

III

작성자 불이익 원칙

1. 의의 및 법적 성격

가. 의의

작성자 불이익 원칙은 두 가지 의미로 사용되고 있다. 첫째는 불명확성 원칙이고, 둘째는 고객 유리 원칙이다. 양자는 상호 깊은 관련이 있고, 전자를 기반으로 후자가 파생된 것으로 보이지만, 연혁상으로 구분되고 목적에도 차이가 있으며, 양자를 각각 별도의 법령에서 구분하여 정하는 국가도 있다. 근자에는 후자가 더 중요하게 여겨지고 있으나, 본래 작성자 불이익 원칙은 전자에서 유래된 것이다. 이하에서는 두 가지를 구분하여 살펴본다.

1) 불명확성 원칙

불명확성 원칙(Ambiguity Rule)으로서의 작성자 불이익 원칙은 계약상 불명확성이 존재할 때 이를 해결하는 방법이다. 로마법 및 보통법에서 인정되어 온 ‘in dubio contra proferentem’(의심스러울 때는 작성자에게 불리하게)에 기원을 두고 있다.²¹⁾ 계약서의 작성자와 그 계약에 따라 의무를 부담하는 자가 다른 경우, 계약서상 의무의 내용이 불분명하면 작성자에게 불리하게, 의무자에게 유리하게 해석하여야 한다는 의미이다.²²⁾ 이때 ‘작성자’가 기업이나 사업자일 필요는 없고, 계약이 반드시 약관에 의해 체결되어야 하는 것도 아니다. 대등한 당사자 간에 개별적 협상을 거쳐 체결된 계약에 대해서도 작성자 불이익 원칙은 적용된다. 이처럼 ‘불명확성 원칙’으로서의 작성자 불이익 원칙은 ‘약관’이나

21) 로마법에서 계약의 체결은 의식에 가까운 정도의 형식에 따라 엄격하게 이루어져서, 채권자가 약정자로서 채무자에게 질문을 하면 채무자는 응답자로서 질문에 대하여 동일한 문구로 대답을 하는 형식으로 계약이 체결되었는데, 이러한 형식성이 작성자 불이익 원칙의 배경이 된 것으로 보고 있음(남효순 2000, p. 164). 한편 ‘in dubio contra proferentem’ 대신 ‘verba chartarum fortius accipiuntur contra proferentem’이라고도 함(Birds et al. 2015, p. 300)

22) 남효순(2000), pp. 164~165

‘소비자’ 개념보다 먼저 성립된 것으로, 불명확성이 존재하는 한 모든 형태의 계약에 적용된다.

작성자 불이익 원칙을 일반적 계약 해석 원칙으로 채택하고 있는 국제 모델 규범 및 외국의 실정법 규정도 다수 존재한다. ‘국제 상사 계약 원칙(PICC)’²³⁾ 및 ‘유럽 계약법 원칙(PECL)’²⁴⁾은 계약 해석 원칙의 하나로 작성자 불이익 원칙에 관한 규정을 두고 있다. 프랑스 민법은 약관이 아닌 일반 계약에 대해서도 작성자 불이익이 적용된다는 점을 명문으로 정하고 있다.²⁵⁾

판례법 국가인 영미법계 국가에서도 작성자 불이익 원칙은 약관 해석에 한정되지 않고 계약 해석 전반에 적용되는 원칙으로 이해되고 있다. 미국의 판례들은 개인 간 체결되는 비약관 형태의 계약(예: 임대차 계약)에도 작성자 불이익 원칙이 적용될 수 있다고 보고 있다.²⁶⁾ 영국도 작성자 불이익 원칙을 보통법에서 인정되는 일반적인 계약 해석 원칙으로 보고 있다.²⁷⁾

이처럼 불명확성 원칙으로서의 작성자 불이익 원칙은 소비자보호 원칙이 아닌 일반적 계약 해석 원칙으로 도입되어 현재도 유지되고 있다.

2) 고객 유리 원칙

약관은 사업자가 일방적으로 작성하고, 고객은 그 내용 형성 과정에 관여하지 못한 채 계약 체결 여부만을 결정하게 된다. 이러한 특성을 고려하여, 약관 조항의 의미가 불분명할 때에는 고객에게 유리하게 해석하도록 하고 있는데, 이를 ‘고객 유리 원칙’이라고 한다. 고객에게 유리한 해석은 결국 작성자인 사업자에게 불리한 해석이라는 점에서, 작성자 불이익 원칙과 고객 유리 원칙은 같은 의미로 사용되고 있다.

각국은 소비자보호 관련 법제에서 고객 유리 원칙을 명문으로 정하고 있다. EU의 ‘소비자

23) PICC 제4.6조(작성자 불이익 원칙) 일방 당사자에 의하여 제공된 계약 조항이 불분명할 때 그 당사자에게 불리한 해석이 우선한다(번역은 윤진수 2005, p. 37에 따름)

24) PECL 제5:103조(작성자 불이익 원칙) 개별적으로 합의되지 아니한 계약 조항의 의미에 관하여 의문이 있는 경우에는 이를 제공한 당사자에게 불리한 해석이 우선한다(번역은 윤진수 2005, p. 38에 따름)

25) 프랑스 민법 제1162조: 계약은 의심스러운 경우 이를 약정한 자에게 불리하게, 채무를 부담한 자에게는 유리하게 해석한다(번역은 남호순 2000, p. 165에 따름)

26) Duncan(2006), pp. 1123~1124

27) Birds et al(2015), p. 300

계약에서의 불공정 조항에 관한 지침(이하, 'EU소비자계약지침'이라 함)은 '어느 조항의 의미에 관해 의문이 있는 경우에는 소비자에게 가장 유리한 해석이 우선한다'고 정하고 있다.²⁸⁾ 이 조항은 약관뿐 아니라 모든 소비자계약에 적용되는 조항이다.²⁹⁾ EU 국가들은 EU소비자계약지침에 따라 국내법에 관련 규정을 마련하고 있다. 독일은 1977년 약관규제법을 제정하면서 고객 유리 원칙을 명문으로 도입하였고, 2002년 약관규제법이 독일 민법에 편입되면서 현재는 독일 민법 제305c조에 관련 규정이 마련되어 있다.³⁰⁾³¹⁾ 해당 규정은 '약관'을 전제로 정하고 있지만, 소비자 계약의 경우에는 그 형식이 약관이 아니더라도 고객 유리 원칙이 적용된다.³²⁾ 프랑스는 앞서 살펴본 민법상 작성자 불이익 원칙과 별도로 소비법(Code de la consommation)에서 고객 유리 원칙을 정하고 있다.³³⁾ 영국의 경우 고객 유리 원칙은 소비자 권리법(Consumer Right Act 2015)에 명문으로 도입되어 있는데,³⁴⁾ 이는 보통법상 계약 해석 원칙인 불명확성 원칙과 별개의 것으로 여겨지고 있

28) Directive 93/13/EEC §5

In the case of contracts where all or certain terms offered to the consumer are in writing, these terms must always be drafted in plain, intelligible language. Where there is doubt about the meaning of a term, the interpretation most favourable to the consumer shall prevail. This rule on interpretation shall not apply in the context of the procedures laid down in Article 7(2)

29) 김진우(2011), p. 187

30) [원문] BGB § 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln

(2) Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders

[번역] 약관의 해석에서 의심스러운 경우에는 약관 사용자에게 불리하게 해석된다(번역은 양창수 2021, p. 147에 따름)

31) 참고로, 독일의 경우 독일 민법 제정 이전(17세기~19세기)까지는 모든 계약에 대해 작성자 불이익 원칙이 적용되었고, 독일 민법 제정 이후에도 이러한 경향이 유지되었으나, 1931년 독일 제국법원이 작성자 불이익 원칙은 약관에 한하여 적용된다고 판단한 이래, 현재는 약관 및 소비자계약에 대해서만 작성자 불이익 원칙이 적용되고 있는 것으로 보임(유주선 2019, pp. 99~100)

32) BGB § 310③

[번역] 이 법 제305조의c 제2항...(중략)...은 미리 작성된 계약 조항이 단지 1회의 사용을 위한 것인 경우에도, 사전의 작성으로 말미암아 소비자가 그 내용에 영향을 미칠 수 없었던 한도에서 그에 적용된다(번역은 양창수 2021, p. 163에 따름)

33) [영문] Article L133-2

Contract terms proposed by professionals to consumers or non-professionals must be presented and written in a clear and comprehensible manner. In the event of doubt, they are interpreted in the sense which is most favourable to the consumer or the non-professional. This paragraph does not, however, apply to procedures implemented on the basis of article L. 421-6(자료: 세계법 제정보센터 제공 영문번역본)

34) CRA 2015 s69. Contract terms that may have different meanings

(1) If a term in a consumer contract, or a consumer notice, could have different meanings, the meaning that is most favourable to the consumer is to prevail

으며,³⁵⁾ 보통법상 불명확성 원칙과 소비자권리법상 고객 유리 원칙은 병존적으로 적용될 수 있다고 한다.³⁶⁾

3) 우리나라 법제상 작성자 불이익 원칙의 의의

우리나라는 약관규제법 제5조에서 작성자 불이익 원칙을 정하고 있다.³⁷⁾ 이는 독일의 구 약관규제법 해당 조항을 참고하여 제정한 것으로, 불명확성 원칙보다는 고객 유리 원칙에 가까운 것으로 보인다. 한편, PICC, PECL, 프랑스 민법 등과 달리 우리나라의 민법은 일반적 계약 해석 원칙인 불명확성 원칙에 관해서는 명시적 규정을 두고 있지 않다. 다만, 신의성실 원칙 및 공정·합리해석 원칙에 그와 같은 취지가 포함되어 있다고 볼 수도 있을 것이다. 요컨대 우리 법제상 작성자 불이익 원칙은 ‘고객 유리 원칙’의 의미를 갖는 것으로 볼 수 있다.

〈표 III-1〉 불명확성 원칙과 고객 유리 원칙의 비교

구분	불명확성 원칙	고객 유리 원칙
적용대상 및 연혁	로마법, 보통법상 계약 해석 원칙	약관 또는 소비자계약 소비자보호 법제에서 도입
주요국 사례	• (영국) 보통법(판례법) • (프랑스) 민법 제1162조 • (독일) 명문 규정 없음 • (한국) 명문 규정 없음	• (영국) 소비자권리법(Consumer Right Act 2015) • (프랑스) 소비법(Code de la consommation) • (독일) 민법 제305c조 • (한국) 약관규제법

(2) Subsection (1) does not apply to the construction of a term or a notice in proceedings on an application for an injunction or interdict under paragraph 3 of Schedule 3

35) Birds et al.(2015), p. 300(불명확성의 원칙은, 불명확한 계약 문언이 고객의 요청에 의해 반영된 것인 경우에는 오히려 고객에 불리하게 해석하게 되므로, 고객 유리 원칙과는 구별된다고 보고 있음)

36) 김진우(2011), p. 190

37) 약관규제법 제5조(약관의 해석)

① 약관은 신의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며 고객에 따라 다르게 해석되어서는 아니 된다.
② 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다.

나. 법적 성격

작성자 불이익 원칙은 일반적으로 해석 원칙의 일종으로 여겨지고 있다. 약관규제법 제5조의 표제도 약관의 '해석'이라고 정하고 있다. 다만, 최근에는 작성자 불이익 원칙은 계약 해석 원칙이 아니라 계약 해석이 더 이상 불가능한 경우 적용되는 일종의 위험배분 원칙이라고 보는 견해가 유력하다.³⁸⁾ 계약의 의미를 확정할 수 없을 때 그로 인한 위험(불이익)을 누구에게 귀속시킬 것인지의 문제라고 보는 것이다. 계약의 불명확성에 따른 불이익을 사업자에게 귀속시킴으로써, 당사자의 의사와는 무관하고 소비자보호라는 정책적 목표를 투영하는 장치가 된다는 점에서, 작성자 불이익 원칙은 위험배분 원칙의 성격을 갖는다고 볼 수 있다.³⁹⁾ 독일에서 작성자 불이익 원칙을 해석 원칙이라기보다 보충적인 재판규범으로 보는 것이나,⁴⁰⁾ 작성자 불이익 원칙을 목적론적 해석 원칙으로 보는 견해⁴¹⁾도 유사한 입장이라고 볼 수 있다.

미국에서도 작성자 불이익 원칙의 성격에 대한 논의가 있는데, 약관이 불명확한 경우 작성자에게 불이익하게 해석해야 한다는 점 자체는 강행규정의 성격을 가지나, 당사자들의 합의로 약관 내용을 명확히 함으로써 그 적용을 피할 수 있다는 점에서 보충적 디폴트 룰로서의 성격을 갖는다고 보고 있다.⁴²⁾ 특히 보험약관에 관한 분쟁 시 작성자 불이익 원칙에 따른 해석은 항상 보험금 지급이라는 결과를 가져오므로, 작성자 불이익 원칙을 적용

38) 권영준(2015), p. 231

39) 권영준(2015), p. 235

40) 권영준(2015), p. 233(작성자 불이익 원칙은 당사자의 의사를 밝히기 위한 해석 원칙이 아니라, 당사자의 의사를 밝힐 수 없는 경우 재판에서 결론을 내기 위해 따라야 하는 규범이라고 보는 것임)

41) 남호순(2000), pp. 165~166(이 견해는 작성자 불이익 원칙은 계약 당사자의 공통된 진정한 의사를 기능적으로 밝히는 해석 원칙이 아니라, 경제적 약자인 채무자를 보호하거나, 계약을 명료하게 작성할 기회가 있었음에도 불구하고 이를 불명료하게 작성한 작성자에게 불이익을 주는 것을 목적으로 한다고 보고 있음)

42) Boardman(2013), p. 327; 참고로 Boardman(2013)은 작성자 불이익 원칙의 성격에 대해 (i) 작성자 불이익 원칙이 당사자의 의사와 관계없이 적용되는 강행규정(Immutable Rule)인지 아니면 당사자의 명시적 의사가 부존재하는 경우 적용되는 임의규정(Default Rule)인지, (ii) 다수의 의사에 부합하는 방향으로 약관을 해석하기 위한 '다수 기준 디폴트 룰'(Majoritarian Default Rule)인지, 일방 당사자에게 페널티를 부과하기 위한 '페널티 디폴트 룰'(Penalty Default Rule)인지, (iii) '계약 해석 원칙'인지(Interpretative Rule), 계약 해석이 불가능한 경우 적용되는 위험배분 기준 내지 재판규범으로서의 디폴트 룰(Default Rule)인지에 대해 검토를 진행하였음. 결론적으로, 작성자 불이익 원칙은 당사자의 주관적·객관적 의사를 확인하는데 기여하는 것이 아니고 이러한 의사를 더 이상 확인하지 못하는 경우에 적용되는 것이므로, 해석 원칙이라기 보다는 최후의 수단으로 적용되는 규범(Rule of Last Resort), 즉 보충적 디폴트 룰이라고 보고 있음. 또한, 당사자가 작성자 불이익 원칙 자체를 적용하지 않기로 합의할 수는 없다는 점에서 절차적 의미의 강행규정(Immutable Procedural Rule)이나, 특정한 내용을 규율하는 것은 아니고 당사자들이 그 내용에 대해 명확히 합의한 경우에는 적용되지 않는다는 점에서 보충적 디폴트 룰의 일종(Class of Substantive Default Rules)이라고 설명함

한다는 것은 보험금을 지급하라는 것과 같은 의미가 된다.⁴³⁾ 이러한 의미에서 입증책임과 유사한 위험배분 원칙의 성격, 즉 소송에서 쟁점에 대한 명확한 결론이 나오지 않는 경우 어느 쪽을 패소시킬 것인지를 정하는 원칙으로서의 성격이 더욱 명확히 드러난다.

