

法學碩士 學位論文

責任保險者의 代位權의
實現에 관한 研究

A Study on Realization of Right of Subrogation
from the Liable Third Party

指導教授 鄭 暎 錫

2005年 8月

韓國海洋大學校 大學院

海 事 法 學 科

崔 鍾 辰

< 목 차 >

第1章 序論	1
第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍와 方法	3
第2章 責任保險者의 保險者 代位와 法理	4
第1節 商法上 保險者 代位	4
1. 法的 根據	4
2. 法的 性質	5
3. 保險의 目的에 對한 保險者 代位	5
4. 第三者에 對한 保險者 代位	12
5. 小結	25
第2節 民法上 공동불법행위	27
1. 立證責任의 轉換	27
2. “共同”의 意味	28
3. 공동불법행위의 類型別 要件	29
4. 效果	31
5. 求償關係	31
6. 小結	35
第3節 責任保險者의 求償權 제한	37
1. 問題의 소재	37
2. 事案의 紹介	37
3. 批判	50
第3章 責任保險者에 對한 第三者의 直接請求權	55
第1節 意義	55
第2節 特性	56
1. 獨立性	56
2. 強行性	57
3. 排他性	57

第3節 法的 性質	57
1. 學說의 對立	57
2. 判例의 態度	58
第4節 請求權의 競合	59
第5節 消滅時效	60
1. 學說의 對立	60
2. 判例	61
3. 責任保險者의 다른 공동불법행위자에 대한 求償權의 消滅時效 ..	62
第6節 小結	63
第4章 責任保險者의 求償權 問題點과 實現方案	65
第1節 求償權에 대한 問題點	65
1. 意義	65
2. 學說의 對立	65
3. 判例의 立場	66
4. 批判	67
第2節 입법적용에 따른 實現方案	67
1. 産業災害補償保險法	67
2. 漁船員災害補償保險法	71
3. 其他	73
4. 小結	75
第3節 辨濟者 代位에 따른 實現方案	76
1. 意義	76
2. 民法上 辨濟者 代位	76
3. 小結	77
第5章 結論	78
參考文獻	80
英文要約(Abstract)	82

第1章 序論

第1節 研究의 目的

保險者가 保險事故로 인한 손실을 被保險者에게 보상해 주고 그 被保險者 또는 保險契約者가 보험의 目的이나 第三者에 대하여 가지는 權利를 法律上 取得하는 것을 保險者 代位(right of subrogation)라 하며, 이는 損害保險契約에서 利得禁止(Bereicherungsverbot)의 原則이 적용되어 保險者가 손해를 被保險者에게 보상해 주면 被保險者가 보험의 目的이나 第三者에 대하여 가지는 權利를 이중으로 行事하지 못하고 그 權利를 保險者에게 移轉하도록 하고 있다.

이 研究는 商法 제681조에서 규정한 ‘保險目的에 관한 保險代位’와 商法 제682조의 ‘第三者에 대한 保險代位’의 類型中 손해가 第三者의 행위를 원인으로 하여 被保險者의 손해가 발생하고 또한 保險金額을 支給하여 이러한 第三者에 대한 被保險者의 權利가 존재하는 第三者에 대한 保險代位에 대하여 責任保險者의 第三者에 대한 求償權이 第三者의 被保險者에 대한 항변으로 制限된다는 점에 대하여 살펴보고자 한다.

또한 民法 제760조 공동불법행위에 관한 공동불법행위자 相互間의 求償關係에 대하여 ‘일반적인 요건’과 ‘共同部分을 超過하는 共同免責’을 요구하고 있으며, 求償의 範圍도 단순히 상대 공동불법행위자의 부담부분 이라기 보다는 共同免責을 행한 자가 출연한 금액 중 자신의 부담부분을 넘어서는 부분에 한정하고 있다. 이와 관련된 判例의 입장에 의하면, 각 50%의 과실비율로 공동불법행위를 행한 자들 중 일방 공동불법행위자가 100의 損害를 입은 被害者에게 70을 지급하여 70만큼의 共同免責을 행한 경우, 이러한 일방 공동불법행위자가 상대방 공동불법행위자에 대하여 請求할 수 있는 求償의 範圍는 相對方의 부담비율에 따른 35가 아닌 전

체 손해액을 기준하여 자신의 부담부분을 넘어서는 20에만 한정된다.

결국, 責任保險者 입장에서 보면, 第三者에 대한 연대책무를 누가 변제하느냐에 따라 그 求償의 範圍가 달라지게 되는 바, 海上에서 衝突事故로 인하여 兩 船舶 所有者의 피변제자력이라는 우연한 사정에 의하여 責任保險者의 求償範圍가 달라지게 된다는 것은 분명 논란의 여지가 있을 수 있다.

보험자는 보험사고가 발생한 경우 피보험자에게 保險金을 支給하며, 지급채무의 소멸시효는 2년이다. 商法 제724조(보험자와 제3자와의 관계) 제2항이 改正되기 전에는 責任보험의 경우에도 이러한 原則이 適用되어 피해자가 아닌 피보험자만이 保險金을 請求할 수 있었고, 그 請求權이 시효로 소멸하면 被保險者 본인의 재산으로 피해자에게 책임을 부담하여야 하였다. 즉, 損害賠償의 直接的 責任은 被保險者이고 保險者는 間接적 책임을 負擔하지 아니하였다.

동 法의 改正으로 인하여 責任保險契約에 편입되지 아니한 被害者도 法律규정에 의하여 直接 保險者에게 손해보상을 要求할 수 있게 되어 消滅時效期間도 추후 다른 공동불법행위자의 責任保險者가 먼저 共同免責을 이행하고 求償해 올 경우 사고시부터 공동면책시까지의 其間이 더욱 추가하여 延長되는 결과를 초래하였다.

現行 商法上 責任保險者는 被害者의 直接 請求權에 의하여 그 責任範圍가 확장되었고 나아가 공동불법행위자의 責任保險者의 책임 범위는 判例에 의하여 더욱 增加하게 되었으며, 責任保險 關係에 있어서 피해자의 보호가 최 우선시되어야 함은 법리적인 타당성의 담보 문제가 아닌 政策的 견지에서 이해되어야 할 사항임은 부정하기 어렵다.

그러나 被害者의 保護에도 충실하면서 責任保險者의 責任增大에 對應한 求償權 行사가 公평타당한 내용으로 실현될 수 있다면 責任보험의 健全하고 지속적인 運用 수단으로 평가될 수 있을 것이다.

이에 판례상으로만 認定되는 공동불법행위자 相互間의 求償權 制限 法理에 대응가능한 方案으로 ‘입법적용에 따른 실현방안’과 ‘辨濟者 代位에 따른 실현방안’에 의한 求償權 實現 方案을 研究해 보고자 한다.

第2節 研究의 範圍와 方法

이 研究는 船舶衝突事故로 인하여 第三者가 損害를 입어 兩 船舶所有者중 어느 船舶所有者의 責任保險者가 第三者의 손해중 일부를 배상하여 준 경우에 이를 원인으로 한 공동불법행위자인 다른 船舶所有者에 대하여 求償權을 행사함에 있어 공동으로 분담하고 있는 연대채무액 전액중 자기의 運航過失을 감안한 責任比率를 넘어서는 금액을 지급한 경우, 이러한 초과금액에 대하여만 상대방 공동불법행위자에 대하여 구상할 수 있다는 ‘공동불법행위자 相互間의 求償權 行事に 관한 制限 法理’가 대법원의 일관된 견해이기에 실무적으로 자주 대두되는 第三者에 대한 구상 문제를 研究함에 있어 지난 0000년 00월 00일 00시 00분경 전남 완도군 신지도 남서방 약 3마일 해상에서 어선(총톤수 79톤)과 상선(총톤수 3,096톤)이 서로 충돌하여 어선이 전복되면서 승선 중이던 선원 4명이 사망하고 1명이 실종되었으며, 7명이 부상당하는 사고에 대하여 소송에 대한 批判과 爭點 事項을 研究하였다.

아울러, 국내의 關聯書籍과 研究論文, 韓國海運組合과 水産業協同組合의 선원공제 및 수차례의 법률질의 회신자료 그리고 判例와 수년간 보상 업무를 담당하면서 겪어왔던 筆者의 현장경험을 적절히 이용하였다.

이 論文의 構成은 第1章에서는 研究의 目的과 研究의 範圍와 方法을 說明하고 第2章에서는 責任保險者의 保險者 代位와 法理에 대하여 商法上 保險者 代位와 民法上 공동불법행위 그리고 責任保險者의 求償權 制限에 관한 사안을 紹介하여 深度있게 살펴보며, 第3章에서는 責任保險者에 대한 第三者의 直接請求權에 대하여 이에 대한 特性 및 法的 性質과 請求權의 競合 및 消滅時效에 대하여 연구하였다.

그리고 第4章에서는 責任保險者의 求償權 問題點과 實現方案에 대하여 문제점에 대한 내용을 토대로 입법적용에 따른 실현방안과 辨濟者 代位에 의한 실현방안을 살펴보고 이어 마지막으로 제5장에서 本 論文의 結論을 綜合하여 定理하였다.

第2章 責任保險者의 保險者 代位와 法理

第1節 商法上 保險者 代位

保險者 代位(right of subrogation)란 保險者가 保險事故로 인한 손실을 被保險者에게 보상하여 주고, 그 被保險者 또는 保險契約者가 보험의 目的이나 第三者에 대하여 가지는 權利를 法律上 當然히 취득하는 것을 意味한다.

商法の 이 같은 원리는 損害補償 契約의 일종인 損害保險 契約에서는 이른바 ‘利得禁止(Bereicherungsverbot)의 原則’이 適用되는 結果에 따라, 保險者가 保險事故로 말미암은 損害를 被保險者에게 補償해 주면 被保險者가 보험의 目的이나 第三者에 대하여 가지는 權利를 이중으로 행사하지 못하고, 그 權利를 保險者에게 이전하도록 하기 때문이다.

현행 商法上 保險者 代位는 보험의 목적에 관한 保險者 代位(商法 제 681조)와 第三者에 대한 保險者 代位(商法 제682조)가 규정되어 있다.

1. 法的 根據

이러한 保險者 代位の 法的 根據에 대하여는 이를 손해보상계약상에서 구하는 입장과 政策的 見地에서 찾는 입장으로 구별된다.

前者의 경우, 損害保險契約은 일종의 損害補償契約인 이상 이는 保險事故로 인하여 被保險者에게 어떤 이득을 주기 위한 것이 아니라 단지 손해의 보상만을 목적으로 한다는 점에서 당연히 保險者 代位가 인정된다는 입장으로 학계의 多數說이다¹⁾.

1) 崔基元, 保險法, 博英社, 1996, 270면 ; 孫珠瓚, 第六訂增補版 商法(下), 博英社, 1997, 589면 ; 徐燾珏·鄭完溶, 第4全訂版 商法講義(下), 法文社, 1998,

반면, 後者의 경우에 있어서는, 被保險者로 하여금 利得을 얻도록 하여서는 안된다는 原則은 保險契約이 被保險者에 의한 保險事故의 유발이나 도박 등의 不正行爲에 이용될 위험을 방지하기 위한 수단으로서 인정된 것이라고 보는 입장이다.²⁾ 현재 우리의 학계에서는 前者의 입장이 多數說이나, 前者의 입장과 後者의 입장을 沿革的 觀點에서 절충하는 遊歷說도 있다.³⁾

2. 法的 性質

保險者 代位의 내용인 보험의 目的에 관한 權利 또는 第三者에 대한 權利의 移轉은 民法上의 損害賠償者의 代位(民法 제399조, 채권자가 그 채권의 目的인 물건 또는 권리의 가액전부를 손해배상으로 받은 때에는 채무자는 그 물건 또는 권리에 관하여 당연히 채권자를 代位)와 동질의 것으로 이해된다.⁴⁾ 이에 따라 保險者 代位에 따르는 잔존물 權에 관한 權利의 移轉의 경우에는 인도 또는 등기를 요하는 物權變動(民法 제186조, 부동산에 관한 法律行爲로 인한 物權의 득실변경은 登記하여야 그 효력 발생), 민법 제188조, 동산에 관한 物權의 양도는 그 동산을 引渡하여야 효력 발생하며, 양수인이 이미 그 動産을 점유한 때에는 當事者의 의사표시만으로 그 효력 발생)의 절차를 밟지 아니하고도 債務者 그 밖의 第三者에게 대항할 수 있다.

3. 保險의 目的에 대한 保險者 代位

418면.

2) 伊澤孝平, 保險法, 1957, 298면.

3) 梁承圭, 保險法(第3版), 三知院, 1999, 제235면.

4) 徐燾珏·鄭完裕, 第4全訂版 商法講義(下), 法文社, 1998, 418면 ; 鄭熙喆, 補訂版 商法學(下), 博英社, 1990, 426면 ; 崔基元, 保險法, 博英社, 1996, 270면 ; 梁承圭, 保險法(第3版), 三知院, 1999, 236면.

(1) 意義

보험의 목적에 대한 保險者 代位란, 물건보험에 있어서 보험의 목적이 훼손되어 그 본래의 경제적 기능을 전부 잃은 경우에 그 잔존물의 가액을 평가하지 아니하고 전손으로 취급하여 保險金額의 전부를 지급한 경우에 그 잔존물에 대한 被保險者의 권리를 保險者에게 이전시키는 제도를 의미하는 바⁵⁾, 이를 잔존물 代位라고도 한다.

이는 보험의 목적에 현실전손이 있는 경우에 被保險者의 손해를 보상하여 준 보험자에게 법률상 당연히 잔존물에 대한 權利를 移轉시키는 제도로서, 보험의 目的이 전부 멸실한 것과 동일시되는 추정전손이 있는 경우에 被保險者의 특별한 의사표시에 의하여 보험의 목적에 대한 권리를 保險者에게 이전시키고 保險金을 청구하는 制度인 해상보험의 保險委付(商法 제710조6)와 유사하다. 그러나 保險委付의 경우에는 위부된 목적물이 被保險者에게 지급한 보험금액이 큰 것으로 입증되어도 保險者는 여전히 그 전부에 대한 권리를 가질 수 있는 반면, 保險者 代位の 경우에는 保險者가 被保險者에게 지급한 保險金額 이상의 권리를 구할 수 없다는 점에서 양자는 구별된다.⁷⁾

5) 商法 第681條(保險目的에 關한 保險代位)의 본문 참조

6) 商法에서 정한 保險委付 原因의 규정내용(1991. 12. 31.개정)은,

1. 被保險者가 保險事故로 인하여 자기의 船舶 또는 積荷의 占有를 상실하여 이를 회복할 可能性이 없거나 회복하기 위한 費用이 회복하였을 때의 價額을 초과하리라고 豫想될 경우와
2. 船舶이 保險事故로 인하여 심하게 훼손되어 이를 修繕하기 위한 費用이 修繕하였을 때의 價額을 초과하리라고 豫想될 경우와
3. 積荷가 保險事故로 인하여 심하게 훼손되어서 이를 修繕하기 위한 費用과 그 積荷를 目的地까지 運送하기 위한 費用과의 合計額이 到着하는 때의 積荷의 價額을 초과하리라고 豫想될 경우에는 被保險者는 보험의 目的을 保險者에게 委付하고 保險金額의 全部를 請求 가능토록 되어 있다.

(2) 要件

1) 保險金額의 全部 支給

商法 제681조는 보험의 目的의 전부가 멸실 및 保險者에 의한 保險金額 전부의 지급을 보험의 目的에 대한 保險者 代位の 要件으로 규정하고 있다. 여기서 보험의 目的의 전부가 멸실되었다 함은, 보험계약 체결 당시 보험의 目的이 가진 경제적 가치가 전부 멸실한, 이른바 전손(total loss)을 意味한다. 다만 이러한 전손의 개념은 절대적인 개념이 아니라 상대적인 개념인 이상, 당사자 간의 損害防止費用에 의한 특정이 가능하다.⁸⁾

2) ‘全部 支給’의 意味

한편, 保險金額을 全部 支給하였다 함은 보험의 目的에 대한 손해뿐만 아니라 保險者가 부담하여야 할 損害防止費用(商法 제680조, 保險契約者와 被保險者는 損害의 방지와 輕減을 위하여 노력하여야 한다. 그러나 이를 爲하여 必要 또는 有益하였던 費用과 補償額이 保險金額을 超過한 境遇라도 保險者가 이를 負擔)까지 포함한다.⁹⁾

(3) 效果

7) 梁承圭, 保險法(第3版), 三知院, 1999, 238면.

8) 商法 第778條(船舶의 修繕不能)의 規定에 의하면, 修繕費가 船舶의 價額의 4分の 3을 超過할 때에는 船舶은 修繕하기 不能하게 된 것으로 본다.

9) 崔基元, 保險法, 博英社, 1993, 제272면 ; 梁承圭, 保險法(第3版), 三知院, 1999, 239면.

1) 被保險者의 權利의 移轉

보험의 目的의 전부가 멸실한 경우에 保險金額의 전부를 지급한 保險者는 보험의 目的에 대한 被保險者의 權利를 취득하게 되고(商法 제681조 본문), 그에 따라 保險者는 被保險者 또는 第三者에 대하여 그 權利를 주장할 수 있는 반면, 保險者와의 특약이 없는 한 被保險者는 그 目的物에 대하여 아무런 權利를 가지지 못하고, 임의로 처분할 수도 없다. 또한 보험의 目的에 의한 被保險者의 權利의 이전은 법률의 규정에 의하여 당연히 이루어지는 것이므로 그 目的物에 대한 물권변동의 절차(民法 제186조, 제188조)를 요하지 아니한다.

한편 保險者가 被保險者로부터 이전받는 權利는 保險金에 대한 權利일 뿐 損害防止費用에 대하여는 그것이 保險者의 부담이기 때문에¹⁰⁾ 損害防止費用에 대한 保險金은 保險者 代位權의 대상에서 제외되는 것이 타당하다고 판단된다. 또한 保險事故에 대한 사고조사비용을 被保險者가 지출하고 이를 保險者가 保險金으로 보상하였다 하더라도, 被保險者의 의뢰에 의하여 保險目的物인 화물의 손상 原因, 정도 및 수량의 조사에

10) 「商法 제680조 제1항 또는 위 보통약관 제5조, 제16조 제1항이 규정한 損害防止費用이라 함은 保險者가 담보하고 있는 保險事故가 발생한 경우에 保險事故로 인한 損害의 발생을 방지하거나 損害의 확대를 방지함은 물론 損害를 경감할 目的으로 행하는 행위에 필요하거나 유익하였던 비용을 말하는 것으로서, 이는 原則적으로 保險事故의 발생을 전제로 하는 것이나, 保險事故가 발생한 것과 같게 볼 수 있는 상태가 생겼을 때에도 그 때부터 被保險者의 損害방지의무는 생겨난다고 보아야 할 것이고, 保險事故 발생시 또는 保險事故가 발생한 것과 같게 볼 수 있는 경우에 被保險者의 法律上 책임여부가 판명되지 아니한 상태에서 被保險者가 손해확대방지를 위한 긴급한 행위를 하였다면 이로 인하여 발생한 필요·유익한 비용도 위 규정에 따라 保險者가 부담하는 것으로 해석함이 상당하다.(大法院 2003. 6. 27. 선고 2003 다 6958호 判決)」

위와 같이 판례는 保險事故가 확정적이지 아니한 상황에서 被保險者가 지출한 損害防止費用에 대하여도 保險者가 부담하여야 한다는 입장이다(같은 취지의 判決로 大法院 2002. 6. 28. 선고 2002다22106호 判決 참조)

소요된 비용은 보험회사가 지급하여야 할 保險金을 산정하기 위한 것으로서 보험회사가 부담하여야 하는 것이므로, 보험회사가 그 비용을 保險金에 포함하여 지급하였더라도 그 조사비용을 保險事故 야기자에게 求償金으로 請求할 수 없다고 보아야 할 것이다.¹¹⁾

2) 移轉되는 權利의 內容

保險者 代位에 의하여 保險者에게 移轉하는 權利는 被保險者가 보험의 目的에 대하여 가지는 피보험이익에 관한 모든 權利로서 이는 目的物에 대한 被保險者의 所有권에 한정되지 않는다.¹²⁾

3) 權利移轉의 時期

保險者 代位權에 의한 權利移轉의 시기는 保險事故의 발생시가 아니고 保險金額을 全部 支給한 때부터이다.¹³⁾ 따라서 被保險者가 保險金의

11) 「원고는 이 사건 화물 손상에 대한 조사비용으로 일화 89,312원을 지급하였으므로 피고가 이를 배상할 책임이 있다고 주장하므로 살피건대, 위 오○야사가 일본해사검정협회에 이 사건 화물에 대한 손상 原因, 정도 및 수량의 조사를 의뢰하고, 원고가 위 오○야사에게 그 조사비용으로 일화 89,312원을 지급한 사실은 앞서 본 바이나, 商法 제676조 제2항은 保險者가 보상할 損害額의 산정에 관한 비용은 保險者의 부담으로 한다고 규정하고 있는바, 위 비용은 원고가 위 오○야사에게 지급하여야 할 保險金을 산정하기 위한 것으로서 保險者인 원고가 그 비용을 부담하여야 하는 것이므로 원고의 주장은 이유 없다.(서울지방법원 1997. 3. 27. 선고 95가합109000호 判決)」

12) 梁承圭, 保險法(第3版), 三知院, 1999, 240면

13) 참고로, 아래와 같이 영국海上保險法에서는 保險事故 발생시로부터 그 權利를 취득하게 된다.

「1906년 海上保險法(MARINE INSURANCE ACT 1906)」

제79조 代位權(Article 79 Rights of subrogation) 제1항 保險者가 保險目的의 전부에 대한, 또는 화물의 경우에는 그 가분적 부분에 대한, 전손 保險金

지급을 받기 전에 그 目的物을 임의로 처분하였으면 保險金에서 그 대가를 공제할 수 있고, 保險金의 지급을 받은 후에 이를 처분한 때에는 保險者는 被保險者에 대하여 그로 인한 損害賠償을 請求할 수 있다.¹⁴⁾

4) 一部保險

보험가액의 일부를 보험에 부보한 一部保險의 경우 保險者는 保險金額의 보험가액에 대한 비율에 따라 보상할 책임을 지게 된다.¹⁵⁾. 따라서 保險者가 保險金額의 전부를 지급한 경우 保險金額의 보험가액에 대한

을 지급한 때에는, 그 保險目的의 잔존물에 대한 被保險者의 이익을 승계할 權利를 갖는다. 그리고 손해를 야기한 사고가 발생한 때부터 保險目的에 대한 그리고 그에 관련된 被保險者의 모든 權利와 구제수단에 代位한다 (Where the insurer pays for a total loss, either of the whole, or in the case of goods of any apportionable part, of the subject matter insured, he thereupon becomes entitled to take over the interest of the assured in whatever may remain of the subject matter so paid for, and he is thereby subrogated to all the rights and remedies of the assured in and in respect of that subject matter as from the time of the casualty causing the loss).

