

보험계약상 고지의무와 인과관계

전 우 현*

상법 제655조 단서는 고지의무위반사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 때에는 그 고지의무위반사실에도 불구하고, 보험자가 책임을 지도록 하고 있다. 그러나, 이러한 태도는 고지의무위반사실과 보험사고발생간의 인과관계 부존재에 관한 엄격한 해석과 입증책임 분배의 노력으로도 해결할 수 없는 본질적인 문제를 안고 있다고 본다. 고지의무를 위반하는 계약자측의 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. 또, 보험계약자가 고지의무를 고의나 중과실로 불이행한 것이라면 다른 고려 없이도 불이익을 부담케 함이 과실책임의 법리에 부합한다. 그리고, 고지의무불이행의 사실과 보험사고간의 인과관계가 존재하지 않는다는 이유로 그 위반자의 보험금청구권을 여전히 인정하게 된다면 위험단체를 구성하는 다른 보험계약자의 정당한 이익도 침해하게 되고 도덕적 위험을 초래할 우려도 있기 때문에 입법론적으로는 상법 제655조 단서를 폐지함이 옳다고 본다.

I. 보험계약상 고지의무의 개요

1. 고지의무의 개념과 성질

보험계약자나 피보험자는 보험계약을 체결함에 있어서 보험자에 대하여 중요한 사실을 사실대로 정직하게 고지하고, 부실의 사실을 고지하지 아니할 의무를 지는데(상법 제651조), 이를 고지의무라고 한다. 즉, 고지의무는 보험계약자측이 보험계약의 체결에 즈음하여 보험자가 보험사고의 발생가능성을 측정하는 데 도움이 되

* 대구가톨릭대학교 법정대학 법학과 전임강사

도록 보험계약상 중요한 사항에 관하여 진실을 알릴 것을 요구하는 보험계약법상의 특수한 의무(obliegenheit)로서 보험계약성립시까지 보험계약자에게 부담하는 의무(vorvertragliche anzeigepflicht)이다.¹⁾

보험자는 보험계약자에 대하여 소위 고지의무의 이행을 강제하거나 손해배상을 청구할 수는 없고 그 불이행시에 보험계약을 해지할 수 있을 뿐이다. 보험계약자는 계약해지에 따른 불이익을 피하기 위해서 성실히 그 의무를 이행해야 한다는 점에서 이를 일종의 간접의무 또는 자기의무의 일종이라고 할 것이다(상법 제651조, 655조 참조).²⁾

2. 고지의무의 근거

고지의무의 근거에 관해서는 여러 주장이 존재해 왔다. 그러나, 이를 유상계약에 있어서의 담보책임이나 계약의 요소에 관한 당사자간의 완전한 합의가 방해된 것이거나 계약체결상의 과실책임이라고 하는 등³⁾ 기존의 법이론으로부터 설명하려는 시도는 최근에는 별로 보이지 않고 크게 위험측정설과 선의계약설이 대세를 이룬다. 위험측정설(기술설)은 보험제도의 기술적 구조의 특수성에 근거하여 보험제도의 합리적 운영을 위해서는 보험사고발생에 관한 개연율의 통계적 계산을 기초로 하여 다수의 계약에 있어서의 위험의 종합평균화에 의해 지급되는 보험금의 총액과

- 1) 보험계약이 보험료지급체로 해지되어 소멸한 후 부활되는 경우에도 보험계약자가 고지의무를 새로이 이행해야 하는가에 대해서는 神原和彦, 「復活と告知義務」, 別冊『ジュリスト 97號』, 1988.6, pp. 68-69 참조.
- 2) 정희철, 『상법학(하)』, 박영사, 1990.3, p.82 ; 양승규, 『보험법』, 삼지원, 1998, p.113 ; 정찬형, 『상법강의(하)』, 박영사, 2001, p.509 ; 大森忠夫, 『保險法』, 有斐閣, 1987, p.117 ; 日大判, 1917. 12. 14(民錄 23,2112) 참조: 이에 대해 책무는 보험자의 이익만 이 아니라 보험계약자의 이익을 위하여 이행된다는 점, 진정한 의무는 최소한 손해배상청구권을 포함하는 것이 일반적인 인식에 부합한다는 점, 이행보조자에 의한 책무불이행에 대하여 민법규정을 적용할 필요가 있다는 점과 책무의 계약법상 지위설정을 고려한다면 이른바 법률강제이론에 의하여 책무인 고지의무를 이해할 필요가 있다는 견해도 있다.(심상무, 「고지의무의 성질에 관한 연구」, 『연세법학연구』, 제2집, 1992, p.577)
- 3) 石田 滿, 『保險契約法の告知義務』, 「上智法論」10卷 3號(倉澤康一郎, 保險契約の法理, 慶通信株式會社, 1975, p.269 참조).

수령하는 보험료의 총액의 균형이 도모될 필요가 있다는 견지에서 주장된다. 이에 의하면 보험자는 각 계약에 있어서 위험률을 측정하여 이를 인수하든가 거절하든가를 판단하고 만약 인수하기로 하는 경우라면 보험료도 이러한 자료를 통하여 결정할 필요가 있다. 이때 위험선택의 자료가 되는 그 사실은 원래 보험을 인수하는 보험자 자신의 책임으로 조사할 것이지만, 실제상 보험자가 이를 적극적으로 조사한다는 것은 곤란하기 때문에 보험계약자의 적극적 협조에 의한 고지가 필요하게 되고 이러한 고지의무를 위반하면 그 효과로서 보험자는 계약을 해지할 수 있다는 것이다.⁴⁾

그러나, 이러한 견해는 고지의무에 대한 경제적·수학적 설명에 가깝다고 할 것이다. 즉, 위험측정설은 보험계약에서의 불량위험배제라는 점에 치우쳐 보험계약의 본질에 접근하지 못하고 계약상 의무(책무)이행에 있어서 주관적 태도를 고려하는 법률적 관점을 탈색하고 있다는 결함이 있다. 위험측정설을 철저히 관철하자면 위험측정에 관한 사실이 객관적인 사실과 다르게 고지된 것만으로도 보험의 단체성이 파괴되었다고 하여 보험자의 계약해지권을 인정하여야 할 것이다. 그러나, 우리 상법은 제651조에서 고지의무위반의 요건으로서 고지의무자의 고의나 중과실과 같은 주관적 요소를 요구하고 있다. 또 그 위반의 효과로서 보험계약을 당연히 무효로 하는 것이 아니라 보험자에게 계약해지권을 주어 의무위반자에게 일종의 제재적인 조치를 취할 수 있게 한 것은 단순히 보험계약상 필요한 위험측정 취지만으로는 설명하기 어렵다.⁵⁾

생각컨대, 보험계약은 우연한 사고를 전제로 하는 사행계약이라는 구조상의 특질을 지니고 있다. 사행계약에 있어서는 우연한 사실의 경과에 의해 계약내용이 결정

4) 서돈각·정완용, 『상법강의(下)』, 법문사, 2000, p.372

5) 일본에서 고지의무위반의 효과로 보험계약을 당연무효로 규정하였던 것을 1969년의 상법개정으로 보험자에게 계약해제권을 부여하는 것으로 변경한 것은 만약 무효로 하면 당연히 보험자가 수수한 보험료를 부당이득으로서 반환해야 하므로 계약체결에 소요된 비용은 보험계약자·피보험자의 불법행위성립이외에는 이를 전보(填補)받을 방법이 없고 또 이 청구권이 성립한다고 하더라도 그 금액은 극히 적은 금액에 불과할 뿐이라는 것을 고려한 때문이다. 또한 신의칙 내지 선의성을 무시한 보험계약자를 제재하여 형평을 도모해야 한다는 취지도 반영한 것으로 본다(倉澤康一郎, 전거서, pp.276-279).

되는 것을 그 본질로 하기 때문에 당사자는 그 우연성을 좌우하는 사실의 인식에 있어서 또는 그를 좌우하는 행동의 자유에 있어서 상호간 상대방에 대하여 공정한 태도를 취할 것이 요청되고,⁶⁾ 상대방에게 자기의 유리한 지위를 부당하게 이용하지 않을 것이 필요하다.⁷⁾

이러한 보험계약의 선의성은 계약체결에서는 고지의무의 이행요구로 나타나게 된다(선의계약설)⁸⁾. 보험계약이 대표적인 사행계약이면서도 보험계약자와 보험자간에 비교적 장기간 계약관계를 유지하는 이른바 계속적 계약이라는 점, 나아가 계약당사자간의 긴밀한 협조와 신의칙 준수로만 양 당사자간의 형평이 달성된다는 점을 모두 고려하면 위험의 개연을 측정이라는 기술적 요청만으로는 보험계약상의 고지의무를 명확히 설명할 수 없으므로 선의계약설이 타당하다고 본다. 즉, 보험계약에 필요한 정보를 수집하기 위해 보험자 스스로 자발적인 조사를 할 수도 있으나, 보험계약자가 그 정보를 감추려고 마음을 먹기만 한다면 이는 거의 불가능해지게 되기 때문에 선의계약성, 신의칙에 근거하여 보험계약자측의 고지의무이행을 기대할 수 있게 된다는 것이다.

3. 고지의무의 당사자

가. 고지의무자

보험계약상 고지의무는 보험계약자와 피보험자가 부담한다(상법 제651조).⁹⁾ 같은 보험계약에 있어서 보험계약자가 다수일 경우에는 각 보험계약자가 모두 고지의

6) 특히 생명보험이나 상해보험계약과 같이 신체의 이상 유무에 관해서는 보험계약자 이외에는 잘 알지 못하는 경우가 많다는 점에서 보험자는 계약체결에 필요한 정보를 보험계약자에게 의존할 수밖에 없다는 것을 고려해야 한다(田中誠二, 『新版 保險法』, 千倉書房, 1975, p.263); 同旨:西島梅治, 『保險法』, 摩書房, 1975, p.75.

7) Edwin W. Patterson, *Essentials of Insurance Law*, 2d., 1958, p.378; 倉澤康一郎, 전게서, p.272; 정찬형, 「고지의무」, 『월간고시』, 1994. 6, p.75; 김시수, 「보험사고의 발생과 고지의무위반의 인과관계」, 『사법행정』, 1993. 7, p.37.

8) 김성태, 「고지의무제도의 선의성」, 『손해보험』, 1995. 1, p.5; 倉澤康一郎, 『保險契約法の現代的課題』, 成文堂, 1978, p.35.

무를 진다. 보험계약이 대리인에 의해 체결되는 경우에는 그 대리인을 기준으로 이 의무위반 여부를 판단한다(상법 제646조, 민법 제116조).¹⁰⁾

다만, 대리인에 의해 고지할 때에는 대리인 자신이 알고 있는 사실뿐만 아니라 본인이 알고 있는 사실도 고지해야 한다.¹¹⁾ 보험중개인이 보험계약자로부터 위임을 받아 보험계약을 체결하는 경우라면 그 보험중개인도 보험자에게 중요한 사항을 고지할 의무가 있다.

나. 고지수령권자

고지의무자가 고지해야 할 상대방은 보험자나 보험자를 위해 고지를 받을 대리권을 가지고 있는 자이다. 계약체결에 있어서 보험자를 보조하는 자가 고지의 수령에 있어서 보험자를 대리하는 권한을 가지는가에 대해서는 그 자와 보험자와의 사이에 수권관계(授權關係)가 있는지의 여부에 의해 판단해야 한다. 그리하여, 보험자의 대표기관이나 지배인, 부분적 포괄대리권을 가진 영업사용인, 계약대리상은 고지수령권을 가지나, 일반적인 회사 직원이나 중개대리상은 고지수령권이 없고 보험중개인도 대리권 수여가 없는 한 고지수령을 할 수 없다. 생명보험의 경우 피보험자의 신체검사를 하는 보험의(保險醫)는 위험측정자료를 보험자에게 제공하는 보험자의 보조자로서 보험계약체결권은 없으나, 고지수령권은 가지고 있다고 해석한다.¹²⁾ 보험모집인은 보험계약의 체결을 중개하는 사실 행위만을 하는 사람이라는 점에서 고

9) 손해보험에서 보험금청구권을 가지는 피보험자, 특히 타인을 위한 손해보험계약에서의 피보험자가 고지의무를 부담하는가에 대해 의문이 있을 수 있으나, 법문의 규정에서 볼 때 이를 제외할 수는 없을 것이다. 일본에 있어서는 피보험자를 고지의무자로 규정하지 않아 이를 입법상의 과오로 볼 것인가에 대해 논란이 있으나, 타인을 위한 보험계약체결이 수익자가 알지 못하는 사이에도 성립할 수 있다는 전제하에 대체로 법문(法文) 그대로 해석하고 있다.

