

보험기간 중 위험의 증가로 인한  
통지의무에 관한 연구  
-보증보험을 중심으로-

A Study on the Duty to Notify on the Aggravation of Risk  
during the Insurance Period : Focused on the Guaranty Insurance

양 석 완\*  
Yang, Seok-Wan

목 차

- I. 문제의 제기
- II. 통지의무의 당사자
- III. 통지의무의 내용과 범위
- IV. 맺으며

국문초록

우리나라의 '보증인 보호를 위한 특별법'의 제정과 이를 수용한 민법 개정안의 채택으로 인하여, 채권자의 보증인에 대한 고지의무 등 정보제공의무가 부각되고 있는 추세에 비추어 볼 때, 그 연장선상에서 위험이 변경·증가된 경우 통지의무의 중요성이 한층 주목을 받기에 충분하다.

보증인 보호를 위한 특별법은 제5조에서 채권자의 정보제공의무의 하나로써, 주채무자의 자력과 신용에 관하여 보증인에게 통지하도록 하고 있다. 즉

논문접수일 : 2011.06.26

심사완료일 : 2011.07.27

게재확정일 : 2011.07.28

\* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

주채무자가 채무를 일정한 기간 이행하지 아니하는 경우 또는 주채무자가 이행기에 이행할 수 없음을 미리 안 경우에는 지체 없이 보증인에게 그러한 사실을 통지하여야 한다. 채권자가 위의 통지의무를 위반한 경우에는 보증인은 그로 인하여 받은 손해를 입은 한도에서 채무를 면한다. 최근의 민법 개정안도 또한 이와 같은 취지에서 채권자의 보증인에 대한 정보제공의무를 수용하고 있다.

채권자의 정보제공의무를 민법에 수용한 것은 단순히 보증인 보호라는 측면뿐만 아니라, 보험자에 의한 위험의 인수는 급부 반대급부 균등의 원칙에 따라 이루어지지만 위험의 변동은 이 균등관계를 붕괴시키므로, 균등성을 회복하기 위해서는 이를 통해 계약내용의 조정이 이루어져야 한다는 점에서 보험계약법상 위험이 현저하게 변경·증가된 경우의 통지의무에 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

그런데 보험계약법 영역으로 들어서게 되면, 보험계약자(채무자)의 신용이나 자력 등 주계약의 내용상 증대한 변경이 있는 경우에 통지의무를 지는가에 대하여는 학설상 다툼이 되고 있고, 보증인 또는 그 변경에 관한 사항에 관하여는 판례도 사고발생의 위험이 현저하게 변경·증가된 경우라고 인정하는 데 소극적이다.

이와 관련하여 정보제공의무의 강조는 고지의무의 수동화라는 최근의 입법동향과 역행되는 데다 보증보험의 경우 보증인에 해당하는 보험회사를 보호할 필요성이 없으며, 그에 대한 정보제공의무를 인정하지 않는 것이 지배적인 견해이므로 위험 변경·증가의 통지의무를 보험계약자 또는 피보험자(채권자)에게 부과하기는 어렵다.

그러나, 보증보험은 그 경제적 기능이나 제도의 운용상 보증에 가깝다. 이것이 보증보험에 관하여 다른 손해보험보다는 보험계약자 또는 피보험자의 통지의무에 관한 문제를 민법 등의 입법동향에 비추어 다시금 검토할 계기를 만들게 하고 있다.

주제어 : 통지의무, 위험의 증가, 보험기간, 중요한 사항, 보증, 채무자, 보증계약, 보증인 보호, 결정적 영향설

## 1. 문제의 제기

보험계약체결시 보험자는 보험계약자측의 고지의무의 이행 등에 의하여 취득한 정보에 기하여 위험을 선택하고 이것을 전제로 보험계약을 체결하지만, 보험계약의 계속 중에 위험의 변동이 있는 경우에는 위험의 변동에 따라 보험계약의 종료를 포함하여 그 내용을 변동시켜야 한다. 보험자에 의한 위험의 인수는 급부 반대급부 균등의 원칙에 따라 이루어지지만 위험의 변동은 이 균등관계를 붕괴시키므로, 균등성을 회복하기 위해서는 계약내용의 조정이 이루어져야 한다.

이에 각국의 보험법은 보험기간 중 위험이 현저히 증가한 경우 보험료의 증액이나 보험자의 보상을 제한하도록 하고 있고, 우리 상법도 제652조와 제653조에서 위험의 증가를 객관적 위험증가와 주관적 위험증가와 의 2가지 경우로 나누어 규정하고 있지만, 위험의 증가라고 하는 개념 자체는 양자에 공통적이다. 보험기간 중 위험의 증가시 통지하여야 할 사항은 계약체결시 또는 계약의 갱신시 새로운 상황이 존재하였더라면 보험자가 계약을 체결하지 않았을 것이거나 또는 높은 보험료로서만 계약을 체결하였을 것이라고 인정될 경우이다. 보험기간 중 보험자에게 알릴 의무가 있는 사항은 이와 같은 위험의 증가를 초래하거나 또는 새로운 위험을 초래하여 보험계약체결시 청약서에 기재한 사항을 부정확하게 하거나 무효로 하는 사항이다.

따라서 위험측정의 기초로 되는 사정은 보험자로서는 당해 위험을 담보하는 보험계약을 인수할 것인가 여부 및 인수한 경우 보험료를 어떠한 수준으로 정할 것인가에 관한 판단의 자료로서 매우 중요한 의미를 지닌다. 이와 같이 위험측정의 기초로 되는 사정은 보험자에게 매우 중요한 의미를 갖지만, 그러한 사정은 주로 보험계약자 또는 피보험자측에 속하는 사정이므로 보험자측이 이를 독자적으로 탐지하는 것은 곤란하다.

특히, 금융기관이 채권자로서 보증보험계약을 체결할 때에는 '신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률'에 따라 종합신용정보집중기관으로부터 제공받은 채무자의 채무관련 신용정보를 보증인에게 제시해야 한다는 규정(보증인 보호

를 위한 특별법 제8조 제1항)과 이러한 취지에서 채권자의 정보제공의무를 수용한 최근의 민법 개정안은 보증보험에 있어서의 피보험자의 통지의무에 관한 문제를 다시금 검토할 계기를 부여하고 있다.

이에 이 논문은 통지의무에 관한 상법의 규정은 보증보험계약에도 그대로 적용되는지 여부의 문제를 비롯하여 통지의무의 당사자 및 통지의무의 내용과 범위에 관한 문제점을 학설, 판례와 함께 민사법상의 정보제공의무에 관한 국내외의 입법례를 바탕으로 분석 검토하고자 한다.

## II. 통지의무의 당사자

### 1. 통지의무자

#### 가. 보험계약자와 피보험자 또는 보험수익자

##### (1) 보험계약자

통지의무를 부담하는 자는 먼저 보험계약자를 들 수 있다(상법 제652조 제1항, 제653조). 이로 인하여 보험계약의 체결단계에서는 보험계약자로 하여금 위험추정의 기초로 되는 사정을 보험자에게 고지하도록 할 필요(고지의무)가 있고, 보험계약의 체결 이후에도 위험추정의 기초로 된 사정이 변경된 경우에는 보험계약자로 하여금 그러한 사정을 보험자에게 통지하도록 할 필요(통지의무)가 있다. 이와 같이 위험추정의 기초로 되는 사정에 관하여 보험계약 체결 단계에서는 고지의무가 인정되지만, 보험계약 체결 후에 있어서도 그에 관한 통지의무가 인정되고 이러한 통지의무는 고지의무와 제도적 이유를 같이 하는 것으로서, 고지의무가 계약 성립 후에까지 연장된 것이라고 할 수 있다.<sup>1)</sup>

1) 민증기, "상법 제652조 제1항 및 화재보험보통약관상의 통지의무의 대상인 '사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'의 의미와 해지권의 소멸", 「대법원판례해설」, 법원도서관, 2001, 247면 ; 山下友信, 「保險法」, 有斐閣, 2008, 569면 ; 金澤理, 鹽崎勤(編), 「裁判實務大系 26(損害保險訴訟法)」, 東京 : 青林書院新社, 1996, 339면 ; Clarke, Malcolm, "Aggravation of risk during the insurance period", Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, Part

특히 보증보험과 관련하여, 보험계약자는 보증보험계약이 체결된 후에 보험자에 대하여 통지의무를 이행하여야 하는가? 보험계약에서는 보험자가 위험의 성질에 대해 스스로 알 수 있는 방도가 없기 때문에 보험계약자가 모든 중요사항을 고지하여야 하는데 반하여 보증은 보증인이 통상적으로 모든 위험에 대하여 충분히 인식하며 적어도 위험의 진정한 속성을 알기에 적합한 지위에 있다고 간주된다. 따라서 보증인이 위험에 관하여 통지하도록 채권자에게 요구한다면 그것은 명백히 보험계약의 일종이 되지만 주채무자로부터만 정보를 얻는다면 보증계약의 성격을 지닌다는 것이다.<sup>2)</sup> 즉 통지의무에 관한 상법의 규정은 보증보험계약에도 그대로 적용되는지가 문제된다.

생각건대, 이를 긍정하는 것이 타당하다. 우리나라 다수설은 상법의 통지의무 규정이 보증보험계약에 적용된다는 입장이다.<sup>3)</sup> 통지의무 위반과 채권자의 정보제공의무 문제를 다루는데 보험계약법과 보증계약법을 구분해야 할 명백하고도 설득력 있는 이유는 아직까지 제시되지 않고 있다. 보험계약에서 통지의무를 도입하게 된 근거라고 널리 알려진 보험계약자와 보험자간의 중요한 정보에 대한 불균형에 관한 고려는 논리로 보나 정의로 보나 이 문제에 관하여 일반계약법과 보험계약법을 구별하는 이유가 될 수는 없다.<sup>4)</sup> 보증보험계약에 대하여는 보험계약법의 규정이 원칙적으로 적용되며, 보험계약자 또는 피보험자가 고지의무, 위험변경·증가의 통지의무, 위험증가금지의무 등을 위반한 때에는 보험자는 그 보험계약을 해지할 수 있다. 보증보험에 있어 보험계약의 주체인 보험계약자가 사고의 발생여부를 지배하고 있어 그 사고를 고의로 초래할 수도 있으며, 이를 기화로 기망적인 행위도 할 수 있고 보험금이

I. Feb. 2003, pp.110~111.

- 2) MacGillivray & Parkington, *Insurance Law*, 7th ed., London : Sweet & Maxwell, 1981, p.903.
- 3) 양승규, 「보험법」, 삼지원, 2005, 434면 : 최기원, 「보험법」, 박영사, 2002, 597면 : 정희철, 「상법학(하)」, 박영사, 1990, 405면 : 최준선, 「보험법·해상법」, 삼영사, 2008, 313면 : 서돈각·정완용, 「상법강의(하)」, 법문사, 1996, 399면 : 손주찬, “보증보험의 성격과 몇 가지 법률상의 문제점”, 「상사법의 재문제」, 박영사, 1983, 340면 : 한창희, “보증보험의 법적 고찰”, 「보험학회지」, 제33집, 한국보험학회, 1989, 215~216면.
- 4) 박세민, “영국의 고지의무에 있어서 유인요소에 대한 해석과 우리 보험법에의 적용문제”, 「보험학회지」, 제63집, 2002, 12., 125면.

지급되도록 지배할 수도 있기 때문이다.<sup>5)</sup>

(2) 피보험자 또는 보험수익자

통지의무를 부담하는 자는 보험계약자는 물론, 피보험자 또는 보험수익자이다(상법 제652조 제1항, 제653조). 피보험자나 보험수익자는 타인을 위한 보험계약에 기해, 수익의 의사를 표시하지 않는다고 하더라도 당연히 보험금청구권 등 이익을 받는다.<sup>6)</sup> 통지의무자인 피보험자는 인보험의 피보험자뿐만 아니라 손해보험의 피보험자를 포함하는 것으로 보아야 한다.<sup>7)</sup>

하지만 타인을 위한 보험계약에 있어, 피보험자는 보험자와의 직접적인 교섭을 하지 않고 보험계약자만이 계약체결의 당사자가 되므로 피보험자에게 부수적 의무로서의 통지의무를 부담시킬 수 있느냐 하는 의문이 제기될 수 있다. 이에 대하여 우리나라의 통설은 타인을 위한 손해보험계약에 있어서의 피보험자는 계약의 당사자는 아니지만 보험수익자로서 이해관계를 가지므로 계약의 체결을 알고 있는 피보험자에게는 통지의무를 이행시킬 수 있는 것이어서 통지의무자에 포함시키는 것이 필요하다고 한다.<sup>8)</sup>

손해보험의 경우는 피보험자가 보험의 목적에 대하여 보험사고의 발생 여부에 따라 경제적 이익을 갖고 있어야 한다(상법 제668조). 즉 피보험자는 보험의 목적에 대해서 보험사고가 발생하지 않음으로 인하여 피보험자가 갖는 경제적 이익, 즉 피보험이익이 있어야 한다. 보험의 목적에 대해서 경제적 이익이 있다면 그렇지 않은 경우에 비해서 중요사항에 관해 더 잘 알고 있을 가능성이 일반적으로 높을 것이다.<sup>9)</sup>

5) 장덕조, “보증보험의 법적 성질에 대한 의문의 제기”, 『보험법연구4』, 삼지원, 2002, 180면 ; 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다54918 판결 등.