제2항 전항의 규정에 반하지 않는 한, 保險者가 분손保險金을 지급한 때에는 保險目的이나 그 잔존물에 대한 소유권을 취득하지 못한다. 그러나, 그 손해를 지급함으로써, 이 법에 따라 被保險者가 보상을 받은 한도에서, 손해를 야기한 사고가 발생한 때부터 保險目的에 대한 그리고 그에 관련된 被保險者의 모든 權利와 구제수단에 代位한다(Subject to the foregoing provisions, where the insurer pays for a partial loss, he acquires no title to the subject matter insured, or such part of it as may remain, but he is thereupon subrogated to all rights and remedies of the assured in and in respect of the subject matter insured as from the time of the casualty causing the loss, in so far as the assured has been indemnified, according to this Act, by such payment for the loss).

14) 梁承圭, 保險法(第3版), 三知院, 1999, 240면.

15) 商法 第674條(一部保險) 참조

비율에 따라 被保險者가 보험의 目的에 대하여 保有하는 權利를 취득하게 된다¹⁶⁾.

5) 被保險者의 協助義務

保險者가 보험금지급으로 法律上 保險의 目的에 대한 잔존물의 權利를 취득하였다 하더라도 이러한 權利가 대외적으로 公示되지 않는 이상, 保險者가 이러한 權利를 행사하기 위해서는 被保險者의 조력이 필요하다. 따라서 被保險者는 그 目的物을 임의로 처분할 수 없고, 그것이 被保險者의 지배관리 범위내에 있는 한 손해의 감소를 위한 적절한 조치를 취하여야 하며, 그 權利의 行事に 필요한 제반 자료를 被保險者에게 제공하여야 하는 바, 이러한 제반 의무는 信義誠實의 원칙상 요구된다.¹⁷⁾

6) 保險者의 權利 拋棄

한편 保險者가 그 代位權에 기하여 보험의 目的에 대한 소유권을 취득함으로써 그 目的物에 부수하는 의무를 부담하지 않으면 안되는 경우가 있을 수 있는 바¹⁸⁾, 이는 保險者의 입장에서 오히려 代位權의 行사로 인한 불이익을 야기할 수 있다. 그러나 保險者 代位權 또한 權利의 일종인 이상 保險者는 이를 포기하는 방법으로 보험의 目的에 부수한 공법상 또는 사법상의 부담을 피할 수 있다.¹⁹⁾

16) 商法 第681條(保險目的에 關한 保險代位) 참조

17) 梁承圭, 保險法(第3版), 三知院, 1999, 241면.

18) 船舶保險에 있어서 保險者 代位에 의하여 保險者가 침몰선의 소유권을 移轉받는 경우 개항질서법상 船舶所有者로서의 침몰선의 제거의무를 부담하게 되는 경우를 들 수 있다.

19) 崔基元, 保險法, 博英社, 1993, 273면 ; 梁承圭, 保險法(第3版), 三知院, 1999, 242면

4. 第三者에 대한 保險者 代位

(1) 意義

第三者에 대한 保險者 代位란, 保險事故에 의한 被保險者의 손해가 第三者의 행위에 의하여 생긴 경우에 保險金額을 지급한 保險者가 그 지급한 保險金額의 한도 내에서 그 第三者에 대한 保險契約者 또는 被保險者의 權利를 취득하는 것을 意味한다(商法 제682조 본문).

(2) 要件

保險者가 第三者에 대한 被保險者의 權利를 취득하기 위해서는, 손해가 第三者의 행위를 원인으로 하여 被保險者의 손해가 발생하여야 하고, 保險者가 被保險者에게 保險金額을 지급하여야 하며, 그러한 第三者에 대한 被保險者의 權利가 존재하여야 한다.

1) ‘第三者의 行爲’의 意味

여기서 ‘第三者의 行爲’는 第三者의 채무불이행(화재보험에 있어서 임차인의 실화) 또는 심지어 적법행위²⁰⁾에 기한 선장의 공동해손처분)까지도 상정할 수 있으나 주로 民法上의 不法行爲를 주된 형태로 한다.

2) 第三者의 範圍

第三者란 保險契約者 또는 被保險者 이외의 자를 의미하는 바, 그 구

20) 商法 第832條(共同海損의 要件)에서는 船舶과 積荷의 共同危險을 免하기 爲한 船長의 船舶 또는 積荷에 對한 處分으로 因하여 생긴 손해 또는 費用은 共同海損으로 한다고 규정함.

체적 범위는 보험의 종류에 따라 특이하다. 예컨대 자동차의 임차인 또는 사용권자는 記名被保險者의 승낙을 얻어 자동차를 사용 또는 관리중인 共同被保險者로 인정되기 때문에 自動車責任保險에서는 第三者의 범주에서 제외됨에 반하여,²¹⁾ 차량보험에서는 그 자신이 운전을 하거나 타

21) 「商法 제682조 소정의 保險者 代位는, 保險事故로 인한 손해가 保險契約者 또는 被保險者 아닌 第三者의 행위로 인하여 생긴 경우에 保險金額을 지급한 保險者가 保險契約者 또는 被保險者의 그 第三者에 대한 權利를 취득하는 制度이므로, 保險契約의 해석상 保險事故를 일으킨 자가 위 법 소정의 "第三者"가 아닌 "被保險者"에 해당될 경우에는 保險者는 그 保險事故 자에 대하여 保險者 代位權을 行할 수 없는 것이다. 원심判決 이유에 의하면 원심은, 소외 이□회의 피용운전사인 피고가 19○○.11.12. 01:00경 위 이□회 소유로서 원고의 자동차종합보험 대인배상에 가입된 부산 8다5690 화물자동차를 운전하여 가다가 운전부주의로 위 화물자동차의 조수석에 타고 있던 소외 망 김○○를 추락사하게 한 사고를 일으킨 사실 및 사고차량이 가입된 원고의 자동차종합보험 대인배상은 被保險者가 사고로 남을 죽게 하거나 다치게 하여 法律上 損害賠償責任을 짐으로써 입은 損害를 보상하는 보험인데, 위 보험의 보통약관 제11조는 보험증권에 기재된 被保險者 이외에 그 "被保險者를 위하여 자동차를 운전중인 자"도 위의 被保險者의 개념에 포함시키고 있는 사실을 확정된 다음, 원고가 被保險者인 위 이□회를 代位하여 위 被害者의 유족 등에게 합계 금 61,445,150원을 지급함으로써 위 이□회가 피고에 대하여 가지는 損害賠償請求權을 代位 취득한 것이라는 원고의 주장에 대하여, 피고는 차주인 위 이□회의 피용운전사로서 원고의 자동차종합보험 대인배상에 있어서의 被保險者에 관한 규정인 위 보통약관 제11조 제5호 소정의 "被保險者를 위하여 자동차를 운전중인 자"에 해당되는 "被保險者"일 뿐, 商法 제682조에서 말하는 "第三者"에 포함되는 자가 아니므로, 피고가 그 "第三者"임을 전제로 한 이 사건 請求는 이유없다고 판단하였다. 기록에 의하여 살펴보면 피고는 이 사건 사고차량이 가입된 원고의 자동차종합보험보통약관에서 정하고 있는 被保險者이므로, 保險者인 원고는 피고에 대하여 商法 제682조 소정의 保險者 代位權을 行할 수 없다는 원심의 판단은 옳고(大法院 1991. 11. 26. 선고 90다10063호 判決)」 ; 「保險者 代位の 법리에 의하여 保險者가 第三者에 대한 保險契約者 또는 被保險者의權利를 行하기 위해서는, 商法 제682조의 규정에 비추어 볼 때, 손해가 第三者의 행위로 인하여 생긴 경우에 한하고 이 경우 第三者라고 함은 被保險者 이외의 자가 되어야 할 것임이 분명하다고 할 것인 바, 원고保險會社의 자동차종합보험

인으로 하여금 운전을 하게 하거나를 묻지 아니하고 第三者에 속한다. 또한 화재보험에서 임대인이 건물을 보험에 붙인 경우 그 건물의 임차인은 第三者이다.

다만, 타인을 위한 損害保險契約의 경우 保險契約者도 第三者의 範圍에 포함되는가의 여부에 대하여는, 이를 긍정하는 입장²²⁾과 부정하는 입

보통약관 제11조에 의하면, 被保險者는 보험증권에 기재된 記名被保險者 외에 記名被保險者의 승락을 얻어 자동차를 사용 또는 관리중인 자 및 위 각 被保險者를 위하여 자동차를 운전중인 자(운행보조자를 포함함)등도 포함되고, 한편 위 인정사실에 의하면, 피고는 이 사건 保險契約의 記名被保險者인 위 송○산업과의 운송용역계약에 따라 위 송○산업의 승락을 얻어 이 사건 트럭을 운행하는 자에 해당되고, 그 운전수인 위 조□훈은 피고를 위하여 이 사건 트럭을 운전하는 자임과 동시에 위 송○산업의 지휘 감독아래 있는 자이므로 피고와 위 조□훈은 記名被保險者인 위 송○산업과 함께 이 사건 보험의 被保險者에 해당됨이 명백하여, 결국 이 사건 사고는 第三者의 행위로 인하여 손해가 생긴 경우가 아니라 바로 被保險者의 행위로 인하여 생긴 사고라 할 것이어서, 소위 송○산업이 피고에 대하여 위 약정에 기한 청구권을 갖는다고 하여도 원고가 保險者 代位の 법리에 의하여 그 權利를 취득할 수는 없다고 판단하였다. 기록에 의하여 살펴 보면, 피고가 이 사건 사고차량이 가입된 자동차종합보험의 보통약관에서 정하고 있는 承諾被保險者이지 被保險者가 아닌 第三者는 아닌 것이므로 保險者인 원고는 피고에 대하여 商法 제682조 소정의 保險者 代位權을 行할 수 없다는 원심의 위와 같은 판단은 옳은 것으로 수긍되고…….(大法院 1993. 1. 12. 선고 91다7828호 判決)」

- 22) 崔基元, 保險法, 博英社, 1993, 274면 ; 李院錫, 海商法·保險法, 世英社, 1987, 350면 ; 같은 취지의 判決로 大法院 1989. 4. 25. 선고 87 다카 1669호 判決에서는 「損害保險契約에 있어 그 損害가 第三者의 행위로 인하여 생긴 경우에 保險金額을 지급한 保險者는 商法 제682조에 의하여 그 지급한 金額의 한도에서 被保險者(또는 保險契約者)의 第三者에 대한 權利를 취득하는 것인 바, 법이 이와 같은 第三者에 대한 保險者 규정을 둔 이유는 被保險者가 保險者로부터 保險金額을 지급받은 후에도 第三者에 대한 청구권을 보유, 行하게 하는 것은 被保險者에게 손해의 전보를 넘어서 오히려 이득을 주게 되는 결과가 되어 損害保險制度의 原則에 반하게 되고 또 배상을 하여야 할 의무자인 第三者가 被保險者의 保險金 受領으로 인하여 그 책임을 면하게 하는 것도 불합리하므로 이를 제거하여 保險者에게 그 이익을 귀속시키

장²³⁾으로 나누어진다. 긍정설은 타인을 위한 保險契約이 被保險者의 이익을 보호하기 위하여 체결되고, 또한 保險金 지급으로 이중이득자가 생기지 않도록 하는 동시에 면책자 또한 없도록 하게 하는 保險者 代位制度의 입법취지에 비추어 볼 때에도 保險契約者를 第三者의 範圍에서 제외할 이유가 없다고 한다.²⁴⁾ 반면 부정설은 타인을 위한 損害保險契約의 경우 운송인이나 창고업자인 保險契約者는 保險契約상 보험료의 지급의무를 비롯한 각종 의무를 진다는 점(商法 제650조, 제652조, 제653조, 제680조) 또한 그의 고의 또는 중대한 과실로 保險事故가 발생한 때에는 保險者는 保險金 支給責任을 지지 않는다는 점(商法 제659조 제1항), 나아가 타인의 손해를 배상한 保險契約者는 保險者에게 保險金額의 지급을 請求할 수 있다는 하고 있다는 점(商法 제639조 제2항 단서) 등의 규정을 들어 이들 商法 규정은 간접적으로 保險契約者에 대한 保險者의 代位權을 배제한 것이라고 한다.²⁵⁾

려는 데 있다고 보아야 할 것이며 이와 같은 保險者 代位の 규정은 타인을 위한 損害保險契約에도 그 적용이 있는 것임은 당연하다. 그리고 나아가 보건대, 타인을 위한 損害保險契約은 타인의 이익을 위한 계약으로서 그 타인(被保險者)의 이익이 보험의 目的이 되는 것이지 여기에 당연히(특약 없이) 保險契約者의 보험이익이 포함되거나 예정되어 있는 것은 아니라 할 것이므로 피보험이익의 주체는 그 타인이 되는 것이고 保險契約者가 되는 것은 아닌 것이다. 그러므로 이러한 保險契約者는 비록 保險者와의 사이에서는 계약 當事者이고 약정된 보험료를 지급할 의무자이지만 위와 같은 保險者 代位규정의 취지와 그가 피보험이익의 주체가 아니라는 그 지위의 성격에 비추어 보면 保險者 代位에 있어서 保險契約者와 保險契約者 아닌 第三者와를 구별하여 취급하여야 할 法律上的 이유는 없는 것이라고 보아야 할 것이며 따라서 타인을 위한 損害保險契約者가 당연히 第三者의 범주에서 제외되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다.」라고 판시하였다.

23) 梁承圭, 保險法(第3版), 三知院, 1999, 245면 ; 서울고판 1987. 6. 4. 선고 87나347호 判決.

24) 崔基元, 保險法, 博英社, 1993, 276면.

25) 梁承圭, 保險法(第3版), 三知院, 1999, 제246면.

3) 支給될 保險金の 範圍

保險金の 지급은 保險契約상의 의무로서 지급하는 것으로 반드시 保險契約에서 정한 한도의 모든 金額을 지급하여야 하는 것은 아니고, 일부를 지급하여도 그 지급한 범위내에서 그 代位權을 行할 수 있는 바(商法 제682조 단서), 바로 이러한 점은 보험의 目的에 대한 保險者 代位の 경우와 구별된다(商法 제681조).

4) 保險者 代位權의 發生時期

또한 保險者는 被保險者에게 保險金額을 지급함으로써 당연히 그 第三者에 대한 權利를 취득하게 되므로, 保險者 代位權의 발생시기는 保險金額을 지급한 때이다.

5) 移轉되는 權利의 內容

保險者 代位가 인정되는 第三者에 대한 權利는 第三者의 不法行爲에 의한 損害賠償請求權은 물론이고, 채무불이행에 의한 損害賠償請求權을 포함한다.²⁶⁾ 또한 적법행위에 의한 청구권, 즉 第三者인 선장의 적법한 공동해손처분행위(商法 제832조²⁷⁾)로 인하여 被保險者가 다른 第三者인 공동해손채무자에 대하여 보유하게 되는 분담청구권도 포함한다.

6) 當事者の 意思表示의 不要

26) 「商法 제682조의 保險者 代位에 의하여 保險者가 취득하는 權利는 당해 사고의 발생자체로 인하여 被保險者가 第三者에 대하여 가지는 不法行爲로 인한 損害賠償請求權이나 채무불이행으로 인한 損害賠償請求權에 한한다 할 것이므로…….(大法院 1988. 12. 13. 선고 87다카3166호 判決)」

27) 船舶과 積荷의 共同危險을 免하기 爲한 船長의 船舶 또는 積荷에 對한 處分으로 因하여 생긴 損害 또는 費用은 共同海損으로 한다.(商法 第832條)

한편 保險者 代位는 法律上 당연 인정되는 것이기에 當事者의 의사표시를 요하지 않으며, 또한 債務者 기타 第三者에 대항하기 위한 지명채권양도의 대항요건(民法 제450조)을 구비할 필요가 없다.

(3) 效果

1) 被保險者의 權利의 取得

保險者는 保險事故가 발생한 때에 被保險者의 權利를 전제로 損害補償責任을 이행한 때에 그의 代位權을 취득하게 된다. 따라서 第三者의 행위에 의하여 保險事故가 발생한 경우 被保險者는 그 第三者에 대한 權利를 가지고 있고, 또한 保險者는 保險金額을 지급할 때까지는 비록 그 대위권을 확정적으로 취득하지는 못한다 하더라도 保險金의 지급을 조건으로 하는 조건부 權利를 보유하게 된다. 그러나 被保險者가 保險金을 받기 전에 第三者에 대한 權利를 행사하거나 처분한 때에는 被保險者는 그 한도에서 保險者에 대한 청구권을 잃게 되고, 保險者의 代位權도 존재하지 않는다.²⁸⁾ 한편, 被保險者가 保險金을 지급받았음에도 불구하고 第三者에 대한 權利를 行할 경우 保險者와의 관계에 있어서는 그러한 被保險者의 행위를 保險者의 채권침해로 구성하여 保險者에 대한 不法行

28) 「商法 제682조에 의하면 損害가 第三者의 행위로 인하여 생긴 경우에 保險金額을 지급한 保險者는 그 지급한 金額의 한도에서 그 第三者에 대한 保險契約者 또는 被保險者의 權利를 취득한다고 규정하고 있으나, 이는 被保險者 등의 第三者에 대한 損害賠償請求權이 있음을 전제로 하여 지급한 金額의 한도에서 그 청구권을 代位한다는 취지에 불과한 것이다. 被保險者 등의 第三者에 대한 損害賠償請求權은 통상의 채무불이행이나 不法行爲상의 채권이므로 保險者가 保險金을 지급함으로써 代位의 效果가 생기기 전까지는 被保險者 등은 第三者에 대한 權利를 行하거나 처분할 수 있는 것이고, 그 부분에 대하여는 保險者가 이를 代位할 수 없는 이치라 하겠다.(大法院 1981. 7. 7. 선고 80다1643호 判決)」

爲責任을 부담하는 것으로 풀이된다.²⁹⁾

2) 通知나 承諾의 不要

第三者에 대한 保險者 代位權은 保險者가 被保險者에게 損害補償을 함으로써 法律上 당연히 생기는 것이기 때문에 그 權利移轉의 通知 또는 承諾을 필요로 하지 않고, 또한 兩 當事者 또는 어느 일방이 그 權利의 移轉을 인식하였느냐 아니냐는 상관이 없다.³⁰⁾

3) 第三者의 抗辯權에 의한 權利의 制限

保險者 代位에 있어서는 被保險者의 第三者에 대한 權利가 保險者에게 그대로 移轉하는 것이므로 그 第三者는 被保險者에 대한 항변사유로 保險者에게 대항할 수 있다. 따라서 第三者의 抗辯이 유효한 범위내에서 保險者의 청구권도 감소된다. 또한 被保險者가 第三者에 대하여 보유한 채권의 소멸시효 기간도 그 權利의 移轉과 함께 새로이 개시되는 것이 아니고 그대로 진행한다.³¹⁾

29) 大法院 1995. 7. 25. 선고 93다56664호

30) 梁承圭, 保險法(第3版), 三知院, 1999, 249면.

31) 「商法 제682조 규정은 被保險者 등의 第三者에 대한 損害賠償請求權이 있음을 전제로 하여 지급한 保險金額의 한도에서 그 청구권을 취득한다는 취지에 불과한 것이므로 被保險者 등의 第三者에 대한 損害賠償請求權이 시효로 인하여 소멸하였다면 保險者가 이를 代位할 여지가 없다고 할 것이고, 이때에 保險者가 취득할 損害賠償請求權의 소멸시효의 기산점과 기간은 그 청구권 자체를 기준으로 판단하여야 할 것이다.(大法院 1993. 6. 29. 선고 93다1770호 判決)」

다만, 이 논문에서 논의되는 責任保險者의 求償權 問題와 관련하여, 大法院은 공동불법행위자들 중 1인의 責任保險者의 保險金 지급 이후의 代位求償權의 소멸시효 問題는 이와 다른 입장을 취하고 있는 바, 이에 대하여는 따로 후술하기로 한다.

4) 공동불법 행위

수인의 공동불법행위로 被保險者의 손해가 발생한 경우 이들 공동불법행위자들은 연대책무를 부담하게 되므로³²⁾ 保險者로서는 공동불법행위자 중 1인에 대하여 求償權을 行事할 수 있으나 만일 第三者 가운데 保險者 代位를 배제하여야 하는 자가 포함된 경우에는 그 부담분을 공제한 금액을 求償청구액의 한도로 하여야 한다.³³⁾ 만일 이와 달리 保險者 代位를 배제하여야 하는 자 이외에 자에 대한 求償을 전부 行事할 경우 求償을 당한 자는 다시 保險者 代位를 배제하여야 하는 자에 대하여 그의 責任負擔분에 대한 求償權을 보유하게 되고 그것을 실행할 경우 결국 그 부분은 被保險者의 부담으로 귀속되기 때문이다.

5) 被保險者의 協助義務

保險者가 第三者에 대한 被保險者의 權利를 취득하게 된다 하더라도 그 실현에 있어서는 第三者에 대한 權利의 내용, 보전방법 등을 잘 알고 있는 被保險者의 협조를 얻어야 할 경우가 발생하는 바, 이러한 被保險者의 협조는 보험의 目的에 대한 保險者 代位の 경우와 마찬가지로 신의 義務 인정되는 被保險者의 義務이다. 따라서 이러한 협조의무를 被保險者가 해태할 경우 그와 인과관계에 있는 保險者의 손해는 被保險者가 배상하여야 할 것이다.

(4) 保險金의 일부 지급에 대한 代位權 行事の 制限

32) 民法 第760條의 共同不法行爲者의 責任에 의하면 ‘數人이 共同의 不法行爲로 他人에게 손해를 가한 때에는 連帶하여 그 損害를 賠償할 責任이 있다 하였으며, 共同 아닌 數人의 行爲中 어느 者의 行爲가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때에도 앞서와 같고 교사자나 방조자는 共同行爲者로 봄.

33) 梁承圭, 保險法(第3版), 三知院, 1999, 250면.

保險者が 보상할 保險金額의 일부를 지급한 때에는 被保險者の 權利를 해하지 않는 범위내에서만 그 權利를 行事할 수 있다(商法 제682조 단서). 즉, 保險金額의 전부를 지급하여야만 保險者 代位가 발생하는 보험의 目的에 대한 保險者 代位の 경우와 달리 第三者에 대한 保險者 代位는 保險金額의 일부지급으로도 가능하다.³⁴⁾

(5) 一部保險의 問題에 대한 代位權 行事の 制限

1) 保險金額이 보험가액에 미달한 경우, 즉 보험가액의 일부를 보험에 붙인 물건보험을 意味하는 一部保險의 모습은 특히 船舶保險에 있어 흔히 발견된다. 이는 단순한 부주의로 인한 保險事故의 발생을 방지하기 위한 차원에서 거의 모든 船舶保險契約의 보험증권에는 保險事故로 인한 損害額이 일정금액을 초과하지 아니할 경우 보상하지 아니하거나 그러한 일정금액을 초과한다 하더라도 그러한 일정금액을 被保險者에게 지급할 保險金에서 공제한다는 이른바, 'deductable' 조항이 삽입되어 있기 때문이다. 그런데 이러한 一部保險의 경우에 있어서는 船舶衝突事故時 船舶保險金を 지급한 船舶保險者의 상대선측에 대한 求償權과 保險金으로 전보되지 못한 손해액을 전보하기 위한 선박소유자간의 상대선측에 대한 損害賠償請求權간의 경합문제가 종종 대두된다.

