

법학평론 제5권 (2015. 02.), 108-165면

[연구논문]

개정 상법 제732조와 장애인 차별

임 성 택

법무법인 지평 변호사

stlim@jipyong.com

I. 서론

지적장애가 있어 사리분별이 어려운 아들을 위해 어머니는 생명보험에 가입하려 했다. 다 큰 아들이지만 장애를 가진 아들이 걱정인 어머니는 아들이 아프거나 사고가 날 경우를 대비하고자 했다. 그러나 보험회사는 상법 제732조를 이유로 보험 인수를 거절했다.¹⁾ 이 사례는 지적장애를 가진 사람을 피보험자로 하여 다른 사람이 보험에 가입하는 이른바 ‘타인의 생명보험’²⁾ 사안이다. 다음은 지적장애인 본인이 보험에 가입하려 한 경우이다(‘자기의 생명보험’). 지능이 좀 부족하지만 일도 하고 건강에 문제가 없으며, 보험의 의미를 이해하고 있는 지적장애인이 종신보험에 가입하려 했다가 거절당했다.³⁾ 단체보험의 사례도 많다. 지적장애 및 발달장애인을 다수 고용하고 있던 어느 회사는 근로자를 위한 단체보험에 가입하려 했으나 할 수 없었다. 이 공장에서 화재가 나 많은 장애인이 죽거나 다치는 사고가 발생했는데 건물과 기계 관련 보험만 가입되어 있어서 인명사고에 대한 보상은 어려움을 겪었다.⁴⁾

1) 국가인권위원회에 비슷한 진정이 많이 제기되었다. 국가인권위원회 ‘10진정0377600 사건’은 지적장애 3급인 자식을 위해 부모가 실비보험과 암보험에 가입하려다 거절당한 사례이고, 국가인권위원회 ‘09진차1555 사건’은 어머니가 지적장애 1급인 자식을 피보험자로 무배당 종합보험에 가입하려다 거절당한 사례이다. 이 사례들에서 국가인권위원회는 보험가입거부를 차별로 인정하고, 피진정인 보험회사에게 “피해자의 보험청약건을 정식으로 인수심사할 것과 보험심사업무를 담당하는 직원들에 대하여 장애인 차별금지과 관련된 인권교육을 실시할 것” 등을 권고하였다. 그 밖에도 국가인권위원회 13진정0388500사건, 10진정3776 사건, 09진차1560 사건, 09진차1563 사건 등 많은 권고가 있다.

2) 보험계약을 체결하는 보험계약자와 보험의 대상이 되는 피보험자가 다른 경우를 ‘타인의 보험’, 보험계약자와 피보험자가 일치하는 경우를 ‘자기의 보험’이라고 한다. 한편 보험계약자가 아닌 다른 사람이 보험수익자(보험금 지급청구권을 가지는 사람)로 되는 것을 ‘타인을 위한 보험’, 보험계약자가 자신을 보험수익자로 하는 것을 ‘자기를 위한 보험’이라 한다.

3) 서울고판 2011. 9. 2, 2011나18439. 원고들은 지적장애 2급 장애인으로, 생명보험회사의 다 이렉트종신보험에 가입하기 위해 전화상담을 진행하던 중 거절당했다. 지적장애인은 보험가입대상이 아니라는 이유였다. 원고는 장애인차별금지법상 적극적 시정조치의 일환으로 보험계약의 승낙 또는 보험가입절차의 이행을 구하였다. 법원은 차별인지는 판단하지 않고, “보험가입을 위한 단순한 전화상담을 넘어 종신보험가입을 위한 청약에 나아갔다는 점을 인정하기 부족하다”며 “더 나아가 판단할 필요 없이 원고들의 청구를 모두 기각한다.”라고 판결하였다.

4) 2005년 1월 8일 경북 칠곡의 장갑공장(주식회사 시온글로벌)에서 화재가 일어나 11명의 장애인 근로자가 사망하거나 다쳤다. 보도에 따르면[이권효, “[기자의 눈] 장애인은 보험도 들 수 없다니...”, 동아일보, 2005. 1. 10, <http://news.donga.com/3/all/20050110/8148134/1> (최

상법 제732조는 ‘15세 미만자, 심신상실자 또는 심신박약자’의 사망을 보험 사고로 하는 보험계약을 무효로 하고 있다. 상법 제731조 제1항에 따르면 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결할 때 그 타인의 서면 동의를 얻어야 한다. 그런데 15세 미만자, 심신상실자 및 심신박약자는 사리를 분별해 동의를 할 능력이 없거나 부족하므로 이들을 피보험자로 하는 사망보험의 효력을 부정한 것이다.

경북 의성의 저수지에서 어느 청년의 시신이 발견되었다. 스물여덟의 지적장애인 권 모 씨의 시신이었다. 단순한 익사사고로 보았던 수사기관은 그가 일하던 농장주가 권씨를 피보험자로 하는 생명보험에 가입했고, 사망 후 보험금을 탄 사실을 밝혀냈다.⁵⁾ 이런 상황을 염려해 상법 제732조는 만들어진 것이다. 판단능력이 없거나 부족한 사람을 피보험자로 하는 사망보험을 허용할 경우, 보험살해나 도박보험의 위험성이 크다는 것이다.

이렇게 상법 제732조는 의사능력이 부족한 장애인 보호를 위해 만들어졌지만, 역설적이게도 장애인을 차별하는 대표적인 조항이라고 비판받아 왔다. 그동안 이 조항에 따라 지적장애, 발달장애, 정신장애가 있는 사람의 보험 가입이 거의 봉쇄되었기 때문이다.⁶⁾ 이에 2005년에는 상법 제732조 삭제가 필요하다는 국가인권위원회의 정책권고가 나왔고,⁷⁾ 2005년 나경원 의원, 2008년곽정숙 의원 등이 국회에 상법 제732조를 폐지하는 상법 개정안을 발의하기도 했다.

종정숙일 2014. 12. 14.); 정성욱, “‘칠곡공장 화재’...장애인 보험 안돼 ‘울상’”, SBS TV, 2005. 1. 10. 등], 불이 난 장갑공장은 전체 근로자 210명 가운데 80여 명이 지적장애인이었고, 회사는 해마다 장애인 고용을 늘리면서 인명사고에 대비해 수차례 생명보험 가입을 시도했으나, 지적장애인이 포함되면 보험가입을 할 수 없었다. 이 회사는 불이 나기 닷새 전에도 상해보험 가입을 하려 했지만 가입대상이 아니라며 거절당했다. 이 회사는 건물과 기계 피해에 대비해 49억 원의 보험만 들었다고 보도되었다. 이 사고로 단체보험에서 장애인 가입을 거절하는 것이 온당한지 큰 논란이 일었다.

5) 박성훈, “내 아들 보험금이 왜 농장주 계좌에...”, 중앙선데이, 2012. 8. 1, <http://sunday.joins.com/article/view.asp?aid=27075> (최종접속일 2014. 12. 14.).

6) 2011년 보건복지부의 장애인실태조사에 따르면 지적장애 78.5%, 자폐성장애 74.1%, 정신장애 60.3%가 보험 계약 시 ‘차별받았다’고 응답하였다. 다른 장애를 포함하여 전체적으로는 53.7%가 보험가입에 있어 차별을 받았다고 응답한 것에 비해 정신적 장애인의 경우 차별받았다는 답변이 훨씬 많은 것을 알 수 있다.

7) 2005년 8월 22일 법무부장관을 비롯한 정부기관에 대하여 “민간보험에서의 장애인에 대한 차별 개선 권고”를 하면서 상법 제732조는 정신적 장애인에 대한 차별에 해당하므로 삭제하는 것이 바람직하다는 의견을 제출했다.

그러나 정부의 입장은 달랐다. 2009년 유엔장애인권리협약을 비준할 때 대한민국 정부는 상법 제732조를 이유로 협약 제25조 e항의 비준을 유보하였다. 이 조항은 건강보험 및 생명보험에 관한 장애인 차별을 금지하는 조항인데, 상법 제732조와 충돌된다는 이유였다. 상법 제732조를 유지하려는 정부의 입장이 반영된 것이다. 그 뒤에도 2012년 박원석 의원의 삭제안 또는 김정록 의원의 개정안 등이 제출되었고,⁸⁾ 장애계에서는 2012년 상법 제732조 폐지를 위한 공동대책 위원회를 구성하였다.

이러한 논란 끝에 2014년 3월 상법 제732조가 개정되었다(2014. 5. 20. 법률 제12591호로 개정되기 전의 것). 본문은 그대로 유지하되, 단서를 추가하여 심신박약자가 스스로 보험계약을 체결하거나, 단체보험의 피보험자가 될 때 ‘의사능력이 있는 경우’에는 사망보험 계약의 효력을 인정하였다.

이번 개정으로 차별적 요소는 사라졌을까? 이 글에서는 상법 제732조를 ‘차별’이라는 관점에서 살펴보고자 한다. 장애인 보호를 위해 만들어진 상법 제732조가 장애인의 법적 능력과 평등권을 침해하는 차별조항이라고 할 수 있는지, 만일 그렇다면 대안은 무엇인지 살펴보고자 한다. 장애인을 비롯한 소수자는 ‘보호’의 대상이다. 그러나 이러한 보호 담론은 권리 담론으로 전환될 필요가 있다. 장애인도 동등한 법적 주체로서 평등권을 누려야 하고, 권리의 주체로 보아야 한다. 보호가 필요하다고 해도 그 방법은 장애인의 피해를 최소화하는 적절한 방법으로, 장애인을 배제하거나 제한하지 않는 방법으로 이루어져야 한다. 이 글에서는 먼저 상법 제732조의 내용을 검토하고 그로 인하여 장애인의 보험가입이 구체적으로 어떻게 제한되는지, 나아가 외국의 입법례는 어떠한지를 살펴보기로 한다. 이러한 기초 위에 개정 상법 제732조가 어떠한 문제를 가지고 있는지, 장애인을 차별하는 것인지, 그렇다면 그 대안은 무엇인지 검토해보기로 한다.

8) 박원석 의원 대표발의안은 상법 제732조를 아예 삭제하는 것이었고, 김정록 의원 대표발의안은 “심신박약자 중 의사능력이 있는 자가 보험계약을 체결하거나 제731조에 따른 서면 동의를 하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라는 단서를 추가하는 것이었다. 김정록 의원안은 의사능력이 있는 심신박약자가 타인의 보험에 가입하는 것을 허용하고 있어, 개정 상법과 차이를 가진다.

II. 상법 제732조의 내용과 적용범위

1. 조문 내용과 입법취지

상법 제732조 본문은 “15세 미만자, 심신상실자 또는 심신박약자의 사망을 보험사고로 한 보험계약은 무효로 한다”고 규정하고 있다. 처음에는 18세 미만자를 대상으로 하였으나, 1991년 상법을 개정할 때 15세 미만자로 연령을 낮추었다.

상법 제731조 제1항은 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 체결할 때 그 타인의 서면 동의를 얻도록 하고 있다. 이른바 ‘동의주의’ 입법례를 취한 것이다. 이 조항의 입법취지를 대법원은 “도박보험의 위험성과 피보험자 살해의 위험성 외에도 피해자의 동의를 얻지 아니하고 타인의 사망을 이른바 사행계약상의 조건으로 삼는 데서 오는 공서양속 침해의 위험성을 배제하기 위한 것도 들어있다”고 설명하고 있다.⁹⁾ 아울러 피보험자가 알지 못한 채 자신의 생명이 보험에 부쳐지는 것은 그의 인격권을 침해하는 것이라는 논거도 제시된다.¹⁰⁾

그런데 15세 미만자, 심신상실자 또는 심신박약자의 경우 그들의 자유로운 의사에 기한 동의를 기대할 수 없고, 법정대리인이 대신 동의할 수 있도록 하면 보험금 취득을 위해 이들이 희생될 위험이 있으므로 상법 제732조가 마련되었다고 한다. 대법원은 상법 제732조를 효력규정으로 보기 때문에, 이에 위반한 계약은 당연 무효이다.¹¹⁾

2014년 상법 개정으로 제732조에 단서가 추가되었다. 정부는 법률 개정으로 “취업하여 생계를 유지 또는 보조하는 등 의사능력이 있는 심신박약자의 생명보

9) 대판 1996. 11. 22, 96다37084.

10)山下友信·米山高生 『保險法解説：生命保險·傷害疾病定額保險』(有斐閣, 2010) 181頁.

11) 대판 2013. 4. 26, 2011다9068. “상법 제732조는 15세 미만자 등의 사망을 보험사고로 한 보험계약은 무효라고 정하고 있다. 위 법 규정은 통상 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 둔 효력규정이라고 할 것이다. 따라서 15세 미만자 등의 사망을 보험사고로 한 보험계약은 피보험자의 동의가 있었는지 또는 보험수익자가 누구인지와 관계없이 무효가 된다.”

험 가입을 허용하여 유족의 생활안정에 기여할 것으로 기대”한다고 밝혔다.¹²⁾ 이 법률은 2015년 3월 12일부터 시행된다.

개정 전	개정 후
<p>제732조(15세미만자등에 대한 계약의 금지) 15세미만자, 심신상실자 또는 심신박약자의 사망을 보험사고로 한 보험계약은 무효로 한다.</p>	<p>제732조(15세미만자등에 대한 계약의 금지) 15세미만자, 심신상실자 또는 심신박약자의 사망을 보험사고로 한 보험계약은 무효로 한다. 다만, 심신박약자가 보험계약을 체결하거나 제735조의3에 따른 단체보험의 피보험자가 될 때에 의사능력이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>

2. 심신상실 및 심신박약자의 의미와 범위

‘심신상실자’란 자기 행위의 의미나 결과를 합리적으로 판단을 할 능력, 즉 의사능력이 없는 사람을 말하고, ‘심신박약자’란 심신상실의 상태는 아니지만 판단능력이 부족한 사람을 말한다.¹³⁾ 상법 제732조는 심신상실 및 심신박약을 요건으로 하므로, 개정 전 민법에 따른 금치산 또는 한정치산 선고가 이루어졌는지를 묻지 않았다. 현행 민법에 따르면 성년후견 또는 한정후견 등 개시심판을 받아 후견을 받고 있는지를 묻지 않는다.¹⁴⁾ 즉 행위능력이 아닌 의사능력을 기준으로 삼고 있다.

의사능력이 문제 되는 장애 유형은 지적장애, 발달장애, 정신장애이다(이를

12) 법무부, “보험소비자, 이제 법무부가 보호합니다.”, 법무부 보도자료(2014. 2. 21.).
 13) 심신상실 및 심신박약(또는 심신미약)은 민법 또는 형사법에 널리 규정되어 있다. 성년후견 제도가 도입되기 전 민법(2011. 3. 7. 법률 제10429호로 개정되기 전의 것)에서는 금치산의 요건으로 심신상실을, 한정치산의 요건으로 심신박약을 들고 있었고(민법 제9조, 제12조), 형사법에서도 책임능력에 관한 조항에서 심신상실과 심신미약을 언급하고 있다. 형법에서는 심신상실자를 “심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자”로 규정하고(형법 제10조 제1항), 심신미약자를 “심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자”로 규정하고 있다(형법 제10조 제2항).
 14) 2013. 7. 1. 시행된 개정 민법(2011. 5. 19. 법률 제10645호로 개정되기 전의 것)에서는 행위무능력제도를 대폭 개선하여 금치산 및 한정치산제도를 성년후견, 한정후견, 특정후견으로 변경하였다. 성년후견은 “질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람”을 대상으로, 한정후견은 “질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람”을 대상으로 한다. 전자는 심신상실자와 후자는 심신박약자와 유사한 개념이다. 자세한 내용은 뒤에서 다시 다룬다.

망라하여 정신적 장애¹⁵⁾라 한다.).¹⁶⁾ 17) 신체적 장애는 물론 그 대상이 아니다. 장애인복지법에서는 정신적 장애인을 유형화하고 경중에 따라 1급에서 3급으로 나누어 등록하도록 하고 있다.¹⁸⁾ 19) 장애인 등록이 되어 있다고 해도 심신상실 또

- 15) 장애인복지법은 장애의 유형을 크게 ‘신체적 장애’와 ‘정신적 장애’로 나누고 있다. 신체적 장애란 주요 외부 신체 기능의 장애, 내부기관의 장애 등을 말하고, 정신적 장애란 발달장애 또는 정신 질환으로 발생하는 장애를 말한다.
- 16) 장애인복지법 시행령상 지적장애인, 자폐성장애인, 정신장애인의 개념은 다음과 같다(별표 1 장애인의 종류 및 기준).
6. 지적장애인(知的障礙人)
정신 발육이 항구적으로 지체되어 지적 능력의 발달이 불충분하거나 불완전하고 자신의 일을 처리하는 것과 사회생활에 적응하는 것이 상당히 곤란한 사람
7. 자폐성장애인(自閉性障礙人)
소아기 자폐증, 비전형적 자폐증에 따른 언어·신체표현·자기조절·사회적응 기능 및 능력의 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활에 상당한 제약을 받아 다른 사람의 도움이 필요한 사람
8. 정신장애인(精神障礙人)
지속적인 정신분열병, 분열형 정동장애(情動障礙 : 여러 현실 상황에서 부적절한 정서 반응을 보이는 장애), 양극성 정동장애 및 반복성 우울장애에 따른 감정조절·행동·사고 기능 및 능력의 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활에 상당한 제약을 받아 다른 사람의 도움이 필요한 사람
- 17) 「발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률」에 따른 발달장애인의 개념은 아래와 같다. “발달장애인”이란 「장애인복지법」 제2조제1항의 장애인으로서 다음 각 목의 장애인을 말한다.
- 가. 지적장애인: 정신 발육이 항구적으로 지체되어 지적 능력의 발달이 불충분하거나 불완전하여 자신의 일을 처리하는 것과 사회생활에 적응하는 것이 상당히 곤란한 사람
- 나. 자폐성장애인: 소아기 자폐증, 비전형적 자폐증에 따른 언어·신체표현·자기조절·사회적응 기능 및 능력의 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활에 상당한 제약을 받아 다른 사람의 도움이 필요한 사람
- 다. 그 밖에 통상적인 발달이 나타나지 아니하거나 크게 지연되어 일상생활이나 사회생활에 상당한 제약을 받는 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람
- 18) 지적장애인과 자폐성장애인의 등급은 다음과 같다(장애인복지법 시행규칙 별표 1).

	지적장애인	자폐성장애인
1급	지능지수가 35 미만인 사람으로서 일상생활과 사회생활에 적응하는 것이 현저하게 곤란하여 일생 동안 다른 사람의 보호가 필요한 사람	ICD-10(International Classification of Diseases, 10th Version)의 진단기준에 따른 전반성발달장애(자폐증)로 정상발달의 단계가 나타나지 아니하고, 지능지수가 70 이하이며, 기능 및 능력 장애로 인하여 주위의 전적인 도움이 없이는 일상생활을 해나가는 것이 거의 불가능한 사람
2급	지능지수가 35 이상 50 미만인 사람으로서 일상생활의 단순한 행동을 훈련시킬 수 있고, 어느 정도의 감독과 도움을 받으면 복잡하지 아니하고 특수기술이 필요하지 아니한 직업을 가질 수 있는 사람	ICD-10의 진단기준에 따른 전반성발달장애(자폐증)로 정상발달의 단계가 나타나지 아니하고, 지능지수가 70 이하이며, 기능 및 능력 장애로 인하여 주위의 많은 도움이 없으면 일상생활을 해나가기 어려운 사람

는 심신박약에 이르지 않는다면 상법 제732조는 적용되지 않으며, 반대로 장애인등록이 되지 않아도 심신상실 또는 박약에 해당한다면 문제가 될 것이다. 실제로 장애인등급은 장애인복지를 제공할 목적으로 구분된 것이므로, 의사능력 판단과 반드시 일치한다고 볼 수 없다. 하지만 보험업계에서는 해당 유형에 높은 등급의 장애인으로 등록되어 있으면 상법 제732조의 심신상실 또는 박약자로 취급하고 있는 것이 현실이다.

