

인보험에 있어서 보험자대위금지원칙과 자기신체사고보험

박 기 역*

<차 례>

I. 문제의 제기	III. 보험자대위제도와 자기신체사고보험 금 공제조항
II. 상해보험계약에 있어서 제3자에 대한 보험자대위의 허용여부	1. 서 설
1. 이론적 측면에서의 고찰 -보험자대위의 허용근거-	2. 대법원 2004.11.25. 선고 2004다 28245 판결
2. 법적 근거라는 측면에서의 고찰 -상법 제729조 단서의 해석-	3. 자기신체사고보험의 개발취지에 관한 고찰의 필요성
3. 비교법적 고찰-일본의 경우-	4. 자기신체사고보험의 개발취지에 관한 여러 견해와 그 근거
4. 판례연구	5. 자기신체사고보험금 공제조항과 보험자대위금지원칙
5. 소결론	
6. 비교·분석	IV. 결 론

주제어 : 인보험, 상해보험계약, 보험자대위금지, 자기신체사고보험

<국문초록> 보험자대위는 보험자가 제3자의 불법행위로 인하여 손해를 입은 피보험자에게 보상을 한 때에 보험자가 피보험자의 제3자에 대한 청구권을 대신 취득하는 것인데, 보험자대위는 손해보험에 있어서 일반적인 원칙이고, 인보험에서는 일반적으로 승인되어 있지 않다.

상해보험은 어떤 사람이 외부로부터의 어떤 사고에 의하여 부상을 입거나 한시적·영구적인 장애를 입거나 사망한 경우에 그들 자신과 그 가족들의 손해를 보상해주는 것으로서 생명보험에 유사한 보험의 한 종류로 일반적으로 이해되고 있는데, 상해보험계약은 보험금 지급 방식에 있어서 생명보험과 손해보험의 성질을 겸유하고 있기 때문에, 보험자대위금지원칙의 적용과 관련하여, 상해보험계약에 있어서 보험자대위가 허용되는지 여부가 문제된다. 대법원이 판시하고 있는 보험자대위의 허용근거에 관한 손해보상계약설에 의하면, 보험자대위는 생명보험과 같이 정액급부의 경우에는 허용되어서는 아니될 것이나, 대법원은 자기신체사고보험 등에서 일관된 입장을 견지하지 못하고 있다.

* 변호사

I. 문제의 제기

인보험은 사람의 생명·신체에 관하여 보험사고가 발생한 경우에 보험자가 계약에서 정한 보험금 기타 급여를 할 책임지는 보험을 말하는데, 이에 생명보험, 상해보험, 질병보험 등이 포함된다. 여기서는 상해보험을 중심으로 제3자에 대한 보험자대위의 허용여부를 살펴보도록 한다.

상해보험계약에 의한 보험금은 보험금 지급태양에 따라 사망보험금, 후유장해보험금, 의료보험금(부상보험금) 등으로 구성되어 있는데, ① 사망보험금을 지급하는 경우는 정액보험성을, ② 장해등급표에 의해 후유장해보험금을 지급하는 경우는 준정액보험성을, ③ 의료보험금을 지급하는 경우에는 부정액보험성을 지니게 된다.¹⁾ 그리고 질병보험계약도 이 점에서는 상해보험계약과 같다.²⁾

그런데 위와 같이 정액급부방식과 부정액급부방식이 혼합된 상해보험에 관하여는 이를 전체적으로 손해보험으로 보아 손해보험에 적용되는 법리를 적용할 것인지, 아니면 이를 정액보험으로 보아 생명보험 또는 정액보험의 법리를 적용할 것인지, 그것도 아니라면 지급되는 보험금(사망보험금, 후유장해보험금, 부상보험금)에 따라 개별적으로 이에 적용되는 법리를 정할 것인지 여부가 문제된다.

이하에서는 상해보험계약에 있어서 제3자에 대한 보험자대위가 허용될 수 있는지 여부에 관하여 이론적 측면과 법적 근거라는 측면에서 검토하고, 우리나라 판례 입장은 어떠한지에 관하여 살펴본 후, 마지막으로 자기신체사고보험과 관련하여 자기신체사고보험금 공제조항이 보험자대위금지원칙에 반하는 것은 아닌지에 관하여 검토해 보도록 하겠다.

1) 양승규, '보험법', 제5판(삼지원, 2005), 480-481면; 손주찬/정동윤, '註釋 商法'(Ⅶ) [保險](한국사법행정학회, 2001), 232면 각주 1번 각 참조.

2) 손주찬/정동윤, 앞의 책, 232면 각주 1번 참조.

II. 상해보험계약에 있어서 제3자에 대한 보험자대위의 허용여부

1. 이론적 측면에서의 고찰-보험자대위의 허용근거-

상해보험계약에 있어서 제3자에 대한 보험자대위가 허용되는지 여부를 알아보기 위하여는 보험자대위가 허용되는 근거가 무엇인지에 관하여 살펴볼 필요가 있다.

(1) 학 설

보험사고가 제3자의 행위로 발생한 경우에 그 피보험자는 보험자에 대하여는 보험금청구권을, 제3자에 대하여는 손해배상청구권을 가지게 되고, 이 경우에 보험자가 제3자에 앞서 피보험자에게 보험계약에서 정한 바에 따라 보험금을 지급하게 되면 보험자는 피보험자를 대위하여 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위 행사할 수 있게 되는데(상법 제682조 참조), 여기서 보험자대위를 허용하는 근거에 관하여는 손해보험의 손해보상계약성에서 찾는 입장과 정책적인 견지에서 찾는 입장으로 나눌 수 있다.

1) 손해보상계약성에서 찾는 입장(손해보상계약설, 절대설)

이 견해는 손해보험계약은 일종의 손해보상계약으로서 보험사고로 인하여 피보험자에게 어떤 이득을 주려는 것이 아니라 단순히 손해의 보상만을 목적으로 하는 것이고, 보험자대위는 실손해의 전보라는 손해보험계약의 본질상 보험사고로 피보험자에게 이중의 이득을 주지 않으려는데 그 근거를 두고 있다는 입장으로서 통설이라 볼 수 있다.³⁾ 이 견해를 이득방지설 또는 손해보상계약설, 절대설이라고도 한다.

이 견해에 의하면 '모든 상해보험계약'에 관하여 보험자대위가 허용될 수는 없고, 상해보험계약 중 손해보험적 성질을 갖는 경우에 한하여 보험자대위가 허용된다고 한다. 또한 상법 제729조는 당연한 규정이고 강행규정으로 보게 된다.

3) 김성태, 「보험법강론」(법문사, 2002), 441면; 최기원, 「보험법」, 신정판(박영사, 1998), 290면.

2) 정책적인 관점에서 찾는 입장(정책설, 상대설)

이 견해는 피보험자로 하여금 이득을 얻도록 하여서는 안 된다는 원칙은 손해보험계약의 법적 성질에서 오는 논리적인 요청이 아니고, 보험계약이 피보험자에 의한 보험사고의 유발이나 도박 등의 부정행위에 이용되는 것을 막기 위한 정책적 수단으로서 인정된 것이라고 보는 견해로서,⁴⁾ 정책설 또는 상대설이라고도 한다.

이 견해에 의하면 보험자대위의 허용여부는 정책적으로 결정될 문제이기 때문에 굳이 손해보험적 성질을 가진 상해보험계약에 한하여 보험자대위가 허용된다고 해석하지 아니하고 '모든 상해보험계약'의 경우에 보험자대위가 허용된다고 해석할 여지가 있다.

(2) 판례

보험자대위의 허용근거에 관하여, 대법원은 일관하여 「보험자대위에 관한 상법 제682조의 규정을 둔 이유는 피보험자가 보험자로부터 보험금액을 지급받은 후에도 제3자에 대한 청구권을 보유, 행사하게 하는 것은 피보험자에게 손해의 전보를 넘어서 오히려 이득을 주는 결과가 되어 손해보험제도의 원칙에 반하고 배상의무자인 제3자가 피보험자의 보험금 수령으로 인하여 그 책임을 면하는 것도 불합리하므로 이를 제거하여 보험자에게 그 이익을 귀속시키려는 데 있다」(대법원 1989. 4. 25. 선고 87다카1669 판결, 대법원 1990. 2. 9. 선고 89다카21965 판결, 대법원 1995. 11. 14. 선고 95다33092 판결)고 판시하고 있다. 이는 손해보상계약설(절대설)의 입장으로 이해할 수 있겠다.

