Ⅳ 제도 개선방안

1. 개선 필요성

가. 개관

설명의무에 의한 분쟁 해결은 소비자의 입증 부담 및 법원의 판단 부담을 줄여주고 개별적 사건의 구체적 사정을 고려하여 분쟁을 해결할 수 있다는 장점이 있다. 특히 문제 되는 약관 조항이 면책사유나 고지의무와 같이 독자적으로 보험계약자에게 의무를 부과하거나 권리를 제한하는 것이어서 그 조항이 없더라도 약관의 효력이 유지될 수 있는 경우 설명의무 위반 및 편입통제는 소비자에게 가장 유리한 결과를 제공할 수 있다. 그러나 Ⅲ장의 분쟁사례에서 본 바와 같이 편입통제에 의한 분쟁 해결은 법 적용의 일관성, 약관 적용의 형평성, 피해 구제의 공정성을 저해하는 측면이 있다. 이는 보험의 단체성과 선의성, 약관의 객관적·통일적 해석 원칙 등 기존의 법리와도 충돌한다. 이하에서는 설명의무 및 편입통제의 개선 필요성을 살펴본다.

나. 법령 및 약관의 일관된 적용 필요성

보험약관은 상법 보험편의 내용을 기반으로 마련된다. 약관 조항이라도 그것이 상법 보험편의 규정을 반복하거나, 부연하거나, 구체화한 것이라면 그 조항은 그저 약관 조항으로만 볼 수는 없으며, 법령 그 자체 내지 법령의 해석에 해당하는 것으로 보아야 한다. 따라서 이러한 약관 조항의 경우 보험자의 설명 여부에 관계 없이 모든 보험계약자에게 동일하게 적용되어야 한다. 고지의무·통지의무에 관한 약관 조항이 이에 해당한다.

법원은 고지의무·통지의무 관련 약관 조항이 설명의무 대상인지 여부에 대해, 처음에는 설명의무 대상이라고 보았다가, 이후 법령에서 정한 것을 반복하거나 부연하는 것이어서 설명의무 대상이 아니라고 보았다가, 나중에는 법령에서 정한 사항을 단순히 부연한 것은 설명의무 대상이 아니지만 법령의 규정을 구체화한 것인 경우 또는 고객 입장에서 예상하

기 어려운 경우에는 설명의무 대상에 포함된다고 보았다. 판례가 이처럼 변경을 거듭한 것은 법정의무의 관철 필요성과 소비자 보호 확대라는 두 가지 가치의 균형점을 찾기 위한 고민의 과정일 것이다. 고지의무·통지의무의 법정의무로서의 성격을 관철하려면 보험자의 설명의무 이행 여부와 관계없이 고지의무와 통지의무를 적용하여야 할 것이고, 그러기 위해서는 설명의무 대상에서 이를 제외해야 한다. 반면 소비자 보호를 위해서는 고지의무·통지의무도 설명의무의 대상으로 보아 그에 관한 정보가 소비자에게 제공되도록 할 필요가 있다. 이러한 두 가지 목적을 추구하는 과정에서 판례의 논리는 점차 복잡해져, 이제는 고지의무나 통지의무가 설명의무의 대상인지 여부를 당해 조항에 대한 보험계약자의 예측가능성에 맡겨버림으로써, 정작 규범 자체의 예측가능성을 떨어트리는 결과를 낳게 되었다.

한편, 의무보험 표준약관의 경우 그 자체로 규범인 것은 아니지만 사실상 규범적 성격을 갖는다. 약관의 성격 내지 효력 발생 근거에 대해 현재 계약설이 통설적 지위를 차지하고 있고 규범설은 과거의 이론으로 치부되고 있으나, 그렇다고 하여 약관의 규범으로서의 성격이 완전히 부정되는 것은 아니다. 보험단체의 존재를 전제로하는 보험약관의 경우 개인간의 계약보다 단체의 정관에 가까운 특징들을 가지고 있는 것이 사실이다. 특히 의무보험과 같이 계약 체결 여부나 계약의 조건을 당사자 합의에 의해 변경할 수 없는 경우, 설명의무 위반에 대해 편입통제를 적용하는 것은 소비자의 합리적 선택에는 크게 기여하지 못한 채 보험계약자에 대한 차등 대우의 결과만 낳게 될 우려가 있다. 과거 판례가 자동차보험약관 조항에 대해 보험 계약 체결 여부에 영향을 미치지 못 한다거나 거래상 일반적·공통적인 것이라고 보아 설명의무를 부정했던 것 역시 문제된 약관 조항이 중요하지 않아서라기보다, 설명 여부에 따라 그 조항의 존속이나 적용 여부가 달라져서는 안 된다고 보았기 때문인 것으로 생각된다.

