

〈특집: 건강보험의 법적 쟁점〉

## 상해보험의 법적 쟁점에 관한 연구\*

韓基貞\*\*

### 요약

자동차의 확산 등에 의한 상해 위험이 증가함에 따라 상해보험의 시장규모가 크게 성장했다. 하지만 상해보험에 대한 상법의 규율은 별다른 변화가 없다. 상법은 1962년에 제정될 때 상해보험에 관해 3개 조문을 두었다. 이는 상해보험에 관한 독자적 규정이라고 보기 어렵다. 특히 상법 제739조는 생명보험에 관한 규정(제730조~제736조)을 제732조를 제외하고 상해보험에 준용한다. 상해보험이 사실상 생명보험에 준한다고 인식한 것이다. 이후 1991년에 상법 제729조 단서를 신설한 것이 유일한 변화이다.

현행 상법 규정은 상해보험의 특색을 잘 반영하지 못한다는 비판을 받는다. 그 이유는 생명보험에 관한 규정을 준용하는데 그치고 있기 때문이다. 그래서 상해보험의 특색이 반영되도록 상법 규정을 해석하고 개정할 필요가 있다.

첫째, 상해사망보험의 법적 성격 문제이다. 상해사망보험은 상해 요소와 사망 요소가 섞여 있다는 점이 특색이다. 필자는 상해사망보험의 법적 성질을 사망보험이라고 해석해야 한다고 보았다.

둘째, 상법 제731조를 상해보험에 준용하는 문제이다. 이 규정은 보험계약자와 피보험자가 다른 사망보험의 경우 피보험자의 동의가 없으면 해당 보험계약을 무효로 하는 것이다. 필자는 상해보험에서 피보험자가 보험수익자인 경우라면 상법 제731조를 준용하지 않는 것이 타당한 해석이라고 보았다.

셋째, 상법 제733조 및 제734조를 상해보험에 준용하는 문제이다. 상법 제733조 및 제734조를 상해보험에 준용하면 피보험자와 보험수익자가 다른 상해보험이 가능하다. 필자는 이러한 상해보험은 보험수익자가 피보험자의 상해에 대해 일정한 경제적 이해관계를 갖고 있는 경우에만 유효하다고 하는 것이 타당한 해석이라고 보았다.

넷째, 상법 제729조 단서의 해석 문제이다. 필자는 상법 제729조 단서는 부정액형 상해보험에만 적용하고, 계약 당사자의 약정은 추정된다고 하지 않는 것이 타당한 해석이라고 보았다.

\* 본고는 2013. 12. 12. 서울대학교 법학연구소가 주최한 학술대회[주제: 건강보험의 법적 쟁점]에서 발표한 글을 수정·보완한 것임. 그리고 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2013학년도 학술연구비의 지원을 받았음.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

다섯째, 상법 제672조를 상해보험에 준용하는 문제이다. 이 규정은 손해보험에서 중복보험의 법리에 관한 것이다. 필자는 제672조가 부정액형 상해보험에 유추적용되고, 이것은 계약 당사자의 약정이 없더라도 가능하다고 하는 것이 타당한 해석이라고 보았다.

이상의 해석론을 향후 상법 개정을 통해 법에 반영함으로써 상해보험에 관련된 법적 불확실성을 해소할 필요가 있다.

주제어: 상해보험, 상해사망보험, 피보험자, 피보험자의 동의, 보험수익자, 도박, 청구권대위, 손해보험형 상해보험, 중복보험의 법리

## I. 들어가며

우리 민영의료보험의 시장 규모는 17조원이다(2011년 기준).<sup>1)</sup> 질병보험과 함께 민영의료보험의 한 축인 상해보험의 시장규모도 상당할 것으로 추정된다.<sup>2)</sup> 자동차의 확산 등에 의한 상해 위험이 증가함에 따라 관련 보험시장 규모가 커진 것이다.

상해보험의 성장과 달리, 그에 대한 상법의 규율은 별다른 변화가 없다. 상법은 1962년에 제정될 때 상해보험에 관해 3개 조문을 두었다. 상법 제737조는 상해보험의 정의 규정이고, 제738조는 상해보험증권의 기재사항에 관한 규정이다. 그리고 제739조는 생명보험에 관한 조항(제730조~제736조)을 제732조를 제외하고 상해보험에 준용한다는 규정이다. 상해보험의 법적 규율을 생명보험에 준하여 처리하려는 것이다. 이후 1991년에 상법 제729조 단서의 신설이 유일한 변화이다. 계약 당사자 사이에 약정이 있으면, 상해보험에서 보험자대위가 가능하다고 한 규정이다. 인보험에서 보험자대위를 금지한 제729조 본문에 대한 예외이며, 상해보험이 손해보험처럼 취급될 수 있는 경우를 명문으로 인정한 것이다. 최근 2014년에 상법 보험편이 전면적으로 개정되었지만, 상해보험에 관한 것은 포함되지 않았다.<sup>3)</sup>

- 1) “민영의료보험 시장 17조?...‘고삐’ 어떻게 채울까”, [www.dailypharm.com](http://www.dailypharm.com) (2012. 11. 16).
- 2) 상해보험 단독 상품도 있지만, 상해보험과 질병보험이 섞인 상품도 있기 때문에, 상해보험만의 시장규모를 정확히 산출하기는 어렵다.
- 3) 정부가 2008년 초반에 17대 국회, 2008년 후반에 18대 국회에 제출했던 상법 보험편 개정안에는 상해보험 개정도 포함되었다. 즉 제739조 제2항인 “실손(實損) 보상적 상해보험계약에 관하여는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 손해보험에 관한 규정을 준용한다.”를 신설하려고 했다. 하지만 위 개정안은 국회를 통과하지 못했다.

현행 상법 규정은 상해보험의 특색을 잘 반영하지 못한다는 비판을 받아 왔다. 핵심적 이유 중의 하나는, 상해보험에 관한 독자적 규정을 두지 않은 채, 생명보험에 관한 규정을 준용하는데 그치고 있기 때문이다. 그래서 상해보험의 특색이 잘 반영될 수 있도록 상법 규정을 해석하고 개정할 필요가 있다. 본고는 크게 세 가지 측면에서 접근하려고 한다.

첫째, 상해사망보험의 법적 성격의 문제이다. 상해를 보장하는 보험이 상해보험에 포함됨은 물론이다. 나아가 상해로 인한 사망, 즉 상해사망을 보장하는 보험도 상해보험에 포함되는지가 해석상 다투어진다. 이러한 유형을 상해사망보험이라고 한다. 상해사망보험은 상해 요소와 사망 요소가 섞여 있다는 점이 특색이다. 그 결과 그 법적 성격을 상해보험과 사망보험 중 어느 것으로 볼 것인가가 다투어진다. 법적 성격이 무엇이나에 따라 적용법규가 달라진다는 점에서 논의의 실익이 있다. 현행 상법은 상해보험에 생명보험의 규정을 준용하지만, 그중 제732조는 준용을 배제하기 때문에, 제732조가 상해사망보험에 적용되는지 여부가 달라지는 것이다.

둘째, 상해보험에 생명보험을 준용하는 문제이다. 상법은 제732조를 제외한 생명보험의 규정을 상해보험에 준용한다. 그 결과 상해보험은 생명보험과 법적 규율이 대체로 같다. 이것은 양자의 보험목적이 사람과 관련된다는 점에서 같기 때문이다. 하지만 엄밀하게 보면 양자의 보험목적은 다르다. 상해보험은 신체이나 생명보험은 생명이라는 점이 다른 것이다. 이러한 차이점을 충분히 인식하지 못한 채, 획일적으로 준용하고 있는 것은 아닌지를 고민해 보아야 한다. 이에 관한 구체적 쟁점은 다음과 같다.

① 상법 제731조를 상해보험에 준용하는 문제이다. 상법 제731조에 따르면, 보험계약자와 피보험자가 다른 사망보험의 경우, 피보험자의 동의가 없으면 해당 보험계약은 무효이다. 피보험자를 도덕적 위험으로부터 보호하려는 취지이다. 그런데 상해보험은 사망보험과 달리 보험사고의 발생 후에 피보험자가 생존한다. 상해를 입더라도 생존한 피보험자가 보험금청구권자의 지위도 갖는 경우라면, 피보험자에 대한 도덕적 위험은 크게 우려할 일이 아니라는 주장이 가능하다. 따라서 피보험자와 보험수익자가 같은 상해보험이라면 상법 제731조를 준용하는 것이 타당하지 않을 수 있다.

