

保險診査에 관계되는 法律과 判例

興國生命保險(株) 保險醫學研究팀

醫長 尹 秉 鶴

The Law and Judicial Precedents in Insurance Medical Examination

Byong Hak Yoon, M. D.

I.M.R. Team, HungKuk Life Insurance Co., Ltd.

생명보험이나 생명보험의학 논문에서 '사망지수'라는 용어를 많이 사용한다.

대부분의 의사들은 보험가입 청약시 청약희망자들에게 간단한 건강진단을 하며 그것이 의사가 하는 진찰이기에 의료법의 법적 규제를 받을 것이라는 정도는 알고 있을 것이며 보험의학이라는 학문 분야가 있다는 것은 잘 모를 것이다. 다시 말해서 보험 진사는 임상진료와는 별도의 법적규제를 받고 있다는 사실을 잘 모르고 있다.

각 보험회사의 직제규정을 보면 본사에는 의장(醫長)을 두며 의장은 보험의사(醫事)에 관한 업무를 지도 감독한다라고 되어 있고 건강진단규정을 보면 진사의(診査醫)는 대한민국 의사면허 소지자로서 사의(社醫)와 촉탁의(囑託醫)로 구분하고 있다.

사의는 회사에 고용되고 있는 의사이고 촉탁의는 각 지역에서 병(의)원을 개원하고 있는 의사중에서 회사와 촉탁관계를 맺고 있는 의사이다라고 규정하고 있다.

진사의의 중요한 임무는

- 1) 청약자(보험가입 희망자)의 신체 사항에 관하여 위험측정(진사)을 하는 일과,
- 2) 위험측정에 관한 중요한 사항에 대한 고지(告知)를 받는 일이다.

진사라고하는 의학적 행위가 보험계약 체결의 과정에서 이루어지는 이상 상법 기타 일련의 법률규제를 받는다는 것은 이해할 수 있다. 법의 해석은 법률가들의 전문영역이기는 하지만 한사람의 진사의가 진사실정과 대비해서 진사주변의 법률이나 판례를 어떻게 수용하는가를 검토하는 것도 그대로의 뜻이 있을 것이다.

물론 여기서 법이론을 따지자는 것은 아니고 법률 판례에서 보는 진사주변의 제문제를 고찰하고 방법을 재검토하자는 것이다.

I. 법률과 판례

우리들은 일상생활에서 늘 법률을 의식하고 행동하는 것은 아니다. 인간의 구체적 행위의 규범은 건전한 상식 또는 윤리 도덕이라고 할 수 있다. 법률도 기본적으로는 이러한 소박한 판단 기준과 모순되지 않기 때문에 우리들의 양식에 따라서 옳다고 믿는 행위가 법에 저촉되는 일은 거의 없다고 생각된다. 일상생활에 관한 법으로 민법에는 공공의 복지, 신의성실, 공서양속(公序良俗) 등을 찬양하고 있으며 우리들도 이 판단 기준에 따르고 있다.

생명보험계약은 약관에 따라서 이루어지며 약관은 상법, 보험업법 등의 법률을 기초로 작성되었고 그 일부에서만 법률과 다른 규정(공질서에 관계하

지 않는 규정은 변경 할 수 있다)을 설정하고 있지만 이 내용에 대해서는 감독관청의 행정적 규제에 의해서 합리적으로 담보되어 있다. 약관은 법률 그 자체는 아니지만 계약 당사자간에서는 규범으로서의 법적 효력을 가지고 있기 때문에 생명보험 계약에서는 약관이 상법 등에 우선해서 적용되고 있다. 다만 약관 및 그 기초가 되는 법률의 문언(文言)은 여러가지 일어날 수 있는 일을 미리 상정해서 만들어지고 있으나 개개의 구체적인 사례를 그때그때 즉각적으로 해석할 수는 없다. 그래서 법률과 사실과의 사이를 없애기 위해서 실제에는 법조문의 구체적 해석이 필요해진다.

법률 조문에 대해서 내려진 학자들의 견해가 학설이지만 하나의 조문에는 유일하게 하나의 올바른 해석이 있다는 뜻은 아니다. 법의 해석은 법규를 객관적 존재로 하고 그 뜻을 명확하게 할뿐만 아니라 사회통제를 위한 규범으로서의 뜻에서도 구체적 사실은 어떻게 처리하는 것이 타당한가라고 하는 가치판단이 개입하는 것이다.

이러한 가치판단에 기초를 두고 하나의 조문에 여러가지 학설이 생긴다. 학자들 사이에서 일반적으로 승인되어 있는 학설을 통설이라고 하는 데 이 통설이나 다수학자들이 주장하는 다수설이 정확하고 소수학자들이 주장하는 소수설이 틀렸다는 것도 아니다. 보험계약상의 문제를 둘러싸고 분쟁이 생겼을 때 법률에 의해서 결말을 맺는 것은 국가기관에 의한 재판이다.

학설은 직접적으로 재판의 기준이 되는 것은 아니지만 법의 해석을 통해서 재판에 비교적 큰 영향을 미치는 것이다. 재판관은 여러가지 학설중에서 사실관계와의 조립에 따라 타당하다고 생각되는 해석을 선택한다.

재판에 의해서 내려진 판결은 그 후에 같은 취지의 사건에 대해서는 선례로서 구속력을 가지는 데 이것을 '판례'라고 한다.

재판에서는 우선 그 사건이 어떤 법률을 적용하는가가 전제가 된다. 예를 들면 고지 의무위반에 대해 상법 651조는 <보험계약 당시에 보험계약자 또는 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로 인하여 중

요한 사항을 고지하지 아니하거나 부실의 고지를 한 때에는 보험자는 그 사실을 안 날로부터 1월이내에, 계약을 체결한 날로부터 3년이내에 한하여 계약을 해제할 수 있다. 그러나 보험자가 계약 당시에 그 사실을 알았거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 때에는 그러하지 아니한다>라고 규정하고 있다. 재판에서 이 조문이 적용되었을 때 문제되는 것은 이 조문의 해석이다.