2) 保險事故의 발생으로 被保險者에게 保險金を 지급한 保險者의 求償權 行事와 관련하여, 현행 商法 제682조 본문에서는 "손해가 第三者의 행위로 인하여 생긴 경우에 保險金額을 지급한 保險者는 그 지급한 金額의 한도에서 그 第三者에 대한 保險契約者 또는 被保險者의 權利를 취득

34) 즉, 保險目的에 관한 保險代位를 규정한 商法 제681조에서는 一部保險의 경우를 반영하고 있음에 반하여, 第三者에 대한 保險代位를 규정한 商法 제682조에서는 一部保險에 대하여는 규정이 없고, 오히려 일부지급의 問題를 규정하고 있다.

한다”고 규정하여 保險者가 行事할 求償權의 權限과 그 範圍를 규정하고 있다. 반면, 동조 단서조항에서는 “그러나 保險者가 보상할 保險金額의 일부를 지급한 때에는 被保險者의 權利를 해하지 아니하는 範圍내에서 그 權利를 行事할 수 있다”고 규정함으로써 被保險者의 第三者에 대한 損害賠償請求權과 被保險者를 代位한 保險者의 第三者에 대한 求償權의 競合 問題를 해결하고 있다. 이러한 법문 규정의 意味에 충실할 경우 第三者의 關係에 있어 被保險者의 損害賠償請求權이 保險者의 求償權에 우선할 수 있는 경우는 “특정 保險事故 발생시 保險契約에 의하여 보상받게 될 保險金額 중 일부만을 지급받은 경우”에 한정될 것이고, 이는 실무상 保險者가 保險金 산정을 위한 損害査定이 완료되지 아니한 상황에서, 추정되는 保險金額의 일부만을 被保險者의 요청에 의하여 被保險者에게 先支給하게 되는 경우를 상정할 수 있을 것이다.

3) 이러한 경우라면 保險者로서는 被保險者에게 先支給한 일부 保險金額에 대하여만 保險者 代位에 의하여 被保險者의 損害賠償請求權을 이전받게 되는 한편, 여전히 지급하지 못한 保險金에 대하여는 아직 保險者 代位가 발생하지 않은 결과, 이러한 금원에 대하여는 당연히 保險者의 求償權이 발생할 여지조차 없을 것이다. 따라서 보상할 保險金額의 일부를 지급한 경우에 保險者의 求償權이 被保險者의 損害賠償請求權에 우선할 수 없다는 商法 제682조 단서의 규정은 그 자체로 意味가 없고, 오히려 동조 본문만으로도 保險金 일부 지급에 따른 問題를 해결할 수 있을 것으로 보인다.

4) 그러나, 이에 대한 대다수 의견은 오히려 商法 제682조 단서의 意義를 일부지급에서 찾는 것이 아니라 一部保險에서 찾고 있으며, 이는 실무적으로도 第三者에 대한 保險者와 被保險者의 求償金 請求訴訟 및 손해배상청구소송이 동시 진행되는 과정에서 第三者의 변제자력이 保險者의 求償金額과 被保險者의 損害賠償債權額의 합산액에 미치지 못하는 경우 종종 제기되는 문제이며, 이러한 문제는 심지어 保險者에 대한 被

保險者의 부당이득반환청구소송의 모습으로 나타나기까지 한다. 즉, 一部保險의 경우에도 일부지급의 경우와 같이 商法 제682조 단서의 규정을 준용함이 타당하다는 견해가 주류를 이루고 있는 바³⁵⁾, 問題는 이에 관한 대다수 입장들이 예시하는 一部保險의 모습은 '사실상'의 一部保險을 포함하는 것으로, 특정 사고로 인하여 被保險者가 總損害가 전보되지 아니한 모든 경우를 포괄하고 있다는 점이다. 다시 말하면, 保險者로부터 지급받은 保險金額으로 전보되지 못한 損害範圍의 기준을 被保險者의 주관적 관점에서 접근하고 있다는 점인데, 이러한 경우라면 애초부터 보험의 目的物에 포함되지 아니한 손해³⁶⁾, 保險者에 의하여 평가된 보험가액과 保險者와 保險契約者간 合意된 保險金額이 일치하는 전부보험임에도 불구하고 保險目的物의 실질적 가치가 保險金額을 초과할 경우에 발생하는 被保險者의 현실적 손해³⁷⁾ 등을 전보하기 위한 被保險者의 損害賠償請求權까지도 保險者의 求償權과 競合하는 權利로 인식하게 된다는 問題가 있다.

5) 保險者와 被保險者 내지는 保險契約者 간의 자율적 합의에 의하여 체결된 保險契約의 범주를 벗어나는 사정까지도 保險契約 및 보험법리에 의하여 규율될 수는 없다고 할 것이다. 이는 동질한 위험에 대비하기 위하여 구성된 위험 단체 내에서 필연적으로 불평등의 問題를 야기할 것이고, 保險者로서는 계약의 내용으로 편입될 수 없는 사정으로 인한 求償權 行使의 제약에서 벗어나기 위한 목적에서 보험의 목적에 포함되지 아니하는 물건, 또한 쉬이 측정할 수 없는 가치변동 등에 대비하기 위하여 최대한 고율의 보험요율을 책정할 수밖에 없을 것이다.

35) 梁承圭, 保險法(第3版), 三知院, 1999, 254면 ; 崔基元, 保險法, 博英社, 1993, 279면.

36) 예컨대, 건물만 화재보험에 가입한 상태에서 화재가 발생하였으나 보험에 가입되지 아니한 동산에 발생한 손해.

37) 이러한 原因으로는 보험가액이 보험인수 과정에서 저평가된 경우, 保險目的物의 가치가 상승하게 된 경우 등을 들 수 있을 것이다.

따라서 保險者의 求償權 行事와 被保險者의 損害賠償請求權의 競合問題에 관한 一部保險의 意味는 保險者에 의한 保險目的物의 평가가 어떠하든 間に³⁸⁾ 보험가액에 미치지 못하는 金額을 保險金額으로 定하기로 合意한 保險契約만으로 한정되어야 할 것이지 이를 被保險者의 立場에서 확대할 수는 없다고 할 것이다.

6) 그렇다면 보험가액에 미치지 못하는 金額을 保險金額으로 定한 一部保險의 경우에는 保險者의 求償權과 被保險者의 損害賠償請求權의 競合은 保險金의 일부지급의 경우에 적용되는 商法 제682조 단서가 준용되어야 하는가? 위 조항 법문의 의미에 충실할 경우 보험에 가입된 一部 保險目的物에 대한 損害額 全額이 保險金으로 지급되었다면 보험에 가입되지 아니한 部分의 손해가 被保險者에게 잔존한다 하더라도 당해 保險契約 하에서는 일부 지급이 아닌 全部 支給인 이상 商法 제682조 단서를 준용할 여지조차 없게 된다.

그럼에도 불구하고 대부분의 보험학자들은 보험료의 책정이 求償權의 회수여부나 그 범위를 고려하지 않고 있고, 또한 保險者 代位權은 어디까지나 被保險者의 이중이득을 방지하기 위한 정책적 고려에서 인정되는 것이기 때문에 결국 保險者의 第三者에 대한 求償權은 被保險者의 第三者에 대한 損害賠償請求權에 대하여 열후할 수밖에 없다고 주장하고 (被保險者를 우선하는 이른바 차액원칙설), 그러한 논리의 적용 근거를 商法 제682조 단서에서 찾고 있다.

7) 그러나, 특정 保險契約에 있어서의 보험료의 책정이 保險金 지급 후 求償權의 行事問題와 유리된 것처럼 보일 수 있으나 위험단체 전체로 보면 保險者의 求償權의 問題가 위험단체 전체의 손해율에 반영된다는

38) 保險目的物이 부당히 저평가됨으로 인하여 一部保險의 問題가 발생한다 하더라도 그러한 보험가액에 대비하여 보험료가 책정되는 이상, 그에 따른 손해를 保險契約者 내지는 被保險者의 부담으로 돌리는 것은 불합리하지 아니할 것이다.

점을 부정할 순 없다. 또한 被保險者의 이중이득을 방지하기 위하여 인정되는 保險者 代位 制度가 保險者의 求償權을 제약하는 근거로 평가될 순 없다. 더욱이 차액원칙설의 적용 논거로 언급되는 商法 제682조 단서 조항은 동조 본문과 함께 保險金의 일부지급 또는 전부지급의 問題를 규정한 것이지 一部保險이나 전부보험의 問題를 상정한 것으로 볼 여지가 없다. 이는 一部保險에 대한 商法 제681조 단서 규정을 비교할 때에 더욱 명백해진다. 나아가 이러한 차액원칙설에 의할 경우 被保險者로서는 第三者에 대한 구상채권 회수노력에 편승하는 무임승차³⁹⁾의 폐단이 야기될 수도 있다.⁴⁰⁾

현행 商法 제681조 단서에서는 "그러나 보험가액의 일부를 보험에 붙인 경우에는 保險者가 취득할 權利는 保險金額의 보험가액에 대한 비율에 따라 이를 정한다"고 규정되어 있다. 이는 비록 保險者 代位權에 의하여 취득하는 求償權의 範圍만을 규정한 것이나, 본건에서 논의되는 求償權과 損害賠償請求權의 競合에 대하여도 충분히 적용될 수 있을 것이다. 즉, 求償權과 損害賠償請求權이 競合하는 경우 각 채권의 비율에 따라 회수되는 金額을 전보하는 방안으로(이른바 상대설), 이는 전부보험에 비하여 상대적으로 저렴한 보험료로 유지되는 一部保險에 있어 그로 인한 이득을 향유하는 被保險者를 부당취급하지 아니한다.

8) 이상의 一部保險의 問題에 대하여 위 상대설과 같은 이론구성을 채택한 듯한 大法院 판례⁴¹⁾가 있긴 하나, 一部保險에서 발생하는 保險者의

39) 즉, 被保險者로서는 第三者에 대한 직접적인 손해보전 노력 없이 保險者가 第三者에 대하여 보유하는 求償權을 피보전권리로 한 보전처분만으로 第三者에 대한 損害賠償請求의 노력을 갈음하려 할 것이다.

40) 이와 관련하여, 학계에서는 상대방의 辨濟自力이 保險者의 求償權액과 被保險者의 損害賠償請求액에 미치지 못할 경우를 예시하고 있으나, 辨濟自力이 부족한 경우란 구체적으로 어떠한 경우인지 분명치 아니하고 이를 확정하기도 쉽지 아니하다.

41) 保險金을 수령한 被害者가 不法行爲者를 상대로 배상청구를 하는 경우에는 請求의 상대방이 보험가입인지의 여부에 관계없이 이미 수령한 保險金은 損

求償權과 被保險者의 損害賠償請求權의 競合問題에 대한 명시적인 입장을 밝힌 것은 아니다. 따라서 이 부분에 관하여는 추후 보다 명시적인 大法院의 判決이 나오기를 기대해 보며, 본 문제가 이 논문의 주제와 직접적 연관을 가지지 아니하는 관계로 이에 대한 보다 자세한 논의는 차제에 개진하고자 한다.

5. 小結

이상과 같이 商法上 보험의 目的에 관한 保險者 代位와 第三者에 대한 保險者 代位를 살펴보았다. 어느 경우에도 保險者가 被保險者를 代位하게 되면 양자간 차이가 없으나 그 대위의 내용은 ‘보험의 目的’과 ‘第三者에 대한 權利’로 구분된다.

이러한 保險者 代位の 두 가지 모습 중 이 논문에서 논의되는 責任保險者의 法的地位와 그의 求償權은 被保險者의 물건에 대한 적극적 손해가 被保險者의 배상책임이라는 소극적 손해의 보상을 전제로 한다는 점

害賠償에서 공제되어야 하는 것이고(당원 1987.6.9. 선고 86다카2581 判決 참조) 産業災害補償保險法 제15조 제1항에 의하면 第三者에 의하여 산재사고가 발생한 경우 산재급여를 한 국가는 不法行爲者인 第三者에 대하여 求償할 수 있도록 규정하고 있어서 보험급여를 한 국가는 산재보험에 가입하지 않은 피고에게 보험급여상당액에 대하여 장차 求償權을 行事할 가능성도 있다 할 것인데 피고는 국가의 보험급여로 아무런 이익도 얻지 못하면서 국가로부터 求償을 당하게 되는 반면에 원고는 공동불법행위자가 保險加入者가 아니라는 우연한 사정 때문에 보험면책의 이익을 독점함으로써 그의 부담부분에 미치지 못하는 근소한 배상을 하게 되는 불합리한 결과에 이르게 된다 할 것이므로 결국 원심이 원고의 이 사건 求償範圍를 원고가 망인들의 유족들에게 지급한 금원에서 이 사건 産業災害補償保險金을 공제한 나머지를 가지고 원·피고의 과실비율에 따라 산정하여야 한다고 판단하는 것은 정당하다.(大法院 1990. 12. 11. 선고, 90다5634호 判決)」

다만 여기서 논의되는 一部保險의 問題는 보험가액의 산정이 가능한 좁은 意味의 損害保險을 전제로 한 것인데, 동 判決은 損害保險 중 責任保險에 관한 사안이므로 앞서 언급한 한정된 意味의 ‘一部保險’의 범주에 포함되는지부터 논란의 여지가 있을 수 있다.

에서 위와 같은 保險者 代位の 유형 중 第三者에 대한 保險者 代位가 이
논문에서는 의미가 있다. 또한 第三者에 대한 保險者 代位の 경우 責任
保險者の 第三者에 대한 求償權이 第三者의 被保險者에 대한 抗辯으로
제한된다는 점은 후술하는 문제된 사안의 이해에 있어 염두에 두어야 할
부분이다.

제2절 民法上 공동불법행위

不法行爲에 의한 손해의 발생에 수인이 관여하는 경우를 공동불법행위라 하고, 이에 대하여는 民法 제760조에 규정되어 있다. 이러한 공동불법행위제도는 하나의 손해발생에 수개의 원인행위가 관여한 경우에 이들 원인행위자를 그 손해에 대한 共同的 賠償責任者로 규율하려는 제도인데, 여기에는 인과관계의 통합과 책임의 누적이라는 두 가지 요소가 핵심이 된다.

과실책임주의는 행위자가 자기의 행위만큼만 책임을 진다는 것이 그 근본취지의 하나인데, 공동불법행위에 있어서는 결과에 대한 부분적인 인과관계 또는 불확실한 인과관계밖에 없는 경우에도 완전한 인과관계가 있는 것으로 취급하고, 결과에 대하여 부분적으로만 기여를 한 경우에도 전부의 결과를 야기한 것과 동일시하여 각 행위자에게 결과 전체에 대한 책임을 부담시킨다. 이와 같이 불완전한 인과관계를 완전한 것으로 통합시키고 부분적인 결과발생의 책임을 전체로 확대시키는 근거가 무엇이고, 그 한계를 어떻게 설정하느냐가 공동불법행위의 규제와 해석에 있어서 중심과제이다.⁴²⁾

이 논문은 責任保險者의 第三者에 대한 求償權을 내용으로 하기 때문에 이하에서 전개된 공동불법행위의 법리 내용에 있어서 특히 주목해야 할 부분은 責任保險契約에서 被保險者의 지위를 가지는 加害者, 즉 공동불법행위자 1인의 타당 공동불법행위자에 대한 求償權의 성립 내지는 行 事 要件에 관련된 부분이다.

1. 立證責任의 전환

공동불법행위制度의 目的은 被害者에게 공동불법행위에 가담한 자 또

42) 金曾漢, 註釋 債權各則(IV), 司法行政, 1987, 294면.

는 관여한 자의 原因기여에 대한 불가능한 입증을 면하게 해주고, 그 결과 입증책임을 전환시킴으로써 배상청구권의 소송상의 추구를 가능하게 해주려는 것이다. 아무 귀책사유 없이 입증의 곤란에 봉착한 被害者를 위한 이 같은 입법 정책적 배려는 유책하게 不法行爲에 가담한 자보다는 被害者의 이익을 더욱 고려한 결과이다.

2. “共同”의 意味

공동불법행위를 규정한 현행 民法 제760조에서는 공동불법행위의 유형을 i) 수인이 공동의 不法行爲로 타인에게 손해를 가한 때(1항) ii) 공동 아닌 수인의 행위중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때(2항) iii) 교사자나 방조자의 경우(3항) 등 세 가지 유형을 규정하고 있다.

문제는 위 i) 또는 ii) 어느 경우에도 수인이 연대책임을 부담한다는 점에서는 동일하지만, 책임부과의 근거는 i)의 경우 수인이 공동의 위법행위에 관여하였다는 점에서 ii)의 경우 被害者에게 인과관계의 입증 곤란의 부담을 덜어주기 위한 점에서 구별되고, 그러한 결과 “공동”의 의미를 어떻게 파악할 것인가가 중요한 문제로 대두된다.

이에 관하여는, 수인 사이에 不法行爲에 관한 공모의 合意 내지 의사의 공통을 있는 경우를 “공동”으로 보는 「주관적 공동설」⁴³⁾과, 그러한 공모나 의사의 공통은 필요 없고 단지 각자의 행위가 손해발생에 객관적으로 공동의 原因을 주고 있는 경우를 법문상의 “공동”으로 보는 「객관적 공동설⁴⁴⁾」이 대립한다. 전자에 비하여 후자가 被害者를 두텁게 보호하고 또한 판례⁴⁵⁾ 또한 후자의 입장이나 후자에 의할 경우 過失責任主

43) 金曾漢, 註釋 債權各則(IV), 司法行政, 1987, 298면 ; 李銀榮, 債權各則, 博英社, 1989, 614면.

44) 金基善, 韓國債權法各論(第二全訂版), 法文社, 1982, 400면 ; 金顯泰, 債權法各論, 一潮閣, 1973, 398면.

義의 原則이 무력화된다는 지적이 있다.

3. 공동불법행위의 類型別 要件

(1) 狹意義 공동불법행위

狹意義 공동불법행위는 ①여러 사람이 의사의 연락을 하여 위법행위를 공동으로 실행하는 경우인 공모에 의한 공동행위, ②여러사람 사이에 의사의 연락은 없었으나 위법행위를 공동으로 실행하는데 관하여 서로 알고 있는 경우인 공동의 인식 있는 공동행위, ③여러 사람이 하나의 행위를 의식적으로 공동으로 하였는데 행위자들이 모두 과실로 인하여 손해의 발생을 인식하지 못한 경우인 공동의 과실에 의한 공동행위, ④한쪽의 고의행위와 다른 쪽의 과실행위가 서로 결합하여 第三者에게 손해를 입힌 경우인 고의행위와 과실행위의 결합 등으로 분류될 수 있다.⁴⁶⁾ 이 유형에 속하는 공동불법행위가 성립하기 위해서는 다음과 같은 要件을 구비하여야 한다.

첫째는 각자의 행위를 독립하여 不法行爲의 要件을 구비하여야 한다. 즉, 각자를 기준하여 책임능력이 있어야 하고 고의 또는 과실이 있어야 하며 각자의 행위와 손해 간에는 상당한 인과관계가 있어야 한다. 이러

45) 「공동불법행위자 간에는 반드시 의사의 공통이나 공동의 인식이 필요한 것이 아니고 객관적으로 權利侵害가 공동으로 행하여진 것이라고 보여지는 경우에는 공동불법행위가 성립한다고 할 수 있을 것이며 따라서 被害者에게 가하여진 동일한 손해의 發生原因에 그 原因이 될 수 있는 수개의 행위가 관여하고 있는 경우에는 공동불법행위가 성립한다고 보아야 할 것이고 이와 같은 공동불법행위에 있어서는 그로인한 손해의 배상책임은 그 相互間에 부진정연대채무관계가 성립한다고 함이 상당할 것이며 그중의 한 債務者에 대한 채무 면제의 효력에 관하여는 民法 第419條가 적용되지 아니하고 다른 債務者에게는 그 효력이 미치지 아니한다고 하여야 할 것이다.(大法院 1969. 8. 26. 선고 69다962호 判決)」 같은 취지의 判決로 大法院 1989. 5. 23. 선고 87다카2723호 判決.

46) 金曾漢, 註釋 債權各則(IV), 司法行政, 1987, 296면.

한 要件을 결한 자가 있을 때에는 이러한 자를 제외한 나머지 자들 사이에서만 공동불법행위가 성립한다고 할 것이다.

둘째는 각 행위자 사이에는 행위의 관련·공동성이 필요하다. 이에 대하여는 전술한 바와 같이 객관적 공동설과 주관적 공동설이 대립된다.

(2) 加害者 不明의 공동불법행위

加害者 不明의 공동불법행위는 ①선행의 不法行爲와 후행의 不法行爲가 결합하여 손해를 일으켰으나 각 행위가 손해의 발생에 기여한 정도를 밝힐 수 없는 경우인 선행행위와 후행행위의 경합, ②여러 사람이 서로 의사의 연락이 없이 동시에 손해발생의 위험이 있는 행위를 하고, 그 중의 한 사람의 행위에 의하여 손해를 발생한 것은 확실하지만 누구의 행위에 의하여 손해가 발생하였는지 밝힐 수 없는 경우인 동시행위의 경합 등으로 분류된다.⁴⁷⁾ 이 유형에 속하는 공동불법행위가 성립하기 위해서는 다음의 요건들이 구비되어야 한다.

첫째는 각 행위자에게 고의·과실 및 책임능력이 있어야 함은 狹意義 공동불법행위에 있어서와 같다.

둘째는 이 종류의 공동불법행위의 특색이 되는 要件은, 우선 수인이 어떤 위법행위를 발생케 할 위험이 있는 행위를 공동으로 하는 것으로, 이는 객관적 공동관계로도 가능하다.

셋째는 수인의 행위자 가운데 누군가가 위법행위를 하였다는 점은 인정되나 그들 가운데 누구의 행위에 의한 것인지가 불명하여야 한다.

(3) 교사·방조

교사란 타인으로 하여금 不法行爲의 의사결정을 하게 하는 것으로 그 수단 및 방법에 관하여는 아무런 제한이 없다. 이러한 의사결정에 따라 피교사자가 不法行爲를 한 경우에는 교사자의 교사행위와 被害者의 손해간에 직접적인 인과관계는 없으나 간접적 인과관계가 존재하게 된다.

47) _____, 註釋 債權各則(IV), 司法行政, 1987, 297면.

한편, 방조라 함은 不法行爲의 보조적 행위를 하는 것이다. 다만, 이러한 방조행위가 不法行爲의 일부를 이루게 되는 때에는 보조의 한계를 넘어선 공모에 의한 공동불법행위로 된다.