② 상법 제733조 및 제734조를 상해보험에 준용하는 문제이다. 이 규정들에 따르면, 생명보험에서 피보험자와 보험수익자가 동일인일 것을 강제하지 않는다. 상법 제733조 및 제734조를 상해보험에 준용하면, 피보험자와 보험수익자가 다른 상

해보험이 가능하다. 하지만 이것은 공서양속 위반을 야기할 수 있다. 즉 피보험자의 상해에 대해 아무런 경제적 관계가 없는 자가 보험수익자로 되어서 보험금을 취득하는 것은 공서양속 위반이 아니냐는 의문이 생길 수 있다.

셋째, 상해보험에 손해보험을 준용하는 문제이다. 상법은 제정 당시에 이에 관한 규정을 두지 않았다. 하지만 상해보험은 손해보험과 유사한 측면이 있다. 손해를 보상하는 방식으로 보험금을 지급하는 부정액형 상해보험이 그러하다. 1991년에 상법 개정을 통해서 상해보험에 손해보험처럼 보험자대위를 허용한 것(제729조 단서)은 그러한 유사성을 반영했기 때문이다. 손해보험 규정의 준용에 관한 구체적 쟁점은 다음과 같다.

① 상법 제729조 단서의 해석 문제이다. 손해를 보상하는 부정액형 상해보험은 손해보험과 유사하다. 한편 손해 여부와 무관하게 정액으로 보상하는 정액형 상해보험은 그렇지 않다. 하지만 제729조 단서는 부정액형과 정액형을 구분하지 않은 채 상해보험에 청구권대위가 가능하다고 함으로써, 그 적용 범위에 관한 해석 문제를 남기고 있다. 또한 상법 제729조 단서는 계약 당사자의 약정이 있어야 청구권대위가 가능하다고 하고 있는데, 이러한 약정은 추정될 수 있는 것인지의 해석 문제가 있다.

② 상법 제672조를 상해보험에 준용하는 문제이다. 상법 제672조는 손해보험에서 중복보험의 법리를 규정한다. 보험금지급방식에서 손해보험과 유사한 부정액형 상해보험에 대해 상법 제672조를 유추 적용할 것인지가 해석상 문제된다. 또한 계약 당사자의 약정이 있는 경우로 유추 적용을 제한할 것인지도 해석상 문제이다.

이상과 같은 문제의식 하에서, 상해보험의 주요 법적 쟁점들에 대한 해석론과 입법론을 전개하기로 한다. 본격적인 논의에 앞서서, 상해보험의 개념 및 주요 특색을 살피기로 한다.

## II. 상해보험의 개념 및 특색

### 1. 개념

상법 제737조가 상해보험의 개념을 규정한다. 즉 상해보험계약은 피보험자의 신체에 상해가 발생한 경우 보험자가 보험금액 기타의 급여를 할 책임이 있는 계약이다. 이로부터 보험목적은 신체, 보험사고가 상해, 보상방식이 보험금액 기타의

급여임을 알 수 있다. 이것이 상해보험의 특색이기도 하다.

## 2. 주요 특색

### 가. 보험목적

보험목적이란 보험사고가 발생하는 객체이다. 상해보험에서는 신체에 보험사고가 발생한다. 따라서 상해보험의 보험목적은 신체이다.

보험목적의 측면에서 상해보험과 생명보험은 유사하다. 생명보험의 보험목적은 생명이기 때문이다. 신체이든 생명이든 사람이라는 점은 같은 것이다.

상법은 보험목적의 유사성을 고려하여 생명보험과 상해보험을 인보험으로 분류한다. 그리고 이에 대해 공통적으로 적용되는 통칙(제727조~제729조)을 둔다. 다만 양자의 보험목적이 동일하지는 않다는 점도 고려할 필요가 있다. 그리하여 생명보험에 관한 규정(제730조~제736조), 상해보험에 관한 규정(제737조~제739조) 등 각칙도 둔다. 다만 각칙의 차이는 크지 않다. 생명보험에 관한 규정이 제732조를 제외하고 상해보험에 준용(상법 제739조)되기 때문이다.

### 나. 보험사고

보험사고란, 그 발생으로 인해 보험자가 보험금지급책임을 지는 우연한 사고를 가리킨다. 상해보험의 보험사고는 상해이다.

상해란 신체에 해를 가하는 ‘외부로부터의 급격하고 우연한’ 사고이다. 상해는 외부성, 급격성 및 우연성(이하 ‘외부성 등’)을 요소로 하는 것이다. 판례와 통설도 같다.<sup>4)</sup> 신체에 대한 사고로서, 상해가 아닌 것은, 질병으로 분류되는 것이 일반적이다. 즉 보험목적이 신체라는 점에서 같지만, 보험사고의 면에서 상해보험과 질병보험은 구분되는 것이다.

### 다. 보험금지급방식

보험금지급방식은 손해의 보상 여부를 기준으로 나눌 수 있다. 손해를 보상하는

4) 대법원 1980. 11. 25. 선고 80다1109 판결: “상해보험은 피보험자가 급격한 외부적인 우연의 사고로 인하여 신체에 손상을 입는 것을 보험사고로 하는 것인 바, ... 겨드랑 밑의 악취방지를 위한 수술 중에 급성심부전증에 인하여 사망한 경우는 갑자기 신체의 외부에서 생긴 사고로 뜻하지 않게 신체상의 손상을 입었다는 상해보험사고의 범주에 속한다고 할 수 없[다]”; 양승규, **보험법**, 2005, 486면.

방식이 ‘부(不)정액형’이다. 그리고 손해와 무관하게 일정 금액을 지급하는 방식이 ‘정액형’이다.

판례와 통설은 상해보험에 정액형과 부정액형이 모두 허용된다고 본다.<sup>5)</sup> 타당한 해석이다. 상법은 상해보험의 보험금지급방식을 그중 하나로 제한하고 있지 않기 때문이다. 상법 제737조는 상해보험자가 “보험금액 기타의 급여”를 지급한다고 규정하고 있을 뿐이다.

이 점에서 상해보험은 생명보험이나 손해보험과 다르다. 생명보험은 정액형이라고 해석되기 때문이다. 상법 제730조는 생명보험자가 “약정한 보험금액을 지급”한다고 규정하고 있는 것이다. 그리고 손해보험은 부정액형이라고 해석된다. 상법 제665조가 손해보험자는 “재산상의 손해를 보상”한다고 규정하기 때문이다.

상해보험에서 정액형과 부정액형의 구분을 살펴보자. 통설<sup>6)</sup>은 상해로 인한 사망보험금, 즉 상해사망보험금이나 후유장해보험금은 정액형으로 분류한다.<sup>7)</sup> 그리고 상해로 인한 치료비 또는 입원비를 지급하는 치료입원보험금은 부정액형으로 분류한다. 보험금지급방식에 관한 한, 정액형 상해보험은 생명보험과 유사하다. 또한 부정액형 상해보험은 손해보험과 유사하다.

### III. 상해사망보험의 법적 성격

#### 1. 문제의 제기

상해로 인한 사망, 즉 상해사망을 보장하는 보험이 상해사망보험이다. 상해사망보험은 상해 요소와 사망 요소가 섞여 있다는 점이 특색이다. 따라서 상해사망보험이 상해보험인지 사망보험인지가 다투어진다. 이것은 상해사망보험의 법적 성격의 문제이다. 또한 상해보험의 정의 문제이기도 하다. 어느 쪽으로 분류되는지에 따라 상해보험의 정의가 달라지기 때문이다.

그런데 상법은 상해사망보험에 관한 별도의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 현행

5) 대법원 2006. 11. 10. 선고 2005다35516 판결; 양승규, 전계서, 480면.

6) 양승규, 전계서, 481면.

7) 후유장해금은 준정액형이라고도 부른다. 후유장해금은 후유장해의 등급에 따라 보험금액이 차등하여 정해진다. 정액형에 비정액적 요소를 가미한 것이다. 이것이 ‘준’정액형이라고도 부르는 이유다.

상법의 해석을 통해서 그 법적 성격을 규명할 수밖에 없다. 이에 관한 법적 불확실성을 해소하기 위해서는 해석에 만족할 것이 아니라 향후 입법도 필요할 것이다.

논의의 실익은, 상해사망보험의 법적 성격에 따라 그 적용법규가 달라진다는 점에 있다. 현행 상법은 상해보험에 생명보험에 관한 규정을 준용하되 제732조는 배제한다. 따라서 제732조가 상해사망보험에 적용되는지 여부가 달라지는 것이다.

