

고지의무위반과 기망행위 여부

- 대법원 2017. 4. 26. 선고 2017도1405 판결에 대한 평석을
중심으로 -

최 병 규*

<차례> _____

I. 머리말	IV. 평가와 전망
II. 대상판결	V. 맺음말
III. 독일의 논의	

주제어 : 보험사기, 보험남용, 악의적 기망, 고지의무 위반, 수동적 답변의무, 죄형법정주의, 미수의 처벌, 입법론

<국문초록> 오늘날 보험사기가 많은 사회적 문제를 야기하고 있다. 그런데 보험사기 문제를 해결하기 위하여는 단순히 처벌의 강화만이 능사는 아니다. 여러 가지 제도적 연관하에 방지책을 수립하고 이행하여야 한다. 그 가운데 염두에 두어야 할 제도가 바로 고지의무이다. 고지의무 등을 관통하는 중요한 특성으로서 선의계약성을 들 수 있다. 알고 있는 중요한 사항을 사실대로 알려야 하는 것이다. 그리고 사고의 우연성도 중요한 특성 가운데 하나이다. 사고를 인위적으로 조작하거나 하면 보험이 범죄로 될 가능성이 있다. 그런데 그 경계가 매우 애매하다. 보험사기와 고지의무위반의 관계가 특히 어려운 문제를 야기한다. 과연 어느 정도의 고지의무위반이 되어야 보험사기의 기망이 성립될 수 있을지에 대해서는 명확한 기준이 존재하지 아니한다. 우리의 경우 2016년 3월 보험사기방지특별법이 제정이 되었다. 그런데 이 특별법은 보험사기에 대해 일부 형량을 가중하였을 뿐 보험사기에 대하여 기존의 형법에 의한 처리보다 특별히 크게 변화를 가한 것은 아니다. 고지의무와 관련하여 고의로 사실과 다르게 고지하고 보험금을 청구해 받아가는 과정에서 사기죄로 처벌하는 것은 매우 어려운 문제점이 따른다. 죄형법정주의가 적용되며 기수를 처벌하는 것이기 때문에 고지의무의 특수성과 접목하여 여러 가지 쟁점을 해결하여야 하기 때문이다. 고지의무의 수동화와 관련하여 보험자가 명시적으로 질문하였는데 그에 대하여 거짓으로 답하였다면 일응 기망으로 보아야 한다. 그렇지만 그를 사기죄로 처벌하기 위하여는 더욱 엄격한 요건을 충족하여

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

- 논문접수일(2017.11.02), 심사개시일(2017.12.23), 게재확정일(2017.12.27)

야 한다. 독일의 경우에도 단순한 기망과 악의적 기망을 분리하여 취급을 하고 있다. 그리고 형법상 사기죄로 처벌을 하면서도 보충적으로 보험남용죄를 인정하는 것이 독일의 형사처벌의 특징이다. 문제가 된 대법원의 사안의 경우에는, 보험계약 체결 당시 이미 발생한 교통사고 등으로 생긴 ‘요추, 경추, 사지’ 부분의 질환과 관련하여 입·통원치료를 받고 있었을 뿐 아니라 그러한 기왕증으로 인해 향후 추가 입원치료를 받거나 유사한 상해나 질병으로 보통의 경우보다 입원치료를 더 받게 될 개연성이 농후하다는 사정을 인식하고 있었음에도 자신의 과거 병력과 치료이력을 모두 묵비한 채 문제의 보험계약을 체결함으로써 피보험자로부터 보험금을 편취하였다는 점에서 단순한 기망을 넘어서서 사기죄의 유죄로 인정할 수 있다고 본다. 이때 보험계약자가 이미 4개의 유사한 보험을 가입하고 있음에도 불구하고 그 질문에 대하여 사실과 다르게 다른 보험에 가입한 것이 없다고 답한 것도 고려하여야 한다. 한편 앞으로 형법의 사기죄를 적용하는 경우 문제점도 존재한다. 즉 보험사기의 경우 보험금 지급 청구시에 실행의 착수가 인정되는데, 보험사기로 적발되더라도 보험금 청구 자체를 하지 않는 경우에는 형법상사기죄를 적용할 수 없어 이에 대한 처벌이 불가능하다는 문제점이 존재하였다. 죄형법정주의를 준수하면서도 악의적인 기망자를 분리하기 위하여서는 판례를 유형화하여 법률 구성요건에 일정한 완화가 필요하다. 그런데 실제로 2016년 제정된 보험사기방지특별법 제10조에 의하여 미수도 처벌할 수 있게끔 되었다. 그 밖에 구성요건 변화를 위한 연구가 추가되어야 한다.

I. 머리말

오늘날 보험사기의 문제는 각 국가마다 커다란 현안으로 부각되고 있다. 그런데 보험사기의 문제는 보험계약은 여러 가지 특징을 갖고 있다는 점과 결부된다. 그 가운데 고지의무 등을 관통하는 중요한 특성으로서 선의계약성을 들 수 있다.¹⁾ 알고 있는 중요한 사항을 사실대로 알려야 하는 것이다. 그리고 사고의 우연성도 중요한 특성 가운데 하나이다. 최근에는 약관상의 기왕질병부담보 조항이 고지의무와 관련하여 문제가 되고 있다.²⁾ 사고를 인위적으로 조작하거나 하판 보험이 범죄로 될 가능성이 있다.³⁾ 그런데 그 경계가 매우 애매하다. 보험사기⁴⁾

1) 보험계약법에서는 정보비대칭과 역선택도 중요한 논의사항이다. 송옥렬, 「상법강의」 제6판, 홍문사, 2016, 232쪽, 채이식, 「상법강의(하)」 개정판, 박영사, 2003, 427쪽, 한기정, 「보험법」, 박영사, 2017, 36쪽, 한창희, 「보험법」, 개정3판, 국민대학교 출판부, 2017, 138쪽 등 참조

2) 이에 대하여는 김선정, “고지의무 이행자에 대한 계약전발병부담보” 「상사판례연구」 제27권 제4호, 2014, 153쪽, 최병규, “기왕질병 부담보 조항에 대한 고찰” 「보험법연구」 제11권 제1호, 2017, 23쪽 참조

와 고지의무위반의 관계가 특히 어려운 문제를 야기한다. 과연 어느 정도의 고지의무위반이 되어야 보험사기의 기망이 성립될 수 있을지에 대해서는 명확한 기준이 존재하지 아니한다. 우리의 경우 2016년 3월 보험사기방지 특별법(법률 제 14123호, 시행 2016. 9. 30.)³⁾이 제정이 되었다. 그런데 이 특별법은 보험사기에 대해 일부 형량을 가중하였을 뿐 보험사기에 대하여 기존의 형법에 의한 처리보다 특별히 크게 변화⁴⁾를 기한 것은 아니다. 이 글에서는 고지의무위반과 기망행위 성립의 기준을 찾는 데에 그 취지를 두고 연구를 진행한다. 그 과정에서 특히 독일의 법제도에 대하여도 비교법적으로 고찰한다. 독일의 경우 악의의 기망의 경우 계약을 취소할 수 있다는 내용을 보험계약법에서 두고 있는바, 그 취지를 같이 연구한다. 고지의무제도가 전세계적으로 수동적 의무화⁵⁾하고 있다는 특징과 기망의 관계도 검토를 한다.

