

## 보험설계사의 고지방해와 보험자의 책임\*

### Disclosure obstruction by insurance salesman and liability of insurer

오 창 석\*\*  
Oh, Chang-Seog

#### 목 차

- I. 머리말
- II. 보험설계사의 고지수령권
- III. 고지의무의 대상으로서의 중요한 사항
- IV. 보험설계사의 고지방해와 보험자의 책임
- V. 맺음말

#### 국문초록

보험계약은 우연한 사고의 발생을 전제로 하는 사행계약적 성질을 가지고 있다. 따라서 보험계약자는 보험계약과 관련하여 중요한 사항을 보험자에게 고지할 의무를 부담하는데, 이는 보험계약의 선의성과 기술성에 기초하고 있는 것이다. 우리 상법도 이를 반영하여 보험계약자나 피보험자에게 고지의무를 부과하고, 고지의무의 위반시 보험자는 보험계약을 해지할 수 있다고 규정하고 있다.

보험계약의 당사자는 보험계약자와 보험자이지만, 현실적으로 보험계약 당사자들 사이에서 직접적으로 보험계약 체결이 이루어지는 경우는 흔치 않고, 오히

---

논문접수일 : 2017.06.30.

심사완료일 : 2017.07.24.

게재확정일 : 2017.07.24.

\* 이 논문은 2017~2018년도 창원대학교 연구비에 의하여 연구되었음.

\*\* 창원대학교 법학과 부교수·법학박사

려 보험대리점이나 보험중개인 또는 보험설계사 등의 보험모집보조자의 중개행위를 통해서 이루어지고 있다. 이러한 현실에서 보험설계사들은 더 많은 고객을 확보하고 신속한 계약체결을 통한 실적의 향상을 위해 보험계약자로부터 수집한 위험측정요소를 보험회사 측에 전달하지 않거나 보험계약자가 청약서상의 질문사항 이외의 중요한 사항을 진술하더라도 보험설계사에 의해 방해 당하는 경우가 빈번하다.

보험계약자는 보험설계사의 권유에 따라 보험계약의 청약을 하면서 질문표에 기재된 사항에 대해서도 보험설계사의 설명에 따라 성실히 답변을 함으로써 자신의 고지의무를 모두 이행하였다고 믿는 것이 일반적이다. 그러나 보험설계사에게는 계약대리권은 물론 고지수령권이 없기 때문에 보험설계사에 의한 고지방해의 경우에도 보험회사는 고지의무위반을 이유로 보험금지급을 거절하거나 보험계약을 해지할 수 있으므로 보험소비자들이 피해를 볼 수 있다. 또한 보험모집인의 불법행위에 대해서는 보험회사의 손해배상책임이 인정되고 있기는 하지만, 면책규정이 존재할 뿐만 아니라 보험계약자가 손해배상을 받게 되더라도 과실상계 등으로 인하여 보험금을 지급받는 것보다 더 불리한 측면도 있다.

현행 상법상의 고지의무에 관한 규정은 자발적 고지의무로 해석되므로, 보험소비자의 보호를 위해서는 보험설계사에게 기본적인 고지수령권을 인정하는 것이 바람직하다. 특히 고지하여야 할 중요한 사항에 대한 판단의 책임은 보험에 관한 전문가인 보험회사 측에서 부담하여야 하며, 보험설계사의 고지방해 등과 같은 부정행위에 대해서는 보험계약자보다는 보험자가 감시·통제의 역할을 수행하는 것이 적절하다. 보험계약자의 고지의무와 관련한 문제는 우리 상법 및 보험업법에서 보험설계사의 고지수령권을 인정하지 않으면서 동시에 보험계약자에게는 자발적 고지의무를 부과하고 있기 때문이다. 그러므로 보험설계사의 고지수령권을 명문으로 인정하거나 아니면 자발적 고지의무를 수동적 응답의무로 전환하여 보험소비자를 보호할 필요가 있다.

**주제어** : 고지의무, 고지방해, 고지의무의 수동화, 보험계약, 보험설계사, 보험계약자, 보험자, 자발적 고지의무, 최대선의성

## 1. 머리말

보험계약은 우연한 사고의 발생을 전제로 하여 보험계약자가 그 위험을 보험자에게 전가하는 대신에 약정한 보험료를 납입하고 보험사고가 발생하면 보험자로부터 보험금을 지급받기로 하는 일종의 사행계약적 성질을 가진다. 따라서 보험계약은 바로 이러한 사행계약적 성질로 인하여 다른 어떤 계약보다도 더 당사자의 최대선의성(the utmost good faith)이 요구되는 계약이며,<sup>1)</sup> 우리 상법도 이를 반영하여 보험계약자나 피보험자의 고지의무를 규정하고 있다(상법 제 651조).

원래 개별적인 보험계약만을 놓고 보면 보험계약은 사행적 성질을 가진다고 볼 수 있지만, 보험단체 전체의 구조에서 본다면 우연한 보험사고의 발생율은 소위 ‘대수의 법칙(law of large numbers)’에 따라 어느 정도 규칙적 형태로 발생하기 때문에 보험제도는 필연적으로 동질의 위험의 집적인 단체성을 요구하게 된다.<sup>2)</sup> 따라서 보험자는 각 개별 보험계약을 체결함에 있어서 불량위험을 차단하여 동질적 위험단체의 형성과 유지에 노력하여야 한다. 즉, 보험자는 위험의 인수여부와 인수조건 등을 정하기 위하여 개별적인 위험에 대한 정확한 평가를 위한 조사를 할 필요가 있다. 그러나 보험계약자의 지배영역에 있는 위험에 관하여 보험자가 스스로 조사하는 것만으로는 위험에 대한 정확한 파악이 어렵기 때문에 그 위험을 잘 아는 보험계약자 등의 협조가 필수적이다.<sup>3)</sup> 따라서 우리 상법은 보험계약의 체결과 관련한 중요한 사항에 대한 고지의무를 보험계약자에게 부과하고 있다. 그러나 고지의무는 상법에서 정하고 있는 법률상의 의무이기는 하지만, 보험자가 그 이행을 강제하거나 불이행의 경우에 손해배상을 청구할 수 있는 것이 아니라 보험계약의 해지 등의 불이익을 면하기 위하

1) 양승규, 「보험법」 제5판, 삼지사, 2005, 87면.

2) 한기정, “보험계약의 개별성·단체성에 대한 고찰”, 「심당 송상현선생 화갑기념논문집 이십일세기 한국상사법학의 과제와 전망」, 심당 송상현선생 화갑기념논문집 간행위원회, 박영사, 2002, 354면.

3) 양승규, 위의 책, 117면.

여 보험계약자 등이 부담하는 일종의 구속으로서, 이른바 자기의무 또는 간접의무로 파악되고 있다.<sup>4)</sup>

보험계약은 보험계약자의 청약과 보험자의 승낙에 의해 성립하는 불요식의낙성계약으로서 보험계약의 당사자는 보험계약자와 보험자이지만, 현실적으로 보험계약 당사자들 사이에서 직접적으로 보험계약 체결이 이루어지는 경우는 흔치 않고, 오히려 보험대리점이나 보험중개인 또는 보험설계사 등의 보험모집 보조자의 중개행위를 통해서 이루어지고 있다.<sup>5)</sup>

보험계약의 체결과정에서의 보험설계사의 역할이 중요하게 부각되고 있는 현실에서 보험설계사들은 더 많은 고객을 확보하고 신속한 계약체결을 통한 실적의 향상에 노력하게 된다. 특히 보험설계사가 보험계약자로부터 수집한 위험측정요소를 보험회사 측에 전달하지 않거나 보험계약자가 청약서상의 질문사항 이외의 중요한 사항을 진술하더라도 보험설계사에 의해 방해 당하는 경우가 많이 있다. 이 경우 보험자가 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지하거나 보험금지급을 거절함으로써 보험계약자가 피해를 입는 사례가 빈번하다.