## 2. 판례 및 학설

통설은 상해사망보험을 상해보험이라고 해석한다.<sup>8)</sup> 이와 달리 사망보험으로 보는 소수설이 있다.<sup>9)</sup> 전자를 상해보험설, 후자를 사망보험설이라고 부른다.

상해보험설의 근거를 보자. 첫째, 보험사고의 외부성 등 문제이다. 즉 상해사망은 외부성 등을 띤다고 한다. 외부성 등은 상해에 나타나지만, 사망에는 나타나지 않는다고 한다. 둘째, 보험사고의 불확실성 문제이다. 상해사망은 상해처럼 그 발생 여부나 발생 시기가 모두 불확실하므로, 발생 시기만 불확실할 뿐 발생 여부는 확실한 사망과 다르다는 것이다. 따라서 이 점에서 상해사망과 사망은 구분되는 것이고, 상해사망보험은 사망보험이 아니라 상해보험으로 분류되어야 한다는 것이다.

판례는 통설과 같다. 대법원 2004. 7. 9. 선고 2003다29463 판결은 자동차상해사망보험과 관련하여 그 법적 성격을 상해보험으로 보았다. 이에 따르면, “자동차상해보험은 피보험자가 피보험자동차를 소유·사용·관리하는 동안에 생긴 피보험자동차의 사고로 인하여 상해를 입었을 때에 보험자가 보험약관에 정한 사망보험금이나 부상보험금 또는 후유장해보험금 등을 지급할 책임을 지는 것으로서 인보험의 일종이기는 하나, 피보험자가 급격하고도 우연한 외부로부터 생긴 사고로 인하여 신체에 상해를 입은 경우에 그 결과에 따라 보험약관에 정한 보상금을 지급하는 보험이어서 그 성질상 상해보험에 속한다고 할 것이다(대법원 2001. 9. 7. 선고 2000다21833 판결 참조). 따라서 이 사건 자동차상해보험 중 피보험자가 상해의 결과 사망에 이른 때에 지급되는 사망보험금 부분을 분리하여 이를 생명보험에 속한다고 본 원심의 판단은 잘못이다.”라고 하였다.<sup>10)</sup>

8) 양승규, 전거서, 483면; 김성태, **보험법강론**, 2001, 799면; 박기억, “상해보험계약과 생명보험계약의 구분”, **변호사**, 제43집, 2013, 173면.

9) 이경재, “상해보험에서 ‘상해로 인한 사망’의 경우 상법적용에 관한 연구”, **보험개발 연구**, 제13권 제1호, 2002, 18면.

10) 이 사건에서 원심은 상해사망보험을 사망보험으로 분류했으나 대법원이 상해보험으로 분류한 것이다. 원심처럼 사망보험으로 분류한다고 해도, 이 사건에서는 적용 법규의

### 3. 분석 및 검토

생각건대, 상해사망보험의 법적 성격은 사망보험설이 옳다. 첫째, 전술한 상해보험설의 근거는 타당하다고 보기 어렵다. 둘째, 상해보험설에 따라 상해사망보험에 상해보험의 상법 규정을 적용하게 되면 부당한 결과에 이르는 문제가 있다. 구체적 내용은 다음과 같다.

#### 가. 근거의 측면

##### (1) 보험사고의 외부성 등

상해보험설은 상해사망보험의 법적 성격을 정하는데 외부성 등을 상위 기준으로 삼는다. 즉 상해의 특색인 외부성 등이 상해사망에 나타난다는 이유를 들어 상해사망보험을 상해보험으로 분류한다.

하지만 상법 체계상 인보험의 법적 성격을 정하는데, 외부성 등보다 보험목적이 상위 기준임에 유의해야 한다. 위 상해보험설의 근거는 상법의 체계적 해석과는 거리가 있는 것이다. 상법의 체계를 살펴보자. 상법 보험편은 제1장 통칙, 제2장 손해보험, 제3장 인보험으로 분류한다. 여기서 제3장 인보험으로 분류되기 위해서는 보험목적이 사람이어야 한다. 보험목적이 사람인 경우 보험계약법상 별도의 취급이 필요하다는 점이 고려된 것이다. 나아가 제3장 인보험은 통칙, 생명보험, 상해보험으로 분류된다. 생명보험으로 분류되기 위해서는 보험목적이 생명(상법 제730조)이어야 하고, 상해보험으로 분류되기 위해서는 신체(상법 제737조)이어야 한다. 보험목적이 생명인지 신체인지에 따라 보험계약법상 특별한 취급이 필요하다는 점이 고려된 것이다. 이에 따르면, 상법 제732조는 보험목적이 생명인 경우에만 적용되고, 신체이면 준용되지 않는다. 상법 제732조는 15세 미만자, 심신상실자, 또는 심신박약자의 사망을 보험사고로 하는 보험계약은 무효로 한다는 규정이다.

상법 체계상 인보험의 법적 성격을 정하는데, 외부성 등은 보험목적 다음의 하위 기준이다. 보험목적이 신체인 ‘신체’보험은 그 보험사고에 외부성 등이 있는지 여부에 따라 두 가지로 분류할 수 있다. 즉 보험사고에 외부성 등이 있으면 상해

---

차이를 가져오지 않았을 것이다. 이 판결의 사안은 상법 제733조(보험수익자에 대한 지정권 또는 변경권)의 적용 문제인데, 상해사망보험을 상해보험으로 보면 상법 제733조가 ‘준용’되나(상법 제739조), 사망보험으로 보면 상법 제733조가 ‘적용’된다는 차이가 있을 뿐이었다.



보험으로 분류하고, 보험사고에 외부성 등이 없으면 질병보험 등으로 분류할 수 있다. 마찬가지로 보험목적이 생명인 생명보험은 그 보험사고(사망과 생존의 두 종류 중에서, 여기서는 사망으로 한정)에 외부성 등이 있는지 여부에 따라 두 가지로 분류할 수 있다. 즉 보험사고에 외부성 등이 있으면 상해사망보험으로 분류하고, 외부성 등이 없으면 질병사망보험 등으로 분류할 수 있는 것이다.

상해사망보험의 보험목적은 생명으로 보아야 한다. 따라서 상해사망보험의 법적 성격은 사망보험설이 타당하다. 이와 달리 상해사망보험의 보험목적이 신체와 생명이라는 주장도 있을 수 있다. 하지만 수궁하기 어렵다. 우리 상법의 해석상 신체와 생명 모두를 보험목적이라고 할 만한 실익이 없고, 상해사망보험이 부보하려는 궁극적 목적은 생명이기 때문이다.

## (2) 보험사고의 불확실성

상해사망설에 의하면, 상해사망은 그 발생 여부나 발생 시기가 모두 불확실하나, 사망은 발생 시기만 불확실할 뿐 발생 여부가 확실하므로, 상해사망은 사망으로 분류될 수 없다고 한다.

하지만 상해사망이 사망에 포함되더라도, 사망은 발생 시기만 불확실할 뿐 발생 여부는 확실하다는 점이 영향을 받는다고 할 것은 아니다. 사람은 질병뿐만 아니라 상해를 원인으로 해서도 사망한다는 것이 우리의 경험칙이다. 따라서 상해사망을 사망에 포함시키면, 오히려 사망의 발생 여부는 확실해지는 것이다. 따라서 위 근거를 이유로 해서 상해보험설이 타당하다고 할 것은 아니다.

## 나. 상법 적용의 측면

상해보험설에 따르면 상해사망보험에는 상법 제732조가 준용되지 않게 된다. 상법은 상해보험에 제732조를 제외하고 생명보험의 규정을 준용(상법 제739조)하기 때문이다. 한편 사망보험설에 따르면 상해사망보험에 상법 제732조가 적용됨은 물론이다.

생각건대, 상해보험설에 따라 상해사망보험에 상법 제732조를 준용하지 않는 것은 타당하지 않다.<sup>11)</sup> 그 이유는 다음과 같다.

상법 제732조에 따르면 15세 미만자, 심신상실자, 또는 심신박약자(이하 ‘15세 미만자 등’)의 사망을 보험사고로 하는 보험계약은 무효이다. 즉 15세 미만자 등을

11) 이경재, 전제논문, 13면.

