〈논 문〉

제 3 자에 대한 保險者代位

梁 承 圭*

《차 례》

一. 머릿말
二. 保險者代位의 근거
1. 총 설
2. 損害保險契約의 성질에서 찾는 입장
3. 公序政策的인 견지에서 찾는 입장
4. 人保險에서의 保險者代位의 문제
5. 私 見
三. 제 3 자에 대한 保險者代位
1. 의 의
2. 保險者代位의 성질
3. 保險者代位의 요건
4. 保險者代位의 효과
5. 代位權行使의 제한
6. 다른 保險과의 관계
7. 再保險者의 代位
四. 맺는말

一. 머 릿 말

保險者代位(subrogation of insuer)라 함은 특히 損害保險契約에 있어서 保險事故로 말미암은 被保險者의 損害를 補償하여 준 保險者가 保險의 目的이나 제 3 자에 대하여 가지는 被保險者의 權利를 代位하여 취득하는 것을 말한다(商 681조, 682조). 保險契約은 원래 우연한 事故의 발생을 전제로 保險者의 責任을 인정하는 射倖契約으로서, 保險契約에 정한 일정한 事故가 발생하면 保險者는 그로 인한 被保險者의 損害를 補償할 責任을 지게 된다(商638조, 665조 참조). 이 경우에 그 保險事故의 발생이 제3자의 행위로 인한 때에는 保險者가 被保險者에게 그로 인한 損害를 補償하여 주고, 제 3 자에 대하여 가지는 被保險者의 權利를 代位하여 취득하는 것이 이른바 「제 3 자에 대한 保險者代位」이다. 이것은 결국 保險事故가 제 3 자의 행위로 말미암아 생긴 때에는 被保險者는 保險者에 대한 保險金請求權과 그 제 3 자에 대한 損害賠償請求權을 가지게 되는데, 이 경우에 保險者가 被保險者에게 保險金을 지급하

* 서울大學校 法科大學 助敎授

여 損害의 補償을 한 때에는 被保險者로 하여금 제3자에 대한 損害賠償請求權을 중첩적으로 행사하지 못하게 하고, 保險者가 대신하여 그 權利를 가지는 것을 뜻한다.

保險者代位制度는 普通法 國家에서는 法의 규정에 의하여 확립된 것이 아니고, 자연적 正義의 원칙(principles of natural justice)에 기초를 두고 있으며,(1) 保證契約(contract of suretyship and guaranty)과 관련하여 衡平法院(court of equity)에서 발전하여 뒤에 保險制度에까지 확장된 것이다.(2) 다시 말하면 保險者代位의 원칙은 본래 英美에서는 法典이나 慣習 또는 契約의 條件으로부터 생겨난 것이 아니고, 衡平의 원칙과 保險契約의 損害補償契約性으로부터 유래하는 것(3)으로 보고 있다. 그러나 오늘날 많은 立法例는 保險者代位의 원칙을 明文으로 규정하고 있으며(4) 또 각종의 普通保險約款, 특히 損害保險에 관한 普通保險約款에서는 이에 관한 규정을 두고 있다(5).

제3자에 대한 保險者代位는 保險事故의 발생이 제3자의 행위에 기인한 한 어떠한 保險에서 든 적용될 수 있는 것이지만, 保險契約의 損害補償契約性에서 그 근거를 찾는 연혁적인 이유 때문에 일반적으로 人保險에 있어서는 이를 허용하지 않고 있다.(6) 우리 商法 제729조도 「保險者는 保險事故로 인하여 생긴 保險契約者 또는 被保險者의 제3자에 대한 權利를 代位하여 행사하지 못한다」라고 규정하여, 人保險에 있어서의 保險者代位를 금지하고 있다.(7) 그러나 人保險에 속하는 船員保險이나 産災保險 및 醫療保險과 같이 社會保險에 속하는 특수한 保險에 있어서는 法律上 保險事故가 제3자의 행위로 인하여 발생하였을 때에는 保險金을 지급한 保險者에게 그 代位權을 인정하고 있다(船員保險法 26조, 産災保險法 15조, 醫療保險法 39조). 그리고 오늘날 人保險 가운데에서도 가령 醫療費의 지급을 목적으로 하는 傷害保險은 損害保險의 성질을 가지는 것이며(8), 이러한 人保險의 경우에 保險事故가 타인의 不法行爲로 말미암아 발생한 때에 保險者代位權을 전적으로 배제하는 것이 과연 옳으냐 하는 논의가 實務界에서 이미 제기되고 있다(9).

미국의 예에서 보면 각종 保險에서 保險者代位權의 행사에 의하여 회복하는 금액이 상당

(1) 46 *Corpus Juris Secundum* (1946) p. 154.
(2) Edwin W. Patterson, *Essentials of Insurance Law*, 2d ed., 1957, p. 148.
(3) Ronald A. Anderson, *Couch on Cyclopedia of Insurance Law*, 2d ed., Vol. 16, 1966, p. 250 § 61 :20.
(4) 獨保 67조, 佛保 36조, 瑞保 72조, 英海保 79조 등.
(5) Ronald C. Horn, *Surogation in Insurance Theory and Practice*, 1964, p. 518, 火災保險約款 25조, 履行保證保險約款 15조, 自動車保險約款 一般條項 17조 등.
(6) Robert E. Keeton, *Insurance Law Basic Text*, 1971, p. 148; Buist M. Anderson, *Vance on Law of Insurance*, 3rd ed., 1951, p. 787; John G. Fleming, *The Collateral Source Rule and Loss Allocation in Tort Law*, 60 Mich. L. Rev. (1962), p. 1499.
(7) 佛保 제55조도 같다.
(8) 鄭熙喆, 全訂 商法要論 (下) 152면.
(9) 미국의 많은 傷害保險約款에서는 代保條項을 삽입하고 있다(Horn, op. cit., p. 59).

한 비중을 차지하고 있음을 볼 수 있는데, 여기서는 다만 自動車衝突로 인한 保險者代位(Automobile Collision Subrogation)의 경우를 그 예로 들기로 한다.(10)

표. 自動車衝突로 인한 保險者代位(1950—1960)

연 도	(a) 會社數	(b) 純代位額	(c) 純損害額	(d) ※비율 $\frac{(b)}{(b+c)}$
1950	7	$1,233,264	$14,542,399	7.8%
1951	12	6,249,195	95,877,223	6.1%
1952	13	10,327,355	113,543,752	8.3%
1953	15	13,573,170	148,317,199	8.4%
1954	16	14,600,749	117,685,075	11.0%
1955	16	15,408,446	143,440,718	9.7%
1956	19	22,276,823	196,957,801	10.2%
1957	21	25,992,339	205,203,097	11.2%
1958	23	28,167,183	189,419,473	12.9%
1959	24	28,721,178	207,783,576	12.1%
1960	24	31,862,419	222,985,761	12.5%

이러한 현상은 우리 나라에서도 앞으로 保險의 발전과 더불어 늘어날 것으로 기대되며, 保險者代位에 관한 올바른 인식이 요청된다고 할 수 있다. 따라서 제 3 자에 대한 保險者代位는 保險者와 被保險者 그리고 제 3 자와의 사이에서 여러 가지 미묘한 관계를 자아내는 것으로 그 法律上의 문제도 또한 크다고 하지 않을 수 없다. 그리하여 이 글에서는 먼저 保險者代位를 인정하는 근거에 대하여 살펴보면서 人保險契約에서의 保險者代位에 관한 문제도 아울러 고찰한 다음 商法 제682조를 중심으로 그 解釋適用에 따르는 法的問題를 다루어 보기로 한다.

二. 保險者代位의 근거

1. 총 설

損害保險契約에서 保險者는 保險契約上 保險事故가 발생하면 免責事由가 없는 한 (商 659조, 660조 참조) 당연히 被保險者에게 그 事故로 인한 財産上의 損害를 補償할 責任을 지는데 (商 665조), 이 경우에 被保險者의 財産上의 損害가 제 3 자의 不法行爲 등으로 기인한 경우에는 그 損害를 입힌 자가 1차적으로 責任을 지고, 保險者는 그에 대하여 2차적인 責任을 진

(10) Horn, ibid., p.197에서 옮긴 것이다. 그 밖에 1960년을 기준으로 自動車對物賠償責任保險 0.1%, 一般賠償責任保險 0.7%, 火災保險 0.6% 및 美國內海上保險 2.7%로 나타나고 있다.

다고 할 수 있다.[11] 그러므로 이 경우에 保險者가 먼저 被保險者에게 그 損害를 補償하여 준 때에는 加害者인 제3자에게 당연히 그로 인한 損害賠償을 청구할 수 있다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 그 제3자는 被保險者와의 사이에 加害者와 被害者라는 當事者關係를 유지하고 있으며, 保險者는 保險契約上의 義務로서 被保險者에게 損害를 補償하는 것이므로 保險者가 제3자에 대한 被保險者의 權利를 代位하여 이미 지급한 保險金을 제3자로부터 다시 회복한다는 것은 保險者에게는 일종의 횡재(windfall)라고 할 수 있다.[12] 그렇다면 왜 被保險者에게는 保險者와 제3자에 대하여 중첩적인 請求權의 행사를 허용하지 아니하고, 保險者에게 그 代位權을 인정하는가? 그 이유는 한마디로 말하면 保險者의 保險金의 지급으로 말미암아 제3자의 責任이 면제되는 것이 아니고, 또 保險契約은 被保險者에게 어떤 利得(Bereicherung)을 주려는 것이 아니라는데서 찾을 수 있다.[13] 그리고 保險者代位의 원칙이 保證契約과 관련하여 발전하였다는 연혁적인 이유에 비추어 보면 保證人의 辨濟의 경우와 같이 衡平의 관념에서 구할 수도 있다.[14] 그러나 保險者가 被保險者에게 保險金을 지급하는 것은 자신의 保險契約上의 責任을 다하는 것으로, 타인의 債務를 부담한 것도 아니고, 또 加害者인 제3자를 위하여 그 債務를 保證한 것도[15] 아니므로 辨濟者의 代位와 같이 衡平理論에서 保險者代位의 근거를 찾을 수는 없다. 그리하여 일반적으로 保險者代位를 인정하는 근거에 대하여는 損害保險契約의 성질에서 찾는 입장과 公序政策的인 견지에서 찾는 입장으로 나누어 볼 수 있다. 여기서는 이를 나누어 살펴본 다음 人保險契約에 있어서의 保險者代位의 문제를 논하고 私見을 밝히기로 한다.

2. 損害保險契約의 성질에서 찾는 입장

이것은 損害保險契約을 일종의 損害補償契約(contract of indemnity)으로서 保險事故로 인

(11) Ibid., p. 24.

(12) Patterson, op. cit., p. 151.

(13) Karl Sieg, in Bruck-Möller, *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, 8 Aufl. Bd. II. Lieferung 2c. 1970, § 67, S. 707.

(14) 英美에서는 이것이 지배적이다. Lord Chorley, *Arnould on the Law of Marine Insurance and Average*, 14th ed. vol. 2. 1954, p. 1116; John A. Appleman and Jean Appleman, *Insurance Law and Practice*, vol. 6A, 1972, p. 142, § 4054; Vance, op. cit., p. 787; Couch, op. cit., p. 251; 특히 Langmaid는 損害保險契約은 損害補償契約으로서 保證契約(Suretyship)과 밀접한 관련이 있다고 설명하고 있다(Stephen I. Langmaid, *Some recent subrogation problems in the law of suretyship and insurance*, 47 Harv. L. Rev. 1934, pp. 987f.).

(15) 保險業法 제3조 1항은 保險事業에 「賣買, 雇傭, 都給 기타의 契約에 의한 債務의 이행에 관하여 발생한 債權者의 損害를 補償할 것을 約定하고 債務者로부터 그 報酬를 授受하는 것을 포함한다」라고 규정하고 있는데, 이것은 保證保險을 制度的으로 뒷받침하고 있는 것이다. 그러므로 保證保險契約에서는 保險者는 被保險者(債權者)에 대하여 保險契約者(債務者)의 債務를 保證한 것이라 할 수 있다.

