

Ⅱ

설명의무의 의의 및 인정 근거

1. 설명의무의 의의

가. 의의 및 종류

설명의무는 다양한 분야에 걸쳐 인정된다. 본고의 주된 검토 대상은 보험약관 및 금융상품에 대한 설명의무이나, 설명의무의 대상은 이에 한정되지 않는다. 금융상품 설명의무 외에 판례와 학계 논의가 가장 활발한 분야는 환자에 대한 의사의 설명의무이다. 공권력에 의한 침익적 처분 시에도 설명의무가 인정된다.⁷⁾

이처럼 설명의무는 다양한 분야에서 인정되고 있는바 그에 대한 일반적 정의를 내리기는 어렵다. 설명의 통상적인 의미를 기준으로 정의를 해보자면, 대립되는 당사자가 있을 때 당사자 일방이 상대방에 대해서 일정한 사항에 관한 정보를 제공하고 그에 대해 일정 수준 이상으로 이해할 수 있도록 필요한 조치를 취해야 한다는 의미로 볼 수 있을 것이다. 그러나 이러한 정의가 실제 다양한 국면에서 발생하는 설명의무를 모두 관통할 수 있는 것이라고 보기는 어렵다. 법령에 설명의무에 관한 명문의 규정이 있는 경우 그 규정 내용 자체를 설명의무의 의의로 파악할 수도 있을 것이나, 대부분의 근거 규정에서는 설명의무의 정의를 별도로 명시하지 않은 채 설명의무의 요건과 효과만을 정하고 있다.

범위를 조금 좁혀서, 사법(私法)관계에서 당사자 간에 인정되는 설명의무의 의미를 대략적으로 파악해보자면, 거래⁸⁾의 일방 당사자가 상대방에게 그 거래의 중요사항에 대해 정보를 제공하고 상대방을 이해시킬 의무를 의미하는 것으로 이해된다. 의사의 환자에 대한 설명의무, 변호사의 의뢰인에 대한 설명의무, 금융상품판매업자의 금융소비자에 대한 설명의무, 사업자의 고객에 대한 설명의무 등이 이에 해당한다.⁹⁾

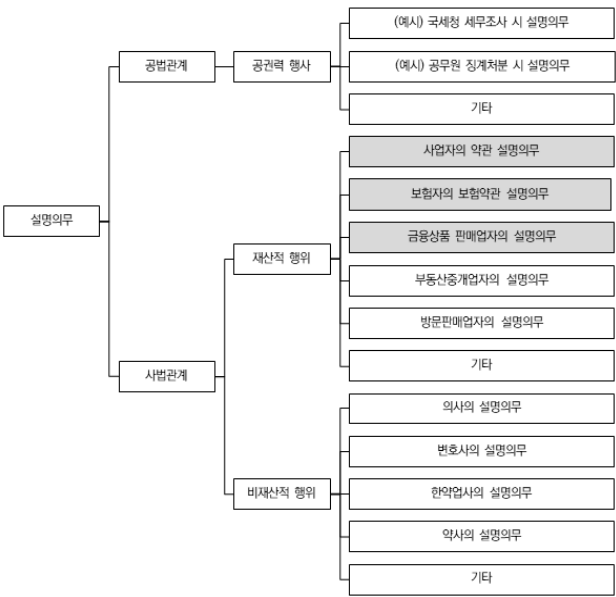
7) 예컨대 세무공무원은 세무조사를 시작할 때 조사 사유, 조사 기간, 납세자보호위원회에 대한 심의요청사항·절차 및 권리 구제 절차 등을 설명해야 함(국세기본법 제81조의2 제3항)

8) 여기서의 '거래'는 법률행위인 '계약'보다 넓은 의미로 당사자 간 권리·의무를 발생시키는 일련의 행위를 지칭함

9) 판례상 설명의무가 인정된 사례에 관하여는, 김종국(2007), pp. 199~210을 참고 바람

거래상 설명의무는 다시 재산적 행위와 관련된 설명의무와 비재산적 행위와 관련된 설명의무로 구분해 볼 수 있다.¹⁰⁾ 재산적 행위와 관련된 설명의무는 주로 사업자에게 부과된다. 약관규제법은 약관을 이용하는 모든 사업자에 대해 설명의무를 부과하고 있고, 업종별 개별 규제법에서는 해당 업종 사업자에게 별도의 설명의무를 부과하고 있다. 사업자의 설명의무는 통상 약관에 대해서 인정되나, 약관 이외의 사항에 대한 설명의무도 인정될 수 있다. 예컨대 법원은 농약 판매상은 농약의 성능, 사용 방법 등에 관하여 정확한 설명을 하여 줄 주의의무가 있고, 그 성능 등에 관하여 알지 못하면서 그 사용에 관한 지시나 권유를 하여서는 안될 주의의무가 있다고 판단한 바 있다.¹¹⁾ 비재산적 행위에 관한 설명의무는 주로 당해 행위를 수행하는 전문가에게 부과된다. 의사가 환자에 대해 부담하는 설명의무가 가장 대표적이다. 한의사, 약사, 변호사 등도 유사한 의무를 부담한다. 분쟁사례에서는 주로 사업자가 소비자에 대해 부담하는 설명의무와 의사가 환자에 대해 부담하는 설명의무가 문제되고 있다.

〈그림 II-1〉 설명의무의 종류



10) '재산적 행위'는 금전, 동산, 부동산 등 재산과 주로 관련된 행위를 의미함; 송영민(2014)은 설명의무에 관한 이론적 근거를 재산적 행위와 의료행위로 구분하여 파악하고 있는바, 본고에서도 이러한 구분을 기본적으로 따르되, 의료행위 이외의 행위로서 재산적 행위에 포함되지 않는 행위들을 포함하기 위해 '비재산적 행위'라는 용어를 사용함

11) 대법원 1995. 3. 28. 선고 93다62645 판결

나. 요건

설명 의무의 요건은 크게 누가, 언제, 누구에게, 무엇을, 어떻게 설명해야 하는지로 구성된다. 각각의 요소에 관해 다양한 쟁점과 선행연구가 존재한다. (i) 먼저 누가 설명 의무를 부담할 것인지에 관해서는 의무 부담 주체와 그 이행보조자가 있을 경우 이행보조자에게도 설명 의무가 인정되는지, 이행보조자가 잘못된 설명을 한 경우의 법적 효과가 어떻게 되는지가 문제된다. (ii) 언제 설명을 해야 하는지도 문제이다. 약관이나 금융상품에 대한 설명 의무의 경우 계약 체결 전에 해야 하는지, 계약 체결 전이라면 교섭을 개시하는 단계에 해야 하는지 아니면 청약의 유인이나 청약 단계에서 해야 하는지가 문제된다. (iii) 누구에게 설명을 해야 하는지와 관련해서도 쟁점이 있다. 보험계약의 경우 계약자에게만 설명을 하면 되는지 수익자나 피보험자에게도 해야 하는지가 문제된다. (iv) 무엇을 설명해야 하는지는 가장 중요한 문제이다. 약관의 중요사항이나 보험계약의 중요한 내용을 설명해야 하는데, 이때 특정 정보가 설명 의무 대상인 중요한 사항인지 여부는 보험 분쟁의 단골 이슈이다. (v) 어떻게 설명해야 하는지도 중요하다. 정보를 제공하기만 하면 되는지, 구두로 설명을 해야 하는지 혹은 서면 자료를 제공하는 것으로도 가능한지가 문제된다. 또한 그저 설명을 하기만 하면 되는지, 아니면 상대방이 이해할 수 있을 정도로 설명을 해야 하는지, 이해할 수 있을 정도로 해야 한다면 일반적인 고객이 이해할 수 있을 정도로 설명을 하였다면 상대방이 실제 이해를 하지 못하였더라도 무방한 것인지, 아니면 실제 상대방이 이해할 때까지 설명을 해야 하는 것인지 등이 문제된다.

이상의 내용은 설명 의무의 요건으로 분쟁에서 매우 빈번하게 쟁점이 되고, 각 요건별로 수많은 선행연구가 존재한다. 그리고 각각의 요건은 설명 의무 종류별로 상이하다. 예컨대, 금소법상 금융상품 설명 의무, 약관 규제법상 약관 설명 의무, 보험업법상 보험회사의 설명 의무는 주체, 시기, 상대방, 대상, 정도가 다 다르다. 여기서는 이러한 요건들이 있다는 것 정도를 이야기해두고, 보험약관 및 보험상품과 관련된 개별 법령상 설명 의무의 구체적인 요건은 2.항에서 살펴보기로 한다.

다. 효과

설명 의무에서 가장 중요한 사항 중 하나는 위반 시 효과이다. 효과는 크게 민사적 효과와 행정적 효과로 구분해 볼 수 있다. 민사적 효과는 다시 계약법상 효과와 불법행위법상 효

과로 구분된다.

계약법상 효과는 설명의무 위반이 계약의 효력에 미치는 영향을 의미한다. 설명의무를 위반한 경우 해당 조항이 약관에서 배제되거나(약관규제법 제3조), 계약 자체를 취소할 수 있도록 하는 것(상법 제638조의3)이 이에 해당한다. 금소법상 위법계약 해지권(금소법 제47조)도 계약법상 효과에 해당된다. 불법행위법상 효과는 설명의무 위반을 불법행위로 보아 손해배상책임을 인정하는 것이다. 대법원은 설명의무를 신의칙상 고객보호의무의 한 내용으로 보면서, 이를 위반하는 것은 불법행위에 해당하여 손해배상책임이 인정된다고 보았다. 이후 설명의무 위반 시 손해배상의무를 부담하도록 하는 명문 규정들이 도입되었고, 금소법도 설명의무를 위반한 경우 손해배상책임을 부담한다고 명시하였다.

행정적 효과는 설명의무 위반에 대해 행정 제재를 가하는 것이다. 특히 감독 법제에서는 설명의무 위반 시 과징금, 과태료 부과는 물론 기타 제재 처분을 부과할 수 있도록 하고 있다.

라. 검토 범위

이처럼 설명의무는 사업자가 고객에게 상품 내용을 잘 설명해야 한다는 단순한 의미로 파악할 수도 있으나, 실제로는 그 요건과 효과 측면에서 고려해야 할 점이 매우 다양하다. 설명의무에 관한 기존의 선행연구들을 살펴보면 설명의무의 전체적인 모습을 파악하고자 한 것도 있고, 개별적 쟁점을 깊게 분석한 것도 있다. 설명의무가 갖는 중요성을 고려할 때, 개별 쟁점도 연구 대상으로 삼기에 부족함이 없다. 예컨대, 설명의무를 부담하는 자가 누구인지, 보험회사인지 보험모집인인지, 보험모집인이 설명을 부실하게 한 경우 보험회사의 손해배상책임이 인정되는지가 문제된다. 설명의무 이행 시기에 대해서도, 계약 체결 시에 설명을 하면 되는지, 계약 체결 이전에 해야 하는지, 계약 체결 이전에 해야 한다면 구체적으로 어느 시기에 해야 하는지, 그리고 계약을 체결할 의사가 없는 단순 마케팅 대상에 대해서도 설명의무를 부담해야 하는지 등이 문제될 수 있다. 실제 이러한 쟁점을 다루고 있는 선행연구들이 많이 있고, 매우 의미있는 연구가 이루어진바 있다.

본고에서는 이러한 개별 쟁점은 연구 범위에서 제외하고, 설명의무의 전체적인 모습을 살펴보는 것에 집중하고자 한다. 특히 시간의 흐름에 따라 설명의무 관련 법제가 어떻게 형성되고 변화되어 왔는지를 살펴봄으로써 현재의 설명의무를 보다 입체적으로 이해해보고자 한다.

2. 설명의무 관련 법제 형성 과정

설명 의무 관련 법제는 소비자 보호, 보험의 법리, 대내외 경제 여건, 규제 환경의 변화 등 다양한 요인이 판례와 입법에 영향을 미쳐 현재와 같은 모습을 갖추게 되었다. 설명의무 관련 법제 변화 과정에서 모멘텀이 된 사건은 크게 4가지로 볼 수 있다. ① 1986년 약관규제법 제정, ② 1991년 상법 개정, ③ 2010년 보험업법 개정 그리고 ④ 2020년 금소법 제정이다. 이하에서는 위 4가지 주요 변화를 중심으로, 설명의무 관련 법제 형성 과정을 구체적으로 살펴보기로 한다.

가. 약관규제법 제정

1) 약관규제법 제정 이전

약관규제법 제정 이전에도 설명의무와 유사한 역할을 하는 규정이 있었다. 1962년 제정된 구 보험모집단속법¹²⁾ 제18조(체결 또는 모집에 관한 금지행위)는 보험계약자에게 부당한 사항을 알리거나, 보험계약의 계약조항의 일부에 대해 비교한 사항을 알리거나, 보험계약 조항 중 중요한 사항을 알리지 아니하는 행위를 금지하고 있었다. 1977년 구 보험모집단속법과 구 보험업법이 통합되며 위 조항은 구 보험업법 제156조(체결 또는 모집에 관한 금지행위)로 이관되었다. 이후 2003년 보험업법 전면 개정 시 제97조(보험계약의 체결 또는 모집에 관한 금지행위)로 조문 위치가 변경된 이래 큰 변화 없이 유지되다가 2020년 금소법 제정 시 금소법 제21조(부당권유행위 금지)로 이관되었다.

12) 1960년 무렵 보험관계법령 정비 작업이 시작되었고, 1962년 보험업법, 보험사업자에관한법률, 보험모집단속법, 대한재보험공사법 등이 제정되었음

〈표 II-1〉 보험계약 체결 및 모집 관련 금지행위 조항의 변화

구분	내용
1962년 보험모집단속법 제정 : 모집 관련 규제 도입	구 보험모집단속법 [법률 제990호, 1962. 1. 20, 제정] 제18조 (체결 또는 모집에 관한 금지행위) ① 손해보험회사의 임원, 사용인 또는 생명보험모집인이나 손해보험대리점은 보험계약의 체결 또는 모집에 관하여 다음에 계기한 행위를 하여서는 아니된다. 1. 보험계약자 또는 피보험자에 대하여 부실한 사항을 알리거나 보험계약의 계약조항의 일부에 대하여 비교한 사항을 알리거나 보험계약의 계약조항 중 중요한 사항을 알리지 아니하는 행위
1977년 보험업법과의 통합 : 모집 관련 규제 조항 보험업법으로 이관	구 보험업법 [법률 제3043호, 1977. 12. 31, 전부개정] 제156조 (체결 또는 모집에 관한 금지 행위) ① 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 그 체결 또는 모집에 관하여 다음 각호의 행위를 하지 못한다. 1. 보험계약자 또는 피보험자에 대하여 부실한 사항을 알리거나 보험계약의 계약조항의 일부에 대하여 비교한 사항을 알리거나 보험계약의 계약조항 중 중요한 사항을 알리지 아니하는 행위
2003년 보험업법 전면 개정 : 조항 이동 및 문구 수정, 취지는 동일	구 보험업법 [법률 제6891호, 2003. 5. 29, 전부개정] 제97조 (보험계약의 체결 또는 모집에 관한 금지행위) ① 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 그 체결 또는 모집에 관하여 다음 각호의 1의 행위를 하지 못한다. 1. 보험계약자 또는 피보험자에게 보험계약의 내용을 사실과 다르게 알리거나 그 내용의 중요한 사항을 알리지 아니하는 행위
2020년 금소법 제정 : 금소법으로 이관	금융소비자보호법 [법률 제17799호, 2020. 12. 29, 타법개정] 제21조(부당권유행위 금지) 금융상품판매업자등은 계약 체결을 권유(금융상품자문업자가 자문에 응하는 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)하는 경우에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 해서는 아니 된다. 다만, 금융소비자 보호 및 건전한 거래질서를 해칠 우려가 없는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위는 제외한다. 1. 불확실한 사항에 대하여 단정적 판단을 제공하거나 확실하다고 오인하게 할 소지가 있는 내용을 알리는 행위 2. 금융상품의 내용을 사실과 다르게 알리는 행위 3. 금융상품의 가치에 중대한 영향을 미치는 사항을 미리 알고 있으면서 금융소비자에게 알리지 아니하는 행위 4. 금융상품 내용의 일부에 대하여 비교대상 및 기준을 밝히지 아니하거나 객관적인 근거 없이 다른 금융상품과 비교하여 해당 금융상품이 우수하거나 유리하다고 알리는 행위 5. 보장성 상품의 경우 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위 가. 금융소비자(이해관계인으로서 대통령령으로 정하는 자를 포함한다. 이하 이 호에서 같다)가 보장성 상품 계약의 중요한 사항을 금융상품직접판매업자에게 알리는 것을 방해하거나 알리지 아니할 것을 권유하는 행위 나. 금융소비자가 보장성 상품 계약의 중요한 사항에 대하여 부실하게 금융상품직접판매업자에게 알릴 것을 권유하는 행위 6. 투자성상품의 경우 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위(각목 생략) 7. 그 밖에 금융소비자 보호 또는 건전한 거래질서를 해칠 우려가 있는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위

이 조항은 표제에서도 나타나듯이 모집에 관한 금지행위를 정함으로써 불완전판매를 규제하고자 하는 것이다. 규제 내용도 작위·부작위에 의한 기망행위를 금지하는 것이어서, 고객에 대한 적극적 정보 제공 의무를 부과하는 약관규제법상 설명의무와는 구별된다. 효과 면에서도 금지의무 위반 시 과징금·과태료 등 제재가 부과될 수 있으나¹³⁾ 보험계약의 효력이나 내용에는 직접적인 영향이 없다는 점에서 해당 약관의 효력 및 내용에 영향을 미치는 약관규제법 및 상법상 설명의무와는 차이가 있다. 다만 보험계약의 중요한 사항을 알리지 않는 행위를 금지하는 위 규정의 반대 해석상 모집종사자는 보험계약의 중요한 사항을 보험계약자에게 알려야 할 의무를 부담하게 되는바, 현재 약관규제법 및 금소법에서 부과하는 설명의무와 유사한 기능을 수행하였다고 볼 수 있다.

2) 약관규제법 제정

약관규제법은 1986년 12월 제정되어 1987년 7월부터 시행되었다. 약관규제법 제정 배경은 크게 사회·경제 환경 변화에 따른 법제 수요의 발생, 해외 법제의 변화, 국내 법제의 변화로 구분하여 살펴볼 수 있다.

첫째, 1970년대 전후 약관이 널리 쓰이기 시작하면서 사업자가 일방적으로 작성한 약관의 내용이 불공정하여 소비자가 피해를 입는 사례가 늘어나기 시작하자 1970년대 후반부터 약관의 공정성 확보 방안에 대한 논의가 시작되었다.¹⁴⁾ 당시 불공정한 약관의 효력을 부정할 명문의 법적 근거가 없는 상황이었던바, 법원은 불공정한 약관 문구를 법적 구속력이 없는 '예문(例文)'으로 보아 효력을 부정하는 '예문해석' 법리를 개발하여 불공정한 약관을 무효화시켰다. 그러나 문제 되는 약관 조항이 효력이 없는 예문인지 여부는 법원에 의해 사후적으로만 확인이 가능하여 약관의 공정성을 확보하는 데는 한계가 있었다. 더욱이 예문해석은 우리나라와 일본에서만 인정되는 것으로 이론적 근거가 빈약하였고, 법리적인 취약점도 많았으며,¹⁵⁾ 약관 조항의 불공정을 시정하기 위한 편법으로 동원된 점도 부정할 수 없었다.¹⁶⁾ 이에 약관의 공정성을 확보하기 위한 명확한 법적 근거가 요구되었다.

