

<판례연구>

被用者の 保險事故誘發과 保險者の 責任

梁 承 圭*

대법원 1984.1.17. 선고, 83 다카 1940 제 1 부판결 보험료—과기 환송**

[판결요지]

(1) 보험약관 중 「피보험자에게 보험금을 받도록 하기 위하여 피보험자와 세대를 같이 하는 친족 또는 고용인이 고의로 사고를 일으킨 손해에 대해서는 보험자가 보상하지 아니한다」는 조항은 피보험자와 밀접한 생활관계를 가진 친족이나 고용인이 피보험자를 위하여 보험사고를 일으킨 때에는 피보험자가 이를 교사 또는 공모하거나 감독상 과실이 큰 경우가 허다하므로 일단 그 보험사고 발생에 피보험자의 고의 또는 중대한 과실이 개재된 것으로 추정하여 보험자를 면책하고자 한 취지에 불과하다고 해석함이 타당하며 피보험자가 보험사고의 발생에 자신의 고의 또는 중대한 과실이 개재되지 아니하였음을 입증하여 위 추정을 번복할 때에는 그 면책조항의 적용은 당연히 배제될 것이다.

(2) 면책조항 중 친족 또는 고용인이라 함은 그들의 행위가 피보험자의 고의 또는 중대한 과실에 기인한 것이라고 추정케 할만큼 피보험자와 밀접한 생활관계를 가진 자에 국한된다고 보아야 하므로 고용인도 세대를 같이 하는 자임을 요한다고 해석함이 타당하다.

<판결이유>

1. 원심판결 이유에 의하면 원심은, 원고는 “정승”이라는 목호 아래에 일본식 음식점을 경영하면서 피고들과 각각 위 음식점 내의 시설 및 집기일체를 보험목적물로 하는 장기화재보험계약을 체결하였는데 원고에게 고용된 소외 김 양규가 그 판시일시경 원고로 하여금 보험금을 타게 할 목적으로 이 사건 보험목적물에 방화하여 고의로 보험사고를 일으킨 사실과, 위 각 보험계약의 보통약관 제 4조 제 2항에 의하면 피보험자에게 보험금을 받도록 하기 위하여 피보험자와 세대를 같이하는 친족 또는 고용인이 고의로 일으킨 손해에 대하여는 보험자가 보상하지 아니한다고 규정되어 있는 사실을 확정된 후, 위 면책조항에서 “세대를 같이 하는”이란 요건은 친족에게 적용될 뿐 고용인에게는 적용되는 요건이 아니라는 견제아래 이 사건 보험사고는 위 면책조항에 해당하여 보험자인 피고들에게 보험금 지급의무가 없다고 판단하고 있다.

* 서울대학교 法科大學 教授

** 법원공보 제724호 (84.3.15), 361면 이하

2. 우선 논지는 위 보통약관의 면책조항은 상법 제659조 및 제663조에 저촉되어 무효라고 주장하므로 이 점을 살펴본다. 상법 제659조 제1항에 의하면 보험사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 생긴 때에는 보험자는 보험금액을 지급할 책임이 없다고 규정하고 있고, 같은법 제663조에 의하면 본장의 규정은 당사자의 특약으로 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 불이익으로 변경하지 못한다고 규정하고 있는 바, 위 제663조의 규정은 보험자에 대하여 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자(이하 보험계약자 등이라 한다)의 이익을 보호하기 위한 강행규정이라고 해석되므로 보험사고가 보험계약자 등의 고의 또는 중대한 과실에 기인하지 아니하고 제3자의 행위로 인하여 생긴 때에도 보험자의 책임을 면제하기로 하는 것과 같은 특약은 위 상법 제659조의 규정보다 보험계약자 등에게 불이익한 것으로서 위 강행규정에 저촉되어 무효라고 보아야 할 것이다.

그러므로 이 사건 보통약관 제4조 제2항에서 피보험자에게 보험금을 받도록 하기 위하여 피보험자와 세대를 같이 하는 친족 또는 고용인이 고의로 일으킨 손해에 대하여는 보상하지 아니한다고 규정한 취지가 위의 제3자가 일으킨 보험사고에 피보험자의 고의 또는 중대한 과실이 개재되지 아니한 경우도 보험자의 보상 책임을 면제하고자 한 것이라면 이는 위 상법 제663조의 강행규정에 저촉되어 무효라고 볼 수 밖에 없은 소론과 같다.