하여 被保險者에게 어떤 利得을 주려는 것이 아니라 단순히 損害의 補償만을 목적으로 한다는 損害保險契約의 본질에서 구하는 입장이다. 즉「損害保險의 경우에는 保險事故로 인한 損害를 補償함이 목적이므로, 만일 保險金의 지급으로 인하여 被保險者가 그 全財産關係에서 도리어 利得을 받은 결과로 된다면 이는 損害保險制度의 기능에 어그러지며, 나아가서는 保險이 不勞의 이득을 위한 賭博으로 악용된 위험이 있다」[17]는 데에서 그 근거를 찾는 입장으로 우리 나라의 通說이라 할 수 있다.[18] 미국의 1847년의 判例는「火災保險契約은 損害補償契約이고, 被保險者는 실제로 받은 損害에 상응하는 補償만을 받을 權利가 있다.」[19]라고 선언하고 있으며, 또 실제로 保險者代位에 대하여 다루고 있는 모든 判例에서는「保險者代位의 원칙은 衡平의 일반원칙과 保險契約의 損害補償契約으로서의 일반적 성질에서 나오는 것」이라고 判示하고 있다.[20] 1959년 Federowicz v. Potomac Ins. Co. of D.C. 事件에서 William 大法院 判事는 附隨意見으로「損害保險은 被保險者에게 기대 이상의 利得(undeserved gain)을 주어서는 안되고, 또 그러한 결과를 가져오는 것은 損害補償의 원리(theory of indemnity)에 어긋나며, 道德的危險(moral hazard)과 公序良俗에 명백히 반하는 것이다」[21]라고 주장함으로써 保險者代位의 근거를 損害保險契約의 損害補償契約性에서 찾는 입장을 뒷받침하고 있다.

3. 公序政策인 견지에서 찾는 입장

이것은 被保險者로 하여금 利得을 얻도록 하여서는 안된다는 원칙을 損害保險契約의 法的性質에서 오는 논리적 요청이 아니고, 保險契約이 관계자에 의하여 악용되는 것을 막기 위한 公序政策的인 이유에서 찾는 입장이다.[22] 불란서에서는 被保險者의 利得禁止의 원칙은 保險契約의 損害補償契約性에서 오는 필연적인 결과로서 保險者는 責任있는 제3자에 대하여 自己固有의 損害賠償請求權을 가진다는 保險者의 固有請求權의 이론이 1852년 12월 22일의 大法院民事部判決(Cour de cassation, ch. civ.)에 의하여 승인되어, 19세기 후반을 통하여 당연한 것으로 받아들여졌다.[23] 그러나 人保險이 발달함에 따라 保險者의 固有請求權의 이론

(16) 45 C.J.S. p. 1010, § 915 and note 20, 21.
(17) 朴元善, 새 商法 (下) 138면.
(18) 徐燉珏, 全訂 商法講義 (下) 215면; 孫珠瓚, 改訂 商法 (下) 87면; 鄭熙喆, 전게서, 103면.
(19) Franklin Fire Ins. Co. v. Hamill, 6 Gill 87, 95. (Edwin W. Patterson and William F. Young, Jr., *Insurance Cases and Materials*, 4th ed., 1961, p. 138).
(20) Cecil G. King, *Subrogation under contracts insuring property*, 30 Texas L. Rev. (1951-1952) p. 62. Arnould, op. cit., p. 1116, § 1226.
(21) 7 A.D. 2d 330, 183 N.Y.S. 2d 115. (Patterson & Young, op. cit., pp. 139, 143).
(22) 大森忠夫, 續保險契約の 法的構造, 102-3면.
(23) 金澤理, 保險と 民事責任の 法理 (損害保險者の 代位權の 法的性質) 167, 168면 참조.

에 대한 반성이 요구되었으며, 이러한 논의를 통하여 損害保險에 들어있는 본질적 요청의 하나로 생각되었던 損害補償의 원칙은 실제로는 被保險者의 保險事故誘發과 賭博의 위험을 방지한다는 목적을 달성하기 위한 것이었다는 것이 명백히 되었다.(24) 그리하여 오늘날에는 損害保險契約의 損害補償契約性은 損害保險에 들어있는 본질적 요청이 아니라는 이른바 相對主義가 불란서에 있어서의 지배적 學說이라 한다.(25)(26) 이러한 관점에서 볼 때에는 保險金의 지급을 받은 被保險者에게 제3자에 대한 賠償請求權을 시인하여도 성질상 그것이 被保險者에 의한 事故誘發의 위험성은 없으므로 이를 부인할 필요는 없다는 주장도 있을 수 있으나, 이것을 시인하는 것은 적극적으로 被保險者에 의한 事故誘發의 위험성은 없다 하더라도 적어도 제3자에 의한 事故發生에 대하여 被保險者가 방임할 가능성은 없다고 할 수는 없을 것이며, 많은 立法例가 이른바 保險者의 代位를 인정하여 被保險者의 중첩적 請求權을 부인하는 태도를 취하고 있는 것은 이러한 견지에서 신중을 기하기 위한 것이라 한다.(27)

4. 人保險에서의 保險者代位의 문제

保險者代位는 物件保險과 責任保險에서 인정되는 일반적인 원칙이지만, 傷害保險에서는 전통적으로 이를 허용하지 않고 있으며,(28) 우리 商法 제729조는 人保險者의 代位를 전면적으로 금지하고 있음은 앞에서 본 바와 같다. 生命保險이나 傷害保險에 있어서 保險者代位를 거부한 기본적인 이유는 이러한 保險에 있어서는 保險者의 責任이 契約에 의하여 고정되어 損害補償의 원칙에 따라 被保險者에게 責任을 지는 것은 아니라는 데 있다.(29) 따라서 우리 商法 제729조가 人保險者의 代位를 금지하고 있는 것은, 生命保險에 관한 規定만을 傷害保險에 準用하도록 한 商法 제739조의 규정과 관련시켜 보면, 바로 모든 人保險을 生命保險이라는 전제에서 나온 것이라 할 수 있을 것이다. 그러나 이미 앞에서도 본 바와 같이 治療費의 지급을 목적으로 하는 傷害保險이나 醫療保險은 일종의 損害保險의 성질을 가지고 있는 것이며, 保險者代位의 근거를 損害保險契約의 損害補償契約性에서 찾는다면 損害保險의 성격을 가지고 있는 人保險에 있어서는 제3자의 행위로 인하여 保險事故가 발생한 때에는 保險金을 지급한 保險者에게 그 代位權을 인정하여야 할 것이다. 오늘날 독일에서 學說上으로는 損害保險의 방법으로 영위되는 人保險에 있어서도 保險者代位에 관한 독일 保險契約法 제67조를

(24) 同上, 177면 (Maurice Picard et André Besson, *Les assurances en droit français*, 1964, p. 458.)
(25) 同上, 193면.
(26) 1930년의 불란서保險契約法은 제36조에서 損害保險者의 代位를 규정하고, 제55조에서 人保險者의 代位를 배제하고 있음은 주지하는 바와 같다.
(27) 大森, 전게서, 103-4면.
(28) Keeton, op. cit., p. 148.
(29) Ibid., p. 151.

적용하여야 한다는 주장이 지배적이나[30] 判例는 損害保險이나 定額保險의 구별없이 人保險에 관하여 같은 法 제67조의 적용을 부인하여 保險者代位를 인정하지 않고 있다.[31] 또 미국의 判例도 生命保險과 傷害保險에 있어서는 保險者代位權을 인정하지 않는 것이 일반적이다.[32] 그러나 미국의 많은 法院은 醫療保險金(medical payment coverage)을 지급하기로 하는 自動車保險에서는 保險者代位를 인정하고 있으며,[33] 또 미국의 大法院은 勞動者災害補償保險(workmen's compensation insurance)에 관련된 Chapman v. Hoage[34] 사건에서 雇傭主는 被用者의 제3자에 대한 權利를 代位하여 취득할 수 있고, 따라서 雇傭主의 保險者는 雇傭主의 損害를 補償한 자로서 그의 權利를 代位하여 취득할 수 있다고 判示하고 있다. 그리고 오늘날에는 勞動者災害補償保險이 法律에 의하여 또는 그 保險이 損害補償契約의 일종이라는 이론에 따라 명백히 保險者代位權을 인정하고 있으며,[35] 특히 1883년의 이태리商法 제438조는 損害保險과 人保險을 통하여 保險者代位를 인정하고 있음은 주목할 일이다.

우리 나라 保險業法 제10조는 人保險과 損害保險의 兼營을 금지하면서 損害保險者에게 傷害保險을 영위할 수 있도록 허용하고 있다. 그런데 損害保險會社에 의하여 영위되는 傷害保險에 있어서 同保險約款 제20조는 「當會社가 保險金을 지급하였다 할지라도 被保險者 또는 그 相續人이 그 傷害에 관하여 제3자에게 가지는 損害賠償請求權은 當會社에 이전하지 아니한다」고 규정하였고, 또 自動車保險普通保險約款의 運轉者傷害危險擔保特約 제7조도 같은 뜻을 규정하여 傷害保險에 있어서 保險者代位를 約款에 의하여 배제하고 있다. 이러한 규정은 商法 제729조에 부합하는 것이지만, 만일 損害保險의 성격을 가진 人保險에 있어서 그 約款에서 保險者가 제3자에 대한 代位權을 행사한다고 규정하였을때에 그 約款의 效力이 문제될것이다. 이것은 保險契約者 등의 不利益變更禁止의 원칙을 정한 商法 제663조의 정신에 비추어 보면 商法 제729조에 반하므로 당연히 無效라는 해석을 내릴 수 있으나 商法 제729조는 人保險을 순전히 定額保險으로 전제하고 損害保險의 성질을 가진 人保險을 예상하지 못한 것이라고 풀이할 때에는 損害保險으로서 영위되는 傷害保險, 醫療保險의 約款에서 保險者代位權을 인정한 條項은 그대로 有效하다고 풀이하여야 할 것이다.

---

(30) Sieg, a.a.O.S. 713, Anm. 20; Erich R. Prölss, *Versicherungsvertagsgesetz*, 17. Aufl., 1968, SS. 320-1.

(31) Sieg, ibid. RG 12. III. 1936 JW 1936 S.2795; RG 7. VII. 1943 DR 1943 S.1079; RG 4. I.1937 RGZ Bd 153 S.3888; OLG Düsseldorf II. IX. 1957 VersR 1958 S.235; Vgl. Wahle-Grubmann, *Versicherungsvertragsgesetz*, 1970, § 67.

(32) Keeton, op. cit., p.149; Vance, op. cit., p.796; Patterson & Young, op. cit., p.152; Connecticut Mutual Life Ins. Co. v. New York & New Haven R. Co., 25 Conn. 265 (1856).

(33) Keeton, ibid., p.149 and note 13; Fleming, op. cit., p.1505.

(34) 296 U.S. 526 (1936)

(35) King, op. cit., p.67; Patternson & Young, op. cit., p.152; Fleming, op. cit., p.1505f.

醫療保險法 제39조 1항은 「保險者는 保險給與의 事由가 제3자의 행위로 인하여 발생한 경우에 保險給與를 한 때에는 그 給與의 限度 안에서 당해 保險給與를 받은 자의 權利를 취득한다」라고 규정함으로써 醫療保險에서의 保險者代位權을 인정하고 있으며, 産災保險이나 船員保險에서도 마찬가지 입장을 취하고 있음은 주지하는 바와 같다. 이와 같이 볼 때에 損害保險의 성격을 가지고 있는 人保險에서는 商法 제729조의 규정에도 불구하고 普通保險約款에 代位에 관한 條項을 삽입한 때에는 保險者는 그 約款에 따라 代位權을 행사할 수 있다고 보는 것이 옳을 것이다.

