

# 보험약관의 명시 설명의무 이행의 주체와 위반의 증명책임

-대법원 2014.01.29. 선고 2013다215850 판결을 중심으로-

김은경\*·임채욱\*\*

## 차 례

- I. 들어가는 말
- II. 사실관계와 법원의 판단
  - 1. 사실관계
  - 2. 당사자의 주장
  - 3. 법원의 판단
- III. 보험약관의 명시·설명义务的 이행
  - 1. 보험약관 명시·설명义务的 내용
  - 2. 보험약관 명시·설명义务的 이행
  - 3. 위반의 효과와 증명책임
  - 4. 검토
- IV. 맺는 말

\* 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

\*\* 한국외국어대학교 일반대학원 법학과 박사수료

접수일자 : 2014. 4. 30. / 심사일자 : 2014. 5. 26. / 게재확정일자 : 2014. 5. 30.

## I. 들어가는 말

민법상 계약은 청약의 유인, 청약, 승낙의 과정을 통해 성립되며, 이 과정에서 교섭상대방에게 손해를 입히지 않도록 할 신의칙상의 의무를 지고, 자신의 책임으로 돌아갈 사유에 의해 그 의무를 위반하여 상대방에 손해를 생기게 한 경우에는 책임을 지게 된다. 물론 사적자치의 원리에 따라 계약교섭은 자기책임이라는 원칙이 적용되나 그럼에도 불구하고 인정되는 예외에 설명의무가 있다. 설명의무는 계약 전반에 존재하며, 특히 기업과 소비자간 계약에서 문제가 되어 설명의무의 민법상 일반론에 대한 연구가 꾸준히 이루어지고 있다.<sup>1)</sup> 최근에는 의사의 설명 부족에서 비롯된 환자의 치료 선택권 보호 문제가 의료법 분야에서 화두가 되고 있다.<sup>2)</sup> 정보제공의무·설명의무는 계약 체결 전 이행하는 의무이나 문제가 현실화되는 시점은 사고발생 이후라는 특징이 있다. 즉 계약체결 과정에서 불확실하거나 누락된 정보 등으로 인해 뒤늦게 본래 이해한 계약과 다른 내용의 계약을 체결한 것을 인식하게 되는 것을 말한다. 보험계약 역시 동일한 체결과정을 통해 성립하는 불요식 낙성계약이다. 상법은 제 638조의 3에서 “보험자는 보험계약을 체결할 때에 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 그 약관의 중요한 내용을 알려주어야 한다.”라고 하여 보험약관의 교부 명시 의무를 규정하고 있고, 이를 일반적으로 보험자의 설명의무라고 하며 법정의무에 해당한다. 설명의무의 이행 시기는 불특정 다수에 대한 청약의 유인을 지나 청약단계부터 승낙 전 까지 이며, 상법은 이 시기를 ‘보험계약을 체결할 때’라고 한다. 한편 동일한 시점에 보험계약자에게는 고지의무를 부과한다. 고지의무는 보험계약의 특수성에서 비롯되어 보험계약자 측에 인정되는 보험계약 고유의 의무이나, 보험자의 설명의무는 계약의 교섭과정에서 보험자에게 인정되는 일반적 의무이다.

1) 박영복, “계약교섭단계에서의 행위규범”, 『외법논집』 제36권 4호, 한국외국어대학교, 2012.11, 참조; 위계찬, “계약체결과정에서 설명의무의 근거”, 『원광법학』 제23권 4호, 2007. 9, 참조.

2) 김계현 · 김한나, “의사의 설명의무 위반과 손해배상책임의 범위”, 『가천법학』 제6권 4호, 2013.12, 참조; 김나경, “의사의 설명의무의 법적 이해”, 『한국의료법학회지』 제15권 1호, 2007.06, 참조; 박영복, 위의 글 190-192쪽.

설명 의무와 고지 의무는 계약의 성립 전 의무이지만, 계약 체결을 전제로 하여 계약 교섭의 당사자에게만 인정되는 의무이므로 계약체결상의 의무로 보는 것이 바람직하다. 따라서 위반의 문제는 불특정 다수와의 행위를 전제로 하는 불법행위 이론보다는 계약체결을 전제로 하는 채무불이행 이론을 적용하는 것이 적합하다고 생각한다. 설명의무는 보통 표준약관의 내용을 별도로 설명할 필요가 있는가에 대한 문제와 결합되어 다루어지며<sup>3)</sup>, 판례는 일관되게 법령에 규정된 내용은 설명할 필요가 없다고 보면서도, 약관의 내용이 “거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이 충분히 예상할 수 있었던 사항”이 아니라면 설명의무가 있다고 보아 개별 사안에 따라 달리 판단하고 있다.<sup>4)</sup> 설명의무의 법적 성질과 이행책임 주체라는 본질적인 부분은 소외된 채 개별판단에만 의존하고 있는 실정이어서, 법적안정성의 측면에서 바람직하지 않다고 본다.<sup>5)</sup> 그런데 최근 설명의무의 이행주체와 위반의 증명책임이라는 본질적인 부분에 대해 고찰해볼 수 있는 판례가 있어 이를 중심으로 설명의무의 법적 성질과 위반의 책임에 대해 알아보려고 한다.

## II. 사실관계와 법원의 판단

### 1. 사실관계

#### (1) 보험계약의 체결

피보험자의 아버지(보험계약자)는 A손해보험주식회사와 사이에, 피보험자가 우연한 외래의 사고로 신체에 상해를 입는 경우 등을 보험사고로

3) 박은경, “표준약관조항은 보험자의 약관설명 의무 면제대상인가?”, 『법학연구』 제52권, 한국법학회, 2013.12, 참조; 장덕조, “약관설명 의무와 법령에 규정된 사항”, 『상사판례연구』 제26권 1호, 2013.03, 참조.

4) 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결; 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003다7302 판결; 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005다38713, 38720 판결; 대법원 2007.04.27. 선고 2006다87453 판결; 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다91316, 91323 판결; 대법원 2013.06.28. 선고 2013다22058 판결 등.

5) 동지 위계찬, 앞의 글, 187쪽.

하는 보험계약을 체결하였다. 이 보험계약에 적용되는 보험약관에는 계약자 및 피보험자의 계약 후 알릴 의무 및 그 위반에 대하여 ‘계약 후 알릴 의무’로 “계약자 또는 피보험자는 계약을 맺은 후 피보험자가 그 직업 또는 직무를 변경하거나 ‘이륜자동차 또는 원동기장치자전거를 직접 사용’하게 된 경우에는 지체 없이 서면으로 회사에 알리고 보험가입증서(보험증권)에 확인을 받아야” 하고, 뚜렷한 위험 증가와 관련된 위 계약 후 알릴 의무를 이행하지 아니하였을 때는 보험회사는 손해발생 여부에 관계없이 이 계약을 해지할 수 있다고 규정하였다.

## (2) 보험사고의 발생 경위

이 보험계약 체결 약 2년 후 피보험자는 제2종 원동기장치자전거 운전면허를 취득한 후 보험계약자가 구입한 무등록 100cc 오토바이를 주 2, 3회 정도 학교(고등학교) 등·하교 길에 타고 다녔다. 그러던 중 피보험자는 위 오토바이를 운전하여 교차로를 진행하다가 오른쪽에서 진행하여 온 다른 차량과의 충격으로 넘어지면서 근처에 주차된 승용차에 머리를 부딪쳐 상해를 입는 교통사고를 당하였다.

이 사건 사고 발생 후 보험계약자는 A손해보험주식회사에게 이 사건 보험계약에 따른 보험금의 지급을 청구하였으나, A손해보험주식회사는 피보험자와 보험계약자가 위 보험약관의 계약 후 알릴 의무(통지의무)를 이행하지 않았다는 이유로 보험금을 지급하지 아니하고 위 보험약관에 따라 이 사건 보험계약을 해지한다는 통보를 하였다.

## 2. 당사자의 주장

### (1) A손해보험주식회사(보험자)측 주장

피보험자가 오토바이를 운전하게 된 것은 이 보험계약상 피보험자에 대한 보험사고 발생의 위험을 현저하게 증가시키는 중요한 사실로서, 보험계약자나 피보험자는 위 보험약관에 따라 이를 A손해보험주식회사에게 고지하였어야 한다. 그럼에도 피보험자와 보험계약자는 위 통지의무를 이

행하지 아니하였고, 이에 A손해보험주식회사는 위 보험약관에 기하여 계약 후 알릴 의무 위반으로 이 사건 보험계약을 해지하였으므로, 이 사건 보험사고와 관련한 보험금 지급채무가 존재하지 않는다.