그러나 위 보통약관 제4조 제2항의 면책조항은 위와 같은 취지라기 보다는 피보험자와 밀접한 생활관계를 가진 친족이나 고용인이 피보험자를 위하여 보험사고를 일으킨 때에는 피보험자가 이를 교사 또는 공모하거나 감독상 과실이 큰 경우가 허다하므로 일단 그 보험사고발생에 피보험자의 고의 또는 중대한 과실이 개재된 것으로 추정하여 보험자를 면책하고자 한 취지에 불과하다고 해석함이 타당하다.

그렇다면 위와 같이 추정규정으로 보는 이상 피보험자가 보험사고발생에 자신의 고의 또는 중대한 과실이 개재되지 아니하였음을 입증하여 위 추정을 반박한 때에는 위 면책조항의 적용은 당연히 배제될 것이므로 위 면책조항은 상법 제663조의 강행규정에 저촉된다고 볼 수 없으니 위 논지도 이유없다.

3. 다음에 논지는 소외 김양규를 위 보통약관 제4조 제2항 소정의 고용인으로 본 원심판단이 위법하다고 주장하므로 이 점을 살펴본다.

위에서 본 바와 같이 위 보통약관 제4조 제2항의 면책조항을 피보험자의 고의 또는 중대한 과실을 추정하는 규정이라고 해석하는 이상, 위 면책조항에 열거된 친족 또는 고용인이라 함은 그들의 행위가 피보험자의 고의 또는 중대한 과실에 기인한 것이라고 추정케 할만큼 피보험자와 밀접한 생활관계를 가진 자에 국한된다고 보아야 할 것이다.

그러므로 위 면책조항에서 “세대를 같이하는 친족 또는 고용인”이라고 규정한 것은 위와 같은 밀접한 생활관계를 표현한 것으로서 고용인도 세대를 같이하는 자임을 요한다고 해석함이 타당하다.

이 사건에서 원심판결이 채용한 증거와 원심확정 사실에 의하면 위 김양규는 원고 밑에서 요리사로 일하다가 1973년경 원고의 급원을 횡령하고 도주한 후 1981.2.7에 원고를 다시 만났는데 당시 원고는 “청송”의 영업부진과 부채누중으로 고심하던 중이었으므로 위 김양규에게 위 “청송”의 경영을 맡아달라고 제의하자, 위 김양규는 남서 요리사로 근무 중이던 경기 미음읍 지금리 소재 일본음식점 “미락”과의 고용관계를 그대로 유지하면서 1981.2.9부터 3일간은 아침에 “청송”으로 출근하여 남대문 시장에서 500,000원 상당의 음식재료를 자기 이름으로 외상구입하여 주고 지금리 소재 직장으로 돌아갔으며 그후 2일간 쉬었다가 그 해 2.14 “청송”에 나와 위 외상대금을 받으러 온 시장상인들에게 그해 2.16까지 번제하겠다고 약속하고 돌려보낸 뒤에, 위 “청송”의 경영이 호전될 가망이 없다고 판단을 내리고 “청송”의 지배인 소외 이 영구로부터 이 사건 보험계약체결 사실을 들어 알게 되자 원고로 하여금 보험금을 수령케 하여 위 외상대금을 비롯한 부채를 정리케 할 목적으로 방화를 하게 된 사실과, 원고는 위 김양규의 방화에 공모 가담한 사실이 없음에도 불구하고 공범으로 공소제기가 되었으나 범죄의 중

명이 없다 하여 무죄판결을 선고받아 확정된 사실이 인정되는 바, 위와 같은 사실 관계에 비추어 보면 위 김 양규를 원고와 밀접한 생활관계를 가진 자라고 볼 수 없는 것으로서 위 보통약관의 면책조항에 규정된 세대를 같이 하는 고용인에 해당한다고 볼 수 없다.

〈事實概要〉

原告 甲은 서울 중구 충무로에서 세면보육조 목조와즙 2층 건물 1동(총건평 약 120평)을 빌려「청송」이라는 일본식 음식점영업을 하면서 1980. 11. 26. 피고 乙보험(주)와 그 건물, 음식점 안의 시설 및 집기 일체를 保險目的으로 하여 保險金額 3,000萬원, 保險料 年 1,108,800원, 保險期間 1980. 11. 26. 16. 00 ~ 1983. 11. 26. 16. 00까지로 하는 長期火災保險契約을 체결하고 최초의 保險料 1,108,800원을 지급했다. 이어서 같은 달 29. 피고 丙 보험(주)와의 사이에 같은 내용의 보험계약을 체결하고 최초의 보험료 1,069,800원을 지급하였다.

