

# 태아의 상해보험 피보험자 적격

## - 대법원 2019. 3. 28. 선고 2016다211224 판결에 대한 평석 -

임 수 민\*

<차례>

I. 서론	III. 평석
II. 판결개요	IV. 결론

주제어 : 태아보험, 어린이보험, 상해보험의 피보험자 적격, 약관의 해석, 편면적 강행규정

<국문초록> 국내 보험시장에서 태아보험이 어린이 종합보험의 특별약관에 가입하는 형태로 판매되고 있다. 일반소비자들 사이에 태아보험이라는 명칭으로 통용되는 것과 달리 태아보험 약관에는 ‘태아는 출생시부터 피보험자가 된다’고 규정되어 있어서, 출생 전 태아인 상태에서 보험사고가 발생하여 상해를 입은 경우에 보험보장이 되는가를 놓고 법적 분쟁이 발생하고 있다.

대상 판결에서는 이 사건 상해보험계약의 당사자들 간에 태아인 상태에서 계약을 체결한다는 점에 대한 인식과 합의가 있었고 계약 체결 시점(피고 보험계약자의 임신 4개월 차)에 제1회 보험료가 납입되었으며 그 시점부터 보험기간이 개시되었기 때문에, 출생시부터 피보험자가 된다는 특별약관 문구에도 불구하고 태아에 대한 보험보장을 해 주기로 하는 개별약정이 성립되었다고 보았다. 이어서 우리 상법은 태아에 대한 상해보험 피보험자 적격을 명시적으로 인정하지도 않지만 금지하지도 않기 때문에 이 사건 개별약정은 상법 제663조에 위반하지 않고, 더 나아가 공서양속에 반하지도 않아서 그 효력이 인정된다고 보았다.

유효한 개별약정에 의해 태아에게 상해보험의 피보험자 적격을 인정하고 보험금을 지급하도록 하는 대상판결의 결론에는 찬성한다. 그러나 특별약관 자체가 이미 당사자 간의 계약을 의미하므로, 특별약관 조항의 해석을 통해서 태아의 피보험자 적격을 판단하는 것이 보다 타당하다. 대상판결에 의하면 태아보험이 문제된 분쟁사안마다 개별약정의 성립여부와 유효성을 판단해야 하는데, 계약체결 당시 보험모집인과 보험소비자 간의 대화 내용 및 정황에

\* 법학박사

- 논문접수일(2020.05.31), 심사개시일(2020.06.11), 게재확정일(2020.06.17)

따라 태아를 피보험자로 하는 유효한 개별약정이 인정되지 않는 경우도 얼마든지 있을 수 있어서, 같은 상품을 구입한 보험소비자 간에 형평성이 깨지고 보험보호에 공백이 발생할 우려가 크다. 또한, 존재하지 않는 상법 규정을 개별약정과 비교하여 개별약정이 보험계약자 측에 불리하지 않기 때문에 유효하다는 논리로 상법 제663조를 원용하는 것은 납득하기 어렵다. 이러한 점에서 대법판결은 재고(再考)를 요한다.

## I. 서론

이른바 ‘태아보험’이라고 일컬어지기도 하는 어린이보험의 가입률이 점점 높아지고 있다. 고령 산모 출산율이 높아지고 환경오염과 전자파의 영향으로 장애아 출산에 대한 우려가 커지는 한편, 가구당 출산율 감소로 인해 자녀에게 보험보장을 해 주려는 관심과 수요가 증가함에 따라서, 향후에도 태아보험과 어린이보험 가입률은 지속적으로 증가할 것으로 보인다. 엄밀히 말하면 태아보험과 어린이보험은 구별되는 개념이다. ‘어린이’와 ‘태아’의 뜻을 생각해보면 어린이보험은 출생 이후부터 보험기간이 개시된다고 보아야 할 것이고, 따라서 태아보험의 보험기간은 수태 시부터 출생 이전(통설인 전부노출설에 의한다면 신체의 전부가 노출되기 직전)까지라고 보아야 할 것이나, 실제 판매되고 있는 보험상품은 이와는 좀 차이가 있다.

국내에서는 태아보험만 판매되지는 않고 있으며, 어린이 종합보험의 특별약관<sup>1)</sup>의 형태로 판매되고 있다.<sup>2)</sup> 태아보험은 법률용어가 아니고 종래 보험상품으로 판매되어 오던 어린이보험<sup>3)</sup>에 태아가입특약을 덧붙여 판매하는 상품을 가리키는

1) 특별약관은 계약내용으로 할지 여부가 개별적 합의의 대상인 약관이다. 특별약관은 개별적 합의가 있어야만 계약내용이 된다는 것을 전제로, 보험자가 다수의 상대방과 보험계약을 체결하기 위해 일정한 형식으로 미리 마련한 계약내용이다(한기정, 「보험법」 제2판, 박영사, 2018, 117면).

2) 태아보험의 자체 상품을 마련하고, 태아보험의 보호대상인 태아는 출생함으로써 피보험자가 된다는 현 특별약관의 내용을 시대에 맞게 개정하여야 한다는 견해로는 최병규, “태아의 보험능력에 대한 고찰”, 「기업법연구」 제32권 제2호, 한국기업법학회, 2018, 112면; 태아보험은 태아의 질병·상해도 보상대상에 포함되는 것으로 상품을 재설계하지는 입장으로는 황현아, “2019년 보험 관련 중요 판례 분석(I),” 「KIRI 보험법 리뷰」 (2020.2.10.), 보험연구원, 5면; 약관을 합리적으로 개선하고 그에 맞추어 보험료율도 조정하여야 한다는 견해로는 박인호, “인보험계약에 있어서 태아의 지위”, 「법학논총」 제36권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 365면.

3) 1958년 대한교육보험이 최초로 교육보험 상품을 개발하여 판매하였다. 교육보험의 인기가 시들해져 자 보험회사들은 1997년부터 어린이 보장성 보험을, 2000년부터는 태아보험을 판매하기 시작했다.

실무상의 용어이다.<sup>4)</sup> 태아보험 특별약관은 주로 선천성질환수술보장특약, 출생전 후기(임신 28주부터 출생 후 1주까지의 기간)질환보장특약, 미숙아육아비용보장특약으로 구성되어 있다. 주로 태아의 출생 후 선천성질환으로 인한 입원과 수술, 출생전후기질환으로 인한 입원, 미숙아(또는 저체중아)의 인큐베이터 비용 등을 보장한다.