문제는 심신박약자 중에도 의사능력이 있는 경우가 있다는 점이다. 심신박약의 개념 자체가 “대체로 판단능력이 부족한 상태”를 말하기 때문이다.²⁰⁾ 특히 의사능력은 특성이 아니라 상태이므로 한 사람의 의사능력은 시간에 따라 다를 수 있다. 의사능력이 있는지는 보통 7세 내지 10세 정도인 어린이의 정신능력을 기준으로 판단한다고 한다.²¹⁾ 그러나 이 기준은 절대적이지 않아서, 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다.²²⁾ 어떤 경우에 보험계약을 채

3급	지능지수가 50 이상 70 이하인 사람으로서 교육을 통한 사회적·직업적 재활이 가능한 사람	제2급과 같은 특징을 가지고 있으나 지능지수가 71 이상이며, 기능 및 능력 장애로 인하여 일상생활 혹은 사회생활을 해나가기 위하여 간헐적으로 도움이 필요한 사람
----	--	--

19) 정신장애인의 등급은 네 개의 유형을 나누어 유형에 따른 증상을 명시하고 있으나, 여기서는 개별 증상 부분은 생략하기로 한다(장애인복지법 시행규칙 별표 1).

1급	정신분열병, 양극성정동장애(조울병), 반복성우울장애, 분열형정동장애로 일정한(자세한 내용 생략) 증상이 있고, 기능 및 능력 장애로 인하여 주위의 전적인 도움이 없이는 일상생활을 해나가는 것이 거의 불가능한 사람
2급	정신분열병, 양극성정동장애(조울병), 반복성우울장애, 분열형정동장애로 일정한(자세한 내용 생략) 증상이 있고, 기능 및 능력 장애로 인하여 주위의 많은 도움이 없으면 일상생활을 해나가기 어려운 사람
3급	정신분열병, 양극성정동장애(조울병), 반복성우울장애, 분열형정동장애로 일정한(자세한 내용 생략) 증상이 있고, 기능 및 능력 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활을 해나가기 위한 기능 수행에 제한을 받아 간헐적으로 도움이 필요한 사람

20) 대전지판 2002. 10. 11, 2002나784(미간행). “심신박약이란 어떠한 심신장애로 말미암아 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 것을 말하며, 심신박약자란 이러한 심신박약의 상태에 있는 자를 말하는 바, 계속적으로 심신박약의 상태에 있어야 하는 것은 아니나 대체로 심신박약의 상태에 있을 것을 요구하는 것이다. 따라서 때때로 정상적인 의사능력을 회복한다 하더라도 대체로 심신박약의 상태에 있다면 이는 심신박약자라고 할 것이나, 반대로 때때로 심신박약에 상태에 있다고 하더라도 대체로 정상적인 의사능력을 가지고 일상생활을 영위할 수 있다면 이는 심신박약자라고 할 수 없는 것이다.”

21) 지원림, 민법강의, 제9판, 홍문사, 2011, 61면.

22) 서울동부지판 2009. 2. 27, 2008가합13348(본소), 2009가합1007(반소). 알츠하이머형 치매진단을 받은 사람이 심신박약자에 해당하는지 논란이 된 소송사건도 있다. 이 사건에서 피보험

결할 의사능력이 인정될 수 있는지는 매우 어려운 문제이다.²³⁾

3. 상법 제732조가 적용되는 보험

가. 생명보험

보험은 크게 인(人)보험과 손해보험으로 분류되고, 인보험에는 생명보험, 상해보험 등이 있다. 생명보험은 생존보험, 사망보험, 생사혼합보험으로 구분된다.²⁴⁾ 상법 제732조는 사망을 보험사고로 하는 생명보험에 적용되므로 생존보험에는 적용되지 않는다. 그런데 우리나라에서는 생존보험 상품이 적은데다가, 보험회사들이 판매하는 생존보험 대부분에 사망보장이 부가되어 있다.²⁵⁾ 대표적인 생존보험 상품으로는 연금보험이 있는데, ‘연금개시 전 사망사고’에 대해서도 보험금을 지급하도록 설계되어 있다. 사망보험이라면 ‘자기의 보험’이나 ‘타인의 보험’ 모두에 상법 제732조가 적용되며, 보험계약자와 보험수익자가 같은 ‘자기를 위한 보험’이나, 보험계약자와 보험수익자가 다른 ‘타인을 위한 보험’에도 모두 적용된다. 타인의 보험 중 하나인 단체보험도 사망보장이 포함되어 있다면 상법 제732조가 적용된다.²⁶⁾

-
- 자는 알츠하이머형 치매로 인지장애, 방향감각 상실, 주변에 대한 의심·망상 등의 증상을 보이는 것으로 진단되었다. 원고 보험회사는 피보험자가 심신박약자이므로 상법 제732조에 따라 보험계약이 무효라고 주장하였으나, 법원은 해당 피보험자가 심신박약자에 해당하지 않는다고 판단하였다.
- 23) 판례 중에는 지능지수 73, 사회연령 6세 수준으로 이름을 정확하게 쓰지 못하고 간단한 셈도 불가능한 사람이 체결한 근저당권설정계약은 의사능력 흠결로 무효라는 판단을 내린 사례가 있다(대판 2002. 10. 11. 2001다10113). 보험계약 체결은 근저당권 설정보다는 완화해서 볼 여지가 있으나 이에 관한 우리 판례는 찾을 수 없다.
- 24) 생존보험은 피보험자가 보험기간 만기일까지 생존했을 때 보험금이 지급되는 보험, 사망보험은 피보험자가 보험기간 중 사망했을 때 보험금이 지급되는 보험이다. 생사혼합보험은 피보험자가 일정기간 내에 사망했을 때에 사망보험금을 지급하는 정기보험과 만기까지 생존했을 때 보험금을 지급하는 생존보험을 합친 것이다.
- 25) 생명보험협회의 생존보험 설명에서 공식적으로 이와 같이 언급하고 있다[생명보험협회, “생명보험상품의 구성 및 종류”, http://www.klia.or.kr/consumer/consumer_010302.do (최종접속일 2014. 12. 14.)].
- 26) 상법 제735조의3에서는 단체가 규약에 따라 구성원의 전부 또는 일부를 피보험자로 하는 생명보험계약을 체결하는 경우에는 상법 제731조를 적용하지 아니하여, 피보험자의 서면에 의한 동의를 받을 필요가 없다고 규정하고 있다. 이처럼 단체보험에서 피보험자의 서면동의가 필요하지 않다면 상법 제732조도 적용되지 않는다고 볼 여지가 있다. 그러나 상법 제735조의3이 명시적으로 상법 제731조의 적용만을 배제하고 있으므로 상법 제732조는 단체보험에도 그대로 적용된다고 해석된다. 이런 견해를 전제로 개정상법은 단서를 추가하였다.

나. 상해보험 기타

상법 제732조는 상해보험에는 적용되지 않는다. 상법 제739조는 “상해보험에 관하여는 제732조를 제외하고 생명보험에 관한 규정을 준용한다”고 규정하고 있기 때문이다.²⁷⁾ 문제는 우리나라의 경우 상해보험에도 사망이 보험사고에 포함되어 있어 보험회사가 상법 제732조를 들어 상해보험 인수도 거절하고 있다는 것이다.²⁸⁾

상법 제732조는 손해보험에는 적용되지 않는다. 손해보험은 보험사고로 인한 피보험자의 재산상 손해를 보상하는 것이기 때문이다. 그렇다면 이른바 손해보험회사가 판매하는 상품에는 상법 제732조가 적용되지 않는 것일까? 보험업법에 따르면 보험상품은 크게 생명보험상품, 손해보험상품, 제3보험상품으로 구분되는데, 제3보험은 생명보험회사나 손해보험회사가 모두 취급할 수 있다. 제3보험은 사람의 질병·상해 또는 이에 따른 간병에 관한 보험을 말하는데, 손해보험의 성격과 인보험의 성격을 같이 가지고 있다. 따라서 제3보험상품 중에 사망을 보장하는 내용이 포함되어 있다면 상법 제732가 적용된다. 손해보험회사들이 판매하는 상품 중 건강보험, 연금보험, 여행자보험 등이 바로 이런 경우이다. 그 밖에 상법 제732조는 상호보험과 공제에도 준용된다(상법 제664조).

4. 상법 제732조와 장애인

가. 개괄

의사능력이 없거나 부족한 장애인에게 상법 제732조가 어떻게 적용되는지

27) 심신상실자를 상해보험계약의 피보험자로 하는 것은 제한되어야 한다는 견해도 있다. 양승규, 보험법, 제4판, 삼지원, 2002, 482면.

28) 최근 판례 중에는 상해보험과 사망보험이 결합된 상품에서 상법 제732조 등을 이유로 보험회사가 해당 보험계약을 무효라고 주장한 사안에서 상해보험 부분은 무효라고 할 수 없다는 것이 있다(서울중앙지판 2014. 7. 8. 2013나43894). “타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약과 타인의 상해를 보험사고로 하는 보험계약이 혼합되어 있는 보험계약에서 그 적용 약관에 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험 부분의 경우 피보험자의 서면에 의한 동의가 없는 경우 이를 무효로 하는 규정이 있는 반면 타인의 상해를 보험사고로 하는 보험 부분의 경우 이를 무효로 하는 규정이 없고, 나아가 그 상해보험이 실손보상적인 부정액보험이거나 정액보험이라고 하더라도 보험금액이 비교적 소액인 경우에는, 타인인 피보험자의 서면 동의가 없더라도 그 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험 부분만 무효로 될 뿐, 그 타인의 상해를 보험사고로 하는 보험 부분은 유효한 것으로 해석함이 타당하다.”

상법 개정 전후를 나누어 정리해보면 다음과 같다(이하에서는 의사능력이 문제가 되어 심신상실 또는 심신박약으로 평가될 수 있는 장애인을 경우에 따라서 그냥 ‘장애인’이라고 부르기로 한다.). 세 가지 유형으로 나누어 볼 수 있는데, ① 장애인 스스로 보험계약을 체결하는 경우(자기의 보험), ② 부모 등 제3자가 보험계약을 체결하면서 장애인이 피보험자가 되는 경우(타인의 보험), ③ 직장, 단체 등이 단체 보험계약을 체결하면서 장애인이 피보험자가 되는 경우(단체보험)이다.

각각의 경우마다 해당 장애인이 의사능력이 없는 경우와 있는 경우를 구분할 필요가 있다. 본래 의사능력이 없다면 그가 한 법률행위는 무효이다. 따라서 보험계약을 체결하거나, 준법률행위인 ‘동의’의 의사표시를 하더라도 무효가 된다. 반면 의사능력이 있다면 보험계약을 체결할 수도 있고, 동의의 의사표시를 할 수 있다.

의사능력이 없는 사람이라도 본래 후견인 등 법정대리인을 통해 법률행위를 할 수 있다. 따라서 법정대리인이 있는 경우와 없는 경우를 나누어서 살펴볼 필요가 있다. 보험계약자와 보험수익자가 같은 경우와 서로 다른 경우도 도박보험의 위험성이라는 측면에서 나누어 볼 실익이 있으나 여기서는 생략하기로 한다.

	해당 장애인의 상태		개정 前	개정 後
자기의 생명보험 (장애인 스스로 보험계약을 체결하는 경우)	의사능력이 있는 경우		X	O
	의사능력이 없는 경우	법정대리인이 없는 경우	X	X
		법정대리인이 있는 경우	X	X
타인의 생명보험 (제3자가 계약을 체결하고 장애인은 피보험자가 되는 경우)	의사능력이 있는 경우		X	X
	의사능력이 없는 경우	법정대리인이 없는 경우	X	X
		법정대리인이 있는 경우	X	X
단체보험 (장애인이 단체보험의 피보험자가 되는 경우)	의사능력이 있는 경우		X	O
	의사능력이 없는 경우	법정대리인이 없는 경우	X	X
		법정대리인이 있는 경우	X	X

<표 1> 의사능력 및 법정대리인 유무에 따른 법률행위 가부

나. 자기의 보험 - 의사능력이 있는 경우 허용되나 입증책임 전환

개정 상법은 의사능력이 있는 장애인이 스스로 보험계약을 체결하는 것을 유효로 보고 있다. 다만 조문 형식을 보면 상법 제732조 본문에 따라 본래 무효이지만, 단서를 통해 ‘예외적으로’ 효력을 부여하는 구조를 취하고 있는 점을 유의해야 한다. 만일 상법 제732조 본문이 없었다면 보험계약을 체결할 때 장애인이 의사능력이 없었다는 것을 보험회사가 입증하여야 하는 반면, 제732조에 따르면 장애인이 오히려 의사능력이 있었다는 것을 입증하여야 한다.

다. 타인의 보험 - 금지

개정 상법은 심신상실자 또는 심신박약자를 피보험자로 하는 타인의 보험계약을 여전히 무효로 삼고 있다. 심신박약자가 의사능력이 있는 경우에도 마찬가지이다. 심신박약자가 동의를 의사표시를 할 법적 능력이 있는 경우에도 그 동의의 효력을 인정하지 않는 것이다.

라. 단체보험 - 의사능력이 있는 경우에만 유효

단체보험은 규약에 따라 체결되는 것이므로 피보험자의 동의가 필요하지 않지만, 피보험자가 의사능력이 없는 경우에는 무효이다. 개정 상법에 따라 의사능력이 있는 심신박약자의 경우에는 단체보험계약이 가능하다. 이 경우에도 피보험자가 의사능력이 있다는 것을 보험계약의 유효를 주장하는 쪽이 입증하여야 한다.

마. 법정대리인에 의한 계약 체결 및 동의 - 금지

상법 제732조에 따라 법정대리인에 의한 계약 체결이나 동의는 인정되지 않는다. 법정대리인이 대리하여 행위할 수 있도록 하면 보험금 취득을 위해 장애인들이 희생될 위험이 있다는 이유에서다. 민법에서는 법정대리인이 본인과 이해가 충돌되는 경우 특별대리인 등을 통해 해결을 피하고 있으나, 상법 제732조에 관해서는 대리행위 자체가 금지되므로 특별대리인을 통한 보험계약 체결도 허용되지 않는다.

Ⅲ. 해외 입법례

1. 서설

타인의 생명보험은 도박보험 또는 피보험자 살해의 위험성을 내포하고 있다. 이를 방지하기 위한 입법례로는 이익주의(영국, 미국 등), 친족주의(구 일본),²⁹⁾ 동의주의(독일, 프랑스, 일본 등)가 있다.

입법례에 따라서 의사능력이 없거나 부족한 장애인의 보험가입 여부가 달라질 수 있다. 이익주의에서는 피보험이익이 있다면 타인의 보험계약이 가능하므로, 피보험자의 의사능력이나 행위능력이 문제되지 않는다. 지적장애 등을 가진 사람도 원칙적으로 피보험자가 되는 데 문제가 없다. 친족주의에서도 마찬가지다. 일정한 친족관계만 있으면 장애인도 피보험자가 될 수 있다. 다만 동의주의에서는 피보험자의 동의를 요건으로 하므로, 동의를 할 수 있는 법적 능력이 요구된다.

이 입법례들은 주로 타인의 보험이 가지는 폐단을 막기 위해 등장하였으므로, 이하에서는 타인의 보험을 위주로 설명하되, 자기의 보험에 관해 특별히 규정한 경우가 있으면 그 부분도 함께 설명하기로 한다. 통상의 입법례는 의사능력이 부족한 장애인뿐 아니라 미성년자에 관한 보험을 제한하고 있다. 미성년자도 의사능력이 없거나 부족한 점을 고려한 것이다. 미성년자에 관한 논의는 의사능력이 없거나 부족한 장애인에게도 참고할 수 있으므로 경우에 따라서 포함시켜 설명하기로 한다.

2. 이익주의

가. 개괄

이익주의는 피보험자의 생존에 이익(이른바 ‘피보험이익’)을 가지는 자만이 보

29) 친족관계가 있을 때 타인의 생명보험을 허용하는 것인데(구 일본 상법), 지금은 이 입법례를 채용한 나라가 거의 없으므로 이하에서 설명을 생략한다.

험계약을 체결할 수 있도록 하는 입법례이다. 18세기 영국에서 노인이나 사형수의 사망을 보험사고로 하는 보험계약이 많아지자, 1774년 생명보험법(Life Assurance Act)을 통해 처음 도입하였다. 피보험이익은 계약의 성립 요건이므로 계약을 체결할 때 피보험이익이 없다면 해당 계약은 무효이다.

언제 피보험이익이 인정되는지가 문제이다. 피보험자의 생존에 금전적 이해관계를 가지는 자에 한하여 피보험이익을 인정하는 예가 있고, 금전적 이익뿐 아니라 널리 애정 기타의 이익을 포함하는 예가 있다.

나. 영국

영국 생명보험법에서는 피보험이익을 요구하지만 구체적인 규정을 두고 있지는 않아서 언제 피보험이익이 인정되는지는 판례법을 통해 구체화되었다.³⁰⁾ 판례에 따르면, 우선 가족관계에서 부모는 미성년자녀에 대하여, 배우자는 서로에 대하여 피보험이익이 있다. 동거중인 자나 약혼자의 경우도 같다. 다만 성인이 된 자녀와 부모의 관계 또는 별거 중이거나 이혼한 경우에는 개별적 사례에 따라 달라질 수 있다. 다음으로 거래관계에서도 피보험이익이 인정될 수 있다. 일례로 채권자는 채무자의 생존에 대한 피보험이익을 가진다. 근로자와 사용자도 서로 상대방에 대하여 피보험이익을 가진다고 해석되나 이러한 경우 피보험이익의 총액은 보험계약자의 금전적 이익으로 한정된다.

다. 미국

미국은 일부 주를 제외하고 대부분 이익주의를 채택하고 있다. 피보험이익을 가지는 경우를 법률로 한정하거나 예시하는 주도 있고, 판례를 통해 구체화하는 경우도 있다.³¹⁾ 대부분의 주에서는 다음의 사람이 피보험자에 대하여 피보험이익을 가진다고 법률로 규정하고 있다.

① 혈연 혹은 법에 따라 밀접한 관계에 있는 자로서, 사랑과 애정관계에 의해 피보험자의 생존에 대한 중대한 이해관계를 가지는 자

30) 김성문, “피보험이익에 대한 소고”, 법학논고 제32집, 경북대학교 법학연구원(2010), 228-229면.

31) Mancini, Mary Ann & Murphy, Caitlin L., *The Elusive Insurable Interest Requirement*, Real Property, Trust and Estate Law Journal Vol.46(3)(2012), p.422.

② 피보험자의 생존에 대한 합법적이고 상당한 경제적 이해관계(사망에 따른 보험금 수령 등 피보험자의 사망에 의한 이해관계 외의 별도의 독립된 경제적 이해관계)를 가지는 자

사랑과 애정관계뿐 아니라 생존에 대한 경제적 이해관계를 고려한다. 판례를 통해 언제나 피보험이익이 인정되는 가족관계는 (1) 배우자와 (2) 부모와 미성년 자녀³²⁾이다. 성인이 된 자녀와 부모의 관계는 사랑과 애정관계에 근거하여 피보험이익을 인정할만한 밀접한 관계에 있으나, 앞선 경우와는 달리 생존에 대하여 합법적이고 상당한 경제적 기대를 가지고 있지는 않다. 따라서 피보험이익의 인정 여부는 사안에 따라 다르다.³³⁾ 형제자매 등 친척관계에서도 이들 사이에 기대되는 명백한 재산적 이익이 있느냐를 고려한다. 상거래관계에서도 생존에 대한 경제적 이해관계가 있는지에 따라 채권자, 동업자, 근로자 등에 대한 피보험이익을 인정한다.³⁴⁾

라. 이익주의와 장애인

이익주의에서는 피보험이익이 인정되면 보험계약이 가능하므로, 피보험자의 의사능력이나 장애가 문제되지 않는다. 지적장애나 발달장애를 가진 미성년자녀를 위해 부모가 생명보험에 가입하거나, 정신장애를 가진 배우자를 위해 보험에 가입하는 것이 가능하다.³⁵⁾ 부모와 성년자녀 등의 관계에서도 개별적으로 피보험이익이 인정될 수 있다. 지적장애를 가진 근로자를 피보험자로 하는 보험계약도 사용자가 체결할 수 있다. 다만 생존에 아무런 이해를 가지지 않은 제3자는 장애인뿐 아니라 의사능력에 아무런 문제가 없는 사람이라도 피보험자로 하여 보험계약을 체결할 수는 없다.