고지의무와 관련하여 우리나라 학설과 판례는, 보험계약자가 적극적으로 보험설계사에게 불고지 또는 부실고지를 한 것이 아니라 보험계약자의 고지의무 이행이 보험설계사 등의 방해로 보험회사 측에 전달되지 않은 경우에도 고지의무 위반으로 보아 보험회사 측의 해지권이나 경우에 따라서는 취소권도 인정하고 있다. 고지수령권이 없는 보험설계사에게 고지한 것은 고지의무의 이행으로 볼 수 없다는 것이다. 그러나 보험설계사의 방해로 인한 고지의무위반의 경우에도 보험계약자의 적극적인 고지의무위반과 동일시하여야 하는가에 대해서는 의문이다. 이러한 현실을 반영하여 최근 우리나라 학계에서는 질문표 등에 응답하는 것을 포함한 모든 중요한 사항을 고지하여야 한다는 자발적 고지의무에서 보험회사의 질문에만 성실히 응답하면 고지의무를 이행한 것으로 보는 수동적 고지

4) 양승규, 앞의 책, 116면; 이기수·최병규·김인현, 「보험·해상법」 제9판, 박영사, 2015, 101면; 정찬형, 「상법강의(하)」 제17판, 박영사, 2015, 559면; 최준선, 「보험·해상·항공운송법」 제10판, 삼영사, 2016, 113면.

5) 정규, “보험모집인의 불법행위에 대한 보험자의 책임”, 「소비자문제연구」 제22권, 한국소비자원, 1999, 134면; 김영국, 상법 제646조의 “보험대리상 등의 권한 규정에 관한 법정책적 소고”, 「법이론실무연구」 제2권, 한국법이론실무학회, 2014, 226면.

의무로 전환하여야 한다는 주장이 설득력을 얻고 있다.<sup>6)</sup>

이 글에서는 보험계약자의 고지의무와 관련하여 보험설계사의 고지방해로 인한 고지의무위반의 경우를 중심으로 그 법적 효과를 살펴보고자 한다.

## II. 보험설계사의 고지수령권

### 1. 보험설계사의 법적 지위

보험설계사는 보험회사·보험대리점 또는 보험중개사에 소속되어 보험계약의 체결을 중개하는 자로서(보험업법 제2조 제9호), 보험모집인 또는 보험외판원으로도 부른다. 보험설계사는 일정한 요건을 갖추어 금융위원회에 등록하여야 하며(보험업법 제84조), 생명보험설계사, 손해보험설계사 및 제3보험설계사로 구분된다(보험업법시행령 제27조 제1항). 이러한 보험설계사는 특정한 보험회사 등에 소속되어 보험모집에 임하고 있다는 점에서 보험중개사와 다르고, 보험회사를 대리하여 보험계약을 체결할 대리권이 없다는 점에서 보험대리점과 다르다.

보험설계사는 보험중개사와 마찬가지로 소비자들에게 보험계약의 체결을 권유하고 중개하는 사실행위만을 하는 자로서 보험자를 위한 보험계약을 체결할 수 있는 대리권도 없으며 고지수령권도 없기 때문에<sup>7)</sup> 보험설계사의 知·不知는 보험자의 知·不知와 동일시되지 않는다.<sup>8)</sup>

보험실무에서는 보험회사의 수권을 받아 보험설계사가 보험료를 수령하고 영수증을 교부하기도 하는데, 이것은 보험회사가 별도로 보험설계사에게 보험료 수령권을 부여했기 때문에 가능한 것이며 보험설계사의 법적 지위에서 당연히 인정되는 권한은 아니다. 이처럼 보험설계사는 일반적인 보험료수령권은 없지만, 우리나라의 학설<sup>9)</sup>과 판례<sup>10)</sup>는 보험업계의 실정을 근거로 제1회 보험료의

6) 김효신, “고지의무의 입법상 과제”, 『비교사법』 제20권 제1호, 한국비교사법학회, 2013, 279면; 한기정, “고지의무의 수동화-자발적 고지의무에서 수동적 응답의무로-”, 『비교사법』 제16권 제3호, 한국비교사법학회, 2009, 325면 이하.

7) 대법원 2006. 6. 30. 선고 2006다19672,19689 판결.

8) 이기수·최병규·김인현, 앞의 책, 77면.

수령권은 인정하고 있다.

또한 우리 상법은 2014년 3월 11일 개정을 통하여 보험대리상 등의 권한에 관한 규정을 신설하였는바, 이에 따르면 보험설계사는 보험자가 작성한 영수증을 보험계약자에게 교부하는 경우에 한하여 보험계약자로부터 보험료를 수령할 수 있는 권한을 가지며, 보험자가 작성한 보험증권을 보험계약자에게 교부할 수 있는 권한을 가진다(상법 제646조의2 제3항).

이처럼 보험설계사는 보험계약의 당사자도 아니며, 계약체결권은 물론 고지수령권도 없지만, 보험계약자의 입장에서는 보험계약의 체결과 관련하여 아무런 권한이 없는 보험설계사를 마치 보험회사의 대리인으로 인식하는 경우가 많이 있다. 보험계약자는 계약의 청약시에 보험설계사의 안내에 따라 청약서상의 질문사항이나 별도의 질문표에 응답함으로써 고지의무를 모두 이행한 것으로 생각하는 경우가 대부분이다. 그러나 보험실무에서는 보험설계사에 의한 고지방해가 자주 발생하는데, 이러한 고지방해는 주로 보험계약자가 피보험자의 과거의 병력이나 가족의 병력 등에 대하여 진술하더라도 질문표에 나타난 질문에만 성실히 응답하면 되고 그 이외의 사항은 고지하지 않아도 된다는 식의 설명을 통해 이루어진다. 이러한 고지방해의 경우에도 고지의무위반이 성립되고, 이로 인하여 보험계약자는 보험계약을 해지당하거나 보험금지급을 거절당하는 피해를 입는 경우가 생긴다.

## 2. 보험설계사의 권한에 관한 보험자의 설명의무

일반 보험계약자들이 보험모집인의 권한에 대하여 잘못 인식함으로써 입는 피해를 방지하고 보험모집인의 부정행위를 억제하기 위하여 2011년 개정된 보험업법 시행령은 보험모집인의 권한 등을 일반보험계약자에게 설명할 의무를 규정하고 있다. 이에 따르면 보험회사는 보험계약 체결단계에서 보험모집인의 성명, 연락처 및 소속과 계약체결권 및 보험료와 고지수령권이 있는지 여부를

9) 양승규, 앞의 책, 97-98면; 이기수·최병규·김인현, 앞의 책, 77면; 최준선, 앞의 책, 93면.

10) 대법원 1989. 11. 28. 선고 88다카33367 판결.

보험계약자에게 설명하여야 한다(보험업법 시행령 제42조의2 제3항 1호). 보험회사 또는 보험모집인이 이러한 설명을 함에 있어서는 일반보험계약자가 이해할 수 있도록 설명하여야 하고(보험업법 제95조의2 제1항), 일반보험계약자가 이해하였음을 서명, 기명날인, 녹취 그밖에 대통령령으로 정하는 방법으로 확인을 받아야 한다(보험업법 제95조의2 제2항). 보험회사 또는 보험모집인이 보험모집인의 권한에 관한 설명의무를 위반한 경우 소속 보험회사·보험대리점·보험중개사는 1,000만원 이하의 과태료의 처분을 받게 된다(보험업법 제209조 제3항 제6호, 제7호). 보험모집인의 종류가 다양한 것과 마찬가지로 그들의 법적 지위 또한 서로 다르기 때문에 보험모집인의 권한 등에 관한 설명을 통하여 보험계약자가 보험계약 체결단계에서부터 보험모집인의 권한에 대하여 정확히 파악할 수 있는 계기를 마련한 점에서 이 설명의무는 긍정적으로 평가할 수 있다.

그러나 이러한 보험회사의 설명의무 규정은 고지의무와 관련한 보험설계사의 부정행위를 억제하거나 선량한 보험계약자의 피해 방지를 위한 근본적인 대책은 되지 못한다는 비판이 있다.<sup>11)</sup> 왜냐하면 보험설계사의 권한 등에 대한 설명의무위반은 대체로 보험사고가 발생한 이후 보험금 지급과 관련한 다툼이 있는 시점에서야 비로소 발견되는 등 설명의무위반에 대한 적발률이 낮을 뿐만 아니라 설명의무 위반에 대한 과태료도 낮아서 보험설계사가 실적을 쌓기 위하여 자신의 권한 등에 관한 설명의무를 성실히 수행하지 않을 유인이 크기 때문이다. 뿐만 아니라 보험계약자에게 설명의무를 이행하는 경우에도 보험계약자가 보험설계사의 권한별 효력 및 차이를 제대로 인지하는 것도 쉽지 않기 때문이다.<sup>12)</sup> 그리고 보험계약자가 고지수령권이 없는 보험설계사에게 정직하게 고지하였지만 보험설계사가 악의 또는 과실로 인하여 보험회사에게 이를 제대로 알리지 않은 경우에도 보험회사는 당해 보험계약을 해지할 수 있다는 것이 다수설의 입장이고,<sup>13)</sup> 판례도 역시 보험설계사의 고지·통지수령권을 부정하고 있기

11) 송운아, “영국의 보험모집인 법적 지위에 대한 개정 논의와 시사점”, 「KIRI Weekly」 제172호, 보험연구원, 2012, 2면.