그런데 상품 판매 과정에서 보험사와 보험모집인이 태아보험이 ‘복중 아가의 질병에 대해서는 보장을 해 주지 않는다는 약관내용을 교묘하게 회피하거나 생략한 채 보험상품을 판매하는 일이 비일비재하기 때문에,<sup>5)</sup> 소비자가 여간 꼼꼼하지 않고서야 기본약관과 특별약관의 차이를 이해하기 어렵고, ‘태이는 출생한 때에 피보험자가 된다는 특별약관조항을 발견하기가 쉽지 않다. 또, 그러한 규정을 발견했다고 하더라도 보험사와 보험설계사가 보험기간에 대한 설명을 명확히 해주지 않는 이상에는 평균적인 소비자들이 그 의미를 정확히 이해할 것을 기대하기는 어렵다.

보험계약을 체결하지 않은 일반인들도 ‘요즘은 태아를 위한 보험도 있구나. 태아인 상태에서도 보험보호의 대상이 되는구나’라고 인식하고 있는 추세이다. 이는 보험사가 광고나 베이비 페어 행사를 통해서 임신한 부부나 출산계획이 있는 부부를 대상으로 어린이보험 판매를 위한 홍보에 힘을 쏟으면서, 이 보험을 태아보험이라고 칭하면서 적극적으로 보험가입을 권유하고 있기 때문이다.

이처럼 보험회사의 홍보내용이나 시중에서 통용되는 명칭과 실제 특별약관의 내용 간에 간극이 발생하고, 이로 인해서 보험보호에 공백이 생기고 있으며 법적 분쟁이 자주 발생하고 있다.

이 글에서 다루고자 하는 대상판결은 임신 4개월 차에 임신부가 아직 태어나지 않은 자녀를 피보험자로 하여 상해보험계약을 체결하였고, 분만 중에 사고가 발생하여 태아가 영구적인 양안시력손상의 상해를 입었음에도, 보험회사가 ‘태아는 출생한 때에 피보험자가 된다는 특별약관 규정을 근거로 들면서 보험금 지급을 거절하자 법적 분쟁이 된 사안이다.

1990년대 후반부터 2000년대 초반까지는 어린이보험 시장을 적극적으로 확대했으며, 2000년 이후 태아보험 및 어린이 CI 담보를 도입하여 어린이보험을 주력상품의 하나로 성장시켰다.

4) 금융감독원 보험계리실 손해보험팀/생명보험팀, 「정례브리핑자료」(2008. 6. 24.), 8면.

5) 시사저널 2019. 2. 26. 자 기사(<https://www.sisajournal.com/news/articleView.html?idxno=181654>).

## II. 판결개요

### 1. 사실관계

이 사건에서는 어린이CI보험의 특별약관(출생 전 자녀가입 특별약관)에 의해 체결된 이른바 ‘태아보험계약’이 문제되었다. 주보험계약 상품명은 (주)현대해상화재보험의 무배당 하이라이프 굿앤굿어린이CI보험이다. 이 사건 보험계약은 피보험자인 어린이가 약관에서 정하는 중대한 질병에 걸리거나 상해를 입은 경우에 보험회사가 보험수익자(피보험자의 母)에게 보험금을 지급하는 것을 그 내용으로 한다. 그런데 출생 전 자녀가입 특별약관 제1조 제3항에서 ‘태아는 출생시에 피보험자가 된다고 규정되어 있고, 특별약관의 다른 규정도 이 규정을 전제로 하고 있다.

피고는 자녀인 소외인이 출생하기 약 5개월 이전(임신 4개월 차로 추정됨)인 2011. 8. 25. 보험수익자를 본인으로 하고, 피보험자를 소외인으로 하는 이 사건 보험계약을 원고(주)현대해상와 체결했다.<sup>6)</sup> 그 후 2012. 1. 28. 산부인과에서 소외인을 출산했다. 그런데 분만 과정에서 흡입분만으로 인한 저산소성 뇌손상 등의 상해를 입어 양인의 시력을 완전히 상실하는 영구장애진단을 받았다.

이 사건 보험계약 청약서의 ‘피보험자 정보란과 ‘계약 전 알릴 의무의 피보험자란에는 ‘태아라고 명시적으로 기재되었다. 또, 피고는 보험계약체결일(2011. 8. 25.)에 원고인 보험회사에게 ‘제1회 보험료를 납부’하였고, 보험증권에 ‘보험기간 개시일’을 같은 날인 2011. 8. 25. 로 기재했다.

### 2. 1심 판결<sup>7)</sup>

원고(주)현대해상은 사람은 출생시부터 권리·의무의 주체가 될 수 있고, 사람의 출생시기는 태아가 모체로부터 전부 노출된 때를 기준으로 삼아야 하므로, 분만 중의 태아의 경우에는 상해보험의 피보험자가 될 수 없고, 태아를 피보험자로 하여 체결된 상해보험계약의 보험기간은 출생시부터 개시되므로, 이 사건 피보험

6) 피고는 보험계약자이자 보험수익자이다.

7) 서울중앙지방법원 2015. 5. 27. 선고 2015가합508193 판결.

자(소외인, 보험계약인 피고의 子女)가 분만 과정에서 뇌손상을 입고 그로 인하여 장애상태에 이르렀다고 하더라도, 이는 '보험기간 중 피보험자에게 발생한 상해'로 인한 장애라고 할 수 없다고 주장했다.

이에 대해 1심 법원은 분만 중 저산소성 뇌손상 발생 당시 소외인이 이 사건 보험계약의 피보험자 지위를 보유하고 있었는지, 위 저산소성 뇌손상이 이 사건 보험계약의 보험기간 중에 발생한 것인지에 대해, ① 원고 보험사는 계약 체결 당시 소외인이 태아 상태임을 충분히 인식하면서도 소외인을 피보험자로 하여 이 사건 보험계약을 체결한 것이고, 보험계약 청약서의 피보험자란에도 '태아'라고 명확히 기재되어 있는 점, ② 이 사건 보험계약 보통약관에는 제1회 보험료 납부 시부터 보험기간이 개시됨을 명시하고 있는데, 원고는 소외인 출생 5개월 전인 2011. 8. 25. 경부터 피고로부터 보험료를 납부 받아 왔고, 청약서 및 보험증권의 기본사항 란에도 보험기간 개시일이 2011. 8. 25.로 되어 있는 점, ③ 태아는 모체로부터 전부 노출된 때 권리·의무의 주체가 되는 것이나, 상해보험의 피보험자는 보험의 대상이 되는 자에 불과할 뿐, 권리나 의무의 주체가 되는 자라고 할 수 없으므로, 태아가 피보험자의 지위를 취득하는 것 자체가 원천적으로 불가능하다고만 해석할 수 없고, 계약자유의 원칙상 태아를 피보험자로 하는 보험계약을 체결하는 것이 가능하므로, 2011. 8. 25. 부터는 태아 상태인 소외인이 피보험자의 지위를 보유하게 된다고 해석하는 것이 계약 당사자의 의사에 부합한다고 하면서, 2012. 1. 28. 경 분만 과정에서 발생한 저산소성 뇌손상은 보험기간 중 피보험자에게 발생한 상해에 해당한다고 판시하였다.