32) 위의 논문, p.424. 이익주의에서는 부모와 미성년자녀의 관계는 사랑과 애착관계로서 표면상으로 위 관계에 있는 사람들이 피보험자의 생명에 대하여 도박을 하는 것을 방지한다고 본다. 한편 배우자와 미성년자녀는 그들에 대한 피보험자의 경제적 의무에 근거하여서도 피보험이익을 주장할 수 있는 지위에 있다고 한다. 이처럼 이익주의는 부모와 미성년자녀에 대하여 우리와 다른 태도를 가지고 있다. 이익주의는 선량한 부모를, 우리 입법은 패륜적 부모를 전제로 한다.

33) 위의 논문, pp.424-425.

34) 위의 논문, pp.426-428.

35) 뉴욕주의 보험대리인[The Glatfelter Agency의 Ruth Wolf(special needs life insurance)]에게 실제 문의한 바로도 같은 답변을 들었다.

이익주의 하에서는 피보험자의 동의가 필요하지 않다. 그러나 피보험자의 동의 없이 제3자가 생명보험을 체결하는 것은 아무리 피보험이익이 있다고 하더라도 피보험자의 인격권, 자기결정권을 침해할 소지가 있다. 특히 근로자 모르게 사용자가 보험계약을 체결하는 것에 대한 비판이 많다. 나아가 보험증권의 양도가 허용됨에 따라 결국 피보험이익이 없는 제3자가 타인의 사망에 따라 보험금을 타게 되어 도박화되는 문제가 지적되고 있다.³⁶⁾ 한편 이익주의는 타인의 보험을 좁게 인정하여 거래계의 수요를 외면하고, 보험시장의 확대를 가로막고 있다는 비판도 있다. 한편 이익주의는 보험살해를 방지하는 데 불충분하다는 지적도 있다. 피보험이익이 있다고 추정되는 가족관계에서도 살인이 벌어지며,³⁷⁾ 피보험이익이 있는 생명보험의 존재 자체가 오히려 살인을 조장할 수도 있다는 의견도 있다.³⁸⁾

3. 동의주의

가. 개괄

타인의 생명보험에서 피보험자의 동의를 요구하는 것을 동의주의라 한다. 주로 대륙법계에서 채용하고 있다(프랑스, 독일, 일본, 우리나라 등). 동의주의에서도 의사능력이 부족한 장애인 또는 미성년자의 사망보험을 어떻게 규율할 것인지는 다양한 모습을 보이고 있다.

나. 독일

독일의 보험계약법에 의하면 타인을 피보험자로 하는 사망보험이 허용되지만, 약정된 보험금이 통상의 장례비를 넘는 경우에는 타인의 서면 동의가 있어야 계약이 유효하다.³⁹⁾ 즉 사망보험금이 통상의 장례비를 넘는 경우에만 피보험자

36) 마이클 샌델, 안기순 옮김, 돈으로 살 수 없는 것들, 와이즈베리, 2012, 183-222면.

37) 미국의 가족간 살인에서 중요한 자산은 생명보험이라는 보고도 있다. McGovern, William M. Jr., *Homicide and succession to property*, Michigan Law Review Vol.68(1)(1969), p.78.

38) Havenga, Peter, *Murder for Insurance: Policy Pays Out 'Life'*, Fundamina: A Journal of Legal History Vol.12(2)(2006), p.53.

39) 독일 보험계약법(Versicherungsvertragsgesetz: VVG) 제150조 ① 생명보험은 보험계약자 또는 타인에 관하여 체결될 수 있다.

② 타인의 사망에 관한 생명보험이 체결되고, 약정된 보험금이 통상의 장례비를 넘는 경우에,

의 동의를 요구한다.

15세 미만인 미성년자를 피보험자로 하는 사망보험계약을 일률적으로 무효로 하는 우리나라와는 달리 부모는 ‘미성년인 자녀’를 피보험자로 하는 보험계약을 체결할 수 있다. 다만 자녀가 7세 이전에 사망한 경우에도 보험금이 지급되고, 이때의 약정보험금이 통상의 장례비를 넘는 경우에만 자녀의 동의가 필요하다.

피보험자가 행위무능력자이거나 제한적 행위능력자인 경우 또는 그 타인에게 후견인이 정해져 있는 경우에도 보험계약이 가능하다. 행위무능력자 등의 명의로 생명보험 계약을 체결하는 경우 법정대리권 행사에 관한 일반 규정이 적용된다. 성년후견인 등 법정대리인은 보험계약자인 행위무능력자 등의 명의로 보험계약을 체결할 수 있다.

다만 그 타인의 신상에 관한 대리권이 보험계약자에게 귀속되어 있는 때에 보험계약자는 피보험자의 동의를 대리하지 못한다. 이해의 충돌에 따른 위험을 예방하기 위한 것이다. 이렇게 후견인이 피후견인을 피보험자로 하는 생명보험에 대한 동의를 대리할 수 없는 경우에는 특별대리인(Ersatzbetreuer)의 선임이 필요하다.⁴⁰⁾ 미성년자의 법정대리인이 위와 같은 사유로 동의를 대리할 수 없는 경우 특별대리인(Ergänzungspflegers)의 선임이 필요하다는 의견⁴¹⁾과 후견법원의 허가가 필요하다는 의견⁴²⁾이 있다.

기업의 노령보험 분야의 단체보험에서는 피보험자의 동의가 필요하지 않다. 이 경우에는 동의를 통한 보호의 필요성이 그리 크지 않고, 피보험자가 다수인 관계로 서면동의를 일일이 갖추기가 힘들기 때문이다.

한편 독일 보험계약법 제150조에서는 ‘타인의 생명보험’에 한해서만 서면동

그 계약이 유효하려면, 그 타인의 서면 동의가 필요하다. 이는 단체보험 중 기업의 노령보험 분야에 대해서는 적용하지 아니한다. 그 타인이 행위무능력자(7세 미만의 자 또는 지속적인 심신상실 상태로 후견을 받는 자를 말함) 또는 제한적 행위능력자(7세 이상 18세 미만의 미성년자)인 경우 또는 그 타인에게 후견인이 정해져 있는 경우로서 그 타인의 신상에 관한 사항의 대리권을 가진 사람이 보험계약자로 되는 경우에 그 보험계약자는 위 동의에 관한 한 타인을 대리하지 못한다.

③ 미성년의 자의 신상에 관해 부모의 일방이 보험을 체결하는 경우에는, 그 자(子)의 동의는, 그 자(子)가 만 7세 이전에 사망한 경우에도 보험자가 보험계약에 따라 보험금 지급의무를 지고 이 때 약정 보험금이 통상적인 장례비를 넘는 경우에 한해서만 필요하다.

40) Heiss in Münchener Komm. z. VVG, 2011, § 150 Rn. 32.

41) Schneider in Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, § 150 Rn. 12.

42) Schwintowski in Berliner Komm. z. VVG, 5. Aufl. 1999, § 159 Rn. 15.

의를 규정하고 있지만, 판례는 ‘자기의 생명보험’이더라도 특별한 경우에는 서면 동의 요건을 유추적용하고 있다. 가령 남편이 부인을 대리하여 ‘자기의 생명보험’을 체결하면서 남편 자신을 보험수익자로 정하는 경우에는 보험계약법 제150조 제2항의 동의서면 형식에 따라 그 부인이 작성한 위임장이 필요하다고 한다.⁴³⁾

다. 프랑스

프랑스 보험법에서는 타인의 사망을 보험사고로 하는 생명보험계약이 체결될 경우 피보험자의 서면 동의가 없으면 계약을 무효로 하고 있다.⁴⁴⁾ 단체보험에서는 동의가 필요하지 않다.

한편 누구든지 12세 미만의 미성년자, 피후견성년자⁴⁵⁾ 및 정신병원에 수용 중인 사람의 사망을 보험사고로 하는 생명보험계약을 체결할 수 없다.⁴⁶⁾ 이에 위반하여 체결된 모든 보험계약은 무효이다. 미성년자의 연령을 12세로 하고 있는 점, 행위무능력자인 피후견인과 정신병원에 수용 중인 사람을 대상으로 하고 있는 점이 우리와 다르다. 의사능력 유무에 따라 결정하는 것이 아니라 행위무능

43) BGH VersR 1989, 465, 466.

44) 프랑스 보험법 L. 132-2 ① 제3자가 피보험자의 사망을 보험사고로 하는 생명보험계약을 체결할 경우 피보험자 본인의 동의가 없으면 그 보험계약은 무효이다.

② 해당 보험금의 유효성에 대한 피보험자의 동의는 반드시 직접 기입하고 서명한 동의서가 있을 경우에만 인정된다.

③ 꼭 들어야 하는 단체 생명보험일 경우 1항은 해당되지 않는다.

45) 프랑스에서는 1968년 금치산, 한정치산 제도를 폐지하고 성년후견제도를 도입하였고, 2007년 보충성, 비례성의 원칙에 따라 대폭 개정되었다. 프랑스 민법에 의하면 성년후견은 후견(tutelle), 보좌(curatelle) 및 사법적 보호(sauvegarde de justice)로 구분된다. 후견과 보좌를 구분하기가 늘 용이한 것은 아니나 장애 정도가 가장 커서 보좌와 사법적 보호로 보호가 어려운 경우에만 후견이 개시된다(프랑스 민법 제415조, 제425조, 제433조, 제440조 등).

46) 프랑스 보험법 L. 132-3 ① 누구든지 12세 미만의 미성년자, 피후견성년자 및 정신병원에 수용 중인 자의 사망을 보험사고로 하는 생명보험계약을 체결은 금지된다.

② 전항에 위반하여 체결된 모든 보험계약은 이를 무효로 한다.

③ 무효의 신고는 보험자, 보험계약의 청약자 또는 무능력자의 대리인이 이를 청구할 수 있다.

④ 지급된 보험료는 그 금액을 반환하여야 한다.

⑤ 보험자 및 보험청약자가 이러한 금지사항을 알고서도 고의로 이에 위반하여 보험계약을 체결한 때에는 매 보험계약 당 4,500€의 벌금을 과한다.

⑥ 본조의 규정은 제1항에서 가리킨 자의 생명에 관하여 체결된 사망을 보험사고로 하는 보험에 있어서 생존보험계약의 이행을 위하여 이미 지급한 보험료의 반환청구를 방해하지 아니한다.

력과 정신병원에 수용중인 사람만을 대상으로 하고 있어서 기준이 명확하다는 특징이 있다. 따라서 보험회사의 판단도 용이하다.

프랑스는 2007년 3월 5일 보험법 개정으로 행위능력이 없거나 제한된 사람의 생명보험 가입을 허용하는 규정을 도입하였다.⁴⁷⁾ 48) 이에 따르면 피후견인의 경우 후견인을 정하는 판사의 허가 또는 피후견인을 구성원으로 하는 가족의 결정으로 생명보험에 가입하거나 해약, 보험수익자를 지정하거나 변경할 수 있다. 보좌가 개시된 경우에는 피보좌인은 보좌인의 도움을 받아 위 행위를 할 수 있다. 법원 및 보좌인의 개입으로 보험계약 체결 등을 가능하도록 한 것이다. 한편 생명보험의 보험수익자가 후견인 또는 보좌인인 경우 해당 보험계약은 피보험자의 이익을 저해하는 것으로 간주된다.

미성년자에 관한 부분도 개정되어, 12세 미만인 미성년자의 사망을 보험사고로 하는 보험은 첫째 해당 미성년자의 부모나 후견인 또는 보좌인의 허락, 둘째 미성년자 본인의 동의를 요구하고, 두 가지 중 하나라도 만족되지 못한 계약 체결은 무효로 하는 규정도 도입하였다.⁴⁹⁾

47) 2007년 3월 5일 개정에서 프랑스 보험법 L. 132-3-1으로 “피후견인, 피보좌인의 생명보험 가입, 구입 및 수익자 지정”에 관한 내용을 추가하였다가, 2007년 12월 17일 개정에서 규정의 위치만 L. 132-4-1로 변경되었다. 프랑스 보험법 L. 132-4조가 미성년자의 생명보험 가입에 관한 규정이어서 체계상 통일성을 기하기 위한 조문 위치 변경으로 보인다.

48) 프랑스 보험법 L. 132-4-1조 ① 피후견인이 보험계약 체결을 고려할 경우, 생명보험 가입 또는 해약, 보험수익자의 지정 또는 변경은 후견인을 정하는 판사의 허가 또는 피후견인을 구성원으로 하는 가족의 결정에 의하지 않고는 이루어질 수 없다. 보좌가 개시된 이후에는, 위 행위(생명보험 가입 또는 해약, 보험수익자의 지정 또는 변경을 의미함) 역시 보좌인의 도움 없이는 이루어질 수 없다.

② 1항과 관련하여, 만약 생명보험의 보험수익자가 후견인 또는 보좌인인 경우 피보험자의 이익에 저해되는 것으로 간주된다.

③ 이미 체결된 생명보험의 수익자 지정을 동의한 것이 만약 후견 또는 보좌가 공식화되기 2년 이내에 이루어졌다면, 해당 계약은 보험 관련 행위들이 이루어질 당시 피후견인, 피보좌인의 무능력이 이미 알려진 상황이었던 것이라는 증거만 있다면 취소될 수 있다.

49) 프랑스 보험법 L. 132-4조 ① 12세 미만의 미성년자의 사망을 보험사고로 하는 보험은 해당 미성년자의 부모나 후견인 또는 보좌인의 허락 없이 체결될 수 없다.

② 해당 미성년자의 부모나 후견인 또는 보좌인의 허락이 있더라도 미성년자 본인의 동의 또한 꼭 필요하다.

③ 제1항과 제2항 어느 하나라도 만족되지 못한 계약의 체결은 무효이다.

라. 일본

일본은 처음에는 이익주의를, 1899년 상법에서는 친족주의를 취하다가, 1911년 동의주의를 채택하였다. 친족주의에 대해서는 “타인의 생명보험이 친족이 아닌 다양한 관계에서 이용될 필요가 있는데, 친족으로 좁힐 경우 보험산업의 발전을 저해할 수 있다”는 비판이 제기되었다고 한다. 구 상법 제674조에서는 동의주의를 취하되, 단서에서 피보험자가 보험수익자인 경우에는 동의를 요하지 아니하는 것으로 하였다. 피보험자 자신이 보험수익자라면 도박보험이나 도덕적 위험이 없다는 것을 이유로 하였다.

2008년 공포된 보험법에서는 사망보험에 관해 동의주의를 취하면서 앞에서 본 단서를 삭제하여, 보험수익자가 누구인지를 가리지 않고 피보험자의 동의를 요구하고 있다.⁵⁰⁾ 보험수익자를 피보험자로 할 경우 그 법정상속인이 보험금을 수취하게 되므로, 피보험자 입장에서는 여전히 도박보험의 위험이 있다는 비판을 반영한 것이다. 다만 상해질병정액보험의 경우에는 동의주의를 기본으로 하면서 피보험자가 보험수익자인 경우에는 동의를 요하지 아니하는 것으로 변경하였다.⁵¹⁾ 또한 사망보험에서 보험수익자를 변경할 때 피보험자의 동의가 없으면 효력이 없다.⁵²⁾ 일본 보험법은 동의를 방식으로 서면을 요구하지 않고, 해석상 묵시적 동의도 가능하다고 본다.⁵³⁾

일본 보험법에서는 우리나라와 같이 연령이나 의사능력을 기준으로 보험계약의 효력을 부정하는 조항은 없다. 다만 동의를 유효하기 위해서는 의사능력과

50) 일본 보험법 제38조 (피보험자의 동의) 생명보험계약의 당사자 이외의 자를 피보험자로 하는 사망보험계약(보험자가 피보험자의 사망에 관하여 보험금부를 실시할 것을 약정하는 생명보험계약을 말한다. 이하 이 장에서 같다)은 그 피보험자의 동의가 없으면 효력이 생기지 아니한다.

51) 일본 보험법 제67조 (피보험자의 동의) ① 상해질병정액보험계약의 당사자 이외의 자를 피보험자로 하는 상해질병정액보험계약은 그 피보험자의 동의가 없으면 그 효력이 생기지 아니한다. 다만, 피보험자(피보험자의 사망에 관한 보험금부의 경우에는 피보험자 또는 그 상속인)가 보험금수령인인 경우는 그러하지 아니하다.

② 전항 단서는 급부사유가 상해질병으로 인한 사망뿐인 상해질병정액보험계약에 대해서는 적용하지 아니한다.

52) 일본 보험법 제45조 (보험금수령인의 변경에 대한 피보험자의 동의) 사망보험계약의 보험금수령인의 변경은 피보험자의 동의가 없으면 그 효력이 생기지 아니한다.

53) 山下友信·米山高生(주 10), 190頁.

행위능력에 관한 일반원칙이 적용된다. 의사능력이 없는 자가 한 동의는 효력이 없고, 행위능력이 없는 사람은 동의를 할 수 없거나 취소될 수 있다.

후견인을 비롯한 법정대리인의 동의가 가능한지 학설상 논란이 있으나, 실무상 미성년자에 대해서는 대리를 인정하고 있다.⁵⁴⁾ 미성년자가 아닌 제한능력자에 대한 논의는 별로 없다.⁵⁵⁾ 미성년자의 경우 15세 미만이면 법정대리인의 동의를, 15세 이상이면 법정대리인 및 본인의 동의를 모두 얻는다고 한다. 의사능력이 없는 미성년자의 경우에도 법정대리인이 동의를 대리할 수 있는지에 대해서는 사회적 유용성이 있고, 미성년자를 보호하기 위해 긍정하는 견해가 많다.⁵⁶⁾ 따라서 지적장애, 발달장애 등을 가진 미성년 장애인을 피보험자로 하는 보험계약도 대리에 의한 동의가 가능하다.

부모가 의사능력이 없는 자녀의 동의를 하는 것이 이익상반행위에 해당하는지에 대해서도 논란이 많은데, 실무상으로는 부모의 동의로 처리하고 있다.⁵⁷⁾ 교육자금을 목적으로 교육보험에 가입하는 경우를 예로 들면 해당 보험에 사망보장이 포함되어 있다는 이유로 가정법원에서 특별대리인을 선임하도록 하는 것은 적절하지 않다는 것이다. 학설상으로는 법정대리인이 보험금수취인이거나 보험계약자인 경우에는 이익상반행위로 보고 특별대리인 선임이 필요하다는 의견이

54) 일본에서는 대리에 의한 피보험자 동의와 관련하여 다양한 학설이 있다. 법정대리인의 동의를 인정하지 않는 견해도 있으나, 지배적 견해는 법정대리인의 동의를 인정하고 있다. 다만 대리권을 인정하는 근거를 '재산에 관한 법률행위 대리권'에 찾는 견해, 재산관리권 뿐 아니라 신상보호권에서 찾는 견해 등이 있다. 이런 논란은 사망보험의 피보험자가 되는 것은 보험계약에 관한 재산적 행위의 측면과 함께 신상에 관한 결정의 측면이 있기 때문이다. 한편 의사능력이 있는 경우라면 본인의 동의가 함께 있어야 한다는 견해, 법정대리인과 본인 모두의 동의가 필요하다는 견해가 있다. 山下友信·米山高生(주 10), 195-197頁.