(3) 소결

따라서, 이론적 측면에서 보면, 보험자대위의 허용근거에 관한 견해 대립의 당부를 떠나, 대법원 판례 입장인 손해보상계약설에 의할 경우, 상해보험계약에 있어서 보험자대위가 허용되는 것은 모든 상해보험계약이 아니라 상해보험계약 중 손해보험적 성질을 갖는 경우(이를 '손해보험형 상해보험'이라고 칭해도 무방할 것임)에 한하게 될 것이다.

4) 양승규, 앞의 책, 238면.

2. 법적 근거라는 측면에서의 고찰 — 상법 제729조 단서의 해석 —

(1) 위에서는 상해보험계약에 관하여 보험자대위가 허용될 수 있는가에 관한 이론적 측면을 검토하였는바, 여기에서는 상해보험계약에 관하여 보험자대위를 허용하는 법적 근거가 있는지, 있다면 그 근거 조문에 비추어 볼 때 모든 상해보험계약에 관하여 보험자대위가 허용된다고 볼 수 있는지에 관하여 살펴보기로 한다.

상법은 인보험에 관한 통칙 규정인 상법 제729조는 본문에서 「보험자는 보험사고로 인하여 생긴 보험계약자 또는 보험수익자의 제3자에 대한 권리를 대위하지 행사하지 못한다」라고 규정하면서, 단서에서는 「그러나 상해보험계약의 경우에 당사자간에 다른 약정이 있는 때에는 보험자는 피보험자의 권리를 해하지 아니하는 범위 안에서 그 권리를 대위하여 행사할 수 있다」고 규정하고 있다. 즉, 상법 제729조 본문은 인보험에 관하여는 원칙적으로 보험자대위를 금지하면서, 그 단서에서는 상해보험계약의 경우에 관하여 그 예외를 인정하고 있는 것이다.

그런데, 여기서 상법 제729조 단서의 적용범위와 관련하여, 「모든 상해보험계약의 경우에 그 성질 여하를 불문하고 당사자간의 약정에 의한 보험자대위가 허용된다고 볼 수 있는지, 아니면 상해보험계약 중 손해보험적 성질을 갖는 경우(예컨대, 치료비 등 실비를 보상해 주는 경우)에 한하여 예외적으로 당사자간의 약정에 의한 보험자대위가 허용된다고 볼 것인지 여부가 해석상 문제된다. 이 문제를 살펴보기 위하여는 상법 제729조 단서를 두게 된 입법경위와 입법취지를 살펴볼 필요가 있다.

(2) 상법 제729조 단서를 두게 된 입법경위 및 입법취지

상해보험계약에 관하여 보험자대위를 허용한 상법 제729조 단서조항은 1991. 12. 31. 상법 보험편 개정시에 신설된 것이다. 이는 종래 손해보험에 대하여는 보험자대위를 허용하면서(상법 제682조) 인보험에 대하여는 전면적으로 보험자대위를 부정(개정전 상법 제729조)하고 있었고, 그 이유는 바로 모든 인보험이 정액보험이라는 전제에서 나온 것이라고 할 수 있었는데, 그러나 상해보험은 모두 정액보험으로만 영위되는 것이 아니라 실제의 손해·비용에 맞추어 이루어진 손해보험으로서 영위되는 것도 있다는 점에서(예컨대, 상

해로 말미암아 소요되는 의료비를 지급하는 경우), 그러한 상해보험에 관하여는 보험자대위를 허용하여야 할 것이 아니냐는 문제가 제기되었고,⁵⁾ 이에 따라 상법 제729조에 단서를 신설하게 된 것이다.

또한 상법 제729조 단서를 신설할 당시 상법 개정 보험실무소위원회와 보험전체소위원회에서는 위 단서조항이 상해보험계약 중 상해로 인한 사망과 같은 정액보험에 대하여는 적용하지 않고, 약관에 규정이 있을 경우 치료비 등 실비보상에 한정하여 보험자대위를 허용하는 것으로 결론지었다.⁶⁾

- 5) 양승규, 「보험자대위에 관한 연구」(삼영사, 1975), 37면; 정희철, 「상법학원론」(하) (박영사, 1980), 131면; 서돈각, 「상법강의」(하)(법문사, 1981), 306면; 정무동, 「상법강의」(하)(박영사, 1982), 126면 각 참조.
- 6) 「상법개정특별분과위원회회의록(Ⅰ)」 보험·해상편(법무부, 1990), 211면, 403면~404면, 407면~408면, 584면, 593면~594면, 596면 각 참조; 「상법개정특별분과위원회회의록(Ⅱ)」, 137면 각 참조. 구체적인 토론 내용은 아래와 같음.
 - 최병수 위원 : 상해보험전체에 적용하는 것이 아니고 실비에 대해서 의료비가 일 정액이 부담됐는데 양쪽에서 받는 것 등에서 적용하자는 것이죠.
 - [상법개정특별분과위원회 회의록(Ⅰ) 403~404면 참조] -
 - 위원장 : 그러면 약관에 있을 경우 치료비등의 실비보상에 한정하는 것으로 해서 원안대로 하죠.
 - 법무실 : 치료비에 대해서는 제3자의 대위를 인정하자는 것인가요?
 - 위원장 : 제3자에 대한 대위권을 인정하자는 것이죠.
 - [상법개정특별분과위원회 회의록(Ⅰ) 404면 참조] -
 - 양승규 위원 : 그 다음은 제729조 “제3자에 대한 보험자대위의 금지”조항입니다. 여기서는 단서를 하나 신설해서 상해보험의 경우를 넣기로 했기 때문에 “상해보험 계약의 경우에 당사자 사이에 다른 약정이 있는 때에는 보험자는 피보험자의 이익을 해치지 아니하는 범위에서 그 권리를 대위하여 행사할 수 있다.” 이렇게 규정했는데 이것은 손해보험의 성격을 가지고 있다든가 하는 것이 전제가 될 수 있습니다.
 - 위원장 : 지금 상해보험은 손보에서 하고 있죠?
 - 양승규 위원 : 예.
 - 위원장 : 여기에 다른 약정은?
 - 양승규 위원 : 대위를 약관에다 정했을 때만 하는 거구요. 없으면 못하는 겁니다.
 - 최병수 위원 : 그때 이것을 실비에 대한 것만 하는 것으로
 - 양승규 위원 : 실제는 실비 보상이 되는 거지.
 - 최병수 위원 : 그렇지. 그러니까 병원비용을 여러 군데서 받는 것을 막자는 거죠. 그 경우에는 그게...
 - 위원장 : 상해보험에 한해서 대위, 이것을 하자는 거죠?
 - 양승규 위원 : 예. 그러니까 상해 사망일 경우는 안 될 것이구요, 상해 사망이 아닌 경우에는 약정에...
 - 위원장 : 원래 검토사항에 합의된 것을 다시 한 겁니다.
 - 양승규 위원 : 예.
 - [상법개정특별분과위원회 회의록(Ⅰ) 583~584면 참조] -
 - 양승규 위원 : 이건 장소이동입니다. 그리고 다음은 제729조, “제3자에 대한 보험자대위의 금지”인데 단서를 두어서, “그러나 상해보험계약의 경우에 당사자(인쇄가 잘못 됐나요?) 사이에 다른 약정이 있는 때에는 그 권리를 대위하여 행사할 수 있다.” 실제 이런 문제는 교통의 상해보험이라든가 또는 상해보험, 이런 것이 결합

(3) 소 결

따라서 위와 같이 상법 제729조 단서를 두게 된 입법취지 및 입법경위에 비추어 보면 보험자대위가 허용되는 것은 모든 상해보험계약이 아니라 치료비를 지급해 주는 것과 같이 손해를 전보해 주는 상해보험계약에 한하게 되는 것이므로, 상법 제729조 단서조항에서의 상해보험계약도 모든 상해보험을 의미하는 것이 아니라 상해보험계약 중 손해보험적 성질을 갖는 경우로 한정하여 이해되어야 함은 당연하다.

3. 비교법적 고찰-일본의 경우

(1) 정액급부형 상해보험계약과 손해전보형 상해보험계약의 구별

일본의 경우, 상해보험계약을 「정액급부형 상해보험계약」과 「손해전보형 상해보험계약」으로 나누어, 후자에 대하여만 손해보험에 적용되는 법리(보험자대위와 중복보험의 법리)를 적용할 수 있다는 것이 통설·판례이다.

