

# 타인의 사망보험에 있어서 서면동의제도의 문제점과 개선방향

박 기 역\*

## ■ 차례

I. 논의의 방향	8. 기타 문제점
II. 서면동의제도의 문제점과 개선방향	9. 개선 방향 : 확인의무 조항 신설
1. 상법 제731조 제1항의 입법취지	III. 상법 제731조 제1항의 상해보험에의 준용문제
2. 타인의 사망보험계약 체결의 제한에 관한 입법주의	1. 문제의 소재
3. 절대적 무효 및 추인 불허	2. 학설 및 판례 입장
4. 동의의 방식과 관련하여	3. 보험약관
5. 증명책임의 소재와 증명의 어려움	4. 상법 제731조 제1항을 상해보험에 준용할 경우의 문제점
6. 보험료 반환의 범위와 관련하여	5. 일본에서의 논의와 보험법 신설
7. 15세 이상의 미성년자를 피보험자로 하는 경우의 동의방법에 관한 문제	6. 결론 및 개정방향

\* 박기억 법률사무소 변호사

+ 접수일: 2014.7.30; 심사일: 2014.8.17; 게재확정일: 2014.8.22.



## I. 논의의 방향

실무상 타인의 사망보험에 있어서 서면에 의한 동의제도(상법 제731조 제1항)는 고지의무위반과 함께 보험계약자들의 불만이 가장 많은 사례 중 하나이다. 고지의무위반에 관하여는 고지의무의 수동화와 서면에 의한 질문의 효력(상법 제651조의2) 규정을 삭제하는 방향으로 의견이 모아졌다고 볼 수 있지만, 서면 동의제도에 관하여는 아직 미흡한 상황이다. 제도의 불균형이나 엄격함으로 인하여 어느 한쪽 당사자가 불이익을 입을 수밖에 없는 구조라면 보험에 관한 신뢰도 훼손될 뿐만 아니라 장기적으로 보험 산업의 발전에도 저해요소로 작용할 것이다.

이에 여기서는 서면동의제도에 관하여 구체적인 쟁점을 이론적으로 깊이 있게 살펴보기 보다는 실무의 입장은 어떠한지 그러한 실무의 태도가 어떤 문제점을 야기하며 보험계약 당사자에게 어떤 영향을 미치는가를 살펴보고 이에 대한 바람직한 해결책을 제시해 보고자 한다.

그리고 여기서의 주된 논의대상은 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어서 피보험자인 그 타인이 직접 자필로 서명하지 아니한 경우, 즉 타인으로부터 서면동의를 할 권한을 구체적·개별적으로 수여받은 사람이 권한 범위 내에서 타인을 대리 또는 대행하여 서면동의를 한 경우이다. 예컨대, 부인이 직장에 나간 남편을 피보험자로 하여 남편의 사망을 보험사고로 하는 보험에 가입하거나 그 반대의 경우, 부모가 학교나 직장에 간 자녀를 피보험자로 하여 그 자녀의 사망을 보험사고로 하는 보험에 가입하는 경우에 있어서 그 피보험자의 자필 서명은 없지만 피보험자가 명시적으로 보험가입에 동의한 경우가 주된 논의의 대상이다.

## II. 서면동의제도의 문제점과 개선방향

### 1. 상법 제731조 제1항의 입법취지

우선, 서면동의제도의 개선방향을 논하기 위해서는 위 제도의 입법취지부터 살펴볼 필요가 있겠다. 상법 제731조 제1항은 “타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약<sup>1)</sup>은 「보험계약 체결시」에 그 타인의 「서면」에 의한 동의를 얻어야 한다”고 규정하고 있다. 그런데 위 조항은 원래 “타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 피보험자의 동의를 얻어야 한다”라고만 규정되어 있었으나, 1991. 12. 31. 법률 제4470호로 상법 개정시에 원래의 조문에 「보험계약 체결시까지」라는 문구와 「서면」이라는 문구를 새로 추가하여 현재와 같은 조항으로 개정한 것이다.

현재와 같은 조항으로 개정한 이유는, 동의의 시기와 방식을 명확히 하여 피보험자 사망 후에 동의 여부에 관한 분쟁의 소지를 방지하고, 도덕적 위험을 방지하기 위함이라고 하는데, 당시 보험업계와 일부 상법 학자들도 위와 같은 내용을 주된 이유로 들면서 현재와 같은 조항으로 개정을 주장한 바 있었다.<sup>2)</sup>

대법원도 상법 제731조 제1항의 입법취지에 관하여, 도박보험의 위험성과 피보험자 살해의 위험성, 그리고 그 동의의 시기와 방식을 명확히 함으로써 분쟁의 소지를 없애려는 데 그 취지가 있다고 판시하고 있고,<sup>3)</sup> 아울러 피해자의 동의를 얻지 아니하고 타인의 사망을 이른바 사행계약상의 조건으로 삼

1) 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약이라 함은 자기 이외의 제3자를 피보험자로 하여 그 피보험자의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 말한다. 타인의 사망보험이라고 한다. 반면 보험계약자가 자신을 피보험자로 하여 자신의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결한 경우를 자기의 사망보험이라고 한다.

2) 양승규, “보험법에 관한 개정의견,” 『상법개정의 논점』, 삼영사, 1981, 160면; 최병수, “보험법의 개정방향 검토,” 『보험·해상법의 개정논점』, 법무자료, 제57집, 법무부, 1984, 75면; 김태주, “보험법의 개정에 관한 연구,” 『법정논고』, 제4집, 경북대 출판부, 1988, 12, 25면.

3) 대법원 1996. 11. 22 선고 96다37084 판결, 대법원 2003. 7. 22 선고 2003다24451 판결, 대법원 2006. 9. 22 선고 2004다56677 판결, 대법원 2006. 4. 27 선고 2003다60259 판결 등 참조.

는 데서 오는 공서양속의 침해의 위험성을 배제하기 위한 것도 들어 있다고 해석하고 있다.<sup>4)</sup>

## 2. 타인의 사망보험계약 체결의 제한에 관한 입법주의

타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결하는 경우에 관하여는 보험금 취득을 노리고 타인의 생명을 해하는 범죄에 악용될 우려 등이 있어 일정한 제한을 가하고 있는데, 이를 제한하는 입법례로는 이익주의와 동의주의가 있다.<sup>5)</sup>

### (1) 이익주의

보험계약자가 피보험자인 타인의 생사에 관하여 어떠한 이익을 가지는 자만이 보험계약을 체결할 수 있도록 하는 주의로서 영미법계가 이러한 입장이다. 생명보험에도 피보험이익의 개념을 인정하여 보험계약자가 피보험자의 생사에 대하여 일정한 이해관계, 즉 피보험이익을 가지는 것을 계약의 요건으로 한다. 예컨대 가족간에는 피보험이익이 일반적으로 인정되고, 채권자도 채무자에 대하여 일정한 범위에서 피보험이익을 가진다고 본다.

### (2) 동의주의

타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결함에 있어 이익 유무를 불문하고 피보험자의 동의를 요하는 주의로서, 독일, 프랑스, 스위스, 일본 등 대륙법계가 이를 따른다. 우리나라도 동의주의를 취하고 있다.

### (3) 요건의 엄격성에 따른 입법주의 비교

우리나라는 세계적인 입법례 중 동의주의를 취하고 있고, 동의주의 중에서도 두 가지 요건(서면주의+시기제한)을 더 추가하고 있는데, 이는 입법례 중에서 가장 보험계약자에게는 엄격한 것이다. 예컨대, 일본의 경우 피보험자의 동의

4) 대법원 1996. 11. 22 선고 96다37084 판결, 대법원 2006. 4. 27 선고 2003다60259 판결 등 참조.

5) 기타 '친족주의' 등도 있으나, 현재 각국에서 채택되고 있는 입법례만 간단히 살핀다.

만 있으면 족하나 우리나라는 여기에다 ‘서면’에 의한 동의와 ‘보험계약체결 시’까지 동의가 있어야만 유효한 동의가 된다. 따라서 우리나라는 다른 입법에 비해 무효인 보험계약이 더 많이 발생할 수밖에 없는 입법을 하고 있어<sup>6)</sup> 보험계약자에게는 가장 불리한 입법 형태라 할 수 있다.

