

보험계약자 등의 고지의무와 사기죄의 성부 -대법원 2019. 4. 3. 선고 2014도2754 판결-

The Insurance Policy-holder's Duty of Disclosure and Establishment of Criminal Fraud

-Supreme Court Decision 2014 Do2754 Decided April 3, 2019-

이 정 원*

Jung-won Lee

보험계약자 등이 보험계약을 체결함에 있어 고의로 중요한 사항 등을 불고지 내지 부실고지하여 보험계약을 체결하고 보험금을 편취한 경우 형법상 사기죄 내지 보험사기방지법상 보험사기죄로 처벌받을 수 있다. 대법원은 일련의 사건에서, 원칙적으로 보험계약자 등의 고지의무위반으로 인해 보험계약이 체결되더라도 보험계약의 체결을 형법상 사기죄의 실행의 착수가 있다고 볼 수 없다고 판시하였다. 그런데 대법원은 예외적으로 피보험자 등의 고지의무위반이 '보험사고의 우연성'과 같은 보험의 본질을 해할 정도에 이른 경우에는 고지의무위반 시에 보험금 편취를 위한 실행의 착수가 있다고 본다. 그러나 '보험의 본질'과 같은 불명확한 개념을 가벌성의 기준으로 제시하는 것이 형법의 대원칙인 죄형법정주의 내지 형벌의 명확성의 원칙에 부합하는 것인지 의문이 있다. 또한 불명확한 근거를 이유로 고지의무위반을 이유로 한 사기죄의 실행의 착수시기를 고지의무위반 시로 앞당기는 것은 '과잉범죄화(Overcriminalization)'를 초래할 위험이 있다. 한편 사기죄가 기수가 되기 위해서는 보험자의 재산상 손해가 발생하여야 하고, 보험자의 재산상 손해는 피보험자 등의 보험금지급청구에 따라 보험금이 지급되어야 발생한다는 점에서 보험사기의 기수시기는 보험금지급 시라고 보아야 한다.

국문 색인어: 고지의무, 보험사기죄, 보험사기의 실행의 착수, 보험사기의 기수시기, 보험범죄

한국연구재단 분류 연구분야 코드: B130104, B130203, B130320

* 부산대학교 법학전문대학원 교수·변호사(703hee@gmail.com), 제1저자

논문 투고일: 2021. 3. 31, 논문 최종 수정일: 2021. 5. 12, 논문 게재 확정일: 2021. 11. 19

I. 서론

보험계약자 또는 피보험자는 보험계약을 체결함에 있어 보험자에 대하여 중요한 사실을 고지하고 부실의 사실을 고지하지 아니할 의무를 부담하는데, 이를 보험계약자 등의 고지의무(Duty of disclosure and representation)라고 한다. 상법 제651조 본문은 「보험계약 당시에 보험계약자 또는 피보험자가 고의 또는 중대한 과실로 인하여 중요한 사항을 고지하지 아니하거나 부실의 고지를 한 때에는 보험자는 그 사실을 안 날로부터 1월 내에, 계약을 체결한 날로부터 3년 내에 한하여 계약을 해지할 수 있다.」라고 규정하여 보험계약자 등의 고지의무위반을 계약해지사유로 규정하고 있다.¹⁾

이러한 보험계약자 등의 고지의무는 보험계약의 단체성·보험사고의 우연성 및 선의성에서 유래하는 보험계약의 본질적 특성이라고 할 수 있다.²⁾ 즉 고지의무는 보험단체를 도덕적 위험으로부터 보호하는데 그 의의가 있다. 보험계약은 우연한 사고의 발생을 전제로 보험계약자가 그 위험을 보험자에게 전가하고 보험사고 발생 시 보험으로부터 보호를 받기로 하는 일종의 사행계약으로서 어떤 계약보다도 당사자의 ‘최대선의성(uberrimae fidei)’³⁾이 요구되는 바, 이를 반영한 것이 보험법상 보험계약자 등의 고지의무이다. 보험계약을 체결함에 있어, 보험계약자 등에 의해 지배되고 있는 위험에 관하여 보험자가 정확히 파악하기가 어려우므로, 보험자가 위험을 인수함에 있어 그 위험을 정확하게 평가하기 위해서는 그 위험을 잘 알고 있는 보험계약자의 협조가 필수적이다. 따라서 이를 보장하기 위한 기술적 기초로서 상

- 1) 영국[Marine Insurance Act 1906, (이하 ‘영국해상보험법’이라 함) 제18조~제20조], 일본(상법 제644조, 제645조) 등 각국의 보험계약법에서는 모두 고지의무를 보험계약자 등에게 부여하고 있지만, 그 위반의 요건 및 효과를 규정한 방식은 각 상이하다고 한다. 심상무 (1992), pp. 560-561 참조.
- 2) 고지의무의 인정근거에 관해서는 ① 고지의무는 계약법상의 일반원칙을 반영한 것이라는 견해, ② 고지의무는 보험자와 보험계약자 사이의 특별한 관계가 존재하기 때문에 인정된 것이라는 견해, ③ 보험계약자의 다수성과 보험관계에 있어서의 경제적 특수성에서 그 근거를 찾는 견해 등이 있다. 우리나라에서는 대체로 고지의무의 이론적 근거로서 보험계약의 사행성과 기술적 기초에서 찾고 있으나, 계약의 선의성은 모든 계약에 필수적인 것으로서 보험계약에서만 유독 강조될 것이 아니라고 할 것이므로 기술적 기초설이 설득력이 있다고 본다. 일본의 다수설과 판례도 기술적 기초설을 따르고 있다. 박수영·박강익 (2006), p. 195 참조.
- 3) ‘uberrimae fidei’는 “utmost good faith”를 뜻하는 라틴어로서, 사전적 의미로는 “most abundant faith”를 의미한다. 보험법상 위 문구는 보험계약당사자들이 자신이 알고 있는 보험계약상 중요한 사실들을 스스로 상대방에게 알려주어야 하는 의무를 의미한다. *Black’s Law Dictionary Free Online Legal Dictionary* 2nd Ed. 참조.

법에서 보험계약자 등에게 부여하는 의무가 바로 고지의무인 것이다.⁴⁾

한편 보험계약에서의 선의성의 요구는 계약당사자 등에 의한 ‘사기의 방지’에 근거하고 있으므로,⁵⁾ 상법상 고지의무제도는 형법상 사기죄의 성부(成否)와 깊은 관련성이 있다. 최근 보험계약과 관련한 사기의 문제는 다수의 국가에서 사회문제로 부각되고 있고, 우리나라의 경우에도 보험사기 적발금액이 매년 지속적으로 증가하고 있다.⁶⁾ 보험사기의 증가는 보험금 누수를 통한 보험사의 경영악화를 넘어 다수의 보험계약자들에 대한 손해발생 및 사회전반의 불신을 조장하고 공동체의 연대성을 훼손하는 부정적 요인이 될 수 있다는 점에서,⁷⁾ 보험사기에 대해서는 엄정한 대처가 요구되고 있다.

이에 따라 우리나라는 2016. 3.경 보험사기행위의 조사·방지·처벌에 관한 사항을 정한 「보험사기방지특별법(이하 ‘보험사기방지법’이라고 함)’을 제정하여 같은 해 9.경부터 시행하고 있다. 위 법률은 보험사고의 발생, 원인 또는 내용에 관하여 보험자를 기망하여 보험금을 청구하는 행위를 ‘보험사기행위’로 규정한 후(제2조 제1호), 보험사기행위로 보험금을 취득하거나 제3자에게 보험금을 취득하게 한 자를 10년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(제8조, 보험사기죄). 후술하는 바와 같이 보험사기 방지법 제8조에서 규정하는 보험사기죄와 형법상 사기죄의 관계에 대해서는 견해가 통일되어 있지는 않지만, 보험계약자 등이 보험자를 악의로 기망하여 보험계약을 체결한 후 보험금을 수령하는 경우를 보험사기의 한 유형으로 볼 수 있다는 점에서,⁸⁾ 상법상 고지의무의 위반을 보험사기죄 외에 형법상 사기죄로 처벌할 수 있을 것인지에 대해서는 논란의 여지가 있다. 그런데 상법상 고지의무위반을 이유로 한 사기죄의 성립 여부에 관한 문제는 상사법과 형사법의 법리 전반에 걸쳐 있는 문제이다 보니, 사기죄의 성부에 대한 논의를 위해서는 상법상 고지의무제도에 대한 깊이 있는 이해가 도모되어야 한다.

4) 박수영·박강익, 앞의 논문, p. 192.

5) Peter M., P., Simon and F., Patrick (2004). p. 46.

6) 금융감독원 산하 보험사기방지센터의 2016년부터 2018년까지 보험사기 관련 통계에 따르면, 전체 적발인원은 2017년의 83,535명 대비 2018년 79,179명으로 소폭 감소하였으나, 전체 보험사기 적발금액은 매년 증가하여, 2018년 보험사기 적발금액은 7,982억 원으로 전년대비 금액기준 9.3%(680억 원) 증가하였다. 금융감독원 보험사기 방지센터 홈페이지, 보험사기 적발통계 참조, 2020. 11. 5. 최종 방문.

7) 김은경 (2016), pp. 159-160.

8) 김은경, 위의 논문, p. 173; 허일태 (2011), pp. 434-435; 최준혁 (2019), p. 686.

최근 대법원은 보험계약을 체결함에 있어 보험계약자 등이 고지의무위반을 한 사안에서 고지의무위반행위를 사기죄로 볼 수 있는지에 관해 의미 있는 판결을 한 바 있는데, 이 글에서는 위 판결의 평석을 통해 상법상 고지의무제도와 형법상 사기죄의 관계에 관해 살펴보고자 한다.

II. 공소사실의 요지 및 판결요지⁹⁾

1. 공소사실의 요지

- 가. 갑*은 일정한 직업이 없는 사람이고, 피고인은 1996. 12. 20.경부터 1997. 6. 30.경까지 공소외 3 주식회사의 보험모집인으로 근무하던 사람으로서 갑의 딸이다.
- 나. 사실은 갑이 1997.경 ○○○○병원에서 당뇨병과 고혈압 등으로 치료를 받은 것을 시작으로 그 후에도 지속적인 치료를 받아 왔고, 1996. 12. 20.경에는 피고인을 통하여 공소외 2 회사와 여성암보험계약을 체결한 후 1997. 9. 29.부터 1997. 10. 21.까지 23일간 당뇨병 입원 치료를 사유로 위 회사에 보험금 지급청구를 하여 보험금 60만 원을 수령하는 등 1997.경부터 당뇨병과 고혈압이 발병한 상태였다.
- 다. 피고인과 갑은 공모하여, 갑의 위와 같은 질병 사실을 숨기고 보험계약을 체결하여 보험금을 타내기로 마음먹고, 1999. 12. 3.경 광명시 이하 불상지에서, 공소외 을 생명보험 주식회사(이하 '을 회사'라고 한다)의 보험모집인 공소외 1을 통하여 피고인을 보험계약자로, 갑을 피보험자로 하는 보험(보험 명칭 1 생략)에 가입하면서 개인보험계약 청약서작성 시 회사에 알려야 할 사항란의 '최근 5년 이내에 아래와 같은 병을 앓은 적이 있습니까'라는 질문 중 당뇨병과 고혈압 항목에 대하여 마치 질병이 없는 것처럼 '아니오' 부분에 체크를 한 후 이를 진실로 믿은 피해자인 을 회사와 보험계약을 체결하고, 같은 날 같은 방법으로 피고인을 보험계약자, 갑을 피보험자로 하는 보험(보험 명칭 2 생략)에 가입하였다.

* 이 사건에서 검찰은 피고인과 갑을 사기죄의 공동정범으로 기소하였고 이 사건 원심법원은 후술하는 바와 같이 피고인과 갑을 사기죄의 공동정범으로 판단하였으나, 갑은 이 사건 원심판결에 대한 상고 후인 2015. 1.경 사망함으로써 인해 대법원은 후술하는 바와 같이 갑에 대한 공소를 기각하였다.