다만, 작성자 불이익 원칙의 법적 성격을 어떻게 보는지와 관계없이, 작성자 불이익 원칙은 일반적 계약 해석 방법을 통해서는 합리적인 결론을 도출할 수 없는 경우에 보충적으로 적용되는 것으로(적용요건), 요건이 충족되는 경우 당해 약관을 작성자에게 불이익하게 해석해야 한다는 점(적용효과)은 동일하다.

2. 인정 근거 및 한계

가. 개관

약관의 문언이 불분명한 경우 해결 방법은 여러 가지가 있을 수 있다. 작성자에게 불리하게 해석할 수도 있고, 작성자에게 유리하게 해석할 수도 있으며, 공익에 부합하는 방향으로 해석할 수도 있고, 상관습에 따라 해석할 수도 있다. 이런 여러 가지 방법 중 작성자에게 불이익하게 해석해야 한다고 정한 근거는 무엇일까. 일반적으로 작성자 불이익 원칙의 인정 근거는 소비자보호라고 여겨지지만 좀 더 세분화해서 살펴볼 필요가 있다.

나. 인정 근거

1) 책임성

작성자 불이익 원칙의 인정 근거 중 가장 기본이 되는 것은 책임성이다.⁴⁴⁾ 책임이란 결과 발생을 야기한 자에게 부과되는 부담이다. 약관의 불명확성에 관한 책임성은 약관 작성의 일방성에 기인한다. 계약 당사자 중 어느 한쪽이 일방적으로 약관의 내용을 정하여 상대방에게 제공하고, 그에 대해 개별적인 협상을 거치지 않았다면, 약관의 불명확성이라는

43) Boardman(2013), p. 326

44) 김진우(2011), p. 194; 김진우(2011)는 상대방 보호 및 책임 사상 외에도 법경제학적 관점(최소비용회피자 비용 부담 원리), 투명성 원칙 등을 작성자 불이익 원칙의 인정 근거로 제시하고 있음)

결과와 발생을 야기한 자는 작성자이므로, 불명확성에 대한 책임도 작성자가 부담하는 것이 타당하다. 앞서 살펴본 PICC나 PECL의 작성자 불이익 원칙 조항은 그 요건을 ‘일방 당사자에 의하여 제공된 계약 조항이 불분명할 때’, ‘개별적으로 합의되지 아니한 계약 조항의 의미에 관하여 의문이 있는 경우’라고 정하고 있는바, 약관의 일방성을 근거로 작성자에게 책임성을 부과한다는 점이 반영된 것이라고 볼 수 있다.

2) 형평성

작성자 불이익 원칙은 계약의 형평성을 도모하기 위해 인정된다. 계약서나 약관을 직접 작성한 자는 아무래도 계약 내용 형성에 대해 더 많은 권한을 가지게 되고, 본인에게 유리한 방향으로 내용을 작성할 가능성이 높다. 따라서 불명확성이 존재하는 경우 작성 권한을 갖지 못한 사람에게 유리하게 해석함으로써 이러한 불균형을 해소할 수 있다. 두 사람이 빵 한 쪽을 둘로 나누어 가지기로 한 경우, 한 사람이 빵을 자르면 선택권은 상대방이 갖는 것과 같은 이치라고 할 수 있다. 특히 소비자는 사업자에 비해 정보력 및 협상력 면에서 열세에 있고, 약관 조항이 불명확한지 여부나 그로 인해 불이익이 발생할 가능성을 사전에 인지하기 어렵다. 작성자 불이익 원칙은 이러한 불균형을 사후적으로 조정하는 기능을 수행함으로써 소비자보호에 기여한다.

3) 투명성

작성자 불이익 원칙은 약관의 투명성⁴⁵⁾ 제고에 기여한다. 약관 조항의 불명확성으로 인한 불이익을 사업자에게 귀속시키는 것은, 사업자가 애초에 약관을 더 명확하게 만들지 못한 것에 대한 제재인 동시에, 향후 약관을 더 명확하게 만들도록 하는 예방 조치로 기능할 수 있다. 사업자는 전략적 선택이나 약관 작성 비용 절감 등의 동기에서 약관의 불명확성을 의도하거나 감수할 수 있으므로, 작성자 불이익 원칙을 적용함으로써 약관의 불명확성으

45) 작성자 불이익 원칙에 의한 정보 공개 기능 및 약관 규정 명확성 제고 기능은 ‘명확성’이라고도 표현할 수 있을 것이나, 독일 및 국내 학계에서 약관의 명확성 및 이해가능성을 ‘투명성’이라 하고 있어, 여기서도 ‘투명성’이라는 용어를 사용함. 투명성 원칙이란 독일 판례를 통해 형성된 원칙으로, 약관 조항은 명확하고 이해될 수 있어야 한다는 것을 의미함. 독일 민법 제307조는 약관이 투명성 원칙을 충족하지 못한 경우 이를 부담하게 불리한 조항으로 간주하여 무효로 하도록 명문으로 정하고 있음. 투명성 원칙은 계약 체결 시 고객의 실질적 선택권을 보장하고, 계약 체결 이후에도 고객이 약관을 기초로 자신의 권리를 적절히 구제할 수 있도록 한다는 점에서, 사적 자치 원칙을 실현하는 동시에 고객 보호 기능을 수행함(김화 2019, pp.101~102)

로 인해 발생한 비용을 최소비용회피자인 사업자에게 내부화하여 약관의 명확성과 이해 가능성을 제고할 유인을 제공하는 것이다. 작성자 불이익 원칙을 투명성 원칙의 적용 사안의 하나라고 보는 견해⁴⁶⁾나 약관을 불명확하게 작성한 사업자에게 부과되는 패널티의 일종으로 보는 Ayres & Gertner(1989)의 견해는 이러한 시각에 입각하고 있는 것으로 보인다.⁴⁷⁾ 작성자 불이익 원칙의 투명성 제고 기능에 대해 회의적인 시각도 존재하나, 작성자로 하여금 약관을 보다 명확하게 작성하도록 하고, 가급적 정보 공개를 유도하는 방향으로 제도를 설계할 필요가 있다는 점에 대해서는 일반적으로 공감대가 형성되어 있는 것으로 보인다.⁴⁸⁾

4) 효용성

보험약관 해석 시 작성자 불이익 원칙을 적용할 경우, 두 가지 측면에서 효용성 제고를 기대할 수 있다. 우선 약관 자체의 효용성을 높일 수 있다. 약관의 문언을 작성자에게 불이익하게, 고객에게 유리하게 해석함으로써 결과적으로 더 많은 사람들이 만족하는 결과를 얻을 수 있다. 작성자 불이익 원칙을 다수 기준 디폴트 룰(Majoritarian Default Rule)이라고 보는 Posner(2006), Boardman(2013)도 기본적으로 이러한 시각을 바탕으로 한다.⁴⁹⁾ 계약의 해석은 본래 당사자의 의사를 밝히는 것인데, 약관과 같이 다수에 의해 체결될 것이 예정된 계약은 다수의 의사에 부합하는 방향으로 해석하는 것이 그 효용을 제고하는 방안이라고 보는 것이다. 이때 ‘다수의 기준’은 다수의 현실적 선호와 일치하는 것은 아니며, 합리적으로 기대되는 다수의 선호를 의미한다.⁵⁰⁾ 요컨대, 약관의 효용성을 제고하기 위해서는 합리적인 다수가 선호하였을 것으로 여겨지는 내용으로 계약을 해석해야 하고, 작성자에게 불이익하게 해석함으로써 그러한 결과를 도모할 수 있다는 것이다.

한편, 작성자 불이익 원칙은 보험의 효용성을 제고하는 데도 기여한다. 보험약관의 내용을 작성자에게 불이익하게 해석하면 대부분의 경우 보험금 지급이라는 결과를 가져오게 된다는 점에서, 작성자 불이익 원칙은 실질적으로 보험금 지급 원칙으로 기능하게 된다. 리처드 포즈너(Richard Posner)는 “작성자 불이익 원칙은 보험계약의 목적이 위험을 보

46) 김진우(2011), p. 194

47) 구체적인 내용은 후술함

48) 최준규(2013), p. 70

49) 구체적인 내용은 후술함

50) 최준규(2013), p. 67

험자에게 이전하는 것이라는 점과 관련된다”고 언급한바 있는데,⁵¹⁾ 이는 위험의 이전을 목적으로 하는 보험계약의 기능상 보험 보상을 제공하는 것이 디폴트가 되어야 한다는 취지이다.⁵²⁾ 요컨대, 위험의 이전이라는 보험의 기능을 고려할 때, 작성자 불이익 원칙을 적용하여 가급적 보험에 의한 보상을 인정하는 방향으로 약관을 해석하는 것이 보험계약의 효용을 높이는 것이라고 볼 수 있다.

다. 한계점

작성자 불이익 원칙은 책임 사상에 부합하고 계약 당사자 간의 형평성, 약관의 투명성, 약관 및 보험의 효용성 제고에 기여할 것으로 기대되지만, 실제로도 그러한지, 사안의 특성에 따라서는 오히려 책임성을 인정하기 어렵거나, 형평에 반하는 결과를 초래하거나, 투명성이나 효용성 제고에 기여하지 못하는 경우가 있지는 않은지 살펴본다.

1) 책임성의 한계

약관의 일방성에 주목할 경우 책임 사상에서 작성자 불이익 원칙의 인정 근거를 찾는 것이 합리적일 수 있다. 그러나 실제로 사업자가 일방적으로 약관을 작성했다고 보기 어려운 경우가 많다. 보험약관의 경우 보험업감독업무 시행세칙⁵³⁾에서 생명보험, 화재보험, 자동차보험, 질병·상해보험, 실손의료보험, 신용보험의 표준약관을 제시하고 있는데, 이들 표준약관의 작성 주체는 감독당국이다. 한편, 감독당국은 개별 보험약관에 대해서도 기초서류 변경 권고⁵⁴⁾ 등을 통해 개별 보험약관의 내용 형성에도 관여한다. 이처럼 감독당국이 작성한 표준약관이나 감독당국의 권고에 따라 수정된 개별 약관 조항에 불명확성이 있는 경우에는 일방성 및 이에 기반한 책임성을 인정하기가 어렵다.⁵⁵⁾

51) Smith v. N. Am. Co. for Life & Health Ins., 775 F.2d 777, 780(7th Cir. 1985)(Boardman 2013, p. 346에서 재인용)

52) Boardman(2013), p. 346

53) 보험업감독업무 시행세칙은 금융감독원이 보험업법 및 금융위 설치법 등에서 정한 보험기관 감독을 위해 필요한 사항을 정한 것임. 이는 국회나 정부가 제정한 법규명령은 아니지만 피감기관에 의무를 부과하고 구속력을 미친다는 점에서 사실상 법규명령과 차이가 없다고 보아도 무방할 것임

54) 보험업법 제127조의2. 기초서류 변경 권고는 해당 기초서류가 기초서류 작성·변경 원칙(보험업법 제128조의3)이나 보험요율 산출원칙(보험업법 제129조)을 준수하지 않은 경우에 이루어지고 있음

55) 참고로 독일의 경우 집단적 교섭이 이루어진 경우 및 관청에 의해 권장 또는 인가된 약관에 대해서도 독일 민법 제305c조 제2항의 작성자 불이익 원칙이 적용된다는 설명이 있으나(박현욱 2019, p. 20), 직접 감독당국이 작

그럼에도 불구하고 표준약관 조항의 불명확성으로 분쟁이 발생한 경우에도 분쟁조정위원회는 작성자 불이익 원칙을 적용하고 있고⁵⁶⁾ 금감원은 작성자 불이익 원칙을 근거로 보험 회사에 보험금 지급 거절에 대한 재검토를 권고하고 있다.⁵⁷⁾ 작성 주체가 감독당국인 표준약관의 불명확성 문제를 이와 같은 절차와 논리에 의해 해결하는 것이 책임성에 부합하는 것인지는 의문이 있다.

참고로, 과거 독일에서는 보험약관 해석 시에는 작성자 불이익 원칙이 적용되지 않는다는 주장이 제기되기도 하였다. 이러한 주장은 보험약관은 감독당국에 의해 규제되고, 보험자가 장래의 사정 변경을 모두 예견하여 이를 명확히 표현할 수는 없으므로 보험자에게 입법자보다 더 많은 것을 요구하는 것은 부당하며, 보험계약의 해석은 개개의 당사자의 의사가 아니라 위험단체에 가장 유리한 의미를 탐구하여야 한다는 점에 근거하고 있다.⁵⁸⁾ 또한 법령에서 표준조항이나 표준약관의 사용을 강제하고, 그 변경을 허용하지 않고 있는 한, 보험자가 약관의 용어나 내용을 선택하였다고 볼 수 없기 때문에 작성자 불이익 원칙이 적용될 여지가 없다는 지적도 제기되었다.⁵⁹⁾ 이러한 견해들은 약관을 법 규범으로 보던 과거 독일의 다수 견해와 일맥상통하는 것으로 보인다.⁶⁰⁾ 현재는 약관의 법적 성격을 법규범이 아닌 계약으로 보는 것이 통설이기는 하나, 약관에는 여전히 규범으로서의 특성이 내재되어 있다.⁶¹⁾

이러한 점들을 종합적으로 고려해 볼 때, 일방성 및 책임성에 근거하여 약관의 불명확성으로 인한 책임을 사업자에게 전적으로 귀속시키는 것은 논리적인 한계가 있는 것으로 보인다.