## (2) 보험계약자 측의 주장

이 사건 보험계약은 A손해보험주식회사 소속이 아닌 B생명보험주식회사 소속의 보험설계사(이하 B설계사)가 모집한 것으로서 그 설명도 B설계사에 의하여 이루어졌을 뿐이고, 계약 체결 당시 보험약관에 대한 설명도 이루어지지 아니하였다. 또한 B설계사는 보험계약자에게 ‘계약 체결 후 피보험자가 이륜자동차 면허를 취득하고 운행하게 되는 경우 원고에게 통지해야 하고, 이를 위반할 경우 계약이 해지될 수 있다’는 보험약관의 내용을 제대로 설명한 바도 없다. 따라서 A손해보험주식회사는 피보험자와 보험계약자의 통지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 없으므로 보험금을 지급할 의무가 있다.

## 3. 법원의 판단

### (1) 인천지법 2013. 1. 9. 선고 2012가합1640 판결

제1심의 인정사실을 보면, 보험계약자는 평소 알고 지내던 B생명 소속의 보험설계사(이하 B설계사)에게 피보험자에 대한 상해, 질병 등을 부보하는 내용의 보험에 관하여 문의하였는데, 설계사는 이에 부합하는 보험상품을 교보생명에서 취급하지 않고 A손해보험주식회사가 취급한다는 이유로 A손해보험주식회사의 보험상품인 이 사건 보험계약을 소개하여 주었다.

이에 따라 이 사건 보험계약의 체결을 담당하게 된 A손해보험주식회사의 대리점인 주식회사 C플랜 소속 보험설계사(이하 C설계사)는 B설계사에게 보험청약서에 보험계약자의 자필 서명을 받아달라는 부탁을 하였다. 그리하여 B설계사는 보험계약자의 직장 근처에서 보험계약자를 만나 그 곳에 정차된 차량 안에서, 보험계약자에게 이 사건 보험계약의 보험청약서를

제시하였다.

보험청약서를 제시받은 보험계약자는 그 자리에서 보험청약서의 ‘계약 전 알릴 의무 사항’의 “피보험자가 현재 운전을 하고 있습니까?”라는 질문란의 ‘운전 안함’ 항목에 ‘√’표시를, 이륜차의 소유 유무를 묻는 질문란의 ‘무소유’ 항목에 ‘√’표시를 하였는데, 위 질문 바로 아래에는 “※ 이륜자동차는 원동기를 포함하며 향후 상기 내용변경(이륜자동차 운전 등) 시에는 반드시 회사에 알려야 합니다.”라고 기재되어 있었다. 그리고 보험계약자는 ‘계약 전 알릴 의무 사항’의 하단 계약자란에 성명을 기재하고 서명하였다.

C설계사는 B설계사로부터 전달받은 위 보험청약서의 ‘고객면담보고서’ 부분을 작성하였는데, 거기에는 “보험계약자와 피보험자를 직접 면담하고, ‘계약 전 알릴 의무 사항’ 및 ‘자필서명’을 빠짐없이 기재하도록 하였으며, 상품 및 약관에 대하여 자세히 설명하였고, 고객 자필서명을 확인하였으며, 면담한 내용에 대하여 정확히 보고서를 작성하였다.”는 내용이 기재되어 있다. 그 후 A손해보험주식회사는 보험계약자에게 이 사건 보험계약의 보험약관과 보험증권을 우편으로 전달하였다.

약 2년 후 피보험자는 원동기 면허를 취득하였고, 보험계약자 소유의 이륜자동차를 운행하여 통학하였으나 A손해보험주식회사에게 운행사실을 통지하지 않았다. 인천지방법원은 이와 같은 사실을 기초로 보험자의 보험계약 해지는 적법하다고 판결하였고, 보험계약자 측이 항소하였다.

## (2) 서울고법 2013.10.31. 선고 2013나2002915 판결

항소심 법원은 제1심의 인정사실을 모두 인용 하면서도, 보험계약자가 A손해보험주식회사와 상해보험계약을 체결한 후 피보험자의 오토바이 운행 사실을 A손해보험주식회사에 통지하지 않은 상태에서 피보험자가 오토바이 사고로 상해를 입은 사안에서, 보험계약의 약관에서 규정하는 ‘계약 체결 후 피보험자가 이륜자동차 또는 원동기장치자전거를 직접 사용하게 된 경우 이를 보험자에게 고지하여야 한다’는 내용은 보험계약상 A손해보험주식회사의 보험약관 명시·설명 의무가 면제되지 않는 중요한

사항에 해당하는데, 보험계약자에 대한 보험계약의 설명은 A손해보험주식회사가 아닌 다른 보험회사 소속 보험설계사에 의하여 이루어졌을 뿐 A손해보험주식회사 소속 보험대리점이나 그 소속 보험설계사에 의한 설명이 이루어지지 않았으므로, A손해보험주식회사에 의한 보험약관 명시·설명 의무가 이행되었다고 볼 수 없어 해당 약관 조항은 보험계약의 내용으로 주장할 수 없고 따라서 A손해보험주식회사의 청구를 기각한다고 판시하였다. 이에 A손해보험주식회사는 상고하였다.

(3) 대법원 2014.01.29. 선고 2013다215850 판결

대법원은 “원심판결 및 상고이유서와 이 사건 기록에 심리를 계속할 사유를 포함하지 아니한다.” 라고 하여 상고를 기각하였다.

### Ⅲ. 보험약관의 명시·설명 의무의 이행

#### 1. 보험약관 명시·설명 의무의 내용

##### (1) 설명 의무의 의의

보험자는 보험계약을 체결할 때에 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 그 약관의 중요한 내용을 알려주어야 할 의무를 가진다. 이를 보험자의 보험약관의 교부 및 설명의무라 하고 상법 제638조의3 제1항에 명문으로 규정하고 있는 법정 의무에 해당한다. 이는 개개의 보험 상품마다 그 특징이 다르고 계약의 내용에 대하여 구체적으로 인지할 필요가 있으므로 보험계약자가 보험 계약을 체결함에 있어 보험 약관을 제공하는 보험자로부터 최소한의 필요정보를 얻게 하여 계약적 균형관계를 유지하는 것에 그 근본적인 취지가 있다고 한다.<sup>6)</sup>

대법원이 판례에서 일관되게 보여주는 설명 의무의 인정 근거는 “일반적으로 보험자 및 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 보험계약의

6) 김은경, “보험자의 설명의무에 대한 재고”, 『상사판례연구』 제20권 3호, 2007.9, 116쪽.

체결에 있어서 보험계약자 또는 피보험자에게 보험약관에 기재되어 있는 보험 상품의 내용, 보험료율의 체계 및 보험 청약서상 기재사항의 변동사항 등 보험계약의 중요한 내용에 대하여 구체적이고 상세한 명시·설명의무를 지고 있으므로 보험자가 이러한 보험약관의 명시·설명의무에 위반하여 보험계약을 체결한 때에는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없다고 할 것이나, 보험자에게 이러한 약관의 명시·설명의무가 인정되는 것은 어디까지나 보험계약자가 알지 못하는 가운데 약관에 정하여진 중요한 사항이 계약 내용으로 되어 보험계약자가 예측하지 못한 불이익을 받게 되는 것을 피하고자 하는 데 그 근거가 있다고 할 것<sup>7)</sup>이다. 즉 보험계약자가 인식하지 못하는 가운데 약관의 중요한 사항이 계약의 내용이 되어 보험계약자가 예측하지 못한 불이익을 받지 못하게 되는 것을 방지하고자 하는 것이다.

상법 외에 2010년 7월 23일 법률 제10394호로 개정된 보험업법은 제95조의2에 설명의무 조항을 신설하여 “보험회사 또는 보험의 모집에 종사하는 자는 일반보험계약자에게 보험계약 체결을 권유하는 경우에는 보험료, 보장범위, 보험금 지급제한 사유 등 대통령령으로 정하는 보험계약의 중요 사항을 일반보험계약자가 이해할 수 있도록 설명하여야 한다.”고 하여 설명의무의 시기, 내용 및 이행의 방법도 포괄적으로 규정하고 있다.<sup>8)</sup>

7) 대법원 1998. 11. 23. 선고 98다32564 판결; 대법원 1999. 5. 11. 선고 98다59842 판결; 대법원 2000. 7. 4. 선고 98다62909, 62916 판결; 대법원 2001. 7. 27. 선고 99다55533 판결; 대법원 2003.05.30. 선고 2003다15556 판결; 대법원 2004.04.27. 선고 2003다7302 판결; 대법원 2004.11.25. 선고 2004다28245 판결; 대법원 2011.03.24. 선고 2010다96454 판결 등.

8) 보험업법 제95조의2(설명 의무 등) ① 보험회사 또는 보험의 모집에 종사하는 자는 일반보험계약자에게 보험계약 체결을 권유하는 경우에는 보험료, 보장범위, 보험금 지급제한 사유 등 대통령령으로 정하는 보험계약의 중요 사항을 일반보험계약자가 이해할 수 있도록 설명하여야 한다.

