

# 사망보험계약 피보험자의 동의에 관한 소고

김 상 규\*

<차례> \_\_\_\_\_

- |                     |           |
|---------------------|-----------|
| I. 서론               | V. 동의 방법  |
| II. 동의 규정의 취와 법적 성질 | VI. 위반 효과 |
| III. 동의를 요하는 피보험자   | VII. 결론   |
| IV. 동의 시기           |           |
- 

주제어 : 사망보험, 보험계약자, 보험수익자, 피보험자의 동의, 타인의 생명보험

<국문초록> 타인의 생명의 보험과 관련하여 종전 ‘보험계약에는 피보험자의 동의를, ‘보험계약 체결 시에는 그 타인의 서면에 의한 동의를 받도록 상법 제731조를 개정하였다. 그 이유는 ‘보험계약 성립 후의 분쟁과 도덕적 위험을 방지하기 위함’에 있다고 한다. 이와 관련하여 한편에서는 개정 조문의 해석론이 다른 한편에서는 조문의 각 요소(조문 전체와 동의 시점과 방법 및 피보험자의 동의)에 대한 법리적 검토가 요구된다.

타인의 사망의 보험계약에 피보험자의 동의를 받도록 한 규정은 피보험자의 인격권 침해나 공서양속의 침해가 없더라도 그대로 적용되는 강행규정이다.

보험계약자는 보험계약 체결 전에 동의를 받아야 한다. 이 동의는 준법률행위이다.

종전 단지 ‘보험계약에 동의를 받도록 한 것을 ‘보험계약 체결 시’로 변경하였음에도 종전과 같은 주장, 즉 추인이 가능하다는 논리는 입법론적인 방법론으로는 주장할 수 있지만 현행법의 해석론으로는 무리다. ‘서면에 의한 동의를 받도록 하였음에도 불구하고 이 규정이 강행성을 갖지 않는다는 주장이 있지만, 입법론적 논의가 아닌 한 무리한 논리 전개이다.

보험계약과 관련한 당사자의 지위 겸병 또는 변경과 관련하여 어느 형태에서건 피보험자의 동의는 필요하다. 보험계약자가 피보험자의 지위를 겸병하는 경우 동의가 있어야 하는지와 동의가 반드시 서면에 의한 동의를 요하는지 문제된다. 제3자가 보험계약자의 동의를 얻어 계약을 체결하고 보험사고가 발생하면 이에 따른 경제적 효과를 노릴 수 있다는 점에서 강행규정인 제731조에 대한 탈법행위로 무효이다. 피보험자를 보험수익자로 변경할 때에는 보험계약자는 피보험자의 동의를 받아야 한다. 그것은 피보험자가 동의를 하게 된 주된 이유가 자기, 자기가 사망한 후 자기의 상속인이 아니라 특정한 보험수익자의 이익을 위함이기 때문이다.

\* 한양대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

- 논문접수일(2017.06.12), 심사개시일(2017.06.19), 게재확정일(2017.06.23)

## I. 서론

계약은 본인 스스로를 위하여 본인이 계약 당사자가 되어 체결하는 경우가 대부분이다. 보험계약도 예외는 아니지만, 일반 계약에서와는 달리 타인을 위하여 보험계약을 체결하는 빈도가 높다. 이와 같은 타인을 위한 보험에 대해 법은 그 타인이 보험계약으로부터 불이익을 받거나 손해를 입을 수 있는지 여부에 따라 그 타인의 동의를 받도록 하는 경우와 그러하지 않은 경우로 나누고, 전자에 대해서는 서면 동의를 요구한다.

생명보험에서 피보험이익의 인정 여부와 무관하게<sup>1)</sup> 타인의 사망도 보험에 붙일 수 있다는데 이론이 없으며, 거의 모든 나라에서 이를 법제화하였다. 다만 이를 제한 없이 인정하는 것은 피보험자의 보호에 적지 않은 문제가 있다는 점에서 정도의 차이가 있지만 거의 모든 나라에서 이에 대한 제한 규정을 두고 있다.<sup>2)</sup>

우리는 타인의 일본이 사망 보험에서 친족주의가 형식적이고 보험계약자의 범위가 너무 제한적이라는 점과 친족 사이에도 도덕적 위험이 생긴다는 점에서<sup>3)</sup> 1911년 신 상법 개정에서 동의주의로 변경한 상법을 의용하였다. 제정 상법도 의

1) 우리 법에서도 인보험이 도박이나 범죄의 수단으로 악용되는 것을 방지하기 위험을 들어 생명보험에서의 피보험이익을 인정하는 견해가 있다(김철호, '생명보험에서의 피보험이익에 관한 연구', 고려대학교 박사학위논문, 2011, 43쪽, 상흥규, '생명보험에 있어서의 피보험이익에 관한 연구', 연세대학교 박사학위논문, 1992, 38쪽, 서헌제, 「상법강의」(하), 법문사, 2002, 259쪽, 양승규, 「보험법」, 삼지원, 2005, 440쪽, 양승규, '보험계약법에 있어서의 피보험이익', 「보험학회지」, 제1집(1964), 139쪽, 이종기, '영국법상 피보험이익의 개념과 역할-우리법과 비교하여', 「법조」(1995), 94쪽, 정동윤, 「상법」(하), 법문사, 2003, 673~674쪽, 최준신, 「보험·해상·항공운송법」, 삼영사, 2013, 166쪽.

2) 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 대한 제한은 크게 세 가지 방법이 있다. 하나는 이익주의로 보험수익자가 피보험자의 생사에 피보험이익을 갖는 것을 필요로 하는 것으로 영미법계에서 채용하고 있으며, 다른 하나는 친족주의로 보험수익자가 피보험자의 일정 범위의 친족일 것을 요하는 방법으로 1911년 개정 전, 즉 1910년 이전의 일본 상법이 채택한 것이고 마지막 하나는 동의주의로 피보험자의 동의를 요하는 것으로 우리 상법과 대륙법계가 채용하고 있다. 중화인민공화국보험법은 보험계약자는 본인, 배우자·자녀·부모, 그 밖에 보험계약자와 부양·봉양 또는 양육관계가 있는 가족의 기타 구성원 근친속, 보험계약자와 노동관계가 있는 노동자 등의 원인에 보험이익을 갖는다고 하면서, 이 이외에 피보험인이 보험계약자의 피보험인 본인을 대상으로 하는 보험계약에 동의하는 경우에도 보험이익이 있는 것으로 간주한다. 아울러 계약체결 시 보험계약자가 피보험인에 대하여 보험이익을 갖지 아니하는 경우 계약은 무효하다(제31조). 다만 보험법은 보험계약자는 본인 또는 그 가족, 생활비 또는 교육비를 지급하는 자, 채무인 및 본인을 위하여 재산 또는 이익을 관리하는 자의 생명 또는 신체에 대하여 보험이익을 향유한다(제16조). 보험계약자가 보험이익이 없는 경우 보험계약은 그 효력을 상실한다(제17조).

3) 山本哲生, 「保險法解説」(山下友信/米山高生 編), 有斐閣, 2010, 185頁.

용 상법을 내용 변경 없이 그대로 계수하였다.<sup>4)</sup> 이후 1991년 12월 31일 상법 개정에서 “保險契約에는”을 “保險契約 締結時”로, “同意”를 “書面に 의한 同意”로 조항의 변경 없이 그 내용만을 바꾸었다. 즉 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 보험계약 체결 시에 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻도록 하였다(제731조 제1항). 이에 맞추어 생명보험 표준약관도 ‘계약을 체결할 때까지 피보험자의 서면에 의한 동의를 얻지 않은 경우를 계약의 무효 사유로 규정하였다.

이러한 취지와 이에 따른 개정에도 불구하고 피보험자의 동의 시기와 관련한 동意的의 추인 여부 및 동의 방법, 즉 서면 이외의 방법이 가능한지 및 누구에게 동意的의 의사를 표명하여야 하는지 등에서 적지 않은 의문이 있다.

여기에서는 피보험자의 동의에 관한 규정의 취지, 동意的의 의의와 그 법적 성질을 검토한 후 동意的의 시기, 동意的가 있어야 하는 피보험자의 범위 및 동意的의 방법과 상대방, 동의 없는 보험계약의 효력 등에 관하여 고찰하고자 한다.

## II. 규정의 취지와 법적 성질

### 1. 서언

생명보험계약은 피보험자의 생명에 관한 사항을 보험사고로, 즉 피보험자의 사망, 생존 또는 이들 양자를 보험사고로 한 인보험계약의 하나이다(상법 제730조).<sup>5)</sup> 피보험자의 생존을 보험사고로 하는 보험계약은 당해 피보험자에게 법적으로나 경제적으로 또는 신체상의 위험이나 불이익을 주기보다는 오히려 이들을 보험수익자로 하면 보험계약으로부터 이익을 얻을 수 있다는 점에서 유리하다. 그러나 타인의 사망을 보험사고로 하고 보험수익자를 자기나 다른 타인으로 하는 보험계약에서 발생할 수 있는 위험이나 폐해가 적지 않다. 위험은 크게 피보험자에 대한 경우와 공서양속에 관한 것이다. 전자는 피보험자의 살해,<sup>6)</sup> 즉 고살의 위험과 이로부터 발생하는 인격권의 침해이며, 후자는 보험의 본질이 훼손되어

4) 도덕적 위험을 방지하기 위하여 이익주의를 병용하지는 입법론을 제시하는 주장이 있다(양승규, 전게서, 433쪽).

5) 이하 소괄호 안에 법명 없이 조문만 나열한 경우는 상법을 말한다.

6) 山本哲生, 前掲書, 181頁.