13) 과거에는 모집 관련 금지행위 위반 시 징역·벌금이 부과되었으나(구 보험업법(2003년 전면 개정 전의 법) 제218조 제5호, 제156조), 2003년 보험업법 전면 개정 이후 징역·벌금 대상에서 제외되고 과태료 부과 대상이 되었으며, 2010년 개정 보험업법(법률 제10394호, 2010. 7. 23, 일부개정)부터 과징금 부과 대상이 됨

14) 권영준(2021), p. 559

15) 손지열(1997), pp. 296~297

16) 권영준(2021), p. 560

둘째, 1970년대 들어 주요국에서 약관의 공정성을 확보하기 위한 입법적 조치가 이루어졌다. 독일은 1976년 보통거래약관법을,¹⁷⁾ 영국은 1977년 불공정계약조항규제법을 제정하였고, 이러한 주요국들의 입법 동향은 우리나라의 약관규제법 제정론에 영향을 끼쳤다. 실제 우리나라 약관규제법은 독일의 보통거래약관법을 모델로 제정된 것으로 평가되고 있다.

셋째, 구 소비자보호법(현행 소비자기본법)이 제정되어 국내 법제 환경에도 변화가 있었다. 1980년 제정되어 1982년부터 시행된 구 소비자보호법은 소비자의 기본 권익 보호 및 소비 생활 합리화를 위한 국가 등의 의무를 정하고 있었다. 불공정한 약관으로 인한 소비자 피해 사례가 증가하던 당시 상황에서 약관 거래의 공정성 확보를 위한 법제 마련은 소비자보호법상 요구되는 국가의 책무로 여겨졌다.¹⁸⁾

이러한 국내외 경제적·사회적·법제적 요청에 따라 약관규제법이 제정되었다. 약관규제법 제정 시 제시된 입법목적은 “경제적 약자가 명실상부한 계약의 자유를 누릴 수 있도록 보장하려는 것”이었다. 약관규제법에는 약관 거래와 관련하여 소비자 보호를 위해 필요한 제반 사항이 포함되었으며, 설명의무도 그중 하나였다. 약관규제법은 사업자에게 약관에 대한 설명의무를 부과하였고 위반 시 해당 약관 조항을 계약의 내용으로 주장할 수 없도록 하는 편입통제 조항을 두었다. 이후 해당 조항은 큰 변화 없이 현재까지 유지되고 있다.

〈표 II-2〉 약관규제법상 설명의무 조항

구분	내용
1986년 약관규제법 제정	구 약관규제법 [법률 제3922호, 1986. 12. 31., 제정] 제3조 (약관의 명시·설명 의무) ① 사업자는 계약 체결에 있어서 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 명시하고, 고객이 요구할 때에는 당해 약관의 사본을 고객에게 교부하여 이를 알 수 있도록 하여야 한다. 다만, 다른 법률의 규정에 의하여 행정관청의 인가를 받은 약관으로서 거래의 신속을 위하여 필요하다고 인정되어 대통령령이 정하는 약관에 대하여는 그러하지 아니하다. ② 사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 다만, 계약의 성질상 설명이 현저하게 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다. ③ 사업자가 제1항 및 제2항의 규정에 위반하여 계약을 체결한 때에는 당해 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다.

17) 2002년 독일 민법 개정 시 보통거래약관법의 내용이 독일 민법에 편입되어 현재는 독일 민법에서 해당 내용을 규정하고 있음

18) 손지열(1997), p. 298

〈표 II-2〉 계속

구분	내용
2023년 현행법	약관규제법 [법률 제17799호, 2020. 12. 29, 개정] 제3조 (약관의 작성 및 설명의무 등) ① 사업자는 고객이 약관의 내용을 쉽게 알 수 있도록 한글로 작성하고, 표준화·체계화된 용어를 사용하며, 약관의 중요한 내용을 부호, 색채, 굵고 큰 문자 등으로 명확하게 표시하여 알아보기 쉽게 약관을 작성하여야 한다. ② 사업자는 계약을 체결할 때에는 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 분명하게 밝히고, 고객이 요구할 경우 그 약관의 사본을 고객에게 내주어 고객이 약관의 내용을 알 수 있게 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업종의 약관에 대하여는 그러하지 아니하다. 1. 여객운송업 / 2. 전기·가스 및 수도사업 / 3. 우편업 / 4. 공중전화 서비스 제공 통신업 ③ 사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 다만, 계약의 성질상 설명하는 것이 현저하게 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다. ④ 사업자가 제2항 및 제3항을 위반하여 계약을 체결한 경우에는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다.

약관에 대한 설명의무는 현재는 너무나 당연한 것으로 받아들여지고 있지만, 입법 당시에는 충분한 이론적 근거가 뒷받침되지 않았고, 관련된 해외 입법례도 존재하지 않았다. 우리나라 약관규제법 제정에 영향을 미친 독일, 영국 등 주요국의 약관 관련 법제에서는 약관 명시 의무를 부과할 뿐 중요한 내용을 적극적으로 설명할 의무까지 부과하지는 않고 있었다.¹⁹⁾ 약관 설명의무 관련 해외 입법례가 존재하지 않다 보니 설명의무에 대한 이론적 검토도 충분하지 않은 상태였다.

이처럼 이론적 검토가 빈약하고 해외 입법례도 전무한 상황에서 설명의무가 전격적으로 도입된 데 대해 고객이 계약 당사자로서 계약 내용을 잘 알도록 해야 하고 이를 위해 계약 내용에 대해 설명이 필요하다는 다소 소박한 생각이 배경이 되었을 것이라는 분석도 제시되고 있다.²⁰⁾ 이처럼 설명의무는 우리나라에서 독자적으로 도입한 것으로, 소비자

19) 현재도 독일, 영국, 미국 일본 등의 약관규제법에서는 중요 내용 설명의무가 인정되지 않고, 중국의 경우 설명의무가 인정되나 이는 상대방의 요구가 있는 경우에 한정됨(권영준(2021), p. 592)

20) 권영준(2020a), p. 205; 권영준(2020a)은 설명의무에 관한 이론적 검토와 실제 사례가 빈약한 상황에서 이와 같은 입법이 추진된 배경으로 1986년 약관법 제정위원회에서 실시한 전문가 설문조사 결과를 제시하고 있음. 약관법 제정위원회는 1986년 2월부터 한 달간 법조계, 학계, 관계, 사업계, 소비자 대표 등 406명을 상대로 설문조사를 실시하였는데, 설문조사 항목 중 “약관의 내용을 고객에게 알리는 방법”에 관한 문항에 대해, ① 고객에게 중요한 사항을 설명해주어야 한다는 응답이 가장 많았고(88명), ② 고객에게 약관을 인쇄하여 주어야 한다는 의견(72명), ③ 영업장에 게시해야 한다는 의견(71명), ④ 중요한 사항을 상대방이 확실히 알 때까지 설명해야 한다는 의

보호를 위한 선제적 입법으로서의 의의가 있으나, 도입의 근거와 효과에 대한 이론적·실무적 검토가 충분치 못한 상태에서 도입된 것도 사실인 것으로 보인다.

한편, 약관규제법 제정 전부터 약관규제법을 보험약관에 적용해서는 안 된다는 견해가 제기되었다. 양승규(1986)는 약관규제법 제정에 신중할 필요가 있고, 약관규제법을 제정 하더라도 보험약관에 대해서는 이를 적용해서는 안 된다고 보았다. 근거는 크게 3가지였다. 첫째, 보험약관의 특수성이다. 보통보험약관은 쌍무적 대가관계를 주된 내용으로 하는 여타 보통거래약관과는 구별되는 특성이 있는바, 약관규제법상 편입통제나 개별약정 우선원칙 등의 적용으로 보험계약자별로 계약 내용이 달라져서는 안 된다는 것이다. 둘째, 약관규제법을 적용하지 않더라도 보험약관의 공정성은 보험계약법에 의해 확보될 수 있다는 점이다. 보험약관에 포함될 주요 내용에 대해서는 통상 보험계약법으로 불리는 상법 보험편²¹⁾에서 이미 정하고 있고, 상법은 불이익 변경 금지 원칙을 정하여 상법 규정보다 보험계약자에게 더 불이익하게 약관 내용을 정하는 것을 금지하고 있는바(상법 제663조),²²⁾ 약관규제법을 적용하지 않더라도 상법을 통해 보험약관의 공정성을 담보할 수 있다는 것이다. 셋째, 인가제도에 의한 공정성 확보가 가능하다는 점이다. 보험약관은 당시 재무부장관의 인가 대상으로 소비자를 대표하는 정부에 의한 공정성 확보 절차가 마련되어 있으므로 약관규제법에 근거한 별도의 감독은 필요하지 않다고 보는 것이다.²³⁾ 우리나라 약관규제법의 모델이 되었던 독일 보통거래약관법은 사업자에게 현장에서 약관을 주지시키거나 계약 내용에 대한 인식 가능성을 제공해야 한다고 정하여²⁴⁾ ‘명시’ 또는 ‘인식가능성 제공’을 약관의 계약 편입 요건으로 정하고 있었는데,²⁵⁾ 보험약관의 경우 이 요건을 갖추지 않았더라도 주무관청의 인가를 받은 보험자의 보통거래약관의 내용에 따른다고 규정하고 있었다. 즉, 인가를 받은 보통보험약관의 경우에는 약관규제법상 편입 요건을 갖추지 않은 경우에도 계약의 내용으로 편입되어 그 내용대로 효력을 갖는다

건(1명) 등이 있었음(권영준(2020a), p. 192)

21) 상법 제4편 보험편(상법 제638조 내지 제738조의3)은 제1장 통칙, 제2장 손해보험(통칙, 화재보험, 운송보험, 해상보험, 책임보험, 자동차보험, 보증보험), 제3장 인보험(통칙, 생명보험, 상해보험, 질병보험)으로 구성되어 있어, 대부분의 보험계약의 주요 내용 및 원칙을 정하고 있음

22) 제663조(보험계약자 등의 불이익 변경 금지) 이편의 규정은 당사자 간의 특약으로 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 불이익으로 변경하지 못한다. 그러나 재보험 및 해상보험 기타 이와 유사한 보험의 경우에는 그러하지 아니하다.

23) 양승규(1986), pp. 9~10

24) 이는 약관의 교부·명시에 해당하는 것으로, 구체적인 설명까지 요구하는 것은 아님

25) 앞서 지적한 바와 같이 독일 보통거래약관법은 약관에 대한 ‘설명’의무를 부과하지 않고, 약관 ‘명시’ 내지 ‘인식가능성 제공’의무만을 부과하였음

고 본 것이다.²⁶⁾

그러나 이러한 반대 의견에도 불구하고 약관규제법 제정 시 보험약관도 그 적용대상에 포함되었고, 설명의무 및 편입통제 규정, 개별약정 우선 원칙 등이 모두 적용되게 되었다.

3) 약관규제법 제정 이후

약관규제법 제정 이후 설명의무 위반으로 약관 조항의 효력이 부정되는 사례들이 등장하기 시작하였다. 대법원은 보험약관에 대한 설명의무 위반이 문제된 사례에서, 보험상품의 내용, 보험료율의 체계 및 보험청약서상 기재사항의 변동 등은 보험계약의 중요한 내용이므로 이러한 내용에 대한 설명의무가 인정되고, 이를 위반한 경우 보험회사는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없다고 판시하였다.²⁷⁾ 약관규제법 제정 전에도 예문해석 법리에 의해 약관의 구속력을 부정하는 사례가 있었지만, 설명을 하지 않았다는 이유로 약관의 구속력이 부정되지는 않았다. 오히려 약관에 의해 계약을 체결하기로 합의한 이상 약관의 구속력은 인정되었고 설명을 듣지 못했거나 내용을 알지 못했다는 이유로 구속력을 부정하는 것은 허용되지 않았다.²⁸⁾ 그러나 약관규제법 시행 이후에는 약관의 중요 내용을 설명하지 않았다는 이유만으로도 해당 조항이 배제될 수 있게 되었다.

일반적인 물품거래계약이나 서비스제공계약과는 달리 보험계약의 경우 약관의 내용에 따라 보험금 지급 여부 및 지급 범위가 달라진다. 따라서 특정 약관 조항이 계약에서 배제되면 주된 급부인 보험금 지급 여부나 보험금 지급금액이 달라지게 된다. 동일한 보험단체 구성원들이 같은 기준에 따라 보험료를 납부하였음에도 불구하고 설명을 들었는지 여부에 따라 보험금 지급 여부나 보험금 지급금액이 달라지게 될 수 있다. 설명 여부가 다투어지는 조항이 면책사유 조항인 경우, 설명을 들은 사람은 면책사유가 적용되어 보

26) 양승규·장덕조(1999), p. 32

27) 대법원 1992. 3. 10. 선고 91다31883 판결

28) 대법원 1985. 11. 26. 선고 84다카2543 판결: 동 판결은 “일반적으로 당사자 사이에서 보통보험약관을 계약 내용에 포함시킨 보험계약서가 작성된 경우에는 계약자가 그 보험약관의 내용을 알지 못하는 경우에도 그 약관의 구속력을 배제할 수 없는 것이 원칙이나, 다만 당사자 사이에서 명시적으로 약관에 관하여 달리 약정한 경우에는 그 약관의 구속력은 배제된다고 보아야 할 것이다.”라고 판시함. 한편, 약관규제법 제정 이후 판결인 대법원 1989. 11. 14. 선고 88다카29177 판결도 보통보험약관의 구속력에 대해 “일반적으로 보험계약자가 보통보험약관을 계약내용에 포함시킨 보험계약서를 스스로 작성한 이상 그 약관의 내용이 일반적으로 예상되는 방법으로 명시되어 있지 않다든가 또는 중요한 내용으로서 특히 보험업자의 설명을 요하는 것이 아닌 한 보험계약자가 위 약관내용을 자세히 살펴보기 아니하거나 보험업자의 설명을 듣지 아니하여 알지 못한다는 이유로 약관의 구속력에서 벗어날 수 없다”라고 판시하고 있음

보험금을 받지 못하게 되고, 설명을 듣지 못한 사람은 면책사유가 배제되어 보험금을 받게 되는 결과가 되는 것이다.

이에 약관규제법상 설명의무 및 편입통제가 보험약관에 대해서도 동일하게 적용되는 것이 부당하다는 주장이 본격적으로 제기되었다. 양승규(1987)는 약관규제법이 보험약관에 대해서도 적용되는 것은 부당하므로 보험계약법 개정을 통해 이를 바로잡아야 한다고 주장하였다.²⁹⁾ 약관규제법은 특정 거래분야의 약관에 대해 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 규정에 따르도록 하고 있는바(약관규제법 제30조), 보험약관에 관한 법률인 보험계약법에서 약관규제법 적용이 배제된다는 점을 명확히 해야 한다는 것이다. 장경환(1988)은 양승규(1987)의 견해도 타당하나 일단 약관규제법이 제정된 이상 통일적 법 적용을 위해 보험약관에 대해서도 약관규제법을 적용하되, 행정적 규제보다는 사법적 규제가 적합하고, 행정적 규제도 그 규제 권한을 경제기획원 내 약관심사위원회보다는 보험약관 주무관청으로 전문성이 높은 재무부장관에게 부여하는 것이 바람직하다는 의견을 제시하였다.³⁰⁾

나. 상법 개정

1) 상법 제638조의3 신설

상법 보험편에는 본래 보험약관 명시·설명 의무에 관한 규정이 없었다. 1963년 시행된 제정 상법(법률 제1000호, 1962. 1. 20. 제정)은 보험증권 교부의무만 정하였고³¹⁾ 30년 가까이 변화 없이 유지되었다. 1991년 12월 개정되어 1993년 1월부터 시행된 개정 상법(법률 제4470호, 1991. 12. 31. 일부개정)에 제638조의3이 신설되면서 비로소 보험자의 보험약관 교부·명시의무가 도입되었다.

개정 상법에서 도입된 보험약관 교부·명시의무는 약관규제법상 약관 명시·설명 의무와 요건은 유사하나 효과 측면에서 큰 차이가 있었다. 앞서 본 것처럼 약관규제법상 명시·설명 의무를 위반한 경우 사업자는 해당 약관 조항을 계약의 내용으로 주장할 수 없게 된다.

29) 양승규(1987), pp. 20~21

30) 장경환(1988), pp. 199~200

31) 제정 상법 제640조(보험증권의 교부) 보험자는 보험계약자의 청구에 의하여 보험증권을 작성하여 보험계약자에게 교부하여야 한다.

반면, 보험자가 상법상 보험약관 교부·명시의무를 위반한 경우 보험계약자는 보험계약 성립일로부터 1개월 이내에 계약을 취소할 수 있다. 보험계약자가 1개월 이내에 보험계약을 취소하지 않는 경우에는 해당 약관 조항이 유효하게 적용된다는 점에서, 기간 제한 없이 언제든지 편입 자체가 부정될 가능성이 있는 약관규제법상 효과와는 큰 차이가 있다. 상법 제638조의3은 2014년 상법 개정 시 표제가 보험약관의 교부·설명 의무로 변경되었고, 취소 가능 기간도 3개월로 연장되었다.

〈표 II-3〉 상법상 보험약관 교부, 명시, 설명 관련 조항

구분	내용
1962년 상법 제정	보험약관 교부·명시·설명 의무 관련 규정 없음. 보험증권 교부의무만 인정
1991년 개정 상법	제638조의3(보험약관의 교부·명시의무) ① 보험자는 보험계약을 체결할 때에 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 <u>그 약관의 중요한 내용을 알려주어야 한다.</u> ② 보험자가 제1항의 규정에 위반한 때에는 보험계약자는 보험계약이 성립한 날부터 <u>1월 내에 그 계약을 취소할 수 있다.</u>
2014년 개정 상법	제638조의3(보험약관의 교부·설명 의무) ① 보험자는 보험계약을 체결할 때에 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 <u>그 약관의 중요한 내용을 설명하여야 한다.</u> ② 보험자가 제1항을 위반한 경우 보험계약자는 보험계약이 성립한 날부터 <u>3개월 이내에 그 계약을 취소할 수 있다.</u>

상법 제638조의3 보험약관 교부·명시의무 도입 취지에 대해서는 엇갈린 분석이 제기된다. 이는 뒤에서 살펴볼 상법 제638조의3과 약관규제법 제3조의 관계에 대한 학설 대립으로 이어진다.