단계구분	채택국가	동의요부	서면요건	시기제한
1단계	영미법계	가족의 경우 원칙적 동의 불요(이익주의)	×	×
2단계	일본	○	×	×
3단계	독일	○	○	×
4단계	한국	○	○	○ (계약체결시까지)

### 3. 절대적 무효 및 추인 불허

#### (1) 견해의 대립

상법 제731조 제1항은, 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어서 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻어야 하는 시기에 관하여 ‘보험계약 체결 시’로 규정하고 있는데, 여기서 사후동의나 추인이 허용될 것인지에 관하여 다툼이 있다.

이에 관하여 학자들의 입장은 긍정설(유효설)과 부정설(무효설)로 나뉘어 있

6) 요건이 엄격하다보니 무효계약이 속출할 수밖에 없다. 상법이 1991년 개정된 후 처음으로 1996. 11. 22. 대법원에서 상법 제731조 제1항에 위반하여 체결된 보험계약은 무효라는 최초의 판결(대법원 1996. 11. 22 선고 96다37084 판결)이 선고되자 당시 보험가입자들의 문의전화와 언론사 등에 빗발치고 해약요구가 급증하였는데, 이에 생명보험회사 사장들은 1996. 12. 6. 긴급회동을 갖고 병력을 숨긴 채 보험에 가입한 사람이 아니라면 가입자의 자필서명이 없어도 종전의 계약은 유효하여 보험금을 지급할 수 있다고 발표하였고, 보험감독원도 1996. 12. 10. 생명보험협회, 손해보험협회 등에 「보험계약자 보호를 위한 계약의 사정·유지·관리업무 철저」라는 제목의 공문을 보내 “앞으로 보험사는 기존계약에 대하여 피보험자의 형식적인 서면동의를 없다는 단순히유만으로 보험금 지급을 거절하거나 계약을 무효로 하는 등 선의의 계약자에게 부당한 피해를 입히는 일이 없도록 관련업무수행에 철저를 기해줄 것”을 당부하였으며, 보험가입자들이 보험금 지급에 관한 보장조치를 요구했을 경우 “보험계약 유효확인서”를 발급하여 주도록 보험회사에 지시하였다고 한다(이기수, “타인의 생명보험계약,” 『저스티스』, 제30권 제1호, 1997. 3, 한국법학원, 130면 참조).

는데, ① 긍정설(유효설)은 피보험자의 동의는 보험계약의 성립요건이 아니라 효력발생요건임을 근거로 하고,<sup>7)</sup> ② 부정설(무효설)은 상법 제731조를 강행법규로 이해하여 사후동의를 무효라고 본다.<sup>8)</sup>

## (2) 검토

부정설(무효설)은 상법 제731조 전체를 강행법규로 이해하는 입장이나, 상법 제731조 제1항은 두 가지 중요한 내용을 포함하고 있다. 즉 ① 하나는 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻으라는 것이고, ② 다른 하나는 서면에 의한 동의를 얻어야 할 시기는 ‘보험계약 체결시’ 까지라는 것이다. 생각건대, 여기서 타인의 서면에 의한 동의를 얻어야 한다는 점에 관하여 이를 강행법규로 이해해야 한다고 하더라도 그 서면동의를 ‘보험계약 체결시’ 까지 얻어야 한다는 내용까지 반드시 강행법규로 이해해야 할 논리 필연적인 이유는 없다고 본다. 강행법규인지 여부는 각 규정의 해석문제로 돌아가 각 규정의 취지를 고려하여 판단할 수밖에 없는데, 보험사고 발생 후에 피보험자가 동의한다고 하여 이것이 선량한 풍속에 위반된다고 할 수는 없을 것이기 때문이다.<sup>9)</sup>

게다가 피보험자의 동의는 보험계약의 성립요건이 아니라 효력발생요건임을 부정할 수 없는 점,<sup>10)</sup> 보험수익자가 보험금청구권을 양도하거나 보험계약자가 보험수익자를 변경하는 경우 피보험자의 동의로 당해 보험계약은 계속 효력이 있는 것으로 보아야 하는 점,<sup>11)</sup> 피보험자의 동의를 얻도록 하는 주된 이

7) 손주찬, 『상법(하)』, 제10정증보판, 박영사, 2002, 691면; 최기원, 『보험법』, 신정판, 박영사, 1998, 593면; 정호열, “피보험자의 동의가 없는 사망보험계약의 효력,” 『고시계』, 1997, 8월호), 141-142면; 정동윤, 『상법(하)』, 법문사, 2000, 686면; 정찬형, 『상법강의(하)』, 제13판, 박영사, 2011, 765면; 정경영, 『상법학강의』, 개정판, 박영사, 2009, 934면; 최준선, “타인의 생명보험계약,” 『관례월보』, 제327호, 1997. 12, 관례월보사, 51면 등 참조.

8) 양승규, 『보험법』, 제5판, 삼지원, 2005, 455면; 김성태, 『보험법강론』, 법문사, 2002, 838면; 한기정, “타인의 사망보험에서 피보험자의 동의 흠결시 법적 효과에 관한 연구,” 『보험개발연구』, 제17권 제3호, 보험개발원, 2006. 12, 103면; 박은경, “피보험자의 서면동의 없는 타인의 생명보험계약에 대한 보험자의 책임,” 『상사판례연구』, 제10집, 상사판례학회, 1990, 301면; 이기수, 전계논문, 135면 등 참조.

9) 최준선, 전계논문, 51면 참조.

10) 대법원 1989. 11. 28 선고 88다카33367 판결 참조.

11) 정호열, 전계논문, 142면 참조.

유가 피보험자를 고의로 살해할 위험성으로부터 피보험자를 보호하고자 함에 있다면 단순한 절차상의 선후 문제 때문에 피보험자로 되고자 하는 피보험자의 의사를 무시하는 것도 타당하다고 볼 수 없고, 특히 보험청약 직후에 피보험자가 동의한 것도 인정하지 않는다면 보험계약자로서는 기존의 청약서는 포기하고 다시 피보험자의 동의를 받아 보험 청약을 다시 할 수밖에 없을 것인데, 이는 피보험자의 의사를 무시하는 것임은 물론 무용의 절차를 반복하도록 하는 것이어서 바람직하다고 볼 수 없는 점에 비추어 긍정설(유효설)이 타당하지 않을까 생각한다.

### (3) 대법원 판례 및 이에 대한 비판

그런데 대법원은 피보험자의 서면동의 없이 체결된 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의 효력에 관하여, 「상법 제731조 제1항에 의하면 타인의 생명보험에서 피보험자가 서면으로 동意的 의사표시를 하여야 하는 시점은 ‘보험계약 체결시까지’ 이고, 이는 강행규정으로서 이에 위반한 보험계약은 무효이므로, 타인의 생명보험계약 성립 당시 피보험자의 서면동이가 없다면 그 보험계약은 확정적으로 무효가 되고, 피보험자가 이미 무효가 된 보험계약을 추인하였다고 하더라도 그 보험계약이 유효로 될 수는 없다」<sup>12)</sup>고 판시하고 있다.

심지어 대법원은 보험계약 체결에 즈음하여 피보험자가 보험회사에서 요구하는 건강진단을 받고 건강진단서를 제출함은 물론, 보험계약이 체결된 이후 보험사고가 발생하기까지 5년여 기간 동안 피보험자 본인의 은행계좌에서 보험료가 이체된 보험계약에 관하여도 위와 같은 취지로 판시하면서 해당 보험계약은 확정적으로 무효가 되고, 피보험자가 이미 무효가 된 보험계약을 추인하였다고 하더라도 그 보험계약이 유효로 될 수 없다고 판시하고 있다.<sup>13)</sup>

대법원이 피보험자의 서면동이가 흠결된 경우의 효력에 관하여 절대적 무효임을 선언함과 동시에 사후동의 내지 추인도 인정하지 않고 있기 때문에 필연적으로 무효인 보험계약이 양산될 수밖에 없다는 것이 문제이다. 보험계약 체결 후에 서면동의 흠결을 보완할 수 있는 제도적 장치가 전혀 없기 때문에 보험계약자로서는 불안한 상태로 보험계약을 유지하게 되는 문제가 발

12) 대법원 2006. 9. 22 선고 2004다56677 판결, 대법원 2010. 2. 11 선고 2009다74007 판결.

13) 대법원 2010. 2. 11 선고 2009다74007 판결.