법정대리인의 대리가 이익상반행위에 해당하는지에 대해서도 견해가 나뉜다. 이익상반행위에 해당하지 않는다는 견해, 일정한 경우에는 해당된다는 견해가 있다. 후자의 견해로는 법정대리인이 보험수익자인 경우에 해당한다는 견해, 법정대리인이 보험계약자인 경우에는 개별적 사안에 따라 해당될 수 있다는 견해가 나뉜다.

55) 다만 금치산자에 대해서는 보험회사가 계약을 거절할 것이며, 준금치산자는 (스스로 동의 하면 되므로) 보좌인의 동의를 필요로 하지 않는다는 의견이 있다. 江頭憲治郎「他人の生命の保險契約」ジュリスト764卷(1982) 64頁.

필자가 니혼생명, 다이이치생명, 메이지야스다생명에 문의한 바로는 일률적으로 금지한다고 답변하지는 않고, 개별적으로 신청인의 상황을 보아 판단한다는 답변만 들을 수 있었다.

56) 山下友信·米山高生(주 10), 199, 210頁; 江頭憲治郎(주 55), 64頁; 今川嘉文·内橋一郎『保險法Map』(民事法研究會, 2013) 246-247頁.

57) 山下友信·米山高生(주 10), 199-200頁.

있다.⁵⁸⁾

일본은 단체보험에 관한 특별한 법률규정이 없다. 따라서 단체보험의 피보험자가 동의를 하여야 하나, 실무상 엄격한 동의를 요구하지는 않는다. 특히 근로자들의 복리후생을 목적으로 체결되는 단체정기보험에서는 근로자들이 개별적으로 동의하지 않더라도 노동조합을 통해 주지시키거나 취업규칙으로 정한 경우 동의가 있다고 보고 있다. 단체정기보험이 아닌 단체보험에서는 실무상 피보험자의 동의서를 요구하고 있다. 단체보험의 피보험자 동의에 대해서도 법정대리인의 대리권 행사가 가능하다.

마. 대만

대만은 이익주의와 동의주의를 병행하고 있다.⁵⁹⁾ 생명 또는 신체에 대한 보험에서도 기본적으로 피보험이익을 요구하여 피보험이익이 없는 보험계약은 효력이 없다.⁶⁰⁾ 피보험이익은 가족, 생활비 또는 교육비를 지급하는 자, 채무자 등 비교적 넓게 인정하고 있다.⁶¹⁾ 한편 타인의 사망보험에서는 피보험자의 서면동의를 없는 경우 계약의 효력을 부정한다.⁶²⁾ 15세 미만자, 심신상실 또는 미약자가 피보험자인 경우 장례비용 지급을 제외하고 사망 잔여 지급금 부분은 무효라고 규정하고 있다.⁶³⁾ 장례비용 보험금액은 주관기관인 금융감독관리위원회가 규

58) 山下友信·米山高生(주 10), 200-202頁.

59) 대만 보험법 제17조 보험신청인(要保人, 보험계약자) 또는 피보험인(被保險人)의 보험목적물에 대하여 보험이익이 없는 경우 보험계약은 그 효력을 상실한다.

60) 대만대북지방법원 민국 102년(서기 2013년) 보험자 제104호 민사판결. 보험계약의 체결은 보험이익이 전제되어야 한다. 다만 보험이익의 유무는 보험신청인 또는 피보험자를 기준으로 판단하여야 하며, 수익인을 기준으로 판단할 수 없다. 보험신청인이 타인의 생명 또는 신체를 보험대상으로 하는 경우 반드시 피보험자에 대하여 적법한 보험이익이 있어야 한다. 보험법 제16조에서 정한 생명보험의 보험이익에서 이른바 ‘가족’이라 함은 민법 제1123조에서 정한 영구적으로 공동생활을 목적으로 같이 거주하는 한가족에 해당하는 자를 가리킨다[法源法律網, <http://fyjud.lawbank.com.tw/list2.aspx> (최종접속일 2014. 12. 14.)].

61) 대만 보험법 제16조 보험신청인은 다음 각 자의 생명 또는 신체에 대하여 보험이익을 향유한다.

- 一. 본인 또는 그 가족.
- 二. 생활비 또는 교육비를 지급하는 자.
- 三. 채무인.
- 四. 본인을 위하여 재산 또는 이익을 관리하는 자.

62) 대만 보험법 제105조.

63) 대만 보험법 제107조 생명보험계약을 체결할 때 만 15세가 되지 아니한 미성년자 또는 심

정하는 금액을 초과할 수 없다. 대만은 위 규정을 상해보험에도 준용하고 있어서 상해보험에서 사망보장이 부가되는 경우를 고려하고 있다.

대만은 우리나라와 유사한 구조를 취하고 있으나, 보험계약 전체를 무효로 하지 않고 장례비용을 초과하는 보험금 지급 부분만 무효로 하는 일부무효의 정책을 취하고 있다. 이 조항의 입법취지는 15세 미만의 미성년자, 심신상실 또는 박약자를 피보험자로 보험계약을 체결하는 경우 피보험자의 인신 권익을 해칠 우려가 있지만, 그들이 사망할 때 지급해야 할 장례비용은 인간 존엄에 기해 부여하여야 할 기본적인 보장으로서 이를 금지할 필요성이 없으니 사망보험계약 중 장례비용 지급 부분은 여전히 효력을 인정해야 한다고 설명되고 있다.⁶⁴⁾ 15세 미만의 미성년자를 피보험자로 생명보험계약을 체결하는 경우 사망지급은 피보험자가 15세가 되는 날로부터 효력이 생긴다고 한다.⁶⁵⁾ 보험계약을 일률적으로 또는 전체로 무효화하지 않으므로 금융감독관리위원회가 정한 장례비용을 사망보장하는 보험계약이 자연스럽게 활성화되고, 정신적 장애인들도 그러한 보험에 자유롭게 가입할 수 있다는 특징이 있다.

바. 중국

중국은 생명보험에서 이익주의와 동의주의를 병행하는 입법례이다. 배우자와 자녀 등 관계에서 피보험이익을 명시적으로 인정하면서, 피보험자의 동의가 있는 경우에도 피보험이익이 있다고 간주한다.⁶⁶⁾ 다만 사망보험계약에 대해서는 피보험이익이 있는 것으로 부족하고 피보험자의 동의를 요구하되, 부모가 미성

신상실 또는 미약한 자가 피보험자인 경우 장례비용의 지급을 제외한 사망잔여 지급금 부분은 무효이다. 전항의 장례비용의 보험금액은 주관기관이 규정하는 금액을 초과할 수 없다.
64) 대만 입법원 법률시스템, <http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/reason2/0452090062600.htm> (최종접속일 2014. 12. 14.).

65) 대만 보험법 제107조.

66) 중국 보험법 제31조 ① 보험가입인은 다음의 원인에 대한 피보험이익을 가진다.

(一) 본인

(二) 배우자·자녀·부모

(三) 전항 이외에 보험가입인과 부양·봉양 또는 양육관계가 있는 가족의 기타 구성원 근친속

(四) 보험가입인과 노동관계가 있는 노동자

② 전항 규정 이외에 피보험인이 보험가입인의 피보험인 본인을 대상으로 하는 보험계약에 동의하는 경우 보험가입인이 피보험인에 대하여 피보험이익이 있는 것으로 간주한다.

③ 계약체결 시 보험가입인은 피보험인에 대하여 피보험이익을 갖지 아니하는 경우 계약은 무효하다.

년자녀를 대상으로 보험에 가입할 때는 동의가 필요치 않다.⁶⁷⁾

행위무능력자를 피보험자로 하는 사망보험은 허용되지 않는다.⁶⁸⁾ 예외적으로 부모가 행위무능력자인 미성년자녀를 대상으로 보험에 가입하는 것은 허용되나, 보험감독기구가 규정한 금액을 초과할 수 없다. 행위능력이 제한된 사람을 피보험자로 하는 보험계약은 허용되는 것으로 이해된다. 이 경우 보호자가 보험 수익자를 지정할 수 있다.⁶⁹⁾

중국의 보험법에서는 단체보험에 대한 특별한 규정이 없으나 보험계약자와 근로관계가 있는 근로자에 대해서는 피보험이익이 인정되고, 사망보험에서 ‘피보험자의 동의’를 효력발생요건으로 정하고 있으므로, 기업이 근로자를 대상으로 사망보험에 가입할 때에는 근로자의 동의가 필요하다고 보인다. 한편 사용자가 근로관계에 있는 근로자에 대한 생명보험에 가입할 때에는 피보험자 및 그 근친족 이외의 자를 보험수익자로 지정하여서는 아니 된다는 규정을 두고 있다.⁷⁰⁾

종합해보면, 중국의 경우 부모가 미성년자 또는 행위무능력인 미성년자를 피보험자로 보험에 가입하는 것은 자녀의 동의 없이 가능하다. 행위무능력자에 대한 사망보험은 허용되지 않지만, 행위능력이 제한된 사람의 사망보험은 허용된다. 다만 그 보호자는 수익자를 지정할 수 있다.

67) 중국 보험법 제34조 ① 사망을 보험금 지급조건으로 하는 계약은 피보험인의 동의와 보험 금액에 대한 피보험인의 승낙이 없으면 계약은 무효하다.

② 사망을 보증금 지급조건으로 하는 계약에 의거하여 서명·발급한 보험증서는 피보험인의 서면동의를 거치지 아니하고서 양도하거나 담보로 하여서는 아니 된다.

③ 부모가 미성년자녀를 위하여 가입한 생명보험은 제1항 규정의 제한을 받지 아니한다.

68) 중국 보험법 제33조 ① 보험가입인은 민사행위의 능력이 없는 자를 위하여 사망을 보험금 지급조건으로 하는 생명보험에 가입하여서는 아니 된다. 보험인도 보험의뢰를 접수하여서는 아니 된다.

② 부모가 미성년자녀를 위한 생명보험에 가입하는 경우 전항 규정의 제한을 받지 아니한다. 단, 피보험인의 사망으로 인하여 지급한 보험금지급액의 합계는 보험감독관리기구의 규정 한 도액을 초과하여서는 아니 된다.

69) 중국 보험법 제39조 ① 생명보험의 수익인은 피보험인 또는 보험가입인이 지정한다.

② 보험가입인이 수익인을 지정하는 경우 피보험인의 동의를 얻어야 한다.

③ 보험가입인과 그와 노동관계가 있는 노동자의 생명보험의 가입은 피보험자 및 그 근친족 이외의 자를 수익인으로 지정하여서는 아니 된다.

④ 피보험인이 민사행위의 능력이 없는 자이거나 민사행위능력이 제한된 자인 경우 당해 보호자가 수익인을 지정할 수 있다.

70) 중국 보험법 제39조 제3항.

사. 동의주의와 장애인

동의주의라고 해도 우리와 같이 의사능력이 없거나 부족한 사람을 피보험자로 하는 사망보험계약을 일률적으로 무효로 하는 입법례보다는 그렇지 않은 경우가 대부분이다. 대만은 우리나라와 유사한 구조를 취하고 있으나, 보험계약 전체를 무효로 하지 않고 장례비용을 초과하는 보험금 지급부분만 무효로 하고 있다. 독일은 장례비를 초과하는 사망보험에 대해서만 피보험자의 동의를 요구하고 있으므로, 장례비 수준의 사망보험계약은 지적장애의 경중을 불문하고 피보험자가 될 수 있다.

의사능력이 아닌 행위무능력자를 대상으로 하는 입법례도 있다(중국, 프랑스). 이 경우 행위능력이 제한될 뿐인 사람을 피보험자로 하는 보험계약은 허용된다. 우리나라는 법정대리인에 의한 동의 또는 계약 체결을 부정하지만, 다른 나라는 대체로 대리권 행사를 인정하고 있다(일본, 독일, 프랑스 등). 상법 개정에도 불구하고 우리나라가 가장 광범위한 제한을 유지하고 있는 것이다.

IV. 상법 제732조와 장애인 차별

1. 문제제기

보험회사들은 그동안 심신상실 또는 심신박약자로 포섭될 여지가 있는 정신적 장애인에 대한 보험가입을 거절해왔다.⁷¹⁾ 심신박약 여부를 가리기 어려워 장애 등급, IQ를 기준으로 일률적으로 심신박약이라고 단정하기도 했다. 보험의 의미와 보험사고에 관하여 판단할 의사능력이 있는지를 개별적으로 살펴보지 않고 보험가입을 일률적으로 거절해온 것이다. 나아가 정신장애 때문에 치료와 투약을 받고 있다는 이유만으로 심신박약자로 취급하여 보험가입을 거절한 사례도 있었다.⁷²⁾ 장애인 고용사업장, 장애인 시설, 장애인 학교 등에서 단체보험에 가

71) 장애인차별금지추진연대, 장애유형별 보험차별 개선을 위한 가이드라인 연구, 국가인권위원회, 2011; 정연순, “민간보험에서의 장애인차별과 인권”, 정신질환과 민간보험 공청회 자료집(2007).

72) 국가인권위원회 결정례 08진차281; 발달장애 2급이라는 사실만으로 심신상실 또는 심신박

입할 때에도 정신적 장애인이 포함되어 있으면 상법 제732조를 이유로 보험가입을 거절하였다. 이러한 보험회사의 관행 때문에 국가인권위원회는 상법 제732조 관련하여 위와 같은 행위를 금지하는 내용을 가이드라인으로 만들기도 했다.⁷³⁾

상법이 개정되어 의사능력이 있는 장애인이 스스로 보험계약을 체결하는 것과 단체보험의 피보험자가 되는 것은 법률상 허용되었지만, 의사능력이라는 판단하기 어려운 요건 때문에 보험회사의 보험인수 거절관행은 쉽게 개선될 것으로 보이지 않는다. 특히 의사능력 유무에 관한 입증책임이 전환된 것도 문제이다. 의사능력이라는 어렵고 추상적 용어가 걸림돌이 되었을 때, 입증책임을 어느 쪽에 두는 것이 장애인에 대한 보험차별을 없애는 데 도움이 될지는 명확하다. 결국 보험회사가 장애인의 개별적 상황과 장애 정도를 조사해서 보험가입을 최대한 배려하고 허용하기보다는 추상적인 의사능력을 핑계로 보험가입을 거절할 근거로 작동할 가능성이 충분하다.

약이라고 판단하여 보험가입을 거절한 것은 차별에 해당한다고 결정한 사례 등(주 1) 참조.
73) 국가인권위원회 “장애인보험차별개선 가이드라인” 중 “인수단계의 차별” 제4항에는 ‘상법 제732조의 적용문제’라는 제목으로 아래의 내용을 제시하고 있다[국가인권위원회, “장애인보험차별개선 가이드라인”(2013), 21-22면].

- ① 정신장애인 또는 지적장애인을 곧바로 상법 제732조의 심신상실 또는 심신박약자로 단정하고 보험가입을 거절하는 것은 차별에 해당할 수 있습니다.
- ② 심신상실이란 “심신의 장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 경우”를 말하고, 심신박약이란 “심신의 장애로 인하여 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 것”을 말합니다. 특히 심신박약자란 계속적으로 심신박약의 상태에 있어야 하는 것은 아니나 대체로 심신박약의 상태에 있을 것이 요구되므로, 때때로 심신박약의 상태에 있다고 해도 대체로 정상적인 의사능력을 가지고 일상생활을 영위할 수 있다면 심신박약자가 아닙니다(대전지판 2002. 10. 11, 2002나784).
- ③ 개별적으로 보험의 의미와 보험사고에 관하여 판단할 의사능력이 있는지를 살펴보지 않고 보험가입을 거절하는 것은 차별에 해당할 가능성이 높습니다. 지적장애의 등급, IQ를 기준으로 일률적으로 심신박약이라고 단정할 수 없습니다.
- ④ 정신장애 때문에 치료와 투약을 받고 있다는 이유만으로 심신박약자로 취급하여 보험가입을 거절한다면 차별에 해당할 수 있습니다.
- ⑤ 상법 제732조는 사망을 보험사고 하는 생명보험에 관하여 적용되는 것이므로, 사망을 담보로 하지 않는 상해보험, 생존보험, 손해보험 등에 적용하는 것은 차별입니다.
- ⑥ 사망을 담보로 하지 않는 생명보험, 생존을 보험사고로 하는 생존보험(교육보험, 연금보험)에 사망담보 조건을 추가하여 상법 제732조에 따라 일률적으로 보험가입이 거절된다면 차별에 해당할 수 있습니다.
- ⑦ 장애인시설, 장애인학교 등을 대상으로 단체보험을 가입을 검토할 때 일부 피보험자가 상법 제732조에 의한 심신상실, 심신박약을 가진 것으로 평가된다고 하여 이를 분리하지 않고, 전체에 대한 보험가입을 거절하는 것은 차별에 해당할 수 있습니다.

타인의 보험은 의사능력이 있는 경우에도 여전히 금지된다. 장애인을 보호한다는 이유로 민사상 동의를 할 법적 능력이 있는 장애인의 동의를 의미 없는 것으로 보는 것이 옳은가? 나아가 의사능력이 없는 장애인을 피보험자로 하는 제3자의 보험계약은 무효로 보는 것이 타당한가? 제3자가 장애인의 부모이거나, 배우자인 경우에도 효력을 부정하는 것이 옳은가?

뿐만 아니라 의사능력이 없는 사람은 여전히 타인의 생명보험의 피보험자가 될 수 없고, 단체보험의 피보험자도 될 수 없다. 민사상으로는 의사능력이 없는 사람도 법정대리인을 통한 법률행위 또는 신분행위가 가능하다. 그런데 상법 제732조의 경우 대리권 행사를 부정하고 있다. 법정대리인은 통상 부모 등일 것이다. 장애가 있는 자녀를 대상으로 보험에 가입하여 보험금을 타내려는 패륜적 부모가 있을 수 있다는 이유로, 훨씬 많은 선량한 부모의 대리권을 박탈하는 것이 옳은가? 만일 법정대리인과 피보험자가 되는 장애인 사이에 이러한 이해의 충돌이 있을 수 있다면 특별대리인을 통한 동의 등을 허용하지 않는 이유는 무엇인가?

구성원의 복리후생을 위한 단체보험에서 규약이 존재함에도 의사능력 여하에 따라 보험계약의 효력을 좌우하도록 한 것은 바람직한 것인가? 특히 단체보험의 보험수익자가 구성원 또는 그 가족인 경우에도 피보험자의 의사능력 여하에 따라 보험계약을 무효로 하여야 하는가?

의사능력이 없거나 부족한 장애인의 경우 타인의 보험계약으로 보험에 가입할 필요성이 오히려 높다. 따라서 상법 제732조가 정신적 장애인 또는 그 가족의 행복추구권, 계약의 자유, 재산권, 평등권 등을 침해하는 위헌의 조항이라는 문제제기가 있다. 한편 「장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률」(이하 ‘장애인차별금지법’이라 한다.)⁷⁴⁾이 제정되어 보험영역에서 차별을 금지하는 명문의 규정(장애인차별금지법 제8조 제1항)이 도입된 이후에는 상법 제732조가 장애인차별금지법과 충돌하는 것이 아닌가라는 지적도 있다. 장애인차별금지법 제17조는 “금융상품 및 서비스의 제공자는 금전대출, 신용카드발급, 보험가입 등 각종 금융상품과 서비스의 제공에 있어서 정당한 사유 없이 장애인을 제한, 배제, 분리, 거부하여서는 아니 된다”고 명시하고 있다. 이를 어길 경우 법무부장관의 시정명령과 법원의 구제조치가 가능하다. 나아가 악의적인 차별행위라고 인정될 때에는

74) 2007년 4월 10일 제정되어, 2008년 4월 11일부터 시행되었다(법률 제8341호).

형사처벌이 가능하고, 시정명령을 이행하지 않을 경우 최대 3천만 원 이하의 과태료를 부과할 수도 있다.