보험이 도박이나 투기의 대상이 될 수 있다는 점이다.<sup>7)</sup> 즉 도박 보험의 위험성<sup>8)</sup>과 피보험자 살해의 위험성 외에도 인격권 침해의 위험성이 있으며, 이에 못지않게 일반 사회의 윤리에 비추어 피해자의 동의를 얻지 아니하고 타인의 사망을 조건으로 하는, 이른바 사행계약성을 조건으로 삼는 데서 오는 공서양속 침해의 위험성이 상존한다.<sup>9)</sup>

상법은 위와 같은 문제점이나 위험을 배제하고 피보험자를 보호하는<sup>10)</sup> 방안에 하나로<sup>11)</sup> 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 보험계약 체결 시에 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻도록 하는 이른바 동의주의를 채택하였다(제731조 제1항).<sup>12)13)14)</sup>

## 2. 규정의 법적 성질

상법은 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 그 타인의 동의를 얻도

- 
- 7) 이러한 위험성이 있는 혼합보험에도 이 규정은 적용된다. 그러나 생존보험에는 위와 같은 위험이 없기 때문에 제외된다.
  - 8) 윤광균, '생명보험에서의 피보험이익과 보험살인에 대한 보험회사의 책임', 「인권과 정의」 427호 (2012. 8), 대한변호사협회, 7쪽.
  - 9) 헌법재판소 1999. 9. 16. 선고 98헌가6 전원재판부 결정. 상법 제731조 제1항의 입법 취지는 원심이 밝힌 위험성 외에도 인격적 침해의 위험성 즉 일반사회 윤리에 비추어 피해자의 동의를 얻지 아니하고 타인의 사망을 이른바 사행계약상의 조건으로 삼는 데서 오는 공서양속침해의 위험성을 배제하기 위한 것도 들어 있다 할 것(대법원 1989. 11. 28. 선고 88다카33367 판결). Schneider, Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz: VVG, 150 Rn. 4, 29. Auflage 2015. 이런 점에서 독일 보험법은 보험금액이 통상의 장례비를 넘지 않은 경우에는 투기 목적이 없다고 보아 서면 동의에 대한 예외를 인정한다(제150조).
  - 10) Bruck/Möller/Winter VVG §150 Rn. 3(in: Bruck/Möller, Großkommentar Versicherungsvertragsgesetz). Müller: Die Einwilligung des Versicherten zum Lebensversicherungsvertrag, NVersZ 2000, S. 454.
  - 11) 상법 개정 전 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의 경우 보험수익자는 피보험자의 배우자, 피부양자 또는 실제적인 경제적 이익을 가지고 있는 자로 제한하지는 의견이 있었다(양승규, '보험법의 개정방향-통칙-인보험-', 「민사판례연구」[VIII], 박영사, 1986, 338쪽).
  - 12) 단체보험에서는 단체의 대표자인 보험계약자가 규약으로 구성원을 피보험자로 하는 보험계약에 대해서는 그 폐해가 적기 때문에 동의에 대한 예외를 인정하였지만, 이 경우에도 피보험자나 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 하는 데는 규약에 명시적인 규정이 있어야 한다(제735조).
  - 13) 입법론으로 보험금액도 표시하여 피보험자가 알 수 있도록 하자는 주장이 있다(김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001, 840쪽).
  - 14) 이러한 규정이 보험법에 의해서 보험범죄를 방지 또는 억제하거나 적발할 수 있는 직접적이고 유일한 대응책이라고 지적하며, 생명보험범죄를 방지하기 위하여 피보험이익을 인정하자고 한다(이재복, 보험범죄의 방지를 위한 법률적 대처방안-생명보험계약을 중심으로-, 「기업법연구」제8집 (2001), 130~131쪽).

록 하였다(제731조 제1항). 상법 제731조는 피보험자의 인격권이나 공서양속의 침해 위험이 없는 경우에도 피보험자의 동의를 받아야 한다는 점에서,<sup>15)</sup> 강행규정이다.<sup>16)</sup> 다른 한편 피보험자의 보호를 목적으로 하지만, 보험과 관련한 보험자, 피보험자, 기타 이해관계인 등 모든 사람들에게 적용되므로, 피보험자를 위한 편면적 강행규정은 아니다.<sup>17)</sup> 같은 맥락에서 계약 당사자 사이의 합의로 피보험자의 동의를 배제한 계약은 그 효력이 인정되지 않는다.<sup>18)</sup>

제731조 제1항의 강행법규성과 관련하여 이 규정을 ‘계약 체결 시’, ‘서면성 및 ‘피보험자의 동의’라는 세 가지 요소로 나누고 ‘피보험자의 동의’ 이외의 각 요소에 대해 강행성을 부인하는 견해가 있다. 이에 따르면 동의를 방법과 관련하여 피보험자의 동의를 확인할 수 있는 수단이 여러 가지가 있음을 들어 서면성이 절대적 무효 사유가 아니며 이 점에서 강행법규로 보기 힘들다는 점을 든다.<sup>19)</sup> 동의를 시기와 관련하여서는 동의가 있으면 그 시점이 어떠한든 사행 계약의 위험성이나 피보험자의 고살의 위험성은 제거되는 것임을 이유로 ‘계약 체결 시까지에 대한 강행성에 의문을 제기하는 주장도 있다.<sup>20)</sup> 또는 계약 체결 후 보

15) 피보험자의 동의가 없는 타인의 생명보험은 무효이므로 위 보험계약의 수익자로 되어 있는 피고이 든 망인의 상속인인 원고들이든 보험금을 받을 권리를 취득할 수 없다고 판단하여 원고들의 청구를 배척하였는 바, 원심의 위와 같은 판단은 옳고 위 보험계약이 망인에게 지급할 퇴직금의 적립을 위하여 체결된 것이라 하여 사정이 달라지지 아니한다(대법원 1992. 11. 24. 선고 91다47109 판결).

16) 김성태, 앞의 책, 837쪽, 박세민, 「보험법」, 박영사, 2015, 828쪽, 이기수·최병규·김인현, 「보험·해상법」, 박영사, 2003, 290쪽, 장덕조, 「보험법」, 법문사, 2015, 446쪽, 정동윤, 「상법(하)」, 법문사, 2008, 685쪽, 박원근, 앞의 논문, 209쪽, 양승규, 앞의 책, 453쪽, 정찬형, 「상법(하)」, 박영사, 2015, 앞의 책, 746쪽, 박세민, 「상법 제731조(타인의 생명의 보험) 해석상의 문제점에 대한 소고」, 「인암법학」, 25권(2007), 인암법학회, 918쪽, 이기수, 「타인의 생명보험계약」, 「저스투스」제30권 제1호(1997. 3), 한국법학원, 127쪽, 정호열, 「타인의 생명보험」, (양승규/장덕조, 「보험법의 쟁점」, 법문사, 2000), 474쪽, 한기정, 「타인의 사망보험에서 피보험자의 동의 흠결시 법적 효과에 관한 연구」, 「보험개발연구」, 제17권 제3호(2006.12), 보험개발원, 99쪽, 최준선, 「타인의 생명보험계약」, 「판례월보」 제327호(1997. 12), 판례월보사, 48쪽, 최준선 앞의 책, 347쪽, 대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다204178 판결/ van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht, §14 Rn. 111/ 山野嘉朗/山田泰彦, 「現代保險·海上法30講」, 中央經濟社, 2010, 115頁.

17) 대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다11602 판결.

18) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다74007 판결. 고민영, 「타인의 생명보험, 단체보험 규정의 문제점과 개선방안」, 「보험법연구」 제8권 제2호(2014), 한국보험법학회, 106쪽, 김성태, 앞의 책, 838쪽, 박세민, 앞의 책, 828쪽, 박원근, 앞의 논문, 209쪽, 양승규, 앞의 책, 453쪽, 정찬형, 앞의 책, 746쪽, 채이식, 「상법IV-보험법·해상법」, 박영사, 2001. 211쪽, 최기원, 「보험법」, 박영사, 615쪽.

19) 김지환, 「타인의 생명보험계약의 문제점 해결과 입법적 과제」, 「경영법률」 제23집 제1호(2012), 520쪽.

20) 김지환, 앞의 논문, 521쪽, 박기억, 「타인의 사망보험에 있어서 서면동의제도의 문제점과 개선방향」, 「금융법연구」 11권 2호(2014), 한국금융법학회, 85쪽, 조지현, 「타인의 생명보험계약의 추인·피보험

험사고 발생 전에 동의하는 것이 선량한 풍속에 위반한다고 할 수 없음을 들어 상법 제731조의 강행규정성을 부인하는 견해가 있다.<sup>21)</sup> 그러나 이 주장은 동의의 시점이 선량한 풍속에 위반하느냐의 문제가 아니라 타인의 사망을 보험에 붙이는 것이 선량한 풍속에 위반하느냐의 문제와 혼동하고 있다.

위와 같은 주장의 근거에는 상법 제731조 제1항의 어느 부분은 강행규정이고 다른 부분은 그러하지 않다고 하는 논리에 있다. 이에 따라 한 조문, 하나의 법률 문장에서 위와 같은 해석이 불가능한 것만은 아니라고 한다.<sup>22)</sup> 그러나 어느 규정의 법적 성격에 대한 분석은 규정 가운데 어느 부분에 대해 특별하게 배제하여야 할 이유가 없으면 일체로 이루어져야 한다. 상법 제731조 제1항이 단지 피보험자의 동의만을 받도록 하였다면, 구법이나 개정 전 상법에서와 같은 규정으로 족하다. 또 동의를 인정하든 무관하다면 학설상의 다름이 있었지만 이도 역시 개정 전 규정으로도 그 기능을 충분히 유지할 수 있다. 개정은 '계약 체결 시와 '서면에 의한 동의를 요구하고 있고 이는 강제성을 갖는다.

### 3. 동의의 의의와 법적 성질

#### (1) 의의와 기능

피보험자의 동의란 피보험자가 조건 없이 자기의 사망을 보험사고로 하는 보험계약자의 보험계약에 대하여 이의 없음을 포명하는 것을 말한다. 우리 상법은 자기 사망을 보험사고로 한 점에 대한 승낙 여부만 물을 뿐 보험금액이나 기한에 대한 사항까지는 요구하지는 않는다.<sup>23)</sup>

피보험자의 동의가 있으면 보험계약이 공서양속에 어긋나지 않았다고 추정되며,<sup>24)</sup> 동의에 의해 당해 보험계약의 적법성도 추단되고<sup>25)</sup> 정당화의 구성 요건

자의 추인 및 무효인 보험에서의 법적 문제점을 중심으로', 「상사법연구」, 26권 2호(2007), 56쪽.

21) 최준선, 앞의 논문, 51쪽.

22) 최준선, 앞의 논문, 51쪽.

23) 중화인민공화국보험법은 사망을 보험금 지급조건으로 하는 계약은 피보험인의 동의 이외에 보험금액에 대한 피보험인의 승낙이 없으면 계약은 무효하다고 한다(제34조 제1항). 프랑스 보험법은 일시 보험금 또는 최초의 연금액을 기재한 서면에 의한 동의까지 요한다(제L132조-2).