6) 민법 제539조 제2항, 상법 제639조 제1항.

7) 양승규, 전계서, 162, 185면.

8) 양승규, 전계서, 188면 ; 최기원, 전계서, 134면 ; 이기수·최병규·김인현, 『보험·해상법』, 박영사, 2008, 143면 ; 김성태, 『보험법강론』, 법문사, 2001, 358면 ; 정찬형, 『상법강의(하)』, 박영사, 2010, 596면 ; 손주찬, 『상법(하)』, 박영사, 2005, 508면 ; 정희철, 전계서, 408면 ; 최준선, 전계서, 155면 ; 채이식, 『상법강의(하)』, 박영사, 2003, 451면 ; 양승규, “타인을 위한 손해보험계약”, 『법률행정논집』 제10집, 고려대 법률행정연구소, 1972, 146면 ; 최기원, “보험계약자의 고지의무에 관한 고찰”, 『법학』 제32권 제3·4호, 서울대 법학연구소, 1991, 10면.

나아가, 보험계약의 당사자가 보상의 유무를 지배할 수 있다는 점도 위험측정과 변동의 판단에 있어 중요한 기준이 된다고 한다. 그리하여 피보험자는 보험계약체결의 주체가 아니므로 보험료지급의무를 부담하지는 않지만, 보험의 이익을 향유하는 주체로서 보험금청구권을 가지므로 비록 보험계약자에 의한 보험사고의 유발이라 할지라도 그 위험측정과 변동에 관한 도덕적 위험의 정도는 보험계약자에 비하여 훨씬 비난가능성이 높다고 할 수 있다.<sup>10)</sup> 보험계약체결시 보험자는 보험계약자측의 고지의무의 이행 등에 의하여 취득한 정보에 기하여 위험을 선택하고 이것을 전제로 보험계약을 체결하지만, 보험계약의 계속 중에 위험의 변동이 있는 경우에는 위험의 변동에 따라 보험계약의 내용을 변동시켜야(보험계약의 종료를 포함하여) 한다. 원래 통지의무의 필요성은 보험자에 의한 위험의 인수는 급부 반대급부 균등의 원칙에 따라 이루어지지만 위험의 변동은 이 균등관계를 붕괴시키므로, 균등성을 회복하기 위해서는 계약내용의 조정이 이루어져야 한다는 데 있다. 이 위험측정과 변동에 필요한 중요한 사실을 피보험자가 거의 잘 알고 있기 때문에 피보험자가 통지의무를 부담하는 주체가 되는 것은 당연하다. 더욱이 이는 보증보험과 같은 경우에 보험자가 피보험자로부터 통지를 받는 데에 실익이 있을 것이다.

타인을 위한 손해보험이라도 보증보험의 경우에는 피보험자로부터 위험사정을 통지 받는 일이 비교적 용이하고, 또 반드시 보험계약은 피보험자가 모르는 상황에서 체결되는 것도 아니다. 특히 피보험자는 보험계약자 못지않게 그 위험사정을 잘 아는 경우도 있을 것이다. 만일 보증보험의 경우 보험계약자에 대해서만 통지의무를 부과하게 되면 보험계약자가 위험사정을 전혀 몰라서 통지하지 않은 경우, 설령 피보험자가 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'을 은폐하거나 혹은 부실하게 보험계약자에게 통지한 경우에도 통지의무의 위반이 성립될 수 없게 된다.<sup>11)</sup>

9) 정호열·한기정, "고지의무에 관한 고찰", 『법학』 제40권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1999, 82면.

10) 정경영, "보증보험에서 보험자의 구상권", 『21세기 한국상사법의 과제와 전망』 박영사, 2002, 395면의 반대해석.

11) 양승규, 전계서, 162, 185면.

#### 나. 피보험자의 통지의무에 관한 문제점

손해보험계약에서의 피보험자는 타인을 위한 보험계약의 체결시에 보험계약의 체결사실을 알고 있는 경우에는 고지의무를 부담하고 보험계약의 계속 중에 위험의 변동이 있는 경우에는 위험의 변동에 관한 통지의무를 부담한다. 여기서 손해보험의 피보험자는 보험금청구권자의 의미여서 피보험자로서는 언제 계약이 체결된 지도 모르는 경우가 많기 때문에 피보험자가 통지의무를 실제로 이행할 수 없는 경우도 있을 수 있다는 지적이 있다.<sup>12)</sup> 이에 따라 타인을 위한 손해보험계약이 피보험자의 위임이 없이 체결된 경우에도 그 피보험자는 통지의무를 부담해야 한다고 보아야 하는가 문제된다. 먼저, 보험계약자가 피보험자에게 보험계약의 체결을 '통고'<sup>13)</sup>하지 않으면 상법 제652조상 피보험자의 '통지의무'를 부정하는 견해가 있다.<sup>14)</sup> 피보험자가 자신을 위한 손해보험이 체결되었다는 사실을 전혀 모르는데 통지의무 위반을 문제 삼는 것은 지나치다고 할 수 있기 때문이다. 이에 대하여, 타인을 위한 손해보험계약의 경우 타인의 위임은 계약체결의 요건은 물론 아니나 타인의 위임 여부는 보험자와 피보험자 모두에게 위험측정과 변동의 전제가 되는 중요한 사항이므로 보험자에게 통고하도록 한 것이며, 그 통고의 결과 타인이 이행하게 되는 것만이 상법 제652조상의 '통지의무'에 해당된다고 하여야 한다. 그러므로 타인을 위한 보험자는 이로써 제652조, 제653조에 의한 계약해지나 보험료의 증액을 주장할 수는 없다는 견해가 있다.<sup>15)</sup> 보험계약자의 피보험자에 대한 보험계약체결의 통고 여부는 보험계약자와 피보험자 사이의 구체적 사정에 달

- 12) 정호열·한기정, 전계논문, 82면 : 김선정, "보험계약법상 고지의무에 관한 연구", 동국대 대학원 박사학위논문, 1992. 8., 124~126면 : 倉澤康一郎, "告知義務", 「保險契約法の現代的課題」, 成文堂, 1978. 33面은 고지의무에 관한 논의이나, 위험변경·증가의 통지의무에 관해서도 동일한 추론을 할 수 있다.
- 13) 이는 상법 제651조의 고지의무도 아니고, 상법 제652조, 제653조상의 통지의무도 아니므로 이를 구분하기 위하여 필자가 편의상 기술한 데 불과하다. 그러나 이 경우의 통고의무는 보험계약이 체결된 후에 그 계약의 효과로서 부담하는 의무는 아니고, 보험계약 체결 당시에 부담하는 의무이다.- 정찬형, 전계서, 596면.
- 14) 정찬형, 전계서, 543~544면은 고지의무에 관한 논의이나, 위험변경·증가의 통지의무에 관해서도 동일한 추론을 할 수 있다.
- 15) 정호열·한기정, 전계논문, 82면 : 김선정, 전계논문, 126~127면.



린 것으로서 보험자가 예측할 수 있는 것이 아니므로, 그에 따라서 통지의무의 당사자가 달라지는 것은 무리일 것이기 때문이다. 이는 또한 타인을 위한 손해보험의 경우 타인의 위임이 없으면 보험계약자는 보험계약체결을 피보험자인 타인에게 알려야 하고 그러한 통고가 없으면 타인은 그 보험계약이 체결되었다는 사실을 알지 못하였다는 사유로 보험자에게 대항하지 못한다는 상법 제639조 제1항 단서<sup>16)</sup>에도 어긋난다. 이 규정의 결과 고지받은 보험자는 그 타인에게 보험계약체결의 사실을 알리고 통지의무의 이행을 포함한 피보험자로서의 의무의 이행을 요구할 수 있다(제652조, 657조, 680조).<sup>17)</sup> 왜냐하면, 고지의무의 대상이 되는 '중요한 사항'과 통지의무의 대상인 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실' 사이에는 별다른 차이가 없고, 다만 그러한 사항이 보험계약의 체결단계에 존재하였느냐, 아니면 그 이후 보험기간 중에 발생한 것이냐의 차이가 있을 뿐이기 때문이다.

보험자가 타인의 위임 없음을 고지받았으나 위임 없는 계약체결의 사실을 타인에게 알리고 통지의무의 이행을 촉구하지 않았다면 보험자는 타인의 통지의무 위반을 이유로 제652조, 제653조에 의한 계약해지나 보험료의 증액을 주장할 수 없게 된다.<sup>18)</sup> 또한 보험계약자가 타인의 위임 없는 계약임을 보험자에게 고지하지 않은 때에는 그 타인은 자기를 위한 계약이 체결되었음을 알지 못하였다는 이유로 보험자의 계약해지 등에 대항할 수 없게 되는 것이다.

생각건대, 타인의 위임이 없다는 점을 보험계약자가 보험자에게 고지하였음에도 불구하고 보험자가 피보험자에게 '정보제공의무'를 이행할 기회를 주지

16) 타인을 위한 손해보험의 경우에는 피보험자가 고지의무를 이행할 수 없는 때가 있을 수 있다는 점을 감안하여, 상법 제639조 제1항 단서는 "손해보험계약의 경우에 그 타인의 위임이 없을 때에는 보험계약자는 이를 보험자에게 고지하여야 하고, 그 고지가 없을 때에는 타인이 그 보험계약이 체결된 사실을 알지 못하였다는 이유로 보험자에게 대항하지 못한다"고 규정하고 있다. 즉 보험계약자가 타인을 위한 보험계약을 그의 위임 없이 체결하겠다는 사실을 고지하지 않은 경우, 피보험자는 자기를 위한 보험계약이 체결되었다는 사실을 알지 못함으로써 고지의무에 위반한 경우라도 위반으로 인한 불이익을 면할 수 없게 된다.

17) 정찬형, 전계서, 596면.

18) 대법원 1999. 7. 13. 선고 98다63162 판결은 보증보험계약에서 보험자가 보험계약자의 사기를 이유로 보험계약을 취소하는 경우, 피보험자가 그와 같은 기망행위가 있었음을 알았거나 알 수 있었던 경우 등과 같은 특별한 사정이 없는 한 보험자는 보험계약의 취소를 가지고 피보험자에게 대항할 수 없다고 하였다.

않은 경우에만 피보험자의 통지의무를 부정하는 것이 타당하다.<sup>19)</sup>

## 2. 통지수령권자

### 가. 보험대리점의 통지수령권한의 유무

#### (1) 계약대리점

##### (가) 문제의 제기

보험계약의 체결과 보험료의 수수 등이 모두 보험대리점을 통하여 이루어진 경우, 그 이후 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'을 통지하였는지 및 그러한 사실을 보험자측이 알았는지 여부도 보험대리점을 기준으로 판단하는가가 다투어질 수 있다. 이 경우 보험계약자 또는 피보험자는 문제의 보험대리점이 계약대리점으로서 당연히 통지의 수령권 등이 있다고 주장하는 반면, 보험자는 그 보험대리점과의 대리점계약상 통지의 수령권 등이 수권되지 않았고, 그 보험대리점이 보험자의 상업사용인도 아니므로 그에게 통지수령권 등이 인정되지 않는다고 주장하는 사안<sup>20)</sup>에서 특히 문제된다.

##### (나) 계약대리점의 권한에 관한 학설

#### 1) 계약대리점의 통지수령권한 당연인정설

다수의 학설은 손해보험에 관한 한 보험대리점은 일반적으로 계약대리점으로서<sup>21)</sup> 보험자의 이름으로 보험계약을 체결할 대리권을 갖고 그 내용을 결정하며, 위험측정과 변동에 관한 고지 및 통지수령권한을 보유하여 그가 체결한 보험계약을 변경·해제할 수 있는 권한, 보험료의 수령·감액·지불유예를 할 권한을 갖는 것은 물론이고, 고지의무위반·통지의무위반 여부를 판정함에 있어서 그의 지·부지 및 통지수령은 보험자의 그것과 동일시된다(민법 제116조 제

19) 최기원, 전게서, 138면 ; 손주찬, 전게서, 508면 ; 정호열·한기정, 전계논문, 82면 ; 김선정, 전계논문, 127면.