피보험자로 하는 사망보험계약은 무효이다. 피보험자가 동의를 했는지, 보험계약자와 피보험자가 동일한지, 또는 피보험자와 보험수익자가 동일한지 등을 묻지 않고 무효로 된다. 상법 제732조의 취지는, 15세 미만자 등 판단능력이 부족한 자가 사망보험의 피보험자로 되어 사망 관련 도덕적 위험에 노출되는 것을 막는 데 있다.<sup>12)</sup>

상법 제732조는 그 취지를 고려하면 상해사망보험에도 적용되어야 한다. 상해와 관련된 사망이라고 해도 15세 미만자 등을 사망 관련 도덕적 위험으로부터 보호할 필요성은 마찬가지로 존재하기 때문이다. 만약 상법 제732조를 상해사망보험에 적용하지 않으면, 15세 미만자 등의 보호에 심각한 법적 공백이 생길 것이다.

#### IV. 상해보험에 생명보험 규정을 준용하는 문제

##### 1. 보험계약자와 피보험자가 다른 상해보험에서 피보험자의 동의 문제

###### 가. 문제의 제기

보험계약자와 피보험자가 다른 상해보험을 타인의 상해보험이라고 한다. 이러한 상해보험에서는 피보험자가 부당한 보험금을 노린 도덕적 위험에 노출될 수 있다. 따라서 피보험자를 보호하기 위한 수단이 필요하다.

타인의 상해보험에서 피보험자를 보호하는 수단이 바로 피보험자의 동의 요건이다. 상법은 사망보험에 관한 제731조를 상해보험에 준용함으로써(상법 제739조), 타인의 상해보험에 피보험자의 동의를 요구한다.

먼저 상법 제731조를 살펴보자. 이에 의하면, 타인의 사망보험계약을 체결할 때 타인의 서면 동의를 요구한다. 또한 타인의 생명보험계약으로 생긴 권리를 타인이 아닌 자에게 양도할 때에도 타인의 서면 동의를 요구한다. 그 취지는, “타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에 있어서 도박보험의 위험성과 피보험자 살해의 위험성 및 선량한 풍속 침해의 위험성을 배제”하는데 있다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다74007 판결). 이 동의 요건을 위반하면 해당 계약은 무효이다.<sup>13)</sup>

상법 제731조를 상해보험에 준용하게 되면, 타인의 상해를 보험사고로 하는 보

12) 김성태, 전제서, 859면.

13) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다56677 판결.

험은 계약을 체결할 때, 또는 이 계약으로 인한 권리를 피보험자가 아닌 자에게 양도할 때, 타인의 서면 동의가 필요하다. 이 동의 요건을 위반한 타인의 상해보험 계약은 역시 무효라고 보아야 한다.

문제는 피보험자와 보험수익자가 동일한 타인의 상해보험에도 타인의 동의를 요구할지 여부이다. 제731조의 문리상으로는, 피보험자와 보험수익자가 동일한지 여부를 묻지 않고 타인의 동의가 요구되는 것으로 읽힌다. 피보험자와 보험수익자가 동일하면 동의 요건이 불필요하다고 명시하고 있지 않은 것이다.

타인의 사망보험의 경우는 피보험자와 보험수익자가 같더라도, 사망한 피보험자가 아니라 그의 상속인이 보험금을 향유하게 된다. 따라서 피보험자와 보험수익자가 같다고 해서 피보험자의 동의 요건이 필요 없다고 해석하기 어렵다.

하지만 타인의 상해보험에서는 피보험자와 보험수익자가 동일한 경우까지 타인의 동의를 요구하는 것은 지나치다는 의문이 제기되고 있다. 이 경우 상해를 입은 피보험자가 생존하여 보험금을 향유할 수 있기 때문에 사망과는 다른 취급이 필요하다는 것이다. 요컨대 이것은 상법 제731조를 상해보험에 확일적으로 준용하는 것에 대한 회의적 시각인 것이다.

#### 나. 판례 및 학설

타인의 상해보험의 경우는 피보험자와 보험수익자가 동일하다면 피보험자의 동의가 없더라도 유효한 것으로 보는 해석론이 있다.<sup>14)</sup> 이에 관한 대법원 판례는 발견하기 어렵다.

#### 다. 분석 및 검토

위 해석론이 타당하다고 본다. 타인의 상해보험에서 피보험자가 보험수익자와 동일한 경우는, 부당한 보험금을 노린 도덕적 위험의 우려가 적기 때문이다. 이 경우 상해로 인한 보험금은 피보험자의 몫인 것이다. 상해를 입은 피보험자는 보험수익자로서 보험금을 상해의 치료 등에 사용할 수 있다. 이 점에서 타인의 사망보험과는 대비된다. 그렇다면 타인의 상해보험에서 피보험자와 보험수익자가 동일인이라면, 보험계약 당시에 피보험자의 동의가 없다는 이유로 해당 계약을 무효라고 까지 하는 것은 지나치다.

생각건대, 상법 제739조에 따라 생명보험의 규정을 상해보험에 준용하는 것은

14) 김성태, 전제서, 860면; 장덕조, **보험법**, 2011, 474-475면.

‘성질에 상반하지 않는 범위 내’라고 제한 해석할 필요가 있다. 다만 상법 제739조가 이런 제한을 명시하고 있지는 않다. “이 편외의 규정은 그 성질이 상반되지 아니하는 한도에서 상호보험에 준용한다.”고 한 상법 제664조와는 비교된다. 하지만 이런 제한 규정은 확인적 성격에 불과하다고 본다. 준용이란 어떤 사항에 관한 규정을 그와 유사하지만 본질적으로 다른 사항에 적용하는 것이다. 따라서 유사하지 않음에도 불구하고 준용하는 것은 준용의 본질에 반하기 때문에 취할 수 없다.

나아가 상법 개정을 통하여 이러한 해석을 명문으로 반영할 필요가 있다. 즉 타인의 상해보험에서 피보험자와 보험수익자가 같은 경우 피보험자의 동의를 요구하지 않는다고 명문의 규정을 두어야 한다. 일본의 보험법 제67조가 이런 명문 규정을 두고 있음을 참고할 필요가 있다.

## 2. 피보험자와 보험수익자가 다른 상해보험의 허용 문제

### 가. 문제의 제기

상법의 문리만 보면, 피보험자와 보험수익자가 다른 상해보험이 허용된다고 해석할 수 있다. 상법은 제733조 및 제734조를 상해보험에 준용하기 때문이다(상법 제739조). 상법 제733조 및 제734조는 피보험자와 보험수익자가 다른 생명보험을 허용하는 근거 규정이다.

먼저 상법 제733조 및 제734조를 보자. 이들은 생명보험의 보험계약자가 보험수익자를 지정·변경할 수 있다고 규정한다. 그러면서 보험수익자가 피보험자와 동일인이어야 한다고 요구하지는 않는다. 따라서 피보험자와 보험수익자가 다른 생명보험이 가능하다고 반대해석할 수 있다. 또한 현행법의 해석상, 타인의 사망보험에서 보험계약자가 보험수익자를 지정·변경할 때 피보험자의 동의가 필요하다.<sup>15)</sup>

15) 상법 제734조 제2항에 따르면 타인의 사망보험계약의 체결 후 보험계약자가 보험수익자를 지정·변경하려면 피보험자의 동의가 필요하다. 동의할 내용은 보험수익자가 지정·변경된다는 사실과 그가 누구인지이다.

상법 제731조 제1항에 따르면 타인의 사망보험계약의 체결시 피보험자의 동의를 요구한다. 동의할 내용은 그가 피보험자라는 점이다. 나아가 계약의 체결시 보험수익자가 지정되는 경우 그 사실과 그가 누가인지도 동의할 내용에 포함된다고 해석된다. 상법 제734조 제2항에 따라 계약 체결 후 보험수익자가 지정된 경우 피보험자의 동의가 필요하다는 점을 고려하면, 계약 체결시에도 보험수익자가 지정되면 그 사실과 그가 누구인지도 상법 제731조 제1항의 피보험자가 동의할 내용에 포함된다고 해석하는 것이 합리적이다.

부당한 보험금을 노린 도덕적 위험으로부터 피보험자를 보호하기 위한 요건이다. 타인의 사망보험에서 피보험자가 자신이 아닌 타인이 보험수익자로 지정·변경되는 것을 원하지 않으면 동의를 거절할 수 있는 것이다.

위 상법 규정을 상해보험에 준용해서, 피보험자와 보험수익자가 다른 상해보험이 허용된다고 해석할 것인가. 이런 해석론이 문제되는 이유는 무엇인가. 상해를 입은 피보험자가 아니라 타인이 보험금청구권자로 되는 것은, 비인도적일 뿐만 아니라 부당한 보험금을 노린 도덕적 위험의 우려가 크다는 비판<sup>16)</sup>이 제기되고 있기 때문이다.