9) 이하의 공소사실의 요지 및 판결요지는, 이 사건 대법원 판결과 그 원심인 수원지방법원 2014. 2. 6. 선고 2013노3589 판결에 적시된 검사의 공소사실과 각 판결의 요지를 필자가 재구성하여 옮겨 적은 것이다. 참고로 이 사건의 제1심은 수원지방법원 안산지원 2013. 7. 16. 선고 2013고단489 판결이다.

라. 피고인은 고지의무 위반을 이유로 을 회사로부터 일방적 해약이나 보험금 지급거절을 당할 수 없는 소위 면책기간 2년을 초과한 이후인 2002. 12. 6.경, 피보험자인 갑의 '○○○○병원에서 고혈압, 대동맥해리, 당뇨로 54일 간 입원 치료'를 이유로 을 회사에게 보험금 청구를 하여 보험금 9,610,000원을 수령하는 등 그 무렵부터 2012. 1. 6.경까지 위 2건의 보험과 관련하여 당뇨병과 고혈압 치료비 등의 명목으로 총 14회**에 걸쳐 을 회사로부터 보험금 118,050,000원을 수령하여 이를 각 편취하였다.

*** 이 사건 공소사실에는 피고인들의 범죄에 대한 【범죄일람표】가 별지로 첨부되어 있었으나, 이 글의 논의 전개에 위 문서의 소개가 필수적이라고 생각되지는 않으므로, 위 문서의 소개를 생략한다.

2. 원심 판결이유¹⁰⁾

- 가. 갑은 일정한 직업이 없는 사람이고, 피고인은 1996. 12. 20.경부터 1997. 6. 30.경까지 공소와 3 주식회사의 보험모집인으로 근무하던 사람으로서 갑의 딸이다.
- 나. 사실은 갑이 1997.경 ○○○○병원에서 당뇨병과 고혈압 등으로 치료를 받은 것을 시작으로 그 후에도 지속적인 치료를 받아 왔고, 1996. 12. 20.경에는 피고인을 통하여 공소의 2 회사와 여성암보험계약을 체결한 후 1997. 9. 29.부터 1997. 10. 21.까지 23일간 당뇨병 입원 치료를 사유로 위 회사에 보험금 지급청구를 하여 보험금 60만 원을 수령하는 등 1997.경부터 당뇨병과 고혈압이 발병한 상태였다.
- 다. 피고인과 갑은 공모하여, 갑의 위와 같은 질병 사실을 숨기고 보험계약을 체결하여 보험금을 타내기로 마음먹고, 1999. 12. 3.경 광명시 이하 불상지에서, 공소와 을 생명보험 주식회사(이하 '을 회사'라고 한다)의 보험모집인 공소의 1을 통하여 피고인을 보험계약자로, 갑을 피보험자로 하는 보험(보험 명칭 1 생략)에 가입하면서 개인보험계약 청약서작성 시 회사에 알려야 할 사항란의 '최근 5년 이내에 아래와 같은 병을 앓은 적이 있습니까'라는 질문 중 당뇨병과 고혈압 항목에 대하여 마치 질병이 없는 것처럼 '아니오' 부분에 체크를 한 후 이를 진실로 믿은 피해자인 을 회사와 보험계약을 체결하고, 같은 날 같은 방법으로 피고인을 보험계약자, 갑을 피보험자로 하는 보험(보험 명칭 2 생략)에 가입하였다.

10) 이 사건 원심판결에는 피고인들의 사기죄의 기수시기에 대한 판단과 함께, 별지로 첨부된 【범죄일람표】상 총14회의 범행을 개별범죄로 봐서 경합범으로 다루어야 하는지 아니면 포괄일죄로 다루어야 하는지에 대한 판시가 있었으나, 형법상 죄수론(罪數論)은 이 글의 논제와 크게 관련이 없다고 생각되므로 논의를 생략한다.

가. 사기죄의 기수시기에 대한 판단

보험계약자가 기왕의 질병을 숨기고 보험자와 보험계약을 체결하였더라도 보험자가 상법 제651조 또는 보험약관에 정한 바에 따라 고지의무위반을 이유로 보험계약을 해지하거나, 민법 제109조 제1항 또는 제110조 제1항에 의하여 사기 또는 착오를 이유로 보험계약을 취소하지 않는 한 당해 보험계약은 여전히 유효한 것인바, 피고인이 1999. 12. 3. 경 갑을 피보험자로 하는 이 사건 각 보험계약에 관하여 청약을 하고, 그 무렵 을 회사가 이를 승낙하여 보험계약이 성립되고, 최초의 보험료를 지급함으로써 피고인과 갑의 을 회사에 대한 보험계약자 내지 피보험자로서의 권리가 발생한 이상 피고인과 갑이 보험계약 청약과 동시에 한 기망행위로 말미암아 법률적으로나 경제적으로 보험계약에 따른 재산상의 이익을 취득하였다고 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 피고인과 갑의 사기죄는 기수에 이른 것으로 보아야 한다.

그리고 이 사건 각 보험계약에 적용되는 표준약관에 의하면 보험회사는 보험계약 체결 후 2년이 경과하면 고지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 없는 바, 이처럼 보험계약 체결일로부터 2년이 경과하여 더 이상 을 회사가 고지의무위반을 이유로 이 사건 각 보험계약을 해지할 수 없게 된 2001. 12. 경에 이르러서는 위와 같은 피고인과 갑의 보험계약자 내지 피보험자로서의 지위가 더욱 확고해졌다고 할 것이다. 게다가, 고소대리인 공소외 3(현재 을 회사의 보험사기조사팀에서 근무)은 원심 법정에서 “갑이 2002. 12. 경 대동맥 박리를 근거로 보험금 지급을 청구한 건과 관련하여 2003. 4. 경 피고인과 갑의 고지의무 위반 사실을 알았지만 약관상 해지기간이 도과하여 보험금을 지급하였다. 당시에는 보험사기를 이유로 한 고소가 활성화 되지 않았고, 을 회사에 보험사기조사팀이 발족되지도 않았기 때문에 피고인과 갑을 고소하지 않은 것이다.”는 취지로 진술하였는바, 이에 따르면 을 회사는 그 이후인 2003. 5. 9. 경에는 피고인과 갑의 고지의무 위반 사실을 명확히 인지한 상태에서 보험금을 지급하거나, 지급된 보험금의 환수조치를 취하지 않았다고 할 것이므로, 그 무렵 이 사건 각 보험계약에 관하여 법정추인(민법 제145조)이 이루어졌다고 할 것이다.

이상 살펴본 바를 종합하여 보면, 이 사건 각 보험계약이 체결되고 최초 보험료가 납입된 1999. 12. 경이나 을 회사가 이 사건 각 보험계약을 더 이상 해지할 수 없게 된 2001. 12. 경, 또는 늦어도 법정추인이 인정되는 2003. 5. 9. 경에는 피고인과 갑이 사기죄에서 정하는 재산상의 이익으로서의 보험계약자 내지 피보험자로서의 권리를 취득함으로써 이 사건 사기 범행의 결과가 발생하여 기수에 이르렀다고 할 것이다.

나. 고지의무를 위반하여 보험계약을 체결한 후 보험금 지급청구의 법적 의의

피고인과 갑이 개별 보험금 청구 당시 '과거에 질병을 숨기고 보험계약을 체결하였다는 사실을 묵비한 것'을 두고 부작위 또는 묵시에 의한 기망행위라고 볼 여지도 없지 않으나, … (중략) … 피고인들의 각 보험금 지급청구는 사기 범죄로 취득한 재산상의 이익을 구체화 내지 실현한 행위에 불과하다.

다. 사기죄의 공소시효의 완성

형법 제347조 제1항에 의하면 사기죄는 법정형이 10년 이상의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 해당하는 범죄로서, 2007. 12. 21. 전에 저지른 죄에 대하여는 7년의 공소시효가, 그 이후에 저지른 죄에 대하여는 10년의 공소시효가 적용된다.

그런데 이상 살펴본 바를 종합하여 보면, 이 사건 공소사실에 따른 사기범행은 1999. 12.경 또는 늦어도 2003. 5. 9.경에는 이미 종료되었다고 할 것이어서 그 공소시효가 7년이라고 할 것인데, 이 사건 공소는 위와 같이 범죄행위가 종료된 때로부터 7년이 경과한 2012. 12. 28.에 제기되었음이 기록상 명백하여 공소시효가 완성되었다.

3. 대법원 판결요지

가. 상법상 고지의무위반과 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위를 인정하기 위한 요건 및 이때 사기죄의 기수시기

보험계약자가 고지의무를 위반하여 보험회사와 보험계약을 체결한다 하더라도 그 보험금은 보험계약의 체결만으로 지급되는 것이 아니라 보험계약에서 정한 우연한 사고가 발생하여야만 지급되는 것이다.

상법상 고지의무를 위반하여 보험계약을 체결하였다는 사정만으로 보험계약자에게 미필적으로나 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위가 있었다고 단정하여서는 아니 되고, 더 나아가 보험사고가 이미 발생하였음에도 이를 묵비한 채 보험계약을 체결하거나 보험사고 발생의 개연성이 농후함을 인식하면서도 보험계약을 체결하는 경우 또는 보험사고를 임의로 조작하려는 의도를 갖고 보험계약을 체결하는 경우와 같이 그 행위가 '보험사고의 우연성'과 같은 보험의 본질을 해할 정도에 이르러야 비로소 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위를 인정할 수 있다. 피고인이 위와 같은 고의의 기망행위로 보험계약을 체결하고 위 보험사고가 발생하였다는 이유로 보험회사에 보험금을 청구하여 보험금을 지급받았을 때 사기죄는 기수에 이른다.

나. 이 사건 피고인의 사기범행의 기수시기

피고인의 보험계약 체결행위와 보험금 청구행위는 을 회사를 착오에 빠뜨려 처분행위를 하게 만드는 일련의 기망행위에 해당하고 을 회사가 그에 따라 보험금을 지급하였을 때 사기죄는 기수에 이르며, 그 전에 을 회사의 해지권 또는 취소권이 소멸되었더라도 마찬가지이다.

따라서 이 사건 공소사실 전부에 대하여 공소시효가 완성되었다고 보아 면소를 선고한 원심판결에는 보험금 편취를 목적으로 하는 사기죄의 기수시기에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

Ⅲ. 연구 및 평석

1. 사기죄와 보험사기죄의 의의

형법상 사기죄란 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하거나 (제347조 제1항), 위와 같은 방법으로 제3자로 하여금 재물의 교부를 받거나 재산상 이익을 취득하도록 하는 것을 말한다(제2항). 따라서 사기죄가 성립하기 위해서는 ① 행위자의 기망행위가 있어야 하고, ② 이러한 기망행위로 인해 착오에 빠진 상대방이 일정한 재산상 처분행위를 함으로써, ③ 재물의 교부를 받거나 재산상 이익을 취득하여야 한다.

한편 보험사기방지법 제8조는 보험사기행위로 보험금을 취득하거나 제3자에게 보험금을 취득하게 하는 것을 보험사기로 규정하고 있고, 동 법 제3조는 보험사기행위의 조사·방지 및 보험사기행위자의 처벌에 관하여는 다른 법률에 우선하여 동 법을 적용한다고 규정함으로써, 보험영역에서의 사기죄의 처벌에 관해서는 보험사기방지법이 형법의 특별법으로서 우선적용 됨을 명시하고 있다.¹¹⁾ 보험사기죄와 형법상 사기죄를 비교해 보면, 보험사기죄는 보험사고의 발생, 원인 또는 내용에 관하여 보험자를 기망하여 보험금을 청구하는 행위를 의미하는 보험사기행위를 통해 보험금을 취득하거나 제3자에게 보험금을 취득하도록 하는 것이라는 점에서, 형법상 사기죄의 구성요건에 비해 기망행위의 수단이나 대상 등이 특정되어 있다는 차이가 있다. 그러나 보험사기방지법에서 규정하는 보험사기죄에 해당한다 하더라도, 형법상 사기죄의 구성요건 및 법정형과 비교할 때 후술하는 실행의 착수시기에 관한 규정 및 취득한 보험금의 가액에 따라 가중처벌되는 것을 제외하고는,¹²⁾ 특기할 만한 사항을 발견하기 어렵다.¹³⁾

11) 최준혁, 앞의 논문, p. 686.

