

보험법상 수술의 개념과 작성자불이익원칙

A Study on the Definition of Operation in Insurance Law and Contra Proferentem

최 병 규*
Choi, Byeong-Gyu

목 차

- | | |
|-------------------|-----------------------|
| I. 머리말 | IV. 작성자불이익원칙과의 관계와 검토 |
| II. 대상사건 | V. 평가와 분석 |
| III. 관련 판례와 분쟁조정례 | VI. 맺음말 |

인보험계약은 보험자가 사람의 생명 또는 신체에 관하여 보험사고가 생길 경우 계약에서 정한 바에 따라 보험금 그 밖의 급여를 지급할 책임을 지는 보험계약이다. 인보험에는 생명보험, 상해보험, 질병보험이 있다. 인보험 가운데 상해보험은 급격하고 우연한 외래의 사고를 전제로 한다. 외과적 수술은 상해보험에서는 원칙적으로 보장하지 않는다. 그런데 생명보험, 질병보험 등 다양한 보험약관에서 수술을 보장하는 내용을 담고 있다. 최근 보험계약과 관련하여 수술에 해당여부가 많이 문제가 되고 있다. 과거보다는 의학기술이 발달하여 다양한 수술기법이 개발되고 있는데 그것이 보험자가 보장하는 수술의 개념에 해당하는지의 분쟁이 다수 발생하고 있는 것이다. 최근 우리 대법원은 폐색전 수술도 수술이라고 하였고 레이저 광응고술도 수술에 해당한다고 판단하였다. 그런데 오마야씨 저장기 삽입술이 수술에 해당하는 지가 또한 문제가 되고 있다. 원래 오마야씨 저장기 삽입술은 항암제를 투여할 때마다 매번 척추천자 등의 시술을 하기 어려우므로 오마야씨 저장기라는 큐브를 삽입하여 항암제를 투여할 수 있도록 하는 치료방법이다. 즉 항암제 투여를 쉽게 하기 위한 목적으로 오마야씨 저장기를 삽입하는 것이다. 그런데 실제 발생한 케이스에서는 약관에서 수술의 개념을 명확히 정의하면서 흡인(吸引), 천자(穿刺) 등의 조치 및 신경차단은 제외한다고 명시적으로 규정을 하고 있다. 따라서 대법원이 과학기술의 발달에 따른 수술 기법진전을 고려하여 레이저광응고술을 수술로 보는 판결 등이 선고되기는 하였어도 약

투고일 : 2015. 8. 18. / 심사의뢰일 : 2015. 9. 25. / 게재확정일 : 2015. 10. 13.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

Professor, The Law School of Konkuk University

관에서 명시적으로 배제하고 있는 천자에 해당하는 오마야씨 저장기 삽입술은 결국 수술로 보기는 어렵다고 하여야 한다. 오늘날 질병보험이나 상해보험은 질병이나 상해의 경우에 국민들에게 경제적 지원을 해줌으로써 재기하거나 건강을 회복하는 기능을 수행하고 있다. 특히 큰 수술을 하는 경우에는 경제적 부담이 상당하다. 따라서 다양화된 보험상품을 적절히 활용하여 미래의 불확실한 위험에 대비하는 자세가 중요하다. 그리고 과학기술발달에 따라서 특정 신 수술기법이 보편화된 경우에는 약관에서 그를 수술의 대상으로 확대하여 규정을 하는 것이 필요하다. 하지만 명시적으로 수술의 개념을 정의하고 있는 경우에는 그에서 제외하고 있는 형태의 수술에 대해서는 보험금을 지급하기가 어렵다고 하여야 한다. 이러한 경우에는 그 수술기법이 보편화 되는 때를 기다려 약관을 수정하는 조치를 취한 이후에야 보험보장을 해 줄 수 있다고 할 것이다. 즉 장기적으로는 전향적 자세를 보이는 것이 바람직하다. 최근 금융감독원의 계획에 의하면 치료기법이 발달하면 이를 보장하는 쪽으로 제도를 개선하고 있기 때문이다. 결국 오마야씨 저장기 삽입술의 경우 현재약관에 의하면 보장이 안 되게 되어 있지만 앞으로는 약관을 개정하여 보장하는 방향으로 나아가는 것이 바람직하다.

[주제어] 수술의 개념, 새로운 수술기법, 오마야씨 저장기 삽입술, 기술의 발달, 약관의 조정, 작성자불이익원칙, 단체소송, 개별소송, 객관적 기준, 보충적 해석

I. 머리말

오늘날 장수시대로서 생명과 건강이 중요해짐으로써 인보험이 더욱 우리 일상생활에서 비중을 갖게 되었다. 인보험계약은 보험자가 사람의 생명 또는 신체에 관하여 보험사고가 생길 경우 계약에서 정한 바에 따라 보험금 그 밖의 급여를 지급할 책임을 지는 보험계약이다.¹⁾ 인보험에는 생명보험, 상해보험, 질병보험이 있다. 인보험 가운데 상해보험은 급격하고 우연한 외래의 사고를 전제로 한다.²⁾ 외과적 수술은 상해보험에서는 원칙적으로 보장하지 않는다.³⁾ 그런데 생명보험, 질병보험⁴⁾ 등 다양한 보험약관에서 수술을 보장하는 내용을 담고 있다. 특히 질병수술비란 치료목적으로 수술을 받을 경우에 가입한 금액만큼 보장받을 수 있는 혜택을 가리킨다. 실비보험과 별개로 질병수술비 특약에 따로 가입하면 보장을 받을 수 있다. 의료실비보험에 가입하는 보험계약자들은

1) 최기원, 보험법 제3판, 박영사, 2002, 600쪽.

2) 김성태, 보험법강론, 법문사, 2001, 862쪽; 김홍기, 상법강의, 박영사, 2015, 1224쪽; 정상근, 보험계약법, 도서출판 좋은땅, 2006, 260쪽; 채이식, 상법강의(하) 개정판, 박영사, 2003, 616쪽.

3) 대법원 1980. 11. 25. 선고 80다1109 판결.

4) 박세민, 보험법 제3판, 박영사, 2015, 875쪽.

거의 모두 질병수술비 담보에 따로 가입하고 있다. 그 만큼 이 보장을 받는 것이 중요한 면이 있다. 그런데 최근 보험계약과 관련하여 수술에 해당여부가 많이 문제가 되고 있다. 과거보다는 의학기술이 발달하여 다양한 수술기법이 개발되고 있는데 그것이 보험자가 보장하는 수술의 개념에 해당하는지의 분쟁이 다수 발생하고 있는 것이다. 이 글에서는 A사의 분쟁조정사건에서 다루어진 사례를 중심으로 하여 수술의 개념과 관련한 약관의 해석원칙으로서의 작성자 불이익 원칙을 살펴본다. 외국의 비교대상으로는 독일에서의 논의도 살펴본다.

II. 대상사건

피보험자는 2011년 6월 비소세포성 폐의 악성신생물(C34.91) 진단을 받고 치료를 하였으나, 전이성 뇌암, 전이성 뼈암으로 악화되어 장기 입원 및 치료를 받고 있다. 2013년 6월 14일 다발성 골전이로 인한 척추 성형술을 시행하여 암수술비를 지급하였고 추가로 2013년 8월 8일에는 항암치료를 위한 오마야씨 저장기 삽입술을 시행하였다. 쟁점이 되는 것은 오마야씨 저장기 삽입술이 암의 직접적인 치료를 위한 암수술에 해당이 되는지 여부이었다.

1. 가입 보험계약

당사자가 가입한 계약사항은 다음과 같다.