10) 김영선, 「告知義務制度」, 고시계, 1982.1, p.56.

11) 권혁재, 「保險契約上の告知義務」, 『재판자료』, 제53집, 법원행정처, 1991, p.174.

12) 정찬형, 「고지의무」, 『월간고시』, 1994. 6, p.79

그러나, 보험계약체결대리권을 지니고 있다면 고지수령권은 계약체결대리권에 포함되는 것으로 볼 수 있으므로 고지수령권을 반드시 가진다고 해야 할 것이다(田康平, 「現代保險法」, 文眞堂, 1985, p.51 참조).

지수령권을 인정할 수 없다.¹³⁾

보험계약자가 고지수령권 없는 자에 대하여 고지를 하여도 그에 의해 당연히 보험자에 대하여 대항할 수는 없고 그 자가 보험자나 그 대리인에게 그 내용을 전달한 경우에만 대항할 수 있다. 따라서, 이 때의 회사직원, 보험모집인, 중개대리상, 보험중개인등은 보험계약자의 통지를 전달하는 일종의 사자(使者)에 불과한 법적 지위에 있다. 다만, 보험모집인이 고지 수령하는 경우와 같이 표현대리(表見代理)의 법리로도 보험계약자의 신뢰가 보호되기 어려운 문제는 발생하므로 고지수령권의 수권관계를 명확히 하는 안전 장치를 시급히 마련해야 할 것이다.¹⁴⁾

4. 고지의무의 대상(고지의무의 수동화경향)

고지의무의 대상은 보험계약체결에 있어서 중요한 사항(material facts)이다. 중요한 사항이란 만일 보험자가 이것을 안다면 계약을 맺지 않거나 적어도 같은 조건으로는 계약을 맺지 아니할 것이라고 인정될 수 있는 사실이다.¹⁵⁾

- 13) 양승규, 「보험모집인에 대한告知의 효력」, 『보험학회지』, 제17집(서든각 박사 화갑기념호), 1993, p.181; 대법원도 「보험회사의 외무사원에게 기왕 병력(病歷)을 말한 것만으로는 보험자에 대한 고지라 할 수 없을 뿐만 아니라, 보험가입청약서에 기왕 병력이 없다고 기재되어 있는 점으로 보아 병력을 고지하지 아니한 것이 분명하다 할 것이다.」라고 판시하고 있다(1979.10.30 선고 79다1234판결(법원공보 1980. 1. 1.(623), p.12336)).
- 14) 보험계약자의 부도덕한 도박적 행위에는 엄격히 법적 대처를 해야 하는 것이지만, 일반적으로 보험모집인이 보험계약체결의 대리권까지 있다고 오인하는 사람이 많은 것과 같이 이러한 오인에 기인한 보험계약자의 피해는 속출할 것이며 실제로 보험계약을 둘러싼 분쟁의 많은 부분이 이러한 보험계약체결과정의 법률적 문제에서 발생한다. 우리 상법 제651조 단서가 보험자가 고지사항을 알고 있었거나 중과실로 알지 못했다면 계약해지를 할 수 없게 하는 것도 보험계약자보호의 필요성을 고려한 것이다. 그러나, 이러한 정도로는 고지수령권의 법리에 무지한 보험계약자를 보호하기에 매우 부족하다고 생각된다.; 渡 剛庸, 「外務員の惡意」, 別冊『ジュリスト』 第79號, 1988. 6, p.119, 川又良也, 「外務員の告知受領權」, 別冊『ジュリスト』 第79號, 1988. 6, p.79 참조.
- 15) 서울고등법원 1974.7.11. 74나194 판결; 중요한 사항인가 아닌가는 객관적으로 판단할 것이고 계약당사자가 그 상황에서 어떻게 판단하였는가의 주관적인 기준으로 정하는 것이 아니다(田村諄之輔, 「現代法 講義:保險法·海商法」(補訂제2版), 靑林書院, 1997, p.54).

보험자가 보험사고의 발생과 책임부담의 확률을 측정하여 계약의 체결여부나 보험료액의 여하를 결정함에 있어서 영향을 미칠 수 있는 사실이 구체적으로 어떠한 사항인가는 사실 문제에 속한다.¹⁶⁾ 따라서 고지할 중요사항은 구체적으로 보험계약의 종류마다 달라질 수 있다. 생명보험에서 중요한 사항은 피보험자의 기왕증, 현재증 기타의 건강상태, 연령, 직업 및 생활환경과 피보험자의 부모의 생존여부 등이고,¹⁷⁾ 손해보험의 경우에는 이전의 보험계약의 청약에 대한 거절¹⁸⁾, 보험자에 의한 보험계약의 해지, 다른 보험계약의 존재¹⁹⁾ 또는 청약에 관한 사항도 중요한 사항이 될 수 있다.²⁰⁾ 자동차보험에서는 보험계약청약자가 알고 있는 사실로 자동차를 운전할 남편의 사고경력도 보험자에게 고지해야 할 중요한 사항이고²¹⁾, 피보험자동차의 유상운송 여부도 중요한 사항에 속한다.²²⁾ 이와 같이 보험계약자나 피보험자가 고지할 사항은 위험 측정상 중요한 사항이라고 하나 구체적으로 어느 것

16) 양승규, 「書面に記載한告知事項의虛偽記載와因果關係不存在의立證責任」(판례평석), 손해보험, 1994.2, p.28.

17) 양승규, 「판례교재 보험법·해상법」, 법문사, 1984, p.77.

18) Locker and Woolf, Ltd. v. Western Australian Insurance Co., Ltd.[1936], 54Ll.L.Rep.211.

19) 타 보험계약의 존재를 고지해야 하는가에 대해서 이론이 있을 수 있으나 보험계약약관상 이를 명시하는 경우도 많다. 특히 생명보험과 상해보험의 경우 보험계약자측의 도덕적 위험을 회피하기 위해서도 이러한 약관은 유효하게 보아야 할 것이다(洲岐博史, 「他保險契約の告知義務·通知義務」, 民商法雜誌, 제114권 제4·5號, 1996.8, p.662; 해외여행자상해보험계약을 체결함에 있어서 중복계약의 경우에는 이를 고지해야 할 의무를 부과한 약관에 있어서 이러한 복수계약자체가 보험계약자의 선의성을 의심케 하는 면이 있다는 점에서 그 유효성을 인정하는 견해로 生田治郎, 「東京高等裁判所 平成 11월 7일 제12민사부판결 평석」, 判例タイムズ, 821號, 1993.9.25, p.175); 같은 견해로 中西正明, 「他保險契約の告知義務·通知義務」, 別冊『ジュリスト』, 121號, 1993, p.129; 반대의 견해로는 山本哲生, 「傷害保險における他保險契約の告知·通知義務違反による解除」, 『ジュリスト』, 1045號, 1994. 6. 1, p.131.

20) OLG Hamburg 1931. 1. 30 VA 1931 S. 25-26 Nr.2253.

21) Dunn v. Ocean Accident and Guarantee Co., Ltd.[1933] 47 Ll. L.Rep. 129; 영미법의 경우에는 위험을 감소시키는 사실과 보험자가 알거나 아는 것으로 간주되는 사실은 고지할 필요가 없다(Robert M.Merkin, "Insurance Contract Law", 1992, A. 5.5.-01,02).

22) 양승규, 「서면에 기재한 고지사항의 허위기재와 인과관계 부존재의 입증책임」, 『손해보험』, 1994. 2, p.29.

이 그에 해당하는지를 보험에 관한 전문가가 아닌 일반인이 쉽게 알 수는 없다.²³⁾ 그리하여 보험계약에서는 일반적으로 보험계약청약서의 질문란을 두어 고지해야 할 사항을 열거하고 있다. 질문표는 보험자의 이익을 위한 제도이지만²⁴⁾, 또 한편 보험법과 보험계약에 관해 문외한인 보험계약자 등을 보호하는 장치도 되어야 할 것이다. 왜냐하면 어느 사실이 고지사항에 속하는가는 보험제도의 기술적 구조에 의해 객관적으로 정해지는 것이지만 보험기술에 정통하지 못한 보험계약자로서는 정확히 알기 어려운 경우가 많을 것이기 때문이다. 경우에 따라서는 보험계약자가 주관적인 사실을 고지사항에 속하지 아니하는 것으로 오인하고 고지하지 않은 경우에 있어서 이것이 객관적으로 고지사항에 해당하는 것으로 판정되어 보험계약자가 불측의 손해를 입을 염려가 있다.²⁵⁾ 대법원이 「.....보험자가 고지의무의 대상이 되는 사항에 관하여 스스로 제정한 보험청약서 양식을 사용하여 질문하고 있는 경우에 보험청약서에 기재되지 않은 사항에 대해서는 원칙적으로 고지의무위반이 문제될 여지가 없다고 할 것이므로, 보험자가 제공한 보험청약서에 당해 차량이 지입 차량으로서 지입차주에 의하여 유상운송에 제공되고 있는지의 여부에 관한 사항이 없었더라면 그 사실을 특별히 부기하지 않았다고 하여 보험계약자인 렌터카 회사에게 중대한 과실이 없다.»고 판시(1996.12.23선고 96다27971판결)한 점은 이러한 취지에서 이해할 수 있다. 우리 상법 제651조의 2는 질문표에서 질문한 사항을 중요한 사항으로 추정하여 1991년 개정 전보다는 진일보하고 있으나, 질문표의 효력에 더 강한 효력을 부여하여 보험계약자의 고지의무이행을 더욱 용이하게 할

23) 아무리 성실한 보험계약자라고 하더라도 신중한 보험자를 만족시킬 정도로 고지의무를 이행하는 것은 매우 어려울 것이다(鈴木辰紀, 「保險の現代的 課題」, 成文堂, 1983, p.147).

24) 우리 상법은 제651조의 2에서 「보험자가 서면으로 질문한 사항은 중요한 사항으로 추정한다」고 규정하여 서면으로 기재되어 질문하는 사항에 보험계약자 등이 불고지하거나 부실고지하면 보험계약자측이 중요한 사항이 아니라고 반증하지 아니하는 한 고지의무위반이 되어 보험자의 보험계약해지가 가능하다.

25) 질문표가 보험계약자의 무지(無知)를 보충하고 보험계약자를 보호하기 위해서는 질문표에 기재되지 아니한 중요한 사항이 있더라도 그 불고지는 보험계약자측이 악의로 묵비한 경우에만 의무위반으로 된다고 하는 입법례도 있다(독일보험계약법 제16조 제1항, 제18조; 스위스보험법 제4조 참조).

필요가 있다고 생각된다. 즉, 고지 요부(要否)의 판단이 잘못된 경우의 불이익을 보험계약자에게 부담시키는 것을 회피할 수 있는 제도적 장치를 시급히 마련해야 한다. 1991년 상법개정 이후 현재 질문표에 기재된 사항은 보험계약상 중요한 사항으로 추정하는 정도의 효력이 부여되고 있지만, 이러한 자발적인 고지제도 보다는 수동적인 고지제도를 채택하는 것이 보험계약자에게는 유용하다. 그리하여 보험자가 보험계약자에게 적극적으로 질문하면 계약자는 그에 응답할 의무를 부담하게 하고 보험자가 문서로 구체적으로 질문한 사항만을 '중요사항' 이라고 하여 이 질문표에 기재된 사항에 한해서만 고지의무위반을 주장할 수 있게 하는 것이 입법적으로 검토되어야 한다. 이는 질문표에 법률적 추정력을 인정하는 정도보다 진일 보하는 것으로 질문표에 기재된 사항만 고지의무 대상으로서의 중요한 사항이 된다는 실체적 효력(의제적 효력)을 부여하는 방안이다. 만약, 이러한 방안이 실현된다면 보험자가 서면상 열기(列記)한 사항이 아니면 상법 제651조의 계약해지권을 행사할 수 없게 되고 고지의무는 실질적으로 보험계약서 기재사항에 대한 응답의 무로 수동화하게 된다.²⁶⁾ 이 경우, 특정의 보험계약자·피보험자의 위험에 관해서는 보험자가 탐색하여 질문하기 어려운 경우도 발생하겠지만, 이러한 난점은 보험 기술적방법으로 극복할 수 있을 것이다.