20) 대법원 2000. 7. 4. 선고 98다62909, 62916 판결.

21) 김성태, 전게서, 86면.

1항, 상법 제646조)고 한다.<sup>22)</sup> 따라서 보험계약자의 고지의무의 위반을 이유로 한 계약해지의 제척기간(상법 제651조), 위험변경·증가통지의무위반에 의한 보험계약관계의 변경기간(상법 제652조, 제653조)은 보험대리점에 고지 또는 통지한 때를 기준으로 한다.<sup>23)</sup>

## 2) 계약대리점의 통지권한 특별수권설

보험대리점은 실무상 보험종목에 따라 계약대리권을 제한받는 경우가 많으므로 계약대리점은 보험자의 이름으로 보험계약을 체결하는 대리권을 가지지만, 그 이외에 그 보험계약에 부수하는 여러 가지 행위, 예컨대 보험료의 수령, 각종 통지나 의사표시의 수령, 보험금의 지급, 기타 사항에 관하여 대리권을 갖느냐 여부는 각 경우의 대리점 계약의 내용에 의하여 결정되고 특별한 수권이 없는 한 반드시 일률적으로 인정되는 권한은 아니라는 설이 소수설로서 주장되고 있다.<sup>24)</sup>

### (다) 판례 및 검토

우리나라 판례는 보험계약자 또는 피보험자의 상법 제652조 제1항에 의한 위험증가의 통지가 없었다 하더라도 보험대리인이 피보험 건물의 증·개축공사와 이로 인한 보험사고 발생의 위험이 현저하게 증가된 사실을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다고 보아 화재보험 보통약관상의 계약해지권 소멸규정에 의하여 보험자는 보험계약을 해지할 수 없다고 한 사례가 있다.<sup>25)</sup> 생각건대, 보험대리점은 당연히 소속 보험자를 위하여 보험계약을 체결할 대리권이 있는 것은 아니지만, 통상 보험계약의 체결과 보험료의 수수 등이 모두 보험대리점을 통하여 이루어진 경우, 반대의 증거가 없는 한 일정한 대리

22) 양승규, 전게서, 97면 ; 최기원, 전게서, 84면 ; 정찬형, 전게서, 527~528면 ; 손주찬, 전게서, 505면 ; 이기수·최병규·김인현, 전게서, 64면 ; 정희철, 전게서, 373면 ; 최준선, 전게서, 59~60면.

23) 김상규, "보험대리점의 법적 지위", 『법학논총』 제10집, 한양대, 1993, 57면.

24) 이원석, 『해상법·보험법』, 세영사, 1987, 229면 ; 김창중, "보험대리점·모집인의 지위", 『재판자료[해상·보험법에 관한 제문제(하)]』, 제53집, 1993, 106~107면.

25) 대법원 2000. 7. 4. 선고 98다62909 판결.

권이 있다고 추정한다.<sup>26)</sup> 만일 위 소수설과 같이 보험대리점의 보험종목에 따른 계약대리권 제한은 대리점과 그 소속 보험자 간의 내부관계를 정한 것에 불과하여 이를 보험계약자의 입장에서는 정확히 알기 어렵기 때문에 대리점이 설사 위탁받지 않은 보험종목에 관하여 보험계약을 체결한 경우에도 널리 위관법리나 표현대리(민법 제125조)의 규정을 적용하여 선의의 보험계약자를 보호하여야 할 것이다.<sup>27)</sup>

## (2) 중개대리점

보험계약의 '중개'란 보험계약자와 보험자 사이에 보험계약이 성립되도록 힘쓰는 사실행위를 말한다. 중개대리점은 계약의 체결을 위한 대리권은 없고, 다만 소속 보험자를 위하여 계약체결을 중개할 수 있는 권한밖에 없다.<sup>28)</sup> 그러므로 중개대리점은 고지 내지 통지에 대한 수령권이 없으므로 보험계약자 등이 중개대리점에 대한 고지, 통지는 보험자에 대한 고지, 통지로서의 효력이 생기지 않는다. 그런데 실제로 보험계약자는 상대방이 계약대리상인지 또는 중개대리상인지를 거의 구별하지 않고 보험계약을 체결하는 것이 보통이므로, 보험계약자의 이익을 보호하기 위하여는 이러한 중개대리상에 대하여도 계약대리상에 관한 규정을 유추적용하든가 또는 중개대리상에 관한 권한을 입법적으로 해결해야 할 것으로 본다.<sup>29)</sup>

## 나. 보험중개사 및 보험설계사

- 26) 채이식, 전게서, 437면.  
27) 동지 : 김창중, 전계논문, 107면 ; 대법원 1989. 3. 28. 선고 88다4645 판결은 보험대리점이 보험계약체결시 보험약관과 달리 설명한 경우 보험계약자는 보험대리점이 설명한 내용에 따라 보호된다고 보았다.  
28) 보험업법 제2조 제10호는 '보험대리점'이란 보험회사를 위하여 보험계약의 체결을 대리하는 자를 말한다고 정의하고 있으므로, '중개대리점'이란 상법상 강학상의 용어로 보인다.  
29) 양승규, 전게서, 97면 ; 최기원, 전게서, 85면 ; 정찬형, 전게서, 528면 ; 손주찬, 전게서, 505면 ; 이기수·최병규·김인현, 전게서, 64면 ; 정희철, 전게서, 373면 ; 최준선 전게서, 60면 등은 보험료수령권과 고지수령권에 관해서만 기술하고 있을 뿐이나, 고지의무의 대상이 되는 '중요한 사항'과 통지의무의 대상인 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실' 사이에는 별다른 차이가 없으므로 명시적으로 언급하지 않는 통지수령권에 관해서도 같은 취지로 새기는 것으로 추론된다.

(1) 보험중개사

보험중개사는 '불특정 다수'의 보험자와 보험계약자를 위해 독립적으로 보험계약의 체결을 중개하는 자이다.<sup>30)</sup> 이 점에서 특정한 보험자를 위하여 보험계약의 체결을 중개하는자인 중개대리점과 다르다. 보험중개사는 보험계약의 체결을 중개함에 있어서 보험증권을 발행하거나 보험자를 대리하여 보험계약의 체결 및 변경 또는 해지의 의사표시를 수령할 권한이 없다. 또한 보험중개사는 보험료의 수령 또는 환급, 보험계약자 등으로부터의 보험계약에 관한 고지 또는 통지사항의 수령권이 없다.<sup>31)</sup>

그런데 보험중개사의 경우 독립적으로 보험계약의 체결을 중개하는 자이기 때문에 보험중개사의 행위에 대한 배상책임은 중개사 자신이 부담해야 한다. 즉 보험자에게 사용자배상책임을 지울 수 없어 이들에게는 보험에의 가입 등 기타 필요한 조치를 할 수 있도록 하여<sup>32)</sup> 보험거래의 안전과 보험계약자 보호를 도모하도록 한 것이다.

(2) 보험설계사

보험설계사는 보험자를 위하여 보험계약의 체결을 중개하는 보험자의 사용인이다. 판례는 보험설계사(종전의 보험모집인)에 관한 통지가 적법한지가 문제로 된 사안에서 "보험모집인에 불과한 자에게 이 사건 트럭에 크레인을 장착할 예정이라는 사실을 알려 주었을 뿐이라면, 일반적으로 보험모집인이 독자적으로 보험자를 대리하여 보험계약을 체결할 권한이 없을 뿐만 아니라 고지 내지 통지의 수령권한도 없는 점에 비추어 볼 때 그로써 이 사건이 트럭의 구조변경에 관한 통지의무를 다한 것이라고 할 수 없으므로"<sup>33)</sup>라고 판시하여,

30) 우리나라에서는 보험중개사가 보험계약자를 위하여 보험계약체결의 중개만 할 수 있으나 (보험업법 제2조 제11호), 영국과 독일을 비롯한 외국에서는 일반적으로 보험중개사 (insurance broker)가 고객을 위하여 보험계약의 체결을 대리할 수 있다.- 이형규, "보험중개인의 법적 지위", 『법학논총』 제15집(한양대, 1998), 57면. Prölss-Martin, VVG, 25. Aufl., 1992, Nach §48, S.348.

31) 보험업법 시행규칙 제24조 제1호.

32) 보험업법 제89조 제3항 참조.

33) 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결.

고지 내지 통지수령권을 부정하고 있다.<sup>34)</sup>

### Ⅲ. 통지의무의 내용과 범위

#### 1. 위험변동의 중요한 사항과 그 결정기준

##### 가. 범률의 규정

통지의무자가 보험자에게 통지할 사항은 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'이다(상법 제652조). 보험계약자나 피보험자가 보험기간 중에 통지의무를 지는 상법 제652조 및 보험계약자, 피보험자 또는 보험수익자가 보험기간 중에 위험증가금지의무를 지는 상법 제653조에 정한 '사고 발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'이라 함은 그 변경 또는 증가된 위험이 보험계약의 체결 당시에 존재하고 있었다면 보험자가 보험계약을 체결하지 않았거나 적어도 그 보험료로는 보험을 인수하지 않았을 것으로 인정되는 정도의 것을 말한다.<sup>35)</sup> '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'을 정하는 것은 사실문제이고 보험의 종류마다 다르며,<sup>36)</sup> 보험전문가의 판단에 따라 결정할 일이다.<sup>37)</sup>

이와 같이 위험측정의 기초로 되는 사정에 관하여 보험계약 체결 단계에서는 고지의무가 인정되지만, 보험계약 체결 후에 있어서도 그에 관한 통지의무가 인정되고, 이러한 통지의무는 고지의무와 제도적 이유를 같이 하는 것으로서, 고지의무가 계약 성립 후에까지 연장된 것이라고 할 수 있다.<sup>38)</sup>

'위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실' 내지 중요사항을 결정하는 중요성 기준(the test of materiality)에 관해서는 영국에서 많은 논의가 있다. 영국 해상보험법 제18조 제2항에 의하면, '보험료 산정이나 위험인수 여부를 정함에

34) 보험업법 제2조 제9호.

35) 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결.

36) 최기원, 전제서, 258~260면.

37) 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결.

38) 민증기, 전제논문, 247면 ; 金澤理, 鹽崎勤(編), 前掲書, 339면

있어서 합리적인 보험자<sup>39)</sup>의 판단에 영향을 미치리라는 것은 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실' 내지 중요사항이다<sup>40)</sup>라고 규정하고 있다. 여기서 '영향을 미치리라(would influence)'의 해석과 관련해서 견해가 대립한다.

## 나. 학설

### (1) 비결정적 영향설

비결정적 영향설(non-decisive influence test) 또는 인식설(awareness test)은 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'의 중요성 판단기준이 되는 것은 어느 사실의 통지가 추상적 개념인 합리적인 보험자로 하여금 계약을 체결할 것인가의 여부 및 체결한다면 보험료는 어떻게 결정할 것인가를 판단하기 위해서 알기를 원했으리라는 사항을 의미하며, 합리적인 보험자가 알기를 원했으리라고 판단되면 계약체결 여부나 조건이 달라지지 않았으리라고 판단되는 경우에도 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실' 내지 중요사항이 된다. 비결정적 영향설에서는 어떠한 사실이 합리적인 보험자가 계약체결 여부나 조건을 결정하는데 결정적인 영향을 주지 않고 그 대신 그가 계약을 체결하는 과정 중에 통지되지 않은 그 사실을 알고 싶어 했었느냐(would have wanted to know) 혹은 고려대상이 되었었느냐는 주관적 의도를 입증할 수만 있다면, 단지 그러한 결정을 강화하는 데(reinforcing) 기여하거나, 또는 그 사실만으로 결정적인 영향을 주지 않지만 만약 다른 사실과 결합하게 되면 결정적인 영향을 줄 수 있는 경우에도(실제로는 다른 사실이 없는 사건에서도) '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실' 내지 중요사항으로 되는 것이다.<sup>41)</sup>

여기서 '영향(influence)'의 의미를 '최종결정에 대한 확정적 영향'으로 해석

39) 합리적인 보험자란 문제가 된 사건과 같은 종류의 보험업계에 종사하고 있는 사례 깊고 주 의력이 있는 신중한 보험자(prudent insurer) 집단을 추상적으로 의미한다.

40) Every circumstance is material which would influence the judgment of a prudent insurer in fixing the premium, or determining whether he will take the risk.

41) 정호열·한기정, 전제논문, 90면 참조 : Clarke, Malcolm A. *The Law of Insurance Contracts*, 2nd ed., Lloyd's of London Press, 1994, p.570 ; Container Transport Intl Ins. v. Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd. [1984] 1 Lloyd's Rep. 476, 492.

