

타인의 사망보험에서 피보험자의 동의 흠결시 법적 효과에 관한 연구

The Legal Effect of Life Insurance Contracts without the Insured's Authorization

한 기 정*

Han Ki-Jeong

타인의 사망보험의 경우 보험계약자는 보험계약의 체결시에 그 타인의 서면동의를 얻어야 한다(상법 제731조 제1항). 본 논문은, 동 규정에 대한 해석론 및 입법론을 대법원 2005다 11602, 11619 판결을 중심으로 논의한다. 본 논문은, 첫째, 계약의 체결시 피보험자 동의가 흠결된 경우 법적 효과에 대한 대상판결의 해석론이 타당한지, 입법적으로 보완할 여지는 없는지, 둘째, 피보험자의 동의요건에 대한 설명의무를 긍정한 대상판결의 해석론이 타당한지, 입법적으로 보완할 여지는 없는지, 그리고 설명의무의 위반시 보험자의 사용자책임에 관한 해석론은 타당한지 등을 다루었다. 본 논문은, 보험계약의 체결시 피보험자의 동의가 흠결되면 확정적 무효로 해석해야 하고, 다만 보험계약자가 보험계약의 체결시 동의요건에 대한 설명을 듣지 못한 경우 보험자가 추인의무를 부담하는 것으로 입법해야 하고, 또한 피보험자 동의요건에 대한 설명의무가 인정될 필요가 있으며, 다만 피보험자 동의요건이 설명의무의 대상임을 상법 또는 보험업법에 명시해야 한다고 제안한다. 마지막으로, 설명의무 위반으로 인한 손해배상책임과 관련하여 대상판결의 문제점도 지적하였다.

※ 국문 색인어: 동의, 보험계약시, 설명의무, 손해배상, 추인, 타인의 사망보험, 피보험자

* 이화여자대학교 법과대학, 부교수(han3575@ewha.ac.kr)

I. 서론

상법 제731조 제1항은, “타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 보험계약 체결시에 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻어야 한다.”라고 규정한다. 대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다11602, 11619 판결(이하 ‘대상판결’)은, 타인의 사망 보험계약의 체결시 그 타인(즉, 피보험자)의 동의가 흠결되면, 해당 보험계약은 확정적 무효이고, 만약 보험자의 보험모집인이 모집시 피보험자의 동의요건에 대한 설명의무를 위반했다면 그 보험자가 사용자책임을 져야 한다고 판시하였다. 대상판결과 같은 취지의 대법원 판결이 상당기간 축적되어 왔으므로¹⁾, 대상판결은 확립된 판례라고 평가된다.

본 논문이 대상판결과 관련하여 다루고자 하는 주요 쟁점은 다음과 같다. 첫째, 피보험자 동의흠결의 법적 효과에 대한 대상판결의 해석론이 타당한지, 입법적으로 보완할 여지는 없는지, 둘째, 보험모집인의 피보험자 동의요건에 대한 설명의무를 긍정한 대상판결의 해석론이 타당한지, 입법적으로 보완할 여지는 없는지, 그리고 설명의무의 위반시 보험자의 사용자책임에 관한 해석론은 타당한지 등이 그것이다.

본 논문의 주제가 중요하게 다루어져야 이유는, 우리의 보험모집 여건상 피보험자의 동의 없이 체결된 사망보험계약이 과거에 적지 않았고²⁾, 지금도 적지 않을 것이라는 우려 때문이다. 피보험자의 동의없이 체결된 사망보험계약에 관한 대법원 판결이 1996년에 처음 등장한 이래, 지금까지 꾸준히 축적되어 왔음은, 그 우려가 기우에 그치지 않음을 증명하는 것이다. 이하에서는, 상법 제731조 제1항의 동의 주위에 관한 일반법리를 살핀 후, 상기 쟁점들을 순서에 따라 논의하기로 한다.

1) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다56677 판결; 2006. 4. 27. 선고 2003다60259 판결; 대법원 2004. 4. 23. 선고 2003다62125 판결; 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다55499, 55505 판결; 대법원 1996. 11. 22. 선고 96다37084 판결 등이다.

2) 강형구, 『조선일보』, 2006. 11. 21.: “지난 1996년에도 자필 서면 동의 없는 보험은 무효라는 대법원 판결이 나왔다. 그러자 난리가 났다. 전국의 수많은 계약자로부터 계약을 해약하겠다는 전화가 보험회사에 빗발쳤다. 다급해진 보험회사는 사장단 회의를 긴급 소집하여 자필 서명 없어도 선의의 계약자에게는 보험금을 지급하겠다고 결의하고 신문에 광고를 내 파문이 가라앉았다.”

Ⅱ. 대상판결의 개요

1. 사실관계

甲은 보험자의 영업소에 방문하여 보험계약을 체결하였다. 甲은 보험청약서의 주 피보험자 자필서명란에 자신의 배우자 乙의 성명을 기재한 사실이 인정될 뿐 달리 乙의 서면에 의한 동의가 있었음을 인정할 만한 증거가 없었다. 이 사건 보험계약은 乙을 피보험자로 하는 주보험과 보험계약자인 甲을 피보험자로 하는 종보험으로 구성되어 있는데, 주보험과 종보험에 관한 각 보험료가 구분되어 있지 아니하고, 또한 약관 중 '무배당 그랑프리보장 배우자보장특약 약관'의 제1조 제3항에서 주계약이 해지 또는 기타 사유로 효력을 가지지 아니하게 된 경우 종보험인 배우자보장특약도 더 이상 효력을 가지지 않는다고 규정하고 있다. 종보험의 피보험자인 甲은 교통사고로 상해를 입자 보험금을 청구하였고, 보험자는 종보험이 그 효력을 전제하고 있는 주보험이 주피보험자인 乙의 동의 흠결로 인해서 무효라는 점을 근거로, 보험금 지급을 거절하였다.

2. 판시내용

대법원은, 이 사건 보험계약 중 종피보험자에 대한 부분은 이 사건 보험계약의 본질을 이루는 주피보험자에 대한 부분이 유효함을 전제로 한다고 볼 것이므로, 주피보험자인 乙에 대한 보험계약이 무효라면 종피보험자인 甲에 대한 보험계약 역시 무효로 보아야 하면서, 다음과 같이 판시하였다.

첫째, 乙을 주피보험자로 하는 주보험계약은 무효이다. 타인의 사망보험계약의 체결시에 타인의 서면에 의한 동의를 얻어야 한다는 상법 제731조 제1항의 규정은 강행법규로서, 이에 위반하여 체결된 보험계약은 무효이다. 상법 제731조 제1항은 강행규정으로서 이를 위반하고 체결한 보험계약은 보험자, 피보험자, 기타 이해관

계인 등 모든 사람들에 대한 관계에서 무효로 보아야 한다.