보험종목	무배당삼성Super보험
보험기간	2004년 6월 25일~2050년 6월 25일
계약자/피보험자	윤 ○○ (70년생, 남)
적용담보	암수술비 5,000,000원

2. 진행경위

2.1 진행과정

- 2004년 6월 25일 : 무배당 삼성Super보험 가입
- 2011년 6월 20일 : 비소세포성 선암, 다발성 림프절 전이
- 2011년 8월 25일 : 다발성 림프 및 뼈전이 상태
- 2011년 10월 20일 : 폐암 변화없으나 림프절 전이 증가함, 뼈전이 지속
- 2013년 6월 14일 : 다발성 골전이로 인한 척추성형술(암수술비 지급)
- 2013년 7월 30일 : 폐암세포의 뇌척수액 전이
- 2013년 8월 8일 : 오마야씨저장기 삽입술(Ommaya reservoir insertion) 시행(암수술비
쟁점)

2.2 오마야씨 저장기 삽입술

오마야씨 저장기 삽입술은 중추신경계중 뇌척수액이 순환되는 부위(뇌 표면, 뇌수막, 척수 표면, 척수수막 등)에 전이된 암 치료를 위해 경막하 공간(뇌척수강)에 항암제를 투여해야하는 경우, 항암제를 투여할 때마다 매번 척추천자 등의 시술을 하기 어려우므로 오마야씨 저장기(Ommaya reservoir) 라는 큐브를 삽입하여 항암제를 투여할 수 있도록 하는 치료방법이다. 즉 항암제 투여를 쉽게 하기 위한 목적으로 오마야씨 저장기를 삽입하는 것을 가리킨다.

2.3 약관상 수술의 개념

해당 약관 제6조에서는 수술의 개념을 정의하고 있다: “이 계약에 있어서 「수술」이라 함은 병원 또는 의원 등의 의사, 치과의사 및 한의사의 자격을 가진 자(이하 「의사」라 합니다)에 의하여 「암」, 「상피내암」, 「경계성종양」의 치료가 필요하다고 인정한 경우로서 자택등에서의 치료가 곤란하여 의료법 제3조(의료기관) 제2항에 정한 병원 또는 이와 동등하다고 회사가 인정하는 의료기관에 입실하여 의사의 관리하에 「암」, 「상피내암」, 「경계성종양」의 치료를 직접적인 목적으로 기구를 사용하여 생체에 절단, 적제(摘除)

등의 조작을 가하는 것을 말하며 흡인(吸引), 천자(穿刺) 등의 조치 및 신경차단(nerve block)은 제외합니다.”

3. 고객권익위원회의 결정

고객권익위원회에서 위 사안을 심의한 결과 보험금을 지급하지 않는 것으로 면책결정을 하였다.

Ⅲ. 관련 판례와 분쟁조정례

최근 선고된 대법원 판결 가운데 수술의 개념에 해당하는지에 대하여 판단한 것을 검토한다. 그리고 금융감독원의 분쟁조정례와 이 글의 대상 사례에 대해 A사가 의뢰한 법률자문에 대하여도 살펴본다.

1. 판례와 분쟁조정례, 자문의견

1.1 대법원 판례

1.1.1 폐색전술이 보험계약의 약관상 수술에 해당여부와 작성자불이익원칙

- 대법원 2010년 7월 22일 선고 2010다28208, 28215 판결 -⁵⁾

1.1.1.1 이 사건의 사실관계는 다음과 같다.

① 이 사건 보험계약의 약관 제5조에서 암보험급여의 대상이 되는 ‘수술’이라 함은 의사에 의하여 특정암 또는 일반암의 치료가 필요하다고 인정한 경우로서 일정한 장소에서 의사의 관리하에 특정암 또는 일반암의 치료를 직접적인 목적으로 수술을 받은 행위를 말한다고 규정하고 있었다. ② 같은 약관 제27조는 특정암 또는 일반암의 치료를 목적으로 수술을 하였을 때에는 특정암의 경우 수술 1회당 600만 원, 일반암의 경우

5) 이 판결에 대하여는 임재호, “2010년도 보험법 판례의 동향과 분석”, 상사판례연구 제24집 제3권, 한국상사판례학회, 2011, 451쪽 아래 참조.

수술 1회당 300만 원의 암수술급여금을 지급한다고 규정하고 있었다. ③ 피고(반소원고, 이하 ‘피고’라고 한다)는 1999년경 특정암인 유방암 진단을 받고, 1999년 4월 27일 유방전절제술을 받았으나 암이 폐로 전이되어 2003년경부터 일본국 요코하마시 소재 클리니카 이.티.(Clinica E.T.) 병원에서 수차례 폐색전술을 받았다. ④ 피고는 위 폐색전술이 특정암 수술에 해당한다며 암수술급여금을 청구하였고, 원고(반소피고, 이하 ‘원고’라고 한다)는 위 병원에 피고의 치료내용을 확인한 후 2004년 11월 15일부터 2008년 2월 27일까지 19회에 걸쳐 암수술급여금으로 합계 1억 1,400만 원을 지급하였다. ⑤ 그 후에도 피고는 2회에 걸쳐 위 병원에서 추가로 폐색전술을 받고 원고에게 암수술급여금 합계 1,200만 원의 지급을 청구하였으나, 원고는 뒤늦게 폐색전술이 이 사건 보험계약의 약관상 수술에 해당하지 않는다는 이유 등으로 암수술급여금의 지급을 거절하였다. ⑥ 색전술(색전술)이란 암세포가 혈액에 의존하는 점을 이용하여 카테터(catheter, 가느다란 관)를 대동맥에 삽입하고 이를 통해 항암제를 투여하고 영양분을 공급하는 혈관을 차단하는 방법으로 암세포만을 선택적으로 괴사시키는 치료방법이다. ⑦ 한국유방암학회 회신서에서는, 유방암 환자의 전이성 폐암치료를 위한 외과적 절제는 논란이 많은 상황이며 생존율 향상에 도움이 되지 않는다는 주장이 더 많고, 특히 피고의 경우 양측 다발성 폐전이어서 외과적 절제는 적응증이 되지 않으며, 한편 이 경우 색전술은 표준적으로 행하여지는 치료라고 하기에는 이른 감이 있고 향후 더 많은 연구가 필요하다는 소견을 밝힌바 있다. ⑧ 중앙대학교 병원장의 사실회사회신서에서도 색전술은 전이된 폐암의 표준적인 치료법은 아니고 일부 병원에서 실험적으로 시행되는 것으로 알려져 있다는 소견을 밝힌 바 있다. ⑨ 클리니카 이.티. 병원에서는 피고의 증상이 유방암 수술 후 부분적 재발, 다발성 폐전이(multiple lung metastasis)이고, 피고는 부분적으로 재발한 유방암과 다발성 폐전이를 제거하기 위한 색전술(embolization surgery)을 받았다고 밝혔다.