II. 대상판결

1. 사실관계

피고인은 2014. 1. 10.경 입원일수 등 담보사항(입원 1일당 4만 원)에 따라 보험금을 받을 수 있는 이 사건 보험계약을 체결하였는데, 그 계약을 체결하면서 보험가입 청약서의 ‘계약 전 알릴 의무사항란에 ‘최근 약물 복용이나 진찰, 검사

- 3) 보험범죄 내지는 선의성을 약화하는 사례의 유형은 매우 다양하다. 가입시 중요정보를 은닉하거나 의도적으로 사고를 야기하는 경우, 증거를 인멸하거나 사고조사를 방해하는 경우 등을 들 수 있다. 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001, 170쪽. 그리고 보험금을 목적으로 방화를 하거나 교통사고에 의한 상해를 과장하는 경우 등을 도덕적 위태라고 한다. 보험경영연구회, 「보험론」, 문영사, 2005, 6쪽. 보험의 역기능에 대하여는 최정식, 「보험·해상법」, 삼영사, 2014, 48쪽 참조
- 4) 보험사기는 일종의 문화와 연결된다는 연구결과가 있다. 가령 덴마크사람들은 보험사기를 적게 한다는 연구결과가 나와 있다. 이에 대하여는 Köneke/Müller-Peters/Fetschenhauer, Versicherungsbruch verstehen und verhindern, Springer Verlag, 2015, S. 44 참조
- 5) 이에 대하여는 특히 맹수석, “보험계약법상 보험사기에 대한 입법의 필요성 여부,” 「보험법연구」 제 11권 제1호, 2017, 177쪽 참조
- 6) 보험사기방지 특별법 제2조 제1호에서는 “보험사기행위”란 보험사고의 발생, 원인 또는 내용에 관하여 보험자를 기망하여 보험금을 청구하는 행위를 말한다고 규정하고 있다.
- 7) 이에 대하여는 이필규·최병규·김은경, 「2009년 독일 보험계약법(VVG)」, 세창출판사, 2009, 132쪽, 박세민, 「보험법」, 제4판, 박영사, 2017, 206쪽, 장덕조, 「보험법」 제3판, 법문사, 2016, 139쪽 등 참조

등의 의료행위를 받은 사실이 없다는 취지로 기재하였다. 그 후 피고인은, 2014. 8. 17.경 집 계단에서 미끄러져 넘어져 ‘요천추, 발목, 손목의 염좌 및 긴장’ 등의 상해를 입고, 2014. 11. 17.경 후진차량을 봐주다가 언덕에서 돌부리에 걸려 뒤로 넘어져 ‘요추 및 골반, 경추의 염좌 및 긴장’ 등의 상해를 입었으며, 2014. 12. 26.경 산에서 넘어져 ‘요추, 발목의 염좌 및 긴장’ 등의 상해를 입고, 2015. 2. 16.경 마을버스를 타고 줄던 중 교통사고를 당하여 ‘경추, 요추의 염좌 및 긴장’ 등의 상해를 입는 등 총 4건의 보험사고를 당하여 총 95일간의 입원치료를 받게 되었고, 이와 관련하여 피해회사로부터 2014. 10. 6.경부터 2015. 3. 23.경까지 4회에 걸쳐 합계 3,808,610원의 보험금을 수령하였다. 그런데 피고인은 2013. 12. 3.경 교통사고를 당해 그 무렵 병원에서 MRI 검사와 입원치료를 받았고, 2013. 12. 27.경부터 이 사건 보험계약 체결 이후인 2014. 1. 13.경까지 ‘경추, 요천추의 염좌 및 긴장’ 등의 진단을 받아 6회에 걸쳐 ○○○대학교병원에서 치료를 받았으며, 이 사건 보험계약 체결 당일인 2014. 1. 10.경부터 2014. 1. 15.경까지 ‘요추, 목뼈의 염좌 및 긴장’ 등의 진단을 받아 6회에 걸쳐 △△△△의원에서 치료를 받았다. 피고인은 이 사건 총 4건의 보험사고와 관련하여 주로 ‘요추, 경추, 사지’ 부분의 상해를 이유로 입원치료를 받았는데, 피고인은 위 2013. 12. 3.의 교통사고로 인한 치료를 제외하고도 2011년 말경부터 위 교통사고 전까지 약 2년간 ‘요추의 염좌 및 긴장’, ‘요추 및 기타 추간판장애’, ‘요천추의 염좌 및 긴장’, ‘경추통’, ‘손의 기타 및 상세불명 부분의 염좌 및 긴장’ 등의 질환으로 약 40회 이상 치료를 받았고, 이 사건 보험계약 체결 이후부터 2014. 8. 17.경 첫 번째 보험사고 발생 전까지 약 7개월간 ‘사지의 통증, 발목 및 발, ‘요통, 요천부’, ‘발목의 기타 부분의 염좌 및 긴장’ 등의 질환으로 약 20회 이상의 치료를 받았다. 피고인에게 발생한 4건의 보험사고는 길에서 넘어지거나 차량을 타고 가다가 가벼운 접촉사고를 당한 것으로, 기왕증이 없는 일반인이라면 단기간의 입원이나 간단한 통원치료만으로도 치료가 가능한 정도로 보이는데도, 피고인은 총 95일(34일, 30일, 15일, 16일)간의 장기적인 입원치료를 받았다. 피고인은 이미 발생한 교통사고와 관련하여 지속적인 입·통원치료를 받던 중에 피고인 스스로 피해회사에 전화하여 이 사건 보험계약 체결을 요청하였고, 그 과정에서 보험설계사 공소외인에게 여러 담보사항 중 입원일수와 관련한 보험금을 강

조하여 확인하였다. 피고인은 종전에 상해 통원치료 실비보험을 비롯한 4건의 보험계약을 체결한 경험이 있으면서도, 이 사건 보험계약의 청약서를 작성할 당시 위 공소외인이 '계약 전 알릴 의무사항란의 내용을 모두 읽어주었지만 병원에 다닌 적이나 과거 병력이 없다는 취지로 진술하였다.

2. 원심의 판단

원심은, 위와 같은 사실관계 등을 토대로, 피고인은 이 사건 보험계약 체결 당시 이미 발생한 교통사고 등으로 생긴 '요추, 경추, 사지' 부분의 질환과 관련하여 입·통원치료를 받고 있었을 뿐 아니라 그러한 기왕증으로 인해 향후 추가 입원치료를 받거나 유사한 상해나 질병으로 보통의 경우보다 입원치료를 더 받게 될 개연성이 농후하다는 사정을 인식하고 있었음에도 자신의 과거 병력과 치료 이력을 모두 묵비한 채 이 사건 보험계약을 체결함으로써 피해회사로부터 보험금을 편취하였다는 취지로 판단하여, 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하였다.

3. 대법원의 판단

(1) 대법원의 판단기준

사기죄의 요건인 기망에는 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위가 포함되고, 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 이를 고지하지 아니하는 것을 말한다(대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3263 판결 등 참조). 부작위에 의한 기망은 보험계약자가 보험자와 보험계약을 체결하면서 상법상 고지의무를 위반한 경우에도 인정될 수 있다. 다만 보험계약자가 보험자와 보험계약을 체결하더라도 우연한 사고가 발생하여야만 보험금이 지급되는 것이므로, 고지의무 위반은 보험사고가 이미 발생하였음에도 이를 묵비한 채 보험계약을 체결하거나 보험사고 발생의 개연성이 농후함을 인식하면서도 보험계약을 체결하는 경우 또는 보험사고를 임의로 조작하려는 의도를 가지고 보험계약을 체결하는 경우와 같이 '보험사고의 우연성'이라는 보험의 본질을 해할 정도에 이르러야 비로소 보험금 편취를 위한 고

의의 기망행위에 해당한다고 할 수 있다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2010도6910 판결 참조). 특히 상해·질병보험계약을 체결하는 보험계약자가 보험사고 발생의 개연성이 농후함을 인식하였는지 여부는 보험계약 체결 전 기왕에 입은 상해의 부위 및 정도, 기존 질병의 종류와 증상 및 정도, 상해나 질병으로 치료받은 전력 및 시기와 횟수, 보험계약 체결 후 보험사고 발생 시까지의 기간과 더불어 이미 가입되어 있는 보험의 유무 및 종류와 내역, 보험계약 체결의 동기 내지 경과 등을 두루 살펴 판단하여야 한다.

(2) 대법원의 판단

대법원은, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 상고 이유 주장과 같이 논리와 경험칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 사기죄에서의 고지의무 위반과 기망행위, 보험사고의 우연성 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다고 보았다.

Ⅲ. 독일의 논의

독일의 경우에는 2007년 보험계약법을 대대적으로 개정하였다.⁸⁾ 그 가운데 고지의무에 대한 변화는 특히 컸다. 독일 보험계약법 제19조⁹⁾에서 수동적 답변의무를 인정하였고 고지의무위반의 효과를 특별히 알려주어야만 고지의무위반의 제재를 가할 수 있다는 규정도 두었다. 특히 고지의무를 매우 세분하여 규정하는 것이 독일법의 특징이다.