4. 效果

공동불법행위자는 被害者에 대하여 각자 연대하여 배상할 책임이 있다. 問題는 여기서의 연대의 의미가 무엇인가에 대하여는 부진정연대채무로 해석하는 입장(多數說⁴⁸), 관례⁴⁹)과 진정연대채무로 해석하는 소수설⁵⁰)이 있다.

공동불법행위와 상당인과관계에서는 모든 손해를 배상하여야 한다. 그러나 특별사정에 의한 손해에 관하여는 예견가능성을 가진 불법행위자만이 연대배상 책임을 부담하여야 한다.

5. 求償關係

(1) 根據

1) 수인의 공동불법행위로 인한 손해를 입은 被害者는 民法上 공동불법행위 규정의 효과에 따라 수인의 공동불법행위자들 중 損害賠償請求가 용이한, 변제자력이 있는 자에 대하여 그 손해를 전액 배상받을 것이다.

반면, 이러한 被害者의 請求에 응한 일인의 공동불법행위자로서는 단지 공동불법행위자의 일인이라는 이유로 또는 그 일원으로 의제되어 被

48) 郭潤直, 債權各論(新訂版), 博英社, 1995, 698면 ; 金曾漢, 註釋 債權各則(IV), 司法行政, 1987, 310면.

49) 大法院 1983. 5. 24. 선고 83다카208호 判決.

50) 金基善, 韓國債權法各論(第二全訂版), 法文社, 1982, 312면.

受害者로부터 임의로 선택되었다는 이유만으로 공동불법행위의 被害者에게 모든 손해를 배상한 만큼, 자신의 損害賠償으로 면책받은 다른 공동불법행위자에게 求償權을 行事할 수 있음은 지극히 타당한 결론일 것이다. 그러나 우리 民法은 수인이 공동의 不法行爲로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고만 규정하고 있을 뿐, 공동의 不法行爲者들간 구상을 인정할 것인지의 여부에 대하여는 침묵하고 있다.

2) 이에 관하여, 현재 학설은 모두 求償權이 있음을 인정하고 있고⁵¹⁾, 판례 역시 「공동불법행위자의 연대책임에 있어서는 각각의 과실에 따라 부담부분이 정하여질 것이고 단독으로 被害者들에게 손해를 배상하였다면 求償權에 의하여 부담부분을 請求할 수 있다고 보아야 할 것이다」고 판시하였다.⁵²⁾

51) _____, 상게서, 402면 ; 金曾漢, 註釋 債權各則(IV), 司法行政, 1987, 313면 ; 郭潤直, 債權各論(新訂版), 博英社, 1995, 667면.

52) 「판결에 의하면 본건과 같은 공동불법행위로 인한 損害賠償責任의 성질인 부진정연대채무관계에 있어서도 債務者들의 내부관계에 있어서는 부담부분이 있는 점에서는 진정연대채무관계와 다를 바 없다 할 것이고, 부진정연대채무에 있어서는 변제 대물변제 공탁상계 등 채권을 만족시키는 사유는 절대적 효력이 인정되나 피고들 주장의 면제와 같은 사유는 다른 連帶債務者에게 그 효력이 미치지 아니한다 할 것이라 하여 원고는 連帶債務者의 한사람으로서 債權者들(被害者인 소외인들)에게 그 변제로 다른 連帶債務者와 함께 共同免責되도록 출제한 것이므로 다른 連帶債務者인 피고들에게 求償할 수 있다 할 것이고, 그 求償의 비율은 그 각 과실의 비율에 따라 정하여야 한다하여 과실의 비율을 부담의 비율로 보고 피고들로부터 求償받을 수 있는 金額을 산정하였는 바, 기록에 의하여 검토하여 보면 본건과 같은 공동불법행위자의 연대책임에 있어서는 각기 운전사의 과실의 정도에 따라 부담부분이 정하여 질 것이고 원고가 단독으로 被害者인 소외인들에게 손해를 배상하였다면 원고는 피고들에 대한 求償權에 의하여 부담부분을 請求할 수 있다고 보아야 할 것이므로 (大法院 1969.1.28. 선고 68다2245 判決 참조) 원판시는 이렇게 부담부분이 정하여 진다는 뜻에서 원고와 피고들 사이에 부담부분이 있다하여 원고에게 求償權을 인정한다는 취지 실시한 것으로 볼수

(2) 要件

1) 共同免責

공동불법행위자의 일인이 나머지 다른 공동불법행위자를 위하여 공동불법행위로 인한 손해를 배상하여 損害賠償請求權을 소멸시키거나 일부분을 감소하게 하는 共同免責이 요구된다.

2) 債權의 소멸

변제를 포함한 대물변제, 공탁, 상계, 경개, 혼동 등의 채권 소멸 행위가 있어야 한다. 반면, 면제나 시효완성의 경우에는 재산적 지출이 있었다고 볼 수 없기 때문에 求償權이 발생하지 않는다고 보아야 할 것이다.

(3) 求償의 範圍

1) 공동불법행위로 第三者에게 피해를 입힌 경우 그 피해에 대한 각 공동불법행위자 1인의 기여도에 따른 내부적 책임의 한도는 각자의 부담부분이 될 것이고, 이러한 부담부분에 의하여 求償의 範圍가 결정될 것이다.

2) 특별한 사정이 없는 한 공동불법행위자간에는 그 부담부분이 평등한 것으로 인정되며⁵³⁾ 이는 大法院 또한 같은 입장이다.⁵⁴⁾ 물론 이러한

있어 이는 정당하다 할 것이다.(大法院 1971. 2. 9. 선고 70다2508호 判決)」
같은 취지의 判決로 大法院 1983. 5. 24. 선고 83다카208호 判決.

53) _____, 상계서, 313면.

54) 「본건 사고에 있어서의 원, 피고 운○수들의 과실은 그 강약을 판단할 수 없는 같은 비율의 과실이 있었다는 것이므로 원, 피고의 과실이 같은 비율로

경우는 각 행위자의 과실이 불명한 경우에 적용되는 원칙일 뿐, 이와 달리 공동불법행위자 각자의 과실의 정도가 산정가능하다면 그에 따라 정하여진 비율에 상응하는 부담부분이 인정될 것이다. 또한 여기서의 과실이란 손해발생의 原因에 대한 加害者의 과실이므로 과실상계에서의 과실과 구별된다.⁵⁵⁾

경합됨으로써 발생한 위의 승객들에게 지급하여야 할 손해에 대하여는 원, 피고는 각각 연대책임이 있다 할 것이나 공동불법행위자인 원, 피고의 내부관계에 있어서는 2분의 1씩의 부담부분이 있다 할 것인즉 원고가 단독으로 위의 승객들에게 損害賠償조로 금 457,655원을 지급함으로써, 共同免責이 있는 이상 원고는 피고와의 부진정연대채무자의 한 사람으로서의 求償權에 의하여 피고에게 대하여 피고가 부담하여야 할 2분의1인 금 228,827원 50전의 지급을 請求할 수 있다 할 것이므로 이를 표준으로 하여 원고의 求償權 유무를 판단하여야 하고……(大法院 1967. 12. 29. 선고 67다2035호 判決)」 ; 같은 취지의 判決로 大法院 1969. 1. 28. 선고 68다2245호 判決, 大法院 1971. 2. 9. 선고 70다2508호 判決 각 참조.

55) 「원심判決 이유에 의하면, 원심은 위 원고가 이 사건 사고를 당하게 된 것이 위 원고의 다음과 같은 과실, 즉 도로 상을 진행하는 차량의 동태를 살피지 아니한 채 망인과 함께 술에 취하여 부동켜 안고 비틀거리다가 도로 상에 넘어진 과실 또한 이 사건 사고로 인한 원고들의 손해 발생 등의 한 原因이 되었으므로 위 원고의 과실을 損害賠償액을 정함에 있어 참작하기로 한다면서 그 참작비율을 35% 정도로 봄이 상당하다고 실시하고 있는바, 원심은 위 참작비율을 그대로 망인의 사망에 대한 위 원고의 과실비율로 보아 이를 토대로 피고들의 위 원고에 대한 求償金債權액을 정한 것으로 짐작된다. 그러나 不法行爲에 있어서 被害者의 과실을 따지는 과실상계에서의 과실은 加害者의 과실과 달리 사회통념이나 信義誠實의 原則에 따라 공동생활에 있어 요구되는 약한 意味의 부주의를 가리키는 것으로 보아야 할 것이므로 (大法院 1997. 12. 9. 선고 97다43086호 判決 참조), 위 원심은 위 원고의 과실 내용 및 비율을 그대로 망인의 사망에 대한 위 원고의 과실 내용 및 비율로 삼을 수는 없는 것이다. 그럼에도 불구하고 원심이 망인의 사망에 대한 위 원고의 과실비율을 35%로 보고 피고들의 위 원고에 대한 求償金債權額을 산정한 것은 공동불법행위자 사이의 과실비율 또는 求償關係에 관한 법리를 오해한 나머지 심리를 다하지 아니하고, 이유를 제대로 갖추지 아니한 위법을 저지른 것이라 아니할 수 없다(大法院 1999. 2. 26. 선고 98다52469호 判決)」

한편 공동불법행위자간의 부담부분의 결정에 관하여 각자의 과실비율만을 부담부분의 결정기준으로 고려할 수도 있을 것이나 이는 고의나 고의 또는 과실이나 과실이 경합한 경우에 유용한 기준일 뿐, 고의나 과실의 경합 내지는 加害者와 使用者 간의 책임관계 또한 고려한다면 과실의 경중 이외에 손해발생의 기여도나 위법성의 정도 또한 부담부분의 결정기준으로 고려될 수 있을 것이다.⁵⁶⁾

6. 小結

이상에서 살펴본 공동불법행위 법리에서 이 논문의 이해에 주요한 부분은 공동불법행위자 相互間의 求償關係이다. 그런데 앞서 살펴본 공동불법행위자 相互間의 求償權 問題는 어디까지나 일반적 요건일 뿐 현재 大法院은 전술한 일반적 요건 이외에 ‘부담부분을 초과하는 共同免責’을 요구하고 있다. 또한 求償의 範圍도 단순히 상대 공동불법행위자의 부담부분이라기보다는 共同免責을 행한 자가 출연한 金額 중 자신의 부담부분을 넘어서는 부분에 한정된다.⁵⁷⁾

56) 「동일한 加害者를 지휘·감독하는 복수의 使用者가 각각 損害賠償責任을 부담하는 경우에 있어서도 각 使用者 사이의 책임의 내부적 부담의 공평을 꾀하기 위하여 求償이 인정되어야 할 것인데, 그 求償의 전제로 되는 각 使用者의 책임비율은 피용자인 加害者의 가해 행위의 태양 및 각 使用者의 사업의 집행과의 관계정도, 加害者에 대한 각 使用者의 지휘·감독의 강약 등을 고려하여 정하여야 하는 것이고, 使用者의 일방은 당해 加害者의 위 과실 비율에 따라 정해진 부담부분을 넘어 손해를 배상한 때는 그 넘는 부분에 관하여 다른 使用者에 대한 위 책임의 비율에 따라 정해진 부담부분의 한도에서 求償할 수 있다고 하는 것이 상당하다고 할 것이다(大法院 1999. 2. 26. 선고 98다52469호 判決)」

57) 大法院 1989. 9. 26. 선고 88다카27232호 判決 이후 이 같은 大法院의 입장은 줄곧 유지되고 있는 바(大法院 2002. 5. 24. 선고 2002다14112호 判決, 大法院 1997. 12. 12. 96다50896호 判決, 大法院 1995. 10. 12. 93다31078호 判決, 大法院 1991. 5. 14. 선고 91다513호 判決 등), 이러한 판례의 입장에 의

이하 論議의 편의상 위와 같은 求償權의 제약 모습을 “공동불법행위자 相互間 求償權 行事의 制限 法理”로 기술하고자 한다.

한다면, 각 50%의 과실비율로 공동불법행위를 행한 자들 중 일방 공동불법행위자가 100의 손해를 입은 被害者에게 70을 지급하여 70만큼의 共同免責을 행한 경우, 이러한 일방 공동불법행위자가 상대방 공동불법행위자에 대하여 請求할 수 있는 求償의 範圍는 상대방의 부담비율에 따른 35가 아닌 전체 損害額을 기준하여 자신의 부담부분을 넘어서는 $20(100 \times 50\% = 50, 70 - 50 = 20)$ 에만 한정된다.

第3節 責任保險者의 求償權 제한

1. 問題의 소개

民法上 공동불법행위자 相互間의 求償權 行事와 관련하여, 상대방 공동불법행위자에 대하여 共同免責을 이유로 求償權을 行事하려는 일방 공동불법행위자에게는 그의 ‘부담부분을 초과하는 共同免責’이 요구됨과 동시에, 그 求償의 範圍도 共同免責을 행한 자가 출연한 金額이 아닌 總損害額에서 자신의 부담부분을 넘어서는 부분에 한정된다는 것이 현재 大法院의 입장이라는 점은 이미 전술한 바와 같다.

問題는 이러한 공동불법행위자 相互間의 求償權 行事의 制限 法理가 責任保險者에게도 그대로 적용된다는 점이다. 즉, 공동불법행위자들 중 일방 공동불법행위자의 責任保險者가 被害者의 損害額 중 일부를 保險金으로 지급함으로써 保險金에 상응하는 공동불법행위자들의 연대책무를 共同免責시켰으나 그러한 保險金이 被害者의 總 損害額 중 被保險者인 공동불법행위자의 부담부분에 미치지 못할 경우 責任保險者의 상대방 공동 불법행위자에 대한 求償權 行事가 제한되는 것이다.

이러한 問題는 責任保險者의 代位權이 공동불법행위자 중 1인으로서의 被保險者의 第三者에 대한 權利라는 점에서 당연한 結論일 수 있으나, 법률의 규정도 없는 공동불법행위자 相互間의 求償權 行事의 制限 法理로 인하여 責任保險者의 責任範圍가 확장되는 것은 불합리한 면이 없지 않다.

2. 事案의 紹介

(1) 기초사실

지난 0000년 00월 00일 00시 00분경 전남 완도군 신지도 남서 방 약 3마일 해상에서 어선선주 갑 소유의 어선(총톤수 79톤)의 선미 우현과, 피고 을이 A로부터 국적취득조건부로 나용선한 상선(총톤수 3,096톤)의 구상선수가 서로 충돌하여 어선이 전복되면서, 어선선주 갑이 고용하여 그 배에 승선 중이던 어선장과 漁船員 3명 등 총 4명이 사망하고 漁船員 1명이 행방불명되었으며, 漁船員 7명이 부상당하는 사고가 발생하였다.

당시의 충돌사고의 原因에 관하여, 00지방해양안전심판원은 "세 척의 선박이 상호충돌의 위험을 가진 채 접근하는 가운데 어선과 상선이 경계를 소홀히 함으로써 다른 선박의 접근상황을 알아차리지 못한 나머지 충돌을 피하기 위한 최선의 동작을 취하지 아니하여 발생하였다"는 취지의 재결을 하였으나, 해양사고관련자인 상선의 선장 및 2항사 등이 위 재결에 불복하여 중앙해양안전심판원에 이의신청을 제기한 결과, 중앙해양안전심판원은 "이 사건 충돌사고는 항법상 횡단하는 단계에서 피항선인 어선측이 적절한 피항동작을 취하지 아니함으로써 발생한 것이나, 유지선인 상선측이 충돌 30분전부터 충돌위험을 안고 접근하는 어선을 발견하지 못한데다가 충돌 7~8분 전부터 충돌에 이를 때까지 향해 당직부원도 없는 상태에서 당직항해사가 해도실에 들어가 항해일지를 작성함으로써 선교를 무인상태로 방치하는 등 전방경계를 태만히 하여 충돌회피를 위한 협력동작을 취하지 아니한 것도 原因이 된다"는 취지의 재결을 하였고, 그 후 1개월 내에 大法院에 재결에 관한 소가 제기되지 아니함으로써 위 재결이 그대로 확정되었다.

한편, 이 사건 사고 전 保險者⁵⁸⁾인 원고 水産業協同組合中央會(이하

58) 水産業協同組合法에 의하여 설립된 水産業協同組合中央會는 동법 제65조(사업의 종류) 제1항 제4호의 규정에 의하여 공제사업을 운영할 수 있는 한편, 水産業協同組合中央會는 保險業法에 따라 설립된 보험사업자가 아니기 때문에 보험업법 제8조(상호 또는 명칭) 제2항에 의하여 보험의 명칭을 사용하지 못한다. 그 결과 水産業協同組合中央會가 운용하는 공제와 보험업법에 의한 보험이 각기 다른 것으로 이해될 수도 있다. 그러나 이에 대하여 大法院은 水産業協同組合中央會가 회원을 위하여 행하는 공제사업은 그 가입자가 한

“수협”이라고만 함)⁵⁹⁾과 어선의 선주 갑은, 被保險者를 갑, 보험기간을 1년, 보험가입금액은 189,337,120원, 가입인원수 5명, 가입방식은 무기명가입, 연간 총 보험료 10,137,600원(갑 부담9,123,840원) 등으로 하고, 被保險者인 갑의 고용선원이 보험기간 내에 발생한 사고로 재해를 입었을 경우 船員法상 被保險者 갑이 災害船員 내지는 유족들에 대하여 부담하여야 할 보상책임으로 인한 손해를 원고 수협이 보상하는 내용의 責任保險契約을 체결한 사실이 있었고, 위 사고발생 이후 원고 수협은 이 사건 충돌사고와 관련하여 被保險者인 갑에게 위 保險契約에 따른 유족보상금, 상병보상금, 장해보상금 등으로 保險金 合計 金173,472,270원을 지급하였고, 이를 지급받는 갑은 사망선원의 유족들 및 부상선원들(이하 “被害者들”이라 함)에게 이를 지급하였다.

반면, 피고 을은 상선 선원들의 使用者로서 이 사건 사고로 사망하거나 행방불명된 어선 선원들의 유족들에게 金 760,000,000원을 지급하는 내용의 合意를 하였고, 또한 일부 부상선원들에게 19,070,319원을, 나머지 부상선원에게는 金 4,300,000원을 지급하는 내용의 合意를 하였으며, 合意 직후 이러한 被害者들에게 合意金額을 모두 지급함으로써 총 金 783,370,319원(760,000,000 + 19,070,319원 + 4,300,000원)을 지출하였다.

(2) 訴訟의 經過

정되어 있고 영리를 目的으로 하지 아니한다는 점에서 保險法에 의한 보험과 다르기는 하지만 그 실체는 일종의 보험으로서 상호보험과 유사한 것이고, 단기소멸시효에 관한 商法 제662조의 규정은 商法 제664조에 의하여 상호보험에도 준용되므로, 공제금청구권의 소멸시효에 관하여도 商法 제664조의 규정을 유추 적용하여 商法 제662조의 保險金 지급청구에 관한 2년의 단기소멸시효에 관한 규정을 준용하여야 한다고 판시한 바 있고(大法院 1998. 3. 13. 선고 97다52622호 判決), 공제의 성격에 대한 大法院의 이러한 입장은 줄곧 유지되고 있으며, 학계에서도 이에 반하는 입장을 제시하지 않고 있는 것으로 보인다. 따라서 비록 제시한 사안이 공제계약에 관한 것이긴 하지만 이 논문에서 논의되는 책임보험의 問題에도 그대로 적용될 수 있는 사안이다.

59) 참고로 원고는 비영리법인이다.

1) 1심

① 갑의 責任保險者인 원고 수협은 이 사건 사고로 갑에게 지급한 保險金 금173,472,270원 중 상선 선박소유자 병의 과실비율에 상응하는 금액을 구하는 내용의 求償金 請求訴訟을 제기하였다.

② 원고(수협)의 위와 같은 請求에 대하여 을은, 을 또한 被害者들에게 금 783,370,319원을 지급하였고, 또한 중앙해양안전심판원의 재결서상으로도 이 사건 사고에 대한 어선의 과실비율이 50%가 넘는 것으로 판단되는 이상 갑의 과실비율을 50%로 가정하더라도 이 사건 사고로 인한 總 損害額 중 갑의 부담부분은 391,685,159원(783,370,319 X 50%) 내지는 478,421,294원[(173,472,270+783,370,319) X 50%]이 될 것인데, 갑이 자신의 부담부분을 넘어서는 共同免責을 실현하지 못한 이상 갑의 權利를 代位하는 責任保險者 병으로서 병에 대한 求償權의 行사가 불가능하고, 가사 할 수 있다 하더라도 갑에 대한 병의 채권으로 상계를 주장하며 항변하였다.

③ 위와 같은 피고의 抗辯에 대하여 원고(수협)는, 주위적인 주장으로서, 船員法과 같이 근로자에 대한 使用者의 災害補償責任을 규정한 産業 災害補償保險法 제54조 제1항의 규정⁶⁰⁾이 당해 사건에도 유추적용되어야 하고, 그러한 결과 원고(수협)는 被害者들의 피고에 대한 민사상의 損害賠償請求權을 代位取得하였다고 주장하였다. 따라서 피고로서는 被害

60) 동 조항에 第三者에 대한 求償權으로 공단은 第三者의 행위에 의한 災害로 인하여 保險給與를 지급한 경우에는 그 給與額의 한도안에서 給與를 받은 者의 第三者에 대한 損害賠償請求權을 代位하고 다만, 保險加入者인 2이상의 事業主가 같은 場所에서 하나의 사업을 分割하여 각각 행하다가 그중 事業主를 달리하는 勤勞者의 행위로 災害가 발생한 경우에는 그러하지 아니하므로 규정하고 있다.

者들의 權利를 대위한 원고(수협)의 求償을 거절하거나 상계항변을 할 수 없다고 주장하였다.

또한 예비적인 주장으로서, 원고(수협)는 船員法상의 채무를 이행한 갑이 피고에 대하여 가지는 求償債權을 代位한다고 주장하면서, 설령 被害者들에게 合意金을 지급한 피고 또한 갑에 대하여 求償債權을 보유하고 있고 이로써 상계항변을 한다 하더라도 그러한 피고의 求償債權의 권원은 사법상의 청구권, 즉 不法行爲에 기한 損害賠償請求權에 두고 있음에 반하여 원고(수협)가 行事하는 代位權의 권원은 공법상 災害補償責任의 이행에서 나온다는 점에서 각 청구권의 성질이 상이하기 때문에 원고(수협)와 피고의 각 求償權은 서로 상계될 수 있는 성질의 채권이 아니라고 주장하였다.

④ 이후 1심법원은 각 선박의 과실비율을 55(갑 소유의 어선):45(을 소유의 상선)로 판단한 뒤, 원고(수협)의 주위적 주장에 대하여는, 단지 선원공제와 産業災害補償保險法의 취지·目的·운영방식이 비슷하다는 점만으로는 수급권자(被保險者)를 근로자로 삼는 구조를 취한 産業災害補償保險法 제54조(第三者에 대한 求償權) 규정을 약관상 피공제자(被保險者)를 船舶所有者로 삼는 구조를 취한 선원공제에 유추 적용하기는 부족하다고 판시하였다.