이 보험의 목적은 1981. 2. 15. 03:20경 소위 X의 방화로 인하여 화재가 발생하여 불에 탔고, 損害額은 31,424,529원으로 확인되었다. 그런데 X는 A와의 사이에는 오랜 친분이 있었고 청송의 경영이 영업부진과 부채가 누적되어 가던 차 A는 X에게 경영을 맡길 듯이 말하여 도와줄 것을 요청하였고 X는 다른 음식점의 요리사로 고용되어 그 일을 하면서 1981. 2. 9. 부터 11까지 아침 일찍 청송으로 출근하여 재료를 외상으로 구입하였고, 2. 14. 상인들이 외상대금지급을 요구하였으나, A가 이를 변제하지 못하여 X는 2. 16. 까지 변제하기로 약속하였다. 그리고 X는 위의 保險契約이 체결된 사실을 알고 A로 하여금 保險金을 받아 이로써 빚을 갚게 하는 방법으로「청송」의 경영상태를 정상으로 회복시키기로 마음 먹고 保險의 目的物에 방화하여 故意로 保險事故를 일으켰다.

이 사건 保險契約의 普通保險約款 제 4 조 2호는「피보험자에게 보험금을 받도록 하기 위하여 피보험자와 세대를 같이하는 친족 및 고용인이 고의로 일으킨 손해」를 保險者의 免責事由로 정하고 있다. 被保險者인 甲이 위 保險事故를 이유로 被告 保險者인 乙, 丙에게 保險金支給請求를 하였으나, 각 保險者는 위 約款의 免責條項을 들어 保險金支給責任이 없다고 주장하였다. 이에 따라 甲은 乙, 丙을 상대로 保險金請求의 訴를 제기하였으나, 第 1 審(서울민사지방법원 1982. 12. 9. 선고 82가합 5396 판결)과 第 2 審 서울고등법원 1983. 8. 17. 선고 83나 366)은 모두 위 約款에 의하여 保險者의 保險金支給責任이 없음을 인정하여 原告의 청구를 기각했다. 이에 原告 甲이 上告한 것이다.

〈參照條文〉 商法 제 659조 제 1 항, 제 663조.

〔研究〕

I. 保險契約과 道德的 危險

商法 제 638조는「保險契約은 當事者 一方이 約定한 保險料를 支給하고 相對方이 財産 또는 生命이나 身體에 관하여 不確定한 事故가 생길 경우에 일정한 保險金額 기타의 給與를 支給할 것을 約定함으로써 效力이 생긴다」라고 규정하고 있다. 즉, 保險契約은 保險契約者와 保險者 사이에 保險料를 支給하고 保險의 目的에 우연한 事故가 생기면 保險金을 支給하기로 하는 意思가 합치되면 成立하는 契約이다. 이러한 保險契約은 保險制度에 바탕을 두는 것이고 保險은 사람의 경제생활을 위협하는 각종의 危險에 대비하여 많은 사람들이 힘을 합쳐 基金을 마련하고 그 가운데에서 우연한 事故를 당한 사람에게 그 損害를 補償하

거나 일정한 금액을 지급함으로써 경제생활의 안정을 피하도록 마련된 制度이다. 그리하여 保險契約法の 適用에 있어서는 保險이 大數의 法則에 근거를 둔 危險團體(Gefahrgemeinschaft)를 전제로 하고 있음을 간과해서는 안되고⁽¹⁾ 保險契約의 경제적 구조에서는 「한 사람은 모두를 위하여, 모두는 한 사람을 위하여」(Einer für Alle, Alle für Einen)⁽²⁾ 존재하는 것을 잊어서는 안된다.

이와 같이 保險은 危險團體의 관념에 기초를 두고 있고⁽³⁾ 保險者は 保險團體 안에서 保險事故의 발생률을 大數의 法則에 의하여 계산하여 산정한 保險料를 각 保險契約者에게 합리적으로 분담시킴으로써⁽⁴⁾ 保險料收入과 保險金支給 사이에 균형을 유지하도록 피하는 것이다. 그러므로 개별적인 保險契約에서는 保險契約者가 支給하는 保險料와 保險者가 支給하는 保險金 사이에는 等價性이 유지되지 아니하나, 保險團體의 전체구조에서는 그것이 이루어지게 된다. 여기에서 保險契約關係를 다룰 때에는 개별적인 保險契約에서 保險者와 保險契約者 사이의 이익조정이라는 측면만이 아니라 保險團體 전체의 關係에서 이를 고려하지 않으면 안되는 것이다.⁽⁵⁾