12) 송운아, 위의 글, 10면.

13) 김원규, “21C 선진금융환경 하에서의 보험설계사의 고지·통지수령권과 보험소비자보호에 관한 연구”, 「법학연구」 제43집, 한국법학회, 2011, 247면 참조.

때문에,<sup>14)</sup> 이러한 설명의무 및 의무위반시 부과되는 과태료만으로는 보험설계사의 고지방해행위를 억제하고 보험회사 또는 보험대리점으로 하여금 소속 보험설계사의 부정행위에 대해 적극적인 감시와 통제를 하기에는 미흡한 수준이라는 것이다. 따라서 보험설계사의 고지수령권이 부정되는 현실에서 보험모집시 보험설계사의 권한에 대한 설명의무의 실효성을 강화하기 위해서는 설명의무 위반에 대한 과태료의 상향조정을 검토할 필요가 있다.<sup>15)</sup> 또한 보험모집에 종사하는 자의 설명의무를 청약서 등을 통해서 보험계약자에게 주지시키는 것을 의무화하고, 이를 위반한 경우에 대한 제재를 가하는 규정을 신설할 필요가 있다.<sup>16)</sup>

한편, 보험설계사의 부실고지에 따라 선량한 보험계약자가 보험계약의 해지를 당함으로써 입는 피해를 방지하기 위하여 보험업법에서는 보험회사의 손해배상 책임을 인정하고 있지만, 보험회사는 보험금지급책임보다는 손해배상 책임을 부담하는 것이 더 유리할 수도 있기 때문에 보험회사도 보험설계사의 고지방해에 대해 묵인할 유인도 존재한다. 따라서 보험설계사의 고지방해로부터 보험계약자를 보호하기 위해서는 보험설계사에게 고지수령권을 부여하여야 한다는 주장이 제기될 수 있는 것이다.

### 3. 보험설계사의 고지수령권 인정 여부

보험설계사는 보험회사 등에 종속되어 보험계약의 체결을 중개하는 자로서 보험계약의 계약대리권이 없는 자이다. 보험실무에서는 보험설계사의 보험가입 권유에 따라 보험계약자가 이에 응하여 보험계약의 청약을 하면서 동시에 질문표의 작성 등 고지의무를 이행하고 보험료를 지급하고 보험회사가 작성한 보험료영수증이나 假收證을 교부받는 것이 상례이다.<sup>17)</sup> 특히 고지의무와 관련해서 보험계약자는 보험계약의 청약시에 보험설계사의 안내에 따라 질문표를 작성하

14) 대법원 2000. 7. 4. 선고 98다62909,62916 판결; 대법원 2006. 6. 30. 선고 2006다19672, 19689 판결.

15) 송윤아, 앞의 글, 11면.

16) 김영국, 앞의 글, 232면.

17) 양승규, 앞의 책, 97면.

고, 질문표 이외의 사항에 대해서도 보험설계사에게 구체적으로 고지하여야 할 사항인지에 대한 설명을 듣고 고지하는 것이 일반적이기 때문에, 보험계약자는 고지의무를 다하였다고 생각하는 것이 보통이다.<sup>18)</sup> 그러나 보험설계사가 보험계약자로부터 수령한 고지사항을 보험회사에 정확히 전달하지 않는 경우에는 고지의무를 이행하지 않은 것이 되어서 이로 인한 분쟁이 발생한다.

이에 보험설계사에게 고지수령권을 인정하여야 한다는 주장이 제기되고 있지만, 판례<sup>19)</sup>와 학설의 다수설<sup>20)</sup>은 보험계약체결권이 없는 보험설계사의 고지수령권을 부정하고 있다. 보험설계사의 고지수령권은 법률에 계약대리권을 부여하는 규정을 두거나 또는 계약대리권과는 무관하게 별도로 고지수령권의 수권을 입증하는 경우에 한하여 인정될 수 있을 것이다.<sup>21)</sup> 그러므로 현재로서는 보험설계사의 부실고지 또는 고지방해로 인하여 보험계약이 해지되거나 보험금지급이 거절되는 경우 보험계약자의 피해는 보험업법 제102조에 따라 보험회사의 사용자책임을 물어 구제하거나 표현대리의 법리에 의하여 해결할 수밖에 없는 실정이다.<sup>22)</sup> 결국 보험설계사의 고지수령권이 입법적으로 해결되기 전에는 이를 인정할 수 없을 것으로 보인다.<sup>23)</sup>

지금까지 보험설계사의 고지수령권을 부정하는 주요 근거는 보험계약의 계약대리권의 부존재, 전문성 결여, 실적을 위한 불량위험의 인수 또는 보험계약자와의 공모에 의한 보험사기 가능성 및 이로 인한 보험단체의 유지의 어려움 등이다. 그러나 이러한 이유로 보험계약자가 보험설계사에게 성실하게 고지하였음에도 불구하고 보험설계사의 고의 또는 과실로 보험회사에게 제대로 전달되지 않거나 보험설계사의 고지방해로 선의의 보험계약자가 피해를 입는 것은 문제가 있다.

실제로 과거의 보험시장에서 소위 ‘보험아줌마’라고 부르는 생계형 보험설계

18) 최준선, 앞의 책, 94면

19) 대법원 1979. 10. 30. 선고 79다1234 판결; 대법원 1997. 5. 16. 선고 97다9109 판결; 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결.

20) 양승규, 앞의 책, 97면; 정찬형, 앞의 책, 562면; 최준선, 위의 책, 93면.

21) 김영국, 앞의 글, 221면.

22) 이기수·최병규·김인현, 앞의 책, 78면.

23) 보험설계사의 고지수령권을 부정하는 견해도 대부분 입법적 해결의 필요성은 인정하고 있는 것으로 보인다(양승규, 위의 책, 97면; 이기수·최병규·김인현, 위의 책, 78면).

사들은 친인척이나 지인을 보험자에게 연결시켜주는 역할을 하는데 그치는 전문성이 부족한 모집인에 불과한 경우가 많았고, 이들이 보험계약자로부터 수령한 고지사항을 정확하게 보험회사에 고지하지 못하는 경우도 있었다. 그러나 오늘날에 있어서의 보험설계사는 보험관련 전문지식과 일정한 자격을 갖추고 있고, 그 법적 지위도 역시 과거에 비하여 크게 향상되었으며, 보험소비자들도 보험설계사를 보험전문가로 인식하고 있는 실정이다.<sup>24)</sup> 뿐만 아니라 보험업법시행령에 따르면 보험설계사를 고용하고 있는 보험회사 등은 소속 보험설계사에게 매 2년마다 교육을 하여야 할 의무를 지니고 있으므로(보험업법시행령 제29조의2 제1항), 오늘날의 보험설계사의 위상이나 그 전문성은 과거에 비하여 크게 향상되었다고 볼 수 있다.

