

타인의 사망보험에 있어서 서면동의와 관련한 법적 쟁점

박기억 변호사/성균관대 법학전문대학원 초빙교수

상법 규정

제731조 (타인의 생명의 보험)

- ① 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 보험계약 체결시에 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻어야 한다.
- ② 보험계약으로 인하여 생긴 권리를 피보험자가 아닌 자에게 양도하는 경우에도 제1항과 같다.

제735조의3 (단체보험)

- ① 단체가 규약에 따라 구성원의 전부 또는 일부를 피보험자로 하는 생명보험계약을 체결하는 경우에는 제731조를 적용하지 아니한다.
- ② 제1항의 보험계약이 체결된 때에는 보험자는 보험계약자에 대하여서만 보험증권을 교부한다. [본조신설 91·12·31]

제739조 (준용규정) 상해보험에 관하여는 제732조를 제외하고 생명보험에 관한 규정을 준용한다.

1. 상법 제731조 제1항의 의미

가. 상법 제731조 제1항은 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약¹⁾은 「보험계약 체결시」에 그 타인의 「서면」에 의한 「동의」를 얻어야 한다고 규정하고 있어 위 세 가지 요건을 갖추어야만 보험계약이 유효하도록 규정되어 있다.

상법 제731조 제1항은 1991. 12. 31. 상법 개정시 피보험자의 동意的 '시기'와 '방식'

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.

을 명확히 한다는 명목하에 상법 제731조 제1항에 「보험계약 체결시까지」 라는 문구와 「서면」 이라는 문구를 새로 추가하였다.

나. 「타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약」 의 의미

상법 제731조 제1항은 「타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약」 의 경우에 적용되는데, 여기서 「타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약」 이라는 것이 어떤 보험계약을 의미하는지 여부가 문제될 수 있다. 즉 「타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약」 이라는 것은 생명보험계약을 의미하는 것인지, 아니면 상해보험이나 질병보험에 있어서 상해의 결과 사망에 이른 경우나 질병에 걸린 결과 사망에 이른 경우도 포함하는 것인지 문제될 수 있다.

상법 제731조 제1항 소정의 피보험자의 동의를 요하는 보험계약에 관하여, 학자들은 대체로 타인의 생명보험을 보험사고의 종류에 따라 「타인의 생존보험」 과 「타인의 사망보험」 으로 나누고, 여기서 후자 즉 「타인의 사망보험」 을 '타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약'이라고 설명하고 있다(물론 생사혼합보험도 사망보험에 포함시킴).²⁾ 특히 정호열 교수는 타인의 사망보험계약이란 타인의 생명에 관한 보험계약 중 피보험자의 사망이 보험사고로 되어 있는 생명보험계약을 말한다고 설명하고 있다.³⁾ 또한 대법원도 신체상해로 인한 사망에 대하여 보험금을 지급하는 상해보험에 관하여 이는 사망을 보험사고로 하는 보험이 아니라는 취지로 판시한 바도 있다.⁴⁾

- 2) 양승규, 「보험법」 제5판, 삼지원, 2005, 451-452면; 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001, 832면; 손주찬, 「상법(하)」 제10정증보판, 박영사, 2002, 690면; 정동윤, 「상법(하)」, 법문사, 2000, 684면; 최기원, 「보험법」, 박영사, 1998, 590면; 권순일, 「타인의 생명보험」, 「상사판례연구」 제2권, 박영사(1996. 11.), 제272-273면; 한기정, 「타인의 사망보험에서 피보험자의 동의 흠결시 법적 효과에 관한 연구」, 「보험개발연구」 제17권 제3호(2006. 12.), 96면; 이기수, 「타인의 생명보험계약」, 저스티스 제30권 제1호(1997. 3.), 한국법학원, 126면; 최준선, 「보험법·해상법」(제2판), (2007. 2.), 삼영사, 323면; 손주찬/정동윤, 『주석 상법』(VII) [보험], 한국사법행정학회, 2001, 738-739면; 정찬형, 「상법강의(하)(제9판)」, 박영사, 2007, 736-737면; 김효신, 「보험법의 법리」, 경북대학교 출판부, 2005, 287면.
- 3) 정호열, 「피보험자의 동의가 없는 사망보험계약의 효력」, 『고시계』(1997. 8.), 제137-138면; 정호열, 「타인의 생명보험」, 『보험법의 쟁점』, 법문사, 2000, 472면.
- 4) 대법원 1980. 11. 25. 선고 80다1109 판결은, 「신체상해로 인한 사망, 수족의 상실, 실명, 휴업보상금 기타 특별히 기재한 손해에 대하여 보험약관에 규정된 조항에 따라 보상하는 보험에 관하여, 이는 보험의 하나로 상법 제737조에 규정된 상해보험임을 알 수 있고 달리 사망을 보험사고로 볼 자료는 찾아 볼 수 없음에도 불구하고, 원심이 위에서 본 바와 같이 본건 보험을 사망을 보험사고로 하는 생명보험처럼 단정하였음은 증거내용을 오해하였거나 증거없이 사실