둘째, 보험자는 보험모집인의 사용자로서 손해배상책임을 부담한다. 보험자의 보험모집인이 보험계약의 체결시 甲에게 주피보험자인 乙의 서면에 의한 동의를 얻어야 하는 사실을 설명하지 않았고, 甲은 보험모집인의 주의의무 위반으로 인하여 보험계약이 무효가 됨으로써 교통사고에 관한 보험금을 지급받지 못하게 되는 손해를 입었다. 따라서, 보험자는 구보험업법 제158조 제1항에 의해 보험모집인이 이 사건 보험모집을 하면서 甲에게 가한 보험금 상당액의 손해를 배상할 책임이 있다. 甲도 보험계약 체결시 보험모집인으로부터 교부받은 보험계약청약서 및 약관의 내용을 검토하여 보험계약이 유효하도록 乙의 서면에 의한 동의를 받았어야 할 주의의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리 한 잘못이 있으므로 그러한 甲의 과실비율을 40%로 정도로 보고 과실상계 하는 것은 정당하다.

Ⅲ. 타인의 사망보험과 동의주의

1. 타인의 사망보험

보험계약자가 자신을 피보험자로 하는 생명보험을 '자기의' 생명보험, 자기 이외의 제3자를 피보험자로 하는 생명보험을 '타인의' 생명보험이라고 부른다. 타인의 사망을 보험사고로 하는 생명보험을 편의상 타인의 사망보험으로 부르기로 한다. 타인의 생명보험(사망보험)은 보험계약자이외의 제3자가 보험수익자로 되는 '타인을 위한' 생명보험(사망보험)과 구분된다. 상해보험도 보험계약자가 피보험자로 되는지 여부를 기준으로, 자기의 상해보험과 타인의 상해보험으로 구분할 수 있다.

2. 동의주의

가. 의의

보험계약자는 타인의 사망보험계약의 체결시 피보험자의 서면에 의한 동의를 얻어야 한다(상법 제731조 제1항). 타인의 상해보험계약의 체결시에도 마찬가지이다(상법 제739조, 상법 제731조 제1항). 이렇듯, 피보험자 동의요건은 타인의 사망보험뿐만 아니라 타인의 상해보험에도 적용되지만, 편의상 이하에서는 타인의 사망보험을 중심으로 논의하는 것을 원칙으로 한다. 한편, 15세미만자, 심신상실자 또는 심신박약자를 피보험자로 하는 사망보험은 피보험자의 동의 여부를 묻지 않고 무효이다(상법 제732조).

나. 취지

타인의 사망보험에 피보험자의 동의를 요구하는 취지는 무엇인가? 사망보험은 정액보험의 성격으로 인해서, 첫째 사망보험을 도박적으로 이용할 우려가 있고, 둘째 고의로 피보험자를 살해할 도덕적 위험이 있기 때문이다³⁾.

정액보험성이 생명보험의 일반적 특성임에도 불구하고, 타인의 사망보험에만 동의주의가 채택된 이유는 무엇인가? 자기의 생명보험의 경우에도 도박적 이용 및 도덕적 위험이 존재하지만⁴⁾, 보험계약자와 피보험자가 일치되므로 피보험자의 별도 동의를 요구하는 것은 무의미하기 때문이다. 또한, 생존보험에서는, 누가 피보험자인지, 도박적 이용의 여지가 낮고 도덕적 위험도 상상하기 어렵기 때문이다.

한편, 타인의 상해보험에도 동의주의가 적용되는데(상법 제739조, 상법 제731조 제1항), 동의주의의 취지를 고려하면 정액보험적 상해보험에만 적용된다고 제한 해석하는 것이 타당하다고 본다.

3) 통설(예를 들면, 양승규, 『보험법』, 삼지원, 2002, p.449). 이외에도 일본에서는 자신의 생명이 타인의 사망보험계약의 목적으로 되지 않을 인격권적 이익의 보호도 취지로서 논의된다: 山下友信, 『保險法』, 『有斐閣』, 2005, 268頁; 石山卓磨 編著, 『現代保險法』, 成文堂, 2005, 261頁.

다. 입법례

사망보험의 도박적 이용과 도덕적 위험에 대처하는 방안을 둘러싸고 입법례는 나뉜다. 독일⁵⁾과 일본⁶⁾은 우리 상법처럼 동의주의를 취하고, 영국⁷⁾과 미국⁸⁾은 피보험 이익주의를 취한다.

동의주의는, 피보험자가 도박적 이용이나 도덕적 위험 여부를 스스로 판단하여 동의 여부를 판단하도록 하는 주관적 제도이다. 그러한 판단 능력이 취약한 15세 미만자, 심신상실자 또는 심신박약자를 피보험자로 하는 사망보험은 그들의 동의 여부를 묻지 않고 무효로 한다(상법 제732조). 한편, 피보험이익주의는, 피보험자의 생명에 대해 갖는 경제적 이익의 한도 내에서 보험금액을 정하도록 하는 객관적 제도이다.

동의주의와 피보험이익주의는 입법정책의 문제이다. 우리 상법의 입법론으로는, 동의주의와 피보험이익주의의 병용을 찬성하는 견해⁹⁾와, 동의주의만의 유지를 찬성하는 견해¹⁰⁾로 나뉜다.

4) 도덕적 위험은 자기의 생명보험이 타인의 생명보험보다 상대적으로 약화된다. 자기의 생명보험의 경우 피보험자 즉, 보험계약자는 보험금청구권자와 일정한 관계에 있다. 즉, 자기의 자기를 위한 생명보험의 경우는 피보험자(보험계약자)의 상속인, 자기의 타인을 위한 생명보험의 경우는 피보험자(보험계약자)의 상속인 또는 피보험자(보험계약자)가 지정한 자가 보험금을 청구할 권리를 갖는다. 이렇듯, 피보험자가 보험금청구권자와 일정한 관계(상속관계 또는 지정관계)로 인해서 피보험자는 도덕적 위험으로부터 상대적으로 안전하다. 그러한 안전이 완전한 것이 아님은 물론이다. 한편, 타인의 생명보험에서는, 그 타인을 보험수익자로 정하거나 아니면 그가 보험수익자로 간주됨으로써 그 상속인이 보험금청구권자가 되는 경우에만 일정한 관계(상속관계)가 존재할 수 있다. 이렇듯 타인의 생명보험에서 피보험자의 보험금청구권자와의 일정한 관계는 자기의 생명보험보다 제한적이며, 따라서 피보험자의 도덕적 위험으로부터의 안전성은 상대적으로 낮다. 하지만, 정도의 차이는 있지만 자기의 생명보험이든 타인의 생명보험이든 피보험자는 도덕적 위험으로부터 자유롭지 못하다. 따라서 도덕적 위험을 방지할 수 있는 법적 장치가 필요한 것은 양자가 마찬가지이다.