② 보험회사 또는 보험의 모집에 종사하는 자는 제1항에 따라 설명한 내용을 일반보험계약자가 이해하였음을 서명, 기명날인, 녹취, 그 밖에 대통령령으로 정하는 방법으로 확인을 받아야 한다.

③ 보험회사는 보험계약의 체결 시부터 보험금 지급 시까지의 주요 과정을 대통령령으로 정하는 바에 따라 일반보험계약자에게 설명하여야 한다. 다만, 일반보험계약자가 설명을 거부하는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 보험회사는 일반보험계약자가 보험금 지급을 요청한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 보험금의 지급절차 및 지급내역 등을 설명하여야 하며, 보험금을 감



이에 대하여 보험업법 제95조의2 규정은 설명의무에 대해 자기책임의 원칙의 전제로서 발전된 금융기관의 고객보호의무이기 때문에 보험약관 설명의무와는 다르다는 견해<sup>9)</sup>가 있다. 그러나 상법과 보험업법에 규정된 양 의무는 모두 보험계약 당사자 사이의 정보비대칭성으로 인한 문제점을 극복하기 위한 제도이며, 중요한 내용 내지 중요 사항에 대해 설명하도록 하여 취지와 수단이 동일함에도 불구하고 양 규정이 의미하는 바가 다르다고 구분하는 것은 적절치 않다고 보는 견해<sup>10)</sup>도 있다.

생각건대 보험업법 제95조의2는 상법 제638조의3에서 규정하는 보험자의 설명의무의 내용과 방법을 이행자인 보험자 입장에서 더 구체적으로 명시한 것으로 보는 것이 바람직하다고 생각한다. 일반적으로 보험자 및 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자인 보험자가 보험계약의 체결에 있어서 보험계약자 또는 피보험자에게 보험약관에 기재되어 있는 보험 상품의 내용, 보험료율의 체계 및 보험청약서 상 기재사항의 변동사항 등 보험계약의 중요한 내용에 대한 설명을 이행하는 방법까지 구체적으로 명시한 것이다. 법문이 “보험회사 또는 보험의 모집에 종사하는 자는”이라고 하여 설명의무의 이행자를 포괄적으로 규정하고 있는 것은 실제 설명의무가 이행주체인 보험자가 아닌 모집인에 의해 이행되는데 이유가 있으며, 설명의무의 이행 주체를 확장하거나 변경하기 위함은 아니다.

설명 의무에서 설명의 의미는 청약의 유인에 해당하는 보통의 상품설명과 다르다. 설명의무의 존재는 단순히 의무자의 지식을 전달하는데 목적이 있는 것이 아니라 계약상대방이 해당 계약이나 그 계약의 목적과 관련하여 아직 경험이나 지식이 없는 경우, 의무자가 계약상대방에게 정보의 필요성 즉 설명의무의 대상이 되는 중요한 사항의 필요성에 대해 인식해야만 계약의 목적을 달성 할 수 있는 경우에 의미를 가진다.<sup>11)12)</sup> 설

---

액하여 지급하거나 지급하지 아니하는 경우에는 그 사유를 설명하여야 한다.

9) 장덕조, 보험법, 법문사, 2011, 158-161쪽.

10) 김현록, “보험자의 보험약관 설명의무와 그 새로운 입법안”, 『상사판례연구』 제26권 1호, 2013. 3, 80쪽.

11) 위계찬, 앞의 글, 190쪽.

12) 독일의 경우 구 보험감독법(VAG) 제10a조에서는 이를 일종의 소비자정보(Verbraucherinformation)라고 하여 보험약관을 포함하여 계약체결 전에 보험계약자에게 계약상 중요한 권리

명 의무는 정보의 불균형으로 인해 계약체결의 결정을 위해 당사자 사이의 정보 교환 필요성을 전제로 하나, 사적 자치의 원칙에 따르면 모든 계약 당사자는 계약 체결을 위하여 중요한 정보는 스스로 확보해야 한다. 그러나 사적 자치의 원칙을 엄격하게 적용하면 특정 계약의 경우 일방 당사자가 지나치게 불리한 상황이 발생할 수 있으며, 기업 대 소비자 간의 계약이나 전문가와 일반인 간의 계약에서 지식의 불균형으로 인한 피해가 그것에 해당한다. 오늘날 기업이 작성한 약관을 통해 체결되는 형태의 계약은 모두 해당한다고 볼 수 있으며, 그 중 보험계약은 전형적인 형태에 해당한다.

## (2) 설명의무의 대상과 범위

### 1) 설명의무의 대상으로서 보험약관의 성질

설명 의무의 대상이 되는 보험약관의 법적 성질에 대하여는 규범설과 의사설(계약설)의 대립이 현재까지도 계속되고 있다. 규범설은 보험약관의 법적 성질을 제정 법률을 반복한 것에 불과한 것으로 보아 강행적 성질을 가지는 법규범으로 보는 견해이다. 이 견해에 따르면 보험자가 설명 의무를 위반하여도 취소권의 제척기간인 1개월을 지나면 약관의 모든 내용이 보험계약의 내용을 이루게 된다. 의사설은 보험계약은 계약당사자의 의사 합치에 의해 체결되는 것이고 보험약관은 그 계약의 내용을 이루는 것일 뿐 강행법규성을 가지는 것은 아니라고 한다. 이 견해에 따르면 보험자가 설명 의무를 위반한 약관은 계약의 내용으로 편입할 수 없어 배제된다. 따라서 취소권의 제척기간 이후에 보험자의 설명 의무가 문제되는 경우에 규범설을 따르게 되면 보험계약자는 주장할 수 있는 부분이 없고, 의사설을 따르게 되면 보험계약자가 보험계약에서 해당 약관의 적용을 배제하도록 요구할 수 있게 된다. 현재 법원은 “약관이 계약당사자 사이

---

와 의무의 내용을 전달할 감독법상 의무가 보험자에게 있음을 정한 바 있었다. 그러나 최근 개정 보험계약법에는 이를 정보제공의무로 확대하여 시행하고 있다; Manfred Wandt, *Versicherungsrecht*, 5. Aufl. Carl Heymanns Verlag, 2010, Rn. 296; Halm/Engelbrecht/Krahe, *Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht* 3. Aufl. Luchterhand, 2008, 1. Kapital, Rn. 247ff.

에 구속력을 갖는 것은 그 자체가 법규범이거나 또는 법규범적 성질을 가지기 때문이 아니라 당사자가 그 약관의 규정을 계약내용에 포함시키기로 합의하였기 때문이므로 계약당사자가 명시적으로 약관의 규정과 다른 내용의 약정을 하였다면, 약관의 규정을 이유로 그 약정의 효력을 부인할 수는 없다.”라고 하여 일관되게 의사설의 입장에서 판결을 하고 있다.<sup>13)</sup>

생각건대 약관의 교부 설명의무는 1986년 12월에 제정된 ‘약관의 규제에 관한 법률(이하 약관규제법)’ 제3조에서 규정되었고, 보험약관의 설명의무를 규정한 상법 제638조의3은 1991년 12월 신설된 바, 법원은 이미 약관에 대해 의사설의 입장을 취한 상태에서 보험약관을 달리 보아 판례를 변경할 이유가 없다고 판단한 것으로 생각한다. 이에 대하여 규범설이 주장하는 법규성은 기본법인 헌법이 결정할 문제로서 보험자가 대량의 계약을 신속하게 체결하기 위해 사용하는 양식에 불과한 보험약관이 입법기관이 의결한 법률과 같은 효력을 가진다고 보는 것은 논리적 오류라는 견해<sup>14)</sup>가 타당하다고 생각한다. 만약 규범설을 따른다면 보험약관이 제정 법률을 반복한 것에 불과하여 사실상 설명의무가 필요 없게 된다. 따라서 설명의무를 규정한 모든 법률과 충돌을 일으킬 수밖에 없다. 더불어 약관의 내용이 법률에 위반한 것일 때에도 법규범의 강행성을 인정하면, 약관이 법률에 대해 우위에 서게 되어 법체계를 위반하는 결과가 되어 부당하다.

## 2) 설명의무의 범위

일반적으로 설명의무의 대상에 대해 보험자가 약관 내용을 전부 설명할 필요는 없고, 그 중요한 사항을 설명하면 충분하며, 중요한 사항이란 보험계약자가 그러한 약관조항의 존재에 대한 인식이 계약체결 여부에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다.<sup>15)</sup> 설명의무의 대상이 중요한 사항

13) 대법원 1998.09.08. 선고 97다53663 판결; 대법원 2001.03.09 선고 2000다67235 판결; 대법원 2002.07.26 선고 2001다53929 판결; 대법원 2003.07.11 선고 2001다6619 판결; 대법원 2010.04.08 선고 2009다80460 판결 등.

14) 이정원, “보험자의 약관설명 의무 위반의 법적 의의에 대한 비판적 검토”, 『인하대학교 법학연구』 제15권 3호, 2012.11, 640쪽.