물론 보험설계사에게 고지수령권을 부여하더라도 보험설계사가 보험계약자로부터 수령한 사항을 보험회사에 제대로 전달하지 않거나 오히려 보험계약자의 고지를 방해할 가능성은 충분히 존재한다. 보험계약자가 고지하는 사항이 보험자의 승낙거절이나 보험료의 상승의 원인이 되는 중요한 사항이라면 보험계약 체결여부가 불투명해질 수 있고, 이는 보험설계사의 수입에 직접적인 영향을 미치는 등 보험자와의 이해관계가 대립될 수 있기 때문이다. 그러나 이러한 이유로 보험설계사의 고지수령권을 부정하고 보험설계사의 부실고지 또는 고지방해로 인한 고지의무위반에 대한 책임을 보험계약자가 모두 부담하는 것은 현실에 맞지 않은 부분이 있다. 왜냐하면, 보험설계사가 자신의 실적을 위하여 불량위험을 대량 인수하게 하거나 보험사기에 개입할 여지는 충분히 있지만, 반대로 보험회사도 역시 다수의 보험인수를 통해 보험시장의 확대를 위해 이를 묵인할 유인도 있기 때문이다.<sup>25)</sup> 이는 보험회사는 보험인수 조사 단계에서 불량위험체를 가려내기 위하여 잘못된 고지의무가 없는지 확인하여야 함에도 불구하고, 실제로는 보험계약의 청약을 받은 후 주로 전화를 통하여 청약사항을 확인하는 과정에서 중요한 사항에 대한 설명을 들었는지 여부와 고지의무를 성실히 이행하였는지 여부 정도만을 확인하는 수준에 그치고 있는 것을 통해서도 알 수 있다.

24) 김원규, “21C 선진금융환경 하에서의 보험설계사의 고지·통지수령권과 보험소비자보호에 관한 연구”, 255-257면.

25) 송윤아, 앞의 글, 10면.

뿐만 아니라 보험설계사에게 고지수령권을 부정하는 또 하나의 근거로서 보험자의 단체성을 들고 있기도 한데, 이는 보험설계사에게 고지사항을 고지한 보험계약자 개개인의 이익보다는 보험단체의 이익을 우선하여야 한다는 것이다. 그러나 개별적인 보험계약의 법률관계는 보험의 단체성과 분리해서 파악하여야 하며 보험단체의 이익 때문에 희생시켜야 할 대상으로 보아서는 안된다.<sup>26)</sup>

생각건대 보험설계사의 부실고지나 고지방해 등과 같은 부정행위에 대한 통제나 감시는 보험계약자 보다는 보험회사가 하는 것이 적절하다고 보여진다.<sup>27)</sup> 또한 보험회사는 보험설계사에 대한 교육을 할 의무도 지니고 있으므로, 보험설계사의 부정행위로 인한 고지의무 위반의 경우에도 보험회사의 계약해지권이 인정되는 것은 적절하지 않다고 본다. 결국 현행 상법상의 고지의무가 자발적 고지의무라고 파악되는 상황에서는 보험설계사를 보험계약의 상대방으로 생각하고 고지의무를 성실히 수행한 보험계약자를 보호하기 위해서 보험설계사에게 기본적인 고지수령권을 명문으로 규정하는 것이 바람직하다.

### Ⅲ. 고지의무의 대상으로서의 중요한 사항

#### 1. 고지사항

보험계약의 체결 시에 보험계약자 또는 피보험자가 보험자에게 고지하여야 할 사항은 이른바 ‘중요한 사항’이다(상법 제651조). 여기서 중요한 사항이 무엇인가에 대해서는, 보험자가 합리적인 판단에 따라 사고발생의 위험률과 보험사고 발생으로 인한 책임부담 정도의 개연율을 측정하여 보험계약의 체결 여부 및 보험료액을 결정하는 데에 영향을 미칠 수 있는 사항이라고 하는 것이 판례<sup>28)</sup>와 통설<sup>29)</sup>의 입장이다.

26) 김영국, 앞의 글, 229면.

27) 송윤아, 앞의 글, 6면.

28) 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결(상법 제651조에서 정한 ‘중요한 사항’이란 보험계약의 체결여부 또는 보험료나 특별한 면책조항의 부가와 같은 보험계약의 내용을 결정하기

그러나 보험계약자 또는 피보험자가 고지하여야 할 중요한 사항의 의미를 이렇게 본다면 중요한 사항의 범위가 지나치게 확대되는 문제가 있고, 무엇보다도 중요한 사항인지 여부를 오로지 보험자의 입장에서만 판단하는 모순이 발생할 수도 있다.<sup>30)</sup> 그러므로 어떠한 사항이 중요한 사항에 해당하는가의 여부는 보험의 종류에 따라 달라질 수밖에 없는 사실인정의 문제로서 보험의 기술에 비추어 객관적으로 관찰하여 판단되어야 하며,<sup>31)</sup> 당사자의 주관적 판단에 따라 결정되는 것은 아니다.<sup>32)</sup> 즉 고지사항에 관한 분쟁이 발생할 경우 중요한 사항인지의 여부에 대한 판단은 당사자 중 어느 일방을 기준으로 판단할 것이 아니라 보험자의 측면과 보험계약자의 측면을 종합적으로 고려해서 판단하여야 한다.<sup>33)</sup> 다시 말하면 상법 제651조의 고지의무의 대상과 관련하여 그 범위나 중요성의 판단기준은 아직까지 학설상으로는 판례상으로도 명확히 정립되어 있지 않은 상태이다.<sup>34)</sup>

일반적으로 모든 보험계약에 공통되는 중요한 사항은 특히 다른 보험계약에 관한 사항으로서 동일한 보험목적에 대한 보험계약의 체결사실, 청약의 거절이나 계약의 해지 사실 등이다. 화재보험의 경우에는 목적물의 구조와 재질, 사용목적, 화재의 발생사실 등, 자동차보험의 경우는 차량의 모델·형태·용도, 주운전자에 관한 사항으로서 연령이나 사고경력 등,<sup>35)</sup> 보증보험의 경우 주계약상의 거래조건, 금액, 기간, 보험계약자의 신용이나 자력 등에 관한 사항,<sup>36)</sup> 적하보험

---

위한 표준이 되는 사항으로서, 객관적으로 보험자가 그 사실을 안다면 그 계약을 체결하지 않든가 적어도 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 않으리라고 생각되는 사항을 말하는데, 이는 보험의 기술에 비추어 객관적으로 관찰하여 판단되어야 한다); 대법원 2010. 10. 28. 선고 2009다59688 판결; 대법원 2011. 4. 14. 선고 2009다103349 판결; 대법원 2011. 11. 10. 선고 2009다80309 판결.

29) 양승규, 앞의 책, 120면; 이기수·최병규·김인현, 앞의 책, 103면; 정찬형, 앞의 책, 562면; 최준선, 앞의 책, 116면.

30) 이기수·최병규·김인현, 위의 책, 103면.

31) 대법원 2001. 2. 12. 선고 99다13737 판결.

32) 최준선, 위의 책, 116면.

33) 박세민, “중요성 판단의 문제와 해석”, 「상사법연구」 제15권 제2호, 한국상사법학회, 1996, 250면.

34) 김원규, “고지의무의 수동화 논의에 대한 소고”, 「법학연구」 제44집, 한국법학회, 2011, 297면.

35) 대법원 1996. 4. 12. 선고 96다4893 판결; 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결.

의 경우 사고발생 예상 전문의 수령 사실<sup>37)</sup> 등이 중요한 사항에 해당된다. 생명보험에 있어서는 피보험자의 연령·신분·직업·현재 또는 기왕의 중요한 병증·부모의 생존여부 등이 이에 해당한다.<sup>38)</sup>

## 2. 질문표와 중요한 사항

보험계약자 또는 피보험자는 보험계약의 체결시에 중요한 사항을 고지하여야 할 의무를 부담하지만, 실제로 전문가가 아닌 보험계약자나 피보험자가 구체적으로 어떤 사항이 고지하여야 할 중요한 사항인지 여부를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 물론 보험계약의 당사자들 사이에서 중요한 사항에 대한 약정을 별도로 할 수도 있지만,<sup>39)</sup> 실제 거래계에서는 보험회사가 보험청약서에 미리 고지하여야 할 사항에 대한 질문란을 두어서 보험계약자로 하여금 이 질문에 답하게 하는 소위 ‘질문표’를 이용하고 있다.

우리 상법은 보험회사가 보험청약서나 별도의 질문표를 통하여 중요한 사항에 대한 정보를 취득하고 있는 보험업계의 실무상 관행을 반영하여, 보험계약 체결시에 보험자가 서면으로 질문한 사항은 보험계약에 있어서 중요한 사항으로 추정되는 것으로 규정하고 있다(상법 제651조의2). 여기서의 서면에는 별도의 질문표 뿐만 아니라 보험청약서도 포함되므로, 만약 보험청약서에 일정한 사항에 관하여 답변을 구하는 취지가 포함되어 있다면 그 사항은 상법 제651조의 중요한 사항으로 추정된다.<sup>40)</sup> 즉, 보험청약서 보험계약자가 작성하는 질문표상의 질문사항은 다른 특별한 사정이 없는 한 보험계약에 있어서의 중요한 사항에 해당되는 것으로 추정할 수 있고,<sup>41)</sup> 따라서 질문사항이 고지의무의 대상인지 여부에 관하여 다툼이 있는 때에는 그 사항이 중요한 사항이 아니라는 것을

36) 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카216 판결; 대법원 2001. 2. 13. 선고 99다13737 판결.