8) 이에 대하여는 특히 이필규·최병규·김은경, 「2009년 독일 보험계약법(VVG)」, 세창출판사, 2009, 101쪽 아래 참조

9) 독일 보험계약법 제19조(고지의무) (1) 보험계약자는 합의된 내용으로 계약을 체결하는 데 있어 보험자가 결정하는 데 중요하다고 여겨지는 상황과 보험자가 텍스트형식으로 질의한 것으로 보험계약자에게 알려진 위험상황을 계약의 체결의사를 보낼 때까지 보험자에게 고지해야 한다. 보험자가 보험계약자의 계약의 의사표시 후에, 그러나 계약의 인수 전에 제1문의 취지에 따른 질문을 한 경우에도 보험계약자는 고지를 할 의무가 있다.

<독일의 고지의무위반의 효과>¹⁰⁾

고지의무의 위반		
↓	↓	↓
경과실	중과실/고의	악의적 기망 (arglistische Täuschung)
해지권 제19조 제3항 2문	해제권 제19조 제2항	취소권 제22조
해지권 및 철회권의 배제 ↓ 보험자의 불충분한 지도 내지 교시(제19조 제5항 1문) 고지의무위반에 대한 보험자의 인식(제19조 제5항 2문) 제척기간경과(제21조 제1항 1문 및 제3항)		
↓		↓
법적 효과		
계약종료	계약무효화 계약의 청산	취소시 계약의 무효
시간의 경과에 상응한 보험료납입청구	보험자의 해제 의사표시가 효력이 있는 시점까지 보험료납입청구	보험자의 취소 의사표시가 효력이 있는 시점까지 보험료납입청구
	보험계약자에 의한 인과관계의 불입증시 보험자면책	보험자면책

10) 이 도식표에 대하여는 특별히 김은경, 「보험계약법」, 보험연수원, 2016, 226쪽 참조

이와 같이 독일에서는 악의적 기망의 경우에 계약을 취소할 수 있다는 규정을 두고 있다(독일 보험계약법 제22조¹¹⁾). 그에 의거하여 계약을 취소하면 계약은 무효가 된다. 그리고 보험자의 취소의 의사표시가 효력이 있는 시점까지 보험자에게는 보험료납부청구권이 인정된다. 이하에서는 이러한 악의적 기망의 취소를 인정하는 독일 보험계약법 제22조에 대하여 검토한다.

1. 독일 보험계약법 제22조

(1) 규정의 목적

독일 신 보험계약법상의 제22조는 입법자의 의도상 구법상의 내용과 일치하기 때문에¹²⁾ 입법목적도 동일하게 유지된다. 즉 이 조항을 통하여 독일 보험계약법 제19조 내지 제21조의 고지의무에 대한 내용을 통하여 보험자가 악의적 기망에 대하여 독일 민법 제123조¹³⁾에 의하여 취소할 권리는 영향을 받지 않는다는 점을 분명하게 하는 것이다.¹⁴⁾ 악의적 기망에 의한 취소의 요건과 효과는 독일 민법의 총칙의 규정에 의하여 정하여 진다. 즉 독일 민법 제123조, 제124조, 제142조에 의한다. 그러나 보험계약자가 독일 보험계약법 제19조의 의미에서의 위험사항을 계약체결시에 속인 경우에는 독일 보험계약법 제19조 내지 제22조가 종결적인 효과가 있다. 이와 같은 취지에서 독일 연방대법원¹⁵⁾은 구법 제16조 내지 22조에 대하여 보험자가 계약체결상의 과실을 주장할 수는 없다고 판결을 하였다. 그러나 독일 보험계약법 제19조 이하가 보험자의 보호받는 다른 이익을 종결적으로 취급하지 않는 한 불법행위상의 청구권에서 보험자의 급부거절권은 고려할 수 있다고 보고 있다. 특히 독일 보험계약법 제19조 이하와 같이 적용되는

11) 독일 보험계약법 제22조(악의적 기망) 악의적 기망(arglistische Täuschung)을 이유로 계약을 취소할 수 있는 보험자의 권리는 그대로 적용된다.

12) Begr. zu § 22 BT-Drucks. 16-3945, S. 67.

13) 독일 민법 제123조(사기 또는 강박으로 인한 취소) 1) 악의적 기망에 의하여 또는 위법하게 강박에 의하여 의사표시를 결의하게 된 사람은 의사표시를 취소할 수 있다. 2) 제3자가 사기를 행한 경우에, 타인에 대하여 행하여지는 의사표시는 상대방이 사기를 알았거나 알아야 했던 때에만 취소할 수 있다. 의사표시의 상대방이 아닌 사람이 의사표시에 기하여 직접 취득한 경우에 취득자가 사기를 알았거나 알아야 했던 때에는 의사표시는 그에 대하여 취소될 수 있다.

14) BGH, VersR 1991, S. 1404.

15) BGH, VersR 2007, S. 630.

것으로서 독일 민법 제826조, 제823조 제2항의 구성요건을 충족하는 경우에는 그러하다.¹⁶⁾

(2) 구성요건

1) 기망

기망은 고의에 의하여 착오를 유발하거나 유지하도록 하는 것을 가리킨다.

가) 기망행위

보험청약에 답하는 과정에서 의도적으로 잘못된 답변을 함으로써 잘못된 또는 착오를 일으키는 행위를 하는 것이 이에 해당된다. 이 경우에는 보험계약자는 질문된 사항을 답하지 아니하거나 불완전하게 답하거나 또는 정확하지 않게 답하여 바르지 않은 또는 불완전한 답변을 통하여 기망행위를 구체화하게 된다.¹⁷⁾ 해의 없는 진술을 하는 경우에도 기망행위는 존재할 수 있다.¹⁸⁾ 질문에 부정하는 것은 질문란의 삭제가 될 수 있고 그렇게 되면 그것은 공공연하게 답변을 안 한 것에는 해당하지 않는다.¹⁹⁾

대답을 하지 않은 경우이라도 보험계약자가, 보험자가 이것을 간과하기를 바라면서 답변하지 않은 경우에는 기망은 존재할 수 있다.²⁰⁾ 질문하지 않은 사항을 묵비한 경우에는 공개의무가 있을 때에는 기망행위에 해당할 수 있다. 이 때 공개의무는 독일 민법 제242조²¹⁾에 의하여 인정될 수 있다. 그리고 구법상황에서의 판례는 이점에 대해서는 특히 중요한 상황에 대하여서만 적용된다.²²⁾

나) 고의

고의는 진술의 부진실성 또는 부정확성을 인지한 경우에만 인정된다. 그러써

16) BGH, VersR 2007, S. 630.

17) BGH, VersR 1999, S. 218.

18) OLG Saarbrücken, VersR 2007, S. 93; OLG Köln, VersR 1992, S. 1252.

19) OLG Koblenz, VersR 2009, S. 53.

20) Versicherungsrechts-Handbuch/Knappmann, § 14 Rdn. 36.

21) 독일 민법 제242조(신의성실에 좇은 급부) 채무자는 신의성실이 거래관행을 고려하여 요구하는 대로 급부를 실행할 의무를 부담한다.

22) OLG Köln, r+s 2008, S. 17.

잘못된 답변은 기망이 되게 된다. 분명히 질문하였고 또 분명한 잘못된 답변의 경우에는 고의를 인정할 수 있다. 고의는 고지의무에 대한 것이어야 한다. 명시적으로 질문한 경우는 고지의무의 대상임을 의문의 여지없이 인정할 수 있다. 그러나 그렇지 않은 임의적인 고지의무의 경우에는 문제점이 많다. 신뢰할 수 있는 판단의 자료가 없다는 것을 밝히지 아니한 채 객관적으로 올바르지 않은 진술을 하는 경우에는, 무작정 하는 진술의 경우에도 고의는 인정될 수 있다.²³⁾ 그리고 제3자가 작성한 청약서를 보험계약자가 읽지 않고 서명하였다 하더라도, 제3자가 자세히 알지 못한다는 점을 보험계약자가 알고 있었던 경우에는 미필적 고의를 인정할 수 있다.²⁴⁾

다) 착오

연관되는 착각이란 보험자에게 그 기망행위로 인하여 잘못된 관념을 갖도록 하는 것이다. 정보가 철하여져 있더라도 보험자가 그를 어렵게 접근할 수 있는 경우에는 잘못된 관념형성을 인정하여야 한다.²⁵⁾ 청약대화시 보험대리점이 알게 된 경우에는 보험자의 잘못된 관념은 존재하지 아니한다. 왜냐하면 그러한 대리점의 앎은 보험자에게 귀속시킬 수 있기 때문이다(독일 보험계약법 제70조²⁶⁾).

