

## 고지의무 위반과 사기적 보험계약\*

### A Study on the Breach of Duty of Disclosure and Fraudulent Insurance Contracts

김 성 완\*\*

Seongwan Kim

보험계약은 신의칙에 근거하여 체결되는 것으로 일반 민사계약에서 요구되는 선의성보다 그 정도가 높은 최대선의를 요하는 계약이다. 따라서 보험자의 입장에서 보험계약자나 피보험자가 제공하는 정보를 바탕으로 보험인수를 결정하고 손해보상금액 산정의 기초자료를 획득한다. 하지만 보험계약자 또는 피보험자가 악의의 의도를 가지고 보험계약을 체결한다면 그 계약은 더 이상 존재하기 어렵다.

보험은 태생적으로 사행성을 부정할 수 없으므로 보험계약자나 피보험자는 보험을 통하여 부당한 금액을 수령하려는 유혹에서 자유로울 수 없는 것이 현실이다. 특히 고지의무 제도는 보험계약에 있어서 보험자와 보험계약자 간에 신뢰를 기초로 하는 중요한 제도임에도 부정한 방법으로 보험금을 편취하려는 의도로 잘못이해하거나 오용하는 경우가 많다. 그러므로 이러한 보험제도상 발생할 수 있는 도덕적 위험으로 파생되는 사기적 보험계약을 근절하기 위해서는 보험계약자나 피보험자의 양심에 의존할 수만은 없다.

따라서 이 글에서는 먼저 고지의무 위반의 요건과 효과를 검토하고, 보험계약자에게 단순히 고지의무 위반이 있는 정도에서 나아가 도덕적 비난가능성이 매우 큰 사기의 정도에 이른 경우에는 그러한 보험계약자를 보호할 아무런 이유가 없으며 그 계약을 취소할 수 있도록 함이 타당함과 사기죄의 성립여부를 보험계약자, 보험설계사, 보험중개사 등의 고지의무위반과 사기와의 관계를 들어 살펴보았다.

그리고 사기적 보험계약을 근절하기 위한 방안으로 최근 정부가 추진하였으나 입법되지 못하고 좌초된 상법개정안의 내용 중 사기적 보험계약의 내용을 살펴보고 개정안에 대한 찬·반 의견을 검토한 후 사기적 보험계약에 형사적 처벌 이외에 사법적인 수단에 의해서도 이를 제재하고 예방을 도모해야 함은 건전한 사회질서 내지 거래질서의 유지를 위해서 반드시 필요한 것임을 피력하였다.

**국문 색인어:** 고지의무, 사기적 보험계약, 보험사기, 도덕적 위험, 최대선의, 상법

**한국연구재단 분류 연구분야 코드:** B130320

\* 이 논문은 본인의 박사학위 논문 중 일부 내용을 발췌하여 수정·보완하여 작성되었음.

\*\* 법학박사, 손해보험협회 팀장(swkim2582@naver.com)

논문 투고일: 2014. 07. 28, 논문 최종 수정일: 2014. 11. 05, 논문 게재 확정일: 2014. 11. 20

## I. 서언

상법에는 보험계약상 사기적 보험계약을 방지하기 위한 방안으로 여러 가지 내용(상법 제651조(고지의무위반으로 인한 계약해지), 제652조(위험변경증가의 통지와 계약해지), 제653조(보험계약자 등의 고의나 중과실로 인한 위험증가와 계약해지), 제655조(계약해지와 보험금액청구권) 및 제672조(중복보험))이 반영되어 있다. 이 중에서 보험계약자 또는 피보험자에게 주어지는 고지의무가 그 대표적인 의무라 할 수 있다. 보험계약을 체결할 때 위험요소에 대한 평가 자료의 경우 보험계약자와 피보험자에게 편중되어 있다. 이와 반대로 보험자는 이러한 사실을 알지 못하는 정보의 비대칭성을 가지고 있기 때문에 보험계약자가 위험에 대한 평가 자료를 알리지 않고 보험을 가입하게 되는 경우에 있어서도 이러한 사실을 알지 못하고 보험계약을 체결하는 경우가 일반적이다.

현실적으로 보험자는 외적으로 경제적 또는 기술적 한계가 있으며 피보험자의 위험요소에 대한 평가 자료가 개인의 프라이버시와 관련이 있는 내부적 한계로써 피보험자의 위험요소를 평가할 수 없다. 따라서 보험자측의 입장에서는 보험계약자측의 고지의무를 바탕으로 위험평가를 하게 되며 이에 따라서 보험계약이 성립하게 되는 것이다. 원칙상 보험자는 보험계약의 대상인 피보험자의 위험요소 등을 자세히 조사하여 보험계약을 체결하여야 하지만 다수의 계약이 동시 다발적으로 이루어지고 있는 보험의 성격으로 보아 거의 불가능하다. 그래서 보험계약자측의 고지의무가 중요한 것이며, 계약체결 이전에 그 보험과 관련하여 중요한 사항을 사실대로 알리는 것이 보험계약상의 고지의무제도이다.

우리국민의 90% 이상 가입하고 있는 보험이지만 실제로 보험제도를 정확히 이해하고 있는 국민은 많지 않다. 특히 고지의무 제도는 보험계약에 있어서 보험자와 보험계약자 간에 신뢰를 기초로 하는 중요한 제도임에도 부정한 방법으로 보험금을 편취하려는 의도로 잘못이해하거나 오용하는 경우가 많다. 따라서 이 글에서는 사기적 보험계약의 유형 중 대표적인 형태로 행해지는 고지의무 위반과 사기적 보험계약에 대하여 살펴본다. 먼저 고지의무의 개념을 이해하고 고지의무

위반의 효과와 사기적 보험계약과의 관계에 대하여 분석하고, 그간 추진되었던 사기적 보험계약과 관련된 상법 개정안을 검토하고 사기적 보험계약 방지를 위한 법적 개선방안을 제시한다.

## II. 고지의무의 개념

### 1. 고지의무의 의의

#### 가. 의의

고지의무(duty of disclosure)란 보험계약자 또는 피보험자가 보험계약체결 당시에 보험자에게 ‘중요한 사항’을 고지하거나 또는 이러한 사항에 대해 부실고지를 하지 아니할 의무(상법 제651조)를 말하는 것으로 보험계약의 사행계약적 성질을 극복하기 위하여 당사자 사이에 고도의 선의성 또는 윤리성이 요구되는 것과 관련하여 인정되는 보험계약 특유의 의무이다<sup>1)</sup>. 여기서 말하는 중요한 사항이란 위험 측정상 중요한 사항을 말하는데 즉 보험자가 그 사실을 알았으면 계약을 체결하지 아니하였거나 또는 동일한 조건으로는 계약체결을 거절하였을 것이라고 객관적으로 생각되는 사정을 의미한다<sup>2)</sup>. 즉, 중요한 사항이란 보험자 측에서 미리 그 사실을 알았더라면 보험계약의 청약을 거절하거나 보험가입금액의 한도제한, 일부 보장제외, 보험금 삭감, 보험료 할증과 같이 조건부로 인수하는 등 계약인수에 영향을 미치는 사항을 말한다.

보험자는 보험계약 체결에 있어서 보험자의 일방적인 조사만으로는 부족하기 때문에 이러한 사항을 잘 알고 있는 보험계약자의 협력을 기대하지 않을 수 없는 것이다. 보험계약을 체결함에 있어서 보험계약자는 위험요소와 그 발생가능성에 대하여 보험자에게 협조하여야 하므로 위험의 현저한 증가나 사고 발생 시에는

1) 박세민, 보험법 제2판, 박영사, 2013, p. 173.

2) 김은경·임채욱, “보험계약에서 고지의무 위반과 중대한 과실의 판단문제-대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다 54631, 4648 판결을 중심으로-”, 홍익법학, 제15권 제1호, 2014, p. 977.

보험자에게 즉시 통지하여야 한다<sup>3)</sup>. 보험계약자 또는 피보험자에게 상당한 협력이 요구되며 이것은 보험계약상의 협력의무이며 보험계약 체결에 있어서 보험계약자 또는 피보험자가 보험자에 대하여 중요한 사항을 고지하여 부실고지를 하지 않을 의무를 말하며 이를 고지의무라고 한다.

## 나. 인정근거

상법 제651조가 보험계약상의 고지의무를 인정하는 근거가 무엇인가에 대해서 다양한 학설이 주창되어 왔다. 일반계약법리로 설명하는 의사합치설, 일반착오설, 담보설, 신의성실설, 선량한 풍속설이 있고, 보험자와 보험계약자 사이의 특별한 관계에서 비롯된 것으로 보는 입장으로는 최대선의설, 계약당사자의 평등성설, 사행적 선의설, 보험계약의 특수성설이 있고, 고지의무의 근거를 보험사업의 경제적 특수성에서 찾는 입장으로는 위험공동체설과 기술설 등이 주장되고 있다<sup>4)</sup>.

우리나라에서는 기술설과 함께 선의설을 지지하는 견해<sup>5)</sup>와 기술설을 지지하는 견해<sup>6)</sup>가 대립하고 있으며, 영미에서는 계약당사자 불평등성설이 주장되고 있고 보험기술의 발달에 따라 과거 보험계약자의 능동적인 의무에서 보험자가 제시한 질문표에 답변하는 수동적인 의무로 변화하고 있다<sup>7)</sup>.

### (1) 기술설

기술설은 보험단체를 구성하는 위험의 동질성을 확보하는 것이 보험사업의 기술적 기초라는 전제하에 위험의 동질성을 확보하기 위해서는 위험을 정확하게 측

3) 김대규, “고지의무위반”, 기업법연구, 제19권 제1호, 한국기업법학회, 2005. p. 94.

4) 최기원, 보험법, 박영사, 1998, pp. 133~142.

5) 박세민, 앞의 책, p. 175.

6) 이범찬·최준선, 상법(하), 삼영사, 2008, p. 474; 최기원, 상법학신론(하), 박영사, 2000, p. 584.

7) 박세민, 앞의 책, p. 175.

정해야 하고, 정확한 위험의 측정을 위해서는 보험자가 중요사항을 알고 있어야 하며 이를 위해서는 보험계약자에게 고지의무를 부담시켜야 한다고<sup>8)</sup> 보는 견해이다.

기술설에 따르면 보험자가 보험계약자나 피보험자의 협력을 얻을 필요가 있다는 점은 설명할 수 있으나 보험계약자 또는 피보험자가 왜 보험자에게 협력하여야 할 의무를 부담하는가를 설명할 수 없는 단점이 있다. 하지만 현실적으로 보험제도의 구조적 특수성에 따라 법이 인정한 독자적인 제도로 보는 기술설이 타당하다는 의견<sup>9)</sup>이 있다.

## (2) 선의설

고지의무는 앞서도 말한 바와 같이 보험자 또는 피보험자가 보험계약을 체결할 때 중요한 사항을 알리고 부실고지를 하지 아니할 의무이다. 보험계약은 우연한 사고의 발생을 전제로 하는 사행계약이므로 계약체결 시에 보험자가 계약체결여부와 보험료를 합리적으로 결정하기 위해서는 위험에 대한 평가를 공정하게 하여야 한다. 그렇게 하기 위해서는 보험계약당사자는 상대방에게 거짓말을 해서는 안 될 뿐 아니라 자기가 알고 있는 중요한 사항을 정직하게 고지하여야 한다. 이처럼 보험계약의 선의계약성에서 고지의무의 근거를 찾을 수도 있다<sup>10)</sup>.

## (3) 계약당사자 불평등성설

영국과 미국에서는 계약당사자 불평등성설이 고지의무의 인정근거로 유력하게 논의되어 왔다. 계약당사자 불평등성설은 고지할 의무의 인정근거를 보험자와 보험계약자 사이의 특별한 관계, 즉 보험계약자가 중요사항을 알고 보험자는 모

8) 정호열·한기정, “고지의무에 관한 고찰”, 서울대학교 법학, 제40권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1999, p. 77.

9) 김대규, 앞의 논문, p. 96.

10) 양승규, 보험법 제5판, 삼지원, 2005, p. 117.

르는 것이 일반적이라는 점에서 찾고 있다<sup>11)</sup>. 18세기에는 이미 출항한 선박과 화물에 대해서 해상보험계약이 체결되던 것이 보통이어서 보험자가 중요사항에 대해서 일일이 질의·조사하기 곤란하였고, 보험의 전문가가 아니라 전주에 불과했던 보험자보다 보험계약자인 선주나 화주는 중요사항에 대해서 더 잘 알았기 때문에 보험계약자에게 자발적으로 고지하도록 강제했던 것이다<sup>12)</sup>. 그리고 고지의무의 정도도 매우 높아서 무과실로 인한 불고지에 대해서도 고지의무 위반의 책임을 부담하여야 했다<sup>13)</sup>.

고지의무와 관련하여 불고지에 대한 영국의 판례법은 보험계약자에게 매우 불리하게 적용되어 왔고 이를 위한 개선책으로 영국보험협회는 불고지의 법리를 가계보험의 보험계약자에게 유리하게 수정하여 ‘보험관행선언(The Statements of Insurance Practice)’이라는 자율규제협정(SGIP, SLIP)<sup>14)</sup>을 제정·시행하였으나, 이들 규정 중 SLIP는 현재도 유효하나, SGIP는 2005년에 폐지되었고, 다만 금융옴부즈만(Financial Ombudsman Service)에 의해 모범실무의 징표로서 고려되고 있다<sup>15)</sup>.

## 2. 고지의무의 법적성질

### 가. 총설

보험계약에 의하여 보험자가 인수할 위험이 보험계약자의 생활영역에 존재·

11) Malcolm A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, Informa(5th), 2006, p. 669. 이와 달리 보험계약은 최대선의(Uberrimae fidei) 계약이므로 고지의무를 부담해야 한다고 보는 최대선의설을 취하는 판례로는 *Looker v. Law Union & Rock Insurance Co* 등이 있다.

12) 정호열·한기정, “고지의무에 관한 고찰-대법원판례의 동향과 이에 대한 비판을 중심으로-”, 서울대학교 법학, 제40권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1999. p. 78.

13) Robert H. Jerry & Douglas R. Richmond, *Understanding Insurance Law 2nd ed.*, LexisNexis, 2007. p. 790.

14) 영국보험협회가 제정한 모범실무규정은 장기보험 이외의 보험에 적용되는 일반보험모범실무규정(SGIP: Statement of General Insurance Practice)과 장기보험에 적용되는 장기보험모범실무규정(SLIP: Statement of Long-Term Insurance Practice)이 있다(한기정, “고지의무의 수동화·자발적 고지의무에서 수동적 응답의무로-”, 한국비교사법학회 비교사법, 제46권, 2009. p. 333(이하 한기정(a)).

15) 한기정(a), 앞의 논문, p. 334.

발생할 뿐만 아니라 보험계약자의 인식과 행위에 의하여 영향을 받으므로 보험자는 보험계약의 체결 및 존속의 여부를 보험계약자에게 광범위하게 의존하게 된다<sup>16)</sup>. 고지의무는 보험계약 성립 전에 부담하는 의무이므로 보험계약 전에 보험자에게 알려야 하는 의무로서 보험계약의 묵시적 조건이 아니라 계약 밖에서 인정되는 보험법상의 특수한 의무이다<sup>17)</sup>.