2) 형평성 제고의 한계

약관은 사업자가 일방적으로 작성하는 것이고, 사업자는 통상 자신에게 유리하게 약관을 작성할 것으로 예상되기 때문에, 작성자 불이익 원칙을 통해 약관을 사업자에게 불리하게

성한 표준약관 조항에 대해서도 작성자 불이익 원칙이 적용되는지 여부는 불분명함

56) 본 보고서 p. 41 국가유공자 의료비 지원이 실손보험금 산정 시 공제대상인지 여부에 관한 분쟁조정결정 참조

57) 본 보고서 p. 44 질병의심소견 인식자료 관련 판례 참조

58) J. Schmidt-Salzer(1967; 1977), AGB-AVB. s.206(이재현 2012, p. 11에서 재인용)

59) W. R. Vance(1951), The Law of Insurance pp. 807~810(이재현 2012, p.12에서 재인용)

60) 약관의 법적 성격에 대해 기존에 약관을 법규범(상관습법)의 일종으로 보는 규범설과 계약의 일종으로 보는 계약설이 대립하였고, 과거에는 규범설이 다수설이었으나, 현재는 계약설이 통설·판례임

61) 한국사법행정학회(2016), p. 96

해석함으로써 사업자와 소비자 간의 형평성을 제고할 수 있다는 것은 일반론으로서는 타당하다. 그러나 사안의 특성에 따라서는 작성자 불이익 원칙을 적용하는 것이 오히려 형평에 반하는 결과를 초래할 수 있다.

예를 들어 자살면책제한 약관을 생각해 보자. 상법은 고의사고를 원칙적으로 면책사유로 정하고 있다.⁶²⁾ 보험금을 노린 고의사고의 경우에는 보험금 지급을 부정함으로써 고의사고를 방지하고 보험의 선의성을 유지하기 위한 것이다. 그런데, 생명보험 표준약관은 심신상실 상태의 자살이나 보장개시일로부터 2년 경과 후 자살에 대해서는 고의사고 면책을 제한하고 있다.⁶³⁾ 고의사고 면책에 관한 상법 규정은 편면적 강행규정⁶⁴⁾이어서, 약관에서 법령보다 고객에게 더 유리한 내용을 정하는 것은 가능하다. 따라서 면책 제한 약관 자체는 법령의 규정보다 고객에게 더 유리한 것이어서 유효하다.⁶⁵⁾ 그런데, 자살면책제한 규정의 해석 및 적용에 대해 다툼이 있을 때,⁶⁶⁾ 고객에게 유리하게 해석하는 것, 즉 피보험자의 자살에 대해서도 가급적 보상을 하는 방향으로 해석하는 것이 형평에 부합하는 것 인지는 의문이다. 약관 규정 자체가 법령에서 정한 것보다 고객에게 더 유리하게 되어 있는 경우 고객 유리 원칙을 통해 바로잡아야 할 불균형 문제가 있다고 보기 어렵고, 특히 자살에 대한 보험금 지급의 범위를 넓히는 것은 보험제도의 선의성에 부정적인 영향을 미

62) 상법 제659조(보험자의 면책사유)

① 보험사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 생긴 때에는 보험자는 보험금액을 지급할 책임이 없다.

63) 생명보험 표준약관 제5조(보험금을 지급하지 않는 사유)

회사는 다음 중 어느 한 가지로 보험금 지급사유가 발생한 때에는 보험금을 지급하지 않습니다.

1. 피보험자가 고의로 자신을 해친 경우

다만, 다음 중 어느 하나에 해당하면 보험금을 지급합니다.

가. 피보험자가 심신상실 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자신을 해친 경우

특히 그 결과 사망에 이르게 된 경우에는 재해사망보험금(약관에서 정한 재해사망보험금이 없는 경우에는 재해 이외의 원인으로 인한 사망보험금)을 지급합니다.

나. 계약의 보장개시일(부활(효력회복)계약의 경우는 부활(효력회복)청약일)부터 2년이 지난 후에 자살한 경우에는 재해 이외의 원인에 해당하는 사망보험금을 지급합니다.

64) '편면적 강행규정'이란 당해 규정의 수범자 중 일방에게만 구속력을 가진다는 의미임. 보험계약법상 강행규정은 대부분 보험자에 대해서만 구속력을 갖는 편면적 강행규정으로, 보험계약자, 피보험자, 보험수익자에게 유리하게 내용을 변경하는 것은 허용됨(상법 제663조)

65) 이러한 자살면책제한 조항을 둔 것은, 심신상실 상태의 자살의 경우 자살에 대한 인식과 의사가 존재하지 않아 고의사고로 보기 어렵고, 보장개시일로부터 2년 경과 후의 자살의 경우에는 자살이 보험가입 동기가 되었을 가능성이 낮다는 점을 고려한 것임

66) 종전에는 자살이 '재해사망'에 해당하는지 여부가 주로 문제되었고(대법원 2016. 5. 12. 선고 2015다243347 판결 외 다수), 최근에는 우울증 등 정신질환을 앓고 있는 자가 자살을 한 경우 이를 면책 제한 사유에 해당한다고 볼 것인지 여부가 주로 문제되고 있음(대법원 2021. 2. 4. 선고 2017다281367 판결, 대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다302718 판결)

칠 가능성이 있어 그와 같은 해석은 바람직하다고 보기 어렵다.⁶⁷⁾

이처럼, 작성자 불이익 원칙 자체는 계약의 형평성 제고에 도움이 될 수 있지만, 불명확성이 문제되는 약관 조항의 성격에 따라서는 당해 고객에게 유리한 해석이 반드시 형평성 제고에 기여한다고 보기 어려운 경우가 있다.

3) 투명성 제고의 한계

작성자 불이익 원칙의 적용을 통한 투명성 제고는 사업자가 약관을 더 명확하고 이해 가능하게 작성하는 것이 가능한 경우에 의미가 있다. 그러나 애초에 사업자가 약관을 더 명확하게 작성하는 것이 불가능했거나, 더 명확하게 작성했다라도 보험계약자의 이해도 제고에 기여하지 못했을 것으로 예상된다면, 작성자 불이익 원칙의 적용은 투명성 제고 효과는 얻지 못한 채 비용 증가 등 부작용만 야기할 수 있다. 작성자 불이익 원칙의 인정 근거를 투명성에서 찾는 견해 중 약관 작성 시를 기준으로 작성자가 더 명확한 규정을 둘 것을 기대하기 어려운 경우에는 이 원칙이 적용되어서는 안 된다고 보는 견해도 있다.⁶⁸⁾

페널티 디폴트 룰에 관한 미국의 논의의 전개 과정을 보면, 작성자 불이익 원칙의 투명성 제고 기능의 한계점이 더욱 잘 드러난다. 페널티 디폴트 룰에 관한 이론을 처음 제시한 것은 Ayres & Gertner(1989)이다. Ayres & Gertner(1989)는 계약에 공백이 존재하는 경우 계약 당사자 중 일방(주로 정보 우위에 있는 자)에게 불이익을 부과하는 일련의 디폴트 룰들을 ‘페널티 디폴트 룰(Penalty Default Rule)’이라고 본다. 즉, 페널티 디폴트 룰은 정보 우위에 있는 당사자로 하여금 상대방에게 정보를 제공하도록 유도하기 위해 인정되는 것이며, 작성자 불이익 원칙도 페널티 디폴트 룰의 일종이라고 본다. 약관의 작성자가 약관의 문언을 명확히 함으로써 고객에게 더 많은 정보를 제공할 수 있었음에도 그렇게 하지 않은 경우 작성자에게 불이익한 해석이라는 페널티를 부과해야 하며, 이를 통해 사업자와 소비자의 정보비대칭을 해소할 수 있다고 보는 것이다. 반면 Boardman(2013)은 이에 대

67) 자살에 대해 재해사망보험금을 지급하도록 한 판결은 형평성의 관점 외에도 다양한 측면에서 비판이 제기되고 있음. 예컨대 이재현(2012)은, ‘자신의 고귀한 생명을 단절한 대가적 급부로서 보험금이 지급되도록 하는 것은 “고객에게 유리하게 해석”하는 것이 아니고, 이는 외견상 경제적, 금전적인 급부의 지급 내지는 귀속, 즉 결과에만 초점을 맞춘 해석으로, 오히려 도덕적 위험을 증가시키고, 약관해석의 기본원칙인 신의성실의 원칙에 반한다’고 비판하고 있음. 또한, ‘보험금을 취득하는 것은 유족들이고, 유족들은 피보험자의 자살에 대한 직접적인 책임이 있다고 볼 수 있으므로 이들의 신뢰는 보호될 필요가 있다고 보는 견해도 있을 수 있으나, 피보험자의 자살을 담보로 보험금을 받는다는 신뢰가 보호될 필요성이 있는지는 의문’이라고 보고 있음

68) Meyer(2010), pp. 129~130(최준규 2011, p. 45에서 재인용)

해 비판적인 입장을 취한다. 보험계약자가 약관을 더 상세하고 명확하게 작성하더라도 소비자는 계약 체결 전에 그 약관을 읽지 않거나, 읽더라도 실제 그 약관 조항이 가지는 의미를 충분히 이해하지 못할 가능성이 커서 정보비대칭 해소에 기여하지 못한다고 보는 것이다.⁶⁹⁾ 약관을 상세히 정할수록 분량이 늘어나고 기술적 용어 사용이 많아져 가독성이 떨어진다는 주장도 투명성 제고 기능의 한계를 지적한 것이라고 볼 수 있다.⁷⁰⁾

작성자 불이익 원칙은 존재 자체로 사업자에게 약관을 보다 명확하게 작성하도록 유도하는 기능을 가진다. 그러나 약관을 사전에 명확하게 작성하는 데에는 한계가 있고, 과학기술의 발전이나 경제·사회 환경의 변화로 인해 작성 당시에는 비교적 명확하다고 여겨졌던 규정이 사후적으로 불명확해지는 경우도 있다. 예컨대, 암보험약관에서 요양병원 입원비를 보상해야 하는지 여부를 명확하게 규정하지 못한 것은 약관 작성 당시에는 암환자들이 요양병원에 입원하는 상황을 예상하지 못하였기 때문이다. 특정 수술에 대한 대체 시술이 약관 작성 이후에 도입된 경우 그러한 시술을 수술비 보장 대상에 포함할 것인지 여부를 약관에서 미리 명확히 하지 못한 것도 마찬가지이다. 이러한 경우 작성자 불이익 원칙은 약관의 투명성 제고에 아무런 기여를 하지 못한다.

요컨대 작성자 불이익 원칙 적용을 통해 약관의 명확성을 제고하고 결과적으로 보험계약자에 대한 정보 제공을 강화하여 정보비대칭을 해소할 수 있다는 관념은 일반적·추상적으로는 타당하나, 개별적·구체적 사안에서는 이를 기대하기 어려운 경우가 적지 않을 것으로 보인다. 더욱이 정보비대칭 문제를 해소하기 위한 더욱 직접적이고 강력한 수단인 설명의무가 명문으로 도입된 이상,⁷¹⁾ 정보비대칭 문제는 설명의무 이행을 통해 해결하는 것이 적합할 것으로 생각된다.⁷²⁾

69) Boardman(2013), pp. 329~341

70) Rapaport(1995), pp. 207~210

71) 금융상품에 대한 설명의무는 금융위기 이전에는 신의칙상 고객보호의무의 하나로 여겨졌으나, 금융위기 이후에 각 금융업법에 명문으로 도입되었음. 보험업법에는 2010년 도입되었고, 금소법 제정 이후 금소법 제19조로 이관되었음

72) 권영준(2020)은 투명성 의무, 약관 명시 의무 및 약관 설명 의무가 모두 일종의 정보 제공 의무로서 유사한 기능을 수행한다고 보고 있음(권영준 2020, p. 203)

〈페널티 디폴트 룰(Penalty Default Rule)에 관한 미국의 논쟁〉

○ Ayres & Gertner(1989), "Filling Gaps in Incomplete Contracts: an Economic Theory of Default Rules"

Ayres & Gertner(1989)는 계약상 공백이 존재하는 경우 당사자 일방(주로 정보 우위에 있는 자)에게 불리한 효과를 부여하는 일련의 디폴트 룰들은 정보를 제공하지 않은 데 대한 페널티의 성격을 갖는다고 보았다. 이러한 페널티 디폴트 룰을 통해 정보 우위에 있는 자로 하여금 계약 체결 시 상대방에게 정보를 제공하도록 유도함으로써 계약 당사자 사이의 정보비대칭을 해소할 수 있다고 보며, 대표적인 페널티 디폴트 룰로 Hadley Rule⁷³⁾을 제시하고 있다.

이러한 페널티 디폴트 룰 이론은 계약상 공백이 당사자 일방, 특히 정보 우위에 있는 당사자 일방의 전략적 선택에 의해 발생할 수 있다는 점을 전제로 한다. 계약에 공백이 존재하는 경우 정보 우위에 있는 자에게 페널티를 부과함으로써 정보 불균형을 해소하고 전략적 지대 추구를 방지할 수 있다고 본다. 이러한 의미에서 페널티 디폴트 룰을 정보제공유도형 디폴트 룰(Information-forcing Default Rule)이라고도 한다. 페널티 디폴트 룰이 정당화되기 위해서는 (i) 계약상 공백이 당사자 일방의 전략적 선택으로 발생하였고, (ii) 페널티 디폴트 룰을 적용함으로써 실제 정보 공개 효과가 발생하여야 하며, (iii) 정보 공개의 효용이 그로 인해 발생하는 비용을 초과해야 한다. Ayres & Gertner(1989)의 이러한 주장은 발표 이후 상당한 후속 논의를 야기하였다.