### 3. 2심 판결<sup>8)</sup>

먼저, 태아가 피보험자에 해당하는지에 대해서, 보험계약 청약서의 피보험자 정보와 계약 전 알릴의무의 피보험자란에 '태아'라고 명시적으로 기입되어 있고, 보험증권의 추가정보사항에는 '태아가입시 상기 예상만기환급금은 태아출생일 변동 등이 있을 경우 달라질 수 있습니다'라고 기재되어 있으므로, 원고(보험사)는 보험계약 체결 당시 소외인이 태아임을 알면서 그를 피보험자로 정하였다고 추

8) 서울고등법원 2016. 2. 3. 선고 2015나2028942 판결.

단된다. 또, 2011. 8. 25. 보험계약을 체결하고 제1회 보험료를 납부하고 보험증권에 보험기간 개시일을 그 날로 기재한 것은 출생 전 태아 상태에서 발생하는 사고까지도 대비하고자 한 것으로서 태아를 피보험자로 하는 것이 계약 당사자의 의사에 부합해 보인다고 하였다. 다만, '출생 전 자녀가입 특별약관'은 태아는 출생시에 피보험자가 된다는 규정과 태아가 유산 또는 사산 등에 의해 출생하지 못한 경우에는 계약을 무효로 한다고 규정하고 있어서 태아가 피보험자 지위에 있지 않다고 볼 여지가 있으나, 위에서 본 것처럼 태아를 피보험자로 하기로 상호의사합치가 이루어진 것으로 추단되므로 이와 다르게 기재된 특별약관 규정이 존재한다는 사정만으로 태아를 피보험자로 삼지 않았다고 단정할 수 없다고 판시하였다.

다음으로, 분만 중 사고가 보험기간 중 발생한 보험사고에 해당하는지에 대해서도 위와 같은 보험계약 청약서 및 보험증권상이 기재 내용 등을 보면 보험기간이 보험 계약 체결시로부터 개시된다고 판시하였다.

2심 판결의 판시 중에 주목할 점은 기본적으로는 약관의 편입통제에 대한 판단을 했고, 가정적으로 보험사의 설명의무 위반에 대해 판단했다는 점이다. 위에서 실시한 것처럼, 계약 당사자 간에 태아를 피보험자로 삼기로 하는 의사의 합치가 있었고 보험청약서 및 보험증권 기재내용과 제1회 보험료가 지급된 사실에 비추어서 보험계약체결일에 보험기간이 기산된다고 판단하고, 이와 배치되는 것으로 읽힐 여지가 있는 특별약관은 이 사건 보험계약의 내용으로 편입되지 않았다는 것이 2심 법원의 논지이다. 이에 덧붙여, '실령 이러한 특별약관이 보험계약의 내용으로 편입되었다고 하더라도 보험사가 설명의무를 다하였다고 인정할 증거가 없으므로, 보험사는 이를 보험계약의 내용으로 주장할 수 없다고 실시했다.

#### 4. 대법원 판결<sup>9)</sup>

대법원 판시를 논리적인 순서대로 정리해보면 다음과 같다.

우선, 상법상 상해보험계약 체결시에 (태아의 피보험자 적격을 명시적으로 허용하는 규정은 없지만 필자가 부기함), 태아의 피보험자 적격이 명시적으로 금지

9) 대법원 2019. 3. 28. 선고 2016다211224 판결.

되어 있지 않다. 그런데 이 사건 특별약관은 ‘태이는 출생시에 피보험자가 된다고 규정하고 있고, 이 특별약관의 다른 규정도 이를 전제로 하고 있다. 그러나 보험계약의 당사자인 원고와 피고는 이 약관의 내용과 달리 약정하여 약관의 구속력을 배제할 수 있다.

원고와 피고는 이 사건 보험계약체결 당시 보험대상자인 소외인이 태아임을 잘 알고 있었고, 보험사고의 객체가 되는 소외인이 태아 상태일 때 계약을 체결하면서 ‘계약체결일부터 보험료를 지급하여 보험기간을 개시’하였다. 이처럼 보험계약을 체결하게 된 동기와 경위, 절차, 보험기간, 보험계약에 의하여 달성하고자 하는 목적 등을 종합적으로 고려하면, 당사자 사이에 위 ‘특별약관의 내용과 달리’ 출생 전 태아를 피보험자로 하는 ‘개별 약정’이 있다고 봄이 타당하다.

인보험인 상해보험에서 피보험자는 ‘보험사고의 객체에 해당하여 그 신체가 보험의 목적이 되는 자로서 보호받아야 할 대상을 의미한다. 헌법상 생명권의 주체가 되는 태아의 형성 중인 신체도 보호법익이 존재하고 보호의 필요성도 본질적으로 사람과 다르지 않다는 점에서 보험보호의 대상이 될 수 있다.<sup>10)</sup>

이처럼 약관이나 개별 약정으로 출생 전 상태인 태아의 신체에 대한 상해를 보험의 담보범위에 포함하는 것이 ①보험제도의 목적과 취지에 부합하고 ②보험계약자나 피보험자에게 불리하지 않으므로 (2-1)상법 제663조에 반하지 아니하고 (2-2)민법 제103조의 공서양속에 반하지 아니한다.

따라서 출생 전 태아를 피보험자로 하기로 하는 이 사건 당사자 간의 ‘개별 약정’은 계약자유의 원칙상 유효하고, 그 보험계약이 정한 비에 따라 보험기간이 개시된 이상 출생 전이라도 태아가 보험계약에서 정한 우연한 사고로 상해를 입었다면 이는 ‘보험기간 중에 발생한 보험사고’에 해당한다.