하지 않고 그 대신 그 의미를 보험계약 및 계약변동과 관련한 '보험자의 의사 형성 과정에 관여하는 것'으로 해석하고 있다. 다시 말해 위 해석은 통지되지 않은 사실을 보험자가 알았더라면 보험자의 의사형성과정에서 하나의 고려요소가 될 수 있었을 것이라는 것만 보험자가 입증하면, 얼마만큼이나 심각하게 고려했는가의 여부를 불문하고, 그 통지되지 않은 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'의 중요성이 입증된다는 것이다.<sup>42)</sup> 즉 최대 선의의 원칙에 의한 통지의무라는 것은 합리적인 보험자가 위험을 측정하고 그 변동을 산정해 가는 과정에서 고려할만한 것이라면 모두를 통지하여야 하는 것을 요구한 것이다.<sup>43)</sup> 다시 말해 최대 선의의 원칙에 의한 통지의무란 완전하고 폭 넓은 개시(full disclosure)를 요구하는 것으로서 이것은 바로 합리적인 보험자가 보험계약 및 계약변동과 관련한 의사결정 과정에서 고려대상이 될 수 있는 것이라고 여길 수 있는 것이라면 그 모두를 고지하고, 이를 바탕으로 한 계약체결 이후의 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'을 통지하여야 하는 것이 옳은 것이지, 보험계약 및 계약변동과 관련된 어느 결정을 함에 있어서 결정적 영향을 끼치는 것만을 대상으로 하는 결정적 영향설(decisive influence test)은 최대 선의의 원칙의 기본정신에 부합되지 않는다고 한다.

비결정적 영향설(non-decisive influence test)은 또한 입증책임의 문제와 관련하여 발생할 수 있는 어려움을 해결할 수 있다는 것이다. 문제가 된 사건의 당해 보험자(actual insurer)가 통지되지 않은 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'의 중요성을 입증하기 위해서는 동료(prudent insurer)들의 전문가적 의견 또는 전문가로서의 증언(expert witness) 등을 필요로 하는데, 그 통지되지 않은 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'의 보험자에 대한 '영향의 정도(degree of influence)'는 사람에 따라 다양할 수 있다.<sup>44)</sup> 이렇게 어느 절대적

42) 박세민, "중요성 판단의 문제와 해석 - 고지의무제도를 중심으로-", 「상사법연구」 제15권 제2호, 한국상사법학회, 1996. 12., 253면.

43) 박세민, 전제논문(주42), 254면 참조 : Container Transport Intl Ins. v. Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd. [1984] 1 Lloyd's Rep. 476, 527.

44) 통지의무는 고지의무와 제도적 이유를 같이 하는 것으로서, 고지의무가 계약 성립 후에까지 연장된 것이라고 할 수 있는데 예컨대, 같은 사실의 불고지에 대해서 일부는 매우 심각하게 받아들여서 만약 알았더라면 계약을 체결하지 않았을 것이라고 주장할 수도 있고, 또



기준이 없는 상황에서 협의로 해석되는 결정적 영향설(decisive influence test)을 주장하면, 입증하는 데에 있어 누구의 의견을 따라야 하는가 하는 어려운 문제를 야기할 수 있으므로 광의로 해석되는 비결정적 영향설(non-decisive influence test)이 옳다는 것이다.<sup>45)</sup>

## (2) 결정적 영향설

결정적 영향설(decisive influence test)은 합리적인 보험자가 알았다면 계약 체결을 하지 않았으리라 또는 다른 조건 하에 계약을 체결하였으리라고 판단되는 것을 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실' 내지 중요사항이라고 보는 입장이다. 즉 보험자의 계약 여부나 조건에 '합리적으로 영향을 미쳤으리라(would reasonably influence)' 여겨지는 사항만 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'이라고 보기 때문에, 앞의 비결정적 영향설(non-decisive influence test)보다 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'의 인정범위가 좁다.

보험계약을 체결하겠느냐의 여부 및 보험료를 어떻게 결정할 것인가 등 합리적인 보험자가 이런 결정을 하는 경우 실제로 그런 결정에 직접적 영향을 주는 사실만을 통지의무 대상으로 삼아야 한다. 따라서 어느 사실에 대하여 비록 합리적인 보험자가 의사형성과정에서 관심을 보였다 해도, 나중에 '위험이 현저하게 변경 또는 증가되지 않은 사실' 내지 중요하지 않은 것으로 여겨져서 그의 결정에 영향을 미치지 못했다면, 그 사실의 통지 해태는 통지의무 위반이 아니라고 해석하는 것이 보다 공정한 해석방법이라 할 수 있다.<sup>46)</sup> 즉 고지의무 위반으로 인하여 처음 산정한 위험(risk)과 달라진 경우에만 통지의무 위반을 주장할 수 있을 것이라고 판단하여, 통지의무 위반을 이유로 계약을 무효 또는 취소(avoidance)하는 것을 가급적 제한하려고 한 것이 본래의 취지였다.<sup>47)</sup>

일부는 계약을 체결하되 보험료를 높였을 것이라고 얘기할 수도 있고 또 다른 일부는 전혀 영향을 주지 않았다고 의견을 내세울 수도 있다.- 박세민, 전계논문(주42), 254면.

45) 박세민, 전계논문(주42), 254면 ; Container Transport Intl Ins. v. Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd. [1984] 1 Lloyd's Rep. 476, 510-511.

46) 박세민, 전계논문(주42), 262면.

47) (1776) 3 Burr. 1909-1911.

보험계약자의 통지의무의 위반이 비난을 받는 것은, 통지의무 위반으로 인하여 보험자가 계약 체결이나 보험료 기타 다른 조건들에 대해 처음에 동의한 사항들에 영향을 미치기 때문이다. 다시 말하여 합리적인 보험자에게 전혀 영향을 주지 않은 어느 사실의 불통지에 대해 그것을 통지의무의 위반이라고 할 수는 없다 하겠다. 통지의무에 있어서 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'의 중요성 판단의 기준으로 당해 보험자(actual insurer)의 자의(恣意)에 보험계약자의 지위를 맡긴다는 것에 불안이 일자, 보다 객관적인 개념인 합리적인 보험자가 당해 보험자(actual insurer)를 대체하여 채택한 것인데, 이는 본래 중요성 판단의 문제를 보다 객관적으로 결정하고자 하는 의도로서, 보험계약 및 계약변동과 관련된 사항에 대해 영향의 유무를 객관적으로 따지는 결정적 영향설(decisive influence test)이 이에 부합되는 것이고, 그가 계약을 체결하는 과정 중에 고지되지 않은 그 사실 또는 이를 바탕으로 한 계약체결 이후에 통지되지 아니한 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'을 알기를 원했었다는 것(would have wanted to know)을 기준으로 하는 비결정적 영향설(non-decisive influence test)은 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'에 관한 중요성 판단의 객관적 성격에 일치되지 않는다.

이러한 입장은 미국의 대다수 주, 호주, 캐나다, 뉴질랜드 등에서 지지된다.<sup>48)</sup> 결론적으로, 결정적 영향설(decisive influence test)이 계약체결 전후의 고지의무 또는 통지의무 제도로 인하여 보험계약자가 갖게 될 불공정성, 불합리성을 최대한으로 완화시켜 줄 수 있는 해석이라고 할 수 있다. 따라서 합리적인 보험자가 실제로 영향을 받았느냐의 여부를 묻는 결정적 영향설(decisive influence test)이 통지의무에 있어서 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'에 관한 중요성 판단의 기준으로서 이는 타당하다고 본다.<sup>49)</sup> 결국

48) 정호열·한기정, 전제논문, 91면 ; Clarke, Malcolm A, op. cit., p.570.

49) 정호열·한기정, 전제논문, 91면 ; 박세민, 전제논문(주42), 266면은 고지의무의 대상이 되는 '중요한 사항'에 관한 논의이나, 통지의무의 대상인 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'에 관한 논의에서도 별다른 차이가 없을 것으로 추론된다. 이와는 달리, 장덕조, "고지의무위반의 요건과 효과에 관한 체계적 해석", 「보험법연구」2, 三知院, 1998, 165~168면은 Pan Atlantic 사건에서처럼, 중요사항 판단에 객관적 기준(신중한 보험자)와 주관적 기준(실제의 보험자)을 병행하자는 견해를 취하고 있다.

비결정적 영향설은 수용하기 곤란하다고 판단된다.<sup>50)</sup>

#### 다. 판례

영국의 판례는 선례가 비결정적 영향설을 취하고 있다는 점을 들어서 비결정적 영향설을 취하고 있지만,<sup>51)</sup> 비결정적 영향설은 보험자에게 지나치게 유리하고 보험계약자에게는 부당하게 불리하다는 비판이 거세다.<sup>52)</sup> Pan Atlantic 사건에서는<sup>53)</sup> 이러한 비판을 무마하기 위해서 합리적인 보험자라면 알기를 원했으리라고 할 정도의 사실이어야 할 뿐만 아니라 당해 보험자(actual insurer)가 유인될(induced) 것을 요건으로 하고 있다. 따라서 신중한 보험자라는 객관적 기준과 실제의 보험자라는 주관적 기준이 병용되는 셈이다. 하지만 유인(inducement)이 있는 것으로 추정되기 때문에 일반 보험계약자가 이를 반증하는 것은 현실적으로 가능하지 않다는 점에서 한계가 있다.<sup>54)</sup> 또한 알지 못하는 사실에 의해서 어떻게 유인될(induced) 수 있는가 하는 의문이 있기 때문에, 유인 요건이 불고지 내지 불통지의 경우에는 논리적으로 모순이다.<sup>55)</sup>

우리나라 판례는 보험계약자나 피보험자가 보험기간 중에 통지의무를 지는 상법 제652조 및 보험계약자, 피보험자 또는 보험수익자가 보험기간 중에 위험증가금지 의무를 지는 상법 제653조에서 정한 '사고 발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'이라 함은 그 변경 또는 증가된 위험이 보험계약의 체결 당시에 존재하고 있었다면 보험자가 보험계약을 체결하지 않았거나 적어도 그 보험료로는 보험을 인수하지 않았을 것으로 인정되는 정도의 것을 말한다.<sup>56)</sup>

50) 정호열·한기정, 전계논문, 90면.

51) Pan Atlantic Insurance Co. v. Pine Top Insurance Co. [1994] 2 Lloyd's Rep. 427 ; Container Transport International Inc. v. Oceanus Mutual Understanding Association [1984] 1 Lloyd's Rep. 467.

52) 정호열·한기정, 전계논문, 90면 ; Birds, John. *John. Modern Insurance Law*. 4th ed., London : Sweet & Maxwell, 1997, pp.107~111 ; Clarke, Malcolm A. op. cit., pp.569~576.

53) Pan Atlantic Insurance Co. v. Pine Top Insurance Co. [1994] 2 Lloyd's Rep. 427.

54) 정호열·한기정, 전계논문, 90면 ; Clarke, Malcolm A. op. cit., p.75.

55) 정호열·한기정, 전계논문, 90면 ; Birds, John. op. cit., pp.107~111.

판례는 또한 “중요사항이라 함은 보험자가 보험사고의 발생과 그로 인한 채  
임부담의 개연율을 측정하여 보험계약의 체결여부 또는 보험료나 특별한 면  
책조항의 부가와 같은 보험계약의 내용을 결정하기 위한 표준이 되는 사항으  
로서, 객관적으로 보험자가 그 사실을 안다면 그 계약을 체결하지 않든가 적  
어도 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 않으리라고 생각되는 사항”이라는  
것이다.<sup>57)</sup> 대법원의 이러한 설시는 상법 제651조에 의해 고지의무의 대상이  
되는 ‘중요한 사항’의 의미에 대해서 결정적 영향설(decisive influence test)의  
입장에서 판시하고 있고,<sup>58)</sup> 이는 상법 제652조, 제653조상의 ‘위험이 현저하게  
변경 또는 증가된 사실’의 통지의무에 있어서도 타당하다고 본다. 왜냐하면,  
고지의무의 대상이 되는 ‘중요한 사항’과 통지의무의 대상인 ‘위험이 현저하게  
변경 또는 증가된 사실’ 사이에는 별다른 차이가 없고, 다만 그러한 사정이 보  
험계약의 체결단계에 존재하였느냐, 아니면 그 이후 보험기간 중에 발생한 것  
이냐의 차이가 있을 뿐이기 때문이다.<sup>59)</sup>

더욱이 ‘고지’의무가 문제된 보증보험 관련 사안에서 판례<sup>60)</sup>는 보험계약자의  
신용이나 자력 등 주계약의 내용상 증대한 변경이 있는 경우는 ‘위험이 현저하  
게 변경 또는 증가된 사실’ 내지 중요사항임에도, 보증인이 누구인지는 보험사  
고 발생의 가능성과는 관계없이 보험사고가 이미 발생한 후 보험자가 행사하  
는 구상권과 관련된 것이므로 ‘위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실’ 내지  
중요사항이 아니라는 판단을 하고 있다. 아울러, 보증인이 누구인가 하는 사항  
은 구상권의 행사에만 관련된 것으로 사고발생 가능성과는 관계없는 것이라고  
하면서도, 이와 반대되는 논리로 친척관계에 있는 사람들을 보증인으로 내세우  
는 등 보험계약시에 일정한 요건을 갖춘 보증인을 요구한 사정이 인정되는 경

56) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다16976 판결 ; 대법원 2003. 6. 10. 선고 2002다63312 판결 ;  
대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결 ; 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결 ; 대법  
원 1992. 11. 10. 선고 91다32503 판결 ; 대법원 1992. 7. 10. 선고 92다13301, 13318 판결.