생한다. 대법원의 이러한 엄격한 법해석은 그로 인한 피해가 고스란히 보험계약자에게 돌아간다는 점에서 문제가 아닐 수 없다.

#### 4. 동의의 방식과 관련하여

타인의 사망보험에 있어서 피보험자의 「동의」는 자신의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 대하여 이의가 없다는 의사표시로서, 그 법적 성질은 준법률행위(準法律行爲)이고,<sup>14)</sup> 따라서 이에 관하여는 법률행위에 관한 민법의 일반원칙이 유추적용된다.<sup>15)</sup> 그렇다면 타인의 사망보험에 있어서 피보험자는 위 동의를 대리인으로 하여금 할 수 있다고 보지 않을 수 없다.<sup>16)</sup>

대법원도 피보험자인 타인의 서면동의가 그 타인이 보험청약서에 자필서명하는 것만을 의미하지는 않으므로 타인으로부터 특정한 보험계약에 관하여 서면동의를 할 권한을 구체적·개별적으로 수여받았음이 분명한 사람이 권한 범위 내에서 타인을 대리 또는 대행하여 서면동의를 한 경우에도 그 타인의 서면동의를 적법한 대리인에 의하여 유효하게 이루어진 것이라고 보고 있다.<sup>17)</sup>

따라서 청약서에는 반드시 피보험자 본인의 자필서명이 필요한 것은 아니다. 보험청약서에는 자필서명란을 두고 있지만 상법은 서면에 의한 동의를 얻어야 한다고 규정하고 있을 뿐 반드시 자필서명을 얻으라고 규정하고 있지 않기 때문이다. 동의의 의사표시는 구두로도 가능하나,<sup>18)</sup> 그 의사표시는 피보험자 본인 또는 그 대리인에 의하여 서면으로 현출되어야 한다(대리인이 있는

14) 『주석상법』(VII)[보험], 한국사법행정학회, 2001, 740면; 양승규, 전게서, 제452면; 김성태, 전게서, 838면; 정찬형, 전게서, 765면; 정동윤, 전게서, 제685면; 이기수, 『보험법·해상법학』, 제5권, 박영사, 2000, 283면; 박세민, 『보험법』, 박영사, 2011, 871면; 장덕조, 『보험법』, 법문사, 2011, 439면 각 참조.

15) 정동윤, 전게서, 685면; 『주석상법』(VII)[보험], 740면; 이기수, 전게서, 283면; 김성태, 전게서, 838면; 岡田豊基, 『現代保險法』, 中央經濟社, 2010, 312면 각 참조.

16) 최기원, 전게서, 592면; 정호열, 전계논문, 140면; 권순일, “타인의 생명보험,” 『상사판례연구』, 제2권 보험·해상, 박영사, 1996, 276면 각 참조.

17) 대법원 2006. 12. 21 선고 2006다69141 판결. 위 판결은 피보험자인 타인의 서면동의가 타인에 의해 대행될 수 있음을 선언한 최초의 대법원 판례이다.

18) 피보험자가 대리인에게 동의의 의사표시를 함에 있어서 그 동의의 의사표시를 서면으로 할 필요는 없다는 의미이다.

경우에는 대리인에 의해 현출되면 그것으로 족하다).<sup>19)</sup>

또한 피보험자인 타인의 동의는 각 보험계약에 대하여 개별적으로 서면에 의하여 이루어져야 하고 포괄적인 동의 또는 묵시적이거나 추정적 동의만으로는 부족하다는 것이 판례이다.<sup>20)</sup> 제731조는 서면동의의 상대방을 제한하고 있지 아니하므로 피보험자는 보험계약자나 보험자에게 자유로이 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 대법원은 처가 남편을 대신해서 남편을 피보험자로 하여 남편의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결한 사안에서 남편이 동의하였다고 하더라도 이를 들어 남편이 서면에 의한 동의를 하였다고 볼 수 없다고 판시한 원심<sup>21)</sup>이 정당하다고 판시하였는데,<sup>22)</sup> 이는 아마도 대법원이 피보험자 본인이 자필서명하는 것만을 유효한 서면동의로 오해한 것이 아닌가 한다. 이러한 문제도 동의제도 개선을 통하여 해결할 필요가 있다.

## 5. 증명책임의 소재와 증명의 어려움

상법 제731조 제1항은 강행법규로서 이에 위반하여 체결된 보험계약은 절대적 무효인데, 여기서 증명책임과 관련하여, 서면에 의한 동의를의 '존재' 사실이 요증사실인지, 아니면 서면에 의한 동의를의 '부존재' 사실이 요증사실인지에 관하여 견해의 대립이 있을 수 있다.

실무상 누가 어떤 요증사실에 관하여 증명책임을 부담하느냐에 따라 소송의 승패가 달라지므로 매우 중요한데, 대법원은 전자(서면에 의한 동의를의 '존재' 사실)를 요증사실로 한 것<sup>23)</sup>과 후자(서면에 의한 동의를의 '부존재' 사실)를 요증사실로 한 것<sup>24)</sup>으로 나뉜다고 한다.<sup>25)</sup>

이에 관하여 강행법규 위반으로 무효인 점을 권리소멸사유로 보아 서면동

19) 피보험자가 보험설계사에게 동의를 의사표시를 함으로써 보험설계사로 하여금 서면동의를 대신하게 할 수도 있다.

20) 대법원 2006. 9. 22 선고 2004다56677 판결 등 참조.

21) 부산고법 2004. 9. 9 선고 2004나2809 판결.

22) 대법원 2006. 9. 22 선고 2004다56677 판결.

23) 대법원 2006. 9. 22 선고 2004다56677 판결, 대법원 2006. 6. 29 선고 2005다11602, 11619 판결.

24) 대법원 1996. 11. 22 선고 96다37084 판결.

25) 최진수, 『요건사실과 주장증명책임』, 개정증보판, 진원사, 2013, 596면 참조.

의의 ‘부존재’를 항변사실로 볼 것이 아니라, 서면동의의 ‘존재’가 보험계약의 적극적 유효요건으로서 보험금 청구의 청구원인사실에 해당한다고 봄이 타당하다는 견해가 있다.<sup>26)</sup>

필자의 사건으로는 면책이나 보험계약의 무효·취소에 관한 주장은 반대규정의 요건사실로서 증명책임의 분배에 관한 통설·판례인 법률요건분류설에 의할 경우 면책이나 무효를 주장하는 자가 주장·증명해야 할 것이고,<sup>27)</sup> 피보험자의 서면에 의한 동의가 없으므로 보험계약이 무효라는 주장은 문언 그대로 보험계약의 ‘무효’를 주장하는 것이거나 ‘면책’을 주장하는 것이므로(그것이 권리장애규정인지, 권리소멸규정인지는 중요하지 않다) 보험계약이 무효인 사실, 즉 서면에 의한 동의의 ‘부존재’ 사실은 이를 주장하는 보험자가 증명해야 하는 것이 아닌가 생각된다.

이러한 논의를 떠나 실무상으로는 사실상 보험계약자가 증명책임을 부담하는 것이 아닌가 하는 생각이 드는데,<sup>28)</sup> 문제는 보험계약자와 피보험자가 가족 관계에 있는 경우에 서면동의의 ‘존재’ 사실을 증명하기가 매우 어렵다는 것이다.

가족관계에 있어서는 통상 피보험자의 서면에 의한 동의는 가족 중 1인이 일상생활 중 구두로 동의를 받아 보험에 가입하는 경우가 많은데(부인이 직장에 나간 남편에게 전화하여 특정 보험 가입에 관한 동의를 받을 수도 있고, 자녀를 상대로 그러한 동의를 받을 수도 있을 것이다),<sup>29)</sup> 만약 보험자가 보험사고가 발생한 후에 피

26) 최진수, 전계서, 597면 참조.

27) 법률요건분류설에 의할 경우 ① 권리근거규정의 요건사실은 원고가, ② 권리장애·멸각 및 저지규정의 요건사실은 피고가 각기 주장·입증해야 할 것이다(이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2001, 459면 참조).