2) 인과관계

기망은 보험자로 하여금 자신의 의사표시를 하는데 기초가 되었어야 한다(독일 민법 제123조). 즉 그 기망은 인과관계가 있어야 한다. 그것은 기망된 자가 그 기망이 없었다면 의사표시를 하지 아니하였거나 다른 내용으로 하거나 아니면 다른 시점에 할 것으로 인정되면 인정된다.²⁷⁾

23) KG, VersR 2007, S. 381.

24) OLG Frankfurt, VersR 2005, S. 1136.

25) BGH, VersR 2000, S. 1486.

26) 독일 보험계약법 제70조(보험대리인의 인지) 본 법에 따라 보험자의 인지여부가 중요한 경우 보험대리인의 인지여부는 보험자의 그것과 동일하게 취급한다. 보험대리인이 대리인으로서 업무 외에서 그리고 해당 보험계약과 관련됨이 없이 내용을 인지한 경우에는 이는 적용되지 아니한다.

27) Palandt, BGB, 69. Aufl., 2010, § 123, Rdn. 24.

3) 악의

독일 민법 제123조의 의미에서의 악의를 위하여는 고의만 있으면 된다. 해할 의사 같은 것은 요구되지 아니한다. 따라서 악의적 기망으로 인한 취소의 의사표시으로써 자동적으로 사기적 행위의 비난을 가할 수 있는 것은 아니다. 왜냐하면 사기의 비난은 항상 해할 의도(Schädigungsabsicht)를 필요로 하기 때문이다. 미필적 고의로도 족하다. 이는 행위자가 자신의 진술의 부진실성을 알거나 그 부진실성이 있다고 받아들이는 것이 요구된다는 뜻이다. 더 나아가 행위자는 타방당사자가, 만일 진실되게 진술하였다면 그 의사표시를 하지 아니하였거나 다른 조건으로 하였을 것을, 자신의 기망이 있어서 이러한 내용으로 의사표시를 한다는 것을 알아야 한다.²⁸⁾

4) 취소

독일 민법 제143조 제1항²⁹⁾에 의하여 취소는 의사표시를 통하여 취소의 상대방에게 하여야 한다. 이때 법률에는 서면으로 하여야 한다(Schriftform)는 점이 규정되어 있지 아니하다. 그러나 때로는 약관에서 모든 통지에 대하여 서면형식을 규정하는 경우가 있다.³⁰⁾ 이 규정에 반하여 형식에 맞지 않는 취소를 한 경우에는 무효이다(독일 민법 제125조³¹⁾ 제2문).³²⁾ 독일에서 보험자의 실무는 서면의 의사표시로 특징지워진다. 취소의 의사표시는 재판절차중에 할 수도 있다.³³⁾ 그것은 독일 민사소송법 제81조의 소송대리권에 의하여 포섭이 된다. 그리고 그에 대해서는 독일 민법 제174조³⁴⁾는 적용되지 아니한다.³⁵⁾

의사표시는 당사자가 계약의 의사의 흠결로 유효하다고 하지 아니하려는 것을

28) Münch/Komm/Kramer, § 123, Rdn. 8.

29) 독일 민법 제143조(취소의 의사표시) 1) 취소는 취소상대방에 대한 의사표시로 한다....

30) 가령 § 14 Abs.1 ALB/Fassung v. Mai 2006.

31) 독일 민법 제125조(방식흠결로 인한 무효) 법률에 정하여진 방식을 갖추지 아니한 법률행위는 무효이다. 법률행위에 의하여 정하여진 방식의 흠결도 의심스러운 때에는 법률행위를 무효로 한다.

32) Rolf, in: Bruck/Möller, § 22, Rdn. 40.

33) MünchKommBGB/Busche, § 143, Rdn. 4.

34) 독일 민법 제174조(임의대리인의 단독행위) 임의대리인이 타인에 대하여 하는 단독행위는 그가 대리증서를 제시하지 아니하고 또 상대방이 이를 이유로 지체없이 법률행위에 이의한 때에는 효력이 없다. 대리권 수여자에 상대방에 대하여 대리권 수여를 알렸던 경우에는 이의를 할 수 없다.

35) BGH, NJW 2003, S. 963.

인식할 수 있도록 하여야 한다. 따라서 “취소하다”라는 단어는 반드시 사용되어야 하는 것은 아니다.³⁶⁾ 실제로는 보험자의 의사표시는 보통 취소라는 표현을 분명하게 사용하고 있다. 따라서 다른 내용의 표현의 의미전환은 실제로는 필요하지 않다. 가령 급부면책의 주장, 급부의 거절, 해제의 의사표시, 해지의 의사표시 또는 계약변경청구에 의하여서는 취소가 인정되지 아니한다.³⁷⁾

(3) 법적 효과

취소에 의하여 계약은 처음부터 무효가 된다(독일 민법 제142조). 그러나 취소의 의사표시를 하기 전에는 계약은 유효하다.³⁸⁾ 무효는 원칙적으로 전체 계약에 미친다. 그러나 경우에 따라서는 추가보험에만 미치거나 변경계약에만 미칠 수도 있다.³⁹⁾ 무효는 제3자에게도 미친다. 따라서 양수인이나 질권자 및 수익자에게도 미친다.⁴⁰⁾ 취소를 통하여 계약상의 청구권도 배제가 된다.

이는 독일 보험계약법 제21조⁴¹⁾ 제2항 제1문과 관련하여서도 그러하다. 그에 의하면, 보험사고가 발생한 후 제19조 제2항에 따라 계약을 해제하게 되는 경우 고지의무의 위반이 보험사고의 발생 또는 확정이나 보험자의 급부이행의 확정이나 범위에 인과관계가 없는 한 보험자는 급부의무는 존속하게 된다. 왜냐하면 약의의 경우에는 이는 적용되지 않는 것이다(독일 보험계약법 제21조 제2항 제2문). 나중에 추가가 된, 동법 제21조 제2항 제2문의, 추가된 새로운 법률규정에서는

36) Palandt, BGB, 69. Aufl., 2010, § 143, Rdn. 3.

37) Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 28. Aufl., München, 2010, § 22, Rdn. 13.

38) Palandt, BGB, 69. Aufl., 2010, § 142, Rdn. 3.

39) Langheid/Wandt, Versicherungsvertragsgesetz, Münchener Kommentar, Bd. 2, München, 2011, S. 1084.

40) Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 28. Aufl., München, 2010, § 22 Rdn. 16.

41) 독일 보험계약법 제21조(보험자의 권리행사) (1) 보험자는 제19조 제2항에서 제4항에 근거하여 부여된 권리를 한 달 안에 서면으로 주장할 수 있다. 보험자가 고지의무의 위반을 안 때로부터 기산점은 시작된다. 보험자는 권리를 실행할 때 자신의 의사표시를 받쳐주는 상황을 알려야 한다, 그 의사표시에 관하여 제1문에 나타난 기간을 경과하지 않는 한 자신의 의사표시를 증명하기 위하여 그 이외의 상황을 추가적으로 알려야 한다. (2) 보험사고가 발생한 후 제19조 제2항에 따라 계약을 해제하게 되는 경우 고지의무의 위반이 보험사고의 발생 또는 확정이나 보험자의 급부이행의 확정이나 범위에 인과관계가 있는 한 보험자는 급부의무가 없다. 보험계약자가 고지의무를 악의로 위반한 경우에는 보험자는 급부의무가 없다. (3) 제19조 제2항과 제3항에 따른 보험자의 권리는 계약 체결로부터 5년이 경과하면 소멸한다. 보험계약자가 고지의무를 고의 또는 악의로 위반한 경우에 그 기간은 10년으로 된다.