57) 대법원 2001. 11. 27. 선고 99다33311 판결 ; 대법원 2001. 2. 13. 선고 99다13737 판결 ; 대  
법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결 ; 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다27971 판결 등.

58) 정호열·한기정, 전제논문, 91면 ; 장덕조, “보증보험에서의 고지의무와 기망행위”, 「보험법  
연구」(5), 보험법연구회, 삼지원, 2003. 6., 14면 ; 박세민, 전제논문(주42), 266면.

59) 민중기, 전제논문, 248면 ; 金澤理, 鹽崎勤(編), 前掲書, 339面.

60) 대법원 2001. 2. 13. 선고 99다13737 판결.

우에는 보험사고 발생에 대한 방지책이 될 수 있어 결과적으로 사고발생율이 달라질 수도 있다는 점도 인정하고 있으므로<sup>61)</sup> 이는 그 사항을 합리적인 보험자가 알았다면 계약체결을 하지 않았으리라 또는 다른 조건하에 계약을 체결하였으리라고 판단되는 것을 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실' 내지 중요사항으로서 '통지'의무의 대상이라고 보는 입장을 뒷받침하고 있다.

## 2. 통지사항

### 가. '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'

보험계약자나 피보험자가 보험기간 중에 통지의무를 지는 상법 제652조 및 보험계약자, 피보험자 또는 보험수익자가 보험기간 중에 위험증가금지 의무를 지는 상법 제653조에 정한 '사고 발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'이라 함은 그 변경 또는 증가된 위험이 보험계약의 체결 당시에 존재하고 있었다면 보험자가 보험계약을 체결하지 않았거나 적어도 그 보험료로는 보험을 인수하지 않았을 것으로 인정되는 정도의 것을 말한다.<sup>62)</sup> 어떠한 사실이 이에 해당하는가는 보험의 종류에 따라 달라질 수밖에 없는 사실인정의 문제로서 보험의 기술에 비추어 객관적으로 관찰하여 판단하여야 하고, 최종적으로는 보험의 기술에 정통한 전문가의 감정에 의하여 결정될 수밖에 없다.<sup>63)</sup>

따라서 보증보험에서 통지사항은 보험계약자가 보험계약을 체결하는 과정에서 명시하는 보험목적에 관한 사항으로서 계약의 내용이 되는 주요사항, 즉 주계약상 채무의 금액과 이행기, 부대조건, 채권자의 동일성에 관한 사항, 손해배상액의 예정 등에 관한 '사고 발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'이다.<sup>64)</sup> 약관에서는 피보험자의 변경<sup>65)</sup>과 주계약의 내용상 증대한 변경

61) 장덕조, 전계논문(주58), 18면.

62) 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결.

63) 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결.

64) 정경영, "일반 손해보험에 대한 보증보험의 특성에 관한 연구", 「상사법연구」 제29권 제1호, 한국상사법학회, 2010. 5., 267면 ; 장덕조, 전계논문(주58), 18면 ; 대법원 2001. 2. 13. 선고 99다13737 판결 ; 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카216 판결에서는 공사도급계약에 대한 이행

이 있는 경우를 들고 있다.<sup>66)</sup> 보증보험계약은 채무자의 채무불이행을 보험사  
고로 하는 보험이고 보험사고가 주관성을 가지고 있어 통지사항도 다른 손해  
보험과 다르게 해석할 필요가 있다. 왜냐 하면 사고 발생의 가능성을 좌우하  
는 것은 화재보험이나 자동차보험처럼 보험목적의 구조나 재질, 환경, 모델,  
용도의 변경 등이 아니고 순수하게 보험계약자의 의사이기 때문이다. 보험계  
약자가 정보를 제공한 사항을 내용으로 보증보험계약이 체결되고 이를 바탕  
으로 한 계약체결 이후에 만일 '사고 발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가  
된 사실'이 있거나 그 과정에 정보가 부정확한 경우에는 보험목적의 동일성이  
상실되어 해당 채무에는 보험계약은 효력이 발생되지 않는다고 보아야 한다.

나. 보험계약자(채무자)의 신용이나 자력 등 주계약의 내용상 증대한 변경  
이 있는 경우<sup>67)</sup>

(1) 학설

(가) 부정설

보험계약자의 신용이나 자력 등 주계약의 내용상 증대한 변경이 있는 경우  
는 주관적 사유로서 수시로 변화하는 속성을 지니고 있어 이를 보험자에게  
정확하게 통지하는 것이 가능한가? 보증보험계약은 보험계약자의 고의 또는

---

보증보험계약을 체결하는 경우에 공사금액과 공사기간 등은 일반적으로 고지의무의 대상이  
되는 중요사항에 해당한다고 한 바 있다.

- 65) 약관상 피보험자의 변경은 원칙적으로 허용되지 않으며, 다만, 청약서 착오 기재, 행정기관  
명칭이나 법인상호의 변경시, 법인과 법인간 흡수합병으로 인한 권리의무 포괄승계시, 법인과  
법인간 영업권이전으로 인한 채권양도·양수시 등 일정한 경우에는 피보험자를 변경할  
수도 있다.- 이행(계약)보증보험 보통약관 제10조, 이행(계약)보증보험 보통약관 제9조 등  
참조.
- 66) 약관상 "주계약의 증대한 변경"이란 보험증권이 담보하는 주계약 내용 중 계약당사자, 제  
약금액, 이행기일, 이행방법 등 보험사고시 보험금 지급에 영향을 끼칠 만한 증대한 사유가  
되는 주계약 내용의 변경사항을 말한다.- 이행(계약)보증보험 보통약관 제10조, 이행(계약)  
보증보험 보통약관 제9조 등 참조.
- 67) 이에 관한 논의는 고지의무의 대상이 되는 '중요한 사항'과 통지의무의 대상인 '위험이 현  
저하게 변경 또는 증가된 사실' 사이에는 별다른 차이가 없으므로 양석완, "보증보험에 있  
어서 피보험자(채권자)의 고지의무에 관한 고찰", 「비교사법」 제18권 제1호, 2011. 6.,  
557~563면을 상당부분 참조함.

과실에 의한 채무불이행을 보험사고로 하므로 보험계약자에게 변제자력이 있음에도 채무불이행이라는 보험사고는 얼마든지 발생할 수 있다는 점에서 보험계약자의 신용이나 자력보다는 보험계약자인 채무자의 채무이행의사에 의해 보험사고 발생 여부가 결정된다. 보험계약자는 보증보험계약에 의해 자신의 신용이나 자력을 보완한다는 보증보험의 본질과 보험사고의 주관성을 고려할 때 보증보험에서는 보험계약자의 신용이나 자력 등은 '고지'사항이 될 수 없다고 한다.<sup>68)</sup> 그 연장선상에서 보험계약자의 신용이나 자력 등 주계약의 내용상 증대한 변경이 있는 경우에도 보험계약자·피보험자로 하여금 그러한 사정을 보험자에게 '통지'하도록 할 필요(통지의무)가 없다고 보게 된다.

#### (나) 긍정설

보험계약자가 주계약상의 채무자가 될 때 그가 보유하는 자력 등이 중요한 신용을 구성하는 것은 틀림없고, 이는 보험사고 발생의 가능성과도 관련이 있는 것으로서 '고지'사항에 속한다고 한다.<sup>69)</sup> 원래 보험계약자(주채무자)의 신용이나 자력은 보증보험자 자신이 스스로 이를 조사해야 하지만, 계약당사자의 위험지배에 관한 불균형 추세에 따라 계약체결 전의 의무로서 주채무자의 자산상태에 대한 사항과 신용상태를 통지할 의무를 피보험자(채권자)에게 인정할 수 있고,<sup>70)</sup> 이를 인정하는 것이 계약정의 실현에도 적합하다는 것이다.<sup>71)</sup> 이에 비추어, 보험계약 체결 후 보험계약자의 신용이나 자력 등 주계약의 내용상 증대한 변경이 있는 경우에는 보험계약자·피보험자로 하여금 그러한 사정을 보험자에게 '통지'하도록 할 필요(통지의무)가 있다고 보게 된다.

#### (2) 입법례

##### (가) 독일 민법 및 스위스 채무법상 보증인에 대한 정보제공의무

독일 민법 제766조 제1문에 보증계약에서의 서면주의가 규정되는 등 보증인

68) 정경영, 전계논문(주64), 267면.

69) 장덕조, 전계논문(주58), 16면.

70) 이상영, "보증계약상 채권자의 정보제공의무", 『민사법학』 제49호, 한국민사법학회, 2009, 533면.

71) 이상욱, 전계논문, 376면.

의 보호에 관한 필요성이 고려되었다. 나아가 2002년에 시행된 독일 개정 민법은 제241조 제2항 및 제311조 제2항의 규정을 통해 계약체결상의 과실책임이 채권총론에 명문화됨으로써 그 전에 이미 인정되어 왔던 정보제공의무가 구체적으로 확인되었고, 이에 따라 보증 관련 법 규정 등 모든 개별계약에서 적용되게 되었다. 이와 같이 보증인의 보호를 위하여 채권자에게 보증의 위험이나 주채무자의 재산상태에 관한 정보제공의무를 부과하고자 하는 경향이 나타나고 있다.<sup>72)</sup> 그러나 이는 보증계약 체결과정에서 채권자에게 일반적인 정보제공의무를 부과하는 것이 아니라, 다만 보호의무가 인정될 수 있는 법적 근거를 마련한 데 불과한 것으로서 개별 사건에 따라 제반사정을 고려하여 예외적으로만 채권자의 통지의무 내지 정보제공의무를 인정할 수 있을 것이라고 지적되기도 한다.<sup>73)</sup>

아울러 독일 민법은 기간을 정한 보증의 경우, 채권자는 그 기간의 경과 후에 지체없이 채무자에 대하여 집행절차를 밟아야 하며, 이 절차의 종료 후 보증인에게 청구한다는 뜻을 통지하여야 한다고 규정하고 있다(제777조 제1항). 이러한 통지를 하지 아니한 경우에는 보증인은 그 보증기간 경과 후 책임을 면한다. 이에 비추어 주채무자의 재산상태가 현저히 악화되었음을 채권자가 알게 되었거나 이를 전형적으로 추단케 하는 사정인 주채무자가 채무의 이행을 장기간 지체할 경우에는 보증인이 요청하지 않더라도 채권자가 보증인에게 이를 통지할 의무를 일반적으로 인정하여야 할 것이라고 한다.<sup>74)</sup>

스위스 채무법은 제505조에서 채권자는 주채무자가 원본, 이자 그 밖의 채무를 6개월 이상 지체하는 경우에는 보증인에게 그러한 사실을 통지하여야 하며, 언제라도 보증인의 청구에 의하여 채무의 현황에 대하여 보고를 하여야 하도록 규정하고 있다(제1항). 이를 게을리 한 때에는 그로 인하여 보증인에게 채무가 생긴 한도에서 채권자는 청구권을 상실한다(제3항).

72) 위계찬, "채권자의 보증인에 대한 정보제공의무", 『법학연구』 제18권 제1호, 충남대, 2007. 6., 178, 182면; Holznel, Anke, Bürgenschutz mit System, 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2002, S.138(위계찬, 전계논문, 182면에서 재인용함).

73) 양창수, "채권자의 보증인에 대한 배려의무에 관한 서설 -독일 민법을 중심으로 한 입법례-", 『법학』 제41권 제1호, 서울대, 2000, 116면.

74) 양창수, 전계논문, 116면; 위계찬, 전계논문, 185~186면.