12) 보험사기방지법 제11조는 보험사기로 취득한 이득액에 따라 다음과 같이 가중처벌하고 있다.

제11조(보험사기죄의 가중처벌)

① 제8조 및 제9조의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 보험금의 가액(이하 이 조에서 “보험사기이득액”이라 한다)이 5억 원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 보험사기이득액이 50억 원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역
2. 보험사기이득액이 5억 원 이상 50억 원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역
② 제1항의 경우 보험사기이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과할 수 있다.

13) 김은경, 앞의 논문, p. 164; 최준혁, 앞의 논문, p. 687.

또한 보험사기죄는 보험금의 청구를 통해 보험금을 취득하는 행위를 대상으로 하지만 보험사기방지법은 보험사기죄의 예비·음모행위를 처벌하지 않고 있고, 형법도 사기죄의 예비·음모행위에 대한 처벌규정을 두고 있지 않다. 다만 보험사기방지법은 보험사기죄의 미수범을 처벌하고 있으므로(보험사기방지법 제10조), 보험사기의 고의를 가지고 보험계약 체결단계에서 고지의무를 위반하는 행위를 보험사기죄의 실행의 착수로 볼 수 있을 것 인지는 의문이다.¹⁴⁾ 특히 사기의 고의를 가지고 상법상 고지의무를 위반하는 것에서부터 시작하여 보험금청구 시까지의 일련의 행위를 규범적으로 사기죄의 실행의 착수로 볼 여 지도 있다는 점에서, 보험사기방지법 제10조의 문언적 해석에 의해 상법상 고지의무위반 행위의 사기죄로의 가별성과 관련한 논의가 완전히 정리되었다고 보기는 어렵다.

2. 상법상 고지의무위반과 사기죄의 구성요건적 고의

상법 제651조는 고지의무위반의 주관적 요건으로서 보험계약자 등의 고의 또는 중대한 과실을 요구하고 있다. 상법상 고지의무위반의 주관적 요건인 ‘고의’란 중요한 사실의 존재를 인식하면서 이를 고지하지 않는 것과 사실과 다르게 고지하는 것을 말하며, 고지의무자의 기망의 의사나 해의(害意)까지 요구하지는 않는다.¹⁵⁾ 따라서 고의에 의한 고지의무위반이 있기 위해서는 ① 어떤 사실의 존재뿐만 아니라, ② 그 사실의 중요성, ③ 고지하여야 한다는 당위성에 대한 인식이 있어야 한다.¹⁶⁾

위와 같이 상법상 고지의무위반의 요건으로서의 고의란 단순히 특정한 사실이 고지해야 될 사실이라는 것을 인식하면서 고지하지 않거나(불고지) 또는 고지한 내용이 사실과 다르다는 것을 인식하고 있는 것(부실고지)이라는 점에서, 불법영득의 의사 내지 편취의 범의를 가지고 상대방을 기망할 것을 요구하는 사기죄의 고의와는 구별된다.¹⁷⁾ 사기죄의 구성

14) 이와 관련하여 김은경, 위의 논문, p. 187은 “고지의무위반을 직접적으로 보험사기의 예비행위 … 로 해석하여 보험사기로 확대하려 한다면 고지의무 위반이 보험계약법 뿐만 아니라 형사법적인 측면에서 보험계약자의 지위를 불안정하게 할 여지가 크다.”고 주장하는데, 앞서 설명한 바와 같이 형법과 보험사기방지법은 사기죄 등의 예비·음모행위를 벌하지 않고 있다는 점에서 위의 주장은 타당하지 않다.

15) 양승규 (2004), p. 121; 최준선 (2005), p. 88.

16) 대법원 2001. 11. 27. 선고 99다33311 판결.

요건적 고의로서의 편취의 범의는 타인을 기망함으로써 궁극적으로 재산상 이익을 취득하고자 함에 있음에 반해, 상법상 고지의무위반의 요소로서의 고의는 고지의무를 위반함으로써 보험금을 편취하겠다는 것이 아니라 보험계약자 등이 고지하여야 할 사실 그 자체 및 그것의 중요사항 해당성을 단순히 인식하고 있는 것을 의미한다.¹⁸⁾ 따라서 보험계약자 등의 고의에 의한 고지의무위반은 사기죄 성립을 위한 필요조건이지 충분조건은 아니라고 보아야 할 것이고,¹⁹⁾ 상법상 고지의무위반을 이유로 한 사기죄의 성립을 위해서는 단순한 보험계약자 등의 고지의무위반의 고의가 아니라, 고지의무위반을 통한 보험금의 편취 내지 불법영득의 의사가 있어야 한다. 다만 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 확정적인 고의가 아닌 미필적 고의로도 족하고,²⁰⁾ 부진정 부작위범의 고의는 반드시 구성요건적 결과발생에 대한 목적이나 계획적인 범행의도가 있어야 하는 것은 아니고 법익침해의 결과발생을 방지할 법적 작위의무를 부담하는 사람이 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음을 예견하고도 결과발생을 용인하고 이를 방관한 채 의무를 이행하지 아니한다는 인식을 하면 족하므로,²¹⁾ 고지의무위반(특히 불고지)을 이유로 한 사기죄가 성립하기 위해서는 적어도 고지의무위반 당시 보험계약자 등에게 고지의무를 위반함으로써 보험금 편취의 발생 가능성에 대한 인식이 있을 뿐만 아니라 나아가 보험금 편취가 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 할 것이다.²²⁾

한편 상법은 보험계약자 등의 고의뿐만 아니라 중과실에 의한 고지의무위반을 인정하지

17) 대법원 2019. 12. 27. 선고 2015도10570 판결; 대법원 2020. 2. 6. 선고 2015도9130 판결 등.

18) 양승규, 앞의 책, p. 121; 한기정 (2018), p. 223.

19) 장덕조 (2018), p. 287.

20) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10416 판결; 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005도 7481 판결; 대법원 2006. 6. 27. 선고 2006도2864 판결 등.

21) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결.

22) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도5075 판결; 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결 등. 다만 대법원은 사기죄의 미필적 고의를 인정하기 위해 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지의 여부는, 행위자의 진술에 의존하지 아니하고 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여 일반인이라면 당해 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다고 판시하고 있다. 또한 이때 작위의무자에게 이러한 고의가 있었는지는 작위의무자의 진술에만 의존할 것이 아니라, 작위의무의 발생근거, 법익침해의 태양과 위험성, 작위의무자의 법익침해에 대한 사태지배의 정도, 요구되는 작위의무의 내용과 이행의 용이성, 부작위에 이르게 된 동기와 경위, 부작위의 형태와 결과발생 사이의 상관관계 등을 종합적으로 고려하여 작위의무자의 심리상태를 추인하여야 한다.

만, 형법과 보험사기방지법에는 사기죄와 보험사기죄의 과실범 처벌규정이 없으므로, 중과실에 의해 고지의무를 위반한 경우에도 상법상 고지의무위반의 효과로서 계약해지는 가능하더라도 형사 처벌대상은 아니다.²³⁾

3. 판례상 기망행위의 요건으로서의 신의성실의 원칙

판례는 사기죄의 구성요건인 기망에 대해, “사기죄의 요건인 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적, 소극적 행위를 말한다. 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시를 해야 하는 것은 아니고, 상대방을 착오에 빠뜨려 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하다. 따라서 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 거래를 하지 않았을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는, 그 거래로 재물을 받는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다. 그런데도 이를 고지하지 않은 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다.”고 판시하고 있다.*

* 대법원 2018. 8. 1. 선고 2017도20682 판결; 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결; 대법원 2014. 10. 15. 선고 2014도9099 판결 등.

판례의 태도에 따르면 사기죄의 구성요건인 기망행위는 재산상 거래관계에서 요구되는 신의성실의무를 저버리는 모든 행위를 의미하는데, 형법의 독자적 개념으로서의 신의성실의무라는 것을 상정할 수 없다는 점에서 아마도 판례가 말하는 신의성실의무라는 것은 민법 제2조가 규정하는 신의성실의 원칙에서 도출할 수 있는 의무라고 볼 것이다. 민법 제2조가 규정하는 신의성실의 원칙이란, 법공동체 구성원으로서 일반적 사회생활상 요구되는 최소한의 도덕이나 윤리적 기준으로서, 법적인 특별한 결합관계가 존재하는 경우에 일반적으로 당사자가 인식하였거나 인식할 수 있었을 상대방의 정당한 믿음을 배반하거나 오용하지 않아야 할 의무 내지 원칙이라고 해석한다.** 그러나 신의칙은 그 내용이 명확하지 않고 유동적이어서, 그 성질상 법적 안정성이라고 하는 법이념에 배치되는 법적용을 가져올 위험성을 내포하고 있다는 점에서 그 적용에 유의하여야 할 뿐 아니라, 신의칙을 법적인 행위의 일반적·보편적 기준으로 설정하기는 어렵다는 비판이 존재한다.***

23) 상법 제651조에 따르면, 보험자는 원칙적으로 고지의무위반의 사실을 안 날로부터 1월 내에, 계약을 체결한 날로부터 3년 내에 한하여 계약을 해지할 수 있다. 그러나 보험자가 계약당시에 그 사실을 알았거나 중대한 과실로 인하여 알지 못한 때에는 계약해지를 하지 못한다.

** 대법원 2018. 8. 1. 선고 2017도20682 판결; 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결; 대법원 2014. 10. 15. 선고 2014도9099 판결 등.

*** 광운직 대표편집 (1992), pp. 96-100.

특히 사적자치의 원칙상 계약당사자는 필요한 정보를 원칙적으로 자기책임하에 스스로 수집할 의무가 있다는 점을 고려하면, 의사표시의 당사자가 계약체결에 관한 정보를 취득하지 못한 것이 규범적으로 정보취득의 자기책임을 다하지 못한 것으로 평가할 수 있는 경우에는 상대방의 고지의무를 인정할 수 없다고 할 것이다.*** 그런데 판례가 위와 같이 그 내용과 기준이 불명확한 민법상 신의성실의 원칙을 국가형벌권 발동의 직접적 기준으로 파악하는 것은, 자칫 죄형법정주의 원칙에 반하는 결과를 초래할 소지가 있다.**** 따라서 고지의무불이행을 곧 바로 사기죄의 구성요건적 행위인 기망행위로 평가하기는 어렵고, 불고지가 거래계에서 요구하는 신의칙에 위반되는 것이라고 평가될 수 있는 정도에 이르러야 한다.*

***** 김수정 (2018), p. 119.

***** 허일태, 앞의 논문, p. 438; 이근우 (2012), p. 337.

***** 신동운 (2020), pp. 166-167.

4. 상법상 고지의무와 사기죄의 기망의 대상

가. 사기죄의 기망의 대상과 상법상 고지의무의 대상

통설적 견해와 판례는 사기죄의 구성요건으로서의 기망의 대상에 관해, 반드시 법률행위의 중요 부분에 한하지 않고, 상대방을 착오에 빠뜨려 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이라면 충분하다고 본다.** ‘법률행위의 중요 부분’과 ‘착오’의 의미에 관해서는 의사표시의 하자에 관한 민법의 규정을 참고할 수 있는데, 사기에 의한 의사표시에 관한 민법 제110조는 착오에 의한 의사표시에 관한 민법 제109조와 달리 의사표시의 하자가 법률행위의 중요 부분에 존재할 것을 요구하지 않는다. 민법 제110조의 취지는 사적자치의 원칙의 전제가 되는 “의사결정의 자유”를 보호하고자 함에 있다는 점에서 피기망자의 재산의 보호를 목적으로 하는 형법상 사기죄와 차이가 있지만,*** 후술하는 바와 같이 민법 제110조의 기망의 고의는 피기망자를 착오에 빠지게 하여 일정한 의사표시를 하게 만드는 것이라는 점에서,**** 일정한 행위에 의해 피기망자를 착오에 빠지게 한 후 재산상 손해를 초래할 수 있는 처분행위를 하도록 유도하는 형법상 사기죄와 그 구조가 유사하다.*****

*** 이재상·장영민·강동범 (2019), p. 339; 임웅 (2020), p. 409; 정성근·박광민 (2019), p. 336. 대법원 1995. 9. 15. 선고 95도707 판결(사기죄의 실행행위로서의 기망은 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하므로, 용도를 속이고 돈을 빌린 경우에 만일 진정한 용도를 고지하였더라면 상대방이 빌려 주지 않았을 것이라는 관계에 있는 때에는 사기죄의 실행행위인 기망은 있는 것으로 보아야 한다); 대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2828 판결; 대법원 1999. 2. 12. 선고 98도3549 판결; 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결; 대법원 2004. 5. 27. 선고 2003도4531 판결 등.