5. 고지의무위반의 요건

보험계약에서의 불량위험을 배제하기 위한 고지의무제도의 취지에 충실하기 위하여, 고지의무의 요건으로 객관적으로 사실과 다른 고지가 이루어지기만 하면 고지의무가 위반되었다고 보려는 객관주의적 입장도 있으나,²⁷⁾ 과실 없는 보험계약자를 가급적 보호해야 한다는 관점에서는 보험계약자측의 고의나 과실을 요한다. 우리 상법도 주관주의적 입법방향을 취하여 제651조 본문에서 보험계약 당시에 보험

26) 이를 질문표의 열거적 효력이라고도 한다(김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001, p.243 참조).

27) 石田 滿, 「保險契約法の基本問題」, 一粒社, 1977, p.155.

계약자나 피보험자가 고의나 중대한 과실로 인하여 중요한 사항을 고지하지 아니하거나 부실의 고지를 한 때에 고지의무위반이 되는 것으로 규정하였다. 고지의무위반은 중요한 사항에 관한 불고지 또는 부실고지라는 객관적 요건과 보험계약자나 피보험자의 고의 또는 중과실이라는 주관적인 요건의 충족에 의해 성립되고 그 고지의무위반의 입증책임은 보험계약의 해지권을 행사하려고 하는 보험자에게 있다. 이 때 보험계약자 등의 고의라 함은 보험계약자가 중요한 사항에 관하여 알고 있으면서도 고지하지 아니한 경우와 부실의 사실을 알면서 고지하는 경우를 말한다. 중과실은 고지사항 자체를 중대한 과실로 알지 못한 경우가 아니라, 중요한 사항에 대하여 불고지나 부실고지가 있다는 것을 중대한 과실로 알지 못한 경우를 뜻한다.²⁸⁾

6. 고지의무위반의 효과

보험자는 보험계약자 등의 고지의무위반이 있으면 이를 입증하고 보험계약을 해지할 수 있다(상법 제651조 본문).²⁹⁾ 보험자는 보험사고의 발생 전후를 묻지 않고 그 계약을 해지할 수 있고 그 권리를 포기할 수도 있다. 보험자의 계약해지의 효력은 그 의사표시가 보험계약자에게 도달한 때에 생기고 보험사고가 발생한 후에 그 계약을 해지한 경우라도 보험자는 보험금액을 지급할 책임이 없고 이미 지급한 보험금액에 대해서는 그 반환을 청구할 수 있다(상법 제655조 본문). 보험자에게는 보험료청구권이 인정되고 고지의무위반자에게는 보험금청구권이 부정된다는 점에서 이는 해지의 일반적인 효과를 수정하여 보험자의 책임에 관한 한 소급적 실효를 인정하는 것이다.³⁰⁾ 이는 보험계약의 선의성이라는 전제를 무시한 위반자에 대해서는 계약의 효력을 실효케 하는 정도 이상의 제재를 가해야 한다는 점에서 그 타당성

28) 정찬형, 「고지의무」, 『월간고시』, 1994. 6, p.80.

29) 영미법(英美法)의 경우에는 부실고지(misrepresentation)는 일반적으로 계약의 취소사유가 되는데 반해, 단순한 불고지(nondisclosure)는 취소사유가 되지 않는 것이 보통이다(Raul Colinvaux, "Law of Insurance", 6th ed., 5-03.).

30) 이러한 것은 보험계약법에 있어서 해지와 해제의 상대화 내지 양자의 접근을 의미한다(암기릉, 「보험료지불의무론」, 1971, p.175 참조).

이 긍정된다. 다만, 생명보험의 경우에는 보험수익자를 위한 적립금을 보험계약자에게 지급하도록 하여(상법 제736조) 보험계약자를 상대적으로 보호하고 있다. 고지의무위반을 이유로 하는 보험자의 계약해지권은 보험자가 고지의무위반의 사실을 안 날로부터 1월, 계약이 성립한 날로부터 3년이 지나면 행사할 수 없고 보험자나 그 대리인이 계약당시에 고지의무위반사실을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 때에도 같다(상법 제651조).

Ⅱ. 인과관계의 부존재와 입증책임

1. 인과관계의 부존재

상법 제655조 단서는 고지의무위반사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 때에는 비록 고지의무위반사실이 있음에도 불구하고, 보험자가 책임을 지도록 한다.³¹⁾ 이는 보험사고가 고지사항과 인과관계가 없는 다른 사유로 생긴 경우에 피보험자나 보험수익자의 이익을 최대한 보호하는 것이다.³²⁾ 인과관계의 부존재에 관한 상법규정 적용에 있어서는 사고와 고지의무위반사실과의 사이에 전혀 인과관계가 없어야 하고 만일 조금이라도 그 사이에 인과관계를 엿볼 수 있는 여지가 있으면 여전히 보험자의 해지권행사를 허용해야 한다.³³⁾

31) 예컨대, 생명보험계약에 있어서 보험계약자가 질환증세를 묵비하여 고지의무를 위반한 경우에 그 증세가 보험사고의 발생에 대한 위험요인으로 되었을 때에는 인과관계가 인정될 수 있다. 그러나, 어떤 물건소유자가 그 물건의 도난보험에 가입하면서 부보목적의 절도를 방지하기 위한 경보장치를 설치하지 않았다고든가 경보장치의 결함을 수리하지 않았음을 고지하지 않고 후에 보험사고인 도난사고가 발생한 경우, 피보험자인 그 물건소유자가 경보장치가 작동해도 절도가 이루어졌을 것이라는 것을 증명한 때에는 인과관계가 부정된다(예컨대, 절도범이 신기술의 도움으로 절도한 경우를 가정한다.).

32) 양승규, 『보험법』, 삼지원, p.126.

33) 양승규, 『판례교재 보험법·해상법』, p.124

2. 상법 제655조 단서의 취지

상법 제651조에서는 보험계약자측의 고의나 중과실로 인해 고지의무를 위반한 때에는 보험자가 보험계약을 해지할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데, 동법 제 655조는 본문에서 보험사고가 발생한 후에도 보험자가 계약을 해지할 수 있는 예로 보험료지급지체, 위험변경증가통지해태, 고의·중과실에 의한 위험증가와 함께 보험가입자의 고지의무위반을 들면서 계약해지의 효과로 보험자는 보험금액을 지급할 책임이 없고 이미 지급한 보험금액의 반환을 청구할 수 있게 하고 있다. 그러나, 동 단서에서는 「..... 고지의무에 위반한 사실....이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였음을 증명하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.」고 규정하고 있다. 상법 제655조 단서의 취지는 보험가입자 보호의 정신에서 나온 것으로, 묵비된 사실 또는 부실고지된 사실과 보험사고간에 인과관계가 없는 경우라면 보험자에게 보험금을 지급하게 하더라도 보험자에게 의외의 불이익이 아니라는 고려에서 나온 것이다.³⁴⁾ 보험계약자에게 고지의무위반의 사실이 있어도 보험사고와의 사이에 인과관계가 없다면 보험자로서는 상대방이 고지의무를 준수하였든 하지 아니하였든 불의타(不意打)를 입은 것이 아니어서 보험금 지급의무를 지도록 할 수 있다는 것이다.³⁵⁾ 다만, 고지의무위반을 이유로 하는 계약해지를 규정한 본문의 규정에 후속적으로 「....그러하지 아니하다.」고 한 단서의 뜻이 무엇인가에 대해 견해가 엇갈리고 있다. 즉, 고지의무위반을 이유로 하여 계약을 해지하더라도 보험자가 여전히 그 보험사고에 대한 책임을 질 수밖에 없다는 점은 명백하지만, 보험자의 계약해지자체가 제한되는가 하는 점(즉, 상법 제651조에서 정한 계약해지까지도 제 655조 단서에 의해 불가능하게 되는가 하는 점)은 분명하지 않다. 이는 보험계약이 하나의 보험사고로 종료되지 않고 후속적인 보험사고를 야기할 수 있는 경우에 주로 문제된다.

34) 김용균, 「보험사고의 발생과 고지의무위반과의 인과관계」, 『사법행정』, 1993. 7, p.38
 참조 ; 정진세, 「고지의무위반과 인과관계」, 『사법행정』, 1994. 10, p.80.

35) 日大審院 1929(昭和 4) 12. 21. 第3民事部 判決.

그에 대해 첫째 해지권의 제한사유로 보는 견해가 있는가 하면(계약해지 부정설),³⁶⁾ 둘째, 인과관계의 존재에도 불구하고 보험자의 계약해지는 상법 제651조에 의해 가능하고 다만 제655조 본문에 정한 해지의 효력이 제한되는 것으로 보는 견해(계약해지 긍정설)도 있다.³⁷⁾

계약해지 부정설에서는 보험계약자측의 고지의무위반으로 보험자는 보험계약을 해지할 수 있지만 상법 제655조 단서에 의해 고지의무위반사실과 보험사고간에 인과관계가 없으면 그 해지 자체를 할 수 없다고 한다. 다만, 이로 인해 선의성에 반하는 불합리한 결과가 생기는 것을 막기 위해서 인과관계부존재의 입증책임을 보험계약자가 지도록 인과관계부존재를 엄격히 인정하도록 한다.³⁸⁾

그에 반해 계약해지 긍정설은 보험계약자의 고지의무위반의 효과로 보험자는 계약을 해지할 수 있고 다만 고지의무위반사실과 보험사고간의 인과관계가 없으면 보험금 지급의무를 질 뿐이라고 한다. 상법 제655조는 보험금지급에 관한 것이고 고지의무위반을 이유로 계약해지를 규정한 것은 상법 제651조이므로 계약해지의 요건에 관해서는 제651조에 의해서만 설명하려고 한다. 또, 보험사고 후에도 보험관계가 지속될 수 있는 유형의 보험계약을 예로 들면서 계약해지제한으로 생길 수 있는 불합리한 계약존속의 문제를 막아야 한다고 주장한다.³⁹⁾

생각하건대, 상법 제651조와 제655조의 규정이 고지의무위반을 이유로 하는 계

36) 양승규, 『보험법』, p.126 ; 서돈각·정완용, 『상법강의(하)』, 1996, p.378 ; 손주찬, 『상법(하)』, 1993, p.525; 대법원도 「보험계약을 체결함에 있어 고지의무 위반사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였다는 점, 즉 보험사고의 발생이 보험계약자가 불고지하였거나 부실고지한 사실에 의한 것이 아니라는 것이 증명된 때에는 상법 제655조 단서의 규정에 의하여 보험자는 위 부실고지를 이유로 보험계약을 해지할 수 없는 것이지만.....」이라고 판시하고 있다(1994. 2. 25 선고 93다52082판결).

37) 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 ; 보험감독원 분쟁조정국, 『보험분쟁조정평설집(손해보험편)』, 1994.12, p.349 ; 보험감독원, 『생명보험분쟁조정례집 제2집』, '90. 12, p.139(93조정-31) 등.

38) 양승규, 「주운전자의 부실고지와 보험사고와의 인과관계」, 『법률신문』, 제2300호, 1994. 4. 4, p.15 참조.

39) 정찬형, 전게서, p.76-77.