다. 구체적 타당성 있는 피해 구제 필요성

설명의무는 개별 사안의 구체적 사정을 고려하여 분쟁을 해결할 수 있다는 장점이 있으나, 위반 시 효과로 편입통제를 적용하게 되면 그 장점이 크게 감소한다. 앞서 본 자동차보험 유상운송 면책특약 관련 설명의무가 문제되었던 두 건의 사례의 경우 모두 보험자가 유상운송 면책특약을 설명하지 않았음에도 법원은 보험계약자의 예측가능성을 기준으로 설명의무 위반여부 판단을 달리 하였고, 그 결과 보험계약자의 예측가능성이라는 주관적 사정에 의해 보험금을 전부 지급하거나 전혀 지급받지 못하게 되는 All or Nothing의 결

과가 발생하게 되었다.

가족운전자 한정특약 관련 설명의무 위반 사례도 마찬가지이다. 설명의무 위반이 부정된 두 건의 사례의 경우 실제 차주이자 주운전자를 기명피보험자로 하여 정상적으로 보험계약을 체결하였음에도 불구하고 가족 구성원 중 사실혼 내지 중혼적 사실혼 관계에 있는 자가 운전하던 중 사고가 발생했다는 이유로 보상을 전혀 받지 못하였다. 반면, 설명의무 위반이 인정된 사례의 경우 부당한 세제 혜택을 누리기 위해 실제 차주도 아니고 운전면허도 없는 장애인인 누이를 기명피보험자로 하여 보험계약을 체결하는 등 그 계약 체결 과정에 문제가 있었음에도 불구하고 설명의무 위반이 인정된 결과 가족운전자 한정특약 적용이 배제되어 보험금이 전액 지급되었다. 만약 후자의 사례에 대해 편입통제 대신 손해배상에 의해 분쟁을 해결하였다면, 보험계약 체결 과정에서 보험계약자 측의 과실이 과실상계를 통해 반영되고, 특약가입에 의해 보험료가 절감된 부분은 손익상계에 의해 반영이 되어, 보다 구체적 타당성 있는 해결이 가능했을 것이다.

편입통제에 의해 면책조항이나 보험금 산출근거 조항이 배제되어 보험계약 체결 당시 보험계약자가 선택 가능하지 않았던 계약 조건이 사후적으로 부여되는 것 역시 큰 문제이다. 즉시연금 사례의 경우, 만기환급금 지급 재원 공제에 관한 사항에 대해 편입통제를 적용하여 동 조항을 배제하게 되면, 해당 고객은 월연금액도 많이 받고 만기환급금도 많이 받는, 계약 체결 당시에는 존재하지 않던 보다 유리한 구조의 상품에 가입한 것과 같은 결과가 된다.

이처럼 편입통제의 적용은 구체적 타당성 있는 피해 구제를 오히려 어렵게 만드는 결과를 야기한다. 반면, 설명의무 위반을 인정하더라도 계약 취소, 해지, 손해배상을 통해 분쟁을 해결하는 경우에는 이러한 문제가 발생하지 않는다. 결국 문제는 설명의무가 아닌 편입통제에 있다고 볼 수 있다.

라. 설명의무와 편입통제 분리 필요성

이상에서 살펴본바와 같이 편입통제의 적용은 법률 및 약관 적용의 일관성 및 피해자 구제의 구체적 타당성을 저해할 가능성이 있다. 그럼에도 불구하고 설명의무 위반 시 편입통제를 반드시 적용할 수 밖에 없는 현재 상황에서는, 두 가지 방향의 부작용이 발생할 수 있다.