○ Posner(2006), "There Are No Penalty Default Rules in Contract Law"

Posner(2006)는 "계약법상 페널티 디폴트 룰은 존재하지 않는다"는 제목의 논문을 발표하여 Ayres & Gertner(1989)의 페널티 디폴트 룰에 관한 이론을 정면으로 반박하였다. Posner(2006)는 계약상 공백이 존재하는 경우 일방 당사자에게 불리한 내용의 디폴트 룰이 적용되는 것은 그 당사자에게 페널티를 부과하기 위한 것이 아니라 그러한 내용이 합리적인 다수가 원하는 결과이기 때문이며, 따라서 Hadley Rule을 비롯한 일련의 디폴트 룰은 페널티 디폴트 룰이 아닌 다수 기준 디폴트 룰(Majoritarian Default Rule)이라고 보았다. 만약 디폴트 룰 적용의 결과가 다수의 의사와 다르다면, 이는 그 규정이 페널티 디폴트 룰이기 때문(즉, 다수의 의사와 관계없이 오로지 정보 공개 촉진 목적으로 정보 우위의 당사자에게 페널티를 부과하기 위한 것이기 때문)이 아니라 다수의 의사가 무엇인지에 대해 착오가 있었기 때문이라고 본다. 또한, 페널티 디폴트 룰의 주장자들이 강조하는 정보비대칭 문제는 주로 소비자보호와 관련되는데, 정보비대칭 해소를 통한 소비자보호는 계약의 성립이나 효력에 관한 각종 강행규정을 통해 달성할 수 있다고 본다. 정보비대칭으로 인해 취약한 지위에 있는 소비자를 보호하기 위해 다수의 강행규정(예컨대, 고객에게 부당하게 불리한 조항을 무효화 하는 규정 등)이 마련되어 있다. 이러한 강행규정은 계약상의 공백이 있는지 여부와 관련 없이 적용되는 것으로, 설령 계약이 세세하고, 명시적이고, 완성된 형태로 체결되었다더라도 소비자보호의 필요성이 있다면 마땅히 적용되어야 하는 것이므로, 계약의 공백을 전제로 하는 디폴트 룰보다 소비자보호에 더 적합하다고 보는 것이다.⁷⁴⁾

다만, Posner(2006)는 보험계약과 같이 정보의 외부효과(Information Externality)의 중요성 및 사전 규제(Ex Ante Regulation)의 필요성이 큰 분야에서는 페널티 디폴트 룰이 적합할 수 있다고 덧붙

이고 있다. 계약법에서는 계약 자유의 원칙 및 일반적인 문제 해결 방법이 적용되어야 하지만, 분야에 따라서는 특수성을 고려하여 페널티 디폴트 룰이 활용될 수 있다고 보는 것이다. 이처럼 Posner(2006)가 계약법상 페널티 디폴트 룰의 존재는 부정하면서도 보험법 및 보험약관에서는 페널티 디폴트 룰이 활용될 수 있을 것이라고 여지를 남김에 따라 보험법 분야의 후속 논의가 요구되었다.

○ Boardman(2013), “Penalty Default Rules in Insurance Law”

Boardman(2013)은 보험법의 관점에서 작성자 불이익 원칙을 페널티 디폴트 룰로 볼 것인지 여부를 분석하였다.

페널티 디폴트 룰의 적용이 정당화 되기 위해서는 정보 우위에 있는 당사자가 전략적으로 불명확성을 선택한다는 점이 전제되어야 한다. 그런데, 보험약관은 매우 엄격한 절차를 거쳐 작성되므로 작성자가 의도적으로 불명확한 조항을 두는 경우는 극히 드물다. 실제로 분쟁의 대상이 되는 약관 조항들은 보험회사의 매출 증대에는 기여하지 못하고 분쟁 비용만 증가시키는 것이어서 보험회사가 일부러 이러한 불명확성을 선택했다고 보기 어려운 경우가 대부분이다. 한편 페널티 디폴트 룰은 페널티 부과를 통해 정보 공개를 촉진하는 것을 목적으로 하는데, 보험약관의 경우 보험회사가 약관을 더 상세히 규정하더라도 대다수의 보험계약자들은 약관의 규정을 사전에 읽기보다는 사후에 문제가 발생했을 때 비로소 읽어보게 될 것이어서 현실적으로 정보 불균형 해소 효과도 기대하기 어렵다.

요컨대 Boardman(2013)은 Posner(2006)와 달리 페널티 디폴트 룰이 존재하기는 하지만 그것이 Ayres & Gertner(1989)가 설명하는 방식으로 작동하지는 않는다고 본다. 즉, 페널티 디폴트 룰은 정보 공개를 촉진하여 정보비대칭을 해소하는데 기여하기 보다는 소비자가 부담하는 비용만 증가시킨다는 것이다.

73) 영국의 Hadley v Baxendale(1854) 사건에서 인정된 원칙으로, 계약 위반으로 인한 손해배상책임은 통상손해, 즉 일반적으로 계약 위반 시 통상적으로 발생하는 손해에 대하여 인정되고, 특별손해(consequential damage) 즉, 통상손해의 범위를 넘는 손해로서 당사자의 특수한 사정에 의해 발생한 손해에 대해서는 계약자가 그러한 손해 발생 가능성을 알았거나 알 수 있었던 경우에 한하여 손해배상책임이 인정된다는 원칙임. 위 사례에서 원고인 Hadley는 고장난 기계 부품을 제조업체에 보내 수리하기 위해 Baxendale이 운영하는 운송업체와 물품운송계약을 체결하였는데, 운송인 측의 계약 위반으로 운송이 지연되자 Baxendale을 상대로 손해배상을 청구하였음. Hadley는 부품 운송 지연으로 인해 기계를 운영하지 못한 데 따른 손해에 대해서까지 배상을 청구하였으나, 법원은 그와 같은 결과적 손해는 운송인인 피고 측이 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 배상 대상이 된다는 전제에서, 본 사안의 경우 운송인은 그러한 사정을 알지 못하였으므로, 운송비 상당의 손해에 대해서만 배상책임을 부담한다고 판단하였음. Ayres & Gertner(1989)는, Hadley가 Baxendale에게 정보를 제공하지 않은데 대한 페널티로서 손해배상책임이 제한된 것이고, 이러한 페널티를 부과함으로써 운송계약 체결 당시에 화물에 대한 충분한 정보를 제공하도록 유도하는 효과가 있다는 점에서 Hadely Rule을 페널티 디폴트 룰이라고 보고 있음

74) 참고로, 종전에 보험약관 해석의 중요한 기준이 되었던 ‘합리적 기대 원칙’이 이러한 기능을 수행하였다고 볼 수 있음. 합리적 기대 원칙(Reasonable Expectation Doctrine)은 보험계약자 보호 관점에서 도입된 미국의 보험약관 해석 원칙임. 하버드 로스쿨 교수 Robert E. Keeton이 1970년 과거 판례와 이론들을 연구하여 보험약관 해석 원칙으로 정립하였음. 과거에는 주로 약관의 문구가 불분명한 경우 작성자 불이익 원칙과 함께 합리적 기대 원칙을 적용하였는데, Keeton 교수 연구 이후 약관 문언이 명확하더라도 소비자의 합리적 기대에 반한다면 그 문언을 적용하지 않아야 한다는 의미로 정립되었음. 합리적 기대 원칙은 ‘객관적’ 합리적 기대원칙이라고도 하는

4) 효용성 제고의 한계

보험은 계약자의 위험을 보험회사에 이전하는 것을 목적으로 한다는 점에서 가급적 위험 이전의 효과가 유지되는 방향으로 계약을 해석하는 것이 약관의 효용성은 물론이고 보험 자체의 효용성을 제고하는 것이라고 볼 수도 있다. 그러나 구체적인 사안을 보면, 분쟁 사안의 당사자인 보험계약자에게 유리한 해석과 일반적인 다수의 보험계약자가 합리적이라고 생각하는 해석이 반드시 일치하지 않는 경우가 있다. 예를 들어 최근 문제된 호텔형 상급병실료를 자동차보험에서 보상해야 하는지 여부를 생각해보자. 자동차보험약관 및 관련 법령상⁷⁵⁾ 입원 시 병실료는 원칙적으로 일반병실료를 기준으로 보상한다. 다만 '부득이한 사정'으로 상급병실을 사용한 경우에는 상급병실료도 보상 대상에 포함되는데, 이때 부득이한 사정이란 통상 일반병실의 병상이 부족하여 부득이 상급병실을 사용하는 경우를 의미한다. 그런데, 교통사고 피해자가 호텔형 상급병실만 운영하는 의원급 의료기관에 입원한 경우,⁷⁶⁾ 해당 병원에 일반병실이 없다는 사정을 '부득이한 사정'이라고 볼 수 있을 것인지가 문제된다. '부득이한 사정'의 의미가 불명확하므로 작성자에게 불리하게 해석하여 호텔형 상급병실료도 지급해야 한다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 이 경우 '작성자에게 불리한 해석'과 '다수가 합리적이라고 생각하는 해석'이 과연 일치하는지 의문이 아닐 수 없다.

한편, 작성자 불이익 원칙을 적용하는 것이 결과적으로 소비자 권리의 축소를 야기할 수 있다는 점에서도 효용성에 한계가 있다. 약관상 불명확한 조항에 대해 작성자 불이익 원

데, 합리적 기대가 계약자 다수의 객관적인 기대여야 한다는 점을 의미함. 보험의 존재 의의와 보험가입의 목적 등을 참작하여 거래관행이나 실무를 통하여 일반의 평균적 보험계약자가 계약 체결 시에 갖는 합리적 기대를 해석 기준으로 삼아야 한다는 것임. 또한 합리적 기대의 결정 시점을 계약 체결 시점으로 봄으로써, 사고 발생 이후 계약자들의 주관적 기대를 장려하는 것이 아니라 계약 체결 당시의 객관적 합리성을 더욱 중요하게 고려함(이상의 내용은, 장덕조 2006, pp. 242~248을 정리한 것임). 계약 문언이 명확하더라도 그것이 보험계약자의 합리적 기대에 반한다면 합리적 기대에 부합하도록 계약 내용을 변경할 수 있다는 점에서, 우리나라 약관규제법상 내용통제와 유사한 기능을 수행하는 것으로 볼 수 있음

75) 상급병실료에 관한 사항은 국토교통부 고시인 자동차보험 진료수가에 관한 기준(이하, '자보수가기준'이라 함) 제6조 제1항 제3호 및 동 기준 별표2에서 정하고 있고, 자동차보험 약관은 자보수가기준에 따라 진료비를 지급하도록 하고 있음. 자보수가기준 자체는 약관이 아니므로 작성자 불이익 원칙 적용 대상이 아니라고 볼 수도 있을 것이나, 그 내용이 보험에서 보상하는 손해와 보상하지 않는 손해에 관한 것이고, 실무에 미치는 영향 측면에서 앞서 살펴본 금융감독원의 보험업감독업무 시행세칙 별표의 표준약관과 큰 차이가 없음

76) 일반병상 보유 의무를 부담하지 않는 10병상 이하 소규모 의료기관들이 일반병상을 보유하지 않거나 극히 일부만 보유하면서 대신 OTT서비스, 대형TV, 안마의자 등 호텔급 시설과 서비스를 갖춘 1~2인실 상급병실 중심으로 병상을 운영하며 적극적 마케팅을 통해 자동차 사고 환자들을 유치하는 사례가 문제됨(연합뉴스(2021. 4. 7), "1·2인실에 안마의자·넷플릭스로 호객...車보험 오를 수밖에")

칙이 적용되어 보험금이 지급된 경우, 보험회사는 그 조항을 명확하게 수정하게 된다. 이때 담보 범위를 확대하는 방향으로 수정할 수도 있고, 담보 범위를 축소하는 방향으로 수정할 수도 있다. 전자의 경우 보험료 인상이 수반될 것이고, 후자의 경우 그 자체로 보험계약자에게 유리하다고 보기 어렵다. 결국 당해 분쟁 사건 보험계약자는 보험료 인상 없이 유리한 기준에 따라 보상을 받게 되지만, 전체 보험계약자들은 같은 보상을 받기 위해 보험료 인상을 감수해야 하거나, 해석에 따라서는 보상을 받을 수 있는 사안에 대해서도 다투어볼 기회를 갖지 못하게 된다. 불명확성은 제거되지만 전체 보험계약자에게 결코 유리하다고 볼 수 없는 이러한 결과는 다수의 합리적인 의사에 합치한다고 보기 어렵고, 약관이나 보험의 효용성을 오히려 저해하는 측면도 있다.

외국에서도 작성자 불이익 원칙에 의해 분쟁을 해결할 경우, ① 결론의 부적합성, ② 보험계약의 의미의 불확실성, ③ 계약 체결 비용 증가, ④ 약관의 가독성 저하, ⑤ 보험약관의 혁신 저하 등의 비효율이 초래될 수 있다는 지적이 제기된바 있다.⁷⁷⁾

요컨대, 작성자 불이익 원칙의 효용성 제고 기능에는 한계가 있고, 오히려 계약 체결 비용의 증가, 보험료 인상, 담보 범위의 명시적 축소 등 부작용이 우려된다.

3. 적용요건: 보충성

가. 보충성의 의미 및 요건

1) 의미

작성자 불이익 원칙은 '약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우'에 적용된다. 약관 해석 시 처음부터 작성자 불이익 원칙을 적용하는 것이 아니라, 다른 해석 방법을 통해 약관을 해석해보았는데도 그 뜻이 불분명한 경우에 비로소 작성자 불이익 원칙이 적용되는 것이다. 이를 '보충성'이라 한다.

작성자 불이익 원칙은 분쟁의 주요 쟁점에 대한 명확한 판단이 곤란한 상황에서 한쪽 당사자에게 일방적으로 유리한 결론을 내리는 것이다. 이는 형사소송에서의 무죄추정 원칙,

77) Rappaport(1995), p. 175

민사소송에서의 요건사실에 대한 입증책임과 같은 위험배분 원칙의 공통적인 특성이다. 이러한 위험배분 원칙들은 분쟁 해결의 전면에 나서 적용되어서는 안 되고, 최후의 수단으로 기능해야 한다. 보충성 요건은 위험배분 원칙이 오남용 되지 않고 최후의 수단으로 기능하도록 하는 문지기 역할을 한다. 보충성 요건을 도외시하거나 형해화하여 위험배분 원칙이 남용되는 경우, 분쟁 해결의 적정성을 담보할 수 없게 된다. 형사사건에서 법원이 검사가 제출하는 증거를 충실히 판단하지 않은 채 무죄추정의 원칙을 적용하여 무죄판결을 내리는 경우를 생각해 보자. 민사사건에서 법원이 입증책임을 부담하는 일방 당사자(예컨대, 손해배상을 청구하는 불법행위 피해자)가 제출하는 증거를 세세히 판단하지 않은 채 만연히 증거불충분으로 원고 패소 판결을 내리는 경우도 마찬가지이다.