(나) 미국의 보증에 관한 리스테이트먼트의 채권자의 정보제공의무

미국의 보증에 관한 제3차 리스테이트먼트<sup>75)</sup> 제12조는 보증인이 보증채무에 구속되기 전에 일정한 상황에서 채권자에게 통지의무를 부담시키고 있다. 보증채무의 위험을 부담하는 보증인에게 위험이 증가한다는 중요한 사실을 채권자가 통지하지 못했다면 추후 보증인은 보증채무를 무효로 할 수 있다는 것이다. 주채무자에게 통지할 채권자의 의무는 일반적인 계약원칙에 근거한다.<sup>76)</sup>

원칙적으로 채권자에게 정보제공의무가 발생하기 위해서는 3가지 요건을 충족해야 하는데 이를 본다면, 보증인이 그 의무를 부담하기 전에 그가 감수하려고 하였다고 믿을만한 범위를 벗어나 위험이 크게 증가하였음을 채권자가 알면서도 이를 보증인에게 알리지 않은 경우와 위험이 크게 증가했다는 사실을 보증인이 모르고 있다는 믿을만한 이유가 있고 이를 보증인에게 통지할 적절한 기회가 있었음에도 불구하고 채권자가 보증인에게 통지하지 않은 경우에 보증채무를 취소할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 이러한 요건이 충족되면 채권자의 의무를 인정하여 채권자가 이 의무를 이행하거나, 그렇지 않으면 보증인의 책임이 면제된다.<sup>77)</sup> 이는 미국의 보증에 관한 제2차 리스테이트먼트 제124조와 같은 맥락이다.

여기서 채권자가 알고 있는 당초 보증인이 인수하려던 범위를 벗어나서 위험이 현저하게 증가하였다는 사실로는 주채무자의 재정상황, 당사자 사이의 숨겨진 합의, 주채무자에 대한 제3자의 관계 등을 들 수 있다. 채권자의 보증인에 대한 정보제공의무에 관한 판례는 은행이 알았고 보증인이 알지 못했더라고 믿었을 만하며, 관련된 위험을 보증인이 합리적으로 예상하지 못했다

75) Restatement of the Law, *Suretyship and Guaranty*. - As Adopted and Promulgated -. The American Law Institute(1996).

76) 이상영. 전제논문. 524~525면 : Leo. T. Scott & Daniel Mungall. *The Restatement of Suretyship & Guaranty. : A Translation for the Practitioner*, American Bar Association (2005). p.46.

77) 제12조 (3) 보증채무가 효력을 발생하려면 우선 채권자에게 아래와 같은 요건이 충족되지 않아야 한다. 이에 대한 판단은 제4항과 제5항의 기준에 따른다.

- (a) 당초 보증인이 부담하려고 했던 보증의 범위를 벗어나 위험이 현저하게 증가하였고, 이를 보증인이 모르고 있다는 사실을 채권자가 알고 있는 경우
  - (b) 보증인이 위 사실을 알지 못한다고 믿을 만한 이유가 있는 경우
  - (c) 채권자가 위 사실을 보증인에게 통지할 적절한 기회가 있었던 경우
- 채권자가 위 사실을 보증인에게 고지하지 않았다면 이는 중요한 오류표시에 해당한다.

면 은행은 이 사실을 적절히 개시할 의무가 있다고 판결한 영국의 대표적인 판례<sup>78)</sup>를 인용하여, 캘리포니아 대법원은 채권자가 보증관계의 설정 당시와 마찬가지로, 계속적 보증에 있어서 전 보증기간 동안에 보증인에 정보제공의무를 진다고 판단하였다.<sup>79)</sup>

한편, 영국의 경우에도 보험자가 채무자의 지급불능상태나 심각한 재정적 곤란 따위를 알고 있다면 통지할 필요가 없겠으나 만약 보험자가 모르고 있고 채권자는 그가 알고 있는 그러한 사항을 통지하지 않았다면 보험자는 그 보험계약을 무효로 할 수 있다고 판결한 사례가 있다.<sup>80)</sup>

(다) 우리나라 민사법상 보증계약에 있어서의 채권자의 정보제공의무

‘보증인 보호를 위한 특별법’<sup>81)</sup>은 제5조에서 채권자는 주채무자가 원본, 이자 그 밖의 채무를 3개월 이상 이행하지 아니하는 경우 또는 주채무자가 이행기에 이행할 수 없음을 미리 안 경우에는 지체 없이 보증인에게 그러한 사실을 통지하도록 규정한다(동조 제1항). 이 통지의무를 둔 이유는 보증인으로 하여금 그 통지를 받고 알게 된 사실에 기하여 채권자나 주채무자에 대한 관계에서 합리적인 조치를 하는 것을 실효적으로 확보할 수 있도록 하려는 데에 그 취지가 있으므로 채권자가 이러한 통지의무를 게을리 함으로써 보증인에게 불측의 손해를 주는 것을 방지하기 위한 것이다.<sup>82)</sup>

나아가 채권자가 보증계약의 당사자인 금융기관인 경우에는 주채무자가 원본, 이자 그 밖의 채무를 1개월 이상 이행하지 아니하는 경우 역시 지체 없이

78) *Hamilton v. Watson*. 8 Eng. rep. 993 (1884).

79) 이상영, 전계논문, 527~528면 : *Sumitomo Bank of California v. Iwasaki*, 447 P.2d 956 (Cal.1968).

80) *Anglo-Californian Bank Ltd. v. London and Provincial Marine and General Insurance Co. Ltd.* (1904) 20 T. L. R. 665.

81) 법무부가 마련한 “보증인 보호를 위한 특별법”이 제정되어 2008년 9월부터 시행되고 있고, 특히 채권자의 통지의무(제5조)에 관한 규정은 보다 강화된 내용으로 개정되어 2010년 6월부터 시행되고 있다.

82) 그 밖에도 보증기간의 갱신시 보증기간의 약정이 없으면 계약체결시의 보증기간을 그 기간으로 보도록 하고, 보증기간의 약정이 없어 간주되는 보증기간은 계약을 체결하거나 갱신하는 때에 채권자가 보증인에게 고지하도록 하여 보증의사 확인의 기회를 제공하는 등 보증인에 대한 보호를 강화하려는 것으로 볼 수 있다.

그러한 사실을 보증인에게 통지하도록 하고 있다(동조 제2항). 또한 채권자는 보증인의 청구가 있으면 주채무의 내용 및 그 이행 여부를 보증인에게 알려야 한다(동조 제3항). 아울러 채권자가 위의 통지의무를 위반한 경우에는 보증인은 그로 인하여 받은 손해를 입은 한도에서 채무를 면한다고 규정하고 있다(동조 제4항).<sup>83)</sup> 또한 채권자는 주채무자가 채무를 3개월 이상(금융기관의 경우에는 1개월 이상) 이행하지 않거나 이행할 수 없다는 사실을 미리 알게 되면 지체 없이 보증인에게 알려야 하며, 보증인의 요청이 있으면 채무내용과 이행여부를 보증인에게 통지하여야 한다.

한편, 특별법 제8조에 따르면 채권자의 정보제공의무의 하나로서, 특히 금융기관이 채권자로서 보증계약을 체결할 때에는 '신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률'에 따라 종합신용정보집중기관으로부터 제공받은 채무자의 채무관련 신용정보를 보증인에게 제시하고 그 서면에 보증인의 기명날인이나 서명을 받아야 한다고 규정하고 있다(동조 제1항). 이는 보증기간을 갱신할 때에도 또한 같다. 여기서 채무자의 채무와 관련된 모든 정보를 제공할 경우 채무자의 사생활침해의 소지가 클 뿐만 아니라 정보를 수집 내지 파악하기 위한 금융기관의 비용도 적지 않은 부담이 될 것이기 때문에, 채무자의 '채무관련 신용정보'<sup>84)</sup>만을 보증인에게 제시할 의무가 있음을 규정하면서(동조 제1항), 이 정보를 보증인에게 제시할 때에 '채무자의 동의'를 받도록 하였다(동조 제2항). 그리고 금융기관의 정보제공의무의 반면으로서 보증인의 정보제공요구권을 강조하면서 이러한 요구권의 범위를 '보증계약 체결 당시' 채무자의 채무관련 신용정보로 제한하였고(동조 제3항), 금융기관이 이러한 요구에 불응할 경우 일정한 기간이 경과하면 해지권의 행사가 가능하며, 보증인의 해지통고를 받은 후 1개월이 경과하면 해지의 효력이 발생하도록 하였다(동조 제4항).

그런데 채권자에게 통지의무를 부과하는 것에 대하여 부정적인 시각도 만만치 않다. 즉 채권자의 사후적인 부담이 상당히 무겁게 된다거나,<sup>85)</sup> 계약법

83) 이 규정은 그동안 채권자가 위의 통지의무를 위반하더라도 보증인이 입은 손해를 보상해 줄 법적 근거가 없었으나, 보증인 보호를 위한 특별법의 일부 개정으로 보증인이 손해 사실과 액수를 입증하면 갚아야 할 채무에서 그만큼 공제를 받을 수 있게 되었다.

84) 채무관련 신용정보라 함은 대출정보, 채무보증정보, 연체정보, 대위변제·대지급정보, 부도정보를 말한다.

의 일반 법리는 자기정보책임의 원칙에 입각하고 있는바,<sup>86)</sup> 보증인 자신이 채무자의 상황을 조사하거나 또는 채권자인 은행에 문의하도록 하는 등 보증인 보호는 보증제도의 활용가능성을 해치지 않는 범위 내에서만 가능하다는 지적이 있다.<sup>87)</sup> 계약상의 위협에 대해 객관적 공평이나 구체적 법적 정의를 이유로 보상해 주지 않는다는 것은 근대 민법 이후 민법의 기본적 태도이기 때문이다.<sup>88)</sup> 그렇다고 하여 채권자가 보증인에 대하여 부수적으로 정보제공 내지 통지의무를 부담할 수 있음을 논리적으로 당연히 배제하지는 않는다. 이러한 부수의무는 특히 신의칙에 기하여 인정될 수도 있다. 보증의 태양에 따라 일정한 요건하에 일정한 내용의 배려의무를 법정한다는 유연한 태도를 가질 필요가 있다는 데 기인한다.<sup>89)</sup>

### (3) 판례

#### (가) 우리나라의 보증계약에 있어서 신의칙상 채권자의 통지의무

우리나라 판례는 보증인의 부담으로 돌아갈 주채무의 액수가 보증 당시 보증인이 예상하였거나 예상할 수 있었던 범위를 훨씬 상회하고, 그 같은 주채무 과다발생의 원인이 채권자의 신의칙에 반하는 행동에서 비롯된 경우<sup>90)</sup>와 채권자의 권리행사가 신의칙에 비추어 용납할 수 없는 성질의 것인 때에는<sup>91)</sup> 보증인의 책임을 합리적인 범위 내로 제한할 수 있다고 판시하고 있다. 여기서 채권자의 신의칙에 반하는 행동이라 함은 주채무자의 자산 상태가 현저히 악화된 사실을 익히 알거나 중대한 과실로 알지 못한 탓으로 이를 알지 못하는 보

85) 박영복, “보증채무의 문제점”, 「민사법학」 제18호, 한국민사법학회, 2000, 149면

86) 최봉경, “보증인 보호를 위한 특별법에 관한 소고”, 「BTL」 제33호, 서울대 금융법센터, 2009, 34면.

87) 김상중, “보증계약에서의 위험귀속과 채권자의 통지·정보제공의무”, 「법조」 제52권 제7호, 법조협회, 2003. 7., 181면 ; 박영복, 전제논문, 149~150면.

88) 백경일, “보증계약의 특수성과 보증인 보호의 문제”, 「민사법학」 제34호, 한국민사법학회, 2006. 12., 185면.

89) 양창수, “채권자의 보증인에 대한 배려의무에 관한 서설-독일민법을 중심으로 한 입법례”, 「법학」 통권 제41권 제1호, 서울대 법학연구소, 2000, 417면.

90) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다1791 판결 ; 대법원 2005. 10. 27. 선고 2005다35554, 35561 판결.

91) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006다25257 판결 ; 대법원 2004. 1. 27. 선고 2003다45410 판결.