고지의무의 법적성질에 대하여는 법적의무설과 간접의무설이 있다. 법적의무설에 의하면 고지의무는 보험계약법에서 규정하고 있는 모든 행위규범은 순수한 법적의무로서 그 이행을 소에 의해서 청구할 수 있고 그 위반의 경우에는 손해배상청구권이 성립한다는 것이다<sup>18)</sup>. 간접의무설에서는 보험계약자 등이 자기의 불이익을 방지하기 위한 자기의무이고 또한 보험계약의 효과로서 부담하는 법적의무가 아니고 단지 보험계약의 전제요건으로서 지는 간접의무라는 것이다<sup>19)</sup>. 따라서 의무의 이행은 소에 의해서 청구할 수도 없고 불이행의 경우에 손해배상청구권도 발생하지 않는다고 한다<sup>20)</sup>.

고지의무는 보험자가 그 이행을 강제하거나 불이행의 경우에 손해배상을 청구할 수 있는 보험계약의 효과로서 부담하는 의무가 아니며 보험법상 특수한 의무로써 보험계약 체결 시 보험계약자의 과실을 이유로 보험계약자에게 손해배상을 청구할 수 있는 법적의무는 아니고 단지 위반하면 보험자에게 계약해지권이 인정될 뿐이다. 즉 고지의무는 보험계약자가 계약해지에 의한 불이익을 면하기 위한 자기의무이며 보험계약의 효과로서 부담하는 의무가 아니라 보험계약의 전제요건으로 보험자에게 보험금을 청구하기 위한 간접의무이다<sup>21)</sup>.

간접의무설에는 다시 전제설과 법적강제설로 나눌 수 있다. 전제설에 의하면 고지의무는 단순히 보험계약상의 청구권을 유지하기 위한 전제가 되는 의무에 불

16) 정순제, “보험계약상의 고지의무에 관한 연구”, 동의대학교 대학원 박사학위논문, 2001. p. 5.

17) 박수영·박강익, “고지의무에 관한 고찰”, 한국법학회 법학연구, 제24집, 2006. p. 193.

18) 강위두, 상법강의(하), 형설출판사, 2010. p.557.

19) 정찬형, 상법강의(하) 제10판, 박영사, 2008. p.539.

20) 김성태, 보험법강론, 법문사, 2001. p. 201; 정찬형, 앞의 책, p. 538; 최기원, 앞의 책, p. 145.

21) 손주찬, 상법(下), 박영사, 2005. p. 521; 정찬형, 앞의 책, p. 639.

과하고 이는 법적의무가 아니며 이러한 의무의 이행은 소에 의해서 청구할 수도 없고 또한 그 불이행의 경우 손해배상청구권도 발생하지 않는다. 법적강제설은 법률상의 의무를 그 강제의 정도에 따라 구분하여 설명한다. 즉 강제요건이 채권자의 이익을 위해서 뿐만 아니라 채무자의 이익도 되는 때에는 간접의무라고 설명한다<sup>22)</sup>.

우리상법에서는 보험계약자의 행위규범에 관한 총괄적인 규정이 없으므로 고지 의무, 통지의무 또는 손해방지의무와 같은 각종 행위규범의 법적 성질 및 근거를 개별적으로 파악하는 경향이 있다<sup>23)</sup>. 이에 반하여 독일 보험계약법 제28조는 보험계약자가 이행하여야 할 행위규범을 책무(Obliegenheit)<sup>24)</sup>로 규정하고 있다.

## 나. 전제이론

전제이론은 보험계약자의 행위규범을 보험계약법에서만 의무가 아닌 책무라고 총칭하고 있을 뿐만 아니라 기존의 의무개념과 부합되지 않는다는 점을 근거로 하여 책무는 보험계약자의 특정한 행위로서 보험자의 급여의무를 존속시키기 위하여 보험계약의 내용으로 된 전제 또는 보험계약자의 청구권을 보유하기 위한 전제라고 이해한다<sup>25)</sup>.

이 이론의 책무 이행은 보험계약상 위험으로부터 보험계약자가 자신의 이익보호를 위하여 필요에 의한다는 것으로 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>26)</sup>.

22) 최기원, “보험계약자의 고지의무에 관한 고찰”, 법학, 제32권 3·4호, 서울대학교 법학연구소, 1991. p. 3.

23) 심상무, “고지의무의 성질에 관한 연구”, 연세법학연구, 제2권, 1992. p. 563; 정순계, 앞의 논문, p. 7.

24) 독일 VVG 제28조에서는 책무를 보험계약자가 보험사고 발생 전에 이행할 것과 보험사고발생 후에 이행할 것으로 나누어서 총괄적으로 규정하고 있으며 또한 제19조 이하에서 고지의무, 제23조에서 위험증가 방지의무, 제26조에서 위험증가통지의무 등 개별적인 행위규범에 대하여 각각 규정하고 있다.

25) 정순계, 앞의 논문, p. 8.

26) 김선정, “보험계약법상의 고지의무에 관한 연구”, 동국대학교 대학원 박사학위논문,

이 견해는 법적의무의 원칙을 형성하는 2차적인 독립적 의무가 책무위반의 경우에 있어서는 발생할 수 없다는 인식을 근거로 하며 의무위반의 경우에는 2차적인 강제수단인 소구·강제집행 및 손해배상청구를 할 수 있는데 반하여 책무위반의 경우에는 보험자의 급여의무를 일시적으로 또는 계속적으로 면제 또는 경감시킬 뿐 이므로 책무가 이행되어야 보험자의 급여의무가 유효하게 존속한다는 것이다<sup>27)</sup>.

### 다. 의무이론

의무이론은 보험계약법에서 보험계약자의 행위규범을 책무라고 표현하고 있음에도 불구하고 입법 시 책무와 의무를 엄격히 구분하여 사용하지 않았다는 것을 근거로 책무를 진정한 의무로 이해하는 이론으로 이 견해는 행위규범이 의무만이 아니라 책무에 대하여도 근거가 될 수 있는 당위이므로 행위규범을 두 가지로 나누어 이해하려고 한다<sup>28)</sup>. 즉 의무의 본질은 강제가능성에 있다는 인식을 근거로 하여 책무 위반에 대하여 법률상 지위의 상실 등의 강제력이 수반되기 때문에 책무도 의무의 범위에 포함하여 이해하려는 태도이다.

책무위반에 대하여는 권리보호의 이익이 없으므로 진정한 의무위반에 대한 2차적 구제수단인 소구나 강제집행이 허용되지 않는 것이며 또한 손해배상도 의무개념의 형성에 있어서 중요한 문제가 아니므로 책무와 의무를 동일한 것으로 취급하는 것이 타당하다고 하며 이 근거를 바탕으로 보험계약자의 책무도 진정한 의무로써 책무 이해에 대하여 민법규정 및 이론이 직접 적용된다고 한다<sup>29)</sup>.

이 견해는 책무가 행위규범이라는 점을 근거로 하며 책무를 의무로 이론구성을 한 것은 다음과 같은 의문이 있다. 즉 진정한 의무위반과 보험계약법 상 책무위반의 법률상 효과가 전혀 상이하지 않다는 점을 고려한다면 새로운 의무개념 내지 의무위반의 효과를 상실하지 아니하고 책무가 행위규범에 속한다는 것을 근거로

1991, p. 36.

27) 심상무, 앞의 논문, pp. 564~565.

28) 정순계, 앞의 논문, p. 9.

29) 심상무, 앞의 논문, p. 566.

당연히 진정한 의무라고 하는 것은 근거 없이 법률상 의무개념 내지 의무위반 효과를 확장하였다는 비난을 면하기 어렵다. 또한 책무와 의무가 모두 행위규범에 속하지만 의무는 권리자의 법률상 이익을 위하여 이행되는 것인데 반하여 보험계약법상 책무는 보험자는 물론 보험계약자의 이익을 위하여 이행되는 것임에도 이를 동일시한 점에 의문의 여지가 있다<sup>30)</sup>.

## 라. 법률강제이론

법률강제이론은 전제이론과 의무이론이 보험계약법만을 고려한 것과는 달리, 민법상 전 영역에 있어서의 책무의 지위를 설정하고 있다<sup>31)</sup>. 즉 민사법에 있어서의 광의의 의무는 법률이나 당사자가 정하는 방식에 따라서 심리학적으로 이익을 받는 유인요건과 불이익을 입는 강제요건으로 구분되며 강제요건은 법이론적 요건과 효과의 관계를 규정한 기능적 강제요건과 특정한 행위규범을 목적으로 하는 목적론적 강제요건으로 구분되며 목적론적 강제요건은 행위규범의 이행에 의하여 달성될 법률 규정이나 당사자의 목적 또는 특정한 상황을 창출하는 이익상태에 의하여 차별적으로 취급될 수 있다고 한다<sup>32)</sup>.

그런데 책무의 경우에는 부담자는 물론 권리자도 그 이행에 대하여 이익을 가지므로 진정한 의무와 이익상태가 다르다. 목적론적 강제요건이 약화되어서 그에 관한 소구나 강제집행 및 손해배상청구를 할 수 없다. 따라서 이 견해는 보험계약법상 책무를 그 불이행에 대하여 약정된 권리나 법적지위의 상실 또는 경감과 같은 강제만으로도 충분히 약한 강제성을 가진 의무로 이해함으로써 의무에 관한 민법규정이나 이론을 책무에 준용할 수 있다.<sup>33)</sup>

30) 심상무, 앞의 논문, pp. 566-567; 정순계, 앞의 논문, p. 10.

31) 정순계, 앞의 논문, p. 9; 이러한 책무에 해당되는 규정은 민사법 전 영역에 걸쳐서 발견된다. 예를 들면 민법 제528조 제2항에서 승낙기간을 정한 청약에 대한 연착도달의 통지의무, 같은 법 제396조에 해당하는 과실상계에 있어서의 권리자의 손해방지의무, 상법에서는 소위 간접의무 또는 부진정의무라고 하는 상법 제53조의 낙부통지의무, 같은 법 제69조의 매수인의 목적물 검사 및 하자통지의무 등이 있다.

32) 심상무, 앞의 논문, p. 567.

33) 정순계, 앞의 논문, p. 11.

### III. 고지의무 위반과 사기적 보험계약

#### 1. 고지의무의 위반

##### 가. 고지의무 위반의 요건

보험계약에 있어 고지의무 위반이 성립하려면 중요한 사항에 관하여 불고지 또는 부실고지가 고지의무자의 고의 또는 중대한 과실에 의하여야 한다. 즉 보험계약자 또는 피보험자에게 고지의무를 위반하였다고 하기 위해서는 객관적 요건으로서 보험계약자 등에 의한 중요한 사항에 대한 불고지 또는 부실고지의 행위가 있어야 하고, 주관적 요건으로서 고지의무위반에 관하여 보험계약자나 피보험자에게 고의 또는 중대한 과실이 있어야 한다<sup>34)</sup>.

##### (1) 객관적 요건

객관적 요건으로 불고지(non-disclosure)는 ‘중요한 사항인줄 알면서 알리지 아니하는 것’을 말하며 중요한 사항에 대한 묵비(concealment)를 말한다. 예컨대 질문표의 기재사항에 아무런 기재를 하지 아니한 경우는 불고지가 되나, 질문표의 기재사항이 아닌 경우는 고지의무자의 악의의 묵비가 아니면 고지의무위반으로 볼 수 없다. 부실고지(misrepresentation)는 ‘중요한 사항에 관하여 사실과 다르게 말하는 것’으로 허위진술을 말한다<sup>35)</sup>. 따라서 질문표의 기재사항에 사실과 다른 기재를 하면 부실고지가 된다<sup>36)</sup>.

34) 고지의무위반의 요건에 대한 입법례로 중요사항의 불고지 또는 부실고지만을 요건으로 하는 객관주의, 의무자의 불고지 또는 부실고지 외에도 고의·과실을 포함하여 요건으로 하는 주관주의(우리나라 상법 제651조, 일본 상법 제644조, 독일 보험계약법 제16조·제17조, 프랑스 보험법 L.113-8조·L.113-9조, 스위스 보험계약법 제4조) 및 고지의무자의 악의에 의한 불고지 또는 부실고지와 그렇지 않은 경우로 구분하는 절충주의가 있다.

35) 부실고지에는 언제든지 진실한 사항에 대한 불고지가 내포되어 있고 또 불고지인지 부실고지인지 불분명한 경우도 있지만 양자를 구별할 실익은 없다(채이식, 상법Ⅳ: 보험법·해상법, 박영사, 2001, p. 52).

## (2) 주관적 요건

주관적 요건으로서 ‘고의’란 중요한 사항의 존재를 인식하면서 이를 고지하지 않는 것(불고지)과 사실과 다르게 고지한 것(부실고지)을 말하며<sup>37)</sup> 고지의무자의 해의(害意)까지를 필요로 하지는 않는다<sup>38)</sup>. 따라서 고의에 의한 고지의무위반이란 어떤 사실의 존재뿐만 아니라 그 사실의 중요성과 고지하여야 한다는 당위성에 관한 인식을 하면서도 고의로 묵비하거나 허위진술한 것을 말한다<sup>39)</sup>.

‘중대한 과실’이란 보험계약자 등이 조금만 주의를 기울였다면 제대로 고지할 수 있었을 것을 그 주의를 다하지 아니함으로써 불고지 또는 부실고지를 한 것을 말한다. 보험계약자와 피보험자에 대하여 각각 고의와 중과실이 있었는지 여부를 판단한다. 대리인에 의하여 보험계약이 체결된 경우에는 그 대리인을 기준으로 고의나 중과실의 여부를 판단 한다(상법 제646조<sup>40)</sup>).

## (3) 입증책임

보험자는 고지의무 위반의 주관적 요건인 고지의무를 이행할 수 있는 지위에 있었음과 아울러 주관적 요건인 고의 또는 중과실과 불고지 또는 부실고지라는 객관적 요건을 증명하고 보험계약을 해지할 수 있다<sup>41)</sup>.

고지의무의 중요한 사항 위반에 대하여 고지의무위반의 요건이 성립한다는 사실은 이를 주장하여 보험계약을 해지하고자 하는 보험자가 입증하여야 한다<sup>42)</sup>. 보험자는 보험계약자의 고지의무위반의 전제요건인 중요한 사항에 대한 불고지

36) 대법원 1992. 10. 23. 선고 92다28259 판결.

37) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다27971 판결.

38) 최기원, 앞의 논문, p. 16; 최준선, 보험법·해상법, 삼영사, 2008. p. 88.

39) 최준선, 앞의 책, p. 88.

40) 상법 제646조(대리인이 안 것의 효과)에 따르면 “대리인에 의하여 보험계약을 체결한 경우에 대리인이 안 사유는 그 본인이 안 것과 동일한 것으로 한다.”고 규정하고 있다.

41) 양승규, 앞의 책, p. 123.

42) 대법원 197. 12. 26. 선고 73다823 판결; 대법원 1979. 7. 24. 선고 78다2416 판결; 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다52085 판결; 대법원 2004. 6. 11. 선고 2003다18494 판결.

또는 부실고지가 있는 경우에는 그러한 사실이 보험계약자측의 고의 또는 중대한 과실로 생긴 것임을 입증하여야 하고 보험자가 고지의무위반을 이유로 계약해지권을 행사하므로, 해지권 발생의 근거를 보험자가 증명하여야 하는 것이다<sup>43)</sup>.