보험업법에서도 “보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 그 체결 또는 모집에 관하여 정당한 이유 없이 장애인의 보험가입을 거부하는 행위”를 금지하고 있다(보험업법 제97조 제1항 제10호). 한편 우리나라는 기준을 유보하였지만,⁷⁵⁾ 국제장애인권리협약 제25조 e항에서는 “공평하고 합리적인 방식으로 제공되는 건강보험 및 국내법에 따라 허용되는 생명보험의 제공시 장애인에 대한 차별을 금지한다”고 규정하고 있다.

상법 제732조가 정당한 사유 없이 장애인을 제한, 배제, 분리, 거부하는 조항인지 검토할 필요가 있다. 이와 관련하여 장애인권리협약, 장애인차별금지법 등과 상법 제732조의 관계를 고려할 때 정신적 장애와 신체적 장애를 동일시할 수 없다는 견해가 있다.⁷⁶⁾ 이 견해에 따르면 장애인권리협약 등이 의사능력이 거의 없다고 인정되는 심신상실자에게도 신체장애인과 동일하게 적용될 수 있을지 불분명하다고 한다. 그러나 장애인권리협약과 장애인차별금지법은 정신적 장애인에게도 적용된다.⁷⁷⁾

정부는 상법 제732조가 정신적 장애인의 보험가입을 제한하는 것은 정당한 사유가 있다는 입장이다. 즉 이 규정의 입법취지가 “사망보험 악용으로 인한 도덕적 위험을 방지하려는 데 있고, 오히려 정신적 장애인을 보호하기 위한 규정이므로 헌법에 합치되며, 심신상실자 등은 일반인에 비하여 자기보호 능력이 현저하게 떨어지는데도 불구하고 이들의 사망을 보험사고로 하는 보험을 허용할 경우 보험금을 노린 살인을 비롯한 도덕적 위험이 발생할 가능성이 매우 높기 때문에 정신적 장애인을 보호하기 위해서도 이들을 피보험자로 하는 보험계약을 무효로 할 필요성이 높다”고 판단하고 있다. 과연 차별에 정당한 이유가 있는가?

75) 한국의 장애인권리협약 가입 후 처음으로 제출된 정부의 국가보고서에서 따르면 “상법 제732조에 따라 정신 장애인의 장애정도와 관계없이 생명보험계약 체결이 불가능하게 될 수 있는 점을 고려하여 2008년 8월 상기 조항의 개정안을 국회에 제출하였다”고 밝히면서 “동 개정안이 국회를 통과하면 대한민국은 협약 제25조 e항의 유보철회를 검토할 예정”이라고 한다.

76) 박세민, “심신박약자 및 심신상실자의 사망보험가입에 관한 연구”, 법조 제613호(2007), 40면.

77) 장애인차별금지법 제2조는 정신적 장애인을 명시적으로 포함하고 있으며, 특히 제37조에서 정신적 장애를 가진 사람에 대한 차별을 금지하는 조항을 마련하고 있다. 장애인권리협약도 제1조(목적)에서 정신적 장애인을 중요한 대상으로 포함하고 있다.

2. 보호담론은 옳은가?

가. 보호담론에서 권리담론으로의 변화

상법 제732조의 가장 중요한 명분은 장애인을 도박보험과 보험살해의 위험에서 보호하겠다는 것이다. 이러한 보호는 과연 합당한 것인가? 우선 장애인을 보호의 대상으로 보는 법률의 태도는 옳은가?

장애인을 보호의 대상으로 보는 ‘보호담론’은 점차 ‘권리담론’으로 전환되고 있다.⁷⁸⁾ 자선과 시혜의 대상이던 장애인이 지역사회 구성원으로서, 시민으로서 비장애인과 동등한 지위를 가지고 있다는 것이 바로 ‘권리담론’이다. 장애인을 더 이상 복지정책의 대상으로 간주하기보다는 자기결정권과 참여권을 가진 동등한 권리의 소유자로 보자는 것이다. 권리담론 하에서 장애인도 비장애인과 동등하게 사회생활에 참여해야 하고, 이를 위해 장애인의 자발적 참여 및 기회의 평등을 저해하는 각종 장애물을 제거할 필요가 있다는 것이 강조되었다. 이러한 변화는 장애계 또는 학자들의 주장에서 비롯되었으나 정부의 정책이나 법률에도 점차 반영되고 있다. 미국과 영국 등에서 시작된 논의는 점차 세계적으로 확산되었다.⁷⁹⁾

이런 관점에서 ‘장애의 개념’도 달라지고 있다. 장애를 신체적 혹은 정신적 ‘손상’, 즉 의료적 개념으로만 보지 않고 각종 ‘사회적 장벽’들에서 그 기원을 찾는다. 의료적 개념에서는 치료와 재활이 우선이지만, 사회적 개념에서는 인권과 차별금지 가 중요하다. 장애인 정책에서도 분리에서 통합으로, 보호주의에서 근로의 증진으로, 그리고 복지에서 시민권으로 전환이 진행되고 있다.

그 일환으로 1990년대 이후 여러 국가에서 장애인차별금지법이 제정되었다. 나아가 장애인권리협약은 관점의 변화를 결정적으로 반영하고 있다. 장애인권리협약은 국제사회가 장애인을 시혜적 보호 대상으로 보던 관점에서 벗어나 비장

78) 세계보건기구, WHO 세계장애보고서, (재)한국장애인재단, 2012; 최윤영, “장애인은 ‘시민’·복지 패러다임의 변화”, 법무사 제100호(2011), 4-5면; 김동기 외, “장애인권리협약 이행을 위한 국내법 연구”, 2012 한일 장애학 국제포럼 자료집, 한국장애인재활협회(2012); 김동호, “장애패러다임의 전환과 자립생활(Independent Living)”, 장애인고용 제42호(2001) 등 참조.

79) 윤석진, “독일의 장애인평등법”, 최신 외국법제정보 2008년 제10호, 한국법제연구원(2008), 76-78면; 조원일, “일본의 사회복지에 있어 장애인 자립 패러다임의 변천”, 일본연구논총 제26호(2007), 425-456면.

애인과 동등하게 인간의 기본적 권리를 향유하는 주체로 인정하고, 그러한 권리 실현을 위한 개별 국가의 의무를 인정하게 했다. 그동안 각 나라마다 시차를 두고 진행되어 왔던 장애인에 대한 시각의 변화, 장애인 인권의 증진, 장애인 복지 패러다임의 변화를 장애인권리협약이 반영한 것이라고 평가된다.⁸⁰⁾

우리나라의 법률도 전에는 장애인을 보호의 대상으로, 치료와 재활의 대상으로 취급하면서 권리를 제한하고 있었지만,⁸¹⁾ 이제는 많은 법률에서 권리담론을 받아들이고 있다.⁸²⁾ 장애인복지법은 그 목적도 장애인의 자립생활과 참여 증진을 통한 사회통합에 두고 있고, 기본이념도 장애인의 완전한 사회 참여와 평등을 통하여 사회통합을 이루는 것임을 천명하고 있다. 복지서비스를 실시할 때 일방적 조치 또는 시혜로 행하던 것에서 당사자의 서비스신청제도⁸³⁾ 및 계약제도⁸⁴⁾로 변경되었다. 장애인이 노동을 통해 사회참여를 할 수 있도록 장애인 고용정책이 진행되고 있으며, 중증장애인도 보호고용 등을 통해서 노동을 할 수 있도록 하였다.⁸⁵⁾

나. 장애인과 ‘법 앞에서의 평등’

장애인권리협약 제12조⁸⁶⁾는 장애인이 “법 앞에서 인간으로 인정받을 권리”

80) 세계보건기구(주 78) 참조.

81) 헌법에는 모든 국민이 인간으로 존엄하고(제10조), 평등한 권리를 가진다고 천명하고 있으나, 장애인을 직접 명시한 유일한 조항은 제34조 제5항인데, 장애인에 대한 국가의 보호에 관해서만 언급하고 있다(“신체장애자 및 질병 노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”). 이러한 태도는 수정되어야 한다는 견해가 많다.

82) 김성희, “장애인복지법 개정안의 주요내용과 의의”, 보건복지포럼 제127호(2007), 34-35, 39면.

83) 사회복지사업법 제33조의2, 제33조의3, 장애인복지법 제60조의2 제1항 등.

84) 장애인복지법 제60조의2 제5항에 따르면 장애인거주시설 이용 시 시설과 이용자는 이용계약을 체결하도록 하였다.

85) 장애인고용촉진 및 직업재활법에 따르면 장애인 고용촉진을 위해 국가 및 민간사업자에게 고용의무를 부과하고 있고, 장애인을 많이 고용한 사업장에 혜택을 부여하고, 중증장애인 고용을 촉진하며, 장애인 중 정상적인 작업 조건에서 일하기 어려운 장애인을 위하여 특정한 근로 환경을 제공하고 그 근로 환경에서 일할 수 있도록 하는 보호고용도 도입하였다.

86) 장애인권리협약 제12조(법 앞에서의 평등)

1. 당사국은 장애인이 어디에서나 법 앞에서 인간으로서 인정받을 권리가 있음을 재확인한다.
2. 당사국은 장애인들이 삶의 모든 영역에서 다른 사람들과 동등하게 법적 능력을 누려야 함을 인정한다.
3. 당사국은 장애인들이 그들의 법적 능력을 행사하는데 필요한 지원에 대한 접근을 제공받

가 있음을 다시 확인하면서, 장애인이 삶의 모든 영역에서 다른 사람과 “동등하게 법적 능력(legal capacity)을 누려야 한다.”고 규정하고 있다. 장애인권리협약을 제정할 때 이 조항은 치열한 논란거리였다고 한다. 일부 국가는 금치산자 또는 정신장애인의 경우 법적 능력이 제한될 수 있다는 이유로 반대 입장을 취했으나, ‘동등한 법적 능력’을 ‘행사한다’(exercise)는 대신 ‘누린다’(enjoy)로 타협하는 선에서 이 조문이 만들어졌다.⁸⁷⁾

그런데 장애인권리협약에서 눈여겨보아야 할 것은 다음 대목이다. 협약에서는 장애인의 법적 능력 행사와 관련된 당사국의 조치(입법을 포함)들이 ‘남용’(abuse)되어서는 안 되고, 이를 막기 위한 적절하고 효과적인 ‘안전장치’(safeguard)를 제공하여야 한다고 규정하고 있다. 이러한 안전장치는 우선 국제인권법에 따라야 한다. 또한 법적 능력 행사와 관련된 입법 등이 ① 장애인 개인의 권리, 의지, 선호를 존중하여야 하고, ② 이해의 충돌과 부당한 외압으로부터 자유롭도록 해야 하며, ③ 개인이 처한 환경에 비례하여 균형을 맞추어야 하고, ④ 가능한 최단기간 동안 적용되어야 하며, ⑤ 자격이 있고 독립적이며 공정한 당국 또는 법적 기구에 의해 정기적으로 심사를 받도록 해야 한다. 나아가 당사국은 장애인들이 법적 능력을 행사하는 데 필요한 지원에 접근할 수 있도록 조치를 취하여야 한다.

이 조항은 정신적 장애인의 행위능력을 포함한 법적 능력을 제한할 때 어떤 원칙에 입각하여야 하는지를 잘 보여주고 있다. 이에 위반하여 정신적 장애인의

을 수 있도록 적절한 입법 및 기타 조치를 취한다.

4. 당사국은 법적 능력 행사와 관련이 있는 모든 입법 또는 기타 조치들이 국제인권법에 따라서 오용을 막기 위한 적절하고 효과적인 안전장치(safeguard)를 제공하도록 보장한다. 그러한 안전장치는 법적 능력 행사와 관련이 있는 조치들이 개인의 권리, 의지, 선호를 존중하고, 이해의 충돌과 부당한 영향으로부터 자유롭고, 개인이 처한 환경에 비례하여 균형을 맞추고, 가능한 최단기간에 적용을 하며, 자격이 있고 독립적이며 공정한 당국 또는 법률기구에 의한 정기 심사의 대상이 되도록 보장해야 한다. 보호장치는 그러한 조치들이 개인의 권리와 이익에 영향을 미치는 정도에 비례해야 한다.

87) 여성차별철폐협약은 법적 능력(legal capacity)을 행사한다(exercise that capacity)고 규정하고 있다. 관련하여 법적 능력의 의미가 권리능력을 말하는지, 행위능력을 말하는지 논란이었다. 당시 아랍 등 일부 국가에서는 ‘법적 능력’에 ‘법적 능력의 행사’가 아닌 ‘권리로서의 법적 능력’을 의미한다는 각주를 붙이자고 제안했으나, 협약의 목적과 정신에 위배된다는 거센 비난을 받아 주석을 달지 않는 것으로 결정되었다. 이로 인해 동등하게 누려야 할 법적 능력의 의미가 무엇인지, 어떻게 이를 실현할 것인지는 당사국에 맡겨졌고 해석의 여지를 남기게 되었다.

법적 능력을 과도하게 제한하는 남용이 이루어진다면 장애인권리협약 위반이라고 볼 수 있다. 상법 제732조를 위 원칙에 따라 살펴볼 필요가 있다.

다. 패러다임의 변화를 보여주는 사례

1) 시설보호에서 지역사회 자립생활로

패러다임의 변화는 중증장애인에 대한 ‘시설보호 정책’이 ‘지역사회 자립생활 지원 정책’으로 전환되는 것에서 잘 드러난다. 미국의 장애인정책 변화과정을 살펴보면, 60년대 이전의 수용시설시대(보호감호, 의료모델)에서 탈시설시대(발달행동, 재활모델)를 거쳐 80년대 중반 이후 지역사회 시민권시대(개별지원, 자립생활모델)로 발전해 왔다고 한다.⁸⁸⁾

자립생활이란 장애인이 자신의 삶을 스스로 선택하고 결정하며, 그 결정이 비록 위험을 동반할지라도 자신이 책임을 지며, 자신의 인생에 대한 창조적 삶을 영위하는 과정이라고 할 수 있다.⁸⁹⁾ 우리나라의 법도 같은 취지로 변화해왔다. 사회복지사업법에서는 시설 입소에 우선하여 재가복지서비스를 제공할 것을 의무화하고 있고(사회복지사업법 제41조의2), 장애인복지법은 제4장으로 ‘자립생활의 지원’이라는 장을 두면서, 중증장애인이 자기결정에 의한 자립생활을 할 수 있도록 활동보조인 파견 등 필요한 시책을 강구할 의무를 국가 및 지방자치단체에 부과하고 있다(장애인복지법 제35조, 제53조).

2) 행위능력제도의 변화

정신적 장애인의 행위능력을 제한하는 금치산, 한정치산제도의 변화도 주목하여야 한다. 전에는 의사능력이 없거나 부족한 사람의 행위능력을 일률적으로 부정하고, 다른 사람이 그의 의사를 대신하여 결정하는 제도(substituted decision-making system)를 취했다. 그런데 이러한 제도가 장애인의 자기결정권을 비롯한 기본적 인권에 친화적이지 않고, 장애인의 복리에도 부합하지 않는다는 고려하에 장애인의 행위능력을 최대한 인정하고 타인이 장애인의 의사를 조력하는 제도(supported decision-making system)로 변화하고 있는 것이다.

88) 김동호(주 78), 68-93면.

89) 김재익, “PAS제도의 문제점과 앞으로의 전망”, 2007 자립생활 자료집, 보건복지부 국립재활원(2007), 45-47면; 신용호, “장애인 인권운동과 그 성과”, 위 자료집, 6면.

우리나라의 성년후견제도도 그러한 변화의 일환으로 도입되었다. ‘성년후견’은 금치산과 유사한 제도이지만, 금치산과는 달리 피후견인이 일용품 구입 등 일상행위나 가정법원에서 정한 법률행위를 독자적으로 할 수 있다. 한정치산과 유사한 ‘한정후견’도 장애인의 온전한 행위능력을 원칙적으로 인정하되, 거액의 금전 차용이나 보증 등 가정법원이 정한 중요한 법률행위에 대해서만 예외적으로 후견인의 동의를 받도록 하였다. 아울러 정신적 제약으로 일시적 후원 또는 특정한 사무에 관한 후원이 필요한 사람에 대하여 ‘특정후견’을 하는 유형이 도입되었다.

이러한 변화에도 불구하고, 우리나라의 성년후견제도는 여전히 제3자가 의사를 대신 결정하는 제도이고 장애인의 자기결정을 조력하는 제도로는 불충분하다는 비판이 있다.⁹⁰⁾ ⁹¹⁾ 최근 유엔 장애인권리위원회는 한국 정부에게 성년후견 제도가 후견인으로 하여금 피후견인의 재산 및 개인적 문제에 대하여 의사결정을 하도록 허용하는 것에 우려를 표하며, 장애인의 법적 능력의 행사를 조력하는 의사결정 지원제도로 전환할 것을 권고하였다.⁹²⁾

국제적으로 성년후견제도를 설계할 때 고려하여야 할 원칙으로 다음과 같은 것이 제시되고 있다. 성인은 언제나 의사결정능력이 있는 것으로 추정하는 것(능력의 추정), 의사결정능력상의 장애가 있더라도 정상인과 다를 바 없이 대우하는 것(정상화), 그 실현을 위해 이들의 잔존 의사결정능력을 최대한 존중하여야 하는 것(잔존능력의 극대화), 보호를 요하는 성인이 스스로 한 의사결정을 언제나 최우선시하는 것(자기결정권의 존중) 등이다.⁹³⁾ 이 원칙은 상법 제732조의 타당성 판

90) 제철웅, “유엔 장애인권리협약의 관점에서 본 한국 성년후견제도의 현재와 미래”, 가족법연구 제28권 제2호(2014).

91) 권오용, “성년후견제도와 장애인 인권”, 2013년도 정책과 대안 포럼: 제1회 토론회 자료집, 한국장애인인권포럼(2013), 8-9면. 성년후견에 의한 장애인 등의 권리행사 제한은 매우 광범위하다. 피후견인은 일용품 구입 등 일상생활에 필요하고 그 대가가 과도하지 아니한 법률행위를 제외하고 모든 법률행위를 자신이 스스로 할 수 없게 된다. 피후견인은 부모나 후견인의 동의를 받아야 약혼할 수 있고 약혼한 후에 성년후견, 한정후견이 결정되면 상대방은 약혼을 파기할 수 있다. 심지어 결혼도 후견인의 동의를 받아야 할 수 있고 이에 위반하면 그 혼인을 후견인 또는 상대방이 취소할 수 있다. 성년후견인은 피후견인의 신상에 관하여 광범위하게 관여한다.

92) 유엔 장애인권리위원회, “장애인권리위원회의 대한민국 최초 보고서에 대한 최종견해”(2014) 제21항, 제22항; 유엔 장애인권리위원회는 2014년 9월 17일과 18일에 걸쳐 장애인권리협약 제35조 및 제36조에 따라 대한민국의 제1차 장애인권리협약 이행에 관한 국가보고서를 심의하였으며 그 결과 지난 9월 30일 주요 우려사항과 권고를 담은 최종견해를 채택하였다.

93) 제철웅, “성년후견법의 시행준비작업상의 몇 가지 이론적, 실천적 문제”, 가족법연구 제27

단에서도 시사하는 바가 크다.

3. 보호의 수단과 방법은 적절한가?

가. 개괄

정신적 장애를 가진 사람이 도박보험 또는 보험살인에 희생될 가능성은 장애가 없는 사람의 경우보다 높을 것으로 추정된다. 어느 조사에 따르면 심각한 정신질환(severe mental illness)이 있는 사람은 어떤 종류의 범죄이든 피해자가 될 가능성이 정신질환이 없는 사람보다 3배 높고, 특히 가정 내 범죄의 피해자가 될 가능성이 2~3배 높다고 한다.⁹⁴⁾ 다른 조사에 따르면 정신질환자가 살인에 의해 사망할 확률은 정신질환이 없는 사람보다 6배 높았다.⁹⁵⁾ 따라서 정신적 장애를 가진 사람이 도박보험이나 보험살인의 희생양이 될 가능성은 장애가 없는 사람보다 크다고 생각된다. 그만큼 보호의 필요성도 인정된다.