즉, 일본은 상해보험에 관한 법규정이 아예 없어서(일본 상법은 우리 상법 제729조 단서와 같은 규정을 두고 있지 아니함), 손해보험에 관하여 규정한 보험자대위 규정(상법 제662조)⁷⁾을 상해보험계약에 적용 내지 유추적용할 수 있는냐를 둘러싸고 많은 논의가 있었으나, 상해보험계약을 「실손전보형」계약과 「정액급부형」계약으로 나누어, 전자에 관하여는 보험자대위를 긍정하고, 후자에 대하여는 보험자대위를 부정하는 견해가 통설⁸⁾·판례⁹⁾이다.

을 할 때 의료비를 지급하기로 되어 있는 그런 보험들이 있거든요. 그런데 양쪽에서 받고 하는 것, 이런 것을 시정할 필요가 있지 않느냐.

○위원장 : 인보험에 치료비등을 배상목적으로 하는 보험은 그 성질이 손해보험설이 통설입니다. 그것을 반영시켜서 손해보험과 같이 대위를 인정할 수 있도록 하자는 겁니다. 괜찮죠?

○일동 : 예.

- [상법개정특별분과위원회 회의록(Ⅱ) 137면 참조] -

위와 같이 상법 제729조 단서조항의 신설당시 회의록을 살펴보더라도 상법 제729조 단서조항은 상해보험계약전체에 대하여 적용되는 것이 아니라 치료비와 같이 실손 보상적 상해보험계약에 관하여만 보험자대위를 허용하도록 한 것임을 알 수 있는 것임.

7) 우리 상법 제682조에 해당함.

8) 山下 丈, “傷害保險契約と商法六六二條”, 『ジュリスト』臨時増刊: 重要判例解説 743號(1981. 6.), 114면; 野山 宏, “被保險自動車に搭乗中交通事故により死亡した者の相續人が受領したいわゆる搭乗者傷害保險の死亡保險金を右相續人の損害額から控除することの要否”, 『ジュリスト』1067號(1995. 6.), 115면; 山野嘉朗/山田泰彦 編著, 『現代 保險・海商法 30講』, 제4판(中央經濟社, 2001), 147면; 坂口光男, 『保險法』(文眞

(2) 일본의 상법 보험편 개정시안

일본은 2008. 6. 통과된 보험법을 마련하는 과정에서 상법 보험편 개정시안을 마련한 바 있었는데, 위 개정시안에서는 「상해보험」에 관한 규정을 신설하면서, 상해보험에 관한 부분을 「정액급부방식의 상해보험계약」(제2관)과 「손해전보방식의 상해보험계약」(제3관)으로 나누었고, 전자에 대하여는 “보험자는 보험금을 지급한 때에는 보험계약자, 피보험자 또는 보험금을 수취하여야 할 자가 보험사고의 발생에 따라 제3자에 대하여 가지게 된 권리를 취득하지 않는다.”(개정시안 제683조의10)고 규정하여 보험자대위를 부정하는 규정을 둔 반면, 후자에 대하여는 “치료실비를 지급할 것을 정한 상해보험계약에 있어서, 보험자는 보험금을 지급한 때에는 지급한 금액의 한도에서 그 지급을 받은 자가 보험사고의 발생에 따라 제3자에 대하여 가지게 된 권리를 취득한다.”(개정시안 제683조의14)고 규정함으로써 보험자대위를 허용하는 규정을 두었다. 이것 역시 상해보험계약을 정액급부방식과 손해전보방식으로 나누어 그 성질에 따라 이를 달리 취급할 수 있음을 보여주는 것이다.

(3) 일본 신보험법

일본의 신보험법은 상해보험과 질병보험을 통합하여, 「상해질병손해보험」과 「상해질병정액보험」으로 나누어 이를 달리 취급하고 있는데, 이것도 역시 상해보험계약을 손해전보형과 정액급부형으로 나누어 그 법적 취급을 달리 하고 있는 점을 보여주는 것이다.

(4) 우리나라의 상법 보험편 개정안(2008. 4. 25.자 법무부 공고안)

우리나라에도 현재 상법 보험편 개정안이 2008. 4. 25.자 법무부 공고로 입

堂, 1991), 366면; 田村諱之輔/平出慶道, 現代法講義 '保險法・海商法', 補訂第二版(青林書院, 1996), 122~123면; 山下友信/竹濱 修/洲崎博史/山本哲生, '保險法', (有斐閣, 1999), 274면; 大森忠夫, '保險契約法の研究', (有斐閣, 1969), 158면; 田辺康平, 新版 '現代保險法', (文眞堂, 1995), 234면; 中西正明, '傷害保險契約の法理', (有斐閣, 1992), 77면; '判例時報', 971호, 103면; 岡田豊基, '保險法', (中央經濟社, 2003), 178면 참조.

- 9) 日本 最高裁判所 昭和 55・5・1 판결('判例時報', 971호, 102면 이하). 위 판결은 '생명보험계약에 부가된 특약에 기하여 피보험자에게 지불된 손해급부금은 상법 제662조 소정의 보험자대위제도의 적용은 없다고 할 이 상당하기 때문에' 보험금을 지불한 보험자는 피보험자가 제3자에 대하여 가지는 손해배상청구권을 취득하는 것은 아니고, 따라서 피보험자는 보험자로부터 지불받은 한도에서 제3자에 대한 손해배상청구권을 상실하는 것도 아니라고 할 수 있다'고 판시함. 위 판결은 손익상계의 시비를 둘러싸고 최고재판소가 처음으로 상해보험계약과 상법 제662조(우리 상법 제682조에 해당), 즉 보험자대위와의 관계를 판시한 것임.

법 예고되어 있는바, 이러한 경향을 반영하듯 위 개정안 제739조(상해보험에 대한 준용규정) 제1항은 종전처럼 상해보험에 관하여는 생명보험에 관한 규정을 준용한다는 규정을 그대로 둔 채, 제2항에서는 “실손(實損) 보상적 상해보험계약에 관하여는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 손해보험에 관한 규정을 준용한다.”는 규정을 새로 신설함으로써, 처음으로 「실손 보상적 상해보험계약」이라는 용어를 사용하였다. 이는 상해보험계약 중에서 실손 보상적 성질이 있는 부분에 관하여는 특별 취급할 수 있음을 명확히 하였다는 점에서 뒤늦은 감은 있지만 매우 긍정적으로 평가할 수 있고, 다만 보험자대위에 관한 상법 제729조 단서에서의 상해보험계약도 「실손 보상적 상해보험계약」을 의미하는 것인데, 이를 명확히 수정하지 못한 점은 아쉬운 점으로 남는다.

4. 판례연구

이하에서는 제3자에 대한 보험자대위제도가 구체적인 상해보험계약에 있어서는 어떻게 적용되고 있는지에 관하여 판례를 중심으로 살펴보기로 한다. 어떤 상해보험계약에 대하여 보험자대위가 허용되는지에 관한 판례를 분석해 보면, ① 손해보험형 상해보험계약임을 이유로 보험자대위가 허용된다는 취지로 판시한 사례와 ② 손해보험형 상해보험인지, 정액급부형 상해보험인지 구분하지 않고 보험자대위가 허용되는 것처럼 판시한 사례, ③ 정액보험임을 이유로 보험자대위를 허용하지 아니한 사례로 나눌 수 있겠다.

(1) 손해보험형 상해보험임을 이유로 보험자대위를 허용한 사례

1) 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다50699 판결¹⁰⁾

피보험자가 무보험자동차에 의한 교통사고로 인하여 상해를 입었을 때에 그 손해에 대하여 배상할 의무자가 있는 경우 보험자가 약관에 정한 바에 따라 피보험자에게 그 손해를 보상하는 것을 내용으로 하는 무보험자동차에 의한 상해담보특약은 손해보험으로서의 성질과 함께 상해보험으로서의 성질도 갖고 있는 손해보험형 상해보험으로서, 상법 제729조 단서의 규정에 의하여 당사자 사이에 다른 약정이 있는 때에는 보험자는 피보험자의 권리를 해하지 아니하는 범위 안에서 피보험자의 배상의무자에 대한 손해배상청구권을 대

10) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2002다61958 판결도 마찬가지임.

위행사할 수 있다.

2) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다35215, 35222 판결

상법 제729조 단서규정에 대하여, “교통상해 의료비 담보와 같이 손해보험으로서의 성질과 함께 상해보험으로서의 성질도 갖고 있는 손해보험형 상해보험에 있어서는 보험자와 보험계약자 또는 피보험자 사이에 피보험자의 제3자에 대한 권리를 대위하여 행사할 수 있다는 취지의 약정이 없는 한, 피보험자가 제3자로부터 손해배상을 받더라도 이에 관계없이 보험자는 보험금을 지급할 의무가 있다”고 판시하였다.

