식부족과 자기에게 불리한 진술을 하지 않으려는 태도, 또한 가끔 보험의 사행성 특성을 악용하여 투기의 목적으로 보험자를 기망하여 사기의 목적으로 가입하는 사례, 특히 생명보험에 있어서는 보험계약자가 생명의 위험을 느끼게 되어서야 비로소 보험에 가입하고자 하고자 하는 점, 보험대리인과 보험모집인의 무리한 보험모집으로 불량위험의 개입가능성이 커지고 있다.

그러나 상법은 고지의무에 관하여 제651조 및 제655조의 규정만 두고 있어 다양한 고지의무위반 사례에 분쟁의 소지를 제공하고 있다.

따라서 본 논문에서는 고지의무의 본질 및 고지의무 위반에 대해 간략하게 살펴보고 현재 쟁점이 되고 있는 모험모집인의 고지수령권, 고지의무위반과 사기, 착오와의 관계, 질문표제도, 피보험자의 동의에 관한 문제점 대하여 검토하여 나름대로의 문제해결방안을 제시하고자 한다.

1) 박은희(성균관대 명예교수), 금융분쟁의 실태와 보험중재의 현황, [www.kcab.or.kr/journal/295\\_8.html](http://www.kcab.or.kr/journal/295_8.html), 2003.8.14

보험모집인의 경우 최근 출범한 참여정부에서 그 법적 지위에 대해 근로자로 인정할 것을 고려한다는 발표가 있었다. 이에 따르면 고지수령권 인정 여부에 대한 논의가 전환을 맞지 않을 수 없다고 생각한다.

고지의무위반이 사기에 해당하는 경우 해지권 행사의 제척기간에 대해 상법 또는 보험업법만을 적용할 것인지 아니면 민법도 적용할 것인지도 실제에 있어서는 중요한 문제가 될 수 있다.

그리고, 보험계약에 있어서 실제로 일반적으로 이용되고 있는 질문표가 보험계약자 또는 보험자 상호간의 공평한 권리, 의무를 실현할 수 있는지도 문제가 되지 않을 수 없다. 또한 이에는 가족력 등 고지사항이면서도 개인의 프라이버시에 속하는 문제에 대한 고려가 있어야 할 것이다.

## 2. 연구의 방법 및 범위

위에서 설정한 연구목적에 위하여 본 논문에서는 고지의무 전반에 관한 논의는 통설 및 판례 위주로 간략하게 하도록 하고 주로 고지의무제도와 관련된 분쟁을 중심으로 도출되는 문제점들을 위주로 최근의 생명보험 판례를 주로 참조하여 알아보고자 한다.

## II. 고지의무의 본질

### 1. 고지의무의 존재의의

#### 1) 고지의무의 취지

보험계약상의 고지의무란 보험계약자 또는 피보험자가 보험계약의 체결당시에 보험자에 대하여 중요한 사항을 고지하거나 또는 부실고지를 하지 아니할 의무(상법 제651조 본문)를 말한다. 보험제도라는 것이 다수의 보험가입자 사이의 위

험을 분산시키는데 그 목적이 있으므로 보험단체 안에 불량한 위험이 끼어 들지 않게 할 필요성이 있다. 보험계약은 우연한 사고의 발생을 전제로 하는 일종의 사행계약에 속하므로 보험자는 보험계약을 체결함에 있어서 보험기술상 개별적인 위험의 상황에 관하여 정확하게 파악할 필요가 있으며, 이것을 위해서는 보험자가 스스로 자발적인 조사를 할 수도 있으나 다수의 보험계약자를 대상으로 하는 보험계약에 있어서는 그것은 사실상 불가능하다. 즉 실제에 있어서는 이들 정보가 전적으로 보험가입자 측에 편중되어 있다는 점에서 문제가 있는 것이다. 이러한 정보의 비대칭성을 악용하여 가입자가 불량위험을 보험단체에 가지고 들어오는 역선택을 하게 되면 보험단체의 운영은 큰 타격을 받게 된다. 그리하여 보험자는 보험계약자 또는 피보험자의 협조를 얻어 위험선택을 할 수밖에 없다. 여기에 고지의무제도의 존재이유가 있는 것이다. 오늘날 고지의무 제도의 법적 근거를 보험사고발생의 개연성을 측정하게 위하여 보험선택의 자료를 얻고자 하는데 있다는 위험측정설 또는 기술설에서 찾고 있는 것이 일반적인데, 이 밖에도 보험계약자의 역선택의 문제와 관련시켜 볼 때 보험계약의 선의계약성에도 그 기초가 있다고 보는 것이 바람직하다고 생각한다.<sup>2)</sup>

#### 2) 통지의무와의 관계

이러한 고지의무 외에 보험계약자가 위험의 요소 및 그 당연성과 관련하여 보험자에게 협력하여야 할 것으로 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실을 통지하여야 할 의무(상법 제652조)와 보험사고발생을 안 때에는 지체 없이 보험자에게 통지할 의무(상법 제657조)를 요구하고 있다.

통지의무는 보험계약 성립 후에 생기는 것으로 순수한 책무의 성질을 가진다는 이견이 있으나 통지의무가 계약의 성립 후에 그 의무를 게을

2) 동지, 양승규, 보험법·해상법, 한국방송대학교출판부, 2001, 37,38면

리 한 경우 보험자의 계약해지에 의하여 보호를 받을 수 없다는 점이나(상법 제652조) 통지의무의 해태로 인하여 증가한 손해에 대하여 보상요구를 할 수 없다는 점에서(상법 제657조2항) 고지의무와 마찬가지로 간접의무 내지 자기의무라고 보는 것이 마땅하다.<sup>3)</sup> 고지, 통지의무란 결국 위험에 관한 정확한 정보를 보험자에게 제공하여야 한다는 보험제도 특유의 요청이 계약관계에 반영된 것이며, 이를 이행함으로써 보험자와 보험가입자 사이의 이익조정이 비로소 가능하다는 점을 고려할 때 이의 이론적 근거를 달리할 것이 아니라 보험계약체결의 전후에 따라 의무의 부담시기만 다른 것으로 이해하는 것이 타당하다고 할 수 있겠다.<sup>4)</sup>

### 3) 고지의무제도의 강행성 여부

우리 상법 제663조에 보험약관의 불이익 변경금지의 원칙을 규정한 입법정신에 비추어 보험계약자 등에게 불이익하게 변경하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이므로 이를 상대적, 평면적 강행규정이라고 할 것이다. 따라서 보험계약에 관한 규정 중 특히 사회질서에 관한 규정은 강행규정이라고 하여야 할 것인데 고지의무에 관한 규정은 경제적으로 비교적 약자이고 보험에 관한 지식, 경험이 부족한 가입자를 보호하기 위한 것으로 강행규정이다. 그러므로 고지의무를 가중하는 특약, 예를 들면 해지권의 제척 기간을 연장하는 특약 등은 무효라고 볼 것이다.

## 2. 고지의무의 법적 성질

상법 제651조는 고지의무 위반이 있으면 보험자는 보험계약을 해지할 수 있는 것으로 규정하고 있으므로, 고지의무 위반에 대하여 소구, 강제집행 또는 손해배상청구를 할 수 없다. 달리 말하

자면 보험계약자가 보험 체결 시 약정된 자신의 계약상 지위 내지 권리를 보전하기 위하여 고지의무를 이행하는 것이다. 이러한 고지의무 위반에 대한 법적 제재의 특징을 고려하여 우리나라에서는 일반적으로 고지의무는 진정한 법적 의무가 아닌 보험계약 상 특수한 간접의무 내지 자기의무로 이해하고 있다.<sup>5)</sup>

## 3. 고지의무의 법적 근거

고지의무는 일반사법상의 의무와는 달리 보험자가 보험계약자 또는 피보험자에게 고지의 이행을 강제하거나 그 불이행에 의하여 손해배상을 청구할 수 있는 것이 아니라, 보험계약자 또는 피보험자가 고지의 이행을 하지 않으면 보험계약에 의하여 받을 시기이익(보험금 수령)을 상실하게 된다는 형태로 그 이행이 보장되어 있는 의무이다. 이와 같은 의무를 자기의무 또는 간접의무라고 본다.