*** 곽윤직 대표편집 (1992), p. 532.

*** 곽윤직 대표편집, 위의 책, pp. 548-549.

*** 대법원 1998. 4. 24. 선고 97도3054 판결(사기죄의 성립에 있어서 피해자에게 손해를 가하려는 목적을 필요로 하지는 않지만 적어도 타인의 재물 또는 이익을 침해한다는 의사와 피기망자로 하여금 어떠한 처분을 하게 한다는 의사는 있어야 한다).

그렇다면 사기죄의 구성요건으로서의 기망의 대상은 반드시 법률행위의 중요 부분에 한정할 이유는 없고, 판례의 태도와 같이 상대방을 착오에 빠뜨려 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 유도하는 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하다고 볼 것이다.

한편 상법상 보험계약자 등의 고지대상은 '중요한 사항(material circumstances)'으로서, 보험자가 보험사고의 발생과 그로 인한 책임부담의 개연율을 측정하여 보험계약의 체결 여부 또는 보험료나 특별면책조항의 부가와 같은 보험계약의 내용을 결정함에 있어 표준이 되는 사항으로서, 신중한 합리적 보험자(the prudent insurer)가 그 사실을 알았다면 그 계약을 체결하지 않았거나 최소한 동일한 조건으로는 계약을 체결하지 않았으리라는 사항을 말한다.* 그러나 어떠한 사항이 고지대상에 해당되는가 하는 문제는 보험의 종류에 따라 달라질 수밖에 없으며 이는 사실인정의 문제**로서 보험의 기술성에 비추어 객관적으로 고찰하여야 할 것이다.*** 한편 보험계약의 당사자는 일정한 사항을 중요한 사항으로 약정할 수도 있다.****

* 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다27971 판결.

** 그러나 이러한 해석은 보험자의 입장에서 무엇이 중요한 사항인지를 판단하는 모순이 있으며, 또 중요한 사항의 범위가 무한정 확대될 우려가 있다는 비판이 있다. 채이식 (2003), p. 456.

*** 우리나라의 다수의 견해는 보험계약자의 고지의무의 대상인 중요한 사실을 ①절대적 위험사실, ②관계적 위험사실, ③추단적 위험사실로 구분하여 설명하고 있는데, 절대적 위험사실에는 직접 피보험자의 신체 또는 보험목적에 존재하는 위험사항 (유전병, 건강상태, 건물 내의 인화물의 존재 등) 이, 관계적 위험사실에는 피보험자 또는 보험의 목적의 환경에 존재하는 위험사항 (직업, 신분, 건물부근 상황 등)이 있으며, 추단적 위험사실에는 그 밖에 이러한 사항의 존재를 추단하게 하는 사항 (다른 보험자에게 청약하여 승낙이 거절된 사실, 질병을 원인으로 입원한 사실 등)을 들고 있다. 절대적 위험사실이란 손해보험의 경우 보험의 목적 또는 생명보험의 경우 피보험자에 존재하는 위험사항으로서 피보험자의 건강상태·기왕증·유전증·건물 내의 인화물질의 장치 등을 들 수 있다. 관계적 위험사실이란 보험의 목적 또는 피보험자의 환경에 존재하여 보험자의 위험측정에 간접적으로 작용하는 위험사항으로서 피보험자의 나이·직업·생활환경·건물 근처의 상황 등을 들 수 있다. 추단적

위험사실이란 위험측정 상 청약자의 불량위험(위험의 존재)을 추단하게 하는 사항으로서 다른 보험자에 의한 청약의 거절·질병으로 장기간 입원한 사실 등을 말한다고 한다. 김정호 (2000), p. 421; 박세민 (2019), pp. 214-219; 정동윤·손주찬 대표편집 (1977), pp. 142-144.
 *아아아 대법원 1996. 4. 12. 선고 96다4893판결.

이상에서 살펴본 바와 같이, 상법상 고지의무의 대상은 신중한 보험자가 보험계약의 체결 여부 및 보험료의 결정에 있어 알고자 하는 '중요한 사항'으로서, '법률행위의 중요 부분'과는 개념적으로 엄밀히 구별된다. 일반적으로 법률행위의 중요 부분은 보험계약의 체결에 있어서도 고지의무의 대상인 경우가 많겠지만, 법률행위의 중요 부분이 아니더라도 신중한 보험자의 입장에서 보험계약의 체결에 있어 알고자 하는 사항은 고지의무의 대상이 될 수 있다. 따라서 판례가 사기죄의 구성요건으로서 기망행위의 대상에 대해 반드시 법률행위의 중요 부분에 대한 기망이 있어야 하는 것이 아니라고 전제한 후, 상법상 고지의무와 관련하여 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 거래를 하지 않았을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는(즉, 중요한 사항이라고 볼 경우),**** 그 거래로 재물을 받는 자에게는 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다고 판시한 것은 일응 정당하다고 볼 수 있다.*

아아아아 팔호 안의 내용은 필자가 가필한 것이다.

* 다만 형법과 보험사기방지법상 기망행위의 대상을 판례와 같이 해석하는 경우, 형사법상 기망행위의 대상이 상법상 보험계약자 등의 고지의무의 대상보다 확대됨으로 인해 보험계약자 등이 불이익하게 될 수 있다는 비판적 견해가 있다. 김은경, 앞의 논문, pp. 188-189.

나. 상법상 고지대상에 대한 판단권자와 고지의 대상

고지의무의 대상인 중요한 사항을 위와 같이 해석하더라도, 우리 상법은 정작 고지대상이 중요한 사항을 누구의 관점에서 판단할 것인가 하는 점에 관해서는 아무런 규정이 없다. 이에 관한 국내의 통설적 견해는, 중요한 사항인지 여부는 보험의 기술성과 위험측정의 필요상 객관적으로 결정되어야 하는 것이므로, 당사자가 주관적으로 중요한 사항으로 판단하였는지 여부와 상관없이 '신중한 보험자'의 입장에서 판단하여야 한다고 본다.²⁴⁾ 참고로, 영국의 경우에도 고지의무의 대상인 중요한 사항은 신중한 또는 합리적인 보험자의 입장에서 판단하여야 한다는 것이 판례의 확고한 입장이다.²⁵⁾

24) 정동윤·손주찬 대표편집, 앞의 책, p. 142; 양승규, 앞의 책, p. 120.

통설적 견해에 따르면 상법과 영국법상 신중한 보험자란, 보험계약자가 가입한 보험의 종류와 보험목적에 대한 보험계약 체결당시의 일반적 보험자의 관점에서 판단하여야 할 것이지만,²⁶⁾ 보험계약을 체결함에 있어 동종의 일반적 보험자의 지위에서 요구되는 지식과 자질을 갖춘 자로서 보험자에게 기대되는 주의력과 기술 및 경험을 활용하여야 한다.²⁷⁾

그런데 고지의무의 판단주체인 신중한 보험자는 가상의 객관적이고 추상적인 보험자라는 점에서, 신중한 보험자의 관점에서 봤을 때 보험계약을 체결함에 필요한 중요한 사항은 모두 고지대상에 포함된다. 따라서 신중한 보험자가 요구할 것으로 사료되는 정보는 모두 보험계약자에 의해 자발적으로 고지되어야 하고, 이를 고지하지 않은 경우에는 원칙적으로 고지의무위반이 된다. 그러나 우리의 통설적 견해는 신중한 보험자론을 견지하면서도, 보험계약을 체결하는 특정 보험계약자 자신을 기준으로 보험계약자가 알고 있는 사항만을 고지하면 족하고, 객관적으로는 중요한 사항이지만 고지의무자가 그 사항을 알지 못해서 고지하지 않은 경우는 고지의무위반이 아니라고 본다.²⁸⁾

전술한 바와 같이 사기죄의 구성요건적 고의는 불법영득의 의사 내지 편취의 의사를 요구하므로, 상법상 고지대상의 판단권자에 대한 논의와 무관하게 보험계약자 등이 고지의무의 대상인 사실 자체를 알지 못해 고지하지 않은 경우에는 사기죄의 성립을 부정하여야 할 것이다.

25) Peter M., P., Simon and F., Patrick, *op. cit.*, p. 346.

26) 채이식, 앞의 책, p. 456. *Reynolds v. Phoenix Assurance Co. Ltd.* (1978). pp. 457-458.

27) *Rivaz v. erussi Brothers & Company* (1880); *Tate & Sons v. Hyslop* (1885).

28) 양승규, 앞의 책, p. 122; 박세민, 앞의 책, pp. 229-230; 한기정, 앞의 책, p. 227. 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다27971 판결; 대법원 2011. 4. 14. 선고 2009다103349 판결 등은 “중대한 과실이란 고지하여야 할 사실은 알고 있었지만 현저한 부주의로 인하여 그 사실의 중요성의 판단을 잘못하거나 그 사실이 고지하여야 할 중요한 사실이라는 것을 알지 못하는 것을 말한다.”고 판시하여 고지대상인 중요한 사실의 존재 자체를 보험계약자 등이 알지 못한 경우에는 고지의무가 성립하지 않는다는 취지로 판시하였지만, 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다54631,54648 판결은 “중대한 과실이란 현저한 부주의로 중요한 사항의 존재를 몰랐거나 중요성 판단을 잘못하여 그 사실이 고지하여야 할 중요한 사항을 알지 못한 것을 의미하고 …”라고 판시하여 고지대상인 중요한 사실의 존재 자체를 보험계약자 등이 알지 못한 경우에도 고지의무위반이 성립하는 것으로 판시한 바 있다.

5. 상법상 고지의무위반과 부작위에 의한 사기죄

가. 부작위범의 동가치성과 보증인적 지위

범죄는 보통 적극적인 행위에 의하여 실행되지만 때로는 결과의 발생을 방지하지 아니한 부작위에 의하여도 실현될 수 있다. 형법 제18조는 “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다.”라고 하여 부작위범의 성립요건을 별도로 규정하고 있다. 따라서 사기죄의 실행도 작위뿐만 아니라 부작위에 의해서도 가능하며, 이미 착오에 빠져 있는 상태를 이용하는 것도 기망행위에 해당할 수 있다.²⁹⁾

한편 부작위에 의해 사기죄가 성립하기 위해서는 기망행위가 작위에 의한 행위와 동가치성을 가져야 하고,³⁰⁾ 이러한 부작위범의 동가치성은 그 전제로서 행위자의 결과발생의 방지에 대한 보증인적 지위를 인정할 수 있는 경우로 한정된다.³¹⁾ 즉, 형법 제18조에서 말하는 부작위가 형법적으로 의미를 가지기 위해서는, 보호법익의 주체에게 해당 구성요건적 결과발생의 위험이 있는 상황에서 행위자가 구성요건의 실현을 회피하기 위해 요구되는 행위를 현실적·물리적으로 행할 수 있었음에도 하지 아니하였다고 평가될 수 있어야 한다.³²⁾ 나아가 부진정 부작위범의 경우에는 부작위자에게 침해위협으로부터 법익을 보호해 주어야 할 법적 작위의무가 부여되어 있을 뿐 아니라, 부작위자가 그러한 보호적 지위에서 법익침해를 일으키는 사태를 지배하고 있어 작위의무의 이행으로 결과발생을 쉽게 방지할 수 있어야 부작위로 인한 법익침해가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것으로 평가될 수 있다.³³⁾

29) 허일태, 앞의 논문, p. 431.