## 나. 고지의무위반의 효과

고지의무위반의 효과에 관하여 앞서 살펴본 바와 같이 외국의 입법례의 경우 첫째, 보험자가 보험계약을 해제하거나(독일보험계약법 제16조·제17조, 스위스 보험계약법 제6조, 일본보험법 제28조), 취소하거나(영국해상보험법 제18조·제20조), 또는 고의에 의한 고지의무위반의 경우에는 계약을 취소하되, 고의의 입증이 없는 고지의무위반의 경우에는 보험료의 증액 또는 보험금액의 감액을 청구할 수 있게 하는 주의(절충주의: 프랑스보험법 L.113-8조·L.113-9조) 등이 있다<sup>44)</sup>.

우리나라 상법은 보험계약자 또는 피보험자의 고지의무위반이 있으면, 보험사 고의 발생여부를 불문하고 보험자는 보험계약을 해지할 수 있다 하여 고지의무위반의 효과로서 보험계약을 당연히 무효로 하지 않고 보험자에게 그 보험계약의 해지권만을 주고 있어 해지주의를 취하고 있다. 고지의무위반에 대하여 보험자가 보험계약을 해지할 수 있는 것으로 규정한 이유는, 보험자로 하여금 중요사항의 내용 및 거래에 따른 사정 등을 참작하여 보험계약의 존속여부를 결정할 수 있도록 배려를 한 것이다<sup>45)</sup>. 그러나 고지의무위반의 효과를 무효 또는 해제로 입법한 국가의 경우에도 대부분 보험자는 고지의무위반을 안 때 또는 해제 시까지의 보험료를 취득하고 보험금은 지급하지 않는 것으로 규정하고 있으므로 실질적인 차이는 거의 없다고 할 수 있다<sup>46)</sup>.

43) 손주찬, 앞의 책, p. 528; 최기원, 앞의 논문, p. 16; 西島梅治, 新版 保險法, 悠悠社, 1995, 57頁.

44) 西島梅治, 前掲書, 45頁.

45) 심상무, “고지의무위반의 효과: 상법 제651조와 제655조의 해석을 중심으로”, 저스티스, 제25권 제1호, 한국법학원, 1992, 7, p. 68.

46) 독일 보험계약법 제16조 제2항은 해제할 수 있는 것으로 규정하고 있지만, 제40조 제1항은 보험자는 해제 시까지의 보험료를 보험료불가분의 원칙에 의하여 취득할 수 있는 것으로 규정하고 있다.

## (1) 계약의 해지

보험자는 보험계약자의 고지의무위반이 있다면 이를 입증하고 보험계약을 해지할 수 있다<sup>47)</sup>. 해지는 그 효과가 소급되지 아니하므로 보험자는 이미 수령한 보험료를 반환할 필요가 없고 보험사고가 발생하기 이전이라면 보험금을 지급할 책임도 없다. 해지권은 보험계약의 성립과 동시에 발생하므로 보험사고의 발생 전후와 보험자의 책임기간의 전후를 불문하고 행사할 수 있고 또한 형성권이므로 보험계약자나 그 대리인에게 보험자는 통지를 하면 된다. 고지의무자가 사망한 경우에는 상속인에게 한다. 그러나 피보험자나 보험수익자는 해지의 상대방이 되지 않는다<sup>48)</sup>.

보험자는 보험사고의 발생 전후로 해지권을 행사할 수 있으며 그 권리를 포기할 수도 있다<sup>49)</sup>. 고지의무는 사행계약인 보험계약 체결 시 당사자 사이에 계약체결 및 존속기간의 대등성을 보장하기 위한 제도이므로 그 위반에 대하여 법적제재를 가하여야 한다는 것은 당연하다<sup>50)</sup>.

상법 제655조에서는 계약해지와 보험금청구권에 대하여 보험계약상 고지의무위반의 효과로서 보험계약해지를 주장하는 때에 보험자가 보험금을 지급한 경우는 반환을 청구할 수 있고 보험금을 지급하지 않았다면 지급책임이 없다고 규정하고 있다. 이와 같이 상법에서는 계약해지의 효력에 대하여 보험금 지급에 대해서는 예외적인 소급효를 인정하고 있다. 해지란 계속적 채권관계에서 계약의 효

47) 수개의 물건에 대하여 하나의 화재보험계약이 체결되고 보험계약자가 일부 물건에 대한 고지의무를 위반한 경우 보험자는 나머지 부분에 대하여도 동일한 조건으로 그 부분만에 보험계약을 체결하지 아니하였으리라는 사정이 없는 한 그 고지의무 위반이 있는 물건에 대하여만 보험계약을 해지할 수 있다(대법원 1999. 4. 23. 선고 99다8599 판결).

48) 생명보험계약에 있어서 고지의무위반을 이유로 한 해지의 경우에는 계약의 상대방 당사자인 보험계약자, 그의 상속인이나 대리인에 대하여 해지의 의사표시를 하여야 한다. 타인을 위한 보험에서는 보험금 수익자에게 해지의 의사표시를 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 효력이 없다(대법원 1989. 2. 14. 선고 87다카2973 판결).

49) 고지의무위반에 대한 보험자의 해지권은 자신의 이익을 위하여 행사하는 것이므로 제척기간 내에 계약을 해지하든 포기하든 자유이며, 이러한 해지권의 포기는 서면·구두 또는 명시적·묵시적인 방법에 의하여 할 수 있다.

50) 정순계, 앞의 논문, p. 96.

력을 장래에 대하여 소멸케 하는 일방적 행위이며 해제는 일단 유효하게 성립한 계약을 소급적으로 소멸시키는 일방적인 의사표시를 말하는데 보험자에게 불소급인 해지권을 인정하면서 보험금액에 관해서는 소급효를 인정하여 반환받을 수 있게 한 것은 모순이라고 볼 수 있으며 입법론적으로는 보험자에게 해제권을 인정하고 보험료에 관하여는 보험계약자의 부담으로 하는 것이 타당하다<sup>51)</sup>. 생명보험은 보장성과 저축성의 기능을 같이 가지고 있으므로 보험자가 계약을 해지함으로써 보험금지급을 하지 않아도 되지만 보험수익자를 위한 적립금은 보험계약자에게 지급하여야 한다(상법 제736조 제1항).

## (2) 해지권의 제한

### (가) 제척기간의 경과

보험계약자의 고지의무위반으로 인한 보험자의 보험계약해지권은 보험자가 고지의무위반사실을 안 날로부터 1월, 계약을 체결한 날로부터 3년의 제척기간에 걸리므로 이 기간이 지나면 계약을 해지할 수 없다(상법 제651조 본문)<sup>52)</sup>. 또한 이 기간이 지난 후에 한 보험자의 보험계약해지는 그 효력이 없다<sup>53)</sup>. 이러한 제척기간의 제한이 따르는 이유는 보험계약자를 장기간 동안 불안정한 입장에 빠뜨린 채 방치하는 것이 형평에 반하기 때문에 보험계약관계의 신속한 확정으로 법률관계를 안정시키고, 이 기간 내에 보험사고가 발생하지 않은 경우에는 고지의무위반이 있더라도 보험관계를 유지시키는 것이 객관적으로 타당하기 때문이다<sup>54)</sup>.

일본의 경우에는 1월이라는 제척기간을 두어 우리와 같지만 계약을 체결한 날로부터 5년이라는 기간은 우리나라의 경우에 3년으로 규정한 예와 다르다(일본

51) 김대규, 앞의 논문, p. 105.

52) 이 기간이 경과하면 고지의무 위반을 이유로 보험계약의 효력을 다룰 수 없으므로 불가쟁기간(incontestable period)이라 하며, 이 기간을 정한 약관조항을 불가항쟁약관(incontestable clause)이라 한다.

53) 대법원 1986. 11. 25. 선고 85다타2578 판결.

54) 박수영·박강익, 앞의 논문, p. 207.

보험법 제28조 제4항<sup>55)</sup>56). 그리고 우리 상법 제651조는 고지의무위반으로 인한 계약을 해지사유로 규정한 것과 다르게 해제권으로 규정한 차이가 있으며, 이 해제권의 행사기간 제한은 모두 제척기간이고 특히 전자의 1월의 기간은 법률관계의 조기 확정 이념에 근거하는 것이고 5년간의 기간은 계약체결 후 기간이 경과하면 불고지의 사실이 사고 발생물에 영향을 미치지 않는다고 생각한 것에 근거한 것이다<sup>57)</sup>.

고지의무 위반사실을 인지하는 것은 보험자뿐만 아니라 그 대리인도 할 수 있으므로 그 대리인이 안 날로부터 1월의 제척기간이 기산된다(상법 제646조). 보험자가 고지의무 위반사실을 안 날이라 함은 단순한 혐의를 둔 날이 아니고 보험자가 고지의무 위반사실에 관한 확실한 증거를 파악한 날을 의미하며, 보험계약을 체결한 날은 보험증권 교부일이 아닌 보험계약 성립일을 의미한다. 또한 수개의 고지의무위반이 있으면 개별사실을 안 날로부터 각각 제척기간이 진행된다<sup>58)</sup>. 그리고 보험자가 고지의무위반을 안 시점에 대한 입증책임은 보험계약자 측이 부담한다.

보험자가 고지의무 위반사실을 알고 1월이 경과하도록 해지권을 행사하지 아니한 때에는 해지권을 포기하며 보험계약을 확정된 것이라 할 수 있다. 다만 보험계약자의 고지의무 위반이 사기로 인한 경우에는 제척기간이 도과한 후에도 해지권을 행사할 수 있다고 할 것이다.

#### (나) 보험자의 고의와 중과실

상법 제651조 단서조항에 따르면 보험자가 계약당시에 중요사실을 알았거나

55) 保険法 第二十八条 4 第一項の規定による解除権は、保険者が同項の規定による解除の原因があることを知った時から一箇月間行使しないときは、消滅する。損害保険契約の締結の時から五年を経過したときも、同様とする。

56) 우리 상법 제651조에는 계약을 체결한 날로부터 3년 내에 한하여 계약을 해지할 수 있도록 규정하고 있으나 실제 약관(생명보험약관 제14조)에서는 ‘보장개시일부터 보험금 지급사유가 발생하지 않고 2년(진단계약의 경우 질병에 대하여는 1년)’ 이내에 한하여 계약을 해지할 수 있도록 하고 있다.

57) 山下友信, 保険法, 有斐閣, 2005. 309頁.

58) 정호열, “고지의무위반의 태양의 효과”, 고시계, 1994. p. 62.

중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에 보험자는 계약을 해지할 수 없다고 규정하고 있다. 보험자의 대리인이나 인보험에서 보험의가 중요사실을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우에 해지 하지 못한다. 이는 보험자의 자기 과실에 의한 위험선택을 하였기 때문에 해지권을 제한한 것이다.

보험자에는 보험대리점, 보험의, 고지수령권이 있는 자를 포함한다. 보험자가 보험계약의 중요한 내용에 대하여 명시, 설명의무를 위반하였다면 보험계약자나 그 대리인이 약관에 규정된 고지의무를 위반하였다고 하더라도 이를 이유로 보험계약을 해지 할 수 없다<sup>59)</sup>. 그러나 여기에서 보험자가 약관의 교부·설명 의무를 위반하고, 또한 보험계약자가 고지의무를 위반한 때에 양자를 어떻게 처리해야 하는지에 대해 검토할 필요가 있다.

이 경우 견해는 크게 두 가지로 나누어지고 있다. 첫째, 상법규정단독적용설에 따르면 보험자가 보험계약을 체결하면서 약관에 대한 설명의무를 위반한 경우에도 보험계약자의 고지의무위반이 있는 때에는 그 사실을 입증하여 보험계약을 해지할 수 있다고 보고 있다<sup>60)</sup>. 또한 설사 약관규제법 제3조의 적용으로 보험자가 보험약관의 효력을 주장할 수 없다고 하여도 고지의무는 약관의 규정유무를 떠나 법적으로 보험계약자에게 부과된 의무이므로 이 의무는 약관의 설명여부 및 그에 따르는 약관의 효력 여하에 상관없이 존재한다고 주장한다<sup>61)</sup>.

이와 다른 견해로 약관규제법중복적용설(대법원의 입장)에 따르면 보험자가 보험약관의 명시·설명 의무에 위반하여 보험계약을 체결하였을 때에는 보험계약

59) 대법원 판례에서는 보험자 및 보험계약자의 체결 및 모집에 종사하는 자는 보험계약의 체결에 있어서 보험계약자 또는 피보험자에게 보험약관에 기재되어 있는 보험상품의 내용, 보험료율의 체계 및 보험청약서상 기재사항의 변동사항 등 보험계약의 중요한 내용에 대하여 구체적이고 상세한 명시·설명 의무를 지고 있어서 보험자가 이러한 보험약관의 명시·설명 의무에 위반하여 보험계약을 체결한 때에는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없으므로 보험계약자나 그 대리인이 그 약관에 규정된 고지의무를 위반하였다 하더라도 이를 이유로 보험계약을 취소할 수 없다(대법원 1997. 9. 26. 선고 97다4494 판결; 대법원 1998. 4. 10. 선고 97다47255 판결).

60) 양승규, “보험자의 약관설명위반과 보험계약자의 고지의무위반의 효과”, 저스티스, 29권 2호, 1996. 9, p. 143.

61) 김선정, “보험계약상 고지의무에 관한 최근판례와 연구동향”, 상사법연구, 제14권 제2호, 한국상사법학회, 1995. p. 295.

자가 약관에 규정된 고지의무를 위반하였다하여도 해당 약관은 계약내용이 아니므로 고지의무위반을 이유로 보험계약을 해지하거나 보험사고에 대한 면책을 주장할 수 없다는 주장을 취하고 있다<sup>62)</sup>.

그러나 보험계약자나 그 대리인이 약관의 내용에 대해 이미 충분히 숙지하고 있는 경우에는 재차 약관을 명시·설명할 필요가 없으므로 보험자가 보험계약자의 고지의무 위반을 이유로 한 보험계약의 해지를 인정하고 있다<sup>63)</sup>.

#### (다) 인과관계의 부존재

상법 제655조 본문의 취지는 고지의무 위반이 있었다는 사실은 통상적으로 보험사고 발생 후에 발견된다는 점을 고려하여 보험사고 발생 후의 계약해지에 의해서라도 고지의무 등을 위반한 보험계약자 및 피보험자를 보험의 보호에서 배제할 수 있게 함으로써 고지의무 등의 이행을 확보하기 위한 것이다<sup>64)</sup>. 반면 상법 제655조 단서의 취지는 보험가입자 보호의 정신에서 나온 것으로, 묵비된 사실 또는 부실고지된 사실과 보험사고 간에 인과관계가 없는 경우라면 보험자에게 보험금을 지급하게 하더라도 보험자에게 의외의 불이익이 아니라는 고려에서 나온 것이다<sup>65)</sup>.

상법 제655조 단서규정이 개정되기 이전에는 고지의무위반을 이유로 하는 계약해지를 규정한 본문의 규정에 후속적으로 ‘그러하지 아니하다’고 한 단서의 뜻이 무엇인가에 대해 해석이 분분하였다. 즉, 고지의무위반을 이유로 하여 계약을 해지하더라도 보험자가 여전히 그 보험사고에 대한 책임을 질 수밖에 없다는 점에 대해서는 이견이 없으나 문제는 이 규정의 해석에 있어 보험자가 그 고지의무 등의 위반을 이유로 하는 계약의 해지까지도 할 수 있는지 여부가 문제인데 이는

62) 대법원 1998. 4. 10. 선고 97다47255 판결; 대법원 1997. 9. 26. 선고 97다4494 판결.