10) 태아에게 보험보호를 인정해야 하는지에 대해서 국내 학자들은 대체로 보험보호를 인정하지는 견해를 제시한다. 태아에게 보험보장을 해 주지는 견해로는 김은경, “태아의 피보험자격 인정여부에 관한 보험법적 논의”, 「보험학회지」 제112집, 한국보험학회, 2017, 28-29면; 박인호, 앞의 논문, 363-364면; 박인호, “손해보험계약상 태아의 지위와 보호 범위의 확대 방안”, 「상사판례연구」 제30권 제2호, 한국상사판례학회, 2017, 139-140면; 장덕조, “태아의 피보험자 자격상”, 「상사법연구」 제38권 제1호, 한국상사법학회, 2019, 251-252면; 최병규, 앞의 논문, 110면 등이 있다. 반면, 김선정, “태아보험에 관한 검토”, 「보험법연구」 제2권 제2호, 2008, 55-56면은 대인배상보험의 대체적 기능을 하는 무보험차상해보험과 같이 극히 특수한 성질을 지니는 상해보험에 대해서는 예외적 판단이 가능하지만, 상해보험 일반에서 태아를 피보험자로 보는 것은 현행법체제상 불가능하다고 주장한다.

### III. 평 석

#### 1. 쟁점

이 사건에서는 계약당사자인 피고(피보험자의 母, 보험계약자이면서 보험수의자)와 원고(보험회사, 보험자)가 어린이(피보험자)의 중대한 질병 발생과 상해를 보험사고로 하는 보험계약을 체결하면서, 특별약관으로 태이에 대한 보장도 추가했다.

그런데 특별약관 제1조 제3항에서는 ‘태이는 출생시에 피보험자가 된다고 규정하고 있어서, 이 사건 보험사고(분만 과정에서 뇌손상 등의 상해 발생)의 발생으로 피고가 원고에게 보험금을 청구하자 원고가 위 특약조항을 들어 출생 이전의 태이는 피보험자 적격이 없다는 이유로 보험금 지급을 거절했다.

태이에게 상해보험의 피보험자 적격이 인정될 수 있는지 여부와 이에 관한 특별약관의 효력 및 해석, 그리고 개별약정의 존재여부와 해석이 문제된다. 그리고 이 문제는 태이의 권리능력에 대해서 우리 법제가 개별적 보호주의를 취하고 있고 통설과 판례가 정지조건설을 취하고 있으며,<sup>11)</sup> 출생시점에 대해서는 통설이 전부노출설을 취하고 있다는 점, 그런데 상법은 태이의 권리능력이나 상해보험 피보험자 적격에 대한 개별규정을 두고 있지 않다는 점에서부터 출발한다.

이 글은 태아가 생명권이 있는 인간으로서 피보험자 적격을 가지는지 여부에 관해 근본적·일반론적 관점에서 논의하기보다는 국내에서 실제로 판매된 어린이 종합보험의 태아 상해보험 특별약관조항에 관한 분쟁을 우리 법원이 어떠한 방식으로 해결하고 있는지를 살펴보고, 그러한 방식이 타당한지 아니면 더 나은 분쟁해결방식이 있는지를 중점적으로 다룬다.<sup>12)</sup> 보험기간이 개시되지 않았고 우연

11) 헌법재판소도 태이는 형성중의 인간으로서 생명권의 주체이고 국가는 태이를 위하여 각종 보호조치들을 마련할 의무가 있으나 그러한 국가의 기본권 보호의무로부터 태아의 출생 전에 또한 태아가 살아서 출생할 것인가와 무관하게 태이를 위하여 일반적 권리능력까지도 인정하여야 한다는 헌법적 요청이 도출되지 않는다고 전제하고, 태아가 살아서 출생한 경우에 한해 소급적으로 권리능력을 갖는 것으로 보아야 하며 태아가 살아서 출생할 기회를 갖지 못하고 사망에 이른 경우에는 권리능력 내지 손해배상청구권이 인정될 여지가 없으므로 권리능력의 존속기간을 규정한 민법 제3조와 손해배상청구권에 있어서의 태아의 지위를 규정한 민법 제762조는 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다(헌재 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 전원재판부 판결).

12) 태아의 피보험자 적격성에 대한 선행연구로는, 장덕조, 앞의 논문, 221-257면; 김신정, 앞의 논문, 33-59면; 박인호, 앞의 논문, 2016, 345-370면; 박인호, 앞의 논문, 2017, 119-145면; 김은경, 앞의

성이 결여되었다는 원고의 주장이나 보험자의 설명의무 위반을 이유로 한 약관의 편입통제에 관한 원심판단은 다루지 않기로 한다.

## 2. 대법원 판시의 논리구성

대법원은 태아의 피보험자 적격을 인정하기로 하는 개별약정이 체결되었으므로 태아에게 피보험자 적격이 인정된다고 보았다. 이 판결은 원고회사의 상해보험금 지급의무를 인정하였다는 결과에 있어서는 타당하나,<sup>13)</sup> 보험법적 논리구성에 의문이 있다. 대법원은 ‘태아는 출생시에 피보험자가 된다’는 「특별약관」에 대해서는 수정 해석하거나 약관의 불공정성을 따져보지 않았다. 특별약관의 유효성은 그대로 인정한 채, 당사자 사이에 어떠한 개별약정이 있었는지를 판단했고 그러한 개별약정이 태아의 상해보험 피보험자 적격을 명시적으로 부정하지 않는 우리 상법의 취지를 보험계약자에게 불리하게 변경시키는 것인지 여부(상법 제 663조 편면적 강행규정 위반 여부)와 민법 제103조의 공서양속에 반하는지 여부를 판단하였다. 또, 이러한 개별약정이 보험제도의 목적과 취지에 반하는지를 판단하였다.

그런데 판결문에도 나와 있듯이 보험약관이 계약당사자사이에 구속력을 갖는 것은 그 자체가 법규범이기 때문이 아니라 당사자가 그 약관의 규정을 계약 내용에 포함하기로 합의하였기 때문이다. 그렇다면 특별약관에 대한 해석과 판단을 건너뛰고 개별약정의 존부와 유효성을 논의하기 전에, 당사자 간의 합의의 산물인 위 특별약관 규정이 합의의 내용과 다른 것으로서 문제가 있는 것인지를 판단하여 태아의 상해보험 피보험자 적격을 판단하는 것이 논리적일 것이다. 이러한 점을 하나씩 짚어보기로 한다.

논문, 1-35면 등이 있다.

13) 장덕조, 위의 논문, 222면에서 적절하게 평가하고 있듯이, 이 판결은 상해보험에서 태아보험의 피보험자 적격성을 인정한 선례로서의 소중한 가치가 있는 대법원 판결이다. 그동안은 태아의 민법상 일반적 권리능력을 인정하여야 하는 헌법적 요청이 도출되는지에 관해 다른 헌법재판소 판결은 있었지만 현재 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 전원재판부 판결, 보험법적 측면에서 태아의 피보험자 적격성을 본격적으로 다룬 대법원 판결은 없었다. 이 사건 대법원 판결은 사법(私法)적 관점, 그 중에서도 보험법적 관점에서 태아의 상해보험 피보험자 적격성을 다룬 판시로서 의미가 크며, 적격성을 인정한 결론에 대해서는 필자도 찬성한다.