28) 대법원 2010. 2. 11 선고 2009다74007 판결을 보면, 이 사건 제3, 4 보험계약은 망인이 원고 1에게 권한을 위임하여 체결된 자기의 생명보험으로서 유효하게 성립된 것이라는 원고측의 주장과 이 사건 제3, 4 보험계약의 자필서명란의 서명이 망인의 것이 아니므로, 상법 제731조 제1항에 따라 피보험자인 망인의 서면동의가 없어 무효라는 피고측의 반박에 대하여, 대법원은 별 다른 이유설시 없이 보험계약 성립 당시 소외 1의 서면동의가 없었다면 그 보험계약은 확정적으로 무효가 된다고 판시하였는바, 그 이면을 보면 「피보험자의 서면에 의한 동의를 얻지 않았다는 사실」의 증명책임을 보험자가 아닌 보험계약자측에 지운 것이 아닌가 하는 생각이 든다.

29) 그러한 문제가 생기지 않도록 동의 자체를 서면으로 하면 되지 않겠느냐고 반론할 수도 있겠으나, 법리적으로 구두에 의한 동의가 허용된다고 하지 않을 수 없고, 현실적으로 이를 금지할 수도 없으므로, 그러한 반론은 타당해 보이지 않는다.

보험자 동의 흠결을 이유로 보험계약의 무효를 주장할 경우 보험계약자로서는 피보험자의 동의가 있었음을 증거로 현출하기가 매우 어려워,<sup>30)</sup> 보험사고가 발생하더라도 보호를 받지 못하는 경우가 발생할 수밖에 없다.

보험계약자로서는 분명히 피보험자의 서면에 의한 동의를 받았다고 하더라도 나중에 보험사고가 발생한 경우에 보험회사가 서면동의 흠결을 주장하지 않으면 권리구제를 받겠지만 만약 서면동의 흠결을 주장한다면 서면동의의 존재사실을 증명하기 어려워 권리구제를 받기가 매우 어려울 것이므로 보험계약을 계속 유지하더라도 항상 불안할 수밖에 없을 것이다. 결국 보험회사의 태도에 따라 권리구제를 받을 수 있는지 여부가 결정될 것인데, 이는 보험계약자의 지위를 더욱 열악하게 만드는 것이다.

## 6. 보험료 반환의 범위와 관련하여

피보험자의 서면동의가 없거나 설령 서면동의가 있더라도 이를 증명하지 못하면 결국 그 보험계약은 절대적으로 무효가 될 것인데, 그렇다면 보험자는 부당이득반환의 법리에 따라 보험계약자로부터 그동안 수령한 보험료를 보험계약자에게 모두 반환할 의무를 부담하게 될 것이다. 그런데 부당이득반환청구권의 소멸시효는 민법상으로는 10년이지만, 상법은 보험료반환청구권에 관하여 특별한 규정을 두어 보험료 반환청구권은 2년간 행사하지 않으면 소멸시효가 완성한다고 규정하고 있다(상법 제662조).<sup>31)</sup>

문제는 대법원이 보험료반환청구권의 소멸시효 기산점과 관련하여, 무효인 보험계약에 따라 납부한 보험료의 반환청구권의 소멸시효 기산점은 각 보험료를 납부한 때라고 관시하면서, 보험계약자가 납부한 보험료 전체의 반환청구권 소멸시효가 보험료를 마지막으로 납부한 때부터 진행한다고 본 원심판결을 파기하였는데,<sup>32)</sup> 이러한 입장에 따르면 보험계약자가 2년 이상 보험계약

30) 예컨대, 보험계약자가 배우자를 피보험자로 하여 보험에 가입함에 있어 침실과 같이 부부 둘만의 공간에서 동의를 받았거나, 아니면 둘이서만 식사를 하던 중 동의를 받은 경우에 피보험자가 사망하는 보험사고가 발생한다면 동의를 있었음을 증거로 현출하는 것은 사실상 불가능에 가깝다.

31) 최근 2014. 3. 11. 공포된 개정상법에서 보험료반환청구권의 소멸시효기간은 3년으로 연장되었다.

을 유지하며 보험료를 납부하였다 하더라도 2년간의 보험료만 반환받을 수밖에 없게 된다.

보험계약자로서는 보험계약이 유효한 것으로 믿고 5년, 10년 이상 보험계약을 유지하던 중 보험사고가 발생하더라도 서면동의가 없거나 설령 서면동의가 있더라도 이에 대한 증명이 부족하다는 판단을 받게 되면 보험사고에 따른 보험금을 전혀 지급받을 수 없음은 물론 그동안 납부한 보험료조차 2년분을 초과한 것은 모두 반환받을 수 없게 되므로 많은 손해를 보게 될 것이다. 이는 보험계약자가 부담해야 할 위험부담이 너무 크다고 할 수 있다.

## 7. 15세 이상의 미성년자를 피보험자로 하는 경우의 동의방법에 관한 문제

생명보험의 경우에는 15세 미만자를 피보험자로 할 수는 없지만(상법 제732조), 15세 이상자는 피보험자로 할 수 있다. 상해보험에 있어서는 나이에 제한 없이 누구나 피보험자로 할 수 있다. 그런데 문제는 부모(법정대리인)가 보험계약자가 되어 15세 이상인 미성년자의 사망을 보험사고로 하는 보험에 가입할 경우에 누구로부터 어떤 방식으로 동의를 얻어야 유효한 동의라고 할 수 있는지 여부이다.

이에 관하여 학설은 법정대리인이 보험수익자 또는 보험계약자인 때에는 미성년자와 이익이 상반되는 경우이므로 법원이 선임한 특별대리인의 동의를 필요로 한다고 풀이하는 견해<sup>33)</sup>가 다수이다. 민법 제921조 제1항<sup>34)</sup>을 그 근거로 들고 있다.

32) 대법원 2011. 3. 24 선고 2010다92612 판결; 위 판결은 보험계약자가 피보험자의 서면동의 없이 7건의 보험계약을 체결한 후 계속하여 보험료로 합계 99,285,610원을 납부한 사안으로, 보험계약이 무효라면 보험자는 위 보험료 합계액에서 보험계약자가 그동안 무효인 보험에 기하여 받은 대출금과 보험금 합계 26,327,381원을 공제한 나머지 금액은 72,958,229원이었다. 그런데 위 나머지 금액 중 소 제기일로부터 역산하여 2년 전인 2007. 4. 26. 이전에 납입한 보험료 합계는 57,421,520원이었는데, 대법원은 위 금 57,421,520원은 2년의 소멸시효기간이 경과하여 시효 소멸하였다고 판시한 사건이다.

33) 양승규, 전거서, 456면; 정호열, “타인의 생명보험,” 『보험법의 쟁점』, 법문사, 2000, 475면; 『주석상법』(VII)(보험), 742면; 박세민, 전거서, 877면; 장덕조, 전거서, 442면 등 참조.

34) 민법 제921조 제1항은 “법정대리인인 친권자와 그 자 사이에 이해 상반되는 행위를 함에는 친권자는 법원에 그 자의 특별대리인의 선임을 청구하여야 한다”고 규정하고 있다.

그러나 미성년 자녀에게 보험 하나 들어주기 위해서 법원에 특별대리인 선임신청을 하도록 하는 것이 과연 현실성이 있는 것인지, 그리고 타당한 것인지 의문이다. 만약 위와 같은 입장을 견지할 경우에 부모가 미성년 자녀를 피보험자로 하여 가입한 보험은 대부분 무효를 면하지 못할 것이다. 왜냐하면 부모가 미성년 자녀에게 보험을 들어주기 위해서 법원에 특별대리인 선임신청을 하는 경우는 거의 없을 것이기 때문이다. 따라서 미성년자를 피보험자로 하는 보험의 효력 논란을 불식시키고, 좀더 안전하고 쉽게 미성년자를 피보험자로 하는 보험에 가입할 수 있도록 하기 위해서는 새로운 제도개선이 절실히 필요하다.

## 8. 기타 문제점

### (1) 보험계약이 무효가 되면 될수록 보험회사는 이익을 보게 되는 구조가 문제

보험계약이 무효가 되면 보험회사는 보험사고가 발생하더라도 보험금을 전혀 지급할 필요가 없게 되고, 또한 이미 지급받은 보험료도 2년분을 초과하는 것은 기간 제한 없이 전액 반환하지 않아도 되므로 보험계약이 무효가 되면 될수록 보험회사는 이익을 보게 되는데, 이런 구조가 동의제도를 악용할 유인으로 작용할 수 있다.