5) 독일 보험계약법(VVG) 제159조 제2항.

6) 일본 상법 제674조.

7) 영국 생명보험법(the Life Assurance Act of 1774) 제1조.

8) Warnock v. Davis, 104 U.S.(14 Otto) 775 at p.779.

9) 양승규, 『보험법』, 삼지원, 2002, p.438.

라. 동의주의의 구체적 내용

(1) 의의 및 법적 성질

여기서 동의란 해당 사망보험계약의 피보험자로 되는 것에 대해 찬성하는 의사표시이다. 동의는 준법률행위이다¹¹⁾. 동의는 보험계약의 성립요건이 아니라 효력발생요건이다¹²⁾.

상법 제731조 제1항의 동의요건은 당사자의 의사에 의해서 배제할 수 없다는 의미에서 강행법규이다¹³⁾. 강행법규로 보는 근거는, 동의요건을 통해 보호하려는 법익이 당사자의 의사에 의해 임의로 배제할 수 있는 것이 아니라는 데 있다. 즉, 피보험자의 동의없이 그의 사망을 보험의 목적으로 하는 것은 '피보험자의 이익' 및 '공서양속'에 반하고, 이들은 당사자가 임의로 배제(또는 처분)할 수 있는 법익이 아니기 때문이다. 대상판결도, 상법 제731조 제1항의 취지를 "도박보험의 위험성과 피보험자 살해의 위험성" 이외에도, "피보험자의 동의를 얻지 아니하고 타인의 사망을 이른바 사행계약상의 조건으로 삼는 데서 오는 공서양속의 침해의 위험성을 배제"하는 데서 찾고 있으며, 이를 근거로 해서, 해당 규정의 위반시 피보험자만 무효를 주장할 수 있는 것(편면적 강행규정)이 아니라, 피보험자뿐만 아니라 보험자도 무효를 주장할 수 있는 것(양면적 강행규정)이라고 판시하였다¹⁴⁾.

(2) 요건

동의를 상대방은 계약의 당사자 중 누구라도 무방하다¹⁵⁾. 동의의 시기는 보험계약의 체결시이다(상법 제731조 제1항). 동의의 방식은 서면이다(상법 제731조 제

10) 정찬형, 「미국법상 생명보험에서의 피보험이익」, 『보험법연구3』, 보험법연구회 편, 삼지원, 1999, p.412.

11) 통설(예를 들면, 양승규, 『보험법』, 삼지원, 2002, p.451).

12) 통설(예를 들면, 양승규, 『보험법』, 삼지원, 2002, p.451).

13) 통설(예를 들면, 양승규, 『보험법』, 삼지원, 2002, p.451).

14) 일본에서는, 타인의 사망보험은 공서양속의 침해가 될 수 있고, 동의는 그러한 공서양속의 침해를 없애는 것으로 추단할 수 있는 것이라는 견해가 제시된다: 坂口光男, 『保險法』, 文眞堂, 2003, 297頁; 酒卷俊雄, 石山卓磨 編, 『保險法·海商法』, 青林書院, 1997, 122頁.

15) 통설(예를 들면, 양승규, 『보험법』, 삼지원, 2002, p.452).

1항). 동의는 보험계약별로 이루어져야 하고 포괄적 동의로는 부족하다¹⁶⁾. 동의의 철회는, 보험계약의 성립 이전에는 피보험자가 임의로 할 수 있지만, 그 이후에는 보험계약자 및 보험수익자의 동의가 있어야 하는 것으로 해석한다¹⁷⁾.

(3) 효과

피보험자 동의가 흠결되면, 보험계약은 무효로 된다¹⁸⁾. 따라서, 보험사고가 발생해도 보험자는 보험금지급의무가 없다.

보험계약이 무효로 된 경우, 보험자가 보험계약자에 대한 보험료의 반환의무를 부담하는지를 살핀다. 계약이 무효로 된 경우, 당사자는 원상회복의 의무를 부담하는 것이 일반원칙이다. 이에 따르면, 보험자는 수령한 보험료가 있으면 이를 반환해야 한다. 그런데, 보험계약의 무효시 보험료의 반환에 관한 특칙인 상법 제648조를 주목할 필요가 있다. 즉, 상법 제648조는, “보험계약의 전부 또는 일부가 무효인 경우에 보험계약자와 피보험자가 선의이며 중대한 과실이 없는 때에는 보험자에 대하여 보험료의 전부 또는 일부의 반환을 청구할 수 있다. 보험계약자와 보험수익자가 선의이며 중대한 과실이 없는 때에도 같다.”라고 규정한다. 이에 따라, 보험계약자는 선의이며 무중과실의 경우에만 보험자에게 보험료의 반환을 청구할 수 있게 된다.

여기서 선의 또는 무중과실이란 무엇을 가리키는가? 그것이, 보험계약의 체결시 피보험자의 동의가 흠결되어 있다는 점에 대한 인식을 가리키는지, 아니면 그러한 인식과 더불어 보험계약의 체결시 피보험자의 동의가 흠결되면 보험계약이 무효로 된다는 점에 대한 인식을 가리키는지에 달려 있다. 전자로 보면, 대부분의 보험계약자가 보험료를 반환받지 못하게 될 것이고, 후자로 보면 ‘법의 무지는 용서받지 못한다’는 법언과 상충할 우려가 있다.

생각건대, 상법 제648조는 보험의 선의성에 기초한 조항이다. 즉, 보험제도를 남용하려는 보험계약자에 대해 보험료를 반환하지 않음으로써, 그에게 합당한 불이익

16) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다56677 판결; 대법원 2003. 7. 22. 선고 2003다24451 판결; 통설(예를 들면, 양승규, 『보험법』, 삼지원, 2002, p.452).

17) 통설(예를 들면, 양승규, 『보험법』, 삼지원, 2002, p.453).

18) 통설(예를 들면, 양승규, 『보험법』, 삼지원, 2002, p.451~452).