(2) 손해보험형 상해보험인지, 정액보험형 상해보험인지 구분하지 않고 보험자대위가 허용되는 것처럼 판시한 사례

1) 대법원 1998. 11. 24. 선고 98다25061 판결

상해보험인 해외여행보험에 의한 급부금은 이미 납입한 보험료의 대가적 성질을 가지는 것으로서 그 부상에 관하여 제3자가 불법행위 또는 채무불이행에 기한 손해배상의무를 부담하는 경우에도, 보험계약의 당사자 사이에 다른 약정이 없는 한, 상법 제729조에 의하여 보험자대위가 금지됨은 물론, 그 배상액의 산정에 있어서 손익상계로서 공제하여야 할 이익에 해당하지 아니하며, 보험자대위가 인정되는 경우에도 피보험자가 보험자로부터 손해의 일부를 전보받았다고 하여 그 나머지 손해에 대한 가해자의 피보험자에 대한 손해배상책임까지 소멸되는 것은 아니다.

2) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다18752, 18769 판결

교통상해 의료비 담보 특약에 의한 의료비보험금에 관한 사안에서, “상해보험의 경우 보험금은 보험사고 발생에 의하여 바로 그 지급조건이 성취되고, 보험자와 보험계약자 또는 피보험자 사이에 피보험자의 제3자에 대한 권리를 대위하여 행사할 수 있다는 취지의 약정이 없는 한, 피보험자가 제3자로부터 손해배상을 받더라도 이에 관계없이 보험자는 보험금을 지급할 의무가 있고, 피보험자의 제3자에 대한 권리를 대위하여 행사할 수도 없다.”고 판시하였다.

3) 대법원 2001. 9. 7. 선고 2000다21833 판결

인보험에 관한 상법 제729조는 보험자가 보험사고로 인하여 생긴 보험계약자 또는 보험수익자의 제3자에 대한 권리를 대위하여 행사하지 못하도록 규정하면서, 다만 상해보험계약의 경우에 당사자 간에 다른 약정이 있는 때에는 피보험자의 권리를 해하지 아니하는 범위 안에서 그 권리를 대위하여

행사할 수 있도록 규정하고 있고, 한편 자기신체사고 자동차보험계약은 피보험자가 피보험자동차를 소유·사용·관리하는 동안에 생긴 피보험자동차의 사고로 인하여 상해를 입었을 때에 약관이 정하는 바에 따라 보험자가 보험금을 지급할 책임을 지는 것으로서 인보험의 일종이기는 하나, 피보험자가 급격하고도 우연한 외부로부터 생긴 사고로 인하여 신체에 상해를 입은 경우에 그 결과에 따라 정해진 보상금을 지급하는 보험이어서 그 성질상 상해보험에 속한다고 할 것이므로, 그 보험계약상 타 차량과의 사고로 보험사고가 발생하여 피보험자가 상대차량이 가입한 자동차보험 또는 공제계약의 대인배상에 의한 보상을 받을 수 있는 경우에 자기신체사고에 대하여 약관에 정해진 보험금에서 위 대인배상으로 보상받을 수 있는 금액을 공제한 액수만을 지급하기로 약정되어 있어 결과적으로 보험자 대위를 인정하는 것과 같은 효과를 초래한다고 하더라도, 그 계약 내용이 위 상법 제729조를 피보험자에게 불이익하게 변경한 것이라고 할 수는 없다.

4) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다8430 판결

자기신체사고 자동차보험은 인보험의 일종인 상해보험으로서 상법 제729조 단서에 의하여 보험자는 당사자 사이에 다른 약정이 있는 때에는 피보험자의 권리를 해하지 아니하는 범위 안에서 그 권리를 대위하여 행사할 수 있는바(대법원 2001. 9. 7. 선고 2000다21833 판결, 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다18752, 18769 판결 등 참조), 상법 제729조의 취지가 피보험자의 권리를 보호하기 위하여 인보험에서의 보험자대위를 일반적으로 금지하면서 상해보험에 있어서 별도의 약정이 있는 경우에만 예외적으로 이를 허용하는 것인 이상, 이러한 약정의 존재 및 그 적용 범위는 보험약관이 정한 바에 따라 이를 엄격히 해석하여야 하는 것이 원칙이라 할 것이므로, 보험자는 특별한 사정이 없는 한 보험약관이 예정하지 아니하는 피보험자의 손해배상청구권을 대위할 수는 없다.

(3) 정액보험임을 이유로 보험자대위를 허용하지 아니한 사례

1) 서울고법 1999. 12. 17. 선고 99나22696 판결(이른바, 격포 사건)

자기신체사고보험 중 사망보험과 후유장해보험은 정액보험으로서 보험자대위제도가 적용되지 않으므로(부상보험은 정액보험은 아니나 이 경우에도 보험약관 제70항은 보험자대위를 배제하고 있다) 보험금이 지급되었다고 하여 그 금액에 해당하는 손해배상청구권이 보험자에게 이전하지는 않는다.

2) 전주지법 2000. 4. 12. 선고 99나6800 판결

자기신체사고보험 중 사망보험과 후유장해보험은 정액보험으로서 보험자 대위제도가 적용되지 않으므로(부상보험은 정액보험은 아니나 이 경우에도 보험약관 제70항은 보험자대위를 배제하고 있다) 보험금이 지급되었다고 하여 그 금액에 해당하는 손해배상청구권이 보험자에게 이전하지는 않는다.

(4) 판례 입장에 대한 검토

위와 같이 판례는 사안에 따라 일관되어 있지 않다. 즉, 위에서 살펴본 ① 손해보험형 상해보험계약임을 이유로 보험자대위가 허용된다는 취지로 판시한 사례와 ③ 정액보험이라는 이유로 보험자대위가 허용되지 않는다는 취지로 판시한 사례는 보험자대위의 허용근거에 관하여 손해보상계약설을 취하고 있는 대법원 판례에 비추어 볼 때 논리적으로 일관성을 유지하고 있지만, ② 손해보험형 상해보험인지, 정액급부형 상해보험인지 여부를 구분하지 않고 보험자대위가 허용되는 것처럼 판시한 사례는 분명 손해보상계약설의 입장과는 논리적으로 일관되어 있다고 볼 수 없다.

이러한 판례의 태도에 관하여, 무보험자등차상해보험이나 교통사고 의료비 담보 특약에 대하여는 손해보험형 상해보험임을 이유로 상법 제729조 단서에 따라 보험자대위가 허용된다는 취지로 판시하고 있으나, 다른 상해보험에 관한 사안에서는 그 상해보험이 손해보험적 성질을 갖는지 여부나 정액보험인지 여부에 대해 언급함이 없이 상해보험의 경우 당사자간에 피보험자의 제3자에 대한 권리를 대위하여 행사할 수 있다는 취지의 약정이 없는 한 보험자대위는 허용되지 않는다는 취지로만 판시하기도 하여 그 태도가 분명치 않다는 지적을 받고 있기도 하다.¹¹⁾ 따라서 앞으로 대법원이 그 태도를 분명히 밝힐 필요가 있는 부분이라 하겠다.

5. 소결론

위에서 살펴본 바와 같이 보험자대위의 허용근거에 관한 우리나라 대법원 판례(손해보상계약설)에 의하거나, 상법 제729조 단서의 해석, 그리고 일본의 통설과 판례 및 일본의 상법 보험편 개정시안, 신보험법, 우리나라의 상법 보

11) 서울중앙지방법원, '손해배상소송실무', (한국사법행정학회, 2005), 439~440면 참조.

협편 개정안 등 어느 것을 보더라도, 상해보험계약에 있어서 제3자에 대한 보험자대위가 허용되는 것은 실손(實損) 보상적 상해보험계약(손해전보형 상해보험계약)에 한한다고 보아야 할 것이다. 따라서 상해보험계약 중 정액급부와 부정액급부가 혼합된 계약, 즉 상해의 결과에 따라 사망보험금, 후유장해보험금, 부상보험금이 지급되는 경우에 있어서, 정액급부방식으로 지급되는 보험금(사망보험금, 후유장해보험금)에 대하여는 이중의 이득이 발생할 여지가 없기 때문에 보험자대위가 허용되지 아니하고, 부상보험금과 같이 부정액보험금에 대하여만 보험자대위가 허용된다고 보아야 할 것이다.¹²⁾

예컨대 해외여행상해보험에 있어서는 사망보험금은 정액이고, 치료비용보험금은 손해전보(부정액급부)이기 때문에, 후자에 대하여는 보험자대위가 적용될 수 있는 것이다.¹³⁾ 상해보험계약으로 지급되는 보험금에 부상보험금이나 의료보험금이 포함되어 있다고 하여, 정액급부인 사망보험금이나 후유장해보험금에 대하여도 손해보험에 적용되는 법리를 적용 내지 준용할 수는 없는 노릇이다.