생각건대, 「무엇」을 「보험사고」로 하느냐를 기준으로 인보험을 분류할 때, 생명보험은 일정한 시점에 있어서 사람의 '생존' 또는 '사망'을 보험사고로 하는 보험계약이고, 상해보험은 '상해'를 보험사고로 하는 보험이며, 질병보험은 「질병」을 보험사고로 하는 보험이라고 할 수 있다. 따라서 타인의 사망보험은 생명보험에 있어서 타인의 생존보험에 대립되는 개념으로 좁게 해석하여야 하고, 상해나 질병을 보험사고로 하는 상해보험이나 질병보험은 이에 포함되지 않는다고 봄이 타당하다고 하겠다. 그렇다면 상법 제731조 제1항 소정의 「타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약」은 생명보험계약에서만 타당한 개념이라고 할 수 있을 것이다.

하지만 위와 같은 문제 제기는 후술하는 바와 같이 우리나라 하급심 판례와 대다수의 학자들이 상법 제739조를 근거로 상법 제731조 제1항이 상해보험에도 그대로 준용된다고 해석하고 있어,⁵⁾ 별 실익이 없어 보인다. 상해보험은 본디 보험계약체결시에 피보험자를 특정할 수 없는 경우가 많고, 보험 가입의 주된 목적이 사망보험에 있는 것이 아니라 상해를 입은 경우에 치료를 목적으로 하는 것이라는 점에서 상법 제731조 제1항을 상해보험에 그대로 준용할 수 없는 한계가 있다(이점은 후술함).

대법원은 제3자가 타인의 동의를 받지 않고 타인을 보험계약자 및 피보험자로 하여 체결한 생명보험계약은 보험계약자 명의에도 불구하고 실질적으로 타인의 생명보험 계약에 해당한다는 입장이다.⁶⁾

[대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다74007 판결]

< 사안의 개요 >

- 원고 1은 1998. 4. 30. 피고 보험회사(아메리카 인터내셔널 어슈어런스 컴파니)와 사이에 자신의 처인 소외 1을 계약자 및 피보험자로 하고, 사망시 수익자를 상속인으로 하는 이 사건 제3, 4(프라임평생설계Ⅱ형) 보험계약을 체결하였다.

을 단정한 채증법칙을 어긴 위법을 범하였다고 아니할 수 없다」고 판시하고 있는바, 이는 상해로 인한 사망을 담보하는 상해보험은 사망을 보험사고로 하는 보험계약이 아니라는 의미로 해석할 수 있을 것이다.

5) 위와 같이 해석할 경우에는 후술하는 바와 같이 우리가 흔히 가입하는 자동차보험계약이 모두 무효가 되는 등 큰 혼란이 초래되지만 어쩔 수 없는 노릇이다.

6) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다74007 판결.

- 그런데, 원고 1이 이 사건 제3, 4 보험계약을 체결할 당시 원고 1은 피고의 세일즈매니저로 근무하고 있었는데, 월말 영업실적을 올리기 위하여 자신의 처인 망인(소외 1)의 이름으로 망인을 피보험자로 하여 위 각 보험계약을 체결하였고, 피고의 다른 직원이 망인의 서명을 대신하였다.
- 한편, 이 사건 제3보험계약은 건강진단 중 특별진단을 요구하는 계약이어서, 망인이 피고가 지정하는 병원에서 건강진단을 받고, 이 사건 제3보험계약 체결 3일 후에 망인이 건강진단서(피보험자 작성용)를 작성하여 피고에게 제출하였으며, 이 사건 제4보험계약에 관하여도 망인이 그 계약체결 6일 후에 피고가 지정하는 병원에서 건강진단을 받았다.
- 그리고, 이 사건 제3, 4 보험계약의 보험료는 보험계약이 체결된 이후 이 사건 보험사고가 발생하기까지 5년여 기간 동안 망인의 은행계좌에서 이체되었다.
- 위 사건에 관하여, 망인의 상속인인 원고 1 등은 이 사건 제3, 4 보험계약은 망인이 원고 1에게 권한을 위임하여 체결된 자기의 생명보험으로서 유효하게 성립된 것이므로 피고는 재해사망보험금을 지급할 의무가 있다고 주장하였고, 이에 대하여 피고는 이 사건 제3, 4 보험계약은 원고 1에 의하여 체결된 타인의 생명보험계약인데 이 사건 제3, 4 보험계약의 자필서명란의 서명이 망인의 것이 아니므로, 상법 제731조 제1항에 따라 피보험자인 망인의 서면동의가 없어 무효라고 주장하였다.

< 2심판결 > 원고청구 인용

- 서울고등법원 2009. 8. 13. 선고 2008나104415 판결 -

이 사건 제3, 4 보험계약은 망인의 남편인 원고 1이 망인을 대리하여 망인을 보험계약자와 피보험자로 하여 체결한 생명보험계약으로서, 그 계약 체결 후 곧바로 망인이 위 각 계약에서 요구하는 건강진단을 받고 약 5년간 계속하여 보험료를 납입함으로써 망인이 위 계약체결을 추인하였다고 할 것이다. 따라서, 이 사건 제3, 4 보험계약이 타인의 생명보험계약이라고 할 수는 없고, 또한 상법 제731조 제1항이 배제하고자 하는 위험성도 없다고 할 것이므로, 결국 이 사건 제3, 4 보험계약은 유효하고, 이에 따라 피고는 원고들에게 이 사건 제3, 4 보험계약에 따른 보험금을 지급할 의무가 있다.