첫째, 편입통제 적용의 부담으로 인해 중요한 사항임에도 설명의 대상에서 제외하는 경

우가 발생한다. 법령에서 정한 사항, 의무보험 표준약관 조항으로 보험계약자의 계약 체결 여부나 계약 내용 결정에 영향을 미치지 못하는 사항, 거래상 일반적·공통적인 사항이어서 계약자 간 적용을 달리하는 것이 부당한 사항이 그것이다. 과거 우리 판례가 고지의무나 의무보험 표준약관 조항을 설명의무의 대상에서 제외한 것처럼, 반드시 적용해야 하는 중요한 조항에 대해 설명의무를 부과하지 못하게 되는 것이다.

둘째, 편입통제의 효과를 누리기 위해 설명의무 위반을 주장하는 경우도 발생할 수 있다. 당사자 입장에서는 편입통제에 의해 면책사유 등 불리한 조항의 적용을 배제한 채 보험계약을 유지하는 것이 보험계약을 취소·해지하는 것보다 오히려 유리하기 때문이다. 이러한 주장이 받아들여질 경우 보험료는 면책사유가 존재하는 것을 전제로 계산된 금액을 납부하고, 보험금은 면책사유가 없는 것을 전제로 산정된 금액을 받게 되어 보험계약자 평등원칙에 반하며, 그로 인한 손실은 결국 다른 보험계약자에게 전가된다는 점에서 경제적으로도 부당하다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는 설명의무 대상과 편입통제 적용 대상을 구별할 필요가 있을 것이다. 즉, 고지의무나 통지의무에 대해 보험자가 설명을 해야 하는지 아니면 설명을 하지 않아도 되는지의 문제와, 고지의무나 통지의무에 대해 설명이 이루어지지 않은 경우 해당 약관 조항을 편입통제에 의해 배제할 것인지 아니면 배제해서는 안되는 것인지의 문제를 구분해야 한다. 약관규제법상 설명의무 위반에 대해 편입통제가 적용되는 상황에서는, 일단 설명의무 대상에 포함되면 위반 시 편입통제 규정에 따라 약관의 내용에서 배제되는 것을 피할 수 없다. 그 결과 법령에서 정한 사항과 같이 편입통제에 의해 계약에서 배제해서는 안 될 사항은 아무리 소비자에 대한 정보 제공 필요성이 크다 하더라도 설명의무 대상으로 보기가 어려워진다. 만약 설명의무 위반 시 편입통제가 적용되지 않고 손해배상이나 계약 해지만 인정되었다면 법원은 법령에서 정한 사항도 보험계약자 입장에서는 중요한 사항이고 오히려 꼭 필요한 정보이기 때문에 당연히 설명의무 대상이 포함된다고 보았을 것이다. 결국 설명의무 위반에 대해 편입통제를 적용하고 있는 약관규제법이 개선될 필요가 있다.

2. 편입통제 폐지 및 적용 제한 방안

가. 편입통제 폐지 가능성

약관규제법상 편입통제는 내용통제, 해석통제와 함께 약관에 대한 사법통제를 담당하는 중요한 조항으로 너무나 당연하게 받아들여지고 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 우리나라처럼 모든 약관 거래에 고객의 요구와 관계 없이 합리적 인식 가능성을 넘어서는 적극적 설명의무를 요구하는 입법례는 없다. 따라서 편입통제에 대해서 원점에서 재검토해보는 것도 충분히 가능할 것이다.