악의의 고지의무위반의 경우에는 보험자는 면책된다는 점을 분명히 밝히고 있다. 그래서 신법에 의하여 독일 보험계약법 제21조 제2항 제1문을 취소의 경우에 유추적용하는 것은 완전히 배제가 된다. 그런데 이점이 추가되기 전 구법에 의하면 부분적으로 허용된다고 주장되었었다.⁴²⁾ 그러나 이미 구법하에서도 학설⁴³⁾과 주요 판례⁴⁴⁾에서는 일치하여 반대하고 있었던 것이다. 그리고 그것의 종지부를 찍은 것은 독일 연방대법원의 판례⁴⁵⁾이다. 즉 독일에서는 독일 보험계약법 제21조 제2항 제2문이 추가되기 전에도 악의의 기망에 의한 고지의무위반에서는 보험금을 지급하지 않는 것으로 인정하고 있었다.⁴⁶⁾

2. 독일의 보험사기 및 고지위반의 이해

독일의 경우 보험사기에 대하여는 형법상 사기죄가 적용된다. 그리고 보충적으로 보험남용죄를 규정을 하고 있다. 한편 보험범죄방지 활동기관으로는 연방형사국, 연방국경경비대, 州경찰과 독일보험협회(GDV)의 보험범죄대책부서 및 변호사회 등이 있다.⁴⁷⁾ 독일 「형법」(Strafgesetzbuch) 제263조⁴⁸⁾ 제1항은 우리나라의 「형법」의 사기죄와 같은 형태로 되어있다. 여기에서 볼 수 있듯이 포괄적으로 사기로 인하여 재산상 이익을 취득한 자를 처벌하고 있기 때문에 보험사기도 포함될 수 있는 형태이다. 그런데 독일에서는 별도로 「형법」 제265조에서 보험에 가입된 물건을 훼손 등을 하거나 다른 사람에게 넘긴 자에 대해서 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처하고 있다. 주의할 점은 독일 「형법」 제265조의 보험남용죄는 보험 사기가 「형법」 제263조의 사기죄에 해당하지 않을 경우에 대비한 처벌 규

42) OLG Nürnberg, VersR 1998, S. 217.

43) Dreher, VersR 1998, S. 541; Langheid/Müller-Frank, NJW 1998, S. 3682.

44) OLG Frankfurt, NVersZ 2001, S. 115; OLG Saarbrücken, VersR 2001, S. 751.

45) BGH, VersR 2005, S. 1065:

46) Langheid/Wandt, Versicherungsvertragsgesetz, Münchener Kommentar, Bd. 2, München, 2011, S. 1095.

47) 성수훈, “우리나라 보험사기의 실태와 효과적 대처방안,” 「보험법연구」 제5권 제2호, 2011, 84쪽

48) 독일 형법 제263조(사기) (1) 위법한 재산상의 이익을 자신이 취득하거나 타인으로 하여금 취득하게 할 의사로 허위의 사실로 기망하거나 진실을 왜곡 또는 은폐하여 착오를 야기 또는 유지시킴으로써 타인의 재산에 손해를 가한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.(StGB § 263(Betrug) (1) Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar. (3).....).

정이라는 점이다. 따라서 독일 「형법」 제263조의 사기죄에 대하여 보충적인 규정이다.⁴⁹⁾

(1) 조작된 또는 고의로 초래한 사고

보험사고를 의도적으로 초래하는 경우를 묵비하면 행위자는 외적 행위경과뿐만 아니라 사고의 내적 우연성까지도 기망하는 것이다. 외부적인 사실로서 조작된 보험사고의 경우에는 손해를 가하는 사고가 행하여지는 반면에 사기자는 지어낸 보험사고에서는 보험사고의 상황을 기망하는 것이다. 사기적 손해에 대한 계산서의 경우는 보통 외부적 사실과 관계된다. 즉 피보험물건의 연한, 상태, 위조된 영수증 및 계산서, 경제적 재산관계, 질병이 계속 존재한다는 주장 등이 그에 속한다.

특히 어려운 문제를 야기하는 것은 전문가감정과 관련하여 사실과 가치판단의 사이를 구획하는 일이다. 이 문제가 해독을 끼치는 전형적인 경우가 자동차보험 사기이다. 보험계약자나 청구자가 감정인과 공모하거나 결탁을 하거나 이전손해를 숨기는 경우 또는 보험사고의 실제 발생가능성을 강하게 주장하는 경우에 특히 그러하다. 감정인의 감정서는 외적 형상에 대하여 단순히 가치판단을 하는 것이다. 그렇지만 감정인은 원래의 행위자가 명시적으로 또는 개연적으로 설명한 내용에 대해 연결점을 제공하는 것이다. 이를 통하여 감정인은 내적 사실을 포명하는 것이다. 즉 그는 자신의 확정의 정확성에 대하여 확신을 한다는 것이다. 그 이유는 그렇게 보는 것이 일반적 경험칙에 부합하기 때문이라는 입장이다. 문제의 감정서가 실제로 청구로 이어지지 않은 한 그를 사실에 귀속시키는 것이 해가 되지는 않는다. 독일에서의 실무상 자동차감정서는 명백한 잘못된 평가의 경우를 제외하고는 보통 손해정산을 위한 평가기초를 이루기 때문이다. 그로써 감정서에는 중립적 권위를 인정받는다.⁵⁰⁾

49) 국회도서관 법률정보실, 「보험사기에 관한 외국의 입법례와 시사점」, 입법현안 법률정보 제46호, 2015, 58쪽.

50) Franzke, Strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung von Versicherungsbetrug, Josef Eul Verlag, 2012, S. 85.

(2) 보험사기자의 기망행위

적극적 작위와 부작위에 의한 기망을 구분해 보아야 한다. 주장에서 기망(Täuschung)행위가 표현되는 경우 사실관계를 확인하는 사실심에서는 그 다음에 보험계약자에 의한 기망가능성과 제3자의 행위를 조사하게 된다.⁵¹⁾ 판례와 대다수의 학설은 기망이나 기망행위를 타방에의 생각을 잘못 호도하는 것으로 이해한다.⁵²⁾ 행위자가 말한 단어, 쓴 글씨, 제스처 또는 다른 통신적 수단을 통하여 사실에 대한 진실과 다른 사항을 표명한 경우에는 명시적 기망이 인정된다.⁵³⁾ 이 경우에 표명한 내용은 객관적 거래관념과 수령자 입장에서 확정하여야 한다.⁵⁴⁾ 추론할 수 있는 기망은 진실한 사실의 왜곡의 경우에 인정된다. 이때 통설에 의하면 행위자의 표시(Erklärung)가 요건이 된다.⁵⁵⁾ 물론 이 경우에는 일정한 사실이 명시적으로 표명되지는 아니하였고 행위자의 전체 행동상 일정한 표시의 가치가 인정되고 그로부터 주장의 비진실성이 도출되는 경우이다.⁵⁶⁾ 그러한 경우에는 비진실성이 행위자의 행동에 의하여 같이 표명된 것으로 평가할 수 있어서 결국 행위자의 표명이 인정된다.⁵⁷⁾ 추론할 수 있는 기망은 구체적인 수령자가 아니라 객관적인 표시 수령자가 이해하는 바에 따라서 판단하여야 한다.⁵⁸⁾ 이 경우에는 표시를 평가함에 있어서 일반적인 해석방법에 의하여 확정하여야 한다. 이때에는 해석기준으로서 각 거래권의 시각 및 구체적으로 문제가 되는 영업방식 및 그의 전형적 의무분배 및 위험분배를 고려하여 행하여야 한다.⁵⁹⁾

(3) 고지의무수동화와 잘못된 답변

2007년 개정 독일 보험계약법 제19조에 의하면 고지의무가 수동적 답변의무로 바뀌었다.⁶⁰⁾ 독일 보험계약법 제19조 제1항 제2문에 따라 보험자가 해당 질문을

51) BGHSt 51, S. 173.

52) BGHSt 47, S. 3 ff.

53) Joecks, StGB § 263, Rdn. 24.

54) Fischer, § 263, Rdn. 18.

55) BGH, NSz 2010, S. 48.

56) BGHSt 49, S. 21.

57) Franzke, Strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung von Versicherungsbetrug, Josef Eul Verlag, 2012, S. 86.

58) Popp, JuS 2005, S. 690.

59) BGHSt 51, S. 170.