< 대법원 판결 요지 > 원심파기

- 대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다56677 판결 -

가. 상법 제731조 제1항은 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어서 도박보험의 위험성과 피보험자 살해의 위험성 및 선량한 풍속 침해의 위험성을 배제하기 위하여 마련된 강행규정인바, 제3자가 타인의 동의를 받지 않고 타인을 보험계약자 및 피보험자로 하여 체결한 생명보험계약은 보험계약자 명의에도 불구하고 실질적으로 타인의 생명보험계약에 해당한다고 할 것이다.

나. 상법 제731조 제1항에 의하면 타인의 생명보험에서 피보험자가 서면으로 동意的 의사표시를 하여야 하는 시점은 '보험계약 체결시까지'이고, 이는 강행규정으로서 이를 위반한 보험계약은 무효이므로, 타인의 생명보험계약 성립 당시 피보험자의 서면동적이 없다면 그 보험계약은 확정적으로 무효가 되고, 피보험자가 이미 무효가 된 보험계약을 추인하였다고 하더라도 그 보험계약이 유효로 될 수 없다.

2. 타인의 사망보험계약 체결의 제한에 관한 입법주의

타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의 경우에 보험금 취득을 노리고 타인의 생명을 해하는 범죄에 악용될 우려가 있어) 일정한 제한을 가하고 있는데, 이를 제한하는 입법례로는 이익주의와 동의주의가 있다.

(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.

7) 대법원은, 상법 제731조 제1항의 입법취지에는 도박보험의 위험성과 피보험자 살해의 위험성 외에도 피해자의 동의를 얻지 아니하고 타인의 사망을 이른바 사행계약상의 조건으로 삼는 데서 오는 공서양속의 침해의 위험성을 배제하기 위한 것도 들어 있다고 해석된다고 보고 있다 (대법원 1996. 11. 22. 선고 96다37084 판결, 대법원 1999. 10. 8. 선고 98다24563, 24570 판결 등 참조).

(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

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

우리나라는 전 세계적인 입법례 중 세 가지 요건(동의주의 + 서면주의 + 시기제한)을 모두 도입한 유일한 나라로서 요건이 가장 엄격하다. 따라서 무효계약이 가장 많이 발생하는 입법을 하고 있어⁸⁾ 보험계약자에게는 가장 불리한 입법 형태이다.

일본에 있어서 피보험자 동의에 관한 규정

| | | 보험법 시행전 상법 | 보험법(2010. 4.시행) |
|------|----|---------------------------|------------------|
| 사망보험 | 원칙 | 동의 필요 | 동의 필요 |
| | 예외 | 피보험자가 보험수익자인 경우에는 동의가 불필요 | 없음(예외를 인정하지 아니함) |

8) 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 서면 동의가 없다는 단순이유만으로 보험금 지급을 거절하거나 계약을 무효로 하는 등 선의의 계약자에게 부당한 피해를 입히는 일이 없도록 관련업무수행에 철저를 기해줄 것”을 당부하였으며, 보험가입자들이 보험금지급에 관한 보장조치를 요구했을 경우 「보험계약 유효확인서」를 발급하여 주도록 보험회사에 지시하였다고 한다 {이기수, 앞의 논문, 130면 참조} .

| 상해질병 정액보험 | 원칙 | 규정 없음 | 동의 필요 |
|--------------|----|-------|---|
| | 예외 | | 피보험자가 보험수익자인 경우(상해질병보험의 사망급부부분에 관하여는 보험수익자가 피보험자 본인 또는 피보험자의 상속인인 경우를 포함)에는 불필요. 다만, 사망급부금만을 목적으로 하는 경우에는 필요. |

3. 동의의 법적 성질 및 방식

가. 효력규정

피보험자의 동의는 계약의 성립요건이 아니라 효력발생요건이다. 계약의 체결에 있어서 당사자가 아닌 제3자의 의사표시를 계약의 성립요건으로 하는 것은 계약의 일반 관념에 어긋나고 타인의 사망보험계약도 일반 보험계약과 마찬가지로 낙성계약이기 때문이다. 따라서 타인의 동의가 없는 타인의 사망보험계약은 무효이다. 대법원 판례도 같은 입장이다.

[대법원 1989. 11. 28. 선고 88다카33367 판결]

타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 피보험자의 동의를 얻어야 한다는 상법 제731조 제1항의 규정은 강행법규로 보아야 하므로 피보험자의 동의는 방식이야 어떻든 당해 보험계약의 효력발생 요건이 되는 것이다.