약해지와 그 해지의 효력을 각각 정하고 있다는 체계상의 위치를 보거나, 보험사고 발생시 보험금을 지급하더라도 계약은 여전히 지속되는 보험계약에서 고지의무위반이 있음에도 인과관계의 부존재를 이유로 계약해지를 못하게 한다면 선의성을 위반한 보험계약자를 지나치게 보호하는 것이 된다는 점에서 계약해지 긍정설이 타당하다고 할 것이다.⁴⁰⁾

3. 입증책임

상법 제655조의 고지의무위반사실과 보험사고발생간의 인과관계에 관해서는 그 존부의 문제 이외에도 보험자와 보험계약자 중에서 누가 어떤 사실을 증명해야 할지, 그 증명은 어느 정도로 요구되는지가 문제로 된다.

(1) 누가 입증책임을 져야 하는가에 대해서는 민사소송법상의 법률요건분류설에 의하면 보험자가 보험계약자측의 고지의무위반사실을 증명하여 그를 이유로 하여 보험금의 지급을 거절하는 때에는 그 반대요건을 주장하는 보험계약자측이 고지의무위반의 대상이 된 사실과 보험사고발생간에는 인과관계가 부존재한다는 사실을 입증하여야 한다. 즉 보험사고와 고지의무위반사실 사이에 인과관계가 없다는 사실은 보험계약자의 입증부담으로 된다.⁴¹⁾ 이러한 입증책임을 당사자간의 특약(약관)에 의해 보험자가 부담하기로 하는 것은 사적자치원칙에 의해 얼마든지 가능하다.⁴²⁾

(2) 인과관계부존재의 입증책임정도에 있어서는, 매우 엄격한 증명을 요한다고 해야 한다. 왜냐 하면 고지의무위반의 사실과 인과관계가 없는 보험사고에 대하여도 본래 보험자가 고지의무의 위반을 이유로 보험금 지급책임을 면할 수 있었던 것

40) 참고로 독일의 보험계약법 제21조는 보험계약자의 고지의무위반의 효과로 계약해제를 정하고 있는데(이 점이 우리 상법제655조와 다른 점이다.) 고지의무위반사실과 보험사고발생간에 인과관계가 부존재하더라도 계약해제가 가능하도록 하고 있다.

41) Bruck-Möller, Kommentar zum VVG, 8. Aufl., 1980, S.353, Anm. 11; Prölss-Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 24. Aufl., 1988, S.167, Anm. 4.

42) 생명보험표준약관 제8조 3 참조.

인데, 그 해지전에 보험사고가 발생하였다는 우연한 사정에 의하여 상법 제655조 단서의 규정으로 책임을 지게 되었기 때문이다(보험계약해지 긍정설의 입장).⁴³⁾

4. 판례 등의 태도

가. 인과관계의 존부에 대한 판례의 태도

고지의무위반의 사실과 보험사고발생간 인과관계에 대해 판례는 대체로 동 제 655조 단서를 엄격히 해석하려 하고 있다. 관련된 사례를 보면 다음과 같다.

(1) 인과관계를 인정한 사례

① 주운전자의 한 쪽 눈이 실명된 사실을 고지하지 않은 피보험자가 화물자동차를 야간에 운전하다가 사고를 당한 경우에 보험계약자의 고지의무위반사실과 보험사고간에 인과관계가 있는가에 대해서 대법원은 「고지의무위반사실과 공제사고발생과의 인과관계의 존재를 조금이라도 엿볼 수 있는 여지가 있으면 고지의무위반을 이유로 한 공제자(보험자:집필자 주)의 계약해지권을 제한하여서는 안된다」고 전제한 뒤 「한쪽 눈의 실명상태에서 나머지 한쪽 눈만으로 화물자동차를 운전하여 야간에 고속도로를 운행하는 것이 양쪽 눈을 모두 사용하는 경우에 비하여 시야가 제한되고, 거리측정 및 균형감각의 유지에 지장을 줄 수 있음은 물론 피로가 쉽게 누적될 수 있을 것임은 경험칙상 충분히 인정될 수 있」므로 제1종면허를 받을 수 없는 것인데도 제1종면허로만 운전할 수 있는 이 사건 차량을 운전하는 것은 일응 사고발생방지를 위해 법령이 금하고 있는 행위를 하는 것이어서 그 자체로 사고발생에 영향을 미치는 것이라고 보여지고, 이 사건 사고의 내용이 상대방의 과실이 전혀 개입되지 않은 망인의 과실만에 의한 추돌 사고인 점에 비추어」 보험사고의 발생과 고지의무위반사실과의 사이에 인과관계를 인정하고 있다(1997.10.28선고 97다33089판결).⁴⁴⁾

43) 이규성, 「고지의무위반과 인과관계」, 『보험조사월보』, 제17권 제3호, 1994, p.11.

44) 판례공보 1997. 12. 1.[47], p.3640.

② 생명보험계약의 계약자가 접대부로 일하는 자신의 직업을 가정주부라고 허위로 기재한 경우에 그 고지의무위반사실과 보험사고간의 인과관계가 있는가에 대한 사안에서 대법원은 「..... 만일 그 인과관계의 존재를 조금이라도 규지(窺知)할 수 있는 여지가 있다면 위 단서(상법 제655조 단서:집필자 주)는 적용되어서는 안 될 것」이라고 하고 「위 보험계약자가 '서태원' 이라는 요정에 위와 같은 기간동안 접대부로 일한 바 있다는 내용의 동료 종업원의 확인진술.....그 기재내용만으로는 곧 바로 위 보험계약자가 이 사건 사망당시에도 접대부로 종사하지 아니하였다고 인정하기에는 부족한 것이고,만일 위 보험계약자가 사망직전에도 계속 접대부로 종사하고 있었다면, 그의 사망사고가 비록 우연한 교통사고로 인한 것이기는 하지만, 그 발생시각이나 장소 등 특수한 사정으로 미루어 볼 때 접대부의 종사활동에 기인한 것이라고 볼 여지가 충분하고, 이러한 경우 위 사고의 발생과 이 사건 보험계약 체결상의 피보험자 직업에 관한 고지의무위반사실과의 사이에 전혀 인과관계가 존재하지 아니한다고 단정할 수는 없다 할 것이다...」라고 판시하였다(1992.10.23선고 92다 28259판결).⁴⁵⁾

③ 일본에서는 생명보험계약자(이며 동시에 피보험자)가 자신의 매독성 척수염을 고지하지 아니한 고지의무위반사실과 보험사고간의 인과관계가 존재하는가에 대한 판단에서 대심원은 「...위 단서를 적용함에는 사고와 부실고지 또는 불고지한 사실과의 사이에 전연 인과관계가 없는 것을 필요로 하고 만약 조금이라도 그 사이에 인과의 관계를 규지할 수 있는 여지가 있으면 위의 단서는 ...적용해서는 안되는 것은 말할 것도 없...」다고 하고 「원판결은 보험계약자이며 또한 피보험자의 ...사망은 계약체결에 있어서 고지하지 않은 기왕증인 매독성 척수염과 하등의 관계없는 요독성에 인한 것으로서 기왕증을 고지하지 않은 사실과 사망과의 사이에는 인과관계

45) 법원공보 1992, 12. 15(934), p.3227. 이 판결의 인과관계인정에 대한 긍정적 견해로는 양승규, 「고지의무위반과 인과관계의 부존재」(판례평석), 『손해보험』, 1993. 2, p.23과 김용균, 「보험사고의 발생과 고지의무위반과의 인과관계」, 재판연구관 세미나자료, 1992하반기(제18호), p.382; 비판적 견해로는 정진세, 「고지의무위반과 인과관계」, 『사법행정』, 1994. 10, p.82(「...일반적으로 가정주부와 유흥업소에 나가는 부녀의 경우 위험에 노출되는 정도는 다르게 취급되어 보험한도액, 보험료 등에 차이를 두고 있다고 하더라도, 접대부가 주부보다 보행중에 교통사고로 사망할 위험이 더 크다고 할 수 없다...」고 한다.).

가 없다고 판시하였지만 그 후단에 있어서 매독성 척수염에 걸린 자가 요독증에 의하여 사망하는 경우에는 통상 사기(死期)를 앞당기는 사실이 있음을 인정한다. 과연 그렇다면 당해 기왕증은 ... (피보험자)의 사망과 전연 인과의 관계가 없다고 단정할 수 없다. 왜냐하면 생명보험의 견지에서 본다면 사망이라고 하는 것 가운데는 사기(死期)의 여하도 포함하여 풀이하여야 하기 때문이다....」라고 하였다(1929(소화4).12.11 판결). 또, 생명보험의 계약자가 계약체결당시 임신3월이었고 그 전에 2년간 만성염기담아 및 기관지가담아를 앓은 사실을 고지하지 않아 고지위반이 성립한 후 불고지의 질병과 전혀 다른 독립의 급성질환에 속하는 급성늑막폐렴으로 사망한 경우에도 대심원은 「...그 기왕증이 있고 임신중인 사실은 보통의 건강체로서 임신중이 아닌 자에 비하여 질환에 대하여 저항력이 약하고 사(死)의 전귀(轉歸)를 초래할 염려가 없다고 보장할 수 없다.....」고 하여 인과관계를 인정하고 있다(1936(소화11). 2. 19판결).

나. 인과관계를 부정한 사례

손해보험분쟁조정위원회는 농산물운송에 주로 사용하는 자동차에 대한 자동차종합보험계약에서 피보험차량의 주운전자를 허위로 부실고지한 후 보험사고가 발생한 사건에서 「자동차종합보험계약에서 피보험차량을 甲이 주로 운전하면서 농산물 운반에 사용되어 온 사실이 인정되고, 그 사실에 비추어 그 계약체결당시 주운전자를 갑(甲)으로 선정고지 하여야 함에도 을(乙)로 부실고지한 사실을 엿볼 수 있으나, 갑(甲)이 운전하다가 일어난 사고와 주운전자를 부실고지한 사실과는 인과관계가 성립한다고 보기 어렵다.」고 하였다(손해보험분쟁조정위1993.7.5.결정, 사건 93-43).⁴⁶⁾

(1) 인과관계의 입증책임에 대한 판례의 태도

고지의무위반사실과 보험사고발생간 인과관계 입증에 대해 판례는 보험자가 그

46) 이 결정에 대한 비판으로는 양승규, 「주운전자의 부실고지와 보험사고간의 인과관계」, 『손해보험』, 1993. 8, p.37.

적극적 존재사실을 입증해야 하는 것이 아니라 보험계약자측이 고지의무위반사실과 보험사고간의 인과관계가 존재하지 않는다는 소극적 사실을 입증해야 하는 것으로 판단한다.

① 개인용 자동차운전종합보험계약의 보험계약자가 보험료를 적게 부담할 생각으로 타인을 주운전자로 허위 고지한 후 보험사고가 발생한 사건에서 고지의무위반과 보험사고간의 인과관계입증책임의 문제에 대해 대법원은 「보험계약을 체결함에 있어 고지의무위반사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였다는 점, 즉 보험사고의 발생이 보험계약자가 불고지하였거나 부실고지한 사실에 의한 것이 아니라는 것이 증명된 때에는 상법 제655조 단서의 규정에 의하여 보험자는 위 부실고지를 이유로 보험계약을 해지할 수는 없는 것이지만, 위와 같은 고지의무위반사실과 보험사고발생간의 인과관계 부존재의 점에 관한 입증책임은 보험계약자에게 있다고 할 것이므로소외 갑(甲)이 피고의 명의로 승용차를 구입하고 피고를 대리하여 원고와의 사이에 위 승용차에 관한 개인용자동차운전종합보험계약을 체결하면서 위 승용차의 주운전자가 26세의 미혼인 소외 갑(甲)임에도 보험료를 적게 부담할 생각으로 위 승용차를 운전하지 아니할 46세의 기혼자인 소외 을(乙)로 고지하였고, 위 갑(甲)(계약체결대리인)은 사고당시 27세의 친구인 소외 망 병(丙)으로 하여금 위 승용차를 운전하게 하여 병문안을 가던 중 ...경부고속도로상에서 중앙분리대를 넘어 트럭과 정면충돌하여 7인이 사망한 사례에서 「...피고의 고지의무위반사실과 사고발생간에 인과관계가 부존재한다고 할 수 있기 위해서는 보험계약자인 피고로서는 이 사건 사고가 사고당시 운전자의 운전활동과 전혀 무관하게 이루어진 것이라는 점을 적극적으로 입증해야....한다」고 하였다.(1994.2.25 선고 93다52082판결⁴⁷⁾).