학계에서는 이미 약관규제법상 설명의무를 폐지하고 그에 갈음하여 독일처럼 약관에 대한 인식가능성을 부여할 의무를 부과하는 것으로 전환하는 입법을 고려해야 한다는 견해가 제기된 바 있다.[146] 약관규제법에서는 투명성원칙과 명시의무에 의해 모든 약관에 공통적으로 적용될수 있는 정보제공의무만을 부과하고, 개별 영역의 특성상 필요한 경우 개별법에서 추가적으로 설명의무의 형태로 구체적으로 강화된 정보제공을 요구하는 것도 가능하다고 보면서, 다만 이미 현존하는 법제 내지 법리를 허물어뜨리는 비용을 감수할 만큼 변화가 필요한지에 대해서는 신중한 검토가 필요하다는 견해도 있다.[147] 설명의무는 우리나라 약관법의 특징을 나타내는 대단히 중요한 입법으로 평가받고 있고, 오랜 시간 판례와 학설을 통해 관련 법리가 누적되어 왔으며, 소비자 보호와 관련하여 실천적 유용성과 이념적 상징성도 가지고 있는바, 폐지에는 신중할 필요가 있다는 것이다.

그러나 어떠한 법리가 오래되었더라도, 사회적 필요와 규제 환경의 변화에 따라 이를 다른 법리로 대체하거나 변경하는 것은 얼마든지 가능하다. 약관규제법 자체도 수백년에 걸쳐 형성되고 유지되어 온 보험법의 법리를 정면으로 부정하며 도입된 것이다. 약관규제법 제정 시 보험법 학계에서는 설명의무 및 편입통제를 비롯한 약관규제법의 제 조항들이 보험의 법리에 정면으로 충돌된다는 점을 지적하며 강경하게 반대론을 제기하였으나, 약관 거래에서 소비자 피해가 확대되는 현실 및 이에 효과적으로 대응할 수 있는 법적 수단이 부재하였던 규제 환경을 고려하여 약관규제법을 제정하고 보험약관에 대해서도 예외 없이 적용하였다. 편입통제 폐지도 마찬가지이다. 이러한 주장이 수십년간 쌓여

146) 김진우(2011), p. 120
147) 권영준(2020a), p. 205

온 약관규제법의 법리에 정면으로 충돌될 수 있으나, 편입통제의 폐해나 부작용이 중대하다면 이를 폐지하는 입법적 조치도 얼마든지 가능할 것이다. 문제는 편입통제를 폐지해야 할 정도의 폐해가 인정되는지 여부이다.

일반적인 약관 설명의무 조항이 어떠한 폐해나 비용을 발생시키는지 자체는 별론으로 하더라도, 적어도 보험약관에 관한 한 편입통제 적용이 각종 법리적, 현실적 문제를 야기한다는 점은 앞서 본 바와 같다. 이러한 폐해가 아직 편입통제 자체를 폐지해야 할 정도에 이르지는 않는다고 볼 수도 있을 것이다. 또는 이러한 문제들은 편입통제를 보험약관에 적용하는 경우에 발생하는 것이므로 전체 약관에 적용되는 약관규제법상 편입통제 자체를 폐지할 이유는 되지 못한다고 볼 수도 있다. 그러나, 편입통제 자체를 폐지하지 않더라도 그 적용 범위를 정함에 있어 이러한 폐해를 인식하는 것은 의미가 있다고 생각된다.

나. 편입통제 적용 범위 제한 가능성

편입통제 자체를 폐지하지 않고, 그 적용 범위만 제한하는 것도 고려해 볼 수 있고, 그 방법론으로 해석론적 방법과 입법론적 방법이 있다. 먼저, 해석론적 방법으로, 금소법 및 상법상 설명의무 관련 규정을 약관규제법상 설명의무 규정의 특별법으로 보아 보험약관에 대해서는 금소법 및 상법만 적용된다고 해석하는 것이 가능하다. 이는 약관규제법 제정 이후부터 주장되어 온 상법 우선 적용설과 같은 취지이다. 물론 법원이 확립된 판례에 의해 중첩적 적용설을 채택하고 있지만, 이러한 해석론이 불가능한 것은 아니다. 법원이 중첩적 적용설을 채택하였을 당시에는 특별법으로 상법만 존재하였고, 상법상 설명의무 위반의 효과는 계약 체결 후 1개월 내에 취소권을 행사할 수 있도록 하는 것이어서 소비자 보호 수단으로는 턱없이 부족하였다. 그러나 지금은 금소법이 함께 적용되어 소비자가 더욱 두텁게 보호되고 있는바, 상법·금소법 우선적용설에 의해 편입통제를 배제하는 것도 충분히 고려해 볼 수 있을 것이다.