첫 번째 견해는 상법 제638조의3이 보험계약자를 보다 두텁게 보호하기 위해 마련되었다고 보는 견해이다. 1991년 개정 상법의 개정 이유서,³²⁾ 관련 법사위 보고서 등이 이러한 입장을 표방하고 있다. 당시 법사위 보고서는 상법 보험편 개정 방향을 (i) 보험산업 대중화에 부응한 보험가입자 보호, (ii) 보험의 선의성 보장, (iii) 보험거래 현실에 부적합한 규제 정비, (iv) 기타 보험거래 당사자 간의 이해관계의 합리적 조정으로 구분하면서,

32) 국가법령정보센터 상법[시행 1993. 1. 1.] [법률 제4470호, 1991. 12. 31., 일부개정]에 대한 개정이유는 참조 바람(<https://www.law.go.kr/LSW/lsInfoP.do?lsiSeq=58089&ancYd=19911231&ancNo=04470&efYd=19930101&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202&ancYnChk=0#0000>)

상법 제638조의3은 (i) 보험가입자 보호를 위한 개정 항목으로 분류하였다.³³⁾ 법사위 보고서는 “현대 사회생활에서 보험이 대중화되고 있는 추세이나 그 사업은 대규모의 기업에 의해 전문적 기술을 기초로 하여 영위되고, 보험자와 보험계약자 간의 거래도 획일화되고 표준화된 약관에 의해 대량적으로 이루어지는 부합계약이 되지 않을 수 없으며, 이에 따라 보험계약자는 부지불식간에 불측의 손해를 보게 되는 일이 생기고, 그 결과 보험업이 일반 국민들의 불신을 받아온 것도 사실”이라고 지적하며, 다수의 보험가입자 보호를 위한 법의 후견적 역할이 강화될 필요가 있다는 취지에서 제638조의3을 신설하는 것이라고 밝히고 있다. 다만 약관 교부·설명 의무 위반 시 취소권 제척기간을 1개월로 정하면서 이러한 제척기간을 두는 이유로 ‘취소권 남용 제한’을 제시하였다.³⁴⁾ 이러한 점을 보면 제638조의3 신설은 보험가입자 보호를 주된 목적으로 한 것이나, 보험거래 현실 및 이해관계의 합리적 조정 측면도 함께 고려하여 보험가입자의 권리에 일정한 제한을 가한 것으로 보인다.

한편 학계에서는 상법 제638조의3 도입은 약관규제법을 보험약관에 그대로 적용하는 것이 부당하다는 반성적 고려에 터잡은 것으로 보는 의견이 유력하였다. 보험자가 약관의 내용을 설명하지 않은 경우 보험계약자에게 계약 취소를 통해 위험단체에서 벗어날 수 있는 기회를 부여하고, 만약 보험계약자가 계약을 취소하지 않으면 설명이 되지 않았더라도 그 약관을 그대로 적용하는 취지라고 보는 것이다.³⁵⁾ 이러한 견해는 보험약관에 약관규제법상 편입통제를 그대로 적용하여 보험계약자별로 약관의 내용이 달라지게 되면 보험계약자 평등 대우 원칙에 반한다는 점, 수지상등 구현을 위해서는 보험자의 위험 선정과 평가를 존중할 필요가 있다는 점 등을 논거로 한다.³⁶⁾ 보험약관 설명의무 위반에 대해서는 보험의 특수성을 고려하여 별도의 규율을 마련할 필요가 있고, 그것이 제638조의3 신설의 취지라고 보는 것이다. 실제 입법에 관여하였던 전문가들도 같은 입장을 밝히고 있다. 독일의 경우 정부 인가를 받은 보험약관에 대해서는 편입통제 규정이 적용되지 않는데 우리나라 약관규제법은 이러한 예외를 두고 있지 않은바, 이러한 문제점을 시정하기 위해 상법에 별도 규정을 마련하였다는 것이다.³⁷⁾

33) 국회법제사법위원회(1991), pp. 2~3

34) 국회법제사법위원회(1991), p. 19

35) 장경환(1995), pp. 104~106

36) 장경환(1995), pp. 105~106

37) 양승규·장덕조·한창희(2009), p. 15

약관규제법상 약관 명시·설명 의무 조항이 이미 적용되고 있는 상태에서 동일한 내용의 의무를 정하는 상법 제638조의3이 신설된바, 신설규정과 약관규제법 제3조와의 관계가 문제될 수 밖에 없었다. 이는 제638조의3 도입 취지 및 효과와도 직접적으로 관련되므로, 입법 당시 개정 상법과 약관규제법의 관계를 사전에 명확히 할 필요가 있었다. 개정 이전에 이미 이러한 혼란이 예견되었으나,³⁸⁾ 이에 대해 아무런 조치가 이루어지지 않은 상태에서 개정이 이루어졌고, 그 결과 개정 상법 시행 이후 논란이 본격화 되었다.

2) 상법 제638조의3과 약관규제법 제3조의 관계

상법 제638조의3과 약관규제법 제3조는 약관을 명시하고 설명해야 한다는 동일한 의무를 부과하고 있다. 반면 그 위반의 효과에 대해 전자는 1개월 이내 계약 취소, 후자는 약관의 계약 편입 배제를 정하고 있다. 이에 보험약관에 대한 설명의무를 위반한 경우 이 두 가지 규정이 중첩적으로 적용되는지, 상법을 약관규제법의 특별법으로 보아 상법만 적용된다고 보아야 하는지가 문제된다. 전자를 중첩적 적용설, 후자를 상법 단독 적용설이라 한다. 1991년 개정 상법 시행 이후 중첩적 적용설과 상법 단독 적용설이 대립하기 시작하였고, 이러한 학설 대립은 현재도 이어지고 있다. 초기에는 상법 단독 적용설이 보험법 학계의 다수설이었으나³⁹⁾ 최근에는 중첩적 적용설을 지지하는 견해도 유력하게 제기되고 있다.⁴⁰⁾

상법 단독 적용설은 보험계약자가 계약 성립일로부터 1월 이내 취소하지 않는 한 그 약관의 효력은 인정된다고 본다. 보험약관이 개별적 계약관계를 정하고 있는 것이기는 하나, 이는 동질적인 위험에 관한 다수의 보험계약이 존재할 것을 전제로 하므로, 보험계약의 단체적 구조를 고려할 때 보험계약자가 약관에 따를 것에 동의하지 아니하였더라도 일단 보험계약이 체결된 이상 그 보험계약의 구속력을 인정하는 것이 타당하다고 보는 것이다.⁴¹⁾ 상법 단독 적용설의 핵심 논거는 보험의 단체성이라고 볼 수 있다. 또한, 이미 약관규제법 제3조가 존재하는 상황에서 상법 제638조의3이 도입되었다는 점을 고려할

38) 법사위 보고서는 “보험약관에 대한 교부 및 설명이 이뤄지지 않은 상태에서 보험계약이 체결되었을 경우, 당해 약관을 일단 계약 내용으로 성립한 것으로 인정하여 보험계약자가 제척기간인 1월 내에 취소할 수 있을 뿐인지, 아니면 약관규제법 제3조에 의하여 보험계약자는 언제든지 당해 약관이 약관의 내용으로 될 수 없음을 주장할 있을 것인지에 대해 해석상 다툼이 생길 소지가 있다”고 지적하면서도 이 경우 어떻게 해석하는 것이 개정 상법의 취지에 부합하는 지에 대해서는 언급하고 있지 않음(국회법제사법위원회(1991), p. 8)

39) 양승규(2006), p. 115; 김성태(2001), p. 190; 손주찬·정동윤(2001), p. 74; 장경환(1998) p. 151

40) 박세민(2021) p. 205; 한기정(2017), p. 139

41) 양승규(2006), p. 114

때, 상법 제638조의3을 약관규제법 제3조의 특별법으로 보는 것이 합리적이라는 논거도 제시된다. 중첩적 적용설과 같이 해석할 경우 상법 제638조의3의 신설이 무의미해진다 고 보는 것이다.⁴²⁾

중첩적 적용설, 즉 약관규제법 제3조와 상법 제638조의3이 모두 적용된다고 보는 견해는 상법 제638조의3과 약관규제법 제3조는 서로 모순되거나 저촉되지 않고, 어느 한쪽의 적용을 배제하는 명문의 규정도 없기 때문에, 양자 모두 적용이 가능하다고 본다. 또한, 상법과 약관규제법을 중첩적으로 적용하는 것이 보험계약자 보호에 더 기여할 수 있고, 보험계약자 평등의 원칙이나 위험단체 수지상등을 이유로 약관규제법 적용을 배제하는 것은 보험계약이 보험자와 보험계약자 사이의 채권 계약이라는 점을 경시한 것이라고 지적한다.⁴³⁾ 상법 단독 적용설은 보험계약의 단체성을 지나치게 강조한 것이라는 점, 약관 설명의무 위반이 실제로 문제되는 것은 보험사고 발생 이후인바, 취소권 행사 기간 1개월이 도과했다는 이유로 설명의무 위반을 다룰 수 없게 하는 것은 설명의무 제도 도입 취지에 맞지 않는다는 점 등도 근거로 제시된다.⁴⁴⁾

법원은 보험약관 설명의무 위반이 문제된 사례에서 약관규제법 제3조를 적용하여 설명이 되지 않은 약관 조항의 효력을 배제하는 취지의 판결을 다수 선고하였다.⁴⁵⁾ 이에 대해 보험법학계에서는 보험약관의 특수성 및 상법 개정의 취지를 고려하지 않아 부당하다는 비판이 이어졌다.⁴⁶⁾ 곧이어 보험약관에 대해 중첩적 적용설이 타당한지 상법 단독 적용설이 타당한지가 정면으로 다투어진 사건에서 대법원은 명시적으로 중첩적 적용설이 타당하다고 판단하였다.

중첩적 적용설을 채택한 최초의 판결은 대법원 1996. 4. 12. 선고 96다4893 판결이다. 이 판결에서 대법원은 보험자가 설명의무를 위반한 경우 보험계약자가 상법 제638조의3에 따른 취소를 행사하지 않았다 하더라도 보험자의 설명의무 위반의 하자가 치유되는 것은 아니므로, 설명의무 위반에 대해 약관규제법 제3조에 따라 편입통제가 가능하다고 보았다. 이후 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결에서는 보다 본격적으로 이 쟁점을 다루고 있다. 이 판결에서는 상법 제638조의3이 약관규제법 제3조의 특별법이라는

42) 김성태(2001), p. 190

43) 한기정(2017), p. 139

44) 박세민(2021), pp. 205-206

45) 대법원 1995. 8. 11. 선고 94다562492 판결; 대법원 1994. 10. 14 선고 94다17970 판결

46) 장경환(1995); 양승규(1996)

주장이 제기되었으나, 법원은 상법 제638조의3이 보험자의 설명의무 위반에 대해 규정하고 있기는 하지만, 취소권을 행사하지 않은 경우에 설명하지 않은 약관이 계약의 내용이 되는지에 대해 아무런 규정을 하지 않고있기 때문에, 상법 제638조의3이 약관규제법 제3조의 적용을 배제하는 특별규정이라고 볼 수는 없다고 보아 상법과 약관규제법이 중첩적으로 적용된다고 판단하였다. 이후 같은 취지의 판결이 누적되며, 판례는 확고한 중첩적 적용설의 입장을 채택한 것으로 평가되고 있다.

그런데 98다32564 판결을 비롯하여 중첩적 적용설을 채택한 판례들은 “상법이 취소권 불행사로 약관이 확정적으로 계약에 편입된다는 점을 명시하지 않고 있기 때문에 상법 제638조의3과 약관규제법 제3조는 충돌하지 않고 결과적으로 중첩 적용되는 것으로 해석해야 한다”는 취지로 판시하고 있다. 이를 반대 해석하면 만약 상법 제638조의3을 개정하여 취소권 불행사 시 약관의 내용이 확정적으로 계약에 편입된다는 점을 명시한다면 약관규제법 제3조의 적용을 배제하는 것이 가능하다는 의미가 된다. 이에 학계에서는 상법 제638조의3에 따라 1개월 이내에 취소권을 행사하지 않은 경우 약관에 대해 설명이 되지 않았더라도 그 약관이 계약의 내용이 된다는 점을 명시적으로 규정하자는 입법론이 제기되었다.⁴⁷⁾

3) 상법 제638조의3 개정 추진

법무부가 2007년 8월 입법예고한 상법 개정안(법무부 공고 2007-90호)에 포함된 상법 제638조의3 개정안은 기존 제638조의3에 “보험계약자가 보험계약을 취소하지 아니한 때에는 보험계약관계는 그 보험약관의 규정에 따른다”라는 문언을 추가함으로써 상법 제638조의3과 약관규제법 제3조의 관계를 입법적으로 해결하고자 하였다. 상법 제638조의3 시행 이후 집적되어온 판례를 반복하는 최후의 수단으로 이와 같은 방법이 채택된 것이다.⁴⁸⁾

당시 법무부가 제시한 개정이유를 보면, 제638조의3 개정은 ‘취소권 불행사의 효과를 구체화’하는 것이라고 밝히고 있다. 즉, 기존 규정을 변경하기 위한 개정이 아니라 기존에 구체화되지 않은 부분을 구체화함으로써 규정의 의미를 명확히 하기 위한 개정이라는 입장이다. 이는 1991년 상법 개정으로 제638조의3이 도입되었을 때부터 취소권 불행사 시 그

47) 장덕조(2007), pp. 27~28; 장덕조(2007)는 상법 단독 적용설의 취지로 상법을 개정하면서, 동시에 설명의무를 신의칙상 의무로 다루어서 이를 위반한 경우 보험업법 제102조에 의한 손해배상책임을 부과하는 방안을 제안하고 있음. 이를 통해 보험약관의 존재 의의를 살리면서도 그 사용으로 인한 공정성을 지켜낼 수 있고, 보험제도의 독자성과 원리도 제고할 수 있다고 밝히고 있음

48) 정병석(2007), p. 448

보험약관의 규정을 따르도록 의도한 것이었다는 점을 간접적으로 드러내고 있는 것으로 보인다. 당시 상법(보험편) 개정위원회에서도 이와 같은 개정으로 기존 제도를 변경한다는 인식보다는 취소권 불행사의 효과를 구체화함으로써 기존 법리를 정비한다는 인식으로 개정안을 마련한 것으로 보인다.⁴⁹⁾

〈표 II-4〉 2007년 법무부 상법 개정안(법무부 공고 2007-90호)

구분	내용
개정안	제638조의3(보험약관의 교부·명시 의무) ① 보험자는 보험계약을 체결할 때에 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 그 약관의 중요한 내용을 설명하여야 한다. ② 보험자가 제1항의 규정에 위반한 때에는 보험계약자는 보험증권을 받은 날로부터 3월 내에 그 계약을 취소할 수 있다. ③ 보험계약자가 제2항의 기간 내에 보험계약을 취소하지 아니한 때에는 보험계약관계는 그 보험약관에 따른다.
개정이유	1. 개정 이유 보험의 건전성 확보 및 선량한 보험계약자의 보호를 위하여 보험사기 방지, 음주·무면허 운전 등 면책약관 유효화 규정 등을 신설하고, 보증·질병보험 등 신종계약 및 보험대리점과 보험설계사의 권한에 관한 규정을 신설하는 등 보험산업의 성장 및 변화된 현실을 반영하는 한편, 일부 정신장애인의 생명보험 가입 허용, 일정 범위의 생명보험 수급권 압류 금지, 가족에 대한 보험대위 금지 규정 등을 신설함으로써 사회·경제적 약자인 장애인과 유족의 보호를 도모하고, <u>보험자의 보험약관 교부·명시의무 위반에 대한 보험계약자의 취소권 불행사 효과를 구체화</u> 하는 등 현행 규정의 미비점을 보완·개선하기 위한 것임 2. 주요내용 가. 보험계약의 최대선의성 원칙 명문화 (1) 현행법은 보험계약의 최대선의성에 기초한 여러 규정 제651조(고지의무위반으로 인한 계약해지), 제659조(보험자의 면책사유) 등을 두고 있으면서도 이를 명문으로 규정하고 있지는 아니함 (2) 민법상 대원칙인 신의성실의 원칙에 상응하는 개념으로 보험계약의 최대선의의 원칙을 명문으로 규정 (3) 보험계약 당사자에 대한 기본적 행위규범으로 작용하여 보험의 건전성을 확보하고, 법 규정 불비 시 재판의 원용규범으로 기능할 것으로 기대됨 나. 보험자의 보험약관 교부·명시의무 위반에 대한 보험계약자의 취소권 불행사 효과 구체화 (1) 현행법은 보험자의 보험약관 교부·명시의무 위반이 있는 경우 보험계약자에게 계약 취소권을 부여하고 있을 뿐 <u>취소권을 행사하지 않은 경우의 효과를 규정하고 있지 않아 약관의 효력 유무와 관련하여 해석상 논란</u> (2) <u>보험계약자가 계약을 취소하지 않은 경우 보험계약관계는 보험약관의 규정에 따르도록 함</u> (3) 보험계약자의 취소권 불행사 시 약관의 효력 유무에 관한 해석상 논란을 방지할 수 있을 것으로 기대됨

49) 김성태(2007), p. 23

학계에서는 위와 같은 상법 개정안에 찬성하는 입장이 다수였던 것으로 보인다.⁵⁰⁾ 반면, 상법 제638조의3은 보험의 단체성을 강조한 나머지 소비자 보호에 취약한 점이 있으므로, 취소권 불행사 시 약관규제법이 적용된다는 점을 명시하거나 상법 제638조의3 규정 자체를 아예 약관규제법 수준으로 개정하는 방안을 제안하거나,⁵¹⁾ 중첩적 적용설이 보험 계약자 보호에 큰 몫을 해왔다고 평가하며 제3항의 추가에 반대하는 견해도 있었다.⁵²⁾

2007년 8월 입법예고되었던 상법 개정안과 달리 2008년에 다시 입법예고된 상법 개정안에는 제3항의 내용이 제외되었다. 제3항의 내용이 기존의 판례의 확고한 입장에 배치된다는 점이 고려되었던 것으로 보인다.⁵³⁾ 보험의 법리와 소비자 보호를 형량한 결과 소비자 보호를 보다 무겁게 여긴 결과라고 할 수도 있겠다. 2014년 개정된 상법 제638조의3에는 상법 우선 적용설의 취지를 명문화한 제3항의 내용은 포함되지 않았고, 제1항과 제2항만 당초 개정안과 같이 개정되었다. 2007년 법무부 개정안과 달리 이와 같은 방향으로 최종 개정안이 발의된 데에는 2008년 발생한 금융위기의 영향도 있었을 것으로 짐작된다.

다. 보험업법 개정

1) 개관

2010년 보험업법 전면 개정으로 제95조의2 설명의무 조항이 신설되었다. 동 조항은 보험회사에 소극적 금지의무가 아닌 적극적 보호의무 형태로 설명의무를 부과하였으며, 설명 대상을 구체적으로 열거함으로써 규범의 구체성도 높아졌다. 보험업법 개정에는 금융위기 전후 형성된 고객보호의무 관련 판례 법리 및 2008년 시행된 자본시장법상 설명의무 등이 영향을 미친 것으로 평가된다. 이하에서는 고객보호의무 관련 판례 법리 및 자본시장법상 설명의무를 중심으로 2010년 보험업법 개정 경위를 살펴보기로 한다.