나. 동의의 법적 성질 및 방식 - 동의 대행의 유효성과 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,⁹⁾ 따라서 이에 관하여는 법률행위에 관한 민법의 일반원칙이 유추적용 된다.¹⁰⁾ 그렇다면 타인의 사망보험에 있어서 피보험자는 위 동의를 대리인으로 하여금

9) 주석상법(VII), 한국사법행정학회, 2001. 제740면; 양승규, 앞의 책, 제452면; 김성태, 앞의 책, 제838면; 정찬형, 상법강의(하), 박영사, 2002, 제692면; 정동윤, 앞의 책, 제685면; 이기수, 보험법·해상법학, 박영사, 2000, 제283면; 박세민, 보험법, 박영사, 2011, 871면; 장덕조, 보험법, 법문사, 2011, 439면 각 참조.

10) 정동윤, 앞의 책, 제685면; 주석상법(VII), 한국사법행정학회, 2001. 제740면; 이기수, 앞의 책, 제283면; 김성태, 앞의 책, 제838면; 岡田豊基, 現代保險法, 中央經濟社, 2010, 312면 각 참조.

할 수 있다고 보지 않을 수 없고, 그렇게 해석하는 것이 일반적인 견해이다.¹¹⁾ 대법원도 피보험자인 타인의 서면동의를 그 타인이 보험청약서에 자필 서명하는 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.¹²⁾ 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. 동意的 의사표시는 구두로도 가능하나,¹³⁾ 그 의사표시는 피보험자 본인 또는 그 대리인에 의하여 서면으로 현출되어야 한다(대리인의 있는 경우에는 대리인에 의해 현출되면 그것으로 족하다).¹⁴⁾

또한 피보험자인 타인의 동의는 각 보험계약에 대하여 개별적으로 서면에 의하여 이루어져야 하고 포괄적인 동의 또는 묵시적이거나 추정적 동의만으로는 부족하다는 것이 판례이다.¹⁵⁾ 제731조는 서면동意的 상대방을 제한하고 있지 아니하므로 피보험자는 보험계약자나 보험자에게 자유로이 할 수 있다.

[대법원 2006. 12. 21. 선고 2006다69141 판결]

< 사안의 개요 >

며느리(보험계약자)가 보험설계사의 권유로 자신이 운영하는 식당에서 시어머니를 피보험자로 하는 사망보험계약을 체결하면서(시어머니도 현장에 있었음) 피보험자의 자필서명란에 시어머니의 서명을 대신한 사례임!

< 판결의 요지 >

- 11) 최기원, 앞의 책, 제592면; 정호열, “피보험자의 동의가 없는 사망보험계약의 효력”, 제140면; 권순일, “타인의 생명보험”, 상사판례연구 제2권 보험·해상, 박영사, 1996, 제276면 각 참조.
- 12) 대법원 2006. 12. 21. 선고 2006다69141 판결. 위 판결은 피보험자인 타인의 서면동의를 타인에 의해 대행될 수 있음을 선언한 최초의 대법원 판례이다.
- 13) 대리인에게 동意的 의사표시를 함에 있어서 그 동意的 의사표시를 서면으로 할 필요는 없다는 의미이다.
- 14) 피보험자가 보험모집인에게 동意的 의사표시를 함으로써 보험모집인으로 하여금 서면동의를 대신하게 할 수도 있다.
- 15) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다56677 판결 등 참조.

타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어 피보험자인 타인의 동의는 각 보험계약에 대하여 개별적으로 서면에 의하여 이루어져야 하고 포괄적인 동의 또는 묵시적이거나 추정적 동의만으로는 부족하나, **피보험자인 타인의 서면동 의가 그 타인이 보험청약서에 자필 서명하는 것만을 의미하지는 않으므로** 피 보험자인 타인이 참석한 자리에서 보험계약을 체결하면서 보험계약자나 보험모 집인이 타인에게 보험계약의 내용을 설명한 후 타인으로부터 명시적으로 권한을 수여받아 보험청약서에 타인의 서명을 대행하는 경우와 같이, 타인으로부터 특 정한 보험계약에 관하여 서면동의를 할 권한을 구체적·개별적으로 수여받았음이 분명한 사람이 권한 범위 내에서 타인을 대리 또는 대행하여 서면동의를 한 경 우에도 그 타인의 서면동의를 적법한 대리인에 의하여 유효하게 이루어진 것이 다.

[타인의 사망보험에서 처가 피보험자인 남편의 서명을 대신한 경우]

- <3심> 대법원 2009다40806 판결 (2009. 8. 20. 심리불속행)
- <2심> 서울고법 2009. 4. 30. 선고 2008나87169 판결 - 피고 항소 기각
- <1심> 의정부지방법원 2008. 8. 20. 선고 2008가합 2880판결-원고 청구 인용

< 1심 판결 > 원고 전부 승소!

피고의 주장에 대한 판단

피고는, 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약은 타인의 서면에 의한 동 의를 효력발생요건으로 하는데 이 사건 각 보험계약서의 피보험자란에 기재된 망 김○○의 서명은 자필에 의한 서명이 아니므로 이 사건 각 보험계약은 무효라 고 주장하므로 살핀다.