상법 제651조는 계약체결 당시의 부고지 또는 부실고지에 의하여 보험자가 계약체결 후에 계약해지권을 갖는 것을 인정할 뿐 직접적으로 고지의무를 규정하고 있지 않다. 상법 제651조를 고지의무의 직접적인 근거로 보지 않고 이미 성립한 계약의 해지에 관한 규정이라고 보면 계약이 성립하기 전의 고지의무의 법적 근거는 어디서 찾을 것인가. 현재까지 법적 근거를 설명하는 학설은 다음과 같은 세 가지로 나누어져 있다.

### 1) 선의계약설

보험계약은 당사자의 일방이 재산 또는 생명 신체에 관하여 불확정한 사고가 생긴 경우에 일정한 보험금 기타 급여를 지급할 것을 약속하고 상대방이 이에 그 보험료를 줄 것을 약속함으로써 그 효력이 생기는 것이다(상법 제638조). 일반

3) 양승규, 전계서, 56면

4) 동지, 김종덕, 고지의무에 관한 연구, 고려대학교대학원석사학위논문, 2000, 7면

5) 양승규, 전계서, 37면

계약이 청약과 승낙에 의하여 성립하면 효력을 발생하는 것과는 달리 보험계약의 효력은 우연한 사고에 의하여 그 발생이 좌우되는 성질을 가지고 있다. 예컨대 보험계약에 의하여 구체적으로 보험금을 받는 이익은 우연한 사고가 있을 때에 얻어지는 것이며, 우연한 이익을 얻는 것이 바로 사행이다. 보험계약은 사행성이 있으므로 일반계약보다는 더 많은 선의가 요청되는 선의계약이라고 보아야 하며, 보험계약자의 고지의무는 바로 보험계약의 선의계약성에서 찾아야 한다는 주장이다.<sup>6)</sup>

## 2) 사행계약설

우연히 이익을 얻으려는 사행계약 중 도박계약은 주관적 동기가 불로소득을 획득하는 데 있으므로 불법한 것이 되나 보험약관은 보험계약자가 피보험 이익을 가지고 있으며, 그것에 생긴 손해에 대하여 보험자로부터 보험금을 받는 것은 사회 통념상 우연히 이익을 얻는 것이 아니라는 데서 적법성이 인정된다. 결국 보험약관은 일반계약과는 달리 적법과 사행성을 가지고 있으며, 우연한 사실에 의하여 이득을 보는 보험계약자에게 고지의무를 부과시키는 당위적 근거가 인정된다고 한다.<sup>7)</sup>

## 3) 위험측정설

보험제도는 보험자와 보험계약자간의 계약에 의하여 형성 운영되고 있으므로 당사자간의 공평이 유지되어야 하고, 이를 위한 법적 기술이 고지의무라는 주장이다. 따라서 보험자가 보험금지급을 초래하는 위험사실을 정확히 측정하기 위해서는 보험계약자 측에 존재하는 위험을 하나하나 스스로 조사하여 위험정도에 따라 보험금을 정해

야 하는데 수많은 계약을 함에 있어 이러한 조사를 정확히 하기란 불가능한 것이며, 또 이러한 위험측정사항은 보험계약자 측에서 일방적으로 알고 있는 경우가 많으므로 불공정하게 침해될 위험이 있는 보험자의 지위를 균형 시키는 기술이 바로 보험계약자의 고지의무라고 하는 것이다.<sup>8)</sup>

## 4) 입법론

이러한 학설 대립은 고지의무의 법적 성질을 - 더 나아가서 고지의무 위반의 요건 및 효과 - 어떻게 이해할 것인가 하는 이론적인 대립에 불과하다고 할 것이다.

위험측정설은 보험제도의 경제적 특성상 고지의무가 필요함을 적절히 지적하고 있지만, 보험제도가 다수의 보험계약을 근거로 형성, 운영되고 있으므로 보험관계도 보험자와 보험계약자 사이의 권리의무관계로 재편되어야 한다는 점을 고려하고 있지 않고 있다. 따라서 위험측정설 내지 선의계약설을 법적 근거로 삼을 수 없다고 하겠다. 그리고 선의계약설 내지 사행계약설에 속하는 학설은 각각 보험계약의 사행계약성 때문에 고지의무가 인정된다고 하고 있지만, 고지의무 위반의 효과를 구체적으로 추론하지는 못하고 있다. 이러한 학설들은 모두 고지의무의 근거설정만을 가능하게 할 뿐, 구체적인 고지의무위반의 효과를 추론할 수 없다는 점에서 비판을 면할 수 없을 것이다.<sup>9)</sup> 고지의무위반의 효과를 당연무효로 하지 않고 해지권의 발생에 불과한 것으로 하고 있는 것이라든지, 그 해지권의 행사를 당사자의 주관적 요건에 의존시키고 있는 상법 제651조는 보험자의 이익과 편의를 도모하면서 보험계약자의 이익도 함께 고려하는 것이므로 고지의무의 법적 근거에 대하여는 그 당위적 기초는 물론 보험계약의 내용적 특성을 무시하지 않고 또 단체

6) 양승규, 보험법, 삼지원, 2002, 117면, 정순계, 보험계약상의 고지의무에 관한 연구, 동의대학교대학원석사논문, 2001, 15면에서 재인용

7) 대삼총부, 보험계약의 법적 강의, 사행계약성, 유비각, 1979, 122면, 전유희, 고지의무에 관한 연구, 단국대학교특수대학원석사논문, 2000, 17면에서 재인용

8) 정순계, 상계논문, 14면

적 성격도 존중하여 새로이 정립하는 입법이 있어야 할 것으로 생각된다.

상법 제 651조 2항을 신설하여 '전항의 경우에 보험자는 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해와 이미 경과한 보험기간에 대한 보험료를 청구할 수 있다'라고 규정하면 보험자에게 계약 해제로 인한 손해배상청구권과 경과보험료청구권을 인정하여 고지의무에 대한 법적 근거를 확실히 할 수 있을 것이다.

### Ⅲ. 고지의무의 내용 및 위반

#### 1. 고지의무 당사자

##### 1) 고지의무자

고지의무를 부담하는 자는 보험계약자와 피보험자(상법 제651조)로서 경우에 따라서 보험계약은 보험계약자의 대리인에 의하여 체결될 수도 있으며, 이 경우 대리인에 의하여 고지의무가 이행되기도 한다. 그리고 단체보험의 경우에도 보험계약자와 피보험자가 고지의무를 부담하는 것은 마찬가지이다.

피보험자가 고지의무를 부담하는 경우에 인보험에서는 보험사고발생의 객체가 되는 자이고 보험금 청구권을 가지는 수익자는 아니다.

##### 2) 고지의 상대방

고지의 상대방은 보험자와, 그를 위하여 고지수령권을 가지는 대리인이다.