증인에게 아무런 통보나 의사타진도 없이 고의로 거래규모를 확대한 경우를 들 수 있다.<sup>92)</sup> 이에 관하여는 보증을 하게 된 경위, 주채무자와 보증인간의 관계, 보증계약의 내용, 채무증가의 구체적 경과와 채무의 규모, 주채무자의 신뢰 상실 여부와 그 정도, 보증인의 지위변화, 주채무자의 자력에 관한 채권자나 보증인의 인식 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.<sup>93)</sup>

그밖에 하급심 판결례에서 금융기관이 채무자에 대한 연체 대출금채무를 변제받기 위하여 다시 채무자에게 대출을 하여 주면서 채무자의 신용불량거래자 등록사실을 연대보증인에게 통지하지 아니하고 연대보증을 받은 경우 신의칙 또는 공평의 원칙상 연대보증인의 책임을 80%로 제한하고 있고,<sup>94)</sup> 신용카드거래에 있어서도 채무자의 신용상태를 통지할 의무와 신용상태를 조사하여 적절히 조치를 취할 의무를 채권자에게 간접적으로 인정하고 있다.<sup>95)</sup>

이러한 판례의 태도에 비추어 볼 때, 우리 민법의 보증계약에 채권자의 정보 제공의무를 명시하고 있지 않다고 하여 법원이 이를 부정하고 있는 것은 아니며, 채권자에게 신의칙상의 의무를 어느 정도 인정하고 있다고 풀이된다.<sup>96)</sup>

#### (나) 우리나라 보험법상 통지의무의 대상인 사항 및 검토

우리나라 판례는 계약의 일방 당사자가 계약기간 중에 부도가 발생하였다는 사실만으로 당해 계약의 이행이 그의 귀책사유로 불가능하게 되었다고 단정할 수는 없고 그 부도 발생 전후의 계약의 이행정도, 부도에 이르게 된 원인, 부도 발생 후의 영업의 계속 혹은 재개 여부, 당해 계약을 이행할 자금사정 기타 여건 등 제반 사정을 종합하여 계약의 이행불능 여부를 판단하여야 한다.<sup>97)</sup> 아울러, 피보험자의 변경과 더불어 보험계약의 실효사유로 정하고 있는 주계약의 내용상 증대한 변경이라 함은 그 규정의 내용과 취지 및 효과 등에 비추어 그 변경으로 말미암아 보험사고 발생의 위험이 높아져 보험자의

92) 이상영, 전계논문, 537면.

93) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다37937 판결.

94) 대전지법 공주지원 청양군법원 2001. 8. 24. 선고 2001가소62 판결.

95) 서울민사지법 1988. 12. 7. 선고 88나13662 제5부 판결(확정).

96) 이상영, 전계논문, 537면.

97) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다16976 판결.

책임을 가중하는 결과를 초래하고, 그와 같이 변경 또는 증가된 위험이 보험 계약의 체결 당시에 존재하고 있었다면 보험자가 보험계약을 체결하지 않았거나 적어도 동일한 액수의 보험료로는 보험을 인수하지 않았을 것으로 인정되는 정도의 것을 의미한다고 보아야 할 것이라고 한다.<sup>98)</sup>

한편, 판례<sup>99)</sup>는 보증보험에서 '고지'의무의 대상인 사항을 주계약상의 거래 조건, 금액, 기간 등 주계약의 중요사항과 보험계약자의 신용이나 자력 등에 관한 사항으로 한정하고 있다. 생각건대, 채권자가 채무자에게 자금을 대출해 주면서 채무자의 신용이 약할 경우 보증인의 신용에 의지하여 대출해 온 관행을 감안한다면 보험계약자(채무자)의 신용이나 자력 등 주계약의 내용상 증대한 변경에 관한 사항을 '사고 발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'로서 피보험자(채권자)가 보증보험자에게 '통지'해야 하는 것이 바람직하다.

#### 다. 보증인 또는 그 변경에 관한 사항<sup>100)</sup>

##### (1) 학설

##### (가) 부정설

보증인과 관련된 질문은 중요한 사항이 아니라는 것이고 보증인 변경에 관한 사항은 일반적으로는 '사고 발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'이 아니므로 통지의무의 대상이 되지 않는 것"이라고 한다. 보증보험에서의 보증인에 관한 사항은 "보험사고 발생의 가능성 등과는 관계없이 보험사고가 이미 발생한 후 보험자가 구상권을 행사하기 위한 대비를 하기 위한 것으로, 결과적으로 통지의무의 대상이 되지 않는다는 결론이다.<sup>101)</sup>

98) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다16976 판결 : 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결.

99) 대법원 2001. 2. 13. 선고 99다13737 판결.

100) 이에 관한 논의는 고지의무의 대상이 되는 '중요한 사항'과 통지의무의 대상인 '위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실' 사이에는 별다른 차이가 없으므로 양석완, 전계논문, 563~566면을 상당부분 참조함.

101) 정경영, 전계논문(주64), 267~268면은 이와 같은 취지로 보인다.

(나) 긍정설

보증인이 누구인가 하는 점은 보험사고 발생의 가능성과도 관련이 있는 것으로서 중요한 사항에 포함되고, 보증인 변경에 관한 사항은 '사고 발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'에 해당하므로 통지의무에 속한다고 한다.<sup>102)</sup> 보험계약자가 주계약상의 채무자가 될 때 그가 보유하는 자력과 아울러 보증인이 누구인지 하는 것 등이 중요한 신용을 구성하는 것은 틀림없고, 예컨대 채무자인 보험계약자가 그의 채무불이행으로 가까운 친척이 구상의무를 부담하게 된다는 것을 고려한다면, 이는 그 채무불이행에 대한 억제책으로 작용할 수도 있는 것으로 보증인과 보험계약자의 관계 등은 보험계약자의 신용을 측정함에 중요한 기준이 될 수 있다는 것이다.

(2) 입법례 및 판례

(가) 독일법에서의 보증에 관한 채권자의 정보제공의무

독일법에서의 보증에 관한 채권자의 정보제공의무는 보증인이 보증위험에 대하여 착오에 빠진 경우, 보증인과 채권자 간에 특별한 정보에 대하여 현저한 격차가 존재하는 경우 등 보증인이 보증에 대하여 잘못 이해하도록 하는 채권자의 적극적인 용태는 회피되어야 한다는 것을 기본으로 하고 있다.<sup>103)</sup> 즉 주채무자의 부인이 채권의 담보를 위하여 그녀가 가지는 유일한 재산인 토지에 토지채무를 설정할 것을 거절한 이후에, 남편의 채무에 대하여 보증을 선 사례에서, 독일연방대법원은 보증인이 보증의 경우에도 보증인 자신의 재산에 담보물권의 실행의 결과와 같은 결과가 발생할 수 있다는 것에 대하여 잘못 이해하고 있었던 경우 채권자의 정보제공의무를 인정하였다.<sup>104)</sup> 이처럼 채권자의 영역에서만 정보가 존재하고, 보증인에게는 그러한 정보에 대한 가능성이 차단된 상황, 즉 정보의 격차가 존재하는 경우에는 보증계약에서도 사적자치의 실질적 보장을 위하여 보증에 관한 채권자의 정보제공의무가 확장

102) 장덕조, 전계논문(주58), 16면은 고지의무는 물론이고, 위험변경·증가의 통지의무에 관해서도 이와 같은 취지로 보인다.

103) 위계찬, 전계논문, 180면.

104) BGH NJW 1999, 2814, 2815.

된다.<sup>105)</sup>

(나) 미국의 보증에 관한 리스테인먼트의 채권자의 정보제공의무

보증인이 보증계약상 중요한 정보에 대해 인식하고 있는지에 대해 채권자가 파악하고 있어야 할 이유를 결정하는 요건으로는 보증인과 주채무자 사이의 관계, 보증업무의 성질 및 일반적인 주의의무를 행사함에 있어서 보증계약에 대한 정보와 지식을 독립적으로 획득할 보증인의 능력 등이 있다.<sup>106)</sup> 이러한 요건이 충족되면 채권자의 의무를 인정하여 채권자가 이 의무를 이행하거나, 그렇지 않으면 보증인의 책임이 면제된다.<sup>107)</sup> 전술한 바와 같이, 채권자에게 정보제공의무가 발생하려면 보증에 관한 리스테인먼트 제12조 제3항에서 정하고 있는 요건을 모두 충족해야 한다. 즉 채권자가 보증인에 대한 보증채무의 위험을 현저하게 증가시킨다는 사실을 고지하지 못하였고, 보증인이 이런 사실을 통지할 적절한 기회를 가졌던 경우에 보증채무를 취소할 수 있는 것으로 규정하고 있다.

보증계약을 체결함에 있어서 채권자가 정보를 제공하지 않았다는 이유로 보증계약상의 의무를 무효화하기 위해 제12조 제4항을 근거로 제시했을 경우, 채권자는 계약상 중요한 관행이 있다는 점과 보증인이 사업조건이나 기타의 조건을 독립적으로 결정할 수 있는 위치에 있었기 때문에 중요한 정보를 이미 알고 있었다는 점을 들어 반론을 제기할 수 있다.<sup>108)</sup>

105) 위계찬, 전계논문, 178, 180면 : Holznagel, Anke, a.a.O., SS.138, 141.

106) 제12조 (4) 제3항에 따라 보증계약의 효력을 판단하기 위해서는 (i) 채권자가 보증인이 부담할 보증의 한도를 벗어나 위험이 현저하게 증가하였음을 보증인에 알리지 않았다는 사실과, (ii) 이러한 사실들을 보증인이 모르고 있다고 믿을 만한 이유가 있는지를 아래와 같은 사항을 근거로 하여 채권자의 합리적인 믿음에 비추어 결정하여야 한다:

(a) 주채무자와 보증인 사이의 관계 및 그의 성질

(b) 보증인 업무의 성질

(c) 보증인 자신이 통상적인 주의의무를 주채무자와 공동사업을 하는 경우 그가 주채무자에 대한 정보를 알고 있는 것으로 파악하고 있다.

107) 이상영, 전계논문, 525면.

108) 이상영, 전계논문, 526면에서는 보증인이 주채무자와 공동사업을 하는 경우 그가 주채무자에 대한 정보를 알고 있는 것으로 파악하고 있다.



(다) 우리나라의 보증계약에 있어서 신의칙상 채권자의 통지의무

판례는 부정적 입장을 취하고 있다.<sup>109)</sup> 즉 보증인회사가 부도가 나자 채권자로부터 새로운 보증인의 대체를 요구받은 주채무자가 이미 부도난 보증인과 공동보증관계에 있던 자를 자기 채무의 연대보증인으로 약정하도록 한 경우이다. 여기서 특이할만한 사항은 주채무자, 부도보증인 및 대체보증인은 자신의 채무를 상호 교차보증하고 있던 특수한 관계에 있었다. 이 판결의 요체는 대체보증인이 주채무자의 새로운 보증인이 될 당시 채권자가 그에게 주채무자도 아닌 기존 보증인의 부도사실까지 통지할 의무나 필요가 없다는 것이다.

그러나, 이 판례는 채권자에게 통지의무를 인정하지 않은 이유를 타당하고 적절하게 명시하고 있다는 점에서 신의칙상 채권자의 통지의무 자체를 원칙적으로 부정하는 것은 아니라는 지적이 있다.<sup>110)</sup>

(라) 우리나라 보험법상 통지의무의 대상인 사항

판례는 보험계약자의 신용이나 자력 등은 중요사항임에도, 보증인이 누구인지는 보험사고 발생의 가능성과는 관계없이 보험사고가 이미 발생한 후 보험자가 행사하는 구상권과 관련된 것이므로 중요사항이 아니라는 판단을 하고 있다.<sup>111)</sup> 그러나, 보험계약자가 자신과 무관한 자들을 친인척이라 하여 보증보험약정서에 보증인으로서 기재한 것이 고지의무에 반하는가 하는 점이 문

109) 대법원 2002. 7. 12. 선고 99다68562 판결.

110) 이상영, 전계논문, 536~537면은 이 판시의 근거를 두 가지로 요약할 수 있는데, 첫째는 새 보증인과 연대보증을 받는 과정 또는 그로부터 보증채무를 회수하는 과정에서 채권자의 귀책사유로 인해 새 보증인이 부담하게 채무를 부담하였거나, 채무액이 증가하였다고 볼 만한 사정이 없다는 것이며, 둘째는 새로 연대보증인이 될 당시 기존 보증인이 이미 부도가 난 상태였고, 그가 주채무자와 함께 부도난 보증인이 타인에게 부담하고 있는 채무의 공동보증인이라 점에서 부도보증인이 채권자에 대해 부담하고 있던 보증채무액을 알았거나 알 수 있었던 상태에 있었다는 것이다. 따라서 이는 미국의 리스테이트먼트 제12조 제4항에서 보증계약의 효력을 판단하기 위한 근거로서 제시하고 있는 3가지 사항, 즉 (a) 주채무자와 보증인 사이의 관계 및 성질, (b) 보증인 업무의 성질, (c) 보증인 자신이 통상적인 주의의무를 통해 보증계약관계에 정보와 지식을 독립적으로 획득할 능력의 보유여부 등과 비교되는 판결로 보인다.

111) 대법원 2001. 2. 13. 선고 99다13737 판결.