즉 이 조문중에 나오는 <1) 고의 또는 중대한 과실 2) 중요한 사항 3) 보험자가 중대한 과실로 인하여 알지 못한 때> 등의 문구는 너무나 추상적이기 때문에 구체적으로 무엇을 지칭하는지 확실하지 않다. 따라서 재판에서는 법규가 그 문언대로 적용되는 것이 아니고 해석에 의해서 그 의미를 정한 다음에 적용한다.

다시 말하면 법규는 문장 그대로를 고정적, 절대적인 것으로 하는 것이 아니고 재판관의 해석에 따라서 결론적 이유로 적합하게끔 조작되는 것이다. 법은 강한 강제력을 가지고 있으며 인간의 행위를 구속한다. 법이 구속력을 갖는다는 것은 법이 통상인이 지킬 수 있는 내용으로 되어 있다는 것을 뜻하기도 한다.

판례에서 구체적으로 제시하는 법규는 진사에서 무엇을 요구하는가를 진사의의 실태와 비추어서 고찰하고자 한다.

II. 진사제도

생명보험 약관의 체결에 있어서 의사에 의한 진사를 하는 제도는 우리나라에서는 보험회사 설립 당초부터 도입되었고 보험사업을 합리적으로 운영하기 위해서 위험선택은 불가결하며 따라서 피보험자의 건강상태에 관한 의학적 정보를 얻는 것이 중요하다라는 것은 말할 필요도 없다.

보험진사에 대해서 법률은 구체적으로 아무 것도 규정한 것이 없다. 다만 보험업법 시행규칙 중 사업방법서에 규정하여야 할 사항으로서 보험업법 시행규칙 제5조(보험계약체결 등의 승인신청) 3)항: 인 보험의 경우에는 당해 피보험자의 신체 상황을

기재할 서류를 첨부하여야 한다라고 되어 있기 때문에 계약시 피보험자의 선택을 하게 되었고 각 사의 사업방법서에는 회사가 지정하는 의사에 의한 진단 등의 선택 방법이 명시되어 있다.

진사의 법적 의의에 대한 판례에 의하면 <보험회사는 계약체결에 있어서 사의나 촉탁의에게 피보험자의 건강상태를 진단하게 하고 보험 청약의 약부(諾否)를 결정하게 하는 것은 보험 거래상의 일반적인 관례>(일본대심원 1912.05.15 판결)이고 <진사 의가 보험회사를 위해 청약자의 건강 상태를 진단하는 것은 보험업무상 필수사항>(일본대심원 1915.09.06 판결)이라고 되어 있다. 진사의 목적은 보험회사가 <피보험자의 건강상태에 관해서는 청약서상에 기재되어 있는 사항에만 의존하지 말고 스스로 신용할 수 있는 진사의의 보고를 받고 비로서 계약체결을 결의한다>(일본대심원 1907.05.07 판결) 즉 피보험자의 신체검사를 실시하고 그 건강상태가 계약체결에 적합한가를 확인하는 것은 보험회사가 스스로 손해볼 수 있는 불이익을 방지하기 위해 필요한 보험거래상의 주의라고 되어 있다. 다만 이때 진사가 보험거래상 필요하다고 하더라도 이것은 법률상 지켜야 할 진정한 의무는 아니고 회사의 이익을 가져오려면 진사를 하지 않으면 안된다는 뜻이다.

위험선택은 법적으로 보험회사에 부과된 의무는 아니고 회사의 자위수단이다. 따라서 진사서의 선택재료에 따르는 계약약부의 판단은 어디까지나 회사의 임의사항이고 특별한 법률상의 제한은 없다.

한편 의료법 제3절 제25조(무면허 의료행위금지) 1) <의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며...>라고 규정하고 있는 데 보험진사는 동 조항에 의한 의료행위라고 할 수 있는가?

<의료업이란 반복 계속되는 의료행위>(일본대심원 1916.02.05 판결)이고 의료행위에 대해서는 의학의 발전에 따라 그 내용이 변화하고 유사행위와의 구별 등 어려운 문제들이 있기 때문에 학설이나 판례에서 여러가지 견해가 제시되고 있다.

일반적인 의료행위의 요건으로 주관적으로는 질병의 진단, 치료를 목적으로 하는 행위일 것이고 객

관적으로는 현대 의학의 원리 원칙에 맞는 행위일 것이라고 거론되어 있지만 반드시 치료의 목적을 전제로 하지 않더라도 전문적 기능을 가진 의사가 하지 않으면 인체의 생리적인 위험을 가져올 수 있는 행위라고 보는 견해가 유력하다.

판례에서 구체적으로 의료행위라고 인정하고 있는 문진, 타진, 청진 등의 진찰은 치료를 목적으로 하지 않는 보험진사에서도 이것이 현대의학에서 인정하고 있는 방법으로 행하여지고 있는 한 의료행위라고 할 수 있다. 그 전제로서 진사에서의 의사의 주의의무는 본질적으로 임상의 진찰과 다를 바가 없다. 단지 임상의 경우에는 치료를 목적으로 하는 진찰이고 보험진사는 보험거래상의 필요성 때문에 의학적 결함의 발견을 목적으로 한다는 것은 스스로 다르다고 인정하고 있다. 치료를 목적으로 하는 임상의 경우에는 현재의 실천적 의료수준(학문적 의료수준)에 알맞은 진료설비가 기준이 되고 전문의로서의 주의의무가 요구된다.

그러나 보험진사에서는 <진사의는 특별하게 저명한 명의, 전문의와 같은 기량, 주의를 요구하는 것은 보험거래상 관념에 위반된다. 보험회사는 피보험자의 건강상태를 알기 위해서는 필요한 주의를 할 책무가 있다. 하지만 오늘날 같은 의료발전에 적응하는 일체의 시설을 갖추 필요는 없다(일본대심원 1912.05.15 판결)>라고 되어 있다.