1.1.1.2 대법원의 판단

이 사건 보험계약의 약관 제5조에서는 암보험급여의 대상이 되는 수술을 특정암 또는 일반암의 치료를 직접적인 목적으로 수술을 받는 행위라고만 규정하고 있을 뿐 의료계에서 표준적으로 인정되는 수술이라고 제한하고 있지 않고, 피고는 유방암에서 전이된 폐암의 치료를 직접적인 목적으로 색전술을 받은 것이 분명하고, 위 약관에서 수술의 의미를 구체적으로 명확하게 제한하고 있지 않으므로, 가는 관을 대동맥에 삽입하여 이를 통해 약물 등을 주입하는 색전술도 넓은 의미의 수술에 포함될 여지가 충분히 있고, 이 사건 보험상품을 개발하여 판매한 원고는 위 일본국 소재 병원에 직접 피고의

치료내용을 확인한 후 3년 3개월 동안 19회에 걸쳐 합계 1억 1,400만 원의 암수술급여금을 지급해 왔으므로, 피고가 받은 폐색전술은 이 사건 보험계약의 약관 제5조의 수술에 해당한다고 봄이 상당하고, 이러한 해석론이 약관 해석에 있어서의 작성자 불이익의 원칙에도 부합하는 것이라고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 이와 달리 이 사건 폐색전술이 이 사건 보험계약의 약관상 수술에 해당하지 않는다고 한 원심판결에는 보험약관의 해석에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 피고의 주장은 이유 있다.⁶⁾

1.1.2 당뇨병망막병증의 치료를 위한 레이저 광응고술과 수술

- 대법원 2015년 5월 28일 선고 2012다50087 판결 -

피고는 2003년 7월 11일 원고와 암종합특약, 특정질병보장특약, 수술보장특약을 포함하는 이 사건 보험계약을 체결하였다. 위 특정질병 중 9대질환과 관련하여 이 사건 특정질병보장특약 약관 제9조 제1항 제2호는 ‘9대질환이라 함은 당뇨병, 심장질환, 고혈압, 뇌혈관질환, 간질환, 만성호흡기질환, 위·십이지장궤양, 갑상선장애평, 신부전증으로 분류되는 질병(별표3 ‘9대질환분류표’ 참조)을 말합니다.’라고 규정하고, 제12조는 ‘회사는 이 특약의 보험기간 중 피보험자에게 다음 사항 중 어느 한 가지의 경우에 해당되는 사유가 발생한 때에는 보험수익자에게 약정한 보험금(별표1 ‘보험금 지급기준표’ 참조)을 지급합니다.’라고 규정하면서, 그 제3호에서 ‘보험기간 중 피보험자가 책임개시일 이후에 9대 질환으로 진단확정 되고, 그 9대질환의 치료를 직접목적으로 하여 수술을 받았을 때 : 9대 질환 수술급여금’이라고 규정하고 있으며, 별표1에서는 9대 질환 수술급여금에 대하여 수술 1회당 300만 원을 지급한다고 규정하고 있다. 한편 이 사건 특정질병보장특약 약관에서는 수술에 대한 정의를 따로 두고 있지 않다. 이 사건 특정질병보장특약 약관의 별표3 ‘9대 질환분류표’에는 ‘약관 제9조에 규정하는 9대 질환으로

6) 결국 이 사건에 대하여 대법원이 판단한 내용은 다음과 같다: 갑보험회사의 보험계약 약관에서 말하는 암 수술급여금의 지급대상인 ‘수술’에 폐색전술이 해당하는지 여부가 문제된 사안에서, 보험계약 약관 제5조에서는 암 보험급여의 대상이 되는 수술을 특정암 또는 일반암의 치료를 직접적인 목적으로 수술을 받는 행위라고만 규정하고 있을 뿐 의료계에서 표준적으로 인정되는 수술이라고 제한하고 있지 않고, 위 약관에서 수술의 의미를 구체적으로 명확하게 제한하고 있지도 않으므로, 가는 관을 대동맥에 삽입하여 이를 통해 약물 등을 주입하는 색전술도 넓은 의미의 수술에 포함될 여지가 충분히 있고, 갑 보험회사는 병원에 직접 을의 치료내용을 확인한 후 3년 3개월 동안 19회에 걸쳐 합계 1억 1,400만 원의 암 수술급여금을 지급해 왔으므로, 을이 받은 폐색전술은 보험계약 약관 제5조의 수술에 해당한다고 봄이 상당하고, 이러한 해석론이 약관 해석에 있어서의 작성자 불이익의 원칙에도 부합하는 것이라고 하여, 폐색전술이 보험계약 약관상 수술에 해당하지 않는다고 본 원심판결을 파기한 것이다.

분류되는 질병은 제4차 개정 한국표준질병사인분류(통계청 고시 제2002-1호, 2003년 1월 1일 시행) 중 다음에 적은 질병을 말합니다. 다만 제5차 개정 후 한국표준질병사인분류에 있어서 다음 질병 이외에 약관에 해당하는 질병이 있는 경우에는 그 질병도 포함하는 것으로 합니다.’라고 기재되어 있고, 그 질병 중 당뇨병에 관하여는 분류표에 ‘대상이 되는 질병’은 ‘당뇨병’, ‘분류번호’는 ‘E10~E14’로 기재되어 있다. 한편 이 사건 특정질병보장특약 약관 별표3에 기재된 9대 질병 중 당뇨병뿐만 아니라 심장질환, 뇌혈관질환, 고혈압, 간질환, 갑상선 장애, 신부전증 등 7개 질병은 ‘대상이 되는 질병’ 및 ‘분류번호’의 표기가 한국표준질병사인분류에서의 해당 ‘항목군’의 표기와 일치한다. 한국표준질병사인분류는 장, 항목군, 3단위분류, 4단위분류, 5단위분류의 단계적 분류체계로 구성되고, ‘항목군’은 3단위분류 중에서 동질성이 있는 항목들끼리 묶어놓은 것이며, 4단위분류는 3단위분류가 단일 질환인 경우 상이한 해부학적 부위나 다양한 요인을 구분하고자 할 때 또는 3단위분류가 병태(病態)군인 경우 개별질환을 구분하고자 할 때 사용된다. 당뇨병은 한국표준질병사인분류(제4차) 3단위분류에서 E10(인슐린의존 당뇨병), E11(인슐린-비의존 당뇨병), E12(영양실조-관련 당뇨병), E13(기타 명시된 당뇨병), E14(상세불명의 당뇨병)로 분류되고, 4단위분류에서는 눈합병증을 동반한 당뇨병은 E10.3, E11.3, E12.3, E13.3, E14.3으로 분류되며 눈합병증으로 당뇨망막병증이 기재되어 있다. 예컨대 당뇨병성 증식성 망막병증을 동반한 당뇨병은 제6차 개정 한국표준질병사인분류(통계청 고시 제2010-150호, 2011년 1월 1일 시행) 5단위 분류에서는 E10.32, E11.32, E12.32, E13.32, E14.32로 분류된다.

한국표준질병사인분류의 단계적 분류체계 및 이 사건 특정질병보장특약 약관 별표3의 기재내용을 고려할 때 이 사건 특정질병보장특약의 보장대상인 같은 약관 별표3의 ‘9대질환 중 당뇨병’에는 한국표준질병사인분류의 ‘당뇨병(Diabetes mellitus)(E10-E14)’이라는 항목군에 속하는 세분류 단위에 기재된 질병도 포함된다고 보아야 할 것이다. 그리고 당뇨망막병증은 한국표준질병사인분류 ‘당뇨병(Diabetes mellitus)(E10-E14)’ 항목군의 4단위, 5단위분류에 기재되어 있고, 피고는 당뇨망막병증의 치료를 직접적인 목적으로 레이저 광응고술을 받은 것이 분명하며, 이 사건 특정질병보장특약 약관에서 수술의 의미를 구체적으로 명확하게 제한하고 있지 않고 레이저 광응고술도 넓은 의미의 수술에 포함될 여지가 충분이 있으므로, 피고가 받은 레이저 광응고술은 이 사건 특정질병보장특약의 약관 제12조 제3호에서 규정한 ‘9대질환의 치료를 직접목적으로 받은 수술’에 해당한다고 봄이 상당하다.