그런데 상법 제732조가 정신적 장애를 가진 사람을 보호하기 위해 선택한 방법은 계약 자체를 무효화하는 것이다. 그 기준은 의사능력이다. 의사무능력자의 경우 자기의 보험, 타인의 보험, 단체보험계약을 모두 무효화하고 있다. 의사능력이 제한된 심신박약자의 경우도 원칙적으로는 계약을 무효로 보고, 자기 보험과 단체보험에서 의사능력이 있음을 입증할 때에만 예외를 인정하고 있다. 무효의 범위도 계약 전체이다. 한편 상법 제732조는 법정대리인에 의한 계약 체결이나 동의를 허용하지 않는다고 해석되고 있다.

정신적 장애를 가진 사람을 도박보험이나 보험살해의 위험에서 보호하려는 목적이 아무리 정당하다고 해도, 상법 제732조가 선택한 수단은 과연 적절한 것인가?

권 제1호(2013), 3면.

94) Pettitt, Bridget et al., *At risk, yet dismissed: The criminal victimization of people with mental health problems*, Institute of Psychiatry, King's College London, 2013, p.18, 62.

95) Hiroeh, Urara et al., *Death by homicide, suicide, and other unnatural causes in people with mental illness: a population-based study*, *The Lancet*, Vol.358(9299)(2001), p.2111.

나. 다른 보호수단으로는 부족한가?

도박보험, 보험살해 그 밖에 보험사기의 위험을 막기 위한 수단은 여러 가지가 있다. 상법, 형법 등 법률에 의한 방법도 있고, 정책적·실무적으로 활용되는 수단도 다양하다.

우선 상법에서는 보험계약자에게 고지의무를 부여하고, 이를 위반한 경우 보험자는 계약을 해지할 수 있다(상법 제651조). 타인의 생명과 신체에 관한 보험에서는 피보험자도 고지의무가 있다. 피보험자의 연령이나 장애, 질병 같은 사항과 함께 보험계약자와 피보험자의 관계, 피보험자의 신분, 직업 등도 고지의 대상이다. 이를 통해 도박보험의 위험성을 심사할 수 있다. 한편 사기에 의한 보험계약은 민법에 따라 취소할 수 있다. 만일 보험계약자가 피보험자를 살해하여 보험금을 편취할 목적으로 계약을 체결하였다면, 이러한 계약은 사회질서에 반하므로 무효이다.⁹⁶⁾ 보험계약자, 피보험자 또는 보험수익자가 피보험자를 살해하거나 고의로 해친 경우에는 보험자는 면책된다(상법 제732조의2의 반대해석).

상법의 수단 외에도 보험사기 또는 보험살인에 대해서는 형사처벌이라는 강력한 수단이 있다. 형법상 사기죄, 살인죄, 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 등을 통한 처벌이 가능하다. 정부 차원에서도 여러 대책을 마련하고 있다. 검찰에 보험범죄전담대책반을 설치하여 운영하는 등 범정부적 수사 대응체계를 구축하였다. 이 대책반에는 검찰, 경찰, 국토교통부, 금융감독원, 건강보험공단, 건강보험심사평가원, 근로복지공단, 생명보험협회, 손해보험협회 등이 참여하고 있다. 금융감독원은 2012년 7월경 보험사고 방지를 위한 제도개선안을 발표하였다. 보험상품을 설계할 때 ‘보험사기 영향평가’를 하여 사기가능성이 높은 상품의 출시를 억제하는 방안, 보험인수 심사 시 고액·다수의 가입 여부를 확인하도록 하는 등, 계약인수 심사 시 준수하여야 할 내부통제기준과 절차도 마련하였다.⁹⁷⁾ 2014년 7월에는 다시 보험사기 근절대책을 발표하여 보험사기 인지, 조사, 수사 체계를 강화하거나, 보험업계 공동의 보험사기 인지시스템(IFAS)을 구축하는 방안 등이 제시되었다. 아울러 보험사기에 연루된 보험업 종사자에 대한 등록 취소 등

96) 대판 2000. 2. 11. 99다49064.

97) 금융감독원, “보험사기방지를 위한 제도개선방향”, 금융감독원 보도자료(2012. 7. 12.).

행정제재의 근거를 마련하였다.

보험사기를 방지하기 위해 보험사기죄를 형법이나 보험업법, 기타 특별법으로 규율하자는 의견도 있다.⁹⁸⁾ 나아가 아예 보험사기방지법을 특별법으로 만들자는 논의 및 시도가 있다.⁹⁹⁾ 독일의 경우 형법에 보험사기죄를 규정하고 있고, 미국에서는 보험사기방지법을 특별법으로 마련한 수가 있다.¹⁰⁰⁾ 그 밖에 상법에서도 보험사기 방지를 위한 규정을 보완하자는 견해도 있고,¹⁰¹⁾ 실제로 2007년 법무부가 보험사기방지 조항을 추가하는 상법 개정안을 제출하기도 했다.

이러한 수단 못지않게 중요한 것은 보험회사의 역할이다. 보험사기와 도박보험을 막기 위해서는 보험회사들이 보험계약 단계에서 심사를 강화하여야 한다.¹⁰²⁾ 보험회사간의 과당경쟁으로 도덕적 위험을 배제하려는 노력은 소홀해지고 신규계약 인수확대만을 하여 결과적으로 보험사기를 유발하는 원인이 되고 있기 때문이다.¹⁰³⁾ 명시적인 법률이 없더라도 보험회사가 피보험이익 개념을 생명보험에도 도입하여 피보험이익이 없는 도박보험이나 그 밖에 경제적 합리성을 결여한 보험인수를 하지 않는 등 보험살인을 방지하기 위한 적극적인 역할을 하여야 하고, 보험회사가 사전에 검증의무를 다하지 못한 경우에는 보험살인에 대하여 불법행위책임을 져야 한다는 주장도 제기되고 있다.¹⁰⁴⁾

여러 나라가 위험 방지를 위해 이익주의, 동의주의 등 다양한 입법장치를 마련하고 있지만, 그럼에도 보험살인은 발생하고 있다. 같은 동의주의를 취하면서

98) 박광현, “보험사기에 관한 고찰”, 가천법학 제6권 제3호(2013), 66-68면.

99) 박대동 의원이 대표발의한 보험사기방지 특별법안은 보험사기행위 정의규정(안 제2조), 국가·금융위원회·보험회사의 보험사기방지를 위한 업무(안 제4조), 보험회사의 보험사기행위 보고의무(안 제5조), 보험사기행위 조사과정에서 보험회사의 소비자보호의무(안 제6조), 보험사기행위 관련 수사기관에 대한 통보(안 제7조), 보험사기범과 결합범(보험살인, 보험상해·보험상해치사)등에 대한 가중처벌 및 미수범 처벌(안 제8조-제11조), 보험사기행위 관련 확정판결 받은 자의 보험금 청구권 소멸 등을 내용으로 하고 있다.

100) 김형기, “보험범죄의 방지대책 및 개선방안”, 보험법률 제25호(1999), 11-12면. 미국의 경우 2000년까지 모든 주에서 보험사기 관련법을 제정할 계획이며, 독일의 경우 통상의 고의살인에 대하여는 5년 이상의 징역을 규정하고 있으나 보험금 살인에 대하여는 동법 제211조에서 소유욕으로부터의 謀殺로 간주하여 무기징역을 규정하고 있다.

101) 장경환, “보험사기와 관련한 보험계약법상의 몇 가지 문제 - 생명보험과 상해보험을 중심으로”, 경희법률 제40권 제1호(2005), 110-116면.

102) 안경욱, “보험사기의 범죄적 특성과 형사처벌”, 형사정책 제15권 제2호(2003), 252면.

103) 박광현(주 98), 70면.

104) 윤광균, “생명보험에서의 피보험이익과 보험살인에 대한 보험회사의 책임”, 인권과 정의 제427호(2012), 22-23면.

도 상법 제732조와 같은 규정을 두지 않은 일본에서는 미성년자와 심신상실 또는 박약자를 대상으로 한 보험범죄가 훨씬 많은가? 장애인에 관한 통계는 확인하기 어려우나 미성년자에 관한 통계를 보면 일본과 우리나라는 별다른 차이를 보이지 않으며,¹⁰⁵⁾ 일본의 보험금 목적 살인의 검거건수 중 미성년자가 피해자인 비율은 10% 정도인데 미성년자보험이 계약건수 중 차지하는 비율은 평성 18년(서기 2006년) 통계로 약 14%이므로, 미성년자 피해의 비율이 높다는 것은 사실이 아니라고 한다.¹⁰⁶⁾

보험회사의 정밀한 보험심사 없는 경쟁적 보험인수가 훨씬 더 위험을 가중하고 있다는 지적에도 귀를 기울일 필요가 있다. 위험성이 높다는 이유로 법률에 의해 보험계약 자체를 봉쇄하는 것은 부당하다. 법률이 아닌 실무로 해결할 것들 법이 과도하게 나서는 것도 문제이다. 보험회사가 사망보험금을 낮추거나 연령별로 차등을 부여하고, 도박적 성격을 완화하는 상품을 설계하며, 보험인수를 할 때 피보험이익 여부를 고려하고 심사하는 방법을 선택하려 하지 않고, 법을 통한 봉쇄를 지지하는 것은 납득하기 어렵다.

다. 의사능력을 기준으로 제한하는 것이 바람직한가?

상법 제732조는 의사능력을 기준으로 보험계약의 효력을 무효화하고 있다. 그런데 의사능력이 있는지를 판단하는 것은 무척 어려운 일이다. 의사능력은 개별적으로 판단하여야 하고, 정신능력에 관한 것이므로 정신적 발달의 정도, 행위 당시의 정신상태, 대상이 되는 행위의 난이도에 따라 상대적으로 달라질 수밖에 없다.¹⁰⁷⁾

105) 이병희, “보험금 목적 살인범죄의 실태”, 형사정책연구 제12권 제1호(2001), 74면. 한국과 일본의 보험살인 사건의 연령별 피해자를 비교한 분석에 따르면, 19세 이하의 미성년자의 비율은 한국은 10%, 일본은 12%로 큰 차이가 없고, 9세 이하의 비율은 한국은 10%, 일본은 5%로 오히려 일본이 적다.

106) 西村高等法務研究所「未成年者を被保険者とする生命保険契約に関する調査研究」(西村高等法務研究所, 2007) 8頁.

107) 대판 2009. 1. 15, 2008다58367. “의사능력이란 자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능을 말하는 것으로서, 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 특히 어떤 법률행위가 그 일상적인 의미만을 이해하여서는 알기 어려운 특별한 법률적인 의미나 효과가 부여되어 있는 경우 의사능력이 인정되기 위하여는 그 행위의 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대하여도 이해할 수 있을 것을 요한다.”

의사능력이 문제되는 본인 입장에서도 의사능력이 있다는 것을 입증하는 것은 대단히 어렵다. 거래 상대방의 입장에서도 의사능력 유무를 판단하는 것은 어렵다.¹⁰⁸⁾ 만일 의사능력이 문제가 되어 행위의 효력이 무효로 되면 거래 상대방도 예상치 못한 손해를 입게 된다. 이렇게 되면 상대방은 거래를 꺼리게 된다.

그러므로 민법은 행위능력제도를 도입하여 외부에서 인식할 수 있는 일정한 기준에 따라 법률행위를 할 수 있거나, 취소할 수 있도록 하였다. 행위능력제도는 의사능력 유무의 입증을 면제함으로써 한편으로는 본인을 보호하고, 다른 한편으로는 거래의 상대방이나 제3자로 하여금 객관적 기준으로 무능력자를 구별하게 함으로써 손해를 미연에 방지하고 거래의 안전을 도모하는 것이다.

상법 제732조가 의사능력을 기준으로 삼게 됨으로써 의사능력이라는 구체적, 추상적 판단은 보험회사에게 맡겨지게 된다. 결국 보험회사 입장에서는 법적·의학적으로 용이하게 분류할 수 있는 장애인 등급이 높은 정신적 장애인들에게 일률적으로 상법 제732조를 적용하거나 의료적 판단으로 의사능력을 인정하게 된다. 보험자의 보험인수는 보수적으로 될 수밖에 없고, 정신적 장애인들은 개별적 사정을 고려할 여지없이 보험에서 배제될 위험에 놓이는 것이다.

의사능력이 없는 사람을 보호하기 위해 생명보험의 효력을 부정하는 극단적 선택을 한 것도 문제다. 의사능력이 없기 때문에 제3자에 의한 보험계약이 오히려 필요할 수 있는데, 다른 장치로 문제를 해결하려 하지 않고 보험계약 자체를 봉쇄하는 것은 과도하다.

라. 단체보험에서도 의사능력을 따져야 하는가?

단체가 규약에 따라 구성원을 피보험자로 하는 생명보험계약을 체결하는 경

108) 보험회사가 심신박약자로 보아 보험계약의 무효를 주장한 소송에서 법원은 심신박약자가 아니라고 하면서 보험회사의 청구를 기각한 사례가 있다[대전지판 2002. 10. 11, 2002나784(미간행)]. 사안에서 김 모 씨는 정신분열증으로 정신병원에 입원치료 또는 통원치료를 받은 사람인데 스스로 보험계약을 체결하였다. 그녀는 자신의 집 근처 개울에서 원인불명의 익사 사고로 사망하였고, 상속인들이 보험금을 청구하자, 보험회사는 심신박약자를 피보험자로 하는 보험계약이라고 주장하면서 보험계약 무효확인 소송을 제기하였다. 법원은 김 모 씨가 방에서 땀을 누고, 옷을 모두 벗고 돌아다니면서 남의 옷도 벗기려고 하는 등의 정신병적인 증세를 보인 사실, 정신분열적인 증상으로 정신병원에서 입원 및 통원 치료를 받은 사실이 있으나, 평상시에는 정상적인 의사능력과 사리분별력을 가지고 있어 일반적인 생활에 지장이 없었으며, 실제로도 두 자녀를 낳아 기르면서 가정생활을 도맡아 해 온 사실을 인정하였다.

우 피보험자의 동의가 필요하지 않다. 피보험자의 ‘개별적 동의’는 ‘단체의 규약’이라는 집단적 동의로 대체된다.¹⁰⁹⁾ 단체보험의 유효요건인 ‘규약’은 단체협약, 취업규칙, 정관 등 그 형식을 막론하고 대표자가 구성원을 위하여 일괄하여 단체보험 계약을 체결할 수 있다는 취지를 담고 있으면 된다.¹¹⁰⁾ ‘집단적 동의’인 규약이 만들어지는 과정에 실제로 구성원 다수의 동의나 지지, 나아가 협의를 요구하는 것도 아니다.

그런데 규약을 갖추어 단체보험에 가입한 경우에도 의사능력이 없는 피보험자에 대해서는 보험계약이 무효이다. 개정 상법은 개별적 동의가 필요 없다고 하면서 정신적 장애인에게는 동의능력에 따라 진입장벽을 마련하였다. 구성원의 복리후생을 위한 단체보험에서 규약이 존재함에도 의사능력 여하에 따라 보험계약의 효력을 좌우하도록 한 것은 어떤 이유에서인가? 장애인 고용이 법적으로 의무화되어 있고, 중증장애인의 고용이 장려되며, 보호작업장이 설치되고, 장애인을 고용한 사회적기업도 늘어나면서 중증장애인의 고용도 늘어나고 있다.¹¹¹⁾ 지

109) 헌재 1999. 9. 16, 98헌가6. 상법 제735조의3에 관한 위헌제청사건에서 헌법재판소는 단체보험에서 타인의 생명보험에서 일반적으로 요구되는 피보험자의 개별적 동의를 요건으로 하지 않은 것이 인간의 존엄과 가치 등을 침해하는 것으로 위헌인지를 판단하였다. 다수의견은 합헌이라는 결론을 내리면서 “상법 제735조의3의 제1항의 입법취지는 타인의 생명보험계약을 체결함에 있어서 계약체결 시 피보험자의 서면동의를 얻도록 하는 개별보험의 일반원칙에서 벗어나 규약으로써 동의에 갈음할 수 있게 함으로써 단체보험의 특성에 따른 운용상의 편의를 부여해 주어 단체보험의 활성화를 돕는다는 것이다. 이 사건 법률조항의 위와 같은 입법취지에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항은 단체구성원들의 복리 증진 등 이익에 기여하는 바가 있고, 단체보험의 특성에 따라 개별적 동의를 집단적 동의로 대체하는 것에 불과하며 그 방법은 합리성을 가지고 있다. 그러므로, 이 사건 법률조항이 인간의 존엄성과 가치를 훼손하고 행복추구권을 침해하는 것이며, 국가의 기본권 보장 의무에 위배되는 것이라고는 할 수 없다”고 판시한 바 있다. 다만 3명의 재판관은 소수의견으로 “이 사건 법률조항은 단체보험이라는 형식의 보험계약을 체결할 때에는 개인의 생사를 보험사고로 한다는 점에서는 개별보험과 아무런 차이가 없음에도 불구하고 타인의 생명보험의 피보험자가 되는 개인의 동의라는 계약을 부과하는 것을 포기한 것으로서, 경제적 장점만을 고려하여 단체원리를 적용함으로써 개인의 의사와 결정권을 무시하는 것이다. 이 사건 법률조항에 의하여 체결된 단체보험에 있어서는 타인을 피보험자로 하는 생명보험계약을 그 당사자가 알지 못하는 사이에 용이하게 체결할 수도 있으므로 피보험자의 개별적 동의를 거쳐 체결되는 개별보험과 비교할 때 타인의 생명보험계약에 내재하는 가해 등 도덕적 위험도 더욱 커지게 되며, 각종 산업현장에서 재해방지대책이 소홀해질 우려도 있다. 그러므로 이 사건 법률조항은 헌법 제10조에 위반된다”는 것을 이유로 제시했다.

110) 대판 2006. 4. 27, 2003다60259.

111) 한국장애인고용공단 고용개발원, “2013년 장애인통계”(2013), 57면에 의하면 2013년 중증장애인 취업자는 149,004명이다.

직장애인을 고용한 사업장에서 근로자의 복리후생을 위해 단체보험에 가입하였는데, 장애의 경중에 따라 누구에 대해서는 계약이 유효하고, 누구에 대해서는 계약이 무효로 되는 것은 과연 옳은가? 어차피 개별적 동의 없이 보험에 가입되는데 의사능력이 없는 근로자는 그 집단에서 왜 배제되어야 하는가?

단체보험은 구성원의 복리후생을 위하여 체결되므로 보험수익자는 구성원 또는 그 가족이 되는 것이 일반적이다(‘타인을 위한 보험’). 단체가 규약을 갖추고 구성원 또는 그 가족을 보험수익자로 지정한 경우에도 피보험자의 의사능력 여하에 따라 보험계약을 무효로 하는 것은 타당하지 않다. 이때는 보험계약자의 도박보험 또는 보험살해의 위험이 크게 문제되지 않기 때문이다.

단체보험에서도 보험계약자인 사업자 자신을 보험수익자로 지정하는 것이 물론 가능하다(‘자기를 위한 보험’).¹¹²⁾ 단체는 그 구성원에 대한 단체의 재해보상금이나 후생복지비용의 재원을 마련하기 위해 보험에 가입할 필요가 있기 때문이다.¹¹³⁾ 이 경우에도 보험계약자는 재해보상금 등의 재원을 마련하기 위하여 보험금을 수취한다. 만일 재해보상금 이상의 도박적 금액으로 보험금을 수취할 수 있는 상품이 아니라면 이 경우에도 특별히 보험살해의 위험성이 크다고 단정할 수 없다.