63) 대법원 1998. 4. 14. 선고 97다39308 판결.

64) 장경환, “상법 제4편(보험) 제1장(통칙)의 주요 개정과제”, 보험법연구, 한국보험법학회, 2007. p. 39.

65) 김용균, “보험사고의 발생과 고지의무위반의 인과관계”, 사법행정, 1993. 7, p. 38; 정진세, “고지의무위반과 인과관계”, 사법행정, 1994. 10, p. 80.

보험계약이 하나의 보험사고로 종료되지 않고 후속적인 보험사고를 야기할 수 있는 경우<sup>66)</sup>에 주로 문제가 된다.

여기에는 인과관계의 존재에도 불구하고 보험자의 계약해지는 상법 제651조에 의해 가능하고 다만 상법 제655조 본문에 정한 해지의 효력이 제한되는 것으로 해석하는 ‘해지긍정설’의 입장<sup>67)</sup>과는 반대로 보험자의 면책에 대한 예외(즉, 보험자는 이미 발생한 보험사고에 대해서 보험금지급 책임을 져야한다)뿐만 아니라 해지에 대한 예외(즉, 보험자는 계약을 해지할 수 없다)도 규정한 것으로 풀이하는 ‘해지부정설’의 입장이 대립하고 있다<sup>68)</sup>.

최근 대법원 판결<sup>69)</sup>로 상법 제655조 단서 규정의 해석·적용과 관련하여 다수설과 대법원 판결은 일관되게 해지부정설의 논리를 지지하였으나 이번 판결에서는 기존의 판결과 상치되는 해지긍정설의 입장을 견지하고 있다.

고지의무 위반과 사고 발생 사이에 인과관계가 없는 경우, 다수설과 기존 대법원의 판례와 같이 보험자의 계약해지권을 인정하지 않는 것은 부당하다고 생각된다. 왜냐하면 상법 제655조 단서의 취지는 보험사고 발생으로 인해 보험계약 관계가 종료되거나 소멸되지 않는 경우 고지의무 위반사실과 인과관계가 없는 보험사고가 발생한 경우에 상법 제655조 본문의 이른바 소급효있는 해지권을 인정하지 않음으로써 보험자로 하여금 보험사고에 대한 보험금 지급책임을 부담시키려는 것뿐이며, 보험자의 보험계약 해지권까지 부정하는 것은 아니기 때문이다<sup>70)</sup>.

상법 제655조 단서는 고지의무위반사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 때에는 그 고지의무위반사실에도 불구하고, 보험자가 책임을 지도록 하고 있다. 그러나 이러한 태도는 고지의무위반사실과 보험사고발생

66) 자동차보험의 경우처럼 사고로 보험금이 지급되더라도 보험기간 내에는 자동복원 되는 보험의 경우를 말한다.

67) 정찬형, “상법 제651조와 동 제655조 단서와의 관계”, 고시연구, 2000. 4, pp. 76~80; 장경환, “고지의무 위반사실과 인과관계 없는 보험사고의 연장과 보험자의 책임범위”, 생명보험, 1999. 12, pp. 19~20.

68) 장경환, “암등을 담보하는 질병보험에서의 보험자의 책임개시 및 인과관계 없는 사실의 불고지의 효과”, 국제법무연구, 제8호, 경희대국제법무대학원, 2004. p. 67.

69) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다25353 판결.

70) 정찬형, 앞의 책, p. 531.

간의 인과관계 부존재에 관한 엄격한 해석과 입증책임 분배의 노력으로도 해결할 수 없는 본질적인 문제를 안고 있다.

고지의무를 위반하는 보험계약자측의 행위가 반드시 사행계약으로서의 보험 계약의 목적을 불능으로 하지는 않는다고 하더라도, 사행계약의 본질을 침해하는 반신의 행위로 된다고 볼 때, 보험사고의 발생 여하라는 결과에 관계없이 그 자체 만으로도 계약해지의 충분한 사유가 되어야 한다.

또한 보험계약자가 고지의무를 고의나 중과실로 불이행한 것이라면 다른 고려 없이도 불이익을 부담하게 함이 과실책임의 법리에 부합한다 할 것이다. 그리고 고지의무불이행의 사실과 보험사고 간의 인과관계가 존재하지 않는다는 이유로 그 위반자의 보험금 청구권을 여전히 인정하게 된다면 위험단체를 구성하는 다른 보험계약자의 정당한 이익도 침해하게 되고 도덕적 위험을 초래할 우려도 있기 때문에 개정상법 제655조의 단서조항이 '고지의무 위반 등과 보험사고 사이에 인과관계가 인정되지 아니하더라도 보험자가 보험금은 현행과 같이 지급하되 계약 은 해지할 수 있도록 하는 내용'으로 개정되었으면 하는 아쉬움이 있다<sup>71)</sup>.

71) 2014. 3. 11. 공포된 개정상법에 따르면 제655조의 단서조항이 기존 '그러나 고지의무에 위반한 사실 또는 위험의 현저한 변경이나 증가된 사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 때에는 그러하지 아니하다.'에서 '다만, 고지의무(告知義務)를 위반한 사실 또는 위험이 현저하게 변경되거나 증가된 사실이 보험사고 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 경우에는 보험금을 지급할 책임이 있다.'로 개정되었다. 원래 개정안에는 '증명된 때에는 계약을 해지하더라도 보험금을 지급할 책임이 있다.'로 하였으나 최종안에는 '계약을 해지하더라도'라는 문구는 삭제되어 공포되었다. 비록 실질적인 내용에는 차이가 없어 보이나 계약을 해지할 수 있다는 문구를 넣음으로써 불필요한 분쟁의 여지를 사전에 차단할 필요가 있지 않았나 생각한다.

## 2. 고지의무 위반의 비교법적 검토

### 가. 영국

#### (1) 해상보험법

영국 해상보험법은 불고지 또는 부실고지로 인한 의무위반이 있으면, 보험자는 보험계약에 대한 취소권을 행사할 수 있다(MIA §18, §20<sup>72)</sup>). 취소의 효과는 소급적이며, 불고지·부실고지와 보험사고의 발생 사이에 인과관계를 묻지 않는다. 그리고 고의에 의한 불고지·부실고지라면 취소권을 행사한 후 보험자는 보험료를 반환할 필요가 없다<sup>73)</sup>.

현행 영국법은 귀책사유 유무나 인과관계를 묻지 아니하고, 보험자는 언제나 고지의무 위반을 이유로 계약을 취소할 수 있다. 또한 보험금 지급책임에서 면제된다. 다만, 불고지의 경우 보험계약자가 알지 못하는 사실은 원칙적으로 고지의 대상이 되지 않는다는 점에서, 귀책사유를 고려하지 않는다는 점은 어느 정도 약화되어 있다. 그러나 불고지 또는 부실고지된 사실이 중요사항이라는 점을 인식하지 못하였거나, 인식하지 못한 것에 대한 과실이 없는 경우에도 취소권과 면책의 효과가 발생한다는 점을 고려한다면, 기본적으로 매우 엄격한 입장이라 평가할 수 있다<sup>74)</sup>.

72) MIA §18. DISCLOSURE BY ASSURED 1. Subject to the provisions of this section, the assured must disclose to the insurer, before the contract is concluded, every material circumstance which is known to the assured, and the assured is deemed to know every circumstance which, in the ordinary course of business, ought to be known by him. If the assured fails to make such disclosure, the insurer may avoid the contract(보험계약자는 보험계약의 체결 당시에 자신이 알거나 일반적 업무과정에서 알 수 있는 중요사항을 보험자에게 고지해야 하고, 그 위반이 있으면 보험자는 보험계약을 취소할 수 있다).

MIA §20. REPRESENTATIONS PENDING NEGOTIATION OF CONTRACT 1. Every material representation made by the assured or his agent to the insurer during the negotiations for the contract, and before the contract is concluded, must be true. If it be untrue the insurer may avoid the contract(보험계약자가 보험계약의 체결 당시에 중요사항에 대해 행한 고지는 진실해야하고 이를 위반한 경우 보험자는 계약을 취소할 수 있다).

73) Nicholas Legh-Johns, *MacGillivray on Insurance Law*, 10th ed., Sweet & Maxwell, London, 2003. pp. 449~450.

74) 한기정, “보험계약상 고지의무에 대한 입법론적 고찰”, 서울대학교 법학, 제52권 제3호,

## (2) 영국 법률위원회의 개정안

영국의 법률위원회는 현행 고지의무에 관한 법이 보험계약자에게 지나치게 엄격하다고 보고 2006년부터 개정안을 마련하는 작업을 추진하였으며, 2009년 12월에 최종보고서를 발간하면서 고지의무의 요건 및 효과의 개정안을 담은 「소비자보험(불고지 및 부실고지)법안<sup>75)</sup>」을 제시하였다. 이후, 영국 정부는 2011. 5. 16 법률위원회의 개정안을 받아들였고, 같은 날 이 개정안은 영국의 상원에 소개되었다. 이 개정안은 2012. 3. 8 영국 국왕의 재가(Royal Assent)를 받아 『Consumer Insurance(Disclosure and Representations) Act 2012』를 발효하였는바<sup>76)</sup>, 이하에서는 이 법안의 주요내용을 살펴본다.

먼저 고의에 의한 부실고지의 경우, 보험자는 보험계약을 취소할 수 있고 보험금지급을 거절할 수 있다(부칙 1, Part 1, 2(a)). 보험자는 보험료를 돌려줄 필요가 없으며, 다만 그것이 부당한 경우<sup>77)</sup>에는 그러하지 않은 것으로 한다(부칙 1, Part 1, 2(b)).

다음으로 과실에 의한 부실고지의 경우에서는 보험사고가 발생한 경우와 보험사고가 발생하지 않은 경우로 구분하여 그 효과를 살펴보면, 첫째, 보험사고가 발생한 경우, ① 인수거절사유가 부실고지된 경우에는 보험자가 보험계약을 취소하고 보험금지급을 거부할 수 있지만, 수령한 보험료는 반환해야 한다(부칙 1, Part 1, 마). ② 계약조건변경사유에 대한 부실고지인 경우는 계약조건이 변경된 채 보험계약이 체결된 것으로 간주하며, 보험자는 비례적으로 감축하여 보험금을 지급하며, 여기서 말하는 비례적 감축은 실제로 부과된 보험료를 부과되어야 할 보험료로 나눈 비율만큼 감축하는 것을 말한다(부칙 1, Part 1, 6~8).

서울대학교 법학연구소, 2011. 9, p. 354(이하 한기정(b)).

75) "Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Bill"은 11개의 조문, 2개의 부칙, 그리고 조문에 대한 주석(Explanatory Notes)으로 구성되어 있다.

76) Law Commission, Insurance Contract Law: Consumer Insurance (Disclosure and Representations) <http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/consumer-insurance.htm>.

77) 부당한 경우로 평가될 수 있는 예로 투자적 요소가 있는 생명보험을 들고 있다(Law Commission, *supra* n. 48, para 6.49).

둘째, 보험사고가 발생하지 않은 경우, ① 인수거절사유가 부실고지된 경우 보험자는 보험계약을 취소할 수 있지만 수령한 보험료는 반환해야 한다. ② 계약조건변경사유에 대한 부실고지인 경우 장래를 향하여 계약조건을 변경할 수 있으며, 장래를 향하여 보험료를 변경할 수 있다 또한 보험자는 위와 같은 계약변경권을 행사하거나 아니면 해지할 수 있다(부칙 1, Part 1, 9(2)~9(4)). 다만, 전적으로 생명보험인 경우에는 해지할 수 없다(부칙 1, Part 1, 9(5))<sup>78)</sup>.

## 나. 프랑스

프랑스 보험법은 고지의무 위반에 대하여 보험계약자의 악의(*mauvaise foi*) 또는 선의(*bonne foi*)로 구분하여 그 효과를 달리 정하고 있다. 보험법 L. 113-8조 1항은 ‘의도적(*intentionnelle*)’, L.113-9조 1항은 ‘악의로 입증되지 않은(*dont la mauvaise foi n'est pas établie*)’으로 구분하고 있지만, 이를 악의, 선의로 표현하는 것이 보통이다.<sup>79)</sup>

프랑스보험법은 보험계약자의 악의로 고지의무를 위반한 경우에는 이것이 보험사고 발생에 영향이 없더라도, 보험자가 계약을 취소(*l'annulation*)할 수 있으며(보험법 L. 113-8조 1항), 계약은 소급적으로 효력이 없고 보험자는 보험금부 의무를 부담하지 않으며, 지급한 보험금부는 반환받을 수 있다. 또한 보험자는 수령한 보험료를 반환하지 않아도 되고, 장래의 보험료는 손해배상으로써 지급받을 수 있다(같은 법 L. 113-8조 2항). 다만 이 규정은 생명보험에는 적용되지 않는데(같은 법 L. 113-8조 2항), 보험료적립금은 반환되어야 하는 것으로 해석된다<sup>80)</sup>.

78) 생명보험의 경우 흔히 중병보장을 하는 경우가 흔한데, 소비자가 이미 중병에 걸린 경우 보험자가 부실고지를 이유로 보험계약을 해지할 수 있다면, 소비자에게 지나치게 가혹한 것이며, 또한 생명보험은 장기보험으로서 보험기간의 초기단계에서는 보험자가 위험에 비해 많은 보험료를 수령하는 것이 일반적이어서 비례보상을 하는 것이 재원 면에서 수월하기 때문이라고 한다(Law Commission, *supra* n. 48, paras 6.95-6.97 (한기정(b), 앞의 논문, p. 361 재인용)).

79) Bonnard, *Droit des assurances*, LexisNexis, 2007, n° 325, 331(한기정(b), 앞의 논문, p. 351 재인용).

80) Bonnard, *Droit des assurances*, LexisNexis, 2007, n° 327(한기정(b) 앞의 논문, p. 351 재인용).

그리고 보험계약자가 선으로 고지의무를 위반한 경우는 보험사고가 발생했는지 여부를 기준으로 구분한다. 즉 보험사고가 발생하지 않은 경우에는 보험자는 보험계약자의 동의하에 보험료를 증액하고 계약을 유지하든가, 또는 미경과보험료를 반환하고 등기우편을 통한 통지를 한 후 10일이 경과하면 계약을 해지(résiliation) 할 수 있다(같은 법 L. 113-9조 2항). 보험사고가 발생한 경우에는 고지의무가 이행되었다면 지급해야 할 보험료와 실제로 지급된 보험료와의 비율에 따라 보험금이 감액된다(같은 법 L. 113-9조 3항). 선의의 경우에 고지의무 위반과 보험사고의 발생사이에 인과관계가 없더라도, 보험자가 고지의무 위반의 효과를 누릴 수 있는지 여부에 대해 규정이 없는데 대체로 판례는 악의와 마찬가지로 이를 긍정하고 있다<sup>81)</sup>.

#### 다. 독일

독일의 경우 종래 보험계약법<sup>82)</sup>은 보험계약자의 고의 또는 과실이 있는 경우에만 고지의무 위반으로 다루었고, 고지의무 위반의 효과는 단지 해제권만 인정되었다. 이후 2007년 개정된 보험계약법에서는 보험계약자의 고의 또는 과실에 한정하지 않고 귀책사유가 없는 경우에도 고지의무 위반으로 다루어 주관적 요건을 확장하였다<sup>83)</sup>. 고지의무 위반에 대한 주요내용은 다음과 같다.