타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어 피보험자인 타인의 동의는 각 보험계약에 대하여 개별적으로 서면에 의하여 이루어져야 하고 포괄적인 동의 또는 묵시적이거나 추정적 동의만으로는 부족하나, 피보험자인 타인의 서면동 의가 그 타인이 보험청약서에 자필 서명하는 것만을 의미하지는 않으므로 피보 험자인 타인이 참석한 자리에서 보험계약을 체결하면서 보험계약자나 보험모집 인이 타인에게 보험계약의 내용을 설명한 후 타인으로부터 명시적으로 권한을 수여받아 보험청약서에 타인의 서명을 대행하는 경우와 같이, 타인으로부터 특 정한 보험계약에 관하여 서면동의를 할 권한을 구체적·개별적으로 수여받았음 이 분명한 사람이 권한 범위 내에서 타인을 대리 또는 대행하여 서면동의를 한

경우에도 그 타인의 서면동의를 적법한 대리인에 의하여 유효하게 이루어진 것으로 보아야 한다(대법원 2006. 12. 21. 선고 2006다69141 판결).

이 사건에 돌아와 살펴건대, ... 이 사건 각 보험계약을 체결할 당시 망 김○○는 원고에게 자신을 피보험자로 한 이 사건 각 보험계약을 체결하고 대신하여 서명할 권한을 부여하였다고 봄이 상당하다.

< 2심 판결 >

1심판결 그대로 인용하여 피고 항소 기각

< 3심 판결 > 심리불속행 기각!

4. 동의를 시기 - 사후동의를 유효성과 관련하여

(1) 문제의 소재

상법 제731조 제1항은, 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어서 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻어야 하는 시기에 관하여 '보험계약 체결시'로 규정하고 있다. 그렇다면 과연 보험계약 체결 이후에 피보험자의 동의를 얻더라도 보험계약은 유효해 질 수 없는 것인지 여부가 문제된다.

(2) 학설

이에 관하여 ① 긍정설(유효설)은 피보험자의 동의는 보험계약의 성립요건이 아니라 효력발생요건임을 근거로 하고,¹⁶⁾ ② 부정설(무효설)은 상법 제731조를 강행법규로 이해하여 사후동의를 무효라고 본다.¹⁷⁾

(3) 판례

16) 손주찬, 앞의 책, 691면; 최기원, 앞의 책, 593면; 정호열, "피보험자의 동의가 없는 사망보험 계약의 효력", 141-142면; 정동윤, 앞의 책, 686면; 정찬형, 『상법강의(하)』, 박영사, 2007, 739면; 정경영, 「상법학강의」(개정판), 박영사, 2009, 934면; 최준선, 앞의 논문, 51면.

17) 양승규, 앞의 책, 455면; 김성태, 앞의 책, 838면; 한기정, 앞의 논문, 103면; 박은경, "피보험자의 서면동의 없는 타인의 생명보험계약에 대한 보험자의 책임", 『상사판례연구』 제10집, 상사판례학회, 1990, 301면; 이기수, 앞의 논문, 135면.

대법원은 “타인의 생명보험계약 성립 당시 피보험자의 서면동의를 없다면 그 보험계약은 확정적으로 무효가 되고, 피보험자가 이미 무효가 된 보험계약을 추인하였다 고 하더라도 그 보험계약이 유효로 될 수 없다”고 판시하고 있는데(대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다56677 판결 등 참조), 이는 상법 제731조를 강행법규로 보는 입장이라고 할 수 있다.

(4) 소결

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.¹⁸⁾

게다가 피보험자의 동의는 보험계약의 성립요건이 아니라 효력발생요건임을 부정할 수 없는 점,¹⁹⁾ 보험수익자가 보험금청구권을 양도하거나 보험계약자가 보험수익자를 변경하는 경우 피보험자의 동의로 당해 보험계약은 계속 효력이 있는 것으로 보아야 하는 점,²⁰⁾ 피보험자의 동의를 얻도록 하는 주된 이유가 피보험자를 고의로 살해할 위험성으로부터 피보험자를 보호하고자 함에 있다면 단순한 절차상의 선후문제 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 보험청약을 다시 할 수밖에 없을 것인데, 이는 피보험자의 의사를 무시하는 것임은 물론 무

18) 최준선, 앞의 논문, 51면 참조.

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

20) 정호열, “피보험자의 동의가 없는 사망보험계약의 효력”, 142면 참조.

용의 절차를 반복하도록 하는 것이어서 바람직하다고 볼 수 없다. 결론적으로 위와 같은 이유로 긍정설(유효설)이 타당하지 않을까.

※ 관련 문제 : 무효인 보험계약에 따른 보험료 반환청구권의 소멸시효의 기산점

- 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92612 판결 【보험료불입금반환】 -

【관시사항】

- [1] 무효인 보험계약에 따라 납부한 보험료의 반환청구권 소멸시효 기산점(=각 보험료를 납부한 때)
- [2] 무효인 보험계약에 따라 납부한 보험료에 대한 반환청구권의 소멸시효 기산점이 문제된 사안에서, 보험계약자가 납부한 보험료 전체의 반환청구권 소멸시효가 보험료를 마지막으로 납부한 때부터 진행한다고 본 원심판결을 파기한 사례.