최근 개정상법에서는 단체보험에서 보험계약자가 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정할 때에는 단체의 규약에서 명시적으로 정하는 경우 외에는 피보험자의 서면 동의를 받아야 한다는 규정을 신설하였다. 피보험자의 서면 동의가 필요한 경우라면 피보험자의 의사능력이 중요한 변수가 될 수도 있다. 그러나 규약에서 명시적으로 정하여 보험수익자를 보험계약자로 지정한 경우라면 개별적 동의가 필요 없으므로, 마찬가지로 의사능력이 없는 구성원의 보험을 부정할 이유는 없다. 개별적 동의가 필요한 경우에는 뒤에서 이야기하는 것처럼 법정대리인의 동의를 인정하는 것이 바람직하다고 판단된다.

112) 대판 1999. 5. 25, 98다59613; 대판 2006. 4. 27, 2003다60259.

113) 이러한 단체보험의 취지에 따라 “단체보험계약을 해석함에 있어, 업무의 재해로 보험사가 발생한 경우에는 피보험자나 그 유족에게 지급하기로 하는 의미로 보험수익자를 보험계약자인 회사로 하는 데 대하여 피보험자가 동의한 것이라고 보는 것이 당사자의 의사에 부합한다”고 한 사례도 있다(대판 2007. 10. 12, 2007다42877).

마. 법정대리권을 부정하는 것이 옳은가?

상법 제732조의 해석상 친권자 또는 후견인이 미성년자 또는 심신상실·박약자의 보험계약을 체결하거나 피보험자의 동의를 대리하는 것은 허용되지 않는다. 법정대리인에 의한 대리 동의를 인정하면 보험금 취득을 위해 그들이 희생될 위험성이 있다는 것이다.¹¹⁴⁾ 결국 친권자 또는 후견인에 의한 피보험자 살해가 염려된다는 것이다.

민법에 따르면 행위능력이 없거나 제한된 사람도 친권자 또는 후견인을 통해 법률행위를 할 수 있다.¹¹⁵⁾ 성년후견인은 광범위한 대리권을 가지고, 한정후견인이나 특정후견인도 법원으로부터 대리권을 수여받는 심판을 받으면 피후견인을 대리할 수 있다. 후견인은 피성년후견인의 신상에 관한 결정에도 관여한다.¹¹⁶⁾ 예를 들어 피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위도 성년후견인이 대

114) 서울고판 2002. 6. 20, 2001나65122.

115) 민법 제938조(후견인의 대리권 등) ① 후견인은 피후견인의 법정대리인이 된다.

제949조(재산관리권과 대리권) ① 후견인은 피후견인의 재산을 관리하고 그 재산에 관한 법률행위에 대하여 피후견인을 대리한다.

② 제920조 단서의 규정(그러나 그 자의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담할 경우에는 본인의 동의를 얻어야 한다.)은 전항의 법률행위에 준용한다.

제959조의4(한정후견인의 대리권 등) ① 가정법원은 한정후견인에게 대리권을 수여하는 심판을 할 수 있다.

② 한정후견인의 대리권 등에 관하여는 제938조제3항 및 제4항을 준용한다.

제959조의11(특정후견인의 대리권) ① 피특정후견인의 후원을 위하여 필요하다고 인정하면 가정법원은 기간이나 범위를 정하여 특정후견인에게 대리권을 수여하는 심판을 할 수 있다.

② 제1항의 경우 가정법원은 특정후견인의 대리권 행사에 가정법원이나 특정후견감독인의 동의를 받도록 명할 수 있다.

116) 민법 제947조의2(피성년후견인의 신상결정 등) ① 피성년후견인은 자신의 신상에 관하여 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정한다.

② 성년후견인이 피성년후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하려는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다.

③ 피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의할 수 없는 경우에는 성년후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있다.

④ 제3항의 경우 피성년후견인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때에는 가정법원의 허가를 받아야 한다. 다만, 허가절차로 의료행위가 지체되어 피성년후견인의 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 때에는 사후에 허가를 청구할 수 있다.

⑤ 성년후견인이 피성년후견인을 대리하여 피성년후견인이 거주하고 있는 건물 또는 그 대지에 대하여 매도, 임대, 전세권 설정, 저당권 설정, 임대차의 해지, 전세권의 소멸, 그 밖에 이에 준하는 행위를 하는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다.

신하여 동의할 수 있다. 피성년후견인을 치료를 위해 정신병원 등에 격리하는 것도 가정법원의 허가를 얻어서 할 수 있다.

이러한 민법의 원칙을 쉽게 부정하는 것은 옳은가? 부정하는 근거로 보험금 수취를 위한 살해의 위험성을 언급하지만, 일부 패륜적 후견인을 염려하여 대다수 선량한 후견인의 대리권을 박탈하는 것은 적절하지 않다. 친권자 또는 후견인이 보험금을 수취하는 경우에는 이해상반행위¹¹⁷⁾에 준하여 특별대리인을 선임하거나(미성년 친권자의 경우, 민법 제921조), 후견감독인이 행위를 하도록 하는(성년 후견의 경우) 장치가 있음에도 대리권을 전혀 허용하지 않는 것은 납득하기 어렵다. 앞서 본 것처럼 독일이나 프랑스는 법정대리인의 대리권을 인정하되, 이해가 상반되는 경우에는 특별대리인 또는 후견법원이 관여하도록 하고 있다. 상법 제732조와 같은 규정이 없는 일본에서도 대리권을 인정하되, 사안에 따라 이해상반행위 규정을 준용한다는 견해가 지배적이다.

바. 전부 무효는 적절한가?

우리와 같이 보험계약을 전부 무효로 하는 것은 적절한가? 대만은 장례비를 넘는 보험금 부분만을 무효화하고 있다. 독일은 장례비를 넘는 사망보험금 지급을 약정하는 경우에는 타인의 동의가 없는 경우에만 무효로 하고 있다. 이러한 입법이 가능한데도 사망보험계약 전체를 무효화하여 정신적 장애인을 각종 보험에서 배제하는 것은 피해의 최소성이나 비례의 원칙에도 반한다.

V. 결론

1. 상법 제732조의 장애인 차별 여부

상법 개정으로 의사능력이 있는 장애인은 ‘자기의 보험’이 허용되고, ‘단체보

117) 이해상반행위 판단기준에 관한 학설로는 ① 행위의 동기, 목적, 결과 등을 고려하여 실질적으로 불리한 것이면 이해상반행위에 해당한다는 ‘실질적 판단설’과 ② 법률행위의 동기나 결과와 관계없이 법률행위 자체를 객관적으로 보아 불이익이 되는지를 판단하여야 한다는 ‘형식적 판단설’ 등이 있다. 판례는 후자의 입장이다.

험의 피보험자가 될 수 있게 되었다. 그러나 의사능력의 존부는 판단하기 어렵고, 의사능력이 있다는 사실의 입증책임을 당사자가 부담하므로, 보험회사의 보험인수 거절관행은 쉽게 개선될 것으로 보이지 않는다. 또한, 타인의 보험에서는 의사능력이 있는 장애인이 여전히 배제되고 있다. 의사능력이 없는 장애인은 사망보장이 포함된 모든 보험(자기의 보험, 타인의 보험, 단체보험)에서 배제되고 있다. 상법 제732조는 사망보험에만 적용되지만, 우리나라의 경우 생존보험, 상해보험, 건강질병보험 등 대부분의 보험에 사망보장이 포함되어 있어서, 생명보험회사, 손해보험회사, 상호보험과 공제가 취급하는 상당히 많은 보험상품에서 관련 장애인은 배제되고 있다.

이처럼 상법 제732조는 장애를 사유로 보험가입 등 서비스에 관해서 장애인을 제한·배제·분리·거부하는 것이다. 다만 제한·배제 등에 ‘정당한 사유’가 있는지가 문제다. 정부는 정신능력이 부족한 장애인을 보험살인이나 도박보험에서 보호할 필요성을 정당한 사유로 제시하고 있다. 아울러 의사능력이 있는 장애인에게는 자기의 보험이나 단체보험을 허용하고 있으니, 보호의 수단도 적절하다고 한다.

우선 장애인을 보호의 대상으로만 보는 것은 옳지 않다. 보호에 앞서서 장애인의 법적 능력을 최대한 인정하고, 자기결정권을 존중하는 것이 요구된다. 그런데 타인의 보험에서 의사능력이 있는 장애인의 동의를 비장애인의 동의와 달리 취급하여 효력을 인정하지 않는 것은 장애인의 자기결정권을 침해하는 것이다. 정부는 동의를 왜곡될 우려를 이야기하나, 동의의 진정성은 보험회사가 확인할 수 있으므로 그 이유로 보험계약 자체를 봉쇄하는 것은 옳지 않다. 또 일부 악의적이고 패륜적인 사람으로부터 장애인을 보호하기 위해서 선량한 부모 등 피보험이익이 있는 사람이 장애인을 보험으로 보호하려는 것을 법률이 나서서 봉쇄하는 것은 진정한 보호가 아니다.

나아가 상법의 다른 보호수단이나 형법 등을 통해 도박보험과 보험살인을 막는 수단이 있고, 보험회사도 사행적인 보험상품을 억제하고 면밀히 보험심사를 하는 등 도박보험을 막을 수 있는 여러 방법이 있다. 그럼에도 보험계약 자체를 원천봉쇄하는 것은 수단의 적절성이나 목적 달성을 위한 비례성에서도 적합하지 않다. 독일이나 대만처럼 보험계약의 전부가 아닌 일부를 무효화하는 방법

도 있다.

의사능력을 기준으로 보험의 효력을 좌우하도록 한 것도 당사자 보호를 위해서나 보험회사의 입장에서든 적절한 방법이 아니다. 행위능력이 아닌 의사능력을 기준으로 삼게 됨에 따라 보험가입의 제한은 확대될 수밖에 없고, 거래의 안전도 해치게 된다. 법정대리인의 대리권 행사를 전혀 인정하지 않는 것도 논거가 희박하다. 의사능력이 없거나 부족한 사람도 법정대리인의 대리권 또는 동의권 행사, 그 밖에 조력을 통하여 다양한 법률행위를 할 수 있는 것이 민법의 근본원칙이다. 법정대리인과 피보험자인 장애인 사이에 이해가 충돌된다면 특별대리인 제도나 후견법원의 허가를 통해 해결할 수 있음에도, 이러한 원칙을 배제하는 것은 적절하지 않다. 따라서 상법 제732조는 장애인을 정당한 사유 없이 차별하는 조항이라고 판단된다.

최근 유엔 장애인권리위원회도 같은 취지로 한국정부에게 상법 제732조를 삭제할 것을 권고하였다.¹¹⁸⁾ 즉 장애인권리위원회는 “개정 상법 제732조가 장애인이 ‘의사능력이 있는 경우’에 한하여 보험가입을 인정하는 것에 대해 우려를 표하면서 ‘의사능력’에 기반한 보험가입 거부는 장애인에 대한 차별임을 인지”한다고 하면서, 한국 정부가 상법 제732조를 삭제할 것과, 생명보험에 관한 협약 제25조 e항에 대한 유보를 철회할 것을 권고하였다.

2. 대안

가. 삭제 의견

장애계는 그동안 상법 제732조를 삭제하는 것이 옳다고 주장했다.¹¹⁹⁾ 국가인권위원회도 같은 의견을 제시한 바 있고, 실제로 여러 국회의원이 삭제안을 제출하였다. 유엔장애인권리위원회도 최근 한국정부에 삭제를 권고하였다. 상법 제

118) 유엔 장애인권리위원회(주 92), 제47항, 제48항.

제47항 위원회는 최근 개정된 상법 제732조가 장애인이 “의사능력이 있는 경우”에 한하여 보험가입을 인정하는 것에 대해 우려를 표한다. 위원회는 “의사능력”에 기반한 보험가입의 거부가 장애인에 대한 차별임을 인지한다.

제48항 위원회는 당사국이 “의사능력이 있는 경우”에 한하여 보험가입을 인정하는 상법 제732조를 삭제할 것과, 생명보험에 관한 협약 제25조 e항에 대한 유보를 철회할 것을 권고한다.

119) 김선광, “장애유형별 보험차별과 상법 제732조”, 상사판례연구 제20집 제2권(2007), 389-398면.

732조를 삭제하면 미성년자와 정신적 장애인은 도박보험의 위험에 방치되는가? 보험살해의 위험은 더욱 커지는가? 삭제안은 무언가 불충분한 것인가?

상법 제732조를 삭제하면 일본의 입법례와 같아진다. 일본 보험법은 동의주의를 취하지만 연령이나 의사능력을 기준으로 보험계약의 효력을 부정하는 조항이 없다. 상법 제732조가 삭제될 경우 상법 제731조 등 다른 조문에 의하여 처리하게 된다. 장애인이나 미성년자를 피보험자로 할 경우 다른 성인과 마찬가지로 동의가 필요하고, 동의가 유효하기 위해서는 의사능력과 행위능력에 관한 일반원칙이 적용된다. 의사능력이 없는 자가 한 동의는 효력이 없고, 행위능력이 없는 사람은 동의를 할 수 없거나, 동의를 하더라도 동의가 취소될 수 있다. 다만 법정대리인의 동의는 제한되지 않는다. 법정대리인과 피보험자의 이해가 충돌된다면 특별대리인 등이 개입하여야 한다.

물론 의사능력이 부족한 사람의 보험가입을 제한하거나 장래비 이상의 사망보험을 무효화하는 입법례와 비교해볼 때 피보험자의 위해 위험이 커질 수 있고 도박보험의 개연성도 증가될 수 있다. 일본에서도 이러한 문제제기에 따라 법률개정이 필요한지 논의가 이루어졌다. 구체적으로는 미성년자 또는 제한행위능력자에 대해 특별한 규율이 필요한가, 일정 연령 미만의 미성년자를 피보험자로 하는 사망보험계약에서 일정 금액 이상을 무효로 하는 것이 필요한가를 논의하였다. 결론적으로 일본에서는 입법적 변경을 하지 않았다. 일본 생명보험협회의 의뢰로 연구를 진행한 보고서에 따르면, “동의주의에 대하여 새로운 입법수단이 필요하다고 보이지 않는다. 다만 피보험자의 동의에 관해서도 법정대리인의 재산관리권, 신상보호권이 미친다는 것을 확인적으로 법률에 규정하는 것은 가능하다. 미성년자 보험에서 상한을 설정하는 것은 바람직하지 않다”는 의견을 제시하고 있다.¹²⁰⁾ 다만 일본의 경우 앞에서 본 것처럼 도박보험을 방지하기 위해 보험금액의 상한을 설정하는 등 보험회사들의 자율적 노력이 뒷받침되고 있다. 이러한 점에 비추어본다면 일본의 예를 따르더라도 무방하다고 본다.

상법 제732조를 삭제하더라도 15세 미만의 미성년자와 심신상실자에 대해서는 삭제할 수 없다는 의견이 있다.¹²¹⁾ 우선 15세 미만자는 근로자가 될 수 없고,

120) 西村高等法務研究所(주 106), 4頁.

121) 박세민(주 76), 49면.

부양능력도 없으므로 피보험이익이 없다고 하나, 미국에서는 부모와 미성년자의 관계는 금전적 이익뿐 아니라 애정관계 등에서도 피보험이익을 인정하고 있다. 또한, 심신상실자가 동의를 하더라도 법정대리인에 의해 취소될 수 있으므로 보험계약의 단체적 성질에 심각한 영향을 줄 수 있다고 주장하나, 심신상실자가 한 보험계약 체결 또는 동의는 의사능력이 없는 자가 한 것이므로 취소 이전에 무효이고, 결국 법정대리인에 의한 계약 체결 또는 동의를 인정할 것인지의 문제로 돌아간다.

나. 수정 의견

1) 이익주의를 도입할 것인지

이익주의를 도입하자는 의견도 있다. 구체적으로는 동의주의와 병용하거나,¹²²⁾ 이익주의로 전환하자는 의견,¹²³⁾ 동의주의를 유지하되 보험실무상 피보험이익이 있는 경우에만 보험가입을 허용하자는 의견이 있다.¹²⁴⁾ 이익주의는 생존에 이익을 가지는 경우에만 타인의 보험을 허용하므로 도박보험이나 보험살해의 위험을 줄일 유력한 방법이 된다. 또 아무런 피보험이익이 없는 경우까지 타인의 보험이 확대되는 것을 방지할 수 있다. 동의를 요구하지 아니하므로 의사능력은 문제되지 않는다. 피보험이익이 인정된다면 의사능력이 부족한 미성년자나 장애인을 피보험자로 하는 생명보험 가입이 가능하다.

그러나 본인의 사망을 보험사고로 하는 생명보험을 그 배우자나 부모가 일방적으로 가입하도록 하는 것은 본인의 인격권 또는 자기결정권을 침해할 소지가 크다. 특히 동의주의로 일관해온 우리나라에서 이익주의로 전환하는 것은 급격한 변화를 초래할 수 있다. 피보험이익이 있다고 추정되는 관계에서는 개별적, 구체적으로 피보험이익 여부를 심사하지 않고 보험이 자유롭게 허용되어 오히려 보험살해의 가능성을 높일 수도 있다. 따라서 이익주의로 전환하기보다는 동의주의를 유지하며 보완을 하는 것이 바람직하다고 본다.

다만 부모의 미성년자녀에 대한 사망보험의 경우 자녀의 동의 없이 보험가

122) 양승규(주 27), 438, 450면; 박세민, 보험법, 박영사, 2011, 870면.

123) 김문환, “생명보험계약에 있어서의 피보험이익”, 손주찬, 상사법의 현대적 과제, 박영사, 1984, 366면.

124) 윤광균(주 104), 20-21면.

입을 인정하는 방안은 고려할 수 있다고 본다. 부모는 미성년자녀의 생존에 대하여 일반적으로 피보험이익을 가지므로 이를 허용하여도 무방하고, 실제로 미성년자녀를 위한 생명보험 가입 필요성이 높기 때문이다. 독일의 예처럼 7세 미만 에 사망하면서 장례비 이상의 보험금을 지급하기로 하는 약정은 그 한도에서 무효로 하는 것을 생각해볼 수 있다. 일본처럼 보험회사들이 미성년자녀의 연령에 따른 보험금을 차등화하고, 보험금의 상한을 자율적으로 설정하여 도박보험을 막는 것과 개별적, 구체적으로 보험심사를 강화하여 패륜적 부모의 가입을 방지하려는 노력이 병행된다면 좋을 것이다. 이렇게 된다면 장애를 가진 미성년자녀의 보험가입이 가능해질 것이다.

2) 행위능력 기준으로 제한할 것인지

의사능력이 아닌 행위능력을 기준으로 행위무능력자에 한하여 제한을 하자는 의견도 있다.¹²⁵⁾ 프랑스 및 중국의 예가 그러하다. 행위능력은 의사능력에 비하여 판단이 용이하고, 행위무능력자에 한하여 제한을 하면 제한행위능력자의 보험가입은 가능해질 것이다. 이것이 의사능력을 기준으로 하는 것보다는 훨씬 합리적이라고 판단된다.

그런데 과연 행위무능력자의 보험가입을 제한하는 것이 바람직한가라는 의문이 제기된다. 보험의 의미를 이해할 지능은 되지 않지만 보호작업장 등에서 단순반복적인 노동을 하거나 일상생활을 영위하는 지적장애인의 경우 단체보험에 가입하거나 부모에 의한 보험가입의 필요성이 있다. 결혼한 지적장애인의 부모가 장애인을 피보험자로, 보험수익자를 장애인의 배우자로 지정한 경우를 생각해 볼 수 있다. 이런 점 때문에 타인의 보험이 필요한 측면도 있다. 다만 이들을 대상으로 하는 보험가입이 과연 당사자의 의사 또는 이익에 부합하는지, 또 이와 관련하여 이해의 상충은 없는지 등이 문제될 수 있다. 이러한 문제를 특별대리인 또는 법원의 후견으로 보완할 수 있다면 독일의 예에서처럼 행위무능력자의 보험을 허용하는 것이 바람직하다는 생각이다.