을 주고 보험제도의 남용을 예방하는데 그 취지가 있다. 그런데, 동의흠결의 법적 효과에 대한 인식이 없는 보험계약자에게 보험제도 남용의 의사가 있다고 단정하기는 어렵다. 요컨대, 상법 제648조의 취지를 고려하면, 선의 또는 중과실을 후자를 기준으로 해석하는 것이 바람직하다고 본다.

다만, 동의흠결의 법적 효과에 대한 보험계약자 등의 인식을 사후적, 객관적으로 판단하는 것이 어렵다는 점이 과제로 남는다. 법문을 보면, 보험계약자가 선의 및 무중과실을 입증해야 하는 것으로 해석되므로, 보험계약자는 입증의 어려움을 피하기 어렵다. 이를 기화로, 보험자가 보험계약자의 보험료 반환청구에 순순히 응하지 않는다면, 약자로서 보험계약자의 입장은 난감해 질 수밖에 없다. 보험금과 달리 보험료는 소송을 제기할 정도의 액수에는 보통 미치지 못할 것이므로, 더욱더 그러하다. 보험계약자의 이러한 어려움을 덜어주기 위해서라도, 후술하는 바와 같이, 보험자에게 비소급적 추인의무를 부과하는 것이 바람직하다.

Ⅳ. 사후동의를의 법적 효과

1. 문제의 제기

상법 제731조 제1항은, 타인의 사망보험의 경우 “보험계약 체결시에” 그 타인의 서면동의를 얻어야 한다고 규정한다. 동의시기를 명시하고 있는 것이다. 그럼에도 불구하고, 보험계약자가 보험계약의 체결 이후에 피보험자의 동의(이하 ‘사후동의’)를 얻는다면 보험계약이 유효해 질 수 있는지가 문제된다.

2. 해석론

사후동의를 있으면 보험계약이 유효해지는지를 둘러싸고 학설은 대립한다. 긍정설은 보통, 피보험자의 동의가 보험계약의 성립요건이 아니라 효력발생요건임을 근거로 한다¹⁹⁾. 부정설은, 상법 제731조 제1항이 강행규정임을 근거로 한다²⁰⁾.

대상판결은 부정설과 같다. 즉, “타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 보험계약 체결시에 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻어야 한다는 상법 제731조 제1항의 규정은 강행법규로서 이에 위반하여 체결된 보험계약은 무효”라고 판시하였다. 좀더 상세하게 법리를 전개한 대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다56677 판결은, 상법 제731조 제1항이 “동의를 시기와 방식을 명확히 함으로써 분쟁의 소지를 없애려는 데” 취지가 있다고 하면서²¹⁾, “위 상법 규정에 의하면 타인의 생명보험에서 피보험자가 서면으로 동의를 의사표시를 하여야 하는 시점은 ‘보험계약 체결시까지’이고, 이는 강행규정으로서 이에 위반한 보험계약은 무효이므로(대법원 1996. 11. 22. 선고 96다37084 판결, 2006. 4. 27. 선고 2003다60259 판결 등 참조), 타인의 생명보험계약 성립 당시 피보험자의 서면동의를 없다면 그 보험계약은 확정적으로 무효가 되고, 보험계약의 당사자도 아닌 피보험자가 이미 무효가 된 보험계약을 추인하였다고 하더라도 그 보험계약이 유효로 될 수는 없다.”고 판시하였다.

참고로, 우리와 달리 동의시기를 제한하고 있지 않은 일본 상법 제674조 제1항 하에서, 사후동의를 얻은 경우에 보험계약이 체결시로 소급하여 유효로 되는지를

19) 이기수·최병규·김인현, 『보험·해상법』, 박영사, 2003, p.291; 손주찬, 『상법(하)』, 박영사, 2005, p.691; 정진세, 「피보험자의 동의가 없는 사망보험계약의 효력」, 『상사법연구』, 정신세교수정년기념논문집간행위원회, 2001, p.508; 정찬형, 『상법강의(하)』, 박영사, 2006, p.738; 정동윤, 『상법(하)』, 법문사, 2000, p.686.

20) 김성태, 『보험법강론』, 법문사, 2001, p.838; 양승규, 『보험법』, 삼지원, 2002, p.453; 최준선, 『보험법·해상법』, 삼영사, 2005, p.322.; 강대섭, 「피보험자의 서면동의 없는 생명보험계약의 효력」, 『상사판례연구』, 제15집, 상사판례학회, 2003, p.858; 박은경, 「피보험자의 서면동의 없는 타인의 생명보험계약에 대한 보험자의 책임」, 『상사판례연구』, 제10집, 상사판례학회, 1999, p.301; 정진옥, 「피보험자의 서면동의 없는 타인의 생명보험계약의 효력」, 『상사판례연구』, 제8집, 상사판례학회, 1997, p.417.

21) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2003다24451 판결도 동일하다.

둘러싸고 학설은 대립하고 있다²²⁾. 긍정설은, 사후라도 동의를 있으면 문제될 것이 없다는 점, 또는 동의를 성립요건이 아니라 효력발생요건이라는 점을 근거로 한다. 긍정설은, 보험계약의 체결시에 피보험자의 동의를 흠결되어도 보험계약은 부동적 무효라고 새긴다. 반면에, 부정설은, 사후동의를 허용하면 피보험자가 할 수 없이 동의하게 되는 폐해가 생긴다는 점을 근거로 한다. 부정설은, 보험계약의 체결시에 피보험자의 동의를 흠결되면 보험계약은 확정적 무효라고 새긴다.

생각건대, 강행법규인 상법 제731조 제1항이 동의시기를 제한한 이상, 부정설에 찬성한기로 한다.

3. 입법론

가. 갈등예방의 필요성

동의시기는 입법정책의 문제이다. 대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다56677 판결은, 전술한 바와 같이, 상법 제731조 제1항이 동의를의 시기와 방식을 명확히 한 것은 분쟁의 소지를 없애는데 취지가 있다고 한다. 여기의 분쟁이 동의 여부를 둘러싼 분쟁을 지칭한다고 보면, 서면방식은 그 취지가 긍정되지만, 동의시기는 그렇다고 보기 어렵다. 보험계약의 체결시로 동의시기를 정한다고 해서 동의 여부에 관한 분쟁의 소지가 해소된다고 보는 것은, 의문스럽기 때문이다. 만약 분쟁이 보험계약의 체결후 피보험자가 마지못해 동의해야 하는 갈등이나 폐해를 지칭한다고 보는 것이라면, 그 취지에 찬성할 수 있다. 일본의 부정설도 이 점을 논거로 삼고 있음은 전술하였다. 이 점을 고려하면, 동의시기를 제한하는 것으로 상법 제731조 제1항이 개정(1991년)되었던 것은 나름대로 의의가 있다고 볼 일이다. 상법 제731조 제1항의 동의시기 제한을 삭제하는 문제는 좀 더 지켜본 이후에 결정할 일이라고 본다²³⁾.