#### 나. 학설

현행법의 해석론으로는 유효설과 무효설이 있다. 먼저 유효설은, 피보험자의 동의가 있으면, 피보험자와 보험수익자가 다른 상해보험도 유효라고 해석한다.<sup>17)</sup> 한편 무효설은, 피보험자의 동의가 있더라도, 피보험자와 보험수익자가 다른 상해보험은 무효라고 해석한다.<sup>18)</sup>

그리고 입법론으로는, 상법을 개정해서 피보험자와 보험수익자가 다른 상해보험을 무효로 해야 한다는 견해가 있다.<sup>19)</sup>

#### 다. 분석 및 검토

상해를 입은 피보험자가 아니라 타인이 보험금청구권자로 되는 것은 두 가지 측면이 문제이다. 첫째는 비인도성이고, 둘째는 도덕적 위험이다. 여기서 비인도성은 상해로 인해 치료 등이 필요한 것은 피보험자 자신인데, 그 상해에 아무런 경제적 이해관계가 없는 타인이 보험금을 취득할 수 있다는 점을 가리킨다. 그리고 도덕적 위험은 부당한 보험금을 노리고 피보험자를 고의로 상해할 위험을 가리킨다.

먼저 도덕적 위험은 피보험자의 동의로써 대처할 수 있다. 부당한 보험금을 노린 도덕적 위험이 있다고 판단되면, 피보험자가 동의를 거부하면 되기 때문이다.<sup>20)</sup>

---

이상을 고려하면 타인의 사망보험계약은 그 체결 시에 보험수익자가 지정되든 또는 체결 후에 보험수익자가 지정·변경되든 피보험자의 동의가 필수적이라고 해석할 수 있다.

16) 김성태, 전계서, 860면.

17) 양승규, 전계서, 484면; 박세민, **보험법**, 2011, 850면; 장덕조, 전계서, 468면.

18) 김성태, 전계서, 860면.

19) 장덕조, 전계서, 468면.

20) 물론 피보험자의 동의 요건이 도덕적 위험을 완전히 차단할 수 있다고 볼 수는 없다.

전술한 바와 같이 현행 상법의 해석상, 타인의 사망보험에서 보험계약자가 보험수익자를 지정·변경할 때 피보험자의 동의가 필요하다. 이를 타인의 상해보험에 준용하면, 타인의 상해보험에서 보험계약자가 보험수익자를 지정·변경할 때 피보험자의 동의가 필요하다. 타인의 상해보험에서 피보험자가 자신이 아닌 타인이 보험수익자로 지정·변경되는 것을 원하지 않으면 동의를 거절할 수 있는 것이다.

문제는 비인도성이다. 피보험자의 상해에 대해 경제적 이해관계가 없는 자가 보험수익자로 되어 보험금을 취득하는 것은 비인도적이고 상해보험의 존재 의의에 반한다고 비판할 수 있다. 피보험자의 동의가 있다고 해서 이러한 문제가 해소된다고 보기도 어렵다. 따라서 이러한 유형의 피보험자와 보험수익자가 다른 상해보험은 공서양속에 반하는 것으로, 민법 제103조에 따라 무효라고 해석할 수 있다.

한편 피보험자와 보험수익자가 다른 상해보험 모두를 비인도적이라고 볼 것은 아니라고 본다. 피보험자의 상해에 대해 경제적 이해관계가 있는 자가 보험수익자로 되는 것까지 공서양속에 반한다고 할 것은 아니기 때문이다. 가령 자녀가 상해를 입은 경우 부모가 치료비 등을 부담하기 위해 보험수익자로 되는 경우까지 무효라고 할 것은 아니다. 여기서 경제적 이해관계에는 법적 관계뿐만 아니라 사실상 관계까지 포함시킬 필요가 있다. 현재 우리나라에서 체결되는 피보험자와 보험수익자가 다른 상해보험은 대개 피보험자의 상해에 대해 보험수익자가 일정한 경제적 이해관계를 갖는 경우라고 보인다.

향후 위와 같은 해석론을 상법 보험편에 입법으로 반영하는 것이 필요하다고 본다.

## V. 상해보험에 손해보험 규정을 준용하는 문제

### 1. 보험자대위

#### 가. 문제의 제기

상법은 인보험에 대해 청구권대위를 원칙적으로 금지한다.<sup>21)</sup> 즉 인보험계약에서

---

피보험자가 보험수익자 등에 의한 도덕적 위험 여부를 완벽하게 판단하여 동의 여부를 결정하는 것은 불가능하기 때문이다.

21) 보험자대위에는 청구권대위와 잔존물대위가 있다. 상법은 인보험에 잔존물대위가 적용되는지 여부는 규정하지 않는다. 이것은 인보험의 성질상 잔존물대위와 거리가 있기

보험자는 보험사고로 인하여 생긴 보험계약자 또는 보험수익자의 제3자에 대한 권리를 대위하지 못한다(상법 제729조 본문). 다만 상해보험에 대해서는 예외를 인정한다. 즉 상해보험계약에서 당사자 사이에 다른 약정이 있으면 보험자는 피보험자의 권리를 해하지 않는 범위 내에서 그 권리를 대위할 수 있다(상법 제729조 단서). 이 단서 조항은 1991년 상법 개정을 통해 신설되었다.

그런데 상법 제729조 단서가 해석상 문제된다. 이 단서의 문리만 보면, 정액형 상해보험에 대해서 청구권대위가 배제되는 것으로 볼 수 없다. 하지만, 이득금지라는 청구권대위의 취지를 고려한다면, 그러한 상해보험에는 적용을 배제해야 한다는 해석론이 제기될 수 있다.

#### 나. 판례 및 학설

##### (1) 판례

정액형 상해보험에 청구권대위가 적용되는지에 대한 판례의 태도가 무엇인지가 논란의 대상이다. 따라서 관련 판결의 검토를 통해 판례의 입장을 규명하는 것이 우선이다.

##### ① 대법원 1998. 11. 24. 선고 98다25061 판결

이 사건에서 보험계약자는 피보험자의 상해시 보험자가 수술비, 치료비, 후유장애금 등을 지급하는 해외여행보험에 가입하였다. 제3자의 가해행위로 피보험자가 상해를 입자 보험자가 보험금을 지급하였다. 그리고 보험자는 상법 제729조 단서에 따라 피보험자의 가해자에 대한 손해배상청구권을 청구권대위하려고 했다.

하지만 대법원은 보험자의 청구권대위를 부정하였다. 그 이유는 청구권대위에 관한 계약 당사자의 약정이 없었다는 점이다. 이 점에서 대법원 판결은 타당하다. 계약 당사자의 약정이 있어야만 상해보험에 청구권대위가 가능하다는 것은 상법 제729조 단서에 명백하기 때문이다.

다만 대법원은 부정액형 상해보험의 경우에만 청구권대위가 적용된다는 언급은 하지 않았다. 이를 반대해석 하여, 계약 당사자의 약정이 있거나 하면, 후유장애금과 같은 정액형 상해보험에서도 청구권대위가 가능하다고 한 판결이라고 평석하는

---

때문이다. 잔존물대위란 보험자가 보험목적에 대한 권리를 대위하는 것이다. 인보험의 보험목적이 사람인데, 이에 대한 권리를 대위하는 것은 허용될 수 없는 것이다(통설).

견해가 있다.<sup>22)</sup>

하지만 위 평석에는 수궁하기 어렵다. 이 판결의 쟁점은 상법 제729조 단서가 요구하는 계약 당사자의 약정이 있었는지 여부였다. 그러한 약정이 없었기 때문에 대법원은 청구권대위 불가로 판결했고, 해당 손해보험이 정액형인지 부정액형인지는 문제 삼지 않았다. 만약 그러한 약정이 있었다면, 대법원은 후유장해보험금과 같은 정액형 상해보험도 청구권대위가 가능한지를 쟁점으로 다루었을 것이다. 하지만 그러한 약정이 없었기 때문에, 이 점을 쟁점으로 다루지는 않았다.

② 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다50699 판결

이 사건에서 보험계약자는 무보험자동차에 의한 상해보험계약에 가입하였다. 이것은, 피보험자가 무보험자동차에 의한 교통사고로 인해 상해를 입은 때, 그 손해의 배상의무자가 있는 경우, 보험자가 그 ‘손해’를 보상하는 보험계약이다.

대법원은 이 상해보험이 손해보험형 상해보험, 다시 말하면 부정액형 상해보험에 해당한다고 보았다. 그리고 계약 당사자의 약정이 있으면 상법 제729조 단서에 따라 보험자가 청구권대위를 할 수 있다고 판결하였다.