50) 양승규·장덕조·한창희(2007), pp. 45~46; 장경환(2007), pp. 10~11; 정병석(2007), pp. 447~448

51) 박세민(2006), p. 84

52) 김선정(2008), pp. 206~208

53) 국회법제사법위원회(2009), p. 18

2) 고객보호의무 관련 판례 법리

가) 투자자 권익 침해 사례의 증가

1970년대 이후 증권거래가 활발해지면서 증권업자의 각종 부당투자권유행위로 인해 투자자가 손실을 입는 사례가 증가하였다. 이에 1976년 증권거래법 개정 시 증권업자 및 임직원의 부당권유를 금지하는 규정이 마련되었고,⁵⁴⁾ 2001년 증권업 감독규정 개정 시에는 일반투자자를 상대로 하는 증권업자의 투자권유 시 적합성 원칙과 설명의무의 준수를 요구하는 규정이 신설되기도 하였다.⁵⁵⁾ 구 증권업 감독규정상 적합성 원칙 및 설명의

54) 구 증권거래법 제52조(부당권유행위 등의 금지)

증권회사 또는 그 임·직원은 다음 각호의 행위를 하여서는 아니된다.

1. 유가증권의 매매거래에 있어서 고객에 대하여 당해 거래에서 발생하는 손실의 전부 또는 일부를 부담할 것을 약속하고 권유하는 행위
2. 유가증권의 발행업무와 관련하여 고객을 유치하기 위하여 고객에 대하여 직접 또는 간접으로 재산상의 이익을 제공하거나 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 고객의 사업활동을 제한하는 행위
3. 제1호 및 제2호의 행위 이외에 유가증권의 발행 또는 매매 기타 거래와 관련하여 투자자의 보호 또는 거래의 공정을 저해하거나 증권업의 신용을 추락시키는 것으로서 대통령령이 정하는 행위

55) 구 증권업 감독규정

제4-15조(투자권유)

- ① 증권회사가 특정한 유가증권의 매매거래나 특정한 매매전략·기법 또는 특정한 재산운용배분의 전략·기법을 채택하도록 고객에게 권유(이하 “투자권유”라 한다)하는 경우에는 그 권유내용이 신뢰할 만한 정보·이론 또는 논리적인 분석·추론 및 예측 등 적절하고 합리적인 근거를 가지고 있어야 한다.
- ② 증권회사가 일반고객을 상대로 투자권유를 하는 경우에는 당해 투자대상이 고객의 투자목적, 재산상태, 유가증권 투자내역 및 위험에 대한 태도 등에 비추어 당해 고객에게 적합하다고 볼 수 있는 합리적 근거를 가지고 있어야 한다.
- ③ 증권회사는 일반고객에게 투자권유를 개시하기 전에 고객과의 면담 등을 통하여 다음 각호의 정보(이하 이 편에서 “고객정보”라 한다)를 파악하기 위한 노력을 기울여야 하며 증권회사가 파악한 고객정보를 고객의 서면확인을 받아 유지·관리하여야 한다.
 1. 고객의 재무상황
 2. 고객의 소득상황
 3. 고객의 투자목적
 4. 고객의 위험에 대한 태도
 5. 고객의 투자경험 및 지식
 6. 증권회사의 투자권유에 대한 고객의 의존도

제4-17조(매매거래 전 정보제공)

- ① 증권회사는 고객의 매매거래주문을 처리하기 전에 다음 각호의 사실을 고지하여야 한다. 다만, 고객이 이미 이를 알고 있다고 인정할 만한 합리적 근거가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
 1. 당해 매매거래에 있어서 증권회사가 위탁매매인, 중개인, 대리인 또는 거래상대방 중 어느 역할을 하는지에 관한 사실
 2. 당해 매매거래에 있어서 증권회사가 동시에 다른 고객의 위탁매매인, 중개인 또는 대리인의 역할을 하는 경우 그 사실
 3. 중개 또는 대리 시 매매상대방이 고객의 실명을 요구하는 때에는 이를 알릴 수 있다는 사실

무에 관한 규정은 금융기관의 고객보호에 관한 최초의 법적 근거로, 이후 자본시장법 및 금융소비자 보호 관련 입법의 기초가 되었다. 증권업 감독규정 개정 당시 자료를 보면 국제 증권감독자기구(International Organization of Securities Commission; IOSCO)의 ‘증권사의 영업원칙에 관한 결의’(1990. 11)에 의한 공정업무처리, 선관주의, 적절한 업무능력 확보, 투자권유의 적합성 확보, 중요정보 제공, 이해 상충 방지, 법령 준수 의무, 7대 의무를 참고하여 도입한 것이라고 한다.⁵⁶⁾ 그러나 위 규정 도입 후에도 부당권유로 인해 투자자가 손실을 입는 사례는 지속적으로 발생하였다. 증권업 감독규정은 설명의무 위반 시 제재를 부과할 수 있도록 하였으나 투자자의 손실에 대한 배상에 대해서는 명시적으로 정하고 있지 않았고,⁵⁷⁾ 그 결과 부당권유행위로 인한 투자손실에 대한 손해배상 문제는 일반 민법 법리에 맡겨져 있었다.

나) 금융위기 이전 판례

판례는 금융회사의 고객보호의무에 관한 명문 규정이 존재하지 않았던 1990년대부터 금융회사의 고객보호의무를 인정해왔다. 고객보호의무에 관한 최초의 판례는 증권회사 직

-
4. 매매거래의 결제를 위하여 유가증권의 실물을 전달하게 되는 경우 당해 유가증권의 하자과 관련한 책임소재
 5. 고객이 당해 매매거래와 관련하여 지급할 수수료 및 제세공과금 또는 그 산정방식
 - ② 증권회사는 일반고객이 파생금융상품거래, 신용거래, 외화증권거래 기타 이에 준하는 거래로서 투자에 따른 위험의 정도가 큰 거래를 위하여 계좌를 개설하고자 하는 경우에는 계좌개설신청에 응하기 전에 다음 각호의 사항이 포함된 설명서를 교부하고 이를 충분히 설명한 후 이에 대한 고객의 서명 또는 기명날인을 받아야 한다.
 1. 해당 거래의 절차와 구조 및 성격
 2. 해당 거래의 위험성
 3. 해당 거래 관련 통지의 내용 및 방법
 4. 기타 고객과 증권회사의 권리의무 및 고객의 재산권에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항으로서 협회가 정하는 사항
 - ③ 제2항의 규정에 불구하고 증권회사는 다음 각호의 1에 해당하는 일반고객에 대하여는 제2항에 의한 설명서의 교부 등을 아니할 수 있다.
 1. 서명 또는 기명날인으로 설명서의 수령을 거부하는 경우
 2. 기타 감독원이 정하는 기준에 해당하는 경우
 - ④ 증권회사는 제2항의 규정에 의한 설명서를 각 영업점에서 고객의 접근이 용이한 장소에 비치하거나 전자통신 방법에 의하여 공시함으로써 고객이 언제든지 열람할 수 있도록 하여야 한다.
 - ⑤ 제2항의 규정에 의한 설명서의 구체적인 내용은 협회가 정한다

56) 금융감독원 보도자료(2001. 4. 28), “증권업 감독규정 개정”

57) 2001년 증권업 감독규정 개정 시 Q&A를 보면, “증권회사 영업직원이 영업준칙 관련 규정을 위반하였고 이로 인하여 고객이 피해를 입었다면 이를 이유로 증권사를 상대로 손해배상을 청구할 수 있는가”라는 질문에 대해, 손해배상 가능 여부는 선량한 관리자의 의무 위반 여부에 따라 결정되며, 사적 구제 가능 여부는 법률 전문가와 상담이 필요하다는 취지로 답변하고 있음(금융감독원 보도자료(2001. 4. 28), “증권업 감독규정 개정”, p. 22)

원의 부적절한 투자권유로 고객이 손실을 입은 사례였다. 1994년 대법원은 증권회사 임직원이 투자수익보장약정 등 부적절한 방법으로 투자권유를 하여 고객이 투자손실을 본 경우 고객보호의무 위반에 해당하여 불법행위가 성립될 수 있다고 보았다. 다만 이 사안의 경우 불법행위 성립 가능성이 인정되었을 뿐 실제 불법행위책임이 부과되지는 않았다.⁵⁸⁾

이어 실제로 고객보호의무 위반을 이유로 불법행위에 기한 손해배상책임을 인정한 판례가 나왔다. 포괄적 일임매매약정을 기화로 고객의 이익을 무시하고 회사의 영업실적만을 증대시키기 위해 무리하게 빈번한 회전매매를 하여 고객에게 손해를 입힌 사례에서 고객에 대한 보호의무를 위반하여 불법행위 손해배상책임이 인정된다고 본 것이다.⁵⁹⁾ 이후 고객보호의무에 관한 일반론을 판시한 판례도 등장하였는데, 법원은 “증권회사 임직원이 고객에게 투자를 권유할 때에는 고객이 합리적인 투자 판단과 의사결정을 할 수 있도록 고객을 보호할 의무를 부담한다”고 판시하였다.⁶⁰⁾

다만, 이러한 판례에도 불구하고 고객보호의무의 인정 근거, 요건, 범위가 구체화 되지는 못하였으며, 고객보호의무 법리가 본격적으로 체계를 갖춘 것은 금융위기 이후이다.

다) 금융위기 이후 판례

금융위기 이후 금융상품에서 발생한 대규모 손실을 두고 금융회사와 고객 간 분쟁이 발생하였다. 주로 파생상품이 분쟁의 대상이 되었으며, 처음에는 계약 자체의 효력이 쟁점이 되었다. 고객 측은 계약의 효력을 부정하기 위해 (i) 파생상품은 그 구조가 도박이나 다름없어 민법 제103조 반사회질서행위에 해당하여 무효라는 주장, (ii) 고객의 궁박·경솔·무경험으로 인해 현저히 불공정한 계약이 체결되었기 때문에 민법 제104조의 현저히 불공정한 행위에 해당하여 무효라는 주장, (iii) 금융기관이 상품의 구조 및 손실 가능성에 대해 고객을 기망하여 계약을 체결하였기 때문에 민법 제110조의 사기에 해당하여 취소 대상이라는 주장, (iv) 계속적 계약의 경우 사정이 변경되면 해지할 수 있는데, 금융위

58) 대법원 1994. 1. 11. 선고 93다26205 판결

59) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94다38199 판결; 이 사안에서 법원은 포괄적 일임매매를 금지하는 구 증권거래법 제107조는 고객을 보호하기 위해 마련된 것이나, 고객이 명시적으로 일임매매를 하겠다는 의사를 표시한 이상 그 일임매매 약정의 사법상 효력을 부인할 이유가 없고, 이를 부인할 경우 거래 상대방의 법적 안정성을 심히 해하게 되므로, 일임매매 약정 자체는 유효하다고 판단하였음. 다만, 일임매매가 유효하다 하더라도 과도한 회전매매로 고객에게 손실을 입힌 경우에는 불법행위책임이 성립한다고 본 것임

60) 대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다49799 판결

기라는 중대한 사정의 변경이 생겼으므로 계약을 해지할 수 있다는 주장을 제기하였으나 대부분 채택되지 않았다. 예상치 못한 금융위기로 고객들이 큰 손실을 입게 되었지만, 그렇다고 하여 우리나라 금융기관이 고객에게 도박이나 사기에 해당하는 상품을 판매하였다는 주장은 애초에 다소 무리가 있는 주장이었다.

이처럼 계약 자체의 무효·취소·해지를 다투는 주장들이 받아들여지지 않자, 고객보호의 무 위반에 의한 손해배상책임 인정 여부가 쟁점으로 부상하였다. 계약 자체에 무효·취소·해지 사유가 없다 하더라도, 고도의 위험성이 있는 상품이라는 점을 금융기관이 고객에게 제대로 설명하지 않았고, 그 결과 고객이 자신의 경제 사정이나 필요에 부합하지 않는 위험한 상품에 가입하여 결국 손실을 입었으므로, 금융기관이 그 손해를 배상해야 한다는 것이다. 당시 증권업 감독규정 및 자본시장법에 도입되어 있던 적합성 원칙과 설명의무도 이러한 주장을 뒷받침하는 근거가 되었다.

법원은 고객보호의무 법리에 근거하여 이러한 주장을 받아들였다. 당시 가장 사회적으로 이슈가 되었던 KIKO 사건에서 법원은, 파생상품인 통화옵션 계약을 체결하려는 경우 금융기관은 고객의 상황에 비추어 볼 때 그 고객에게 적합하지 않은 상품을 권유해서는 안 되고(적합성 원칙), 고객에게 해당 거래의 구조와 위험성을 정확하게 평가할 수 있도록 거래에 내재된 위험 요소 및 잠재적 손실에 영향을 미치는 중요 인자 등 거래상의 주요 정보를 적합한 방법으로 명확하게 설명하여야 할 신의칙상 의무가 있으며(설명 의무), 이러한 의무를 충실히 이행하지 못한 경우 손해배상책임이 있다고 판시하였다.⁶¹⁾

라) 판례 법리의 의의

법원은 신의칙상 고객보호의무의 내용으로 적합성 원칙과 설명의무를 제시하고, 이를 위반하는 경우 불법행위가 성립된다고 보아 손해배상책임을 인정하였다. 이러한 판례 법리는 금융계약의 공정성 및 금융기관의 책임과 의무에 큰 영향을 미쳤다. 특히 주목할 점은 계약 자체의 효력은 인정하되 손해배상을 통해 손실을 분담하도록 하였다는 점이다.

금융상품 자체가 도박, 불공정행위, 사기라는 주장이나 금융위기라는 특수한 사정이 발생하였으므로 계약 해지를 허용해달라는 주장은 그 자체로 매우 무겁고 어려운 판단을 요하는 문제이다. 또한 이러한 주장을 받아들일 경우 관련된 금융계약의 효력을 모두 부정

61) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다13637 전원합의체 판결

해야 하고 이를 배척할 경우 소비자가 아무런 구제를 받지 못하는 All or Nothing의 결과가 되는데, 어느 쪽으로 결론이 나던지 분쟁 당사자 중 한쪽에 지나치게 가혹한 결과가 될 수 있다. 반면 적합성 원칙과 설명의무에 기한 손해배상은 금융기관과 고객의 계약 체결 당시의 구체적 상황, 특히 고객의 경제적 사정이나 상품에 대한 인식 정도를 고려하여 개별 사안별로 다른 판단을 내릴 수 있다. 실제로 KIKO 사건에서는 금융기관에게 손해액 전부에 대한 배상책임을 인정한 사례, 금융기관과 고객이 손해를 분담하도록 한 사례, 손해배상책임을 부정한 사례 등 다양한 형태로 결론이 도출되었다.

이처럼 고객보호의무 관련 법리는 계약 자체의 효력을 부정하는 것이 아니어서 파급효과나 부작용이 적고, 계약 체결 과정에서 고객 측의 과실과 금융기관의 과실을 종합적으로 고려하여 책임이 배분되도록 할 수 있다는 점에서 구체적 타당성도 기할 수 있는 유용한 수단이었다.

3) 자본시장법 제정 및 설명의무 명문화

2007년 제정된 자본시장법은 금융투자업자에게 설명의무를 부과하는 명문 규정을 도입하였다. 자본시장법 제47조(설명의무)는 금융투자업자가 일반투자자를 상대로 금융투자상품을 판매하는 경우 상품의 내용과 투자위험을 설명하고 금융투자자가 이해하였음을 반드시 확인받도록 하였고, 금융투자자를 오도하는 행위를 방지하기 위하여 중요사항의 설명에 허위나 누락이 없도록 하였다.⁶²⁾ 또한 이러한 설명의무를 위반하는 경우 손해배상책임을 부담한다는 점 및 투자자의 투자 손실액을 손해액으로 추정한다는 점을 명시하였다.⁶³⁾ 위 규정은 2009년 한차례 개정된 이후 특별한 변화 없이 유지되어 오다가 금소법

62) 구 자본시장법[법률 제8635호, 2007. 8. 3. 제정] 제47조(설명의무)

- ① 금융투자업자는 일반투자자를 상대로 투자권유를 하는 경우에는 금융투자상품의 내용, 투자에 따르는 위험, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 일반투자자가 이해할 수 있도록 설명하여야 한다.
- ② 금융투자업자는 제1항에 따라 설명한 내용을 일반투자자가 이해하였음을 서명, 기명날인, 녹취, 그 밖의 대통령령으로 정하는 방법 중 하나 이상의 방법으로 확인을 받아야 한다.
- ③ 금융투자업자는 제1항에 따른 설명을 함에 있어서 투자자의 합리적인 투자판단 또는 해당 금융투자상품의 가치에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항(이하 "중요사항"이라 한다)을 거짓으로 설명하거나 중요사항을 누락하여서는 아니 된다.

63) 구 자본시장법[법률 제8635호, 2007. 8. 3. 제정] 제48조(손해배상책임)

- ① 금융투자업자는 제47조제1항 또는 제3항을 위반한 경우 이로 인하여 발생한 일반투자자의 손해를 배상할 책임이 있다.
- ② 금융투자상품의 취득으로 인하여 일반투자자가 지급하였거나 지급하여야 할 금전 등의 총액(대통령령으로 정하는 금액을 제외한다)에서 그 금융투자상품의 처분, 그 밖의 방법으로 그 일반투자자가 회수하였거나 회수할 수

제정으로 금소법 제19조로 이관되었다.

자본시장법상 설명의무 도입 근거는 크게 두 가지로 설명되고 있다. 첫째는 기존에 판례에서 인정되고 있던 금융기관의 고객보호의무를 법상 의무로 격상 내지 명문화 한 것이라고 보는 견해이다.⁶⁴⁾ 앞서 본 바와 같이 설명의무가 명시적으로 도입되기 이전부터 법원은 금융기관의 고객보호의무를 인정하고 위반 시 손해배상책임을 부과하고 있었다. 그러나 명문의 법적 근거 없이 일반조항인 신의칙만을 근거로 이러한 의무를 부과하는 것이 가능한지, 투자자 보호를 위해 자기책임원칙을 훼손하는 것은 아닌지 등이 문제되었다.⁶⁵⁾ 이러한 배경에서 마련된 자본시장법상 설명의무는 기존 판례 법리를 구체화·명문화함으로써 고객보호의무 관련 법적 근거의 불명확성을 제거하였다.

둘째는 자기책임의 원칙의 실질적 토대 마련이다. 예금과 달리 금융투자상품은 원본 손실 가능성이 있고 그 손실은 투자자에게 귀속된다. 투자에 따른 손익이 투자자 본인에게 귀속되는 것을 자기책임의 원칙이라 한다. 그런데 투자자에게 이러한 자기책임의 원칙을 묻기 위해서는 투자자가 그 책임에 대해 정확히 인지한 상태에서 투자 결정을 하도록 할 필요가 있었고, 이를 위해 설명의무의 도입이 필요하게 되었다.⁶⁶⁾

자본시장법상 설명의무는 이처럼 투자에 따르는 위험성에 대한 정확한 설명을 통해 고객의 투자 결정의 합리성을 확보하고, 그러한 투자 결과 발생한 손실은 자기책임의 원칙에 따라 고객에게 귀속시키기 위한 전제로서 마련된 것이다. 자본시장법상 설명의무의 도입은 다른 금융권역에도 영향을 미쳤으며, 2010년 개정 보험업법 개정 시에도 이러한 점이 반영되었다.