또한 예비적 주장에 대하여도 공동불법행위자 중의 1인이 被害者에게 損害賠償金을 지급한 다음 공동불법행위자에게 求償權을 行事하기 위해서는 자기 부담 부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻어야 하고, 이러한 법리는 공동불법행위자의 각 使用者가 使用者責任을 부담하는 경우에 어느 加害者의 使用者가 被害者에게 損害賠償金을 지급한 다음 다른 공동불법행위자의 使用者에게 求償하는 경우도 마찬가지라고 할 것인데, 본건의 경우 갑의 被害者들에 대한 지급액이 자기 부담부분에 미치지 못하는 이상 원고(수협)의 請求는 이유 없고, 나아가 이와 달리 자기의 부담부분에 미치지 못하는 출재액 중 을의 과실비율에 상응하는 금원의 求償이 가능하다고 하더라도 을 역시 갑에 대하여 求償債權을 보유하고 있

는 이상 서로 상계 처리될 뿐이라고 판시하였다.

2) 2심

① 위와 같은 1심 법원의 判決에 항소한 원고(수협)는, 1심의 判決이 영리를 目的으로 하지 않는 공보협인 선원공제의 特性을 간과하고, 이를 영리를 目的으로 하는 사보험과 동일시한데에서 비롯된 만큼 위법하다고 하면서, 그에 따라 어선선주 갑에 대한 상계채권을 보유한 데에 불과한 피고는 被害者의 채권을 보유한 원고(수협)의 求償債權에 대항할 수 없다고 주장하였다.

또한 産業災害補償保險法이 유추되지 아니하여 결국 원고(수협)가 被害者 아닌 어선선주 갑의 을에 대한 求償債權을 보유할 수밖에 없다고 하더라도, 그러한 채권은 공법상 災害補償責任의 이행에 권원을 두고 있음에 반하여 피고가 상계채권으로 行事하는 民法上의 求償債權은 서로 상계될 성질의 채권이 아니라고 주장하였다.

② 이에 피고는 주위적 주장에 대하여는, 이 사건 공제계약상의 피공제자는 선주이므로 이 사건 원고(수협)가 代位할 선원의 權利는 존재하지도 않고, 원고(수협)의 責任保險은 일종의 민영보험으로서 産業災害補償保險과는 그 성격이 다르므로 産業災害補償保險法상의 규정이 준용될 수 없다고 하였다.

또한 예비적 주장에 대하여는, 産業災害補償保險法 제48조⁶¹⁾에서도 민

61) 동 조항에 따르면 다른 補償 또는 賠償과의 관계에 있어서 受給權者가 이 법에 의하여 保險給與를 받았거나 받을 수 있는 경우에는 保險加入者는 동일한 사유에 대하여 勤勞基準法에 의한 災害補償責任이 免除되며, 受給權者가 동일한 사유에 대하여 이 법에 의한 保險給與를 받은 경우에는 保險加入者는 그 金額의 한도안에서 民法 기타 法令에 의한 損害賠償의 責任이 免除된다. 이 경우 障害補償年金 또는 遺族補償年金을 받고 있는 者는 障害補償一時金 또는 遺族補償一時金を 받은 것으로 보고 受給權者가 동일한 사유로 民法 기타 法令에 의하여 이 법의 保險給與에 상당한 金品을 받은 때에는

法上の損害賠償責任の 이행으로 産業災害補償保險法(내지는 근로기준법)상의 보상책임이 면제되거나 또는 그 반대의 경우도 가능한 이상, 양자를 구별할 이유가 없다고 항변하였고, 가사 위 각 책임이 구별가능하다 하더라도 유족들이 피고와의 합의시 피고에 대한 모든 權利를 포기하였기에 원고(수협)가 대위할 피고에 대한 선원의 權利는 존재하지 않는다고 항변하였다.

③ 위 피고의 抗辯에 대하여 원고(수협)는, i) 육상근로자의 使用者는 의무적으로 산재보험에의 가입이 강제되어 있는 한편, 어선선주의 경우에도 船員法 제89조⁶²⁾에 의해 선원의 재해에 대한 보험에의 가입이 강제되어 있고 船員法施行令 제32조⁶³⁾에 따라 운용되는 원고(수협)의 船員保險은 정부의 보조금을 지원받아 운용되고 있다는 점⁶⁴⁾, ii) 船員法이

公團은 그 받은 金品을 大統領令이 정하는 방법에 따라 換算한 金額의 한도 안에서 이 法에 의한 保險給與를 지급하지 아니한다. 다만, 第2項 후단의 규정에 의하여 受給權者가 지급받은 것으로 보게 되는 障害補償一時金 또는 遺族補償一時金에 해당하는 年金額에 대하여는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다.

또한, 療養給與를 받는 勤勞者가 療養을 개시한 후 3년이 경과된 날 이후에 傷病補償年金을 지급받고 있는 경우에는 勤勞基準法 第30條第2項 但書의 규정을 적용함에 있어서 당해 使用者는 그 3년이 경과된 날 이후에는 同法 第87條에 규정된 一時補償을 지급한 것으로 보고 있다.

62) 선원법 第98條에서 ‘船舶所有者는 이 法에 정한 災害補償을 완전히 이행할 수 있도록 大統領令이 정하는 바에 의하여 保險에 加入하여야 한다’로 되어 있다.

63) 이 법에 의한 보험은 선원을 고용한 船舶所有者가 그 선원을 被保險者로 하여 가입하여야 한다고 되어 있으며, 韓國海運組合法 및 水産業協同組合法에 의한 공제를 포함한다고 선원법 제32조에 명기되어 있다.

64) 어느 경우에도나 보험료 산정방식은 공히 ‘당해보험연도의 임금총액 × 보험요율’로써 동일하며 산재법의 적용을 받은 어선에 대한 보험요율과 원고(수협) 선원공제의 보험요율 역시 별반 차이가 없다. 즉, 근로복지공단의 어선에 대한 보험요율은 0.09, 원고(수협)의 선원공제의 보험요율은 0.11이나 정부에서 선주에게 공제료의 10%를 지원하므로 실질적인 요율은 근로복지공

적용되지 않는 소형 선박에 승선하는 선원에 대해서는 현행법의 해석상 근로기준법이 적용되어 産業災害補償보험의 적용대상이 된다는 점⁶⁵⁾, iii) 원고(수협)의 선원보험의 성격을 민영보험으로 보지 아니하고 나아가 계약상 被保險者가 선주임에도 불구하고⁶⁶⁾ 실질적으로는 被保險者를 선원으로 이해하는 大法院의 입장⁶⁷⁾과 실무상의 난점⁶⁸⁾ iv) 원고(수협)

단의 요율과 거의 동일하다(2002 水産業協同組合中央會 공제사업업무통계집 중 선원종합공제 통계내역, 노동부고시 제2001-66호 2002년도 産業災害補償保險料率表).

현재 30톤 미만 어선에 대해서는 선원공제료의 50%, 50톤 미만 선박에 대해서는 20%, 100톤미만의 선박에 대해서는 10%의 보조금이 정부로부터 지원되고 있다(2002 해양수산부 해양수산사업 시행지침).

65) 선원법 第2條(適用範圍) 참고

66) 수협의 선원공제약관의 관련 규정은 제2조(보상하는 손해 및 피공제자의 範圍)에 ‘피공제자는 선원을 고용한 선주, 선박차용인, 선박관리인 또는 용선인으로서 선박에 승선하는 선원에 대하여 船員法の 규정에 의하여 災害補償責任을 부담하는 자로 하며, 선원이 공제에 가입할 경우에는 그 자를 피공제자로 할 수 있다’라고 규정하고 또한, 제4조(공제계약의 체결방법)에는 ‘공제계약자는 실제조업에 필요한 선원을 선박단위로 가입시키되 가입선원별로 보상임금을 명시하여 기명으로 가입하여야 하며, 가입선원에 대한 보상임금이 동일한 경우 선박에 승선한 선원을 전부 가입할 때에는 무기명으로 가입할 수 있다’로 되어 있다. 이와 같이 수협의 선원공제의 경우 漁船員을 被保險者로 특정할 수 있도록 허용하고 있음에도 불구하고, 실제에 있어 漁船員의 빈번한 승하선 및 교체로 인하여 실제로는 무기명방식이 거의 전부라 해도 과언이 아니다.

67) 「이 사건 공제계약은 선원들이 직무상 재해를 당한 경우 선박 소유자로 하여금 船員法상의 災害補償을 완전히 이행할 수 있도록 하기 위하여 선박 소유자 모두에게 가입이 강제되어 있는 特殊保險制度인데……. 물론 船員法 제98조는 船舶所有者의 보험가입을 강제하고, 그 제139조는 보험미가입선주를 처벌하며, 해양수산부는 보험미가입선박의 출항을 사실상 금지하고 있는 실정이므로, 이러한 처벌과 출항금지의 불이익을 피할 수 있는 점에서는 선주에게 意味가 없다고 할 수 없으나, 이것도 船員法상 선주의 보상책임을 담보하고자 함에 있는 것이므로 保險金이 지급되지 아니하는 보험은 船員法이 보험의 강제가입을 규정한 目的을 충족하는 것이라고 볼 수 없다……. 保險

의 船員保險을 비영리보험으로 파악하는 大法院의 입장⁶⁹⁾ 등을 근거로 漁船員의 재해사고에 대하여 최소한의 災害補償을 신속하고 확실하게 하기 위한 보험이라는 본질면에 있어서 이 사건 船員保險과 산재보험과 동일한 보험이고 그에 따라 産業災害補償保險法 제54조 1항이 유추 적용되어야 한다고 주장하였다.

또한, 民法上の 損害賠償責任의 이행과 産業災害補償保險法上的의 보상 책임을 구별할 이유가 없다는 피고의 항변에 대하여는 그러한 주장은 이 사건 선원공제를 자동차종합보험과 같은 단순한 사보험과 동일시 한 것

加入者の 최대의 目的은 保險金の 확보이고, 더구나 이 사건 공제와 같은 船主賠償責任保險은 선원들에 대한 災害補償을 완전히 확보하기 위하여 법률로 가입을 강제하고(船員法 제98조, 같은 법 施行令 제32조 제1항), 그 보험료의 일부를 국고에서 보조해 주고 있기 때문에, 실질적인 被保險者의 지위에 있다고 볼 수 있는 선원에게는 保險金 없는 保險契約은 아무런 意味가 없는 것이다….(大法院 92. 11. 24 선고 92다23629호 判決)」

68) 漁船員에 있어서는, 어선선주와의 근로계약이 주로 어획 성수기에 집중되고 그 기간 또한 어획기에 한정되며 나아가 피공제자인 漁船員은 어획기 여부와 관계없이 수시로 변경되는 등의 특수한 사정이 있음을 주목할 필요가 있다. 즉, 일반 근로자와는 달리 선원에 있어서는 고용주와의 근로계약이 상당히 불안정하고 근로기간 및 시간상의 特性으로 인하여 만일 피공제자를 선원만으로 한정할 것을 고집한다면 실제 승선하였던 漁船員이 공제계약상의 보호를 받지 못하게 되는 불합리가 발생하게 된다. 이러한 問題점을 해소하기 위하여 원고(수협)의 선원공제약관에서는 어선공제계약의 체결에 있어서 선원은 물론(제2조 제4항) 어선 소유자도 피공제자로 할 수 있게 하는 한편(제2조 제1항) 공제계약의 체결방법에 있어서도 漁船員을 무기명으로 가입할 수 있도록 하였던 것이다(제4조 제2항). 결국 원고(수협)의 선원공제계약이 선원은 물론 선박소유주까지도 피공제자로 할 수 있도록 규정한 것은 漁船員의 근로계약상의 특질을 감안하여 선박소유자의 선원에 대한 災害補償責任의 이행을 더욱 충실히 이행하기 위한 目的에서 기인한 것임을 알 수 있고, 이러한 선원공제계약의 구조는 오히려 산재법에서 업무상의 재해로부터 근로자를 보호하고자 하는 취지에 더욱 부합함을 알 수 있다.

69) 「水産業協同組合法 제132조 제1항 제6호의 규정에 의하여 피고가 회원을 위하여 행하는 선원보통공제는 그 가입자가 한정되어 있고 영리를 目的으로 하지 아니한다는 점…….(大法院 1998. 3. 13. 선고 97다52622호 判決)」

에 불과하다면서, 만일 원고(수협)가 공제선박에 승선한 선원의 재해사고에 대하여 民法上의 不法行爲責任까지 부보한다면 피고의 주장대로 자동차종합보험에서와 같이 전체 損害額을 기준으로 하여 과실비율에 따른 부담부분을 초과하여 지급한 경우에 비로소 求償權이 발생하는 것으로 볼 수 있을 것이지만, 이 사건 선원공제는 民法上의 不法行爲責任에는 현저히 미치지 못하는 船員法상의 災害補償責任만을 부보하는데 그치므로 자동차종합보험에 있어서의 求償과 동일하게 처리되어서는 안된다고 주장하였다. 또한 피고와 被害者들간의 合意는 被害者들이 원고(수협)로부터 지급된 공제금을 지급받은 이후라는 점, 위 合意 당시 이미 선원들의 損害賠償請求債權이 원고(수협)에게 移轉하였다는 사실을 피고 스스로 인지하고 있었다는 점 및 이에 따라 피고로서는 이미 被害者들의 피고에 대한 損害賠償채권 중 공제금으로 지급된 範圍의 權利는 이미 원고(수협)가 보유하고 있었던 사실을 알았다고 할 것이기에 유족들이 피고와의 합의시 피고에 대한 모든 權利를 포기하였다는 주장은 타당하지 않다고 주장하였다⁷⁰⁾

70) 다만, 被保險者의 損害賠償 請求에 응한 第三者의 입장에서 ‘채권의 준점유자에 대한 변제’로 保險者의 請求에 抗辯하기 위해서는 현실적으로 상당한 주의를 요한다.

즉, 실무적으로 선박충돌 사고로 부상한 선원 또는 사망한 선원의 유족들이 양 선박의 船舶所有者에 대하여 책임을 구할 수 있고, 또한 자선 船舶所有者의 변제능력이 여의치 아니할 경우, 부상선원 내지는 사망선원의 유족들은 상대 船舶所有者에 대하여 民法上 損害賠償액 全額을 請求하거나, 또는 民法上 損害賠償액 全額에서 자선 船舶所有者로부터 수령하거나 수령할 船員法상의 災害補償金額을 공제한 나머지 금원을 상대 船舶所有者에게 請求하게 되는데, 어느 경우이든 상대 船舶所有者로서는 부상선원 또는 유족들과의 合意過程에 있어 부상선원 또는 유족들이 자선 船舶所有者를 통하여 선원보험자로부터 災害補償을 받았거나 받았을 수 있다는 사정을 고려하여야만 추후 선원보험자의 求償請求에서 자유로울 수 있는 것이다.

이와 관련하여 大法院은, 선박충돌 사고로 인한 상대 선박의 선원의 사망으로 인하여 상대 선박의 선원보험자가 災害補償金을 지급하였고, 이를 原因으

④ 2심 법원은, 이 사건 선원공제는 산업재해보상보험과 취지, 目的, 운영방식이 동일하므로, 선원공제계약에 따라 공제금을 지급한 원고(수협)로서는 産業災害補償保險法 제54조 제1항을 유추적용하여 공제금액의 한도 내에서 사망 선원의 유족 및 부상 선원이 피고에 대하여 가지는 損害賠償請求權을 代位行事할 수 있다는 원고(수협)의 주위적 주장에 대하여는, 보험의 기술적 구조에서 유래되었기보다는 産業災害補償보험재정의 확보를 위한 입법정책적 배려 규정으로 보이는 保險者 代位에 관한 특별 규정인 産業災害補償保險法 제54조 제1항을 이 사건 선원공제에 유추적용할 수는 없다고 판단하였다. 또한 원고(수협)가 行事하는 權利는 船員法상 災害補償責任을 이행한 선주의 피고에 대한 求償權이지 民法上의 損害賠償責任을 이행한 선주의 피고에 대한 求償權이 아니기 때문에 동 權利는 民法上 공동불법행위자 相互間 求償權行事に 있어서의 制限法理에 영향을 받지 아니하여 결국 공제금액의 한도 내에서 선주가 피고에 대하여 가지는 求償權을 代位行事 할 수 있다는 원고(수협)의 예비적 주장 및 ③ 가사 선주의 船員法상 災害補償責任과 民法上 損害賠償責任의 성질이 서로 동일한 것으로 판단되어 원고(수협)의 求償權이 民法上 공동불법행위자 相互間 求償權行事に 있어서의 制限法理에 의하여 영향을 받는다 하더라도, 본건의 경우 사망선원의 유족들 및 부상선원들에 대한 피고의 損害賠償責任이 이행되기에 앞서 이미 선주의 災害補償 채

로 상대 선박의 선원보험자가 求償債權을 취득하였다면, 상대 船舶所有者와 合意契約을 체결한 상대방 船舶所有者로서는 설령 상대 船舶所有者에게 선원보험금이 지급되었다는 사실을 몰랐다고 하더라도, 해상기업주체인 船舶所有者라면 使用者인 船舶所有者가 선원의 災害補償을 위하여 船員保險에 가입하고 있다는 사실을 당연히 알고 있는 것으로 보아야 하기 때문에, 자신에 대한 상대 선박의 선원보험자의 求償請求를 쉬이 예상할 수 있고, 이러한 경우 상대방 船舶所有者로서는 상대 船舶所有者와의 合意 과정에서 그가 선원보험자로부터 선원보험금을 수령하였는지, 수령하였다면 合意과정에서 상대 船舶所有者가 선원보험자의 求償債權에 대하여도 合意할 권한까지 부여받았는지를 확인하지 못하였다면, 선원보험자의 求償請求를 거절할 수 없다고 판시한 바 있다(大法院 1995. 7. 25. 선고 93다56664호 判決).

무가 이행되어 원고(수협)는 피고의 선주에 대한 求償權을 취득하였고, 나아가 피고 또한 위 損害賠償責任의 이행 당시 원고(수협)의 求償權行事を 예상하여 이를 合意契約에 반영하였기 때문에 원고(수협)의 求償權行事的 전제로서의 이 사건 사고로 인한 總損害는 선주의 災害補償責任額과 피고의 損害賠償責任額의 합산액이 아니라 선주의 災害補償責任額만을 기준으로 하여야 하고 그러할 경우 民法上 공동불법행위자 相互間 求償權行事に 있어서의 制限 法理는 본건 원고(수협)의 求償權 行사와 무관하여 결국 공제금액의 한도 내에서 선주가 피고에 대하여 가지는 求償權을 代位行事 할 수 있다는 원고(수협)의 또 다른 예비적 주장 등에 대하여는, 船員法상 災害補償은 선원들에 대한 손해전보적 성격도 가지고 있기 때문에 船員法상 선주의 災害補償責任과 民法上 선주의 損害賠償責任을 구별할 이유가 없어 결국 공동불법행위자 일방의 상대방에 대한 求償權의 行事が 인정되기 위해서는 被害者의 總損害 중에서 자신의 부담부분을 넘어 변제한 경우 그 초과부분에 한하여만 行事할 수 있다는 民法上 공동불법행위자 相互間 求償權行事に 있어서의 制限 法理가 본건에 적용된다는 취지로 판단하였다.

3) 3審

① 원고(수협)는 입법정책적 배려조항이 아닌 보험의 기술적 구조에 유래하고, 이는 입법정책적 배려가 필요치 아니한 공무연금법 군인연금법, 사립학교교원법 등에서도 실제 수급권자의 權利를 保險者가 代位한다고 규정하고 있다는 점을 주장하면서 2심 判決에 대하여 상고하였다.

또한 위 법률들 중 유독 船員法에만 공제자의 第三者에 대한 代位權 조항이 규정되어 있지 않은 이유에 대하여는, 현행 산재법과 그 적용배제 사업장에 적용되는 특별법인 공무원연금법, 군인연금법, 사립학교교원연금법 등(이하 '산재법 등'이라 함)은 공히 근로기준법상 使用者의 근로자에 대한 災害補償義務를 조력해주기 위한 근로복지공단 등 각 법률에서 규정하고 있는 “공제공단들의 보험사업의 운용”을 전제로 한 것임

에 반하여, 현행 船員法은 보험사업의 운용을 전제로 제정된 위 법들과는 달리 근로자(선원)에 대한 使用者의 제반 이행사항, 즉 일반 근로자를 위한 근로기준법상의 조항을 선원에 적용하기 위한 目的으로 제정되었기 때문에 결국 규율의 대상이 각 상이한 바⁷¹⁾, 일반 근로자들이 산재를 입었을 경우, 근로기준법은 使用者의 災害補償義務를 부과하고 산재법 등은 災害補償義務의 이행을 뒷받침함으로써 일반 근로자의 산재에 대비하도록 하는 구조가 마련되어 있는 반면, 선원들의 경우에는, 船舶所有者의 재해보상의무를 부과한 船員法만 마련되어 있을 뿐, 산재법 등과 같이 보험사업의 운용주체, 그 운용방법 등의 사항을 규정하는 등으로 使用者(船舶所有者)의 재해보상의무의 이행을 뒷받침할 별도의 법률이 제정되지 아니한 問題가 있다는 점을 지적하였다. 즉, 현행 船員法에 第三者 代位權 조항이 규정되어 있지 못한 이유는, 현행 船員法은 선원에 대한 근로기준법의 기능을 담당하는 것을 주목적으로 하여 제정되었기에 산재법 등에서 규정하고 있는 근로복지공단 등의 보험을 관장하는 특별 운영주체를 두지 않았던 것이고, 이에 산재법 등의 법률에서 규정하고 있는 근로복지공단 등과 같은 운영주체의 第三者에 대한 求償權에 대해서도 규정하지 않았던 점을 항변하였다. 그리고 그러한 결과 비록 산재법과 같이 第三者 代位에 대한 특별규정이 장치된 법률 자체가 존재하지 않지만, 산재법 등에 규정된 여타사업자의 재해보상사업과 원고(수협)의 본건 선원공제사업 간 양자의 취지, 성질 및 운용방식에 차이가 없고 또한 船員法 제98조(선박소유자의 보험가입의무) 船員法施行令 제32조(보험가입)에서 선원의 災害補償保險으로 수협 내지는 韓國海運組合의 선원공제사업을 규정한 이상, 위 산재법상의 특별규정이 당연히 본건에 유추적용 내지는 준용되어야 한다고 주장하였다.

② 그러나, 大法院은 별다른 진행없이 원심인 2심의 판단에 사실인정의 위법이나 商法, 船員法 및 산재법 등에 대한 법리 오해가 없다고 하

71) 즉, 船員法은 船舶所有者를 규율대상으로 함에 반하여 나머지 법들은 보험사업주체를 규율대상으로 한다.

여 원고(수협)의 상고를 기각하였다.

3. 批判

(1) 例示

선박충돌사고로 第三者가 손해를 입고 이에 따라 어느 船舶所有者의 責任保險者가 第三者의 손해 중 일부를 배상하여 준 경우, 이를 原因으로 한 다른 船舶所有者에 대하여 求償을 行事함에 있어 船舶所有者의 변제자력에 따라 그 結論을 달리하게 된다.