22) 이에 대해서는, 坂口光男, 『保險法』, 文眞堂, 2003, 298~9頁; 山下友信, 『保險法』, 有斐閣, 2005, 269頁.

나. 보험자의 추인의무

(1) 추인의 일반법리

무효인 법률행위는 법률행위의 효과가 발생하지 않은 것이다. 당사자가 그 무효 행위를 유효하게 하는 의사표시, 즉 추인을 하면 유효하게 되는가?

먼저, 민법 제139조의 규정을 살핀다. 당사자가 무효행위를 추인해도 소급하여 유효로 되지 않는다(제139조 본문). 즉, 민법은 소급적 추인을 금지한다. 다만, 당사자가 그의 행위가 무효임을 알고서 추인한 때에는 새로운 법률행위를 한 것으로 본다(제139조 단서). 즉, 민법은 비소급적 추인은 허용한다. 허용 취지는, 당사자가 다시 동일한 행위를 반복해야 한다고 할 필요가 없으므로 편의상 새로운 행위를 한 것으로 간주하는데 있다.

다음, 민법 제139조에 대한 해석론을 살핀다. 판례와 통설은 다음과 같이 해석한다²⁴⁾. 첫째, 추인 여부의 문제이다. 추인에 의해 새로운 행위로서의 요건을 갖추더라도, 행위의 성질상 그 행위가 역시 유효할 수 없는 것이라면, 아무리 추인을 하여도, 소급 여부와 무관하게, 유효한 것으로 될 수 없다. 강행법규의 위반행위가 그 예이다. 둘째, 소급 여부의 문제이다. 민법 제139조 본문에도 불구하고, 당사자 사이에서, 또는 제3자의 권리를 해하지 않는 범위 내에서 제3자에 대한 관계에서, 소급적으로 추인하는 것은 가능하다고 해석한다.

(2) 무효인 사망보험의 추인

(가) 비소급적 추인만 가능

첫째, 비소급적 추인을 살핀다. 타인의 사망보험계약 자체가 강행법규의 위반은 아니다. 보험계약의 체결시 피보험자 동의가 흠결된 것이 강행법규의 위반인 것이다. 따라서, 피보험자의 동의를 얻으면, 해당 사망보험은 새로운 유효행위로서의 요건을 충족한 것이며, 비소급적 관점에서는 더 이상 강행법규 위반이 아니다. 따라

24) 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 1998, p.417을 참조하였다.

서, 피보험자 동의를 얻으면 당사자가 비소급적 추인을 하는데 아무런 문제가 없다. 비소급적 추인의 경우, 추인 이전에 발생한 보험사고에 대해, 보험자가 보험금지급 책임을 지지 않음은 당연하다.

둘째, 소급적 추인을 살핀다. 판례와 통설이 당사자 사이에서, 또는 제3자의 권리를 해하지 않는 범위 내에서 제3자에 대한 관계에서, 소급적 추인을 인정함은 전술하였다. 보험계약 자체는 채권계약으로서 당사자 사이에만 효력이 있는 것이 원칙이다. 따라서, 무효인 사망보험의 소급적 추인은 당사자 사이에서의 소급적 추인이 되고, 제3자의 권리를 해하는 경우가 원칙적으로 발생하지 않는다. 그런데, 다음과 같은 이유에서 소급적 추인은 허용될 수 없다. 먼저, 소급적 추인을 인정하게 되면, 보험계약의 체결 이후 추인 이전에 보험사고가 발생한 경우 보험자가 보험금지급 책임을 부담하게 되는데, 이는 강행법규인 상법 제644조 본문의 위반으로 된다. 즉, 상법 제644조 본문은, “보험계약당시에 보험사고가 이미 발생하였거나 또는 발생할 수 없는 것인 때에는 그 계약은 무효로 한다.”고 규정한다. 상법 제644조 단서, 즉, “그러나 당사자 쌍방과 피보험자가 이를 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.”가 적용되는 경우는 상상하기 어렵다. 다음, 추인 이전의 강행법규(상법 제731조 제1항) 위반상태가 당사자의 추인에 의해 치유 또는 해소된다고 하기도 어렵다. 상법 제731조 제1항이 보호하려는 법익 중 피보험자 이익은 피보험자의 사후동 의와 당사자의 추인에 의해 침해상태가 치유된다고 볼 여지가 있겠지만, 또 하나의 법익인 공서양속의 침해상태는 그렇게 해서 치유된다고 보기 어렵기 때문이다.

추인의 주체도 여기서 살핀다. 추인의 주체는 보험계약의 당사자이다. 타인의 사망보험계약에서 당사자는 보험자와 보험계약자이다. 피보험자는 당사자가 아니며, 따라서 추인의 주체라고 할 수 없다. 피보험자는, 추인의 전제가 되는 동 의의 주체이다. 대상판결도 피보험자가 추인의 주체가 아님을 분명히 하고 있다. 보험자 또는 보험계약자 중 어느 누구라도 추인하지 않으면, 추인은 성립될 수 없다. 보험자 및 보험계약자 누구에게도 추인의 의무는 없는 것이 원칙인 것이다.

(나) 보험자의 추인의무 법제화 필요성

비소급적 추인이 있으면, 무효인 보험계약이 새로이 유효한 보험계약으로 되고,

무효인 보험계약의 내용은 새로이 유효한 보험계약으로 승계되는 것이 원칙이다. 즉, 비소급적 추인을 하면 추인당시를 기준으로 보험계약의 내용을 다시 정하는 것이 아니라 기존의 무효인 보험계약의 내용이 그대로 승계되는 것이 원칙이다. 이것이 비소급적 추인이 새로운 계약을 체결하는 것과 다른 점이다.

그런데, 만약 새로운 보험계약을 체결하려 한다면, 체결 이후 추인까지의 기간이 1년 이상 경과된 경우, 피보험자의 연령증가로 인해서 보험료가 인상될 것이고, 경우에 따라서는 피보험자가 인수연령을 초과함으로써 인수거절 될 수도 있을 것이다. 그러니까, 보험계약자로서는 비소급적 추인이 환영할 만한 일이지만, 보험자는 보험료의 미인상 또는 인수연령의 초과 등을 상쇄할 수 있는 이익이 확보되지 않는 한 비소급적 추인에 대한 유인을 느낄 수 없을 것이다.