피고는 원고와 암종합특약, 특정질병보장특약, 수술보장특약을 포함하는 이 사건 보험계약을 체결한 다음 당뇨병으로 진단받았고, 당뇨망막병증 등에 대하여 레이저 광응고술을 받았으며, 원고로부터 이 사건 특정질병보장특약 약관에 따라 9대 질환 수술급여금으로 19회에 걸쳐 함께 5,700만 원을 지급받았는데, 원고는 피고가 받은 당뇨망막병증에 대한 레이저 광응고술이 이 사건 특정질병보장특약에서 말하는 9대 질환의 치료를 직접 목적으로 하여 수술을 받은 것으로 볼 수 없다는 이유로 피고의 추가 보험금 청구를 거부하고 피고를 상대로 이 사건 채무부존재확인 소송을 제기한 사안에서, 레이저 광응고술이 9대질환의 치료를 직접목적으로 하는 수술이고 이 사건 특정질병보장특약의 9대질환 수술급여금 지급대상에 해당한다는 취지의 원심 판단은 정당하다.

1.2 금융감독원 분쟁조정위원회의 사례 검토

1.2.1 조정번호 제 2005-57 호 ‘중심정맥천자 수술이 수술급여금 지급대상인지 여부’

항암제 투여를 목적으로 중심정맥천자 수술을 하였더라도 수술의 정의에 해당하지 않으므로 부지급(수술의 정의가 명시되어있는 약관)

1.2.2 조정번호 제 2011-26호 ‘백혈병 치료를 위한 중심정맥관삽입술 및 요추천자 항암제 주입술의 암수술 인정 여부’

백혈병 치료를 위한 중심정맥관 삽입술 및 요추천자 항암제 주입술에 대하여 암수술급여금을 지급(수술의 정의가 없는 약관)

1.3 법률자문 결과

A사가 실시한 법률자문에 대하여 다음과 같은 답변을 얻었다. 항암제를 투여할 목적으로 삽입하는 것으로 ‘암에 대한 직접적인 치료’에 해당한다고 판단된다. 오마야씨 저장기 삽입술은 인체(두개)에 천자를 하는 시술이므로 보험약관에서 규정하는 ‘수술의 정의’에 들어가지는 않는다. 금융분쟁조정사례 및 최근 대법원 판례도 보험약관에서 수술의 의미를 구체적으로 명확하게 제한하고 있지 않은 경우 색전술 시술도 넓은 의미의 수술에 포함될 여지가 충분히 있으며 이러한 해석론이 작성자 불이익의 원칙에 부합한다는 판결로 주임정맥삽입술에 대해 암수술비를 지급하는 것으로 결정하고 있으나,

본 사건의 계약은 수술의 정의를 분명히 명시하고 있으므로 보험금 지급에 부정적으로 보아야 한다.

2. 판례 등의 평가

대법원 판례에서는 특히 과학기술발달에 따라서 새로이 등장하는 수술도 수술의 개념에 포함시키고 있다. 특히 약관에서 수술의 개념을 명확히 정의하지 않고 있는 경우에는 대법원 판례가 타당하다. 그런데 만일 약관에서 수술의 범위를 명확하게 한정하고 있다면 그 약관대로 처리하여야 할 것이다. 금융감독원의 분쟁조정제도 수술의 정의가 없는 약관인지, 수술의 정의가 명시적으로 있는 약관인지에 따라서 차등화하고 있다. A사가 실시한 법률자문에 대한 답변에서도 약관에서 수술의 개념정의를 하고 있는지 여부에 의하여 차등 취급할 필요성을 주장하고 있다.

IV. 작성자불이익원칙과의 관계와 검토

1. 작성자 불이익원칙

1.1 의의

약관이 불명확한 경우에는 작성자인 사업자에게 불리하게 고객에게 유리하게 해석하는 원칙을 작성자 불이익원칙 또는 불명확성의 원칙이라고 한다.⁷⁾ 즉 약관 조항 가운데 그 의미가 불명확한 점이 있는 때에는 그 불이익은 작성자가 감수하여야 한다.⁸⁾ 그리고 동일한 조항에 관하여 복수의 해석이 가능할 경우에는 사업자의 계약상대방에게 유리하게 해석하여야 한다.⁹⁾ 다른 약관해석원칙들을 우선적으로 적용하여 그 의미를 파악하면서, 그렇게 한다고 할지라도 그 의미가 모호한 경우에 해당하면, 최종적으로 작성자불이익 원칙이 적용된다.¹⁰⁾ 즉 “의심스러운 때에는 작성자에게 불리하게”라는 법원칙이 적용

7) 박은경, 보험해상법 강론, 신지서원, 2004, 46쪽; 정찬형, 상법강의(하) 제17판, 박영사, 2015, 526쪽.

8) 권오승, 경제법 제9판, 법문사, 2011, 454쪽.

9) 이은영, 약관규제법, 박영사, 1994, 154쪽.

되는 것이다.¹¹⁾ 우리 약관규제법 제5조에서는 약관해석의 원칙으로 객관적 해석원칙과 작성자 불이익원칙을 규정하고 있다. 약관이 2이상의 뜻으로 풀이되는 때에는 고객에게 유리한 뜻을 따라야 하며, 그 결과 약관작성자(사업자)에게는 불리하게 되므로 ‘작성자 불이익의 원칙’이라고도 한다. 약관의 내용이 불명확하여 다의적인 경우에는 작성자가 그 불명확성으로 인한 불이익을 부담하여야 한다.¹²⁾ 즉 약관 내용 중 여러 가지로 해석될 소지가 있는 경우에는 그 위험은 사업자가 부담하여야 한다.¹³⁾ 약관작성자인 사업자는 약관의 문구를 분명하고 오해의 소지 없게(klar und unmissverständlich) 작성할 책임이 있는 것이다.¹⁴⁾ 작성자 불이익의 원칙은 모든 해석의 의문을 약관작성자인 사업자에게 부담시키려는 것이 아니고 객관적 해석 후에도 그대로 남아 있는 의문점만을 사업자에게 부담시키려는 것이다.¹⁵⁾ 모든 가능한 해석수단을 다 동원하였음에도 불구하고 법적으로 주장할 수 있는 2개 이상의 해석가능성이 남아 있을 때 작성자불이익 원칙을 적용하는 것이다.¹⁶⁾

1.2 우리나라의 판례

1.2.1 판례

1.2.1.1 대법원 2011년 7월 28일 선고 2011다30147 판결

고주파절제술도 넓은 의미의 수술에 포함될 여지가 충분히 있다 할 것이어서 원고가 받은 고주파절제술은 이 사건 보험계약의 약관 제10조의 수술에 해당한다고 봄이 상당하다. 이러한 해석론이 약관해석에 있어서의 작성자 불이익원칙에도 부합한다.

1.2.1.2 대법원 2010년 12월 9일 선고 2009다60305 판결¹⁷⁾

‘상피내암’은 객관적으로 다의적으로 해석되어 약관 조항의 뜻이 명백하지 아니한

10) 유주선, 상법총칙·상행위법, 청목출판사, 2013, 271쪽.

11) 정호열, 경제법 제4판, 박영사, 2012, 599쪽.

12) 김형배/김규원/김명숙, 민법학강의 제9판, 신조사, 2010, 1203쪽.

13) 공정거래위원회, 약관규제의 실제, 공정거래위원회, 2008, 40쪽.

14) Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl., München, 2010, S. 422.

15) 이기수/최병규/김인현, 보험·해상법 제9판, 박영사, 2015, 39쪽.

16) 신현운, 경제법 제5전정판, 법문사, 2012, 634쪽; 이기수/유진희, 경제법 제9판, 세창출판사, 2012, 500쪽.