따라서 대법원이 무보험자동차상해보험이나 교통상해 의료비 담보가 손해보험으로서의 성질과 함께 상해보험으로서의 성질도 갖고 있는 손해보험형 상해보험계약임을 이유로 상법 제729조 단서의 규정에 따라 보험자대위가 허용된다고 판단하였으면, 정액급부 방식의 상해보험계약(사망보험금, 후유장해보험금을 지급하는 경우)에 관하여는 보험자대위가 허용되지 않는다고 판단하였어야 하나, 그러지 아니한 것이 아쉽기만 하다. 왜냐하면 정액급부 방식의 상해보험계약은 생명보험과 마찬가지로 정액보험으로 볼 수 있을지언정 손해보험으로서의 성질과 함께 상해보험으로서의 성질도 갖고 있는 손해보험형 상해보험계약으로는 도저히 볼 수 없기 때문이다. 이는 아마도 대법원이 보험자대위의 허용근거에 관한 대법원의 일관된 입장인 손해보상계약설의 의미를 오해한데서 비롯된 것이 아닌가 생각된다.

12) 정경영, “자기신체사고보험과 가해차량의 대인배상책임보험의 관계”, 『보험법연구』 6, (삼지원, 2005), 28면; 高松基助, 『保險法』(中央經濟社, 2006), 161면; 山下友信 외 3, 앞의 책, 제294면 각 참조.

13) 高松基助, 앞의 책, 제161면; 山下友信 외 3, 앞의 책, 294면 각 참조.

Ⅲ. 보험자대위제도와 자기신체사고보험금 공제조항

1. 서 설

여기에서는 보험자대위제도가 상해보험의 일종인 자기신체사고보험에는 어떻게 구현되고 있는지에 관하여 살펴보기로 한다. 자동차보험표준약관 중 자기신체사고보험금 공제조항의 요지는 자기신체사고보험금을 지급함에 있어 상대 차량의 대인배상으로 지급받을 수 있는 금액을 공제하고 이를 지급한다는 것인데, 자기신체사고보험금 공제조항과 보험자대위제도의 관계에 관하여 판례 입장은 다음의 3가지로 나누어 볼 수 있다. 즉, ① 자동차보험에 가입한 상대 차량이 없는 사고의 경우(상대 차량이 있더라도 자동차보험에 가입되지 아니한 경우)에는 사망보험금과 후유장해보험금은 정액보험이므로 보험자대위제도가 적용되지 않는다는 입장이 있고 {서울고법 1999. 12. 17. 선고 99나22696 판결(이튼바, 격포 사건)(확정)}, 다음으로 자동차보험에 가입한 상대 차량과의 사고로 인하여 피보험자가 상대차량이 가입한 자동차보험 또는 공제계약의 대인배상에 의한 보상을 받을 수 있는 경우에 그 대인배상금을 공제하고 지급할 수 있는 약관조항이 있는 경우에는 이를 둘로 나눌 수 있는데, 여기에는 ② 사망보험금에 대하여도 자기신체사고보험이 상해보험에 해당함을 들어 상법 제729조 단서에 따라 궁극적으로는 보험자대위를 허용하는 입장(대법원 2001. 9. 7. 선고 2000다21833 판결)과 ③ 자기신체사고보험의 개발취지를 이유로 자기신체사고보험금 공제조항이 제3자에 대한 보험자대위를 규정한 것이 아니라는 입장(대법원 2004. 11. 25. 선고 2004다28245 판결)이 그것이다.

먼저 ①번 입장은 대법원이 취하고 있는 손해보상계약설에 부합하는 것이어서 아무런 문제가 없고, ②번은 위와 같은 손해보상계약설에 반하여 정액보험금에 대하여도 보험자대위를 허용하는 것이어서 부당한 것이라는 점은 이미 살펴본 바와 같은바, 여기서는 ③번 판례에 대하여 분석해 보기로 한다.

2. 대법원 2004. 11. 25. 선고 2004다28245 판결

위 대법원 판결의 주요 요지는 「자기신체사고보험은 원래 피보험자가 피보험차량을 운행하던 중 자기의 단독사고 또는 무보험차량과의 충돌사고 등으로 인하여 보험혜택을 받지 못하게 되는 경우를 대비하기 위하여 개발된 것으로서, 다른 차량과의 충돌사고에 있어서 그 다른 차량이 자동차보험에 가입되어 있어 그 보험금을 지급받을 수 있는 경우에 이에 더하여 중복하여 보상을 하거나 다른 차량이 가입한 보험의 보험금으로도 전보받지 못한 나머지 손해를 보상하고자 개발된 것은 아닌바, 이 사건 약관 조항은 이러한 취지를 구현하기 위하여 자동차보험에 가입한 다른 차량과의 보험사고에 있어서 보험금의 지급내용을 규정한 것이지 제3자에 대한 보험자대위를 규정한 것으로 볼 수는 없다. 다만, 이 사건 약관 조항은 그 적용에 의하여 보험자대위를 미리 허용하는 것과 같은 결과가 될 수는 있으나, 이 사건 약관 조항의 취지와 의미를 위와 같이 보는 이상 결과가 그와 같이 된다는 이유만으로 곧 이 사건 약관 조항이 인보험에 있어서 보험자대위를 원칙적으로 금지한 상법 제729조를 피보험자에게 불리하게 변경한 것이라 할 수 없고, 또 자기신체사고의 경우에 보험자대위를 허용하지 아니하는 이 사건 약관 제70조와 모순되는 규정으로서 그 의미가 명백하지 아니한 경우에 해당한다고 할 수도 없다(대법원 2001. 9. 7. 선고 2000다21833 판결 참조)」고 판시하고 있는바, 과연 자기신체사고보험의 개발취지를 위와 같이 볼 수 있는지, 볼 수 있다면 이를 이유로 정액보험인 사망보험금에 대하여도 약정에 의한 보험자대위가 허용된다고 볼 수 있는지에 관하여 살펴보고자 한다.

3. 자기신체사고보험의 개발취지에 관한 고찰의 필요성

자동차보험약관에 의하면 자기신체사고보험금을 지급함에 있어서는 다른 일반 상해보험과는 달리 사망보험금과 같은 정액보험금에 대하여도 가해자로부터 지급받을 수 있는 손해배상금을 공제한 후 이를 지급하도록 규정하고 있는데, 대법원 판례와 다수의 학자들은 위와 같은 이해적인 현상을 합리화하기 위하여 자기신체사고보험의 개발취지를 들고 있지만, 정작 자기신체사고보험을 개발한 당시로 거슬러 올라가 보면 이와는 전혀 다른 것을 알 수 있고,

따라서 대법원 판례와 다수의 학자들이 위 보험의 개발취지를 오해하고 있는 것이 아닌가 하는 생각이 들기에, 위 보험의 개발취지가 과연 어떠한지 명백히 규명할 필요가 있다할 것이다. 이하에서는 판례나 학자들이 자기신체사고보험의 개발취지를 어떻게 보고 있고, 그렇게 보고 있는 근거가 과연 무엇인지에 관하여 위로 거슬러 올라가 하나하나 찾아보고, 어디에서부터 잘못 이해되고 있는지를 밝혀보고자 한다.

4. 자기신체사고보험의 개발취지에 관한 여러 견해와 그 근거

(1) 판례 입장

자기신체사고보험은 원래 피보험자가 피보험차량을 운행하던 중 자기의 단독사고 또는 무보험차량과의 충돌사고 등으로 인하여 보험혜택을 받지 못하게 되는 경우를 대비하기 위하여 개발된 것으로서, 다른 차량과의 충돌사고에 있어서 그 다른 차량이 자동차보험에 가입되어 있어 그 보험금을 지급 받을 수 있는 경우에 이에 더하여 중복하여 보상을 하거나 다른 차량이 가입한 보험의 보험금으로도 전보받지 못한 나머지 손해를 보상하고자 개발된 것은 아니다(대법원 2004. 11. 25. 선고 2004다28245 판결).