이 판결은 현재까지도 보험진사에 대한 표준적 사고방식이다. 진사는 회사의 이익을 지키기 위해서 행하여진다는 것이 그 법적의의라고 하더라도 생명보험사업이 영리의 추구를 지나서 사회적 사명감을 가진다는 것을 생각하면 <진사의 목적은 역선택을 배제하므로써 가입자의 이익을 지키고 결함체를 발견하여 피보험자간의 공평성을 유지하는 데 있다>(보험의학용어집)라고 하는 정의쪽이 더욱 공감할 것이다. 다만 진사에 대해서 회사를 중심으로 하는 법적입장과 가입자를 중심으로 보는 보험의학적 입장사이에서 어느 쪽 입장을 취하더라도 당연한 수진자에게는 이익이 없다는 데 문제가 있다.

통상적인 건강진단이라면 그 결과는 직접 수진자

를 위한 것이 된다. 그러나 보험진사는 비슷한 의사의 진찰이라 하더라도 그 목적이 달라서 그 결과는 당사자에게 알려지지 않고 오히려 당사자도 알 수 없는 기준으로 평가되어 때에 따라서는 불이익을 입을 때도 있다. 또 양자간에는 수진 동기도 다르다. 임상의 경우에는 스스로 수진하기 때문에 수진자의 능동적인 의사에 의하지만 보험진사의 경우에는 보험에 가입하기 위한 수속의 하나로서 어쩔 수 없이 수진한다고 하는 수동적 동의에 의한다.

따라서 보험진사에서는 수진자의 비협력이라고 하는 제약이 일어난다. 진사란 <생명보험 청약자에 대해서 진사의가 행하는 문진, 검진 등을 말한다> (보험의학용어집) 즉 진사의 내용은 문진과 검진으로 대별한다. 문진은 시진, 촉진 등과 같은 진찰방법의 일종이다. 그러나 생명보험 분야에서는 문진은 고지청취와 같은 것으로 보며 검진과는 별도로 취급하는 것이 통상적이다.

보험진사로서는 문진이나 검진도 의료행위로서 의료법 등의 적용을 받으며 동시에 이것 이외의 상법 및 여러가지 관련법규의 규제를 받는다.

III. 문진

기왕증이나 현증의 경과를 청취하는 문진은 시진, 촉진, 청진 등과 더불어 진찰방법의 하나로 진단학상 대단히 중요하다. 꼼꼼하고 적절한 문진은 그것만으로도 어느 정도의 진단을 내릴 수 있는 경우도 있다.

효과적인 문진을 하기 위해서는 의학의 전문적인 지식이 필요하며 정확한 진단을 위해서 질병의 경과를 정리하는 과정은 의사가 아니면 할 수 없는 의료행위의 하나라고 할 수 있다. 그런데 보험진사에서의 문진은 같은 모양으로 하고 있어도 진단학상의 문진과는 목적이 달라 별도의 법률적 의미를 가지고 있다.

<진사에서 말하는 문진은 고지 수령권을 말하며 고지서에 기재되어 있는 각 항목의 질문에 대해서 피보험자의 회답을 받는 것이다.> (보험의학용어집) 이 경우의 문진, 즉 고지수령은 상법 제651조(고지

의무 위반으로 인한 계약해지)에 관련된 행위이다.

상법 제651조는 생명보험 계약의 체결에 있어서 보험계약자가 보험자에 대해서 중요한 사실을 알려야 한다고 규정하고 있다. 이렇게 고지의무를 부과한 이유로서는 위험 측정을 위해서라고 하는 것이 통설이고 판례도 같은 견해를 가지고 있다.

<고지의무는 보험사업의 경영상 보험자가 인수하려고 하는 위험측정에 중요한 사항을 알 필요가 있기 때문에 이것을 잘 알고 있는 계약자 또는 피보험자에게 법률로서 규정하고 있는 것이다.>(일본대심원 1917.12.14 판결) 이 경우 <보험자가 생명보험의 계약을 체결하는 데 있어서 피보험자의 생명에 관한 위험의 측정을 가장 필요로 하기 때문에 상법에서 말하는 중요한 사실이란 오로지 피보험자의 생명에 관한 위험을 측정하기 위해서 필요한 사실을 지칭하는 것이다.>(일본대심원 1907.10.04 판결)

구체적으로 말하면 <중요한 사실이란 객관적인 관찰로서 보험자가 계약을 체결할 것인가 아닌가 만일 계약을 한다고 하면 보험금액, 보험료 등 계약의 내용을 어떻게 정할 것인가의 결의를 하는 데의 인과관계를 가진다고 인정되는 것을 말한다.>(일본대심원 1915.06.26 판결)

즉 <중요한 사실이란 만일 보험자가 계약체결때 그 사실을 알고 있었다면 계약을 맺지 않았다던가 또는 적어도 같은 조건으로는 계약을 체결하지 않았을 것이라고 인정되는 일> 등이라고 해석되며 이런 것이 중요성의 판단기준이라고 말하고 있다. (서울고등법원 1974.07.11 판결) 고지의 방법에 대해서는 법률상 특별한 제한이 없음으로 구두에 의하든 서면에 의하든 상관없다.

보험회사가 고지를 요구하는 중요한 사항은 피보험자의 기왕증, 현증, 기타의 건강상태, 연령, 직업, 생활환경, 생활습관 등 광범위하다. 이러한 중요사항에 대해서는 법적으로는 보험자로부터의 질문이 없었다 하더라도 청약자 스스로가 고지하지 않으면 안된다. 즉 "신고의무"로 되어 있기 때문이다. 그러나 실제에는 무엇이 중요한 사실인가를 청약자로서는 판단하기 어렵기 때문에 중요한 사실에 대해서는 보험자쪽에서 질문해야한다.