### 3. 약관 수정 해석 가능성

#### (1) 약관의 해석에 관한 논의

약관규제법 제5조 제1항의 객관적·통일적 해석의 원칙과 동조 제2항의 작성자 불이익 원칙(고객 유리의 해석 원칙)은 약관에 대한 해석통제의 두 기둥으로 알려져 있다. 판례의 엄격해석의 원칙도 약관의 해석원칙으로 인정되고 있다.<sup>14)</sup>

작성자 불이익 원칙은 약관의 내용이 모호한 경우에 그것을 해석하는 방법이다. 여기서 약관내용이 모호하다고 하는 것은, 약관내용이 두 가지 의미 이상으로 해석될 수 있음을 가리킨다.<sup>15)</sup> 이 원칙은 일반적인 법률해석의 원칙인 ‘자연적 해석·규범적 해석·보충적 해석(또는, 문언해석·객관적 해석·주관적 해석·규범적 해석·보충적 해석)’이라는 해석의 3단계 내지 5단계 가운데 ‘규범적 해석 원칙’의 일환으로 이해되고 있다.<sup>16)</sup> 이 작성자 불이익 원칙은 계약당사자의 공통된 진정한 의사를 밝히는 해석원칙으로는 볼 수 없으며, 계약을 명료하게 작성할 기회가 있었음에도 불구하고 그렇게 하지 않은 작성자에게 불이익 내지는 위험을 부과하는 취지를 가진 목적론적 해석에 해당한다.<sup>17)</sup> 또한, 우리 대법원이 “평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 객관적이고 획일적으로 해석한 결과 그 약관조항이 일의적으로 해석된다면 그 약관 조항을 고객에게 유리하게 제한 해석할 여지가 없다”고 판단하고 있듯이,<sup>18)</sup> 작성자 불이익 원칙은 보충적 성격을 가지는 해석 원칙이다.

14) 법률행위는 당사자의 내심적 의사 여하에 관계없이 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석해야 하고 특히 그 계약의 내용이 당사자 일방이 작성한 약관의 내용으로서 상대방의 법률상 지위에 중대한 영향을 미치게 되는 경우에는 약관의 규제에 관한 법률 제6조 제1항, 제7조 제2호의 규정 취지에 비추어 더욱 엄격하게 해석해야 한다(대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다71555 판결).

15) 한기정, 앞의 책, 181면.

16) 윤진수, “계약 해석의 방법에 관한 국제적 동향과 한국법”, 『민법논고 I』, 박영사, 2007, 273면; 최준규, “계약해석의 방법에 관한 연구: 문언해석과 보충적 해석을 중심으로”, 박사학위논문, 서울대학교, 2011, 200면 등.

17) 남효순, “법률행위의 해석의 쟁점-법률행위해석의 본질 및 방법에 관하여-”, 『서울대학교 법학』 제41권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2000, 160면.

18) 대법원 2010. 9. 9. 선고, 2007다5120 판결; 대법원 2012. 1. 12. 선고, 2010다92841 판결 등.

## (2) 약관의 수정해석 가능성

### 1) 서

이러한 약관의 객관적·통일적 해석원칙과 작성자 불이익 원칙 및 엄격해석원칙을 적용하여 이 사건 특별약관 조항을 분만 중 보험사고가 발생한 태아의 상해보험 피보험적격을 인정하는 것으로 해석할 수 있는지를 살펴보자.

### 2) 당사자 간에 합의된 내용

대법원이 실시한 바대로 이 사건 상해보험계약은 임신 약 4개월 차에 체결되었고 계약체결일(2011. 8. 25.)에 제1회 보험료가 납부되었으며 보험증권상의 보험기간 개시일도 계약체결일 당일이었다. 계약당사자인 보험회사와 보험계약자는 이에 대한 의사의 합치가 있었다. 대법원은 여기까지 인정하였다. 다만, 이것을 약관과 결부시키지 않았고, 약관과는 다른 내용의 개별약정이 있다고 보았다는 점에 특이성이 있다.

위의 사실관계에 비추어 원고와 피고 간에는 보험기간 중에 보험사고가 발생할 것을 조건으로 하여 원고가 피고에게 보험금을 지급하기로 하는 점에 대한 의사의 합치가 인정된다. 보험기간은 크게 둘로 나누어 생각해 볼 수 있다. 기간 개시 시점부터 약5개월 동안은 피보험자가 태아의 지위를 가지고 그 후부터 기간 만료시까지의 사람의 지위를 가진다. 당사자 간의 합의된 내용은 그 지위가 태아이든지 사람이든지 간에 보험기간 중 피고의 자녀가 상해를 입었다면, 원고는 피고에게 상해보험금을 지급할 의무를 진다는 것이다.

### 3) 특별약관 문구의 의미

그런데 특별약관 조항의 문구는 당사자 간에 합의된 계약의 내용과 달리 출생시에 피보험자가 된다고 되어 있다. 이 사안과 같이 당사자의 의사가 일치하였는데 표시행위와 불일치가 있는 때에는 당사자의 합의된 의사가 우선한다. 계약해석의 가장 기초적인 자연적 해석론에 의하는 경우에도, 약관의 객관적·통일적 해석원칙에 의하는 경우에도 이것은 변함이 없다.

### 가) 객관적·통일적 해석

태아의 권리능력에 관해 태아를 두텁게 보호하는 해제조건설에 의하지 않고 판례<sup>19)</sup>가 취하고 있는 정지조건설에 의한다고 하더라도, 이 사건과 같이 태아가 살아서 출생한 경우에는 사고시로 소급하여 태아의 권리능력이 인정된다. 이 사건의 사고는 분만 중에 발생하였기 때문에 태아의 권리능력은 그 때로 소급한다. 또, 살아서 출생한 경우에는 보험계약체결당시로도 권리능력이 소급한다. 만약, 사망보험계약이 문제된 사안에서 태아가 사망하였다면 정지조건설에 의하는 경우, 보험계약체결시와 보험사고발생시에 태아의 권리능력이 인정되지 않을 것이지만, 이 사안은 살아서 출생한 자에 대한 상해보험계약이 논의된 사안이므로, 태아의 권리능력이 소급하여 인정되는 것에 아무런 문제가 없다.