보험자에게 그러한 이익이 확보될 여지가 있는지를 살핀다. 추인 이전의 보험계약은 무효이므로, 당사자는 원상회복의무를 부담하는데, 보험계약자가 선의 및 무중과실을 입증하면 보험료를 반환받을 수 있음(상법 제648조)을 전술하였다. 보험계약자가 선의 및 무과실을 입증하는 것이 용이하지 않음도 전술하였다. 한편, 후술하는 바와 같이, 동의요건이 설명되지 않은 경우, 보험계약자가 보험자에게 사용자 책임으로서 손해를 배상받을 수 있다는 것이 대상판결의 판시이다. 보험계약자가 선의 또는 무중과실을 입증하기 어려우면, 설명의무의 위반을 이유로 손해배상을 청구하는 것도 하나의 방법이다. 대법원 판례에 의하면, 보험사고가 발생한 경우 그 손해는 보험금이다. 보험사고 발생하지 않은 경우의 손해에 관한 대법원 판례는 아직 없지만, 보험사고가 발생한 경우에 비추어 보면, 보험계약자가 지불한 보험료가 손해라고 추측해 볼 수 있다. 과실상계를 적용해서 보험료의 60%~70%만을 보험계약자에게 지급되는 것이 통례일 것이다.

이렇게, 보험계약자가 선의 및 무중과실을 입증해서 또는 설명의무 위반을 입증해서 보험자로부터 보험료의 일정액을 반환받거나 배상받을 수 있는 경우는, 그 반환 또는 배상의 포기가 보험자에게 비소급적 추인의 유인으로 작용할 수 있다고 본다. 물론, 그렇다고 해도 보험자가 원칙상 추인의무를 부담하는 것은 아니며, 추인 여부는 전적으로 보험자의 의사에 달려 있다. 생각건대, 보험계약자가 선의 및 무중과실을 입증하거나 설명의무의 위반을 입증하고, 피보험자의 동의를 얻어서 추인하

면, 보험자가 추인의무를 부담하는 것으로 법제화 할 필요가 있다고 본다. 보험자에 비해 불리한 위치에 있는 보험계약자로서는 비록 보험자에게 추인의 유인이 있다고 해도 그의 추인을 이끌어내는 것이 반드시 용이한 것은 아니라는 점을 고려한 것이다.

후술하는 바와 같이, 보험사고의 발생 이후 보험계약자가 모집시 설명의무의 위반을 이유로 보험자에게 사용자책임을 물어서는 보험금의 60%~70% 정도의 배상을 받는데 그친다. 보험계약은 체결되어 있지만 효력이 없어서 사실상 무보험이고 보험사고가 발생하면 손해배상청구를 통해서 보험금의 일부를 배상받는, 지금의 비효용은 시정되어야 한다. 비소급적 추인의무의 조속한 법제화를 통해서, 피보험자의 동의가 흠결된 사망보험계약이 유효인 보험계약으로 정상화 될 수 있는 길을 열어주고, 그 결과 보험이 본래의 효용을 회복할 수 있도록 해야 한다.

물론, 보험계약자가 피보험자의 사후동의를 구하는 과정에서, 피보험자가 마지못해 동의하게 될 수도 있다는 점이 다시 부각될 수 있지만, 보험계약자가 선의 및 무중과실을 입증하거나 또는 동의요건에 대한 설명을 받지 못했음을 입증한 경우는, 피보험자의 동의를 구해 볼 기회가 제공되는 것도 필요하다고 본다. 다만, 보험자의 추인의무는 추인을 거절할 만한 사유가 없음, 즉 피보험자의 부보가능성이 있음을 전제로 해야 한다. 만약 그렇지 않으면, 주로 피보험자가 위험체로 변화한 경우에 보험계약자에 의한 비소급적 추인이 행해져서 보험단체가 위험단체로 변화되는 역선택(adverse selection)의 폐해가 발생할 우려도 있기 때문이다. 보험계약자가 선의 및 무중과실을 입증하지 못하거나 설명의무의 불이행을 입증하지 못한 경우에는, 보험자에게 추인의무가 없음은 물론이다. 보험자에게 추인의무를 부과하는 것으로 법제화 하느니 차라리 사후동의를 허용하는 것이 어떤가라는 의문도 제기될 수 있으나, 추인의무는 설명의무가 이행되는 한 거의 발생하기 어려운 것이고, 사후동의를 설명의무의 이행 여부와 무관하게 허용되는 것이라는 점에서, 양자는 차이가 있다.

V. 보험자의 사용자책임

1. 모집종사자의 설명의무

보험계약의 모집에 종사하는 자(이하 '모집종사자')가 모집시 보험계약자에게 보험계약의 중요사항을 설명해야 할 의무를 부담하는지가 문제될 수 있다. 본 주제와 관련시키면, 타인의 사망보험계약의 모집시 모집종사자가 보험계약자에게 피보험자의 동의요건에 대해서 설명할 의무가 있는지가 문제된다. 이것이 긍정된다면, 설명의무를 위반한 자는 불법행위로 인한 손해배상책임을, 보험자는 보험업법의 규정(제102조)에 따라서 사용자책임을 부담하게 될 것이다.

계약체결 과정에서 당사자는 신의칙상 주의의무를 부담하고, 설명의무는 그러한 신의칙상 주의의무의 한 종류에 해당한다²⁵⁾. 설명의무의 존재나 범위는 계약에 따라 구체적, 개별적으로 정해질 문제이다.

대사판결은 동의요건에 대한 설명의무를 긍정한다. 즉, 보험모집인이 보험계약의 체결시 보험계약자에게 주피보험자의 “서면에 의한 동의를 얻어야 하는 사실을 설명하지 않았고”, 이로 인해 보험계약이 무효로 되어서 보험계약자가 보험사고의 발생시 보험금을 지급받을 수 없는 손해를 입게 되었고, 보험자가 보험모집인의 불법행위와 관련하여 사용자책임을 부담해야 한다고 판시하였다. 여기서 보험자가 사용자책임을 부담하게 되는 법적 판단과정의 시발점은, 보험모집인이 보험계약자에게 피보험자 동의요건에 대한 설명의무를 주의의무로서 부담한다는 점이다.

한편, 대법원 2004. 4. 23. 선고 2003다62125 판결은, “보험모집인 또는 보험대리점 등이 타인의 생명보험계약을 모집함에 있어서는 보험계약자에 대하여 타인의 생명보험은 다른 보험과는 달리 피보험자의 서면 동의를 없으면 보험사고가 발생하더라도 보험금을 지급받을 수 없다는 내용을 설명하거나 정보를 제공하여야 할 법적 의무가 신의칙상 요구된다고 할 것이고, 객관적으로 보아 그와 같은 내용을 이해

25) 통설(예를 들면, 박윤직, 『채권각론』, 박영사, 2000, p.66).