(2) 학자들의 견해

1) 먼저 자기신체사고보험이 개발되기 전에는 피보험자가 가해자가 되어 법률상 손해배상책임을 부담하게 됨으로써 손해를 입은 때나 자기차량에 손해가 발생하였을 때만 이를 담보하는 보험상품만이 있었기 때문에, 가령 대인배상책임보험이 기능하지 않는 사고가 발생한 경우에는 피해자 및 그 유족이 구제받지 못하는 문제가 있어, 이러한 배상책임보험의 기능의 한계를 보완하기 위한 목적의 일환으로 자기신체사고보험이 창설된 것이라는 견해가 있다.¹⁴⁾ 위 견해는 그 근거로 보험개발원에서 발간한 「자동차보험변천사」¹⁵⁾를 인용하고 있다.

2) 또한 같은 견지에서, 자기신체사고보험의 취지는 피보험자가 피보험차량의 운행 중 자동차사고로 상해를 입었을 때 그 사고가 단독사고이거나 가

14) 이병석, "자동차보험에 있어서 자기신체사고와 보험자의 책임에 관한 연구," 「상사법연구」 제18권 제1호(한국상사법학회, 1999), 256면.

15) 보험개발원, 「자동차보험변천사」, 1997, 217면.

해자가 있더라도 가해자측이 무보험 또는 무자력 등으로 이하하여 결국 대인배상책임보험이 적용되지 않는 사고가 발생하여 피해자나 그 가족들이 구제받지 못하게 되는 경우를 대비하기 위한 제도라고 할 수 있다면서, 배상책임보험의 기능의 한계를 보완하려는 것이 자기신체사고보험의 취지라고 설명하기도 한다.¹⁶⁾ 이 입장은 이병석 교수의 위 논문을 그 근거로 인용하고 있다.

3) 그리고, 별다른 근거를 제시함이 없이, 자기신체사고보험은 피보험자가 피보험자동차의 사고로 상해를 입었으나, 자신의 과실로 생긴 사고이거나 가해자의 면책 등으로 손해배상청구를 할 수 없는 경우에 한하여 보험보호를 하고자 하는 인보험이라는데 그 특성이 있다고 설명하는 견해가 있다.¹⁷⁾

그렇다면 위 각 견해가 주장의 근거로 삼고 있는 자료는 이를 거슬러 올라가 보면 궁극적으로 보험개발원이 발간한 「자동차보험변천사」로 보이는데, 위 자료가 자기신체사고보험의 개발 이유에 관하여 어떻게 설명하고 있는지 살펴볼 필요가 있을 것인바, 이에 관하여는 항을 달리하여 살펴보기로 한다.

(3) 보험개발원이 설명하는 자기신체사고보험의 신설이유

보험개발원은 자손보험¹⁸⁾의 신설이유에 관하여, 다음과 같이 설명하고 있다.

“1978년말까지는 자동차사고로 피보험자 자신의 생명이나 신체가 사상되었을 때에 담보할 수 있는 보험상품으로는, 운전자보험만 있었는데 이 보험의 담보대상은 운전자 1인에 한정되어 있었다. 즉, 당시의 보험상품은 운전자보험을 제외하고는 피보험자가 가해자가 되어 법률상 손해배상책임을 부담하게 됨으로써 손해를 입은 때나 자기차량에 손해가 발생하였을 때에만 이를 담보하는 보험상품이었다. 이에 한국자동차보험주식회사에서는 피보험자 자신 및 가족 등을 담보할 수 있는 상품으로 자동차자손보험을 개발하여 1978년 12월 7일에 한국보험공사의 심의를 얻어 동년 12월 30일에 재무부의 인가를 받아 1979년 1월 1일부터 시행하였다.”¹⁹⁾

16) 정경영, 앞의 논문, 22면; 박세민, 「자동차보험법의 이론과 실무」(세창출판사, 2007), 467-468면.

17) 양승규, “자기신체사고보험약관의 공제조항의 의미”, 「손해보험」, (2005. 1월호), 60면.

18) 자손보험은 1994. 8. 1.에 자기신체사고보험으로 명칭이 변경됨.

19) 보험개발원, 「자동차보험변천사」, 1997, 301면. 해석상 오해의 소지가 있을 수 있으므로 내용을 그대로 옮긴 것이다.

(4) 자기신체사고보험을 개발한 회사가 설명하는 위 보험의 신설취지

그런데, 위 보험상품을 개발하여 판매한 회사는 한국자동차보험주식회사였다는 것이므로, 위 회사가 어떤 취지로 자손보험을 개발하였는지 그 취지를 살펴볼 필요가 있겠다. 즉, 위 회사가 1983년에 발간한 「韓國自動車保險二十年史」에서는 자손보험의 개발취지에 관하여, 다음과 같이 설명하고 있다.

“1978년 말까지 한국자동차보험주식회사의 보험상품은 피보험자가 가해자가 되어 법률상 손해배상책임을 짐으로써 손해를 입은 때 및 차량에 손해가 발생하였을 때, 그리고 운전자에게 손해가 생겼을 때에만 담보하도록 되어 있어 자동차사고로 피보험자 자신의 생명이나 신체가 사상되었을 때에는 담보할 수 없었던 바, 이를 담보하는 새 보험상품의 출현이 요청되는 실정이었다. 이러한 사회적인 요청에 부응하고 자동차사고로 말미암은 모든 위험을 자동차보험제도를 통하여 해결할 수 있도록 하여야 한다는 여망에 따라 개발한 상품이 자동차자손보험으로서 재무부로부터 인가를 받아 1979년 1월 1일부터 시행하였다.”²⁰⁾

(5) 이에 대한 검토

1) 그렇다면 학자들이 궁극적으로 인용하고 있는 보험개발원의 자료나 한국자동차보험주식회사의 자료에 의할 경우, 자기신체사고보험이 다른 차량과의 충돌사고에 있어서 그 다른 차량이 자동차보험에 가입되어 있어 그 보험금을 지급받을 수 있는 경우에는 자손보험금을 지급하지 않는다면, 또는 대인배상책임보험이 기능하지 않는 사고가 발생한 경우 내지 가해자의 면책등으로 손해배상청구를 할 수 없는 경우에 한하여 피보험자 및 그 유족을 구제하고자 자기신체사고보험이 개발된 것이라는 의미로 이해할 수 있을까.

자기신체사고보험의 개발취지에 관한 보험개발원이나 한국자동차보험주식회사의 설명 어디에도 위 보험의 개발취지나 보호범위를 위와 같이 한정적으로 볼 근거는 전혀 보이지 않는다. 오히려, 위 보험이 개발되기 전에는 자동차사고로 피보험자가 「가해자」가 되어 타인에게 법률상 손해배상책임을 짐으로써 입은 손해를 담보하는 상품만 있어서(운전자보험은 제외), 피보험자가 「피해자」가 되는 경우, 즉 자동차사고로 피보험자 자신의 생명이나 신체가 사상되었을 때에 이를 담보할 수 있는 보험상품의 출현이 요청되었기 때문에 자손보험이라는 상품을 개발하게 된 것이라고 해석할 수 있겠다. 즉, 중

20) 한국자동차보험주식회사, 「韓國自動車保險二十年史」, 1983, 176면. 이 부분 또한 해석 상 오해의 소지가 있을 수 있으므로 그대로 옮긴 것이다.

전에는 피보험자가 「가해자」가 되는 경우에 그 손해를 담보하는 것이었다면, 자손보험은 피보험자가 「피해자」가 되는 경우에 이를 담보하고자 개발된 것일 뿐이지, 자손보험으로 담보하는 범위를 피보험자의 단독사고나 무보험차량과의 충돌사고 등으로 인하여 피보험자가 상대 차량의 자동차보험으로부터 보험혜택을 받지 못하게 되는 경우로 한정하고 있지는 않다는 것이다.

만약 자기신체사고보험이 피보험자가 상대 차량의 자동차보험으로부터 보험혜택을 받지 못하게 되는 경우로 한정하는 것이었다면 그러한 취지가 위보험을 개발한 당시의 보험약관에 반영되어 있을 것인데, 과연 그러한 내용이 보험약관에 반영되어 있었는지를 살펴보면 좀 더 명확해 질 것이다.