(1) 보험계약의 계약대리권이 있는 보험대리점은 물론 고지수령권을 갖는다. 또한 생명보험에서 보험자의 보조자로서 피보험자의 신체검사측정자료를 제공하는 보험의는 보

험계약의 계약대리권을 가지지는 않으나, 고지수령권을 갖는다.<sup>10)</sup>

(2) 그러나 보험계약의 계약대리권이 없는 보험중개인은 고지수령권을 갖지 않는다. 보험모집인이 고지수령권을 갖느냐가 문제가 되고 있으나 일반적으로 보험모집인은 보험자에게 종속되어 보험모집에 종사하고 보험계약청약자는 보험모집인의 권유에 따라 보험계약을 청약하고 그 보험모집인이 청약서를 전달하는 것이 거래의 실정이라 할 것이므로 보험계약자를 보호하기 위하여는 고지수령권의 인정여부를 신중히 검토할 필요가 있다.<sup>11)</sup>

##### 3) 고지의 시기와 방법

고지의 시기는 보험계약 당시이다(상법제651조). 즉 보험계약의 청약시가 아니라, 성립시이다. 고지의무는 계약체결시에 보험자에게 위험선택의 자료를 주고자 하는데 그 목적이 있으므로 그 이행을 보험계약성립시까지 하면 된다. 계약성립 후에는 이미 행한 고지를 변경, 철회 또는 추가에 의해 계약성립 후에 있어서의 고지의무위반사실을 조정할 수 없다. 생명보험표준약관은 보험계약의 청약서가 회사에 접수된 날로부터 15일이 경과하면 회사가 청약을 승낙한 것으로 본다고 규정하고 있으므로 승낙여부에 대한 보험자의 특별한 의사표시가 없는 한 15일 내에는 고지사항에 대해 조정할 수 있다고 볼 수 있을 것이다.

고지의 방법에는 법률상 아무런 제한이 없으므로 서면, 구두, 명시의 어떠한 방법도 가능하나 실제의 거래계에서는 보험계약청약서에 질문표를 두어 그에 기재하도록 하는 것이 일반적이다. 반드시 본인이 할 필요도 없으며 대리인이나 이행보조자에 의하여 할 수도 있다. 또 고지의 관하여 사용문자의 엄밀함을 요하지 않으며 고지가 문자

9) 정순계, 상계논문, 18면  
10) 양승규, 전계서, 38면  
11) 양승규, 전계서, 38,39면

사용상의 정확성을 다소 결하였어도 전체로 보아 진의를 나타내는 한 유효하다.

## 2. 고지사항

### 1) 중요한 사항

고지의무자가 보험자에 대하여 고지할 사항은 중요한 사항 이다(상법제651조).

이때 중요한 사항이란 보험자가 위험을 보험 사고의 발생과 그로 인한 책임부담의 개연율을 측정하여 보험계약의 체결 여부 또는 보험료나 특별한 면책조항의 부가와 같은 보험계약의 내용을 결정하기 위한 표준이 되는 사항으로서 객관적으로 보험자가 그 사실을 안다면 그 계약을 체결하지 않던가 또는 적어도 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 않으리라고 생각되는 사항을 말하고, 어떠한 사실이 이에 해당하는 가는 보험의 종류에 따라 달라질 수밖에 없는 사실인정의 문제로서 보험의 기술에 비추어 객관적으로 관찰하여 판단되어야 하는 것을 말한다.<sup>12)</sup>

### 2) 질문표

고지의무자는 전문가가 아닌 이상 무엇이 ‘중요한 사항’인지 여부를 판단하기 어렵기 때문에, 실제 거래계에선 보험자가 보험계약청약서에 미리 고지할 사항을 기재할 질문표를 이용하는 것이 보통이다.

따라서 우리 상법도 이러한 거래계의 현실을 반영하여 ‘보험자가 서면으로 질문한 사항은 중요한 사항으로 추정한다’는 규정을 두고 있다(상법 제651조의 2). 그러므로 보험계약자 등이 질문표에 기재한 질문사항에 사실과 다른 기재를 하였다면 특별한 사정이 없는 한 이는 고지의무위반이 된다.<sup>13)</sup>

## 3. 고지의무의 위반

### 1) 고지의무 위반의 요건

고지의무자의 고의 또는 중대한 과실로 중요한 사항에 관하여 불고지 또는 부실고지를 하여야 한다. 따라서 이하에서는 고지의무위반의 요건에 관하여 주관적 요건과 객관적 요건으로 나누어서 설명한다.

#### (1) 주관적 요건

고지의무자에게 고의 또는 중대한 과실이 있어야 한다.

- ① 이때 고의란 해의가 아니고 중요한 사실을 알면서 고지하지 않은 것(불고지) 또는 허위인 줄 알면서 고지하는 것(부실고지)을 말한다.
- ② 중대한 과실이란 고지의무자가 거래상 필요로 하는 간단한 주의를 해태하여 불고지 또는 부실고지를 하는 것을 말한다.(예컨대 질문표를 한번도 읽어보지 않아 기재된 질문사항에 대하여 불고지한 경우 등이 이에 해당한다)

#### (2) 객관적 요건

중요한 사항에 대한 불고지 또는 부실고지가 있어야 한다.

- ① 이때 불고지란 중요한 사항인 줄 알면서 알리지 아니하는 것을 말한다. 즉, 중요한 사항에 대한 흑심을 말한다. 예컨대 질문표의 기재사항에 아무런 기재를 하지 아니한 경우에는 불고지가 되나, 질문표의 기재사항이 아닌 경우에는 고지의무자의 악의가 아니면 이를 고지의무위반으로 볼 수 없다.
- ② 부실고지란 중요한 사항에 관하여 사실과

12) 대법원 2001.11.27 선고 99다33311 판결

13) 대법원 1993.4.13 선고 92다52085 판결

다르게 말하는 것이다. 즉 허위진술을 말한다. 따라서 고지한 사항이 세부적인 면에 있어서는 진실과 다르더라도, 전체적인 면에서 진실과 부합하는 경우에는 부실고지라 할 수 없다. 그러므로, 질문표의 기재사항에 사실과 다른 기재를 한 경우에는 부실고지가 된다.

(3) 입증책임

고지의무위반의 요건이 성립한다는 사실을 이를 주장하여 보험약관을 해지하고자 하는 보험자가 입증하여야 한다.

2) 고지의무 위반의 효과

보험자는 고지의무위반의 요건이 성립하면 일정한 경우를 제외하고는 원칙적으로 보험계약을 해지할 수 있다.

(1) 보험계약의 해지

보험자는 보험사고의 발생 전후를 묻지 아니하고 일방적인 의사표시만으로 보험계약을 해지할 수 있다(상법 제655조). 따라서 보험자의 보험계약해지권은 형성권이다. 해지의 의사표시의 상대방은 보험계약자 또는 그의 대리인이다. 따라서 피보험자나 보험수익자는 해지의 상대방이 아니다. 해지의 효력은 그 의사표시가 상대방에게 도달한 때에 발생하고(민법 제543조1항, 제111조), 또 장래에 대하여만 생긴다. 따라서 보험자는 그 때까지의 보험료를 청구할 수 있다. 보험사고의 발생 후에도 보험자는 고지의무위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 있는데, 이때에 보험자가 이미 보험금을 지급한 때에는 이의 반환을 청구할 수 있고, 아직 보험금을 지급하지 아니한 때에는 이를 지급할 책임이 없다.(상법 제655조 본

문) 그러나 고지의무위반의 사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 입증된 경우에는 그러하지 아니다. 즉 상법은 계약해지의 효력에 대하여 보험금의 지급에 관하여는 예외적으로 소급효를 인정하고 있다. 그러나 이 경우에도 생명보험의 경우 보험자는 보험수익자를 위하여 적립한 금액을 보험계약자에게 반환하여야 한다.(상법 제736조1항 본문)

(2) 해지의 제한

보험자는 다음의 경우에는 고지의무위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 없다.