한편, 입법을 통해 편입통제 적용 범위를 제한하는 것도 가능하며, 크게 두 가지 방법을 고려해 볼 수 있다. 첫째, 약관규제법 제3조를 개정하여 3항 단서에 설명의무 적용 제외 대상을 명시하는 방법이다. 적용 제외 대상으로는 (i) 법령에서 정한 내용을 부연하거나 구체화하는 약관 조항, (ii) 주무부처 등의 승인을 받은 표준약관 조항, (iii) 다른 법에서 설명의 대상을 별도로 정하고 있는 경우 등을 고려해 볼 수 있다. 둘째, 금소법을 개정하여 금융상품의 판매와 관련한 설명의무는 본법에 정한 바에 따르고 약관규제법 제3조 제

3항은 적용되지 않는다고 명시하는 방법이다.

3. 소비자 보호와의 관계

편입통제 폐지론 내지 적용 제한론을 제기함에 있어 가장 중요하게 고려할 사항은 소비자 보호 약화 가능성이다. 편입통제는 약관규제법 제정 이후 무수히 많은 판례를 만들어내며 소비자 보호 수준을 한층 높여왔다. 앞서 말한 폐해도 결국 소비자를 보다 철저히 보호하는 과정에서 부수적으로 발생한 것들이며, 이러한 폐해를 시정하기 위해 소비자 보호 자체를 위험에 빠트릴 수는 없다. 따라서 보험약관에 대해 편입통제를 폐지하거나 적용을 제한할 경우 소비자 보호에 공백이 발생할 가능성이 있는지를 따져보아야 하는데, 결론적으로 소비자 보호에 큰 위협이 발생하지는 않을 것으로 생각된다.

우선, 보험약관에 대해서는 상법, 보험업법, 금소법에 의해 상세한 설명의무가 부과되어 있다. 특히 금소법은 설명의무 위반 시 계약법적, 불법행위법적, 행정법적 측면에서 다양한 효과를 인정하고 있다. 위법계약 해지권은 고객으로 하여금 설명의무 위반에 의해 체결된 계약의 효력에서 벗어날 수 있는 기회를 부여한다. 계약 체결 후 5년까지 해지권을 행사할 수 있도록 정하고 있어, 상법상 계약 취소권 행사 기간이 계약 후 3개월 내로 제한고 있는 것에 비해 소비자 피해 구제 가능성이 확대되었다고 볼 수 있다. 또한, 설명의무 위반 시 계약 해지 및 손해배상청구가 가능하다는 점이 명문화되었고, 손해배상청구를 위한 고의·과실의 입증책임이 전환되어 보험자가 자신의 고의·과실의 부존재를 입증하지 못하는 한 손해배상책임을 부담하게 되었다. 요컨대, 보험약관에 대해서는 편입통제를 적용하지 않더라도 금소법에 의해 소비자 보호가 가능한 상황이다.

한편, 편입통제를 적용하지 않을 경우 당해 약관 조항을 소비자에게 알릴 필요가 있는지 여부에 집중하여 설명의무 대상을 정할 수 있게 되어 설명의무 대상이 확대될 수 있다. 앞서 본 바와 같이 과거 우리 판례는 법령에서 정한 사항이나 거래상 일반적·공통적인 조항이 설명의무 대상에서 제외된다고 보아왔는데, 이는 해당 조항의 내용을 고객에게 알릴 필요가 없다는 취지라기보다, 해당 조항을 편입통제에 의해 계약에서 배제하는 것이 부당하다고 보았기 때문인 것으로 생각된다. 만약 설명의무 위반의 효과로 편입통제가 적용되지 않고, 계약해지나 손해배상에 의해 소비자가 구제된다면, 정보 자체의 중요

성 및 설명 필요성에 집중하여 설명의무 대상 여부를 판단할 수 있을 것이다. 이 경우 정보제공을 통한 고객의 합리적 선택 가능성 제고라는 설명의무의 본지에 더 부합하는 방향으로 제도 운영이 가능할 것이다.