먼저, 고의에 대해서는 해제권을 인정(보험계약법 제19조 제2항) 하지만, 보험사고의 발생 이후에 해제권이 행사된 경우 고지의무 위반이 보험사고의 발생 및 보험자 급부의 범위에 영향을 미치지 않은 경우에는 보험자에게 급부의무를 인정하고 있다.

다음으로, 고의를 제외한 주관적 요건은 중과실, 과실, 무과실로 구분하여 효과를 달리하고 있는데 중과실인 경우, 인수거절사유라면 고의와 마찬가지로의 효과가

81) Bigot et al, *Traité de Droit des Assurances*, Tom3 Le Contrat D'assurance, L.G.D.J., 2002, n° 929(한기정(b), 앞의 논문, p. 351 재인용).

82) 독일의 보험계약법(VVG: Gesetz über den Versicherungsvertrag)은 1908년 이후 부터 시행되어 오다가 2007년에 전면 개정되어 2008년 1월 1일부터 시행되었다.

83) 한기정(b), 앞의 논문, p. 349.

발생(같은 법 제19조 제2항)하고, 계약변경사유라면 소급적 계약변경권이 인정(같은 법 제19조 제4항)된다. 또, 경과실인 경우, 인수거절사유라면 해지권만 인정되고(같은 법 제19조 제3항), 계약변경사유라면 소급적 계약변경권이 인정(같은 법 제19조 제4항)된다. 그리고 무과실인 경우, 인수거절사유라면 해지권만 인정(같은 법 제19조 제3항)되고, 계약변경사유라면 소급적 계약변경권이 인정(같은 법 제19조 제4항)된다.

## 라. 일본

일본 보험법 제28조 제1항에 따르면, ‘보험자는 보험계약자 또는 피보험자가 중요사항에 대하여 고의 또는 중과실에 의해 불고지 또는 부실고지를 하면 계약을 해제할 수 있다’고 규정하고 있으며, 계약의 해제는 장래를 향해서만 그 효력이 발생한다(같은 법 제31조 제1항)고 한다. 그리고 해제된 시점까지 발생한 보험사고에 대해서는 보험금부 의무를 부담하지 않고, 다만 고지의무가 위반된 사실에 기인하지 않고 발생한 보험사고에 대해서는 그러하지 않다(같은 법 제31조 제2항 1호)고 하여 고지의무 위반과 사고와의 인과관계가 없는 보험사고에 대해서는 보험금부 의무를 지는 것으로 하고 있다.

## 마. 유럽보험계약법 원칙(PEICL)<sup>84)</sup>

유럽보험계약법 원칙에 따르면, 보험계약자는 계약체결 시 보험자에게 자신이 ‘알거나 알 수 있는 사항으로서 보험자가 명확하고 구체적인 질문을 한 사항’을 고지하여야 한다(Article 2:101). 그리고 고지의무 위반에 대해서는 해지권, 계약변경권이 인정되고 보험사고 발생 시 보험자는 면책되거나 보험금이 비례적으로 감축될 수 있다(Article 2:102(5)). 또한 악의적 기망의 경우 보험자는 계약을 취소하면서 동시에 기한이 도래한 보험료에 대한 권리를 계속 보유할 수 있다. 취소는 보

84) Principles of European Insurance Contract Law; PEICL은 2009년 유럽보험계약법의 재구성(Restatement of European Insurance Contract Law)을 위한 프로젝트 그룹에 의하여 출간되었다(한기정(b), 앞의 논문, p. 365).

험자가 기망 사실을 안 때로부터 2월 이내에 서면으로 보험계약자에게 통지하여야 한다(Article 2:104)고 규정하고 있다<sup>85)</sup>.

### 3. 고지의무 위반과 민법상 착오·사기와의 관계

보험가입자가 고의 또는 중과실로 고지의무를 위반한 경우 보험자는 상법 제 651조에 의하여 보험계약을 해지할 수 있고 보험자가 착오 또는 기망을 당하여 청약을 승낙한 경우에는 보험자는 민법 제109조(착오가 있는 의사표시)와 제110조(사기에 의한 의사표시)에 의하여 그 보험계약을 취소할 수 있다<sup>86)</sup>. 이 경우 보험자는 상법규정에 의하여 보험계약을 해지할 수 있는지 또는 민법규정에 의하여 보험계약을 취소할 수 있는지에 대하여 학설이 대립된다.

즉 상법만 적용된다면 보험계약의 해지는 소급효가 없고 제척기간이 경과한 후에는 보험계약을 해지할 수 없다. 반면 민법이 적용된다면 보험계약이 취소되어 계약은 소급하여 무효가 되고 보험자는 상법상의 제척기간이 경과한 후에도 보험계약을 취소하여 무효로 할 수 있다. 현재 상법에서는 명문의 규정을 두고 있지 않고 있으며 다만 개별약관에서 사기에 의한 계약의 경우 그 효과를 정하고 있는 실정이다. 사기 및 착오와 관련한 학설의 대립과 판례를 살펴보면 다음과 같다.

#### 가. 학설

##### (1) 상법 단독적용설

고지의무에 관한 상법의 규정은 보험계약의 단체성 및 기술성을 근거로 마련된 민법의 사기 및 착오에 관한 예외규정으로써 고지의무 위반의 행위에 관해서는 민법의 규정은 적용하지 아니하며 상법만을 적용하여야 한다는 것이다<sup>87)</sup>. 그 이

85) 한기정(b), 앞의 논문, pp. 366~367.

86) 정호열, “고지의무위반과 사기·착오·불가쟁약관의 관계”, 보험학회지, 제29호, 1987, p. 147.

87) 최기원, 앞의 책, p. 448.

유는 고지의무에 관한 상법규정은 단순히 보험자 보호만을 목적으로 하는 것이 아니고 동시에 고지의무위반을 이유로 하는 보험자의 해지권 행사에 대하여 일정한 제한을 설정하여 보험계약자 등의 보호를 함께 도모함으로써 하나의 제도로서의 균형을 취하고 있는데 만약 사기에 관한 민법규정의 적용을 허용하게 되면 보험계약자 등 보호의 정신이 훼손될 염려가 있을 뿐만 아니라 고지의무 제도가 보험계약의 단체적·기술적 요청에 기하여 인정되는 것이므로 사기에 의한 의사표시인가를 묻지 않고 상법의 규정에 의하여 해결하는 것이 타당하다는 것이다<sup>88)</sup>.

즉 상법 제651조는 고지의무의 이행을 둘러싼 보험자와 보험계약자측의 이익형평과 거래관계의 안전을 도모하기 위하여 그 위반에 대하여 보험자에게 소급효가 없는 해지권을 인정함과 아울러 해지권의 행사기간을 제한하고 있으므로 착오 또는 사기에 의한 법률행위의 효과를 취소로 규정한 민법은 적용되지 않는 것으로 해석하는 것이 논리상 당연하다<sup>89)</sup>.

## (2) 민·상법 중복적용설

사기에 관한 민법의 규정과 고지의무에 관한 상법의 규정은 그 근거·요건·효과에 있어서 전혀 다른 것으로 일반법과 특별법의 관계에 있는 것이 아니므로 민·상법의 규정이 같이 적용된다고 보는 견해이다. 이 견해는 사기에 의한 의사표시가 있는 경우에 이를 취소할 수 없다고 한다면 보험자에게 부당한 불이익이 가해지고, 반대로 보험계약자 등을 부당하게 보호하는 결과가 되기 때문에 보험자로서는 고지의무위반을 들어 보험계약을 해지할 수도 있고 민법상의 사기를 이유로 계약을 취소할 수도 있다는 것이다<sup>90)</sup>. 그러나 이 견해에 따르면 하나의 행위가 고지의무 위반과 동시에 민법의 착오 또는 사기의 요건을 충족하는 경우 상법과 민법의 규정이 모두 적용됨으로써 보험계약의 성립에 관한 착오 또는 사기라는 하나의 행위로부터 개별계약에 관한 해지권과 법률행위 일반에 관한 취소권이 동시에 발생하게 되는데 이는 타당하지 못한 결과라는 비판이 있다<sup>91)</sup>.

88) 최완진, “사기에 의한 고지의무위반의 효과”, 고시연구, 2003. 2, p. 137.

89) 정순계, 앞의 논문, p. 120.

90) 최완진, 앞의 논문, p. 137.

### (3) 절충설(사기·착오구분설)

보험자에게 착오가 있는 경우는 민법의 적용을 배제하지만 보험계약자의 사기의 경우는 상법 외에도 민법의 사기에 의한 의사표시에 관한 규정도 적용된다는 견해이다. 착오에는 보험계약자를 보호하기 위해 상법만을 적용하는게 타당하지만, 사기의 경우는 보험계약자의 위법행위에 대하여 보험계약자 측을 보호하는 것은 보험제도의 원리에 맞지 않기 때문에 상법 외에도 민법이 적용된다고 보는 견해이다. 고지의무 위반에 관해 상법의 규정은 민법의 착오에 관한 규정에 대하여 특별법의 지위에 있으므로 보험자는 착오를 이유로 보험계약을 취소할 수 없으나 보험계약자의 사기로 인한 고지의무위반은 보험자를 속여 착오에 빠지게 하는 위법행위가 되므로 제척기간이 경과해도 취소할 수 있다는 견해이다<sup>92)</sup>.

독일보험계약법 제22조<sup>93)</sup>에서는 악의적 기망(arglistige Täuschung)<sup>94)</sup>을 한 경우 보험자는 민법 제123조에 따라 취소할 수 있다고 규정하고 있다. 우리 상법에는 독일과 같은 명시적인 규정은 없으나 보험계약자의 사기가 있다면 보호할 필요가 없고 상법상의 해지권은 민법상의 취소권보다 요건상 제한되므로 착오와 사기를 구별하여 처리하는 것이 타당하다.

### 나. 판례의 입장

고지의무 위반에 대한 판례의 입장<sup>95)</sup>은 “보험계약을 체결함에 있어서 중요한 사항에 관하여 보험계약자의 고지의무 위반이 사기에 해당하는 경우에는 보험자는 상법의 규정에 의하여 계약을 해지할 수 있음은 물론 민법의 일반원칙에 따라

91) 정순계, 앞의 논문, p. 122.

92) 김대규, 앞의 논문, p. 111.

93) VVG § 22(Arglistige Täuschung) Das Recht des Versicherers, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten, bleibt unberührt(악의적 기망의 이유로 계약을 취소할 수 있는 보험자의 권리는 영향을 받지 않는다).

94) 악의(arglistig)란 보험계약자가 의식적으로 보험자의 의사결정에 영향을 미칠 것을 의도하고, 진실한 고지가 있으면 보험계약이 체결되지 않거나 적어도 동일한 조건으로 는 체결되지 않으리라는 점을 인식하는 것을 의미한다(BGH r+s 2007. 234등).

95) 대법원 1991. 12. 27. 선고 91다1165 판결; 대법원 1998. 6. 12. 선고 97다53380 판결.

그 보험계약을 취소할 수 있다.”고 판시하여 학계의 입장과 마찬가지로 절충설을 취하고 있다. 즉 판례는 계약해지권과 계약취소권을 고지의무위반의 경우 착오 또는 사기의 경우와 관련성에 따라 각각의 권리를 선택적으로 행사할 수 있는 것으로 보고 있다.

#### 다. 소결

상법은 고지의무위반에 대하여 보험자에게 계약의 해지권을 부여하고 있으나, 위에서 살펴본바와 같이 그 해지권의 행사는 여러모로 제한되고 있으며 이와 같은 해지권의 제한은 일반적으로 경제적 강자로 인식되고 있는 보험자와의 관계에서 경제적 약자인 보험계약자를 보호하기 위한 것이기는 하다.

그런데 보험계약자에게 단순히 고지의무위반이 있는 정도에서 나아가 도덕적 비난가능성이 매우 큰 사기의 정도에 이른 경우에는 그러한 보험계약자를 보호할 아무런 이유가 없다. 여러 가지 면에서 해지권의 행사가 제한되는 상법상의 고지의무위반에 관한 규정만이 적용된다고 본다면 보호할 이유가 없는 보험계약자를 보호하는 결과가 되므로 고지의무위반이 민법상의 사기에 해당하는 경우에는 보험자에게 사기를 이유로 그 계약을 취소할 수 있다고 보는 것이 옳다고 생각한다.

독일 보험계약법 제22조가 사기에 관한 민법의 규정이 고지의무위반의 경우에도 적용된다는 것을 분명히 하기 위하여 “위험한 상황에 대한 사기로 인하여 계약을 취소할 수 있는 보험자의 권리는 영향을 받지 아니한다.”고 규정하고 있고, 프랑스 보험법 L.113-8조는 약의에 의한 고지의무위반의 경우 그 보험계약을 취소(l'annulation)할 수 있고, 영미법에서도 고의로 중요한 사항을 고지하지 아니할 경우에는 그 보험계약을 무효로 하고 있는 점은 우리법의 해석에 참고가 될 것이다<sup>96)</sup>.

결론적으로 사기의 경우에는 보험자를 기망할 의사가 있으므로 보험계약자를 보호할 필요가 없지만 착오의 경우에는 비록 보험계약자에게 고의 또는 중과실이

96) 보험계약자의 사기로 인하여 체결된 보험계약의 효력에 관하여는 적어도 입법론으로는 그 보험계약을 무효로 하는 것이 옳다는 견해가 있다(양승규, 앞의 책, p. 175).

있다고 하더라도 해의가 없는 한 보험계약자를 보호할 필요가 있다. 그리고 고지의무에 관한 상법의 규정은 위험측정상의 중요한 사항에 관한 착오라는 특수한 동기의 착오에 대한 특별규정이기 때문에 민법의 적용이 배척되어야 하지만 사기는 상대방에 대한 기망의 의사가 있어야 한다는 점에서 고지의무위반과 차이가 있기 때문에 고지의무 규정과 민법상 사기에 관한 규정 간에는 특별규정관계가 있다고 보기 어렵다. 따라서 사기의 경우에는 민법적용을 긍정하고 착오의 경우에는 민법적용을 부정하는 사기·착오구분설(절충설)이 타당하다고 생각한다.

#### 4. 보험설계사와 고지의무 위반 및 사기와의 관계

보험설계사는 보험계약 체결권과 고지수령권이 없는 것으로 본다<sup>97)</sup>. 따라서 보험계약자가 보험설계사에게는 피보험자가 질병이 있음을 알렸으나, 나중에 보험의에게 피보험자 자신의 건강상태가 양호하다고 허위진술을 하거나 질병에 걸렸다는 사실을 알리지 않았다면 고지의무위반으로 그 계약은 해지할 수 있다.

그러나 보험설계사가 모집실적 제고를 위해서 모집과정에서 보험계약자 측의 고지의무 이행을 방해하거나, 정직한 고지를 의도적으로 탈락시키거나, 아예 고지할 기회조차 부여하지 않는 경우가 문제된다. 이 경우 보험계약자는 보험설계사에게 본인의 질병유무에 대한 사실을 말하거나 아니면 보험자에게 자기의 질병유무에 대하여 고지하였을 것이기 때문이다.