② 자동차보험계약의 보험계약자가 피보험차량의 용도가 유상운송용임에도 불구하고 무상운송이라고 허위기재하여 보험계약을 체결한 후 보험사고가 발생하여 그 고지의무위반사실과 보험사고간의 인과관계 입증이 문제된 사안에서 대법원은 「.....(보험계약자) 000(이하 甲)는... 소외 대원철강주식회사대리점에서 철근 중간

47) 법원공보, 1994. 4. 15(966), p.1098. 이 판결에 대해 지지하는 견해로는 양승규, 「본판결평석」, 『법률신문』 제2300호, 1994. 4. 4, p.12 ; 김성태, 「본판결평석」, 『법률신문』 제2333호, 1994. 8. 8, p.15이 있다.

상을 하던 자로서 위 차량도 철근운반에 쓰기 위하여 구입한 것인 사실, 甲은 위 차량을 주로 대원철강대리점 구내에 주차시켜 두고 동생(乙)을 운전사로 고용하여 위 甲이 스스로 주문받은 철강을 배달해 주는 한편 자체수송수단을 갖고 있지 않은 대원철강으로부터 운임을 받고 대원철강대리점이 거래처에 운송하여 주는 일을 지속적으로 한 사실, 위와 같은 甲과 乙의 대원철강과의 관계 및 이 사건 사고차량이 거의 전적으로 대원철강과의 관계 속에서 운행되는 점 때문에 위 甲은 이 사건사고 후 원고회사 부친지점에 사고신고를 하면서 피고와 운전사인 소외 乙이 모두 대원철강의 사원인 것으로 신고한 사실을 인정하고, 이에 의하여 이 사건사고차량의 실질적 소유자로서 피고를 대리하여 이 사건 보험계약을 체결한 위 甲은 보험계약을 체결할 당시 위 甲 자신의 철근중간상으로서의 업무에 이용된 한편 대원철강의 철근을 유상으로 운송해 주는 업무에도 계속적으로 이용되리라는 점을 알면서도 이 사건 사고차량이 유상운송에 사용되지 않는다고 사실과 다르게 고지한 것이고 ... 이로 인하여... 고지의무를 위반하였다는 이유로 계약해지를 할 수는 없다고 한 점은 보험계약자인 피고가 이를 주장, 입증하여야 할 것.....」이라고 하였다(1993. 4. 13선고 92다52085, 52092판결⁴⁸⁾).

인과관계의 존부나 그 입증책임에 대한 판례의 이러한 태도는 현행 상법규정상의 문제를 가급적 최소화하려는 노력으로 긍정적으로 평가된다고 할 것이다.

Ⅲ. 상법 제655조 단서에 대한 비판

상법 제655조 단서에서는 고지의무에 위반한 사실과 보험사고의 발생간에 인과관계가 존재하지 않는다면 보험자는 여전히 책임을 진다고 규정하고 있으나 이 규정은 재검토의 여지가 있다고 본다.⁴⁹⁾

48) 판례공보 1997. 6. 1(945), p.1389.

49) 同旨, 김시수, 「보험계약에 있어서의 고지의무」, 『사법논집』, 제10집, p.334에서도 상법의 이 규정에 대해 비판하면서 입법적으로 이를 폐지하거나 해석론적 견지에서 이 예외 규정을 가능한 한 엄격하게 해석, 적용해야 한다고 한다.

이에 관해서는 이미 앞에서 이 규정의 적용을 제한할 필요가 있다는 점을 언급하고 판례도 또한 그러한 태도를 보이는 점을 설명한 바 있다. 그러나, 인과관계를 넓게 해석하려 하거나⁵⁰⁾ 인과관계에 대한 입증책임을 보험계약자에게 부담시킨다고 하더라도 인과관계가 객관적으로 부정될 수밖에 없는 사물구조를 지닌 경우에는 어쩔 수 없이 불합리한 결과를 낳는다. 나아가 인과관계문제를 입증책임분배로만 해결하려는 시도는 인과관계해석에 대한 끊임없는 비판⁵¹⁾을 면할 수 없다는 결함을 지니고 있을 뿐만 아니라 왜 인과관계부존재로 인해 고지의무위반의 효과가 제한되어야 하는가의 본질적인 의문을 여전히 남기고 있다. 그리고 인과관계에서는 전부 아니면 전부(all or nothing)라는 판단밖에 없기 때문에 그 어느 쪽으로 결정되는가에 따라 계약당사자가 전혀 반대의 이해관계에 선다는 점에서 이를 재검토할 실천적 필요성도 있다.⁵²⁾ 이를 여러 가지 쟁점으로 나누어 검토한다.

1. 보험계약의 선의성

보험계약은 최대선의계약(a contract of uberina fides; utmost good faith)이다. 이는 보험계약이 보험계약당사자의 윤리성, 선의성을 기초로 하여서만 성립되고 존속될 수 있는 사행계약이기 때문이다.⁵³⁾ 보험계약의 선의성은 일반적으로 권리의무의 당사자가 부담하는 신의성실의 의무(민법 제2조 제1항)가 사행계약성, 계속적 계약성의 특징으로 인해 보다 강화된 것이라고 이해된다. 이때 선의성의 개념요소에는 각 계약당사자가 개인적으로 알고 있는 것을 숨겨서 타인이 그 사실을

50) 앞의 대법원 1994.2.25 선고 93다52082(법률신문 제2298호(1994.3.24), 8면)등 판례 참조.

51) 예컨대, 정진세, 전거서, p.84에서는 대법원 1993.4.13선고 92다 52085, 52092판결에서의 인과관계인정에 대해서 ‘...주운전자의 고지가 중요한 사항이라고 하지만 그 부실 고지가 사고발생시에 보험금의 지급을 전연 거부하게 할만큼 중요한 사실이라고 하는 것은 주운전자 이외의 자가 운전한 경우에도 부보되는 이 사건과 같은 보험에 있어서는 지나친 데가 있다...’고 비판하고 있다.

52) Hans Leo Weyers, VersicherungsVertragsrecht, 2. Aufl, Luchterhand, 1995. S.125.

모르게 하거나 그 반대의 사실을 믿고서 거래하게 해서는 안된다는 취지를 포함한다.⁵⁴⁾ 사색(speculation)의 소산으로서의 보험계약에서 위험에 관한 자료가 되는 사실은 보험계약의 중요한 요소를 이루므로 이는 철저히 파악되어야 한다.⁵⁵⁾

그러나, 보험사고의 원인이 될 수 있는 특별한 사실은 대체로 보험계약자만 알고 있다. 보험자는 보험계약자의 표시만을 믿고 보험계약자가 위험측정에 관한 보험자의 인식을 그르치게 하지는 않을 것이라는 신뢰 위에서 계약을 체결할 수밖에 없을 것이다. 따라서, 보험계약자는 보험자가 직면할 수 있는 장래의 잠재적인 위험(risk)이나 보험자가 인수여부를 결정함에 유용한 자료, 기타 보험계약자가 지급해야 할 보험료액을 결정함에 영향을 줄 수 있는 사정을 진실하게 보험자에게 진술했어야 한다.⁵⁶⁾ 만약, 그 사실의 은폐가 비록 사기나 고의에 해당하지는 않는다고 하더라도 적어도 과실로 일어났다면 그 보험계약에서의 보험자의 의사표시는 결합있는 의사표시가 될 수 있는 것이다. 보험계약자의 성실한 고지의무이행에 의해서만 보험계약자와 보험자의 지식은 공유될 수 있고,⁵⁷⁾ 양 당사자는 비로소 평등한 입장에

53) 이 점에 관하여 영국해상보험법 제17조는 「...해상보험계약은 최대선의의를 기초로 한 계약이고 만약 최대선의의가 당사자의 일방에 의해 준수되지 않은 경우에는 계약은 상대방에 의해 취소될 수 있다.」고 하고 있고, 제18(1)조는 「별도의 규정이 있는 경우를 제외하고 피보험자는 자기가 알고 있는 모든 중요사항을 계약이 성립하기 전에 보험자에게 고지하여야 하고 이때 피보험자는 통상의 업무상 마땅히 알아야 하는 모든 사항을 알고 있는 것으로 간주한다. 피보험자가 그러한 고지를 하지 않은 경우에는 보험자는 계약을 취소할 수 있다.」고 정하고 있다. 영국의 보험계약에서는 이러한 보험계약의 선의계약성을 근거로 고지의무에 있어서 보험계약자가 알아야 했던 사실은 비록 그가 그 사실을 몰랐다고 하더라도 면책될 수 없다고 보아 보험계약자측의 탐지의무까지 부담시키고 있는 점이 특색이다. 보험계약의 이러한 최대선의의의 특색은 영국에서 수 세기동안 지속되어 온 전통으로 이해되고 있다(Rozanes v. Bowen(1928), 32 Ll. L.Rep. 98 p.102 참조).

54) Carter v. Boem(1766), 3 Burr. 1905 p.1909. 참조.

55) E.R. Hardy Ivamy, *General Principles of Insurance Law*, 5.ed., Butterworths, 1990 참조.

56) Brownlie v. Campbell(1880), 5 App. Cas. 925 p.954 ; Joel v. Law Union and Crown Insurance Co., [1908] 2 K.B. 863 p.883 ; Dalglish v. Jarvie (1850), 2 Mac. & G. 231 참조.

57) Lindeneau v. Desborough(1828), 8 B. & C. 586; Joel v. Law Union and Crown Insurance Co., [1908] 2 K.B. 863, C.A. 등 참조.

서게 된다.⁵⁸⁾

이러한 점 때문에 고지의무를 위반하는 계약자측의 행위가 반드시 사행계약으로서의 보험계약의 목적을 불능으로 한다고⁵⁹⁾ 하지는 않는다고 하더라도, 사행계약의 본질을 침해하는 반신의 행위로 되고 보험사고의 발생여하라는 결과에 관계없이 그 자체만으로도 계약해지의 충분한 사유가 되어야 한다.⁶⁰⁾ 고지의무위반시 인정되는 계약해지권은 보험계약자측의 선의성, 신의성실위반의 효과로 인정되는 법정 해지권에 해당하기 때문이다. 고지의무의 근거가 보험계약의 사행계약성, 계속적 계약성에 따른 강한 신의칙에 기인하는 선의의 요청에 기인하고(선의계약설) 그 의무의 법적 성질도 계약체결상 요청되는 간접의무 내지 자기의무라는 점에서 고지의무위반자는 다른 어떤 사유에 관계없이 그 자체만으로도 제재될 충분한 이유를 지닌다. 따라서, 고지의무를 위반한 보험계약자가 존재하면 그 위반의 대상인 사실과 보험사고간의 인과관계유무에 관계없이 상대방 당사자로서의 보험자가 면책됨이 옳다.

2. 과실책임의 원리

근대 이래의 사법(私法)은 과실책임의 원리에 기초하고 있다. 자유주의·개인주의에 입각한 사적자치의 원칙을 기초이념으로 삼는 사법(私法)은 개인의 사적인 생활관계를 국가의 후견이나 간섭없이도 자유로이 형성할 수 있게 하지만, 그에 따라 자신의 고의나 과실있는 행위에 한하여 그리고 그 행위에 대해서는 엄격히 책임을 지게 된다. 그리고 그 과실행위가 결과에 무관하게 그 자체로 의무불이행을 성립시키는 것이라면 책임의 원리에 따라 엄격한 부담을 져야 하는 것이고, (과실)행위 이외의 다른 사유로써 이를 면할 수는 없는 것이다. 보험계약자의 고지의무를 과실행위 자체로 이미 위반한 것이라면 그 행위자체의 효과로서 그 의무위반자는 불이익

58) Greenhill v. Federal Insurance Co., Ltd., [1927] 1 K.B. 65 p. 76.