예컨대, 第三者의 總損害가 100이고, 양 선박의 소유자인 A와 B의 과실비율이 50:50인 경우 양 船舶所有者의 내부적인 損害負擔分은 각 50이 될 것이다. 이러한 경우 만일 船舶所有者 A가 70을, A의 責任保險者인 a가 나머지 30을 출연한 경우라면 최종적인 損害負擔分은 다음과 같다.

[예시1]

구 분	출연	구상	최종 부담분
船舶所有者 A	70	B에 35 구상	70-35=35
A의 保險者 a	30	B에 15 구상	30-15=15
船舶所有者 B	0	-	35+15=50

이와 달리 船舶所有者 B가 70을, A의 責任保險者인 a가 나머지 30을 출연한 경우 최종적인 損害負擔分을 다음과 같이 산정할 수도 있을 것이다.⁷²⁾

72) 아래의 최종 損害負擔額은 船舶所有者 B의 A에 대하여 상계항변 여부에 따라 그 結論이 상이해 질 수 있으나 상계권 行事の 問題는 별론으로 한다. 따라서 A의 保險者 a의 B에 대한 求償權 行事보다 船舶所有者 B의 A에 대한 求償權 行事が 선행된 것으로 가정한다.

[예시2]

구 분	출연	구상	최종 부담분
船舶所有者 A	0	-	0+35=35
A의 保險者 a	30	B에15 구상	30-15=15
船舶所有者 B	70	A에 35 구상	70+15-35=50

그러나, 공동불법행위자 중 일방 공동불법행위자가 공동으로 부담하고 있는 연대채무를 전부 또는 일부를 변제하고 이를 原因으로 상대방 공동불법행위자에 대하여 求償權을 行事하기 위해서는, 공동으로 부담하고 있는 연대채무액 全額 중 자기의 책임비율을 넘어서는 金額을 출연한 경우, 그러한 초과금원에 대하여만 상대방 공동불법행위자에 대하여 求償할 수 있다는 이른바, ‘공동불법행위자 相互間의 求償權 行事に 관한 制限 法理’가 大法院의 일관된 견해이다.⁷³⁾ 이에 의할 경우, 위 [예시2]에서 船舶所有者 B는 船舶所有者 A가 그 자신의 부담분인 50을 넘어 변제하지 못하였다는 이유로 船舶所有者 A를 代位하는 保險者 a의 求償을 거부할 수 있게 되고, 오히려 B의 경우 자신의 부담분을 넘어서는 20을 A에 대하여 求償하게 될 것이다. 이러한 경우 최종적인 損害負擔分은 아래와 같게 된다.

[예시3]

구 분	출연	구상	최종 부담분
船舶所有者 A	0	B로부터 구상	0+20=20
A의 保險者 a	30	B에 구상 불가	30
船舶所有者 B	70	A에 20 구상	70-20=50

73) 大法院 1989. 9. 26. 선고 88다카27232호 判決 ; 大法院 1997. 12. 12. 선고 96다50896호 判決 ; 大法院 1999. 2. 26. 선고 98다52469호 判決 등

결국 責任保險者 a의 입장에서는 第三者에 대한 연대책무를 누가 변제하느냐에 따라 그 求償의 範圍가 달라지게 되는 바(위 [예시2]와 [예시3]), 양 선박 소유자의 辨濟自力이라는 우연한 사정에 의하여 責任保險者의 求償範圍가 달라지게 된다는 것은 분명 논란의 여지가 있을 수 있다.

(2) 保險團體에 대한 위협 問題

앞서 살펴본 問題는 해상기업주체들 중 상대적으로 경제력이 미약한 어선 소유자를 대상으로 선원공제를 운영하고 있는 수협중앙회의 경우에 두드러진 현상이다. 정부의 감독과 통제 하에 일정 부분의 정부보조금이 투입되어 운용되어 왔던 수협중앙회의 어선공제는 그 대부분이 영세한 漁船舶所有者를 대상으로 한 것이었음에 반하여, 어선의 충돌사고의 대부분은 상선과의 충돌이 주를 이루고 있다. 이러한 상선 소유자의 경우 漁船舶所有者에 비하여 경제력이 상대적으로 우월한 경우가 대부분이기 때문에, 어선과 상선간의 선박충돌사고로 인한 인명피해 발생시 第三者의 피해는 대부분 상선측에 의하여 먼저 전보되는 경우가 거의 대부분이고, 이러한 경우 第三者의 피해를 일부 보전한 수협중앙회로서는 항상 求償權行事的 제약이 발생하였다. 물론 이러한 問題는 규모가 크지 아니한 선단을 운영하는 연안해운업자를 대상으로 하는 韓國海運組合의 경우에 있어서도 책임능력이 충분히 담보되는 외국적 선박과 조합원 소유의 선박 간의 충돌사고시 얼마든지 산정가능 한 問題이다.

여타 산재법 등의 경우처럼 수협이 운용하고 있는 선원공제의 경우에도 災害船員이 수령하는 보상액은 民法上的 損害賠償責任을 전부 전보하지는 못한다. 또한 經濟的 자력이 부족한 어선 선주들은 그 절대다수가 일반 민영보험보다 부담이 적은 원고(수협)의 선원공제제도를 이용하고 있는 현실이다. 이러한 상황에서 본건과 같은 사고가 발생할 때마다 수협으로서 求償權의 行事に 있어 제약을 받지 않을 수 밖에 없고, 이는 결국 영세어민의 자립기반을 안정시키기 위한 목적에서 설립된 비영리법인인 원고 水産業協同組合의 존재기반마저 흔드는 결과를 야기할 것이다. 즉, 충돌사고에 있어 각 당사자의 변제자력에 따라 수협의 求償權의

行事 여부가 결정된다면, 이는 정부의 보조 하에 운영되는 공제기금의 損失을 가져오게 되는 것은 물론 전체 공제가입자의 이익에도 반한다는 점은 자명한 이치일 것이다.

(3) 實務上의 問題

물론 問題된 사안의 경우에 있어 수협으로서의 장차 보험요율의 조정(상승)을 통하여 損失을 보전하는 방안을 고려할 것이다. 그러나 이와 같은 방안은 조합원의 이익을 도모하는 수협의 본질에 부합하지 아니한다.

또한 수협중앙회의 선원공제의 경우에도 漁船員들을 被保險者로 특정하는 경우를 상정할 수 있을 것이다. 그러나 상선과 달리 어선의 경우 漁船員과 漁船舶所有者간의 근로계약은 주로 어획 성수기에 집중되고, 그 기간 또한 어획기에 한정되며, 나아가 피공제자인 漁船員은 어획기 여부와 관계없이 수시로 변경되는 등의 특수한 사정 때문에 실제에 있어서는 被保險者를 漁船舶所有者로 특정하는 경우가 대부분이었다.⁷⁴⁾ 이러한 문제를 감안하지 않는다면 어선원의 승하선마다 공제증권을 변경하여야 하는 문제가 발생하는 데, 이는 고용계약 기간의 단기성, 계약체결의 간이성 등을 특징으로 인한 어선원 고용계약 실무에 부합하지 아니한다.

(4) 衡平의 觀點에서

공동불법행위자 중 일인이 被害者의 손해를 전부 보전해주는 경우만을 가정하는 것은 현실에 부합되지 아니한다. 많은 경우에 있어 공동불법행위자들은 被害者의 손해를 제대로 전보해 주지 못하는 경우를 상정

74) 이는 아래와 같이 韓國海運組合의 선원공제 또한 마찬가지이다. 선원공제보통약관 제2조(가입방법)에 따르면, 선원공제에 가입하고자 할 때에는 선원공제 가입신청서와 선원 급료 명세서를 제출하여야 하며, 조합은 상기항의 신청서를 검토하여 가입인수 여부를 결정하고 공제료 안내서를 발급하며 또한 가입자는 공제료 안내서를 받고 해당 공제료를 납부하면 조합은 선원공제 가입증서를 발급한다.

할 수 있고, 이러한 과정에 일방 공동불법행위자에 의하여 일부의 손해만이, 또는 그의 責任保險者의 보험금지급으로 인한 일부의 손해만이 전보될 수밖에 없을 것이다. 이러한 경우 더 이상의 損害賠償 회복이 여의치 않은 被害者로서는 공동불법행위자에 대한 請求權을 현실적으로 포기할 것인 한편, 일부나마 被害者의 손해를 전보한 일방 공동불법행위자 내지는 그의 責任保險者는 추후 상대방 공동불법행위자에게 집행 가능한 책임재산의 존재를 발견한다 하더라도 그들이 행한 被害者의 손해전보가 被害者의 總損害 중 부담부분을 초과하지 못한다면 현실적으로 求償이 제약될 수밖에 없을 것이고, 이는 결국 성실한 배상자에게 불이익을 안겨 줄 뿐이다.

따라서 이 같은 責任保險者의 불이익에 대하여는 법률적인 타당한 해결방안이 필요할 것으로 보인다.

第3章 責任保險者에 대한 第三者의 直接請求權

第1節 意義

責任保險者와 被保險者(加害者) 간에는 責任保險契約이라는 법률관계가 형성되어 있고, 被保險者(加害者)와 第三者(被害者)간에는 民法上 不法行爲責任(경우에 따라 계약상의 책임)이라는 법률관계가 형성되어 있음에 반하여, 責任保險者와 第三者(被害者) 간에는 어떠한 법률관계도 형성되어 있지 아니하다. 다시말하면, 責任保險은 어디까지나 被保險者를 위한 계약이므로 被害者인 第三者는 責任保險者에 대하여 어떠한 權利나 의무도 보유하지는 않는다.

그러나 責任保險者가 被保險者에게 지급하는 保險金은 被保險者의 재산적 손해를 보상하는 동시에 第三者(被害者)의 손해 또한 보상하므로, 종국적으로는 保險者와 第三者 간에는 일정한 관계를 유지하게 된다.⁷⁵⁾ 이러한 관계 하에서 만에 하나 被保險者의 保險金 受領에도 불구하고 被保險者의 도덕적 해이로 第三者에게 保險金이 전달되지 않는 경우를 방지하기 위하여 商法은 被保險者가 그의 귀책사유로 발생한 사고에 대하여 생긴 第三者의 손해를 배상하기 전까지는 責任保險者가 保險金額을 被保險者에게 지급하지 못하도록 하는 장치를 두고 있었다.⁷⁶⁾ 그런데 지난 1991년 改正商法은 위 규정에서 한발 더 나아가 第三者에게 責任保

75) 鄭東潤·孫珠瓚, 註釋 商法(VII), 韓國司法行政學會, 2001, 597면 ; 鄭熙喆·鄭燦亨, 商法學(下), 博英社, 1995, 458면 ; 梁承圭, 保險法(第3版), 三知院, 1999, 362면.

76) 商法 第724條(保險者와 第三者와의 關係)에서는 保險者는 被保險者가 責任을 질 事故로 因하여 생긴 손해에 對하여 第三者가 그 賠償을 받기 前에는 保險金額의 全部 또는 一部를 被保險者에게 支給하지 못한다로 규정되어 있다.

險者에 대한 保險金 直接請求權을 부여함으로써 被害者의 보호를 한층 더 강화하였다. 이러한 경우 第三者로서는 굳이 被保險者의 협력을 필요로 하지 않고서도 保險金額에 달하는 배상의 손쉬운 전보가 가능하게 되었다. 심지어 이러한 第三者의 直接請求權은 責任保險者에 대한 被保險者의 保險金請求權에도 우선하는 것으로 판례상 인정되고 있다.⁷⁷⁾

따라서 第三者에게 인정된 이러한 直接請求權은 被害者인 第三者의 보호에 중요한 의미를 가지게 된다.

第2節 特性⁷⁸⁾

1. 獨立性

商法上 第三者의 直接請求權은 責任保險者와 被保險者간의 責任保險契約 관계를 매개로 법률의 규정에 의하여 인정된다. 즉, 이는 保險契約

77) 「商法 제724조 제1항은 責任保險에 있어서 保險者와 第三者의 관계에 관하여, “保險者는 被保險者가 책임을 질 사고로 인하여 생긴 손해에 대하여 第三者가 그 배상을 받기 전에는 保險金額의 전부 또는 일부를 被保險者에게 지급하지 못한다”고 규정하고 있는 바, 위 규정은 被保險者가 商法 제723조 제1,2항의 규정에 의하여 保險者에 대하여 갖는 保險金請求權과 第三者가 商法 제724조 제2항의 규정에 의하여 保險者에 대하여 갖는 直接請求權의 관계에 관하여, 第三者의 直接請求權이 被保險者의 保險金請求權에 우선한다는 것을 선언하는 규정이라고 할 것이므로, 保險者로서는 第三者가 被保險者로부터 배상을 받기 전에는 被保險者에 대한 保險金 지급으로 直接請求權을 갖는 被害者에게 대항할 수 없다고 할 것이고, 따라서 保險者는 第三者가 被保險者로부터 배상을 받기 전에는 商法 제724조 제1항의 규정을 들어 被保險者의 保險金支給請求를 거절할 權利를 갖게 된다고 할 것이다.(大法院 1995. 9. 26. 선고 94다28093호 判決)

78) 이에 대하여는 김광국, “責任保險契約상 第三者의 지위에 관한 研究”, 「보험학회지」, 제52집(1998. 10), 210 내지 212면 참조.

當事者の 의사표시와도 무관하고, 被保險者の 권리가 第三者에게 이전된 형태도 아니다. 따라서 이러한 점에서 直接請求權은 獨立성을 가진다.

2. 强行性

第三者의 直接請求權은 被害者 보호를 위하여 인정된 것이므로 이를 배제하거나 權利行事を 제한하는 약관 등은 무효가 된다. 이러한 점에서 直接請求權은 强行성을 보유한다.

3. 排他性

第三者의 直接請求權은 法律上 인정된 被害者 고유의 權利이기 때문에 被保險者에 대한 保險者の 항변권의 영향을 받지 않는 범위 내에서 배타성을 가진다.

第3節 法的性質

1. 學說의 對立

直接請求權의 법적 성질에 대하여는 i) 保險者는 保險契約者인 加害者의 被害者에 대한 損害賠償 채무를 法律上 중첩적으로 채무인수한 것으로 보고, 保險契約者의 채무와 保險者의 채무는 연대채무관계에 있고 본질적으로 같은 것으로 보아 被害者에 대한 直接請求權도 구체적으로는 損害賠償請求權이라고 하는 견해(損害賠償請求權說⁷⁹⁾)와, ii) 責任保險契約의 구조를 加害者가 被害者를 위하여 保險契約을 체결하는 第三者를

79) 鄭東潤·孫珠瓚, 註釋 商法(VII), 韓國司法行政學會, 2001, 597면 ; 鄭熙喆·鄭燦亨, 商法學(下), 博英社, 1995, 653면 ; 金星泰, “直接請求權의 本質”, 「保險法研究 I」, 保險法研究會 編, 三知院, 1995년, 183면.

위한 保險契約으로 보아 被害者가 被保險者로서 가지는 保險金請求權으로 보는 견해와⁸⁰⁾, 被害者가 被保險者로서의 지위에서 保險金を 請求하는 것이 아니라 加害者에 대한 損害賠償請求權에 기하여 加害者가 행사할 保險金請求權을 대위하여 행사하는 것으로 보는 견해⁸¹⁾ 등으로(保險金請求權說) 대립된다.

2. 判例의 態度

이에 대하여 大法院은 애초 直接請求權의 법적 성질을 保險金請求權으로 보았으나⁸²⁾ 그 이후에는 주로 損害賠償請求權으로 이해하고 있는 것 같다.⁸³⁾

80) 李光馥, “責任保險에 있어서의 被害者의 直接請求權”, 「法學碩士學位論文」, 高麗大, 1996. 2, 42~52면 참조.

81) 高平錫, 「責任保險契約法論」, 三知院, 1990년, 236면

82) 「자동차종합보험보통약관에 被保險者가 被害者에게 지는 損害賠償액이 判決에 의하여 확정되는 등의 일정한 경우에는 被害者가 保險會社에 대하여 직접 保險金의 지급을 請求할 수 있도록 규정되어 있다 하더라도, 위 약관에 의하여 被害者에게 부여된 保險會社에 대한 保險金額 청구권은 商法 제662조 소정의 保險金額 청구권에 다름 아니므로 이를 2년간 行事하지 아니하면 소멸시효가 완성되는 것으로 보아야 할 것인바, 같은 취지의 원심判決은 옳고, 거기에 소론과 같은 자동차종합보험보통약관의 해석을 그르친 위법이 있다 할 수 없다.(大法院 1993. 4. 13. 선고 93다3622호 判決)」

83) 「商法 제724조 제2항에 의하여 被害者에게 인정되는 直接請求權의 법적 성질은 保險者가 被保險者의 被害者에 대한 損害賠償 채무를 병존적으로 인수한 것으로서 被害者가 保險者에 대하여 가지는 損害賠償請求權이고 被保險者의 保險者에 대한 保險金請求權의 변형 내지는 이에 준하는 權利는 아니라고 보아야 할 것인바…….(大法院 1994. 5. 27. 94다6819호 判決)」; 「商法(1991. 12. 31. 법률 제4470호로 改正된 것) 제724조 제2항 본문은 “第三者는 被保險者가 책임을 질 사고를 입은 손해에 대하여 保險金額의 한도내에서 保險者에게 직접 보상을 請求할 수 있다.”고 규정하여, 위 改正商法의 시행일인 1993.1.1.부터는 교통사고의 被害者가 가해차량에 대한 자동차보험을 인수한 保險會社에 대하여 직접 보상을 請求할 수 있게 되었는데, 위 改正商法 부칙 제2조 제1항 본문에 의하면 改正商法 시행移轉에 성립한 保險契約

第4節 請求權의 競合

1) 責任保險契約 하에서 被保險者가 第三者에게 損害賠償責任을 지는 사고가 발생한 경우 被保險者는 第三者에게 損害賠償金을 지급하고 그 支給金額의 範圍 내에서 被保險者는 保險者에 대하여 保險金을 請求하는 것이 일반적⁸⁴⁾이나, 第三者로서는 被保險者에 대한 損害賠償請求權을 유보하고 責任保險者에게 먼저 損害賠償을 請求할 수도 있다. 이러한 경우 責任保險者가 第三者의 직접청구에 응하여 保險金을 지급하면 被保險者는 被害者에 대하여 損害賠償責任을 면하게 된다.⁸⁵⁾ 한편 責任保險者에 대한 第三者의 直接請求權과 被保險者의 保險金請求權이 경합하는 때에는 被害者인 第三者의 直接請求權이 우선함은 앞서 살펴본 바와 같다.

에도 改正商法 중 보험편의 규정을 적용한다는 것이므로, 保險事故인 교통사고가 改正商法 施行 移轉에 발생하였다고 하더라도 被害者는 위 商法 제724조 제2항 본문의 규정에 의하여, 자동차보험을 인수한 保險會社에 대하여 직접 보상을 請求할 수 있다고 할 것이며, 改正商法 부칙 제2조 제1항 단서의 규정이 위와 같은 해석을 방해하는 것은 아니라고 할 것이다. 그리고 위 商法 제724조 제2항에 의하여 被害者에게 인정되는 直接請求權의 법적 성질은 保險者가 被保險者의 被害者에 대한 損害賠償 채무를 병존적으로 인수한 것으로서 被害者가 保險者에 대하여 가지는 損害賠償請求權이라고 할 것이다 (大法院 1995. 7. 25. 선고 94다52911호 判決)」

84) 商法 제724조 제2항 참고

85) 「그러나 自動車損害賠償保障法 및 동법시행령의 각 규정 취지에 의하면 被害者는 保險會社에 대하여 그 법 소정 範圍내의 損害賠償액(保險金)의 지급을 請求할 수 있고 保險會社가 被害者에게 지급한 이 법 소정의 損害賠償額(保險金)範圍내에서 加害者인 保險加入者는 被害者에 대한 자기의 배상책임을 면하게 된다 할 것인 바…….(大法院 1975. 7. 22. 선고 75다153호 判決)」

2) 被害者인 第三者의 입장에서, 損害賠償請求權은 民法 등에 의하여 발생하고 直接請求權은 商法 등에 의하여 발생하는 바, 이렇듯 양 청구권은 그 발생의 법적 근거를 달리하므로 양 청구권은 별개의 독립된 權利로 병존한다. 따라서 第三者로서는 양 청구권 중의 하나를 임의로 선택하여 行事할 수 있고, 이 경우 양 청구권 중의 하나를 行事하여 이행을 받으면 그 範圍 내에서 나머지 청구권은 소멸한다. 그리하여 第三者가 被保險者에게 損害賠償請求權을 먼저 行事하면 保險者에 대한 直接請求權을 상실하고, 責任保險者에 대하여 直接請求權을 먼저 行事하고 責任保險者가 이에 응하면 第三者는 被保險者에 대한 損害賠償請求權을 상실하게 된다.⁸⁶⁾

第5節 消滅時效

改正商法은 被害者의 直接請求權을 인정하면서도 그 소멸시효 기간과 기산점에 대하여는 아무런 언급이 없다.⁸⁷⁾

1. 學說의 對立

이에 대하여 商法 제662조에 따른 소멸시효의 적용설은 商法上的 直接請求權을 保險契約에서 파생되는 권리 또는 保險金請求權의 代位行事라고 보아 保險金請求權의 경우 商法 제662조와 같이 直接請求權의 소멸시효기간을 2년으로 보는 입장으로서, 그 기산점은 被保險者와 被害者인

86) 鄭熙喆·鄭燦亨, 商法學(下), 博英社, 1995, 636면 ; 김광국, “責任保險契約상 第三者의 지위에 관한 研究”, 「보험학회지」, 제52집(1998. 10), 222면.

87) 특별법인 自動車損害賠償保障法에서는 2년, 産業災害補償保險法에서는 3년으로 각기 상이한 기간의 소멸시효 기간을 정하고 있다.

第三者 사이에 채무가 확정된 때라고 한다.⁸⁸⁾ 民法 제766조에 따른 손해 배상청구권의 소멸시효의 적용설은 直接請求權의 기본성격을 保險金請求權이 아닌 不法行爲로 인한 損害賠償請求權으로 이해함이 타당하고, 따라서 그 시효기간도 損害賠償請求權의 시효기간과 일치하여 商法 제662조가 아닌 民法 제766조에 따라 산정되어야 하며, 그 기산점은 權利를 行事務할 수 있는 때인 損害賠償額이 확정된 때로 보아야 한다는 입장이다.⁸⁹⁾ 한편, 商法 제662조 유추적용설은 채권의 소멸시효에 관한 규정을 적용함이 원칙이지만 그렇게 되면 장기간 보험관계가 종식되지 않음으로써 법률관계의 혼란과 불안정을 야기할 수 있으므로, 直接請求權의 소멸시효에 관하여는, 그것이 비록 계약상의 權利는 아니나 계약상의 權利에 준하는 것으로 보아 保險金請求權의 시효에 관한 규정을 유추적용하는 것이 문제의 해결을 위해 타당하다는 입장으로서, 그 기산점은 被害者가 保險者에게 배상을 청구한 때로부터 진행된다고 한다.⁹⁰⁾

2. 判例

大法院은 종래 약관상 直接請求權을 保險金請求權으로 보아 그 소멸시효 기간은 商法 제662조에 따라 2년이고⁹¹⁾, 그 기산점은 “確定判決時”

88) 梁承圭, 保險法(第3版), 三知院, 1999, 366면.