이 사건의 상해보험은 정액형이 아니다. 따라서 정액형 상해보험에 청구권대위가 가능한지에 대한 대법원의 입장을 이 판결로부터 알기는 어렵다.

③ 대법원 2001. 9. 7. 선고 2000다21833 판결

이 사건에서 보험계약자는 피보험자가 자동차사고로 사망한 경우 보험수익자가 3천만원을 지급받는 자기신체사고보험에 가입했다. 해당 약관에는 이른바 공제조항이 있었다. 즉 만약 자동차사고에 책임 있는 자가 피보험자로 된 대인배상책임보험의 보험자가 보험금을 지급하는 경우, 자기신체사고보험의 보험자는 지급된 보험금액을 3천만원에서 공제한 나머지를 사망보험금으로 지급한다는 조항이었다.

이 사건에서 대인배상책임보험의 보험자가 지급한 보험금이 3억 3천만원이어서, 자기신체사고보험의 보험자는 공제조항에 따라 완전 면책을 주장하였다. 하지만 보험계약자 측은, 공제조항이 인보험인 자기신체사고보험에서 청구권대위를 허용하는 것과 동일한 결과를 가져오고, 따라서 인보험에서 청구권대위를 금지하는 상법을 위반한다고 주장하였다. 또한 공제조항은 자기신체사고보험의 목적을 달성할

22) 그러한 평석으로는, 박기억, “상법 제729조 단서의 해석”, 법률신문(2003. 1. 2), 14면; 이진수, “상해보험에 관한 고찰”, 한국보험학회 발표자료(2013. 8), 7면.



수 없을 정도로 본질적 권리를 제한하는 것으로서, 상법 제663조 및 약관의 규제에 관한 법률 제6조 제2항 제1호, 제3호에 의하여 무효라고 주장하였다.

하지만 대법원은 보험계약자 측의 주장을 받아들이지 않았다. 먼저 대법원은 자기신체사고보험이 인보험의 일종인 상해보험이라는 점은 인정하였다. 하지만 공제조항이 결과적으로 청구권대위와 같은 효과를 초래한다고 해도, 공제조항과 청구권대위는 별개라는 입장이다. 또한 공제조항이 보험계약자 측의 본질적 권리를 제한하는 것도 아니라고 보았다.

위와 같은 대법원의 입장이 타당한 것인지는 별론으로 하고,<sup>23)</sup> 대법원이 이 사안을 청구권대위의 문제로 다루지 않은 점은 분명하다.

그럼에도 불구하고, 이 판결을 적시하면서, 정액형 상해보험에 대해서도 계약 당사자의 약정이 있으면 청구권대위가 적용된다는 것이 대법원의 입장이라고 한 평석이 있다.<sup>24)</sup> 자기신체사고보험의 사망보험금은 정액형 상해보험금인데, 이에 대해 청구권대위를 허용한 것과 마찬가지로이기 때문이라는 것이다.

하지만 위 평석은 공제조항을 청구권대위와 같은 것이라는 점을 전제하고 있다. 이것은 양자를 별개로 본 대법원의 입장과는 거리가 있다. 그럼에도 불구하고 이 판결로부터 정액형 상해보험에 청구권대위가 가능한지에 대한 대법원의 입장을 도출하는 것은 무리이다.

#### ④ 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다18752,18769 판결

이 사건에서 보험계약자는 피보험자가 상해를 입은 경우 그 치료비를 보상하는 상해보험에 가입하였다. 이것은 부정액형 상해보험이다. 대법원은 청구권대위와 관련하여, “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 하였다.

이 판결은 상법 제729조 단서의 문리대로 상해보험의 경우 계약 당사자의 약정이 있으면 청구권대위가 가능하다고 하였다. 그리고 정액형 상해보험에 청구권대

23) 공제조항이 상법 제729조와 무관할지는 의문이라는 견해로는, 정경영, “자기신체사고보험과 가해차량의 대인배상책임보험과의 관계”, **보험법연구** 6, 2005, 28면.

24) 박기억, “정액보험계약에 관한 소고”, **법조**, 제52권 제4호, 2003, 158-159면.

위가 가능한지는 아무런 언급이 없다. 이 사건은 정액형 상해보험과 무관하기 때문이다.

이 판결에서 정액형 상해보험에 대한 대법원 입장이 분명하지 않다는 지적이 있다.<sup>25)</sup> 만약 이 사건이 정액형 상해보험이었다면, 대법원의 입장이 드러났을 것이다.

#### ⑤ 소결

부정액형 상해보험에 상법 제729조 단서가 적용된다고 한 대법원 판결은 있다. 하지만 정액형 상해보험에 상법 제729조 단서가 적용되는지 여부를 판단한 판결은 없다고 보아야 한다. 이와 달리 정액형 상해보험에도 상법 제729조 단서를 적용하는 것이 판례의 입장이라고 하는 일부 주장에는 찬성하기 어렵다.

#### (2) 학설

정액형 상해보험에도 상법 제727조 단서가 적용된다는 견해는 소수설이다.<sup>26)</sup> 그리고 이 견해는 부정액형 상해보험의 경우 청구권대위의 약정이 있는 것으로 추정한다는 입장을 취한다.<sup>27)</sup> 다수설은 부정액형 상해보험에 대해서만 상법 제727조 단서가 적용된다고 본다. 한편 일본의 다수설도 부정액형 상해보험에만 청구권대위를 적용한다.<sup>28)</sup>

#### 다. 분석 및 검토

##### (1) 정액형 상해보험에는 적용 불가

생각건대, 상법 제729조 단서는 부정액형 상해보험에만 적용된다고 해석하는 다수설이 타당하다. 청구권대위는 그 취지를 고려할 때 정액형 상해보험에는 적용하기 어렵기 때문이다.

청구권대위의 취지는, 이득 취득의 금지, 그리고 제3자의 부당한 면책방지에 있다.<sup>29)</sup> 즉 보험금도 받고 배상의무자인 제3자에 대한 청구권도 행사하면, 손해 전보를 넘어 이득을 얻게 되기 때문이다. 또한 그렇다고 해서 배상의무자인 제3자가

25) 박기억, “상해보험계약과 생명보험계약의 구분”, 앞의 각주 8), 163면.

26) 채이식, **상법IV(보험법·해상법)**, 2001, 216면.

27) 상계서.

28) 山下友信, **保險法**, 2005, 547면.

29) 대법원 1989. 4. 25. 선고 87다카1669 판결. 통설도 그 취지를 동일하게 바라본다.

책임을 면하는 것도 불합리하기 때문이다.

청구권대위의 취지 중에서 이득금지는 정액형 상해보험에서는 관철될 수 없다. 정액형 상해보험은 상해사고가 발생하면 정액의 보험금을 지급하는 것이다. 따라서 손해를 산정해서 그만큼만 지급하는 부정액형 상해보험과 달리, 그 성질상 이득금지가 적용되기 어렵다. 그럼에도 불구하고 이득금지가 그 취지인 청구권대위를 정액형 상해보험에 적용하자는 것은 타당하지 않다.

1991년에 상법 제729조 단서를 신설한 이유도 부정액형 상해보험에 대해 청구권대위를 도입하는 데 있음은 법 개정 과정에서도 확인된다.<sup>30)</sup> 즉 1991년 상법 보험편 개정을 위한 설치되었던 법무부 상법개정특별분과위원회 회의록에 의하면, 위 단서는 부정액형 손해보험에 대해 적용하고, 정액형 상해보험에는 적용하지 않을 것을 의도하여 신설한 것임이 분명하다.<sup>31)</sup>

요컨대 청구권대위의 취지를 고려하면, 상법 제729조 단서는 정액형 상해보험에는 적용되지 않는 것으로 해석해야 한다. 향후 상법 제729조 단서를 개정해서 이를 분명하게 규정하는 것도 필요하다.

## (2) 약정 추정의 불가

부정액형 상해보험에서 청구권대위의 약정을 추정하자는 견해는 타당하지 않다. 예외는 엄격하게 제한하여 해석할 필요가 있다. 인보험은 청구권대위가 가능하지 않은 것이 원칙이고, 예외적으로 당사자의 약정이 있으면 상해보험에 청구권대위를 적용한다(상법 제729조). 예외는 제한 해석해야 하므로, 약정의 추정은 타당하지 않다.