15) 양승규, “보험자의 보험약관의 명시설명 의무”, 『법학』 제40권 1호, 서울대학교법학연

은 구체적으로는 약관의 조항을 의미하는 것이고, 그 취지는 고지의무의 대상이 되는 중요한 사항과 대칭에 있다. 고지의무의 내용이 되는 중요한 사항이란 보험자가 인식하였더라면 계약을 체결하지 않거나, 동일한 조건으로는 체결하지 않을 사항을 말하는데<sup>16)</sup> 이는 보험자의 인식 여부를 판단의 기준으로 본다는 의미이다. 반대로 설명의무에서는 보험계약자의 약관조항 인식여부가 판단의 기준이 되는 것이다. 이에 대하여 보험자의 설명의무의 대상이 되는 것으로 인정된 것일지라도 보험계약당사자의 개별적인 의사와는 상관없이 언제나 대상이 되는 것이 아니라 계약당사자의 개인적인 인지정도나 개별적인 특수상황 내지는 주변 환경 등을 개별적으로 고려하여 판단해야 한다고 하여 설명의무의 내용이 어느 정도 일반적이고 정형적일 수도 있지만 개인적인 편차와 사안별로 특수한 사정이 있는 것도 감안해야 한다<sup>17)</sup>고 한다. 종합하여 보면, 설명의무는 보험계약자의 입장을 기준으로 하며, 설명의무의 이행이 단순히 약관의 내용을 전달하여 주는 것에서 그치는 것이 아니라 보험계약자가 약관의 조항을 충분히 이해하고 계약의 체결을 결정할 수 있도록 하는 수준으로 이루어져야 함을 의미한다고 볼 수 있다.

판례가 설명의무의 대상과 범위에 대해 일관되게 가지는 근거는 “약관에 정하여진 사항이라고 하더라도 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 이미 잘 알고 있는 내용이거나 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항이거나 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 사항이라면 그러한 사항에 대해서까지 명시·설명 의무가 인정되는 것은 아니다”이다. 즉 보험계약자의 입장에서 보험계약의 체결 여부에 영향을 미치지 않을 내용이라면 설명의무의 범

---

구소, 1995.05, 24면; 박은경, 앞의 글, 335쪽.

16) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다27971 판결; 대법원 1997.09.05 선고 95다25268 판결; 대법원 1999.04.23 선고 99다8599 판결; 대법원 2001.11.27 선고 99다33311 판결; 대법원 2003.11.13 선고 2001다49623 판결; 대법원 2003.11.13 선고 2001다49630 판결; 대법원 2004.06.11 선고 2003다18494 판결; 대법원 2005.07.14 선고 2004다36215 판결; 대법원 2011.04.14 선고 2009다103349 판결; 대법원 2012.11.29 선고 2010다38663 판결 등.

17) 김은경, 앞의 글, 121쪽.

위에 들어가지 않는다는 것이다. 이에 대하여 약관설명이 필요한 중요한 내용이 되기 위한 조건으로 첫째, 보험계약자에게 불리한 규정이어야 하고 둘째, 만약 보험계약자가 안다면 계약체결 여부나 계약내용 결정에 영향을 미칠 정도가 되어야 한다<sup>18)</sup>고 설명하기도 한다.

## 2. 보험약관 명시·설명 의무의 이행

### (1) 설명 의무의 이행 주체

상법은 제638조의3에서 보험약관의 명시 설명의무에 대해 “보험자는 보험계약을 체결할 때에 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 그 약관의 중요한 내용을 알려주어야 한다.”라고 규정하여 의무의 이행 주체가 보험자임을 명확히 하고 있다. 다만 실질적으로 보험계약의 체결은 보험자가 위임하거나 보험자를 대리하는 ‘보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자(이하 보험모집인)’에 의해 이루어지므로 보험업법은 이에 대하여 보험계약의 모집(보험계약 체결의 중개 또는 대리)을 할 수 있는 자를 금융위원회에 등록한 보험설계사 및 보험대리점 등으로 제한하고(제83조, 제84조, 제86조), 보험회사가 다른 보험회사 소속 보험설계사에게 모집을 위탁하거나 보험설계사가 그 소속된 보험회사 이외의 자를 위하여 모집을 하는 행위를 원칙적으로 금지하고 있다(제85조).<sup>19)</sup> 이처럼 보험업법이 보험계약을 모집할 수 있는 자를 일정한 자격요건을 갖춘 자로 제한하고, 그 소속 보험회사가 아닌 다른 보험회사의 보험계약 모집을 원칙적으로

18) 전우현, “자동차종합보험약관 설명의무의 범위에 관한 검토”, 『상사판례연구』 제18집 4권, 2005.12, 187쪽.

19) 보험업법 제85조(보험설계사에 의한 모집의 제한) ① 보험회사 등은 다른 보험회사 등에 소속된 보험설계사에게 모집을 위탁하지 못한다. ② 보험설계사는 자기가 소속된 보험회사 등 이외의 자를 위하여 모집을 하지 못한다. ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항 및 제2항을 적용하지 아니한다. 1. 생명보험회사 또는 제3보험업을 전업으로 하는 보험회사에 소속된 보험설계사가 1개의 손해보험회사를 위하여 모집을 하는 경우 2. 손해보험회사 또는 제3보험업을 전업으로 하는 보험회사에 소속된 보험설계사가 1개의 생명보험회사를 위하여 모집을 하는 경우 3. 생명보험회사나 손해보험회사에 소속된 보험설계사가 1개의 제3보험업을 전업으로 하는 보험회사를 위하여 모집을 하는 경우

금지하고 있다. 그러므로 보험회사의 보험상품 및 약관 등에 대한 적절한 교육 등을 통하여 그 내용을 구체적으로 파악하고 있는 해당 보험회사 소속 보험대리점이나 보험설계사에 의하여 비로소 해당 보험회사의 보험상품 및 약관에 관한 설명이 제대로 이루어질 수 있다. 이는 보험계약자가 계약의 내용을 이해하고 체결 여부를 판단할 수 있게 하여 계약 실패의 가능성을 줄이고자 하는 취지에서 만들어진 절차라고 본다. 상법은 법률상 설명의무의 이행 및 책임 주체를 보험자로 정하여 보험계약자와의 관계는 보험자를 당사자로 한하고, 모집인에 의하여 이행되는 거래상의 한계에서 발생하는 문제점은 보험업법을 통해 보험자와 모집인간의 법률관계로 정한 것이다.

## (2) 설명의무의 이행 방법

설명 의무의 이행 방법에 대해서는 구체적으로 명시된 것은 없다.<sup>20)</sup> 판례는 설명의무의 취지와 범위 등에 대해서는 일관된 입장을 보이면서도 개별 약관의 계약 편입 여부는 사안마다 달리 판단하고 있으며, 그 이행 방법도 실제 계약 당시 상황이 보험계약자가 약관의 중요한 사항을 인식할 만한 상황이었는지를 개별적으로 판단하고 있다. 생각건대 설명의무의 취지는 보험계약자가 약관의 중요한 사항을 명확하게 인식하고 계약의 체결 여부를 결정할 수 있도록 선택권을 보호한다는 데 있다는 점을 고려해야 한다.<sup>21)</sup> 따라서 구체적인 이행 방법을 정하여 보험자의 행위여부

20) 독일 보험계약법 제7조 제1항 제1문에 따르면 보험자는 보험계약자에게 보통보험약관을 포함하여 보험계약법 정보제공의무에 관한 시행령(VVG-InfoV)에서 정한 정보를 보험계약자가 계약체결의 의사표시를 하기 전에 텍스트형식(Textform)으로 제공하여야 한다. 다만 동항 제3문에 따라 예외가 있어 계약이 텍스트형식을 제공하기에 부적절한 통신수단, 예컨대 전화 등으로 계약체결과정에 이른 경우이거나 보험계약자 측에서 텍스트형식을 명시적으로 거절한 경우에는 그러하지 않아도 된다; 이필규·최병규·김은경, 2009년 독일보험계약법, 세창출판사, 2009년, § 7 이하 참조; Looschelders/Pohlmann, VVG, Carl Heymanns Verlag, 2009, § 7, Rn. 2; Langheid/Wandt, VVG, Verlag C. H. Beck, 2010, § 7, Rn. 2; Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG-Handkommentar, Nomos, 2008, § 7, Rn. 3; Bruck/Möller, Kommentar zum VVG, Bd. 1, De Gruyter, 2008, § 7, Rn. 4.

21) 동지 박은경, 앞의 글, 335쪽.

를 판단하는 것 보다 보험계약자의 인식과 선택이라는 목적에 충실하여 방법에는 제한을 두지 않아야 한다. 즉 계약선택권의 보장을 위해 설명의무 이행은 목적 지향적이어야 하며 이행 수단으로 판단하여서는 안 될 것이다.