37) 대법원 1991. 5. 14. 선고 90다카25314 판결.

38) 최준선, 앞의 책, 117면.

39) 박수영·박강익, “고지의무에 관한 고찰”, 「법학연구」 제24집, 한국법학회, 2006, 198면.

40) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2003다18494 판결.

41) 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다52085 판결.

보험계약자가 입증할 수 있는 경우에만 고지의무의 대상에서 제외시킬 수 있는 것이다.<sup>42)</sup>

그런데 상법 제651조의2의 규정과 관련하여 질문표나 보험청약서 등을 통해서 보험자로부터 질문 받지 않은 사항에 대해서는 고지의무가 없는 것인지에 대한 의문이 있을 수 있다. 우선 전문가인 보험회사가 스스로 중요한 사항이라고 판단하는 사항을 보험청약서의 질문란의 양식을 사용하여 질문하고 있는 경우에는 ‘악의의 묵비’가 아닌 한 보험청약서에 기재되지 않은 사항에 관하여는 고지의무 위반이 될 여지가 없다.<sup>43)</sup> 그러나 질문표에 나타나지 않은 사항이라도 보험계약자가 자신이 알고 있는 사항이 사고발생에 영향을 줄 수 있다고 인식하고 있는 경우라면 그러한 사항은 고지의무의 대상이 된다고 보아야 할 것이다.<sup>44)</sup>

왜냐하면 상법 제651조의2의 규정은 상법 제651조의 고지의무의 대상이 되는 중요한 사항의 범위와 그 판단기준의 불명확성을 보완하는 규정으로서, 보험 실무에서 사용되는 질문표나 청약서상에 기재된 질문사항과 관련하여 그 중요성에 관한 다툼이 생기는 경우 이를 해결하기 위한 보완규정이며, 상법 제651조의 중요한 사항이 무엇인지를 확정하는 규정은 아니다.<sup>45)</sup> 즉 보험자가 보험계약 체결시에 질문한 사항은 모두 중요한 사항으로 추정한다는 의미일 뿐이며, 질문한 사항만이 중요한 사항으로서 고지의무의 대상이 된다는 의미는 아니다. 따라서 보험자가 제시한 질문표나 보험청약서에서 질문하지 않은 사항이더라도 그것이 보험계약의 체결 여부나 보험계약의 내용을 결정함에 있어서 중요한 기준이 되는 사항이라면, 보험계약자 또는 피보험자는 자신이 알고 있는 사항을 보험자에게 사실대로 고지하여야 한다.<sup>46)</sup>

이에 대하여, 상법상 ‘서면으로 질문한 사항’이 중요한 사항으로 추정되므로 여기에 포함되지 않은 사항은 중요한 사항으로 추정하기 어렵고, 따라서 보험청

42) 박수영·박강익, 앞의 글, 199-200면.

43) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다27971 판결.

44) 최준선, 앞의 책, 119면.

45) 김원규, “보험계약법상 고지의무에 있어서 ‘중요한 사항’의 의미”, 「상사법연구」 제16권 1호, 한국상사법학회, 1997, 297면.

46) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2003다18494 판결; 김원규, “고지의무의 수동화 논의에 대한 소고”, 297면.

약서상의 질문표에 포함되지 않은 사항은 고지의무의 대상이 되지 않는다는 견해도 있다. 즉 어떠한 사항이 보험자에게 위험측정에 필요한 중요한 사항인지 여부를 보험계약자 측이 판단하기란 매우 어려운 일이며, 또 그만큼 중요한 사항이라면 보험자가 스스로 보험계약과 관련한 중요한 사항들을 파악하여 사전에 질문사항에 포함시키는 것이 당연하다는 것이다. 그러므로 상법 제651조의2의 규정에 대하여 보험계약의 체결여부나 계약의 내용을 결정함에 있어서 중요한 사항이라면 질문표나 보험청약서상의 질문에 포함되지 않은 사항이더라도 고지의무의 대상이 된다고 해석한다면, 이는 보험계약자 측에게 중요사항 여부에 대한 판단의무까지도 부과하는 것으로서, 학계의 일반적 경향인 고지의무의 수동화 논의에 정면으로 배치된다는 것이다.<sup>47)</sup> 대개 보험계약자는 보험계약의 청약시에 질문표 이외의 사항에 대해서도 고지하여야 하는지에 대하여 보험설계사에게 문의하는 경우가 많고, 또 이러한 문의에 대하여 보험청약서상의 질문표 이외의 사항은 고지하지 않아도 된다는 보험설계사의 안내에 따라 질문받은 사항만 고지하는 것이 일반적이기 때문에 이러한 고지방해로부터 선량한 보험계약자를 보호할 필요성의 측면에서 볼 때 타당한 면도 있다. 그러나 우리 학계에서 고지의무의 수동화 논의가 큰 틀에서 긍정적으로 받아들여지고 있다고 하더라도 이는 고지의무에 대한 현행 상법의 규정이 적극적 고지의무로 해석되기 때문에 이를 입법적으로 해결하자는 것이며, 상법 제651조의2가 수동적 고지의무를 규정한 것은 아니기 때문에 수궁하기 어렵다.

### 3. 고지의무의 수동화 논의

보험의 역사를 보면 보험업이 전문화되기 이전에는 보험계약과 관련한 중요한 사항에 정보를 주로 보험계약자가 가지고 있었고, 보험자는 보험계약자가 제공하는 정보에 의존할 수밖에 없는 상황이었다. 이러한 상황 하에서 1908년 영국 해상보험법은 보험계약자가 중요한 사항을 보험자에게 고지하여야 할 ‘자발

47) 박정국·정세희, “고지의무위반에 대한 소고-대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다54631, 54646 판결을 중심으로-”, 『법학논고』 제53집, 경북대학교 법학연구원, 2016, 112면.

적 고지의무'를 규정하였고, 우리 상법상의 고지의무 역시 여기에 기초를 두고 있다. 그러나 보험계약자는 중요한 사항에 대한 고지의무를 부담할 뿐만 아니라 무엇이 중요한 사항인지에 대해서도 스스로 판단해서 고지하도록 하는 반면, 보험사고 발생 시에는 보험계약자가 중요한 사항에 대한 고지의무를 성실히 이행하였는지 여부를 보험자가 판단하게 함으로써 그동안 고지의무에 대한 논란이 계속되어 왔다.

이에 따라 최근 학계에서는 보험소비자 보호를 위해 현행의 자발적 고지의무에서 수동적 고지의무로 전환하자는 논의가 진행되고 있다.<sup>48)</sup> 그 이유는 그동안 보험환경은 급속히 변화하면서 전문화되고 세분화되었고, 정보기술의 발달과 함께 보험자는 보험관련 정보를 손쉽게 조회하고 공유할 수 있기 때문에<sup>49)</sup> 중요성에 대한 판단을 보험자가 하는 것이 더 합리적임에도 불구하고 보험계약자에게 일방적인 고지의무를 부담시키고 그 위반에 대한 책임을 지도록 하는 것은 지나치게 가혹한 면이 있다는 것이다. 특히 최근에는 전화나 인터넷을 통한 보험판매가 확대되고 있는데, 이 경우 보험인수절차는 보험자 측의 질문에 보험계약자가 답변하는 형식으로 진행되기 때문에 질문하지 않은 사항에 대해 보험계약자가 추가적인 사실을 고지한다는 것은 기대하기 어렵고, 이러한 상황에서 적극적 고지의무를 강제하는 것은 형평에도 맞지 않다는 것이다.<sup>50)</sup> 물론 우리 상법은 보험전문가인 보험자가 중요한 사항에 대한 질문표를 작성하여 활용하고 있는 점을 반영하여 보험자가 서면으로 질문한 사항은 중요한 사항으로 추정하는 규정(상법 제651조의2)을 두고 있기는 하지만, 이는 보험자가 적극적으로 질문한 사항을 중요한 사항으로 추정하는 규정일 뿐이다. 즉, 보험계약자는 질문표에 나타나지 않은 사항일지라도 중요한 사항이라면 고지하여야 할 의무

48) 김효신, 앞의 글, 273면 이하; 맹수석, “고지의무 위반에 있어서 중과실의 의미 및 판단기준 -대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다54631 판결에 대한 평석-”, 「상사법연구」 제32권 제4호, 한국상사법학회, 2014, 203면 이하; 한기정, 앞의 글, 325면 이하; 박은경, “2014년 보험편 고지의무조항에 관한 비판적 고찰”, 「상사판례연구」 제27집 제3권, 한국상사판례학회, 2014, 41면 이하; 김대규, “고지의무위반과 중과실 -대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다54631판결을 중심으로-”, 「법학연구」 제41집, 전북대학교 법학연구소, 2014, 275면 이하.