① 제척기간의 경과

보험자가 고지의무위반의 사실을 안 날로부터 1월, 계약을 체결한 날로부터 3년을 경과하면 보험계약을 해지할 수 없다. 이러한 기간을 둔 이유는 법률관계를 조속히 확정하려는 데에 있으므로 이 기간은 제척기간이며, 이 기간이 경과한 후에는 보험자는 해지권을 행사할 수 없으므로 불가항쟁기간이라고도 한다. 또한 이 기간을 둔 약관을 불가항쟁약관이라고 한다.<sup>14)</sup>

② 보험자의 고의, 중과실

보험자가 보험계약 당시에 고지의무위반의 사실을 알았거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 때에는 보험자는 보험계약을 해지할 수 없다. 이것은 보험자의 자기과실에 의한 위험선택이라는 점에서 그 해지권을 제한한 것이다.

최근의 판례를 통해 살펴보면 보험자의 악의나 중대한 과실에는 보험자의 그것뿐만 아니라 이른바 보험자의 보험의를 비롯하여 널리 보험자를 위하여 고지를 수령할 수 있는 지위에 있는 자의 악의나 중과실도 당연히 포함된다고 한다.<sup>15)</sup>

보험자 측의 이러한 사정은 이를 주장하는 고지의무자가 입증하여야 한다.

14) 전유희, 전제논문, 36면

③ 인과관계의 부존재(상법 제655조 단서)

고지의무위반이 있다고 하더라도 이 사실과 보험사고의 발생 사이에 인과관계가 없음이 입증된 때에는 보험자 측의 보험계약의 해지권은 제한된다. 인과관계의 부존재의 사실은 이를 주장하는 고지의무자가 입증하여야 한다.<sup>15)</sup>

3) 사기·착오와의 관계

고지의무위반에 해당하는 사실이 동시에 민법상의 착오(민법 제109조)나 사기(제110조)에 해당하는 경우, 상법 제651조에 의하여 해지권만 행사할 수 있는가 아니면 민법 제109조와 제110조에 의하여 보험계약을 취소할 수도 있는가의 문제가 생긴다. 만일 상법만이 적용되어 보험계약을 해지할 수 있다고 하면 그 보험계약은 원칙적으로 해지한 때로부터 장래에 대하여만 무효가 되고 또한 보험자는 일정한 제척기간이 경과하면 해지할 수 없다. 그러나 민법도 적용된다고 보면 보험자가 민법에 의하여 보험계약을 취소하면 그 계약은 처음부터 무효가 되고 또한 보험자는 상법상 일정한 제척기간이 경과한 후에도 보험계약을 취소하여 무효로 할 수 있다. 이러한 경우에 민법도 적용되는지 여부는 보험자의 이해관계에 중대한 영향을 미친다. 따라서 여기에 대하여는 고지의무제도의 문제점에서 더 자세히 논의해 보기로 한다.

IV. 고지의무제도의 문제

1. 보험모집인의 고지수령권

1) 고지수령권의 필요성

우리나라의 보험산업은 보험모집인을 이용한

보험회사의 적극적인 판매활동에 힘입어 급격한 성장을 하였다. 판매경쟁에서 과다한 보험모집인의 동원은 전문성이 없거나 자질이 미흡한 자까지 대량 유입되어 부실계약으로 이어졌고, 이는 매년 평균해약율이 15-30%에 이르는 불완전 판매를 가져왔다.<sup>17)</sup>

그러나 보험모집인은 보험계약과 관련한 대리권이 없다. 이에 따라 보험계약에서 계약체결 및 유지에 깊이 관여하는 보험모집인에게 계약과 관련한 모든 사항을 의존하고 있는 보험계약자는 고지의무이행과 관련하여 법적으로 불리한 위치에 있기에 선의의 보험계약자를 보호해야 한다는 시각에서 모집인에게 고지수령권을 인정해야 한다는 주장이 제기되고 있다. 또한 참여정부의 출범 후 보험모집인에 대하여 근로자의 지위를 인정할 것이라는 논의가 있어 논란이 되고 있다.

본 논문에서는 모집인의 고지수령권과 관련하여 모집인의 법적 지위와 고지수령권의 인정여부에 대한 상반된 견해, 입장 등을 검토하고자 한다.

2) 모집인의 법적 지위

보험모집인이라 함은 보험사업자를 위하여 보험계약의 체결을 중개하는 자를 말하며, 이러한 보험모집인은 재정경제원령이 정하는 바에 의하여 보험감독원에 등록하여야 한다. 보험모집인은 보험자와 사실상 고용관계인 점에서, 독립된 상인인 보험대리점이나 보험중개인과는 다르다. 보험모집인은 보험계약의 체결을 준수하고 중개하는 사실행위만을 하는 자이므로, 보험자를 대리하여 계약체결권등을 행사할 권한이 없다. 그리고 우리나라 판례의 입장은 집금원이나 보험모집인은 소득세법 소정의 자유직업인의 자격으로 회사와의 위임. 위촉계약 관계이고 피고회사와의 지휘감독관계, 보수지급방법, 업무처리 등에 비추어 원고가 피고회사의 집금원 또는 보험모집인

15) 대법원 2001.1.5 선고 2000다40353판결

16) 양승규, 전게서, 42면

17) 조선일보, 경기침체 여파로 보험해약 늘어나, 2003.8.12



으로 근무한 기간동안 피고회사와의 사이에 종속적 근로관계에 있었다고 보기 어렵다 할 것이라고 판시하였다.<sup>18)</sup> 또한 보험모집인의 대리권을 인정하지 않는다는 전제로 계약체결시의 고지수령권과 함께 계약이 체결된 이후 고지위반사실을 보험모집인이 알고 있었다 하더라도 진정 보험회사가 알고 있었다고 인정되는 것으로 볼 수 없어 모집인이 알았던 시점에서 1개월 이내에 보험자가 해지권을 행사하지 않았다 하여 해지 제한사유가 될 수 없다고 하였다.

반면, 보험자는 보험모집인이 보험계약자를 모집함에 있어서 보험계약자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다(보험업법 제158조1항 본문). 이는 민법 제756조의 사용자배상책임에 대한 특칙이라고 볼 수 있다. 따라서 보험업법 제158조를 적용함에 있어서도 보험계약자에게 과실이 있는 때에는 보험자의 손해배상책임 및 그 금액을 정함에 있어 마땅히 이를 참작하여야 한다.

### 3) 고지수령권인정여부

#### (1) 긍정적 입장

보험감독원 소비자보호부의 민원처리에 대한 분석 자료에 의하면 고지의무와 관련된 분쟁은 1992년 176건에서 1996년 535건으로<sup>19)</sup> 1999년 1490건으로 증가한 것으로 나타난다. 그 주된 원인은 보험모집인이 고지의무에 대해 충분히 알려주지 않고 가입을 시키는데 있다. 한국소비자보호원에서 보험피해자를 대상으로 한 설문조사에 의하면 조사대상의 69%가 고지의무에 대한 설명을 듣지 못한 것으로 조사되었다.

차후 분쟁이 발생할 경우 보험모집인은 고지수령권이 없다는 이유로 대리권한이 없는 모집인과 계약을 체결했다고 믿는 계약자의 부담으로 전가되는 사례가 발생하고 있기 때문에 소비자단체 및 관련 학자들로부터 보험가입자와 보험자

사이의 공평을 고려하여 보험모집인의 고지수령권을 긍정하여야 한다는 주장이 제기되고 있다.

그 이유는 첫째, 보험모집에서 보험계약자를 직접 상대하여 보험내용을 설명하고 그 청약을 권유하는 자는 보험모집인이므로 보험계약자는 모집인을 보험회사 대리인이라고 생각하는 것은 무리가 없다. 이러한 실정에서 볼 때 보험모집인에게 계약체결대리권(고지수령권)을 부여하여야 한다. 둘째, 보험모집인이 보험계약을 체결함에 있어 보험계약자로부터 고지 받을 사항은 실무상 질문표에 의하여 정형화되어 있고, 모집인도 고지의무의 이행과정에서 종종 조언을 하는데도 모집인의 고의 또는 과실에 의하여 고지내용이 회사에 전달되지 않았을 경우 선의의 계약자가 불이익을 받는다. 셋째, 보험모집인에게 고지수령권을 부여하여도 보험회사가 당해 계약자를 보험에 가입시킬 것인가의 판단에 지장을 주지 않는다는 이유이다.