30) 신동운, 앞의 책, pp. 166-167.

31) 신동운, 위의 책, p. 156.

32) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결.

33) 위 대법원 2015도6809 전원합의체 판결.

나. 상법상 보험계약자 등의 고지의무의 법적 성질과 부작위에 의한 기망행위의 동가치성

1) 고지의무위반과 부작위에 의한 기망행위의 동가치성의 의의

판례에 따르면, 사기죄의 요건인 기망에는 재산상의 거래관계에서 지켜야 할 신의성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 내지 소극적 행위가 포함되고, 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관해 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 이를 고지하지 아니하는 것을 말한다.³⁴⁾ 따라서 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 거래를 하지 않았을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는, 그 거래로 재물을 받는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있고, 이를 고지하지 않은 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다고 본다.³⁵⁾

판례의 태도를 문맥 그대로 해석할 경우, 고지의무를 부담하는 보험계약자 등이 보험계약상 중요한 사항에 대해 고지를 하지 않았고, 보험자가 중요한 사항에 관해 고지를 받았더라면 보험계약을 체결하지 않았을 것이라는 사정이 있는 경우, 상법상 고지의무위반은 형법상 사기죄의 기망의 구성요건을 충족시킨다고 볼 수 있다.³⁶⁾

그런데 기술(既述)한 바와 같이 부진정 부작위범의 작위범과의 동가치성은 행위자의 결과발생의 방지에 대한 보증인적 지위를 인정할 수 있는 경우라야 할 것인데, 판례는 부진정 부작위범의 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다고 본다.³⁷⁾ 보험계약자 등의 고지의무의 근거는 보험의 본질이라고 할 수 있는 보험계약의 선의성에서 찾을 수 있지만,³⁸⁾ 상법은 고지의무에 관해 명시적으로 규정하고 있다는 점에서 상법 제651조가

34) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2017도1405 판결; 대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3263 판결 등.

35) 대법원 2018. 8. 1. 선고 2017도20682 판결; 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결; 대법원 2014. 10. 15. 선고 2014도9099 판결 등.

36) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2017도1405 판결; 대법원 2012. 11. 15. 선고 2010도6910 판결.

37) 위 대법원 2015도6809 전원합의체 판결.

38) 박세민, 앞의 책, pp. 204-205 및 한기정, 앞의 책, pp. 199-201에 따르면, 국내의 통설적 견해는 보험의 기술적 성질과 최대선의 계약성에서 고지의무의 근거를 찾고 있다.

보험계약자 등의 보증인적 지위에 대한 근거가 될 수 있는지 의문이다. 그러나 부진정 부작용범의 작위의무의 인정 근거를 판례와 같이 광범위하게 인정하더라도, 부진정 부작용범의 보증인적 지위는 타인에 대한 법익침해의 결과를 방지할 법적 의무를 전제로 한다는 점에서, 과연 상법상 보험계약자 등의 고지의무의 법적 성질이 형법상 부진정 부작용범의 작위의무를 인정할 수 있는 성질의 것인지를 살펴볼 필요가 있다.

2) 고지의무의 법적 성질

고지의무는 보험계약자 등이 보험계약 체결 전에 보험자에게 계약의 중요한 사항에 대하여 알려야 하는 의무(Pre-contractual duty)로서 보험계약의 묵시적 조건이 아니라 계약 밖에서 인정되는 보험법상의 특수한 의무라 할 수 있다.³⁹⁾ 따라서 고지의무는 보험계약상 위험변경증가의 통지의무(상법 제652조)나 보험사고발생의 통지의무(상법 제657조)와 같은 보험계약의 효과로서 주어진 의무가 아니라, 보험계약이 유효하게 성립하여 보험 보호를 받기 위한 전제조건으로서 인정된 특수한 의무라 할 것이다.⁴⁰⁾

한편 고지의무는 보험자가 그 이행을 강제하거나 불이행한 경우에 손해배상을 청구할 수 있는 보험계약의 효과로서 부담하는 의무가 아니고, 단지 보험계약의 전제조건으로서 보험계약자 등이 부담하는 간접의무⁴¹⁾라고 할 수 있다. 또한 고지의무는 보험법에서 인정하는 법률상의 의무이기는 하나 보험계약자에게 계약체결 과정의 귀책사유를 이유로 손해배상을 청구할 수 있는 진정한 의미의 법적의무가 아니라, 보험계약자 등이 계약해지로 인한 자신의 불이익을 방지하기 위해서 준수하여야 하는 자기의무라고 할 것이다.⁴²⁾

39) 양승규 (2000), p. 135.

40) 박수영·박강익, 앞의 논문, p. 193.

41) 고지의무의 법적성질과 관련해서는, 법적의무로 보는 견해(법적의무설)과 간접의무로 보는 견해(간접의무설, 책무설, 전제요건설)가 있다. 법적의무설에 의하면 보험법에서 규정하고 있는 모든 행위규범은 순수한 법적의무로서 그의 이행을 소구할 수 있고 그 위반의 경우에 손해배상청구권이 성립한다고 한다. 이에 반해 간접의무설은 다시 고지의무는 단순히 보험계약 상의 청구권을 유지하기 위한 전제가 되는 의무에 불과하고 이를 법적의무라고 볼 수 없으며, 따라서 이러한 의무의 이행은 소구될 수 없고 그 불이행의 경우에도 손해배상청구권이 발생하지 않는다고 하는 전제요건설과 법률상 의무를 그 강제의 정도에 따라 구분하여, 강제요건이 채권자의 이익을 위해서 뿐 아니라 채무자의 이익도 되는 때에는 간접의무라고 하는 법적강제설로 구분된다고 한다. 최기원 (1991), pp. 1-4 참조.

42) 최기원, 위의 논문, p. 3.

3) 사기죄의 부진정 부작위범의 작위의무의 근거와 고지의무

앞서 설명한 바와 같이 판례는 부진정 부작위범의 작위의무의 근거를 법령, 법률행위, 선행행위, 사회상규 등에서 찾고 있지만, 통설적 견해는 작위의무의 근거를 판례와 같이 형식적으로 분석하면서도 구체적으로 부작위범이 법익주체에게 위험발생 방지의무나 위험원 감시의무를 부담하고 있는지 여부를 작위의무 발생의 근거로 찾는다.⁴³⁾

상법상 보험계약자 등의 고지의무는 보험계약상 요구되는 의무로서 상법에 명문규정이 있다는 점에서, 이하에서는 부진정 부작위범의 작위의무의 발생근거로서 고지의무의 발생과 관련이 있는 한도에서 간략히 검토해 본다.

가) 상법 제651조와 작위의무

판례는 작위의무는 법령에 의해서도 발생할 수 있다고 보는데, 여기서 법령이란 보증인적 지위를 발생시키는 법규범 전반을 의미한다.⁴⁴⁾ 따라서 형태의 여하를 막론하고 모든 법원(法源)이 보증인적 지위의 발생근거가 될 수 있다.⁴⁵⁾ 그러나 법령에 의한 보증인적 지위는, 해당 법령이 피해자에 대한 법익침해의 위험발생을 방지할 의무를 부과하거나 법익침해를 야기할 수 있는 위험원의 감시의무를 부과하는 경우에만 인정할 수 있다고 보아야 할 것이다.

사기죄의 보호법익은 재산권이라는 점을 감안하면,⁴⁶⁾ 사기죄의 부진정 부작위범의 작위의무의 발생근거로서의 법령은 기망행위에 의한 피해자의 재산권을 보호하기 위한 것에 한정할 필요가 있다. 그러나 보험계약자 등이 직접적으로 보험자의 재산의 유지·형성에 기여할 의무를 부담하고 있다고 볼 수는 없고,⁴⁷⁾ 고지의무의 직접적 인정근거는 보험계약당사자 사이의 '정보의 비대칭 현상'을 시정하고자 하는데 있다는 점을 고려하면 상법 제651조를 사기죄의 부진정 부작위범의 작위의무의 직접적 근거로 보기는 어렵다.

43) 신동운, 앞의 책, pp. 158-159; 이재상·장영민·강동범 (2019a), pp. 140-141.

44) 신동운, 위의 책, p. 159.

45) 신동운, 위의 책, pp. 159-160.

46) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7303 판결; 대법원 2017. 10. 26. 선고, 2017도10394 판결.

47) 이근우, 앞의 논문, pp. 339-340.

나) 보험계약과 작위의무

타인의 법익에 대한 보호책임을 인수하는 계약을 체결한 경우, 계약의 당사자에게 타인의 법익침해를 방지할 보증인적 지위를 인정할 수 있다.⁴⁸⁾ 보증인적 지위의 발생근거가 되는 계약은 반드시 타인의 법익침해를 방지할 보호책임을 명시적으로 인수하거나, 계약의 주된 의무가 보호책임을 인수를 내용으로 할 것을 요구하지는 않지만,⁴⁹⁾ 보증인적 지위의 인정을 위해서는 최소한 계약당사자의 의사표시의 합치에 의해 계약이 성립하여야 할 것이다. 따라서 계약에 의한 보증인적 지위의 인정은 의사표시의 시점이 아니라 계약의 성립 이후 계약의 일방 당사자가 실제로 보호의무를 인수한 때에 발생한다.⁵⁰⁾ 다만 일단 계약이 성립된 이상, 그 후 계약이 무효가 되거나 취소가 되더라도 일단 발생한 보호의무는 소멸하지 않을 수도 있다.⁵¹⁾

그런데 고지의무는 보험계약이 유효하게 성립하여 보험보호를 받기 위한 전제조건으로서 인정된 특수한 의무로서, 보험계약이 성립한 후의 위험변경증가의 통지의무나 보험사고발생의 통지의무와 달리 보험계약자 등의 ‘보험계약 체결 전 의무(Pre-contractual duty)’로서 계약 외에서 인정되는 보험법상의 특수한 의무라는 점은 이미 살펴 본 바와 같다. 또한 고지의무는 보험자가 그 이행을 강제할 수 있는 보험계약의 효과로서 부담하는 의무가 아니라, 보험계약자 등이 계약해지로 인한 자신의 불이익을 방지하기 위해서 준수하여야 하는 자기의무이다.

그렇다면 보험계약의 체결에 있어 보험계약자 등이 부담하는 고지의무는 계약체결 전의 의무라는 점에서 엄밀하게 말하면 ‘보험계약상 의무’라고 볼 수 없다. 또한 고지의무는 보험계약자 등 보험자의 상대방이 자신의 불이익을 방지하기 위한 자기의무라는 점에서, 고지의무는 보험자의 법익침해를 방지할 의무를 그 내용으로 한다고 보기도 어렵다. 따라서 보험계약을 근거로 보험계약자 등에게 보험자의 법익침해를 방지할 보증인적 지위를 인정하기는 어렵다고 보아야 한다.

48) 신동운, 앞의 책, p. 160.

49) 신동운, 위의 책, pp. 160-161; 이재상·장영민·강동범(2019a), p. 144.

50) 신동운, 위의 책, p. 161.

51) 신동운, 위의 책, p. 161; 이재상·장영민·강동범, 위의 책, p. 144.

다. 고지의무위반과 부작위에 의한 기망행위의 동가치성 및 사기죄의 실행의 착수

보험계약상 고지의무위반을 사기죄의 기망행위로 파악하기 위해서는 고지의무위반을 부작위에 의한 기망과 동가치성을 가진 것으로 볼 수 있어야 한다. 부작위의 작위와의 동가치성이란 부작위에 의한 구성요건적 결과가 구성요건에서 요구하는 수단과 방법에 의해 발생할 것을 요구한다는 의미로서, 구성요건적 결과가 일정한 방법에 의해 발생할 것을 요구하는 범죄에 있어서는 부작위가 구성요건이 요구하는 방법에 해당되어야 한다.⁵²⁾ 사기죄의 구성요건요소로서의 기망행위란 사람을 착오에 빠지게 하는 행위라는 점에서, 고지의무위반을 이유로 한 부작위에 의한 사기죄의 성립을 위해서는 고지의무위반이 기망의 작위행위와 동일하게 파악할 수 있을 정도의 행위정형의 동등성 또는 상응성을 가져야 한다.