49) 유영일, “고지의무 위반과 보험자의 악의·중과실 -대법원 판례의 분석-”, 「상사판례연구」 제27집 제1권, 한국상사판례학회, 2014, 96면.

50) 박정국·정세희, 앞의 글, 117면.

가 있으므로,<sup>51)</sup> 현행 상법은 여전히 고지의무가 보험계약자의 능동적·자발적 의무라는 것을 근간으로 하고 있는 것이다.<sup>52)</sup>

최근의 세계적 입법동향이 자발적 고지의무에서 보험자의 질문에 대해 성실히 답변하기만 하면 고지의무를 이행한 것으로 보는 수동적 고지의무로 전환하고 있는 점과 비전문가인 보험소비자를 보호하기 위해서는 고지의무를 수동화할 필요성이 있다.<sup>53)</sup> 특히 고지의무의 수동화가 상법상 명문화될 경우 보험계약자는 보험자가 질문한 사항에 대해서만 성실히 응답하면 고지의무를 이행한 것이 되므로, 보험설계사에 의한 고지방해의 병폐도 크게 감소할 것이다.

#### IV. 보험설계사의 고지방해와 보험자의 책임

##### 1. 보험설계사의 고지방해와 설명의무 위반

보험계약은 보험계약자의 청약과 보험자의 승낙에 의하여 이루어지는데, 이 때 보험약관이 보험계약의 내용을 구성하게 된다. 그러나 보험계약자는 보험약관의 존재 내지는 약관의 내용을 알지 못한 채 보험설계사의 권유에 따라 보험계약을 체결하는 것이 보통인데, 이로 인하여 보험사고 발생 후에 약관상 규정된 보험회사의 면책사유로 인하여 보험금지급과 관련한 분쟁의 소지가 되기도 한다.

이에 우리 상법 제68조의3 제1항은 “보험자는 보험계약을 체결할 때에 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 그 약관의 중요한 내용을 알려주어야 한다”고 하여 보험자의 설명의무를 규정하고 있다. 이러한 보험자의 설명의무는 대개 보험설계사에 의해 행해지는데, 이 때 설명한 내용이 보험약관상의 문언과 다른

51) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2003다18494 판결.

52) 맹수석, 앞의 글, 226면; 김효신, 앞의 글, 276면.

53) 이에 대해서는 “보험자가 작성한 질문표나 보험계약 청약서 상에서 행하여지는 질문만을 고지의무의 대상으로 하는 고지의무의 수동화는 보험계약상의 고지의무의 대상을 대체할 수는 없고, 단지 현행 고지의무제도 상에서 ‘중요한 사항의 의미를 보완하는 기능을 할 수 있을 뿐’이라면서, 신중한 검토가 필요하다는 입장도 있다(김원규, “고지의무의 수동화 논의에 대한 소고”, 303면).

경우에는 설명한 내용이 약관의 문언상의 내용에 우선하여 효력을 가진다.<sup>54)</sup> 만약에 보험자가 이 의무를 위반한 경우 보험계약자는 보험계약이 성립한 날로부터 3개월 이내에 그 계약을 취소할 수 있다(상법 제68조의3 제2항).<sup>55)</sup> 보험자의 설명의무와 보험계약자의 고지의무와의 관계에 대해서 판례는 보험자가 보험약관의 설명의무에 위반하여 보험계약을 체결한 때에는 보험계약자나 그 대리인이 그 약관에 규정된 고지의무를 위반하였다 하더라도 이를 이유로 보험계약을 해지할 수 없다고 한다.<sup>56)</sup>

여기서 설명의무의 대상이 되는 사항은 중요한 내용으로서, 구체적인 내용은 보험계약의 종류에 따라 다를 수 있지만, 일반적으로 보험계약의 체결여부에 영향을 미치는 사항을 말한다.<sup>57)</sup> 그러나 보험계약자나 그 대리인이 약관의 내용을 충분히 잘 알고 있거나, 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있는 사항이거나, 이미 법령에 의하여 정하여진 것을 되풀이하거나 부연하는 정도에 불과한 경우에는 약관의 내용 자체가 중요한 사항이라고 할지라도 보험자에게 설명의무가 없다는 것이 우리 대법원의 태도이다.<sup>58)</sup> 또한 보험회사 또는 보험설계사가 보험계약을 체결하거나 모집하면서 보험계약의 중요사항에 관한 설명의무를 위반한 경우 보험회사 또는 보험설계사는 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다.<sup>59)</sup>

문제는 보험설계사의 고지방해를 설명의무위반으로 볼 것인가 하는 점이다. 대부분의 보험약관은 보험계약자의 고지의무에 대하여 명시하고 있는데, 보험계약자가 보험설계사에게 질문표 이외의 중요한 사항에 대해서 고지하더라도 질문표에 나타나지 않은 사항은 고지할 필요가 없다는 안내를 하였다면, 이러한 고지방해는 설명의무를 위반하거나 또는 약관의 내용과 다른 설명으로서의 효

54) 최준선, 앞의 책, 67면.

55) 약관규제법 제3조에서도 사업자의 약관의 작성설명의를 규정하고, 이를 위반한 경우에는 당해 약관의 내용을 계약의 내용으로 주장할 수 없다고 규정하고 있다.

56) 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다53546 판결.

57) 대법원 1994. 10. 25. 선고 93다39942 판결.

58) 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다45261·45278 판결; 대법원 1994. 10. 25. 선고 93다39942 판결; 대법원 1998. 4. 14. 선고 97다39308 판결; 대법원 2000. 7. 4. 선고 98다62909·62916 판결; 대법원 2005. 12. 9. 선고 2004다26164·26171 판결.

59) 서울고등법원 2010. 3. 31. 선고 2009나97606 판결.

과가 발생할 수 있기 때문이다. 이에 대해서 고지의무는 보험제도의 최대선의성에 근거하여 상법에서 규정하고 있는 것으로서, 이미 상법에 의하여 보험계약자에게 부과된 의무이기 때문에 법령에 정하여진 내용을 약관에 다시 되풀이하는 것이 지나지 않으므로 고지의무 자체는 보험자의 설명의무의 대상이 되지 않는다는 견해도 있다.<sup>60)</sup> 하지만 우리 상법이 보험계약자에게 고지의무를 부담시키는 것은 보험계약의 선의성과 기술성에 근거를 둔 것으로 볼 수 있기 때문에, 비록 고지의무에 관한 사항이 법령에 규정되어 있는 사항이더라도 보험자의 설명의무의 대상이 되는 중요한 내용으로 보아야 할 것이다.<sup>61)</sup> 특히 우리 상법상의 고지의무가 자발적 고지의무로 파악됨으로써 고지의무위반과 관련한 분쟁이 계속되고 있는 현실에서는 보험계약자가 질문표 이외의 사항에 대해서 보험설계사의 안내에 따라 고지하지 않았다면 이는 명백히 설명의무위반 또는 보험약관과 다른 설명으로서, 보험회사는 보험계약자의 고지의무위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 없다고 보아야 할 것이다.