【판결요지】

- [1] 상법은 보험료반환청구권에 대하여 2년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다는 취지를 규정할 뿐(제662조) 소멸시효의 기산점에 관하여는 아무것도 규정하지 아니하므로, 소멸시효는 민법 일반 법리에 따라 객관적으로 권리가 발생하고 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다. 그런데 **상법 제731조 제1항을 위반하여 무효인 보험계약에 따라 납부한 보험료에 대한 반환청구권은 특별한 사정이 없는 한 보험료를 납부한 때에 발생하여 행사할 수 있다고 할 것이므로, 위 보험료반환청구권의 소멸시효는 특별한 사정이 없는 한 각 보험료를 납부한 때부터 진행한다.**
- [2] 무효인 보험계약에 따라 납부한 보험료에 대한 반환청구권의 소멸시효 기산점이 문제된 사안에서, 보험계약자가 납부한 보험료 전체의 반환청구권 소멸시효가 보험료를 마지막으로 납부한 때부터 진행한다는 전제에서 보험료의 반환청구권이 시효소멸하지 아니하였다고 본 원심판결을 파기한 사례.²¹⁾

21) 이 사건은 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에서 피보험자의 서면동의를 없음을 이유로 보험계약이 무효라고 판시하면서 보험계약자가 보험회사에게 납부한 보험료 중 소제기일로부터 역산하여 2년 전의 시점 이전에 납입한 보험료 합계 57,421,520원이 시효소멸하였다고 보아 반환청구를 인정하지 아니한 사례임.

5. 상법 제731조 제1항의 상해보험계약에의 준용 여부

가. 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,²²⁾ 상해의 결과 사망에 이른 경우에는 사망보험금, 후유장해가 남게 되는 경우에는 후유장해보험금, 치료를 받게 된 경우에는 의료보험금이 지급되는 것이 일반적이다. 상해보험의 종류로는 보통상해보험, 교통상해보험,²³⁾ 단체상해보험, 여행상해보험 등이 있다.

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 준용하도록 규정하고 있는데, 그렇다면 위와 같은 상해보험에 관하여도 상법 제731조 제1항을 준용할 수 있는지 여부가 문제된다.

특히 상해보험이 포함된 자동차종합보험계약(자기신체사고보험과 무보험자동차상해보험은 상해보험)을 체결함에 있어 기명피보험자가 그 배우자나 자녀의 서면에 의한 동의를 얻지 아니한 경우 상법 제731조 제1항을 준용하여 이를 모두 무효로 보아야 하는지, 또한 장래에 특정한 시설에 입장하는 사람을 피보험자로 하여 상해보험계약을 체결하는 경우(시설입장자 상해보험계약)와 같이 계약체결 시에 피보험자를 특정할 수 없는 경우에도 역시 그 피보험자의 서면에 의한 동의가 없다는 이유로 이를

22) **대법원**은 상해보험에 관하여 ‘피보험자가 보험기간 중에 급격하고도 우연한 외래의 사고로 인하여 신체에 손상을 입는 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). **상해보험보통약관**은 ‘보상하는 손해’에 관하여, 「회사는 피보험자가 피보험기간 중에 급격하고도 우연한 외래의 사고로 신체에 상해를 입었을 때에는 그 상해로 인하여 생긴 손해를 이 약관에 따라 보상하여 드립니다.」라고 규정하고 있고, 또한 **보험업감독업무시행세칙**도 「“상해보험”은 우연한 외래의 사고로 인한 사람의 신체에 입은 상해에 대하여 치료에 소요되는 비용 및 상해의 결과에 기인한 사망 등의 위험을 담보하는 보험을 말한다」(보험업감독업무시행세칙 제2관 19조 5항)고 규정하고 있다.

23) 교통상해보험은 피보험자가 교통사고로 상해를 입었을 때에 보험금을 지급하기로 하는 보험으로서, 자동차보험에서 자기신체사고보험은 교통상해보험의 일종이다 {양승규, 앞의 책, 482면 참조} .

모두 무효계약으로 보아야 하는지 여부가 문제된다.

나. 학설 및 판례 입장

상해보험계약에 관하여 상법 제731조 제1항을 준용할 수 있는지 여부에 관하여 견해의 대립이 있을 수 있는데, 우리나라에서는 대체로 상법 제739조가 상해보험에 관하여는 생명보험에 관한 규정을 준용하고 있다는 이유로 타인의 상해보험계약의 경우에도 상법 제731조를 준용하여 피보험자의 서면에 의한 동의 없이는 상해보험을 무효로 보아야 한다는 입장을 취하고 있다.²⁴⁾ 이에 관한 대법원 판례는 아직 없는 것으로 보이고, 하급심 판례는 상법 제739조를 근거로 상해보험에 대하여도 상법 제731조 제1항의 준용을 인정하는 입장이다.