#### (2) 부정적 입장

선의의 계약자 보호를 위해서는 보험모집인의 고지수령권의 부여를 인정하는 것이 바람직하다고 보면서도 불량위험에 의하여 보험단체의 이익을 해치지 않기 위해서는 보험모집인에게 고지수령권을 비롯한 대리권을 주는 문제는 신중히 다루어야 한다는 입장이다.

첫째, 보험모집인은 보험계약의 체결을 권유하고 중개하는 사실행위만을 하는 자이므로 보험자를 대리할 권한이나 고지를 수령할 권한이 없다.

둘째, 보험모집인은 보험계약을 단순히 권유하는 판매원이기 때문에 보험인수의 기술이나 전문성이 결여되어 있어 보험인수여부를 결정할 수 없고, 단순한 계약 권유 실적을 통해 반대급부로 수당을 받고 있는 모집단위 자영업자에 불과함으로 이러한 모집인에게 공정한 고지수령권을 인정하는 것은 무리라는 것이다.

18) 대법원 1995.3.10선고 94다나596539판결

19) 전유희, 전개논문, 47면

셋째, 고지수령권을 인정할 경우 보험의 성격 상 악의의 계약자와 공모할 경우 담합에 의한 고의성을 입증하기란 현실적으로 불가능하여 보험자는 보험금을 지급할 수 없고, 이에 대한 구상권을 보험모집인에게 행사하여야 할 경우에도 모집인의 자력을 고려할 때 구상권 행사는 곤란하여 결국 역선택, 담합의 원인을 제공하는 결과를 초래하게 된다.

### (3) 개선방안

보험계약 체결에 있어서 가장 핵심적인 절차가 고지의무의 이행이라는 점을 고려한다면, 보험자를 위하여 고지를 수령할 권한이 있거나 계약체결 대리권이 있는 자에게 고지하도록 하여야 할 것이다. 계약 내용이 정형화되어 대량적으로 처리되는 보험거래의 경우, 계약대리권의 핵심은 고지수령권이라고 할 수 있으므로, 고지수령권은 계약대리권이 있거나 위험측정자료를 수집하고 조사할 수 있는 권한이 있는 자에 한하여 인정하도록 하는 것이 이론상으로는 현실적으로 부합될 것이다. 나아가서 현재의 보험실무와 보험모집조직과 제도를 무시하고 보험모집인에게 바로 고지수령권을 인정하는 것은 보험산업의 합리화 기반을 파괴하고 대다수의 보험계약자의 불이익을 초래할 가능성이 높다. 또한 보험모집인의 고지수령권을 인정하는 방향으로 보험업 법을 개정한다고 하여도, 보험 사업자들이 그 취지를 그대로 준수할 것으로 기대되지 않는다는 점을 고려한다면, 현행법의 문제점을 보완하는 수준에서 보험자의 책임을 강화하는 방안이 현실적이라고 하겠다.<sup>20)</sup>

보험약관에서 보험모집인에 의한 계약자피해를 보험의 기본원리에 어긋나지 않는 한 보험자 측의 부담으로 해결하는 조항 등을 정비하여 활용하는 것이 필요할 것으로 생각하며, 또한 보험약관의 내용을 알기 쉽게 작성함으로써 고지의무

를 포함한 계약의 내용에 대하여 일반인들이 쉽게 이해할 수 있도록 작성함으로써 불필요한 보험분쟁을 방지할 수 있는 제도적 장치를 강구할 필요가 있다. 현재 생명보험표준약관 제3-44조(가입자의 고지의무)의 모집인 등이 계약자 또는 피보험자의 고지의무사항을 임의로 기재한 경우(청약서에 계약자 또는 피보험자가 자필로 각서한 경우는 제외)에서, 계약자 또는 피보험자가 자신의 고지사항을 모집인에게 말했음에도 불구하고 청약서에 기재하지 않았거나, 또는 고지할 사항을 설명하거나 청약서를 보여주지 않고 기재한 사실(청약서 작성 자체를 위임 받은 사실도 없으면서 고지내용을 기재) 등, 모집인이 임의로 기재한 행위가 있는 경우에는 보험자의 해지권 행사를 제한하도록 규정하고 있다. 다만 피보험 또는 계약자가 청약서에 자필로 각서를 한 경우는 예외로 두고 있는, 이는 차후 분쟁이 발생할 경우 서로의 상반된 주장이 발생하거나 모집인과의 접촉으로 임의 기재임을 주장할 경우, 이해관계가 상반된 상황에서 진실을 규명한다는 것은 현실적으로 어렵기에 이를 명확히 하고자 객관적인 근거로, 자필에 의한 서명인 경우는 모집인 등의 임의 기재행위에서 제외하는 뜻으로 풀이된다. 또한 생명보험표준약관 제3-57조(회사의 손해배상책임)에는 회사는 계약과 관련하여 임. 직원, 모집원 및 대리점의 책임 있는 사유로 인하여 발생한 손해에 대하여 관계법규 및 사업 방법서에서 정한 바에 따라 손해배상의 책임을 진다고 규정하여 모집인의 책임 있는 사유로 보험계약자 등에게 손해가 발생한 경우에 보험자 측의 성실한 손해배상 의무를 규정하고 있다. 이와 관련하여 보험업법 제158조(모집을 위탁한 보험사업자의 배상책임)에 의하면 보험사업자는 그 임.직원, 모집인 또는 대리점이 모집을 함에 있어서 보험계약자에게 가한 손해를 배상할 책임을 지도록 하여 보험모집과정에서 발생한 보험계약자의 손해를 모집인의 소속회사가 책임을 지게 하여 보험계약

20) 동지, 정순계, 전계논문, 44면

자를 보호하고 있다. 그리고 보험모집인의 고지수령권을 인정치 않으면서도 보험자의 배상책임은 인정할 수 있는 여지는 판례에서도 언급되고 있다.<sup>21)</sup>

이렇듯, 현행 보험제도의 관련법규에도 모집인 등의 불법행위에 대하여 보험자의 책임으로 귀속하게 하여 선의의 보험계약자를 보호하고 있다. 그러나 현행 모집제도 하에서는 모집인의 보험모집에 의존할 수밖에 없는 현실에서 보험회사는 계약자 측과의 접점으로 모집인의 활동에 의존하여 사업을 확대하고 있고 보험모집인의 교육체계가 미흡한 모집인의 채용에 신중을 가하지 않는 보험회사의 경쟁적 채용, 모집인의 법적 지위가 불안정한 신분관계, 계약고에만 매달리 수밖에 없는 급여체계 등으로 인하여 분쟁의 요소가 완전히 제거되지 않는 상황이다.

따라서, 보험모집인의 자질을 향상시키고 교육을 강화하는 것 뿐 만이 아니라 계약자의 고지의무위반에 책임이 있는 모집인에 대하여는 보험자에게 엄격한 제한 한도 내에서 구상권을 행사할 수 있도록 하여 보험모집인의 고지의무에 대한 인식을 새롭게 하도록 하고 책임도 부과해야 할 것이다.

## 2. 고지의무위반과 사기·착오와의 관계

### 1) 고지의무위반의 특성

고지의무위반이 동시에 민법 제109조(착오로 인한 의사표시)와 제110조(사기·강제에 의한 의사표시)의 착오 또는 사기에 해당하는 경우 상법상 고지의무위반으로 인한 보험자의 해지권 행사의 규정이 민법의 사기 또는 착오로 인한 취소권규정과 동시에 적용될 수 있는지가 문제될 수 있다.