59) 倉澤康一郎, 『保險契約の法理』, 慶通信株式會社, 1975, p.283.

60) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, C.H.Beck, 1979, S.105 참조; 정호열, 「고지의무위반의 효과」, 『법조』, 제11호, 1984. 11, p.67 참조.

을 부담해야 한다.⁶¹⁾

본시 인과관계론은 어떤 결과에 대한 원인이 되는 행위에 대해 제재를 가하기 위하여 논하는 것인데, 고지의무위반행위는 보험사고의 발생과 무관하게 그 성립여부가 계약성립시를 기준으로 결정되는 것이므로 고지의무위반의 효과를 제한하기 위해서 고지의무위반의 사실과 보험사고간의 인과관계는 논의될 수 없다. 이 점은 고지의무위반의 대상이 되는 사실(A사실)과 보험사고발생이라는 객관적 사실(B사실)을 놓고 보더라도 A사실과 B사실간의 인과관계는 성립할 수 있지만, A사실이 B사실에 대한 원인력이 없다고 하여 A사실을 불고지한 행위(X행위)에까지 확대하여 인과관계론을 원용할 수는 없는 것이다. 따라서 예컨대, 폐암환자가 그 질병사실을 고지하지 아니하고 교통사고로 사망했다고 해서 고지의무위반사실의 하자가 치유된다는 것으로 인과관계를 논한다면 이는 과실이 있는 자는 그에 상응하는 책임을 져야 한다는 원리에도 반한다. 상법 제655조 단서에서 문제로 삼는 인과관계는 불고지 내지 부실고지와 보험사고발생사이의 인과관계인데, 이는 단지 인과관계를 보험사고 후 사후적으로 판단하는 것일 뿐⁶²⁾ 계약체결당시에 보험자가 사실대로 알았다면 보험계약을 체결하지 않았을 것이라든가 보다 높은 보험료로 위험을 인수했을 것이라는 등의 사정은 고려하지 않고 있다는 점에서 문제이다.

3. 인과관계론의 내용

본시 인과관계라 함은 2개 또는 그 이상의 사회적 사실 사이에 서로 원인과 결과의 관계가 있는 것, 즉 그 어떤 사실이 있었기 때문에 그 결과로서 어떤 사실이 발생

61) 특히 자동차책임보험의 발달과 함께 고지의무의 중요성이 강화되면서 계약을 위반하는 보험계약자는 확실히 보상의 박탈을 통해 제재될 필요가 있다.(Weyers, 전게서, S.128,131).

62) 정호열, 『고지의무위반의 태양과 효과』, 고시계 1994. 4, p.146 ; 이러한 인과관계론에서는 고지의무위반의 사실이 보험사고의 발생에 실제적·개별적으로 영향을 미쳤는가라는 구체적이고 물리적인 인과관계가 문제되는 것이 아니라, 일반적·추상적으로 판단하여 고지의무위반의 사실이 고지된 사실에 비하여 사고발생의 위험을 현저하게 변경 또는 증가시키는 것인가의 문제로만 다를 수밖에 없다는 한계까지 신중히 고려해야 한다(이균성, 전게서, p.13 참조).

하게 된 관계를 가리킨다. 이러한 인과관계의 개념에 대해서는 크게 철학, 자연과학, 규범학에서 논의되고 있으나 그 주제내용은 각각 달리하고 있다. 즉, 철학에서의 인과관계론은 인과율의 타당성을 문제로 하고, 자연과학에서는 필연적인 인과법칙(자연법칙)을 다룬다. 그에 비하여 개별적 일회적 사실의 인과적 발전(개별적 인과관계)을 취급하는 것은 규범과학(법학)으로서의 인과관계 논의에 해당한다.⁶³⁾

근대이후 규범학으로서의 법학은 인과관계를 논할 때 구체적인 외계의 변화를 중심으로 인간행동을 규율하려는 것을 논의의 목적으로 하는 바, 이는 어떤 행위자의 주관적 태도에서 벗어나 그의 행위결과에 근간을 두어 규율하는 것이 개인의 인권 보장에 부합한다고 보았기 때문이다.⁶⁴⁾ 따라서, 법학에서의 인과관계는 특정 행위가 특정 결과와 어떤 관련을 맺고 있는가에 대한 시간적·장소적으로 개별화된 개념이 되어야 한다. 예컨대, A의 B에 대한 채무불이행이나 甲의 乙에 대한 상해행위를 민사법·형사법에서 인과관계의 측면에서 논의할 때는 채무불이행이나 상해행위라는 불특정된 일반적 행위를 손해발생이나 법익침해와 관련시키려는 것이 아니고 모년 모월 모일 모시에 행해진 A의 채무불이행이나 甲의 상해행위와 그에 따른 결과간의 연관만을 밝히려는 것이다.

이와 같은 인과관계가 사법(私法)의 분야에서 문제로 되는 가장 중요한 경우는 불법행위의 성립요건으로서 「가해행위」와 「발생된 손해」와의 사이에 인과관계가 성립하는가에 관한 것이다. 그 인과관계를 「사실적 인과관계」와 「법률적 인과관계」로 나누어 각기 다른 것으로 봄이 일반적인 경향이였다.⁶⁵⁾ 여기서 사실적 인과관계라는 것은 가해행위와 손해발생간에 사실상의 원인·결과의 관계가 존재함을 말하는 것인데, 이를 자연적 인과관계라고도 한다. 이에 반하여 법적 인과관계라는 것은 사실적 인과관계가 존재하는 것을 전제로 하여 사실적 인과관계의 한없는 연쇄를 제한하려는 것이다.⁶⁶⁾

63) 中産研一, 『因果關係』, 有斐閣, 1967, p.278.

64) 井上祐司, 『因果關係와 刑事過失』, 成文堂, 1979, 23면.

65) 이상욱, 『불법행위에서의 인과관계』, 司法行政, 1990. 10, p.24; 澤井 裕, 「不法行爲における 因果關係」, 『民法講座』 第6卷, 有斐閣, 1985, p.259.

66) 김상용, 『인과관계』, 고시계, 1993. 4, p.21.

종래 위법적 인과관계의 문제로(손해배상의 범위를 정하는 기준으로서) 독일에서부터 활발한 논의를 통해 초기의 條件說 단계를 거친 상당인과관계설이 통설, 판례로 되었고, 이 견해가 우리 나라에 있어서도 통설과 판례로 정착하였다.⁶⁷⁾

그러나, 사실적 의미이든 법률적 의미이든 인과관계논의에 있어서 중심은 어떤 가해행위가 (물질적 또는 정신적)손해라는 결과에 대하여 어떤 원인력을 가지고 있느냐에 있고, 발생된 결과에 대한 원인력에 관계없이 가해행위 자체만의 반신의 행위, 위법성을 다했다는 경우에는 논의될 수 없는 성질이다.

사법상 인과관계의 개념은 결과(채무불이행이나 불법행위에서의 손해)가 반드시 전제되는 개념이다. 즉, 사법상 주로 논의되는 불법행위성립요건으로서의 인과관계는 가해자가 가해행위로 피해자에게 준 「손해의 범위」를 계산하기 위한 것이어서 손해라는 결과발생에 초점을 맞춘 개념이다. 우리 민법은 제390조에서 「채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다.」고 하고 있고, 제750조에서 「고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.」고 하여 채무불이행책임이나 불법행위책임이 성립하기 위해서는 채무불이행이나 가해행위로 말미암아 피해자에게 손해가 발생할 것을 요구한다. 따라서, 손해배상청구권이 인용되기 위해서는 채무불이행에 기한 책임이든 불법행위에 기한 책임이든, 그 어느 것이나 i) 귀책원인, ii) 손해의 발생과 함께 iii) 귀책원인과 손해발생간의 인과관계가 존재해야 한다. 이와 같이 사법상 인과율에 대한 논의는 가해행위 자체만으로는 행위자를 비난할 수 없고 그 행위가 어떤 결과를 야기하였는가를 고찰하여 그 발생한 결과(피해자의 구체

67) 박준서 외, 『주석민법』, 한국사법행정학회, 2000.3, p.132 : 그러나, 근래에 이르러서는 법률적 인과관계의 이론을 완전배상의 원칙을 민법에 규정하고 있는 독일민법하에 있어서의 특수한 필요성에 의해 발생된 독일 고유의 이론으로 보고, 손해배상의 범위에 관한 한 독일민법과는 전혀 다른 구조를 가지고 있는 우리나라 일본의 경우 해석론으로는 이 상당인과관계의 이론은 가상문제(Scheinproblem)로 이해하는 경향이 있다. 그리하여 우리 민법의 규정에서는 상당인과관계설이 별로 필요없는 이론이라고 하여 인과관계의 문제는 오로지 사실적 인과관계의 유무만으로써 해결될 수 있는 것이고, 지금까지의 소위 법률적 인과관계의 문제는 오직 손해배상의 범위에 관한 문제로서 우리 민법 제 393조의 해석문제로 충분히 해결될 수 있다는 견해가 대두하였다(김선석, 「민사법상의 인과관계론에 대한 재음미」, 『대한변호사협회지』, 1985. 10, p.7).

적이고 현실화된 물질적·정신적 손해)에 대해서만 책임을 지우겠다는 것으로 지극히 손해중심적 사고틀이라고 이해된다. 따라서, 인과관계를 확정하기 위한 학설의 대립⁶⁸⁾도 모두 행위로 발생한 결과인 손해 중 어떤 범위로 배상책임을 제한할 것인가를 그 논의중심으로 삼는다.

다른 한편, 형사상의 인과관계(Kausalzusammenhang)를 고찰해 보더라도 형법상 범죄행위가 성립하기 위해서는 행위자의 행위가 법익침해라는 결과와 연관관계를 지녀야 한다.⁶⁹⁾ 형법에서의 인과관계는 일정한 결과의 발생을 구성요건으로 하는 결과범(실질범)에 있어서만 문제로 되고, 구성요건의 내용으로서 결과의 발생을 필요로 하지 아니하는 거동범(형식범)에서는 논할 수 없다. 따라서, 형법에 있어서 인과관계론은 발생한 외부의 결과적 사실로 행위자에게 어떤 책임을 귀속시킬 수 있는가에 대해 로마법 이래 논의대상으로 삼아 왔다.⁷⁰⁾ 그리하여 형법에서의 인과관계는 사법상 논의되는 인과관계보다 더욱더 결과 지향적인 개념으로 된다.

위에서 본 바와 같이 규범학으로서의 법학에서 인과의 관계를 밝혀 내려는 것은 발생결과(손해나 손실)에 대한 비난을 어떤 행위자에게 귀속시키는가에 대한 것이다. 그에 비하여 상법 제655조 단서의 인과관계론은 보험사고라는 재난결과(생명·신체의 손상 또는 재산상 손해를 불문하고)에 대한 비난가능성을 추궁하는 것이 아니라 고지의무위반의 불법성만을 논의대상으로 삼는다는 점에서 인과관계론에서 다를 성질이 아니다.⁷¹⁾ 또한, 상법 제655조 단서의 인과관계는⁷²⁾ 「고지행위」라는 개별화된 행위(X행위)와 보험사고간의 인과연관을 밝혀 내려는 것이 아니라, 고

68) 박윤직, 『채권각론』, 박영사, 1996, pp.727-728 참조.

69) 여기의 인과관계론은 개별적·일회적 사실의 인과적 발전을 다룬다는 점에서 자연과학이나 철학에서의 논의와 다르다(中山研一, 『因果關係』, 有斐閣, 1967, p.278).

70) 이형국, 『형법총론』, 法文社, 1996, p.116 참조.

71) 마치 폐암과 교통사고간에 인과관계유무를 검토하여 고지의무위반의 하자 치유여부를 검토하고자 하는 시도는 고지의무위반행위자체와 교통사고(보험사고)간에 인과관계가 있는지를 논의할 때나 가능한 것이다. 또한, 고지의무이행행위는 그 법적 성질이 관념의 통지에 불과하여 보험사고가 야기됨에 어떤 원인력을 가질 수 없다는 점도 고려해야 한다.