형법상의 사기죄의 성립요건과 상법상의 고지의무위반의 성립요건과는 차이가 있다. 고지의무위반은 보험계약자에게 불고지에 대한 고의나 중대한 과실만 있으면 성립하지만, 사기죄가 성립하기 위해서는 그 행위가 기망행위에 해당해야 하고 사기의 범의(犯意)가 있어야 한다. 따라서 보험설계사의 방해나 부실한 고지

97) 우리나라와 일본의 판례는 일관되게 보험모집인의 고지수령권에 대하여 부정적 입장을 취하고 있는데 한국의 경우 보험가입을 권유하던 외무사원에게 기왕병증을 말한 것만으로는 보험회사에 이를 고지하였다고 볼 수 없다(대법원 1979. 10. 30. 선고 79다 1234 판결)고 판시하고 있고, 일본판례도 보험계약에 있어서 중요사항의 고지는 이것에 의하여 체결의 여부를 결정하기 위한 것이기 때문에 그 성질상 계약에 관하여 결정권을 가진 자에 대하여 하지 않으면 안되고 외무원에 대한 고지는 고지로서의 효력이 없다(東京地判 1951. 12. 19, 下民集 2卷 12號, 1458頁)고 본다.

의 권유로 보험자에게 제대로 고지하지 않은 경우와 보험자가 아닌 보험설계사에게 고지를 한 것에 불과하여 결국 고지의무를 이행한 것으로 볼 수 없다는 그 사실만으로는 사기죄의 성립을 인정할 수 없고 보험계약자나 피보험자가 당해 행위시에 사기의 범의가 있는지 없는지를 충분히 검토한 후에 사기죄의 성립을 인정해야 할 것이다<sup>98)</sup>.

예컨대 보험계약자가 보험설계사에게 진실을 이야기한 이상, 그것이 회사에 전달된 것으로 믿고 있었다면 사기의 기망행위는 물론 그 범의도 없었다고 보아야 할 것이다. 그러나 보험설계사에게는 진실을 말했지만, 고지수령권이 있는 자에게는 이를 숨긴 경우에는 위와 같은 극히 예외적인 경우를 제외하고는 행위자에게 사기의 범의가 있다고 보는 것이 경험측상 합리적이고 진실을 고지받은 모집인 역시 공범으로 되는 경우가 대부분이다<sup>99)</sup>.

## 5. 보험대리점·보험중개사와 고지의무 위반 및 사기와의 관계

보험대리점은 보험사업자를 위하여 보험계약의 체결을 대리하는 자로서, 보험계약과 관련하여 보험회사를 대리하기 때문에 고지수령권이 인정된다<sup>100)</sup>. 따라서 보험계약자가 중병이 있음을 보험대리점에게는 알렸으나 보험계약 체결 시 보험자에게 질병이 있음을 속이고 보험계약을 체결하여 보험금을 취득하였을 때는 고지의무는 이행하였지만 사기죄는 성립하고 보험대리점도 그 공범의 책임을 지게 된다. 즉 보험대리점에게 중요사항을 알지 못한 과실이 있어 고지의무위반에 의한 해지권을 행사할 수 없는 경우라도 보험대리점이 보험계약 체결 시에 그 사실을 알았더라면 계약을 체결하지 않았을 것이라고 인정되는 한 사기죄가 성립한

98) 이병희, “보험사기죄와 고지의무”, 법학논집, 14, 청주대학교 법학연구소, 1998, p. 230.

99) 일본의 판례(大判 1932. 2. 19. 形集 11. 2. 8마.)도 보험모집인에 대하여 중요사항을 고지하였다고 하여도 사기의 범의를 인정하여 사기죄의 성립을 인정하고 있다(山崎基宏, “保險犯罪をめぐる法律適用上の問題點”, 法律野広場 1985. 4, 21頁).

100) 보험자의 대표기관이나 지배인, 부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인, 계약대리상은 고지수령권을 가지나, 일반적인 회사직원이나 중개대리상은 고지수령권이 없고 보험중개인도 대리권 수여가 없는 한 고지수령을 할 수 없다(전우현, “보험계약상 고지의무와 인과관계”, 보험개발연구, 제12권 제3호, 보험개발원, 2001. 12, p. 7).

다고 보아야 할 것이다<sup>101)</sup>.

보험중개사는 보험계약의 체결을 중개하는 자로서 보험모집인의 기능과 유사한 점이 있다. 즉 보험계약자, 피보험자 등으로부터의 고지의무위반이나 보험계약체결권 등은 인정되지 아니한다<sup>102)</sup>. 따라서 보험중개사에게 사실을 제대로 알리지 않은 고지의무 위반에 대하여도 보험계약자나 피보험자가 당해 행위 시에 사기의 범의가 있는지 없는지를 충분히 검토한 후에 사기죄의 성립을 인정해야 할 것이다.

## 6. 보험계약자의 고지의무 위반과 사기와의 관계

보험계약자가 보험자를 속일 의도를 가지고 사기적인 계약을 체결한 경우 보험자의 보험계약 해지 및 사기죄의 성립여부는 문제가 되지 않는다. 다만 보험계약자가 이미 발생한 질병이 있음에도 불구하고 고지의무를 위반하여 보험자를 속이고 보험계약을 체결하였으나 피보험자가 보험가입 전의 질병과 상관없는 다른 재해 또는 질병으로 사망하여 보험자로부터 보험금을 수령한 경우 고지의무위반을 내용으로 하는 기망행위와 보험금 교부 간에 직접적인 인과관계가 없다는 이유로 사기죄가 성립되지 않는다는 문제가 있다.

그러나 보험계약 체결 시에 피보험자가 질병에 걸려있는 것을 숨기고 보험자를 착오에 빠뜨려 보험계약을 체결하였을 때는 보험계약 자체가 기망에 의하여 성립된 것이다. 이 시점에서 보험사기의 실행행위가 있는 것이 되고<sup>103)</sup>, 그러한 행위는 바로 보험계약의 효과라고 볼 수 있기 때문에 그 사망의 직접원인이 보험가입 전의 질병 외에 또 다른 질병, 재해 또는 사고라 하더라도 전체적으로 보아 기망행위, 착오, 보험금교부 간의 인과관계가 인정되고 고지의무위반을 하지 않고 실제로 고지하였다면 보험자가 그 계약을 인수하지 않았을 것이므로 처음부터 성립될

101) 山崎基宏, 前掲論文, 22頁; 이병희, 앞의 논문, p. 232.

102) 이병희, 앞의 논문, p. 232.

103) 보험사기의 실행의 착수에 있어서 우리나라의 통설은 보험금 지급을 청구한 때라고 한다(이재상, 형법각론, 박영사, 2004. p. 311).

수 없는 계약이다<sup>104)</sup>. 그러므로 사기죄가 성립한다고 보아야 한다. 따라서 이 경우 상법상의 해지권이 발생되지 않는다고 하여 사기죄의 성립을 부정할 수 없으며<sup>105)</sup>, 대법원 판례에서도 보험계약자나 피보험자가 고의로 중요한 사항을 고지하지 않았거나 불확실한 사실을 고지한 경우에는 취소권을 포기하여도 일면 사기죄의 성립을 인정하면서 사기에 의하여 확정된 재판에 의하여 강제집행을 당한 피해자가 재산상의 손해에 대한 구제의 길이 있게 되어도 가해자의 행위를 사기죄로 처단함과 같이 민사재판과 형사재판이 서로 목적을 달리하여 양립하므로 사기죄의 성립을 인정해야 한다는 취지로 판시하고 있다<sup>106)</sup>.

## IV. 사기적 보험계약 근절을 위한 입법방향

### 1. 서

보험계약은 신의칙에 근거하여 체결되는 것으로 일반 민사계약에서 요구되는 선의성보다 그 정도가 높은 최대선의의를 요하는 계약이다. 따라서 보험자의 입장에서는 보험계약자 또는 피보험자가 제공하는 정보를 바탕으로 보험인수를 결정하고 손해보상금액 산정의 기초자료를 획득한다. 하지만 보험계약자 또는 피보험자가 악의의 의도를 가지고 보험계약을 체결한다면 그 계약은 더 이상 존재하기 어렵다.

보험은 태생적으로 사행성을 부정할 수 없다. 따라서 보험계약자나 피보험자는 항상 보험을 통하여 부당한 금액을 수령하려는 유혹에서 자유로울 수 없는 것이 현실이다. 그러므로 이러한 보험제도상 발생할 수 있는 도덕적 위험으로 파생되는 사기적 보험계약을 근절하기 위해서는 보험계약자나 피보험자의 양심에 의존할 수만은 없다.

104) 이병희, 앞의 논문, p. 233.

105) 大判 1914. 5. 16 刑集20-903, 大判 1932. 7. 16 刑集10-337(山崎基宏, 前掲論文, 23頁).

106) 대법원 1998. 8. 21. 선고 97다50091 판결.

이러한 사기적 행위를 근절하는데 가장 효과적인 방법은 입법적으로 해결하는 것이라 생각한다. 현행 상법 보험편에서는 사기적 보험계약의 병폐를 차단하기 위하여 고지의무 및 통지의무를 보험계약자 등에게 지우며 고의로 보험사고를 야기한 경우 보험자의 보상책임을 면하는 규정을 두는 등 다방면에 걸쳐 사기적 행위를 근절할 수 있는 방안을 마련하고 있으나, 사기적 보험계약에 대한 명확한 규정은 없는 게 현실이다.

따라서 보험계약상 발생하는 사기적 보험계약의 방지를 위한 방안으로 최근 개정된<sup>107)</sup> 고지의무위반과 관련한 상법 조항(제655조)과 2008년 정부가 발의한 상법개정안<sup>108)</sup> 중 사기적 보험계약에 관련된 내용을 중심으로 살펴보고 이에 대한 필요성을 제시하고자 한다.

## 2. 개정 상법 제655조(계약해지와 보험금청구권)

### 가. 주요내용

개정되기 이전의 상법 제655조 단서조항과 관련하여 보험계약자 등이 고지의무를 이행하지 아니한 상태에서 보험사고가 발생한 경우 보험자가 계약을 해지함으로써 면책되도록 하면서도, 고지의무위반 등과 보험사고 사이에 인과관계가 인정되지 아니하는 경우에는 보험자가 면책되지 아니하는 것으로 되어 있어 이 경우 보험자에게 계약해지권이 인정되는지 여부에 관하여 해석상 논란이 있었다. 이에 2008년 상법 개정안에는 제655조의 단서조항을 명확히 하기 위하여 “다만 고지의무를 위반한 사실 또는 위험이 현저하게 변경되거나 증가된 사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 때에는 계약을 해지하더라도 보험금을 지급할 책임이 있다.”고 규정하였으나, 개정 상법에서는 ‘계약을 해지하더라

107) 의안번호: 1909453, 제안일자: 2014. 2. 20.

108) 2008년 제안된 정부의 상법개정안(의안번호: 1800550, 제안일자: 2008. 8. 6)은 보험계약자의 사기적 보험계약을 근절하기 위한 방안으로 최대선의의무 신설, 사기적 보험계약에 대한 무효 인정 등 다양한 입법적 장치를 마련하였으나 국회를 통과하지 못하고 결국 임기만료로 폐기(2010. 11. 12.)되었다.

도'라는 문구는 삭제하고 “다만 고지의무를 위반한 사실 또는 위험이 현저하게 변경되거나 증가된 사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 경우에는 보험금을 지급할 책임이 있다.”고 규정하였다.

## 나. 검토

2008년 상법 개정안과 개정 상법의 주된 내용은 고지의무위반이 보험사고와 인과관계가 없는 경우에도 보험자에게 보험계약의 해지권을 주는 것이었다. 우리가 현재 채택하고 있는 고지의무제도는 1908년 영국해상보험법에서 기원한 것이다. 그런데 영국해상보험법에서의 고지의무 연원은 1760년의 *Carter v. Boem* 사건에서 찾고 있으나, 보험계약자의 정보우위 등에 대한 시대적 상황이 오늘날과 전혀 다르며 최근 각국의 개선의 방향<sup>109)</sup>이 고지의무가 수동의무로 전환한다는 점<sup>110)</sup>, 비율적 보상을 채택하고 있다는 점 등을 들어 우리도 이러한 관점에서 법제도의 개선이 필요하다고 주장하고 있다.

고지의무를 위반하면 상법 제651조의 효과에 따라 보험자는 보험계약의 해지를 할 수 있다. 제655조의 단서규정은 제651조에 대한 예외로서 보험계약을 해지

109) 각국의 개선방향을 살펴보면, ① 중요성의 판단을 보험자의 기준으로 하는 문제점의 인식이다. 중요성의 판단을 보험계약자가 아니라 보험자를 기준으로 하고 있어, 보험계약자가 고지할 사항의 중요성을 판단하는 것은 극히 어렵다. ‘보험계약자’로서는 ‘보험자’가 중요한 사실로 판단하는 사항을 인식하기도 어려운 상황에서, 이를 자발적으로 고지하도록 하는 것은 타당하지 않다. ② 답변의무 또는 수동의무로의 전환이다. 고지의무는 보험자에 의한 서면의 질문과 그에 대한 정직한 응답으로 충분하다는 관점에서 수동의무로 전환한다. ③ 비율적 보상의 채택이다. 고지의무 위반의 효과가 보험계약의 해지 또는 취소 등으로 보험금 전액을 받을 수 없게 되는 경우의 가혹함이다. 전부 또는 전무식의 접근방법을 수정하여 위반의 효과를 완화하는 장점을 가지는 비율적 보상을 채택한다. 프랑스, 독일, 덴마크, 핀란드 등 다수의 법이 채용하고 있다(장덕조, “한국 보험법의 현재와 개정논의”, 한국금융법학회지, 제8권 제1호 통권 제15호, 2011, p. 267).

110) 이미 여러 국가들이 고지의무의 수동답변의무화를 입법하였는바 프랑스가 1989년(프랑스 보험계약법 L.113-2조 제2항)에 독일은 2007년(독일 보험계약법 제19조 제1항 제1문)에 일본은 2008년(일본 보험법 제4조, 제37조, 제84조)에 그리고 영국의 경우 2012년 제정된 소비자보험법 제2조 제3항에 ‘보험자가 요구한 특정 사실에 대하여 보험계약자가 고지하지 아니한 경우에는 부실기재가 될 수 있다’고 명시하여 수동적 고지의무를 인정하고 있다.

할 수 없음을 의미하는 것이 아니라 해지할지라도 보험자에게 보험금 지급책임을 부담시킨 것이다. 즉 동 단서의 규정은 보험계약의 해지 여부와 관계없이 보험금을 지급하도록 하는 취지로 해석함이 옳다. 대법원의 태도와 달리 금융감독원의 실무 보험약관에서는 인과관계가 없어 보험금을 지급하였다고 하여도 계약해지가 가능<sup>111)</sup>하다고 보는 견해가 있다.

비교법 적으로 보아도 영국과 미국 및 프랑스 등에서는 고지의무와 인과관계를 연결시켜 문제 삼지 아니한다. 다만 독일과 일본에서 인과관계와 연결시키고 있을 뿐이다. 특히 독일의 경우 ‘해지를 하더라도 인과관계가 없으면 보험금을 지급할 책임이 있다.’라고 규정하고 있다. 그런데 우리 현행 상법에서 이러한 내용을 받아들이면서 상법 제655조의 조문을 ‘그러하지 아니하다’라는 추상적 표현으로 나타내었기 때문에 인과관계가 없으면 해지할 수 없는 것이 아닌가 하는 의견이 나타난 것이다. 이에 개정 상법 제655조에는 이러한 해석상 논란을 불식함으로써 법적 안정성 제고에 이바지할 것으로 기대된다.