### (2) 단체보험과의 불균형

그동안 금융감독원이나 한국소비자원에 제기되는 금융 관련 민원 중에서 보험에 관한 민원이 차지하는 비중이 가장 많다고 알려져 있고, 보험에 관한 민원 중 대표적인 것이 바로 서면동의제도의 문제이다. 민원이 많다는 것은 그만큼 억울하다고 생각하는 보험계약자 등이 많다는 것인데, 단체보험의 경우에도 동의주의에 대한 예외<sup>35)</sup>를 허용하고 있다는 점에서(단체보험과의 불균

35) 2014. 3. 11. 공포된 개정상법은 “단체의 규약에서 명시적으로 정하는 경우 외에는 그 피보험자의 서면동의를 받아야 한다”고 신설규정(상법 제735조의3 제3항)을 두어 단체보험에 있어서 서면동의를 강화하였지만, 여전히 단체규약에서 명시적으로 정하고 있는 경우에는 피보험자의 개별적인 서면동의 없이도 유효한 보험가입이 가능하다.

형)<sup>36)</sup> 현행 법제도의 엄격함을 완화하거나 제도를 개선할 필요가 있겠다.

## 9. 개선 방향 : 확인의무 조항 신설

### (1) 기본 방향

우선, 도박보험의 위험성과 피보험자 살해의 위험성, 동의의 시기와 방식을 명확히 함으로써 분쟁의 소지를 없앨 필요가 있다는 제도의 취지를 달성할 수 있는 방향이어야겠고, 현행 제도의 큰 틀은 바꾸지 아니하면서 현행 제도의 연장선에서 어렵지 않게 해결할 수 있고, 또한 보험계약자의 부담을 덜어 줄 수 있는 방향, 그리고 보험계약 체결 후에 서면동의가 있었는지 여부에 관한 분쟁을 일거에 해결할 수 있는 방향이면 좋겠다는 생각이 든다.

### (2) 보험자에게 피보험자의 동의에 관한 ‘확인의무’를 부과하는 방법

위와 같은 기본 방향에 따라 필자가 제시하고자 하는 방법은, 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결함에 있어서 보험자에게 피보험자의 동의가 있었는지 확인하도록 의무를 지우고(보험설계사 등으로 하여금 확인하도록 하면 될 것임), 보험자가 보험계약 체결 후에는 피보험자의 동의가 없었다는 이유로 더 이상 보험계약의 무효를 주장할 수 없도록 하는 방안이다. 이에 관한 내용은 이미 현행 제도에 상당 부분 반영되어 있다.

보험업법은 보험자 등에게 보험계약의 중요사항에 관한 설명의무를 부과하고 있고, 더 나아가 설명한 내용을 보험계약자가 이해하였는지 확인할 의무를 부과하고 있다(제95조의2 참조).<sup>37)</sup> 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의

36) 우리나라의 경우 사업주가 피용자를 피보험자로 하여 생명보험계약을 체결하는 단체보험의 경우에는 상법 제731조의 예외로 규정하여(상법 제735조의3 제1항) 동의주의의 예외를 허용하고 있는바, 직장에서도 더 끈끈한 정과 혈연관계로 뭉쳐진 가족관계에 있어서 직장에서보다 피보험자인 가족을 살해할 위험성이 더 크다고 보아 엄격한 동의주의를 관철하는 것은 단체보험과의 형평성에 있어서 문제라고 할 수 있다.

37) 보험업법 제95조의2(설명 의무 등)

① 보험회사 또는 보험의 모집에 종사하는 자는 일반보험계약자에게 보험계약 체결을 권유하는 경우에는 보험료, 보장범위, 보험금 지급제한 사유 등 대통령령으로 정하는 보험계약의 중요사항을 일반보험계약자가 이해할 수 있도록 설명하여야 한다.

체결에 있어서 피보험자의 서면동의 등의 요건은 설명의무의 대상이라는 것이 대법원 판례인데,<sup>38)</sup> 위 보험업법 규정에 따라 보험자가 피보험자의 서면동의 요건에 관하여 보험계약자 등에게 단순히 설명하고 보험계약자가 이해하였는지 확인할 의무에 그칠 것이 아니라 실제로 피보험자의 동의가 있었는지 확인하도록 하는 것은 그리 어려운 일은 아닐 것이다.

위와 같이 대법원은 보험자나 보험설계사에게 피보험자의 서면동의 등의 요건에 관하여 구체적이고 상세하게 설명할 의무를 부과하고 있는데, 더 나아가 이를 위반하였을 경우에는 보험금 상당액의 손해배상책임을 지우고 있다.<sup>39)</sup> 설명의무의 내용은 구체적이고 상세하게 설명할 것을 요하는데, 보험자가 보험계약자에게 구체적이고 상세하게 설명하였음에도 보험계약자가 설명한 대로 이행하지 아니하였다는 것은 특별한 사정이 없는 한 이해하기 어렵다.<sup>40)</sup>

그리고 현행 보험모집 실무상 보험자가 ‘해피콜’ 등으로 피보험자가 보험가입에 동의하였는지 여부를 전화 등으로 확인하고 있으므로 보험자로서는 추가적인 비용 부담 없이 실행에 옮길 수 있는 방안이라 생각된다.

보험업법은 보험자에게 중복보험계약 체결 확인의무를 부과하고 있는데(제

② 보험회사 또는 보험의 모집에 종사하는 자는 제1항에 따라 설명한 내용을 일반보험계약자가 이해하였음을 서명, 기명날인, 녹취, 그 밖에 대통령령으로 정하는 방법으로 확인을 받아야 한다.

38) 대법원 2006. 4. 27 선고 2003다60259 판결 등 참조.

39) 대법원은 “타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의 체결에 있어서 보험설계사는 보험계약자에게 피보험자의 서면동의 등의 요건에 관하여 구체적이고 상세하게 설명하여 보험계약자로 하여금 그 요건을 구비할 수 있는 기회를 주어 유효한 보험계약이 성립하도록 조치할 주의의무가 있고, 보험설계사가 위와 같은 설명을 하지 아니하는 바람에 위 요건의 흠결로 보험계약이 무효가 되고 그 결과 보험사고의 발생에도 불구하고 보험계약자가 보험금을 지급받지 못하게 되었다면 보험자는 보험업법 제102조 제1항에 기하여 보험계약자에게 그 보험금 상당액의 손해를 배상할 의무를 진다(대법원 2008. 8. 21 선고 2007다76696 판결 등 참조)”고 판시하면서, 보험계약자에 대해서는 서면동의를 받아야 할 주의의무가 있음에도 이를 게을리한 잘못에 대하여 대체로 30~40%의 과실상계를 하고 있다(대법원 2007. 9. 6 선고 2007다30263 판결 등 참조).

40) 보험자가 설명의무를 위반한 경우에 보험계약자 등에게 손해배상책임을 지면 될 것이 아니냐는 반문이 있을 수 있으나, 실무상 설명의무는 통상 보험설계사가 수행하고 있고, 보험설계사는 자신이 손해배상책임을 부담하지 않기 위해서는 설명의무를 모두 이행하였다고 주장할 수밖에 없어 결국 그 피해는 고스란히 보험계약자가 부담하게 되는 결과가 초래되어 현재의 제도는 불완전하고 보험계약자에게 불리한 구조이다.



95조의5)<sup>41)</sup> 서면동의에 관한 확인의무를 규정함에 있어서 참고할 만하다.

위와 같이 보험자에게 서면동의요건 충족에 관한 확인의무를 지우게 되면 보험계약 체결 후에는 보험계약이 무효인지 여부에 관한 소모적인 분쟁<sup>42)</sup>이 사라지게 될 것이므로 보험계약자나 보험자 모두에게 유익할 것이다. 또한 15세 이상의 미성년자를 피보험자로 하여 보험에 가입하는 경우의 동의방법 문제도 어렵지 않게 해결 가능하다.<sup>43)</sup> 왜냐하면 보험자에게 미성년자의 동의가 있었음을 확인할 의무를 지우면 보험자는 미성년자의 동의가 없었다는 이유로 보험계약의 무효를 주장할 수 없을 것이기 때문이다.<sup>44)</sup> 나아가 보험계약자가 피보험자의 동의를 받았지만 증명의 어려움 때문에 권리구제를 받지 못하는 경우도 사라지는 등 앞서 살펴본 모든 문제점들이 일거에 해결될 것이다. 결론적으로 보험자에게 보험계약 체결시에 피보험자의 동의가 있는지 확인할 의무를 부과하고 보험계약 체결 후에는 서면동의의 흠결을 이유로 무효를 주장하지 못하도록 하는 규정을 두는 것이 추가적인 분쟁을 막는 방법이 될 것이다.