이러한 현실을 반영하여 2011년 개정된 생명보험표준약관도 보험설계사 등이 보험계약자에게 고지할 기회를 부여하지 아니하였거나 보험계약자가 사실대로 고지하는 것을 방해한 경우나 보험계약자에 대해 사실대로 고지하지 않게 하거나 부실한 고지를 권유한 경우에는 보험자가 보험계약을 해지할 수 없도록 규정함으로써,<sup>62)</sup> 고지수령권이 없는 보험설계사의 고지방해로 인한 보험계약자의 피해를 방지하고자 하였다. 그러나 대다수의 생명보험계약이 연고모집에 의하여 이루어지는 현실을 감안할 때, 보험계약자는 보험설계사의 고지방해에 대하여 별도의 이의를 제기하거나 또는 이러한 고지방해행위에 대한 입증자료를 확보해두는 것이 쉽지 않기 때문에 이러한 약관의 실효성은 크게 기대하기 어려운 면이 있다. 결국 이러한 약관규정만으로는 선량한 보험계약자의 보호에 미흡할 수 있기 때문에 보험설계사에 의한 고지방해의 경우를 상법상 해지권 제한사유로 직접 규정하는 것이 바람직하다.<sup>63)</sup>

60) 김영태, “고지의무위반으로 인한 보험계약의 해지”, 「대법원판례해설」 제27호, 대법원 법원행정처, 1997, 256면.

61) 박수영·박강익, 앞의 글, 196면.

62) 생명보험표준약관(2011.1.19. 개정) 제22조 제1항 제5호.

## 2. 보험설계사의 고지방해와 보험자의 손해배상책임

보험계약자가 보험설계사에게 보험계약의 체결과 관련하여 중요한 사항들을 성실하게 고지하였음에도 보험설계사가 이를 보험회사에게 제대로 전달하지 않거나 보험계약자의 고지의무의 이행을 방해함으로써 결국은 보험계약이 해지되거나 보험금지급이 거절됨으로써 보험계약자가 손해를 입는 경우가 발생한다. 고지수령권이 없는 보험설계의 부정행위로 인해 발생하는 피해에 대해서는 선량한 보험계약자를 보호할 필요가 있다.

이와 같은 경우 보험계약자는 직접 보험모집인을 상대로 불법행위로 인한 손해배상책임을 물을 수도 있고, 보험자에 대하여 민법상의 사용자책임이나 표현대리의 법리에 따른 책임을 묻거나 보험업법 제102조에 따른 배상책임을 물을 수 있다.<sup>64)</sup> 특히 보험업법 제102조 제1항에서는, 보험회사는 그 임직원·보험설계사 또는 보험대리점이 모집을 하면서 보험계약자에게 손해를 입힌 경우 배상할 책임을 지고, 다만 보험회사가 보험설계사 또는 보험대리점에 모집을 위탁하면서 상당한 주의를 하였고 이들이 모집을 하면서 보험계약자에게 손해를 입히는 것을 막기 위하여 노력한 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다. 보험설계사의 행위로 인한 보험자에 대한 손해배상책임은 민법 제756조에 의한 사용자책임으로도 가능한 것인데 보험업법에서 이와 같은 별도의 규정을 둔 것은, 민법상의 사용자 책임을 묻는 경우에는 ‘사용관계’의 존재가 요구되지만 보험자와 보험설계사 사이의 법률관계가 명확하지 않기 때문에 그 고용관계나 사용관계의 존부를 묻지 아니하고 보험계약자에게 보험모집과 관련하여 손해를 입힌 자가 ‘보험회사의 임직원, 보험설계사, 보험대리점’이기만 하면 이들의 불법행위에 대하여 보험회사의 책임을 물음으로써 보험계약자의 이익보호와 보험사업의 건전한 육성 및 거래안전을 도모하기 위함이다.<sup>65)</sup> 특히 과거에는 보험모집에 종사하는 자들이 대부분 영세하여 보험계약자의 손해를 배상하기 위한 자력이 충분하지 않았기 때문에 보

63) 동지: 김효신, 앞의 글, 292면; 유영일, 앞의 글, 89면.

64) 정규, 앞의 글, 135면.

65) 정규, 위의 글, 135면; 대법원 1997. 11. 14. 선고 97다26425 판결; 서울지방법원 1995. 2. 28. 선고 94가소241522 판결.

험회사의 보험계약자에 대한 책임소재를 명확히 함으로써 보험계약자의 이익을 보호하기 위하여 보험회사가 이를 배상하도록 한 것이다.<sup>66)</sup>

보험설계사가 보험모집 시에 행한 고지방해로 인한 손해는 고지의무위반을 이유로 보험회사가 보험계약을 해지하거나 보험사고 발생 시에 보험금지급을 거절함으로써 입게 되는 손해이다. 그러나 고지의무위반이 문제되는 것은 보험사고가 발생하여 보험회사 측에서 보험사고에 대한 조사를 하는 과정에서 드러나는 것이 일반적이므로, 보험계약자 또는 피보험자의 손해는 고지의무위반이 없었더라면 보험회사로부터 받았을 보험금이 될 것이다. 그러나 보험회사가 보험업법 제102조에 의하여 손해배상책임을 부담하는 경우에도 보험계약자에게 과실이 있는 경우에는 손해배상의 책임 및 손해배상액을 정함에 있어서도 그 과실이 참작되어야 하므로,<sup>67)</sup> 정액보험의 경우에는 보험계약자가 보험계약 체결 시에 의도했던 보험금을 전액 지급받지 못할 수도 있다. 보험설계사에게 고지수령권이 없다는 사실을 알고 있는 보험계약자가 보험설계사에게만 고지하고 보험설계사의 권유 또는 방해에 따라 질문표 이외의 중요한 사항을 별도로 고지하지 않은 경우에는 보험계약자의 과실이 인정될 수 있을 것이다.

또한 보험업법 제102조가 보험회사의 배상책임을 규정하고 있다고 하더라도 직접 불법행위를 행한 보험설계사 등이 면책되는 것은 아니므로, 보험회사는 이들에게 구상권을 행사할 수도 있다. 따라서 보험회사 측에서 보면 보험설계사의 고지방해의 경우에도 고지의무위반을 이유로 보험금의 지급을 거절하고 손해배상책임을 지는 것이 더 유리할 수도 있다.<sup>68)</sup> 그러나 보험계약자의 입장에서는 보험설계사나 보험회사를 상대로 보험업법 제102조의 손해배상책임을 묻는 것 보다는 보험회사의 보험금불지급에 대하여 다투는 소송을 제기하는 것이 더 유리할 수도 있는데, 그것은 고지의무위반으로 인한 보험금지급 거절이 향후 보험상품에 가입하는 경우에 불리하게 작용할 수도 있기 때문이다.<sup>69)</sup>

66) 황현아, “보험회사의 모집위탁 관련 배상책임의 문제점-보험업법 제102조와 민법 제756조의 관계를 중심으로-”, 「KIRI리포트」, 보험연구원, 2017.2.6, 9면.

67) 대법원 1994. 11. 22. 선고 94다19617 판결.

68) 황현아, 위의 글, 14면.

69) 송윤아, 앞의 글, 10면 각주 23 참조.

그러므로 보험설계사의 고지방해로 인한 고지의무위반의 경우에 보험회사로부터 보험금지급을 거절당한 선량한 보험계약자는 보험업법 제102조에 따른 손해배상책임을 보험회사에게 청구한다고 하더라도 그 손해를 모두 전보받기 어려운 것이 현실이다. 따라서 보험설계사에게 기본적인 고지수령권을 인정하게 된다면 보험소비자가 더 두텁게 보호될 수 있게 된다.

## V. 맺음말

이상에서 살펴 본 것처럼 보험계약자가 보험계약과 관련하여 중요한 사항을 고지할 의무를 부담하는 것은 보험계약의 선의성과 기술성에 기초하고 있다. 보험실무에서는 보험계약자가 보험설계사의 권유에 따라 보험계약의 청약을 하면서 질문표에 기재된 사항에 대한 고지의무를 이행하고 보험료를 지급하는 것이 일반적이는데, 정작 보험설계사는 계약대리권은 물론 고지수령권이 없으므로 해서 고지의무와 관련한 분쟁이 끊이지 않고 있다.