‘보험계약자가 되기 위해서는 권리능력 뿐만 아니라 행위능력까지 요구된다. 그러나 상해보험의 ‘피보험자’란 보험사고의 객체, 즉 손해가 발생하는 대상을 의미하고, 대상판결도 인정하고 있듯이 보험보호의 대상이기 때문에, 권리능력을 갖춘 자이면 충분히 피보험자 적격을 인정받을 수 있다.<sup>20)</sup> 권리능력이란 권리와 의무의 주체가 될 수 있는 능력을 의미하기 때문이다. 그러므로 태아의 권리능력에 관한 확립된 판시를 원용한다면, ‘태아는 출생시에 피보험자가 된다’는 문구의 의미를 ‘출생하였기 때문에 조건이 충족되어서 보험사고시로 소급하여 피보험자 적격이 인정된다’고 해석할 수 있다.

이와 같은 이유에서 ‘출생시에 피보험자가 된다’는 특별약관 문구는 굳이 작성

19) 판례는 정지조건설을 취하는데, 정지조건설에 의하면 특정한 권리에 있어 태아가 권리를 취득한다고 하더라도 현행법상 이를 대행할 기관이 없어 태아로 있는 동안은 권리능력을 취득할 수 없고 살아서 출생한 때에 출생시기가 문제된 사건의 시기까지 소급해서 그 때에 태아가 출생한 것과 같이 법률상 보아야 한다고 판시하고 있다(대법원 1976. 9. 14. 선고 76다1365 판결, 대법원 1982. 2. 9. 선고 81다534 판결 등).

20) 학계에서는 태아의 상해보험 피보험자 적격을 판단할 때 엄격한 의미의 사람이어야 할 필요는 없고 태아의 생명과 신체도 당연히 보호되어야 한다는 점에서 그 피보험자 적격성을 인정하지는 견해(장덕조, 앞의 논문, 252면), 태아는 살아서 출생할 것이라는 기대권이 있으므로 태아에게 손해의 결과가 난 경우에는 침해의 대상으로 보아, 태아보험에 있어서 태아가 살아서 태어날 것을 전제하여 태아에게 피보험자 적격을 인정하지는 견해(김은경, 앞의 논문, 33면), 태아의 보험금 수령 적격성과 관련하여, 타인을 위한 보험계약의 기능이 증여와 차이가 없고, 사망을 원인으로 하는 점에서 유증과 유사하므로 유증에 있어서 권리능력을 인정하는 규정을 유추적용하여 태아도 권리능력을 가지는 것으로 해석하는 방안을 고려할 수 있으며, 보험금 청구에 있어 태아가 권리능력을 갖는다는 점을 상법 보험편에 명문의 규정을 두어 인정하지는 주장을 하는 견해(박인호, 앞의 논문, 2016, 365면)가 유력하게 제기되고 있다.

자불이익 원칙을 가져오지 않고, 객관적·통일적 해석 원칙만을 적용하더라도, 출생을 조건으로 보험사고시에 소급하여 권리능력과 피보험적격을 가진다고 해석할 수 있다고 생각된다.

#### 나) 작성자 불이익 원칙

그러나 객관적·통일적 해석 원칙을 아주 엄격히 적용하여 이러한 해석에 반대하는 견해가 제기될 수 있기 때문에, 작성자 불이익 원칙을 특별약관에 적용해서 해석해 볼 필요가 있다.

약관을 작성자 불이익 원칙에 의해 해석하기 위해서는, 그 약관의 내용이 모호하여 다의적으로 해석될 여지가 있어야 한다. 이 사건 약관 규정은 주어가 ‘태아’임에도 불구하고 ‘출생시에 피보험자가 된다’는 모순적인 내용을 한 문장 안에 담고 있는 비문(非文)이다.<sup>21)</sup> 비문인데다가 당사자 간에 합치된 의사와 달리 해석될 수 있는 여지가 있기 때문에 필자는 객관적·통일적 해석만으로도 보험사고시에 소급하여 태아의 피보험자 적격이 인정될 수 있다고 보았다. 그러나 좀 다른 관점에서 이 문장을 바라보면, ‘태아’와 ‘출생사’는 두 가지 문구로 인해서 약관의 내용이 불명확하고 다의적 해석의 가능성이 있는 것으로 읽히기도 한다.

후자의 관점에 선다면 이 특별약관 조항은 작성자 불이익 원칙에 의해 해석되어야 하고, 그 경우 작성자인 원고(보험회사)에게 불리하게 해석되어야 한다. 그렇다면 이 사건 피고의 자녀에게는 피보험자 적격이 인정되므로, 피고는 원고로부터 상해보험금을 지급받을 수 있다.

### (3) 소결

이상으로 살펴본 것처럼 이 사건 태아의 상해보험 피보험자 적격이 있는지 여부는 당해 특별약관에 대한 해석론으로 풀어갔어야 한다고 생각한다. 보험약관 자체가 당사자가 그 약관의 규정을 계약내용에 포함시키기로 합의했기 때문에 효력이 발생하는 것이며, 약관은 대량으로 이루어지는 계약을 편리하게 할 목적으로 이용되는 것일 뿐 계약과 동떨어진 별개의 것이 아니다. 따라서 개별약정의

21) 장덕조, 위의 논문, 242면에서도 ‘태아에게 질병발생확률이 높은 임신 28주부터 보호한다고 하면서 그 보장이 보험가입 시점이 아니라 태아 출생 직후부터라는 설명은 모순된다고 지적한다.

존재와 개별약정의 내용을 규명하고 그러한 개별약정의 내용이 실정법과 보험제도의 취지에 반하는 것이 아닌지를 판단할 것이 아니라, 약관 자체의 내용을 해석하고 그러한 내용이 실정법과 보험제도의 취지에 반하는 것이 아닌지를 판단하였어야 한다고 본다.

이 두 가지 접근법은 실무상 의미 있는 차이를 가져온다. 이 사건에서는 계약 내용과 계약체결 시기 및 정황이 모두 피고에게 유리한 방향으로 해석될 수 있을 정도로 명확했다. 그러나 이 같은 어린이 보험상품이 수없이 팔리고 있는 현실에서 보험금지급여부가 다투어졌을 때 개별약정의 체결과정에서 보험모집인과 고객 간에 오간 대화의 내용 및 사소한 사실관계의 차이가 보험금 부지급으로 이어지는 불합리한 결과가 도출될 수 있다. 아마도 이 같은 보험상품을 구매하는 소비자의 이해와 의사는 이 사건 피고의 이해 및 의사와 거의 같을 것이다. 그럼에도 불구하고 개별약정의 존재와 내용을 일일이 규명해서 보험금 지급여부를 판단한다면, 보험금지급여부에 관해 각 계약별로 형평성 있는 결론이 도출되지 않고,<sup>22)</sup> 개별약정을 모두 규명하는 과정에서 사법적 비용이 낭비되며, 약관의 존재 이유와 효용이 없어진다는 문제점이 발생한다.