41) 보험업법 제95조의5(중복계약 체결 확인의무) ① 보험회사 또는 보험의 모집에 종사하는 자는 대통령령으로 정하는 보험계약을 모집하기 전에 보험계약자가 되려는 자의 동의를 얻어 모집하고자 하는 보험계약과 동일한 위험을 보장하는 보험계약을 체결하고 있는지를 확인하여야 하며 확인한 내용을 보험계약자가 되려는 자에게 즉시 알려야 한다. 한편, 보험업법 시행령 제42조의5는 확인의무의 대상이 되는 ‘대통령령으로 정하는 보험계약’이란 ‘실손의료보험계약’을 말한다고 규정하고 있다.

42) 보험계약자는 보험사고가 발생하기 전에는 당해 보험계약이 마음에 들지 않으면 스스로 서면동의가 흠결되었다고 주장하면서 그동안 납부한 보험료를 모두 반환해 달라고 요구할 수 있고, 반면 보험자는 보험사고가 발생하면 서면동의가 흠결되었다는 이유로 보험금 지급을 거절할 수 있어 서로간에 분쟁이 끊이지 않게 될 것인데, 확인의무제도를 도입하면 이를 일거에 해결할 수 있을 것이다.

43) ‘심신박약자’를 피보험자로 하여 보험에 가입하는 경우에도 마찬가지로 쉽게 해결될 수 있다.

44) 보험자가 미성년자의 동의가 없었다고 주장한다면 이는 그 자체로 자신의 확인의무위반을 자인하는 것이 될 것이고, 금반언에 반하는 문제도 생길 것이다.

### III. 상법 제731조 제1항의 상해보험에의 준용문제

#### 1. 문제의 소재

상해보험계약이라 함은 피보험자가 급격하고도 우연한 외래로부터의 사고로 신체에 손상을 입은 경우에, 그 결과(사망, 신체장해, 입원 등)에 따라 보험자가 보험금을 지급하기로 하는 보험계약으로서,<sup>45)</sup> 상해의 결과 사망에 이른 경우에는 사망보험금, 후유장해가 남게 되는 경우에는 후유장해보험금, 치료를 받게 된 경우에는 의료보험금이 지급되는 것이 일반적이다. 상해보험의 종류로는 보통상해보험, 교통상해보험, 단체상해보험, 여행상해보험 등이 있다.

그런데 예컨대 부인이 남편을 피보험자로 하여 남편이 상해를 입고 치료를 요하는 경우에는 의료보험금, 후유장해를 입은 경우에는 후유장해보험금, 사망에 이른 경우에는 사망보험금이 지급되는 전형적인 상해보험에 가입하였는데, 남편이 넘어지는 사고로 상해를 입고 치료를 받았지만 후유장해가 남게 된 경우, 비록 남편이 살아 있어서 보험혜택 받기를 원하더라도 보험계약 체결시까지 남편이 보험가입에 동의하였는지 증명되지 아니하였다는 이유로 해당 보험계약을 추인도 할 수 없는 절대적인 무효인 계약으로 보고 보험금 지급을 거부하는 것이 과연 타당한가 하는 문제가 있다.

즉 생명보험에 관한 상법 제731조 제1항은 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약은 보험계약 체결시에 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻어야 한다고 규정하고 있고, 상법 제739조는 “상해보험에 관하여 제732조를 제외하고 생명보험에 관한 규정을 준용한다”고 규정하고 있는데, 그렇다면 상해보험에 관하여도 상법 제731조 제1항을 그대로 준용하는 것이 타당한지 여부가 문제된다.

45) 우리 상법에는 상해보험에 관한 정의 규정이 없지만, 대법원은 상해보험에 관하여 ‘피보험자가 보험기간 중에 급격하고도 우연한 외래의 사고로 인하여 신체에 손상을 입은 것을 보험사고로 하는 인보험’이라고 판시하고 있다(대법원 1999. 8. 20 선고 98다40763, 40770 판결, 대법원 2005. 10. 27 선고 2004다52033 판결, 대법원 2007. 4. 13 선고 2006다49703 판결, 대법원 2007. 10. 11 선고 2006다42610 판결 등 참조).

## 2. 학설 및 판례 입장

상해보험계약에 관하여 상법 제731조 제1항을 그대로 준용할 수 있는지 여부에 관하여 견해의 대립이 있을 수 있는데, 학계에서는 대체로 상법 제739조가 상해보험에 관하여는 생명보험에 관한 규정을 준용한다고 규정하고 있다는 이유로 타인의 상해보험계약의 경우에도 생명보험에 관한 상법 제731조를 준용해야 하고, 피보험자의 서면에 의한 동의가 없는 상해보험은 무효로 보아야 한다는 입장을 취하고 있다.<sup>46)</sup>

이에 관한 대법원 판례는 아직 없는 것으로 보이고, 하급심 판결은 대체로 학자들의 견해와 마찬가지로 상법 제739조를 근거로 상해보험에 대하여도 상법 제731조 제1항의 준용을 인정하는 입장이다.<sup>47)</sup>

## 3. 보험약관

상해보험에 관한 개별보험약관에서는 아래와 같이 상법 제731조 제1항과 동일한 취지의 규정을 두고 있다.

### [질병상해보험표준약관]

제21조(계약의 무효) 다음 중 한 가지에 해당되는 경우에는 계약을 무효로 하며 이미

46) 김성태, 전거서 860면; 최기원, 전거서, 629면; 정경영, 전거서, 938면.

47) 서울고등법원 1997. 11. 11 선고 97나13933 판결은 “상해보험의 경우에도 타인의 사망을 보험사고로 하는 경우에는 보험계약 체결시에 그 타인의 서면에 의한 동의를 받아야 할 것인데(상법 제739조에 의하여 준용되는 같은 법 제731조 제1항)…”라고 판시하고 있고, 서울고등법원 2010. 6. 10 선고 2009나120148 판결도 “이 사건 보험계약상 상해를 입은 결과 사망에 이르게 되는 경우에 상해사망보험금을 지급하게 되어 있고, 상법 제739조에 의하면 제732조를 제외하고 생명보험에 관한 규정을 상해보험에 준용하고 있으므로 상법 제731조도 이 사건 보험계약에 준용된다 할 것이며, 또한 이 사건 보험계약은 상해로 인한 사망을 담보하고 있는바, 상해로 인한 사망이라 하여 상법 제731조 제1항의 취지와 달리 해석할 여지도 없고, 이 사건 약관 제4조도 상법 제731조 제1항의 취지를 반영하고 있다. ② 상법 제731조 제1항은 강행규정으로서 이를 위반하고 체결한 계약은 보험자, 피보험자 기타 이해관계인 등 모든 사람들에 대한 관계에서 무효로 보아야 할 것이고, 보험수익자가 피보험자 자신으로 기재되어 있으나 피보험자가 아닌 다른 사람으로 기재되어 있는나에 따라 상법 제731조 제1항의 적용 여부가 달라진다고 볼 수는 없다. ③ 자동차종합보험 중 자기신체사고보험에 상법 제731조가 준용되는 결과가 부당하다는 이유만으로 강행규정인 상법 제731조의 상해보험에의 준용을 배제할 수도 없다”고 판시하고 있다.

납입한 보험료를 돌려드립니다. 다만, ... (생략).

1. 타인의 사망을 보험금 지급사유로 하는 계약에서 계약을 체결할 때까지 피보험자의 서면에 의한 동의를 얻지 않은 경우. 다만, 단체가 규약에 따라 구성원의 전부 또는 일부를 피보험자로 하는 계약을 체결하는 경우에는 이를 적용하지 않습니다.

#### 4. 상법 제731조 제1항을 상해보험에 준용할 경우의 문제점

(1) 상해보험은 생명보험과 달리 보험계약 체결시 피보험자를 특정할 수 없는 경우가 있다. 불특정 다수인을 피보험자로 예정하는 시설입장자 상해보험이나 자동차보험계약 중 자기신체사고보험 등이 그것이다. 또한 상해보험의 주된 목적이 생명보험과는 달리 사망을 담보하기 위한 것은 아니라는 점에서 상해보험계약에 상법 제731조 제1항을 그대로 준용한다면 상당수의 상해보험계약은 모두 무효가 될 수밖에 없다는 결론이 되어 처음부터 제도적으로 무효인 보험계약으로 출발하게 되는 문제가 있다.