시킬 수 있도록 충분히 설명하거나 정보를 제공하지 아니하였다면 타인의 생명보험 계약을 모집함에 있어서 요청되는 설명의무 내지 정보제공의무를 다하지 아니하였다고 할 것이다.”라고 판시하였다²⁶⁾. 이 판결은, 설명의무이외에 정보제공의무라는 표현도 사용하고 있는데, “이해시킬 수 있도록” 그 의무들이 이행될 것을 요구하였다. 대상판결이, “이해할 수 있도록”이라는 구절을 원용하지 않은 것이, 일부러 의도한 것인지, 아니면 표현하지 않아도 당연히 요구되는 것으로 여겼는지 여부는 분명하지 않지만, 후자로 보고자 한다.

2. 관련쟁점

이하에서는, 대상판결과 관련하여, 동의요건이 설명의무의 대상인지, 설명의무 위반과 손해의 인과관계에서 동의의 획득가능성 요소를 고려해야 하는지, 보험사고 미발생시의 손해배상책임 등에 대해서 검토하기로 한다.

가. 피보험자 동의요건이 설명의무의 대상인가?

피보험자의 서면동의를 법정 요건이다(상법 제731조 제1항). 법률이 정한 요건도, 신의칙상 설명의무의 대상으로 될 수 있는가? 대상판결은 이를 긍정한다. 대상판결의 이러한 입장은, ‘법의 무지는 용서받지 못한다’는 법언과 상충되는 것은 아닌가 하는 의문이 제기된다.

대법원은, 약관의 규제에 관한 법률(이하 ‘약관규제법’) 제3조 제2항이 규정하는, 중요사항의 설명의무와 관련하여, 거래상 일반적으로 공통적이어서 고객이 충분히 예상할 수 있는 사항이거나 “이미 법령에 의해 정해진 것을 반복하거나 부연하는 정도의 사항”에 대해서는 설명의무가 면제된다고 판시한 바 있다²⁷⁾. 그러면서도, 상법 제651조의 법정 의무인 고지의무와 관련해서는 상반된 판시를 한 바 있

26) 대법원 2004. 4. 23. 선고 2003다62125 판결. 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다55499, 55505 판결도 동일하다.

27) 대법원 2000. 7. 4. 선고 98다62909 판결.

다. 즉, 보험계약 체결 후 보험계약자에게 보험약관을 우송하면서 주운전자를 허위로 기재하면 보험금을 지급받지 못하는 경우가 있으므로 기존의 계약 내용 중 잘못된 부분이 있으면 이를 즉시 수정, 신고하여야 한다는 취지의 안내문을 동봉하여 우송한 사건에서, 대법원은 “이러한 사정만 가지고서 바로 피고가 주운전자제도와 관련된 보험약관의 구체적인 내용을 알고 있었다거나, 원고가 피고에게 주운전자제도를 부실 신고한 경우에 입게 되는 계약해지의 불이익에 관하여 구체적이고도 상세한 설명을 하였음을 추인하기에는 부족”하다고 판시하였다²⁸⁾. 즉 대법원은, 주운전자의 부실고지로 인한 불이익(즉 상법 제651조상 고지의무위반의 효과)을 부연한 약관조항에 대한 설명의무를 전제하고, 해당 설명의무가 위반되었다고 판시한 것이다.

추측컨대, 대법원은 피보험자의 동의나 고지의무가, 그것들이 비록 법정 요건이기는 하나, 보험계약의 효력을 좌지우지할 정도로 보험계약자 등의 이해관계에 미치는 영향이 너무나 크기 때문에, 보험계약의 모집시 그것들에 대한 보험계약자 등의 주의를 환기시켜 줄 필요가 있다고 본 것 같다. 보험계약법과 같이 고도의 전문성을 띤 법규에 대해서, 법의 무지는 용서받지 못한다는 법언을 예외없이 관철하는 것이 시대착오적 측면이 있음을 부인하기는 어렵다. 다만, 그 법언의 예외가 법원의 판결에 의해서 사후적으로 정해지는 것은 법적 안정성(예측가능성)을 훼손하는 것이 아닌가 하는 우려가 있다. 이를 피하기 위해서는, 법정 요건이더라도 설명의무의 대상으로 삼을 필요가 있다고 판단되는 사항은, 입법을 통해 적절히 명시하는 것이 필요하다고 본다. 본 본문의 주제와 관련시키면, 피보험자 동의요건이 보험계약의 모집시 설명의무의 대상임을 상법 또는 보험업법에 명시하는 것이 바람직하다.

나. 설명의무 위반과 손해의 인과관계

불법행위로 손해배상책임이 성립되기 위해서는 불법행위와 손해 사이에 인과관계가 존재해야 한다(민법 제750조). 대상판결은, 보험모집인이 동의요건에 대한 설

28) 대법원 1997. 9. 26. 선고 97다4494 판결. 동일한 취지의 판결로는, 대법원 1997. 10. 28. 선고 97다24966 판결, 대법원 1996. 4. 12. 선고 96다4893 판결 등이 있다.

명의무를 위반하였고, 보험계약자는 그로 인해서 “보험계약이 무효가 됨으로써 이 사건 교통사고에 관하여 피고가 지급받을 수 있는 보험금을 지급받지 못하게 되는 손해를 입었다”고 판시한다. 즉, 설명의무의 위반과 보험금부지급의 손해 사이에 인과관계를, 다른 고려 없이, 긍정하고 있다.

생각건대, 설명의무의 위반과 보험금부지급의 손해 사이에는 ‘동의를 획득가능성’에 대한 고려가 있어야 한다. 만약 설명의무가 이행되더라도 보험계약자가 피보험자의 동의를 얻을 수 없었을 것이라고 판단되는 경우에, 설명의무위반과 손해 사이의 인과관계를 인정하는 것은 부당하고, 심지어 동의 미취득을 주장하는 폐해마저 발생할 수 있다. 하지만, 동의가능성을 사후적으로 판단하는 것은 매우 어려운 일이다. 특히 보험사고의 발생으로 피보험자가 사망한 경우는 더욱 어렵다. 대상사건에서는, 보험계약자와 피보험자가 배우자관계이므로 동의를 획득가능성이 높다고 사실상 추정된다. 대법원 2004. 4. 23. 선고 2003다62125 판결에서는, 보험계약자와 피보험자가 모자관계이므로, 마찬가지로 일 것이다. 하지만, 이러한 배우자나 근친관계 이외의 경우는 어떻게 처리할지가 어려운 과제로 남는다. 또한, 배우자나 근친관계라도, 동의를 획득가능성이 낮았음을 보험자가 입증한다면, 인과관계에 이를 고려하지 않을 이유가 없다고 본다.