### 3. 위반의 효과와 증명책임

#### (1) 위반의 효과와 증명책임

##### 1) 위반의 효과

상법 제638조의3의 제2항에 따라 보험자의 설명의무 위반시 보험계약자는 계약성립일로부터 1개월의 취소권 행사 기간<sup>22)</sup>을 가지게 된다. 문제는 보험계약자가 취소권을 행사하지 않고 취소권행사의 기간이 경과하면 설명의무를 이행하지 않은 보험약관이 그대로 당해 보험계약의 내용을 이룰 것인가의 여부이다. 이에 대하여 상법적용설과 중첩적용설이 나뉜다.

상법적용설은 보험약관의 설명의무를 특별히 규정한 상법의 취지를 존중하여 보험계약자의 취소권은 1월의 경과로 소멸하고 보험계약관계가 유지된다고 본다. 즉 약관규제법 제3조의 적용은 없고, 오직 상법규정만으로 해결해야 한다<sup>23)</sup>는 입장이다. 따라서 그 위반에 대한 보험계약자의 취소권을 따로 인정하는 이상, 이를 1개월간 행사하지 않으면 보험약관의 효력을 인정하여 약관내용에 따른 계약이 존속하게 된다고 해석한다. 약관규제법상의 규정에도 불구하고 보험거래에 있어서 약관의 설명의무에 관하여 상법이 별도로 제638조의3 이라는 규정을 두고 있으므로 상법의 규정이 우선하여 적용된다고 한다. 따라서 보험자가 약관의 교부 및 설명의무를 해태하는 경우에도 당해 보험계약은 유효하게 성립되어 그 효력이 발생하므로 보험계약자는 1월내에 그 계약을 취소함으로써 이를 소급적으로 무효화시킬 수 있을 뿐이라고 한다. 특히 보험계약의 특수성으로

22) 취소권행사의 기간이 연장된 개정 상법에 대한 것은 논외로 한다.

23) 김성태, 보험법강의, 법문사, 2001, 190쪽; 양승규, “보험자의 약관설명위반과 보험계약자의 고지의무위반의 효과”, 138쪽; 장경환, “보험약관과 약관규제법”, 『보험법연구』 제2호, 1998, 151쪽.

말미암아 약관규제법 제3조 제4항을 그대로 적용하기에는 무리가 있기 때문에, 상법 제683조의3과 같은 입법이 요구되는 것이라고 주장한다.<sup>24)</sup>

중첩적용설은 보험계약자가 1월내에 취소하지 않더라도 다시 약관규제법을 근거로 설명을 듣지 아니한 약관의 효력을 다룰 수 있다는 견해이다. 즉 보험자가 약관의 교부·설명 의무를 위반한 경우 해당약관을 보험계약의 내용으로 주장하지 못한다는 것으로 판례의 일관된 입장<sup>25)</sup>이다. 보험약관에 대한 교부·설명 의무가 없는 경우 1월내에 계약을 취소할 수 있다는 것은 상법이 약관규제법에 비하여 특별법적으로 다른 규정을 하고 있기 때문에 인정되고, 취소하지 않는 경우의 효과는 특별법으로써 상법이 별도의 규정을 하지 않고 있기 때문에 약관규제법 제3조 제4항이 당연히 적용된다고 해석한다. 따라서 보험약관의 경우 교부·설명 의무의 위반이 있으면 약관규제법에 의해 당해 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다는 주장이다. 이에 대하여 상법규정이 보험자의 취소권만을 인정하고 약관의 효력에 대하여는 약관규제법의 규정에 따라야 한다는 것은 보험제도의 성질상 수긍할 수 없다는 비판이 있다.<sup>26)</sup> 이는 보험관계에 관하여 상법 제4편(보험)에서 해당규정이 있으면 특별법우선의 원칙에 따라 약관규제법상의 해당규정은 그 적용이 배제됨을 뜻하는 것이다. 따라서 특정의 보험관계를 규율하는 보험약관조항에 대하여 상법의 해당규정을 적용하여 그 유·무효여부를 결정할 수 있음에도 다시 약관규제법상의 규정을 적용하여 이를 결정하는 것은 특별법우선 내지 실정법체계를 혼드

24) 손주찬, “보험약관명시의무위반과 고지의무위반을 이유로하는 계약해지”, 『판례월보』, 제313호, 판례월보사, 1996, 20쪽; 양승규, “보험계약의 성립과 약관의 교부 명시의무”, 『사법행정』 제377호, 한국사법행정학회, 1992, 69쪽.

25) 대법원 1996. 4. 12. 선고 96다4893 판결; 대법원 1997. 9. 26. 선고, 97다4494 판결; 대법원 1998. 6. 23. 선고 98다14191 판결; 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결; 대법원 1999. 3. 9. 선고, 98다43342 판결; 대법원 2001.07.27 선고 99다55533 판결; 대법원 2001.07.27 선고 2001다23973 판결; 대법원 2001.09.18 선고 2001다14917 판결; 대법원 2003.08.22 선고 2003다27054 판결; 대법원 2005.08.25 선고 2004다18903 판결; 대법원 2005.10.28 선고 2005다38713 판결; 대법원 2005.12.09 선고 2004다26164 판결; 대법원 2006.01.26 선고 2005다60017 판결; 대법원 2013.02.15 선고 2011다69053 판결.

26) 양승규, “보험자의 약관설명의무위반과 보험계약자의 고지의무위반의 효과”, 『저스티스』 제29권 2호, 한국법학원, 1996, 146쪽.



는 결과를 초래 한다<sup>27)</sup>는 견해가 있다.

한편 “계약적 불균형 관계를 해소한다는 취지에서 보면 보험계약자를 보호하는데 적합하지만, 법해석논리에 따라 특별법이 일반법에 우선하므로 이 문제에 대해서는 상법이 적용되어 보험계약자가 취소 기간 내에 계약을 취소하지 않았다면 약관의 내용은 그대로 계약내용으로 적용되는 것이 법논리상 옳을 것이나 규정의 취지나 형평의 문제를 고려하면 법규정의 변화가 필요하다”는 견해<sup>28)</sup>와 같이 법체계를 부정할 수는 없으나 현재의 규정은 불합리한 면이 있어 개정이 필요하다고 생각한다.

## 2) 위반의 증명책임

설명 의무 위반의 증명 책임을 논하기 위해서는 우선 설명 의무 위반 행위가 불법 행위와 채무불이행 중 어느 유형에 속하는 것인지를 명확히 할 필요가 있다. 왜냐하면 위반에 대한 증명 책임이 불법 행위 책임과 채무불이행 책임에서 다르게 나타나기 때문에 이를 확정하는데 구별의 실익이 있다. 원칙적으로 불법 행위는 불특정 다수를 대상으로 하는 행위를 원인으로 하여 손해배상 청구권자인 피해자 즉 소비자에 증명 책임이 있다. 이에 반해 계약 당사자간 사정에 국한되는 채권관계에서는 채무자가 채무의 부존재를 증명해야 한다. 즉 의무의 이행자가 증명 책임을 가지는 것으로서 보험계약에서는 설명 의무 보유자인 보험자가 의무의 이행을 하였거나 의무가 없음을 증명해야 한다.

설명 의무에 대한 민법상 논의들을 보면, 설명 의무가 계약의 양태에 따라 불법 행위와 채무불이행으로 각각 다른 성격을 가진다고 하면서도 성립된 계약이 실현하고자 하는 이익 즉 계약의 목적과 관련성을 지니는 것은 계약의 체결 자체를 목적으로 하는 것과 달리 보아 계약 책임 하에서 처리 된다<sup>29)</sup>고 한다. 또한 설명 의무는 보험자의 부수의무로써 그 근거는 민법상 신의칙에서 찾을 수 있다는 점에서 그 위반에 대하여는 원칙

27) 장경환, 앞의 글, 138쪽.

28) 김은경, 앞의 글, 126면; 황근수, “보험약관의 교부 설명의부위반과 그 효과의 문제”, 『원광법학』 제24권 4호, 2008.12, 459쪽.

29) 박영복, 앞의 글, 199쪽.

적으로 손해배상책임이 발생할 수 있는 계약상 의무(채무불이행)이라고 한다.<sup>30)</sup> 계약의 교섭 결과 계약체결에 이른 경우 설명의무가 계약상의 주된 의무는 아니라도 계약에 의하여 비로소 발생하거나 주된 의무의 이행에 필요한 부수적 의무로 인정된다면 이를 계약상 의무로 볼 수 있고,<sup>31)</sup> 위반 시 계약상의 채무불이행 법리가 적용될 수 있다<sup>32)</sup>고 한다. 의료행위에 대한 의사의 설명의무도 이와 같은 맥락에서 환자는 의사가 설명의무를 이행하지 않았다고 주장하는 것으로 족하고, 의사가 반증을 들어 설명의무를 이행하였다는 점을 증명하지 못하는 한 설명의무가 이행되지 않은 것으로 본다<sup>33)</sup>고 하여 의무이행자인 의사에게 증명책임을 부여하고 있다. 이에 비추어 보면 보험계약도 보험의 부보라는 목적 달성을 위해 설명의무를 기타의 다른 의무들과 함께 부수의무로 두고 있으므로 보험계약의 설명의무는 채무불이행 책임으로 판단해야 한다.