이러한 분쟁의 원인은 보험계약자가 보험설계사의 법적 지위나 권한 등에 대하여 정확히 알지 못함으로 인하여 발생한다. 즉 보험계약자는 보험설계사를 보험계약의 당사자로 인식하여 신뢰하는 경우가 대부분이다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 보험업법시행령에서는 보험모집인 등의 권한 등을 일반보험계약자에게 설명할 의무를 부과하고, 이 의무를 위반하는 경우 1,000만원 이하의 과태료의 제재를 가하는 규정을 두고 있다. 그러나 과태료의 수준이 낮아서 보험설계사나 보험회사가 이러한 설명의무를 이행하지 않을 유인도 있으므로, 이러한 설명의무의 효율성을 확보하기 위해서는 과태료의 수준을 상향조정하고 청약서 등의 구별되는 방식으로 동 설명의무를 이행하게 할 필요가 있다.

또한 보다 근본적인 문제로서 보험설계사의 고지수령권의 인정에 관한 문제는 과거에 비하여 크게 달라진 보험설계사의 위상과 전문성을 고려하여 신체검사 등이 필요 없는 정형적인 보험계약의 경우에는 보험설계사에게 기본적인 고지수령권을 인정하는 것이 자발적 고지의무를 규정하고 있는 우리 상법의 현실에서 선량한 보험계약자를 보호할 수 있는 방법이라고 본다.

보험설계사의 고지방해는 약관의 내용과 다른 설명으로서 약관의 내용에 우선하여 효력이 있고, 또 보험자의 약관설명위반의 문제가 될 수도 있다. 고지의무와 관련해서는 보험계약의 체결 시에 질문표를 이용하는 것이 실무상의 현실임에도 불구하고 질문표 이외의 중요한 사항에 대해서도 보험계약자에게 자발적인 적극적 고지의무를 요구하고 있는 현행법 하에서는 아무리 법령에서 규정한 고지의무라고 할지라도 약관설명위반의 대상이 되는 사항이라고 할 수 있을 것이다. 또한 생명보험표준약관에 보험설계사의 고지방해의 경우에 보험회사는 고지의무위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 없다고 규정하고 있으나, 약관의 규정만으로는 선량한 보험계약자의 보호에 미흡하므로 이를 상법에 명문으로 입법화하는 것을 검토할 필요가 있다.

그리고 보험설계사의 고지방해로 인한 고지의무위반으로 인하여 보험회사가 보험계약을 해지하거나 보험금지급을 거절하는 경우 이로 인하여 손해를 입은 보험계약자는 보험회사에 대해 보험업법 제102조에 따른 손해배상청구를 할 수도 있지만, 선량한 보험계약자의 입장에서는 보험금을 지급받는 것에 비하여 더 불리한 지위에 서게 될 수 있는 문제가 있다.

보험설계사의 고지방해 등과 같은 부정행위에 대해서는 보험계약자보다는 보험자가 감시·통제의 역할을 수행하는 것이 적절하고, 보험계약자에게 이로 인한 손해가 발생하게 해서는 안 될 것이다. 결국 보험계약자의 고지의무와 관련된 문제는 우리 상법 및 보험업법에서 보험설계사의 고지수령권을 인정하지 않으면서, 동시에 보험계약자에게는 자발적 고지의무를 부과하고 있기 때문이다. 따라서 상법에서 보험설계사의 고지수령권을 명문으로 인정하거나 아니면 자발적 고지의무에서 수동적 응답의무로 전환하게 되면 해결될 수 있는 문제이다.

## 참고문헌

- 양승규, 「보험법」 제5판, 박영사, 2005.  
 이기수·최병규·김인현, 「보험·해상법」 제9판, 박영사, 2015.  
 정찬형, 「상법강의(하)」 제17판, 박영사, 2015.

- 최준선, 「보험·해상·항공운송법」 제10판, 삼영사, 2016.
- 김대규, “고지의무위반과 중과실 -대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다54631판결을 중심으로-”, 「법학연구」 제41집, 전북대학교 법학연구소, 2014.
- 김영국, “상법 제646조의 “보험대리상 등의 권한” 규정에 관한 법정책학적 소고”, 「법이론실무연구」 제2권, 한국법이론실무연구학회, 2014.
- 김영태, “고지의무위반으로 인한 보험계약의 해지”, 「대법원판례해설」 제27호, 대법원 법원행정처, 1997.
- 김원규, “보험계약법상 고지의무에 있어서 ‘중요한 사항’의 의미”, 「상사법연구」 제16권 1호, 한국상사법학회, 1997.
- 김원규, “고지의무의 수동화 논의에 대한 소고”, 「법학연구」 제44집, 한국법학회, 2011.
- 김원규, “21C 선진금융환경 하에서의 보험설계사의 고지·통지수령권과 보험소비자보호에 관한 연구”, 「법학연구」 제43집, 한국법학회, 2011.
- 김효신, “고지의무의 입법상 과제”, 「비교사법」 제20권 제1호, 한국비교사법학회, 2013.
- 맹수석, “고지의무 위반에 있어서 중과실의 의미 및 판단기준 -대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다54631 판결에 대한 평석-”, 「상사법연구」 제32권 제4호, 한국상사법학회, 2014.
- 박세민, “중요성 판단의 문제와 해석”, 「상사법연구」 제15권 제2호, 한국상사법학회, 1996.
- 박수영·박강익, “고지의무에 관한 고찰”, 「법학연구」 제24집, 한국법학회, 2006
- 박은경, “2014년 보험편 고지의무조항에 관한 비판적 고찰”. 「상사판례연구」 제27집 제3권, 한국사사판례학회, 2014.
- 박정국·정세희, “고지의무위반에 대한 소고 -대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다54631, 54646 판결을 중심으로-”, 「법학논고」 제53집, 경북대학교 법학연구원, 2016.
- 송윤아, “영국의 보험모집인 법적 지위에 대한 개정 논의와 시사점”, 「KIRI Weekly」 제172호, 보험연구원, 2012.
- 유영일, “고지의무 위반과 보험자의 악의·중과실 -대법원 판례의 분석-”, 「상사

- 판례연구」 제27집 제1권, 한국상사판례학회, 2014.
- 정 규, “보험모집인의 불법행위에 대한 보험자의 책임”, 「소비자문제연구」 제22권, 한국소비자원, 1999.
- 한기정, “보험계약의 개별성·단체성에 대한 고찰”, 「심당 송상현선생 화갑기념 논문집 이십일세기 한국상사법학의 과제와 전망」, 심당 송상현선생 화갑기념논문집 간행위원회, 박영사, 2002.
- 한기정, “고지의무의 수동화 -자발적 고지의무에서 수동적 응답의무로-”, 「비교사법」 제16권 제3호, 한국비교사법학회, 2009.
- 황현아, “보험회사의 모집위탁 관련 배상책임의 문제점 -보험업법 제102조와 민법 제756조의 관계를 중심으로-”, 「KIRI리포트」, 보험연구원, 2017.2.

[Abstract]

## Disclosure obstruction by insurance salesman and liability of insurer

Oh, Chang-Seog

*Professor, Department of Law, Changwon National University*

An insurance contract is a contract of utmost good faith, so that the insured must disclose the material facts to the insurer which he knows about the risk before the contract is made. As the purpose of disclosure of material facts is to enable the insurer to decide whether to make the contract of insurance and, if so, on what terms.

Article 651 of the Korean Commercial Act stipulates the disclosure duty of insured. According to this clause, breach of the duty is defined that at the time of making an insurance contract, a policyholder(or insured), due

to fraud or gross negligence, failed to disclose or misrepresented material facts. As the effects of breach of duty, the insurer may terminate the contract within one month after it becomes aware of the non-disclosure of misrepresentation within three years after the contract was made. This clause does not define direct the duty of disclosure, but it is to be interpreted to mean that a insured is under a duty of disclosure about material facts, and that he must pay the penalty in case of violations.

Recently are many conflicts between insurer and policyholder arising from this volunteer duty of disclosure system.

In the practice of life insurance in Korea is used the questionnaire in a proposal form, but it does not mean yet the 'Making the Duty of Disclosure Passive' which means that the conversion from the duty of voluntary disclosure to the duty to answer questions. Furthermore, there are many insurance contracts which are made through the intermediation of insurance salesmen who belong to the particular insurance company or agent. Although they have not the right to receive the notification about material facts which the policyholder discloses, the policyholder believes that he has performed his duty fully.

With this regard, this study researched the statues of insurance salesmen and the effects of breach of disclosure caused their obstruction.

**Key words** : insurance contract, duty of disclosure, making the duty of disclosure passive, insurance salesman, insurer, policyholder, utmost good faith, duty of voluntary disclosure