이처럼 작성자 불이익 원칙에서 ‘보충성’ 요건은 매우 중요한 의미를 갖는다. 보충성 요건을 어떻게 해석하는지에 따라 작성자 불이익 원칙이 최후의 수단이 될 수도 있지만, 전가의 보도나 약방의 감초가 될 수도 있다.

2) 요건

‘약관의 뜻이 명백하지 않은 경우’의 의미는 넓게 볼 수도 있고, 좁게 볼 수도 있다. 가장 넓게 보는 경우 ‘약관의 의미에 대해 다툼이 있는 경우’가 될 것인데, 이렇게 보면 대부분의 분쟁 사안에 작성자 불이익 원칙이 적용된다는 결론에 이르게 된다. 반면 그 의미를 가장 좁게 볼 경우, ‘가능한 모든 방법을 동원하여 약관을 해석해 보았는데도, 약관의 의미에 대해 둘 이상의 합리적 해석이 가능하고, 그 두 가지 해석이 동일한 정도로 합리적이어서 둘 중 어느 하나를 선택할 수 없는 경우’라고 보게 된다. 이렇게 보면 작성자 불이익 원칙이 적용되는 사례는 극히 드물어질 것이다.

판례는 ‘약관의 뜻이 명백하지 않은 경우’의 의미를 후자와 같이 보고 있다. <그림 II-1>에서 살펴본 것처럼, 판례는 보험약관의 해석은 (i) ① 신의성실 원칙에 따라 ② 당해 약관의 목적과 취지를 고려하여, ③ 공정하고 합리적으로 해석하되, ④ 개개의 계약 당사자가 기도한 목적이나 의사를 참작함이 없이 ⑤ 평균적 고객의 이해 가능성을 기준으로 ⑥ 보험단체 전체의 이해관계를 고려하여 ⑦ 객관적·획일적으로 해석하여야 하고, (ii) 위와 같은 해석을 거친 후에도 ① 약관 조항이 객관적으로 다의적으로 해석되고, ② 그 각각의 해석이 모두 합리성이 있는 경우에, 비로소 당해 약관의 뜻이 명백하지 않다고 보아 고객에게 유리하게 해석해야 한다고 판시하고 있다. 이처럼 작성자 불이익 원칙의 적용을 위해서는 매우 엄격한 보충성 요건을 충족해야 한다.

3) 해외

작성자 불이익 원칙 적용을 위해 보충성을 요구하는 것은 다른 나라들도 마찬가지이다.

독일은 우리나라와 마찬가지로 작성자 불이익 원칙이 적용되려면 수급할 수 있는 정도의 해석 결과가 두 개 이상 존재해야 하고, 그 중 어느 것도 다른 것에 비해 우위에 있다고 볼 수 없는 경우여야 한다고 보고 있다.⁷⁸⁾

미국도 작성자 불이익 원칙을 후순위 해석 원칙(Secondary Rule)로 분류하고, 그중에서도 최후의 수단(Last Resort)으로서의 성격을 갖는 것으로 본다. 따라서 선순위 해석 원칙(Primary Rule) 및 다른 후순위 해석 원칙들을 모두 적용하여도 당사자의 의사를 확정할 수 없는 경우에만 작성자 불이익 원칙이 적용된다.⁷⁹⁾ 구체적인 기준은 주마다 차이가 있는데, 보충성의 원칙을 엄격하게 보는 주에서는 ‘가능한 두 가지 해석이 대등한 경우(only in the rare case of a tie between the best two interpretations)’에 적용된다고 보는 반면, 완화해서 보는 주에서는 ‘가능한 두 가지 해석 중 상대적으로 약한 해석도 입론이 가능한 경우(the weaker interpretation is plausible)’에도 작성자 불이익 원칙이 적용된다고 보고 있다.⁸⁰⁾

이렇게 주마다 구체적인 기준에 차이가 있기는 하지만, 불명확성 여부를 판단할 때 전체적인 맥락을 고려하도록 하고, 약관의 의미를 파악하기 위해 외부적 증거를 사용할 수 있다고 봄으로써, 과거에 비해서는 점차 보충성 요건을 엄격하게 보는 경향이 있다.⁸¹⁾

4) 문제점

보충성의 의미를 판례와 같이 엄격하게 볼 경우 작성자 불이익 원칙은 극히 예외적, 제한적인 경우에만 적용되어야 할 것이다. 그러나 실제 사례를 보면, 작성자 불이익 원칙은 다수의 분쟁 사례에서 빈번하게 언급되고 있다.

문제 사례는 크게 두 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 작성자 불이익 원칙의 ‘오

78) Schlewing(2012)(권영준 2015, p. 234에서 재인용)

79) Duncan(2006), pp. 1123~1124

80) Rappaport(1995), p. 179

81) Rappaport(1995), pp. 181~184; Johnson(2004), p. 33

용’ 사례이다. 다른 해석 방법을 통한 약관 해석을 거치지 않은 채, 모름지기 약관은 작성자에게 불리하게 해석해야 한다고 밝히고 있는 경우가 이에 해당한다. 둘째, 작성자 불이익 원칙의 ‘남용’ 사례이다. 보충성 요건을 적용하기는 하지만 너무 쉽게 불명확성을 인정해버리는 경우이다. 신의성실 원칙이나 공정·합리 해석 원칙, 보험단체의 전체의 이익 등 작성자 불이익 원칙보다 앞서 고려해야 할 사항들을 충분히 고려하지 않은 채, 문법상 두 가지 해석이 가능할 경우 쉽게 불명확성을 인정해 버리는 경우가 이에 해당한다.

이러한 오남용 사례는 종종 발견되는데, 최근에는 대법원 판례보다 하급심 판례나 분쟁조정사례에서 자주 나타나는 것으로 보인다. 이하에서는 작성자 불이익 원칙의 보충성 요건 충족 여부가 문제되는 사례들을 살펴본다.

나. 사례

1) ‘수술’ 및 ‘심한 추간판탈출증’의 의미: 보충성 요건의 엄격성 정도(서울고등법원 2018. 9. 20. 선고 2017나2030581 판결)

가) 쟁점

이 사건에서 보험계약자 A가 가입한 상해보험약관의 후유장해 보상 규정은 ‘추간판탈출증(속칭 디스크)으로 인하여 추간판을 2마디 이상 수술하거나 하나의 추간판이라도 2회 이상 수술하고 마미신경증후군⁸²⁾이 발생하여 하지의 현저한 마비 또는 대소변의 장애가 있는 경우’를 ‘심한 추간판탈출증’으로 보고 후유장해 보험금을 지급하도록 하고 있었다.⁸³⁾ A는 부상으로 허리를 다쳐 추간판 2마디(요추 4번-5번, 요추 5번-천추 1번)에 ‘추간판 내 고주파 열 치료술’을 받았으나 하지의 현저한 마비 또는 대소변의 장애가 발생하지는 않았다.

82) 척추신경 말단 부위의 마미(馬尾)신경근이 손상 내지 압박되어 골반 내 장기의 기능장애, 예컨대, 배뇨·배변 장애, 성기능 장애나 요통, 하지의 감각이상과 운동마비증상 등이 발생하는 것을 의미함

83) 위 약관의 장해분류별 판정 기준은 추간판탈출증(디스크)을 다음과 같이 분류하고 있음

유형	장해 판정 기준	지급률
심한 추간판탈출증	추간판탈출증으로 인하여 추간판을 2마디 이상 수술하거나 하나의 추간판이라도 2회 이상 수술하고 마미신경증후군이 발생하여 하지의 현저한 마비 또는 대소변의 장애가 있는 경우	20%
뚜렷한 추간판탈출증	추간판 1마디를 수술하여 신경증상이 뚜렷하고 특수 보조검사상에서 이상이 있으며, 척추신경근의 불완전마비가 인정되는 경우	15%
약간의 추간판탈출증	특수검사(뇌전산화단층촬영(CT), 자기공명영상(MRI) 등)에서 추간판 병변이 확인되고 의학적으로 인정할 만한 하지방사통(주변부위로 뻗치는 증상) 또는 감각 이상이 있는 경우	10%

이 사건에서는 위 약관상 후유장해 보험금 지급 요건과 관련하여, (i) 추간판 내 고주파 열 치료술이 ‘수술’에 해당하는지 여부와 (ii) 심한 추간판탈출증의 요건으로 후유장해가 요구되는지 여부가 문제되었다. 원심법원은 위 두 가지 쟁점 모두에 대해 작성자 불이익 원칙을 적용하여 판단하였다. 위 판결에 대해서는 상고가 제기되었는데, 상고심에서는 (i)의 쟁점은 다투어지지 않았고, (ii)의 쟁점에 대해서는 원심의 판단이 부당하다고 보았다.⁸⁴⁾ 이하 항목을 나누어 살펴본다.

나) 추간판 내 고주파 열 치료술이 ‘수술’에 해당하는지 여부

① 원심 판단

이 사건 원심법원은 ‘추간판 내 고주파 열 치료술이 수술에 해당하는지 여부에 대하여 다툼이 있고 학계에서도 명확한 결론을 내리지 못하는 상황이므로, 약관 해석의 일반적인 원칙⁸⁵⁾에 비추어 볼 때, 추간판 내 고주파 열 치료술이 수술에 해당하지 않는다는 취지의 관련 규정이 없는 이상 척추 장애 판정 시에는 이를 수술로 봄이 상당하다’고 판단하였다. 원심 법원은 ‘수술’ 해당 여부 판단 시 다음의 사항들을 고려하였다.

〈추간판 내 고주파 열 치료술의 수술 해당 여부 판단 시 고려사항〉

- ① **수술의 사전적 개념**: 피부나 점막, 기타의 조직을 의료기계를 사용하여 자르거나 찢거나 조직을 가하여 병을 고치는 일
 - ② **상해수술보장 특별약관 규정**: ‘수술’이란 병원 또는 의원의 의사, 치과의사의 자격을 가진 자에 의하여 치료가 필요하다고 인정하는 경우로서 자택 등에서 치료가 곤란하여 의료법에서 정한 국내의 병원 또는 이와 동등하다고 인정되는 국외 의료기관에서 의사의 관리하에 치료를 직접적인 목적으로 기구를 사용하여 생체에 절단(특정 부위를 잘라내는 것), 절제(특정 부위를 잘라 없애는 것) 등의 조직을 가하는 것을 말한다. 다만 흡인(주사기 등으로 빨아들이는 것), 천자(바늘 또는 관을 꽂아 체액 조직을 뽑아내거나 약물을 주입하는 것) 등의 조치 및 신경차단은 제외한다.
 - ③ **추간판 내 고주파 열 치료술의 방법**: 피부를 절개한 뒤 초음파나 CT의 유도하에 고주파를 발생시키는 전기침을 추간판에 삽입하고, 고부하의 교류 전류를 흐르게 하여 전기침에서 고주파를 발생시키
-

84) 대법원 2021. 10. 14. 선고 2018다279217 판결

85) 작성자 불이익 원칙을 의미함

며, 이로 인하여 전기침 주변에서 발생한 열을 이용하여 추간판 내 종양 등을 소작·응고시키는 치료방법(생체조직을 소작·응고시켜 조직의 괴사를 유도하는 효과가 있어, 치료 목적 및 효과 등에 비추어 볼 때 수술의 개념 중 절제와 본질적으로 유사한 면이 있음)

- ④ **신경외과 감정의 소견:** (i) OO협회는 고주파 열 치료술이 절제에 준하는 과정이라고 보고, (ii) 대학 병원급 척추 관련 전문의는 고주파 열 치료술, 신경 성형술 및 레이저 추간판 제거술 등을 대부분 시술로 보는 반면, (iii) 로컬 병원이나 전문병원은 이를 수술로 보고 있으며, (iv) 감정의 입장에서는 레이저 추간판 제거술은 수술, 고주파 수핵 성형술은 시술로 판단된다는 의견임
-

참고로, 특정 치료행위가 약관상 ‘수술’에 해당하는지 여부에 대해서는 다양한 판례가 존재한다. 주로 신체에 대한 침습성은 수술의 정도에 이르지 못하지만, 치료 목적 및 효과 측면에서 수술을 대체할 수 있는 ‘수술 대체적 시술’을 ‘수술’로 볼 것인지가 문제된다. 침습성이 낮아 환자의 신체적 부담, 회복 기간, 예후 등의 측면에서 수술과 차이가 있으나, 종양 소작·응고와 같이 수술에 준하는 효과를 거둘 수 있다는 점에서 수술과 유사점이 있다. 침습성이 낮으면서도 수술에 준하는 효과를 거둘 수 있어 환자 입장에서는 선택 유인이 높지만, 이를 수술로 보지 않게 되면 보상 여부⁸⁶⁾나 보상 범위⁸⁷⁾가 달라지는 경우가 있어 분쟁이 빈발하고 있다.

수술에 대해서만 보다 높은 보장을 제공하는 것은 수술이 환자의 건강과 생활에 큰 부담으로 작용하고, 후유증 발생 가능성도 높으며, 비용도 많이 들기 때문이다. 따라서 침습성이 낮아 환자의 건강과 생활에 큰 부담이 되지 않고 후유증 발생 가능성도 낮은 시술은 보장 필요성이 크지 않다. 이런 점을 고려하면 ‘수술’의 의미를 판단할 때에는 ‘침습성’의 정도를 가장 중요하게 고려해야 할 것이다. 반면, 침습성만을 기준으로 수술 여부를 판단하면, 효과가 유사한 시술과 수술 중 하나를 선택할 수 있는 경우에 보험 보상을 받기 위해 침습성이 높은 수술을 선택해야 하는 비효율이 발생할 수 있다. 이런 점을 고려하면 수술 대체 시술은 수술과 동일하게 취급할 필요도 있다.