실무에서는 위험측정의 전문가인 보험자가 사전에 필요한 질문사항을 예시한 고지서를 준비하고 청약자의 회답을 구하는 방식으로 되어 있다. 현재 각 사의 약관에는 고지를 이러한 답변 의무로서만 들어져 있고 청약자는 질문된 사항에 대해서 답변하면 고지의무를 다한 것으로 된다. 이렇게 무엇이 중요한 사항인가의 결정에 대해서는 사실상 보험자의 위험선택 기준에 기본을 둔 고지서에 제시되고 있다. <고지서의 질문표는 보험자가 중요한 사실 또는 중요한 사항을 예시하고 고지의무자에게 무엇을 고지할 것인가를 알려주고 위험측정상의 필요자료를 수집하고 또 고지의무자도 이것으로서 쉽게 고지의무를 이행할 수 있다는 쌍방의 편의를 위해 작성한 서면이다.>(보험의학용어집) 질문표의 의의에 대해서는 여러가지 의견이 있지만 현재에는 고지서의 질문항목은 위험측정의 전문가인 보험자가 작성한 것이기 때문에 여기에 게재된 사항은 일단 중요사항이고 또 중요사항은 모두 여기에 기재되어 있다고 추정한다는 견해가 유력하다. 그런데 중요사항의 대부분이 병명이고 청약자가 병명을 모르고 있는 경우는 어떻게 할 것인가? 자궁암의 경우로서 <의사로부터 병명의 고지를 받은 사실이 없었다 하더라도 그런 중환에 걸려 있었다는 사실 자체는 피보험자가 자각하고 있는 것으로 보는 것이 당연하다>(일본대심원 1918.03.04 판결)라고 하는 판례가 있다.

또 위암이라는 병명은 모르더라도 <병력, 또는 자각증상, 입원, 통원 수진의 사실 등은 피보험자의 생명의 위험 측정상 중요한 사실이다.>(일본동경지재 1972.10.30 판결)라고 했으며 병명 그 자체를 모르는 경우에도 자각증상이나 수진의 사실은 병명과는 독립적으로 중요 사항으로 된다고 보고 있다. 이 경우 자각증상 그 자체가 모두 중요 사실은 아니다. 중요 사실이라고 인정될 수 있는 질환에 이환되어 있을 때는 당연히 그 질환이 심상한 것이 아니라고 자각하고 증상, 경과 등을 고지하지 않으면 안된다. 이 점에 관해서는 당해 질환이 어떤 성질의 것인가? 청약자가 모르는 경우에는 그 증상을 고지할 것인가 아닌가는 계약 당시에는 피보험자,

보험자 모두가 판단할 수 없고 결과론에 의해서 중요 사실인가 아닌가가 결정된다. 현행 고지서에는 이러한 자각증상에 대한 질문은 삭제하고 진료를 받은 객관적 사실만을 고지사항으로 채택하고 있다. 고지서에 기재되어 있지 않는 사항중에도 중요한 사항이 있는 것이 아닌가? 하는 문제에 대해서 판례는 보험자의 질문의 유무를 중시하고 있어서 질문하지 않는 사항은 <고지를 요하는 사실로 할 수 없다 이 사실을 중요하다고 하려면 그 이유를 판시하지 않으면 안된다>(일본대심원 1924.04.18 판결)라고 보험자에 의한 입증의 필요성을 요구하고 있다. 또 보험자가 질문하지 않는 사항중에 중요 사실이 있다 하더라도 판례는 보험자가 그사실을 모르고 있었다는 것은 <그 것에 대해서 질문을 하지 않았다는 것에 기인하는 것으로서 이것은 회사가 입을 수 있는 불이익을 방지하기 위한 거래상의 필요한 주의를 하지 않는 것에 불과하다>(일본대심원 1922.10.25 판결)고 보험자의 과실로서 판시하고 있다.

현행 고지서는 피보험자가 고지해야 할 사항을 정확하게 이해하고 적절한 고지를 할 수 있게 배려한 업계 전 회사가 통일된 양식으로 되어 있다. 특히 가입자 보호의 입장에서 명확하게 기억할 수 있는 객관적 사실을 중시한 질문 형식을 채택하고 있다.

그리고 고지의무의 범위도 좁게 한정되어 과거 5년 이내의 기왕증만을 고지의 대상으로 하고 있다. 실제에는 악성신생물, 뇌혈관질환, 허혈성심질환 등과 같이 5년 이상 경과하고 있으면서도 초과 사망지수가 높아 위험 측정상 무시할 수 없는 중요 사실도 존재한다. 그런데도 불구하고 5년 이상 경과한 기왕증이 고지대상에서 제외된 것은 기억이 희미해진 과거의 사실까지를 고지의무로서 부과하는 것은 사회 통념상 옳지 않다고 생각되기 때문이다. 그런데 문진은 의사의 진찰의 일종이지만 진사의가 청구한 고지는 그것이 고지서에 기재되어 회사에 보고된 여부에 관계없이 그대로 회사가 알고 있는 것으로 된다는 것이 보험진사의 특이한 점이다. 이것을 진사의의 고지수령권이라고 하며 판례에서도 일

관하게 인정되는 견해이다. <보험회사의 진사의는 회사에 고용된 자(사의)이든 축탁된 자이든 이를 묻지 아니하고 회사의 기관으로서 청약자의 건강상태를 조사하는 임무에 종사하는 자이므로 청약자의 신체상황에 관하여 위험측정에 중요한 사실의 고지를 받을 수 있는 것은 물론 고지를 받는 사실이 중요한가 아닌가를 판단하여 보험계약자로 하여금 이를 청약서에 기재하게 할 것인가 아닌가를 결정할 수도 있다.>(일본대심원 1916.10.21 판결)

즉 진사의가 받은 고지는 그대로 회사가 그 고지를 받았다고하는 법적효과를 나타내며 또 진사의는 고지를 받은 사실이 중요한가 아닌가를 판단하고 회사에 보고할 것인가 아닌가를 결정하는 취사 선택권도 가지고 있다고 해석된다. 중요한 사실인가 아닌가의 판단에는 객관성, 합리성이 요구되지만 진사의의 판단과 회사의 위험선택 기준에 의한 판단이 일치한다는 것이 이 판례의 전제조건이다. 이 점은 진사에 관해서 법적으로는 사의와의 구별이 없는 축탁의의 경우 <그 의사가 이전에 피보험자를 진찰했다던지 투약했을 경우에는 그 진찰의 결과까지도 진사의의 자료로 해야 한다.>

(일본대심원 1978.01.25 판결) 피보험자가 지금까지 환자로서 내원했던 기억이 있으면 그 내용을 고지서에 기재하고 피보험자의 동의를 받는 것이 필요하다.