한 경우에만 보험계약자에의 불이익으로 작용하게 된다. 그에 따라서 다양한 기망가능성이 존재하게 된다. 그중에 가장 대표적인 것이 질문에 잘못 답하는 것이다. 보험계약자가 계약체결과 관련하여 구체적인 위험상황에 대한 질문에 잘못 답하면 원칙적으로 기망이 된다. 가령 다른 가입한 보험이 있는지,⁶¹⁾⁶²⁾ 이전에 질병을 앓은 적이 있는지, 치료, 검사를 받은 적이 있는지에 대하여 진실과 다르게 답하는 경우가 그러하다. 이전에 아팠지만 전적으로 치료가 되었다고 사실과 다르게 답하거나 이전 질병이 해가 없다고 하는 경우에도 그것이 진실된 위험상황을 왜곡하는 한 기망이 된다. 악의로 사실과 다르게 답하는 경우에는 위험의 부보가능성에 영향을 줄 뿐만 아니라 특정한 위험군에서의 상응하는 보험료를 통한 등급화에도 영향을 미치게 된다. 물보험에서는 이전에 든 보험이나 이전손해에 대하여 사실과 다르게 답하는 경우 기망이 존재하게 된다. 또는 피보험물건의 가치나 사용여부를 속이는 경우에도 그러하다. 기망적 초과보험의 경우에는 질문한 보험가액을 기망하는 것으로 인정된다.⁶³⁾ 그리고 기망은 제3자에 의하여서도 이루어질 수 있다. 진사에게 잘못 답하는 경우에도 이는 보험자에게 잘못 답하는 경우와 마찬가지로 취급이 된다.⁶⁴⁾

IV. 평석과 전망

1. 대상판결의 평석

위의 대상판결에서는 고지의무 위반은 보험사고가 이미 발생하였음에도 이를 묵비한 채 보험계약을 체결하거나 보험사고 발생의 개연성이 농후함을 인식하면서도 보험계약을 체결하는 경우 또는 보험사고를 임의로 조작하려는 의도를 가지고 보험계약을 체결하는 경우와 같이 ‘보험사고의 우연상’이라는 보험의 본질을

60) 김은경, 「보험계약법」, 보험연수원, 2016, 194쪽 참조

61) BGH, ScV 1985, S. 368.

62) 그런데 우리의 경우에는 다수의 계약가입을 묵비한 경우의 효과는 경우에 따라 구분하여 보아야 한다. 최준선, 「보험·해상·항공운송법」, 제9판, 삼성사, 2015, 205쪽.

63) 초과중복보험이 기망적 의도인 경우에는 무효이며 이는 선의의 보험계약자를 보호하려는 데에 목적이 있다. 최기원, 「보험법」 제3판, 박영사, 2002, 291쪽.

64) BGH, VersR2001, S. 620.

해할 정도에 이르러야 비로소 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위에 해당한다고 분석을 하고 있다. 그리고 특히 인보험으로서 손해보험적 요소도 일부 가미되어 있는 상해보험에서는 보험계약을 체결하는 보험계약자가 보험사고 발생의 개연성이 농후함을 인식하였는지 여부는 보험계약 체결 전 기왕에 입은 상해의 부위 및 정도, 기존 질병의 종류와 증상 및 정도, 상해나 질병으로 치료받은 전력 및 시기와 횟수, 보험계약 체결 후 보험사고 발생 시까지의 기간과 더불어 이미 가입되어 있는 보험의 유무 및 종류와 내역, 보험계약 체결의 동기 내지 경과 등을 두루 살펴서 판단하여야 함을 강조하고 있다. 이러한 우리 대법원의 보험사기 인정을 위한 평가기준은 독일에서의 기망을 인정하기 위한 기준과 비교하여 보면 일맥상통하고 있다. 즉 독일에서는 고지의무위반과 관련하여서도 다양한 기망 가능성이 존재함을 인정하고 있다. 그중에 가장 대표적인 것이 질문에 잘못 답하는 것이다. 보험계약자가 계약체결과 관련하여 구체적인 위험상황에 대한 질문에 잘못 답하면 원칙적으로 기망이 된다. 가령 다른 가입한 보험이 있는지, 과거에 질병을 앓은 적이 있는지, 치료, 검사를 받은 적이 있는지에 대하여 진실과 다르게 답하는 경우가 그러하다. 이전에 아팠지만 전적으로 치료가 되었다고 사실과 다르게 답하거나 이전 질병이 전혀 해가 없다고 하는 경우에도 그것이 진실된 위험상황을 왜곡하는 한 기망이 된다. 그러나 독일에서도 기망이 곧 보험사고로는 인정되지 아니한다. 형법상 죄형법정주의 적용을 위한 엄격한 요건을 충족하여야 하기 때문이다. 그렇지만 독일의 기준에 입각하더라도 본 사안에서 문제가 된 것으로서, 이미 발생한 교통사고 등으로 생긴 ‘요추, 경추, 사지’ 부분의 질환과 관련하여 입·통원치료를 받고 있었을 뿐 아니라 그러한 기왕증으로 인해 향후 추가 입원치료를 받거나 유사한 상해나 질병으로 보통의 경우보다 입원치료를 더 받게 될 개연성이 농후하다는 사정을 인식하고 있었음에도 자신의 과거 병력과 치료이력을 모두 묵비한 채 해당 보험계약을 체결함으로써 피해회사로부터 보험금을 편취한 경우는 보험사기죄의 유죄로 인정될 가능성이 높다할 것이다. 따라서 평가대상인 대법원 판결은 타당한 결론을 도출하였다.⁶⁵⁾

65) 같은 취지에서 대법원은 보험목적물의 가액을 묵비한 채 보험금을 청구한 경우 사기죄의 실행행위를 인정하고 있다. 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도6905 판결: “보험계약자가 보험계약 체결 시 보험금액이 목적물의 가액을 현저하게 초과하는 초과보험 상태를 의도적으로 유발한 후 보험사고가 발생하자 초과보험 사실을 알지 못하는 보험자에게 목적물의 가액을 묵비한 채 보험금을 청구하여 보험금을 교부받은 경우, 보험자가 보험금액이 목적물의 가액을 현저하게 초과한다는 것을

2. 전망

형사처벌을 하는 것은 죄형법정주의원칙에 의하여 구성요건이 명확하여야 한다. 따라서 단순히 민사적으로⁶⁶⁾ 고지의무를 위반하였다고 해서 바로 형법상 사기의 유죄를 인정할 수는 없다. 그렇지만 그 고지의무위반이 정도가 심하여, 보험사고가 이미 발생하였음에도 이를 묵비한 채 보험계약을 체결하거나 보험사고 발생의 개연성이 농후함을 인식하면서도 보험계약을 체결하는 경우 또는 보험사고를 임의로 조작하려는 의도를 가지고 보험계약을 체결하는 경우와 같이 ‘보험사고의 우연성’이라는 보험의 본질을 해할 정도에 이르는 경우에는 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위에 해당한다고 보아야 한다. 그러한 측면에서 대법원이 제시하는 기준은 설득력이 있다고 보아야 한다. 최근에 보험사기가 문제된 다른 사건에서는 대법원⁶⁷⁾은 해당인에게 무죄를 선고한 판결을 선고하였다. 피고인의

알았더라면 같은 조건으로 보험계약을 체결하지 않았을 뿐만 아니라 협정보험계약에 따른 보험금을 그대로 지급하지 아니하였을 관계가 인정된다면, 보험계약자가 초과보험 사실을 알지 못하는 보험자에게 목적물의 가액을 묵비한 채 보험금을 청구한 행위는 사기죄의 실행행위로서의 기망행위에 해당한다.”

66) 최근 상해치료를 넘어 인공관절치환술을 한 것이 민사적으로 부당이득이 된다는 하급심 판례가 있다(수원지방법원 2017. 4. 4. 선고 2016나50686 판결: “갑이 을이 운행하는 차량에 충격된 후 병이 운영하는 병원에서 우측대퇴부 경부 골절 등의 진단을 받고 인공관절 치환술을 시행받았는데, 을을 피보험자로 하는 자동차종합보험계약의 보험자인 정 보험회사가 갑의 병에 대한 진료비 채무를 지급보증하고 이에 따라 병에게 진료비를 지급한 사안에서, 정 회사는 자동차손해배상 보장법에 따른 자동차보험진료수가의 지급을 위해 진료비 채무를 지급보증한 것이고, 의료기관의 보험회사 등에 대한 자동차보험진료수가 청구권은 교통사고 피해자의 보험회사 등에 대한 보험금 청구권의 인정 범위 내에서 인정되므로, 정 회사는 지급보증계약에 기하여 위 사고로 갑이 입은 상해를 치료하는 데 소요된 비용 상당액을 지급할 의무가 있는데, 제반 사정에 비추어 위 사고로 갑에게 대퇴경부 골절상이 발생했다고 하더라도 이에 대해 인공관절 치환술을 실시한 것은 골절상을 치료하기 위한 것이라고 인정되지 않으므로, 이에 관해 발생한 치료비 상당액은 갑의 정 회사에 대한 보험금 청구권의 인정 범위 내에 있다고 볼 수 없고, 따라서 정 회사가 인공관절 치환술 및 후속 치료를 위해 지급한 진료비는 지급보증계약에 따라 지급된 것이라고 볼 수 없으므로, 병은 정 회사에 대하여 진료비 상당의 부당이득반환의무가 있다.”