125) 신권철, “정신질환자 보험차별의 법적 쟁점과 과제”, 신경정신의학 제53권 제2호(2014), 70면.

3) 보험금액의 상한을 설정할 것인지

장례비를 넘는 경우 사망보험계약을 무효로 하거나 아예 보험금액의 상한을 법규화하는 방법도 고려할 수 있다. 일본 생명보험협회의 의뢰로 진행된 연구보고서에서는 다음과 같은 점을 고려할 때 현행법을 유지하는 것이 바람직하다는 의견을 제시하고 있다.¹²⁶⁾ 우선 장례비를 넘는 사망보험계약을 무효화 한다면 현재 수요가 있는 보험상품은 더 이상 공급될 수 없게 된다는 것이다.¹²⁷⁾ 해당 보험의 사망보장금액이 도박보험이라고 볼만큼 과도한 것도 아니고, 도덕적 위험 방지 못지않게 사회적 수요도 중요하다는 것이다. 한편 일본의 보험회사들은 스스로 보험금액의 상한을 설정하고 있고, 15세 미만인 경우에는 사망보장만을 하는 보장성이 높은 상품은 판매하지 않고 있다고 한다.¹²⁸⁾

사건으로도 장례비를 넘는 사망보험계약을 일률적으로 무효로 하거나, 일정한 보험금액의 상한을 법규화하는 방법은 바람직하지 않다고 생각한다. 보험금액의 상한 규제는 시장이나 금융감독에 맡기고 법에서는 제한을 두지 않는 것이 바람직하다. 도박보험을 염려하지만 보험 자체가 사행계약의 성질을 가진다는 것을 부정할 수는 없다. 도박보험을 막기 위해서 장례비 수준의 보험만 인정하는 것은 보험의 본질을 변경하는 것에 해당할 수 있다.

다만 독일과 같이 장례비 수준의 보험금을 지급하는 사망보험계약은 피보험자의 동의 없이 허용하는 것은 방법이 될 것이다. 즉 장례비를 초과하는 생명보험에 대해서만 타인의 동의를 요구하는 것이다. 장례비 수준의 사망보험계약은 도박보험의 염려가 없고 보험살인의 유인도 없다. 이를 허용하면 상해보험 등 각종 보험에서 장례비 수준의 사망보장을 부가한 보험상품이 널리 판매될 수 있다는 장점이 있다.

126) 西村高等法務研究所(주 106), 9-12頁.

127) 평성 14년부터 18년까지 미성년자 보험금의 평균은 500만 엔에서 1000만 엔 정도이다. 장례비용이 300만 엔에서 500만 엔 정도로 보이므로 이를 초과하는 보험금계약의 수요가 있다는 것이다.

128) 일본의 보험회사들은 피보험자의 연령에 따라 3~5세 2000만 엔, 6~14세 3000만 엔, 15~19세 5000만 엔으로 하는 등 스스로 보험금액의 상한을 설정하고 있다. 또한 15세 미만인 경우에는 사망보장만을 내용으로 하는 보장성이 높은 상품을 판매하지 않는 것이 일반적이라고 한다.

4) 동의 및 계약 체결에서 대리권 행사 허용

앞에서 필자는 의사능력 없는 사람의 동의 또는 보험계약 체결을 법정대리인과 후견인이 대리하는 것을 부정할 이유가 없다고 밝힌 바 있다. 친권자 또는 후견인이 보험금을 수취하는 경우에는 이해상반행위로 보아 특별대리인을 선임하거나(미성년 친권자의 경우, 민법 제921조), 후견감독인이 행위를 하도록 하거나(성년후견의 경우), 나아가 가정법원의 승인을 받도록 하면 된다.

상법 제732조가 삭제된다면 현행 법률의 해석상 위와 같은 대리권 행사가 가능할까? 우선 사망보험계약을 체결하는 행위는 재산적 법률행위이므로 가정법원이 대리권을 제한하지 않는 한 대리행위가 가능하다고 볼 여지가 있다. 그런데 사망보험계약 체결이 사망사고를 대비하는 것이므로 단순한 재산적 행위라고 볼 수 없고 신상에 관한 내용을 포함한다고 볼 경우 과연 후견인이 대리할 수 있는지 논란이 될 수 있다. 신상 문제는 자기결정권이 지배하는 영역이므로 대리와 친하지 않기 때문이다. 특히 단순히 피보험자로서 동의하는 것은 그 성질이 재산적 행위인지, 신상에 관한 것인지 더 논란이 될 수밖에 없다. 만일 신상에 관한 행위로 본다면 피성년후견인은 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정하여야 하며(민법 제947조의2 제1항), 법률이 따로 규정하고 있지 않는 한 후견인이 대신 동의할 수 없다고 볼 여지가 있다. 민법 제947조의2 제4항에서 사망의 위험이 있는 치료행위의 경우 가정법원의 허가를 얻도록 한 것이나, 피성년후견인이 거주하고 있는 건물 등을 처분하는 행위를 할 때 가정법원의 허가를 얻도록 한 취지를 유추하여 볼 때 사망보험계약을 체결할 때에는 가정법원의 허가를 얻어야 한다고 해석할 수 있다.

다만 입법론으로는 생명보험계약 체결의 경우 후견감독인 또는 특별대리인을 선임하여 처리하는 것이 바람직하다고 판단된다. 프랑스와 독일이 취하고 있는 입법례이기도 하다. 해석상 논란을 불식시키기 위해 독일과 같이 후견감독인 또는 특별대리인 선임을 법률로 규정하는 것이 바람직하다고 본다. 법원의 허가를 받도록 하는 방법도 고려할 수 있지만(중립적, 객관적 판단이 이루어지는 장점이 있다.), 간단한 보험계약 체결을 위해 법원의 승인을 받게 한다면 사실상 보험계약 체결이 어려워지는 난점이 있다.

5) 단체보험

단체보험에서 피보험자 또는 그 상속인을 보험수익자로 지정한 경우에는 피보험자의 의사능력 유무를 떠나 허용하는 것이 바람직하다. 위와 같은 경우에는 피보험자의 동의가 필요 없고, 도박보험이나 보험살해의 문제도 적기 때문이다. 더욱이 의사능력이 없는 근로자를 다른 근로자와 차별할 이유가 없다.

개정 상법에 따라 보험계약자가 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정한 경우에는 피보험자의 동의가 필요하므로, 그 동의에는 의사능력이 필요하다. 다만 위에서 본 것처럼 이 경우에도 법정대리인의 동의권을 부정할 이유가 없다. 의사능력 여하에 따라 보험계약을 무효로 하는 조항이 없다면, 단체보험의 경우 원칙으로 돌아가서 보험수익자가 누구인지에 따라 의사능력이 없는 장애인의 경우 법정대리인의 동의를 통해서 가입 여부가 판단된다.

6) 상법 개정안

이상에서 살펴본 바에 따른 상법 개정안은 다음과 같다. 상법 제731조 및 제732조를 모두 개정하는 방법으로 안을 마련해보았다.

제731조 (타인의 생명의 보험) ① 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에서 약정된 보험금이 통상의 장례비를 넘는 경우에는 보험계약 체결시에 그 타인의 동의를 얻어야 한다.

② 보험계약으로 인하여 생긴 권리를 피보험자가 아닌 자에게 양도하는 경우에도 제1항과 같다.

제732조 (피성년후견인과 미성년자에 대한 계약) ① 제731조제1항의 타인이 피성년후견인인 경우에 후견인 등 법정대리인이 보험계약의 보험수익자로 지정되거나 상속 기타의 사유로 보험금을 수취할 권리를 가질 때에는 민법 제921조제1항, 제940조의6제3항에 따라 특별대리인을 선임하거나 후견감독인이 피보험자의 동의를 대리할 수 있다.

② 미성년자의 신상에 관해 부모의 일방 또는 쌍방이 보험계약을 체결하는 경우에 그 자(子)의 동의는 그 자(子)가 만 7세 이전에 사망한 경우에도 보험자가 보험금 지급의무를 지고, 약정보험금이 통상의 장례비를 넘는 경우에 한해서만 필요하다.

참고문헌

<국내 문헌>

단행본

박세민, 보험법, 박영사, 2011.

양승규, 보험법, 제4판, 삼지원, 2002.

장덕조, 보험법, 법문사, 2011.

장애인차별금지추진연대, 장애유형별 보험차별 개선을 위한 가이드라인 연구, 국가인권위원회, 2011.

지원림, 민법강의, 제9판, 홍문사, 2011.

마이클 샌델, 안기순 옮김, 돈으로 살 수 없는 것들, 와이즈베리, 2012.

세계보건기구, WHO 세계장애보고서, (재)한국장애인재단, 2012.

논문

김동호, “장애패러다임의 전환과 자립생활(Independent Living)”, 장애인고용 제42호(2001).

김문재, “단체보험계약의 법적 성질과 피보험자의 동의”, 상사판례연구 제20집 제2권(2007).

김문환, “생명보험계약에 있어서의 피보험이익”, 상사법의 현대적 과제, 박영사(1984).

김선광, “장애유형별 보험차별과 상법 제732조”, 상사판례연구 제26집 제5권(2013).

김선정, “타인의 생명보험계약에서의 동의요건”, 상사판례연구 제20집 제2권(2007).

김성문, “피보험이익에 대한 소고”, 법학논고 제32집, 경북대학교 법학연구원(2010).

김성희, “장애인복지법 개정안의 주요내용과 의의”, 보건복지포럼 제127호(2007).

김형기, “보험범죄의 방지대책 및 개선방안”, 보험법률 제25호(1999).

박건우, “서면동의 없는 타인의 생명보험계약의 연구: 계약의 건전성을 위하여”, 한국외국어대학교 법학석사학위논문(2014).

- 박광현, “보험사기에 관한 고찰”, 가천법학 제6권 제3호(2013).
- 박세민, “심신박약자 및 심신상실자의 사망보험가입에 관한 연구”, 법조 제613호 (2007).
- 신권철, “정신질환자 보험차별의 법적 쟁점과 과제”, 신경정신의학 제53권 제2호 (2014).
- 신윤정, “타인의 생명보험계약에서 서면동의에 관한 문제점과 해결책”, 고려대학교 법학석사학위논문(2013).
- 안경옥, “보험사기의 범죄적 특성과 형사처벌”, 형사정책 제15권 제2호(2003).
- 윤광균, “생명보험에서 피보험이익과 보험살인에 대한 보험회사의 책임”, 인권과정의 제427호(2012).
- 이병희, “보험금 목적 살인범죄의 실태”, 형사정책연구 제12권 제1호(2001).
- 장경환, “보험사기와 관련한 보험계약법상의 몇 가지 문제 - 생명보험과 상해보험을 중심으로”, 경희법률 제40권 제1호(2005).
- 정도영, “타인의 생명보험계약”, 재판실무연구, 광주지방법원(2000).
- 제철용, “성년후견법의 시행준비작업상의 몇 가지 이론적, 실천적 문제”, 가족법연구 제27권 제1호(2013).
- , “유엔 장애인권리협약의 관점에서 본 한국 성년후견제도의 현재와 미래”, 가족법연구 제28권 제2호(2014).
- 조원일, “일본의 사회복지에 있어 장애인 자립 패러다임의 변천”, 일본연구논총 제26호(2007).
- 최윤영, “장애인은 ‘시민’, 복지 패러다임의 변화”, 법무사 제100호(2011).
- 한기정, “타인의 사망보험에서 피보험자의 동의 흠결시 법적 효과에 관한 연구”, 보험개발연구 제17권 제3호(2006).

기타 문헌

- 국가인권위원회, “장애인보험차별개선 가이드라인”(2013).
- 권오용, “성년후견제도와 장애인 인권”, 2013년도 정책과 대안 포럼: 제1회 토론회 자료집, 한국장애인인권포럼(2013).
- 금융감독원, “보험사기방지를 위한 제도개선방향”, 금융감독원 보도자료(2012. 7. 12).

- 김동기 외, “장애인권리협약 이행을 위한 국내법 연구”, 2012 한일 장애학 국제포럼 자료집, 한국장애인재활협회(2012).
- 김재익, “PAS제도의 문제점과 앞으로의 전망”, 2007 자립생활 자료집, 보건복지부 국립재활원(2007).
- 법무부, “보험소비자, 이제 법무부가 보호합니다.”, 법무부 보도자료(2014. 2. 21).
- 신용호, “장애인 인권운동과 그 성과”, 2007 자립생활 자료집, 보건복지부 국립재활원(2007).
- 윤석진, “독일의 장애인평등법”, 최신 외국법제정보 2008년 제10호, 한국법제연구원(2008).
- 정연순, “민간보험에서의 장애인차별과 인권”, 정신질환과 민간보험 공청회 자료집(2007).
- 한국장애인고용공단 고용개발원, “2013년 장애인통계”(2013).

<국외 문헌>

단행본

- Bradley, V. J. et al. ed., *Creating Individual Supports for People with Developmental Disabilities: A Mandate for Change at Many Levels*, Paul H. Brookes, 1994.
- Keeton, Robert E. & Widiss, Alan I., *Insurance Law*, West Publishing Company, 1988.
- Pettitt, Bridget et al., *At risk, yet dismissed: The criminal victimization of people with mental health problems*, Kings College London: Institute of Psychiatry, 2013.
- 今川嘉文·内橋一郎 『保険法 Map』 (民事法研究会, 2013).
- 山下友信·米山高生 『保険法解説 : 生命保険·傷害疾病定額保険』 (有斐閣, 2010).
- 坂口光男 『保険法 陳亮 補訂』 (文眞堂, 2012).

논문

Havenga, Peter, *Murder For Insurance: Policy Pays Out 'Life'*, *Fundamina: A Journal of Legal History* Vol.12(2)(2006).

Hiroeh, Urara et al., *Death by homicide, suicide, and other unnatural causes in people with mental illness: a population-based study*, *The Lancet* Vol.358(9299)(2001).

Mancini, Mary Ann & Caitlin L., *The Elusive Insurable Interest Requirement*, *Real Property, Trust and Estate Law Journal* Vol.46(3)(2012).

McGovern, William M. Jr., *Homicide and succession to property*, *Michigan Law Review* Vol.68(1)(1969).

遠山優治「他人の生命・身體の保險契約について」生命保險論集160卷(2007).

江頭憲治郎「他人の生命の保險契約」ジュリスト764卷(1982).

西村高等法務研究所「未成年者を被保險者とする生命保險契約に関する調査研究」西村高等法務研究所(2007).

주석서

Heiss in Münchener Komm. z. VVG, 2011.

Schneider in Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010.

Schwintowski in Berliner Komm. z. VVG, 5. Aufl. 1999.

<인터넷 자료>

대만 보험법 개정안, 대만 입법원 법률시스템, <http://lis.ly.gov.tw/lghtml/lawstat/reason2/0452090062600.htm> (최종접속일 2014. 12. 14.).

대만대북지방법원 민국 102년(서기 2013년) 보험자 제104호 민사판결, <http://fyjud.lawbank.com.tw/list2.aspx> (최종접속일 2014. 12. 14.).

박성훈, “내 아들 보험금이 왜 농장주 계좌에…”, 중앙선데이, 2012. 8. 1, <http://sunday.joins.com/article/view.asp?aid=27075> (최종접속일 2014. 12. 14.).

생명보험협회, “생명보험상품의 구성 및 종류”, http://www.klia.or.kr/consumer/consumer_010302.do (최종접속일 2014. 12. 14.).

이권효, “[기자의 눈] 장애인은 보험도 들 수 없다니…”, 동아일보, 2005. 1. 10, <http://news.donga.com/3/all/20050110/8148134/1> (최종접속일 2014. 12. 14.).

국문초록

상법 제732조는 ‘15세 미만자, 심신상실자 또는 심신박약자’의 사망을 보험사고로 하는 보험계약을 무효로 하고 있다. 2014년 3월에는 단서가 추가되어 의사능력이 있는 장애인이 스스로 보험계약을 체결하는 것과 단체보험의 피보험자가 되는 것이 가능해졌다. 그러나 의사능력 유무는 판단하기 어렵고, 그 입증책임을 당사자가 부담하므로, 보험회사의 보험인수 거절관행은 쉽게 개선될 것으로 보이지 않는다. 또한 타인의 보험에서는 의사능력이 있는 장애인이 여전히 배제되고 있다. 의사능력이 없는 장애인은 사망보장이 포함된 모든 보험(자기의 보험, 타인의 보험, 단체보험)에서 배제되고 있다. 상법 제732조는 사망보험에만 적용되지만, 우리나라의 경우 생존보험, 상해보험, 건강질병보험 등 대부분의 보험에 사망보장이 포함되어 있어서, 생명보험회사, 손해보험회사 등이 취급하는 많은 보험상품에서 관련 장애인이 배제되고 있다.

우선 상법 제732조는 장애인의 법적 능력을 최대한 인정하고, 자기결정권을 존중하여야 한다는 원칙에 어긋난다. 특히 타인의 보험에서 의사능력이 있는 장애인의 동의 효력을 부정하는 것은 장애인의 자기결정권을 침해하는 것이다. 나아가 상법의 다른 보호수단이나 형법 등을 통해 도박보험과 보험살인을 막는 수단이 있고, 보험회사도 사행적인 보험상품을 억제하고, 면밀하게 보험심사를 하는 등 여러 방법이 있음에도 보험계약 자체를 원천봉쇄하는 것은 수단의 적절성이나 비례성에서도 적절하지 않다.

의사능력을 기준으로 보험의 효력을 좌우하도록 한 것은 당사자 보호를 위해서나 보험회사의 입장에서도 타당한 방법이 아니다. 의사능력이 없는 경우에 법정대리인의 대리권 또는 동의권 행사를 부정하는 것은 특별대리인 제도나 후견법원의 허가를 인정하는 다른 입법례와 비교해볼 때 과도한 제한이다. 따라서 상법 제732조는 장애인을 정당한 사유 없이 차별하는 조항이라고 판단된다.

주요어: 상법 제732조, 장애인, 차별, 보험차별, 생명보험, 의사능력, 심신상실, 심신박약

The Amended Commercial Act Article 732 and Discrimination on the Basis of Disability

Sung Taek Lim

Article 732 of the Commercial Act prohibits the insurance contract upon the death of individuals under the age of 15 or individuals with mental retardation or incompetence. The amendment in March of 2014 permitted individuals with mental competence to make an insurance contract for themselves or become a member of a group insurance contract. However, as it is difficult to determine whether one possesses mental competence, and as the burden of proof is on the individuals, it seems unlikely that the insurance companies' practice to reject such insurance contract will readily decrease. Also, individuals with mental capacity are still excluded from third party insurance contracts. Individuals without mental capacity are excluded from group insurance and personal insurance contracts for themselves or third party. While the provision is intended to apply only to life insurance contracts, individuals with such mental deficiencies are excluded from almost all insurance products sold by general or life insurance companies since, in Korea, survival or injury insurance and health care contracts usually include some coverage for the death of the insured.

First of all, Article 723 of the Commercial Act violates the principle that individuals with disabilities should receive maximum respect with regard to their legal capacity and self-determination. In particular, denying the effect of the third party insurance contract agreement made by the individuals with mental capacity infringes upon the self-determination of people with disabilities. Moreover, such complete exclusion is not an appropriate or proportionate measure, since other protective measures in the Criminal Law or the Commercial Law are available to prevent gambling insurance or insurance fraud and the insurance companies may be able to prevent such problems by thoroughly investigating the insured and not developing fraudulent insurance

products.

Determining the validity of an insurance contract by one's mental capacity is not an adequate policy for the protection of the individuals or insurance companies. Prohibiting legal representative's exercise of power to represent or consent is an excessive restriction, considering other legislations which permit 'special representatives' or the court to exercise such powers in similar circumstances. Therefore, Article 732 of the Commercial Act appears to be a provision unjustly discriminating people with disabilities.

Keywords: Commercial Act Article 732, Discrimination, Disability, Insurance, Mental Capacity