##### (2) 시설입장자 상해보험의 경우

예컨대, 박람회를 개최하는 경우와 같이 어떤 행사를 주최하면서 주최측이 행사에 대비하여 어떤 시설물에 입장하게 될 사람들을 피보험자로 하여 그 입장객들이 시설물 내에서 신체에 상해를 입고 사망하였을 때에 보험금을 지급하기로 하는 상해보험계약을 체결하는 경우, 보험계약 체결시에는 누가 그 시설에 입장할지 미리 특정할 수 없기 때문에 위 보험계약의 특성상 피보험자를 특정할 수 없고, 따라서 피보험자로부터 서면에 의한 동의를 얻는 것은 처음부터 불가능하다. 이러한 시설입장자 상해보험과 같은 상해보험의 경우에도 상법 제731조 제1항을 그대로 준용한다면 위 상해보험은 처음부터 무효가 될 수밖에 없게 되는 문제가 있다.

##### (3) 자동차보험계약 중 자기신체사고보험의 경우

자동차 운전업무에 종사하는 사람이라면 누구나 가입하게 되는 자동차종합보험에는 ‘자기신체사고보험’이라는 담보항목이 있는데, 이는 피보험자가 피보험자동차를 소유·사용·관리하는 동안에 생긴 피보험자동차의 사고로 인하

여 상해를 입었을 때에 약관이 정하는 바에 따라 보험자가 보험금을 지급할 책임을 지는 것으로서 인보험의 일종이고, 피보험자가 급격하고도 우연한 외부로부터 생긴 사고로 인하여 신체에 상해를 입은 경우에 그 결과에 따라 정해진 보상금을 지급하는 보험이어서 그 성질상 상해보험에 속한다는 것이 대법원 판례이다(대법원 2001. 9. 7 선고 2000다21833 판결 등 참조).

그런데 자기신체사고보험의 피보험자에는 기명피보험자 이외에 기명피보험자의 부모, 배우자 및 자녀도 포함되는바,<sup>48)</sup> 만약 상해보험에 관하여 상법 제731조 제1항을 그대로 준용한다면, 자기신체사고보험에 관하여도 상법 제731조 제1항이 준용될 것이다. 그렇게 되면 자동차보험계약을 체결하는 자는 보험계약 체결시 기명피보험자 자신뿐만 아니라 기명피보험자의 부모와 배우자 및 자녀로부터 이들의 서면에 의한 동의를 얻어야만 유효한 자동차보험계약이 된다는 결론이 될 것인데, 실제로는 이들의 서면동의를 얻지 않거나(자동차보험에 가입함에 있어서 배우자나 자녀들로부터 서면에 의한 동의를 얻는 경우는 거의 없을 것임) 이들로부터 서면동의를 얻는 것이 처음부터 불가능하기 때문에(기명피보험자가 자동차보험계약 체결 후에 결혼을 하여 배우자를 얻거나 자녀를 출산한 경우에는 보험계약 체결시에 그 배우자나 자녀로부터 서면동의를 얻는 것은 애초부터 불가능할 것임) 해당 자기신체사고보험은 무효가 될 수밖에 없을 것이다.

문제는 자기신체사고보험이 무효이면 자기신체사고보험 가입을 전제로 하는 무보험자동차상해보험도 효력을 잃게 될 것이고,<sup>49)</sup> 자동차종합보험계약의 담보 중 자기신체사고보험과 무보험자동차상해보험이 무효이면 일부무효의 법리(민법 제137조)에 따라 자동차보험계약 전체가 무효가 될 수도 있다.<sup>50)</sup> 만약 여기에 일부무효의 법리가 적용될 수 없어 자동차보험계약 전체가 무효가 아니라 하

48) 자동차보험약관 Ⅱ의 2. '피보험자의 범위' 참조.

49) 자동차보험약관에는 '무보험자동차에 의한 상해'는 '대인배상Ⅰ', '대인배상Ⅱ', '대물배상', '자기신체사고'에 모두 가입하는 경우에 한하여 가입할 수 있다고 규정되어 있는바, 자기신체사고보험이 무효인 경우에는 무보험자동차상해보험은 가입할 수 없는 상황이 되어 그 효력을 유지할 수 없을 것이다.

50) 일부무효의 법리는 「법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다」(민법 제137조 본문)는 것으로, 보험법 분야에서 위 법리에 따라 보험계약 전체를 무효로 본 사례는 '주피보험자에 대한 보험계약이 무효가 되는 이상 주피보험자에 대한 보험계약이 유효함을 전제로 하는 종피보험자에 대한 보험계약 역시 무효가 된다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례'(대법원 2006. 6. 29 선고 2005다11602 판결) 참조.

더라도 적어도 자기신체사고보험과 무보험자동차상해보험은 무효가 될 것이고, 그렇다면 자동차종합보험에 가입한 전 국민이 무효이거나 적어도 일부무효인 자동차보험에 가입하고 차량을 운전하고 다닌다는 결론이 될 것이다.

#### (4) 상해보험계약을 체결하는 주된 목적에 반하는 문제

상해보험계약을 체결하는 주된 목적은 상해를 입었을 때 치료비나 입원비 등을 담보받고자 하는 것인데, 우연히 상해를 입고 치료를 받다가 사망한 경우도 상해보험이 이를 담보한다는 이유로 그 보험계약 전체를 무효로 하는 것은 상해보험의 특성을 간과한 것일 뿐만 아니라 당사자의 의사에도 반하는 문제가 발생한다.

특히 피보험자가 보험수익자의 지위를 겸하는 경우에 보험혜택을 받으려 하는 피보험자의 의사에 정면으로 반하는 문제가 있다. 예컨대, 상해보험의 피보험자가 상해를 입고 치료를 받았지만 후유장해가 남게 된 경우(즉, 사망에 이르지 않게 된 경우), 그 상해보험이 상해로 인한 사망까지 담보한다는 이유로 보험계약 자체를 무효로 보아 피보험자 본인도 자신의 치료비나 후유장해보험금을 지급받지 못하게 하는 것은 분명 문제이다.

### 5. 일본에서의 논의와 보험법 신설

(1) 일본의 경우에는 종전 상법에는 상해보험에 관한 규정이 전혀 없다가, 보험법(2008. 6. 6. 공포, 2010. 4. 시행)이 새로 제정되면서 상해보험에 관하여 피보험자의 동의에 관한 규정을 두었는데, 결론적으로는 상해보험과 질병보험을 합하여 상해질병정액보험과 상해질병손해보험으로 나누고, 상해질병손해보험에 대하여는 피보험자의 동의규정을 두지 아니하였고, 상해질병정액보험에 대하여는 원칙적으로 피보험자의 동의를 얻도록 하되 예외적으로 피보험자가 보험수익자인 경우에는 피보험자의 동의가 필요 없도록 규정(일본 보험법 제67조 제1항)<sup>51)</sup>함으로써 문제가 발생할 여지를 최소화하였다.

51) 일본 보험법 제67조 제1항은 “상해질병정액보험계약의 당사자 이외의 자를 피보험자로 하는 상해질병정액보험은 당해 피보험자의 동의가 없으면 그 효력이 발생하지 않는다. 다만, 피보험자(피보험자의 사망에 관한 보험금부에 있어서는 피보험자 또는 그 상속인)가 보험금

(2) 일본의 경우, 위와 같이 상해보험에 대하여 피보험자의 동의를 얻어야 하는 경우를 한정하여 규정한 것은 입법과정에서 생명보험에 규정된 피보험자의 동의규정을 그대로 상해보험에 적용할 경우 자동차보험계약이 무효가 될 수 있는 등 여러 문제점이 생기게 됨을 알았기 때문이다.