법적 입장에서 본 올바른 문진방법은 <약관에서 말하는 서면이란 진사서를 뜻하는 것으로서 질문 자체는 서면에 의하는 것이 아니고 진사의가 서면에 따라서 기재사항에 대한 질문을 하면 피질문자의 면전에서 그 회답을 기입하고 그에 대한 확인을 얻기 때문에 그 질문을 서면에 의한다고 한 약관의 취지를 실질적으로 충족하고 있다고 할 수 있다>(일본 오사카 고재 1978.01.25 판결)라고 판례에 제시되어 있다.

판례가 고지 수령에 대해 제시하고 있는 법적 견해는 그 목적이 위험 측정상의 중요 사실을 아는 데 있는 이상 회사는 자기 책임인 문진에 최선을 다 할 것이며 직접 문진을 하는 진사의는 위험측정의 전문가로서의 주의를 게을리 하지 말라는 데 있다.

IV. 검진

보험 진사에서 문진 즉 고지 수령에 대해서는 상법에서 규정하는 고지의무 위반과의 관련이 주된 행위이기 때문에 중요사실이나 중과실 등의 인정(認定)을 둘러싸고 (주변에) 많은 판례가 있다. 그러나 검진에 대해서는 보험업법상의 규제는 없고 의학의 전문적 영역에 속하는 행위이기 때문에 구체적으로 그 내용에 뛰어난 판례는 적다.

법은 보험진사에 대해서 어떠한 검진을 기대하고 있는가? <검진이란 진사시에 행하는 일반적인 진찰을 말한다. 진찰내용은 시진, 촉진, 타진, 청진, 혈압 측정 및 검뇨 등이다.>(보험의학용어집) 진사는 법률에서 규정한 의무는 아니지만 생명보험 체결에 있어서 보험자가 진사를 행하는 것은 <생명보험과 같은 사람의 신체에 중대한 관계를 가지는 업무에 종사하는 자는 보험의 청약을 받을 때마다 그 청약자의 건강상태가 보험계약을 체결하는데 적합한가 아닌가를 알기 위해서 필요한 시설을 설치하는 것은 그의 업무의 성질상 필수적 주의에 속한다>(일본대심원 1912.05.15 판결)에 의한다.

보험 진사에서 검진의 시설, 방법에 대해서는 <의료의 발전에 적응하는 일체의 시설을 갖추는 필요는 없고 보통 일반의 주의를 하는 것으로 충분하다>(일본대심원 1912.05.15 위와 같은 판결)라고 하는 것이 기본적인 법적 판단이다. 그리고 진사에 종사하는 의사의 기량에 대해서는 <저명한 명의, 전문의이어야 할 필요는 없고 보통 개업의로서 환자의 건강진단을 하는 데 있어서 일을 잘 처리할만한 능력이 있으면 충분하다>(일본대심원 1912.05.15 위와 같은 판결)라고 되어 있다.

보통 개업의라고 하는 개념은 반드시 명확하지는 않지만 판례에서는 명의, 전문의에 대비하는 것으로 사용하고 있으며 요는 평균적인 지식, 기술을 가진 의사가 보통 개업의간에서 일반적으로 보급되어 있는 검진 설비, 진단법을 사용해서 진찰하면 된다는 해석이다.

판례에 의하면 진사의가 해야 할 주의의 정도는

임상개업의의 그것과 동일시되며 <피보험자로부터의 고지가 없더라도 보통 개업의 정도의 지식을 가진 의사가 상당한 주의를 기울여서 진사를 했다면 당연히 발견할 수 있을 소견을 누락했을 경우는 진사의의 과실이 된다>(일본대심원 1921.12.07 판결)라고 되어 있다.

그러나 검진의 항목이나 방법에 대해서는 각각의 목적에 따라서 양자간에 상이가 있는 것은 당연하다. 보험진사에 최신 의료기기의 설치를 요구하지 않는 이유는 <상법에서 제시하는 보험자의 과실이란 보험계약자가 고지의무 위반을 했는데도 불구하고 거래상의 형평이란 관점에서 보험자를 보호하는 것이 알맞지 않다라고 생각되는 것 같은 보험자의 부주의를 가르키는 것이기 때문에 보험자에게 과실이 없다고 하려면 의사가 진단에 사용하는 모든 검사를 다할 필요는 없고 고지가 없더라도 통상 쉽게 중요한 사실을 발견할 수 있는 정도의 주의를 다하는 것으로서 충분하다>(일본동경 지재 1962.02. 12 판결)라고한 판례에 의한다.

현행 보험진사에서는 검진의 내용은 일반적으로 시진, 촉진, 타진, 청진, 혈압측정, 검뇨 및 신체계측 정도로 한정되어 있다. 이에 대해서 판례는 특별한 고지가 없는 한 이 정도의 진사면 충분하며 이 검사 내용으로 거래상의 주의를 다한 것으로 된다고 판단하고 있다.

<보험 진사에서는 특별한 현증의 고지가 없는 한 진찰, 맥박, 혈압, 뇨의 검사를 하고 합격 판정을 내린다. 통상 이 정도의 진찰에서 현저한 질병을 발견할 수 있다고 인정되기 때문에 피보험자가 중요 사실을 고지하지 않는 한 진사의가 더 자세한 검사를 하지 않았다 하더라도 진사의가 할 수 있는 검사를 태만하였다고는 할 수 없고 또 질병을 발견 못한 것은 피보험자에 대한 진단과실이라고 보는 것은 옳지 않다.>(일본 오사카 고재 1978.07.19 재판)라고하는 판례도 현행의 일방적인 진사 방법을 시인하고 그 이상의 세밀한 검사를 요구하지 않고 있다. X-선검사 (회사에 따라서는 일반검사에서 취급), 혈액검사 등의 정밀검사는 특별한 경우를 제외하고는 일반적으로 하지 않는 것은 보험진사의