설명 의무의 이행에 대한 증명책임을 보험자가 가진다고 전제하여도, 실제 사례에서는 설명의무의 이행 대상인 약관을 개개의 사안에 따라 달리 판단하고 있다.<sup>34)</sup> 따라서 설명의무 위반의 다툼이 되는 약관 조항이 보험자의 설명의무의 대상이 되는 것인가에 대한 증명책임에 대해 법원이 명확히 판시한 사례는 아직 없다. 그러나 대법원은 최근 판결<sup>35)</sup>에서 “특정 질병 등을 치료하기 위한 외과적 수술 등의 과정에서 의료과실이 개입되어 발생한 손해를 보상하지 않는다는 것은 일반인이 쉽게 예상하기 어려우므로, 약관에 정하여진 사항이 보험계약 체결 당시 금융감독원이 정한 표준약관에 포함되어 시행되고 있었다거나 국내 각 보험회사가 위 표준

30) 이정원, “보험자의 약관설명 의무 위반의 법적 의의에 대한 비판적 검토”, 『인하대학교 법학연구』 제5권 3호, 2012.11, 630쪽.

31) 어수용, “계약체결과정에서의 설명의무와 선택권의 보호”, 『재산법연구』 제27권 3호, 2011.2, 111쪽.

32) 어수용, 위의 글, 96쪽.

33) 대한의사협회, 의료분쟁의 이해, 법문사, 2009, 243쪽.

34) 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결; 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003다7302 판결; 대법원 2007.04.27. 선고 2006다87453 판결; 대법원 2010.03.25. 선고 2009다91316 판결; 대법원 2011.03.24. 선고 2010다96454 판결; 대법원 2012.06.28. 선고 2010다57466 판결; 대법원 2013.06.28. 선고 2013다22058 판결 등.

35) 대법원 2013. 6. 28. 선고 2012다107051 판결; 대법원 2013.06.28. 선고 2013다22058 판결.

약관을 인용하여 작성한 보험약관에 포함되어 널리 보험계약이 체결되었다는 사정만으로는 그 사항이 ‘거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이 충분히 예상할 수 있었던 사항’에 해당하여 보험자에게 명시·설명 의무가 면제된다고 볼 수 없다.”라고 하여 면책조항이 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이 충분히 예상할 수 있었던 사항으로 보인다는 이유로 피고에게 이에 대한 명시·설명 의무가 면제된다고 판단한 원심의 판결을 뒤집었다. 이에 대하여 법원은 보험자가 해당 보험약관이 거래계에 일반적이고 공통된 것이며 보험계약이 반복적으로 체결된 것이라 할지라도 보험계약자가 약관조항에 대하여 잘 알고 있다거나 충분히 예상할 수 있는 것에 해당하지 않기 때문에 보험계약자가 이미 잘 알고 있거나 별도의 설명이 없어도 충분히 예상할 수 있는 사정에 해당하는 것이라는 증명은 보험자 부담이라는 입장을 천명한 것이라고 한다.<sup>36)</sup>

## (2) 보험업법 제102조의 적용

2010년 7월 개정된 보험업법은 제102조에 모집을 위탁한 보험회사의 배상책임을 규정하였다. <sup>37)</sup> 본 조에 따르면 “보험회사는 그 임직원·보험설계사 또는 보험대리점(보험대리점 소속 보험설계사를 포함한다.)이 모집을 하면서 보험계약자에게 손해를 입힌 경우 배상할 책임을 진다.”고 규정하고 있어 모집과정에서 모집인에 의해 발생하는 보험계약자의 손해에 대해 우선 보험자가 책임을 지도록 되어있다. 또한 해당 임직원·보험설계사 또는 보험대리점에 대한 보험회사의 구상권(求償權) 행사를 명문

36) 박은경, 앞의 글, 339-341쪽.

37) 보험업법 제102조(모집을 위탁한 보험회사의 배상책임) ① 보험회사는 그 임직원·보험설계사 또는 보험대리점(보험대리점 소속 보험설계사를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)이 모집을 하면서 보험계약자에게 손해를 입힌 경우 배상할 책임을 진다. 다만, 보험회사가 보험설계사 또는 보험대리점에 모집을 위탁하면서 상당한 주의를 하였고 이들이 모집을 하면서 보험계약자에게 손해를 입히는 것을 막기 위하여 노력한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항은 해당 임직원·보험설계사 또는 보험대리점에 대한 보험회사의 구상권(求償權) 행사를 방해하지 아니한다.

③ 제1항에 따라 발생한 청구권에 관하여는 「민법」 제766조를 준용한다.

화 하고 있다. 판례<sup>38)</sup>는 “보험회사 또는 보험모집종사자가 고객에게 보험계약의 중요사항에 관하여 어느 정도의 설명을 하여야 하는지는 보험상품의 특성 및 위험도 수준, 고객의 보험가입경험 및 이해능력 등을 종합하여 판단하여야 하고, 보험계약의 중요사항은 반드시 보험약관에 규정된 것에 한정된다고 할 수 없으므로, 보험약관만으로 보험계약의 중요사항을 설명하기 어려운 경우에는 보험회사 또는 보험모집종사자는 상품설명서 등 적절한 추가자료를 활용하는 등의 방법을 통하여 개별 보험상품의 특성과 위험성에 관한 보험계약의 중요사항을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다.”라고 하여 변액보험에서 설명의무 위반과 보험계약자의 손해에 인과관계가 발생하는 경우 보험업법 제102조에 의한 보험자의 배상책임을 인정하고 있다. 이에 대해 변액보험을 염두에 두고 보험업법 제102조의 손해배상책임을 성립하기 위하여 보험계약이 무효이거나 보험사고가 발생할 필요는 없다는 견해<sup>39)</sup>가 있다. 또한 보험업법의 규정이 보험계약자의 손해에 대해 열거 또는 예시를 하지 않고 위반의 효과를 규정하는 바 없어서 제102조의 규정으로 손해배상책임을 인정하기는 어려울 것이라는 견해<sup>40)</sup>도 있다.

그러나 판례<sup>41)</sup>는 “소속 구성원의 사망 또는 상해를 보험사고로 하는 단체보험계약을 체결할 때 보험모집인으로서 보험계약자가 단체보험 유효요건을 몰라 보험계약체결 당시에 그 체결된 보험계약이 무효가 되지 않도록 보험계약자에게 단체보험의 유효요건에 관하여 구체적이고 상세하게 설명하여 적어도 보험계약자로 하여금 그 요건을 구비할 수 있는 기회를 주어 유효한 보험계약이 체결되도록 조치할 주의의무가 있고, 그럼에도 보험모집인이 보험계약의 유효요건에 관하여 충분히 설명을 하지 아니하는 바람에 요건의 흠결로 보험계약이 무효가 되고 그 결과 보험사고의 발생에도 불구하고 보험계약자가 보험금을 지급받지 못하게 되었다

38) 대법원 2013.6.13, 선고, 2010다34159, 판결

39) 김선정, “변액유니버설보험계약에 있어서 설명의무와 적합성원칙에 대한 재론”, 『금융법연구』 제10권 2호, 2013.12, 106쪽.

40) 양기진, “금융상품의 불완전판매에 관한 구제 범위 연구”, 『선진상사법률연구』 제64호, 법무부, 2013, 81쪽.

41) 대법원 2013.8.22, 선고, 2012다91590, 판결

면 보험자는 보험업법 제102조 제1항에 기하여 보험계약자에게 그 보험금 상당액의 손해를 배상할 의무가 있다.” 라고 하여 변액보험 외에도 보험계약의 무효 사유가 모집과정에서의 흠결에 있는 경우라면 보험업법 제102조를 적용하여 보험자의 배상책임을 인정하고 있다. 또한 보험업법 제102조는 설명의무 위반 외에도 모집과정에서 발생하는 모든 손해를 그 대상으로 하므로 손해의 원인이나 행위의 대상에는 제한이 없어 폭넓은 적용이 가능하다는 점에서 보험자의 배상책임을 무겁게 하여 계약자를 보호하고자 하는데 목적이 있다고 볼 수 있다.