수술 대체 시술의 수술 해당 여부에 관한 판례들은, 보험약관에 수술의 의미를 제한적으로 새기는 규정이 있는지를 우선적으로 고려하고 있는 것으로 보인다. 예컨대, 약관에서 수술의 의미를 ‘신체의 일부를 절단하거나 절제하는 외과적 치료방법’으로 제한하거나

86) 암 수술비 지급 여부를 의미함

87) 본 사례의 경우, 추간판 내 고주파 열 치료술을 ‘수술’로 보면 A는 ‘심한 추간판탈출증’에 해당하여 높은 지급률이 적용됨

‘의료계에서 표준적으로 인정되는 수술’에 해당할 것을 요구하는 규정이 있는지를 고려한다. 한편, 당해 시술이 침습성 측면에서 수술과 현저한 차이가 있는지도 고려하는 것으로 보인다. 고주파 온열치료,⁸⁸⁾ 방사선 조사시술⁸⁹⁾ 등은 수술에 해당하지 않는다고 판단한 사례가 이에 해당한다.

② 보충성 요건 충족 여부

‘수술’의 사전적 의미는 자르거나 찢거나 조작을 가하는 것이다. 이 사건 보험계약의 상해 수술보장 특별약관도 수술을 치료 목적의 절단, 절제 등의 조작이라고 정의하고 있다. 사전적 의미나 약관상 의미 모두 치료 방법을 중심으로 수술의 의미를 정하고 있다. 절제, 절단의 목적은 상병의 종류에 따라 다를 수 있으나, 찢거나 자르는 행위는 수술의 필수 요소라고 볼 수 있다. 따라서 수술 해당 여부는 목적이나 효과보다는 방법에 의해 판단해야 하는 것으로 보인다.

본 사안에서 문제된 추간판 내 고주파 열 치료술은 일반 고주파 열 치료술과 달리 추간판 내에 전기침을 삽입하여 이루어진다는 점에서 침습성의 정도는 상대적으로 높다. 그러나 전기침을 삽입하기 위해 국소부분 피부를 절개하는 것이어서, 그 침습성의 정도는 흡입·천자와 유사한 정도인 것으로 보인다. 치료 목적 및 효과는 종양의 소작·응고로 절제와 유사한 면이 있다. 의료실무상으로는 견해가 엇갈리는데, 척추 관련 전문가들은 이를 시술로 보고 있다.

이처럼, 방법적 측면에서 수술이라고 보기 어려우나, 그렇다고 침습성이 부정되지는 않고, 효과 면에서 수술과 유사한 경우 수술이라고 보아야 할 것인지를 판단하는 것은 어려운 일이고, 판단자의 재량 범위 내에서 결론이 달라질 수는 있을 것이다. 그러나, 위 사례에서 ‘수술’의 의미가 불명확하다고 결론을 내리기 위해서는 대법원 판례가 제시하는 7가지 측면⁹⁰⁾을 모두 고려하였다는 점이 판단 과정에서 나타나야 하는데, 원심의 판단에는

88) 고주파 온열치료는 고주파를 해당 부위에 찌도록 함으로써 암 조직에 대해서만 선택적으로 고온의 열을 가하는 것일 뿐 신체를 자르거나 찢는 등의 외상을 가하는 행위는 수반되지 않음(서울고등법원 2013. 5. 29. 선고 2012나20120 판결; 백영화·박정희 2019, p. 50)

89) 고에너지의 방사선을 인체에 조사하여 치료부위의 국소 미세암을 사멸시키는 치료법으로, 법원은 수술에 해당하지 않는 것으로 보고 있음(춘천지방법원 2012. 5. 10. 선고 2012가소454판결, 수원지방법원 2011. 5. 27. 선고 2010 가소 101950 판결; 백영화·박정희 2019, p. 51)

90) ① 신의성실 원칙, ② 당해 약관의 목적과 취지, ③ 공정해석·합리해석, ④ 개별 당사자의 목적·의도 배제, ⑤ 평

그와 같은 판단 과정이 제시되어 있지는 않다. 원심의 결론 자체의 타당성 여부와 별개로, 보충성 요건에 대한 판단이 충분치 않았다고 볼 수 있다.⁹¹⁾

다) '심한 추간판탈출증'의 요건으로 후유장애 발생이 요구되는지

① 원심 판단

원심에서는 상해보험약관의 후유장애 관련 규정 중 '심한 추간판탈출증'의 판정 기준 해석이 문제되었다. 이 사건 약관 조항은 심한 추간판탈출증을 '추간판탈출증으로 인하여 추간판을 2마디 이상 수술하거나 하나의 추간판이라도 2회 이상 수술하고 마미신경증후군이 발생하여 하지의 현저한 마비 또는 대소변의 장애가 있는 경우'라고 규정하고 있다. 원심은 위 규정은 아래와 같이 해석①, 해석② 두 가지로 해석이 가능하다고 보고, 작성자 불이익 원칙을 적용하여 고객에게 보다 유리한 해석인 해석①에 따라야 하므로, 추간판을 2마디 이상 수술한 경우에는 마미신경증후군으로 인한 하지의 현저한 마비나 대소변 장애가 없더라도 심한 추간판탈출증에 해당한다고 판단하였다.

〈심한 추간판탈출증에 대한 원심의 해석〉

[약관 조항] 추간판탈출증으로 인하여 추간판을 2마디 이상 수술하거나 하나의 추간판이라도 2회 이상 수술하고 마미신경증후군이 발생하여 하지의 현저한 마비 또는 대소변의 장애가 있는 경우

[해석①] 추간판탈출증으로 인하여 // 추간판을 2마디 이상 수술하거나 // 하나의 추간판이라도 2회 이상 수술하고 마미신경증후군이 발생하여 하지의 현저한 마비 또는 대소변의 장애가 있는 경우

→ (a) 추간판을 2마디 이상 수술한 경우 및 (b) 하나의 추간판을 2회 이상 수술하고 마미신경증후군이 발생하여 하지의 현저한 마비 또는 대소변의 장애가 있는 경우

[해석②] 추간판탈출증으로 인하여 // 추간판을 2마디 이상 수술하거나 / 하나의 추간판이라도 2회 이

균적 고객의 이해 가능성, ⑥ 보험단체 전체의 이해관계 ⑦ 객관적·획일적 해석

91) 개인적으로는 추간판 내 고주파 열 치료술은 수술에 해당하지 않는다고 보는 것이 타당하다는 의견임. 이 사안에서 문제되는 약관 조항은 추간판 수술 이후 발생한 후유장애 보상에 관한 것인데, 침습성이 높을수록 후유장애 발생 가능성이 높다고 볼 수 있는 반면, 치료의 목적, 효과, 비용 등은 후유장애 발생과는 특별한 관련이 없을 것임. 따라서 후유장애 인정 요건으로서의 '수술'의 의미를 파악할 때 침습성을 기준으로 판단함이 타당하며, 침습성이 수술에 현저히 미치지 못하는 시술의 경우 처치의 효과가 수술과 유사하다는 점만으로 수술에 해당한다고 볼 수는 없을 것으로 생각됨

상 수술하고 // 마미신경증후군이 발생하여 하지의 현저한 마비 또는 대소변의 장애가 있는 경우
→ (a) 추간판을 2마디 이상 수술하고 마미신경증후군이 발생하여 하지의 현저한 마비 또는 대소변의 장애가 있는 경우 및 (b) 하나의 추간판을 2회 이상 수술하고 마미신경증후군이 발생하여 하지의 현저한 마비 또는 대소변의 장애가 있는 경우

[A의 경우] 추간판 2마디에 추간판 내 고주파 열 치료술(원심은 수술로 판단)을 받았으나, 마미신경증 후군, 하지마비, 대소변 장애 등은 발생하지 않음(해석①(a)에만 해당함)

[원심 판단] 작성자 불이익 원칙에 따라, 고객에게 더 유리한 해석① 채택

② 보충성 요건 충족 여부

원심은 해당 약관 조항의 문언상 두 가지 해석이 가능하고, 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 객관적·획일적으로 해석한 후에도 객관적으로 다의적으로 해석되는 등 해당 약관의 뜻이 명백하지 아니하거나 의심스러운 경우에 해당하므로, 고객에게 유리하게 약관 작성자에게 불리하게 해석해야 한다고 판시하고 있다. 그러나 이러한 판단은 판례가 제시하는 보충성 요건을 충족하고 있다고 보기 어렵다. 위 원심 판단을 파기한 대법원 판례의 판시내용을 보면 이를 확인할 수 있다.

대법원은 위 약관 조항의 문언만 보면 약관 조항의 의미가 명확하지 않다고 볼 수도 있으나, 장애 분류표 총칙의 정의 조항,⁹²⁾ 장애분류별 판정 기준 중 추간판탈출증과 관련된 여러 조항을 포함하여 약관의 전체적인 논리적 맥락 속에서 위 약관 조항이 갖는 의미를 살펴보면, 심한 추간판탈출증에 해당하기 위해서는 장애의 필수적인 표지인 육체의 훼손상태나 기능 상실 상태에 해당하는 요소가 반드시 포함되어 있어야 한다는 점을 쉽게 알 수 있는데, 원심이 채택한 해석①(a)에 의하면 추간판을 2마디 이상 수술한 경우에는 장애 요소가 없더라도 심한 추간판탈출증에 해당되는 것으로 해석되는바, 이러한 해석은 합리적인 해석이라고 볼 수 없다고 보았다. 따라서 이 사건 약관 조항에 대한 유일한 합리적인 해석은 해석②이므로, 객관적으로 복수의 합리적 해석이 존재할 경우에 적용되는 작성자 불이익 원칙은 본 사안에 적용될 수 없다고 판단하였다.

위 판결은 기존에 판례가 작성자 불이익 원칙 적용을 위한 보충성의 요건으로 제시한 7가

92) 총칙에서는 '장애'를 '상해 또는 질병에 대하여 치유된 후 신체에 남아있는 영구적인 정신 또는 육체의 훼손 상태 및 기능 상실 상태'라고 정의하고 있음

지 항목 중 특히 ‘약관 조항의 목적과 취지’를 고려하여 ‘공정하고 합리적으로 해석’하기 위해서는 문언의 의미뿐 아니라 약관 조항이 전체적인 논리적 맥락 속에서 갖는 의미도 고려해야 한다고 설시하고 있다.⁹³⁾

라) 검토

원심은 ‘수술’의 의미 및 ‘심한 추간판탈출증’의 의미를 해석함에 있어 작성자 불이익 원칙을 적용하여 심한 추간판탈출증에 해당하는 후유장해 보험금을 지급하도록 하였고, 대법원에서는 ‘심한 추간판탈출증’에 관한 약관 문언 해석이 잘못되었다고 보아, 이를 파기하였다. 결론에 있어서는 대법원 판결이 타당한 것으로 생각되나, ‘수술’의 의미에 관한 하급심 판단에 대해 대법원의 심사가 이루어지지 못한 점은 아쉬운 부분이다.

대부분의 사건이 하급심 단계에서 종결되고, 대법원의 판단을 받는 사건은 극히 일부라는 점을 생각하면, 하급심 단계에서 작성자 불이익 원칙의 보충성 요건을 보다 충실히 심사하여 작성자 불이익 원칙의 남용을 막을 필요가 있을 것이다.

2) 국가유공자 의료비 지원이 실손보험금 산정 시 공제 대상인지 여부(분쟁조정결정 2017. 11. 14. 제2017-19호)

가) 쟁점

본 사안에서는 실손보험금 산정 시 국가유공자에 대한 의료비 지원금을 공제해야 하는지 가 문제되었다. 국가유공자 및 그 가족이 보훈병원에서 진료를 받는 경우, 국가보훈처장이 진료비 중 상당액을 보훈병원에 직접 납부하고 환자는 그 나머지 금액만 부담한다. 이러한 의료비 지원을 받는 국가유공자가 실손보험에 가입한 경우, 보험수익자에게 지급할 실손보험금 산정 시 국가보훈처가 보훈병원에 납부한 금액(이하, ‘국가유공자 의료비 지원금’이라 함)을 실손보험금에서 공제해야 하는지 여부가 문제된 것이다.⁹⁴⁾ 국가유공자

93) 참고로, 미국에서도 대부분의 주에서 약관을 해석할 때 맥락(context)을 고려해야 한다고 보고 있으나, 실제 사건에서 작성자 불이익 원칙을 적용할 때는 맥락을 고려하지 않는 경우가 빈번하다는 비판이 제기되고 있는바 (Rappaport 1995, p. 182), 판례가 제시하는 해석 원리가 하급심 실무에서 엄격히 적용되지 않고 있다는 점은 우리나라와 유사한 것으로 보임

94) 이 사건 신청인의 의료비 영수증 항목은 아래와 같음. ‘㉚ 감면금액’이 국가유공자 의료비 지원금이며, 이때

의료비 지원금을 공제하지 않으면 지원금 상당의 이중이득을 허용하게 되는 반면, 이를 공제하면 국가유공자에 대한 예우의 취지가 퇴색되고 국가의 지원금이 보험회사의 이익이 된다는 비판이 제기될 수 있다.

한편, 실손의료보험 표준약관은 ‘본인이 실제로 부담한 금액’에 한하여 보험금을 지급한다고 정하고 있었다.⁹⁵⁾

〈무배당 00: 보험 98. 실손의료비(갱신형) 특별약관〉

제3조 (보장내용) 회사가 이 계약의 보험기간 중 담보종목별로 각각 보상 또는 공제하는 내용은 다음과 같습니다.
 [외래] 방문 1회당 ‘국민건강보험법에서 정한 요양급여 또는 의료급여법에서 정한 의료급여 중 본인부담금’과 ‘비급여’ 부분의 합계액에서 〈항목별 공제금액〉을 차감하고 외래의 보험가입금액을 한도로 보상(매년 계약해당일로부터 1년간 방문 180회 한도)

〈실손의료보험 표준약관〉

제3조 (보장종목별 보장내용)
 (1) 상해입원: ① (표준형-입원실료, 입원제비용, 입원수술비) 「국민건강보험법」에서 정한 요양급여 또는 「의료급여법」에서 정한 의료급여 중 본인부담금과 ‘비급여(상급병실료 차액은 제외합니다)’를 합한 금액(본인이 실제로 부담한 금액을 말합니다)의 80%에 해당하는 금액(이하생략)

‘⑥ 환자부담총액’을 기준으로 실손보험금을 지급할지, ‘⑧ 환자실부담액’을 기준으로 실손보험금을 지급할지가 문 제된 것임

항목	급여			비급여	금액산정내용	
	일부본인부담		전액본인부담			
	본인부담	공단부담금				
진찰료	...	...	...	...	⑤ 진료비총액(①+②+③+④)	477,984
입원료	...	...	...	...	⑥ 환자부담총액(①+③+④)	291,300
...					⑦ 감면금액	174,780
합 계	① 2,000	② 186,684	③ 0	④ 289,300	⑧ 환자실부담액(⑥-⑦)	116,520

95) 참고로, 2012년 개정된 실손의료보험 표준약관이 본 사안에 적용되는지 여부에 대해 다툼이 있었음. 이 사건 보험계약은 2010. 9. 10. 체결되었고, 2013년과 2016년에 갱신되었는데, 실손의료보험 표준약관상 ‘본인이 실제로 부담한 금액’이라는 문구가 추가된 것은 2012. 12. 28.이어서, 개정 실손의료보험 표준약관 규정이 이 사건 보험계약에 적용되는지 여부가 문제된 것임. 이 사건 실손의료비 보장특약 자동갱신 특별약관은 계약 갱신 시 갱신 전 약관을 적용하나 ‘제도적인 약관 개정’에 따라 약관이 변경된 경우에는 변경된 약관을 적용한다고 정하고 있었음. 보험업감독업무 시행세칙에서 정한 표준약관의 내용이 변경된 경우에는 ‘제도적 약관 개정’에 해당된다고 볼 여지가 있었고, 이에 분쟁조정위원회는 본 사안에 개정 표준약관이 적용될 경우 이를 어떻게 해석할 것인지에 대해 판단함

제4조 (보상하지 않는 사항)

회사가 보상하지 않는 사항은 보장종목별로 다음과 같습니다.