실질적으로 적용할 수 있는 법률상의 차이는 사기 또는 착오로 인한 법률행위의 취소권의 제척기간과 고지의무위반으로 인한 보험자의 계약

해지권의 행사기간에서 나타난다. 즉, 상법에 의하면 계약 성립 후 3년이 경과하면 고지의무위반이 있더라도 보험자는 계약해지권을 상실하여 보험사고가 발생하면 고지의무위반이 있더라도 보험자는 계약해지권을 상실하여 보험사고가 발생하면 보험계약을 해지할 수 없지만, 민법의 사기, 착오규정의 중복적용을 인정한다면 위 제척기간이 경과한 후에도 최장 10년 간의 취소권 행사기간 내에는 여전히 보험계약을 취소할 수 있게 된다(민법 제146조).

### (1) 상법단독적용설

고지의무에 관한 상법 제651조와 제655조는 민법의 사기나 착오에 관한 규정의 특칙이기 때문에 고지의무에 관한 상법규정이 적용될 경우에는 사기나 착오를 이유로 하는 취소권 행사는 불가능하다는 입장이다.<sup>22)</sup>

이 설에서는 고지의무위반의 효력에 관한 상법의 규정은 보험계약의 단체성·기술성의 특징에 기인하여 소급효를 제한하고자 하는 해지에 관한 규정으로서 이는 민법의 특칙이므로, 이러한 상법이 적용되는 한 민법의 사기 또는 착오에 관한 규정은 적용될 여지가 없다고 한다.

이 견해는 불가쟁기간을 두어 보험자의 면책주장을 제한하는 것이 이 상법 제651조의 취지라고 본다. 따라서 보험계약자의 고지의무위반으로 인하여 보험자에게 상법으로 계약해지권을 부여한 이상 별도로 민법의 사기·착오에 의한 계약의 취소를 허용할 필요가 없다는 취지이다.

### (2) 민·상법적용설

상법의 고지의무에 관한 규정과 민법의 사기, 착오에 관한 규정은 그 근거·요건·효과를 달리하므로, 상법의 고지의무에 관한 규정과 민법의 사기·착오에 관한 규정이 동시에 적용된다고 한

21) 대판지법 1984.7.24선고 84가단1028판결

22) 서돈각·정완용, 상법강의(하), 법문사, 1996, 379면, 김종덕, 상계논문, 111면에서 재인용

다. 이 주장은 상법상 고지의무제도는 본래 보험자를 보호하기 위한 것인데 보험계약이 민법의 사기, 착오에 관한 규정의 적용을 배제한다면 보험자에게 현저하게 불리하므로, 민법과 상법을 동시에 적용하는 것이 타당하다고 한다.<sup>23)</sup>

이 주장은 고지의무는 위험측정과 관련된 보험계약의 특유한 제도로서 고의 또는 중과실로 인하여 불고지나 부실고지를 하 가입자에게 계약해지라는 제도를 과하는 것이고, 민법의 사기나 착오에 관한 규정은 계약당사자인 보험회사가 승낙의 의사표시에 존재하는 하자, 즉 내심의 진정한 의사표시 상 효과의사의 불일치를 바로잡기 위하여 보험자에게 취소할 수 있는 권리를 인정하는 제도이므로 양자는 서로 다른 별개의 제도이지 결코 일반법과 특별법의 관계에 있는 것이 아니라고 한다.

이 두 제도의 본질적인 차이를 강조하는 이 설에 의하면 보험자는 가장 유리한 결과를 얻게 된다.

### (3) 절충설

이 견해는 보험계약의 선의계약성에 주목하여 사기와 착오의 경우를 각각 구별하여 취급하려고 한다.<sup>24)</sup> 즉 사기의 경우 보험자를 기망하여 고지의무를 위반한 것은 보험계약자의 반윤리성이 있으므로 이를 보호할 필요가 없음에 반하여 보험자의 착오의 경우에는 보험계약자 측의 반윤리성이 없으므로 보험자의 이익과 아울러 보험계약자 측의 이익도 보호할 필요가 있다고 본다. 따라서 보험자 착오의 경우에는 민법의 적용을 배제하나, 보험계약자 사기의 경우에는 상법 외에 민법의 사기에 의한 의사표시의 규정이 적용되고 특히 상법상의 제척기간이 경과한 때에는 보험자는 사기를 이유로 취소할 수 있다고 한다.

우리나라 판례의 입장에서도 사기에 의한 계약에 대해 절충설을 취하고 있다.<sup>25)</sup>

사기로 인한 고지의무위반은 보험자를 일부러 속여서 착오에 빠지게 하는 위법행위이므로 이 경우에까지 보험계약자를 보호하는 것은 보험제도의 원리에도 맞지 아니할 다 할 것이다. 고지의무제도가 보험계약의 선의성에 바탕을 두고 있는 점을 고려하여 보험계약자의 고지의무위반이 사기로 인한 경우에는 민법의 원칙에 따라 계약을 취소하여 무효로 돌리거나, 입법에 의하여 보험계약을 무효로 하는 것이 바람직하다 할 것이다. 왜냐하면 보험계약에서 보험계약자에게 고지의무를 지우는 것은 보험자로 하여금 신중하게 위험선택을 할 수 있도록 하는데 에 이바지 할 뿐 아니라 계약자 또는 피보험자로 하여금 도덕적 위험을 방지하도록 하는데도 그 뜻이 있기 때문이다.

## 2) 취소권 행사의 한계

### (1) 약관에 의한 제한

민법 제110조의 사기에 관한 규정을 보험약관에 도입하게 된 것은 1988.2.26 개정된 약관에 제척기간이 경과하게 되면 사기에 의한 의사표시의 경우에도 보험자의 해지권을 제한하는 규정을 새로이 도입하면서 부터이다. 즉 표준약관 제3-46조의 회사는 책임개시일로부터 보험금지급사유가 발생하지 아니하고 2년 이상 지났을 때에는 민법 제110조에 의한 취소권을 행사하지 아니한다. 그러나 계약자 또는 피보험자가 대리진단, 약물복용을 수단으로 진단절차를 통과하는 등의 사기의사로 계약이 성립되었음을 회사가 입증하는 경우에는 그러하지 아니하다라고 하면서 취소권의 제한에 대한 예외를 규정하고 있다.

이후 여러 차례의 갱신을 통해 2002.8.19의 표준약관<sup>26)</sup>에는 제척기간의 경과 후에도 청약취소

23) 채이식, 상법(하), 박영사, 1992, 466면, 김종덕, 상계논문, 112면에서 재인용

24) 양승규, 전제서, 43면

25) 대법원 1991.12.27선고 91다1165판결

권의 행사가 제한되지 아니하는 예외범주를 계약자 또는 피보험자가 대리진단, 약물복용을 수단으로 진단절차를 통과하거나 진단서 위·변조 또는 청약일 이전에 암 또는 에이즈의 진단 확정을 받은 후 이를 숨기고 가입하는 등의 뚜렷한 사기의사에 의하여 계약이 성립되었음을 회사가 증명하는 경우에는 책임 개시일로부터 5년 이내(사기사실을 안 날부터는 1개월 이내)에 계약을 해지할 수 있는 것으로 추가하였다.

그러나 문제의 소지가 없어진 것은 아니다. 구체적 예외사유를 규정하고 있기 때문에 여기에 해당하지 아니하는 사기의 사실이 있을 경우 보험자가 취소권을 주장할 수 없다는 주장이 제기될 수도 있기 때문이다.