[서울고등법원 1997. 11. 11. 선고 97나13933 판결]

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)...

[서울고등법원 2010. 6. 10. 선고 2009나120148 판결]

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 있느냐 피보험자가 아닌 다른 사람으로 기재되어 있느냐에 따라 상법 제731조 제1항의 적용 여부가 달라진다고 볼 수는 없다. ③ 자동차종합보험 중 자기신체사고 보험에 상법 제731조가 준용되는 결과가 부당하다는 이유만으로 강행규정인 상법 제731조의 상

24) 김성태, 앞의 책, 860면; 최기원, 앞의 책, 1998, 629면; 정경영, 앞의 책, 938면.

해보험에의 준용을 배제할 수도 없다.

다. 검토

하지만, 상해보험은 생명보험과 달리 보험계약체결시 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.

즉 ① 상해보험계약에 있어서는 보험계약체결 시 장래에 어떤 시설물에 입장하게 될 사람들을 피보험자로 하거나(예컨대, 시설입장자 상해보험 등), 단순히 피보험자뿐만 아니라 피보험자의 배우자나 자녀도 해당 보험의 피보험자로 포함시키는 경우가 있는데(자동차보험 중 상해보험인 자기신체사고보험의 경우 등), 그와 같은 경우에도 상법 제731조 제1항을 그대로 준용한다면 보험계약체결시 피보험자가 없거나 정해지지 아니하여 그 피보험자의 서면동의를 얻을 수 없게 되므로(장래에 배우자가 될 사람, 또는 장래에 태어나게 될 자녀의 서면 동의를 얻는다는 것은 불가능함) 그러한 상해보험계약은 모두 모두 무효로 될 수밖에 없다는 결론이 되어 처음부터 제도적으로 무효인 보험으로 출발하게 된다.

또한 ② 상해보험계약을 체결하는 주된 목적은 상해를 입었을 때 치료비나 입원비용을 담보받고자 하는 것인데, 우연히 상해를 입고 치료를 받다가 사망한 경우도 상해보험이 이를 담보한다는 이유로 그 보험계약 전체를 무효로 하는 것은 당사자의 의사에도 반하고, 특히 피보험자가 보험수익자인 경우에 보험혜택을 받으려 하는 피보험자의 의사에 정면으로 반하는 것이므로 상법 제731조를 상해보험계약에 그대로 준용하는 것은 곤란하지 않을까.

심지어 상법 제731조를 상해보험계약에 그대로 적용할 경우에는 우리가 흔히 가입하는 자동차보험계약은 모두 무효라고 해석할 수밖에 없을 것이기 때문이 더욱 문제이다. 즉 자동차 운전업무에 종사하는 사람이라면 누구나 가입하게 되는 자동차종합

보험에 있어서 그 자동차보험이 담보하는 자기신체사고보험은 인보험의 일종이고, 그 성질상 상해보험에 속한다는 것이 대법원 판례인데(대법원 2001. 9. 7. 선고 2000다 21833 판결 등 참조), 문제는 상해보험의 일종인 자기신체사고보험의 피보험자의 범위에는 피보험자의 부모, 배우자 및 자녀도 포함되어 있는 바,²⁵⁾ 만약 상해보험에 관하여 상법 제731조 제1항을 준용한다면, 자기신체사고보험에 관하여도 상법 제731조 제1항이 준용될 것이고, 그렇게 되면 자동차종합보험의 기명피보험자의 부모, 배우자 및 자녀도 자기신체사고보험의 피보험자이므로 자동차종합보험계약체결 시 이들의 서면동의를 얻어야 한다는 결론이 되는데, 실제로는 이들의 서면동의를 얻지 않거나 (자동차보험에 가입함에 있어서 배우자나 자녀들로부터 서면에 의한 동의를 얻는 경우는 거의 없을 것임) 이들의 서면동의를 얻는 것이 처음부터 불가능하기 때문에(기명 피보험자가 자동차보험계약 체결 후에 결혼을 하여 배우자를 얻거나 자녀를 출산한 경우에는 보험계약체결 시에 그 배우자나 자녀의 서면동의를 얻는 것은 애초부터 불가능하므로 서면동의를 없게 될 것임) 해당 자기신체사고보험은 무효가 될 것임은 당연하고, 나아가 자동차종합보험계약 중 자기신체사고보험이나 무보험자동차상해보험이 무효인 경우 민법 제137조 소정의 일부무효의 법리²⁶⁾에 따라 자동차보험계약 전체가 무효로 될 수밖에 없을 것이다. 그렇다면 자동차종합보험에 가입한 전 국민이 무효인 자동차보험에 가입하고 무보험차량을 운전하고 다닌다는 결론이 될 것인데, 그러한 결과를 그대로 방치할 수는 없을 것이다.

이러한 문제는 자동차보험 중 자기신체사고보험에만 문제되는 것이 아니라 무보험 자동차상해보험과 플러스보험에 있어서의 자동차상해보험에도 그대로 나타난다.