실정으로 봐서 보험진사에서 할 수 있는 검사에는 한계가 있기 때문이라고 생각된다. 특별진사가 아니더라도 통상의 검진에서 보험 진사의 특수성으로 임상 진찰과 다른 방법을 취할 때가 있다. 이것이 보험거래상 타당한가 하는 것은 구체적 사례에 대해서 내려진 법적 판단에서 밝혀지고 있다. 예를 들면 판례는 <보험자가 피보험자의 신체검사를 할 때 수치부위의 진사는 하지 않는 것이 통례이다. 이것은 피보험자의 수치심에 상처를 주는 일이 많기 때문이다. 따라서 이 부위의 질환에 관해서는 계약자 또는 피보험자가 특히 상세하게 고지를 하지 않으면 안된다>(일본대심원 1918.12.04)라고 했고 또 <진사의가 피보험자 특히 여자의 경우 수치, 혐오의 생각을 할 수 있는 치부를 진사할 때에는 피보험자의 호소, 기타 특별한 사정이 없는 한 문진만으로 충분하며 그 외의 진찰방법을 행하지 않으며 그것 때문에 기왕증 등의 중대한 사실을 감지하지 못하였다 하더라도 이것은 진사상의 과실이라고는 할 수 없다. 만일 일의 성질상 수치부 등의 진사는 특별한 사정이 없는 한 문진정도로 끝내고 나머지는 당사자의 고지의무에 기대하는 것을 타당하다고 하기 때문이다>(일본 동경 지재 1965.03.30 판결)라고 하였고 현재까지도 보험진사에서는 원칙적으로 하복부의 시진, 촉진 등은 하지않는 것이 판례로 인정되고 있다.

보험진사에는 피보험자의 비협력이라고 하는 특수한 문제가 있다. 스스로의 의사로 수진하는 임상 의 경우와는 달라서 보험 진사는 보험 가입 수속의 하나로 피보험자의 수동적 동의에 따라서 하는 것이다. 피검자에게는 진사응락 의무가 없기 때문에 진사를 거부한다해도 보험자에 대한 손해배상 책임은 생기지 않는다. 그러나 보험자로서는 위험 측정을 위한 의학적 자료를 입수할 수 없기 때문에 계약의 인수를 거절할 수밖에 없다. 법적 입장에서 말하면 사업방법서에서 정해진 선택규정에 위반하고 진사를 생략할 수는 없기 때문이다. 보다 곤란한 것은 진사에 대한 부분적 비협력이다. <피진사자는 '악의'에 의해서 종괴(Tumor)를 음폐하려고 마음먹고 어떤 자각 증상에 대해서 고지를 하지 않는다든

지, 간지럽다, 방귀가 나온다는 등 또는 허리를 굽혀서 복부근육을 긴장시키는 등 진사의의 복부축진을 전제한다). 그러나 진사의는 복근의 발달에 비해서 근저항이나 압통 등 병적 이상 소견을 발견할 수 없었다. (일본후쿠오카 지재 오쿠라지부 1971. 12.16 판결)라고하는 사례는 의도적으로 진사를 방해하려고 한 극단적인 행위이지만 바쁜 것을 이유로 진사를 간략하게 해달라는 요구를 때때로 받는다.

피검자의 말에 응해서 진사의 일부를 생략하는 것은 미지의 소견에 대해서 진사의가 책임을 진다고 하는 위험한 행위라고 하지 않을 수 없다. 어디까지나 피검자를 설득해서 올바른 진사를 하게끔 노력하는 것이 진사의가 해야하는 태도이다.

가령 진사의 일부를 생략한 상태로 진사를 완료한 것처럼 보고했을 때 고지 의무 위반이 있었다고 해도 이것은 진사의의 과실에 의한 부지(不知)로서 해지권 행사의 저해 요인이 된다.

보험진사에서 진사의의 주의의무는 기본적으로 일반개업의의 그것과 같다고 되어 있지만 위험선택은 질병구조의 변화나 보험상품의 다양화에 따라서 복잡해지고 있으며 고지서가 고지 의무에 대한 형식적 요건으로서의 성격을 강요하고 있는 현재 검진의 중요성은 더욱 높혀주고 있다고 할 수 있다.

판례는 보험진사 즉 검진에 대해서 어느 정도의 이해를 제시하고 있으나 의사로서의 주의의무를 다하기 위해서 진사상의 제약을 어떻게 해결할 것인가를 알려주고 있다.

V. 진사의

생명보험 청약에 있어서 보험자는 이것을 인수할 것인가 아닌가 만일 인수한다면 어떤 조건으로 인수할 것인가 하는 것을 결정하기 위한 자료를 얻기 위해서 진사를 실시한다. <진사의는 보험업자의 전문적 지식의 결루(缺漏)를 보충하고 계약 체결에 필요한 청약자의 건강 상태를 보험자에게 알려주는 것을 그 임무로 한다.>(일본대심원 1912.05.15. 판결) 진사의의 업무는 단지 보험회사내에서의 내부

관계 뿐만 아니라 대외적으로도 회사와 가입자간에 영향을 미치고 있기 때문에 여러가지 법률문제가 발생한다.

우선 보험회사 내부에서의 입장을 살펴보면 진사의의에는 그 임무를 수행하기 위해 상시 보험자에게 고용되어 있는 사의와 필요에 따라서 그 임무의 수행을 위촉받은 촉탁의가 있다. 보험자와 사의와의 관계는 '고용계약 관계'(민법 제655조 고용의 의의 구제623조)에 있고 보험자와 촉탁의와의 관계는 진사라고하는 사실행위를 위탁하는 자로서 '준위임 계약관계'(민법 제680조 위임의 의의, 구제643조 656조)이다. 이렇게 법률관계에서는 사의 촉탁의의 어느 것이든 그 임무 수행에서는 <수임자는 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의를 가지고 위임 사무를 처리할 의무를 진다>(민법 제681조, 구제644조 수임인의 선관주의)라고하는 규정이 적용된다.

이 의무는 선관주의의무(善管注意義務)라고 하며 여기서 말하는 <선량한 관리자의 주의>란 그 직업 또는 지위에 있는 자에게 보통 요구하는 정도의 주의를 말한다. 그리고 그 주의의무를 위반했을 때는 위임자인 회사에 대해서 손해배상 책임이 생긴다. (민법 제390조, 구제415조 채무불이행과 손해배상)

진사에서 주의의무 위반은 진사과실, 진사소홀의 형태로 나타난다. 과실인가 아닌가의 판단은 <보통 개업의가 통상 발견할 수 있는 병증을 부주의로 인해서 간과(看過)하였는가 아닌가 하는 것을 표준으로 한다>(일본대심원 1912.05.15 판결)라고 되어 있다. 진사과실이 있으면 회사는 계약자에 대해서 고지의무 위반을 이유로 해제권을 행사할 수 없다. 진사과실 때문에 보험금을 지급한 회사가 진사의를 고소하였다고 하면 <보험회사의 진사의인 이상 그 받는 보수의 다과에 관계없이 위탁된 직무에 대해서 위탁의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의를 가지고 처리할 의무를 가진다.