67) 대법원 2017. 5. 30. 선고 2017도1549 판결: “피고인이 피해자 甲과 혼인한 후 피보험자를 甲, 수익자를 피고인으로 하는 다수의 생명보험에 가입하였다가, 경제적 상황이 어려워지자 거액의 보험금을 지급받을 목적으로 자신의 승합차 조수석에 甲을 태우고 고속도로를 주행하던 중 갓길 우측에 정차되어 있던 화물차량의 후미 좌측 부분에 피고인 승합차의 전면 우측 부분을 고의로 충돌시키는 방법으로 교통사고를 위장하여 甲을 살해하였다는 내용으로 주위적으로 기소된 사안에서, 줄음운전인지 고의사고인지 단언할 수 있는 객관적 증거가 없으므로, 충분히 가능성이 있는 여러 의문을 떨쳐내고 고의사고라고 확신할 수 있을 만큼 간접증거나 정황증거가 충분하거나 그러한 증거들만으로 살인의 공소사실을 인정할 수 있을 정도의 종합적 증명력을 가진다고 보기에는 더 세밀하게 심리하고 확인해야 할 부분이 많은데도, 피고인에게 충분히 수긍할 만한 살인의 동기가 존

인권과 관련하여 형사사건의 유죄인정은 증거에 입각하여 신중하여야 한다. 하지만 여러 정황상 보험범죄로 인정할만한 정황증거도 또한 판단할 때 고려하여야 한다. 다른 한편 이 글에서 평석의 대상으로 삼은 대법원의 사안의 경우에는, 보험계약 체결 당시 이미 발생한 교통사고 등으로 생긴 ‘요추, 경추, 사지’ 부분의 질환과 관련하여 입·통원치료를 받고 있었을 뿐 아니라 그러한 기왕증으로 인해 향후 추가 입원치료를 받거나 유사한 상해나 질병으로 보통의 경우보다 입원치료를 더 받게 될 개연성이 농후하다는 사정을 인식하고 있었음에도 자신의 과거 병력과 치료이력을 모두 묵비한 채 문제의 보험계약을 체결함으로써 피해회사로부터 보험금을 편취하였다는 점에서 단순한 기망을 넘어서서 사기죄의 유죄로 인정할 수 있다고 본다. 이때 보험계약자가 이미 4개의 유사한 보험을 가입하고 있음에도 불구하고 그 질문에 대하여 사실과 다르게 다른 보험에 가입한 것이 없다고 답한 것도 고려하여야 한다.

독일의 경우에는 고지의무를 매우 다양하게 구성하여 차별화하고 있다는 점이 특징이다. 그리고 악의적 기망의 경우에는 취소할 수 있음을 명문으로 보험계약법에서 규정을 하고 있다는 점도 주목을 하여야 한다. 그리고 사법인 보험계약법에서의 기망과 형법상 보험사기를 독일에서도 구별하여 사용을 하고 있으며 기망(Täuschung)이 심한 경우에 사기(Betrug)로 인정을 한다.

앞으로 형법의 사기죄를 적용하는 경우 문제점도 존재한다. 즉 보험사기의 경우 보험금 지급청구시에 실행의 착수가 인정되는데, 보험사기로 적발되더라도 보험금을 청구하지 않는 경우에는 형법상사기죄를 적용할 수 없어 이에 대한 처벌이 불가능하다는 문제점이 존재하였다.⁶⁸⁾ 그런데 죄형법정주의도 피고인의 인권을 위하여 중요한 면이 있다. 죄형법정주의를 준수하면서도 악의적인 기망자를 분리하기

재하였는지, 범행방법의 선택과 관련하여 제기될 수 있는 의문점을 해소할 만한 특별한 사정이 있는지, 사고 당시의 상황이 고의로 유발되었다는 과학적 근거가 충분한지 등에 대한 치밀하고도 철저한 검증 없이, 피고인이 고의로 甲을 살해하였다는 점이 합리적 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보아 유죄를 인정한 원심판결에 형사재판에서 요구되는 증명의 정도에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 있다.” 그 밖에 다수의 계약과 민법 제103조 적용이 긍정된 경우와 부정된 경우의 판례가 있다. 부정된 경우: 대법원 2000.1.11. 선고 99다33311판결. 긍정된 경우: 대법원 2014.4.30. 선고 2013다69170 판결, 대법원 2015.2.12. 선고 2014다73237 판결. 이에 대하여는 특히 이준교·정찬목, 「판례를 통하여 배우는 보험이론 및 분쟁실무」, 보험연수원, 2017, 586~587쪽 참조

68) 이에 대하여는 이정기, “보험사기의 규제체계와 개선방안,” 「보험법연구」 제11권 제1호, 2017, 218쪽 참조

위하여서는 판례를 유형화하여 법률 구성요건에 있어서 일정한 완화가 필요하다. 실제로 2016년 제정된 보험사기방지특별법 제10조에 의하여 미수도 처벌할 수 있게끔 되었다. 그 밖에 구성요건 변화를 위한 연구가 추가되어야 한다.

V. 맺음말

보험계약은 선의계약성을 특징으로 한다.⁶⁹⁾ 이와 결부하여 보험제도의 선의성을 악용하는 등의 방법으로 행하여지는 보험사기가 많은 사회적 문제⁷⁰⁾를 야기하고 있다. 그런데 보험사기를 해결하기 위하여는 단순히 처벌의 강화⁷¹⁾만이 능사는 아니다. 여러 가지 제도적 연관⁷²⁾ 아래에서 방지책을 수립하고 이행하여야 한다. 특히 고지의무제도와와의 연관성⁷³⁾에 대한 연구는 매우 중요하다. 선의의 보험계약자를 보호하면서도 악의적 사기자를 구별하여 적절한 조치를 취하는 것이 과제이다. 특히 보험제도의 선의성과 연결되는 제도가 고지의무제도이다. 그리고 국제적인 추세는 고지의무가 수동적 답변의무화 하고 있다. 또한 AI에 의한 약관 설명의무 이행, 고지의무이행 작업도 앞으로는 가능하므로 4차산업혁명의 영향이 이 분야도 받고 있다. 4차 산업혁명 시대가 되면 거의 대부분의 인간이 하는 일이 기계화, 자동화, 로봇화, 인공지능, 빅 데이터, 소프트웨어, 그리고 3D 프린터 등으로 인한 제조 기술의 혁신으로 제품 원가에서 인건비가 차지하는 비중이 미

69) 양승규, 「보험법」 제5판, 삼지원, 2005, 53쪽, 정상근, 「보험계약법」, 도서출판 좋은땅, 2006, 34쪽.

70) 최근에도 계속하여 보험사기가 적발이 되고 있다. 전북 군산경찰서는 1일 사기 혐의로 A(22)씨 등 4명을 구속하고, 가담자 31명을 불구속 입건했다고 밝혔다. 경찰에 따르면 이들은 2014년 2월부터 2016년 10월까지 군산, 전주, 서울 등 전국 일대를 돌며 사기 행각을 벌인 혐의를 받고 있다. 이들은 중국집 배달원 등을 하며 알게 된 사이로 신호위반과 차선변경 등 범규를 위반하는 차량을 상대로 사고를 일으키면 어렵지 않게 보험금을 타낼 수 있다는 점을 노렸다. A씨는 보험금을 많이 타내기 위해 2살 아들과 임신한 아내를 차량에 태우고 이러한 행위를 벌인 것으로 밝혀졌다. 이들은 폐차 직전의 외제차를 구입해 범죄에 사용했다. A씨 일당은 범행을 계획하는 총책과 동승자를 모으는 모집책 등 조직적으로 사기 행동을 벌인 것으로 확인되었다. 국민일보 2017년 7월 10일자.