#### 4. 상법 제663조 적용에 대한 의문

##### (1) 문제점

대상판결은 ‘상해보험은 인보험이므로 피보험자는 신체를 가진 사람(人)임을 전

22) 약관규제법 제5조 제1항은 ‘약관은 고객에 따라 다르게 해석되어서는 아니된다고 규정하여 약관의 ‘통일적 해석’을 강조한다. 보험계약은 대량계약으로서 원칙적으로 보험사와 각 소비자 간에 동일한 약관을 활용해서 체결된다. 그러므로 그 약관 조항은 개별 소비자별로 차별적으로 해석되어서는 안 되고 통일적으로 해석되어야 하는 것이다. 우리 대법원도 ‘보험약관의 해석은 일반 법률행위와는 달리 개개 계약당사자가 기도한 목적이나 의사를 기준으로 하지 않고 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 하되 보험단체 전체의 이해관계를 고려하여 객관적·확실적으로 해석하여야 한다고 판시하였다(대법원 1995. 5. 26. 선고 94다36704 판결).

대상판결 사안의 보험계약 역시 일단 약관에 의해 체결되었으므로 최대한 약관의 해석론에 의해서 사안을 해결하는 것이 타당하다. 그런데 대법원이 이 사건에서 선불리 개별약정을 인정하였기 때문에, 다른 태아보험 사안에서도 개별약정의 존부 및 그 효력, 개별약정의 해석에 의해 분쟁이 해결될 가능성이 높아졌다. 이는 약관의 통일적 해석 원칙을 둔 입법취지를 우회하여 각 소비자 간의 형평을 훼손하는 결과를 초래할 수 있고, 보다 근본적으로는 보험단체성과 보험제도의 본질을 훼손할 위험이 있다. 대법원이 그러한 결과를 의도한 것은 아닐 것이다.

제로 한다. 그러나 상법상 태아의 피보험자 적격이 명시적으로 금지되어 있지 않다고 실시하고, 이어서 '개별약정이 출생 전 상태인 태아의 신체에 대한 상해를 보험의 담보범위에 포함하는 것이 보험계약자나 피보험자에게 불리하지 않으므로 상법 제663조에 반하지 않는다'고 판시했다.

판시의 '상법상 태아의 피보험자 적격이 명시적으로 금지되어 있지 않다'는 문장 앞에 생략된 내용은 '사람이 권리능력을 가지게 되는 것은 출생시부터이고 출생의 시기에 대해서는 전부노출설이 통설이다. 우리 법제는 태아의 권리능력을 일반적으로 인정하지는 않으며, 법 조항이 있는 경우에 개별적으로 보호한다. 민법상 태아에게 권리능력을 인정하는 경우는 불법행위에 의한 손해배상청구, 재산 상속, 유증, 이 네 경우이다. 그런데 상법은 태아에게 상해보험의 피보험자 적격을 인정하는 명시적인 규정을 두고 있지 않다'일 것이다.

태아의 권리능력에 대한 개별적 보호주의를 취하는 법제 하에서, 개별적 보호 규정도 없고 보호금지규정도 없는 경우에 개별보호약정의 효력을 판단함에 있어서, 상법 규정을 당사자 간의 특약으로 보험계약자·피보험자·보험수익자에게 불이익하게 변경하지 못한다는 상법 제663조를 적용할 수 있는가?

## (2) 상법 제663조의 의미와 적용요건

상법 제663조는 상법 제4편 보험편의 규정과 다른 내용의 계약을 당사자 간의 특약으로 체결할 수는 있지만, 그 내용을 보험계약자·피보험자·보험수익자에게 불이익하게 구성하는 것은 금지된다는 내용의 규정이다. 이 규정상의 '불이익하게 변경하지 못한다'는 그 경우 '계약의 효력이 무효이다' 라고 해석된다. 이 규정에 의해서 상법의 보험편 규정은 편면적 강행규정이 되는 것이다. 즉, 당사자 간의 특약으로 상법 규정과 다른 내용을 약정하는 경우에 그것이 보험자에게 불리하거나 양자에게 불리하지 않다면 그 특약은 유효하다. 그러나 그 특약이 보험계약자 측에 불리하다면 그것은 무효이다.

그런데 어떠한 특약에 대해 이 조항을 적용하기 위해서는 그 특약의 내용과 관련된 상법 규정이 있어야 한다. 존재하지 않은 규정의 위반여부를 어떻게 따져 볼 수 있겠는가?

### (3) 소결

대상판결은 ①상법이 태아의 상해보험 피보험자 적격을 명시적으로 인정하지는 않았지만 부정하지도 않는다는 점, ②태아도 생명권이라는 법익을 가진다는 것을 전제로 해서, 이 사건 개별약정이 상법 제663조에 반하지 않는다고 한다. 그러나 태아가 생명권이라는 법익을 가진다는 점(②)은 입법으로 태아의 피보험자적격을 인정하는 규정을 신설하자는 주장의 근거 또는 어떠한 법규나 개별 약정이 헌법에 반하지 않는다는 것을 뒷받침하는 논거는 될 수 있으나, 개별약정이 상법 제663조에 반하지 않는다는 사실을 뒷받침하는 근거로 원용될 수는 없다.

또, 우리 법제는 태아의 권리능력 등에 대해서 개별적 보호주의를 채택하고 있기 때문에 ①과 같이 상법이 부재하는 상황이라면 태아의 상해보험 피보험자적격은 인정되지 않는다고 보아야 우리 법제 및 판례의 일관된 법리에 부합한다. 그럼에도 불구하고 보험제도의 취지상 태아의 상해보험 적격을 명시적으로 인정하는 것이 바람직하다면 상법에 조문을 신설해야 한다고 보는 것이 논리적이다. 입법이 이루어지지 않은 현 상황에서는 앞서 살펴본 것처럼 약관의 해석이나 불공정성 통제를 통해서 보험제도의 취지를 살리는 방안을 택하는 것이 합리적이다.

따라서 태아의 상해보험 피보험자 적격을 인정하는 내용의 개별약정이 상법 제663조에 반하지 않는다는 대상판결의 실시에는 동의하기 어렵다.