17) 이 판결에 대한 평석으로는 김선정, “약관의 해석에 있어서 작성자 불이익의 원칙”, 월간 생명보험 제388호(2011년 6월호), 생명보험협회, 26쪽 아래 참조.

경우에 해당하므로, 약관의 규제에 관한 법률 제5조 제2항이 규정하는 작성자 불이익의 원칙을 적용하여 위 약관이 규정하는 상피내암은 점막 내 암종을 제외한 상피내 암종만이 해당한다고 제한 해석해야 한다.

1.2.1.3 대법원 2010년 9월 30일 선고 2010다40543 판결

이 사건 보험약관 제21조(보험금의 종류와 지급사유) 제3호에 “보험기간 중 피보험자가 암보장책임개시일 이후에 암으로 진단이 확정되고 그 암의 치료를 직접 목적으로 하여 수술을 받았을 때 또는 보험기간 중 피보험자가 기타피부암, 상피내암, 경계성종양으로 진단이 확정되고 그 기타피부암, 상피내암, 경계성종양 치료를 직접 목적으로 하여 수술을 받았을 때 : 수술비 지급”이라고 규정되어 있는바, 위 보험약관에서 말하는 ‘암의 치료’는 암의 제거나 증식 억제뿐만 아니라 암으로부터 발현되는 증상의 호전 또는 암 환자의 생명 연장을 위한 치료를 포함한다고 보는 것이 평균인의 관념에 비추어 합리적인 점, 위 ‘암의 치료를 직접 목적으로 하는 수술’에서 ‘직접’이라는 표현은 그 문구상 위치에 비추어 ‘암’만을 한정 수식하는 것이 아니라 ‘암의 치료’를 한정 수식하는 것으로 해석할 수 있는 점, 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 하는데(약관의 규제에 관한 법률 제5조 제2항), 위 ‘직접’이라는 표현은 추상적이고 상대적인 측면이 있으므로 그 뜻이 명백하다고 보기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 위 보험약관의 ‘암의 치료를 직접 목적으로 하는 수술’은 암을 제거하거나 암의 증식을 억제하기 위한 수술로 한정되는 것이 아니라 암 자체 또는 암의 성장으로 인하여 직접 발현되는 중대한 병적 증상을 호전시키기 위한 수술을 포함한다고 보아야 할 것이지만, 암이나 암치료 후 그로 인하여 발생한 후유증을 완화하거나 합병증을 치료하기 위한 수술까지 이에 포함된다고 보기는 어렵다. 원심판결 이유에 의하면, 피고는 이 사건 보험의 보험기간 중인 2005년 8월 26일 서울대병원에서 B형간염으로 인한 말기 간부전 및 간세포암으로 진단받고, 그 치료를 위하여 북경 우징병원에서 2007년 2월 7일경 간이식 수술을 받은 사실, 위 간이식 수술 후 피고에게는 더는 암이 존재하지 않게 되었지만, 간이식 수술로 인한 합병증으로 담도문합부에 협착이 발생하여 2007년 7월 19일경 및 2007년 7월 20일경 서울대학교 병원에서 10mm~2cm의 풍선을 이용하여 확장술을 시행하였고, 2007년 7월 24일에도 풍선확장술을 시행하였으며 그 후 2007년 9월 28일경, 2007년 11월 12일경, 2007년 12월 4일경, 2008년 3월 14일경, 2008년 6월 13일경, 2008년 6월 16일경, 2008년 8월 1일경, 2008년 8월 4일경까지 11회에 걸쳐 풍선확장술을 시행한 사실을 알 수 있는바, 앞서 본 법리와 사실관계에 비추어 보면, 피고에게 행한 담도문합부

확장술은 간이식 수술로 더는 암이 존재하지 아니한 상태에서 간이식 수술로 인하여 발생한 합병증을 치료하기 위한 것으로서 위 보험약관에서 말하는 ‘암의 치료를 직접 목적으로 하는 수술’에 해당한다고 보기 어렵다.

1.2.1.4 대법원 2010년 9월 9일 선고 2007다5120 판결

외국환은행이 취급세칙과 취급절차에 따르지 않고 취급한 무역금융은 이 사건 신용보증약관 제2조 제1호의 신용보증대상에 해당하지 않는다고 할 것이고, 외국환은행이 그러한 무역금융을 실행한 것은 이 사건 신용보증약관의 신용보증조건인 ‘신용보증부 대출금 종류’를 위반한 행위에 포함된다고 할 것이다. 반면, 이러한 이 사건 신용보증약관의 전체 문맥이나 경제적 의미 등을 고려하지 않은 채 ‘종류’라는 약관의 문구로부터 수출신용보증서상의 대출금 종류와 다른 종류의 대출이 이루어진 경우만을 신용보증조건 위반이라고 해석하는 태도는 형식적인 해석으로서 결코 합리적이지 않다. 그리고 위와 같이 외국환은행이 취급세칙과 취급절차에 따르지 않고 취급한 무역금융이 이 사건 신용보증약관의 신용보증조건인 ‘신용보증부 대출금 종류’를 위반한 것이라고 보는 해석이 이 사건 신용보증약관의 목적과 취지를 고려한 공정하고 합리적인 해석이 되는 이상, 이 사건 신용보증약관 제3조 제1항에 불명료한 점이 있다고는 볼 수 없으므로 약관의 규제에 관한 법률 제5조 제2항에 정한 작성자 불이익의 원칙은 적용될 여지가 없다.

1.2.1.5 대법원 2009년 8월 20일 선고 2007다64877 판결

대리운전보험은 피보험자가 ‘타인자동차’를 운전하는 동안 생긴 사고로 발생한 손해를 보상하기 위한 것으로서 대물배상에 관한 위 약관조항에 피보험자가 운전한 ‘타인자동차’와 보상의 대상이 되는 ‘남의 재물’을 구별하여 규정하고 있고 ‘타인자동차’에 생긴 손해에 관하여는 별도의 타인자동차손해 항목에서 그 보험대상으로 삼고 있을 뿐 아니라, 일반적인 자동차보험 약관에서도 대물배상 항목은 피보험자동차가 아닌 남의 재물에 관한 손해를 보상하는 것으로 되어 있고 자기차량손해 항목은 피보험자동차에 직접적으로 생긴 손해를 보상하도록 규정되어 있어 남의 재물을 운행에 제공된 피보험자동차와 구별하고 있으므로, 이 사건 대리운전보험의 대물배상 항목에서 보험대상으로 삼고 있는 ‘남의 재물’은 대리운전 대상차량인 ‘타인자동차’ 이외의 물건을 의미한다고 해석하여야 하고, 이와 같이 약관조항의 의미가 명백한 이상 약관의 규제에 관한 법률 제5조 제2항에 규정된 작성자 불이익의 원칙은 적용될 수 없다 할 것이다.

1.2.2 판례의 평가

우리 대법원은 특히 수술의 개념과 관련하여 작성자불이익원칙을 적용하여 고객에게 유리하게 판결을 내리는 추세이다. 고주파절제술도 넓은 의미의 수술에 포함할 수 있으며 수술의 개념이 불명확하므로 작성자 불이익의 원칙을 적용하였다. 그리고 상피내암의 경우 일반암보다 보험금을 적게 주는데, 상피내암의 범위를 좁게 보는 해석을 취함으로써 역시 고객에게 유리하게 해석을 하고 있다. 하지만 신용보증약관의 신용보증조건인 ‘신용보증부 대출금 종류’를 위반한 것이라고 보는 해석이 신용보증약관의 목적과 취지를 고려한 공정하고 합리적인 해석이 되는 이상, 문제의 신용보증약관에 대해서는 작성자불이익원칙을 적용할 여지가 없다고 보았다. 즉 목적을 고려하여 명확한 해석이 가능한 경우에는 작성자불이익원칙을 적용할 여부는 없다고 본 것이다. 더 나아가서 대리운전보험 약관에서 대물보상은 남의 물건을 손상한 경우에 보상을 하는 것인데, 여기서 남의 물건은 대리운전 대상차량인 ‘타인자동차’ 이외의 물건을 의미한다고 해석하는 것은 약관의 내용이 명확하다고 보았다. 그리하여 이 경우에는 역시 작성자불이익원칙을 적용하지 아니하였다. 법원은 합리적인 해석을 시도하고 해석이 나뉘지 않는 경우에는 작성자불이익 원칙을 적용하지 아니한다.