제된 사안에서, 이 판결은 또한 방론(傍論)으로서 “보증인은 보험계약자의 채무불이행이라는 보험사고가 발생하여 보험금이 지급된 경우 보험자에 대하여 구상채무를 지게 되므로 친척관계에 있는 사람들을 보증인으로 세우는 경우 보험사고 발생에 대한 방지책이 될 수 있어서 보증인이 누구냐에 따라 보험사고의 발생률이 달라지고 따라서 피고가 그와 같은 이유로 보험계약시에 일정한 요건을 갖춘 보증인을 요구한 사정이 인정되는 경우에는 보증인에 관한 사항이 고지의무의 대상이 되는 중요한 사항이 될 수 있을 것”이라고 하여 보증인이 누구인지 하는 것이 중요사항이 될 수 있음도 인정하고 있다.

이에 비추어, 보증인 변경에 관한 사항은 ‘사고 발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실’에 해당하므로 통지의무에 속한다고 보아야 한다. 실무상으로는 보험증권이 발급된 보험계약에 대하여는 연대보증을 취소하거나 변경할 수 없다고 한다. 다만, i) 연대보증인이 사망한 경우나 금치산 또는 한정치산 선고를 받은 경우, ii) 연대보증인이 유학, 이민, 해외취업, 국외 파견근무 등으로 국외에 거주하는 경우, iii) 법인의 임원인 경우에 한해서 연대보증인을 교체할 수 있으며, 이 경우 새로운 연대보증인은 당초 연대보증인보다 사회적 신임도가 나은 사람이어야 한다는 제한을 가하고 있다.<sup>112)</sup>

## N. 맺으며

이상에서 살펴본 바와 같이, 우리나라의 ‘보증인 보호를 위한 특별법’은 제5조에서 채권자의 정보제공의무의 하나로서, 주채무자의 자력과 신용에 관하여 보증인에게 통지하도록 하고 있다. 즉 주채무자가 채무를 일정한 기간 이행하지 아니하는 경우 또는 주채무자가 이행기에 이행할 수 없음을 미리 안 경우에는 지체 없이 보증인에게 그러한 사실을 통지하여야 한다. 채권자가 위의

112) 보증보험계약에 있어서 연대보증인 책임소멸시기는 주계약자가 계약이행을 완료하여 주채무가 소멸된 때, 또는 주채무가 무효·취소 되거나 변제 등으로 소멸된 때이다. 다만, 주채무의 소멸시기를 확인할 수 없는 경우는 보험기간 종료일로부터 2년경과 후에 보증보험계약상의 연대보증책임이 소멸된 것으로 간주한다. 왜냐하면 상법상 피보험자의 보험금청구권은 보험사고 발생일로부터 2년간 유효하게 행사할 수 있기 때문이다.

통지의무를 위반한 경우에는 보증인은 그로 인하여 받은 손해를 입은 한도에서 채무를 면한다. 최근의 민법 개정안도 또한 이와 같은 취지에서 채권자의 보증인에 대한 정보제공의무를 수용하고 있다.

채권자의 정보제공의무를 민법에 수용한 것은 단순히 보증인 보호라는 측면뿐만 아니라, 보험자에 의한 위험의 인수는 급부 반대급부 균등의 원칙에 따라 이루어지지만 위험의 변동은 이 균등관계를 붕괴시키므로, 균등성을 회복하기 위해서는 이를 통해 계약내용의 조정이 이루어져야 한다는 점에서 보험계약법상 위험이 현저하게 변경·증가된 경우의 통지의무에 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

그런데 보험계약법 영역으로 들어서게 되면, 보험계약자(채무자)의 신용이나 자력 등 주계약의 내용상 증대한 변경이 있는 경우에 통지의무를 지는가에 대하여는 학설상 다툼이 되고 있고, 보증인 또는 그 변경에 관한 사항에 관하여는 판례도 사고발생의 위험이 현저하게 변경·증가된 경우라고 인정하는 데 소극적이다.

이와 관련하여 정보제공의무의 강조는 고지의무의 수동화라는 최근의 입법동향과 역행되는 데다 보증보험의 경우 보증인에 해당하는 보험회사를 보호할 필요성이 없으며, 그에 대한 정보제공의무를 인정하지 않는 것이 지배적인 견해이므로 위험 변경·증가의 통지의무를 보험계약자 또는 피보험자(채권자)에게 부과하기는 어렵다.

그러나, 보증보험은 그 경제적 기능이나 제도의 운용상 보증에 가깝다. 이것이 보증보험에 관하여 다른 손해보험보다는 보험계약자 또는 피보험자의 통지의무에 관한 문제를 민법 등의 입법동향에 비추어 다시금 검토할 계기를 만들게 하고 있다.

통지의무에 관한 상법의 규정은 원칙적으로 보증보험계약에도 그대로 적용되며, 보험계약자 또는 피보험자가 고지의무, 위험변경·증가의 통지의무, 위험증가금지의무 등을 위반한 때에는 보험자는 그 보험계약을 해지할 수 있다. 보험대리점은 당연히 소속 보험자를 위하여 보험계약을 체결할 대리권이 있는 것은 아니지만, 통상 보험계약의 체결과 보험료의 수수 등이 모두 보험대리점을 통하여 이루어진 경우, 반대의 증거가 없는 한 일정한 대리권이 있다

고 추정되고 고지 및 통지수령권이 있다고 본다.

채권자가 채무자에게 자금을 대출해 주면서 채무자의 신용이 약할 경우 보증인의 신용에 의지하여 대출해 온 관행을 감안한다면 보험계약자(채무자)의 신용이나 자력 등 주계약의 내용상 증대한 변경에 관한 사항을 '사고 발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'로서 피보험자(채권자)가 보증보험자에게 '통지'해야 하는 것이 바람직하다.

아울러 보증인 변경에 관한 사항은 '사고 발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실'에 해당하므로 통지의무에 속한다고 보아야 한다. 실무상으로는 보험증권이 발급된 보험계약에 대하여는 연대보증을 취소하거나 변경할 수 없다고 한다. 통지의무의 문제를 다루는데 보험계약법과 보증계약법을 구분해야 할 명백하고도 설득력 있는 이유는 아직까지 제시되지 않고 있다.

요컨대, 채권자 내지 채무자의 영역에서만 정보가 존재하고, 보증인에게는 그러한 정보에 대한 가능성이 차단된 상황에는 보험계약에서도 통지의무의 설정기준 및 그 구체화를 통해서만 위험인수와 그 변동에 관한 합리적 판단의 기초를 마련할 수 있고, 보증보험자뿐만 아니라 보험계약자(채무자)와 피보험자(채권자)의 이익 역시 균형 있게 고려될 수 있다.

## 참고문헌

### [국내문헌]

김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001.

양승규, 「보험법」, 삼지원, 2005.

최기원, 「보험법」, 박영사, 2002.

김상중, “보증계약에서의 위험귀속과 채권자의 통지·정보제공의무”, 「법조」 제 52권 제7호, 법조협회, 2003.

김창중, “보험대리점·모집인의 지위”, 「재판자료[해상·보험법에 관한 제문제(하)]」 제53집, 법원도서관, 1993.

- 박세민, “영국의 고지의무에 있어서 유인요소에 대한 해석과 우리 보험법에의 적용문제”, 『보험학회지』 제63집, 한국보험학회, 2002.
- 박세민, “중요성 판단의 문제와 해석 - 고지의무제도를 중심으로-”, 『상사법연구』 제15권 제2호, 한국상사법학회, 1996.
- 박영복, “보증채무의 문제점”, 『민사법학』 제18호, 한국민사법학회, 2000.
- 백경일, “보증계약의 특수성과 보증인 보호의 문제”, 『민사법학』 제34호, 한국민사법학회, 2006.
- 양승규, “타인을 위한 손해보험계약”, 『법률행정논집』 제10집, 고려대 법률행정연구소, 1972.
- 양창수, “채권자의 보증인에 대한 배려의무에 관한 서설-독일민법을 중심으로 한 입법제”, 『법학』 통권 제41권 제1호, 서울대 법학연구소, 2000.
- 위계찬, “채권자의 보증인에 대한 정보제공의무”, 『법학연구』 제18권 제1호, 충남대, 2007.
- 이상욱, “채권자의 보증인에 대한 신의칙상의 고지의무”, 『민사법학』 제18호, 한국민사법학회, 2000.
- 정경영, “일반 손해보험에 대한 보증보험의 특성에 관한 연구”, 『상사법연구』 제29권 제1호, 한국상사법학회, 2010.
- 정호열·한기정, “고지의무에 관한 고찰”, 『법학』 제40권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1999.
- 최기원, “보험계약자의 고지의무에 관한 고찰”, 『법학』 제32권 제3·4호, 서울대 법학연구소, 1991.
- 최봉경, “보증인 보호를 위한 특별법에 관한 소고”, 『BTL』 제33호, 서울대 금융법센터, 2009.
- 한창희, “보증보험의 법적 고찰”, 『보험학회지』 제33집, 한국보험학회, 1989.
- 민중기, “상법 제652조 제1항 및 화재보험보통약관상의 통지의무의 대상인 ‘사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실’의 의미와 해지권의 소멸”, 『대법원판례해설』, 법원도서관, 2001.
- 장덕조, “고지의무위반의 요건과 효과에 관한 체계적 해석”, 『보험법연구』 2, 삼지원, 1998.

- 장덕조, “보증보험에서의 고지의무와 기망행위”, 「보험법연구」 5, 삼지원, 2003.
- 장덕조, “보증보험의 법적 성질에 대한 의문의 제기”, 「보험법연구」 4, 삼지원, 2002.
- 정경영, “보증보험에서 보험자의 구상권”, 「21세기 한국상사법의 과제와 전망」, 박영사, 2002.
- 김선정, “보험계약법상 고지의무에 관한 연구”, 동국대학교 대학원, 박사학위 논문, 1992.

[외국문헌]

- 山下友信, 「保險法」, 有斐閣, 2008.
- 金澤理, 鹽崎勤(編), 「裁判實務大系 26(損害保險訴訟法)」, 東京 : 青林書院新社, 1996.
- 倉澤康一郎, “告知義務”, 「保險契約法の現代的課題」, 成文堂, 1978.
- Birds, John, *John, Modern Insurance Law*, 4th ed., London : Sweet & Maxwell, 1997.
- Clarke, Malcolm A, *The Law of Insurance Contracts*, 2nd ed., Lloyd's of London Press, 1994.
- Leo, T. Scott & Daniel Mungall, *The Restatement of Suretyship & Guaranty, : A Translation for the Practitioner*, American Bar Association (2005).
- MacGillivray & Parkington, *Insurance Law*, 7th ed., London : Sweet & Maxwell, 1981.
- Restatement of the Law, *Suretyship and Guaranty, - As Adopted and Promulgated -*, The American Law Institute(1996).
- Clarke, Malcolm, “Aggravation of risk during the insurance period”, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, Part I, Feb. 2003.

[Abstract]

**A Study on the Duty to Notify on the Aggravation of Risk  
during the Insurance Period  
-Focused on the Guaranty Insurance-**

Yang, Seok-Wan

*Professor, Jeju National University Law School*

Notification rules are mostly found in countries where cover is commonly contracted for periods longer than a year and where there is a relationship of trust and mutual commitment between insurer and policyholder. The policyholder is now required to report any changes which affect the accuracy or relevance of his answers to the questions posed by the insurer when the cover was contracted. The rule agreed provides that any policy term on aggravation of risk shall be without effect unless the aggravation of risk to which the term applies is (a) 'material' and (b) 'specified in the contract of insurance.' Aggravation is material, as it is in the rule of disclosure, if it is of a nature to have an influence on a reasonable insurer's decision whether to enter into the contract at all, or whether to do so under the terms agreed. In Korea, the special law for protection of the guarantor has been legislated on March 21, 2008, and came into effect on September 22, 2008. It is prescribing the special cases of the civil law, aiming to prevent both financial and mental damages from guarantee contract and establish reasonable custom of the suretyship system. Because there is information gap between the obligee and the surety, there is recognizing the duties of the obligee to the surety which give a proper information of the real state of finance and economic situation of principal.

At last, consolidating the protection of the guarantor in revising the civil

law and including the special act of the protection of the guarantor into the civil law should be theoretically founded and established in a way to minimize the damages of the guarantors from the enlargement of their responsibilities of surety contracts, considering our society's actual state.

From this point of the trend, the assured is under the duty to notify all material relating to the insurance which he proposes to effect. The decisive influence test has been adopted by Korean Supreme Court and scholars in order to certain what facts are to be regarded as material. However, these duties are modified by the terms of the contract. The assured must notify all material facts which are within his actual or presumed knowledge. Thus it suggests rules that encourage or at least allow some degree of intervention or control by the insurer over the conduct of the assured during as well as immediately before a period of insurance cover.

**Key Words** : duty to notify, the aggravation of risk, during the insurance period, material facts, suretyship, principal, guarantee contract, protection of the guarantor, decisive influence test