우리나라 보험실무에서 드러나는 기타의 전형적인 사기사례를 예외사유로 추가할 수는 있겠으나, 전형적인 사기사례를 약관에 명시한다는 것은 사기유형의 다양성으로 인하여 어렵다고 본다. 오히려 취소권의 제한에 대한 예외를 약관에 명시하지 아니하고 민법의 일반원칙이 맡기는 것이 더 타당하다고 생각한다.

### (2) 보험자의 입증책임

이외에 가입자의 사기의사에 대한 보험자의 입증이다. 판례에서는 대리진단 행위 및 가입 전 암 진단 사실이 있었다고 하더라도 사기의사에 의한 의도적인 청약이었다는 보험자의 구체적인 입증이 없는 한 취소권 행사를 제한하고 있다.<sup>27)</sup>

계약자가 보험을 청약하면서 구체적인 사기의 의사표시가 있었다는 입증자체를 보험자에게 전가하는 것으로 해석되나 우리의 보험모집 관행상 자발적인 보험청약보다는 권고가입이 아직도 다수를 차지하는 현실로 볼 때, 모집인 또는 그 대리인이 결탁하여 불치병을 앓고 있었음에도 불구하고 보험을 가입시킴으로써 차후 그로 인해 보

험금지급사유가 발생할 경우 악의에 의한 의사표시는 없었다고 할 경우 이를 보험자가 밝혀 내기란 지극히 어려운 것이다. 문제는 이에 대한 부담은 결국 선의의 다수 보험가입자에게 돌아간다는 점이다.

## 3. 질문표제도

### 1) 중요사항

질문표는 보험자가 작성하는 서면으로서 보험계약자가 계약의 체결에 있어서 보험자에게 대하여 고지할 사항을 기재한 것을 말하며, 보통 구체적인 여러 사항이 부동 문자화되어서 있다. 이것은 보험자가 작성하여 보험계약자에게 소정사항을 기재할 것을 요구하는 서면이다. 어떠한 사항이 고지할 중요한 사항이나 아니냐는 개별적 사례에 따라 달라지는 사실문제에 속하고 각종 보험에 따라 다르다. 그러므로 전문가가 아닌 보험계약자 또는 피보험자가 보험계약을 맺을 때에 구체적으로 어느 사항이 고지사항이고, 또 어느 것이 고지하지 아니하여도 되는 것인지를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다.<sup>28)</sup>

1991년의 개정 상법은 질문표에 관한 규정을 신설하였다. 즉 651조의 2는 서면에 대한 질문의 효력으로서 보험자가 서면으로 질문 한 사항은 중요한 사항으로 추정한다고 규정하고 있다. 신설된 이 규정은 고지의무의 범위를 명백히 하여 분쟁의 소지를 제거하고 보험계약자를 보호한다는 입법이유에도 불구하고 그 동안이 입법요구를 최소한의 것만 수용한 것으로서 질문표를 둘러싼 모든 의문을 해소하지는 못하는 것으로 평가 받고 있다.<sup>29)</sup>

질문표의 질문사항은 중요성이 추정된다. 이때 구두에 의한 질문사항까지 중요성을 추정할 수 있는가에 대해서 이를 추정할 수 있는가가 문제가 되는데 보험사고 발생의 위험성을 증가시킬

26) 금융감독원, www.fss.or.kr/kor/nav/framecheck.jsp, 2002.8.19

27) 익산지원 1994.11.24선고 94가단20675판결

수 있는 가능성이 있다고 한다면 이를 긍정하여야 한다고 생각한다.

그리고 질문표에 기재되어 있지 않거나 구두로 질문 되지 않는 사항이 중요한 사항인지 아닌지를 보험계약자가 판단할 수 있을 만큼의 전문적인 식견이 없다고 보고 보험자의 질문에 성실히 답변하면 고지의무를 성실히 이행한 것으로 믿는 대다수 보험계약자들의 신뢰를 보호하기 위하여 질문 되지 않는 사항에 대한 불고지는 고지의무위반을 이유로 보험자가 해지권을 행사할 수 없을 것이라고 볼 것이다.

## 2) 질문표제도의 문제

질문표제도는 실제로 많은 경우에 고지의무의 범위를 축소 시킴으로서 보험자가 마땅히 알아야 할 문제를 부당하게 은폐 시키는 결과를 가져올 수 있으며, 중요사항임을 보험자가 입증하기는 비교적 쉬우나 보험계약자가 반증하는 것은 용이한 일이 아니므로 보험계약자를 보호한다는 입법 취지에도 불구하고 보험자에게 유리한 입법이라는 주장이 있다.<sup>30)</sup>

그러나, 보험계약자가 스스로는 중요한 사항이라고 생각하면서도 질문표에 없고 구두로도 질문을 받지 아니하여 고지를 하지 않아 생기는 보험단체의 손해에 대해서는 그 악의를 보험자 측이 입증하기는 거의 불가능하기에 꼭 보험자에게만 유리하다고도 할 수 없다고 하겠다.

그리고 실무상 보험자가 과도하게 많은 사항을 질문하여 중요하지 않는 사항임에도 고지하지 아니하여 보험계약을 해지 당할 수 있다는 주장<sup>31)</sup>에 대하여는 질문한 사항과 보험사고와의 인과관계의 부존재를 입증하면 되기 때문에 그리 문제가 되지 않는다고 본다.

## 4. 피보험자의 동의에 관한 문제

### 1) 질문표의 서명

생명보험 표준약관 제3-44조(가입자의 고지의무) 2항의 보험자의 해지권제한 조항에서 제5에는 모집인 등이 계약자 또는 피보험자의 고지의무사항을 임의로 기재한 경우에 고지위반을 사유로 해지하지 못하도록 하면서도 단서를 두어 청약서에 계약자 또는 피보험자의 고지의무사항을 임의로 작성하였다 하더라도 보험자가 해지권을 행사하는 데는 방해 받지 않는 것으로 하고 있다. 이것은 다른 의미로 모집인 등이 청약서 상의 고지사항을 임의로 작성하면서 계약자 또는 피보험자의 자필에 의한 서명도 받지 않는 경우는 청약서 상의 고지의무사항이 사실과 다르게 작성하였다 하더라도 보험자는 고지의무위반을 사유로 해지할 수 없다는 것으로 해석된다.

최근 보험감독원 민원처리실무에서도 고지사항을 임의로 작성하였는지에 대한 사실여부와 판단기준을 피보험자 또는 계약자가 청약서에 자필로 서명을 하였는지의 사실여부를 단순히 판단하고자 하는 경향을 뚜렷이 나타내고<sup>32)</sup> 있는데 이는 고지사항을 임의로 기재하였는지에 대해서는 지극히 주관적일 수 있는 문제이기에 모집인과 보험계약자의 주장만을 근거로 하기에는 공정한 객관성을 기대할 수 없기에 사실상의 증거가 될 수 있는 피보험자 등의 임의 기재여부를 판단하는 취지로 보인다.

만약 모집인 등이 청약서를 임의작성하면서 피보험자의 자필서명란까지 모집인 등이 임의 서명한 행위는 보험자가 고지의무위반을 사유로 한 해지권 행사의 제한사유가 되지만 피보험자의 서명에 의한 동의가 없는 계약의 경우는 계약이 무효로 되어 결국 보험자는 보험금 지급의 책임을

28) 양승규, 전거서 39면

29) 최기완, 보험계약자의 고지의무에 관한 고찰, 법학 제32권3호, 1991, 13면, 김종덕, 상계논문, 65면에서 재인용

30) 최기완, 상계논문, 13면, 김종덕, 상계논문, 63면에서 재인용

31) 김종덕, 상계논문, 71면

면하는 경우가 발생할 수 있다.