1.3 독일의 경우 논의

독일의 경우에는 작성자불이익원칙을 독일 민법¹⁸⁾ 제305c조¹⁹⁾에서 규정을 하고 있다.

1.3.1 의의

독일 민법 제305c조 제2항에서 규정하고 있는 작성자불이익원칙은 유럽연합 약관 지침 제5조 제2문에 규정되어 있다.²⁰⁾ 그에 상응하는 내용으로 규정이 되었다. 그리고 이는 독일의 판례에 의하여 전개된 약관에 대한 보충해석원칙을 입법화한 것이다. 동 해석원칙은 약관을 분명하고 오해의 소지가 없게 만드는 것은 사업자의 소관이라는

18) 독일의 보험계약법에서는 부분부분마다 편면적 강행규정을 두고 있다. 즉 우리처럼 일괄적으로 편면적 강행규정으로 하지 않고 필요한 조항들을 선별하여 편면적 강행규정화하고 있다. 이에 대해서는 이필규/최병규/김은경, 2009년 독일 보험계약법, 세창출판사, 2009, 108쪽 참조.

19) 독일 민법 제305c조(의외조항 및 다의조항) (1) 제반 사정, 특히 계약의 외적 현상형태에 비추어 이례적이어서 약관사용자의 계약상대방이 고려할 필요가 없는 약관조항은 계약의 구성부분이 되지 아니한다.

(2) 약관의 해석에서 의심스러운 경우는 약관사용자에게 불리하게 해석된다.

20) Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., München, 2004, S. 780.

사고에 기인하는 것이다. 이 규정은 집단적으로 교섭이 되고 관청에 의하여 권장되거나 인가된 약관에 대해서도 적용된다.²¹⁾ 그리고 작성자불이익원칙은 경영자연금법 (BetriebsrentenR)에 있는 것에 대해서도 적용된다.²²⁾ 또한 동 원칙은 기업간의 거래에 대해서도 적용된다.²³⁾ 이 원칙은 물론 경제적으로 및 지적으로 우위에 있는 자에 의하여 작성된 개별 계약조건에 대해서도 유추적용 된다.²⁴⁾ 작성자불이익원칙을 적용하기 위하여 해석에 대한 분쟁이 존재한다는 것만으로는 부족하다. 적용되기 위한 요건은 적용가능한 해석방법을 다 써보았어도 재거할 수 없는 의문이 남아있는 경우로서 최소한 두 개 이상의 해석이 법적으로 주장되고 있어야 한다.²⁵⁾ 해당조항이 객관적인 해석에 있어서 통일적인 내용을 보이고 있다면²⁶⁾ 또는 당사자가 약관을 일치하여 특정한 의미로 이해할 경우에는 독일 민법 제305c조 제2항은 적용되지 않는다. 약관이 지엽적인 부분에서만 아니라 그 핵심부에서도 불분명할 경우에는 그 약관은 독일 민법 제307조²⁷⁾ 제1항 제2문에 의하여서 뿐만 아니라 독일 민법 제305조²⁸⁾ 제2항 제2호에 의해서도

21) Lindacher, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, *AGB-Recht*, 5. Aufl., München, 2009, § 305c, Rdn. 125.

22) BAG, AP Nr. 9.

23) BGH, NJW-RR1988, S. 114.

24) Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 69. Aufl., München, 2010, § 133, Rdn. 23.

25) BGHZ 112, S. 68; BGH, NJW 2007, S. 504.

26) BGH, NJW 1993, S. 657.

27) 독일 민법 제307조(내용통제) 1) 약관조항이 신의성실의 요청에 반하여 약관사용자의 계약상대방을 부당하게 불리하게 하는 경우에는, 이는 효력이 없다. 부당한 불리함은 그 조항이 명확하지 아니하고 이해될 수 없는 것이라는 사정에 기하여도 인정될 수 있다. 2) 어느 조항이 다음 각 호의 1에 해당할 경우에는 의심스러운 때에는 부당한 불리함이 인정된다. 그 조항이 법률상 규정과 달리 정하는 것인 경우에 그 규정의 본질적인 기본사상과 합치하지 아니하는 때, 또는 2. 계약의 성질상 인정되는 본질적인 권리 또는 의무를 제한하여 계약목적의 달성이 위태로운 때. 3) 제1항, 제2항 및 제308조, 제309조는 법률규정과 다른 내용 또는 그것을 보충하는 내용을 정하는 약관조항에 대하여만 적용된다. 그 외의 조항은 제1항 제1문과 결합한 동항 제2문에 의하여 무효일 수 있다.

28) 독일 민법 제305조(약관의 계약편입) (1) 약관이라 함은, 계약의 일방당사자(“약관사용자”)가 다수의 계약을 위하여 미리 작성한 것으로서 계약체결시에 상대방 당사자에게 제시하는 모든 계약조항을 말한다. 그 조항이 외형상 별개의 계약구성부분으로 되어 있는지 아니면 계약서 자체에 포함되어 있는지, 그 범위가 어떠한지, 그것이 어떠한 기재방법으로 작성되어 있는지, 계약이 어떠한 방식으로 행하여지는지는 문제가 되지 아니한다. 계약당사자들이 계약조항을 개별적으로 교섭하여 정한 경우에는 약관이 아니다. (2) 약관은 약관사용자가 다음의 요건을 갖추고 상대방 당사자가 그것이 효력을 가짐에 동의한 경우에만 계약의 구성부분이 된다. 1. 상대방 당사자에게 약관을 명확하게 지적하거나, 그 명확한 지적이 가능하여도 계약체결의 성질로 인하여 현격하게 어려운 때에는 계약체결의 장소에 분명히 보일 수 있게 게시함으로써 약관을 지적하고, 2. 약관사용자가 알 수 있는 상대방 당사자의 신체적 장에도 상당하게 보려하는 바의 기대가능한 방법으로 약관의 내용을 인식할 수 있는 가능성을 상대방 당사자에게 부여하는 것. (3) 계약당사자는 일정한 유형의 법률행위에 대하여는 일정한 약관이 효력을 가짐을 제2항에서 정하여진

무효이다. 독일 민법 제305c조 제2항은 약관의 이해에 관계되는 것이지 불분명한 주변사정의 의미에 관계되는 것이 아니다. 불분명한 주변사정은 정상적이고 보통 이해능력이 있는 의사표시의 수령자의 견지에서 평가하여야 한다.²⁹⁾

1.3.2 약관사용자에게 불리한 해석

약관 사용자인 사업자의 상대방에게의 유리한 해석은 두 가지 의미에서 확인이 가능하다.