요컨대, 보험계약자와 피보험자의 관계로부터, 피보험자 동의를 획득가능성을 합리적으로 추정할 수 있는 경우에만, 인과관계의 인정이 가능하다고 새겨야 한다.

다. 보험사고의 미발생시 손해배상책임

대상판결은, 설명의무위반으로 인한 손해배상책임이 보험사고가 발생한 이후에 문제된 경우를 다루고 있다. 그런데, 보험사고가 발생하기 이전에 그것도 검토되어야 한다. 이 경우 손해는, 설명의무위반으로 인해 동의요건이 흠결되어서 보험계약이 무효로 되고, 그 결과 보험계약자가 지불하지 않아도 될 보험료를 지불함으로써 인해서 입은 손해이다.

보험계약자가 보험계약의 무효로 인해서 보험료를 반환받을 수 있다면 이러한 손해배상책임을 논의할 실익은 크지 않다. 전술한 바와 같이, 보험계약이 무효인 경우 당사자가 원상회복의무를 부담하는 것이 원칙이지만, 보험계약자가 선의이며 무중

과실인 경우에만 보험료반환청구권이 인정된다(상법 제648조). 하지만, 전술한 바와 같이, 보험계약자가 선의 및 무중과실을 입증하는 것이 반드시 용이한 것은 아니다. 따라서, 설명의무 위반을 이유로 한 보험자의 사용자책임을 물을 실익도 없지 않다. 이 경우, 보험계약자의 손해는 지불한 보험료라고 보아야 할 것이고, 다만 과실상계를 적용해서 보험계약자는 손해의 60%~70%만을 배상받는 것이 보통일 것이고, 따라서 이 점에서는 원상회복을 받는 것보다 불리하다.

Ⅵ. 결론

이상에서, 타인의 사망보험에서 피보험자의 동의가 보험계약 체결시에 흠결된 경우, 그 법적 효과 및 보험자의 사용자책임에 대해서 살펴보았고, 다음과 같은 결론에 이르렀다.

첫째, 동의흠결의 법적 효과를 보기로 한다. 보험계약의 체결시 피보험자의 동의가 흠결되면, 상법 제731조 제1항이 강행규정임을 고려하여 확정적 무효라고 해석한다. 대상판결은 이 점에서 타당하다. 다만, 보험계약자가 보험계약의 체결시에 동의요건에 대한 설명을 듣지 못한 경우, 피보험자의 동의를 얻어서 해당 보험계약의 비소급적 추인을 할 수 있고, 보험자는 부보가능성을 전제로 추인의무를 부담한다고 입법할 필요가 있다.

둘째, 사용자책임을 보기로 한다. 피보험자 동의요건에 대한 설명의무는 필요하다고 본다. 다만, 법률이 정한 동의요건이 설명의무의 대상이 될 수 있는지와 관련하여 논란의 여지가 있는 만큼, 상법 또는 보험업법에 명시적으로 규정하는 것이 필요하다. 나아가, 대상판결이 설명의무위반과 손해 사이의 인과관계를 판단함에 있어서 '동의를 획득가능성'을 명시적으로 언급하지 않은 것은 법리상 아쉬운 점이다. 마지막으로, 보험사고가 발생하지 않은 경우에도 설명의무의 미이행으로 인한 보험자의 사용자책임을 물을 수 있다고 해석해야 한다.

참 고 문 헌

- 강대섭, 「피보험자의 서면동의 없는 생명보험계약의 효력」, 『상사판례연구』, 제15집, 상사판례학회, 2003, pp.856~858.
- 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 1998.
- _____, 『채권각론』, 박영사, 2000.
- 김성태, 『보험법강론』, 법문사, 2001.
- 박은경, 「피보험자의 서면동의 없는 타인의 생명보험계약에 대한 보험자의 책임」, 『상사판례연구』, 제10집, 상사판례학회, 1999, pp.299~304.
- 손주찬, 『상법(하)』, 박영사, 2005.
- 양승규, 『보험법』, 삼지원, 2002.
- 이기수·최병규·김인현, 『보험·해상법』, 박영사, 2003.
- 정동윤, 『상법(하)』, 법문사, 2000.
- 정진세, 「피보험자의 동의가 없는 사망보험계약의 효력」, 『상사법연구』, 정신세교수정년기념논문집간행위원회, 2001, pp.504~510.
- 정진옥, 「피보험자의 서면동의 없는 타인의 생명보험계약의 효력」, 『상사판례연구』, 제8집, 상사판례학회, 1997, pp.415~418.
- 정찬형, 「미국법상 생명보험에서의 피보험이익」, 『보험법연구3』, 보험법연구회 편, 삼지원, 1999, pp.393~412.
- _____, 『상법강의(하)』, 박영사, 2006.
- 최준선, 『보험법·해상법』, 삼영사, 2005, p.322.
- 山下友信, 保險法, 『有斐閣』, 2005.
- 石山卓磨 編著, 『現代保險法』, 成文堂, 2005.
- 坂口光男, 『保險法』, 文眞堂, 2003.
- 酒卷俊雄, 石山卓磨 編, 『保險法·海商法』, 靑林書院, 1997.

Abstract

According to Art. 731(1) of Korean Commercial Code, the policyholder must acquire the insured's authorization before making the insurance contract under which the policyholder differs from the insured. The case of 2005Da11612, 11619 held by Korean Supreme Court related with the interpretation of the above Article. This article deals with major issues of the decision: first, whether the insurance contract is interpreted as still void even though the policyholder acquires the insured's authorization after its conclusion, and whether the above article needs to be reformed as providing that the insurer be not allowed to claim the voidness of the contract when the policyholder omitted the insured's authorization before the time provided because of the failure by the insurer's intermediary to explain to him the requirement of the authorization but acquires it afterwards; second, whether the recognition of the intermediary's duty to explain is desirable, and if so which is its legal basis, and whether the requirement of authorization could reasonably be an object of the duty to explain; finally, some legal issues surrounding the insurer's responsibility to pay damages when its intermediary neglected to explain the requirement to the policyholder when mediating the insurance contract.

※ Key Words: the duty to explain, the effect of the insurance contract, the insured's authorization, the responsibility to pay damages