4) 보험업법상 설명의무 도입

금융위기의 여파로 금융상품 관련 분쟁이 한창 진행 중이던 2010년 보험업법이 개정되며 설명의무 조항이 신설되었다.⁶⁷⁾ 개정 전에는 보험업감독업무 시행세칙의 표준약관에

있는 금전등의 총액(대통령령으로 정하는 금액을 포함한다)을 뺀 금액은 제1항에 따른 손해액으로 추정한다.

64) 김경환(2014), p. 1237

65) 김경환(2014), p. 1236

66) 김경환(2014), p. 1231

67) 2010년에 이루어진 보험업법 개정은 ① 보험업의 대형화·종합화, ② 업무영역 확대 및 자산운용 효율성 제고, ③ 보험상품 개발의 창의성·자율성 확보, ④ 보험소비자 보호 강화, ⑤ 판매채널 경쟁력·책임성 강화 등을 목표로

서 주요 사항에 대한 설명의무에 대해 정하고 있었으나 이는 법률상 근거는 아니어서 설명의무 위반으로 인한 피해자 구제 실효성이 떨어졌다.⁶⁸⁾ 기존에 설명의무와 유사한 기능을 수행해 오던 보험업법 제97조 모집 관련 금지행위 규정은 판매 시 금지행위에 대한 규제 중심으로 이루어져 있었고 정보 제공 방식에 대해 구체적으로 정하지 않고 있었다.⁶⁹⁾ 2010년 개정 보험업법의 설명의무 규정은 기존 보험업법 제97조와 병존적으로 적용되는 것으로, 보험회사 및 모집종사자에게 보다 적극적인 설명의무를 부과함으로써 정보 제공 기능을 강화하기 위한 취지에서 도입되었다.⁷⁰⁾

보험업법상 설명의무 도입이 기존에 방카슈랑스에 적용되던 설명의무 규정을 보험 일반으로 확대한 것이라거나,⁷¹⁾ 판례상 인정된 고객보호의무를 명문으로 입법화한 것이라고 보는 견해도 있다.⁷²⁾ 그러나 보험업법상 설명의무 도입의 가장 직접적인 배경이 된 것은 자본시장법 제정인 것으로 보인다. 개정 보험업법은 ‘보험판 자동법’⁷³⁾으로 불릴 정도로 자본시장법의 체제와 내용을 상당 부분 반영하였고⁷⁴⁾ 설명의무도 그 중 하나였다. 자본시장법 제정 직후인 2007년 12월 재정경제부 금융정책국이 발표한 보험업법 개정 요강은 보험계약자를 일반보험계약자와 전문보험계약자로 구분하고, 일반보험계약자에게 보험계약 체결을 권유하는 경우 보험계약의 중요 내용을 일반보험계약자가 이해할 수 있도록 설명해야 하며, 일반보험계약자가 이해하였다는 점을 서명·기명날인·녹취 등의 방법으로 확인받도록 하는 내용으로 설명의무를 도입하는 방안을 제안하였다. 이는 자본시장법 제47조의 설명의무와 거의 동일한 내용이었고, 제시된 참조 사례에도 자본시장법이 제시되어 있었다.⁷⁵⁾ 다만 자본시장법은 설명의무 위반 시 금융투자업자가 손해배상책임

한 전면개정으로, 소비자 보호 강화 방안의 일환으로 설명의무와 적합성 원칙이 도입되었음

68) 성대규·안종민(2015), p. 348; 재정경제부 금융정책국(2007), p. 70; 참고로 당시 표준약관에서 정하고 있었던 설명의무 조항은 2010년 개정 보험업법상 설명의무보다는 약관규제법 제3조 및 상법 제638조의3의 설명의무인 것으로 보임. 2010년 개정보험업법상 설명의무와 유사한 조항은 당시 방카슈랑스에 대해 부과된 설명의무 조항인 보험업법 시행령 제40조인 것으로 보임

69) 한기정(2007), p. 170

70) 재정경제부 금융정책국(2007), p. 70

71) 정채웅(2017), pp. 464~465

72) 한기정(2017), pp. 523~524

73) 자본시장법은 제정 단계에서 ‘자본시장통합법(자통법)’으로 불리었음

74) 한기정(2007), p. 160; 머니투데이(2007. 6. 28), “보험판 ‘자동법’ 만든다”

75) 재정경제부 금융정책국(2007), pp. 70~73; 개정 요강 발표 이전에도 설명의무 도입을 위한 보험업법 개정이 추진되었으나 입법예고 단계까지만 진행이 되었던 것으로 보임(맹수석(2006), pp. 46~51; 한기정(2007), pp. 170~171).

이 있음을 명문으로 정하였으나(구 자본시장법 제48조), 보험업법 개정안에는 설명의무 위반 시 과징금 및 과태료를 부과하는 규정은 두었으나 손해배상 규정은 포함되지 않았다는 점⁷⁶⁾에서 차이가 있다.

요컨대 2010년 보험업법 개정 시 도입된 설명의무 규정은 금융위기 당시 확립된 고객보호의무 관련 판례 법리가 반영된 것이나, 법안 발의 시기 및 내용을 고려할 때 보다 직접적인 근거가 된 것은 구 자본시장법상 설명의무 규정의 도입인 것으로 보이며, 금융위기 상황 및 소비자 보호 필요성은 입법에 정당성을 부여하는 배경이 되었던 것으로 보인다. 이후 금소법이 제정되면서 보험업법 제95조의2 설명의무 조항은 금소법 제19조 제1항으로 이관되었다.

〈표 II-5〉 보험업법상 설명의무

구분	내용
구 표준약관상 설명의무 (구 보험업감독업무 시행세칙 별표 15 생명보험 표준약관)	제3조(약관 교부 및 설명의무 등) ① <u>회사는 계약을 체결할 때 계약자에게 약관 및 청약서 부분을 드리고 약관의 중요한 내용을 설명하여 드립니다.</u> 다만, 컴퓨터를 이용하여 보험거래를 할 수 있도록 설정된 가상의 영업장(사이버몰)을 이용하여 계약을 체결하고 전자거래기본법에서 규정하는 절차에 따라 약관 및 청약서 부분을 전자문서로 송신하고 계약자 또는 그 대리인이 당해 문서를 수신하였을 때에는 약관 및 청약서 부분을 드린 것으로 보며, 약관의 중요 내용에 대하여 계약자가 사이버몰에서 확인한 때에는 약관의 중요한 내용을 설명한 것으로 봅니다. ② 회사가 제1항에 의해 제공될 약관 및 청약서 부분을 계약자에게 전달하지 아니하거나 약관의 중요한 내용을 설명하지 아니한 때 또는 계약체결 시 계약자가 청약서에 자필서명(날인(도장을 찍음) 및 전자서명법 제2조 제10호의 규정에 의한 공인인증기관이 인증한 전자서명을 포함합니다)을 하지 아니한 때에는 <u>계약자는 청약일부터 3개월 이내에 계약을 취소할 수 있습니다.</u> ③ 제2항에 따라 계약이 취소된 경우에는 회사는 계약자에게 이미 납입한 보험료를 돌려 드리며, 보험료를 받은 기간에 대하여 보험계약대출 이율을 연단위 복리로 계산한 금액을 더하여 지급합니다.

76) 보험업법 제102조에 의해 손해배상책임이 인정되기 때문에 별도의 입법이 필요없다고 볼 여지도 있으나, 당시 개정 요청에서는 설명의무 위반으로 인한 손해배상책임에 대해서는 별도로 언급하고 있지 않음

〈표 II-5〉 계속

구분	내용
보험업법상 방카슈랑스 설명의무(구 보험업법 시행령 제40조 제8항)	제40조(금융기관보험대리점 등의 영업기준 등) ⑧ 금융기관보험대리점등은 보험계약의 체결을 대리 또는 중개함에 있어 금융감독위원회가 정하는 바에 따라 다음 각호의 모두에 해당하는 사항을 보험계약자에게 설명하여야 한다. 1. 대리 또는 중개하는 보험계약의 주요 보장 내용 2. 대리 또는 중개하는 보험계약의 환급금 3. 그 밖에 불완전판매를 방지하기 위하여 필요한 경우로서 금융감독위원회가 정하는 사항
2010년 개정 보험업법 상 설명의무	제95조의2(설명의무 등) ① 보험회사 또는 보험의 모집에 종사하는 자는 일반보험계약자에게 보험계약 체결을 권유하는 경우에는 보험료, 보장범위, 보험금 지급제한 사유 등 대통령령으로 정하는 보험계약의 중요사항을 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 감액하여 지급하거나 지급하지 아니하는 경우에는 그 사유를 설명하여야 한다.

상법 개정과 보험업법 개정이 비슷한 시기에 추진되었음에도 불구하고 양자의 입법 방향은 다소 상반되었다. 상법 개정은 설명의무 위반의 효과를 제한하는 방향으로 추진된 반면, 보험업법은 설명의무의 내용을 구체화하고 위반의 효과도 강화하는 방향으로 추진되었기 때문이다. 당시 학계에서는 설명의무 위반에 대해 약관규제법에 의한 편입통제 대신 불법행위 손해배상청구권 부여나 행정 제재를 통해 해결하는 주장이 제기되고 있었던 바,⁷⁷⁾ 상법 개정안과 보험업법 개정안 방향성은 이러한 학설에 부합하는 측면이 있다. 결과적으로 상법은 종전의 내용에서 크게 달라지지 않은 반면 보험업법상 설명의무는 크게 변화되어, 보험약관에 대해 상법, 약관규제법에 더하여 보험업법상 설명의무까지 중첩적으로 인정되는 결과가 되었다. 이에 대해 보험업법이 상법 보험편에서 규정하고 있는 약관 설명의무의 강제적인 이행을 담보하고 그 내용을 보완함으로써 보험계약자를 더욱 강

77) 장덕조(2007), p. 28

하게 보호하려는 목적을 가진다고 보는 견해도 있다.⁷⁸⁾ 그러나, 현재와 같이 중첩된 규제가 입법자가 의도한 것인지, 각기 소관부처가 다른 법령에서 동일한 사안을 규율하는 과정에서 발생한 중복 입법인지는 불분명해보인다.

라. 금소법 제정

2020년 금소법이 제정되었다. 금소법 제정 경과 및 의의에 대해서는 기존에 다수의 선행 연구가 이루어진바, 본고에서는 보험의 측면에서만 간략히 살펴보기로 한다.

당초 보험, 예금, 금융투자상품을 금융상품이라는 하나의 범주로 묶어 동일하게 규율하는 것이 가능한지에 대해서는 찬반 견해가 존재하였다. 금융거래는 개별 금융소비자가 이자수익, 투자수익 등을 얻기 위한 것인 반면, 보험은 사고로 인한 경제적 손실을 극복하기 위한 것으로 위험단체 구성원들이 고통을 분담한다는 의미가 있으며 보험사고를 당한 자에게 이익을 주기 위한 것이 아니므로, 보험은 예금이나 금융투자상품과는 그 성격이 다르고 이처럼 이질적인 상품을 한데 묶어 규제하려는 시도는 부적절하다는 의견도 유력하였다.⁷⁹⁾ 그러나, 은행이 각종 펀드와 보험상품을 판매하고, 보험회사도 투자성 상품인 변액보험을 판매하며, 증권회사는 예금과 유사한 CRM 계좌를 운영하는 등 각 금융기관들이 전통적인 산업 구분에 관계없이 다양한 금융상품을 판매하는 상황에서 전통적인 산업이나 상품 구분과 실제 금융기관의 업무가 반드시 일치하지는 않았다.

무엇보다 ‘동일 기능, 동일 규제’라는 금소법 제정의 핵심 근거를 뒷받침하는 것은 각종 금융상품 판매 현장의 상황이었다. 앞서 자본시장법 제정 과정에서 살펴본 금융투자상품의 부당 권유행위는 보험상품 불완전판매와 상당 부분 공통점이 있다. 첫째, 발생 원인이 판매업자의 과도한 이익 추구에 있다는 점이다. 둘째, 판매업자와 고객의 이해가 서로 충돌하는 경우가 많다는 점이다. 셋째, 정보비대칭으로 인해 이해충돌 상황에서 고객이 스스로 자신의 이익을 지키기를 기대하기가 어렵다는 점이다. 넷째, 그럼에도 불구하고 고객은 자산의 운용 및 위험의 회피를 위해 금융투자상품에 투자하거나 보험에 가입할 수밖에 없다는 점이다.

금소법은 금융판매업자에게 설명의무를 부과하되, 설명할 사항은 상품의 유형별로 달리

78) 이성남(2010), p. 156

79) 양승규(2010), p. 110

정하고 있다. 투자성 상품에 대한 설명사항은 자본시장법에서, 보장성 상품에 대한 설명 사항은 보험업법에서 이관되었다.

〈표 II-6〉 금소법상 설명의무

구분	내용
금소법 제19조	제19조(설명 의무) ① 금융상품판매업자등은 일반금융소비자에게 계약 체결을 권유(금융상품자문업자가 자문에 응하는 것을 포함한다)하는 경우 및 일반금융소비자가 설명을 요청하는 경우에는 다음 각 호의 금융상품에 관한 중요한 사항(일반금융소비자가 특정 사항에 대한 설명만을 원하는 경우 해당 사항으로 한정한다)을 일반금융소비자가 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 1. 다음 각 목의 구분에 따른 사항 가. 보장성 상품 1) 보장성 상품의 내용 2) 보험료(공제료를 포함한다. 이하 같다) 3) 보험금(공제금을 포함한다. 이하 같다) 지급제한 사유 및 지급절차 4) 위험보장의 범위 5) 그 밖에 위험보장 기간 등 보장성 상품에 관한 중요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항 나. 투자성 상품 1) 투자성 상품의 내용 2) 투자에 따른 위험 3) 대통령령으로 정하는 투자성 상품의 경우 대통령령으로 정하는 기준에 따라 금융상품직접판매업자가 정하는 위험등급 4) 그 밖에 금융소비자가 부담해야 하는 수수료 등 투자성 상품에 관한 중요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항 다. 예금성 상품 1) 예금성 상품의 내용 2) 그 밖에 이자율, 수익률 등 예금성 상품에 관한 중요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항 라. 대출성 상품 1) 금리 및 변동 여부, 중도상환수수료(금융소비자가 대출만기일이 도래하기 전 대출금의 전부 또는 일부를 상환하는 경우에 부과하는 수수료를 의미한다. 이하 같다) 부과 여부·기간 및 수수료율 등 대출성 상품의 내용 2) 상환방법에 따른 상환금액·이자율·시기 3) 저당권 등 담보권 설정에 관한 사항, 담보권 실행사유 및 담보권 실행에 따른 담보목적물의 소유권 상실 등 권리변동에 관한 사항 4) 대출원리금, 수수료 등 금융소비자가 대출계약을 체결하는 경우 부담하여야 하는 금액의 총액 5) 그 밖에 대출계약의 해지에 관한 사항 등 대출성 상품에 관한 중요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

〈표 II-6〉 계속

구분	내용
금소법 제19조	2. 제1호 각 목의 금융상품과 연계되거나 제휴된 금융상품 또는 서비스 등(이하 “연계·제휴서비스등”이라 한다)이 있는 경우 다음 각 목의 사항 가. 연계·제휴서비스등의 내용 나. 연계·제휴서비스등의 이행책임에 관한 사항 다. 그 밖에 연계·제휴서비스등의 제공기간 등 연계·제휴서비스등에 관한 중요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항 3. 제46조에 따른 청약 철회의 기한·행사방법·효과에 관한 사항 4. 그 밖에 금융소비자 보호를 위하여 대통령령으로 정하는 사항 ② 금융상품판매업자들은 제1항에 따른 설명에 필요한 설명서를 일반금융소비자에게 제공하여야 하며, 설명한 내용을 일반금융소비자가 이해하였음을 서명, 기명 날인, 녹취 또는 그 밖에 대통령령으로 정하는 방법으로 확인을 받아야 한다. 다만, 금융소비자 보호 및 건전한 거래질서를 해칠 우려가 없는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 설명서를 제공하지 아니할 수 있다. ③ 금융상품판매업자들은 제1항에 따른 설명을 할 때 일반금융소비자의 합리적인 판단 또는 금융상품의 가치에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항을 거짓으로 또는 왜곡(불확실한 사항에 대하여 단정적 판단을 제공하거나 확실하다고 오인하게 할 소지가 있는 내용을 알리는 행위를 말한다)하여 설명하거나 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 빠뜨려서는 아니 된다. ④ 제2항에 따른 설명서의 내용 및 제공 방법·절차에 관한 세부내용은 대통령령으로 정한다.

금소법의 가장 큰 특징은 설명의무 위반에 대해 계약법적 효과, 불법행위법적 효과 및 행정규제적 효과를 부여하고 있다는 점이다. 먼저 계약법적 효과로 설명의무 위반 시 보험계약자에게 위법계약 해지권을 부여하고 있다. 고객은 해지권을 행사함으로써 계약이 체결되지 않은 상태로 원상회복을 할 수 있다. 다음으로 설명의무 위반에 대해서 손해배상 책임을 인정하고 있다. 이는 기존에 고객보호의무 관련 판례 법리 및 자본시장법상 설명의무 위반에 대해 인정되던 것으로, 금소법에 의해 모든 금융상품에 대한 설명의무 위반 시 명문에 규정에 의해 손해배상책임이 인정되게 되었다. 한편, 설명의무 위반 시 계약을 해지하거나 손해를 배상하는 것과 별도로, 금융상품판매업자에게 과태료 및 과징금 제재를 부과할 수 있도록 하였다.