1.3.2.1 단체소송

독일 금지청구소송법(UKlaG) 제1조에 의한 단체소송³⁰⁾에서는 독일 민법 제305c조 제2항은 반대로 적용하여야 한다. 여러 가지 해석가능성이 존재할 때에는 동 조항의 무효로 이르게 하는 해석을 적용하여야 한다. 즉 척도가 되는 것은 외견상 고객에게 불리한 해석이 되는 것이다. 왜냐하면 그것이 실제로는 고객에게 가장 유리한 것이기 때문이다.³¹⁾ 법률거래의 장애를 진지하게 고려하지 않는 매우 이례적인 해석가능성은 고려되지 않고 또 동 약관조항을 무효로 만들지도 않는다.³²⁾ 예를 들어보면, 흠결 있는 제공에 의한 하자에 대한 책임배제는 독일 민법 제305c조 제2항의 적용에 의해서도 상대방고객의 반대청구권이나 유치권을 배제하지 않는다.³³⁾

1.3.2.2 개별소송

약관의 무효가 고객의 법적 지위를 더 좋게 만드는 경우에는 작성자불이익원칙은 개별소송에서도 반대로 적용된다. 즉 고객이 불리한 해석 무효조항위반으로서 무효인지 여부를 검토하여 보아야 한다.³⁴⁾ 이렇게 보는 것이 독일 민법 제305c조 제2항의 보호목적에 부합하는 것이다. 이전의 통설은 고객불리해석을 단체소송에만 국한하려하였는데 지금은 그렇지 않고 개별소송에서도 적용하여야 할 경우가 있다고 보는 것이다. 그리고 그로써 단체소송과 개별소송에서 다른 해석을 생기게 하는 것을 피할 수 있다. 첫 번째

요건을 준수하여 미리 약정할 수 있다.

29) BAG, NZA 2008, S. 179.

30) 우리의 경우는 2006년 소비자기본법에서 소비자단체소송을 2006년 도입하였다(소비자기본법 제70조~76조).

31) BGH, NJW 2003, S. 1237.

32) BGH, NJW 1993, S. 1135.

33) OLG Celle, NJW-RR 1993, S. 1334.

34) BGH, NJW 2008, S. 2172.

해석단계에서 유효하다고 판단이 날 때 불명확성원칙은 직접 적용할 수 있다. 즉 고객유리해석의 한계 내에서 불명확성원칙이 적용되는 것이다.³⁵⁾

1.3.3 고객유리해석의 사례

매도인은 총 X km를 보증한다고 한 경우에는 자동차판매상을 통한 매매의 경우에는 이를 보증책임(개런티)인수(Garantieübernahme)로 해석하여야 한다.³⁶⁾ 공장에서 나오는 새로운 차를 매수하는 매수인은 제3 수리업자에서의 하자청구를 주장할 경우에는 매도인에게 알려주어야 한다는 조항은 수리가 제대로 되지 않은 경우에도 알릴 수 있다는 것으로 해석하여야 한다.³⁷⁾ 법률상 존재하지 않는 철회권에 대한 지시는 그에 상응하는 계약상의 권리에도 적용된다.³⁸⁾ 불명확하게 구획된 사전지급보증은 매수인의 하자제거 비용에 대해서도 적용된다.³⁹⁾ 담보책임부과의 조항은 독일 민법 제305c조 제2항에 의거하여 정지조건으로 해석하여야 하지 계약상의 의무로 해석하여서는 아니 된다.⁴⁰⁾ 검사 증거서류작성의 포기는 운송주선계약에서 스스로에 의한 검사를 포기하는 것으로 해석하여서는 아니 된다.⁴¹⁾ 자동차에 대한 책임보험보호는 독일 민법 제305c조 제2항에 의거하여 지게차에게도 적용된다.⁴²⁾ 중과실이나 경과실에서 보험보호가 배제되는지 여부가 불분명하다면 중과실의 경우에만 면책이 된다.⁴³⁾ 오토바이를 절취당한 경우에 임차인책임을 임대인의 자기부담부분에만 제한한다면 이는 약관에 메모를 통하여 자기자동차손해보험이 없는 경우에도 적용된다.⁴⁴⁾ 건강손상에 의한 직업능력상실의 경우에 보험보호를 준다고 한다면 임신의 경우에도 보험보호를 주어야 한다.⁴⁵⁾ 출발하기 3일전까지 인정되는 철회권은 여행게시의 3일을 포함하는 날까지 인정되는 것이다.⁴⁶⁾

35) MünchKommen/Basedow, § 305c, Rdn. 20.

36) BGH, NJW 1998, S. 2207.

37) BGH, NJW 2007, S. 505.

38) BGH, NJW 1982, S. 2314.

39) BGH, NJW 1999, S. 1105.

40) BGH, NJW-RR 1997, S. 304.

41) BGH, NJW-RR 2002, S. 1257.

42) BGH, NJW-RR 1995, S. 1303.

43) BGH, NJW 1995, S. 56.

44) OLG Hamm, NJW-RR 1997, S. 1215.

45) OLG Bremen, NJW-RR 1995, S. 1179.

46) AG Dortmund, NJW-RR 2007, S. 60.

1.3.4 독일의 시사점

독일의 경우에는 단체소송이 존재한다. 그런데 단체소송에서는 오히려 소비자에게 불리한 해석을 채택하여야 한다. 그리하여 약관이 무효로 되게 됨으로써 결과적으로 전체소비자를 보호하는 방편이 되기 때문이다. 그리고 일반 소송에서는 우리와 같이 작성자 불이익원칙에 의하여 진지하게 해석을 시도한 후에 해석이 소비자에게 불리한 내용과 불리한 내용으로 나누어질 경우에는 소비자에게 유리한 해석을 채택하여야 한다. 이에 대한 판례는 매우 풍부하게 축적이 되어 있다. 그런데 독일의 판례를 자세히 들여다 보면 객관적으로 명백한 기준이 존재할 경우에는 작성자불이익원칙에 의해 무조건 소비자에게 유리한 해석을 채용하는 것이 아니라 그 객관적 기준을 통하여 해석한다는 점을 주의하여야 한다. 구체적으로 보험과 관련하여서는 다음의 사례가 중요하다: 자동차에 대한 책임보험보호는 작성자불이익원칙에 의거하여 지게차에게도 적용된다. 그리고 중과실이나 경과실에서 보험보호가 배제되는지 여부가 불분명하다면 중과실의 경우에만 면책이 된다. 또한 건강손상에 의한 직업능력상실의 경우에 보험보호를 준다고 한다면 임신의 경우에도 보험보호를 주어야 한다.

V. 평가와 분석

오마야씨 저장기 삽입술은 항암제를 투여할 때마다 매번 척추천자 등의 시술을 하기 어려우므로 오마야씨 저장기라는 큐브를 삽입하여 항암제를 투여할 수 있도록 하는 치료방법이다. 즉 항암제 투여를 쉽게 하기 위한 목적으로 오마야씨 저장기를 삽입하는 것이다. 그런데 이 글의 대상이 된 사건에서는 약관에서 수술의 개념을 명확히 정의하면서 흡인(吸引), 천자(穿刺) 등의 조치 및 신경차단(nerve block)은 제외한다고 명시적으로 규정을 하고 있다. 따라서 대법원이 과학기술의 발달에 따른 수술기법진전을 고려하여 레이저광응고술을 수술로 보는 판결 등이 선고되기는 하였어도 약관에서 명시적으로 배제하고 있는 천자(穿刺)에 해당하는 오마야씨 저장기 삽입술은 결국 수술로 보기는 어려울 것이다. 따라서 고객권익위원회의 판단처럼 이 경우는 수술보험금을 지급하지 않는 쪽으로 결정을 하는 것이 맞다고 본다.