24) 이기수, 앞의 논문, 127쪽, 이기수·최병규·김인현, 앞의 책, 290쪽, 長谷川仁彦, '被保險者による解除請求について-生命保険・傷害疾病定額保険契約を中心として'. (金澤 理 監修, 「新保險法と保險契約法理の新たな展開」, ぎょうせい, 2009), 234頁.

(Rechtsfertigungstatbestand)으로 기능한다.<sup>26)</sup>

## (2) 동이의 법적 성질

피보험자의 동이는 서면에 의하여야 한다. 이와 관련하여 법이 서면 동의를 강제하여 사실상 성립요건으로 하였다는 주장이 있다.<sup>27)</sup> 또 개정 취지상 성립요건으로 보는 것이 옳지만 여러 가지 무리가 있고 실무와도 맞지 않다며 효력 발생요건으로 해석하는 것이 합리적이라는 견해도 있다.<sup>28)</sup> 그러나 보험계약은 보험계약자와 보험자 사이의 낙성 불요식 계약으로 당사자 사이에 계약 체결에 대한 합의가 있으면 족하고 반드시 피보험자의 서면 동이가 있어야 계약이 성립하는 것은 아니라는 점에서 피보험자의 동의를 보험계약의 성립요건으로 보는 것은 무리로 보인다.<sup>29)</sup> 즉 피보험자의 동의는 직접 보험계약의 효력을 발생시키는 법률행위도 계약의 성립요건도 아니며, 준법률행위적 성격을 띤다.<sup>30)</sup> 따라서 민법의 의사표시에 관한 규정이 유추 적용<sup>31)</sup> 또는 준용되거나<sup>32)</sup> 법률행위에 관한 규정이 유추 적용<sup>33)</sup> 된다. 이에 따라 피보험자의 동의는 수령을 요하는 의사표시, 즉 상대방 있는 단독행위와 비슷하다.<sup>34)</sup>

25) 山本哲生, 前掲書, 189頁.

26) Klaus Müller, "Die Einwilligung des Versicherten zum Lebensversicherungsvertrag", S. 455, NVersZ 2000.

27) 김문재, '단체보험계약의 법적 성질과 피보험자의 동의', 「상사판례연구」 제20집 제2권(2007. 6), 101쪽.

28) 김지환, 앞의 논문, 520쪽.

29) 그 밖에도 계약 당사자가 아닌 제3자의 의사표시를 계약의 성립요건으로 해석하는 것은 계약의 일반 관념에 어긋남을 든다(박세민, 앞의 논문, 919쪽).

30) 동의를 효력 발생 요건으로 보는 학설에서는 일반적으로 준법률행위라 한다(고민영, 앞의 논문, 106쪽, 박세민, 앞의 책, 828쪽, 박원근, 앞의 논문, 209쪽, 양승규, 앞의 책, 453쪽, 이기수, 앞의 논문, 127쪽, 이기수·최병규·김인현, 앞의 책, 290쪽, 이재덕, 앞의 논문, 525쪽, 장덕조, 앞의 책, 445쪽, 정동윤, 앞의 책, 685쪽, 정찬형, 앞의 책, 746쪽, 「타인의 생명보험계약의 추인·피보험자의 추인 및 무효인 보험에서의 법적 문제점을 중심으로」, 「상사법연구」 26권 2호(2007), 48쪽, 최준선, 앞의 논문, 48쪽, 최준선, 앞의 책, 347쪽, 山野嘉朗/山田泰彦, 前掲書, 115頁; 山本哲生, 前掲書, 189頁; 酒卷宏明, 「未成年者を被保險者とする保險(金澤 理 監修, 「新保險法と保險契約法理の新たな展開」, ぎょうせい, 2009), 218頁; 長谷川仁彦, 前掲論文, 234, 235頁.

31) 山野嘉朗/山田泰彦, 前掲書, 115頁; 酒卷宏明, 前掲論文, 218頁

32) 酒卷宏明, 前掲論文, 218頁; 長谷川仁彦, 前掲論文, 234頁.

33) 이기수·최병규·김인현, 앞의 책, 290쪽, 이재덕, 앞의 논문, 525쪽, 정동윤, 앞의 책, 685쪽.

34) 상대방 있는 일방적 의사표시라고 하거나(박원근, 앞의 논문, 211쪽, 양승규, 앞의 책, 454쪽, 이기수, 앞의 논문, 127쪽; Bruck/Möller/Winter, VVG §150 Rn. 34), 피보험자의 동의를 상대방 있는

다른 한편 피보험자의 동의가 없으면 보험계약자나 보험수익자는 계약의 효력을 주장할 수 없다. 이런 의미에서 피보험자의 동의는 효력 발생 요건이다.<sup>35)</sup> 이에 대해 피보험자의 추인을 인정하지 않는 한 동의가 성립요건인지 효력 발생 요건인지 구별할 실익이 없다는 주장이 있다.<sup>36)</sup> 그러나 계약이 성립 여부에 따라 보호 법익의 존부 및 보험료 지급이나 이의 반환 청구 문제가 다르다는 점에서 전혀 무의미한 논의는 아니다.

법제처가 제공한 상법 '개정이유'에 따르면 “보험계약성립후의 분쟁과 도덕적 위험을 방지하기” 위하여서 이다.<sup>37)</sup>

### Ⅲ. 동의를 요하는 피보험자

#### 1. 서언

동의를 받아야 하는 피보험자란 생명보험계약에서 자기의 사망이 보험에 붙여지는 그 당사자를 말한다. 인보험에서 피보험자의 범위를 규정하거나 이러한 제한을 두지 않는 경우로 나누어진다. 전자는 이익주의를 취하는 법제에서,<sup>38)</sup> 후자는

단독행위로 보는 견해도 있다(酒卷宏明, 前掲論文, 218, 219頁).

- 35) 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약... 피보험자의 동의는 방식이야 어떻던 당해 보험계약의 효력발생 요건이 되는 것이다(대법원 1989. 11. 28. 선고 88다카33367 판결). 대법원 2006.9.22. 선고 2004다56677 판결. 고민영, 앞의 논문, 106쪽, 김은경, “타인의 사망을 보험사고로 하는 생명보험계약의 특수성에 대한 고찰—독일보험계약법 제150조와 비교를 통하여—”, 『경영법률』 24권 2호(2014), 한국경영법률학회, 467쪽, 박세민, 앞의 책, 828쪽, 박세민, 앞의 논문, 920쪽, 손주찬, 앞의 책, 691쪽, 이기수, 앞의 논문, 127쪽, 이기수·최병규·김인현, 앞의 책, 290쪽, 양승규, 앞의 책, 453쪽, 장덕조, 앞의 책, 445쪽, 정동윤, 앞의 책, 685쪽, 정찬형, 앞의 책, 746쪽, 정호열, 앞의 논문, 474쪽, 양승규, 앞의 책, 2004, 453쪽, 채이식, 앞의 책, 211쪽, 최기원, 615쪽, 최준선, 앞의 논문, 49쪽, 최현중, ‘타인의 생명보험계약에서 피보험자의 서면동의 철회’, 『민사법연구』 제22집(2014. 12), 대한민사법학회, 121쪽, 山本哲生, 前掲書, 179頁.
- 36) 강대섭, ‘피보험자의 서면동의 없는 생명보험계약의 효력’, 『상법판례연구』 15집(2003. 12), 858쪽.
- 37) 관보 제12008호(1991. 12. 31), 57쪽. 이를 따르는 판례가 있는데(대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다 56677 판결). 이 판례를 인용하는 학설이 있지만(박원근, ‘피보험자의 동의 없이 체결된 타인의 생명보험계약에 따라 납부한 보험료반환청구권의 소멸시효 기산점 및 보험계약자의 구제수단’, 『판례연구』 24집(2013.2), 208쪽, 유주선, ‘타인의 생명보험계약에서 피보험자의 동의요건에 관한 연구’, 『안암법학』 제25권(2007), 956쪽) 대법원의 판례가 이미 밝힌 상법 개정 취지에 따른 것으로 주석으로서의 의미는 크지 않다.
- 38) 영국 생명보험법(the life assurance act of 1774) 제1조.

동의주의를 취하는 법제에서 입법 형태이다. 전자에서는 피보험이익을 보다 넓게 보려는 경향이 있으며, 후자에서도 전자와 혼용하는 형태를 취하기도 한다.<sup>39)</sup> 상법은 피보험자의 범위를 정하지 않고 있으므로, 법이 적극적으로 보험계약을 무효로 하지 않는 자를 피보험자로 할 수 있다. 상법은 합리적인 선택이나 결정이 미숙한 자들의 희생을 조작할 수 있어 일정한 자를 피보험자로 한, 타인의 사망보험계약에 대해 그 효력을 인정하지 않는다. 즉 15세 미만 자녀 심신상실자 또는 심신박약자 등의 사망을 보험사고로<sup>40)</sup> 한 보험계약을 무효로 한다(제732조). 이 규정은 효력규정이다.<sup>41)</sup> 다만 심신박약자가 보험계약을 체결하거나 단체보험(제735조의 3)의 피보험자가 될 때에 의사능력이 있는 경우에는 유효로 한다.<sup>42)</sup>

피보험자의 지위와 관련하여 피보험자가 보험계약자의 지위는 물론 보험수익자의 지위까지 함께 갖는 경우에는 본인의 의사로 본인의 사망을 보험사고로 하고 보험수익자를 자기로 지정하였고, 이후 수익자의 변경권도 본인에게 있기 때문에 자기를 위한 보험계약으로 보는데 큰 무리가 없다. 그러나 피보험자가 보험계약자의 지위를 아울러 갖는 경우 또는 보험수익자로 지정된 경우 타인의 사망보험계약의 피보험자인지, 즉 피보험자의 동의를 받아야 하는지 문제된다.