〈표 II-7〉 금소법상 설명의무 위반의 효과

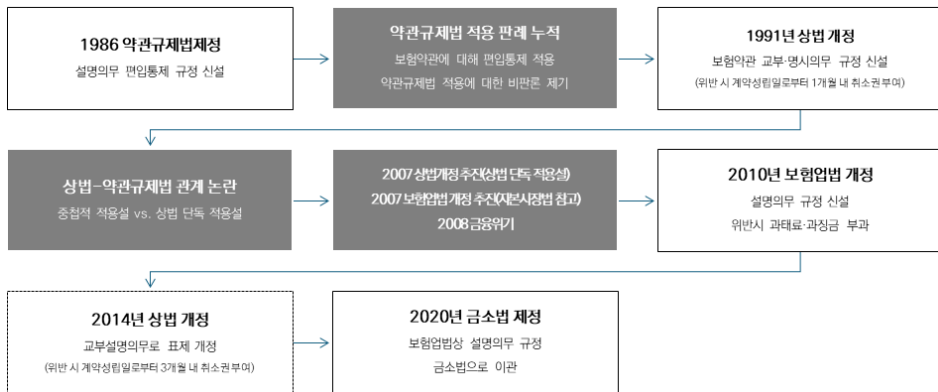
구분	내용
손해배상	제44조(금융상품판매업자등의 손해배상책임) ① 금융상품판매업자등이 고의 또는 과실로 이 법을 위반하여 금융소비자에게 손해를 발생시킨 경우에는 그 손해를 배상할 책임이 있다. ② 금융상품판매업자등이 제19조를 위반하여 금융소비자에게 손해를 발생시킨 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 그 금융상품판매업자등이 고의 및 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.
계약해지	제47조(위법계약의 해지) ① 금융소비자는 금융상품판매업자등이 제17조제3항, 제18조제2항, 제19조제1항·제3항, 제20조제1항 또는 제21조를 위반하여 대통령령으로 정하는 금융상품에 관한 계약을 체결한 경우 5년 이내의 대통령령으로 정하는 기간 내에 서면등으로 해당 계약의 해지를 요구할 수 있다. 이 경우 금융상품판매업자등은 해지를 요구받은 날부터 10일 이내에 금융소비자에게 수락여부를 통지하여야 하며, 거절할 때에는 거절사유를 함께 통지하여야 한다. ② 금융소비자는 금융상품판매업자등이 정당한 사유 없이 제1항의 요구를 따르지 않는 경우 해당 계약을 해지할 수 있다. ③ 제1항 및 제2항에 따라 계약이 해지된 경우 금융상품판매업자등은 수수료, 위약금 등 계약의 해지와 관련된 비용을 요구할 수 없다. ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 계약의 해지요구권의 행사요건, 행사범위 및 정당한 사유 등과 관련하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
과징금	제57조(과징금) ① 금융위원회는 금융상품직접판매업자 또는 금융상품자문업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 그 위반행위와 관련된 계약으로 얻은 수입 또는 이에 준하는 금액(이하 이 조에서 “수입등”이라 한다)의 100분의 50 이내에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 위반행위를 한 자가 그 위반행위와 관련된 계약으로 얻은 수입등이 없거나 수입등의 산정이 곤란한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 10억원을 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다. 1. 제19조제1항을 위반하여 중요한 사항을 설명하지 아니하거나 같은 조 제2항을 위반하여 설명서를 제공하지 아니하거나 확인을 받지 아니한 경우
과태료	제69조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 1억 원 이하의 과태료를 부과한다. 2. 제19조제1항을 위반하여 중요한 사항을 설명하지 아니하거나 같은 조 제2항을 위반하여 설명서를 제공하지 아니하거나 확인을 받지 아니한 자

이처럼 금소법은 설명의무 위반 시 금융상품판매업자가 계약상 책임, 불법행위 책임, 행정상 책임을 부담하도록 함으로써 소비자 권리 구제 방법과 정도를 모두 확대하였다고 볼 수 있다.

마. 요약 및 정리

1986년 제정된 약관규제법은 약관 거래의 공정성을 확보하고 약관 거래를 보다 계약당게 하기 위해 제정된 것으로, 이때 사업자가 고객에게 부담하는 적극적 의무로서의 설명의무가 처음 도입되었다. 그러나 약관규제법의 설명의무 및 편입통제 조항은 보험법의 법리와 조화되기 어려운 측면이 있었고, 이에 대해 학계의 비판이 제기되었다. 이를 해결하기 위해 1991년 상법을 개정하여 제638조의3 약관 교부·명시의무를 도입함으로써 보험약관에 대한 별도의 규율을 마련하고자 하였으나, 약관규제법과 상법이 중첩적으로 적용 가능하다는 판례가 확립되며 약관규제법상 설명의무 및 편입통제조항은 계속 보험약관에 적용되게 되었다. 금융위기 이후 금융회사의 고객보호의무 관련 판례 법리가 확립되고, 자본시장법의 제정으로 설명의무가 명문화되면서, 2010년 보험업법 개정 시 보험약관 설명의무에 관한 명문 규정이 도입되었다. 이후 2020년 금소법이 제정되며 자본시장법 및 보험업법상 설명의무 조항이 금소법으로 이관되어 현재까지 적용되고 있다. 이 상에서 살펴본 설명의무 관련 법제 형성 과정을 요약하면 <그림 II-2>와 같다.

<그림 II-2> 설명의무 관련 법제 형성 과정



법제 형성 과정에서 이루어진 논의를 살펴봄으로써 크게 두 가지 점을 파악해 볼 수 있다. 첫째, 약관에 대해 사업자가 설명의무를 부담하는 것을 당연하게 여기는 현재의 일반적 인식과 달리 약관규제법상 설명의무는 비교법적 검토 및 법리적 검증이 충분하지 않은 상태에서 도입되었으며, 현재도 해외에서 유사 입법례를 찾기 어려운 우리나라의 특유한 제도일 뿐 아니

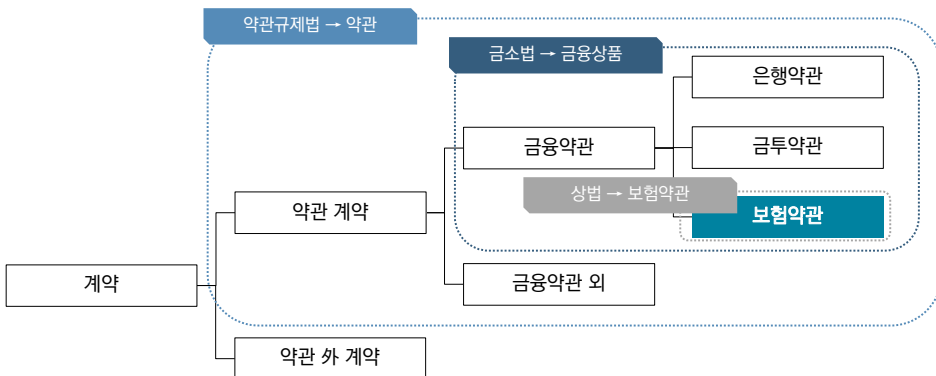
라, 보험의 법리와도 상충되는 면이 있다는 점이다. 이러한 점에 대해서는 약관규제법 제정 이후부터 현재까지 보험법 학계는 물론 민법 학계에서도 비판적 의견이 제기되고 있다.

둘째, 약관규제법 제정 시에는 소비자 보호를 위해 정보 제공을 강제할 수 있는 다른 수단이 없었던 반면, 금융위기 이후 판례 법리 및 개별법에 의해 설명의무가 인정됨에 따라 소비자 보호를 위한 정보 제공의무가 강화되고 위반에 대한 효과도 다양해지는 등 규제 환경이 크게 변화하였다는 점이다. 특히 금소법 제정으로 약관규제법 못지 않게, 또는 약관규제법보다 훨씬 더 정교하고 타당한 피해자 구제가 가능해졌다고 볼 수 있다.

3. 설명의무 관련 법제 현황

보험약관에 대한 설명의무와 관련해서는 현재는 약관규제법, 상법, 금소법이 적용된다.⁸⁰⁾

〈그림 II-3〉 설명의무 관련 법제 현황



각 법령상 설명의무에 관한 조항의 내용은 각 법제 형성과정에서 살펴본 바와 같다. 설명의무의 요건과 효과를 비교해보면 설명의무의 대상에도 차이가 있고, 그 위반 시 효과는 법령별로 상이하다. 금소법은 설명의무의 요건, 특히 설명의무 대상에 대해 법률, 시행령 및 감독규정에서 상세히 정하고 있고, 위반에 대한 효과도 가장 다양하다.

80) 상품 판매 관련 설명의무 외에 다른 사항에 대한 설명의무는 여전히 보험업법에 남아있음

〈표 II-8〉 설명의무 관련 현행 법제

구분		약관규제법	금소법	상법
근거 조항		제3조	제19조	제638조의3
주체		사업자	금융상품판매업자 등	보험자
시기		[규정없음]	계약 체결 권유 시	보험계약 체결 시
상대방		고객	일반금융소비자	보험계약자
대상		약관에 정하여져 있는 중요한 내용	상품의 내용, 보험료, 보험금, 위험보장의 범위, 기타 대통령령 및 금융위가 정하는 사항	약관의 중요한 내용
정도		고객이 이해할 수 있을 정도	일반 금융소비자가 이해할 수 있을 정도	[규정없음]
위반 효과	계약	(편입통제) 사업자는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없음	(계약해지) 금융소비자는 계약 해지를 요구할 수 있고, 금융상품판매업자가 정당한 이유없이 이에 응하지 않을 경우 계약을 해지할 수 있음	(계약취소) 보험계약자는 계약 체결일로부터 3개월 내에 계약 취소 가능
	불법 행위	-	(손해배상) 금융상품판매업자 등은 손해배상책임 부담	-
	제재	(과태료) 5천만 원 이하	(과징금) 수입보험료의 100분의 50 이내 (과태료) 1억 원 이하	-

〈표 II-9〉 금소법상 보장성상품 설명 사항

구분	내용
금소법 제19조	(i) 상품의 내용, (ii) 보험료, (iii) 보험금, (iv) 위험보장의 범위, (v) 기타 대통령령으로 정하는 사항
금소법 시행령 제13조	(i) 위험보장 기간, (ii) 계약의 해지·해제, (iii) 보험료의 감액 청구, (iv) 보험금 또는 해약환급금의 손실 가능성, (v) 그 밖에 위 사항에 준하는 것으로 금융위가 정하여 고시하는 사항

〈표 II-9〉 계속

구분	내용
금융소비자 보호에 관한 감독규정 별표3	1. 보장성 상품: 다음 각 목의 사항 가. 주된 위험보장사항·부수적인 위험보장사항 및 각각의 보험료·보험금 나. 보험료 납입기간 다. 해약을 하거나 만기에 이른 경우에 각각 금융소비자에 돌려주어야 하는 금액 (이하 “환급금”이라 한다) 및 산출근거. 이 경우 그 금액이 이미 납부한 보험료보다 적거나 없을 수 있다는 사실을 함께 설명해야 한다. 라. 일반금융소비자 또는 피보험자가 「상법」 제651조에 따른 고지의무 및 같은 법 제652조에 따른 통지의무를 각각 위반한 경우에 금융상품직접판매업자가 계약을 해지할 수 있다는 사실 마. 보험금(공제금을 포함한다. 이하 같다)을 지급받는 자를 일반금융소비자가 지정할 수 있는지 여부(보험금을 지급받는 자를 지정할 수 있는 경우에는 지정방법을 포함한다) 바. 다음의 구분에 따른 사항 1) 영 제11조 제1항 제1호 각 목의 금융상품 가) 만기에 일정한 금액 이상을 제공한다는 사실을 보장하는 계약인 경우에도 일반금융소비자가 중도에 해지를 하는 경우에 그 금액을 제공하지 못할 수 있다는 사실 나) 금융상품의 구조 및 자산운용 방식 2) 「보험업법 시행령」 제30조 제1항에 따른 간단손해보험대리점이 취급하는 보장성 상품: 판매·제공 또는 중개하는 재화 또는 용역의 매매와 별도로 일반금융소비자가 보장성 상품에 관한 계약을 체결 또는 취소할 수 있거나 그 계약의 피보험자가 될 수 있는 권리가 보장된다는 사실 3) 피보험자가 생존 시 금융상품직접판매업자가 지급하는 보험금의 합계액이 일반금융소비자가 이미 납입한 보험료(공제료를 포함한다. 이하 같다)를 초과하는 보장성 상품: 다음의 사항 가) 일반금융소비자가 적용받을 수 있는 이자율(이하 “적용이율”이라 한다) 및 산출기준 나) 보험료 중 사업비(계약을 체결·관리하는 데 사용된 금액을 말한다. 이하 이 조에서 같다) 등을 뺀 일부 금액만 특별계정에서 운영되거나 적용이율이 적용된다는 사실 및 그 사업비 금액(적용이율이 고정되지 않는 계약에 한정한다) 4) 65세 이상을 보장하는 실손의료보험 및 이에 준하는 공제: 65세 시점의 예상보험료 및 보험료의 지속납입에 관한 사항 5) 해약환급금(금융소비자가 계약의 해지를 요구하여 계약이 해지된 경우에 금융상품판매업자가 금융소비자에게 환급해주는 금액을 말한다. 이하 같다)이 지급되지 않는 보장성 상품: 위험보장 내용이 동일하지만 해약환급금이 지급될 수 있는 다른 보장성 상품 6) 일반금융소비자에 배당이 지급되는 보장성 상품: 배당에 관한 사항 7) 계약 종료 이후 금융소비자가 청약에 필요한 사항을 금융상품직접판매업자에 알리지 않고 해당 금융상품에 관한 계약을 다시 체결할 수 있는 보장성 상품: 가입조건 및 보장내용 등의 변경에 관한 사항 사. 그 밖에 보통의 주의력을 가진 일반적인 금융소비자가 오해하기 쉬워 민원이 빈발하는 사항 등 보험금 지급 등 서비스 제공과 관하여 일반금융소비자가 특히 유의해야 할 사항

법령 간 관계와 관련하여, 금소법 및 동법 시행령, 감독규정에서 열거한 사항에 대해 설명의무를 이행하지 않은 경우 약관규제법 제3조 제3항의 설명의무 위반으로 볼 수 있는지가 문제될 수 있다는 지적이 있다.⁸¹⁾ 금소법은 설명의 대상을 ‘금융상품’으로 정하고 있고, 여기에는 약관에 포함된 내용 뿐 아니라 약관에 포함되지 않은 내용도 설명 대상으로 정하고 있다. 보장성 상품의 사업비에 관한 사항이나 65세 이상 보장 실손의료보험의 경우 65세 시점의 예상 보험료 등이 이에 해당한다.⁸²⁾ 반면, 약관규제법상 설명의무는 그 적용 대상을 ‘약관의 중요한 내용’으로 한정하고 있는바, 약관규제법상 설명의무 대상을 약관에 정하지 않은 중요한 내용으로까지 확대할 근거는 없어 보인다. 따라서 금소법상 설명 대상에 포함되는 사항이 동시에 약관의 중요 조항에 해당한다면 그에 대해 설명을 하지 않은 경우 금소법과 약관규제법이 모두 적용될 수 있으나, 금소법상 설명 대상인 사항이기는 하나 약관의 내용에는 해당하지 않는다면 이에 대해서는 금소법만 적용되고 약관규제법은 적용되지 않는다고 보는 것이 타당할 것이다.

요컨대, 보험약관의 중요사항에 대한 설명의무에 관해서는 약관규제법, 상법, 금소법이 모두 적용되고, 그중 설명 대상을 가장 폭넓고 구체적으로 정하면서 위반의 효과에 대해서도 가장 다양한 구제 수단을 마련하고 있는 것은 금소법이라 할 수 있다.

4. 설명의무 인정 근거

가. 논의의 필요성

1) 설명의무 인정 근거에 대한 논증 필요성

일반적으로 설명의무의 인정 근거는 정보 비대칭과 소비자 보호라고 여겨진다. 금융상품 판매업자와 일반 금융소비자 사이에는 정보 비대칭성으로 인한 교섭력의 차이가 존재하는 바, 설명의무 부과를 통해 정보 비대칭으로 인한 교섭력의 차이를 해소함으로써 약자인 일반금융소비자를 보호해야 한다는 것이다.⁸³⁾ 한편 법원은 약관규제법상 설명의무의 취지에

81) 2023년 11월 14일 제9회 KIRI 보험법세미나 “보험약관 설명의무 관련 법제 현황 및 개선방안” 세미나 중 토론자 법무법인 율촌 맹주한 변호사 토론 의견임

82) 금소법 감독규정 별표3 1. 바. 3) 나) 및 4)

대해 고객이 알지 못하는 가운데 약관에 정하여진 중요한 사항이 계약 내용으로 되어 고객이 예측하지 못한 불이익을 받게 되는 것을 피하고자 하는 것이라고 판시하고 있다.⁸⁴⁾

그러나, 정보 비대칭에 의한 교섭력의 차이나 소비자 보호 필요성만으로 설명의무 부과가 정당화된다고 보기는 어렵다. 우선, 정보 비대칭 및 교섭력 차이가 존재하는 모든 경우에 설명의무가 인정되는 것은 아니다. 예컨대 일반 물품 매매 거래에서도 거래 대상 물품에 대한 정보 비대칭이 존재하고, 소비자는 사업자가 제공하는 물품에 대해 구매 여부만 결정할 수 있을 뿐 교섭을 통해 물품의 사양 및 계약 조건을 변경하기 어렵다는 점은 금융상품 거래의 경우와 다를 바 없으나, 그렇다고 하여 거래 대상 물품에 대해 제조사에게 상세한 설명의무가 부과되거나, 나아가 설명한 내용과 실제 물품의 성능에 차이가 있는 경우 설명에 부합하는 물품을 공급하도록 강제하지는 않는다. 한편 소비자 보호 필요성만으로 사업자에 대한 모든 의무 부과가 정당화된다고 보기도 어렵다. 소비자 보호는 헌법이 부여하는 국가의 책무이나 사업자의 영업의 자유 또한 헌법상 보호되는 기본권인바, 이러한 권리에 대한 중대한 제약이 되는 설명의무를 부과하기 위해서는 의무 부과의 필요성과 정당성에 대한 보다 구체적인 논증이 필요하다.

2) 설명의무 관련 입법의 내용적 기준 및 위반 여부 판단 기준 마련 필요성

앞서 <그림 II-1>에서 본 바와 같이 설명의무는 보험약관이나 금융상품 외에도 의료, 법률, 제약 등 사법 분야는 물론 공법적 작용에서까지 폭넓게 인정되고 있다. 설명의무의 인정 근거도 해당 영역별로 개별적으로 파악되고 있다. 예컨대, 사업자의 약관 설명의무는 약관 거래의 부합계약성과 그에 따른 소비자 보호 필요성, 금융상품 판매업자의 설명의무는 금융상품의 복잡성과 금융소비자 보호 필요성, 의사의 설명의무는 환자의 자기결정권 보호가 각각 설명의무 인정 근거로 제시된다. 다른 한편으로, 신뢰 보호, 신의칙, 계약 자유 원칙의 실질적 보장 등 민법의 기본원리를 설명의무의 인정 근거로 제시하기도 한다. 전자가 개별 영역 국한되어 일반적인 설명의무 기준으로 활용되기 어렵다면, 후자는 너무 일반적·추상적이어서 별도의 구체화 작업이 필요하다.

한편, 설명의무가 인정되는 영역은 점차 확대되고 있는 것으로 보인다. 계약법의 영역에

83) 한국증권법학회(2015), p. 302

84) 대법원 2022. 5. 30. 선고 2003다1556 판결; 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다96454 판결; 대법원 2018. 10. 25. 선고 2014다232784 등 다수

서는 설명의무가 예외가 아닌 원칙의 반열에 오른 것으로 평가되고 있고,⁸⁵⁾ 약관이나 금융상품 외에 인공지능이나 자율주행차와 같은 위험성이 있는 제조물에 대해서도 설명의무를 부과해야 한다는 논의가 제기되고 있다. 특정 거래와 관련하여 설명의무를 부과할지 여부에 대한 판단은 주로 입법의 영역에서 이루어진다. 이때 설명의무 부과가 필요한지, 누구에게 어떤 내용으로 어느 정도 수준의 의무를 부과할 것인지를 정할 수 있는 판단 기준이 필요하다. 한편, 입법에 의해 설명의무를 부과하더라도, 구체적인 분쟁 사례에서 문제 되는 사항이 설명의무 대상인지 여부는 끊임없이 다투어질 수밖에 없는데, 이때 설명의무 위반 여부를 판단할 수 있는 보다 구체적이고 세분화된 틀이 요구된다. 이러한 점을 고려할 때 입법 및 분쟁 해결의 영역에서 설명의무를 인정하기 위해 요구되는 공통적인 요소가 있는지를 파악해 보는 것은 의미가 있을 것이다.

나. 학계의 논의

1) 설명의무 인정 근거에 관한 기존 논의

설명의무 인정 근거에 관한 기존의 논의는 계약법적 측면, 불법행위법 측면, 보험법적 측면으로 나누어 살펴볼 수 있다.