2) 자기신체사고보험의 변천과정

<표 1> 자기신체사고보험의 변천과정

번호	시행(인가) 시기	신설 또는 개정 약관 내용	비고
1	1979. 1. 1.	자동차자손보험 상품의 신설	모든 경우에 보험금 지급
2	1983. 9. 14.	자손보험을 자동차종합보험에 편입시킴	"
3	1986. 9. 8.	자손보험금 지급시 상대차량의 대인배상으로 보상되는 경우는 대인배상II로 지급될 수 있는 금액을 공제하고 보상토록 변경(이하 '제1차 개정'이라 함)	처음으로 공제조항 신설됨(대인배상II 공제)
4	1994. 8. 1.	'자손보험'을 '자기신체사고보험'으로 명칭 변경	
5	1997. 8. 1.	자기신체사고보험금 지급시 상대차량의 대인배상으로 보상되는 경우는 대인배상II뿐만 아니라 대인배상I으로 지급될 수 있는 금액까지 공제하고 보상토록 변경(이하 '제2차 개정'이라 함)	대인배상 I 및 대인배상 II 공제
6	2003. 1. 1.	자기신체사고보험금 지급시 상대차량의 대인배상으로 보상되는 경우에 대인배상 I 및 대인배상 II에 의하여 보상을 받을 수 있는 금액과 자기신체사고로 지급될 수 있는 금액을 합한 금액이 실제 손해액을 초과하는 경우에는 등 초과액을 공제하고 지급토록 변경(이하 '제3차 개정'이라 함)	실 손해액을 보상해 주려는 취지라 함
7	2004. 8. 1.	공제의 대상인 대인배상 I에 정부보장사업도 포함시켜 「대인배상 I(정부보장사업 포함)」으로 개정함으로써 공제되는 범위를 확대함 (이하 '제4차 개정'이라 함)	「정부보장사업」으로 지급될 배상금도 공제

위와 같이 자기신체사고보험이 맨 처음 개발되었을 때(1979. 1. 1.)나 자기신체사고보험이 자동차종합보험에 처음으로 편입되었을 때(1983. 9. 14.)에는

상대 차량의 유무나 피보험자가 상대 차량으로부터 대인배상금을 지급받을 수 있는지 여부를 불문하고 모든 경우에 자기신체사고보험금을 지급하였음을 알 수 있다. 자기신체사고보험금 지급시 대인배상금을 공제하게 된 것은 1986. 9. 8. 시행 자동차보험표준약관 개정시에 「대인배상Ⅱ」에 해당하는 금액을 공제하는 규정을 신설함으로써 비로소 생긴 것이다. 하지만 그때에도 피보험자는 자기신체사고보험금을 대부분 지급받을 수 있었다. 왜냐하면 당시 대인배상Ⅱ를 공제하는 약관조항을 두었기 때문에 여전히 대인배상Ⅰ은 공제되지 않았고, 자기신체사고보험금은 대부분 대인배상Ⅰ에 해당하는 금액보다 적었기 때문이다. 하지만 1997. 8. 1. 자동차보험표준약관 개정으로 「대인배상Ⅰ」까지 공제하는 규정을 둬으로써 상대 차량이 자동차종합보험에 가입한 경우에는 피보험자가 자기신체사고보험금을 지급받을 수 있는 경우가 거의 없게 된 것이다. 하지만 당시에도 상대 차량이 자동차종합보험에 가입하지 아니한 경우에는 피보험자는 자기신체사고보험금을 모두 지급받을 수 있었다. 왜냐하면 피보험자가 상대 차량의 운행자나 운전자로부터 손해배상을 받더라도 그 금액까지 공제하는 조항은 없었기 때문이다. 그러나 2004. 8. 1. 시행 자동차종합보험약관에 「정부보장사업」으로 지급받을 수 있는 금액까지 모두 공제하는 규정을 둬으로써 비로소 자기신체사고보험의 성격이 피보험자가 상대 차량으로부터 보험혜택을 받지 못하게 되는 경우에 보험금을 지급하는 것으로 변질된 것이다. 그렇다면 자기신체사고보험은 피보험자가 보험혜택을 받지 못하게 되는 경우를 대비하기 위하여 개발된 것으로 볼 수 없음은 더욱 더 명확해 졌다고 할 수 있고, 또한 배상책임보험의 기능의 한계를 보완하기 위한 목적의 일환으로 창설된 것도 결코 아님을 알 수 있는 것이다. 위와 같이 자기신체사고보험이 개발되고 개정된 경위 및 과정에 비추어 보더라도 자기신체사고보험의 개발경위에 관한 대법원 판례나 학자들의 주장은 더 이상 유지될 수 없을 것이다.

3) 결론적으로 자기신체사고보험의 개발취지는 대법원 판례나 다수 학자들의 주장과는 달리 상대 차량의 보험자로부터 대인배상금을 지급받을 수 있는지 여부에 불구하고 모든 경우에 보험금을 지급하도록 개발된 것이므로, 자기신체사고보험의 개발취지를 오해한 위 대법원 판결은 부당하다 하겠다. 설령 자기신체사고보험의 개발취지를 대법원과 같이 이해한다고 하더라도, 상해보험금부의 성격이 정액보험금에 해당하는 부분에 대해서는 설사 대위약정이 있더라도 대위할 수 없다고 새겨야 할 것이므로,²¹⁾ 자기신체사고보험금의 공제를 허용하는 것은 어느 모로 보나 잘못된 것이라 할 것이다.

5. 자기신체사고보험금 공제조항과 보험자대위금지원칙

(1) 지금까지 자기신체사고보험의 개발경위가 대법원 판례나 다수의 학자들이 주장한 바와는 전혀 다르다는 점을 살펴보았는데, 가사 이에 관한 대법원 판례의 입장이 타당하다고 하더라도 자기신체사고보험금 공제조항이 인보험에 있어서 보험자대위를 금지한 상법 제729조에 반하는 것은 아닌지 여부는 여전히 문제로 남는다.

(2) 자기신체사고보험금 공제조항의 요지는 자기신체사고보험금을 지급함에 있어 상대 차량의 대인배상으로 지급받을 수 있는 금액을 공제하고 이를 지급한다는 것이고, 자기신체사고보험은 상해보험의 일종이라는 것이 대법원 판례이며,²²⁾ 상해보험계약의 경우에는 상법 제729조 단서에 따라 모든 상해보험계약에 대하여 보험자대위가 허용되는 것이 아니라 치료비 지급과 같은 손해보험형 상해보험(손실보상적 상해보험)에 대하여만 보험자대위가 허용되는 것으로 한정 해석하여야 한다는 점은 이미 살펴본 바와 같은바, 자기신체사고보험금 중 사망보험금과 후유장해보험금은 정액보험으로서 손해보험형 상해보험에는 해당하지 아니하므로 사망보험금과 후유장해보험금에 대하여는 보험자대위가 허용될 수 없는 것이다.

(3) 보험자대위의 허용근거에 관한 손해보상계약설(대법원 판례 입장)에 의하면 상법 제729조는 당연한 규정이고 또한 강행규정으로 보게 되는데, 따라서 자기신체사고보험 중 사망보험금과 후유장해보험금에 대하여 보험자대위를 허용하는 약관규정이 있다면 그 약관규정은 강행규정에 반하여 무효라고 보아야 할 것이다. 그런데 자기신체사고보험금 공제조항은 자기신체사고보험의 보험자가 자기신체사고보험금을 지급한 후 그 피보험자가 제3자(가해자)에 대하여 가지는 손해배상청구권을 대신 행사하는 것은 아니지만, 피보험자가 제3자에 대하여 가지게 될 손해배상금을 미리 공제하고 자기신체사고보험금을 지급하겠다는 것이므로 결과적으로 보험자대위를 미리 허용하는 결과가 되고, 따라서 이는 보험자대위금지원칙에 정면으로 반하거나 적어도 보험자대위를 금지한 취지에 반하는 것이므로 무효라고 보아야 할 것이다. 여기서 자기신체사고보험의 개발취지가 어떠한다고 하더라도 이를 이유로 강

21) 김성태, 앞의 책, 810면; 정경영, 앞의 논문, 27면; 박기억, “정액보험계약에 관한 소고”, 『법조』 통권 559호(법조협회, 2003. 4월호), 제160면 각 참조.

22) 대법원 2001. 9. 7. 선고 2000다21833판결 등 참조.

행규정에 반하는 약관규정을 유효라고 볼 수는 없음은 강행규정의 성질에 비추어 명백하다 할 것이다.