그렇지만 장기적으로는 전향적 자세를 보이는 것이 바람직하다. 최근 금융감독원의 계획에 의하면 치료기법이 발달하면 이를 보장하는 쪽으로 제도를 개선하고 있기 때문이

다. 즉 2016년 1월부터 백내장·녹내장 레이저 수술 등 눈 질환 수술에 대해서도 보험금을 받을 수 있게 된다. 또 실손의료보험 입원비 보장 기간을 늘려 최초 입원일로부터 1년 후 3개월 간 보장하지 않는 관행도 없어진다. 금융감독원은 눈 질환 레이저 수술도 보험 보장을 받을 수 있도록 약관을 개선하겠다고 2015년 10월 6일 밝혔다. 지금까지는 눈 질환 관련 보험에 가입했어도 절제수술만 보장이 되고 레이저 치료는 보장 받을 수 없었다. 컴퓨터나 스마트폰 등 전자기기 사용이 일상화 하면서 각막염·결막염 등 다양한 눈 질환을 모두 보장하는 보험도 늘어날 전망이다.⁴⁷⁾ 이는 당뇨병 등 합병증으로 발병하는 눈 질환 치료방법으로 레이저 수술이 널리 이용되고 있지만 기존 약관상 '수술'에 레이저 수술이 포함되지 않아 보험 혜택을 받지 못하는 문제를 해결한 것이다. 금융감독원은 녹내장과 황반변성, 당뇨병성망막병증만을 보장하는 기존 눈 질환 보험에 각막염과 결막염, 각막혼탁, 결막 건조증 등까지 포괄하는 상품도 출시하도록 유도하기로 하였다. 금융감독원은 2015년 중 관련 약관을 정비해 2016년 신규가입자부터 새로운 약관을 적용할 예정이다.⁴⁸⁾ 이러한 경향을 고려하면 오마야씨 저장기 삽입술의 경우 현재약관에 의하면 보장이 안 되게 되어 있지만 앞으로는 약관을 개정하여 보장하는 방향으로 나아가는 것이 바람직하다.

VI. 맺음말

오늘날 생명보험, 상해보험이 수행하는 기능은 크다. 국민들이 안심하고 살 수 있도록 보장기능을 수행하며⁴⁹⁾ 노후를 보장하는 역할도 담당한다. 그리고 인보험은 저축적 기능도 수행하고 있다.⁵⁰⁾ 더 나아가 피보험자가 사망하였을 경우 유족보호기능도 있다. 특히 질병이나 상해의 경우에 국민들에게 경제적 지원을 해줌으로써 재기하거나 건강을 회복하는 기능을 수행하고 있다. 특히 큰 수술을 하는 경우에는 경제적 부담이 상당하다. 따라서 다양화된 보험상품을 적절히 활용하여 미래의 불확실한 위험에 대비하는 제세가 중요하다. 그리고 과학기술발달에 따라서 특정 신 수술기법이 보편화된 경우에는 약관

47) 이데일리 2015년 10월 7일자.

48) 연합뉴스 2015년 10월 6일자.

49) 양승규, 보험법 제5판, 삼지원, 2005, 445쪽.

50) 장덕조, 보험법 제2판, 법문사, 2015, 440쪽.

에서 그를 수술의 대상으로 확대하여 규정을 하는 것이 필요하다. 하지만 명시적으로 수술의 개념을 정의하고 있는 경우에는 그에서 제외하고 있는 형태의 수술은 보험급부를 하기가 어렵다고 하여야 한다. 이러한 경우에는 그 수술기법이 보편화 되는 때를 기다려 약관을 수정하는 조치를 취한 이후에야 보험보장이 가능하다고 보아야 한다. 즉 장기적으로는 전향적 자세를 보이는 것이 바람직하다. 최근 금융감독원의 계획에 의하면 치료기법이 발달하면 이를 보장하는 쪽으로 제도를 개선하고 있기 때문이다. 결국 오마야씨 저장기 삽입술의 경우 현재약관에 의하면 보장이 안 되게 되어 있지만 앞으로는 약관을 개정하여 보장하는 방향으로 나아가는 것이 바람직하다.

참고문헌

1. 단행본

- 공정거래위원회, 약관규제의 실제, 공정거래위원회, 2008.
- 권오승, 경제법 제9판, 법문사, 2011.
- 김성태, 보험법강론, 법문사, 2001.
- 김형배/김규완/김명숙, 민법학강의 제9판, 신조사, 2010.
- 김홍기, 상법강의, 박영사, 2015.
- 박세민, 보험법 제3판, 박영사, 2015.
- 박은경, 보험해상법 강론, 신지서원, 2004.
- 신현운, 경제법 제5전정판, 법문사, 2012.
- 양승규, 보험법 제5판, 삼지원, 2005.
- 유주선, 상법총칙·상행위법, 청목출판사, 2013.
- 이기수/유진희, 경제법 제9판, 세창출판사, 2012.
- 이기수/최병규/김인현, 보험·해상법 제9판, 박영사, 2015.
- 이은영, 약관규제법, 박영사, 1994.
- 이필규/최병규/김은경, 2009년 독일 보험계약법, 세창출판사, 2009.
- 장덕조, 보험법 제2판, 법문사, 2015.
- 정상근, 보험계약법, 도서출판 좋은땅, 2006.
- 정찬형, 상법강의(하) 제17판, 박영사, 2015.
- 정호열, 경제법 제4판, 박영사, 2012.
- 채이식, 상법강의(하) 개정판, 박영사, 2003.
- 최기원, 보험법 제3판, 박영사, 2002.
- 최준선, 보험·해상·항공운송법, 삼영사, 2013.
- Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., München, 2004.
- Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 69. Aufl., München, 2010.
- Rüffer/Halbach/Schimikowski, *Versicherungsvertragsgesetz*, Baden-Baden, 2009.
- Wolf/Lindacher/Pfeiffer, *AGB-Recht*, 5. Aufl., München, 2009.

2. 학술지

김선정, “약관의 해석에 있어서 작성자 불이익의 원칙”, 월간 생명보험 2011년 6월호(통권 제 388호), 생명보험협회, 2011, 26-37쪽.

임재호, “2010년도 보험법 판례의 동향과 분석,” 상사판례연구 제24집 제3권, 한국상사판례학회, 2011, 443-493쪽.

[Abstract]

A Study on the Definition of Operation in Insurance Law and Contra Proferentem

Choi, Byeong-Gyu*

In modern times, the personal insurance plays very important role for the welfare of citizens. Especially, the disease insurance is to afford insurance money in case of insurance accident(disease). In recent times, new surgery methods are developed. The Korean supreme court decided that an embolus surgery and macular grid laser treatment satisfy surgery definition. But the question whether ommaya reservoir insertion is surgery or not, is very difficult to answer. The present definition of surgery in standard contract terms exempt nerve block, aspiration suction and venipuncture out of surgery definition. According to the interpretation of contra proferentem, it is difficult to give insurance money in case of ommaya reservoir insertion yet. In Germany, collective consumer action is in progress. By the collective consumer action, the disadvantageous interpretation to consumer should be adopted. But in individual action, the advantageous interpretation method applies. In progress of technology new surgery method will be also developed. The standard contract terms should reflect the new surgery method rapidly. The appropriate adjustment of standard contract terms is namely very important. We should solve the definition problem about surgery in disease insurance rationally. Through it, the consumer protection will be realized in the field of disease insurance. Scholars and insurance businessmen should try simultaneously for this achievement.

[Key Words] Definition of surgery, New surgery method, Ommaya reservoir insertion, Development of technology, Adjustment of standard contract terms, Contra proferentem, Collective consumer action, Individual action, Objective criteria, Supplementary interpretation

* Professor, The Law School of Konkuk University