한편 형법은 사기죄의 미수범을 처벌하고 있고, 미수범을 처벌하기 위해서는 범행의 실행의 착수가 인정되어야 한다(형법 제25조). 실행의 착수는 행위자의 범행계획에 비취 볼 때 구성요건에 해당하는 행위 또는 구성요건의 실현을 위한 직접적 행위가 개시되면 인정된다는 것이 통설적 견해이므로,⁵³⁾ 부진정 부작위범의 실행의 착수도 작위에 의한 기망과 동가치성을 가진 것으로 볼 수 있을 정도의 행위정형의 동등성 또는 상응성을 갖춘 행위가 개시되어야 한다. 그렇다면 고지의무위반을 이유로 한 사기죄의 실행의 착수를 인정하기 위해서도 고지의무위반을 사기죄의 기망행위의 착수 내지 기망행위의 실현을 위한 직접적 개시행위로 인정할 수 있어야 할 것이다.

그런데 대법원은 일련의 판결에서, 상법상 고지의무위반에 의해서도 부작위에 의한 기망이 인정될 수 있다는 전제하에, 보험사고가 이미 발생하였음에도 이를 묵비한 채 보험계약을 체결하거나 보험사고 발생의 개연성이 농후함을 인식하면서도 보험계약을 체결하는 경우 또는 보험사고를 임의로 조작하려는 의도를 가지고 보험계약을 체결하는 경우와 같이, ‘보험사고의 우연성’과 같은 보험의 본질을 해친다고 볼 수 있는 일정한 경우에는 고지의무위반을 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위로 볼 수 있다고 판시하고 있다.⁵⁴⁾ 대법

52) 이재상·장영민·강동범, 위의 책, pp. 146-147.

53) 신동운, 앞의 책, p. 507; 이재상·장영민·강동범, 위의 책, pp. 394-395.

54) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2017도1405 판결.

원 판결에 따르면, ‘보험사고의 우연성’과 같은 보험의 본질을 해치는 일정한 경우에는, 고지의무위반은 부작위에 의한 기망행위에 해당하므로 고지의무위반 시에 사기죄의 실행의 착수가 인정되게 된다.

그러나 대법원 판결은 다음과 같은 이유에서 약간의 문제가 있다.

먼저, 대법원은 보험사고 발생의 개연성이 농후함을 인식하면서도 보험계약을 체결하는 경우를 보험의 본질을 해치는 경우로 예시하고 있지만, 대법원은 “상법 제644조는 보험계약 당시 보험사고가 이미 발생한 때에 그 계약을 무효로 한다고 규정하고 있으므로, 설사 시간의 경과에 따라 보험사고의 발생이 필연적으로 예견된다고 하더라도 보험계약 체결 당시 이미 보험사고가 발생하지 않은 이상 상법 제644조를 적용하여 보험계약을 무효로 할 것은 (아니다)”고 판시하여,⁵⁵⁾ 보험계약 체결당시 보험사고가 발생하지 않은 이상 보험사고의 발생이 필연적으로 예견된다 하더라도 보험계약은 유효하고 보험자는 보험금지급책임을 부담한다는 취지로 판시한 바 있다.⁵⁶⁾ 대법원에 따르면, 한편으로는 보험계약 당시 보험사고 발생이 필연적으로 예견되더라도 보험사고가 발생하지 않은 이상 보험계약은 유효함에도 불구하고, 다른 한편으로는 이러한 경우는 보험의 본질을 침해하는 경우로서 보험금 편취를 위한 기망행위로 볼 수 있다는 이해하기 어려운 결론에 봉착한다.⁵⁷⁾ 물론 상법상 보험계약의 무효 여부와 사기죄의 성부가 필연적 관련성을 가지는 것은 아니지만,⁵⁸⁾ 동일한 사실관계에서 민사법의 적용결과와 형사법의 적용결과가 일치하지 않는 것은 국민의 법감정과 사법적 신뢰를 훼손할 소지가 있다.

둘째, 보험사고의 우연성을 해치는 경우를 고지의무위반에 의한 기망행위로 일반화 할

55) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010다66835 판결. 다만 대법원은 이 경우 보험계약자 등의 고지의무위반으로 인한 보험계약 해지 여부 등은 별개의 문제로서 심리되어야 한다는 취지로 판시하였다. 대법원 2012. 8. 17. 선고 2010다93035 판결(‘우연성’이란 특정인의 의사와 관계없는 사고라는 의미의 우연성을 뜻하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 특정인의 어느 시점에서의 의도와 장래의 실현 사이에 필연적·기계적인 인과관계가 인정되는 것도 아니므로, 중개업자가 장래 공제사고를 일으킬 의도를 가지고 공제계약을 체결하고 나아가 실제로 고의로 공제사고를 일으켰다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 공제계약 당시 공제사고의 발생 여부가 객관적으로 확정되어 있다고 단정하여 우연성이 결여되었다고 보거나 공제계약을 무효라고 볼 수 없다).

56) 박세민, 앞의 책, pp. 148-149.

57) 같은 취지, 이근우, 앞의 논문, p. 343.

58) 대법원 2001. 10. 23. 선고 2001도2991 판결; 박재운 대표편집 (2006), p. 157.

수 있을 것인지도 의문이다. 보험사고의 우연성이란 보험사고가 발생한 시점을 기준으로 보험사고가 인위적으로 발생하였는가의 문제로서 주로 보험자의 면책 여부에 관한 논의라고 할 수 있다.⁵⁹⁾ 판례도 원칙적으로 고의에 의한 보험사고는 보험계약상 신의칙에 반할 뿐만 아니라, 그러한 경우에도 보험금이 지급된다고 한다면 보험계약이 보험금 취득 등 부당한 목적에 이용될 가능성이 있기 때문에 보험사고가 피보험자 등의 고의에 의해 발생한 때에는 보험자는 면책된다고 본다.⁶⁰⁾

한편 상법상 고지의무제도는 보험계약에서의 도덕적 위험의 발생 방지 및 선의성 유지를 위한 제도적 장치로서,⁶¹⁾ 고지의무제도는 보험사고의 인위적 조작과 같은 보험사고의 우연성을 해치는 행위의 방지와 직·간접적 관련성을 갖는다. 그런데 대법원은 “공제계약의 우연성이란 특정인의 의사와 관계없는 사고라는 의미의 우연성을 뜻하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 특정인의 어느 시점에서의 의도와 장래의 실현 사이에 필연적·기계적인 인과관계가 인정되는 것도 아니므로, 중개업자가 장래 공제사고를 일으킬 의도를 가지고 공제계약을 체결하고 나아가 실제로 고의로 공제사고를 일으켰다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 공제계약(의) ... 우연성이 결여되었다고 보거나 공제계약을 무효라고 볼 수 없다”고 판시한 바 있다.⁶²⁾ 고지의무제도의 위와 같은 제도적 취지와 판례의 태도를 감안할 때, 설령 피보험자 등이 보험사고의 우연성을 해치는 의도를 가지고 고지의무를 위반하였다 하더라도 이를 사기죄의 기망행위에 해당한다고 볼 것인지는 의문이다.⁶³⁾

셋째, 대법원 판례의 태도에 따를 경우 사기죄의 실행의 착수시기가 지나치게 앞당겨진다는 비판이 가능하다. 판례에 따르면 보험의 본질을 해친다고 볼 수 있는 일정한 경우에는 고지의무를 위반한 채 보험계약을 체결한 것만으로 사기죄의 실행의 착수가 있다고 볼 수 있는데, 고지의무위반 및 보험계약의 체결을 기망의 작위행위와 동일하게 파악할 수 있을 정도의 행위정형의 동등성 또는 상응성을 가진다고 볼 수 있을지 의문이다.⁶⁴⁾ 원칙적

59) 박세민, 앞의 책, p. 147.

60) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2005다49713 판결; 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009다97772 판결.

61) 사법연수원 (2011), pp. 16-17.

62) 대법원 2012. 8. 17. 선고 2010다93035 판결.

63) 같은 취지, 장덕조, 앞의 논문, p. 300.

64) 이와 관련해서 일부 유력한 견해는 보험계약 체결 시에 기망증을 숨기고 보험계약을 체결하였을 때는 보험계약 자체가 기망에 의하여 성립된 것으로, 보험계약 체결시점에 보험사

으로 미수범은 특정한 불법 구성요건의 행위반가치를 완전히 구비하고 있으면서 실행의 착수에 의해 법익에 대한 위협이라는 충분한 결과반가치를 구비하고 있기 때문에 가벌성이 인정된다는 점을 감안하면,⁶⁵⁾ 고지의무위반 내지 이에 따른 보험계약의 체결만으로 사기죄의 실행의 착수로 인정할 수 있을 정도의 행위반가치와 결과반가치가 구비되었다고 볼 수 있을 것인지도 의문이다. 고지의무위반 및 이에 따른 보험계약의 체결만으로는 사기죄의 보호법익인 재산권에 대한 주관적인 범의의 객관적인 위험성이 곧 바로 인정된다고 보기는 어렵고, 피보험자 등의 보험금청구 시에 사기죄의 보험법익에 대한 객관적 위험성이 현실화된다고 보아야 할 것이다.⁶⁶⁾

또한 대법원은 원칙적으로 고지의무위반 내지 고지의무를 위반하여 보험계약을 체결한 것만으로는 사기죄의 실행의 착수가 있다고 볼 수 없다고 하면서도,⁶⁷⁾ 보험의 본질을 해친다고 볼 수 있는 일정한 경우에는 고지의무를 위반하여 보험계약을 체결한 것만으로도 사기죄의 실행의 착수를 인정할 수 있다고 보는데, ‘보험의 본질’이라는 개념이 반드시 명확한 것도 아닐뿐더러 판례의 태도에 따라 경우 고지의무를 위반하여 보험계약을 체결한 사안에서 언제 사기죄의 실행의 착수를 인정할 것인지에 관한 예측가능성을 현저히 저하시키게 되는 문제가 발생한다.⁶⁸⁾ 나아가 통설적 견해와 판례는 보험사기의 경우 보험계약

기의 실행행위가 있다고 본다(이병희 (1998), p. 233; 김성완 (2015), pp. 34-35).

65) 박재운 대표편집 (2011), p. 34.

66) 이근우, 앞의 논문, p. 344; 김은경, 앞의 논문, p. 187은 고지의무위반을 직접적인 보험사기의 예비행위나 착수를 위한 의사로 해석하여 보험사기를 확대할 경우, 고지의무위반이 보험계약법 적용의 측면에서 뿐만 아니라 형사법적 측면에서도 보험계약자의 지위를 불안정하게 할 여지가 크므로, 고지의무의 문제로부터 보험계약자를 보호하기 위해서도 고지의무의 수동화가 시급하다고 주장한다.

67) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2010도6910 판결; 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013도 7494 판결; 대법원 2017. 4. 26. 선고 2017도1405 판결; 대법원 2019. 4. 3. 선고 2014도2754 판결(보험계약자가 상법상 고지의무를 위반하여 보험자와 생명보험계약을 체결한다고 하더라도 그 보험금은 보험계약의 체결만으로 지급되는 것이 아니라 우연한 사고가 발생하여야만 지급되는 것이므로, 상법상 고지의무를 위반하여 보험계약을 체결하였다는 사정만으로 보험계약자에게 미필적으로나마 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위가 있었다고 단정하여서는 아니 된다).

68) 이에 대해 최병규 (2017), p. 100 이하에서는 단순히 고지의무를 위반한 것만으로 사기죄의 유죄를 인정할 수는 없지만, ‘고지의무위반의 정도가 심한 경우’에는 고지의무위반을 사기죄의 기망행위로 볼 수 있다고 본다. 그러나 ‘고지의무위반의 정도’도 정량적 측정이 불가능한 개념이라는 점을 고려할 때 위 견해도 고지의무위반을 이유로 한 사기죄의 실행의 착수에 관한 해결책으로는 동의하기 어렵다.