#### 4. 검토

지금까지 살펴본 보험약관의 명시 설명의무에 대한 내용을 논의 대상 판례에 적용하여 보면, 우선 당해 보험계약의 모집을 담당할 적법한 보험대리점이나 보험설계사가 아닌 B설계사에 의한 설명만으로는 보험자의 보험약관 명시·설명 의무가 이행된 것으로 볼 수 없다고 할 것이다. 앞서 살펴 본 법리 등에 의하면 이 사건 보험계약의 보험약관 제26조 제1항에서 규정하는 ‘계약 체결 후 피보험자가 이륜자동차 또는 원동기장치자전거를 직접 사용하게 된 경우 이를 원고에게 고지하여야 한다’는 내용은 이 사건 보험계약상 보험자의 보험약관 명시·설명 의무가 면제되지 않는 중요한 사항에 해당한다고 할 것이다. 그런데 이 보험계약의 설명은 A손해보험주식회사 소속이 아닌 B생명 소속의 보험설계사에 의하여 이루어졌을 뿐 A손해보험주식회사 소속 보험대리점인 C플랜이나 그 소속 보험설계사에 의한 설명이 이루어진 바는 없다. 또한 청약서에 C플랜의 이름으로 모집이 이루어졌음을 명시하였기 때문에 보험업법 제85조에서 인정하는 교차판매라는 A손해보험주식회사의 주장은 인정될 수 없다. B설계사는 설명의무의 이행 주체에 해당하지 않으며 보험업법 제85조는 모집인간 위탁관계를 금지하고 있기 때문에 교차판매로 인정되지 않는 이상 이 사건에서 B설계사는 단지 사자(使者)의 위치에 있었을 뿐 어떠한 권한도 없다. 따라서 A손해보험주식회사와 C플랜설계사는 설명의무를 이행한 것으로 볼 수 없고 이를 이유로 하여 해당 약관의 내용을 계약의 내

용에서 제외하고 A손해보험주식회사 패소 판결을 내린 고등법원의 판단과 이에 대한 상고를 기각한 대법원은 명시·설명 의무에 대한 일관된 입장을 고수하고 있다고 생각한다.

논의 대상 판례는 보험약관의 설명 의무에 대한 법원의 일관된 관점을 재확인 할 수 있는 부분 외에도 판례 자체의 특이점도 존재한다. 보험자와 아무 관련 없는 자에 의해 모집이 이루어졌고, 소속이 다른 보험설계사간 위탁을 금지한 보험업법 제85조에 의해 C플랜설계사와 B생명설계사 간에는 어떠한 위임관계도 성립할 수 없었고 따라서 C플랜설계사와 위탁관계에 있는 A손해보험주식회사는 설명 의무를 전혀 이행하지 않은 결과가 되었다. 지금까지 보험자가 설명 의무를 전혀 이행하지 않은 사례는 다루어진 바가 없기 때문에 위반의 효과에 차이가 있는 지를 검토해 볼 필요가 있다.

설명 의무 위반의 효과에 대해 상법과 약관규제법의 중첩적용설을 취하는 법원의 관점에서는 문제가 되는 약관만 계약의 내용에서 제외하는 것으로 해결이 가능하므로, 일부 내용의 설명누락과 설명 의무의 전체 불이행에 차이가 없을 것이다. 그러나 상법적용설을 따르면, 일부내용의 설명누락은 설명 의무 위반으로 인한 취소권 행사의 제척기간이 경과하는 경우에 계약 내용에 변화를 가지고 오지 않게 된다. 그러나 설명 의무의 전체 불이행의 경우라면 보험계약자가 보험계약의 특정 내용 뿐만 아니라 전체의 내용을 인지하지 못한 것으로 판단해야 하며, 이는 계약의 목적을 상실한 것으로 보아 보험계약을 무효로 해야 한다. 혹은 상법의 설명 의무 규정을 엄격하게 적용한다면 계약 체결일로부터 2년 이상이 경과하였으므로 취소권의 제척기간을 다룰 가능성은 없고 따라서 원고 보험자의 주장과 같이 통지의무 위반으로 인한 계약의 해지를 인정해야 한다는 결론이 된다. 그러나 본 판례에서 법원은 중첩적용설의 입장에서 판단하여 약관의 설명을 일부 누락한 경우와 동일하게 판단하여 원동기에 대한 통지의무를 계약의 내용에서 제외하는 것으로 결론을 지었다.

한편, 대상 판례에서 문제가 된 이륜자동차 운전여부에 대한 통지의무는 상법 제652조의 위험변경 증가의 통지에 해당하는 바, 상품의 성격에

따라 구체적으로 달라지는 위험에 이륜차의 운전이 포함된 것이다. 상법 제652조는 계약의 해지를 위반의 효과로 하며, 구체적으로 어떠한 사항을 통지의무의 대상이 되는 위험으로 볼 것인지는 각 보험계약의 특성에 따라 달라질 수밖에 없다. 그렇다면 상법 적용설이나 규범설에 따라 위험변경증가의 통지의무를 설명할 필요가 없는 강행 법규로 본다고 할지라도, 대상 위험에 대한 설명이 사전에 존재하여야만 보험계약자가 통지의무의 내용을 인식할 수 있다는 점은 부정할 수 없다. 따라서 제652조의 통지의무는 제638조의3의 설명의무가 정상적으로 이행되었다는 전제 하에 주장 가능한 의무로 보아야 한다. 또한 제652조는 “보험계약자와 피보험자가 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실을 안 때에는”이라는 통지의무 이행의 요건을 부여하여 보험계약자나 피보험자가 보험계약에서 정하는 위험의 변경 또는 증가가 발생한 사실을 인지할 수 없었다면, 통지의무 위반을 주장할 수 없도록 하고 있다. 즉 위험의 변경 또는 증가된 사실에 대한 부지가 보험계약의 특성에 따른 위험의 종류, 성격 등에 대한 보험자의 설명 부재로 인한 것이라면 통지의무 위반에 해당하지 않는다는 것이다. 결국 위험변경 증가의 통지의무에 대해 설명의무가 이행되지 않았다면 법률에 따른 통지의무 위반도 주장할 수 없다는 결론이 된다.

보험자가 거절할 사유가 없다면, 보험자의 승낙 전에 보험사고가 발생하여도 보험계약이 체결된 것으로 본다는 법원의 기존 입장과 계약 전반의 설명의무에 대해 일관되게 중첩적용설과 의사설을 취해야 하는 법원의 입장이 대상 판례에서도 유지되고 있다. 대상 보험계약이 적법하게 모집된 것이 아니기 때문에 보험계약이 무효가 되어야 한다는 보험자 측의 주장과 달리 설명의무는 상법상 모집인이 아닌 보험자의 의무이며<sup>42)</sup> 위반이 보험자의 과실로 발생하였다는 점, 보험계약자의 보험청약서의 서명, 날인이 유효하게 이루어졌고 보험자가 청약을 거절할 사유가 없었다는 점, 위 보험청약을 그대로 받아들여 보험 증권까지 교부한 점을 고려해보면 이상 이 사건 보험계약 자체는 유효하게 성립하였다고 할 것이

42) 김선정, “보험약관에 대한 명시 설명의무의 이행주체”, 『월간 생명보험』 vol.421, 2014. 3, 41쪽.

다. 그리고 그 모집 과정에 개입한 B생명설계사와 C플랜설계사에게는 보험업법 제85조를 위반한 책임을 다할 수 있을 뿐 보험계약의 성립에 문제가 생긴다고 볼 수는 없을 것이다. 따라서 현행 규정의 한계와 논란에도 불구하고 계약 법리에 기초하여 일견 합당한 결론을 이끌어낸 판례라고 생각한다.

#### IV. 맺는 말

만약, 대상 판례의 보험계약자 혹은 피보험자가 이륜자동차의 운행에 대한 위험증가를 알고 있었다고 가정하면 어느 정도는 계약자 측에도 책임이 있다고 생각할 수 있다. 그러나 상품에 따라 구체적인 위험 내용은 판이하게 달라지는 보험계약의 성격을 반영하면, 해당 위험증가 사유(사실관계)와 상품에서 보전하고자 하는 위험(계약의 목적) 간의 인과관계 존재 여부는 결국 보험자만이 판단할 수 있다는 점을 먼저 고려해야 한다. 보험계약자나 피보험자가 생활하면서 발생하는 모든 종류의 위험변경에 대해 인지하고 통지하는 것은 불가능하므로, 어떠한 사항을 주의해서 인지하고 통지해야 하는지에 대한 판단은 보험자의 설명을 통해서만 실현 가능한 부분이다. 보험계약자나 피보험자가 위험증가를 사실상 인식하고 있었다고 할지라도, 법정 의무의 위반 여부를 논하고자 한다면 의무 내용과 이행자 등 법률상 요건에 대해서 엄격하게 판단해야 한다. 따라서 법률에서 정한 의무이행주체에 해당하지 않는 자에 의해 통지의무가 인식되었다 할지라도 이것이 위반을 주장할 수 있는 근거가 될 수는 없다고 보아야 한다.