#### 다. 개정 상법에 대한 의견

고지의무 위반과 사고 발생 사이에 인과관계가 없는 경우, 일부학설<sup>112)</sup>과 기존 대법원의 판례<sup>113)</sup>와 같이 보험자의 계약해지권을 인정하지 않는 것은 부당하다고

111) 금융감독원, 금융분쟁조정사례집, 제2001-7호, pp. 105~106.

112) 해지부정설은 상법 제655조의 ‘그러하지 아니하다’의 의미를 보험계약을 해지할 수 없는 것으로 해석하자는 견해로서 보험계약자 등의 고지의무 위반으로 인하여 보험자가 보험계약을 해지하려면, 보험계약자의 고지의무 위반사실과 보험사고 사이에 인과관계가 있어야 한다는 것이다. 따라서 이 견해에서는 상법 제655조 단서는 고지의무 위반사실과 보험사고 사이에 인과관계가 없다는 이유로 보험자의 계약해지권을 제한하는 것으로 이해되어야 하고, 다만 이로 인하여 고지의무 위반이 있음에도 불구하고 보험계약을 해지하지 못함으로 인해 보험계약의 선의성 등에 반하는 불합리한 결과가 발생하는 것을 방지하기 위해서, 고지의무 위반사실과 보험사고 사이에 인과관계가 없다는 것에 대한 입증책임은 보험계약자에게 있고, 또한 이를 엄격하게 다루어 조금이라도 인과관계의 존재를 엿볼 수 있으면 상법 제655조 단서의 규정을 적용하여서는 안 된다는 견해이다(양승규, “주운전자의 부실고지와 보험사고와의 인과관계-대법원 1994. 2. 25 선고, 93다52082 판결에 대한 판례평석”, 법률신문 제2300호, 1994. p. 15; 손주찬, 앞의 책, p. 532).

113) 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결; 대법원 1994. 2. 25. 선고 93다52082 판결;

생각된다. 왜냐하면 상법 제655조 단서의 취지는 보험사고 발생으로 인해 보험계약 관계가 종료되거나 소멸되지 않는 경우 고지의무 위반사실과 인과관계가 없는 보험사고가 발생한다면 상법 제655조 본문의 이른바 소급효있는 해지권을 인정하지 않음으로써 보험자로 하여금 보험사고에 대한 보험금 지급책임을 부담시키려는 것일 뿐이며, 보험자의 보험계약 해지권까지 부정하는 것은 아니기 때문이다<sup>114)</sup>.

상법 제655조 단서는 고지의무위반사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 때에는 그 고지의무위반사실에도 불구하고, 보험자가 책임을 지도록 하고 있다. 그러나 이러한 태도는 고지의무 위반사실과 보험사고 발생 간의 인과관계 부존재에 관한 엄격한 해석과 입증책임 분배의 노력으로도 해결할 수 없는 본질적인 문제를 안고 있다.

고지의무를 위반하는 보험계약자 측의 행위가 반드시 사행계약으로서의 보험계약의 목적을 불능으로 하지는 않는다고 하더라도, 사행계약의 본질을 침해하는 반신의 행위로 된다고 볼 때, 보험사고의 발생 여하라는 결과에 관계없이 그 자체만으로도 계약해지의 충분한 사유가 되어야 한다. 따라서 개정 상법에서는 계약해지에 대한 명문의 규정은 없다하더라도 이를 인정하는 것으로 개정된 것은 바람직한 것으로 생각한다. 하지만 인과관계가 없는 보험사고라 하더라도 보험금을 지급해야 하는지에 대해서는 의문이 남는다. 보험계약자가 고지의무를 고의나 중과실로 불이행한 것이라면 다른 고려 없이도 불이익을 부담하게 함이 과실책임의 법리에 부합한다 할 것이다. 그리고 고지의무불이행의 사실과 보험사고 간의 인과관계가 존재하지 않는다는 이유로 그 위반자의 보험금 청구권을 여전히 인정하게 된다면 위험단체를 구성하는 다른 보험계약자의 정당한 이익도 침해하게 되고 도덕적 위험을 초래할 우려도 있기 때문이다.

대법원 1993. 4. 13. 선고 92다52085 판결; 대법원 1992. 10. 23. 선고 92다28259 판결 등.  
114) 정찬형, 앞의 책, p. 531.

### 3. 상법 개정안 제655조의2(사기적 보험계약)

#### 가. 주요내용

상법 개정안 제655조의2<sup>115)</sup>는 현행 상법에는 없는 규정인 사기에 의한 보험계약을 도입하여 보험계약의 당사자 또는 피보험자의 사기로 인하여 체결된 보험계약을 무효로 하고 있다.

사기에 의한 보험계약은 보험료 인상 및 중대 범죄 유발요인으로 작용하여 선량한 다수 보험가입자에게 피해를 주는 행위임에도 현행 상법 보험편은 관련규정을 두고 있지 않고, 실제 보험사기와 관련한 분쟁의 해결에 이용되는 민법의 착오나 사기에 관한 규정은 그 적용에 해석상 논란이 있어서 보험사기 방지에 미흡하다는 지적이 있어 왔다.

이에 따라 개정안은 보험계약이 사기로 인하여 체결된 경우에는 그 계약을 무효로 하고 보험자는 그 사실을 안 때까지의 보험료는 청구할 수 있되, 인보험의 경우 보험수익자를 위하여 적립한 금액은 보험계약자에게 지급하도록 하고 있다<sup>116)</sup>.

#### 나. 개정안에 대한 검토

사기에 의한 보험계약을 인정할 수 없음은 지극히 당연하다고 할 수 있지만, 현행 상법 보험편은 손해보험에서 보험계약자나 피보험자의 사기에 의해 체결된 보험계약에 대해 초과보험계약과 중복보험계약에 관한 규정(상법 제669조제4항,

115) 2008년 상법 개정안에 따르면, '제655조의2(사기에 의한 계약) ① 보험계약의 당사자 또는 피보험자의 사기로 인하여 체결된 보험계약은 무효로 한다. ② 제1항의 경우에 보험자는 그 사실을 안 때까지의 보험료를 청구할 수 있다. 다만, 인보험에서 보험수익자를 위하여 적립한 금액은 보험계약자에게 지급하여야 한다.'고 규정하고 있다.

116) 사기에 의한 보험계약의 무효 규정의 적용범위와 관련, 현행은 보험계약자나 피보험자의 사기에 의해 체결된 초과보험 계약과 중복보험 계약에 관한 규정(상법 제669조제4항, 제672조 제3항)을 손해보험 절에 두고 있으나, 개정안은 사기에 의한 보험계약은 단지 손해보험에 한정될 것이 아니라 보험계약 전체로 확대·적용되어야 한다는 입장에서 보험편 통칙에서 규정하고 있다(상법 일부개정법률안 검토보고서, 법제사법위원회, 2008. 11, p. 46).

672조제3항)<sup>117)</sup>만을 두고 있을 뿐이며, 그 밖의 별도의 규정이 없는 다른 형태의 사기계약에 대해서 판례와 다수설은 민법 제110조에 의해 취소할 수 있다는 입장(고지의무 위반과 착오·사기의 관계에 관한 절충설)<sup>118)</sup>이지만, 이 경우 보험자는 계약을 취소할 수 있을 뿐 상법에 보험료반환청구권에 관한 특별한 규정이 없기 때문에 법리상 취소의 소급효로 인해 보험계약자로부터 받은 보험료 전액을 부당 이득으로 반환해야 한다.

이와 같은 해석·적용상의 문제를 개선하기 위해 개정안은 보험계약자나 피보험자가 중요한 사항에 관하여 보험자를 속이거나 부실하게 고지하는 등 사기로 인하여 체결된 계약에 대해 그 효과를 무효로 하고, 보험자가 그 사실을 안 때까지의 보험료를 청구할 수 있게 하여 보험계약자나 피보험자의 사기행위의 시도에 불이익을 주도록 하고 있고, 인보험계약에서 보험계약자나 피보험자의 사기로 인하여 무효가 되는 경우에 그동안의 보험료적립금<sup>119)</sup>을 보험계약자에게 지급하도

117) 제669조(초과보험) ① 보험금액이 보험계약의 목적의 가액을 현저하게 초과한 때에는 보험자 또는 보험계약자는 보험료와 보험금액의 감액을 청구할 수 있다. 그러나 보험료의 감액은 장래에 대하여서만 그 효력이 있다. ④ 제1항의 경우에 계약이 보험계약자의 사기로 인하여 체결된 때에는 그 계약은 무효로 한다. 그러나 보험자는 그 사실을 안 때까지의 보험료를 청구할 수 있다.

제672조(중복보험) ③ 제669조제4항의 규정은 제1항의 보험계약에 준용한다.

118) 고지의무에 관한 상법의 규정(상법 제651조, 제655조)과 착오 및 사기에 관한 민법의 규정(민법 제109조, 제110조)의 관계에 관하여 우리나라의 다수설인 절충설은, ① 보험계약자 또는 피보험자가 고지의무를 위반하여 보험자를 단순히 착오에 빠뜨린 정도에 그친 경우에는, 보험자는 상법 제651조·제655조에 의하여 계약을 해지할 수 있을 뿐이고 민법 제109조에 의하여 계약(승낙의 의사표시)을 취소할 수는 없지만, ② 그 정도를 넘어서서 보험자를 기망한 경우에는, 상법 제651조·제655조에 의하여 계약을 해지할 수 있을 뿐만 아니라 민법 제110조에 의하여 계약(승낙의 의사표시)을 취소할 수도 있다고 한다. 따라서 보험계약자나 피보험자의 고지의무 위반이 사기에 의한 것으로 인정되는 경우에는, 보험자는 고지의무 위반에 대한 해지권의 행사기간(상법 제651조: 고지의무 위반사실을 안 날로부터 1월 내, 계약체결일로부터 3년)이 경과하여 계약을 해지할 수 없게 되거나, 고지의무 위반사실과 보험사고 발생 사이의 인과관계(상법 제655조)가 없어서 보험금지급책임을 져야 할 경우라도, 민법 제110조에 의하여 계약을 취소하고(민법 제146조: 추인할 수 있는 날로부터 3년 내, 계약체결일로부터 10년 내) 보험금지급책임을 면할 수가 있다. 대법원(1991. 12. 27. 선고 91다1165 판결)도 고지의무 위반이 기망행위에 해당하는 경우에는 보험자가 민법의 규정에 따라 계약을 취소할 수 있다고 판결한 바 있다(법무부 자료).

119) 생명보험이나 상해보험 등의 인보험에서는 보험기간이 만료되는 때에 만기보험금을 지급하기 위하여 보험료의 일부를 적립하는 것이 일반적이는데, 이를 보험료적립금(보험적립금)이라고 한다.

록 하고 있다<sup>120)</sup>.

이와 같은 개정안의 취지에 대하여 민법규정과의 형평성 문제, 보험자에게 지나치게 이익을 주는 것이라는 비판 등이 있는데 그 내용을 살펴보면 아래와 같다.

첫째, 사기에 의한 법률행위에 대해 민법 제110조는 취소사유로 규정하고 있음에 반하여, 개정안이 사기계약에 대하여 철저하게 대처하고 일반예방의 효과를 위한다는 취지에서 모든 보험계약에 대하여 ‘무효’ 사유로 규정하는 것은 민법규정과의 형평성 문제를 초래할 수 있다는 의견이 있다<sup>121)</sup>. 특히 사기에 의한 보험계약의 효력을 무효로 하는 것은 응징이 강력하면 사기에 의한 보험계약이 없어질 것이라는 구시대적인 응보주의 사상에 바탕을 두고 있는 것이고<sup>122)</sup>, 보험자에게 특별한 기간이나 방법의 제한 없이 사기계약의 효력을 원천적으로 부인할 수 있게 하여 사기의 효과로서는 과중하다는 것이라 한다<sup>123)</sup>.

둘째, 보험사기로 인한 무효의 경우에도 보험자가 사기의 사실을 안 때까지의 보험료를 보험계약자 등에게 청구할 수 있도록 한 개정안은 사기행위를 예방하고 사기행위에 대하여 제재를 가하려는 취지이긴 하나, 현행 규정이 손해보험에서 초과보험과 중복보험에 한하여 보험료청구권을 인정하고 있는 것과는 달리, 개정안이 모든 보험계약으로 확대하여 보험료청구권을 인정하는 것은 보험자의 일반

120) 보험료적립금을 지급해야 한다는 견해는, 보험계약이 무효가 되면 만기보험금을 지급할 필요가 없게 되므로 그동안 보험금의 지급을 위해 적립했던 보험료적립금을 보험계약자에게 반환하는 것은 당연하다는 점, 보험료적립금이 다액이라는 점, 보험계약을 무효로 하는 것은 보험계약이 보험계약자나 피보험자의 사기로 인하여 체결되었는지의 여부에 근거하는 것이지 그 후 보험사고가 보험계약자의 고의로 야기되었는지의 여부는 불문하는 것 등을 근거로 하는 반면, 보험료적립금을 지급하지 않는 것으로 해야 한다는 견해는, 보험계약자나 피보험자의 사기로 인해 계약이 무효가 되는 경우에도 보험계약자에게 보험료적립금을 지급해야 한다면 사기행위의 시도로 인한 불이익이 크지 않게 되어 사기행위의 예방의 효과가 별로 없게 된다는 점, 보험계약자가 사기로 계약을 체결하는 행위는 그 악의에 관한 한 고의로 보험사고를 야기하는 행위와 차이가 없다는 것 등을 들고 있다.

121) 대한변호사협회, 상법(보험편) 일부개정법률안(정부, 의안번호 8065호)에 대한 의견, 법률안 의견서자료, 2008. 4.

122) 보험사기에 대하여는 보험업법을 개정하여(2008. 4. 15. 시행) “보험계약자 또는 보험금을 취득할 자는 보험사기행위를 하여서는 아니 된다.”라는 규정을 신설(제102조의2(보험계약자 등의 의무))하였으나, 벌칙 규정은 두고 있지 않고 있다.

123) 서울지방변호사협회, 상법(보험편) 일부개정법률안(정부, 의안번호 8065호)에 대한 의견, 법률안 의견서자료, 2008. 4.

적인 사기계약 주장에 근거하여 보험계약자 등 관계자와 분쟁을 초래하는 등 보험자에게 지나치게 이익을 주는 것이라는 비판이 있다<sup>124)</sup>.

셋째, 사기 여부에 대한 다툼이 있는 계약에서 보험계약자의 권리 보호가 상대적으로 소홀해질 우려가 있으므로, 무효가 되는 보험계약의 원인을 규정할 필요가 있다면 ‘사기’ 대신에 ‘중대한 범죄’로 보다 엄격하게 규정할 필요가 있다는 의견이 있다<sup>125)</sup>.