의 체결만으로는 사기죄의 실행의 착수를 인정할 수 없고 보험금지급청구 시에 실행의 착수를 인정하고 있는데,⁶⁹⁾ 일반적인 보험사기의 경우와 고지의무위반을 이유로 한 보험사기의 경우의 실행의 착수시기를 달리할 근거가 무엇인지도 의문이다.

라. 고지의무위반과 사기죄의 기수시기

고지의무위반과 사기죄의 성부와 관련해서는 사기죄의 기수시기에 관해서도 견해가 나뉘고 있다. 전술한 고지의무위반의 사기죄의 실행의 착수시점에 관한 논의에 불구하고, 다수의 견해는 보험금수령 시에 사기죄의 기수가 된다고 보지만,⁷⁰⁾ 일부 유력한 견해는 보험증권을 교부 받은 때⁷¹⁾ 또는 보험계약의 성립 시에 사기죄의 기수가 된다고 해석하고 있다.⁷²⁾

먼저, 보험계약의 성립과 보험증권의 관계에 관해 살펴보면, 보험증권은 보험자가 보험목적·보험사고·보험금액·보험료 등의 법정 기재사항을 기재하고 기명날인 또는 서명한 문서로서(상법 제666조, 제728조 등), 보험자는 보험계약이 성립한 때에는 지체 없이 보험증권을 작성하여 보험계약자에게 교부하여야 한다(상법 제640조 제1항 본문). 보험증권의 교부는 보험계약자의 청구 여부와 무관하지만, 보험자의 보험증권 작성·교부의무는 법정의무로서 보험자는 보험계약의 체결을 승낙하는 의사표시에 갈음하여 보험증권을 교부하는 것이 실무의 일반적 관행이다.⁷³⁾ 따라서 보험계약의 성립과 보험증권의 교부에 관한 위와 같은 업계의 관행을 고려하면, 고지의무 위반을 이유로 한 사기죄의 기수시기에 관한 보험증권 교부 시라는 견해와 보험계약의 성립 시라는 견해의 실천적 차이는 크지 않다고 볼 수 있다.

69) 박재윤 대표편집, 앞의 책, p. 141; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, p. 352; 이근우, 앞의 논문, pp. 346-349; 김은경, 앞의 논문, p. 176; 장덕조, 앞의 논문, pp. 307-308; 최준혁, 앞의 논문, pp. 687-688. 대표적인 대법원 판결로는, 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013도7494 판결(타인의 사망을 보험사고로 하는 생명보험계약을 체결함에 있어 제3자가 피보험자인 것처럼 가장하여 체결하는 등으로 그 유효요건이 갖추어지지 못한 경우에도, ... (중략) ... 그와 같이 하자 있는 보험계약을 체결한 행위만으로는 미필적으러라도 보험금을 편취하려는 의사에 의한 기망행위의 실행에 착수한 것으로 볼 것은 아니다. 그러므로 그와 같이 기망행위의 실행의 착수로 인정할 수 없는 경우에 피보험자 본인임을 가장하는 등으로 보험계약을 체결한 행위는 단지 장차의 보험금 편취를 위한 예비행위에 지나지 않는다).

70) 임용, 앞의 책, p. 430; 이근우, 위의 논문, p. 345.

71) 정성근·박광민, 앞의 책, p. 349.

72) 이병희 (1999), p. 224. 이 견해는 고지의무위반으로 한 보험청약의 경우 사기의 기수시기를, 보험가입자가 최초보험료를 납부하고 보험료영수증을 교부받았을 때라고 본다.

73) 한기정, 앞의 책, pp. 267-268.

한편 보험증권의 법적 성질에 관해서는, 보험증권은 보험계약의 성립 및 내용을 증명하기 위한 목적에서 보험자가 작성·교부한 증거증권으로서, 원칙적으로 보험증권이 지시식 내지 무기명식으로 발행된 경우에도 유가증권성을 인정하지 않는 것이 통설적 견해이다.⁷⁴⁾ 통설적 견해는 인보험증권의 유가증권성을 부정하고, 손해보험증권의 경우에도 원칙적으로 유가증권성을 부정하지만, 예외적으로 신용장거래를 수반한 국제물품매매계약의 경우와 같이 지시식 내지 무기명식으로 발행된 보험증권이 선하증권 등의 선적서류와 함께 유통될 것이 예정된 경우에는 유가증권성을 인정하고 있다.⁷⁵⁾ 다만 위와 같이 국제물품매매계약 등에서 사용되는 해상보험증권 등의 경우에도 보험증권이 표창하는 권리는 장차 보험사고가 발생할 경우 보험증권의 정당한 소지인이 갖게 되는 아직 구체화되지 않은 보험금청구권이다.⁷⁶⁾ 따라서 위와 같은 보험증권을 정당하게 소지한 자는 장차 보험사고가 발생할 경우 보험금을 지급 받을 수 있는 권리를 가지지만, 보험사고가 발생하지 않는 이상 보험자에 대한 구체적 보험금청구권을 취득하지는 못한다. 이를 달리 해석하면, 보험계약의 체결 및 보험증권이 교부된 경우에도 보험사고가 발생하여 보험증권의 정당한 소지인에 의한 보험금청구가 있기 전에는, 보험자는 불확정적인 보험금지급위험을 부담할 뿐이지 별도의 금전적 손해가 구체화 되었다고 보기는 어렵다.⁷⁷⁾

나아가 보험계약의 체결 및 보험증권의 발행·교부를 고지의무 위반을 통한 사기죄의 기수로 볼 수 있을 것인가 하는 문제는 사기죄의 본질과도 관련이 있다. 대법원은 사기죄의 성립을 위해서는 현실적인 재산상 손해의 발생을 요하지 않는다고 판시하였고,⁷⁸⁾ 더 나아가 재산상 손해의 발생이 없다고 해도 사기죄의 성립에는 영향이 없다는 취지로 판시하고 있다.⁷⁹⁾ 이에 대해 학술적 견해는, 사기죄는 피해자의 하자있는 의사에 의한 재물 또는 재산의 처분을 요건으로 하는 침해법으로서, 사기죄의 성립을 위해서는 피해자에게 재산상 손해가 발생하여야 한다는 견해⁸⁰⁾와 사기죄의 성립요건으로서 피해자의 손해발생은 필요

74) 한기정, 위의 책, pp. 270, 273; 박세민, 앞의 책, p. 263.

75) 김성태 (2001), pp. 248-249; 한기정, 위의 책, pp. 273-274; 박세민, 위의 책, pp. 263-264.

76) 한기정, 위의 책, p. 274는 이를 '추상적 단계의 보험금청구권'이라고 칭하고 있다.

77) 같은 취지, 이근우, 앞의 논문, p. 345; 최준혁, 앞의 논문, pp. 694-695.

78) 대법원 1985. 11. 26. 선고 85도490 판결; 대법원 1992. 9. 14. 선고 91도2994 판결; 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결; 대법원 2014. 10. 15. 선고 2014도 9099 판결 등.

79) 대법원 1995. 3. 24. 선고 95도203 판결; 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도7470 판결.

80) 임웅, 앞의 책, p. 427; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, pp. 327-328.

하지 않다는 견해⁸¹⁾로 나뉜다. 그러나 사기죄는 재산권을 보호법익으로 하는 범죄로서, 사기죄의 성립에 재산상 손해를 요구하지 않을 경우 사기죄는 재산죄가 아니라 처분의 자유를 보호하는 범죄로 변질될 우려가 있다.⁸²⁾ 따라서 고지의무를 위반하여 보험계약을 체결한 경우에도 사기죄가 기수가 되기 위해서는 보험자의 재산상 손해가 발생하여야 하고, 보험자의 재산상 손해는 피보험자 등의 보험금지급청구에 따라 보험금이 지급되어야 발생한다는 점에서 보험사기의 기수시기는 보험금지급 시라고 보아야 할 것이다.

이 사건에서 대법원은 원심의 판단과 달리, “보험계약자가 고지의무를 위반하여 보험회사와 보험계약을 체결한다 하더라도 그 보험금은 보험계약의 체결만으로 지급되는 것이 아니라 보험계약에서 정한 우연한 사고가 발생하여야만 지급되는 것이(므로), 피고인이 … 보험회사에 보험금을 청구하여 보험금을 지급받았을 때 사기죄는 기수에 이른다.”고 판시하였는데, 대법원의 판시는 보험계약상 고지의무와 사기죄의 기수시기에 관한 법리를 정확히 지적하였다고 평가할 수 있다.

IV. 결론

보험은 인간의 경제활동을 위협하는 다양한 위험에 대비하기 위해 고안된 제도이지만, 그 사행계약적 성질로 인해 보험계약당사자들의 선의성이 특히 요구되고 있다. 보험자는 보험계약의 체결 여부 등의 판단을 위해 보험계약에 관한 정보를 획득할 필요가 있지만, 현실적으로 보험계약에 관한 중요한 사항은 보험계약자 내지 피보험자의 지배영역에 소재하는 경우가 대부분이다. 보험계약의 경우에도 계약체결에 관한 중요한 사항의 파악은 보험자가 스스로 조사를 할 수도 있지만, 보험계약자 등에 의해 지배되고 있는 위험에 관한 정보를 보험자도 확보할 수 있도록 하기 위해 상법은 보험계약자 등의 고지의무를 규정하고 있다.⁸³⁾

상법상 보험계약자 등의 고지의무는 보험계약당사자 사이의 정보의 불균형적 소재를 해소하기 위한 제도로서, 보험계약자 등은 계약체결에 있어 보험자에 대해 중요한 사항을 자

81) 오영근 (2009), pp. 416-417; 정영일 (2008), p. 308.

82) 이재상·장영민·강동변, 위의 책, pp. 327-328.

83) 양승규, 앞의 책, pp. 116-117.

발적으로 고지하여야 하고, 이를 위반한 경우에는 보험계약의 해지로 인한 불이익을 받을 수 있다. 그런데 보험계약 관련 정보의 불균형적 소재는 보험계약자 등으로 하여금 보험계약 체결 시 보험금 수령을 목적으로 고의로 계약 관련 중요한 사항을 불고지 내지 부실고지할 잠재적 위험을 내포하고 있고, 이에 대응하여 고지의무제도의 본질적 취지도 사기의 방지에 있다 함은 앞서 설명한 바와 같다. 따라서 보험계약자 등이 보험계약을 체결함에 있어 고의로 고지의무를 위반하여 보험계약을 체결하고 보험금을 편취한 경우 형법상 사기죄 내지 보험사기방지법상 보험사기죄로 처벌받을 수 있다.

대법원은 이 사건을 포함한 일련의 사건에서, 원칙적으로 상법상 보험계약자 등의 고지의무위반으로 인해 보험계약이 체결되더라도 보험계약의 체결을 형법상 사기죄의 실행의 착수가 있다고 볼 수 없지만, 피보험자 등의 고지의무위반이 ‘보험사고의 우연성’과 같은 보험의 본질을 해할 정도에 이른 경우에는 예외적으로 고지의무위반 시에 보험금 편취를 위한 실행의 착수가 있다고 보는 것 같다. 다만 대법원은 보험계약자 등의 고지의무위반과 사기죄의 실행의 착수시기에 관해, 원칙론적인 경우와 예외적인 경우로 나눈 근거가 무엇인지에 대해 명확한 근거를 제시하지 않고 있다. 대법원은 예외적으로 보험계약자 등이 보험의 본질을 해할 의도를 가지고 고지의무를 위반 때에는 고지의무위반 시를 사기죄의 실행의 착수시기로 보지만, 대법원이 예시적으로 들고 있는 ‘보험사고의 우연성’을 제외한 어떤 경우가 보험의 본질에 해당하는지, 그리고 ‘보험의 본질’과 같은 불명확한 개념을 가별성의 기준으로 제시하는 것이 형법의 대원칙인 죄형법정주의 내지 형벌의 명확성의 원칙에 부합하는 것인지도 의문이다. 나아가 대법원이 보험의 본질에 반하는 경우로 들고 있는 사유들도, 그것이 반드시 보험의 본질에 반한다고 볼 수 있을 것인지 의문이라는 점도 앞서 설명한 바와 같다.