5. 私　見

保險契約에 있어서 損害補償의 원칙은 그 효과로서 保險事故가 제3자의 행위로 말미암아 발생하였을 때에는 保險金을 지급한 保險者에게 그 제3자에 대한 求償權을 행사할 수 있는 길을 열어주는 것은 사실이다. 왜냐하면 그 원칙을 한편으로는 제3자의 행위로 인한 保險事故의 발생으로 피해자인 被保險者에게 保險金請求權과 損害賠償請求權을 이중으로 인정하여 損害發生 전보다 유리한 지위에 두어서는 안된다는 것을 요청하고, 또 다른 한편으로는 가해자인 제3자가 保險者의 保險金 지급으로 말미암아 그 責任을 면제받는 것은 불합리하기 때문이다.[36] 그리하여 Horn은 「保險者代位는 (1) 損害補償原則의 준수, (2) 被保險者, 不法行爲를 한 제3자 또는 保險者에 대한 부당한 이익(windfall)의 방지 및 (3) 1차적 責任(primary responsibility)에 따른 損害事故의 분배의 기능을 다하고 있다」[37]고 설명하고 있다. 확실히 이러한 설명은 損害保險契約만을 놓고 볼 때에는 타당하다고 할 수 있다. 그러나 오늘날 人保險의 발달과 더불어 保險者代位의 근거를 損害保險契約의 성질상 당연히 요청되는 것으로 보는 데는 약간의 의문이 있다. 그리고 一般損害保險契約에 있어서도 保險者는 約款의 규정에 의하여 또는 다른 방법으로 그 代位權의 전부 또는 일부를 포기하거나[38] 이것을 변경할 수 있음을 인정하는 것[39]은 損害保險契約의 본질적인 요소에서 保險者代位의 근거를 찾는 이유를 박약하게 하는 것이라 하지 않을 수 없다. 그리고 人保險에 있어서도 앞에서 본 바와 같이 法律의 규정에 의하여 당연히 保險者代位를 인정하는 것이 있고 또 損害保險의 방법으로 영위되는 人保險에 있어서 保險者는 제3자에 대한 保險者代位權을 행

(36) 金澤, 전게서, 160-1면 참조.
(37) Horn, op. cit., p. 26.
(38) Ibid., p. 438; Keeton, op. cit., p. 147; Powers v. Calvert Fire Ins. Co. 216 S.C. 309, 57 S.E. 2d 638(1950), 16 A.L.R. 2d 1261(1951). 우리 나라 火災保險約款 제25조는 「會社가 殘存物을 引受하지 아니할 뜻을 표시하고 損害를 補償한 경우에는 그 殘存物은 被保險者의 所有가 된다」라고 규정하며 目的物에 대한 保險者代位權을 포기할 수 있음을 정하고 있다.
(39) Appleman, op. cit., p. 133; Warren Freedman, *Richards on the Law of Insurance*, vol. 2. 1952, p. 687 f. § 199.

사할 것이냐 아니냐를 契約에서 정할 수 있다고 풀이하는 입장에서 볼 때에는 오히려 保險者代位의 근거는 公序政策的 내지는 保險政策的인 관점에 제도적으로 인정된 것이라고 보는 것이 옳다고 생각한다. 다시 말하면 保險者代位는 重複保險(商672조)에 관한 규정과 같이[40] 保險事故의 발생으로 인하여 被保險者가 이중의 利得을 얻지 못하도록 함으로써 保險契約을 악용할 위험을 방지하기 위하여 인정된 制度라고 보는 것이 현실정에 맞지 않을까 생각한다. 그리고 保險契約은 有償契約으로서 保險契約者는 保險者에 대하여 保險料를 지급할 의무를 지는데, 그 保險料는 「大數의 法則」에 의하여 정상적인 상태에서 總保險料에 대한 總損害額의 비율을 유지하도록 계산된다. 그러므로 保險者代位에 의하여 保險者가 회복하는 금액은 궁극적으로는 낮은 保險料率을 형성하여 保險契約者團(insured class)의 이익을 보장할 수 있게 된다고 할 수 있다.[41] 따라서 被保險者는 保險者代位에 의하여 保險者로부터 損害補償을 받음으로써 그 제 3 자와의 사이에 損害賠償問題를 둘러싸고 일어날 복잡한 紛爭에서 헤어나고, 제도적으로 組織을 가지고 있는 保險者에 의하여 그 문제를 해결짓도록 하는 것은 被保險者에게도 유리하다고 하지 않을 수 없다.

三. 제 3 자에 대한 保險者代位

1. 의 의

앞에서 이미 保險者代位의 개념을 간단히 살펴보았는데, 여기서 「代位」란 말은 「다른 사람의 자리를 대신 차지한다」는 뜻으로 볼 수 있고, "Subrogation"이란 말은 「다른 사람의 자리를 차지하거나 대신한다」(to put in place of another or to substitute)는 뜻을 나타내는 라틴語의 *subrogare*에서 유래한 것이라 한다.[42] 商法 제682조는 「損害가 제 3 자의 행위로 인하여 생긴 경우에 保險金額을 지급한 保險者는 그 지급한 금액의 한도에서 그 제 3 자에 대한 保險契約者 또는 被保險者의 權利를 취득한다」라고 규정하여 제 3 자에 대한 保險者代位權을 밝히고 있다. 保險契約에서 保險事故가 제 3 자의 행위로 말미암아 발생한 때에는 세가지 측면에서 그 解決方法을 생각할 수 있다. 즉 (1) 被保險者가 保險者와 그 제 3 자에 대하여 각각 保險金請求權과 損害賠償請求權을 중첩적으로 행사하도록 하는 방법, (2) 保險者가 保險金을 지급하면 被保險者는 제 3 자에 대한 權利를 행사하지 못하고 당연히 保險者에게 그 權利를 양도하는 방법, (3) 保險者만이 損害補償責任을 지고 그 제 3 자의 責任을 면제하

(40) Sieg, a.a.O.S. 707, Anm. 6.
(41) King, op. cit., p. 64.
(42) Horn, op. cit., p. 12.

거나 반대로 그 제3자만이 責任을 지고 保險者는 免責되는 방법 등이 그것이다.[43] 이 가운데 첫째의 방법은 被保險者에게 保險事故의 발생으로 이중의 이득을 주는 결과가 되어 경우에 따라서는 保險을 악용할 우려가 있기 때문에 이를 배제하고 있으며, 셋째의 방법은 保險事故를 일으킨 제3자가 그 事故에 대한 직접적인 責任을 져야 하므로 保險者의 損害補償으로 제3자의 責任을 면제하는 것은 부당하고, 더구나 保險者의 免責을 인정하는 것은 保險契約의 效用性을 살릴 수 없으므로 결국 둘째의 방법이 가장 합리적이라 할 수 있다. 그리하여 제3자의 責任있는 사유로 保險事故가 발생한 때에 保險者는 본래의 保險契約의 목적에 따라 被保險者의 損害를 補償하여 주고, 그 事故를 일으킨 제3자에게 求償權을 행사할 수 있도록 한 것이 이른바 제3자에 대한 保險者代位이다. 가령 가스會社의 잘못으로 불과는 관계없이 가스등이 폭발하여 火災가 일어난 경우 그 火災로 인한 被保險者의 損害를 補償하여 준 保險者가 그 가스會社에 대한 被保險者의 損害賠償請求權을 代位하여 취득하는 것[44]이 그것이다.

2. 保險者代位의 성질

이와 같이 제3자의 責任있는 사유로 保險事故가 발생한 때에는 保險者는 被保險者에게 그 損害를 補償하여 주고, 직접 제3자에 대하여 被保險者를 갈음하여 損害賠償을 청구할 수 있는데, 이것은 그 제3자와의 사이에 契約關係 또는 當事者關係(privity)가 있기 때문이 아니고,[45] 法의 규정에 의하여 당연히 인정된 것이다. 그러므로 保險者代位權은 一般損害保險契約에서 約款에 保險者代位에 관한 條項을 두지 않았다 하더라도 반대의 特約이 없는 한 保險者는 그 代位權을 가지게 된다고 풀이한다.[46] 다만 保證保險契約의 경우에는 그 約款에서 被保險者가 保險契約者에 대하여 가지는 權利를 취득한다(履行保證保險約款 15조 1항 참조)고 규정하고 있는데, 이것은 保證保險契約의 특수한 성격 때문에 契約關係를 전제로 한 것이라 할 수 있고, 또 保險者代位權이 契約에서 정해진 경우에는 그것을 契約上의(conventional) 代位權이라 하고,[47] 이에 대하여 法의 규정에 의하여 인정되는 것을 法律上의 代位權(legal subrogation)이라 한다. 그리고 保險者代位에 있어서 被保險者의 제3자에 대한 權利가 保險者에게 이전하는 것은 保險者와 被保險者 사이에 그 權利移轉에 관한 法律行爲를 요하는 것이 아니고, 法律上의 효과로서 保險者가 保險金額을 지급함으로써 당연히 생겨나는 것이므

(43) King, op. cit., p.71 참조.
(44) Dallas Gas Co. v. Bankers' & Shippers' Ins. Co. Civ. App. 1932, 53 S.W. 2d 130.
(45) Appleman, op. cit., p.120; 46 C.J.S. p.154.
(46) King, op. cit., p.74 and note 76.
(47) Ibid., p.69.

로 民法上의 代位(民 399조, 481조)와 같은 성질의 것이라 할 수 있다.[48] 그러므로 保險者代位에 있어서는 民法上의 指名債權의 讓渡(民 450조)의 경우와 같이 保險者 또는 被保險者가 그 제 3 자에 대하여 그 權利의 이전을 通知하거나 承諾을 받아야 하는 것이 아니고, 保險者가 被保險者에게 保險金을 지급한 때로부터 당연히 債務者 그 밖의 제 3 자에게 對抗할 수 있게 된다.[49] 따라서 保險者의 代位權을 뒤에서 보는 바와 같이 被保險者의 權利에서 나오는 것이므로 被保險者의 權利에 의하여 제한됨은 물론이다.[50]

3. 保險者代位의 요건

保險者가 제 3 자에 대한 被保險者의 權利를 취득하기 위하여는 첫째로 제 3 자의 행위로 인하여 保險事故가 발생하여 被保險者가 損害를 입어야 하고, 둘째로 保險者가 被保險者에게 損害補償, 즉 保險金額을 지급하여야 하고, 셋째로 被保險者가 그 제 3 자에 대하여 權利를 가지고 있을 것이 요구된다. 이것을 각각 나누어 살펴보기로 한다.

(1) 제 3 자에 의한 保險事故의 발생 保險事故로 인한 被保險者의 損害가 제 3 자의 행위로 말미암은 것이어야 함은 말할 나위도 없다. 여기서 「제 3 자의 행위」라 함은 保險契約의 目的 즉 被保險利益에 대하여 損害를 일으키는 行爲로서 放火와 같은 不法行爲 뿐 아니라 賃借人의 失火 등을 이유로 한 債務不履行은 물론 船長의 共同海損으로 인한 경우(商 832조)와 같은 適法行爲도 포함된다.[51] 가령 車庫主人이 自動車를 權利者가 아닌 사람(wrong person)에게 내어줌으로써 그 所有者에게 損害를 일으켰거나[52] 賃借人의 失火로 賃貸人의 所有家屋을 燒失하였거나,[53] 또는 運送 중에 海上運送人의 責任있는 사유로 積荷가 損傷된 경우[54] 등이 그 예이고, 이러한 경우에는 그 所有者의 保險者는 각각 保險金을 지급하여 주고, 그 제 3 자에 대한 所有者의 權利를 代位하게 된다.

다음으로 「제 3 자」라 함은 일반적으로 保險契約者 또는 被保險者 이외의 사람을 말하는데[55] 그 제 3 자가 1 인이든 數人이든 상관없다. 이와 같이 제 3 자는 보통 保險契約關係者 이외의

(48) 朴元善, 전게서, 138면; 徐燉珏, 전게서, 215면; 孫珠瓚, 전게서, 87면; 鄭熙喆, 전게서, 103면. 다만 民法上의 損害賠償者의 代位(民 399조)나 辨濟者의 代位(民 481조)는 그것이 衡平의 관념에 기초를 둔 것이라 할 수 있는데, 保險者代位는 앞에서 본 바와 같이 반드시 衡平의 관념에서 그 근거를 찾을 수는 없으므로 保險契約法에서 인정하는 특수한 형태의 代位라고도 할 수 있을 것이다.

(49) 同上 참조.

(50) 46 C.J.S. p.154.

(51) 徐燉珏, 전게서, 215면; 鄭熙喆, 전게서, 104면.