72) 상법 제655조는 고지의무위반의 효과와 위험변경증가등에 대한 효과로서 보험자측의 계약해지를 일괄적으로 묶어 규정하고 있으나, 여기서는 고지의무위반의 효과에 대해서만 다루기로 한다.

지이행이라는 행위의 「대상이 되는 일반적 사실」(A사실)과 보험사고라는 결과(B사실)간의 연관을 다루고 있을 뿐이어서⁷³⁾ 규범학(법학)의 논의로 보기 어렵다. 이는 특정된 행위를 놓고 논의하는 개별화된 인과관계론인 규범학(법학)의 범주를 크게 벗어나고 있고 차라리 자연과학적 인과법칙 논의에 가깝다고 할 것이다. 또한, 고지의무위반의 효력으로 보험자에게 해지권을 부여하는 것은 보험계약자측의 의무불이행에 대한 제재를 하는 것인데, 이러한 제재의 목적을 압도하려면 의무불이행자체의 인과율을 논해야만 할 것이다. 입법론으로서는 상법 제655조 단서가 삭제됨이 옳을 것이다.

4. 위험단체의 균형유지

보험계약은 보험계약자와 보험자의 계약상 출연이 맺가적 관계를 지니고 있는 유사계약이지만,⁷⁴⁾ 한편 다수의 보험계약자는 위험성질이 균질적인 위험단체를 구성하여 공통된 위험을 분산하기 위해 보험자와 보험계약을 체결한다. 따라서 위험단체에 가입한 보험계약자로서는 균질적인 위험을 가지고 보험에 가입해야 하고 이 균질적 관계요청은 보험계약체결이후에도 유지되어야 한다(보험계약상 위험유지의무). 다만, 보험자의 급부에 관하여 보험계약자의 보험료지급의무는 확정적인 의무임에 비하여 보험자의 보험금 지급의무는 보험사고가 발생하면 비로소 현실화하는 「불확정적인 의무」로서 다만 위험단체 전체로서만 보험료 전액과 보험금이 균형을 이루고 있다.⁷⁵⁾ 이 때, 보험계약을 체결하는 보험계약자는 현실적으로 보험사고가 발생하고 그 후 보험금을 받을 것을 계약의 주된 목적으로 하는 것이 아니고 어떤 재난에 대한 잠재적인 안전책을 보장받은 것만으로도 이미 기대한 경제적인 급부를 받은 것

73) 예컨대, 어떤 피보험자가 심장병을 가진 사실을 불고지하여 생명보험계약을 체결한 후, 건물붕괴로 사망한 경우에 고지의무위반은 다루지 않고 심장병이라는 일반적 사실과 건물붕괴로 인한 사망사고간에는 인과관계가 없어서 보험계약자측의 고지의무 위반에도 불구하고 보험자는 보험계약을 해지할 수 없다고 하는 것과 같다.

74) 김성태, 전게서, p.108.

75) 양승규, 전게서, p.86; 김성태, 전게서, p.108 참조.

이라고 해야 한다. 따라서, 보험계약자가 자신의 위험에 대한 고지의무를 불이행하여 계약을 성립시켰다면 보험자 내지 위험단체에 속한 다른 보험계약자의 이익을 침해하여 그 보험계약자간 급부의 균형이 이미 깨어진 것이라고 해야 한다.

보험계약에 있어서 당사자의 급부는 보험료의 납입과 보험사고시 보험금의 지급이라는 급부태양의 차이가 있는 법적 구조하에서, 만약 한 쪽 당사자가 이 사고발생의 확률을 조작하거나 호도하였다면 그 자체로 보험계약의 효력은 하자(瑕疵)가 있게 되고 위험단체 구성원사이의 형평도 파괴된다.⁷⁶⁾ 만약, 고지의무불이행의 사실과 보험사고간의 인과관계가 부존재한다는 이유로 그 위반자의 보험금청구권을 여전히 인정하게 된다면 위험단체를 구성하는 다른 보험계약자의 정당한 이익도 침해하고 이들간의 공평한 이해관계 배분이 훼손되는 결과로 된다. 상법 제655조 단서의 특칙을 널리 적용한다면 위험의 공평한 분산을 목적으로 하는 고지의무제도 자체가 무의미하게 될 것이다.

5. 보험계약자에 대한 이중의 보호

우리 상법이 고지의무위반의 요건으로 보험계약상 중요한 사항을 보험계약자·피보험자가 불고지 또는 부실고지하는 사실만으로 충분하다고 하는 입장을 버리고 고지의무자의 고의나 중과실이라는 주관적 태도도 그 요건으로 요구하는 것은 주관주의적 입법태도를 취한 것이다. 이는 가급적 보험에 무지한 보험계약자를 보호하고자 고의나 중과실이라는 의사의 결함이 있을 때에만 계약을 해지하여 보험금지급 책임을 부정하는 것인데, 고지의무위반의 효과를 인과관계의 존부로 제한하게 되면 보험계약자에 대해 이중의 이익을 부여하는 것으로 매우 형평에 어긋난다.⁷⁷⁾

또, 고지의무의 대상은 보험사고발생의 가능성과 손해의 범위에 관한 중요한 사

76) 정호열, 『고지의무위반의 태양과 효과』, 고시계, 1994. 4, p.146 참조.

77) 고지의무위반의 효과를 인과관계부존재를 이유로 제한하는 점에 있어서 독일보험계약법 제21조는 우리상법 제655조 단서와 같은 태도를 취하고 있지만, 이러한 인과관계에 관한 규정을 입법적으로 전혀 인정하지 않는 프랑스, 이태리, 스위스법과 다수의 영미법계의 입법례도 있다.

실인테 이 대상사실은 보험사고와 인과연관이 발생할 추상적인 개연성을 지닌 사실 모두를 포함하여야 한다. 따라서, 추상적 인과관계를 지닌 모든 원인사실을 보험사고에 대해 잠재적인 위험으로 파악해야 하는 것인 데도 고지의무불이행의 사실과 보험사고간에 구체화된 인과관계를 지닌 원인사실만을 추출하여 그 인과관계를 판단(인과관계의 부정)하여 의무위반에 대한 제재를 완화하는 것은 고지의무의 대상 고찰을 결국 보험사고의 전후에 따라 각각 달리하여 악의를 지닌 보험계약자마저도 지나치게 보호하려는 것이므로 상법(商法) 제655조단서는 매우 부당한 입법이라고 평가된다.

6. 도덕적 위험(moral risk)의 방지필요성

보험계약에 있어서 보험사고발생의 객체가 처해 있는 위험상황은 보험계약자만이 잘 알 수 있는 입장에 있고 현실적으로 이를 지배·관리하는 것도 보험계약자측이다. 반면 보험거래를 대량적으로 하는 보험자로서는 기술적·경제적인 이유 등으로 이러한 개별적 위험상황을 완전히 파악할 능력이 없으므로, 악의적 보험가입자가 보험을 의도적으로 악용할 위험이 항상 잠재되어 있다. 결국, 이러한 보험계약의 취약성은 보험가입자의 정직성·성실성으로 극복할 수밖에 없는데 이러한 정직성·성실성의 요구를 외면한 보험계약자·피보험자의 의무위반행위(고지의무 위반행위)에 대해 그 고의·중과실이라는 중대한 법 무시의 태도에도 불구하고 그 후 보험사고가 그 위반행위의 사실과 인과연관이 없다는 사실만으로 여전히 보험금청구권을 인정한다면 보험계약자·피보험자의 도덕적 위험의 유발을 자극할 수 있을 것이다. 고지의무위반의 대상사실과 보험사고간의 인과관계가 부존재하면 고지의무위반이 있었다라도 보험자가 여전히 책임진다는 상법(商法) 제655조 단서규정이, 만약 책임은 행위(과실행위)와 비례관계를 유지해야 한다는 취지에서 있는 것이라고 한다면 이러한 규정의 결과 대두될 수 있는 도덕적 위험의 조장은 그 전제와 전혀 모순되는 것이다.

7. 보험계약자의 보호대책

보험계약자의 불고지, 부실고지가 보험제도와 보험계약에 관해 문의한인 보험계약자측의 무지에 기인할 수 있고 이러한 점은 보험계약자 보호의 취지에서 매우 중요한 논의에 속한다.⁷⁸⁾ 그러나, 이러한 보험계약자의 무지를 고지의무위반의 사실과 보험사고간의 인과관계존부의 문제로 구제하고자 하는 것은 매우 비논리적이고 비효율적인 것이다. 이는 예컨대, (i)보험자가 사전에 보험계약자에게 고지의무에 관해 주지하게 하고, (ii)질문표에 강한 법적 효력을 두는 것과 같은 직접적이고도 효율적인 방안 마련으로 해결되어야 한다고 본다. 우리 상법은 (i)에 관해서는 제 638조의 3에서 보험약관의 중요한 내용에 대한 보험자의 교부·명시의무를 규정하고 있다. 다만, (ii)에 관해서는 1991년의 개정상법 제 651조의 2에서도 「보험자가 서면으로 질문한 사항은 중요한 사항으로 추정한다.」고 하여 질문표에 법률상 추정력을 부여하고 있을 뿐이다. 질문표는 보험자가 명시적으로 질문한 사항을 보험계약상 중요한 사항으로 추정하여 고지의무이행의 수동화를 반영하는 동시에 보험자의 입증책임은 경감되는 이중의 효과를 지니고 있다.⁷⁹⁾ 입법론적으로는 질문표에 대해 보다 강력한 효력(의제적 효력)을 부여하여 보험자가 서면으로 질문한 경우 그 서면(질문표)에 대한 답변만으로 보험계약자측의 고지의무위반여부를 판단하게 한다면 보험계약과 고지의무에 관해 무지한 보험계약자측의 부담을 충분히 경감할 수 있을 것이다.⁸⁰⁾

78) 遠藤 浩, 「被保險者の同意と外務員の知・不知」, 別冊『ジュリスト』97號, 1988. 6, p.179.

79) 정호열, 『고지의무위반의 태양과 효과』, 고시계, 1994. 4, p.138 참조.

80) 독일보험계약법 제16조 제1항은 「...보험자가 명시적으로 또 서면으로 질문한 사실은 의심있는 경우 중요한(erheblich) 것으로 본다.」고 하고 제18조에서는 「보험계약자는 보험자가 제기한 질문에 관하여 위험사실을 서면으로 고지해야 했던 경우 보험자는 사기적 목적이 있을 때에만 명시적으로 질문되지 아니한 사실의 불고지를 이유로 해제할 수 있다.」고 한다. 스위스 보험계약법은 제4조 제1항에서 보험자의 보험계약자에 대한 질문은 질문표나 기타 서면으로 할 것을 전제하고 있다.

8. 상법 제655조단서 찬성론에 대한 반론

① 보험계약자·피보험자의 고지의무위반이라는 거짓말은 비록 밋다고 하더라도 이를 제재하는 이득을 보험자에게만 귀속하게 하는 것은 부당하므로 고지의무위반의 사실과 보험사고간에 인과관계가 없을 때는 보험자의 계약해지권을 제한하여 보험계약자의 보험금청구권을 보장해야 한다는 견해가 있다.⁸¹⁾ 그러나 생각건대, 보험계약은 선의성을 기본전제 또는 계약의 출발점으로 하여 다수의 보험계약자들이 공동의 위험단체를 구성하는 것이므로 이 위험의 균질성을 파괴한 데 대해 보험계약자에게 책임을 지우는 것은 당연하다고 본다. 또, 보험계약을 보험가입자측과 보험자의 유상계약만으로 파악한다고 하더라도 보험가입자의 위법행위에 대해 그 법적 불이익을 부담하게 하고 반사적인 효과로서 보험자가 일정한 이익을 얻는 것은 법적 제재의 일반적 태양에 속하는 것이므로 하등 부자연하거나 부당한 점은 없다고 생각된다. 의무를 위반한 자를 제재하는 것은 법의 기본적 이념인 정의에 부합한다. 나아가, 잠재적인 공동의 위험에 대비한다는 보험계약 본래의 취지에 부합하게 약의 위험, 불량위험이 잠입하는 것을 일벌백계(一罰百戒)하기 위해서라도 고지의무위반의 효과는 인과관계의 유무와 관계없이 예외없이 유지되어야 할 것이다.