최근 대법원판례는 가입 전 피보험자가 유암 진단을 받고 가입된 고지의무위반계약에 대하여 법원은 고지의무위반계약이라는 측면보다는 피보험자의 서면에 의한 동의 없는 계약은 무효라는 측면에서 판결하면서 상호관계에 있어 내포된 문제점을 보이고 있다.<sup>32)</sup> 발단은 부인이 남편을 주 피보험자로 보험에 가입시키면서 보험금 지급 사유에 영향을 미치는 고지의무위반 사실이 있었음에도 불구하고 보험청약서에 피보험자가 자필 서명을 하지 않았기에 결국 보험금 지급을 요구하자 결국 보험자는 피보험자가 자필로 서명을 하지 않은 계약은 서면에 의한 동의가 없었던 계약이기에 상법 및 보험약관에 의거 무효라고 주장하게 된 것이고 대법원은 보험자의 주장을 수용한 것이다.

그러나 이 경우 자필서명을 하지 않은 보험계약자의 책임과 함께 청약서에서 업무상의 주의만 기울였다면 충분히 발견할 수 있는 하자를 발견하지 못한 보험자 측의 과실도 함께 있기 때문에 보험금 지급의 책임을 면하지 못하게 되는 것이 옳을 것이다.

피보험자의 서면에 의한 동의는 고지의무의 이행여부와는 별개로 계약체결에 대한 피보험자 동의표시의 의를 가지지만 또한 청약서의 질문표에 명시된 고지의무를 성실히 이행하였다는 의사표시의 수단으로 피보험자가 자필로 서명하는 의도도 포함되는 것으로써, 서로간에 의미하는 바가 다르지만 실무적으로 청약서에 피보험자가 한번의 자필서명으로 양쪽을 다 포괄하는 의미로 적용되고 있다. 이렇게 한번의 자필서명이 갖는 이중적 의미로 상반된 특이한 상황으로 나타나고 있는 것이다.

따라서 입법취지에 맞는 올바른 적용을 위해서는 보험계약청약서에 계약체결에 대한 피보험자 동의란과 고지의무에 대한 이행의 표시로서 피보험자의 서명란을 구별함으로써, 상법 및 현

행약관 상 오해의 소지가 있는 서면의 동의 규정에 대하여 실무적인 보완이 필요하다.

## 2) 고지여부의 동의

2003년 4월 13일 12년 6개월 만에 인간 genome 지도의 완성이 발표되어 화제를 모으고 있다. 유전자지도를 이용하여 질병퇴치의 발전에 기여하는 것 뿐 만이 아니라 보험업계에서는 보험사고위험을 측정하는 하나의 수단으로서 관심을 모으고 있다. 이는 개인의 프라이버시 권의 침해와 함께 보험계약자에게 유전자검사를 하도록 암묵적으로 보험자 측에서 압력을 가할 수 있다는 우려도 함께 발생시킬 수 있다. 아직 우리나라에서는 이에 대한 공개적인 논의는 없는 편이다

현재 우리나라에서는 가족력을 고지하는 데 별다른 저항을 받고 있지 아니하지만 네덜란드, 스웨덴, 핀란드 등 유럽국가 일부에서는 가족력을 피보험자의 동의 없이는 얻을 수 없도록 하고 있다.<sup>34)</sup> 개인의 프라이버시를 보호하는 것 뿐만이 아니라 보험분쟁의 소지를 줄이기 위해서는 보험계약 시 고지사항에 대한 피보험자의 동의 항상 구하도록 하여 오해를 줄이는 것이 좋은 방법이 될 수 있다.

## V. 결 론

현행 보험제도 하에서 고지의무를 보험계약자 등에게 부과하는 것은 위험의 공평한 유지를 위하여 선택할 수 있는 최선의 방법이라 할 수 있다. 따라서 보험계약자의 선의성을 요구하게 되는 것이다. 그러나 보험계약자는 자기에게 불리한 사항을 알리는 것이므로 개인의 이기심에 따라서 이 의무를 위반하기 쉽다는 데 문제가 발생한다.

고지의 대상에서 중요사항을 질문표에 기재된

32) 금융감독원, [www.fss.or.kr/kor/s고/view.jsp?seqno](http://www.fss.or.kr/kor/s고/view.jsp?seqno), 2002.4, 2003.7.30

33) 대법원 1996.11.22선고 96다37084판결

사항으로 한정 할 수 있는가에 문제에 대하여 질문표에 기재되지 않은 사항이라도 보험계약자가 보험계약에 영향을 미치게 될 것을 인식한 경우에는 이를 고지하여야 한다고 생각한다. 하지만 이를 알고도 고지하지 아니하였다는 것을 입증하기란 쉽지가 않으므로 보험자가 질문표 또는 구두로 질문한 내용에 대하여 불고지 또는 부실고지한 경우만 보험자가 계약을 해지하도록 제한하는 것이 옳을 것이다.

보험모집인이 보험계약자 등의 고지내용을 사실과 다르게 임의로 작성하거나 고지의 기회를 부여하지 않는 등 이행과정에서의 불법행위가 고지의무제도를 운영하는데 있어 가장 큰 문제로 보여지지만 이러한 해결방법으로 모집인에게 고지수령권을 인정하자는 태도는 현행 우리나라의 모집 행태로 보아 어렵다고 본다. 이러한 불법행위에 대하여 계약자를 보호하기 위해서 민법 제 750조 및 보험업법 제158조, 표준약관 제3-57조의 불법행위에 대한 사용자의 손해배상책임 규정이 마련되어 있으므로 보호할 수 있는 방법은 있다고 할 수 있다. 그러나, 이것만으로는 부족하고 보험모집인에 대한 보험자의 구상권을 제한적으로 인정하는 것이 필요하며 모집인에 대한 자질향상과 교육을 보험자에게 강제하는 것도 필요하다고 본다.

고지의무 위반 사실에 사기의 의사가 있는 경우는 약관의 해지권 행사의 제척기간을 경과하여도 약관 내용에 구체적인 해지권 제한에 대한 예외 규정을 두지 말고 일반적인 민법 제110조의 규정에 의거하여 계약을 취소할 수 있다고 규정하여 민법규정에 따라 보험자는 계약을 취소함으로써 고의 또는 악의의 보험계약자에게 배척기간

의 경과로 부당하게 보험금이 지급되는 경우는 없어야 할 것이다. 또한 보험계약청약서에 계약 체결의 서명란과 함께 고지의무 동의 및 이행의 서명란도 함께 병행하여 보험계약 체결시의 상호 오해의 소지를 줄임으로서 보험분쟁의 가능성을 최소화 시켜야 하겠다.

끝으로 고지의무는 보험자 또는 보험계약자의 어느 한쪽 만 유리한 의무가 아니라 쌍무계약의 일반적인 이해 하에서 서로가 성실히 의무를 충실히 이행하도록 하겠다는 인식이 필요하고 실제 보험계약의 최일선에 있는 보험모집인에 대한 전문성과 자질향상을 위하여 보험자 측이 채용제도의 개선, 교육의 강화 등에 힘써야 할 것이라고 생각한다.

## 참 고 문 헌

1. 양승규, 보험법·해상법, 한국방송대학교출판부, 2001.
2. 한국생명보험의학회 보험의학세미나집, 2003.
3. 전유희, 고지의무에 관한 연구, 단국대학교특수법무대학원석사논문, 2000.
4. 김종덕, 고지의무에 관한 연구, 고려대학교대학원석사논문, 2000.
5. 정순계, 보험계약상의 고지의무에 관한 연구, 동의대학교대학원석사논문, 2001.
6. 강정모, 보험계약상의 고지의무에 관한 연구, 연세대학교행정대학원석사논문, 1996.
7. 대법원, www.scout.go.kr
8. 금융감독원, www.fss.or.kr
9. 조선일보, www.chosun.com

34) 이신휘, 유전자정보가 보험에 미치는 영향, 한국생명보험의학회 보험의학세미나집, 2003, 6면