(52) Appleman, op. cit., p.122; Miller v. Newark Fire Ins. Co. of New Jersy, 1930, 125 So. 150, 12. La. App. 315.

(53) Keeton, op. cit., p.208; Wichita City Lines, Inc. v. Puekett, 156 Tex 456, 295 S.W. 2d 894 (1956).

(54) King, op. cit., p.78; Vance, op. cit., p.794; Hartford Fire Ins. Co. v. Payne, 1925, 39 A.L.R. 1109.

(55) Sieg, a.a.O.S. 724, Anm. 37; Prölss, a.a.O.S. p.311.

사람을 가리키는데, 保證保險契約에서 보는 것처럼 他人을 위한 保險契約에서 被保險者에 대한 保險事故가 保險契約者의 契約不履行으로 말미암아 생기는 것인 때에는 그 保險契約者도 제3자로 보아야 할 것이다.(56) 따라서 이 제3자는 自然人이든 法人이든 묻지 않으나,(57) 重複保險(商 672조)에서의 다른 保險者는 제3자가 아니다.(58) 그리고 火災保險에서 賃貸人이 建物을 保險에 붙인 경우 그 建物의 賃借人은 제3자이나,(59) 自動車의 賃借人 또는 使用權者는 車輛保險(Kaskoversicherung)에서는 그 자신이 運轉을 하거나 타인으로 하여금 운전을 하게 하거나를 묻지 않고 제3자이고,(60) 責任保險에서는 그들 스스로 운전을 하지 아니한 때에만 제3자로서 다룬다.(61) 왜냐하면 自動車責任保險에의 保險契約者의 의사에 따라 運轉한 사람은 共同被保險者 속에 포함되기 때문이다.(62) 또 같은 所有者에 속하는 自動車 A와 B가 双方過失로 충돌한 경우 A에 대해서만 保險에 붙이고, B는 無保險車輛인 경우 保險者는 그 被保險者에 대하여 어떠한 權利를 가지는가는 약간의 의문이 있다. 물론 保險契約은 保險者와 保險契約者 사이에 맺어지는 人的契約(personal contract)이지만 이것은 단순한 人的인 것이 아니고, 保險의 目的物에 대한 損害의 補償을 목적으로 하고 있으므로(63) 被保險者는 그 自動車를 중심으로 생각하여야 할 것이다. 그러므로 위의 예에서는 車輛 A의 所有者인 被保險者와 B의 所有者가 같은 사람이라 하더라도 保險契約은 A車를 목적으로 하고 있으므로, 保險者는 A車에 대해서는 保險金을 支給하여 주고, B車의 所有者에 대하여는 그 過失의 정도에 따라 求償할 수 있다고 풀이하여야 할 것이다.

이와 같이 商法 제682조에서 말하는 제3자의 범위는 각종 保險에서 구체적인 사건에 따라 결정할 문제에 속하는데, 保險契約者 또는 被保險者의 親族 등을 포함시킬 것이냐 아니냐가 또한 문제가 된다. 그러나 保險契約의 성질상 적어도 保險契約者 또는 被保險者와 공동생활을 하는 家族이나 使用人은 제3자 속에 포함시킬 수 없다고 풀이한다. 왜냐하면 保險契約者 또는 被保險者가 民事責任을 지지 않으면 안될 자의 행위에 의하여 損害가 발생한 때에 그들에게 保險者가 求償할 수 있다고 한다면, 이것은 결국 被保險者에게 그 責任이 돌아갈 것이고, 따라서 被保險者는 保險契約에서 아무런 효용도 얻을 수 없기 때문이다. 다만 그 家族이 故意로 保險事故를 일으킨 경우에 保險者의 免責 내지는 求償權을 인정하는

(56) Prölss, a.a.O.S. 311-2; Sieg, a.a.O.S. 765 Anm. 127; 履行保證保險約款 15조.
(57) Vgl. Sieg, a.a.O.S. 726 Anm. 43.
(58) Sieg, S.763 Anm. 120; Prölss, S.312.
(59) Patterson & Young, op. cit, p.155.
(60) Sieg, a.a.O.S. 726 (OLG Hamm 27. XI. 1967 VersR 1969, S.224f.; LG Berlin 19. III. 1953 VersR 1953 S.191).
(61) Sieg, S.726-7.
(62) 拙稿, 自動車强制責任保險의 理論과 實際, 서울대학교 法學 특별호 제2권(1972) 169면.
(63) King, op. cit., p.82.

것은 다른 문제에 속한다. 독일 保險契約法 제67조 2항은 「保險契約者와 공동생활을 하는 家族(in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen)에 대한 保險契約者의 損害賠償請求權은 이전하지 아니한다. 그러나 그 家族이 故意로(vorsätzlich) 損害를 일으킨 경우에는 그 請求權은 이전한다」라고 규정하여 그 뜻을 명백히 하고 있다. 이 규정은 1차적으로 그 家族을 보호하려는 것이 아니고 保險契約者의 보호를 목적으로 한 것[65]이라는 데서도 볼 수 있는 것처럼 保險契約者 또는 被保險者가 궁극적인 責任을 져야 할 사람은 제 3 자 속에서 제외하는 것이 마땅할 것이다. 독일의 學說·判例에서는 위의 규정에서 말하는 家族은 法律上의 親族은 물론 사실상 親族의 지위에 있는 자를 뜻하고, 딸의 愛人이라든가 그 家族과 함께 不法行爲를 한 共同不法行爲者(Mittäter), 妾 등은 이에 포함되지 않으며, 그 家族關係는 保險事故의 발생시에 존재하여야 한다고 한다.[66]

이에 대하여 불란서 保險契約法 제36조 3항은 「保險契約者의 直系卑屬 및 尊屬, 雇傭人, 使用人, 勞務者, 家族 및 그 밖에 保險契約者의 집에서 日常生活을 하는 모든 사람에 대해서는 保險者는 아무런 請求權을 가지지 아니한다. 그러나 그들에게 惡意가 있는 경우에는 그러하지 아니하다」라고 규정함으로써 保險者代位權이 배제되는 사람의 범위를 상당히 넓게 인정하고 있다. 여기에서 保險契約者의 直系卑屬이나 尊屬 및 同居生活을 하는 家族 등에 대한 保險者代位權을 배제하는 것은 당연한 요청이라 할 수 있으나, 被用者 등에 대한 權利까지 제외하는 것은 논의의 여지가 있다. 물론 使用者는 被用者가 제 3 자에 대하여 가한 損害에 대하여 賠償責任을 부담하지만(民 756조), 내부적으로는 被用者의 過失에 의한 損害에 대하여 그 被用者에게 責任을 물을 수 있고,[67] 또 고용된 運轉者는 車輛保險을 통하여 공동으로 보호받는 것은 아니므로 그에 대한 求償權은 가능하기 때문이다.[68] 그러므로 이러한 경우에는 被保險者의 被用者 등은 제 3 자 속에 포함시킬 수 있다고 본다. 이러한 점에 비추어 볼 때에 立法論的으로 우리 商法에서도 좀더 구체적으로 제 3 자의 범위에 관하여 규제하는 것이 바람직하다.

(2) 保險者의 保險金支給　　保險者는 제 3 자의 행위로 인한 被保險者의 損害를 補償하여야 한다. 保險者는 被保險者에게 保險金額을 지급함으로써 法律上 당연히 그 제 3 자에 대한 權利를 취득하게 되므로, 保險者代位權의 발생시기는 保險金을 지급한 때이다.[69] 그러므로 保險者는 被保險者에게 제 3 자에 대한 權利의 이전을 조건으로 保險金額을 지급하겠다는 뜻

(64) 鄭熙喆, 전게서, 104-5면.
(65) Sieg, a.a.O.S. 756 Anm. 105.
(66) Prölss, a.a.O.S. 319 Anm. 8; Sieg, a.a.O. Anm. 105, 107.
(67) Appleman, op. cit., p. 158; Mayfair Fabrics v. Henley, L. 1968, 244 A. 2d 344, 101 N.J. Super. 363.
(68) Sieg, a.a.O.S. 727. Anm. 45; BAG 22, III. 1968 NJW 1968 S. 1846f.
(69) Sieg, a.a.O.S. 729 Anm. 47; Appleman, op. cit., p. 110.

을 나타낼 필요는 없으며, 또 保險金額의 지급은 保險契約上의 義務로서 지급하는 것으로 반드시 保險契約에서 정한 한도의 모든 금액을 지급하여야 하는 것은 아니고, 일부를 지급하여도 그 지급한 범위 안에서 그 代位權을 행사할 수 있다(商 682조 단서 참조). 이 점은 保險의 목적에 관한 保險者代位의 경우와 다르다(商 681조 참조).

이와 같이 保險者代位權은 保險者가 保險金을 지급한 후에만 생기는 것이므로, 被保險者가 損害補償을 받기 전에는 그 제 3 자에 대한 權利를 가지고 있음은 물론이다.[70] 그러나 제 3자에 의하여 保險事故가 발생하였을 때에는 被保險者는 여전히 保險者에 대하여 事故發生의 通知義務를 지고 있고(商 657조), 또 保險者는 被保險者에 대한 責任을 이행한 범위 안에서 그 損害를 회복할 수 있는 부수적인 利益(contingent interest)을 가지게 된다. 따라서 이 이익은 保險者가 保險契約上의 債務를 이행할 때까지는 확정된 權利(vested right)는 아니라 하더라도 被保險者는 그것의 존재를 인식하고, 그 제 3 자와 성급한 妥協(premature settlement)을 지음으로써 保險者의 이익을 해치고, 保險契約上 保險者로부터 損害補償을 받을 자신의 權利를 파괴하지 않도록 하여야 한다.[71] 이러한 점에서 볼 때에 제 3 자에 의하여 保險事故가 발생한 때에 保險者는 保險金額을 지급할 때까지는 비록 그 代位權을 확정적으로 취득하지는 못하였다 하더라도 保險金의 지급을 조건으로 하는 條件附權利는 가지고 있는 셈이 된다. 그러므로 被保險者가 保險者의 同意없이 그 제 3 자에 대한 權利를 행사 또는 처분함으로써 保險者의 權利를 침해한 때에는 被保險者는 그 한도에서 保險者에 대한 請求權을 잃게 된다.[72]

(3) 제3자에 대한 被保險者의 權利의 존재　　保險者의 代位權은 保險金을 지급함으로써 당연히 발생하는 것으로 被保險者의 同意에 기초를 두는 것은 아니나,[73] 被保險者의 權利에서 나오는 것이므로[74] 保險者는 被保險者가 不法行爲 또는 그 밖의 사유로 損害를 일으킨 자에 대하여 가지는 것과 같은 權利를 代位하여 취득하게 된다.[75]

自己를 위한 保險契約에서는 保險契約者가 동시에 被保險者이므로 保險契約關係에서 다른 문제가 생길 수 없으나 他人을 위한 保險契約(商 639조)의 경우[76]에는 保險契約者와 被保險者가 분리되어 있고, 保險契約者는 保險契約上의 受益者가 아니므로 保險事故가 발생하더라도 그 財産關係에 어떤 영향을 미치는 것은 아니다. 그러나 商法은 가령 他人의 物件의 保

(70) Prölss, a.a.O.S. 313.
(71) King, op. cit., p. 68.
(72) Ibid., p. 87; Patterson, op. cit., p. 148; 독일 保險契約法 67조 1항 후단 참조.
(73) Couch, op. cit., p. 243 § 61:11.
(74) Milton R. Friedmann, *Landlords, Tenants and Fires-Insurer's right of subrogation*, 43 Cornell L.Q. (1957-1958), p. 229; U.S. Fire Ins. Co. v. Phil-Mar Corp. 131 N.E. 2d 444 (Ohio App.).
(75) Rowland H. Long, *The Law of Liability Insurance*, vol. 2, 1972, § 23.03.
(76) 拙稿, 他人을 위한 損害保險契約, 法律行政論集 제10집(高大 1972) 135면 이하 참조.