## 2. 피보험자와 보험수익자 지위의 겸병

피보험자가 동시에 보험수익자의 지위를 겸하는 경우는 크게 두 가지가 있다. 하나는 계약 체결 시부터 양 지위를 겸하는 경우이며, 다른 하나는 계약 체결 후

39) 예컨대 중화인민공화국보험법은 타인사망보험계약에서 피보험자의 동의가 없으면 계약은 무효로 하면서(제34조 제1항), 생명보험에서 보험계약자는 본인, 배우자·자녀 부모, 그 밖에 보험계약자와 부양·봉양 또는 양육관계가 있는 가족의 기타 구성원 근친족 및 보험계약자와 근로관계가 있는 근로자에 대해 피보험이익이 있음을 전제로 하고(제31조 제1항), 그 밖에 피보험자가 보험계약자의 피보험인 본인을 대상으로 하는 보험계약에 동의하는 경우 보험계약자가 피보험자에 대하여 보험이익이 있는 것으로 간주하여(제31조 제2항), 양자를 혼용하고 있다. 인보험의 보험계약자는 보험계약 체결 시 피보험이익을 가져야한다(제12조)

40) 정신능력이 불완전한 15세 미만자 등을 피보험자로 하는 경우 그들의 자유롭고 성숙한 의사에 기한 동의를 기대할 수 없고, 그렇다고 해서 15세 미만자 등의 법정대리인이 이들을 대리하여 동의할 수 있는 것으로 하면 보험금의 취득을 위하여 이들이 희생될 위험이 있으므로, 그러한 사망보험의 악용에 따른 도덕적 위험 등으로부터 15세 미만자 등을 보호하기 위하여(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다9068 판결).

41) 상법 제732조는… 효력규정이라고 할 것이다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다9068 판결).

42) 이에 대해 의사능력에 관한 입증 문제, 보험자에 의한 청약 거절의 정당성 여부 등에 분쟁이 야기될 수 있음과 이를 악용하여 심신박약자를 대상으로 한 보험 범죄의 가능성 등의 문제점을 지적한다.

양자를 겸하는 경우이다. 피보험자가 보험계약 체결 시부터 보험수익자의 지위를 겸하는 경우에 관하여 구 상법에서는 피보험자의 동의를 받도록 한 규정에 대한 예외를 단서에서 인정하였다.<sup>43)44)</sup> 그러나 제정 상법에서는 피보험자와 보험수익자가 다른 경우와 다를 바 없이 타인의 사망 보험계약에서 예상되는 위험이 그대로 존재한다는 점에서 구법상의 단서 규정을 삭제하였다.<sup>45)</sup> 따라서 위와 같은 경우 피보험자의 동의가 있어야 함은 당연하다.<sup>46)</sup> 논리 필연적으로 보험계약자가 보험수익자를 지정하지 않은 경우에도 피보험자의 동의를 받아야 한다. 보험수익자가 누구인지에 따라 동의를 요하는 것은 아니기 때문이며, 보험계약자가 지정권을 행사하지 아니하고 사망한 때에는 피보험자가 보험수익자로 되기 때문이기도 하다(제733조 제2항).

다른 한편 계약 체결 후 피보험자를 보험수익자로 변경할 때에 피보험자의 동의를 요하는지와 관련하여 논의가 있다. 이에 대해 피보험자의 동의 없이 피보험자에게 권리를 양도할 수 있다는 주장이 있다.<sup>47)</sup> 이러한 해석은 보험계약으로 인하여 생긴 권리를 피보험자가 아닌 자에게 양도하는 경우에는 서면 동의를 받아야 한다는 규정(제731조 제2항) 때문으로 보인다. 그러나 보험수익자는 피보험자의 사망으로 보험금 청구권을 행사할 수 있는데 피보험자와 보험수익자가 동일인이라면 피보험자의 사망으로 즉 보험수익자의 사망으로 보험이익은 보험수익자의 상속인에게 귀속하게 되어 보험계약으로부터 생긴 권리를 피보험자가 아닌 자에게 양도하는 것과 크게 다르지 않다.<sup>48)</sup> 예컨대 아내가 남편을 피보험자로 하면서 남편의 혼인 외의 출생자를 보험수익자로 계약을 체결한 후 피보험자인 남편의 동의 없이 남편을 보험수익자로 변경하게 되면 혼인 외의 출생자는 보험금액의 배분에서 종전보다 불리하게 된다. 즉 피보험자는 원래 자기의 혼인 외의

43) 당시 일본 상법 제674조 제1항 단서는 “但被保險者カ保險金額ヲ受取ルヘキ者ナルトキハ此限ニ在ラス”이다.

44) 일본 제정 보험법에서도 구법에서와 같은 예외 규정을 두고 있는데, 이에 대해 비판하는 견해가 있다(長谷川仁彦, 前掲論文, 240頁).

45) 박세민, 「상법 제731조타인의 생명의 보험」 해석상의 문제점에 대한 소고, 『안암법학』 제25호(2007), 919쪽; 정동윤, 앞의 책, 685쪽.

46) 이에 대해 피보험자의 사망으로 보험금을 수령하는 자는 피보험자 이외의 자가 되므로 보험 범주의 가능성이 있다는 점을 들어 동의를 필요로 한다는 주장이 있다(박세민, 앞의 책, 829쪽; 손주찬, 앞의 책, 691쪽; 양승규, 앞의 책, 452쪽; 정동윤, 앞의 책, 709쪽; 최기원, 앞의 책, 465쪽).

47) 박세민, 앞의 책, 830쪽; 양승규, 앞의 책, 453쪽; 이기수·최병규·김인현, 앞의 책, 290쪽.

48) 김성태, 앞의 책, 837쪽; 정동윤, 앞의 책, 709쪽.

출생자에게 보험이익이 귀속되도록 피보험자의 지위를 허락하였는데 자기의 동의 없이 보험수익자가 변경됨에 따라 보험금액을 전혀 향수할 수 없거나 인지를 한 경우에도 친자까지를 포함하여 상속분을 배분하여야 하므로, 원래 동의하였던 피보험자의 의도와는 다른 결과를 초래한다. 결과적으로 앞서 밝힌 피보험자와 보험수익자의 겸병에서와 같은 논리로 피보험자의 동의를 있어야 한다.<sup>49)</sup> 따라서 앞서 피보험자가 보험수익자인 경우 피보험자의 동의를 받아야 한다는 주장을 견지하는 한 피보험자를 보험수익자로 지정하는 경우 피보험자의 동의가 없어도 된다는 견해는 논리 모순이다.

### 3. 피보험자와 보험계약자 지위의 겸병

보험계약자가 피보험자를 겸하는 보험계약은, 형식적으로는 자기의 생명보험계약으로 상법 제731조 제1항이 적용되지 않아야 하지만, 그 실질이 타인의 생명보험인 경우에도 위와 같은 해석이 가능한지 문제된다. 이와 같은 경우 무권대리인에 의한 자기의 생명보험계약으로 보아야 한다는 견해가 있다.<sup>50)</sup> 이에 대해 대법원은 제3자가 타인의 동의를 받지 않고 타인을 보험계약자 및 피보험자로 하여 체결한 생명보험계약은 보험계약자 명의에도 불구하고 실질적으로 타인의 생명보험계약에 해당하는 것으로 본다.<sup>51)</sup>

상법 제731조 제1항을 강행규정으로 보는 한, 위와 같은 형식을 취한 보험계약은 탈법행위로 무효이다. 강행법규를 오직 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 관계있는 규정으로 한정하는 문제가 있다. 그러나 강행법규인지의 판단 요소는 그 밖에도 사회 일반의 이해에 영향을 주거나, 거래의 안전을 위해서 또는 경제적 사회적 약자의 보호를 위한 정책적 규정도 포함된다.

49) 김성태, 앞의 책, 837쪽, 정동윤, 앞의 책, 685쪽.

50) 김철호, 앞의 논문, 42쪽, 권순일, '타인의 생명보험' 「상사판례연구」 제2권(최기원교수 화갑기념), 1996, 276쪽, 박세민, 앞의 논문, 925쪽, 이기수 앞의 논문, 133쪽, 최준선, 앞의 논문, 50쪽.

51) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다74007 판결.

## IV. 동의 시기

### 1. 서언

피보험자의 동의 시기는 계약의 효력에, 특히 계약 체결 전의 동의로 보는 경우 보험계약 당사자의 권리와 의무에 영향을 준다는 점에서 중요하다. 그러나 이에 대한 구체적인 규정을 두고 있지 않은 법제 아래서는 동의의 시기, 특히 추진 가능성에 대해 의론이 있다. 우리 구 상법이 단지 ‘보험계약에는’ 그 자의 동의, 즉 피보험자의 동의를 받도록 하여 동의 시점에 대한 명확하게 규정하고 있지 않았다.<sup>52)</sup> 제정 상법은 “그者”를 “被保險者”로 바꾸었을 뿐 동의 시점에 대한 내용의 변경은 없었다. 이후 1991년 12월 31일 상법 개정(법률 제4470호)에서 “保險契約 締結時”로 하여(상법 제731조 제1항) 동의의 시기를 밝혔다. 이러한 개정에도 불구하고 비단 동의의 시기에 대한 규정의 강행법규성을 부인하는 견해를 취하는 경우는 물론 이를 인정하는 학설에서도 개정 전과 크게 다르지 않은 주장이 있다. 다른 한편 생명보험 표준약관 제19조 제1호에서는 타인의 사망을 보험금 지급 사유로 하는 계약에서 계약을 체결할 때까지 피보험자의 서면에 의한 동의를 얻지 않은 경우에는 계약을 무효로 한다.

### 2. 추진가능설

동의 시기와 관련한 상법의 개정에도 불구하고 적지 않은 학자가 동의의 추진이 가능하다고 한다.<sup>53)</sup> 주된 이유로는 보험수익자가 보험금 청구권을 양도하거나 보험계약자가 보험수익자를 변경하는 경우 피보험자의 동의로 계약을 계속하는 효력이 있는 것으로 보아야 하기 때문임을 들거나<sup>54)</sup> 피보험자의 동의는 계약의

52) 당시 일본 상법(제674조 제1항)에서는 “保險契約ニハ其ノ者同意”로 규정되어 있었다. 또 제정 일본 보험법도(제38조) 종전 상법에서와 같은 내용을 담고 있어(當該被保險者の同意), 동의의 시기에 대해 정함이 없다는 주장이 있으며, 이로부터 사후적인 동이가 허용된다는 견해가(山本哲生, 前掲書, 193頁; 山野嘉朗/山田泰彦, 前掲書, 116頁; 酒卷宏明, 前掲論文, 219頁) 있다.

53) 박원근, 앞의 논문, 233쪽, 이기수·최병규·김인현, 앞의 책, 291쪽, 양승규, 앞의 책, 435쪽, 유주선, 앞의 논문, 957쪽, 이기수, 앞의 논문, 135쪽, 장덕조, 앞의 논문, 270쪽, 정동윤, 앞의 책, 686쪽, 조지현, 앞의 논문, 53쪽, 최기원, 앞의 책, 467쪽, 최준선, 앞의 논문, 51쪽. 한편 과거에는 동의의 시기에 관한 규정이 없어서 계약체결 후의 동의도 계약 체결 시로 소급하여 그 효력을 인정하는 것으로 해석하기도 했다(김은경, 앞의 논문, 467쪽).