② 고지의무위반에 대한 제재를 하더라도 보험계약을 해지하여 보험금청구권자체를 부정하는 것은 제재의 정도가 지나치다는 주장이 있다. 즉, 보험계약자가 고지의무를 이행하지 아니한 행위는 보험자에게 더 높은 위험에 대한 고액의 보험료를 받을 수 없게 한 것이고 따라서 보험자가 보험계약자의 고지의무위반의 결과 받게 된 손해는 보험료를 덜 받게 된 손해밖에 없으며 결국은 차액보험료만이 문제의 핵심이 될 뿐이라는 견해이다.⁸²⁾ 이는 불고지나 부실고지에 대한 제재로 보험계약을 전면적으로 해지함은 과도한 제재가 되므로 고지의무와 보험사고간의 인과관계를 고려하여 만약 고지의무위반의 사실과 보험사고간의 인과관계가 없다면 보험가입자의 보험금청구권을 긍정하자는 입장으로 이해된다. 그러나 생각건대, 보험계약자

81) 정진세, 전게서, p.85.

82) 정진세, 전게서, p.85.

가 사실을 정직하게 고지하지 않았거나 부실고지한 결과 보험자나 위험단체가 입는 손해는 보험료차액뿐이라는 것은 보험사고결과에만 비추어 보험계약 성립시로 판단을 소급하여 고지의무의 대상이 된 사실과 보험사고간의 인과관계를 측정하여 내린 결론일 뿐이다. 생각건대, 고지의무의 이행여부는 보험계약시에 판단되어 보험계약체결여부나 보험료액을 정하는 기준으로 되는 것이므로 보험사고 발생 후 결과에만 비추어 본 소급적인 판단으로 손해액이 차등 보험료액(올바로 고지된 경우의 높은 보험료액과 고지되지 아니한 경우의 낮은 보험료액의 차이)뿐이라고 단정할 수는 없다. 왜냐 하면 고지의무자의 의무위반으로 인해 보험자가 계약체결당시 예상한 것과는 달리 구체적인 손해발생의 위험은 그 부정직한 행위로 인해 매우 커졌다는 사실(도덕적 위험의 증가)에 주목해야 하기 때문이다.⁸³⁾ 나아가, 보험계약자가 고지의무를 올바로 이행했다면 고지의무자의 위험방지에 대한 주의를 요구할 수 있고(상법 제652조의 위험유지의무), 보험자로서는 보험사고에 대한 예방조치를 보험계약자에게 환기하거나 관리하게 할 수 있었을 뿐만 아니라, 아예 위험인수자체를 하지 않을 수도 있었다는 점을 고려한다면 고지의무위반으로 보험자나 보험계약자가 입는 손해는 보험료간의 차액에 불과한 것이 아니라 「보험사고로 인하여 보험자가 지급해야 할 의무를 부담하는 보험금전액」이라고 해야 한다. 이러한 점에서 고지의무위반의 효과만으로 당연히 보험계약자를 불이익하게 한다면 보험계약자에 대한 제재가 지나치게 된다는 주장은 수긍하기 어렵다.

IV. 결 론

보험계약은 사행계약, 계속적 계약이라는 특성으로 인하여 각 당사자가 최대선의를 기울여야 하는 계약(a contract of uberina fides; utmost good faith)이다. 따

83) 영국에서는 보험계약자측의 기망행위가 있을 때에는 보험자는 계약상의 책임을 면할 뿐만 아니라 기망을 이유로 하는 손해배상청구도 가능하다(John Birds, Modern Insurance Law, London, Sweet & Maxwell, 1993, p.90; Pr lss-Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 26. Aufl., C. H. Beck, 1998, S.226 이하 참조.

라서 보험계약자와 보험자는 서로 신의칙에 맞게 상대방에게 최선을 다해 협력해야 하는 관계에 있다. 보험가입자는 보험자에게 보험계약체결에 중요한 사실을 불고지하거나 부실고지해서는 안되고 선의계약성의 본질을 해치는 반신의행위인 고지의 의무반은 그 자체로 제재의 충분한 사유가 되어야 한다. 또한, 보험계약자가 고지의무를 위반하는 행위는 고의나 과실행위에 속하므로 그 행위의 효과로 보험계약자는 그에 따르는 불이익을 부담해야 한다. 또한, 보험계약상의 고지의무는 그 성질상 그의무불리행 자체를 행위결과와 무관하게 제재하려는 것이므로 이 의무의 위반은 바로 제재의 효과를 낳는 것으로 보아야 할 것임에도 그 의무위반행위의 사실과 보험사고라는 결과를 결부하여 인과관계를 검토하는 것은 오류이다.

고지의무불이행의 사실과 보험사고간의 인과관계가 부존재한다는 이유로 그 위반자의 보험금청구권을 여전히 인정하려는 것은 보험자와 함께 보험계약자와 같은 위험단체를 구성하는 타보험계약자의 정당한 이익도 침해하는 것이 되고 보험가입자의 도덕적 위험의 유발을 자극할 수 있게 되므로 입법적으로 상법 제655조 단서에서 정하는 적어도 고지의무에 관한 인과관계에 관한 규정은 삭제함이 타당하다고 본다.

참 고 문 헌

- 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 1996.
 권혁재, 「보험계약상의 고지의무」, 『재판자료』 제53집, 법원행정처, 1991.
 김상용, 「인과관계」, 『고시계』 38권4호(434호), 1993. 4.
 김선석, 「민사법상의 인과관계론에 대한 재음미」, 『대한변호사협회지』, 1985. 10.
 _____, 「불법행위소송에 있어서 인과관계의 증명」, 『민사재판의 제문제』 제8권, 1994.
 김성태, 「고지의무제도의 선의성」, 『손해보험』, 1995.
 _____, 『보험법 강론』, 법문사, 2001.
 김시수, 「보험사고의 발생과 고지의무위반의 인과관계」, 『사법행정』, 1993. 7.
 김영선, 「고지의무제도」, 『고시계』, 1982. 1.

- 김용균, 「보험사고의 발생과 고지의무위반과의 인과관계」, 『재판연구관 세미나자료』, 1992 하반기(제18호).
- _____, 「보험사고의 발생과 고지의무위반과의 인과관계」, 『사법행정』, 1993. 7.
- 박준서의, 『주석민법』, 한국사법행정학회, 2000. 3.
- 서돈각·정완용, 『상법강의(하)』, 법문사, 2000.
- 심상무, 「고지의무의 성질에 관한 연구」, 『연세법학연구』 제2집, 1992.
- 양승규, 『판례교재 보험법·해상법』, 법문사, 1984.
- _____, 「보험모집인에 대한 고지의 효력」, 『보험학회지』 제17집 (무에 서돈각 박사 화갑 기념호), 1993.
- _____, 「고지의무위반과 인과관계의 부존재」, 『손해보험』, 1993. 2. D
- _____, 「주운전자의 부실고지와 보험사고의 인과관계」, 『손해보험』, 1993. 8.
- _____, 「서면에 기재한 고지사항의 허위기재와 인과관계부존재의 입증책임」, 『손해보험』, 1994. 2.
- _____, 「대법원93다52082판례평석」, 『법률신문』 제2300호, 1994. 4. 4.
- _____, 『보험법』, 삼지원, 1998.
- 이균성, 「고지의무위반과 인과관계」, 『보험조사월보』 제17권 제3호, 1994.
- 이상욱, 「불법행위에서의 인과관계」, 『사법행정』 358호, 1990. 10.
- 이형국, 『형법총론』, 법문사, 1996.
- 장경환, 「고지의무 위반사실과 인과관계 없는 보험사고의 연장과 보험자의 책임범위」, 『생명보험』, 1999. 12, pp.19-20.
- 정진세, 「고지의무위반과 인과관계」, 『사법행정』, 1994. 10.
- 정찬형, 「고지의무」, 『월간고시』, 1994. 6.
- _____, 「상법 제651조와 동 제 655조 단서와의 관계」, 『고시연구』, 2000. 4.
- _____, 『상법강의(하)』, 박영사, 2001.
- 정호열, 「고지의무위반의 효과」, 『법조』 제11호, 1984. 11.
- _____, 「고지의무위반의 태양과 효과」, 『고시계』, 1994. 4.
- 정희철, 『상법학(하)』, 박영사, 1990.
- 大森忠夫, 『保險法』, 有斐閣, 1987.
- 渡 剛庸, 「外務員の惡意」, 別冊『ジュリスト』79號, 1988. 6.
- 山本哲生, 「傷害保險における他保險契約の告知・通知義務違反による解除」, 『ジュリスト』1045號, 1994. 6.

- 生田治郎, 「平成4年 主要民事判例解説」, 『判例タイムス』第821號, 1993. 9. 25.
- 西島梅治, 『保險法』, 摩書房, 1975.
- 石田 滿, 『保險契約法の基本問題』, 一粒社, 1977.
- 神原和彦, 「復活と告知義務」, 別冊『ジュリスト』97號, 1988. 6.
- 岩岐稜, 『保險料支拂義務論』, 1971.
- 鈴木辰紀, 『保險の現代的 課題』, 成文堂, 1983.
- 遠藤 浩, 「被保險者の同意と外務員の知・不知」, 別冊『ジュリスト』第97號, 1988. 6.
- 田 康平, 『現代 保險法』, 文眞堂, 1985.
- 田中誠二, 『新版 保險法』, 千倉書房, 1975.
- 田村諄之輔, 『現代法講義 保險法・海商法(補訂 第2版)』, 青林書院 1997.
- 井上祐司, 『因果關係와 刑事過失』, 成文堂, 1979.
- 洲岐博史, 「他保險契約の告知義務・通知義務」, 『民商法雜誌』第114卷 第4・5號, 1996. 8. 15.
- 中産研一, 『因果關係』, 有斐閣, 1967.
- 中西正明, 「他保險契約の告知義務・通知義務」, 別冊『ジュリスト』121號, 1993. 2.
- 倉澤康一郎, 『保險契約法の現代的 課題』, 成文堂, 1978.
- 倉澤康一郎, 『保險契約の法理』, 慶 通信株式會社, 1975.
- 川又良也, 「外務員の告知受領權」, 別冊『ジュリスト』79號, 1988. 6.
- 澤井 裕, 『不法行爲における因果關係』, 民法講座 제6권, 有斐閣, 1985.
- Birds, John, Modern Insurance Law, London, Sweet & Maxwell, 1993.
- Bruck-M ller, Kommentar zum VVG, 8. Aufl., 1980.
- Ivamy, E.R.Hardy, “General Principles of Insurance Law 5ed.”, Butterworths, 1990.
- Larenz, Karl, “Lehrbuch des Schuldrechts”, C. H. Beck, 1979.
- Merkin, R. & McGee, A., “Insurance Contract Law”, Kluwer, 1992.
- Patterson, Edwin W., “Essentials of Insurance Law, 2d.”, 1958.
- Pr lss-Martin, “Versicherungsvertragsgesetz, 26. Aufl.”, C. H. Beck, 1998.
- Weyers, Hans Leo, “Versicherungsvertragsrecht, 2. Aufl”, Luchterhand, 1995.

Abstracts

The contract of insurance is a contract of utmost good faith.

The insureds and the insurers must behave to the partners with more fidelity than the ordinary contracts. The insured's duty of disclosure is a good example demanded in the contract of insurance to this purpose. If he breaches it, he should be punished by reason of the breaching itself, not by causing insurance accident.

The proviso of the Commercial Act §655 provides that if there is no causal relation between the insured's breach of the duty of disclosure and the outbreaking of the insurance accident, the insured is not to be blamed. But it is very odd and unreasonable for the insured having breached his duty to be exempted from the punishment by reason of the absence of the causal relation between his breaching and the insurance accident. The insured's breach of the duty of disclosure must be blamed by itself, regardless of other behaviors or results.

Thus I propose the proviso of the Commercial Act §655 is to be repealed.