## 2. 중복보험

### 가. 문제의 제기

상해보험에는 중복보험에 관한 규정이 없다. 한편 손해보험에는 중복보험이 규정되어 있다(상법 제672조). 부정액형 상해보험은 그 성질이 손해보험과 유사하므로, 중복보험 법리가 적용되어야 한다는 주장이 유력하다.

이에 따라, 상법 제672조를 부정액형 상해보험에 유추적용(또는 준용)할 수 있는

30) 박기억, “정액보험계약에 관한 소고”, 법조, 제52권 제4호, 2003, 149면.

31) 법무부, 상법개정특별분과위원회 회의록(), 1990, 403면.

지가 다투어진다. 1991년 상법 개정시에, 상해보험에서 계약 당사자의 약정이 있으면 청구권대위가 가능하다는 규정을 신설했다(상법 제729조 단서). 이와 달리, 상해보험에서 중복보험이 가능한지에 대해서는 아무런 규정을 두지 않았다. 그 결과 이 문제는 해석에 맡겨져 있다.

또한, 중복보험의 법리를 유추적용 한다고 할 때, 계약 당사자의 약정이 있는 경우로 한정할 것인지도 해석상 문제이다. 참고로 상법 제729조 단서는 그런 약정이 있는 경우에만 청구권대위를 상해보험에 적용한다.

#### 나. 판례 및 학설

판례는 무보험자동차에 의한 교통사고로 인해 상해를 입었을 때 그 손해를 보상하는 보험에 중복보험의 법리가 준용된다고 해석한다. 즉 대법원 2006. 11. 10. 선고 2005다35516 판결은, 이러한 보험은 상해보험으로서의 성질과 함께 손해보험으로서의 성질도 갖고 있는 손해보험형 상해보험이고, 이에 대해서는 중복보험에 관한 상법 제672조 제1항이 준용된다고 해석하였다.<sup>32)</sup> 이러한 준용함을 함에 있어서 계약 당사자의 약정이 있을 것을 요구하지 않았다.

학설로는, 상해보험에 중복보험의 법리를 준용하자는 견해,<sup>33)</sup> 정액형 상해보험에는 중복보험의 법리를 유추적용 하지 말아야 한다는 견해,<sup>34)</sup> 상해보험에도 구체적인 법률관계에 따라 피보험자의 손해보험적 측면이 강하게 나타나거나 강하게 적용할 필요가 있으면 손해보험 규정을 적용할 수 있으므로 중복보험의 법리를 적용하자는 견해,<sup>35)</sup> 중복보험의 법리를 적용하자는 내용의 당사자 약정이 있어야만 가능하다는 견해<sup>36)</sup> 등이 있다.

32) 이 판결을 따른 판결로는, 대법원 2006. 11. 23 선고 2006다10989 판결; 대법원 2007. 10. 25 선고 2006다25356 판결 등이 있다.

33) 양승규, 전계서, 492면.

34) 김성태, 전계서, 879면.

35) 김하늘, “가. 무보험자동차에 의한 상해담보특약에도 중복보험에 관한 상법 제672조 제1항이 준용되는지 여부 [등]”, **대법원판례해설**, 제63호, 법원도서관, 2007, 282면.

36) 장덕조, 전계서, 467면; 박기억, “상해보험계약과 생명보험계약의 구분”, 각주 8), 164면.

다. 분석 및 검토

(1) 중복보험 법리의 의의

상법 제672조 제1항이 규정하는 중복보험이란, 피보험이익, 보험목적, 보험사고, 피보험자, 보험기간 등이 중복되는 여러 개의 보험계약이 여러 명의 보험자와 체결되고 그 보험금액의 합계가 보험가액을 초과한 경우이다.

중복보험의 경우에 피보험자는 보험금액의 합계까지 보상받을 수 있는가. 부정해야 한다. 이것은 손해보험에 요구되는 이득금지 원칙 때문이다. 따라서 중복보험의 경우 피보험자는 보험가액의 범위 내에서만 보험금을 받을 수 있다. 그렇다면 보험가액의 범위 내에서 각 보험자의 책임을 어떻게 배분할 것인가. 상법 제672조 제1항은 비례연대주의를 취한다. 즉 각 보험자는 보험금액의 총액에 대한 자신의 보험금액의 비율에 따른 보상책임을 지되, 다만 자신의 보험금액의 한도에서 연대책임을 진다.

요컨대 중복보험 법리의 취지는, 보험계약과 보험자의 수를 늘려서 손해를 초과하는 이득을 취득하는 것을 금지하고, 또한 보험자 사이에서 보상책임을 합리적으로 배분하는 데 있다.

(2) 상해보험에의 적용 범위

상해보험은 보상방식에 따라 정액형과 부정액형이 있는데, 이들 모두에게 중복보험의 법리를 적용할 것인가의 문제이다.

중복보험 법리의 취지가 이득금지라는 점을 고려하면, 정액형 상해보험에는 중복보험의 법리가 적합하지 않다. 정액형 상해보험은 상해사고가 발생하면 그 손해를 보상하는 것이 아니라 정액을 지급하는 것이기 때문이다. 즉 이득금지의 원칙과는 거리가 있는 것이다. 따라서 정액형 상해보험에도 중복보험 법리를 적용하자는 견해<sup>37)</sup>에는 찬성하기 어렵다.

한편 부정액형 상해보험은 상해로 인한 손해를 보상하는 보험으로서, 손해보험과 유사한 측면이 있고, 이득금지와 관련된다. 따라서 부정액형 상해보험은 중복보험 법리가 적용될 필요가 있다.

37) 양승규, 전제서, 492면.

### (3) 유추해석의 문제

현재 중복보험의 법리는 손해보험에 적용된다고 규정되어 있을 뿐, 상해보험에의 적용은 명문의 규정이 없다. 만약 이를 반대해석하면 중복보험 법리가 상해보험에 적용이 없지만, 이와 달리 유추해석 한다면 적용이 있게 된다. 생각건대, 유추적용이 타당하다고 본다. 그 이유는 다음과 같다.

현재 상해보험에 관한 법 규정은 불비한 상태이다. 생명보험에 관한 규정을 준용하고 있을 뿐이다. 특히 부정액형 상해보험에 관한 별도의 규율은 사실상 없다. 이것은 1962년 상법의 제정 당시에 상해보험의 특성, 특히 부정액형 상해보험의 그것에 대한 검토 및 반영이 제대로 이루어지지 않았기 때문이다.

이런 상황 하에서는, 손해보험에 관한 규정은 성질이 허용하는 범위 내에서 부정액형 상해보험에 유추적용 하는 것이 필요하다. 이를 통하여 법의 공백을 메꾸고 분쟁의 합리적 해결을 도모할 수 있게 된다.

부정액형 상해보험은 이득금지의 면에서 손해보험과 유사하다. 따라서 이득금지를 취지로 하는 손해보험의 중복보험 법리는 그 성질상 부정액형 상해보험에 유추 적용하는 것이 타당하다.

### (4) 계약 당사자의 약정 문제

부정액형 상해보험에 중복보험의 법리를 적용하기 위해서는, 계약 당사자의 약정이 있어야 하는지의 문제이다. 이것은 상해보험에 청구권대위를 적용하려면 계약 당사자의 약정이 있어야 한다는 상법 제729조 단서와의 균형을 고려할 때 제기될 수 있는 문제이다.<sup>38)</sup>

생각건대, 청구권대위와 달리, 중복보험의 경우는 계약 당사자의 약정이 필요하지 않다고 해석할 필요가 있다. 그 이유는 다음과 같다.

부정액형 상해보험에서 약정이 없으면 청구권대위가 적용되지 않는다. 이 경우 피보험자인 보험수익자가 보험자에게 보험금청구권을 행사하고 배상의무자인 제3

38) 보험계약 당사자 사이에 약정이 있어야 중복보험의 법리가 적용될 수 있다고 하면서, 약정이 있어야 하는 근거를 다른 것에서 찾는 견해도 있다. 즉, 판례는 상해보험에서 이미 존재하는 질병 등 기왕증의 영향으로 인해 손해가 중하게 된 경우 그 기여도만큼 보험금을 감액할 수 있다는 약관(이른바 ‘기왕증기여도 감액약관’)이 있는 경우 그 약관의 유효성을 인정하고 있는데, 계약 당사자의 약정이 있는 경우에만 기왕증기여도를 인정하는 것과의 균형을 고려할 때, 중복보험 법리도 계약 당사자의 약정이 있어야만 한다는 견해이다. 장덕조, 전거서, 467면.

자에게 손해배상청구권도 행사하면 이득을 얻을 수 있다. 그가 얻을 수 있는 이익은 지급받은 보험금액 이내이다.