- (1) 상해입원: ③ 회사는 다음의 입원의료비에 대해서는 보상하지 않습니다.
 2. 「국민건강보험법」에 따른 요양급여 중 본인부담금의 경우 국민건강보험 관련 법령에 따라 국민건강보험공단으로부터 사전 또는 사후 환급이 가능한 금액(본인부담금 상한제)
 3. 「의료급여법」에 따른 의료급여 중 본인부담금의 경우 의료급여 관련 법령에 따라 의료급여기금 등으로부터 사전 또는 사후 환급이 가능한 금액(「의료급여법」에 따른 본인부담금 보상제 및 본인부담금 상한제)
-

나) 분쟁조정위원회 판단

분쟁조정위원회는 실손보험금 산정 시 국가유공자 의료비 지원금을 공제해서는 안 된다고 판단하였다. 주된 판단 근거는 ① 지원금의 성격과 ② 표준약관상 '본인이 실제로 부담한 금액'의 의미에 대한 해석이었다. 먼저 지원금의 성격에 대해 분쟁조정위원회는 국가유공자에 대한 의료비 지원금은 '공상 군경 등 국가유공자 및 보훈대상자에 대한 합당한 예우를 위한 금원으로 대상자에게 귀속되어야 하는 것'이라고 보았다. 한편, '본인이 실제로 부담한 금액'이라는 문구는 (a) 실손보상원칙을 엄격하게 적용하기 위한 것으로 볼 수도 있고, (b) 단순히 급여 본인부담금과 비급여 합계액을 부연설명하는 의미로 볼 수도 있는데, 약관의 취지나 작성자 불이익 원칙상 후자와 같이 해석하는 것이 타당하다고 판단하였다.

이 사건의 경우 작성자 불이익 원칙에 따라 결론이 정해진 것은 아니었다. 분쟁조정위원회는 작성자 불이익 원칙 외에도, (i) 실손의료보험 보험요율 산출 기초자료에 국가유공자 의료비 지원금은 포함되지 않기 때문에, 이를 공제할 경우 국가유공자로서는 보험금은 적게 지급받는데도 보험료는 동일하게 부담하게 되는 점, (ii) 실손의료보험 상품 판매 시 지원금 면책에 대해 설명을 하지 않은 점, (iii) 피보험자의 개별적 사정에 의해 발생한 의료비 지원금이 보험회사의 이익이 되는 것은 부당한 점, (iv) 실손의료보험은 인보험이므로 손해보험과 달리 실손보상원칙을 엄격하게 적용하지 않아도 되는 점 등을 근거로 (b)의 해석이 더 합리적이라고 판단하면서, 판단 논거 중 하나로 '작성자 불이익 원칙의 관점에서도 그러하다'고 언급하고 있다.

다) 보충성 요건 충족 여부

분쟁조정위원회는 ‘본인이 실제 부담한 금액’의 의미는 급여 본인부담금과 비급여의 합계를 부연한 것에 불과하다고 일의적으로 해석하고 있다. 따라서 약관에 대해 해석을 거친 후에도 약관 조항이 객관적으로 다의적으로 해석되고, 그 각각의 해석이 합리성이 있는 경우에 비로소 적용되는 작성자 불이익 원칙은 본 사안에 적용될 수 없다. 따라서 결론 자체의 타당성 여부를 떠나, 작성자 불이익 원칙의 보충성 요건 적용상 문제가 있다고 볼 수 있다. 동일한 결론에 이르더라도 작성자 불이익 원칙이라는 논거는 소거하고, 대신 보험 단체 전체의 이익을 함께 고려하여 판단하였어야 한다.⁹⁶⁾

사실 위 결정문과 같은 방식의 판시는 기존 대법원 판례에서도 나타나고 있다. 대법원은 기존에 약관 해석 시 고려한 사항들을 열거하며 마지막에 “작성자 불이익 원칙의 관점에서 그러하다”라거나 “작성자 불이익 원칙에도 부합하는 것이다”라는 식으로 판시하였다. 예컨대, 갑상선 장애에 대해 고주파 절제술을 시술한 것이 수술에 해당하는지 여부가 문제된 사안에서, 대법원은 고주파 절제술을 수술로 보아야 한다고 일의적으로 해석하면서, 이러한 해석이 약관 해석에 있어서의 작성자 불이익의 원칙에도 부합하는 것이라고 판시하였다.⁹⁷⁾

가장 큰 비판을 받았던 사례는 재해사망보험금 사례이다. 재해사망보험금 사례에서 대법원은 자살도 재해사망에 해당하는 것으로 해석하는 것이 합리적이라고 판시하면서, 그 말미에, “이것이 약관해석에 관한 작성자 불이익 원칙에도 부합한다”고 판시하였다.⁹⁸⁾ 이에 대해서는, “위와 같은 판시가 자살 부책 조항의 해석을 고객에게 유리한 방향으로 해석해야 한다는 의미는 아니고, 합리적인 해석은 재해사망보험금 지급의무를 긍정하는 것이지

96) 실손보험금 산정 시 국가유공자에 대한 의료비 지원금을 공제하지 않는 것은 국가유공자 지원금의 특수한 성격을 고려한 것이기도 하고, 보험단체 전체의 이익의 관점에서 부정적인 영향이 크지 않으므로, 이를 공제하지 않기로 한 결론 자체는 특별히 부당하다고 보기 어려움. 그러나, 표준약관의 ‘본인이 실제 부담한 금액을 말합니다’의 의미가 단순히 급여 본인부담금과 비급여의 합계액이라고 본 것은 실손보상원칙 적용을 명확히 하고자 한 표준약관 개정 취지를 고려하지 않은 해석인 것으로 보임(황현아·정성화·손민숙 2021, pp. 27~28)

97) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2011다30147 판결(대법원은 “보험계약의 보험증권이나 보험약관에서는 수술비의 지급 대상이 되는 수술을 의료기계를 사용하여 신체의 일부를 절단하거나 절제하는 외과적 치료방법으로 제한하고 있지 아니하고, 원고는 갑상선 결절의 치료를 직접적인 목적으로 하여 외과적 치료방법을 대체하는 치료방법으로 고주파 절제술을 받은 것으로 보이며, 바늘을 종양 안에 삽입한 다음 고주파 영역에서 교차하는 전류를 통하게 하여 발생하는 마찰열로 종양세포를 괴사시키는 고주파 절제술도 넓은 의미의 수술에 포함될 여지가 있으므로, 고주파 절제술은 이 사건 보험계약 약관의 수술에 해당한다고 봄이 상당하다”고 보았음)

98) 대법원 2016. 5. 12. 선고 2015다243347 판결

만, 설령 부정하는 해석 역시 가능한 해석 중 하나라고 하더라도, 이렇듯 둘 이상의 해석이 가능한 경우에는 고객에게 유리하게 해석해야 하므로 같은 결과에 이른다는 의미로 보아야 한다”는 견해⁹⁹⁾도 있으나, 판시내용 자체에서 위와 같은 취지를 도출할 수 있는지는 의문이 있다.

다만, 최근에는 대법원 판례에서 이러한 판시를 찾아보기 어렵고, 오히려 앞서 본 ‘심한 추간판탈출증’ 관련 판례에서 보는 바와 같이 작성자 불이익 원칙의 보충성을 엄격하게 새기고 있는 것으로 보인다.

3) 질병의심소견 인식자료의 범위(인천지방법원 2018. 4. 27. 선고 2018가합 52289 사건)

가) 쟁점

A는 암보험 가입 전에 건강검진을 받았는데, 흉부촬영 검사 결과 ‘폐결절(우상), 폐기종(우상)’, ‘확진을 위해 호흡기 전문의 진찰 바람’이라고 기재된 결과서를 통보받았으나 추가검사를 받지 않은 상태에서 보험에 가입하였고, 1년 후 폐암 진단을 받아 보험금을 청구하였다. 보험회사는 A가 보험가입 시 위 건강검진 결과를 통보하지 않은 것이 고지의무 위반에 해당한다고 보고 보험계약을 해지하였다. 암보험 가입을 위한 청약서 질문표 제7항은 다음과 같이 기재되어 있었다.

〈청약서 질문표〉

7. 최근 3개월 이내에 의사로부터 진찰 또는 검사를 통하여 다음과 같은 의료행위를 받은 사실이 있습니까?

☐ 질병확정진단 ☐ 질병의심소견 ☐ 치료 ☐ 입원 ☐ 수술(제왕절개포함) ☐ 투약

※ 진찰 또는 검사란 건강검진을 포함하며, 질병의심소견이란 의사로부터 진단서 또는 소견서를 발급 받은 경우를 의미합니다.

99) 이원석(2017), p. 307

나) 법원 판단

법원은 건강검진 결과는 청약서 질문표 제7항의 질병의심소견 인식자료에 해당하지 않는다고 판단하였다. 논거는 3가지이다. (i) 청약서 질문표 제7항 하단에 “질병의심소견이란 의사로부터 진단서 또는 소견서를 발급받은 경우를 말합니다”라고 명시되어 있는 점, (ii) 금감원은 2010. 3. ‘계약 전 알릴 의무 사항’을 개정 시 위 문구를 추가하면서 “질병의심소견은 의사로부터 발급받은 진단서 또는 소견서를 기준으로 한정하고, 진단 결과 추가검사를 받은 사실이 있는 경우 이를 고지하도록 고지사항을 명확화·구체화하였다”고 밝힌 점, (iii) 이 사건에 대해 분쟁조정위원회는 작성자 불이익 원칙의 관점에서 볼 때 질병의심소견 인식자료를 진단서 또는 소견서 외에 다른 자료로 확대하는 것은 계약자에게 불리하여 부당하다는 취지의 법률자문을 제공하였고,¹⁰⁰⁾ 금감원이 이 법률자문을 토대로 이 사건 보험계약의 해지가 부당하다고 판단하고 보험회사에 재검토를 권고하였다는 점이다.

위 판결에 대해 보험회사가 항소를 제기하였는데, 항소심에서는 A가 고의·과실로 고지의무를 위반한 것으로 볼 수 없다고 보아, 건강검진 결과가 청약서 질문표 제7항의 질병의심소견에 해당하는지 여부에 관계 없이 고지의무 위반이 인정되지 않는다고 판단하였다.¹⁰¹⁾ ¹⁰²⁾ 청약서 질문표 제7항의 의미에 대한 판단은 이루어지지 않은 셈이다.

다) 보충성 요건 충족 여부

위 판례는 작성자 불이익 원칙이 직접 적용된 사례는 아니다. 다만, 1심 법원은 청약서 질문표 제7항의 의미를 해석함에 있어 금감원의 보도자료, 분쟁조정위원회의 법률자문 결과 및 그에 따른 금감원 조치 등을 참고하였는데, 법률자문에서 질병의심소견의 범위에

100) 분쟁조정위원회는 “금융감독원의 보도자료에 의하면 질병의심소견의 인식자료를 진단서 또는 소견서로 한정하고자 하는 취지로 이해되므로, 다른 서식 또는 서면에 의한 질병의심소견의 획득은 제외되는 것으로 볼 수밖에 없다. 이러한 해석은 작성자 불이익 원칙의 관점에서도 질병의심소견의 인지자료를 다른 자료로 확대하는 것은 계약자에게 불리하다는 점도 고려하여야 할 것이다. 결론적으로 이 사건에서 보험계약자는 진단서나 의사 소견서에 의한 질병의심소견을 인식한 것은 아니므로, 청약서에 의한 고지의무를 위반한 것으로 볼 수 없다”는 취지의 법률자문을 제공하였음

101) 서울고등법원 2018. 11. 29. 선고 2018나2025807(본소), 2018나202581(반소) 판결(상고 미제기로 확정됨)

102) 참고로, 보험회사는 보험계약자가 고의·중과실로 고지의무를 위반한 경우에만 보험계약을 해지할 수 있는데(상법 제651조), 이 사건의 경우 건강검진결과 통보 내용을 알리지 않은 것이 고지의무 위반에 해당하는지 여부가 불분명하지만, 만약 고지의무 위반에 해당하더라도 고의·중과실이 인정되지 않기 때문에 계약 해지는 불가능하다고 판단한 것임

건강검진 결과가 포함되지 않는다고 보는 것이 작성자 불이익 원칙의 관점에서도 타당하다는 언급이 있었고,¹⁰³⁾ 금감원이 위 법률자문에 따라 해지 권고를 한바, 법원은 감독당국의 입장을 존중하여 그에 부합하는 방향으로 약관을 해석한 것으로 보인다. 그러나 이러한 해석이 합리적인 해석인지에 대해서는 다음과 같은 점에서 의문이 있다.