마지막으로 무엇보다도 위와 같은 불명확한 근거를 이유로 고지의무위반을 이유로 한 사기죄의 실행의 착수시기를 고지의무위반 시로 앞당기는 것은 ‘과잉범죄화(Overcriminalization)’를 초래할 위험이 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 상법상 보험계약자 등의 고지의무는 본질적으로 보험계약 체결 전 보험계약청약자와 보험자 사이의 내부적·경제적 문제로서, 보험자는 보험계약 체결 이후에도 고지의무위반을 이유로 계약해지 내지 의사표시의 취소 등을 통해 사후적으로 자신의 경제적 불이익을 최소화할 제도적 장치를 확보하고 있다.⁸⁴⁾ 따라서 고지의

무위반으로 인한 보험자의 보호를 위해 형법적 수단까지 동원하는 것은 바람직스럽지 않다. 나아가 다수의 견해에 따르면,⁸⁵⁾ 고지의무위반을 이유로 한 사기죄의 실행의 착수시기를 고지의무위반 시로 앞당기는 것이 보험사기를 근절하기 위한 근본적 대안이 될 수는 없다는 점을 주목할 필요가 있다.

84) 대법원 1991. 12. 27. 선고 91다1165 판결(보험계약을 체결함에 있어 중요한 사항에 관하여 보험계약자의 고지의무위반이 사기에 해당하는 경우에는 보험자는 상법의 규정에 의하여 계약을 해지할 수 있음을 물론 민법의 일반원칙에 따라 그 보험계약을 취소할 수 있다.). 대법원 1998. 6. 12. 선고 97다53380 판결; 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다36450 판결 등.

85) 이근우, 앞의 논문, p. 350; 김은경, 앞의 논문, p. 190; 장덕조, 앞의 논문, p. 311; 최병규, 앞의 논문, pp. 102-103 등.

참고문헌

곽윤직 대표편집 (1992), **민법주해(1)**, 박영사.

(Translated in English) Kwak, Y., Lead Editor (1992). *Commentaries on Civil Law (1)*, Parkyoungsa.

_____ (1992), **민법주해(2)**, 박영사.

(Translated in English) Kwak Y., Lead Editor (1992). *Commentaries on Civil Law (2)*, Parkyoungsa.

김성완 (2015), “고지의무 위반과 사기죄 보험계약”, **보험금융연구**, 제26권 제1호, 보험연구원, pp. 3-50.

(Translated in English) Kim, S. (2015). “A Study on the Breach of Duty of Disclosure and Fraudulent Insurance Contracts”, *Journal of insurance and finance*, 26(1):3-50.

김성태 (2001), **보험법강론**, 법문사.

(Translated in English) Kim, S. (2001). *Lectures on Insurance Law*, Bobmunsa.

김수정 (2018), “고지의무를 중심으로 한 침묵에 의한 사기의 재검토”, **법학**, 제59권 제4호, 서울대학교 법학연구소, pp. 117-157.

(Translated in English) Kim, S. (2018). “Duty to Disclose as a Requirement of Fraud by Reticence”, *Seoul Law Journal*, 59(4):117-157.

김은경 (2016), “보험사기방지특별법에서 고지의무 위반의 적용”, **상사법연구**, 제35권 제2호, 상사법학회, pp. 159-198.

(Translated in English) Kim, E. (2016). “The application of breach of Duty to Disclosure from the Insurance Fraud Prevention Act”, *Commercial Law Review*, 35(2):159-198.

김정호 (2000), **상법강의 (하)**, 법문사.

(Translated in English) Kim, J. (2000). *Lectures on Commercial Law*

(volume 2), Bobmunsa.

박세민 (2019), **보험법**, 제5판, 박영사.

(Translated in English) Park S. (2019). *Insurance Law*, 5th Edition, Parkyoungsa.

박수영·박강익 (2019), “고지의무에 관한 고찰”, **법학연구**, 제24집, 한국법학회, pp. 191-218.

(Translated in English) Park, S., and K., Park (2019). “A study on Duty of Disclosure & Representation”, *Law Review*, 24:191-218.

박재운 대표편집 (2006), **주해 형법 각칙 (6)**, 제4판, 한국사법행정학회.

(Translated in English) Park, J., Lead Editor (2006). *Commentaries on Individual Provisions of Criminal Law (6)*, 4th Edition, Korean Society of Judicial Administration.

_____ (2011), **주해 형법 총칙 (2)**, 제2판, 한국사법행정학회.

(Translated in English) Park, J., Lead Editor (2011). *Commentaries on General Provisions of Criminal Law (2)*, 2nd Edition, Korean Society of Judicial Administration.

사법연수원 (2011), **보험법 연구**, 사법연수원 출판부.

(Translated in English) Judicial Research and Training Institute (2011). *Korea Insurance Law Study*, JRTI Press.

신동운 (2020), **형법총론**, 제12판, 법문사.

(Translated in English) Shin, D. (2020). *General Principles of Criminal Law*, 12th Edition, Bobmunsa.

심상무 (1992), “고지의무의 성질에 관한 연구”, **연세법학연구**, 제2집, 연세법학회, pp. 560-577.

(Translated in English) Shim, S. (1992). “A study on Legal nature of Duty of Disclosure”, *Yonsei Law Journal*, 2:560-577.

양승규 (2004), **보험법**, 제5판, 삼지원.

(Translated in English) Yang, S. (2004). *Insurance Law*, 5th Edition, Samjiwon.

_____ (2000), “고지의무에 관한 고찰”, **보험법의 법리**, 삼지원.

(Translated in English) Yang, S. (2000). “A study on Duty of Disclosure”, *Legal Principles of Insurance Law*, Samjiwon.

오영근 (2009), **형법각론**, 제2판, 박영사.

(Translated in English) Oh, Y. (2009). *Particulars of Criminal Law*, 2nd Edition, Parkyoungsa.

이근우 (2012), “보험계약상 고지의무위반의 형법적 의미”, **동아법학**, 제54호, 동아대학교 법학연구소, pp. 325-354.

(Translated in English) Lee, K. (2012). “Which is Defrauding in Insurance Fraud?”, *DONG-A Law Review*, 54:325-354.

이병희 (1998), “보험사기죄와 고지의무”, **법학논집**, 제14권, 청주대학교 법학연구소, pp. 221-236.

(Translated in English) Lee, B. (1998). “Insurance Fraud Crime and Duty of Disclosure”, *Cheongju Law Review*, 14:221-236.

_____ (1999), “보험사기죄에서의 실행의 착수와 기수시기”, **형사법연구**, 제11호, 형사법학회, pp. 209-226.

(Translated in English) Lee, B. (1999). “A study on time of start of execution and consummation of insurance fraud crime”, *Journal of Criminal Law*, 11:209-226.

이재상·장영민·강동범 (2019a), **형법총론**, 제10판, 박영사.

(Translated in English) Lee, J., Y., Jang and D., Kang (2019). *General Principles of Criminal Law*, 10th Edition, Parkyoungsa.

_____ (2019b), **형법각론**, 제11판, 박영사.

(Translated in English) Lee, J., Y., Jang and D., Kang (2019). *Particulars of Criminal Law*, 11th Edition, Parkyoungsa.

임웅 (2020), **형법각론**, 제11정판, 법문사.

(Translated in English) Lim, W. (2020). *Particulars of Criminal Law*, 11th Revised Edition, Bobmunsa.

장덕조 (2018), “고지의무위반과 보험사기”, **상사법연구**, 제37권 제1호, 상사법학회, pp. 273-316.

(Translated in English) Jang, D. (2018). “Breach of Disclosure Obligation and Insurance Fraud”, *Commercial Law Review*, 37(1):273-316.

정동윤·손주찬 대표편집 (1977), **주석 상법Ⅷ**, 제1판, 한국사법행정학회.

(Translated in English) Jung, D., and J., Son, Lead Editor (1977). *Commentaries on Commercial Law VIII*, 1st Edition, Korean Society of Judicial Administration.

정성근·박광민 (2019), **형법각론**, 전정3판, 성균관대학교 출판부.

(Translated in English) Jung, S. and K., Park (2019). *Particulars of Criminal Law*, 3rd Completely Revised Edition, Sungkyunkwan University Press.

정영일 (2008), **형법각론**, 개정판, 박영사.

(Translated in English) Jung, Y. (2008). *Particulars of Criminal Law*, Revised Edition, Parkyoungsa.

채이식 (2003), **상법강의 (하)**, 개정판, 박영사.

(Translated in English) Chae, Y. (2003). *Lectures on Commercial Law (volume 2)*, Revised Edition, Parkyoungsa.

최기원 (1991), “보험계약자의 고지의무에 관한 고찰”, **법학**, 제32권 제3·4호, 서울대학교 법학연구소, pp. 1-25.

(Translated in English) Choi, G. (1991). “A Study on the Insured's Duty of Disclosure”, *Seoul Law Journal*, 32(3·4):1-25.

최병규 (2017), “고지의무위반과 기망행위 여부”, **보험법연구**, 제11권 제2호, 보험법학회, pp. 83-107.

(Translated in English) Choi, B. (2017). "A study on the relation between violation of disclosure duty and fraud", *Korea Insurance Law Journal*, 11(2):83-107.

최준선 (2005), **보험법·해상법**, 삼영사.

(Translated in English) Choi, J. (2005). *Insurance Law · Maritime Law*, Samyoungsa.

최준혁 (2019), "보험사기의 실행의 착수, 기수시기와 죄수", **법조**, 제68권 제3호, 법조협회, pp. 678-702.

(Translated in English) Choi, J. (2019). "Meaning of the Insurance Fraud Crime and the Number of Crime", *Korean Lawyers Association Journal*, 68(3):678-702.

한기정, **보험법**, 제2판, 박영사.

(Translated in English) Han, G. (2018). *Insurance Law*, 2nd Edition, Parkyoungsa.

허일태 (2011), "보험계약상 고지의무와 보험금 사기의 고의", **동아법학**, 제52호, 동아대학교 법학연구소, pp. 417-445.

(Translated in English) Huh, I. (2011). "Duty of Disclosure on Insurance Contracts and Insurance Fraud Intention", *DONG-A Law Review*, 52:417-445.

Peter M., P., Simon and F., Patrick (2004). *Good Faith and Insurance Contracts*, 2nd Ed., LLP, London.

Reynolds v. Phoenix Assurance Co. Ltd. (1978). 2 Lloyd's Rep 440:457-458 (per Forbes, J).

Rivaz v. Gerussi Brothers and Company (1880). 6 QBD 222, 228(per Brett, LJ).

Tate & Sons v. Hyslop (1885). 15 QBD 368, 377(per Brett, MR).

금융감독원 보험사기 방지센터 홈페이지, 보험사기 적발통계

(<http://m.fss.or.kr:8000/insucop/board/fieldBoardDetail.do?bbsId=1328754889858&mId=M110601000000000>)

Black's Law Dictionary Free Online Legal Dictionary, 2nd Ed.

(<http://thelawdictionary.org/uberrimae-fidei>)

Abstract

If an assured intentionally enters into an insurance contract without informing the insurer of important matters, he/she can be punished for fraud or fraud under the Insurance Fraud Prevention Act. In a series of cases, the Supreme Court ruled that even if an assured violated the duty to disclose and concluded an insurance contract, in principle, it could not be punished as an attempt of fraud under the criminal law. However, the Supreme Court considers that, in exceptional cases, if the assured's violation of the duty of disclosure has reached the extent of harming the core nature of the insurance, it is deemed that the violation of that duty can be understood as commencement of fraud. However, there is a question of what is the nature of insurance and whether presenting an unclear concept such as “the essence of insurance” as a criterion of punishment is in line with the principle of *nulla poena sine lege*. Additionally, interpreting the timing of commencement of a fraud as the timing when the duty of disclosure has the risk of 'overcriminalization'. Meanwhile, since the insurer's property damage occurs only after the insurance payment is paid in accordance with the insured's claim for insurance payment, the time to establish an insurance fraud should be regarded as at the time of insurance payment.

※ Key words: Duty of disclosure, Insurance fraud, Commencement of fraud, Attempt of insurance fraud, Completion of insurance fraud, Insurance crime