성립요건이 아니라 효력 발생 요건이므로 민법 제139조 단서 규정을 들어 피보험자가 보험계약의 성립을 추인하고 서면에 의한 동의를 한 때에는 그 효력을 인정하여야 한다거나,<sup>55)</sup> 피보험자가 계약 체결에 이의가 없음에도 체결 이후 동의한 경우 책임지지 않도록 하는 것은 보험계약자나 보험수익자에게 예기치 않은 손실을 입힐 위험이 있다거나,<sup>56)</sup> 이미 체결된 계약을 반복해야 하여야 할 필요가 없다며 “무용의 절차를 반복하도록”하여 바람직하지 않다거나,<sup>57)</sup> 개정된 “보험계약 체결사에는 문구는 거주장스럽다고 느껴진다.”고 하거나,<sup>58)</sup> “필요없는 규제… 사족을 붙임으로써 문제를 복잡하게 만들었다”고<sup>59)</sup> 한다. 보험수익자가 보험금 청구권을 양도하거나 보험계약자가 보험수익자를 변경하는 경우 피보험자의 동의로 계약은 계속하여 효력이 있는 것으로 보아야 함을 들어 서면으로 추인하는 것을 인정한다.<sup>60)</sup> 이 주장은 서면으로 추인하는 점에 중점을 두는 듯하지만, 실령 추인을 인정하더라도 서면에 의한 추인이 아니면 서면으로 동의한 것이 아니므로 계약의 효력이 없다는 점에서 큰 의미는 없다.

### 3. 사전동의설

사전동의설은 상법 개정 취지에 따라 피보험자의 동의는 ‘보험계약 체결 시까<sup>61)</sup> 표명되어야 하며, 이는 사전 동의(vorherige Zustimmung)를 의미하는 것으로 이해하여야 한다.<sup>62)</sup> 따라서 계약 체결 후의 동의, 즉 추인(Gehehmigung)은 허

54) 정호열, 앞의 논문, 476쪽.

55) 이기수·최병규·김인현, 앞의 책, 291쪽, 정찬형, 앞의 책, 746쪽, 박기억, 앞의 논문, 85쪽.

56) 박원근, 앞의 논문, 209쪽.

57) 고민영, 앞의 논문, 86쪽.

58) 정진세, 「보험법」, 삼우사, 2002, 270쪽.

59) 최준선, 앞의 논문, 51쪽. 그러나 결어에서는 현행법상 동의는 계약 성립 시까지 있어야 한다고 한다(52쪽).

60) 정호열, 앞의 논문, 476쪽.

61) 상법 제731조 제1항에 의하면 타인의 생명보험에서 피보험자가 서면으로 동의의 의사표시를 하여야 하는 시점은 ‘보험계약 체결 시까지’(대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다204178 판결).

62) 박세민, 앞의 책, 832쪽, 이기수, 앞의 논문, 135쪽, 장덕조, 앞의 책, 446쪽, 정동윤, 앞의 책, 686쪽, 한기정, 앞의 논문, 103쪽, 채이식, 앞의 책, 210쪽/ 독일 보험법은 단지 보험계약의 효력에 피보험자의 서면 동의를 요하는 규정(제150조 제2항)만을 두고 있음에도 판례(BGHZ 140, 167: 9.12.1998= Versicherungsrecht, (Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht) 1999, 349= NVersZ 1999, NVERSZ Jahr 1999 Seite 258 = NJW 1999, NJW Jahr 1999 Seite 950)와 학설은(van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht, §14 Rn. 114. Langheid/Wandt/Heiss/Mönnich §150 Rdn. 21;

용되지 않는다고 본다.<sup>63)</sup>

다른 한편 사전 동의를 요하는 학설과 판례가 너무 엄격하다며, 입법론으로 동의의 시기를 삭제하거나,<sup>64)</sup> 추인 시기를 계약 체결일로부터 15일<sup>65)</sup> 또는 2년 이내로 제한하여야 한다는 주장이 있다.<sup>66)</sup> 또는 비소급적 추인의 입법론을 제시한다.<sup>67)</sup>

#### 4. 소결

법문이 ‘계약 체결 시라고 하여 문리해석상 최소한 계약 체결 시점까지는 동의가 있어야 함을 의미하는 것으로 해석한다.<sup>68)</sup> 더욱이 개정 전 ‘보험계약에는’ 동의가 있어야 한다고 하여, 즉 동의의 시기가 문제되지 않아 추인이 가능하다고 새길 수 있었던 것과 달리 상법이 ‘계약 체결 시’로 개정하여 더 이상 동의의 추인을 인정하지 않겠다는 입법자의 의도를 존중하여야 한다.<sup>69)</sup> 법제처가 밝힌 개정

Bruck/Möller/Winter VVG §150 Rn. 40; Peters (in: Looschelders/Pohlmann, VVG Kommentar, Carl Heymanns Verlag, 2010), §150 Rn. 8; Schneider Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Rn. 10; Müller: Die Einwilligung des Versicherten zum Lebensversicherungsvertrag, NVersZ 2000, S. 457; Langheid, Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz, Rn. 8; Terbille/Höra/Fitzau § 25 Rn. 52; Schwintowski/Brömmelmeyer/Ortmann § 150 Rn. 11; VersR-Hdb/Brömmelmeyer § 42 Rn. 47). Diese Meinung überzeugt nicht. Sie kann sich auch nur bedingt auf BGH (VersR 1999, 347, 349)는 사전 동의가 있어야 한다고 한다. abw. Prölss/Martin/Kollhoser (o. Fußn. 2), § 159 Rdnr. 3; Römer/Langheid (o. Fußn. 2), § 159 Rdnr. 5, 9.

63) 타인의 생명보험계약 성립 당시 피보험자의 서면동의를 없다면 그 보험계약은 확정적으로 무효가 되고 피보험자가 이미 무효가 된 보험계약을 추인하였다고 하더라도 그 보험계약이 유효로 될 수 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다74007 판결). 김은경, 앞의 논문, 457쪽, 박원근, 앞의 논문, 232쪽, 이재덕, 앞의 논문, 534쪽, 최병규, 앞의 논문, 297쪽, Langheid/Wandt/Heiss/Mönnich, a.a.O., §150 Rdn. 21; Bruck/Möller/Winter VVG §150 Rn. 40.

64) 김은경, 앞의 논문, 468쪽.

65) 박세민, 앞의 논문, 922쪽.

66) 조지현, 앞의 논문, 53쪽.

67) 한기정, 앞의 논문, 107쪽.

68) 김은경, 앞의 논문, 457쪽.

69) 독일에서는 이와 관련 다툼이 있다. 다수설은 여기에서 동의는 독일 민법 제183조의 동의, 즉 사전 동의를 의미한다고 보며, 이러한 동의가 없는 보험계약은 무효라고 한다(Hülsmann, VersR 1995, 501; Prölss/Martin/Schneider, § 150 Rn 10; Looschelders/Pohlmann/Peters, § 150 Rn 8; Beckmann/Matusche-Beckmann/Brömmelmeyer, § 42 Rn 47; MAH VersR/Höra/Leithoff, § 25 Rn 52; Müller, NVersZ 2000, 454. zurück zum Text zurück zum Text; Schneider Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Rn. 9, 29. Auflage 2015 (R/L/Langheid § 150 Rn. 10). 이에 대한 소수의 반대 견해가 있다(Sch/B/Ortmann Rn. 10; MünchKommVVG/Heiss § 150 Rn. 25 f.; Marko Brambach Rüffer/Halbach/Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz Rn. 21ff.).

이유도 보험계약 성립 후의 분쟁과 도덕적 위험을 방지하기 위하여 계약 체결 시 까지 동의하도록 하였다.<sup>70)</sup> 즉, 계약 당사자 사이의 법률관계를 사전에 확실하게 하기 위함에 있고<sup>71)</sup> 판례도 이러한 견해를 따른다.<sup>72)</sup> 그 밖에도 동의를 효력 발생 요건으로 계약 성립 시 반드시 갖추어야 하는 것이 아니므로 계약의 효력이 발생하기 전에 갖추면 되므로 피보험자의 동의는 계약 체결 후 보험사고 발생 전 까지 하면 된다는 점이 상법 규정에 위배되어 개정하였다는 주장도 있다.<sup>73)</sup>

동의 시기와 관련한 ‘계약 체결 시까지’를 시족 또는 거주장스럽다는 평은<sup>74)</sup> 당연한 논리에 대해 부연하는 경우를 말하는 것으로, 즉 피보험자의 동의는 시기에 관계없이 가능성이 당연한 경우에 한한다는 점에서 논리의 비약이다. 또 필요 없는 ‘규제’라는 비판이 있는데, 이는 이미 법이 강제하고 있음을 전제로 한 해석론이며, 입법론적 비판으로는 수긍할 수 있다고 본다. 그러나 개정 이유에서도 밝혔듯이 명확하게 하여 분쟁을 방지하기 위하여 보험계약 체결 시에 동의를 받도록, 더욱이 서면에 의한 동의를 받도록 한 규정에 대한 무리한 해석으로 보인다.

## V. 동의 방법

### 1. 서언

타인의 사망보험계약에 피보험자의 동의가 있어야 함에는 어느 법제에서건 크게 다르지 않다. 다만 단순히 동의의 의사만을 요하는지 서면에 의한 동의를 요하는지 두 가지로 대별된다. 일본 보험법(제38조)와 중화인민공화국보험법(제34조 제1항)는 단지 동의(當該被保險者ノ同意 또는 未經被保險人同意)만을 요구하는데 비해,<sup>75)</sup> 프랑스 보험법 제L.132-2조(par écrit), 스위스 보험법 제74조 제1항(schriftlich), 독일 보험법 제150조 제2항(die schriftliche Einwilligung des anderen erforderlich) 및

70) 관보 제12008호(그3) (1991. 12. 31.), 57쪽.

71) 최기원, 앞의 책, 466쪽.

72) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다56677 판결. 대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다204178 판결.

73) 최준선, 앞의 책, 348쪽.

74) 정진세, 앞의 책, 270쪽.

75) 중국 보험법은 보험금액에 대해서까지도 피보험자의 승낙을 요구한다(제34조).