질병의심소견에 건강검진 결과가 포함되는지 여부를 살펴보자. 일단 문언을 보면, 청약서 질문표 제7항 하단 ※표시 부분 전단은, “진찰, 또는 검사란 건강검진을 포함한다”고 명시하고 있으므로 건강검진을 통하여 진단이나 소견을 받은 경우도 고지 대상에 해당한다. 후단은 “질병의심소견이란 의사로부터 진단서 또는 소견서를 발급받은 경우를 말한다”고 명시하고 있다. 통상 건강검진 결과 질병이 의심될 때 그 통보는 ‘질병이 의심되나 정확한 판단을 위해서는 추가검사가 필요하다’는 식으로 이루어진다. 그런데, 전단의 ‘진찰, 검사’에는 건강검진이 포함된다고 하면서, 후단의 진단서나 소견서에 건강검진 결과가 포함되지 않는다고 해석하면, 건강검진 결과를 통해 알게 된 질병 의심 소견은 고지 대상에서 제외되는 결과가 된다. 건강검진 결과로 곧바로 질병확정진단을 받는 경우는 없고, 치료, 입원, 수술(제왕절개 포함), 투약을 위해서도 별도의 진단이 요구된다는 점을 고려해 볼 때, 질병의심소견에서 건강검진 결과를 제외하면, 전단의 진찰 또는 검사에 건강검진을 포함한 것이 아무 의미가 없게 되는 것이다.

따라서 후단의 질병의심소견 인식자료의 범위를 합리적으로 정하기 위해서는, 전단의 진찰·검사에 건강검진을 포함하게 된 경우, 질병의심소견을 진단서와 소견서로 제한한 경우, 건강검진 결과를 고지 대상에서 제외할 경우 보험단체 전체에 미치는 영향¹⁰⁴⁾ 등을 종합적으로 고려하여, 일의적인 해석이 도출 가능한지를 살펴봐야 한다. 이러한 과정을 생략한 채, 건강검진 결과를 질병의심소견에 포함하는 것은 보험계약자에게 불리하므로 포함되지 않는 것으로 해석해야 한다고 보는 것은 작성자 불이익 원칙의 올바른 적용이라고 할 수 없다.

103) 이러한 논증방식이 작성자 불이익 원칙의 보충성 요건을 충족하지 못한다는 점은 앞서 본 바와 같음

104) 건강검진 결과를 질병의심소견 인식자료에서 제외할 경우, 이 사건과 같이 건강검진 결과 폐결절, 폐기종 등 폐암을 의심할 만한 정황이 발견되는 경우 의사로부터 정식 진단서나 소견서를 발급받기 전에 먼저 보험에 가입하려는 경향이 발생할 수 있음

다. 시사점

최근 대법원 판결들 중 작성자 불이익 원칙이 정면으로 다루어진 사건들은 비교적 보충성 요건을 엄격하게 심사하고 있는 것으로 보인다. 앞서 본 ‘심한 추간판탈출증’의 해석에 관한 대법원 판례가 대표적인 예이다. 그러나 하급심 판결과 분쟁조정결정에서는 보충성 요건이 도외시되거나 형해화되는 경우가 있는 것으로 보인다. 분쟁이 대법원에까지 이르면 이러한 문제점은 시정될 수도 있을 것이나, 대부분의 사건이 하급심이나 분쟁조정 단계에서 종료된다는 점을 고려할 때, 하급심법원과 분쟁조정위원회도 작성자 불이익 원칙의 보충성 요건을 대법원에서 판시하는 바와 같이 엄격하게 적용할 필요가 있다. 특히, 계약이란 모름지기 작성자에게 불리하게 해석해야 한다는 취지로 작성자 불이익 원칙을 판단의 근거로 원용하고, 이에 터잡아 보험금을 지급해야 한다는 결론을 내리는 관행은 개선될 필요가 있을 것이다.

4. 적용효과: 고객에게 유리한 해석

가. 문제점

작성자 불이익 원칙 적용의 효과는 고객에게 유리한 해석이다. 어떤 것이 고객에게 유리한 해석인지는 일견 자명해 보인다. 당해 분쟁 사안에서 고객이 요구하는 결과를 도출할 수 있는 해석이 고객에게 유리한 해석일 것이다. 추간판 내 고주파 열 치료술을 수술로 보는 것, ‘본인이 실제로 부담한 금액’의 의미를 급여 본인부담금과 비급여의 합계를 단순히 부연한 것에 불과하다고 보는 것, 그리고 질병의심소견 인식자료에 건강검진 결과서는 포함되지 않는다고 보는 것, 그 결과 고객이 요구하는 보험금이 지급되도록 하는 것이 고객에게 유리한 해석이다.

일반적인 약관 조항의 경우 ‘고객에게 유리한 해석’의 의미를 ‘분쟁 당사자인 고객에게 유리한 해석’과 같은 의미로 보아야 한다는 점에 의문의 여지가 없다. 당해 고객에게 유리한 해석은 다른 고객에게도 동일하게 적용되어 결과적으로 모든 고객에게 유리한 해석이 될 것이기 때문이다. 그러나, 보험계약의 경우 특히 국민 대다수가 가입하거나, 가입이 의무화되어 있는 보험계약의 약관을 해석함에 있어서는, 당해 분쟁 당사자인 고객에게 유리한

해석이 항상 전체 고객에게 유리한 결과를 가져오는 것은 아니다. 실손의료보험 및 자동차보험의 보험금 누수 및 보험료 인상을 둘러싸고 매년 반복되는 갈등 상황을 보면 이러한 점이 더욱 두드러진다.

나. 보험단체 전체의 이해관계 고려 필요성

보험에 대해 별도의 계약법이 마련되어 있는 것이나, 판례가 보험약관 해석 시 보험단체 전체의 이익을 고려하도록 한 것은 보험의 특수성, 그중에서도 단체성 때문이다. 약관에 의해 체결되는 일반 소비자계약은 계약 체결 방식은 획일적 성격을 띠지만 계약 자체는 개별적이다. 반면 보험계약은 계약 체결 방식이 획일적일 뿐 아니라 계약 자체도 단체의 구성을 전제로 한다. 따라서 보험계약의 해석·운영에 있어서도 언제나 보험계약의 단체성을 고려하지 않으면 안 된다.¹⁰⁵⁾

최근에는 보험의 단체성보다 개별성이 상대적으로 더 강조되거나, 나아가 단체성이 허구적 개념이라는 지적도 제기된다.¹⁰⁶⁾ 물론 보험계약은 보험계약자와 보험회사 사이에 개별적으로 체결되는 것이고, 보험계약자 상호 간의 직접적인 결합관계가 있는 것은 아니다. 상품의 유형에 따라서는 보험단체가 구성된다고 보기 어려운 경우도 있다. 그러나 보험은 위험단체의 관념에 기초하고 있고, 무엇보다 보험사고 발생 시 지급되는 보험금은 그 위험단체의 구성원들에 의해 지급된 보험료로 충당되는 것이다. 따라서 보험의 단체성에 대한 고려는 여전히 의미를 갖는다고 생각된다. 최근 보험법학회 기초연설의 내용은 보험의 단체성의 의의를 다시 한 번 생각하게 한다.

105) 양승규(2005), p. 84

106) 이현열(2015)은 보험단체는 생명보험 등 특정한 보험의 종류에서 위험측정기술이 일천하고 조잡한 시기에 형성된 일종의 지향점으로서 권장적 모델일 뿐 불가결한 개념으로 보기 어렵고, 오늘날의 거래 현실이나 법제도에 비추어 볼 때 보험단체를 전면에 내세운 보험관은 위험의 전가라는 보험의 핵심적 기능을 무시한 발상으로 이를 재검토할 필요가 있다는 의견을 제시하고 있음. 한편 박세민(2012)은 보험약관 해석 시 개별 보험계약자 보호 문제를 기본으로 하는 개별성과 보험단체 유지를 위한 단체성의 원리가 충돌하는 경우가 있는데, 보험계약의 단체성이 개별성에 비해 더 강조되어야 할 근거는 없으므로, 단체법적 원리가 보험계약의 개별적 성질을 무시하거나 항상 우선적으로 적용되어서는 안 되고, 상호보완적인 역할을 해야 한다고 보고 있음

〈양승규, 「실손의료보험과 소비자보호」, 2022년 보험법학회 춘계학술대회 기조연설 중〉

각종 보험계약에서 보험자가 보험금을 지급하는 원인이 되는 보험사고는 모든 보험계약자에게 일어나는 것이 아니고, 어떤 보험계약자는 보험기간 동안 한 번도 보험사고를 겪지 않고 넘어가는 일이 일반적이다. 이때 그 보험계약자는 그동안 지급한 보험료가 아깝다고 생각하기보다는 사고위험에 대한 보장적 기능을 다하고 그러한 사고를 겪지 않은 것에 감사하며, 그 사고로 고통받는 이웃 형제를 도와주었다고 생각한다면 그 보험제도의 값이 더욱 빛날 것이다. 이것이 보험의 기능에서 오는 것이고, 이러한 보험의 본질을 올바로 인식하도록 하는 것도 보험사기를 줄이는 방책이 될 수 있다고 생각한다.

따라서 고객에게 유리한 해석이 무엇인지를 판단할 때 보험단체 전체의 이해관계를 고려할 필요가 있다. 대법원은 작성자 불이익 원칙의 적용에 앞서 보험단체 전체의 이해관계를 고려한 해석을 하도록 요청하고 있는바, 이 역시 같은 취지라고 볼 수 있다.

다. 단체성을 고려한 해석 기준

보험단체 전체의 이해관계를 고려한다는 것은 사안에 따라 다양한 의미를 가질 수 있을 것이나, 보험제도의 선의성을 유지하고, 보험 재정 및 운영의 건전성을 확보하는 것이 가장 중요한 고려사항일 것이다. 구체적으로는 보험금 지출의 합리화를 통한 보험료 부담의 적정화를 의미한다고 볼 수 있을 것이다. 이러한 측면에서 보험약관 해석 시 다음 네 가지 사항을 특히 고려할 필요가 있다.

첫째, 당해 보험계약에서 본래 보장하고자 하는 위험이 무엇인지, 그 위험에 대해 보험 보상이 필요한 이유는 무엇인지를 명확히 하고, 그에 부합하는 적정한 보상이 제공되도록 해석할 필요가 있다. 이는 반드시 단체성을 전제로 하는 것은 아니나, 보험에서 보장하는 위험의 본질과 그에 상응하는 적정 보상 범위를 정하는 것은 결과적으로 보험료 부담의 적정화로 이어져 보험단체 전체의 이익과 관련된다.

둘째, 보험계약자나 보험회사 모두에게 예상 밖의 수익을 제공하지 않는 방향으로 해석해야 한다. 보험에서 이루어지는 보상은 보험단체 구성원이 분담한 보험료를 재원으로 하는 것이므로, 그 재원이 누군가에게 기대하지 않은 필요 이상의 이익을 제공하는 데 쓰여서는 안 될 것이다. 이때 예상 밖의 수익인지 여부는 보험계약 체결 시의 인식과 의사를 기준으로 판단할 필요가 있다.

셋째, 보험단체의 수지상등과 보험료 산출 전제사실을 고려하여 해석해야 한다. 보험금이 증가하면 보험료도 증가할 수밖에 없다. 작성자 불이익 원칙의 적용에 의해 보상범위가 확대되면 당해 분쟁 당사자인 보험계약자는 추가적인 보험료 부담 없이 확대된 보상을 받을 수 있지만, 이후 보험료가 인상되는 것은 불가피하다. 보험산업 발전 초기에는 전반적인 보상대상 및 보상범위를 확대하는 것이 곧 보험의 발전 및 소비자보호라고 볼 수 있었으나, 현재는 보상 확대 못지 않게 보험금 지출을 합리적으로 관리하여 보험료 부담 증가를 방지하는 것이 중요한 이슈가 되고 있고, 다수의 합리적 의사에도 부합하는 방향일 것이다. 자동차보험의 경우 의무보험으로 상품이 표준화되어 있고, 보험계약자 입장에서 가입 여부를 선택할 수 없다는 점에서, 단체성에 대한 고려 필요성이 더욱 크다.

넷째, 보험사기 및 도덕적 해이를 억제하는 방향으로 해석해야 한다. 보험상품 구성 단계는 물론¹⁰⁷⁾ 보험약관의 해석 단계에서도 보험단체의 선의성을 확보할 수 있는 방향으로 약관을 해석할 필요가 있다. 고객 유리 원칙이라는 이름으로 이중이득을 허용하거나 보험금 지급 기준을 완화하거나 보험금 지급액을 상향하는 방향으로 약관을 해석할 경우, 그러한 보험계약은 보험사기에 취약해지고, 보험금 누수 및 보험료 인상으로 이어져, 보험자체의 지속가능성을 위협하게 된다. 따라서 보험약관 해석 시에도 이러한 점을 고려할 필요가 있을 것이다.

요컨대, 보험약관을 해석할 때에는 보험단체 전체의 이익을 고려하여야 하며, 이와 관련하여 (i) 보험금을 지급하는 것이 담보되는 위험, 보상의 근거 및 범위에 관한 약관의 본래 목적과 취지에 부합하는지, (ii) 계약 체결 당시 다수의 보험계약자의 합리적인 기대에 부합하는지, (iii) 보험료와 보험금 사이에 균형이 맞는지 내지 보험료 인상을 유발하지 않는지, (iv) 보험사기나 도덕적 해이를 조장하는 것이 아닌지의 측면에서의 검토를 요한다.

라. 적용 방법

보험의 단체성은 단순히 단체의 이익을 개인의 이익보다 우선해야 한다는 의미는 아니다. 단체성을 고려함으로써 보험의 본래의 목적, 즉 위험의 사회적 분산을 통한 개인의 자유와 안전의 증진에 기여할 수 있도록 하는 것이 중요하다. 그러한 의미에서, 보험단체 전체의 이익을 고려한 해석은 민법의 지도원리이자 약관 해석의 핵심 원칙인 신의성실 원칙의

107) 최근 금융감독원은 운전자보험 가족동승자부상치료비 담보가 보험사기를 유발할 수 있는 구조라는 이유로 판매 중단을 명령하였음(머니S(2022. 5. 18), “‘이럴 거면 하지마라’... 금감원, ‘운전자보험 가족담보’ 단종 지시”)

한 내용이라고 볼 수도 있을 것이다. 따라서, 보험의 선의성에 반하고, 도덕적 해이를 유발하며, 보험의 지속가능성을 훼손하는 결론은 보험의 단체성의 관점은 물론이고, 신의성실의 원칙에도 부합하지 않는 것으로 볼 수 있다. 따라서 보험약관 해석 시 신의성실의 원칙에 따른 약관 해석 과정에서 보험의 단체성을 고려할 필요가 있을 것이다.