89) 金星泰, “直接請求權의 本質”, 「保險法研究 I」, 保險法研究會 編, 三知院, 1995년, 193~194면.

90) 崔基元, 保險法, 博英社, 1993, 372면.

91) 「자동차종합보험보통약관에 被保險者가 被害者에게 지는 損害賠償額이 判決에 의하여 확정되는 등의 일정한 경우에는 被害者가 保險會社에 대하여 직접 保險金의 지급을 請求할 수 있도록 규정되어 있다 하더라도, 위 약관에 의하여 被害者에게 부여된 保險會社에 대한 保險金額 청구권은 商法 제662조 소정의 保險金額 청구권에 다름 아니므로 이를 2년간 行事務하지 아니하면 소멸시효가 완성되는 것으로 보아야 할 것인바, 같은 취지의 原審判決은 옳고, 거기에 소론과 같은 자동차종합보험보통약관의 해석을 그르친 위법이 있다 할 수 없다(大法院 1993. 4. 13. 선고 93다3622호 判決)」 같은 취지의 判決로 大法院 1997. 11. 11. 선고 97다36521호 判決 참조.

로 보았다.⁹²⁾ 그러나 앞서 언급한 바와 같이 改正商法 시행에 따라 인정되는 商法上 直接請求權에 대해서는 그 법적 성질을 損害賠償請求權으로 달리 파악하고 있는 만큼, 소멸시효에 관하여 종전의 입장이 그대로 견지될 수 있을지는 의문인 바, 현재 이에 대한 명시적인 大法院의 판단은 나오지 아니하고 있다.

3. 責任保險者의 다른 공동불법행위자에 대한 求償權의 消滅時效

공동불법행위자 중의 1인의 責任保險者가 被害者에게 損害賠償金을 保險金額으로 모두 지급하여 공동불법행위자들이 共同免責된 경우 공동불법행위자는 다른 공동불법행위자의 부담부분에 대하여 求償權을 行事할 수 있고, 保險金額을 지급한 責任保險者는 商法 제682조 소정의 保險者 代位制度에 따라 공동불법행위자의 다른 공동불법행위자에 대한 위와 같은 求償權을 취득하며, 이 때에 保險者가 취득하는 求償權의 소멸시효 기산점과 그 기간은 代位에 의하여 移轉되는 權利자체를 기준으로 판단하여야 하고, 위와 같은 求償權은 그 소멸시효에 관하여 법률에 따로 정한 바가 없으므로 일반원칙으로 돌아가 일반채권과 같이 그 소멸시효는 10년으로 완성된다고 해석함이 상당하며, 그 기산점은 求償權이 발생한 시점, 즉 求償權자가 현실로 被害者에게 지급한 때라고 함이 大法院의 확립된 입장이다.⁹³⁾

92) 「원심이 확정된 바와 같이 被害者인 원고들이 被保險者인 소외회사를 상대로 이 사건 교통사고로 인한 損害賠償을 請求하는 소송을 제기하여 1989. 6. 30. 일부 승소의 확정判決을 받았고, 이에 被保險者가 被害者에게 지는 損害賠償액이 判決에 의하여 확정되는 등의 경우에 被害者가 保險會社에 대하여 직접 保險金의 지급을 請求할 수 있다는 자동차종합보험보통약관의 규정에 따라 被害者인 원고들이 保險會社인 피고회사에 대하여 그 判決金額 상당의 保險金額을 직접 請求하는 이 사건 소송을 제기한 것이라면 이 直接請求權의 소멸시효는 위 確定判決이 있을 때로부터 기산된다 할 것이고……. 大法院 1993. 4. 13. 선고 93다3622호 判決)」

93) 大法院 1979. 5. 15. 78다528호 判決 ; 大法院 1989. 11. 28. 선고 89다카9194

그런데 이러한 大法院의 입장에 의한다면 다음과 같은 問題가 나타난다. 즉, 수인의 공동불법행위로 손해를 입은 被害者가 각 공동불법행위자에 대하여 보유한 損害賠償請求權의 소멸시효는 民法 제766조⁹⁴⁾의 규정에 의하여 3년 내지는 10년이 될 것이다. 따라서 각 공동불법행위자의 責任保險者에 대한 소멸시효 기간 또한 3년 내지는 10년이 될 것이다. 그런데 공동불법행위자 중의 1인의 責任保險者가 被害者에게 損害賠償金を 保險金額으로 모두 지급하여 공동불법행위자들이 共同免責된 경우 그러한 責任保險者가 상대방 공동불법행위자에 대하여 보유한 求償채권의 소멸시효는 사고발생시가 아닌 그 이후 被害者에 保險金額 지급시 이후부터 3년 내지는 10년간 유효하게 되고, 나아가 이러한 求償을 당하는 공동불법행위자의 責任保險者는 더욱 연장된 소멸시효 기간의 불이익을 받게 된다.

第6節 小結

保險者는 保險事故가 발생한 경우 被保險者에게 保險金を 지급한다. 이런 保險金 지급채무의 소멸시효는 2년이다(商法 제662조).⁹⁵⁾ 또한 保

호 判決 ; 大法院 1994. 1. 11. 선고 93다32958호 判決 ; 大法院 1994. 10. 7. 선고 94다11071호 判決 ; 大法院 1993. 1. 26. 선고 92다4871호 判決 ; 大法院 1991. 5. 14. 91다513호 判決 ; 大法院 1998. 12. 22. 선고 98다40466호 判決 ; 大法院 1991. 5. 14. 선고 91다513호 判決 ; 大法院 1993. 1. 26. 선고 92다4871호 判決 ; 大法院 1994. 10. 7. 선고 94다11071호 判決 ; 大法院 1994. 1. 11. 선고 93다32958호 判決 ; 大法院 1998. 12. 22. 선고 98다4046호 判決 등.

94) 第766條 (損害賠償請求權의 消滅時效) ①不法行爲로 인한 損害賠償의 請求權은 被害者나 그 法定代理人이 그 손해 및 加害者를 안 날로부터 3年間 이를 行使하지 아니하면 時效로 因하여 消滅한다.

②不法行爲를 한 날로부터 10年을 經過한 때에도 前項과 같다.

險者 代位를 인정하여 保險者로 하여금 保險契約者 또는 被保險者의 第三者에 대한 損害賠償請求權 등을 취득하도록 해서 損害賠償責任이 종국적으로 정당하게 배분될 수 있도록 한다. 따라서 적어도 商法 제724조 제2항이 改正되기 전에는 責任보험의 경우에도 이러한 原則이 적용되어 被害者가 아닌 被保險者만이 保險金을 請求할 수 있었고, 그 청구권이 시효로 소멸하면 被保險者 자신의 재산으로 被害者에게 책임을 부담하여야 하였다. 즉, 損害賠償의 직접적 책임은 被保險者이고 保險者는 간접적 책임을 부담함에 지나지 아니하였다.

그러나 商法 제724조 제2항의 改正으로 인하여 責任保險契約에 편입되지 아니한 被害者도 法律규정에 의하여 직접 保險者에게 損害補償을 요구할 수 있게 되었다. 또한 直接請求權의 법적 성질을 판례의 입장대로 損害賠償請求權으로 이해한다면 이러한 直接請求權의 소멸시효기간도 추후 大法院에 의하여 民法上 일반 損害賠償채권과 같이 3년 내지는 10년으로 인정될 가능성이 농후하다. 그에 따라 일정한 경우 責任保險者의 소멸시효 주장에 의한 면책 시기는 商法 제662조의 2년에서 3년 내지는 10년으로, 나아가 다른 공동불법행위자의 責任保險者가 먼저 共同免責을 이행하고 求償해 올 경우 사고시부터 共同免責시까지의 기간이 더욱 추가하여 연장되어 버린다.

결국 商法 제724조 제2항의 改正은 오직 被害者인 第三者의 보호에만 치중하였을 뿐 責任保險者의 責任範圍의 현격한 증가에 대하여는 관심이 없었다. 다만, 판례는 이러한 責任保險者의 책임 확장에 대한 대비책으로 被保險者의 直接請求權에 대한 保險者 代位를 인정하는 인상을 보이기도 하였으나⁹⁵⁾, 이에 대한 법리가 현재 전무하다.

95) 大法院 1998. 2. 13. 선고 96다19666호 判決 ; 大法院 1998. 3. 13. 선고 97다 52622호 判決 ; 大法院 1998. 5. 12. 선고 97다54222호 判決 등.

96) 大法院 1998. 7. 19. 선고 97다17544 判決 ; 大法院 1998. 9. 18. 선고 96다 19756 判決 ; 大法院 1999. 2. 12. 선고 98다4495 判決 등

第4章 責任保險者의 求償權 問題點과 實現方案

현행 商法上 責任保險者는 被害者의 직접 청구권에 의하여 그 責任範圍가 확장되었고 나아가 공동불법행위자의 責任保險者의 責任 範圍는 판례에 의하여 더욱 증가하게 되었다. 물론 責任保險 관계에 있어서 被害者의 보호가 최우선시 되어야 함은 법리적인 타당성의 담보 問題가 아닌 정책적 견지에서 이해되어야 할 사항임은 부정하기 어렵다.

그러나 被害者의 보호에도 충실하면서 責任保險者의 책임증대에 대응한 求償權 行事が 공평타당한 내용으로 실현될 수 있다면 이는 책임보험의 건전하고 지속적인 운용 수단으로 평가될 수 있을 것이다.

이에 판례상으로만 인정될 뿐 공동불법행위자 相互間의 求償權 制限 法理에 대응 가능한 제반 방안들을 모색해 보고자 한다.

第1節 求償權에 대한 問題點

1. 意義

공동불법행위자간의 求償權 行事に 관련하여 공동불법행위자 1인의 共同免責이 그의 부담부분을 초과하여야 하는지의 여부에 관하여는 大法院의 견해만 나타나고, 학계에서는 이를 인용할 뿐, 아직 이 問題에 대한 본격적인 논의는 진행되지 아니한 것으로 보인다.

2. 學說의 對立

공동불법행위자간의 求償權 行事に 관련하여 공동불법행위자 1인의 共同免責이 그의 부담부분을 초과하여야 하는지의 여부에 관하여는, 그

의 부담부분액을 초과하는 면책이 있어야 비로소 求償權이 발생하며 그 求償의 範圍도 자신의 부담부분액을 초과하는 金額에 한정된다는 견해와 반드시 자기의 부담부분액을 초과할 필요는 없고 자기의 출재에 의한 채무의 소멸만 있으면 그 부분에 대한 각자의 부담부분의 비율을 곱하여 산출된 金額을 求償할 수 있다는 견해로 나누어질 수 있다. 참고로, 連帶債務者간의 求償權에 대한 民法 제425조 제1항⁹⁷⁾에 관한 해석에 있어서 共同免責이 求償하는 자의 부담부분을 초과하여야 하는지에 관하여는, 특정 공동불법행위자의 출재에 의한 共同免責이 있으면 그것이 전체 채무액에 대한 부담금액 이하인 경우에도 그 부담비율에 따른 求償權이 발생한다고 보는 견해가 통설인 한편⁹⁸⁾, 아직 大法院 판례에서는 이에 대한 선례를 찾을 수 없다.

3. 判例의 立場

이에 대하여 현재 大法院은 전자의 입장을 취하고 있음에 반하여⁹⁹⁾

97) 민법 第425條(出財債務者の 求償權)의 ①항은 어느 連帶債務者가 辦濟 其他 自己의 出財로 共同免責이 된 때에는 다른 連帶債務者의 負擔部分에 對하여 求償權을 行使할 수 있다고 되어 있다.

98) 단, 일부 견해는 부담부분액을 초과하는 출재가 필요하다는 입장이다(金顯泰, 新債權法總論, 一潮閣, 1964, 197면, 金相容, 債權總論, 法文社, 1996, 364면).

99) 「공동불법행위자는 債權者에 대한 관계에 있어서는 연대책임(부진정연대채무)이 있는 것이나 그 공동불법행위자의 내부관계에 있어서는 일정한 부담부분이 있는 것이라고 할 것이고 이 부담부분은 공동불법행위자의 과실의 정도에 따라 정하여지는 것이며 공동불법행위자 중의 한 사람이 자기의 부담부분이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른 공동불법행위자에게 그 부담부분의 비율에 따라 求償權을 行使할 수 있다고 보아야 할 것이다. 그런데 원심이 확정된 사실에 의하면 이 사건에서 원고가 지급하였다는 금원은 원고가 부담하여야 할 내부적 부담부분에 상응하는 金額에 미치지 못한다는 것인 바 사실관계가 그와 같다면 원고의 求償권을 부인한 원심의 조치는 정당하다고 보아야 할 것이다.(大法院 1989. 9. 26. 선고 88다카 27232호 判決)」 이후 이 같은 大法院의 입장은 줄곧 유지되고 있고(大法院

이에 대한 학계나 하급심의 반대의견을 보이질 않는다. 이러한 大法院의 입장은, 본래 공동부담이라는 주관적 관련이 없는 부진정연대채무에 있어서의 부담부분은 부담비율에 따른 全體損害에 대한 책임부분으로서 각자의 고유의무인 자기채무이므로 부담부분액만의 이행으로는 共同免責에 해당하지 않는다는 점, 실무적으로도 구상의 악순환이 야기될 수 있다는 점 등을 근거로 하고 있다.

4. 批判

위와 같은 大法院의 논리에 의한다면 일부 加害者에 대한 채무면제의 경우, 法律上的 損害賠償金에 미달하는 소송외 합의금 지급, 각 부담부분을 산정하기 위한 전제로서 전체 損害賠償額의 산정이 진행 중인 경우, 나아가 공동불법행위자 일인의 保險者가 개입된 경우 등에 있어서는 성실한 변제자만 희생당하고 오히려 求償의 악순환에 버금가는 실체적, 절차적 問題를 야기할 수 있을 것이다.

그러나 후자의 입장 역시 결론적으로는 타당하나 아무런 계약관계를 가지지 아니하는 被害者와 責任保險者와의 관계와는 유리되어 있다. 즉, 責任保險者에 대하여 직접 청구권을 가지는 被害者에게 保險金을 지급하는 責任保險者로서는 그에 대한 적절한 반대급부가 논리적으로 하여되어야 할 것인데 후자의 입장은 이러한 연결점을 가지질 못한다.

第2節 입법적용에 따른 實現方案

1. 産業災害補償保險法

2002. 5. 24. 선고 2002다14112호 判決, 大法院 1997. 12. 12. 선고 96다50896호 判決, 大法院 1995. 10. 12. 선고 93다31078호 判決, 大法院 1991. 5. 14. 선고 91다513호 判決), 이는 후술하는 사안에서도 마찬가지이다.

(1) 규정

산업재해보상보험법 第54條(第三者에 대한 求償權)에는 ①公團은 第三者의 행위에 의한 災害로 인하여 保險給與를 지급한 경우에는 그 給與額의 한도안에서 給與를 받은 者의 第三者에 대한 損害賠償請求權을 代位한다. 다만, 保險加入者인 2이상의 事業主가 같은 場所에서 하나의 사업을 分割하여 각각 행하다가 그중 事業主를 달리하는 勤勞者의 행위로 災害가 발생한 경우에는 그러하지 아니하며, ②第1項의 경우에 受給權者가 第三者로부터 동일한 사유로 인하여 이 法의 保險給與에 상당하는 損害賠償을 받은 경우에는 公團은 그 賠償額을 大統領令이 정하는 방법에 따라 換算한 金額의 한도안에서 이 法에 의한 保險給與를 지급하지 아니한다. 또한, ③受給權者 및 保險加入者는 第三者의 행위로 인한 災害가 발생한 때에는 지체없이 이를 公團에 申告하여야 한다고 규정되어 있다.

(2) 求償의 範圍에 관한 問題

첫번째는 산업재해보상보험법 제54조의 규정은 그 代位の 範圍에 대하여 아무런 제한을 두고 있지 아니하고 그에 따라 責任保險에 가입한 공동불법행위자 내지는 그에 대하여 使用者責任을 지는 자의 과실비율과 관계없이 第三者가 보험급여액 全額에 대하여 책임이 있는지에 대하여 학설과 판례는 심한 대립을 가져왔다.

두번째는 第三者와 保險加入者인 피재근로자의 사용자 및 그 소속 근로자가 공동불법행위를 하여 업무상 재해가 발생한 경우에 국가가 피재근로자에 대하여 보험급여를 한 경우에 第三者에 대하여 全額 求償을 할 수 있는가의 여부에 관하여, i)산재법 제54조 제1항의 규정은 수급권자가 입은 재해가 保險加入者와 관계없는 순전히 第三者만의 不法行爲로 인한 경우에만 적용되는 것이 타당하고, 산재법의 가입자의 과실과 第三者의 과실이 경합된 공동불법행위의 경우에는 保險者인 국가가 商法 제 682조에 의하여 被保險者(保險加入者)의 第三者에 대한 求償權을 代位하

여 행사할 수 있음을 별론으로 하고, 직접 수급권자의 第三者에 대한 損害賠償請求權을 代位할 수는 없다는 견해(즉, 위 규정은 수급권자가 입은 재해는 保險加入者와 관계없는 第三者만의 單獨不法行爲로 인한 경우에만 한정되어야 한다는 입장이다)¹⁰⁰⁾, ii) 第三者와 공동불법행위의 경우에도 국가가 求償權을 취득하지 못한다고 하여서는 아니되나, 다만 그 求償의 範圍는 수급권의 賠償請求金額 중에서 保險加入者의 과실에 상당하는 부분은 行事하지 못하고 단지 보험급여액의 한도에서 第三者의 과실비율에 따른 부담부분에 대해서만 代位할 수 있다는 견해(이른바, 안분설)¹⁰¹⁾, iii) 국가가 그 급여액의 한도에서 全額을 求償한다고 해도 현행 법상 아무런 불합리한 점이 없고 또 아무런 법적 근거 없이 법률에 의해 국가에 인정된 權利를 제한할 수도 없다는 견해(이른바, 全額설)¹⁰²⁾가 대립한다.

세번째로는 이와 같은 大法院의 입장은 이후 그 급여액 全額을 求償

100) 서울민사지방법원 1984. 5. 4. 선고 84가합801호 判決 ; 부산지방법원 1986. 11. 28. 선고 86가합2400호 判決.

101) 강봉수, 災害補償과 損害賠償, 법조, 1986(3월호), 37면.

102) 「국가의 求償權은 '급여를 받은 자의 第三者에 대한 損害賠償請求權을 代位'하는 것인즉, 그 求償權의 範圍 역시 급여액의 한도안에서 급여를 받은 被害者가 不法行爲를 한 第三者에 대하여 갖는 損害賠償請求權의 範圍와 동일한 것이라고 할 것인 바, 따라서 공동불법행위자가 아님은 물론, 그 자신 아무런 과실이 없어서 不法行爲를 한 피고에 대하여 그 損害額 전부의 배상을 請求할 수 있는 被害者들의 損害賠償請求權을 국가가 代位 行事하는 이 사건에 있어서, 이 사건 재해에 대한 피고의 과실비율(공동불법행위자의 과실비율)과는 관계없이 원고의 보험급여액 한도안에서 被害者들의 피고에 대한 損害賠償債權額 전부를 이 사건 求償金額으로 인정한 원심의 조치는 정당하며, 국가의 第三者인 피고에 대한 求償範圍가 被害者들의 損害賠償債權額 중 이 사건 재해에 대한 피고의 과실비율에 따른 金額으로 한정되어야 한다는 논지는 독자적인 견해에 불과하여 채택할 수 없다.(大法院 1988. 3. 8. 선고 85다카2285호 判決)」 같은 취지의 判決로 大法院 1998. 5. 8. 선고 98다6084호 判決, 大法院 1992. 2. 25. 선고 91다28726호 判決, 大法院 1989. 9. 26. 선고 87다카3109호 判決, 大法院 1989. 6. 27. 선고 87다카1946호 判決.

당한 第三者는 다시 공동불법행위자인 保險加入者를 상대로 그 과실 비율에 따라 그 부담 부분의 재구상을 할 수 있고(大法院 1992. 12. 8. 선고 92다23360 判決, 1996. 1. 26. 선고 95다19751 判決 참조), 재구상에 응한 保險加入者는 법 제55조의2의 유추적용에 의하여 ○○공단에게 재구상당한 金額의 재재구상을 할 수 있어 이는 소송경제에 반한다는 점, ○○공단이 결국은 保險加入者에게 반환할 것을 이 사건으로 請求하는 것이 되어 이를 허용함은 신의칙에도 반한다는 점 등의 사정을 들어 第三者의 과실비율에 상응하는 金額만의 求償을 허용하는 것으로 변경되었다¹⁰³⁾

103) 「産業災害補償保險法(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 改正된 것, 이하 '법'이라 한다) 제55조의2에서는 "保險加入者가 소속 근로자의 업무상의 재해에 대하여 이 법에 의한 보험급여의 지급사유와 동일한 사유로 民法 기타 법령에 의하여 보험급여에 상당하는 금품을 수급권자에게 미리 지급한 경우로서 당해 금품이 보험급여에 대체하여 지급한 것으로 인정되는 경우 保險加入者는 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 수급권자의 보험급여를 받을 權利를 代位한다."라고 규정하고 있으므로(같은 취지의 규정이 1986. 8. 27. 대통령령 제11960호로 改正된 産業災害補償保險法施行令 제35조에 이미 규정되어 있었고, 1995. 4. 15. 위 시행령이 전면 改正되면서 그 제51조에서 역시 같은 취지로 규정되었다가, 위와 같이 법률에 규정이 되면서 위 시행령 제51조는 삭제되었다), 산업재해가 保險加入者와 第三者의 공동불법행위로 인하여 발생한 경우에, ○○공단이 第三者에 대하여 원심의 판단처럼 보험급여액 全額을 求償할 수 있다면, 그 급여액 全額을 求償당한 第三者는 다시 공동불법행위자인 保險加入者를 상대로 그 과실 비율에 따라 그 부담 부분의 재구상을 할 수 있고(大法院 1992. 12. 8. 선고 92다23360호 判決, 1996. 1. 26. 선고 95다19751호 判決 참조), 재구상에 응한 保險加入者는 법 제55조의2의 유추적용에 의하여 ○○공단에게 재구상당한 金額의 재재구상을 할 수 있다고 하여야 할 것인데, 그렇게 되면 순환소송이 되어 소송경제에도 반할 뿐만 아니라, ○○공단이 결국은 保險加入者에게 반환할 것을 이 사건으로 請求하는 것이 되어 이를 허용함은 신의칙에 비추어 보더라도 상당하지 아니하므로, ○○공단은 第三者에 대하여 保險加入者의 과실 비율 상당액은 求償할 수 없다고 해석하여야 할 것이고, 구체적으로는 被害者가 배상받을 損害額 중 保險加入者의 과실 비율 상당액을 보험급여액에서 공제하고 차액이 있는 경우에 한하여 그 차액에 대하여만 ○○공단이 第三者로부터 求償할 수 있다

2. 漁船員災害補償保險法

(1) 意義

앞서 소개한 問題된 사안과 관련하여 당시 국회에서는 '漁船員 및 漁船災害補償保險法'안이 계류 중에 있었다. 問題된 사안과 관련한 동 법안의 주요 내용들을 살펴보면, 「①이 법에 의한 災害補償事業은 海洋水産部長官이 관장하고, 그 운영을 水産業協同組合法에 따라 설립된 水産業協同組合中央會에 위탁함¹⁰⁴⁾. ②현행 船員法은 25톤 이상인 어선에 승선하는 漁船員의 災害補償에 대하여 적용되고, 25톤 미만 어선에 대하여는 상시 5인 이상 승선시 産業災害補償保險法(동법 제5조 및 施行令 제3조)에 의하고, 5인 미만 승선시에는 수협공제의 임의가입대상이 되는 등 漁船員保險이 이원화되어 어업인의 불편과 보험운영에 혼선이 있는 것이 사실임¹⁰⁵⁾. ③산재보험과 본 재해보험사업은 모두 정책보험으로서 재해 발생시 사회적 약자인 근로자에 대하여 사회보험방식에 의하여 보상하는 것으로 본질적인 차이가 없음¹⁰⁶⁾. ④漁船員保險은 해상근로자인 선원의 근로기준 및 災害補償 관계를 규정한 船員法의 기준에 따라 災害補償을 이행하기 위한 共營보험의 역할을 담당하며, 산재보험은 근로기준법의

고 할 것이다. 이와 달리 ○○공단이 産業災害補償保險法 제54조 제1항에 따라 第三者에 대하여 그 지급한 보험급여액 全額에 관하여 求償權을 行事할 수 있다는 취지로 판시한 大法院 1997. 1. 24. 선고 96다39080호 判決, 1996. 1. 26. 선고 95다19751호 判決, 1992. 12. 8. 선고 92다23360호 判決, 1992. 2. 25. 선고 91다28726호 判決 등은 이 判決의 견해에 배치되는 範圍 내에서 이를 모두 변경하기로 한다.(大法院 2002.3.21. 2000다62322호 全員合意體 判決)」

104) 국회 漁船員및漁船災害補償保險法안 검토보고서, 2002. 10., 농림해양수산위원회 전문위원, 1면.