대만 보험법 제105조(未經被保險人書面同意)에서는 서면 동의를 요한다.

피보험자의 동의 방법에 관하여 구 상법은 ‘同意’만 받도록 하여 계약자유의 원칙이 유지되었다. 제정 상법도 역시 “被保險者의同意”를 얻는 것으로 족한 것으로 하였다(제731조 제1항). 이 규정은 1991년 상법 개정에서 “그 他人의 書面に 依한 同意”라 하여 서면에 의한 동의를 얻도록 하여 계약자유의 원칙에 대한 예외로 요식성을 요구하였다. 상법이 서면 동의로 개정한 것은 보험의 선의성을 보장하기 위한 일환이며, 그 밖에도 서면 동의는 피보험자에게 계약의 주요 내용을 숙지하게 하고<sup>76)</sup> 사전에 심사숙고하게 하는 기능을 하며(warnfunktion),<sup>77)</sup> 경솔한 동의를 방지하고 사후 분쟁 해결을 원활하게 하기도 한다.<sup>78)79)</sup> 이에 대해 피보험자의 서면 동의가 강행성을 갖는 것은 아니라는 주장이 있지만<sup>80)</sup> 상법 개정에서 ‘서면에 의한 동의를 요구하고 있다는 점에서 입법론적 논의가 아닌 한 큰 의미가 없다고 본다.

피보험자의 동의는 각 보험계약에 대하여 개별적으로 서면에 의하여 이루어져야 하고<sup>81)</sup> 동의 제도의 취지상 포괄적인 동의 또는 묵시적이거나 추정적 동의만으로는 부족하다.<sup>82)</sup>

## 2. 동意的 형태

피보험자의 동의는 서면에 하여야 한다. ‘서면’이란 피보험자가 자기의 사망을 보험사고로 한다는 뜻이 적힌 문서를 말한다. 전자 동의는 그 성질상 허용되지 않는다고 본다.<sup>83)</sup> 서면은 보험계약 청약서(Antrag)나<sup>84)</sup> 보험계약서(Vertragstext)만

76) van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht, §14 Rn. 113.

77) Bruck/Möller/Winter, VVG §150 Rn. 33.

78) Langheid/Wandt/Heiss/Mönnich §150 Rdn. 25; Bruck/Möller/Winter, VVG §150 Rn. 25.

79) 이에 대해 실무에서 피보험자가 계약 체결 시 계약 신청서에 서명 또는 기명날인하여 동의하는 것이 통례였는데, 이러한 실무의 관행을 입법화한 것으로 보는 주장이 있지만 이기수·최병규·김인현, 앞의 책, 290쪽, 개정 이유와는 전혀 다르다.

80) 김지환, 앞의 논문, 520쪽.

81) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다204178 판결.

82) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다204178 판결. 장덕조, 앞의 책, 447쪽, 이기수, 앞의 논문, 127쪽, 이기수·최병규·김인현, 앞의 책, 291쪽, 박원근, 앞의 논문 211쪽, 정찬형, 앞의 책, 746쪽, 최준선, 앞의 논문, 50쪽, 酒卷宏明, 前掲論文, 218頁.

83) 고만영, 앞의 논문, 88쪽, 김성태, 앞의 책, 840쪽, Schneider Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Rn. 9, 29. Auflage 2015 (RL/Langheid § 150 Rn. 10; a. A. Schwintowski/Brömmelmeyer/Ortmann Rn. 10; MünchKommVVG/Heiss § 150 Rn. 25 f.);.

84) 보험청약서에 자필 서명하는 것만을 의미하는 것은 아니므로(대법원 2006. 12. 21. 선고 2006다

을 의미하는 것은 아니다. 법이 피보험자의 서면 동의를 요하는 것은 동의의 시기와 방법을 명확히 하여 분쟁의 소지를 없애려는 것이다.<sup>85)</sup> 따라서 서면에는 계약의 본질적인 내용, 예컨대 보험자, 보험수익자, 보험금액 보험기간 등이 포함되어야 한다.<sup>86)</sup>

‘서면 동의’란 문서의 작성을 반드시 피보험자 본인이 하여야 하는 것을 의미하는 것은 아니나 서명이나 기명날인은 원칙적으로 본인이 하여야 한다. 예외적으로 피보험자가 서명을 하는 이외에도 공증을 통하는 방법으로도 가능하지만 fax나 이의 복사본 및 전화를 통하는 방법은 허용되지 않는다. 다른 한편 서면 동의는 피보험자인 타인이 참석한 자리에서 보험계약을 체결하면서 보험계약자나 보험모집인이 그 타인에게 보험계약의 내용을 설명한 후 그 타인으로부터 명시적으로 권한을 수여받아 보험청약서에 그 타인의 서명을 대행하는 경우와 같이, 그 타인으로부터 특정한 보험계약에 대하여 서면 동의를 할 권한을 구체적·개별적으로 수여받았음이 분명한 자가 그 권한 범위 내에서 그 타인을 대리 또는 대행하여 서면 동의를 할 수 있다.<sup>87)88)</sup>

공인인증기관의 인증이 있는 전자서명을 부착한 서면을 상법상의 서면에 의한 동의가 있는 것으로 볼 수 있는지에 의론이 있다. 이것은 ‘전자거래기본법’에서 전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지 아니한다는 규정 때문으로 보인다. 보

69141 판결.

85) 상법 제731조 제1항이 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의 체결 시 그 타인의 서면동의를 얻도록 규정한 것은 동의의 시기와 방식을 명확히 함으로써 분쟁의 소지를 없애려는 데 취지가 있으므로(대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다204178 판결).

86) Schwintowski/Brömmelmeyer, Rn. 11.

87) 대법원 2006. 12. 21. 선고 2006다69141 판결.

88) 원심은, 피고가 원고의 영업소에 방문하여 이 사건 보험계약을 체결하면서 보험청약서(갑 제1호증)의 주피보험자 자필서명란에 소외 4의 성명을 기재한 사실이 인정될 뿐 달리 주피보험자인 소외 4의 서면에 의한 동의가 있었음을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 피보험자의 사망을 보험사고로 하는 이 사건 보험계약은 상법 제731조 제1항의 규정에 위반한 것으로서 무효라고 판단하고, 나아가 소외 4는 원고의 보험모집인으로부터 직접 보험내용의 설명을 듣고 피고에게 그를 대신하여 보험청약서에 서명하도록 위임하였던 것이므로 이 사건 보험계약은 그 체결 당시 소외 4의 서면 동의가 있었던 것으로 보아야 한다는 취지의 피고의 주장에 대하여는 그와 같은 주장사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 위 주장을 배척하였는바, 위의 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 조치는 모두 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 상법 제731조 제1항 소정의 피보험자의 서면 동의의 방식에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다11602 판결).

협계약 관계자들에게 이중의 불편을 주고 보험 계약 체결에 역행함을 들어 이를 인정하는 주장이 있지만,<sup>89)</sup> 상법상의 '서면'이 원칙적으로 당사자의 서명을 포함하는데 비해, '전자거래기본법'에서의 서면이 반드시 서명을 포함하는지, 전자서명을 필요로 한다면 제3자가 이를 덧붙일 수 있는지 의문이다. 피보험자의 안전보다 보험계약 당사자의 불편함을 면하는 것이 우선되어야 하는지도 이해하기 어렵다.<sup>90)</sup>

### 3. 동의의 상대방

동의를 의사 표명을 누구에게 하여야 하는지에 대해서는 상법에 규정이 없다. 이에 대해 동의는 상대방 있는 일방적 의사표시로<sup>91)</sup> 또는 이러한 근거 제시 없이 보험계약의 당사자인 보험계약자에게 하여야 한다는 주장과<sup>92)</sup> 동의 제도의 취지에 비추어 보험자에게 하여야 한다는 견해가 있다.<sup>93)</sup> 그러나 의사 표명의 상대방은 보험계약자(Versicherungsnehmer)나 보험자(Versicherer)이고, 피보험자는 이들에게 동의의 의사를 표명하는 것으로 족하며,<sup>94)</sup> 보험수익자는 제외된다. 다만 피보험자가 보험계약자에게 동의의 의사를 표명하였다도 보험자가 동의 여부를 조회 또는 확인하는 경우 이에 대해 답을 하여야 한다.<sup>95)</sup>

15세 이상의 미성년자를 피보험자로 한 생명보험계약에서는 피보험자인 미성년자가 동의하여야 한다. 다만 미성년자가 동의를 하더라도 의무만을 면제받지도 권리만을 얻는 것도 아니라는 점에서 피보험자로서 동의할 지에 대해 법정대리인의 동의를 받아야 한다(민법 제5조 제1항). 피보험자의 법정대리인이 보험수익자 또는

89) 박세민, 앞의 논문, 924쪽. 반대: 김성태, 앞의 책, 840쪽.

90) 독일에서도 다수는 전자 서명을 부인한다(Bruck/Möller/Winter, a.a.O., §150, Rn. 33). 이에 대해 Schwintowski/Brömmelmeyer/Ortmann Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, 2. Aufl. ZAP, 2010, § 150 Rn. 10; Langheid/Wandt/Heiss/Mönnich, a.a.O., §150, Rn. 26; Looschelders/Pohlmann/Peters, VVG, Heymanns, 2009, §150, Rn. 9. 등은 반대의 견해를 펴나.

91) 박원근, 앞의 논문, 211쪽.

92) 장덕조, 앞의 책, 447쪽.

93) 김성태, 앞의 책, 839쪽.

94) 박세민, 앞의 논문, 922쪽, 양승규, 앞의 책, 454쪽, 이기수, 앞의 논문, 127쪽, 정진세, 앞의 책, 270쪽, 최기원, 앞의 책, 467쪽, 한기정, 앞의 논문, 99쪽, 최현중, 앞의 논문, 121쪽, Bruck/Möller/Winter, VVG §150 Rn. 34, 39; van Bühren, Handbuch Versicherungsrecht, §14 Rn. 114; Langheid, Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz, Rn. 4, 4. Auflage 2014; Marko Brambach Rüffer/Halbach/Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz Rn. 27.

95) 長谷川仁彦, 前掲論文, 234頁.