일본에서도 생명보험에서의 피보험자의 동의조항을 상해보험에 그대로 적용(또는 준용)할 경우에 위와 같이 자동차보험계약 전체가 무효가 될 수 있음을 인식하고 이를 피하기 위한 입법을 하였다는 점은 우리에게 시사하는 바가 매우 크다할 것이다. 즉 일본의 경우에는 종래 상법에는 상해보험에 관한 규정이 전혀 없었는데, 최근 상법

25) 자동차보험약관 Ⅱ의 2. '피보험자의 범위' 참조.

26) 민법 제137조 (법률행위의 일부무효) : **법률행위의 일부가 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다.** 그러나 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다.

보험편을 같음할 ‘보험법’이라는 단행법을 새로 제정하면서(2008. 6. 6. 공포, 2010. 4. 시행) 위와 같은 결론이 초래되는 것을 막기 위해 입법적으로 해결하였는데, 일본의 신보험법은 ‘상해질병손해보험’에 대하여는 피보험자의 동의 규정을 두지 아니하였고, ‘상해질병정액보험’에 대하여는 피보험자의 동의가 없으면 그 효력이 발생하지 않는다고 규정하면서, 다만 피보험자와 보험수익자가 동일한 경우(피보험자=보험수익자)에는 동의를 얻지 않아도 무방하도록 예외규정을 두었다(일본 보험법 제67조 제1항).²⁷⁾

결국 일본은 ‘상해질병정액보험’ 중 피보험자와 보험수익자가 다른 경우에만 생명보험과 마찬가지로 피보험자의 동의를 얻어야 하는 것으로 규정한 것인데, 위와 같이 규정한 이유는 우리나라에서와 마찬가지로 상해보험에서는 피보험자를 특정할 수 없는 문제가 있고, 또한 상해보험의 주된 목적이 의료비 등을 대비하고자 하는 것이지 사망보험금은 주된 것이 아니라는 점 등이 입법과정에서 지적되어 논의를 거친 끝에 결국에는 위와 같은 예외규정을 두어 한정적으로 피보험자의 동의를 얻도록 하였다는 것이다.²⁸⁾

이를 구체적으로 살펴보면, 일본의 경우 상해질병정액보험에 있어서 위와 같은 예외를 둔 이유는, 첫째, 일본의 자동차종합보험에는 ‘탑승자상해보험’이라는 상해보험도 포함되어 있는데, 이는 우리나라의 자기신체사고보험보다 피보험자의 범위를 더 넓혀 우연히 피보험자동차에 탑승한 사람도 피보험자로 취급하여 그 피보험자들이 피보험자동차의 운행 중 다친 경우 부상의 정도에 따라 의료보험금, 후유장애보험금, 사망보험금이 지급되는 보험인바, 이 경우는 누가 당해 피보험자동차에 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 때문이라는 것이다.²⁹⁾

27) 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 보험금수익자인 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다.

28) 甘利公人/山本哲生, 『保険法の論点と展望』, 商事法務, 2009, 198-199면; 竹濱 修, 木下孝治, 新井修司, 『保険法改正の論点』, 法律文化史, 2009, 236면 참조.

29) 甘利公人/山本哲生, 앞의 책, 198면; 竹濱 修, 木下孝治, 新井修司, 앞의 책, 235-236면 참조.

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 통례이어서 피보험자를 보험수익자로 하는 한 타인이 보험금을 수취하는 경우는 없고, 그 혜택을 피보험자 본인이 얻기 때문에 보험이 도박적으로 이용되거나 모럴리스크를 고려할 필요가 없고, 피보험자의 인격권이라는 관점에서 피보험자의 동의를 얻을 필요가 없기 때문이라는 점이 고려되었다고 한다.³⁰⁾

우리나라의 경우 위와 같은 문제가 생긴 이유는 상법이 상해보험의 특성을 고려하지 않고 단순하게 생명보험에 관한 규정을 준용하도록 하는 규정(상법 739조)을 두었기 때문인데, 이 문제의 해결방법에 있어서 성질상 준용이 가능한 것에 한하여 '준용'을 허용하는 법해석을 통하여 해결할 수도 있겠으나, 위에서 살펴본 바와 같이 다수의 학자와 하급심 판례도 그러한 기미조차 보이지 아니하므로 결국 이를 해결하는 방법은 상법 제731조 제1항을 상해보험에 준용함에 있어서 예외규정을 두는 입법을 통하여 해결하는 것이 바람직하다. 최근 법무부 상법특별위원회에서 이러한 문제를 개정하자는 데에 위원들 사이에 대체적인 의견을 모은 바 있다.

30) 大串淳子, 日本生命保險生命保險研究會 編, 『解説 保險法』, 弘文堂, 2008, 134면; 萩本 修, 保險法立法關係資料: 新法の概説・新舊對照表, (株)商事法務, 2008, 152면; 福田弥夫/古笛惠子 編, 逐條解説 『改正保險法』, ぎょうせい, 2008, 202면; 竹濱 修, 木下孝治, 新井修司, 앞의 책, 236-237면; 甘利公人/山本哲生, 앞의 책, 198면 등 참조.