부정액형 상해보험에서 약정이 없으면 중복보험 법리가 적용되지 않는다고 가정해 보자. 약정이 없기 때문에 피보험자인 보험수익자가 얻을 수 있는 이익은, 보험계약의 수와 보험자의 수에 비례하여 무한히 증가할 수 있다. 이것은 보험의 도박화 및 인위적 사고의 우려를 야기할 수 있는 것이다.

따라서 부정액형 상해보험에 대해서는 계약 당사자 사이의 약정이 없더라도 중복보험의 법리를 유추적용 하는 것이 타당하다고 본다. 향후 상법 보험편 개정시에 이 점을 반영할 필요가 있다고 본다.

## VI. 맺으며

이상에서 우리 상법상 상해보험의 법적 쟁점을 고찰한 결과 다음의 결론에 이르렀다.

첫째, 상해사망보험은 그 법적 성질이 사망보험이라고 해석할 필요가 있다.

둘째, 보험계약자와 피보험자가 다른 타인의 상해보험에서, 피보험자와 보험수익자가 동일한 경우는, 피보험자의 동의가 없더라도 해당 보험계약은 유효한 것으로 해석할 필요가 있다.

셋째, 피보험자와 보험수익자가 다른 상해보험은 보험수익자가 피보험자의 상해에 대해 일정한 경제적 이해관계를 갖고 있는 경우에만 유효한 것으로 해석할 필요가 있다.

넷째, 계약 당사자의 약정이 있으면 청구권대위를 상해보험에 적용하는 상법 제 729조 단서는 정액형 상해보험이 아닌 부정액형 상해보험에 적용되는 것으로 해석할 필요가 있다. 이 경우 계약 당사자의 약정은 추정되는 것으로 해석하지 않는다.

다섯째, 손해보험 제672조의 중복보험 법리가 정액형 상해보험이 아닌 부정액형 상해보험에 유추적용 되는 것으로 해석할 필요가 있다. 이 경우 계약 당사자의 약정이 없더라도 유추적용이 가능한 것으로 해석하는 것이 바람직하다.

이상의 해석론을 향후 상법 개정을 통해 법에 반영함으로써 상해보험에 관련된 법적 불확실성을 해소할 필요가 있다. 그러나 아쉽게도 2014년에 전면적으로 개정된 상법 보험편에는 상해보험에 관한 규정 개정이 전혀 포함되지 않았다. 앞으로

상해보험의 특수성에 대해 좀 더 관심을 갖고 깊은 연구가 이루어지기를 기대해 본다.

투고일 2014. 4. 24    심사완료일 2014. 5. 23    게재확정일 2014. 5. 30
---



## 참고문헌

- 김성태, **보험법강론**, 2001.
- 김하늘, “가. 무보험자동차에 의한 상해담보특약에도 중복보험에 관한 상법 제672조 제1항이 준용되는지 여부 [등]”, **대법원판례해설**, 제63호, 법원도서관, 2007.
- 문상배, “상해보험에 있어서의 기왕증 기여도 감액약관의 유효성과 그 취지”, **판례연구**, 부산판례연구회, 제19집, 2008.
- 박기억, “상법 제729조 단서의 해석”, **법률신문**(2003. 1. 2).
- \_\_\_\_\_, “정액보험계약에 관한 소고”, **법조**, 제52권 제4호, 2003.
- \_\_\_\_\_, “상해보험계약과 생명보험계약의 구분”, **변호사**, 제43집, 2013.
- 박세민, **보험법**, 2011.
- 박은경, “무보험자동차에 의한 상해가 둘 이상 가입된 경우의 중복보험 해당성에 관한 연구”, **법학연구**, 제32집, 한국법학회, 2008.
- 법무부, **상법개정특별분과위원회 회의록(I)**, 1990.
- 송옥렬, **상법강의**, 2013.
- 양승규, **보험법**, 2005.
- \_\_\_\_\_, “기왕증과 상해의 인과관계”, **손해보험**(2003. 5).
- \_\_\_\_\_, “무보험자동차에 의한 상해담보와 보상한도”, **손해보험**(2004. 5).
- 이경재, “상해보험에서 ‘상해로 인한 사망’의 경우 상법적용에 관한 연구”, **보험개발연구**, 제13권 제1호, 2002.
- 이진수, “상해보험에 관한 고찰”, **한국보험학회 하계학술대회 발표자료**(2013. 8).
- 장덕조, **보험법**, 2011.
- 정경영, “자기신체사고보험과 가해차량의 대인배상책임보험과의 관계”, **보험법연구** 6, 2005.
- 정찬형, **상법강의(하)**, 2010.
- 정동윤·손주찬 외, **주식 상법(보험)**, 2001.
- 채이식, **상법IV(보험법·해상법)**, 2001.
- 최준선, **보험법·해상법·항공운송법**, 2012.
- 福田弥夫·古笛恵子, **逐條改正保險法**, ぎょうせい, 2008.
- 山下友信, **保險法**, 2005.
- 萩本修 編著, **保險法立案關係資料**, 商事法務, 2008.
- 坂田光男, **保險法學說史の研究**, 文眞堂, 2008.

<Abstract>

## A Study on Some Legal Issues of Personal Accident Insurance

Han, Ki Jeong\*

Korea has seen the market of personal accident insurance (PA insurance) grow rapidly in recent years. This is mainly because of the increasing number of cars contributing to the rise of personal accident risks.

The Commercial Code of PA insurance, in contrast, has noticed few changes since its enactment. Legislated in 1962, the Commercial Code included three articles about PA insurance. The article 737 is about defining PA insurance, the article 738 prescribes matters to be mentioned on the PA insurance certificate, and article 739 provides that articles as to life insurance excluding the article 732 apply *mutatis mutandis* to PA insurance. The only revision of the Commercial Code of PA insurance was establishing the proviso of the article 729 in 1991, which allows subrogation in the area of PA insurance when both parties to the contract agree to it. The Commercial Code of insurance was completely reformed in 2014, but much to our regret, it did not cover PA insurance at all.

It has been criticised that current Commercial Code of PA insurance does not properly mirror the characteristics of PA insurance. It is mainly due to the Code simply applying articles about life insurance *mutatis mutandis* to PA insurance rather than establishing its own independent domains. Therefore, it is now necessary to interpret and revise the articles of PA insurance according to the attributes of PA insurance. In this sense, this paper discusses five controversial issues.

The first is how to define the legal nature of personal accident death insurance (PAD insurance). This insurance contains not only the element of personal accident but also the element of death. Some classify PAD insurance into PA insurance

---

\* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

stressing the element of personal accident. However, it has been suggested that PAD insurance be categorized as death insurance, because the current Commercial Code is interpreted to put a bigger emphasis on the element of death when both elements conflict.

The second is whether to require the insured's consent in PA insurance when the policyholder and the insured are not identical although the insured and the beneficiary are the same. The article 731 about life insurance stipulates such an assent regardless of whether or not the insured is identical with the beneficiary. It needs to be interpreted that such a consent is unnecessary when the insured has also the status of the beneficiary. It is because the insured of PA insurance is kept alive after the occurrence of personal accident and enjoys the insurance money for the sake of himself.

The third is whether to permit PA insurance when the insured and the beneficiary are not the same. The Commercial Code of life insurance does not require that they are the same. However, if the beneficiary has no economic interest in the insured's personal accident, this type of insurance may fall into a gamble. Therefore, it has been suggested that the above PA insurance be allowed when the beneficiary has some economic interests in the insured's personal accident.

The fourth is about the interpretation of the proviso of the article 729 of the Commercial Code which admits subrogation when both parties to PA insurance contract agree to it. There is no doubt that subrogation is possible in the area of loss-compensating PA insurance. The question is whether to allow it even in fixed-amount-compensating PA insurance. The answer should be negative, considering that the basis of subrogation is prevention of gains.

The final is whether to apply dual insurance rules to PA insurance. The Commercial Code provides such rules for general insurance but not life or personal accident insurance. It is suggested that such rules be applied to loss-compensating PA insurance through analogical interpretation. It is because general insurance and loss-compensating PA insurance are the same in loss compensation, and dual insurance rules relate to it.

We need to reform the current Commercial Code of PA insurance by way of re-

flecting the above interpretations. So we hope to resolve legal uncertainties about PA insurance contracts.

Keywords: personal accident insurance, personal accident death insurance, the insured, the insured's consent, the beneficiary, gamble, subrogation, loss-compensating personal accident insurance, dual insurance rules