險者가 그 所有者의 이익을 위하여 保險契約을 체결한 경우에 그 物件이 제 3 자의 행위에 의하여 滅失한 때에는 保管者인 保險契約者가 제 3 자에 대하여 損害賠償請求權을 가지게 될 것을 예상하여 保險契約者가 제 3 자에 대하여 가지는 權利도 保險者代位權의 범위에 포함시키고 있다.(77) 그리고 被保險者가 제 3 자에 대하여 가지는 權利는 損害를 일으킨 자와 被保險者에 대하여 債務를 부담하는 자가 반드시 同一人이어야 하는 것은 아니다.(78) 가령 船長의 共同海損處分의 경우(商 832조 이하)의 共同海損分擔請求權 또는 被用者의 過失이 있는 경우에 그 身元保證人에 대한 請求權 등이 그것이다. 또 保險者代位의 대상이 되는 權利는 被保險者의 契約上의 權利도 포함한다.(79) 가령 抵當權者가 抵當目的物에 대하여 자신의 이익을 위하여 독자적으로 保險契約을 체결한 경우, 保險者가 被保險者인 抵當權者에게 保險金을 지급하였을 때에 그 保險金額의 한도에서 抵當權設定者에 대한 抵當權者의 權利를 代位할 수 있다.(80) 따라서 이러한 被保險者의 權利는 그것이 被保險者의 손에 있거나 그의 承繼人에게 있거나 또는 그 保險事故로 직접 기인한 것이든 간접적으로 생겨난 것이든 상관이 없다.(81)

앞에서 본 바와 같이 保險者의 代位權은 被保險者의 權利에서 나온 것이므로 被保險者의 權利의 범위로 제한됨은 물론 被保險者가 제 3 자에 대하여 請求權을 가지지 않는 경우에는 保險者는 그 代位權을 행사할 수 없음은 물론이다.(82) 다시말하면 保險者는 保險事故로 인한 損害의 발생시에 제 3 자에 대하여 被保險者가 가지고 있는 權利만을 位代하여 취득할 수 있을 뿐이다.(83) 그러므로 가령 賃貸借契約에서 賃借人은 비록 그의 過失이 있는 경우에도 火災로 인한 損害에 대하여 責任을 지지않는다고 정하였다면 賃貸人의 保險者도 그에 대한 代位權을 행사할 수 없게 될 것이다.(84) 그러나 과연 賃貸人이 賃借人과의 契約에서 미리 賃借

(77) 徐燉珏, 전게서, 215면; 鄭熙喆, 전게서, 105면; 그리고 保證保險契約에서 保險契約書의 債務不履行으로 인한 保險事故의 발생이 제3자의 행위에 기인한 때에 그 保險契約者가 제3자에 대하여 가지는 損害賠償請求權도 그 대상이라 할 수 있다.

(78) 同上.

(79) King, op. cit., p. 72f.

(80) City of N.Y. Ins. Co. v. Abraham, 20 So. 2d 183 (La. App. 1944). 다만 Massachusetts州 最高法院은 King v. State Mutual Fire Ins. Co. (1851) Case에서 抵當權者의 保險者 및 抵當權設定者에 대한 權利를 인정하여 保險者代位權을 부인한 일이 있으나, 이것은 이중이득을 주어 부당하다는 비판이 가해지고, 다른 判例에 영향이 미치지 못하였다고 한다(King, ibid).

(81) Sieg, a.a.O.S. 717. Anm. 26.

(82) 46 C.J.S. p. 154. 가령 제3자의 保險事故 발생에 被保險者의 寄與過失이 있는 경우에는 그 한도에서 過失相計의 문제가 발생하고, 또 제3자와의 관계에서 被保險者에게만 過失이 있는 때에는 保險者는 제3자에 대한 請求權을 가지지 않는 것이 그것이다.

(83) Vance, op. cit., p. 793.

(84) Friedman, op. cit., p. 229. 미국에서는 賃貸借契約에서 다음과 같이 引渡條項(surrender clause)을 두어 賃借人이 火災로 인한 責任을 벗고 또 代位權을 배제하고 있다.

"On or before the expiration of the term hereby granted the tenant will surrender posseson of the demised premise in good condition, reasonable wear and tear and damage by fire and then elements excepted."

人이 火災의 발생에 過失이 있는 경우에도 그 責任을 면제한다는 約定을 한 경우에 그것이 保險者에 대하여 어떠한 效力을 미친 것인가가 문제된다. 이에 대하여는 賃貸人은 保險者의 同意없이는 함부로 賃借人의 責任을 면제할 수 없다는 결론을 내릴 수 있으므로,(85) 保險者의 同意없이 그러한 契約을 체결하였다 하더라도 保險者에게 그 效力을 미칠 수는 없다고 생각한다. 다음에 賃貸借契約에서 賃借人의 過失로 인한 火災의 발생과 賃借人의 責任에 관련된 일리노이州 最高法院의 判例(1955)(86)를 소개하기로 한다.

〔事 實〕 Cerny-Pickas & Co.는 C.R. Jahn Co.에 기계와 장비가 딸린 큰 工場建物을 賃貸해 주었다. 그 建物은 賃借人의 過失로 인한 火災로 燒失되었다. 그리하여 賃借人과 賃貸人의 保險契約에 의한 代位者인 Orient Ins. Co.는 賃借人에 대하여 그 過失로 인한 賃借物의 損害賠償 (賃借人은 $ 125,000, 保險者는 $ 23,617.54)을 청구하는 訴를 제기하였다. 그러나 賃借人은 賃貸借契約에 의하여 火災의 발생이 賃借人의 過失로 기인한 것이든 아니든 묻지 않고 賃貸人에게 火災로 인한 損害를 賠償할 責任이 없다고 抗辯하였다. 이에 대하여 제1심과 抗訴法院은 賃借人에게 $ 49,538.29의 賠償責任을 인정하였다.

〔契約條件〕

2. …賃借人은 이 賃貸借契約의 滿期에 賃借物을 양호한 상태(good condition)로 수리하여 賃貸人에게 引渡하여야 한다(火災 및 通常의 摩耗에 의한 損害는 제외한다).

8. 賃貸人은 賃借物의 改造를 위한 비용을 부담하지 아니하고, …賃借人은 자신의 비용으로 모든 改造 그 밖의 수리를 하여야 한다(火災 그 밖에 賃借人이 어찌할 수 없는 사유로 인한 破損에 대하여는 그러하지 아니하다). …

14. 賃借人은 賃貸한 建物, 裝備 및 機械에 대한 火災保險料를 지급하여야 하고, 賃借人은 그의 事業의 성질에 따라 保險料率이 증가함으로써 그 保險契約에서 증액되는 火災保險料를 지급할 것을 동의한다.

26. 賃借人은 賃借物을 占有하기 전에 10,000딸라의 총액으로 賃貸人을 위한 公衆責任保險(public liability insurance)에 들어야 하고…

이 사건에서 Schaffer 판사는 標準火災保險約款에서 保險者는 過失로 인한 火災에 대하여 補償責任을 지고, 또 賃借人이 賃借人의 事業의 성질상 증액되는 保險料를 지급할 것을 약속하고 있는 것으로 보아 그 火災保險은 賃貸人과 賃借人을 위하여 체결된 것으로 풀이하여야 한다. 그러므로 賃借人은 그의 過失로 인한 火災에 의한 損害에 대하여 責任을 지지 아니한다라고 判示하고 原審을 破棄還送하였다. 이에 대하여 Klingbiel 판사는 少數意見으로 「火災 및 通常的인 摩耗로 인한 損害에 대하여 예외로 한 讓渡條項은 賃借人의 不法行爲責任과 관련된 것으로 마땅히 해석할 수 있다」는 점에 동의할 수 없다고 전제하고, 「賃借의 過失로 인한 責任을 인정하여 原審을 확정하여야 한다」고 주장하고 있음은 주목할만하다.

(85) Ibid., p. 232.

(86) Cerny-Pickas & Co. v. C.R. Jahn Co. 7 Ill. 2d 393, 131 N.E. 2d 100. (Patterson. & Young, op. cit., p. 155f).

다음으로는 우리 나라 履行保證保險契約에서의 保險者代位權과 관련된 문제를 생각해 보기로 한다. 同保險約款 제15조 1항은 「保險金을 지급한 때에 當會社는 그 支給한 金額의 한도 내에서 被保險者가 保險契約者에 대하여 가지는 權利를 취득한다」라고 정하고 있다. 이것은 保證保險契約은 본래 債務者인 保險契約者와 債權者인 被保險者 사이의 債權關係를 전제로 하고 있으므로, 債務者인 保險契約者가 그 債務를 이행하지 아니함으로써 保險事故가 발생한 경우에 被保險者는 保險契約者에 대하여 債務不履行으로 인한 損害賠償請求權(民 390조)을 가지므로 保險金을 지급한 保險者가 그 權利를 代位하여 취득한다는 뜻을 밝힌 것이다. 그러나 豫算會計法施行令 제77조 2항의 규정에 의하여 政府를 被保險者로 하는 履行保證保險契約을 체결한 때에는 그 保險證券에 의하여 保證金의 납입을 면제하고 있으며, 同令 제79조는 「契約者가 그 義務를 이행하지 아니한 때에는…保證金은 國庫에 귀속한다」라고 규정하고 있을 뿐 保險證券에 의하여 保證金의 면제를 받은 契約者에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 그러므로 國家機關을 被保險者로 한 保證保險契約을 체결한 경우에 國家는 그 契約者가 契約의 履行을 하지 아니한 때에는 保險者로부터 保證金에 상당하는 保險金을 받아 이를 國庫에 귀속시켜야 하고, 새로이 保險契約者에 대하여 保證金의 納入을 청구할 수 있는 것은 아니다.[87] 그러므로 이 때에는 保險者는 被保險者를 代位하여 취득할 權利가 없게 되는 것은 물론이다.

4. 保險者代位의 효과

(1) 被保險者의 權利의 이전 제 3 자의 責任있는 사유로 保險事故가 발생한 때에는 保險者는 保險金의 지급에 의하여 保險契約者 또는 被保險者가 가지는 제 3 자에 대한 權利가 당연히 保險者에게 이전한다(商 682조). 이러한 保險者代位權은 保險者가 被保險者에게 損害補償을 함으로써 생기는 것이므로 양당사자 또는 어느 한쪽이 그 權利의 이전을 인식하였느냐 아니냐는 상관없다.[88] 따라서 保險者代位에 있어서는 被保險者의 제 3 자에 대한 權利가 그대로 保險者에게 이전하는 것이므로 그 제 3 자는 被保險者에 대한 抗辯으로서 保險者에게 對抗할 수 있음은[89] 물론 그 債權의 消滅時效期間도 그 權利의 이전과 함께 새로이 개시되는것이 아니고 그대로 진행한다.[90]

保險金支給에 의하여 保險者代位의 효과가 발생하면 保險契約者 또는 被保險者는 保險金의 지급을 받는 한도에서 그 權利를 잃게 되므로 임의로 그 제 3 자에 대한 權利를 행사하거나 처분할 수 없고 保險者만이 그 權限을 갖는다. 그러나 제 3 자에 대한 保險者代位權은 앞

(87) 拙稿, 保證保險契約에 대한 小考(損害保險, 제9권 1호, 1969, 4면 이하) 참조.
(88) Sieg, a.a. O.S. 748 Anm. 87.
(89) Long, op. cit., § 23.03.
(90) Sieg, S. 753 Anm. 97; Prölss, a.a.O. S. 313. Anm. 4.

에서 본것처럼 被保險者의 權利에서 나오는 것이므로 被保險者의 행위에 의하여 쉽사리 침해를 받을 우려가 있다.(91) 그러므로 가령 被保險者가 保險者로부터 保險金의 지급을 받은 후에 제3자로부터 또다시 辨濟를 받거나 또는 그 權利를 처분한 때에는 어떠한 法的인 문제가 제기될 것인가? 이에 대하여는 제3자에 대한 것과 被保險者에 대한 것으로 나누어 볼 수 있다.