보험약관의 명시·설명 의무를 규정한 상법 제638조의3은 현재 개정안이 통과되어 2015년 3월 시행을 앞두고 있다. 그러나 개정 내용이 ‘알려주어야 한다’를 ‘설명하여야 한다’로 바꾼 것과 기존 1개월의 취소권 제척기간을 3개월로 연장하는 것에 불과하여 기존에 지속적으로 논의되어 온 ‘상법과 약관규제법의 적용 관계’와 ‘규범설과 의사설’ 및 ‘설명 의무의 대상’에 대한 논쟁은 이후로도 지속될 것으로 보인다.



개정 법률에 근본적인 변화가 없기 때문에 법원도 중첩적용설과 의사설에 입각하는 기존 입장에 변화를 줄 이유는 없을 것이다. 학계에서 현재 다수설은 상법적용설에 있지만, 구체적으로 보면 상법적용설과 규범설을 주장하는 견해와 상법적용설과 의사설을 주장하는 견해로 나뉘어 있다. 전자와 달리 후자는 상법적용설을 법체계 간의 우선적용 규칙에 의한 한계라고 판단하며, 상법의 보험약관 명시 설명의무의 근본적인 개정을 꾸준히 주장해오고 있다. 따라서 상법적용설의 입장에 있으면서도 설명의무의 본질에 대해서는 의사설을 주장하는 것이며, 이는 계약 전반에 동일하게 적용하는 설명의무 본래의 취지를 보험계약에서만 배척할 이유는 없다는 법원의 의지와 크게 다르지 않다고 생각한다. 궁극적으로는 취소권의 제척기간을 삭제하고 설명의무 위반 시 계약의 내용으로 편입하지 않도록 상법을 개정해야 할 것이다. 더불어 보험계약자의 고지의무에 대해서 계약의 해지라는 위반의 효과를 규정하고 있는 것처럼, 대청에 있는 보험자의 설명의무도 그 위반의 효과에 대한 불이익을 규정하는 방안도 고려해 볼 필요가 있다고 생각한다.

## 참 고 문 헌

- 김성태, 보험법강의, 법문사, 2001.
- 대한의사협회, 의료분쟁의 이해, 법문사, 2009.
- 이필규·최병규·김은경, 2009년 독일보험계약법, 세창출판사, 2009.
- 장덕조, 보험법, 법문사, 2011.
- 김나경, “의사의 설명의무의 법적 이해”, 『한국의료법학회지』 제15권 1호, 2007.06.
- 김계현·김한나, “의사의 설명의무 위반과 손해배상책임의 범위”, 『가천법학』 제6권 4호, 2013.12.
- 김선정, “변액유니버설보험계약에 있어서 설명의무와 적합성원칙에 대한 재론”, 『금융법연구』 제10권 2호, 2013.12.
- \_\_\_\_\_, “보험약관에 대한 명시 설명의무의 이행주체”, 『월간 생명보험』 vol.421, 2014.03.
- 김은경, “보험자의 설명의무에 대한 재고”, 『상사판례연구』 제20권 3호, 2007.09.
- 김현록, “보험자의 보험약관 설명의무와 그 새로운 입법안”, 『상사판례연구』 제26권 1호, 2013.03.
- 박영복, “계약교섭단계에서의 행위규범”, 『외법논집』 제36권 4호, 한국의국어대학교, 2012.11.
- 박은경, “표준약관조항은 보험자의 약관설명 의무 면제대상인가?”, 『법학연구』 제52권, 한국법학회, 2013.12.
- 손주찬, “보험약관명시의무위반과 고지의무위반을 이유로 하는 계약해지”, 『판례월보』 제313호, 판례월보사, 1996.
- 양기진, “금융상품의 불완전판매에 관한 구제 법리 연구”, 『선진상사법률연구』 제64호, 법무부, 2013.
- 양승규, “보험자의 보험약관의 명시설명 의무”, 『법학』 제40권 1호, 서울대학교법학연구소, 1995.05.
- \_\_\_\_\_, “보험계약의 성립과 약관의 교부 명시의무”, 『사법행정』 제377호, 한국사법행정학회, 1992.
- \_\_\_\_\_, “보험자의 약관설명 의무위반과 보험계약자의 고지의무위반의 효과”, 『저스티스』 제29권 2호, 한국법학원, 1996.

- 어수용, “계약체결과정에서의 설명의무와 선택권의 보호”, 『재산법연구』 제27권 3호, 2011.2.
- 위계찬, “계약체결과정에서 설명의무의 근거”, 『원광법학』 제23권 4호, 2007.09.
- 이정원, “보험자의 약관설명 의무 위반의 법적 의의에 대한 비판적 검토”, 『인하대학교 법학연구』 제15권 3호, 2012.11.
- 장경환, “보험약관과 약관규제법”, 『보험법연구』 제2호, 1998.
- 장덕조, “약관설명 의무와 법령에 규정된 사항”, 『상사판례연구』 제26권 1호, 2013.03.
- 전우현, “자동차종합보험약관 설명의무의 범위에 관한 검토”, 『상사판례연구』 제18집 4권, 2005.12.
- 황근수, “보험약관의 교부 설명의부위반과 그 효과의 문제”, 『원광법학』 제24권 4호, 2008.12.

Bruck/Möller, Kommentar zum VVG, Bd. 1, De Gruyter, 2008.

Halm/Engelbrecht/Krahe, Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht 3. Aufl. Luchterhand, 2008.

Langheid/Wandt, VVG, Verlag C. H. Beck, 2010.

Looschelders/Pohlmann, VVG, Carl Heymanns Verlag, 2009.

Manfred Wandt, Versicherungsrecht, 5 Aufl. Carl Heymanns Verlag, 2010.

Rüffer/Halbach/Schimikowski, VVG-Handkommentar, Nomos, 2008.

## <국문초록>

설명의무는 계약 전반에 존재하며, 계약체결 과정에서 불확실하거나 누락된 정보 등으로 인해 뒤늦게 본래 이해한 계약과 다른 내용의 계약을 체결하는 것을 방지하는데 목적이 있다. 상법은 제638조의 3에서 “보험자는 보험계약을 체결할 때에 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 그 약관의 중요한 내용을 알려주어야 한다.”라고 하여 보험약관의 교부 명시 의무를 규정하고 있고, 이를 일반적으로 보험자의 설명의무라고 한다. 설명의무는 계약의 성립 전 의무이지만, 계약 체결을 전제로 하여 계약 교섭의 당사자에게만 인정되는 의무이므로 계약체결상의 의무로 보는 것이 적합하다. 설명의무는 보통 표준약관의 내용을 별도로 설명할 필요가 있는가에 대한 문제와 결합되어 다루어지며, 판례는 일관되게 법령에 규정된 내용은 설명할 필요가 없다고 보면서도, 약관의 내용이 “거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이 충분히 예상할 수 있었던 사항”이 아니라면 설명의무가 있다고 보아 개별 사안에 따라 달리 판단하고 있다. 설명의무의 법적 성질과 이행책임주체라는 본질적인 부분은 소외된 채 개별판단에만 의존하고 있는 실정이다. 최근 설명의무의 이행주체와 위반의 증명책임이라는 본질적인 부분에 대해 고찰해볼 수 있는 판례가 있어 이를 중심으로 설명의무의 법적 성질과 위반의 책임에 대해 알아보고자 한다.

**주제어** : 보험약관, 보험계약, 설명의무, 책무, 약관규제법, 고지의무

## The consideration for the performer of liability and the burden of proof for the misrepresentation by the insurer

Kim, Eun-Kyung\*·Rim, Che-Oug\*\*

A contract is voidable by a party to that contract, if he was induced to make the contract by misrepresentation of his opponent party; he may also have the remedy of damage. In this respect the article 638-3 of Commercial Law makes the insurer to represent the key point of the insurance clauses to the insured before the conclusion. This pre-contractual liability designed with the purpose of prevention that infringing on the insured's self-determination. The representation by the insurer is the obligation before the contract establishment, but because it is a duty that was found only parties of the contract negotiations on the assumption that agreement, be seen to contractual obligations is appropriate. The Supreme Court of Korea established precedents had preserved up a principle about the obligation of representing the application of the insurer. Although it is important particular on the insurance clauses, if it is widely known in the transaction market so the insurance contractor already know that well expected; if it is made as a law so representation of it is just repetition and amplification, the insurer is exempt the responsibility of misrepresentation. It depends on the individual case, it is determined differently by the court. The fact is an essential part of the legal nature and performer of the representation by the insurer, remain isolated, it is dependent only on the judgment of the individual. There is a recent precedent by the Supreme Court of Korea (2013da215850 decided January 29, 2014)that may attempt to consider the performer of liability and the burden of proof for the misrepresentation by the insurer to be examined.

**Key Words** : insurance clauses, insurance contract, representation by the insurer, obligation, Standard Form Contract Regulation Act, duty of disclosure

---

\* Prof. Dr. Hankuk University of Foreign Studies Law School

\*\* Ph.D. Candidate in Law. Hankuk University of Foreign Studies