즉 일본의 경우 상해질병정액보험에 있어서 위와 같은 예외를 둔 이유는, 첫째, 일본의 자동차종합보험에는 ‘탑승자상해보험’이라는 상해보험도 포함되어 있는데, 이는 우리나라의 자기신체사고보험보다 피보험자의 범위가 더 넓다. 즉 탑승자상해보험은 우연히 피보험자자동차에 탑승한 사람도 피보험자로 취급하여 그 피보험자들이 피보험자자동차의 운행 중 다친 경우, 부상의 정도에 따라 의료보험금, 후유장해보험금, 사망보험금이 지급되는 보험인바, 누가 해당 피보험자자동차에 탑승할지 모르기 때문에 계약체결시 그 피보험자의 동의를 얻는 것이 불가능하고, 또한 시설관리자가 가입하는 시설입장자 상해보험이나 이벤트 참가자 전원을 피보험자로 하는 상해보험계약도 계약체결시에 피보험자를 특정할 수 없고, 따라서 피보험자의 동의를 개별적으로 얻는 것이 불가능하기 때문이라고 한다.<sup>52)</sup>

둘째, 상해질병정액보험계약은 피보험자의 상해·질병에 즈음하여 피보험자가 필요로 하는 예상된 의료비 등의 지출에 대비하여 체결하는 것이고, 사망급부금은 중심적인 목적이 아니기 때문이라는 점, 그리고 피보험자가 보험수익자로 되는 것이 통레이어서 피보험자를 보험수익자로 하는 한 타인이 보험금을 수취하는 경우는 없고, 그 혜택을 피보험자 본인이 얻기 때문에 보험이 도박적으로 이용되거나 모럴리스크를 고려할 필요가 없고, 피보험자의 인격권이라는 관점에서도 피보험자의 동의를 얻을 필요가 없기 때문이라는 점이 고려되었다고 한다.<sup>53)</sup>

수익자인 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다.

52) 甘利公人・山本哲生, 『保険法の論点と展望』, 商事法務, 2009, 198面; 竹濱 修・木下孝治・新井修司, 『保険法改正の論点』, 法律文化社, 2009, 235-236面 등 참조.

53) 大串淳子, 日本生命保険生命保険研究會 編, 『解説 保険法』, 弘文堂, 2008, 134面; 萩本 修, 保険法立法關係資料: 新法の概説・新舊對照表, (株)商事法務, 2008, 152面; 福田弥夫・古笛恵子 編, 逐條解説 『改正保険法』, ぎょうせい, 2008, 202面; 竹濱 修・木下孝治・新井修司, 前掲書, 236-237面; 甘利公人・山本哲生, 前掲書, 198面 등 참조.

## 6. 결론 및 개정방향

우리나라의 경우 위와 같은 문제가 생긴 이유는 상법이 상해보험의 특성을 고려하지 않고 상해보험에 대하여 생명보험에 관한 규정을 준용하도록 하는 일반규정(제739조)을 두었기 때문이다. 그렇다고 하더라도 상해보험은 생명보험과 달리 보험계약 체결시 피보험자를 특정할 수 없는 경우(불특정 다수인을 피보험자로 예정하는 상해보험)가 있고, 또한 상해보험의 주된 목적이 생명보험과는 달리 사망을 담보하기 위한 것은 아니라는 점에서 생명보험에 관한 상법 제731조 제1항을 상해보험에 그대로 준용하는 것은 타당하지 아니하다.

이 문제의 해결방법으로 성질상 준용이 가능한 것에 한하여 ‘준용’을 허용하는 등 상해보험의 특수성을 고려하여 상해보험에 대하여는 제한적으로 적용되는 것으로 해석함으로써 위와 같은 문제를 해결할 수 있다고 할 것이나, 위에서 살펴본 바와 같이 학계나 실무계의 대체적인 입장은 이에 관한 해결책을 제시하지 않고 있으므로 어쩔 수 없이 입법적으로 해결할 수밖에 없을 것이다. 이에 대한 입법적인 해결책으로는 앞서 제안한 바와 같이 보험자에게 서면동의에 관한 ‘확인 의무’를 지우게 되면 모든 것이 쉽게 해결될 것이고, 차선택으로 일본 보험법과 같이 상해보험에 있어서는 일정한 예외규정을 두는 방안도 적극 검토할 필요가 있을 것이다.

### ■ 주제어

타인의 생명보험계약 || 타인의 사망 || 서면동의 || 자필서명 || 피보험자 || 미성년자 ||  
추인 || 상법 제731조 || 확인의무

### ■ 참고문헌

- 권순일, “타인의 생명보험,” 『상사판례연구』, 제2권 보험·해상, 박영사, 1996.  
 김성태, 『보험법강론』, 법문사, 2002.  
 김태주, “보험법의 개정에 관한 연구,” 『법정논고』, 제4집, 경북대 출판부, 1988. 12.  
 박세민, 『보험법』, 박영사, 2011.  
 박은경, “피보험자의 서면동의 없는 타인의 생명보험계약에 대한 보험자의 책임,” 『상사판례연구』, 제10집, 상사판례학회, 1990.



- 손주찬, 『상법(하)』, 제10정증보판, 박영사, 2002.
- 양승규, “보험법에 관한 개정의견,” 『상법개정의 논점』, 삼영사, 1981.
- \_\_\_\_\_, 『보험법』, 제5판, 삼지원, 2005.
- 이기수, “타인의 생명보험계약,” 『저스티스』, 제30권 제1호, 한국법학원, 1997. 3.
- \_\_\_\_\_, 『보험법·해상법학』, 제5판, 박영사, 2000.
- 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2001.
- 장덕조, 『보험법』, 법문사, 2011.
- 정경영, 『상법학강의』, 개정판, 박영사, 2009.
- 정동윤, 『상법(하)』, 법문사, 2000.
- 정찬형, 『상법강의(하)』, 제13판, 박영사, 2011.
- 정호열, “타인의 생명보험,” 『보험법의 쟁점』, 법문사, 2000.
- \_\_\_\_\_, “피보험자의 동의가 없는 사망보험계약의 효력,” 『고시계』, 1997. 8월호.
- 주석상법(VII)[보험], 한국사법행정학회, 2001.
- 최기원, 『보험법』, 신정판, 박영사, 1998.
- 최병수, “보험법의 개정방향 검토,” 『보험·해상법의 개정논점』, 법무자료, 제57집, 법무부, 1984.
- 최준선, “타인의 생명보험계약,” 『판례월보』, 327호, 판례월보사, 1997. 12.
- 최진수, 『요건사실과 주장증명책임』, 개정증보판, 진원사, 2013.
- 한기정, “타인의 사망보험에서 피보험자의 동의 흠결시 법적 효과에 관한 연구,” 『보험개발연구』, 제17권 제3호, 보험개발원, 2006. 12.
- 甘利公人・山本哲生, 『保険法の論点と展望』, 商事法務, 2009.
- 岡田豊基, 『現代保険法』, 中央經濟社, 2010.
- 大串淳子, 日本生命保險生命保險研究會 編, 『解説 保険法』, 弘文堂, 2008.
- 福田弥夫・古笛恵子 編, 逐條解説 『改正保険法』, ぎょうせい, 2008.
- 竹濱 修・木下孝治・新井修司, 『保険法改正の論点』, 法律文化社, 2009.
- 萩本 修, 保険法立法關係資料: 新法の概説・新舊對照表, (株)商事法務, 2008.

## **The Problems and Improvements of the Written Consent System in a Contract of Insurance which cover the Death of a Third Person**

**Park, Ki-Eok**

According to the Article 731 Paragraph (1) of Korean Commercial Code, a contract of insurance which cover the death of a third person as an insured event shall require the written consent of the third person at the time the insurance contract is concluded. Korean Supreme Court's Judgement related with the interpretation of the above Article is, 「According to the Article 731 Paragraph (1) of the Commercial Code, in a life insurance contract for third person, the point of time until the insured should make a declaration of intention by written consent is "until the conclusion of the insurance contract," and this is a compulsory provision. Therefore, any insurance contract violating it is null and void. If there is no written consent of the insured at the time of concluding the life insurance contract for third person, that insurance contract is conclusively null and void. The insured's approval of the already void insurance contract cannot render the insurance contract valid」. The Supreme Court's such as Judgement have many problems and very disadvantageous to insurance consumers. The insurer has an obligation to explain the terms of the standardized contract to the insured and according to the article 95-5 of the Insurance Business Act, an insurance company or a person engaged in insurance

solicitation shall verify conclusion of dual contracts. Therefore in a contract of insurance which cover the death of a third person, improvements of the written consent system is to the insurer shall bear duty to verify of the written consent the insurer.

Key Words : life insurance contract for third person, the death of a third person, the written consent, the signature, insured, a minor, approval, The Commercial Code §731, duty to verify