첫째로 제3자에 대한 관계에서는 保險者代位의 성질에서 이미 살펴본 것처럼 保險者는 保險金額을 지급함으로써 당연히 제3자에 대한 權利를 취득하므로 그 權利를 가지고 제3자에게 對抗할 수 있고, 따라서 제3자에 대하여 직접 損害賠償請求權을 행사할 수 있음은 물론이다. 그러므로 保險者가 保險金을 지급한 후에 그 제3자가 被保險者에게 損害賠償債務를 이행하였을 때에는 權限이 없는 자에 대한 辨濟로서 保險者가 그에 대한 이익을 가지지 않는 한 無效라 하지 않을 수 없다(民 472조). 그러나 保險者代位에 있어서는 그 債務者에 대한 通知를 요건으로 하고 있지 않고 또 적어도 被保險者는 保險金 지급 전에는 그 제3자의 債權者이었으므로 그 제3자에 대해서는 외관상 債權者로 보이는 것은 당연하므로 善意의 제3자를 보호하는 방법이 강구되지 않으면 안된다. 그러므로 그 제3자가 保險者의 權利를 알지 못하고 善意이고 過失없이 被保險者에게 그 債務를 이행한 때에는 「債權의 準占有者에 대한 辨濟」에 관한 民法 제470조의 규정에 따라 그것은 有效하다고 풀이하고,(92) 다만 그 제3자가 被保險者에게 辨濟, 承認 또는 和解를 할 때에 保險者의 權利를 알고 있었으면 保險者의 權利는 그로 인하여 영향을 받지 아니한다(93)고 보아야 할 것이다. 다시 말하면 被保險者가 權利의 행사 또는 처분을 할 때에 그 제3자가 善意이고 過失이 없는 경우에는 保險者의 代位權은 소멸하게 된다고 할 수 있다.

다음으로 被保險者에 대한 관계에서는 被保險者는 保險金의 지급을 받은 한도에서 不法行爲者 그 밖의 제3자에 대한 權利를 잃게 되므로, 被保險者가 스스로 그 權利를 행사하거나 처분함으로써 被保險者의 代位權을 침해한 때에는 保險者는 被保險者에 대하여 그로 인한 損害의 賠償을 청구할 수 있다.(94) Hamilton Fire Ins. Co. v. Greger case(95)에서는 「被保險者가 保險者로부터 保險金을 받은 후에 不法行爲者의 責任을 면제하여 준 경우 保險者는

(91) King, op. cit., p. 85; Richard, op. cit., p. 678f. § 196. 가령 被保險者는 ① 不法行爲者에 대하여 그 責任의 전부 또는 일부를 면제하거나, 또는 不法行爲者로부터 辨濟를 받는 행위. ② 그 損害의 발생에 대한 자신의 責任을 인정하는 행위 등을 함으로써 保險者의 權利를 침해할 수 있다.

(92) Sieg, a.a.O.S. 753. Anm. 99; King, op. cit., p. 87; Appleman, op. cit., pp. 239-240. 미국에서도 被保險者가 不法行爲者(tortfeasor)에 의하여 입은 損害에 대하여 그 제3자로부터 辨濟를 받거나 또는 그 責任을 면제한 경우에는 그 제3자에 대한 保險者代位權은 소멸한다고 하는데, 이것은 그 제3자가 保險者의 權利를 알지 못한 때에 적용된다고 한다.

(93) Vance, op. cit., p. 791; Patterson, op. cit., p. 148; King, op. cit., p. 87; Keeton, op. cit., p. 158.

(94) Patterson, ibid; Vance, ibid., p. 73; Arnould, op. cit., p. 1130f; Long, § 23. 14.

(95) King, op. cit., p. 89; 246 N.E. 60 (1927).

그 면제에 의하여 입은 損害에 대하여 被保險者부터 賠償을 받을 수 있고, 그 損害을 立證하기 위하여는 그 不法行爲者로부터 損害賠償을 받을 수 있었다는 사실을 밝혀야 한다」고 判示하고 있다. 또 英國法에서도 Darrell v. Tibbitts case에서 「被保險者인 賃貸人의 建物을 賃借人이 契約上 修理 또는 再建(rebuild)하기로 된 경우에 保險者가 먼저 保險金을 지급하고 賃借人이 그의 契約上의 義務를 이행한 때에는 保險者는 代位理論에 따라 賃貸人으로부터 그 금액의 반환을 청구할 수 있다」는 것이 확정되었다.(96) 독일保險契約法 제67조 1항 3단에서도 「保險契約者가 그 제 3 자에 대한 請求權 또는 그 請求者의 확보(Sicherung des Anspruchs)를 위하여 필요한 權利를 포기한 때에는 保險者는 그 한도에서 그의 損害補償義務를 면하고 또한 그로 인한 損害賠償을 청구할 수 있다(97)라고 규정하여 이를 명백히 하고 있다.

위와 같은 설명에서 볼 때에 被保險者가 保險金의 지급을 받고 제 3 자에 대한 權利를 스스로 행사하거나 처분한 때에는 그 제 3 자가 善意인 경우에는 保險者는 그 代位權을 잃고, 被保險者에 대해서만 그 금액의 반환을 청구할 수 있으며, 그 제 3 자에게 惡意가 있는 경우에는 被保險者와 제 3 자에 대하여 동시에 그 損害賠償請求權을 행사할 수 있음은 물론이다. 따라서 保險者는 제 3 자에 대하여 被保險者를 代位하여 그 損害賠償請求權을 행사하는 경우에도 그것은 자기의 權利에 의한 것이므로 직접 保險者의 이름으로 할 수 있다(民 48조 1항 참조). 그리고 가령 自動車保險에서 被保險者가 제 3 자에 대하여 自動車衝突로 인한 損害賠償請求權을 가지는 경우에 그 제 3 자가 責任保險에 의하여 보호받고 있는 경우에는 결국 責任保險者가 그에 대한 責任을 지게 된다. 그러므로 이러한 경우에는 自動車衝突로 인한 損害를 補償한 保險者가 제 3 자에 대한 代位權을 실행하여 성공하면 責任保險者의 損害를 가져오게 되는 것을 의미한다.(98)

(2) 代位權行使의 범위 제 3 자에 대한 保險者代位權의 행사는 바로 被保險者가 그 제 3 자에 대하여 가지고 있었던 權利를 행사하는 것이므로 被保險者의 權利에 의하여 제한됨은 앞에서 본 바와 같다. 그러므로 가령 自動車保險에서 被保險者가 제 3 자와의 自動車衝突에서 寄與過失이 있는 때에는 그 상대방은 保險金을 지급한 保險者에 대하여서도 過失相計(民 763조, 396조)를 주장할 수 있게 되어 그 범위 내에서 保險者의 請求權도 감소된다.(99) 따라서 保險者는 그가 지급한 保險金額의 한도에서 제 3 자에 대한 代位權을 행사할 수 있으므로 그 權

(96) King, ibid., p. 81; 5 Q.B.D. 560 (1880).
(97) Vgl. Prölss, a.a.O.S. 318. Anm. 7; 그리고 佛保 제36조 2항도 마찬가지이다.
(98) Horn, op. cit., p. 25. 참조.
(99) 保險契約에서는 대체로 被保險者의 故意 또는 중대한 過失을 免責事由로 하고(商 659조 1항), 가벼운 過失에 대하여는 擔保責任을 지게 되므로 被保險者에게 寄與過失이 있더라도 그것이 重過失이 아닌 한 保險者는 그 事故로 인한 被保險者의 모든 損害를 補償하여야 한다.

利는 被保險者의 그것보다 클 수는 없다.(100) 그러므로 만일 保險者가 그 代位權을 행사함으로써 被保險者에게 지급한 保險金額 이상을 회복한 경우에는 保險金額을 공제한 나머지 부분에 대하여는 被保險者에게 돌려주지 않으면 안된다.(101) 가령 保險價額에 대하여 당사자 사이에 확정한 旣評價保險(商 670조)에서 全損이 발생한 경우 保險者가 保險價額 전액을 損害補償金으로서 被保險者에 지급한 후 不法行爲者를 상대로 한 損害賠償訴訟에서 그 目的物의 實質價額에 의한 損害賠償을 받은 때에, 그 금액이 保險價額보다 많은 경우가 그것이다.

여기에서 海上保險에 관련된 영국의 유명한 North of England Ins. v. Armstrong case(102)를 소개하기로 한다.

Hetton 號는 Uhlenhorst 號와 충돌하여 침몰함으로써 全損이 되었다. 原告인 保險者는 Hetton 號의 船舶所有者인 被告에게 保險證券에 評價하여 기재된 保險價額 £6,000를 지급하였다. 原告는 被告의 이름으로 Uhlenhorst 號를 상대로 그 船舶衝突에 대한 모든 責任을 묻는 訴를 제기하였다. 그런데 Hetton 號의 實質價額(real value)은 £9,000로 밝혀졌고, Uhlenhorst 號의 船舶所有者는 그 損害에 대한 모든 責任이 있다고 인정되었다. 그러나 그 船舶所有者는 商船法(Merchant Shipping Act)의 責任制限의 규정에 따라 £5,700의 지급책임을 인정하는 判決이 확정되었다. 그리하여 原告는 保險者代位에 의하여 £5,700의 전액에 대하여 權利를 가진다고 주장하고, 被告는 Hetton號의 實質價額이 £6,000가 아니고 £9,000이므로 被告도 그 £5,700의 損害賠償金에 참여할 수 있다고 抗辯하였다. 이에 대하여 The Court of Queen's Bench는 그 금액은 전적으로 保險者에게 귀속한다라고 判示하였다.

이 判例에서 볼 때에는 약간의 문제가 있다. 왜냐하면 위의 경우 被保險者의 實質損害는 £9,000이고, 保險者로부터 補償을 받은 것은 £6,000이므로 나머지 損害에 대한 補償의 길을 열어 주는 것이 바람직하다고 할 수 있기 때문이다. 그러한 점에서 이 判例에 대하여는 英國에서도 비판이 가해지고 있으나, 그 금액은 保險者가 補償한 금액의 범위 내이기 때문에 그 判決의 입장은 타당하다고 評하고 있다.(103) 어떻든 保險者의 代位權은 保險者가 지급한 保險金의 한도 안에서만 행사할 수 있는 것이고, 그것을 초과할 수 없고, 一部保險의 경우에도 마찬가지이다. 이에 대하여는 뒤에서 保險者代位權의 제한과 관련하여 살펴보기로 한다.

(3) 被保險者의 協助義務　　保險者가 비록 保險金支給에 의하여 제3자에 대한 被保險者의 權利를 취득한다 하더라도 그 제3자와의 사이에 契約關係 또는 當事者關係가 있는 保險契約者 또는 被保險者의 협조가 없으면, 그 代位權의 행사는 도저히 불가능하다. 그러므로 그 제3자에 대한 權利의 내용, 保全方法 등에 관하여 가장 잘 알고 있는 被保險者는 保險

(100) Couch, op. cit., p. 261; Patterson & Young, op. cit., p. 153.
(101) Arnould, op. cit., p. 1119.
(102) Ibid., (1870) L.R. 5 Q.B. 244.
(103) Ibid., § 1229.

金을 지급받은 후에는 적어도 保險者로 하여금 그 權利를 행사할 수 있도록 협조할 義務가 있다고 풀이한다.(104) 保險契約上 保險契約者와 被保險者는 保險事故가 발생하면 그에 대하여 保險者에게 通知하여야 할 義務를 지고(商 657조), 또 損害의 防止에 노력하여야 하는 이른바 損害防止義務를 진다(商 680조). 물론 保險者代位權의 행사에 있어서 被保險者의 協助義務는 損害防止義務와 직접 연관을 지을 수 없으나,(105) 保險契約關係에서 被保險者가 保險金의 지급을 받은 후에는 그 權利를 임의로 행사 또는 처분할 수 없다면 被保險者는 당연히 자기에게 속하였던 權利를 保險者가 보존 또는 행사할 수 있도록 협조하지 않으면 안되는 것이다.(106) 그러므로 被保險者는 스스로 제 3 자에 대한 權利를 행사하거나 포기함으로써 保險者의 權利를 침해하여서는 안될 뿐만 아니라, 保險者의 요구가 있으면 그 權利를 보존 또는 행사하기 위하여 필요한 證據 또는 書類 등을 제시하여 그에 협조하여야 한다. 그러므로 만일 被保險者가 정당한 이유없이 保險者의 權利行使에 협조하지 아니함으로써 保險者가 그 代位權行使로 얻을 수 있었을 금액 가운데에서 취득하지 못한 금액이 있으면 被保險者는 그에 대한 損害賠償責任을 지게 된다.(107)

5. 代位權行使의 제한

商法 제682조 단서는 「保險者가 補償할 保險金額의 일부를 지급한 때에는 被保險者의 權利를 해하지 않는 범위내에서만 그 權利를 행사할 수 있다」라고 규정하고 있다. 이것은 가령 保險價額 500萬원의 目的物이 제 3 자의 過失로 인하여 전부 燒失된 경우에 保險者가 300萬원을 지급한 때에는 被保險者는 제 3 자에 대하여 200萬원에 상당하는 損害賠償請求權을 그대로 보유하고 있으므로 이 경우에는 保險者와 被保險者가 함께 제 3 자에 대한 債權을 행사하게 되나, 被保險者의 權利를 우선적으로 보호하여야 한다는 것을 뜻한다. 우리 商法은 이와 같이 保險者代位權의 제한에 관하여 保險金額의 일부만을 지급한 경우를 전제로 하고 있으나, 제 3 자의 행위로 인하여 損害가 발생한 때에는 被保險者가 保險者로부터 保險金額의

---

(104) 각종의 普通保險約款에서는 이를 明文으로 규정하고 있는데, 그 예를 들기로 한다.