105) 전계서, 3면.

106) 전계서, 9면.

災害補償관계를 共營保險化 한 것임¹⁰⁷⁾. ⑤제35조(第三者에 대한 求償權) 제1항 중앙회는 第三者의 행위에 의한 재해로 인하여 이 장에 의한 보험 급여를 지급한 경우에는 그 급여액의 한도 안에서 급여를 받은 자의 第三者에 대한 損害賠償請求權을 代位한다¹⁰⁸⁾」 등이었다.

이후 위 법안은 약간의 자구수정을 거쳐 법률 제06866호로 2003. 3. 19. 제정되었고, 지난 2004. 1. 1.부터 시행되어 오고 있다.

(2) 評價

당시 밝혀진 위 법률의 제정이유는 연근해 어업에 종사하는 漁船員 및 어선의 재해발생시 이를 신속·공정하게 보상하고, 체계적으로 관리하도록 하는 국가적 政策保險制度를 도입하여 漁船員을 보호하고, 어선소유자의 생산능력을 확보하는 등 어업경영의 안정을 도모하려는 것 등이었고, 그 주요 골자는 i)이 법에 의한 災害補償保險事業은 해양수산부장관이 관장하고, 그 운영을 水産業協同組合法에 따라 설립된 水産業協同組合中央會에 위탁함(법 제3조 및 제9조) ii)보험료의 일부를 국고에서 지원할 수 있도록 하고, 보험사업에 관한 중요사항을 심의하기 위하여 해양수산부에 漁業災害補償保險審議委員會를 둠(법 제4조 및 제7조) iii)漁船員등의災害補償保險은 연근해어업에 종사하는 어선소유자를 당연 가입자로 하여 漁船員·家族漁船員 및 어선소유자가 어업활동과 관련하여 입은 재해를 보상하도록 하고, 그 보험급여의 종류 및 範圍를 정함(법 제16조 및 제21조 내지 제30조) iv)漁船災害補償보험은 연근해어업에 종사하는 어선소유자가 가입할 수 있도록 하고, 그 보험의 대상은 선체·기관 및 의장품을 일괄단위로 하며, 가입금액은 대상어선의 잔존가액의 일정비율로 함(법 제49조 내지 제52조) v)보험급여에 관한 결정에 불복이 있는 자는 水産業協同組合中央會에 심사청구를 할 수 있도록 하고, 심사청구에 대한 결정에 불복하는 경우에는 漁業災害補償보험심사위원회에

107) 전계서, 9면.

108) 전계서, 16면.

재심사청구를 할 수 있도록 하며, 이 경우 재심사청구를 받은 날부터 50일 이내에 재결을 하도록 하고, 漁業災害補償보험심사위원회의 재결은 水産業協同組合中央會를 기속하도록 함(법 제57조 내지 제63조) 등이었다.

그러나 실제에 있어 위 법률은 정부보조금의 증액, 保護範圍 확대 및 각종 위원회의 설치 이외엔 기존 수협의 선원공제와 차이가 없는 것으로 확인된다. 적어도 問題된 사안에서 大法院이 상고기각의 이유로 내세운 논지는 실제에 부합하지 아니하였던 것이다. 즉, 당시 원고(수협)의 주장과 같이 산재법과 같은 보험사업 운용기관에 대한 법률의 부존재가 위 법률의 실질적인 제정 사유였던 것으로 파악된다. 결국 위 법시행 전 원고(수협)의 선원공제사업과 시행 후 위 법에 의한 보험사업이 그 실질적인 운용에 있어 별반 차이가 없음이 확인된다.¹⁰⁹⁾

(3) 규정

제33조(損害賠償請求權의 代位 등)에는 ①중앙회는 第三者의 행위에 의한 재해로 인하여 漁船員등에게 이 장에 의한 보험급여를 지급한 경우에 그 급여액의 한도안에서 보험급여를 받은 자의 第三者에 대한 損害賠償請求權을 代位하고 ②第三者의 행위에 의한 재해로 인하여 보험급여의 지급사유가 발생하였으나 그 재해를 原因으로 第三者로부터 損害賠償을 받은 漁船員등에 대하여 중앙회는 그 배상액의 範圍안에서 이 장에 의한 보험급여를 지급하지 아니하며, ③수급권자 및 保險加入者는 第三者의 행위에 의하여 재해가 발생한 때에는 지체없이 이를 중앙회에 신고하여야 한다고 규정되어 있다.

3. 其他

109) 전게서, 11면.

(1) 公務員年金法

第33條(다른 法令에 의한 給與와의 調整)에는 ①다른 法令에 의하여 國家 또는 地方自治團體의 負擔으로 이 法에 의한 給與와 같은 種類의 給與를 받는 者에 대하여는 그 給與에 상당하는 金額을 이 法에 의한 給與에서 控除하여 支給하며, ②이 法에 의한 給與의 事由가 第三者의 行爲로 인하여 발생한 경우에는 公團 또는 地方自治團體는 당해 給與의 사유에 대하여 이미 행한 給與額(障害年金을 받는 경우에는 障害補償金を 받는 것으로 보아 算定한 金額)의 範圍안에서 受給權者가 第三者에 대하여 가지는 損害賠償請求權을 취득한다. 다만, 第三者가 당해 公務員 또는 公務員이었던 者의 配偶者, 直系尊·卑屬 또는 公務遂行중의 公務員인 경우에는 公務員年金給與審議會의 審議를 거쳐 損害賠償請求權의 전부 또는 일부를 行하지 아니할 수 있으며, ③第2項의 경우에 受給權者가 그 第三者로부터 同一한 事由로 인하여 이미 損害賠償을 받은 때에는 그 賠償額의 範圍안에서 給與를 支給하지 아니한다로 규정되어 있다.

(2) 軍人年金法

第41條(다른 法令에 의한 給與와의 調整)에는 ①다른 法令에 의하여 國庫 또는 地方自治團體의 負擔으로 이 法에 의한 給與와 同類의 給與(國家有功者等禮遇및支援에관한法律에 의한 補償金은 제외한다)를 받는 者에게는 그 給與金에 相當하는 額에 對하여는 이 法에 의한 給與를 支給하지 아니하며, ②國防部長官은 第三者의 行위로 인하여 給與의 사유가 발생하여 給與를 지급하는 때에는 그 給與額중 大統領令이 정하는 金額의 範圍안에서 受給權者가 第三者에 대하여 가지는 損害賠償請求權을 취득한다. 다만, 第三者가 당해 軍人 또는 軍인이었던 者의 配偶者, 直系尊·卑屬 또는 公務遂行중의 軍人인 경우에는 軍人年金給與審議會의 審議를 거쳐 損害賠償請求權의 전부 또는 일부를 行하지 아니할 수 있고 ③第2項의 受給權者가 第三者로부터 동일한 사유로 인하여 이미 損害賠償을 받은 때에는 그 賠償額의 範圍안에서 給與를 지급하지 아니한다로

규정되어 있다.

(3) 私立學校教職員年金法

제41조(다른 법령에 의한 급여와의 조정)에는 ①다른 법령에 의하여 학교경영기관의 부담으로 이 법에 의한 급여와 동류의 급여를 받는 자에 대하여는 그 급여에 상당하는 金額을 이 법에 의한 급여에서 공제하여 지급한다. 이 경우에 관리공단은 공제한 金額을 학교경영기관에게 지급하여야 하며, ②이 법에 의한 급여의 사유가 第三者의 행위로 인하여 발생한 경우에는 관리공단은 당해 급여사유에 대하여 이미 지급한 給與額(障害年金의 경우에는 障害補償金으로 算定한 金額)의 範圍안에서 수급권자가 第三者에 대하여 가지는 損害賠償請求權을 취득한다. 다만, 第三者가 당해 教職員 또는 教職員이었던 者の 配偶者, 直系尊·卑屬 또는 職務遂行중의 教職員인 경우에는 給與審議會의 審議를 거쳐 損害賠償請求權의 전부 또는 일부를 行事하지 아니할 수 있으며, ③제2항의 경우에 수급권자가 第三者로부터 동일한 사유로 인하여 이미 損害賠償을 받은 때에는 그 배상액의 範圍안에서 급여를 지급하지 아니한다로 규정되어 있다.

4. 小結

이러한 특별법상 保險者의 第三者에 대한 代位權 규정은 공히 保險契約者나 被保險者 아닌 被害者의 權利를 代位하도록 규정하고 있다. 이러한 경우 일정한 경우 나타나는 공동불법행위자 相互間의 求償權 行事의 制限 法理는 쉽게 극복될 수 있고, 또한 계약관계 없는 被害者의 直接請求權에 대응한 責任保險者의 公평타당한 求償權 行事가 가능하다는 結論에 도달한다.

第3節 辨濟者 代位에 따른 實現方案

1. 意義

被保險者에 대한 保險金支給을 原則으로 삼는 구도 하에서는 상법 제 682조의 保險者 代位制度만으로 損害賠償責任의 正當한 배분이 充分히 가능하였다. 그러나 責任保險에서의 法改正으로 사정은 달라졌다. 保險契約에 편입하지 않은 第三者에 대해 保險者가 직접 損害賠償責任을 부담하고 그 책임이 직접적 동순위의 책임으로 강화되었기 때문이다. 따라서 이런 法改正의 취지를 반영한 保險法의 운용을 검토하지 않을 수 없고 이는 앞서 살펴본 問題된 사안에도 통할 수 있는 問題이다.

2. 民法上 辨濟者 代位¹¹⁰⁾

債務者에 의한 채무의 변제는 채권을 소멸시키고 따라서 代位할 債權者의 權利가 없기 때문에 民法 제481조상 辨濟者는 債務者 아닌 第三者이다. 그런데 제482조를 보면 債權者에 대해 채무를 부담하는 보증인도 代位辨濟者에 속하는 第三者로 이해됨을 알 수 있는 바, 辨濟者 代位에서의 第三者는 債務者가 아닌 자로서 債權者에게 변제하는 경우뿐만 아니라, 형식적으로 債務者이기는 하지만 실질적으로는 타인이 債務者인 경우를 포섭하는 개념이다. 또한 이는 民法 제469조의 第三者의 변제에도 그대로 적용될 수 있다.

法定責任에 기해 損害賠償을 한 保險者에게 제481조의 辨濟者 代位가 인정될 수 있는가의 問題도 결국 그 保險者가 형식적으로는 被害者에 대한 債務者이지만(商法 제724조 제2항) 실질적으로는 타인의 채무를 변제한 자에 해당되는가 여부에 의해 결정될 것이다. 여기서 실질적이라 함은 그 타인이 債權者에 대한 채무전부 또는 일부를 總국적으로 부담하여

110) 제철웅, “數人의 不法行爲者 중 1人의 保險者가 被害者에게 손해를 補償한 경우의 求償關係”, 「인권과 정의」, 2000. 7.

야 할 내부관계(계약 등)가 있거나(보증인, 連帶債務者 등), 法律규정에 의해 채무를 전부 부담하지만 중국적으로는 타인이 채무의 전부 또는 일부에 대해 책임을 부담하여야 하는 경우(다수의 不法行爲者 相互間, 使用者와 피용자), 혹은 여러 가지 사정을 종합하여 타인이 책임의 전부 또는 일부를 부담하는 것이 공평에 부합한다고 인정되는 사안 전부를 망라하는 것이다. 第三者가 채무의 전부 또는 일부에¹ 대해 중국적인 책임을 부담하여야 할 사안에서는 保險者의 保險金 支給은 형식적으로는 자기채무의 변제이지만(商法 제724조 제2항) 실질적으로는 그 第三者 채무의 변제일 것이다.

3. 小結

결국 責任保險者의 被害者에 대한 保險金 支給 혹은 被保險者를 통한 保險金의 지급을 民法上的 辨濟者 代位上的 변제로 이해할 경우 앞서 언급한 특별법상의 第三者 代位 규정들에 법리적 근거를 부여할 수 있을 것이다.

第5章 結論

責任保險者가 출연한 책임분담액은 중국적으로 공동불법행위자인 被保險者가 아닌 被害者에게 귀속되기에, 이러한 경우 實質적으로 責任保險者가 대위하는 권리는 被保險者가 아닌 被害者의 권리로 접근이 가능할 수 있다.

그럼에도 불구하고 被害者를 被保險者로 파악하기 위해서는 不法行爲 責任者를 위한 責任保險이 아닌 타인을 위한 보험으로 접근해야 할 것이고, 이러한 경우 불특정 피보험자로부터 동의를 보험계약 체결에 관한 同意를 얻어야 한다는 문제가 나타나게 된다¹¹¹⁾.

생각건대, 당사자간 공평한 손해분담의 원칙을 감안한다면 商法上 責任保險에 있어 保險者의 求償權은 공동불법행위자가 공동으로 부담하고 있는 연대채무를 전부 또는 일부를 변제하고 이를 원인으로 상대방 공동불법행위자에 대하여 구상권을 행사하기 위해서는 공동으로 부담하고 있는 연대채무액 전액 중 자기의 책임비율을 넘어서는 금액을 출연한 경우, 그로 인한 초과금원에 대하여만 상대방 공동불법행위자에 대하여 구상할 수 있다는 대법원의 견해인 ‘공동불법행위자 相互間의 求償權 制限法理’에 구속될 이유가 없을 것이고, 이러한 문제를 극복하기 위해서는 民法上 辨濟者 代位를 통한 法理的 接近이 可能할 것이다.

現行 商法 제724조 제2항은 被害者인 第三者의 保險者에 대한 직접 청구권을 인정하여 第三者에게 책임보험자에 대한 보험금 직접청구권을 부여함으로써 피해자의 보호를 한층 더 강화하고 있는 바, 이러한 責任保險에 있어 保險者는 保險契約에 편입되지 않은 피해자인 第三者에 대하여 直接的인 손해배상책임을 부담하게 되고 이러한 保險者의 責任은 일반 損害保險과 같은 부수적 책임형태가 아닌 被保險者와 동순위의 直接的 責任일 것이다. 또한 동 법조항 개정 이전과 비교해 볼 때, 피해자인

111) 商法 제731조 및 제739조

第三者의 보호에 치중하여 반대급부인 책임보험자의 책임범위는 소멸시효 연장 및 책임확장으로 현격하게 증가되었다.

문제는 이러한 責任保險者의 直接的 責任의 이행 후 責任保險者의 加害者에 대한 求償이 어떠한 수단을 통하여 실현되는가 하는 것인데, 責任保險者는 被害者인 第三者에 대하여 直接的인 法定責任을 負擔한다는 점을 감안할 때, 責任保險者의 求償手段은 손해보험의 경우와 같이 損害保險者의 附隨的 責任負擔 이후의 求償手段인 保險者 代位制度가 아닌, 直接的 責任負擔 이후의 求償手段인 民法上 辨濟者 代位制度로 파악이 가능할 수 있다는 것이다. 즉, 責任保險에 있어 責任保險者는 굳이 被保險者의 지위에 있는 사용자의 구상권을 商法上 保險者 代位 制度에 의하여 행사하지 않더라도 民法上 辨濟者 制度를 통하여 被害者인 第三者의 損害賠償請求權을 代位할 수도 있는 것이고¹¹²⁾ 그에 의하여 責任保險者의 求償權은 民法上 공동불법행위자 相互間의 求償權에 관한 법리에 영향을 받지 아니하게 되는 것이다.

물론 이와 같은 接近이 가능하기 위해서는 保險金의 支給이 被保險者인 船舶所有者가 아닌 災害船員에게 직접 지급되고 심지어 災害船員과 책임보험자간 별도의 채권양수도 계약이 전제되어야 한다는 反論이提起될 수도 있겠으나, 終局的인 責任分擔의 結果가 타당하고 합리적일 수 있다는 점과 法律上 認定되는 被害者의 直接請求權에 對應한 法理 解釋으로 일견 고려해 봄 직한 接近方式이라 생각한다.

112) 大法院 1999. 6. 11. 선고 99다3143호 判決, 大法院 1998. 12. 22. 선고 98다40466호 判決, 大法院 1998. 9. 18. 선고 96다19765호 判決 등 참조

參 考 文 獻

I. 한국문헌

1. 단행본

- 高平錫, 責任保險契約法論, 三知院, 1990년
- 郭潤直, 債權各論(新訂版), 博英社, 1995년
- 金基善, 韓國債權法各論(第二全訂版), 法文社, 1982년
- 金相容, 債權總論, 法文社, 1996년
- 金星泰, 直接知院, 1995년
- _____, 直接請求權의 本質, 「保險法研究 I」, 保險法研究會 編, 三知院, 1995년
- 金曾漢, 註釋 債權各則(IV), 司法行政, 1987년
- 金顯泰, 新債權法總論, 一潮閣, 1964년
- _____, 債權法各論, 一潮閣, 1973년
- 徐燉珏·鄭完溶, 第4全訂版 商法講義(下), 法文社, 1998년
- 孫珠瓚, 第六訂增補版 商法(下), 博英社, 1997년
- 梁承圭, 保險法(第3版), 三知院, 1999년
- 李光馥, “責任保險에 있어서의 被害者의 直接請求權”, 「法學碩士學位論文」, 高麗大, 1996년
- 李院錫, 海商法·保險法, 世英社, 1987년
- 李銀榮, 債權各則, 博英社, 1989년
- 鄭東潤·孫珠瓚, 註釋 商法(VII), 韓國司法行政學會, 2001년
- 鄭熙喆, 補訂版 商法學(下), 博英社, 1990년
- _____. 鄭燦亨, 商法學(下), 博英社, 1995년
- 崔基元, 保險法, 博英社, 1993년

2. 논문기타

강봉수, 災害補償과 損害賠償, 법조, 1986(3월호)

김광국, “責任保險契約상 第三者의 지위에 관한 研究”, 「보험학회지」, 제52집(1998. 10.)

제철용, “數人の 不法行爲者 中 1人の 保險者가 被害者에게 손해를 補償한 경우의 求償關係”, 「인권과 정의」, 2000. 7.

II. 동양문헌

1. 단행본

伊澤孝平, 保險法, 1957년

ABSTRACT

A Study on Realization of Right of Subrogation from the Liable Third Party

Chong-Jin Choe
Dept. of Maritime Law
Graduate School of
Korea Maritime University

The insurer indemnifies the insured for the loss which was caused by perils assured and then to legally obtain the right that the assured or insured has against the insurance object or the third party is defined as “Right of Subrogation”.

According to the principle of property insurance contract, “Bereicherungsverbot”, after the insurer indemnified the insured for loss, it prevents that the assured exercises the right against insurance object or third party and has the right transferred to the insurer.

This study has the purpose to consider about the point that

between right of subrogation against insurance object in article 681 of commercial law and right of subrogation against the third party in article 682 of it, the right to indemnity of the insurer is limited to the plea of the third party against the assured in case the assured incurs the loss resulted from the third party's action and also the insurer pays the insurance money correspond to the loss, and thereby the assured has entitled to the right of subrogation against the third party.

Furtherly, in article 760 of civil law, it requires 'general requisites' and 'common exemption exceeding over common portion' in respect of the mutual recovery among common illegal actors of common illegal act.

From the view point of liability insurer's, the recovery range can be changed depending on which party pays back the joint liabilities against the third party and so, it is obviously disputable that the liability insurer's recovery range can be changed depending on the ability of repayment of both vessels' owners, resulting from the collision accident at the sea.

In case of occurrence of insurance accident, the insurer covers the insurance payment to the assured only and extinctive prescription of payment obligation is 2 years.

Before amendment of Rule 2 in article 724 on commercial law, according to this principle to liability insurance the insurance payment could be claimed not by injured party but by the assured only and if the claim prescription became extinct, the assured had to take the liability for the injured party by himself.

That is, the assured had the direct liability for indemnify and the insurer merely indirect liability.

By the amendment of the commercial law, the injured party which was not included in liability insurance contract could demand the indemnity directly to the insurer by this stipulation and therefore the periods of extinctive prescription could be additionally prolonged to the periods by common exemption time as the liability insurer of another common illegal actor took action of recovery after had performed the common exemption.

Under the present commercial law, the responsibility range of liability insurer was more expanded by the direct demand right of injured party and furtherly it was more enlarged by the judicial precedent and it cannot be denied that the protection of injured party has to be considered as an overriding matter not because of legal rightness but because of view point of policy.

However if recovery action protects injured party faithfully and can be taken reasonably, it can be appreciated as the sound continuous practice means of liability insurance.

This study is focused on the recovery realization program by 'lawmaking by special law' and 'subrogation of repayment party' as the countermeasure to the legal principle of recovery right restriction between mutual of common illegal actors, which is recognized by only judicial precedent.