## IV. 결 론

현재 국내에서 태아보험은 단일보험상품으로 판매되지 않고 있으며, 어린이종합보험의 특별약관의 형태로 판매되고 있다. 그러나 시중에서는 ‘태아보험’이라는 명칭으로 통용되고 있으며, 일반 소비자들은 태아보험이 특별약관의 형식으로 계약함으로써 판매된다는 점과 그 특별약관에는 ‘태아는 출생시부터 피보험자가 된다’고 규정되어 있는 사실을 완전히 인지하고 있지는 못한 것으로 보인다. 또, 소비자들이 태아에 대해 보험보장이 이루어진다고 생각하고 임신 중에 이 보험에 가입하는 것은 상당부분 보험사의 홍보에 기인한다. 이처럼 태아로 있던 기간에

발생한 질병이나 상해에 대한 보험보장을 해 주는 것으로 이해되는 태아보험이 정작 특약에서는 출생시부터 피보험자 적격이 인정된다면, 그 자체로 모순일 뿐만 아니라 일반소비자의 인식 및 보험 가입 시에 기대했던 효용과 실제 보장 사이에 불합리한 간극이 발생한다.

대법원도 이러한 점을 충분히 고려하여 개별약정의 존재와 유효성을 인정해서라도 태아의 상해보험 피보험자 적격을 인정하고 분만 중 상해사고에 대해서 보험금을 지급하도록 하는 판결을 내린 것으로 보인다. 그러나 대상판결만으로는 위의 불합리한 간극을 해소하고 보험제도의 취지를 구현하기에는 불충분하다는 문제점이 있다. 대상판결 시안에서는 다행히 계약체결과정에 나타난 당사자들의 의사가 비교적 명확하게 규명되어서 합리적인 결론을 도출할 수 있었지만, 수없이 많이 팔린 이 보험상품에 대한 개별 분쟁사안마다 이와 같은 방향으로 개별 약정의 내용이 규명될 것이라고는 기대하기 어렵다. 그렇다면 보험보장에 공백이 발생하고 동일한 상품을 구매한 소비자들 간의 구제에 있어서 형평성이 어긋난다는 문제가 발생할 것이다.

본고에서 살펴본 것처럼 실제로 계약에 이용된 특별약관을 객관적·통일적 해석 방식에 따라서 혹은 작성자 불이익 원칙에 따라서 해석하는 것만으로도, 출생한 태아의 보험사고 당시 피보험적격을 인정하는 데에 무리가 없다. 이러한 방식이 논리적으로 타당할 뿐만 아니라, 분쟁해결비용을 줄이고 소비자 간에 균등한 보험보장을 실현하는 데에도 더 효과적이다.

끝으로 대상판결의 입장이 앞으로도 유지될 것을 가정하여, 개별약정의 성립여부를 따지지 않고 보험보상이 이루어지도록 하기 위해서 어린이종합보험 특별약관의 문구를 정비할 필요가 있다고 본다.

## 참고문헌

- 김선정, “태아보험에 관한 검토”, 「보험법연구」 제2권 제2호, 한국보험법학회, 2008.
- 김은경, “태아의 피보험자격 인정여부에 관한 보험법적 논의”, 「보험학회지」 제112집, 한국보험학회, 2017.
- 남효순, “법률행위의 해석의 쟁점-법률행위해석의 본질 및 방법에 관하여-”, 「서울대학교 법학」 제41권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2000.
- 박설아, “약관에서 불명확조항의 해석 -"고객 유리의 해석 원칙"을 중심으로-”, 「법조」 제64권 제11호, 2015.
- 박인호, “손해보험계약상 태아의 지위와 보호 범위의 확대 방안”, 「상사판례연구」 제30권 제2호, 한국상사판례학회, 2017.
- \_\_\_\_\_, “인보험계약에 있어서 태아의 지위”, 「법학논총」 제36권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2016.
- 윤진수, “계약 해석의 방법에 관한 국제적 동향과 한국법”, 「민법논고 I」, 박영사, 2007.
- 장덕조, “태아의 피보험자 적격성”, 「상사법연구」 제38권 제1호, 한국상사법학회, 2019.
- 최병규, “태아의 보험능력에 대한 고찰”, 「기업법연구」 제32권 제2호, 한국기업법학회, 2018.
- 최준규, “계약해석의 방법에 관한 연구 문언해석과 보충적 해석을 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, 2012.
- 한기정, 「보험법」, 제2판, 박영사, 2019.
- 황현아, “2019년 보험 관련 중요 판례 분석(I)”, 「KIRI 보험법 리뷰」 (2020.2.10.), 보험연구원.
- 금융감독원 보험계리실 손해보험팀/생명보험팀, 「정례브리핑자료」(2008. 6. 24.).
- 시사저널 2019. 2. 26. 자 기사(<https://www.sisajournal.com/news/articleView.html?idxno=181654>).

<Abstract>

## The Legal Status of Fetus as the Insured in the Injury Insurance

Lim, Soo Min\*

In the domestic insurance market, unborn child insurances are sold in the form of the special terms of the child's comprehensive insurance. These insurances are called 'the fetus insurances' among consumers. However, the special terms of the unborn child insurances usually provide that the unborn child(fetus) becomes the insured from birth. Legal disputes arise over whether the policy covers the accident during delivery.

In this case, the Korean Supreme Court held that both parties have agreed that the coverage is provided for the fetus and this individual agreement is effective in spite of the article, due to the fact that this contract was made in the prenatal state, the first premium was paid at the time of the contract (the defendant's fourth month of pregnancy) and the insurance company recognized that the child was unborn. Subsequently, the court held that since the Korean Commercial Act neither explicitly recognize nor prohibit the eligibility of the unborn child(fetus) for accident insurances, the individual agreement in this case did not violate Article 663 of the Commercial Act, and further deemed it effective because it is not contrary to public policy.

I agree to the conclusion of this judgment that the unborn child(fetus) is eligible for the injury insurance. But I doubt the logic. Since the special terms themselves already signify the contracts between the parties, it is more appropriate to tell the fetal eligibility through interpretation of the terms. According to this judgement of the Korean Supreme Court, the validity of individual agreements must be judged for each cases. This could cause a gap in insurance

---

\* Ph. D. in Law

protection and unfairness among the consumers who bought the same product. Moreover, it is difficult to convince Article 663 of the Commercial Code based on the logic that the individual agreement is valid because it is not disadvantageous to the policyholder. Article 663 could be quoted only when there is a specific provision in the Act. In this regard, the logic of this judgment requires reconsideration.

**Key Words** : the unborn child (fetus) insurance, the child insurance, the insured eligibility of the injury insurance, the interpretation of the insurance policy, one-sided mandatory rule