① 火災保險約款 제24조 (代位權) 保險契約者 또는 被保險者는 會社가 損害를 補償함으로써 代位하는 제3자에 대한 權利의 保全 및 그 行使에 관하여 필요한 措置를 하여야 하며, 또한 會社가 요구하는 證據 및 書類를 제출하여야 한다. 이에 필요한 비용은 會社가 지급한다.

② 미국의 Automoblie Insurance Policy § 19. Subrogation.

In the event of any payment under this policy, the company shall be subrogated to all the insured's rights of recovery therefore against any person or organization and *the insured shall execute and deliver instruments and papers and do whatever else is necessary to secure such rights. The insured shall do nothing after loss to prejudice such rights.*

(105) Vgl. Sieg, a.a.O.S. 740. Anm. 71.

(106) Ibid., S. 741 Anm. 72.

(107) 履行保證保險約款 제15조 4항은 이를 明示하고 있다.

전액을 지급받아도 그 損害가 남는 경우가 있다. 가령 建物에 대해서만 火災保險에 붙인 경우 그 家屋의 燒失과 함께 그 집안에 있던 家具 등이 滅失된 경우가 그것이다. 이러한 경우에는 被保險者가 建物의 損害에 대하여 保險者로부터 補償을 받아도 그 家具에 대하여 입은 損害에 관하여는 여전히 그 제 3 자에 대한 賠償請求를 할 수 있으므로[108] 保險者는 그 代位權行使에 의하여 그 權利를 방해하지 않도록 하여야 할 것은 물론이다.[109] 다시 말하면 被保險者가 保險者로부터 완전한 損害의 補償을 받지 못한 때에는 保險者와 被保險者는 그 제 3 자에 대한 債權에 競合하고 있으므로, 이 경우에 保險者代位의 원칙은 被保險者의 이익을 보호하도록 적용되어야지 부당하게 그의 法律上 또는 衡平上의 權利를 침해하여서는 안되는 것이다.[110] 독일保險契約法 제67조 1 항 2 단은 「그 權利의 이전은 保險契約者의 불이익으로 이를 주장할 수 없다」라고 규정하고 있는데, 이것은 一部保險의 경우 또는 被保險者가 保險金의 지급을 받아도 전체의 損害에 대하여 補償받지 못한 때에 의미가 있는 것이다.[111]

商法 제682조는 제 3 자에 대한 保險者代位에 있어서 一部保險의 경우에 관하여 아무런 정함을 두고 있지 아니하다(商 681조 단서 대조). 一部保險은 保險金額이 保險價額에 달하지 않는 保險으로서 이 경우에 保險者의 責任은 保險金額의 保險價額에 대한 비율에 의하는 것(商 674조)이 원칙이므로 保險者代位權에 의하여 취득하는 금액에 대하여, 특히 被保險者가 제 3 자로부터 완전한 損害賠償을 받을 수 없는 경우에 保險者와 被保險者 사이에 그것을 어떻게 분배할 것인가는 약간의 논의의 여지가 있다. 여기서는 Karl Sieg의 예에[112] 따라 독일에서의 이론을 소개하기로 한다.

保險契約者 A는 時價 400만원의 自動車를 50만원은 자기 부담으로 하고 나머지 350만원에 대하여 保險者 甲과 車輛保險契約을 체결하였다. 그 후 A의 車는 B의 車와 충돌하여 全損되었는데, 그 事故發生時 A, B의 過失은 반반이었다. 甲은 保險金 350만원 전액을 A에게 지급하였다. 이 경우 B의 損害賠償額은 200만원이므로 保險者와 被保險者 사이에 이 금액을 어떻게 분배할 것인가?

위의 예에서는 결국 保險者가 代位權에 의하여 취득하는 금액이 얼마냐 하는 것이 문제가 되는데, 이에 대하여는 이론적으로 세 가지 방법이 가능하다.

첫째로 保險者는 保險金額의 지급한도에서 먼저 우선적으로 配定을 받고 나머지가 있을 때에만 被保險者에게 돌려주는 방법이다. 이것은 保險者에게 配定優先權(Quotenvorrecht)을 주는 것이므로 위의 예에서는 保險者가 200萬원 전액을 차지하게 되고, 被保險者는 한푼도

(108) 46 C.J.S. p. 172.
(109) 鄭熙喆, 전게서, 105면.
(110) Appleman, op. cit., p. 110; Couch, op. cit., p. 726.
(111) Vgl. Prölss, a.a.O.S. 316. Anm. 5; Sieg, a.a.O.S. 748. Anm. 88.
(112) Sieg, ibid., S. 737. Anm. 64.

받을 수 없게 된다. 이것을 絶對說(absoluten Theorie)이라 한다.[113]

둘째로 保險者와 被保險者가 그 損害額과 損害賠償額의 差額에서 비율에 따라 분배하는 방법이다. 이에 의하면 위의 예에서 175만원에 대한 請求權은 保險者에게 이전하고, 25만원에 대한 權利는 被保險者에게 남게 된다. 이것을 相對說(relative Theorie)이라 한다.[114]

마지막으로 保險者는 被保險者의 損害額을 충당한 나머지의 損害賠償額, 즉 그 差額에 대해서만 청구권을 행사할 수 있는 방법이다. 이것은 被保險者에게 配定優先權을 주는 것으로 위의 예에서 50만원이 우선적으로 被保險者에게 넘어가고 150만원에 대해서만 保險者는 代位할 수 있게 된다. 이것을 差額原則(Differenzprinzip)이라 한다.

이와 같은 세 가지 방법 가운데 絶對說은 被保險者에게 가혹하므로 찬성할 바가 못되고, 相對說은 一部保險의 이론에 비추어보면 타당한 이론이라 할 수 있다. 그러나 保險者代位權은 앞에서 본 바와 같이 被保險者의 이중이득을 금지하기 위하여 政策的으로 인정되는 것이고, 또 保險契約에서 保險者는 被保險者의 가벼운 過失로 인한 損害에 대하여 擔保하고 있으며, 더구나 保險者는 어느 정도의 求償權을 취득할 것이냐를 고려함이 없이 保險料의 對價로서 保險金額을 지급하는 것이므로, 元受保險에서는 반대의 약정이 없는 한 差額原則이 옳다고 생각한다.[116] 요컨대 保險者는 그 代位權의 행사에 있어서 어느 경우에나 被保險者의 權利를 침해하지 않도록 유의하도록 하여야 할 것이다.

6. 다른 保險과의 관계

數人의 保險者가 공동으로 保險을 引受하였거나 重複保險의 경우 共同保險者가 代位權의 행사에 의하여 제 3 자로부터 그 支給한 保險金額을 회복한 때에는 각 保險者는 지급한 保險金額의 비율에 따라(pro rata) 그 금액을 분배하게 되고,[117] 이것은 동일한 保險關係에서 나오는 것이므로 별다른 法的인 문제가 제기되지 아니함은 물론 여기서 말하는 다른 保險과의 관계에 속하는 것은 아니다. 그리고 가령 建物의 賃貸人이 그 建物에 대하여 火災保險契約을 체결하고 賃借人이 또한 責任保險契約을 맺었을 경우(商 725조 참조)에 賃借人의 過失로 인한 火災로 그 目的物이 燒失되었을 때에는 賃貸人에게 그로 인한 損害를 補償하여 준 賃貸人의 保險者는 賃借人에 대하여 代位權에 의하여 損害賠償을 청구할 수 있으며, 이 경우에는 賃借人의 保險者인 責任保險者가 궁극적으로는 그 損害를 補償할 責任을 지게 된다. 이 경우에는 賃貸人의 保險者에 대하여 賃借人은 제 3 자에 속하므로 그 제 3 자의 保險者가

(113) Ibid., Anm. 65. 독일에서는 오늘날 私保險에 대하여 이를 지지하는 자가 없다.
(114) Ibid., 이 說은 주로 運送保險에서 지지되고 있다. Kisch는 그 밖의 私保險에 대해서도 이 說을 지지하고 있다.
(115) Ibid., 이 원칙은 運送保險 이외의 保險에서 지지되고 있다.
(116) Ibid., Anm. 66; Prölss, a.a. O.S. 316. Anm. 5.
(117) Couch, op. cit., p.266. § 61:45.

그에 대한 責任을 지게 되는 것은 이론상으로도 당연하다. 그러나 동일한 事故에서 被保險者가 각각 다른 保險者에게 保險金을 청구할 수 있는 경우에 양자는 어떠한 관계를 가지는가는 약간의 문제가 있다. 가령 被保險者가 運轉 중 傷害를 입음으로써 産災保險이나 醫療保險에서 保險金의 지급을 받고, 또 自動車運轉者傷害保險契約에 의하여 自動車保險者로부터 治療費의 지급을 받게 되는 경우가 그것이다. 이 경우에는 産災保險者 또는 醫療保險者나 自動車保險者는 각각 그 契約上의 義務를 이행하는 것이고, 保險事故를 일으킨 제3자는 아니므로 保險者代位權의 대상이 되는 것도 아니다.(118) 그리고 이러한 保險의 相互關係를 重複保險으로 다룰 수도 없으므로 각 保險者의 保險金額의 비율에 따른 責任을 인정하기도 어렵다. 그렇다고 해서 모든 保險者에게 각각 保險契約上의 義務를 그대로 인정하면 保險事故로 인한 利得을 금지하는 法의 정신에 어긋난다고 할 수 있다. 이것과는 약간 성질이 다르지만 New York州의 한 判例(119)는 賃借人이 火災保險에 붙인 建物에 대하여 賃貸借契約上의 義務로서 그 所有者인 賃貸人이 火災로 인하여 破損된 建物을 수리한 경우에 被保險者인 賃借人(lessee)에게 保險者로부터의 保險金請求權을 인정하였다. 이것은 결국 賃貸借契約과 保險契約은 별개의 契約이라는 전제에서 나온 것이나, 被保險者에게 이중의 이익을 줌으로써 부당한 결과를 가져왔다고 비판되고 있다.(120) 이러한 점에 비추어 볼 때에 동일한 事故에서 被保險者가 그것이 重複保險이나 共同保險이 아니고 둘 이상의 保險者로부터 똑 같은 保險金을 받게 되는 경우에 重複保險의 경우와 같이 각 保險者가 保險金額과 損害補償額의 비율에 따라 補償하도록 하는 방안이 요구된다. 이것은 立法的으로 해결하거나 아니면 私保險者 사이에 또는 私保險者와 社會保險者 사이에 分擔協定(Teilungsabkommen)을 맺어서 처리할 수 있다고 생각한다.(121) 다만 保險者 사이의 協定에 의하여 保險金額의 분담을 하게 되는 경우에는 그 사실을 保險約款에 명백히 규제하여야 할 것이다.