법사위의 전문위원 검토내용에 따르면 사기에 의한 모든 보험계약을 무효로 하는 규정은 보험자에게 강력한 이익 주장의 근거로 작용하여 보험계약이 사기에 해당하는지 여부에 대한 분쟁을 빈발하게 초래할 가능성이 높고, 개정안 제657조의2에서 사기에 의한 보험금 청구에 대한 제재규정을 신설하여 사기청구에 의해 보험금이 누수되는 것을 실질적으로 방지할 수 있도록 하고 있으며, 현재도 사기에 의한 보험계약에 대하여 취소 또는 해지를 통하여 어느 정도 보험자를 보호하고 있는 점 등을 고려하여, 현행과 달리 모든 종류의 보험계약에 대하여 사기를 이유로 무효로 하는 규정을 두는 것에 대해서는 보다 신중하게 검토할 필요가 있는 것으로 생각된다고 한다<sup>126)</sup>.

#### 다. 개정안에 대한 의견

상법은 사기로 인한 초과보험계약(제669조 제4항) 및 중복보험계약(제672조 제3항)의 규정을 둔 것 이외에는 보험계약자나 피보험자가 사기의 의사를 가지고 중요한 사항을 고지하지 않거나 부실하게 고지하여 체결된 계약에 대하여 달리 규정하는 바가 없다. 따라서 보험자는 고지의무 위반과 착오·사기의 관계에 관한 절충설 등에 따른 해석론 및 이에 근거한 약관규정에 따라 민법 제110조에 의해

124) 사기에 의한 보험계약을 이유로 보험자의 보험료청구권을 인정할 경우에도 그 행사를 가령 재판에 의하여 사기계약으로 확정될 경우로 제한하는 등의 방안을 검토할 수 있을 것이다.

125) 보험소비자연맹, 상법(보험편) 일부개정법률안(정부, 의안번호 8065호)에 대한 의견, 법률안 의견서자료, 2008. 4.

126) 상법(보험편) 일부개정법률안(정부, 의안번호 8065호) 법사위 검토보고서, 2008. 11, p. 49.

계약을 취소할 수 있을 뿐이다. 그런데 이 해석론과 약관규정에 의하더라도 보험자는 계약을 취소할 수 있을 뿐이며, 상법에 보험료청구권에 관한 특별한 규정 없는 한 민법의 일반 법리에 따라 취소의 소급효로 인해 기지급 보험료의 전액을 보험계약자에게 부당이득으로 반환해야 한다. 따라서 이른바 ‘예방의 목적’이 전혀 구실을 하지 못한다. 즉, 보험계약자나 피보험자는 보험사고의 발생 후에 사기 사실이 발각되지 않으면 보험금을 받을 수 있고, 사기 사실이 발각되더라도 보험료 전액을 돌려받을 수 있으므로 사기계약의 시도를 포기할 동기가 없게 되는 것이다. 또한 사기에 의한 고지의무 위반을 이유로 계약을 취소할 수 있게 하는 실무상의 약관규정들도 다른 해석론(고지의무 위반과 착오·사기의 관계에 관한 상법적용설<sup>127)</sup>)이나 상법 제663조의 불이익변경금지원칙에 의하면, 그 효력에 관하여 다툼이 생겨날 소지가 있게 된다<sup>128)</sup>.

일찍이 1991년 상법 제4편의 개정 시에 보험사기에 관한 통칙규정을 두려고 하였으나, 이 규정의 남용을 우려하는 반대견해로 인하여 명문화되지는 못했다. 그러나 보험사기의 폐해가 심각한 오늘날의 실정에 비추어 볼 때, 보험계약자나 피보험자가 사기에 의하여 체결된 계약의 효력을 부인할 수 있게 하는 한편, 그러한 계약의 체결을 시도한 보험계약자나 피보험자에게 제재를 가함으로써 사기계약의 예방을 도모할 수 있게 하는 법적 근거를 마련하는 것은 사기계약의 효력을 부인하고자 하는 약관규정의 효력에 관해서 다툼의 소지를 없앨 수 있는 길이기도 하다<sup>129)</sup>.

이와 관련하여 민법의 규정에 의해서 취소할 수 있게 하는 것으로 충분하다는 비판이 있고 또 사기계약은 형사법에 따라 처벌을 할 수 있으므로 추가적인 제재를 가하는 것은 지나치다는 비판이 있다. 그러나 민법의 규정만으로는 계약취소의 소급효에 의해 기지급된 보험료가 반환되어야 하므로 사기적 보험계약의 예방

127) 이는 고지의무에 관한 상법의 규정은 보험계약의 단체성 및 기술성을 근거로 마련된 민법의 사기 및 착오에 관한 예외규정으로써 고지의무 위반의 행위에 관해서는 민법의 규정은 적용하지 아니하며 상법만을 적용하여야 한다는 견해이다.

128) 장경환, “보험사기에 관한 상법개정안의 개관-제655조의2와 제657조의2를 중심으로-”, 법조, Vol. 613, 2007. 10, p. 70.

129) 장경환, 앞의 논문, p. 71.

을 도모하기가 어렵게 되고, 보험자의 보험료청구권을 부여하는 상법의 특별한 규정이 필요하게 되는 점을 간과한 견해라고 생각된다. 또한 사기적 보험계약에 대해서는 형사적 처벌에만 의존하여 도외시킬 것이 아니라 사법적인 수단에 의해서도 이를 제재하고 예방을 도모해야 함은 건전한 사회질서 내지 거래질서의 유지를 위해서 반드시 필요한 것이다. 더군다나 보험계약은 사기나 도박수단으로 악용될 위험이 강하며 신의성이 어느 계약보다도 강조되며 세계 각국의 입법례<sup>130)</sup>도 이러한 연유로 보험계약법 자체에서 사기계약에 대해 제재를 가하는 것이다.

## V. 결어

현대사회에서 보험은 사람들의 경제생활에 따라다니는 갖가지 위험을 공동의 힘으로 대응하기 위한 제도라는 점에서 매우 값진 제도라 할 수 있으나 이 제도를 악용하는 경우에 생기는 폐단도 적지 않다. 즉 보험은 미래의 불확실한 사고를 대상으로 하고 있고 적은 비용으로 막대한 수입을 얻을 수 있는 제도적 특성으로 인하여 항상 오용과 남용의 소지를 다분히 내포하고 있다.

이와 같은 보험제도의 역기능 내지 부작용에서 비롯되는 현상을 보험계약자 또는 피보험자의 사기적 보험계약에서 찾을 수 있다. 예컨대 인보험 계약에서 당뇨, 고혈압 등 보험자가 미리 알았다면 보험계약을 체결하지 아니하였을 질병의 존재 여부를 속이고 허위로 보험에 가입하는 경우 등 여러 유형의 사기적 보험계약이 있을 수 있다. 따라서 본고는 사기적 보험계약의 대표적인 사례인 고지의무위반을 중심으로 검토하였다.

상법은 고지의무위반에 대하여 보험자에게 계약의 해지권을 부여하고 있으나 보험계약자에게 단순히 고지의무위반이 있는 정도에서 나아가 도덕적 비난가능

130) 사기계약에 대해서 독일민법에 의해 취소할 수 있는 것으로 규정한 독일보험계약법에서도, 그 취소의 효과에 대해서는 독일민법과 달리 보험자에게 보험료청구권을 부여하기 위하여 특별한 규정을 두고 있다.

성이 매우 큰 사기의 정도에 이른 경우에는 그러한 보험계약자를 보호할 아무런 이유가 없다. 따라서 사기적 보험계약을 방지하기 위한 현행 상법의 규정은 미약하다고 생각한다. 최근 정부가 추진하였으나 입법되지 못하고 좌초된 상법개정안의 내용 중 사기적 보험계약에 대한 명시적 규정을 상법에 편입할 필요가 있다고 본다. 즉, 사기적 보험계약에 대하여 형사적 처벌 이외에 사법적인 수단을 통해 이를 제재하고 예방할 필요성이 있으며 이는 건전한 사회질서의 유지를 위해서 반드시 필요하다고 본다.

또한 최근 만연해지고 있는 사기적 보험계약으로 인한 보험사기를 근절하기 위해서는 비록 선언적인 의미일지라도 상법에 최대선의의의무를 명문화할 필요성이 있다고 생각한다. 일례로 보험업법 제102조의2(보험계약자 등의 의무)에는 “보험계약자, 피보험자, 보험금을 취득할 자와 그 밖에 보험계약에 관하여 이해관계가 있는 자는 보험사기행위를 하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있어 실제 사기행위를 하고자 하는 자에 대한 경각심은 충분히 일깨워 주고 있다.

보험은 불확실한 미래에 대하여 우리생활을 윤택하고 안락하게 담보해주는 유용한 제도임에는 이견의 여지가 없을 것이다. 하지만 그 보험사기 등 역기능만 나타난다면 보험은 더 이상 존재가치가 없다. 따라서 사기적 보험계약과 같은 사해행위가 만연하지 못하도록 강한 입법적 보완이 필요하다고 생각한다.

## 참고문헌

- 강위두, 상법강의(하), 형설출판사, 2010.
- 금융감독원, 금융분쟁조정사례집, 제2001-7호.
- 김대규, “고지의무위반”, 기업법연구, 제19권 제1호, 한국기업법학회, 2005.
- 김선정, “보험계약상 고지의무에 관한 최근판례와 연구동향”, 상사법연구, 제14호 권 제2호, 한국상사법학회, 1995.
- \_\_\_\_\_, “보험계약법상의 고지의무에 관한 연구”, 동국대학교 대학원 박사학위논문, 1991.
- 김성태, 보험법강론, 법문사, 2001.
- 김은경·임채욱, “보험계약에서 고지의무 위반과 중대한 과실의 판단문제-대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다 54631, 4648 판결을 중심으로-”, 홍익법학, 제15권 제1호, 2014.
- 김용균, “보험사고의 발생과 고지의무위반의 인과관계”, 사법행정, 1993.
- 박세민, 보험법 제2판, 박영사, 2011.
- 박수영·박강익, “고지의무에 관한 고찰”, 한국법학회 법학연구, 제24집, 2006.
- 손주찬, 상법(下), 박영사, 2005.
- 심상무, “고지의무위반의 효과: 상법 제651조와 제655조의 해석을 중심으로”, 저스티스, 제25권 제1호, 한국법학원, 1992.
- \_\_\_\_\_, “고지의무의 성질에 관한 연구”, 연세법학연구, 제2권, 1992.
- 양승규, “주운전자의 부실고지와 보험사고와의 인과관계-대법원 1994. 2. 25 선고, 93다52082 판결에 대한 판례평석”, 법률신문 제2300호, 1994.
- \_\_\_\_\_, “보험자의 약관설명의위반과 보험계약자의 고지의무위반의 효과”, 저스티스, 29권 2호, 1996.
- \_\_\_\_\_, 보험법 제5판, 삼지원, 2005.
- 이범찬·최준선, 상법(하), 삼영사, 2008.
- 이병희, “보험사기죄와 고지의무”, 법학논집, 14, 청주대학교 법학연구소, 1998.

이재상, 형법각론, 박영사, 2004.

장경환, “상법 제4편(보험) 제1장(통칙)의 주요 개정과제”, 보험법연구, 한국보험법학회, 2007.

\_\_\_\_\_, “보험사기에 관한 상법개정안의 개관 -제655조의2와 제657조의2를 중심으로-”, 법조, 2007.

\_\_\_\_\_, “‘암’등을 담보하는 질병보험에서의 보험자의 책임개시 및 인과관계 없는 사실의 불고지의 효과”, 국제법무연구, 제8호, 경희대국제법무대학원, 2004.

\_\_\_\_\_, “고지의무 위반사실과 인과관계 없는 보험사고의 연장과 보험자의 책임범위”, 생명보험, 1999.

장덕조, “한국 보험법의 현재와 개정논의”, 한국금융법학회지, 제8권 제1호 통권 제15호, 2011.

전우현, “보험계약상 고지의무와 인과관계”, 보험개발연구, 제12권 제3호, 보험개발원, 2001.

정순계, “보험계약상의 고지의무에 관한 연구”, 동의대학교 대학원 박사학위논문, 2001.

정진세, “고지의무위반과 인과관계”, 사법행정, 1994.

정찬형, “상법 제651조와 동 제655조 단서와의 관계”, 고시연구, 2000.

\_\_\_\_\_, 상법강의(하) 제10판, 박영사, 2008.

정호열, “고지의무위반과 사기·착오·불가쟁약관의 관계”, 보험학회지, 제29호, 1987.

정호열·한기정, “고지의무에 관한 고찰 -대법원판례의 동향과 이에 대한 비판을 중심으로-”, 서울대학교 법학, 제40권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1999.

채이식, 상법Ⅳ : 보험법·해상법, 박영사, 2001.

최기원, “보험계약자의 고지의무에 관한 고찰”, 서울대학교 법학, 제32권 3·4호, 서울대학교 법학연구소, 1991.

\_\_\_\_\_, 보험법, 박영사, 1998.

\_\_\_\_\_, 상법학신론(하), 박영사, 2000.

최완진, “사기에 의한 고지의무위반의 효과”, 고시연구, 2003.

최준선, 보험법·해상법, 삼영사, 2008.

한기정, “보험계약상 고지의무에 대한 입법론적 고찰”, 서울대학교 법학, 제52권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2011.

\_\_\_\_\_, “고지의무의 수동화-자발적 고지의무에서 수동적 응답의무로-”, 한국비교사법학회 비교사법, 제46권, 2009.

山崎基宏, “保險犯罪をめぐる法律適用上の問題點”, 法律野広場, 1985.

山下友信, 保險法, 有斐閣, 2005.

西島梅治, 『新版 保險法』 悠悠社, 1995.

Law Commission, Insurance Contract Law: Consumer Insurance(Disclosure and Representations) (<http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/consumer-insurance.htm> 2014. 5. 20)

Malcolm A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, Informa(5th), 2006.

Nicholas Legh-Johns, *MacGillivray on Insurance Law*, 10th ed., Sweet & Maxwell, London, 2003.

Robert H. Jerry & Douglas R. Richmond. *Understanding Insurance Law 2nd ed.*, LexisNexis, 2007.

## Abstract

The insurance contract is concluded on the basis of good faith and required for higher utmost good faith than good faith required in ordinary civil contract. Therefore, the insurers decide to accept the insurance based on information, which was offered from the insured or policyholder, and the insurers gain a basic information for indemnity calculation amount supplied from them. However, insurance contracts are difficult to exist, if the insured and policyholder take advantage of insurance with malicious intent.

There is no gainsaying that insurance contracts intrinsically stir up the passion of gambling. So the insured or policyholder are not free from temptation of gaining unjust compensation by insurance. Especially, duty of disclosure is important system between the insurer and the insured in insurance contracts; however, most of people misuse and misunderstand duty of disclosure for gaining compensation by the back door. Therefore, I think that we cannot eradicate fraudulent insurance contracts, derived from moral hazard of insurance system by depending on conscience of the insured or policyholder.

For this reason, this article suggests that fraudulent insurance contracts need to be canceled, because it is no reason to protect fraudulent insurance contracts when the contracts was made by fraud intention of the insured or policyholder. Thus, this article, first of all, went into the prerequisite and effect of breach of duty of disclosure, secondly, kept an eye out for relationship between breach of duty of disclosure of policyholder, insurance planner and insurance agent, etc., and fraudulent insurance contracts, and lastly, searched contents of fraudulent insurance contracts of Amendments of the Commercial Law that is proposed by government in 2008, but it is discarded by expiration.

And then this article is intended to suggest that the need for the amendment of the Commercial Law to protect sound social order and sustain of trade order.

※ **Key words:** Duty of Disclosure, Fraudulent Insurance Contracts, Insurance Fraud, Moral Hazard, Utmost Good Faith, Commercial Law