가) 계약법적 측면의 인정 근거 및 한계점

민법 학계에서는 계약 체결의 자율성 내지 자기결정권의 실질적 보장을 위해 설명의무가 인정된다고 보고 있다. 권영준(2020b)은 계약의 자율성과 주도성을 보장하기 위한 정보 및 인지·판단의 토대를 강화하기 위해 설명의무 부과가 필요하다고 본다. 근대 민법의 대원칙 중 하나인 계약 자유의 원칙은 계약이 자율적이고 주도적일 것을 전제하고 있는데, 계약이 자율성과 주도성을 갖기 위해서는 계약 당사자에게 충분한 정보가 제공되어야 하

85) 권영준(2020b), pp. 135-136; 권영준(2020b)는 계약 체결을 위한 정보의 수집·분석이 온전히 각자의 몫인지 아니면 법이 일방에게 상대방에 대한 정보제공을 명할 수 있는지, 자기책임이 지배하는 계약법에서 왜 한쪽이 다른 쪽에게 정보를 제공할 법적 의무를 부담해야 하는지, 그것이 정보수집 내지 생성의 인센티브를 약화시키는 것은 아닌지, 정보는 사유재와 공공재 중 어떤 것에 가까운지, 사유재에 가까운 정보라면 이를 상대방에게 주도록 법으로 강제하는 것이 재산권 침해로 평가될 우려는 없는지, 정보제공의무는 계약관계에 있어 일반적·원칙적 의무인지, 그렇지 않으면 구체적·예외적 의무인지, 정보제공의무 위반의 효과는 무엇인지, 정보제공의무의 부과가 당사자의 비대칭성을 극복하는 데 얼마나 실효성 있는 수단인지 등 수많은 쟁점이 제기될 수 있다고 보고 있음

고(정보의 토대) 계약 당사자가 그 정보를 제대로 인식·이해하여 합리적으로 판단할 수 있어야 하며(인지·판단의 토대) 그 판단의 기반 위에서 대등하게 상대방과 협상할 수 있어야 하는바(협상력의 토대), 약관에 의해 체결되는 계약의 경우 이러한 정보, 인지·판단, 협상력의 토대가 갖추어지지 못한 경우가 많기 때문이다.⁸⁶⁾ 약관 설명의무는 정보의 토대 및 인지·판단의 토대를 강화함으로써 약관에 의한 계약이 자율성과 주도성을 갖추도록 유도할 수 있다고 본다.⁸⁷⁾ 계약 체결에 대한 자기결정권의 실효성을 확보하기 위해 설명의무를 인정해야 한다는 견해도 같은 취지이다.⁸⁸⁾

보험법 학계에서는 계약설 내지 의사설⁸⁹⁾의 입장에 터잡아 설명의무 인정 근거를 설명하고 있다. 약관상 중요한 내용이 보험계약자 측에게 제대로 설명되는 것이 약관의 효력 근거에 관한 의사설에서 말하는 합의의 기초가 되기 때문에 약관 구속력에 관한 의사설의 입장에서 볼 때 설명의무는 논리적으로 당연히 요구된다는 견해,⁹⁰⁾ 약관의 내용을 알 수 있는 상태에서 한 합의가 아니라면 그 합의는 진정한 것이 아니므로, 합의가 형식에 흐르는 것을 방지하기 위해 고객에게 약관의 내용을 잘 알 수 있는 기회를 주어야 한다는 견해⁹¹⁾가 이에 해당한다.

자본시장법 학계에서는 금융투자상품에 대해 자기책임 원칙을 적용하기 위해서는 상품에 대한 투자자의 이해가 전제되어야 하고, 이를 위해 설명의무를 부과할 필요성이 있다고 보고 있다. 금융투자상품에 대한 투자는 투자자의 자기책임 원칙에 의해 규율되는바, 투자의 결과 발생한 이익은 물론 손실도 당연히 투자자에게 전적으로 귀속되는데, 금융투자업자와 투자자 사이에는 금융투자상품에 대한 정보 및 이해에 상당한 격차가 있으므로 자기책임의 원칙을 관철하여 투자 결과에 따른 손익을 투자자에게 귀속시키기 위해서는 먼저 투자자의 이해도를 충분히 높여줄 필요가 있다고 보는 것이다.⁹²⁾

86) 권영준(2020a), p. 195

87) 권영준(2020a), p. 195; 참고로 권영준(2020b)는 법리적인 측면에서 설명의무가 계약의 자율성과 주도성을 보장해 줄 수 있을 것으로 여겨지는 데 비해, 실제로는 설명의무가 소비자 후생에 크게 기여하지 못하고 있다는 연구 결과들이 제시되고 있다는 점을 지적하고 있음(권영준(2020b), pp. 135~136)

88) 송영민(2014), p. 131

89) 의사설은 약관의 효력의 근거를 당사자의 의사 내지 당사자의 합의에서 찾는 견해임. 이와 대립되는 견해로 규범설, 즉 약관은 규범의 일종이어서 당사자의 의사나 합의에 관계 없이 효력이 인정된다는 견해가 있음. 과거에는 두 견해가 대립되었으나 현재는 의사설이 통설·판례임

90) 박세민(2021), p. 179

91) 한기정(2017), p. 132

92) 온주 자본시장법, 제47조 설명의무 관련 부분을 참조바람

민법, 보험법, 자본시장법의 기존 학계 논의는, 공통적으로 계약의 자유 내지 계약 체결에 대한 자기결정권을 보장함으로써 계약을 계약답게 하고, 그 계약 이행의 결과에 대한 책임 귀속을 정당화하기 위해서는 설명의무 부과가 필요하다고 본다.

그러나 계약을 계약답게 하기 위해 자율성과 주도성이 확보될 필요가 있다는 점에서 상대방이 그 토대를 마련해 주어야 할 의무까지 도출되는 것은 아니다. 물론 계약 당사자는 상대방의 자기결정기반 확보를 방해해서는 안되며, 만약 기망행위를 하거나 상대방의 공박·경솔·무경험 등을 이용하여 상대방의 자기결정권 행사를 방해했다면 계약 취소나 해지의 불이익을 감수하도록 하는 것이 타당하다. 거래의 내용 자체가 불공정하여 그러한 거래를 자기결정권 행사의 결과로 볼 수 없다면 그 거래 자체가 무효가 될 수도 있다. 그러나 여기서 더 나아가 거래 상대방의 자기결정권을 실질적으로 보장해주기 위해 정보와 인지·판단의 토대까지 마련해 줄 의무까지 당연히 인정된다고 보기는 어렵다.

자기결정권 행사를 위해 필요한 정보, 인지·판단의 토대는 스스로 마련하여야 하며, 자기결정의 기반을 확보하지 못하여 발생하는 위험도 스스로 부담하는 것이 원칙이다.⁹³⁾ 민법은 일반적 의무로서 정보제공의무에 관한 규정을 두고 있지 않은데, 이는 정보의 수집과 분석은 원칙적으로 스스로 감당해야 할 몫이라고 보기 때문이다.⁹⁴⁾ 법원도 “거래 등의 기초가 되는 정보의 진실성은 스스로 검증하여 거래하는 것이 원칙이므로, 정보 제공자가 법령상·계약상 의무 없이 단지 질의에 응답한 것에 불과한 경우에는 고의로 거짓 정보를 제공하거나 선행행위 등으로 위험을 야기하였다는 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 응답행위가 불법행위를 구성한다고 볼 수 없다”고 판시하고 있다.⁹⁵⁾

이처럼 거래의 일방 당사자의 자기결정권 보장 필요성만으로 상대방에 대한 설명의무 부과가 당연히 허용되는 것은 아니다. 따라서 의무 부과의 필요성과 정당성이라는 관점에서 설명의무 인정 근거가 제시될 필요가 있다.

나) 불법행위법 측면의 인정 근거 및 한계점

판례는 설명의무 위반 시 그 의무 주체의 불법행위를 인정하고 있는데, 주로 신의칙 및

93) 송영민(2014), p. 131

94) 권영준(2020b), p. 136

95) 대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다14671 판결

그에 따라 인정되는 보호의무에서 근거를 찾고 있다. 앞서 설명의무 관련 법제 형성 과정에서 살펴본 고객보호의무 관련 판례 법리도 이에 해당한다. 금융기관은 신의칙에 근거하여 고객을 보호해야 할 의무를 부담하고, 이러한 의무를 위반한 경우 불법행위가 성립되어 손해배상책임을 부담하게 된다고 보는 것이다. 이는 고객이 자기결정권을 잘 행사할 수 있도록 금융기관이 적극적으로 보호해야 한다는 취지인바, 앞서 본 계약법적 측면의 인정 근거와 그 취지가 중첩되는 측면이 있다.

보험약관에 대해서도 이와 같은 논리에 입각하여 설명의무를 인정한 사례가 있다. 법원은 “보험회사 또는 보험모집종사자는 고객과 보험계약을 체결하거나 모집할 때 보험료의 납입, 보험금·해약환급금의 지급 사유와 그 금액의 산출 기준, 변액보험계약인 경우 그 투자형태 및 구조 등 개별 보험상품의 특성과 위험성을 알 수 있는 보험계약의 중요사항을 명확히 설명함으로써 고객이 그 정보를 바탕으로 보험계약 체결 여부를 합리적으로 판단할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 의무가 있다. 여기서 보험회사 또는 보험모집종사자가 고객에게 보험계약의 중요사항에 관하여 어느 정도의 설명을 하여야 하는지는 보험상품의 특성 및 위험도 수준, 고객의 보험 가입 경험 및 이해능력 등을 종합하여 판단하여야 한다”고 판시하여, 고객보호의무의 이행을 위해 설명의무를 부과하고, 설명의무 위반 시 손해배상책임을 인정하였다.⁹⁶⁾

신의칙이 우리 민법에서 갖는 의의와 중요성을 충분히 존중하더라도, 신의칙에만 기대어 구체적 의무를 도출하는 것이 바람직하다고 보기는 어렵다. 구체적 분쟁 사안에 가장 적합하고 공평타당한 결론을 내려야 하는 법원으로서의 구체적 사실관계를 고려하여 금융기관이 마땅히 고객을 보호하기 위한 조치를 취했어야 한다는 판단을 내려야 할 경우가 있고, 이러한 판단을 뒷받침하기 위한 보다 구체적인 근거가 없는 경우에는 신의칙을 근거로 제시할 수 있다. 그러나 법령에 의해 사인 간의 거래에 관해 당사자 일방에게 일반적인 행동 자유권 및 영업의 자유를 제약하는 의무를 부과하면서 오직 신의칙만을 그 근거로 제시하는 것은 충분한 근거가 된다고 보기 어렵다.

요컨대 불법행위 성립의 근거가 되는 주의의무로서 고객보호의무 및 설명의무를 인정하기 위해서는 적어도 입법론적인 측면에서는 신의칙 외에 보다 구체적인 근거가 요구된다.

96) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다229536 판결; 이 판례는 보험업법상 설명의무가 도입된 이후에 선고된 것이나, 보험업법이 아닌 민법에 따라 설명의무를 인정하였으며, 설명의무 위반의 효과로 착오에 의한 계약 취소를 인정하고 있다는 점에서 다소 독특한 판결임

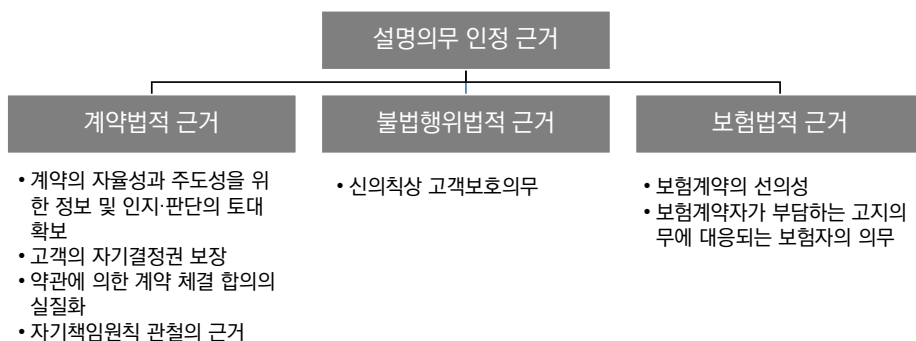
다) 보험법적 측면의 인정 근거 및 한계점

보험법 학계에서는 주로 계약법적 측면에 근거하여 보험약관에 대한 설명의무가 인정된다고 보고 있다. 과거 약관규제법 도입 당시에는 보험약관의 규범적 성질로 인해 설명의무 부과에 부정적인 견해도 있었으나,⁹⁷⁾ 현재 대대수의 견해는 보험약관도 계약에 해당하므로 보험계약자의 계약에 대한 자기결정권을 실질적으로 보장하기 위해 설명의무가 인정된다고 본다.

한편, 보험계약의 최대선의원칙을 설명의무의 인정 근거로 제시하는 견해도 있다. 영국의 Carter v. Boehm 사건에서 Mansfield 판사는 보험제도의 선의성에 의해 고지의무는 보험계약자 뿐 아니라 보험자에게도 부과된다는 고지의무 상호성의 원칙을 인정한 바 있는데, 위와 같은 보험계약의 선의성 및 이에 터잡아 인정되는 고지의무 상호성의 원칙이 보험자에게 부과되는 설명의무의 근거라고 보는 것이다.⁹⁸⁾

앞서 본 계약법적 측면과 불법행위법적 측면이 약관 및 금융상품 전반에 대한 설명의무 인정 근거에 해당하는 반면, 최대선의원칙은 보험에 특유한 설명의무 인정 근거이다. 이러한 근거는 보험자에게 부과되는 설명의무를 뒷받침하는 논거가 될 수 있으나, 약관규제법, 금소법 등에서 정하고 있는 설명의무의 근거를 제시하기 위해서는, 금융상품, 나아가 약관 전체에 적용되는 설명의무를 뒷받침할 수 있는 근거가 필요하다.

〈그림 II-4〉 설명의무 인정 근거에 관한 기존 논의



97) 양승규(1986) pp. 164~165; 양승규(1986)은 다른 약관의 구속력의 근거에 대해서는 계약설을 취하더라도, 보험약관에 대해서만은 규범설을 취해야 한다고 보았음

98) 박세민(2015), p. 149

2) 설명의무의 인정 근거 구체화 논의

설명 의무의 인정 근거를 보다 구체적으로 밝히기 위한 학계 노력은 주로 민법학계를 중심으로 이루어진 것으로 보인다. 권영준(2020b)는 계약법을 자율의 패러다임과 후견의 패러다임의 상호작용을 통해 파악하며, 설명 의무는 계약에 대해 자율의 패러다임을 유지 하면서 후견을 통해 달성할 수 있는 결과에 가깝게 이르기 위한 방안이라고 분석한다.⁹⁹⁾ 김종국(2007)은 기존에 개별 사례 중심으로 논의되었던 설명 의무를 일반적인 책임 원리로 정립해 나아가 한다고 보고, 그 근거로 신뢰 보호와 신의성실의 원칙을 제시하고 있다.¹⁰⁰⁾ 어수용(2011)은 계약 체결과정에서 요구되는 설명 의무의 근거를 신의칙으로 보고, 의무 인정 요건으로 계약의 교섭, 고지할 이익의 존재, 고의·과실을 제시하면서, 고지할 이익은 선택권의 보호 또는 정보적 약자의 보호를 위해 인정된다고 본다.¹⁰¹⁾

설명 의무 인정 근거를 보다 구체적으로 제시한 선행연구로 송영민(2014)이 있다. 송영민(2014)은 단지 정보력이나 교섭력에 격차가 있다는 사실만으로 교섭 상대방의 자유를 제약하는 행위규범을 우월적 당사자에게 불리하게 설정할 수는 없다는 점을 지적한다.¹⁰²⁾ 계약 체결 과정에서 당사자의 자율성·주도성 내지 자기결정권¹⁰³⁾을 보장하는 것은 중요하나, 착오, 사기, 강박, 의사능력 흠결 등 자기결정권이 보장되지 못하는 상황에서 계약이 체결된 경우 이미 민법상 계약 무효나 취소의 법리에 따라 해결되고 있는바, 여기서 더 나아가 당사자 일방에게 상대방의 자기결정권에 대한 불개입(일반적 불가침)을 넘어서 적극적 보호조치를 취할 것을 요구하기 위해서는 별도의 근거가 요구된다고 보는 것이다.¹⁰⁴⁾ 이에 관해 송영민(2014)은 기본권 제한에 관한 비례의 원칙¹⁰⁵⁾을 모티브로 보험계약 체결과 같은 재산적 행위는 물론 의료행위와 같은 비재산적 행위와 관련 하여서도 적용될 수 있는 설명 의무 위반 여부의 판단 구조로 다음 네 가지 요건을 제시하

99) 권영준(2020b), p. 140

100) 김종국(2007), p. 210

101) 어수용(2011), p. 87; 예컨대 분양계약에 있어서 목적물의 권리 이전이나 취득, 사용, 수익에 관한 사항은 선택권이 보장되어야 하므로 설명 의무 대상이 되나, 전매이익, 목적물의 시가 등은 계약 목적 달성 및 실행 이전에 이미 고려되거나 전제된 사항이므로 설명 의무 대상이 아니라고 봄

102) 송영민(2014), p. 134

103) 권영준(2020b)은 계약 자유의 원칙의 관철을 위해 '자율성'과 '주도성'을 확보해야 한다고 보고 있고, 송영민(2014)은 '자기결정권'을 보장해야 한다고 보고 있는바, 양자의 기본 취지는 유사한 것으로 보임

104) 송영민(2014), pp. 132~135

105) 기본권 제한이 정당화되기 위해서는 목적의 정당성, 수단의 적절성, 침해의 최소성, 법익의 균형성이 인정되어야 한다는 원칙을 의미함

고 있다.

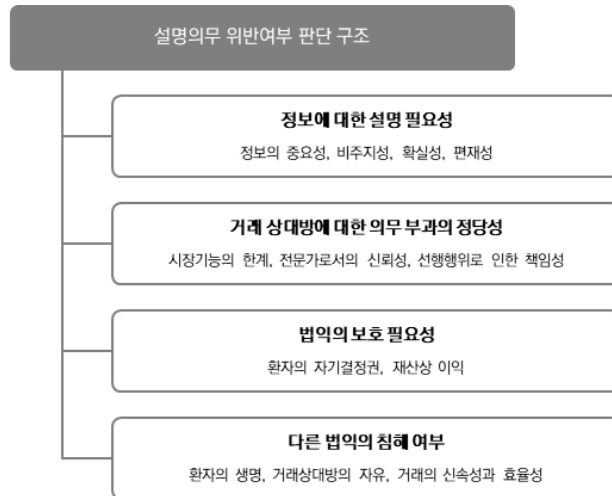
첫째, 설명 내용의 성질이다. 이는 달리 말하면 정보에 대한 설명의 필요성이라고 할 수 있으며, 정보의 중요성, 확실성, 비주지성, 편재성 등을 고려하여 설명 필요성을 판단한다. 정보가 의사결정에 미치는 영향이 크고 확실할 수록 설명의무 인정 필요성이 높아진다. 한편, 정보가 주지의 사실이거나 당사자가 스스로 수집 가능한 범위에 있을 때에는 설명의무 인정 필요성이 낮아진다.