7. 再保險者의 代位

再保險은 責任保險의 일종으로서(122) 危險을 多數人에게 분산시켜야 한다는 保險의 기본적인 이념을 더욱 확장한 제도이므로,(123) 保險經營의 합리화를 도모하기 위하여는 元受保險

(118) 産災保險法 제15조, 醫療保險法 제39조는 앞에서 본 것처럼 제3자의 행위로 인하여 保險事故가 발생하였을 때에 제3자에 대한 保險者代位權을 규정하고 있으나, 그 제3자는 保險事故를 일으킨 자를 의미하기 때문이다.

(119) Alexandra Restaurant Inc. v. New Hampshire Ins. Co. 272 App. Div. 346, 71 N.Y.S. 2d 515 (1st Dept. 1947)

(120) King, op. cit., p. 82.

(121) Vgl. Sieg, a.a.O.S. 786. Anm. 175f.

(122) 鄭熙喆, 전게서, 136면.

(123) Vance, op. cit., p. 1066.

者는 그가 부담한 危險을 再保險者에게 轉嫁함으로써 危險을 분산시킬 필요가 있다. 이러한 점에 비추어 大韓再保險公社法 제16조 1항은「國內의 모든 保險會社는 그가 체결한 保險契約을 財務部長官이 정하는 바에 의하여 公社에 대하여 再保險을 붙여야 하며, 公社는 이를 引受하여야 한다」라고 규정하여 再保險契約을 어느 정도까지 강제하고 있다. 따라서 再保險制度는 危險分散의 목적에 적합한 것이기 때문에 國內保險業者 사이에서 뿐만 아니라 外國保險業者 사이에도 再保險契約이 이루어져 保險의 국제적인 기능을 다하는 것이다.(124) 그리하여 再保險契約이 체결된 경우에 元受保險者가 제 3 자에 대한 保險者代位權을 가지고 있을 때에 再保險者가 元受保險者에게 保險金額을 지급하면 그 지급한 금액의 한도에서 그 代位權은 다시 再保險者에게 이전하는 것은 물론이다.(125) 그러나 이 경우에 再保險者가 스스로 그 代位權을 행사한다는 것은 再保險契約의 경제적·사회적 기능에서 볼 때에 실질상 불편할 뿐 아니라 또한 불가능한 경우도 생길 수 있다. 따라서 再保險者는 元受保險契約의 保險契約者 또는 被保險者와 직접적인 관계를 맺고 있지 아니하므로, 같은 保險者인 元受保險者로 하여금 그 代位權을 행사하도록 하고, 그 효과를 再保險者에게 귀속시키는 방법이 강구되지 않으면 안된다. 그리하여 일반적으로 元受保險者는 자신의 이름으로 代位權을 행사하여 회복한 금액이 있으면 再保險者에게 그 保險金의 비율에 따라 반환하여야 할 義務를 지는 것이다.(126) 다만 여기서 주의할 것은 가령 元受保險者가 그 代位權의 행사에 의하여 회복한 금액이 그가 지급한 保險金額에 미달하는 경우에도 再保險者와 元受保險者는 제 3 자로부터 회복한 금액을 각각 擔保하고 있는 危險의 정도에 비례하여 분담하여야 한다(127)는 점이다. 이것은 元受保險者는 再保險契約에서 被保險者의 지위에 있으나, 元受保險契約의 被保險者와는 본질적으로 그 성격을 달리하기 때문이다.

이와 같이 元受保險者가 再保險者의 代位權을 자신의 명의로 행사하도록 하는 것은 元受保險者의 受託者로서의 地位를 인정한 商慣習에서 유래한다고 할 수 있다. 日本의 大審院判例(128)는「元受保險者가 商法에 의하여 제 3 자에 대하여 취득하는 權利는 再保險金受領의 한도에서 再保險者에게 이전하나, 元受保險者는 직접으로 代位權의 전부를 제 3 자에 대하여 행사하고 그에 따라 회수한 금액을 再保險者에게 交付하는 商慣習法이 있다」라고 判示하고 있다. 또 New York 의 한 判例(129)도「元受保險者(reinsured)는 그러한 權利의 행사에 관하

(124) 鄭熙喆, 전게서, 24면.
(125) 46 C.J.S. p. 228; Couch, op. cit., p. 240.
(126) Couch, ibid.
(127) Appleman, op. cit., p. 389.
(128) 判例體系 (19) 商法〈保險·海商〉 149면.
(129) Appleman, vol. 13, p. 493f; Pink v. American Surety Co. of New York, 1940, 28 N.E. 2d 842, 283 N.Y. 290, Affirming 12 N.Y.S. 2d 998, 257 App. Div. 819, reargument denied 14 N.Y.S. 2d 282, 257 App. Div. 958.

여는 受託者(trustee)의 지위에 있다」고 선언하고, 또「元受保險者에 의하여 발행된 保險證券에 따른 請求와 訴訟은 元受保險者가 독자적으로 수행하는 것이므로 再保險者는 元受保險者에 의하여 취해진 어떠한 決定(decision)이나 訴(action)에 대하여 異議를 제기할 수 없고, 다만 元受保險者는 善意로(in good faith) 그러한 행위를 하여야 한다」고 判示하고 있다. 이처럼 元受保險者에게 再保險者의 受託者로서의 지위를 인정한 것은 再保險契約關係에 있어서의 保險事故도 元受保險契約關係에서의 保險事故를 전제로 하므로 保險者의 하나인 元受保險者로 하여금 그 代位權을 행사하도록 하는 것이 합리적이기 때문에 생겨난 제도라 할 수 있다.

四. 맺 는 말

保險事故가 제 3 자에 의하여 발생하였을 때에는 그 事故에 대한 제 1 차적인 責任은 결국 그 事故를 일으킨 자가 져야 한다. 그러나 保險契約은 保險事故가 발생하였을 때에는 가급적 속히 그 事故로 인한 損害를 補償하여 줌으로써 被保險者의 경제적 수요를 충족시켜 줄 필요가 있다. 여기에서 保險者는 제 3 자에 의한 保險事故에 대하여도 被保險者에게 損害를 補償하여 주고, 그 被保險者의 제 3 자에 대한 權利를 代位하여 취득하게 되는데, 이 制度는 損害保險契約의 損害補償契約性에서보다는 오히려 제 3 자에 의한 人爲的인 事故誘發을 방지하고 保險을 악용하는 폐단을 막으려는 데서 그 근거를 찾는 것이 옳을 것이다. 따라서 이 保險者代位制度는 被保險者의 입장에서 볼 때에 그 事故에 대하여 責任질 당사자가 있고, 또 損害賠償의 能力이 있으면 保險없이도 충분히 그 損害賠償을 받을 수 있으므로 保險의 가치를 덜게 하는 것으로 보일 것이다. 그러나 保險者는 이론적으로 개인이 그것을 구하는 것보다는 훨씬 나은 위치에 있다. 왜냐하면 保險者는 財政的인 뒷받침이 있고, 그 損害賠償을 청구하거나 그 밖의 解決을 짓는데 필요한 기술적인 지식과 조직적인 기구를 갖추고 있기 때문이다.(130) 그러므로 保險者代位制度의 이익은 결코 保險者에게만 주어지는 것이 아니라 保險契約者와 被保險者를 위해서도 작용하는 것이며, 이 代位는 일반적인 法制度와 保險의 영역에서 많은 중요한 기능을 하는 것이다.(131)

保險者代位制度는 保險金을 지급한 保險者가 당연히 그 제 3 자에 대한 權利를 행사할 수 있으나, 이것은 被保險者의 협조 없이는 이루어질 수 없는 것이다. 왜냐하면 保險事故를 일으킨 제 3 자의 責任의 유무에 대한 立證 또는 그 權利의 보전 등은 保險者단독으로는 할 수 없는 것이 보통이기 때문이다. 이러한 점으로 미루어 보더라도 保險事故로 인하여 일단 保

(130) Horn, op. cit., p. 42.
(131) Ibid., p. 267.

險金額이 지급됨으로써 保險契約關係가 끝났다 하더라도 被保險者 또는 保險契約者는 保險者의 그 代位權行使에 적극적으로 협조하는 것이 信義則上으로도 요구되는 것이며, 또한 保險者는 그 代位權을 행사함에 있어서 被保險者의 權利를 해치지 않도록 특히 유의하지 않으면 안될 것이다. 그리고 保險者의 代位權行使를 둘러싸고 일어나는 분쟁은 경우에 따라서는 保險者에게 커다란 불이익을 주는 것도 사실이다.(132) 특히 우리 나라 社會에서처럼 保險에 대한 인식이 제대로 되어 있지 않은 곳에서는 더욱 그러하다. 그러나 保險의 公共性은 그러한 불이익을 극복하면서 保險者와 被保險者의 이익을 위하여 이 制度가 올바로 活用될 것이 요청된다고 할 수 있다. 일시적인 비난을 겁내어 保險者가 그 代位權을 포기함으로써 본래의 法의 정신에 어긋나는 일이 있어서는 더욱 안될 것이다.

(132) Ibid., p. 121.

Résumé

Subrogation of Insurer against the Third Person

by Seung-Kyu Yang*

Contents

I. Preface
II. Basics of subrogation
1. In general
2. The view of the indemnity contract of insurance
3. The view of the public policy
4. Problems of subrogation in personal insurance
5. My opinion
III. Subrogation of iusurer against the third person
1. Meaning
2. Natures of subrogation
3. Conditions of subrogation
4. Effects of subrogation
5. Limitations of exercise of subrogation rights
6. Relation to the other insurance
7. Subrogation of reinsurer
IV. Conclusion

The purpose of this article is to consider the legal aspects of the insurer's subrogation right against the third person. Art. 682 of the Korean Commercial Code (KCC) provides that where the loss has been caused by the act of a third person, the insurer who has paid the amount to the insured, shall be subrogated to the extent of the amount paid, the rights which the person effecting the insurance or the insured has against such persons. This is so-called the insurer's subrogation right against the third person. The subrogation is the general rule for property and liability insurance, but it is not recognized in personal insurance (Art. 729, KCC).

In the common law states, all of the cases in which the nature of the insurer's subrogation right is discussed hold in effect that the doctrine of subrogation is based on the

* Assistant Professor of Law, College of Law, Seoul National University

general nature of the insurance contract as one of indemnity. This view is also the ruling opinion in Korea. In France, however, it is recognized that the subrogation right does not originate in the indemnity contract of insurance, but in public policy to avoid the abuse of the insured obtaining double profits from the insurance accidents. I think, the latter theory is right, because the insurer may waive all or part of its subrogation rights by stipulation in the policy or by other means. Nowadays, some medical payment insurance acts and casualty insurance policy provide that the insurer has the subrogation right against a third person. And many U.S. courts have sustained subrogation clauses in automobile medical payment coverage.

The insurer's subrogation right arises only after the insurer has paid the amount of the loss. However, it should be kept in mind that at the moment an insured item of property is damaged or destroyed by a third person, the insurer has a contingent interest in any recovery of damages to the extent of its liability to the insured. After the payment of the amount, insurer can claim the damage against the third person *ipso jure*. But if the third person has paid the damage to the insured without notice or knowledge of insurer's right, then his right is thereby destroyed.

The insurer's subrogation right is derived from the insured rights and is limited to those rights. If insurer recovers more by the exercise of his right of subrogation than he has paid to the insured, the surplus ought to be payable by him to the latter. If he has paid a part of the amount insured which is to be indemnified by the insurer, he may exercise such rights only so far as the rights of the insured are not prejudiced thereby(provision of Art. 682, KCC).

In the situation of under-insurance concerning distribution of recovery between insurer and insured, I think, we have to recognize the quota-preemptive right of the insured. Because the principle of subrogation will be liberally applied for the protection of those who are its beneficiaries.

Where the insurer effects reinsurance, the same right of subrogation which arises with respect to an insurer also arises with respect to the reinsurer. In this case, in general, the reinsured stands in the position of a trustee with respect to such salvage, and the reinsurer can not question any decision or action taken by the reinsured in connection therewith, but the reinsured is bound to act in good faith. Reinsurer and reinsured recovery from a third person must share *pro rata* in the recovery, to the extent of their respective risks.

The benefits of the doctrine of subrogation do not accure to insurers alone. In fact, subrogation serves many important functions in the general legal system and in the field of insurance ; hence, it should be assisted and encouraged, not hindered.