위탁의 본지에 반해서 필요한 주의를 하지 않는 결과로서 생긴 손해에 대해서는 배상의 책임을 져야 한다>(일본대심원 1921.04.23 판결)라고 하는 판례는 다음과 같은 반론도 있다. 즉 진사의의 책임은 진사업무의 성질, 진사에 의해서 얻을 수 있는 이

익, 진사의의 보수 기타 일체의 사정을 고려해서 적당한 범위내에 한정해야 하며 회사의 손해를 전면적으로 진사의에게 전가하는 것은 부당하다. 또 진사의에게 요구하고 있는 <보통 개업의가 할 수 있는 주의>라는 것은 본래 보험회사가 외부에 대해져야 할 책임에 대한 진사의의 주의의무의 표준을 정한 것이지 회사와 진사의와의 내부 관계에서 회사가 진사의에 대해서 물을 수 있는 책임의 정도에 관해서 표준을 정한 것은 아니다라는 의견이다.

현실 문제로서는 해제권의 조각(阻却)에 의한 보험금 지급은 보험회사의 기업 리스크(Risk)의 하나로 어지간한 사정이 없는 한 진사과실 즉 손해배상 청구까지는 하지 않지만 어떤 형식이라도 과실의 책임을 물으면 피하기는 어렵다. 그리고 만일 고의로 허위진사서를 제출한다든지 진사를 하지 않고 진사서를 작성한다면 보험자에 대한 진사의의 배임(형법 제355조)이나 사기(형법 제347조)가 될 가능성이 크다.

<생명보험회사의 진사의는 회사를 대신해서 보험청약자의 건강상태를 진사하는 임무를 가진 자이기 때문에 진사를 하지 않고 진사서를 작성하는 것은 그 임무에 배반하는 행위이고 더 나가서는 취급직원의 사기 기도에 공모하고 허위진사서를 회사에 송부하고 보험증권의 교부를 받게 하였을 때는 그 배임행위는 당연히 사기죄의 관념 중에 포함되는 것이다.>(일본대심원 1939.08.31 판결) 또 진단서 등(의료법 제18조)은 의사가 스스로 진찰하지 않고서는 진단서의 교부를 할 수 없다.

진단서의 정의에 대해서는 법률상 규정은 없고 그 기재사항, 양식에 대해서도 일반적으로 정해져 있지 않다. 따라서 그 정의는 해석 여하에 달려 있지만 관례상으로는 <진단서란 의사가 진찰 결과에 관한 판단을 표시하고 사람의 건강상태를 증명하기 위해 작성하는 문서>(일본대심원 1917.03.04 판결)라고 되어 있다.

진사서가 진단서인가 진료기록인가 또는 그 어느 것도 아닌 일종의 증명서인가 하는 것은 아직도 정설은 없지만 진사의가 진사를 하지 않고 진사서를 작성하는 행위는 해석 여하에 따라서는 의료법에도

위반될 가능성이 있다.

진사서의 대외적 입장에 대해서는 보험계약법상 특유의 제도인 고지의무와의 관련에서 진사의의 법적 지위가 문제가 되는 일이 많다. 고지의무위반으로 인한 계약해지(상법 제651조)는 계약자 또는 피보험자가 고지의무 위반의 사실이 있을 경우 보험자에게 계약의 해제권을 부여하고 있는데 동 조항 단서에는 당해 중요 사항을 보험자가 알고 있었을 때 또는 과실에 의해서 알지 못하였을 때는 그 해제권을 행사할 수 없다고 규정하고 있다. 이럴 때 진사의는 보험자의 기관으로서 또는 보험자의 대리로서 고지를 수령할 권한을 갖고 있는 것으로 판례, 학설에 의해서 인정되고 있다. 즉 <진사의가 청약자의 건강 진단상 일으킨 과실은 보험회사에 대해서 그 효력이 발생하고 진사의가 알고 있는 또는 알지 못한 사항은 본인인 보험회사가 알고 있는 또는 알지 못한 사항으로서 보험회사가 그 책임을 져야 한다>(일본대심원 1912.05.15 판결).

그리고 <진사결과가 보험회사에 그 효력을 발생하는 점에 대해서는 진사의가 회사의 사용자(사의)인 경우와, 수입자(촉탁의)인 경우에 따라 차이가 있는 것은 아니다>.

(일본대심원 1915.09.06 판결) 따라서 사의든, 촉탁의든 진사의가 고지를 받고 또는 검진에 의해서 알고 있으면서 이것을 회사에 보고하지 않았을 때는 회사는 과실에 의해서 이것을 모르는 것으로 되어 해제권을 행사할 수 없게 된다. 진사의가 회사에 보고하지 않았다는 것은 고지사항의 전부는 아니고 중요한 사실만 해도 된다.

앞의 판례(일본대심원 1916.10.21)에서 제시한 것처럼 진사의는 단순한 고지 중개자가 아니고 청구한 고지사항 중에서 중요한 사실을 선별해서 회사에 보고하는 취사 선택권을 가진다고 해석되고 있다.

임상의 경우 그 의사가 가령 전문의라고 하더라도 당해 진료를 실시하는 이상 특별한 사정이 없는 한 전문의로서의 주의의무가 요구된다. 이것과 같이 보험진사에서도 법적으로 봐서 진사의에게는 일반적으로 <보통 개업의의 주의>를 가지고 진사할

것이 요구되며 나아가서는 위험 선택의 전문가로서도 중요사항인가 아닌가의 판단을 잘못하였다고 하면, <피보험자가 진사의에게 신우신염 치료중이라는 사실을 고지했는데도 불구하고 진사의가 이것을 회사에 보고하지 않았기 때문에 회사는 이 사실을 몰랐고 따라서 회사의 책임이 없다고 해서 회사가 계약자에게 취한 해제의 의사표시는 무효이다>(일본대심원 1924.04.08 판결)로 되어 회사는 그 책임을 져야 한다.