보험계약자인 경우에는 양자 사이에 이해 상충이 되므로 친권자의 청구에 따라 법원이 선임한 특별대리인의 동의를 얻어야 한다(민법 제921조 제1항).<sup>96)</sup> 이에 위반한 보험계약은 같은 조 제2항에 따라 취소할 수 있는 것이 아니라 상법 제732조에 관한 것으로 원래부터 무효이다.<sup>97)</sup> 미성년자는 법정대리인의 동의를 받아 법률행위를 하는 것으로, 동의를 있으면 그 미성년자 본인이 피보험자로서 동意的 의사를 표명하여야 하고 법정대리인에 의한 대리 동意的는 허용되지 않는다.<sup>98)</sup> 또 동의 여부를 전적으로 대리인에게 결정하도록 하는 것도 허용되지 않음은 당연하다.<sup>99)</sup>

#### 4. 입증

서면 동意的는 단순한 의사표시가 아니라 서면에 의한 의사표시이어야 하고, 이 서면이 보험자에게 도달하여야 한다. 서면 동意的가 있었는지 여부는 보험계약자나 보험자 또는 피보험자가 계약의 무효를 주장하는 경우에 문제된다. 보험계약자는 보험계약의 무효를 통해서 기왕 납입한 보험료의 반환을 청구하기 위함에 있다고 본다.<sup>100)</sup> 보험자가 피보험자의 서면 동意的가 없음을 들어 보험금의 지급을 거절하는 경우 보험계약자가 이를 증명하여야 한다. 피보험자의 서면 동意的 없이 이루어진 계약에 대해서는 피보험자가 이를 알기 어렵지만 이를 안 경우 서면 동意的를 하지 않았음을 주장하고, 보험계약자의 반증이 없으면 계약은 무효로 된다. 가족 사이에서는 구두 동意的가 많으며 입증의 어려움을 들지만,<sup>101)102)</sup> 가족이라서 서면 동意的를 받는 것이 어렵다는 의미인지 모호하다.

96) 양승규, 전게서, 456쪽, 정호열, “타인의 생명보험,”(「보험법의 쟁점」, 법문사, 2000, 475쪽, 「주석상법」(Ⅶ)[보험], 742쪽, 박세민, 전게서, 877쪽, 장덕조, 전게서, 442쪽. 그 밖에 피성년후견인(제10조), 피한정후견인(제13조)의 법률행위에 대한 제한 규정이 있다.

97) 15세 미만자 등의 사망을 보험사고로 한 보험계약은 피보험자의 동意的가 있었는지 또는 보험수익자가 누구인지와 관계없이 무효가 된다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다9068 판결).

98) 박세민, 앞의 책, 829쪽, 835쪽, 정찬형, 앞의 책, 829쪽.

99) 김성태, 앞의 책, 840쪽, 박세민, 앞의 책, 832쪽.

100) 상법 제731조 제1항... 위반하여 피보험자의 서면동意的 없이 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결한 자 스스로가 무효를 주장함이 신의성실의 원칙 또는 금반언의 원칙에 위배되는 권리 행사라는 이유로 이를 배척한다면, 그와 같은 입법 취지를 완전히 몰각시키는 결과가 초래되므로, 특단의 사정이 없는 한 그러한 주장이 신의성실 또는 금반언의 원칙에 반한다고 볼 수 없다(대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다56677 판결).

101) 박기억, 앞의 논문, 89쪽.

102) 동일 세대 내 특히 부부 사이에는 묵시적 내지 추정적 동意的도 가능하다는 주장이 있다(정진세, 앞의 책, 271쪽).

## VI. 위반 효과

피보험자의 동의를 요하는 법제 가운데는 그 효력을 인정하지 않는다고 명시하는 예도 있지만,<sup>103)</sup> 그리하지 아니한 법제 아래에서도 계약의 효력을 인정하지 않는데 이론이 없다.<sup>104)</sup> 우리 상법은 동의를 요할 뿐 동의 없는 보험계약의 효력에 대해 명문화하고 있지 않지만, 계약의 효력을 인정하는 주장은 찾을 수 없다. 동의에 관한 규정을 강행규정으로 보는 한 당연한 귀결이다. 추인을 허용하지 않는 한 계약 성립 후 동의를 하는 경우는<sup>105)</sup> 물론 계약 체결 전 동의가 있었다라도 서면에 의한 경우가 아니면 이도 역시 계약의 효력을 주장할 수 없다.<sup>106)</sup>

상법 제731조 규정에 위반한, 즉 서면 동의 없이 체결하거나 계약 체결 후 피보험자가 동의한 보험계약은 무효이다. 이와 같은 무효의 주장은 신의성실의 원칙이나 금반언의 원칙에 반하는 권리 행사라 볼 수 없어,<sup>107)</sup> 보험자는 보험금액의 지급을 거절할 수 있다.

다른 한편 보험계약자와 피보험자가 또는 보험계약자와 보험수익자가 선의이며 중과실이 없는 보험계약자는 보험자에 대하여 보험료의 전부 또는 일부의 반환을 청구할 수 있다(제648조).<sup>108)</sup> 생명보험 표준약관 제19조에서도 계약 체결 시까지 피보험자의 서면에 의한 동의가 없으면 계약을 무효로 하고 이미 납입한 보험료를 반환하여 준다는 규정이 있다. 문제는 상법에서와 달리 보험계약자, 보험수익자 및 피보험자의 선의이며 중과실 없음을 요하는지 악의자도 보호되는지 여부이다. 이와 관련하여 보험자가 서면 동의를 받아야 함을 설명하였는데도 보

103) 일본 보험법은 보험계약은 그 효력이 생기지 않는다고 하고(제38조), 스위스 보험법(제74조 제1항), 프랑스 보험법(제132-2조), 대만 보험법(제105조)과 중화인민공화국보험법(제34조 제1항)은 계약은 무효라고 한다.

104) Sch/B/Ortman Rn. 14; L/P/Peters § 150 Rn. 10; Langheid, Römer/Langheid, Versicherungsvertragsgesetz, Rn. 6.

105) 피보험자의 동의가 없는 타인의 생명보험은 무효(대법원 1992. 11. 24. 선고 91다47109 판결). 박세민, 앞의 책, 833쪽.

106) 박세민, 앞의 책, 828쪽. 보험계약은 모두 피보험자의 사망을 보험사고로 하는 보험계약인데 각 계약 체결 당시 피보험자들의 서면 동의를 받지 아니하였으므로 무효(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92612 판결).

107) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다56677 판결. 박세민 교수는 이 판례를 신의칙 위반이라는 주장의 주석으로 다루고 있는데(박세민, 앞의 논문, 918쪽, 주28), 어떤 의미인지 모호하다.

108) 그 성질을 부당이득 반환으로 본다(박원근, 앞의 논문, 212쪽).

험계약자가 피보험자의 동의 없이 계약을 체결하고 보험료를 납입한 것이 중과실이 아니라고 볼 수 있는지 의문이다. 다른 한편 보험자가 피보험자의 동의를 요한다는 사실을 고지하지 아니한 과실은 없는지와 피보험자의 동의 없이 체결된 보험계약을 근거로 보험료를 지급받은 보험자의 과실은 없는지를 검토하여야 한다.<sup>109)</sup> 보험자의 과실을 인정한다면 양자의 과실 상계가 이루어져야 한다.

보험계약의 무효에 따른 보험료 반환 청구권의 시효와 관련하여 보험료 불가분의 원칙 또는 피보험자의 보호를 들어 마지막 보험료 납입일을 기산점으로 한다는 주장이 있지만,<sup>110)</sup> 특별한 사정이 없는 한 매 보험료를 납부한 때부터 시효가 진행된다고 보는 것이 타당하다고 본다.<sup>111)</sup>

제3자를 위한 계약관계에서 낙약자와 요약자 사이의 법률관계를 이루는 계약이 무효로 되어 청산하는 경우 당사자는 낙약자와 요약자 사이에 이루어져야 하므로, 보험수익자는 특별한 사정이 없는 한 계약의 무효로 인한 손해에 대해 불법행위를 이유로 한 손해배상을 청구할 수 없다.<sup>112)</sup>

## Ⅶ. 결론

타인의 생명의 보험과 관련하여 제정 상법 이래 ‘보험계약에는 피보험자의 동의’를 얻도록 하였다. 이후 1991년 보험계약 성립 후의 분쟁과 도덕적 위험을 방

109) 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의 체결에 있어서 보험모집인은 보험계약자에게 피보험자의 서면 동의 등의 요건에 관하여 구체적이고 상세하게 설명하여 보험계약자로 하여금 그 요건을 구비할 수 있는 기회를 주어 유효한 보험계약이 체결되도록 조치할 주의의무가 있고, 그럼에도 보험모집인이 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 의무가 있다(대법원 1998. 11. 27. 선고 98다23690 판결, 2006. 4. 27. 선고 2003다60259 판결 등 참조) (대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다30263 판결). 이와 관련하여 설명의무인지에 대한 논의가 있으며, 상법이나 보험업법에 명시하도록 하는 주장이 있다(한기정, 앞의 논문, 110쪽).

110) 김은경, 앞의 논문, 470쪽, 조지현, 앞의 논문, 59쪽.

111) 무효인 보험계약에 기하여 원고가 피고에게 납부한 보험료 중 이 사건 소제기일로부터 역산하여 2년 전인 2007. 4. 26. 이전에 납입한... 이 사건 보험료의 반환청구권은 특별한 사정이 없는 한 2년의 소멸시효 기간이 경과하여 시효소멸하였다고 볼 것이다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92612 판결). 박원근, 앞의 논문, 222쪽.

112) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다204178 판결.

지하기 위하여 위 규정을 '보험계약 체결 시에는 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻도록 개정하였다. 즉 피보험자의 동의는 보험계약 체결 전에 있어야 하고, 이 동의는 서면에 의한 동의이어야 한다. 이와 관련하여 한편에서는 개정 조문의 해석론이 다른 한편에서는 조문의 각 요소(조문 전체와 동의 시점과 방법 및 피보험자의 동의)에 대한 법리적 다툼이 있다.

타인의 사망의 보험계약에 피보험자의 동의를 받도록 한 규정은 피보험자의 인격권 침해나 공서양속의 침해가 없더라도 그대로 적용되는 강행규정이다. 보험계약자는 보험계약에 피보험자의 동의를 얻어야 하지만, 보험사고 발생 전 어느 때나가 아니라 보험계약 체결 전에 있어야 한다. 종전 단지 '보험계약에 동의'를 받도록 한 것을 '보험계약 체결 시'로 변경하였음이 이를 뒷받침한다. 그럼에도 불구하고 개정 전 규정에 대한 해석론, 즉 추인이 가능하다는 논리가 있지만, 입법론적인 방법론으로는 주장할 수 있지만 현행법의 해석론으로는 무리다.