71) 보험업법 제102조의 2에서는 보험계약자 등은 보험사기행위를 하여서는 아니된다는 규정을 두고 있다.

72) 특히 정보보험의 경우에도 금액적 제한을 강화하여 보험사기를 방지하도록 제도를 구성하여야 한다. 이에 대하여는 이기수·최병규·김인현, 「보험·해상법」 제9판, 박영사, 2015, 397쪽 참조.

73) 고지의무제도의 근거로 선의성과 기술성을 들고 있어 선의계약적 측면에서 연결고리가 된다. 정찬형, 「상법강의(하)」 제17판, 박영사, 2015, 560쪽 참조.

미해진다. 이는 '3차 산업혁명을 기반으로 한 디지털과 바이오산업, 물리학 등 3개 분야의 융합된 기술들이 경제체제와 사회구조를 급격히 변화시키는 기술혁명'으로 정의되고 있다. 3차 산업혁명을 기반으로 도래할 4차 산업혁명은 '초연결성(Hyper-Connected)', '초지능화(Hyper-Intelligent)의 특성을 가지고 있으며, 사물인터넷(IoT), 클라우드, 등 정보통신기술(ICT)을 통해 인간과 인간, 사물과 사물, 인간과 사물이 상호 연결되고 빅데이터와 인공지능 등으로 보다 지능화된 사회로 변화될 것으로 예측된다. 따라서 앞으로는 고지의무와 4차산업혁명의 관계도 연구하는 것이 필요하다. 그런데 고지의무와 관련하여 고의로 사실과 다르게 고지하고 보험금을 청구해 받아가는 과정에서 사기죄로 처벌하는 것은 매우 어려운 문제점이 따른다. 죄형법정주의가 엄격히 적용되기 때문에 고지의무의 특수성과 접목하여 여러 가지 쟁점을 해결하여야 하기 때문이다. 고지의무의 수동화와 관련하여 보험자가 명시적으로 질문하였는데 그에 대하여 거짓으로 답하였다면 일응 기망으로 보아야 한다. 그렇지만 그를 사기죄로 처벌하기 위하여는 더욱 엄격한 요건을 충족하여야 한다. 그후 잘못된 고지에 근거하여 보험금을 청구하여 받아야 한다. 죄형법정주의를 통하여 피고인의 인권은 보호하여야 한다. 그러나 악의적인 보험사기자는 처벌을 받아야 한다. 양자의 절충을 위하여 보험사기죄의 구성요건을 일반사기죄와 차별화하는 방안에 대한 보다 면밀한 연구가 추후에 이루어지기를 기대한다.

참고문헌

- 김선정, “고지의무 이행자에 대한 계약전발병부담보,” 「상사판례연구」 제27권 제4호, 2014
- 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001
- 김은경, 「보험계약법」, 보험연수원, 2016
- 맹수석, “보험계약법상 보험사기에 대한 입법의 필요성 여부,” 「보험법연구」 제11권 제1호, 2017
- 박세민, 「보험법」, 제4판, 박영사, 2017
- 보험경영연구회, 「보험론」, 문영사, 2005
- 성수훈, “우리나라 보험사기의 실태와 효과적 대처방안,” 「보험법연구」 제5권 제2호, 2011
- 송옥렬, 「상법강의」 제6판, 홍문사, 2016
- 양승규, 「보험법」 제5판, 삼지원, 2005
- 양승규, 보험사고발생 후 체결된 보험계약의 효력, 손해보험 제415호, 2003년 6월호
- 유주선, 「보험법」, 청목출판사, 2013
- 이기수·최병규·김인현, 「보험·해상법」 제9판, 박영사, 2015
- 이은영, 「약관규제법」, 박영사, 1994
- 이정기, “보험사기의 규제체계와 개선방안,” 「보험법연구」 제11권 제1호, 2017
- 이준교·정찬목, 「판례를 통하여 배우는 보험이론 및 분쟁실무」, 보험연수원, 2017
- 이필규·최병규·김은경, 「2009년 독일 보험계약법(VVG)」, 세창출판사, 2009
- 정상근, 「보험계약법」, 도서출판 좋은땅, 2006
- 정찬형, 「상법강의(하)」 제17판, 박영사, 2015
- 장덕조, 「보험법」 제3판, 법문사, 2016
- 채이식, 「상법강의(하)」 개정판, 박영사, 2003
- 최기원, 「보험법」 제3판, 박영사, 2002
- 최병규, “기왕질병 부담보 조항에 대한 고찰,” 「보험법연구」 제11권 제1호, 2017

- 최정식, 「보험·해상법」, 삼영사, 2014
- 최준선, 「보험·해상·항공운송법」, 제9판, 삼영사, 2015
- 한기정, 「보험법」, 박영사, 2017
- 한창희, 「보험법」, 개정3판, 국민대학교 출판부, 2017
- Honsell(Hrsg.), Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 1999
- Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., München, 2015
- Bruck/Möller, VVG, 8. Aufl., Berlin, 1961~2002
- Bruck/Möller, VVG, Bd 1, 9. Aufl., Berlin, 2008
- Franzke, Strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung von Versicherungsbetrug, Josef Eul Verlag, 2012
- Köneke/Müller-Peters/Fetschenhauer, Versicherungsbetrug verstehen und verhindern, Springer Verlag, 2015
- Langheid/Wandt, Versicherungsvertragsgesetz, Münchener Kommentar, Bd. 2, München, 2011
- Looschelders/Pohlmann, Versicherungsvertragsgesetz, Köln, 2010
- Marlow/Spuhl, Das neue VVG kompakt, 4. Aufl., 2010
- Prölls/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 28. Aufl., München, 2010
- Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl., München, 2003

<Abstract>

**A study on the relation between violation of
disclosure duty and fraud**
- focused on critical notes about supreme court case of 2017Do1405 -

Choi, Byeong Gyu

Insurance plays very important welfare role in modern society. Insurance system has its own specific character. Moral hazard, contingency, utmost good faith are such a character. The duty of disclosure is very important content and duty of insured in insurance law. It is also a expression of contingency, utmost good faith. The international trend shows that the disclosure duty is understood as a duty of passive answer. Insurance fraud is on the other hands a great problem in regard of insurance business. It is a worldwide concern. Many institutes surrounding insurance industry are making efforts to overcome the insurance fraud. It has many difficult problems. Many systems are connected each other. Insurance fraud is punished by criminal law. But in Korea the special law against insurance fraud is enacted in the year of 2016. By this law, the insurance fraud is punished severely as in the criminal law. And the attempter of insurance fraud is also punished. But there are many delicate problems surrounding the violation of the duty of disclosure and insurance fraud. In Korea the principle of "nulla poena(nullum crimen) sine lege" is very important constitutional principle. It should be obeyed thoroughly . But the wilful fraud attempter should be selected and punished. We should find a rational solution between these two competing interests. For the problem solution in this aspect we should find out not only the analytic method but also de lege ferenda. The private insurance compensates the state welfare system of the citizens. Therefore the good insured should be protected, but the insurance criminal should be sanctioned thoroughly. It is task of scholar and lawmakers. We should try to solve the difficult problem rationally. The target of critical notes of this article shows that the insured concealed the disease and injury treatment facts and so on.

He has requested the payment of insurance money. This is typical insurance fraud. In this sense, the Korean supreme court decision of 2017Do1405 can be justified. The mere violation of duty of disclosure does not mean that the person should be punished. For the criminal sanction the more severe requirements are needed. The insured should know that the notified facts do not correspond with the real facts. And the insured should demand insurance money after occurring the insurance accident. According to Criminal Law the attempted action could not be punished. But according to the new special law against insurance fraud it is also punished. We should try to get the accurate criteria between punished criminal action and non punished actions in regard of the violation of the duty of disclosure. The criminal punishment is linked closely with human rights. Therefore we should be careful by approval of criminal punishment. And the special character of the duty of disclosure should also be considered by the decision.

Key Words : insurance fraud, misuse of insurance, willful deception, violation of disclosure duty, passive answer duty, principle of legality, attempter punishment, de lege ferenda