전술한 바와 같이 판례는 보험진사에 관해서는 사의와 촉탁의와의 법적차이를 인정하지 않기 때문에 촉탁의도 보험진사를 하는 한 사의와 같이 위험 선택 전문가라고 인정한다는 사실에 유의할 필요가 있다.

또 한가지 중요한 법률문제로서는 피보험자의 프라이버시(Privacy)보호이다. 생명보험회사에서는 많은 개인통계(Data)를 취급하고 있다. 그 중에서도 계약선택에 관한 정보는 프라이버시의 핵이라고 할 수 있다. 고지의무를 전제로 한 정보수집은 계약자 전체의 이익을 보호하기 위한 것으로 사회적으로도 관습으로 정착하고 있으며 계약자, 피보험자의 승락 범위내에 있는 한 정당하다고 인정되는 업무이다.

진사에 관한 프라이버시 문제 중 의사의 경우 '비밀누설의 금지'(의료법 제19조) 및 '업무상 비밀 누설'(형법 제317조)에 의해 업무상 알게 된 타인의 비밀을 이유없이 누설해서는 안된다.

그런데 앞서의 판례(일본대심원 1926.01.25)에서는 진사의가 이전에 주치의로서 진료한 사실에 대해서 회사에 보고할 의무가 있다고 판시하고 있다. 이 경우 피보험자가 그 사실을 고지하지 않았을 때는 진사의는 진사과실과 수비의무(守秘義務)위반과의 사이에서 난처하게 된다. 이 때는 피보험자의 동의를 얻어 고지서에 기입하는 것이 최상책이지만 동의를 얻지 못하였을 때라도 진사의 목적이 보험체결의 판단자료를 얻는데 있다는 것은 피검자도 양해하고 있기 때문에 진사의의 보고는 정당행위라고 해석된다. 또 다른 문제는 조건체(條件體) 계약자에 대한 결정이유 설명이다. 건강에 불안이 있는

사람일수록 보험의 필요성이 높다. 특별조건부계약은 적절한 위험평가에 의해서 가입의 문호를 열어준 우수한 제도이지만 특별 조건의 교섭을 사정을 잘 모르는 영업직원(설계사)에게 일임하고 있을 때도 있어 계약성립율은 그다지 높지 않다.

의무사정의 결과 등 계약체결 심사에 관한 자료(Data) 공개에 익숙하지 않은 부분이 있는 것은 확실하지만 적어도 일반론으로서는 계약당사자에게 이유를 밝히지 않고 특별 조건의 승낙을 강요하는 것은 타당하다고만은 볼 수 없다. 이러한 업무에 의사가 관여하는 것은 정보관리상이나 피보험자의 신뢰면에서도 바람직한 일이라고 생각된다. 형법상의 수비의무를 지는 의사가 우선 정보관리의 중요성을 인식하고 신중하게 일상업무에 종사할 것을 바란다.

VI. 진사현장에서의 법이해

지금까지의 설명에서 보험진사의 목적은 명쾌해졌지만 그수행은 원활하지만은 않다. 판례에서 볼 수 있는 여러가지 진사 과실은 확실하게 의사의 주의의무위반에서 오는 것이지만 피검자의 법적 진사응낙 의무가 없다는 것도 계약의 원인이 될 수 있다. 진사의 계약에는 진사방법에서의 기술적 제약이다. 진사에서 이용되는 진사방법에는 한계가 있으며 확진진단을 받기 위한 정밀검사는 바람직하지도 않다. 이것은 신계약비의 범위내에서 진사를 수행하지 않으면 안되는 경제적 제약에도 관련된다. 판례에서 보는 한 법률가가 이해를 표시하고 있는 것은 진사방법의 제약뿐이다. 특별한 정밀검사가 반드시 요구되지 않는 것이 바로 그 예이다. 그러나 보험진사에도 임상진찰과 같이 의사로서의 주의의무가 부과되어 있기 때문에 장소나 시간의 제약에 대해서는 인정하지 않는다는 것을 알 수 있다.

재판에서는 오히려 시간이 짧다고 하면 그것만으로서 진사조루(診査粗漏)라고 보는 수도 있다. 사의는 회사의 소속원으로서 피검자가 고객이다라고 하는 인식에 의한 미묘한 심리적 제약을 받는다. 사의와 촉탁의와의 입장의 차이에 대해서는 판례는

아직까지도 논한 적이 없다. 가령 있다고 하더라도 사의가 특별한 배려를 받는 일은 없을 것이다. 그것은 진사의 목적을 달성하기 위해서는 보험회사 스스로가 책임을 지는데 최선을 다하지는 법의 취지에 반하기 때문이다.

진사를 둘러싼 이러한 제약은 우리나라 생명보험 산업이 시작했을 때부터 있었고 진사의가 의사로서 진사를 하는 한은 계속할 것이다.

진사에 대한 판례의 기본적인 것은 1900년~1930년 사이의 것이고 주로 상법 보험법의 입장에서 논하였다. 그리고 근년 의료구조의 변화 의료의 변혁이나 보험 상품의 다양화 등에 의해서 위험 선택의 양상도 변화하지 않으면 안될 시대가 되었다.

앞으로는 지금까지와는 다른 시점에서 진사를 논하는 것도 필요할 것이다. 진사가 의사가 실시하는

의학의 전문적 행위이라는 것을 생각하며 우리들 진사의 입장에서 보험진사의 주체성과 신뢰성의 향상에 노력해야 할 것이다.

참 고 문 헌

1. 양승규. 생명보험 판례. 생명보험협회
2. 이상덕. 법의학. 최신의학사
3. Sagami. 일본보험의학회 뉴스 No.69.70.71.72. 일본보험의학회
4. 법진. 현안사
5. 생명보험판례집. 한국보험공사
6. 보험의학용어집. 생명보험협회