둘째, 설명의무 발생 근거이다. 이는 의무 부과와 필요성 내지 정당성이라고 볼 수 있으며, (i) 정보격차 및 교섭력 격차에 의해 시장 기능의 비정상적 상태가 전형적으로 발생하는 경우, (ii) 전문가와의 신뢰관계가 존재하는 경우, (iii) 의무 부과를 정당화하는 당사자의 선행행위가 존재하는 경우 인정된다. 재산적 행위의 경우 시장기능의 비정상적 상태, 의료행위의 경우 전문가에 대한 신뢰가 설명의무의 필요성을 뒷받침하는 주요 근거가 된다. 선행행위에 의한 설명의무 부과는 개별적인 사정을 토대로 의무 부과 여부를 판단해야 한다.

셋째, 법익 보호 필요성이다. 설명의무에 의해 보호하고자 하는 것이 권리 내지 그와 유사한 법익으로 확립되었는지 여부를 고려하는 것이다. 대표적인 보호법익은 자기결정권이다.

넷째, 대립되는 권리나 이익과의 관계이다. 이는 설명의무의 부과로 인해 더 큰 권리나 이익이 침해되어서는 안 된다는 것을 의미한다. 환자의 자기결정권을 보호하기 위해 설명의무가 인정되어야 하겠지만, 환자의 생명을 구하기 위해 긴급한 조치가 필요한 상황에서까지 설명의무 이행을 요구할 수는 없다. 환자의 자기결정권보다 환자의 생명에 대한 보호 필요성이 더 크기 때문이다. 재산적 행위 관련 설명의무 부과가 거래 상대방의 자유나 거래의 신속성과 효율성을 과도하게 제약할 경우 그러한 설명의무 부과는 정당화되기 어렵다.

〈그림 II-5〉 송영민(2014)의 설명의무 위반 여부 판단 구조



주: 송영민(2014), pp. 144~151의 내용을 일부 보완하여 재구성함

다. 설명의무 인정 근거 구체화를 위한 시론(試論)

1) 개관

우리 법령 및 판례에 의해 인정되는 설명의무는 대체로 둘 이상의 당사자가 관여된 법률 행위나 사실행위와 관련하여 당사자 중 일방으로 하여금 상대방에게 일정한 범위의 정보를 적극적으로 알리고 나아가 그 정보가 갖는 의미를 이해시킬 의무를 부과하는 것을 의미한다. 설명의무의 의미를 이와 같이 파악할 때, 설명의무가 인정되기 위해서는 둘 이상의 당사자가 존재하여야 하고, 설명의 대상인 정보가 존재하여야 하며, 당사자 간 배려나 합의가 아닌 의무 부과에 의해 설명이 이루어져야 하는 이유가 요구된다고 볼 수 있다. 이러한 개념 요소들이 갖는 특징을 살펴봄으로써 설명의무 인정 근거도 보다 구체화 할 수 있을 것이다. 이하에서는 설명의무 인정 근거를 크게 정보 요건, 수범자 요건, 관계 요건으로 나누어 살펴보기로 한다.

〈그림 II-6〉 설명의무 인정 근거 구체화 방안



2) 정보 요건: 정보의 편재성 및 중요성

어떠한 정보에 대해 설명의무를 인정하기 위해서는 그 정보에 대해 설명 내지 제공의 필요성이 인정되어야 할 것인바, 정보제공 필요성의 인정 근거로 정보의 편재성과 중요성을 들 수 있을 것이다.

정보의 편재성은 당사자 중 어느 한쪽만이 정보를 보유하고 있음을 의미한다. 보험의 경우, 보험약관 등 상품에 대한 정보는 보험회사 측에 편재되어 있지만, 보험료 및 보험금 산출의 근거가 되는 피보험자 및 보험 목적물에 관한 정보는 보험계약자에게 편재되어 있다. 따라서 보험회사와 보험계약자는 각각 자신이 보유하고 있는 정보를 상대방에게 제공하여 그 정보 비대칭을 해소할 것이 요구된다. 다만 정보의 편재성만으로 그 정보를 제공해야 할 의무가 당연히 부과되는 것은 아니며, 의무 부과를 위해서는 별도의 근거가 요구된다. 예컨대 보험계약자 측에 편재되어 있는 피보험자 및 보험목적물 관련 정보에 대해 부과되는 고지의무는 보험의 기술성과 선의성이라는 별도의 근거에 의해 인정된다. 즉, 정보의 편재성은 설명의무를 인정하기 위한 필요조건일 뿐 충분조건은 아니다.

정보의 중요성은 해당 정보가 거래에서 중요한 정보일 것을 의미한다. 이는 특정 거래 영역에서 정보가 갖는 의의가 크다는 것을 의미하는 한편, 설명의무 대상인지 여부가 문제되는 특정 정보가 당해 거래에 대한 합의 및 그 이행에 영향을 미치는 중요한 것이라는 의미도 갖는다. 보험상품의 거래는 정보 자체가 급부의 내용을 결정하기 때문에 일반 물품 거래나 다른 서비스 거래에 비해 거래 자체에 있어 정보의 중요성이 크다. 한편 보험상품과 관련된 특정 정보가 설명의무 대상인 중요한 정보인지 여부는 기존에 판례가 제시하는 중요성 판단 기준, 즉 계약 체결 여부 및 계약 조건을 결정하거나 계약 전후 행동을 결정하는데 영향을 미치는지 여부를 기준으로 판단하게 된다. 다만 이러한 정보의 중

요성도 정보의 편재성과 마찬가지로, 설명의무 부과와 필요조건일 뿐 충분조건은 아니다.

3) 수범자 요건: 전문성 및 협상우위

거래 당사자 중 일방에게 정보제공 의무를 부과하기 위해서는 수범자의 특성이 고려되어야 하는바, 그 요건으로 전문성 및 협상우위를 들 수 있다.

먼저 전문성은 당해 거래에 관해 일방 당사자가 상대방 당사자에 비해 지식과 경험 측면에서 우위에 있음을 의미한다. 전문성은 정보비대칭에 의해 야기되거나 강화될 수 있으나 정보비대칭 그 자체와는 구별된다. 예컨대, 고지의무 대상이 되는 피보험자 및 보험목적물 관련 정보에 대해서도 정보비대칭이 존재하고 이에 대해서는 보험계약자가 정보 우위에 있으나, 그렇다고 하여 보험계약자에게 전문성이 인정되는 것은 아니다. 즉, 정보비대칭은 정보의 편재성 문제로 비전문가도 정보우위에 있을 수 있으나, 전문성은 정보의 편재성을 넘어서 관련 분야 전반에 대한 지식과 경험의 차이에 의해 발생하는 것으로 상대방 당사자의 의존성을 야기하는 요소라고 볼 수 있다. 금융, 부동산, 의료, 제약, 법률 등 설명의무가 인정되는 대부분의 분야에서 일방 당사자의 전문성이 인정되고, 그 전문성으로 인해 상대방 당사자의 독립성이 약화되고 의존성이 강해진다.

둘째, 협상우위이다. 협상우위는 전문성과 정보의 편재성에 의해 야기되거나 강화될 수도 있으나, 그와는 별개의 요소이다. 협상우위는 정보의 편재성과 중요성, 일방 당사자의 전문성에 의해 야기되는 상대방 당사자의 의존성, 그리고 뒤에서 살펴볼 이해충돌 가능성에도 불구하고, 당사자가 거래를 거절할 수 없거나 거절하기 어려운 경우 인정될 수 있다. 금융, 의료와 같이 거래 대상이 필수재에 해당하는 경우, 일방 당사자가 시장에서 독점적 지위를 갖는 경우, 계약 체결이 법률에 의해 강제되는 경우 등이 그러하다. 의료서비스의 경우에도 필수의료분야는 정보의 편재성, 중요성, 전문성은 물론 협상 우위도 당연히 인정되는 반면 성형이나 미용 분야의 경우 정보의 편재성, 중요성, 전문성은 인정되나 협상 우위가 인정된다고 보기는 어렵다. 해당 거래 자체를 하지 않을 수 있는 선택권이 충분히 인정되기 때문이다.

4) 관계 요건: 이해충돌 및 남용가능성

설명 의무가 인정되기 위해서는 둘 이상의 당사자가 존재하여야 하고, 이들 사이의 관계

가 배려와 합의에 의한 정보 공유가 어려운 특성을 가질 것이 요구된다. 양 당사자의 이해관계가 일치하는 경우라면, 중요한 정보가 편재되어 있고, 일방 당사자의 전문성과 협상 우위가 인정된다 하더라도, 공동의 이해관계를 추구하는 과정에서 중요한 정보가 자연스럽게 공유될 수 있어 굳이 설명의무를 부과할 필요는 없기 때문이다. 이러한 관계 요소로 이해충돌과 정보비대칭 상황에 대한 남용가능성을 꼽을 수 있을 것이다.

이해충돌의 경우, 대부분의 거래에 이해충돌적 요소가 포함되어 있기 때문에 별도의 요건으로 인정될 필요가 없다고 볼 수도 있다. 그러나 거래의 유형에 따라 이해충돌이 거래의 전 과정에서 나타나는 경우도 있고, 당사자가 원하지 않은 결과가 발생했을 때 비로소 이해충돌이 발생하는 경우도 있는바, 이해충돌의 정도는 거래 유형마다 상이하다. 고객보호 의무 관련 판례 사례에서 자주 문제되었던 일임매매에 의한 회전거래의 경우, 증권회사 입장에서는 고객의 투자 수익 증가 여부와 관계없이 거래 횟수 자체가 늘어날수록 수수료 수입이 늘어나는 반면 고객 입장에서는 그만큼 비용이 발생하는바, 이는 거래 자체에서 이해충돌이 발생하는 경우라고 볼 수 있다. 부당하게 이루어지는 승환계약도 마찬가지이다. 반면, 직업윤리를 준수하며 이루어지는 정상적인 금융계약이나 의료행위의 경우 금융회사와 고객은 투자수익의 확대, 의사와 환자는 상병의 치료 및 건강 회복이라는 공동의 목표를 추구하고, 이 과정에서는 이해충돌 발생 가능성이 낮지만, 의도치 않게 투자 실패나 의료사고 등 부정적 결과가 발생한 경우 이해충돌이 현실화된다. 이처럼 거래 유형에 따라 이해충돌 발생 여부 및 발생 정도가 상이한바, 거래 자체로 이해충돌이 발생하거나 이해충돌 발생 시 당사자 일방에게 예상되는 손해나 불이익이 큰 경우 더 무거운 설명의무가 부과될 수 있을 것이다.

남용가능성은 이해충돌 발생 시 정보 비대칭 상황을 일방 당사자가 본인에게 유리하게 악용할 가능성을 의미한다. 의료사고 발생 시 의사가 자신의 과실을 부정하기 위해 중요 정보를 은폐하거나 왜곡할 가능성, 금융투자손실이 발생하거나 보험사고가 발생한 경우 금융투자업자나 보험회사가 자신의 책임을 부인하기 위해 정보 편재 상황을 남용할 가능성 등이 이에 해당한다. 남용가능성이 클수록 더 강화된 설명의무가 부과되는 것이 타당할 것이다.

라. 설명의무 인정 근거 논의의 실천적 기능

이상에서 살펴본 설명의무 인정 근거 구체화 방안은 단순히 이론적인 호기심을 충족하기 위한 것은 아니며, 실제 분쟁에서 설명의무 인정 여부나 설명의무 위반 여부의 판단 기준

을 제시하기 위한 것이다. 이하에서는 입법론적 측면과 분쟁 해결의 측면에서 활용 가능성을 제시해 보기로 한다.

1) 입법론적 측면의 활용 가능성

우선, 설명의무 인정 근거를 세분화함으로써 각 요인별 정도를 고려하여 설명의무 부과 여부 및 수준을 정하는 데 참고할 수 있을 것이다. 예를 들어 약관규제법에 의해 일반 사업자가 고객에 대해 부담하는 약관 설명의무를 기준으로 하여 ① 정보의 편재성, ② 정보의 중요성, ③ 전문성, ④ 협상력, ⑤ 이해충돌, ⑥ 남용가능성 각 항목별로 금융상품판매업자의 설명의무나 의사의 설명의무와 상대 비교가 가능해진다.

①~④ 요건 측면에서 볼 때, 의사가 환자에 대해 부담하는 설명의무는 일반 사업자가 부담하는 약관 설명의무보다 더 무겁게 정할 필요가 있을 것이다. 의사가 갖는 정보의 편재성과 중요성, 의사의 전문성과 협상력은 일반 사업자의 그것에 비해 더 무겁게 평가할 수 있기 때문이다. 반면 ⑤ 이해충돌 및 ⑥ 남용가능성 측면에서는, 의사가 일반 사업자에 비해 고객과의 관계에서 이해충돌 가능성이 더 높거나, 정보 편재 상황을 남용할 가능성이 더 크다고 보기는 어려운데, 의사에게 더 무거운 의무를 부과하기는 어려울 것으로 보인다. 의료사고라는 부정적 결과 발생 시 이해충돌이 극대화될 수 있고 이에 대비하여 이해충돌 가능성을 높게 평가해야 한다고 볼 수도 있을 것이나, 의료사고에 대한 손해배상 문제를 설명의무로만 해결해야 하는 것은 아니기 때문에 의료사고 가능성에 대한 고려에 지나치게 가중치를 두는 것은 적절하지 않은 것으로 보인다.

금융상품판매업자의 설명의무의 경우, ②~④ 요소 관련하여 일반 사업자에 비해 설명의무가 강화될 필요가 있을 것이다. 금융거래에서 정보는 일반 약관거래에서보다 더욱 중요하고, 금융분야의 정보가 타 분야 정보보다 이해하기가 어려운데 일반 사업자에 비해 전문성 요소가 가중되며 금융의 필수재로서의 성격으로 인해 협상우위도 더욱 강해지기 때문이다. 반면 이해충돌이나 남용가능성 측면에서는 설명의무를 더 강화해야 한다고 볼 수 있을지는 의문이다. 금융분야가 타 사업분야에 비해 고객과의 이해충돌 가능성이 더 크거나 남용가능성이 더 크다고 보기는 어렵다고 생각되기 때문이다.

이와 같은 방법으로 최근 논의되고 있는 자율주행차 제작사나 인공지능 로봇 제작사의 설명의무 등을 어느 정도 수준으로 부과할 수 있을 것인지에 대해서도 일응의 기준을 도

출해 볼 수 있을 것이다.

2) 분쟁 해결 측면의 활용 가능성

구체적 사례에서 설명의무 위반 여부를 판단할 때에도 6가지 요소가 판단 기준이 될 수 있을 것이다. 가족운전자 한정특약 관련 설명의무 위반 여부가 문제된 사례를 위 기준에 따라 판단해 볼 수 있겠다.¹⁰⁶⁾

가족운전자 한정특약상 가족의 범위에 대한 정보는 보험회사 측이 보유하고 있고 보험금 지급 면책사유가 될 수 있는바, 일응 정보의 편재성과 중요성이 인정된다고 볼 수 있다. 반면 특약상 가족의 범위에 따라 면책이 적용되는지 여부는 보험계약자의 가족관계의 현황에 따라 결정되는데 이에 대한 정보는 보험계약자 측이 보유하고 있는바 이러한 점은 정보의 편재성과 중요성을 약화시키는 요인으로 볼 수 있다.

한편, 자동차보험 분야에 대해서는 설명의무 수범자인 보험회사의 전문성이 인정되고 자동차보험의 의무보험으로서의 성격 때문에 보험회사의 협상우위가 인정된다고 볼 수 있다. 반면 자동차보험이 의무보험이긴 하지만 다수의 상품 제공자가 존재하고 실질적인 경쟁이 이루어지고 있다는 사정은 협상우위를 약화시키는 요인이 된다.

끝으로 관계 요소와 관련하여, 가족운전자 한정특약은 피보험자의 범위를 제한함으로써 보험료를 할인하기 위한 특약인바, 그 자체로 이해충돌적 요소가 있다고 보기 어렵다. 보험회사가 자신의 이익을 위해 가족운전자 한정특약 상 가족의 범위에 관한 정보를 제공하지 않을 유인이 존재한다고 보기 어렵고, 이러한 정보를 거래 시 제공하지 않고 은폐하였다가 나중에 보험사고가 발생하게 되었을 때 면책의 수단으로 활용하는 방식으로 남용할 가능성이 있다고 보는 것도 지나치다. 따라서 가족운전자 한정특약과 관련하여 적어도 보험계약 체결 당시에 보험회사와 보험계약자 사이에 이해충돌이나 남용가능성이 인정된다고 보기는 어렵다.

이처럼 가족운전자 한정특약상 가족의 범위가 설명의무 대상인지, 설명의무 대상이라면 어느 정도 수준으로 설명의무를 요구할 것인지를 판단할 때 ①~⑥의 요소를 고려함으로써 보다 객관적인 판단을 하는 데 도움이 될 수 있을 것으로 생각된다.

106) 해당 사례의 구체적인 내용은 제Ⅲ장을 참조 바람

마. 소결

이상에서 설명의무 인정 근거로 계약법적 측면, 불법행위법적 측면, 보험법적 측면을 살펴보고, 설명의무 판단 구조를 보다 구체화하기 위한 방안으로 정보 요건, 수범자 요건, 관계 요건을 제시해 보았다. 사실 설명의무가 인정되는 것은 이상의 모든 요소가 종합적으로 고려된 결과라 할 수 있다. 통상 정보 비대칭과 소비자 보호로 단순화 되어 논의되고 있기는 하나 실제로는 그 근거에는 이상에서 제시한 모든 요소들에 대한 고려가 깔려 있는 것이다.

그럼에도 불구하고 설명의무 인정 근거 내지 판단 구조의 구체적 틀을 제시하는 것은 여전히 의미가 있다고 생각된다. 자칫 정보 비대칭이나 소비자 보호만으로 설명의무가 당연히 인정되는 것처럼 여겨질 경우 설명의무의 규범력이 오히려 약화될 수 있기 때문이다. 설명의무의 필요성만 강조되고 그 범위와 한계에 대한 논의가 뒷받침되지 않을 경우 설명의무의 비대화를 야기하고 이는 역설적으로 설명의무의 형해화로 이어질 수 있다. 비근한 예로 개인정보에 대한 동의절차의 형해화 현상을 들 수 있을 것이다. 개인정보 수집·제공·활용에 대한 동의 절차는 개인정보에 대한 자기결정권 보호라는 좋은 취지에서 도입되었으나, 너무나 많은 사항에 대해 동의를 요구한 결과, 실상 고객은 자신이 무엇에 동의하는 지 알지도 못한 채 동의란에 서명을 하고, 추후에 분쟁이 발생하였을 때 고객의 동의 사실이 오히려 사업자의 면책사유로 활용되는 등 절차 자체가 형해화되고 있다. 설명의무도 자칫 이와 같은 방향으로 흘러가지 않을까 우려되는 것이 사실이다.

금융거래의 건전성 및 금융소비자 보호에 있어 설명의무의 중요성을 고려할 때, 설명의무의 인정 근거 및 설명의무 판단 구조를 보다 구체화하기 위한 노력이 이루어질 필요가 있을 것이다.