(4) 대법원 판례²³⁾는 자기신체사고보험금 공제조항은 보험금 지급내용을 규정한 것이지 제3자에 대한 보험자대위를 규정한 것으로 볼 수 없다고도 판시하고 있으나, 그렇다면 생명보험에 있어서도 사망보험금 지급시 피보험자 측이 제3자(가해자)로부터 지급받을 수 있는 손해배상금을 미리 공제하고 사망보험금을 지급한다는 약관규정을 두더라도 그 약관은 보험금 지급내용을 규정한 것이라는 이유로 무방하다고 해야 할 것이다. 하지만 이는 보험자대위를 금지하는 상법 제729조의 취지에 정면으로 반하는 것이어서 허용될 수 없다. 보험금 지급내용을 규정하더라도 강행규정에 반하지 않는 범위 내에서 허용될 수 있다고 보아야 한다. 그렇지 않으면 강행규정으로 금지하고자 하는 제도의 취지가 몰각될 것이기 때문이다.

IV. 결 론

인보험계약은 보험자가 사람의 생명 또는 신체에 관한 보험사고가 생길 경우에 계약에서 정한 보험금 등을 지급할 책임을 지는 보험계약으로서 그 기본 성격이 손해보험과는 다르다. 그런데 인보험 중에서 상해보험은 정액보험과 손해보험의 중간적 성질을 가지고 있다고 설명되고 있는데, 상해보험에 손해보험적 성격이 있다고 해서 상해보험에 대하여 손해보험에 적용되는 법리(예전대, 보험자대위제도, 중복보험제도)를 무차별적으로 적용할 수는 없는 노릇이다. 상해보험은 인보험의 일종으로서 사람의 생명이나 신체에 관한 사고를 보험사고로 한다는 점(따라서 피보험이익이 없는 점)에서 생명보험과 친하므로 상해보험에 대하여는 원칙적으로 생명보험에 관한 법리에 따라 규율되어야 하고(현행 상법 제739조는 상해보험에 대하여는 제732조를 제외하고 생명보험에 관한 규정을 준용한다고 규정하고 있다), 다만 예외적으로 상해보험 중 손해보험적 성질을 가지는 부분에 한하여 손해보험에 적용되는 법리를 적용할 수 있다고 보아야 한다. 이러한 결론은 보험자대위의 허용근거에 관한 대법원

23) 대법원 2004. 11. 25. 선고 2824 판결.

판례 입장인 손해보상계약설의 입장과 부합하는 것이기도 하다.

따라서 보험자대위제도의 적용여부와 관련하여 상해보험계약 중 사망보험금과 후유장해보험금의 경우는 손해와는 무관한 정액보험이므로 생명보험과 마찬가지로 보험자대위가 금지되어야 하고, 상해보험계약 중 부상보험금의 경우는 실질적으로 손해를 전보하는 기능을 수행하여 손해보험적 성질을 가지는 것이므로 손해보험에 적용되는 법리인 보험자대위를 허용해도 무방한 것이다. 그리고 이러한 결론이 현행 상법 제729조의 해석에 부합하는 것이기도 하고, 일본의 통설과 판례 및 입법례와 부합하는 것이기도 하다.

자기신체사고보험도 역시 상해보험의 일종이므로 위와 같은 결론에 따라 사망보험금과 후유장해보험금의 경우에는 보험자대위가 허용될 수 없으므로 결과적으로 보험자대위를 허용하는 것과 마찬가지로의 결과를 초래하는 자기신체사고보험금 공제조항은 보험자대위금지원칙에 정면으로 반하는 것이므로 마땅히 무효가 되어야 할 것이다. 자기신체사고보험의 개발취지는 대법원이 실시한 바와는 전혀 다르지만 설령 그 실시가 옳다고 하더라도 자기신체사고보험의 개발취지가 보험자대위 금지규정에 반하는 것이라면 이는 강행규정에 반하여 마땅히 무효라고 보아야 할 것이다.

앞으로 상해보험계약의 체계적인 지위와 관련하여 상해보험에 적용될 법리를 어떻게 정할 것인가에 관하여 활발한 논의가 필요해 보이고, 대법원의 입장도 논리적으로 성숙되고 통일되기를 기대해 본다.

〈참고문헌〉

- 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2002.
- 박기억, “정액보험계약에 관한 소고”, 「법조」, 통권 559호(2003. 4.), 법조협회.
- 박세민, 「자동차보험법의 이론과 실무」, 세창출판사, 2007.
- 보험개발원, 「자동차보험면천사」, 1997.
- 서돈각, 「상법강의」, (하), 법문사, 1981.
- 서울중앙지방법원, 「손해배상소송실무」, 한국사법행정학회, 2005.
- 손주찬/정동윤, 「註釋 商法」, (Ⅶ) [保險], 한국사법행정학회, 2001.
- 양승규, “자기신체사고보험약관의 공제조항의 의미”, 「손해보험」, (2005. 1.)
- 양승규, 「보험법」, 제5판, 삼지원, 2005.
- 이병석, “자동차보험에 있어서 자기신체사고와 보험자의 책임에 관한 연구”, 「상사법 연구」, 제18권 제1호, 한국상사법학회, 1999.
- 정경영, “자기신체사고보험과 가해차량의 대인배상책임보험의 관계”, 「보험법연구」, 6, (삼지원, 2005.
- 정무동, 「상법강의」, (하), 박영사, 1982.
- 정희철, 「상법학원론」, (하), 박영사, 1980.
- 최기원, 「보험법」, 신정판(박영사, 1998)
- 한국자동차보험주식회사, 「韓國自動車保險二十年史」, 1983.
- 「상법개정특별분과위원회회의록(Ⅰ)」, 보험·해상편, 법무부, 1990.
- 「상법개정특별분과위원회회의록(Ⅱ)」, 보험·해상편, 법무부, 1990.
- 岡田豊基, 「保險法」, 中央經濟社, 2003.
- 高松基助, 「保險法」, 中央經濟社, 2006.
- 大森忠夫, 「保險契約法の研究」, 有斐閣, 1969.
- 山野嘉朗/山田泰彦 編著, 「現代 保險・海商法 30講」, 제4판, 中央經濟社, 2001.
- 山下 丈, “傷害保險契約と商法六六二條”, 「ジュリスト」, 臨時増刊 ; 重要判例解説 743 號 (1981. 6.)
- 山下友信/竹濱 修/洲崎博史/山本哲生, 「保險法」, 有斐閣, 1999.
- 野山 宏, “被保險自動車に搭乗中交通事故により死亡した者の相續人が受領したいわゆる搭乗者傷害保險の死亡保險金を右相續人の損害額から控除することの要否”, 「ジュリスト」, 1067號 (1995. 6.)
- 田村諄之輔/平出慶道, 現代法講義「保險法・海商法」補訂第二版, 青林書院, 1996.
- 田辺康平, 新版「現代保險法」, 文眞堂, 1995.
- 中西正明, 「傷害保險契約の法理」, 有斐閣, 1992.
- 坂口光男, 「保險法」, 文眞堂, 1991.

<Abstracts>

The principle of anti-subrogation of insurer in the personal insurance and the automobile insurance covering driver's injury

Park, Ki-Eok*

The insurer's subrogation is that when an insurer pays its insured for a loss resulting from the tortious conduct of a party, the insurer is subrogated to the rights of its insured against the third party. The insurer's subrogation is the general rule for property insurance, but it is not generally recognized in personal insurance.

The accident insurance, as generally understood, is a branch of insurance closely allied to life insurance, by which persons are enabled to provide against loss to themselves or their families in case they are injured or disabled for a time or permanently, or killed, by some cause operating on them from without. However, the insurer's subrogation should be allowed or not in the personal accident insurance contract, regarding to the principle of anti-subrogation of insurer, because the personal accident insurance contract has mixed nature of life insurance and property insurance in the method of insurance's payment.

According to the theory of the contract of indemnity, which the supreme court has judged about the allowance basis of insurer's subrogation, the insurer's subrogation should not be allowed in case of paying a fixed sum like life insurance, but the supreme court does not maintain its consistent position, for example on the automobile insurance covering driver's injury etc.

Key Words : personal insurance, personal accident insurance contract, anti-subrogation of insurer, automobile insurance covering driver's injury

* Attorney at Law

保險法研究 [3권 2호]

2009년 12월 20일 인쇄

2009년 12월 30일 발행

발행인 양 승 규

편집인 정 병 석

발행처 (사) 한국보험법학회

서울 종로구 신문로 163

오피시아빌딩 10층

인쇄대경문화사

© 2009 (사)한국보험법학회

비매품