개정 조문은 '서면에 의한 동의를 얻도록 하였다. 서면에는 보험계약의 본질적인 내용 피보험자와 보험수익자 및 보험금액이나 보험기간 등이 포함되어야 한다. 서면 동의와 관련하여 이 규정이 강행성을 갖지 않는다고 보아 서면 이외의 방법이 가능하다는 주장이 있지만, 입법론적 논의가 아닌 한 무리한 논리 전개이며, 개정 취지에도 어긋난다.

보험계약과 관련한 당사자의 지위 겸병 또는 변경과 관련하여 어느 상태에서건 피보험자의 동의는 필요하다. 보험계약자가 피보험자의 지위를 겸하는 경우 동의가 있어야 하는지와 동의가 반드시 서면에 의한 동의를 요하는지 문제된다. 제3자가 보험계약자의 동의를 얻어 계약을 체결하고 보험사고가 발생하면 이에 따른 경제적 효과를 노릴 수 있다는 점에서 강행규정인 제731조에 대한 탈법행위로 무효이다. 피보험자를 보험수익자로 변경할 때에는 보험계약자는 피보험자의 동의를 받아야 한다. 그것은 피보험자가 동의를 하게 된 주된 이유가 자기가 사망한 후 자기의 상속인이 아니라 특정한 보험수익자의 이익을 위함이기 때문이다.

피보험자의 동의는 준법률행위이다. 이 점에서 피보험자의 동의, 즉 자기의 사망을 보험사고로 한 보험계약을 허락하는 의사표시는 보험계약자에게 하여야 하지만, 보험자에게 하여도 큰 문제가 없다고 본다.

## 참고문헌

- 김성태, 「보험법강의」, 법문사, 2001.
- 김정호, 「상법강의」(하), 법문사, 2005.
- 박세민, 「보험법」, 박영사, 2015.
- 서헌제, 「상법강의」(하), 법문사, 2002.
- 양승규, 「보험법」 제5판, 삼지원, 2004.
- 이기수·최병규·김인현, 「보험·해상법」, 박영사, 2008.
- 장덕조, 「보험법」, 법문사, 2015.
- 정동윤, 「상법」(하), 법문사, 2008.
- 정찬형, 「상법강의」(하), 박영사, 2015.
- 정진세, 「보험법」, 삼우사, 2002.
- 채이식, 「상법IV-보험법·해상법」, 박영사, 2001.
- 최준선, 「보험·해상·항공운송법」, 삼영사, 2013.
- 최기원, 「보험법」, 박영사, 2002.
- 강대섭, 「피보험자의 서면동의없는 생명보험계약의 효력」, 「상법판례연구」, 15집(2003.12).
- 고민영, 「타인의 생명보험, 단체보험 규정의 문제점과 개선방안」, 「보험법연구」, 제8권 제2호 (2014), 한국보험법학회, 106쪽.
- 권순일, 「타인의 생명보험」 「상사판례연구」, II권, 박영사, 1996.
- 권순형, 「제3자가 타인의 동의 없이 타인을 보험계약자 및 피보험자로 하여 체결한 생명보험 계약이 상법 제731조 제1항에서 규정하는 「타인의 생명보험계약에 해당하는지 여부」, 「대법원판례해설」 83호(2010상반기), 법원도서관.
- 김선정, 「피보험자의 서면동의 철회 입법에 관한 검토」, 「경영법률」, 제24집 제2호(2014), 한국경영법률학회.
- 김성태, 「타인을 위한 보험계약」에 관한 개정상법 관련규정에 대한 몇가지 문제제기, 「법학연구」 7권(1997.10.).

- 김은경, “타인의 사망을 보험사고로 하는 생명보험계약의 특수성에 대한 고찰—독일보험계약법 제150조와 비교를 통하여—”, 『경영법률』 24권 2호(2014), 한국경영법률학회.
- 김재걸, ‘타인을 위한 생명보험계약에 있어서의 보험수익자에 대한 법률적인 고찰-일본의 판례를 중심으로 하여’, 『상사법연구』 16권 2호(1997.10), 한국상사법학회, 1997.
- 김철호, ‘생명보험에서의 피보험이익에 관한 연구’, 고려대학교 박사학위논문, 2011.
- 맹수석, ‘상법 제4편 제3장(인보험)의 개정에 관한 의견’, 『보험법연구』, 창간호, 한국보험법학회
- 박세민, ‘상법 제731조(타인의 생명의 보험) 해석상의 문제점에 대한 소고’, 『인암법학』 25권 (2007), 인암법학회.
- 박원근, ‘피보험자의 동의 없이 체결된 타인의 생명보험계약에 따라 납부한 보험료 반환 청구권의 소멸시효 기산점 및 보험계약자의 구제수단’, 『판례연구』 24집(2013. 2).
- 상홍규, ‘생명보험에 있어서의 피보험이익에 관한 연구’, 연세대학교 박사학위논문. 1992.
- 윤광균, ‘생명보험에서의 피보험이익과 보험살인에 대한 보험회사의 책임’, 『인권과 정의』 427호(2012. 8), 대한변호사협회 2012.
- 이기수, ‘타인의 생명보험계약’, 『저스티스』 제30권 제1호(1997. 3), 한국법학원.
- 이재덕, ‘타인의 생명보험과 서면동의’, 『재판과 판례』 19집(2010.12), 대구판례연구회 2010.
- 이재복, ‘보험범죄의 방지를 위한 법률적 대처방안-생명보험계약을 중심으로-’, 『기업법연구』 제8집(2001).
- 이중기, ‘영국법상 피보험이익의 개념과 역할-우리법과 비교하여’, 『법조』(1995).
- 장덕조, ‘타인의 사망보험과 단체보험’, 『상법판례백선』 제3판, 법문사, 2015.
- 장덕조, ‘최근 보험법판례 「상사판례연구」 (20권2호). 2007.
- 정경영, ‘타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에서 서면동의의 전자화에 관한 소고’, 『손해보험』 557호(2015. 4), 대한손해보험협회.
- 정진세, ‘처가 피보험자인 남편의 서면동의 없이 체결한 사망보험계약의 효력’, 『보험법률』 통권13호(97.02), 보험신보사 1997.
- 정호열, ‘타인의 생명보험’, (양승규/장덕조, 『보험법의 쟁점』, 법문사, 2000).
- 조지현, ‘타인의 생명보험계약의 추인-피보험자의 추인 및 무효인 보험에서의 법적 문제점을 중심으로-’, 『상사법연구』, 26권 2호(2007).

- 최병규, '타인의 사망의 생명보험과 타인의 동의', 「경기법조」 14호, 수원지방법원호사회.
- 최준선, '타인의 생명보험계약', 「판례월보」 327호(1997. 12), 판례월보사.
- 최한준, '보험금청구권의 소멸시효기산점', 「안암법학」 13호, (2001. 11), 안암법학회.
- 최현중, '타인의 생명보험계약에서 피보험자의 서면동의 철회', 「민사법연구」 제22집, 대한민사법학회, 2014.
- 한기정, '타인의 사망보험에서 피보험자의 동의 흠결시 법적 효과에 관한 연구', 「보험개발연구」 제17권 제3호 2006년 12월.
- 山下友信/米山高生 編, 「保險法解説」, 有斐閣, 2010.
- 山野嘉朗/山田泰彦, 「現代保險·海上法30講」, 中央經濟社, 2010.
- 長谷川仁彦, '被保險者による解除請求'について-生命保險·傷害疾病定額保險契約を中心として', (金澤 理 監修, 「新保險法と保險契約法理の新たな展開」, ぎょうせい, 2009).
- 酒卷宏明, '未成年者を被保險者とする保險(金澤 理 監修, 「新保險法と保險契約法理の新たな展開」, ぎょうせい, 2009),
- 金澤 理, 「保險法講義」, 成文堂, 1990.
- Herbert W. van Bühren, 「Handbuch Versicherungsrecht」, 5. Aufl. Deutscher Anwalt Verlag.
- Theo Langheid/ Manfred Wandt, 「Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz」 Bd. 2, Verlag C. H. Beck München 2011.
- Bruck/Möller, 「Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar」 9. völlig neu bearbeitete Aufl. De Gruyter.
- Klaus Müller, "Die Einwilligung des Versicherten zum Lebensversicherungsvertrag", NVersZ 2000.
- Langheid, Römer/Langheid, 「Versicherungsvertragsgesetz」, 4. Auflage 2014.
- Marko Brambach, Rüffer/Halbach/Schimikowski, 「Versicherungsvertragsgesetz」3. Auflage 2015.

<Abstract>

## **A study on the consent of the insured in life insurance for third person's death**

**Kim, Sang Gyu**

Before the 1991 Commercial Code revision the insurance contract should be subject to the consent of the insured person. According to the amended new provision in 1991, the insurance contract was required the written consent of the insured person on one the hand, and this consent shall be reached before the signing of insurance contract on the other hand. The purpose of this provision is to prevent moral hazard, insurance companies and policyholders and beneficiaries conflict of interest between each other.

In this regard it is necessary to examine the legal character of this provision above all. And it is required the legal review about each element of the provisions, namely the insured person's consent and when and how.

This provision applies even if the infringement of the moral rights of the insured person or infringe public order and morals. In this sense this provision is mandatory provisions.

The consent of the insured person is a necessary element for the beneficiaries, even if it is not the requirement of insurance contract. Namely the consent of the insured is not a requirement of conclusion of a contract, insurance companies do not pay the insurance amount to beneficiaries without the consent of the insured, hence the consent of the insured is characterized a quasi-legal act. Therefore the insured person have to indicate his consent for the conclusion of insurance contract for his death to policyholders. That before signing the insurance contract shall receive the insured's written consent means that the insured person must be indicated agreement to policyholders.

Holding both status or change of status with regard to the parties with respect to the insurance agreement the insured in case of any type are needed. The problem is that the policyholder does not necessarily require the consent in writing and that the agreement

should agree to both insurer and/ or policyholder, if the insured person's status. It might be occurred manipulation of the provision of Article 731, when the policyholder entered into an agreement with the consent of the insured and change the insured for his own interest. The main reason insured person to agrees with the contract, is not only for himself or for his own heirs but also for the interest of another persons.

**Key Words** : Death insurance, Insurance contractor, Beneficiary of insurance, Consent of Insured Person, Life insurance for others