保險契約에서 保險事故는 保險者의 保險金 支給責任을 구체화시키는 우연한 事故이다.⁽⁶⁾ 즉 保險者의 保險金支給責任은 保險事故의 발생에 기초를 두고 있고,⁽⁷⁾ 保險契約者의 保險金請求權이 우연한 保險事故의 발생에 달려 있다는 점에서 保險契約은 射倖契約이라 한다.⁽⁸⁾ 保險契約이 다른 有償契約과 구별되는 것은 射倖契約이라는 점에서 찾을 수 있고, 이 때문에 保險契約者는 保險者가 保險事故의 발생을 조건으로 支給하게 될 保險金보다는 훨씬 적은 금액의 保險料를 支給하게 되는 것이다.⁽⁹⁾ 여기에서 保險契約에서는 적은 保險料를 내고 많은 保險金を 탈 수 있는 소지가 있으므로 被保險者가 일부러 事故를 일으켜 保險金を 노리는 경우가 있을 수 있다. 이와 같이 保險契約에서 保險加入者에 의하여 故意로 保險事故를 일으킬 수 있는 危險을 道德的 危險(moral risk or hazard)이라 한다⁽¹⁰⁾. 이 때문에 保險契約에서는 善意契約性이 강조되고, 保險의 引受에서부터 그 道德的 危險의 방지를 위한 노력이 기울어져야 하는 것이다.⁽¹¹⁾

(1) Prölss-Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, 22 Aufl., 1980, S. 13.

(2) Alfred Manes, *Versicherungswesen*, Bd. I, 1930, SS. 2-3.

(3) Prölss-Martin, *a.a.O.* S. 14; Bruck-Möller, *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, Bd. I, 8 Aufl. 1961, S. 968.

(4) Robert E. Keeton, *Insurance Law*, 1971, p. 555.

(5) 대법원 1966. 10. 21. 선고, 66 다 1458 판결(梁承圭, 判例教材 保險法·海商法, 25면 참조).

(6) 鄭熙喆, 商法學原論(下) 35면.

(7) Prölss-Martin, *a.a.O.* S. 37 § 1 Anm. 3.

(8) 鄭熙喆, 전게서, 27면; 徐燾珪, 第三補訂 商法講義, 205면.

(9) Edwin W. Patterson, *Essentials of Insurance Law*, 2d, 1957, p. 210.

(10) 鈴木辰紀 編著, 保險論 16면.

(11) Keeton, *op. cit.*, p. 406 참조.

II. 被保險者에 의한 保險事故와 保險者의 免責

(1) 商法 제659조 1항은 「保險事故가 保險契約者 또는 被保險者나 保險受益者의 故意 또는 중대한 過失로 인하여 생긴 때에는 保險者는 保險金額을 支給할 責任이 없다」라고 규정하여 保險契約者 등에 의한 人爲的인 事故誘發을 保險者의 免責事由로 하고 있다.⁽¹²⁾ 여기서 保險契約者 또는 被保險者가 故意 또는 중대한 過失로 保險事故를 일으킨 경우에 保險者의 免責事由로 하고 있는 이유는 여러가지로 나누어 볼 수 있으나,⁽¹³⁾ 우리나라에서는 대체로 다음과 같이 설명되고 있다. 즉, ① 이러한 事故는 保險事故의 偶然性이 결여되어 保險事故性이 상실되었을 뿐아니라 이러한 것을 保險事故로 한다는 것은 信義則에도 어긋난다거나⁽¹⁴⁾ ② 이러한 事故는 이른바 道德的 危險으로 인한 것으로서 損害發生의 결과를 초래한 者의 責任으로 하는 것이 당연하다든가,⁽¹⁵⁾ ③ 故意나 중대한 過失이 있는 경우에도 保險者가 保險金의 支給責任을 진다는 것은 가혹하고 保險金의 취득을 목적으로 單면하게 人爲的으로 保險事故가 발생함으로써 社會的인 不安이 조성되고 막대한 經濟的인 損失이 초래될 우려가 있기 때문에 保險政策의인 면에서도 保險者의 責任을 인정할 수 없다⁽¹⁶⁾고 설명하고 있다.

保險契約에서 保險者는 우연한 事故가 생긴 때에 保險金額을 支給하기로 約束한 것이고, 被保險者에 의해서 保險의 目的에 故意的으로 일으킨 損害에 대하여 補償할 危險을 引受한 것은 아니라 할 것이다.⁽¹⁷⁾ 保險의 필수적인 要素인 不確定性(uncertainty)은 保險事故가 생기느냐 않느냐에 관한 것이다.⁽¹⁸⁾ 商法 제644조는 「保險契約 당시에 保險事故가 이미 발생하였거나 또는 발생할 수 없는 것인 때에는 그 契約은 無效로 한다」라고 규정하여 保險事故發生의 不確定性이 保險契約의 전제가 되고 있음을 나타내고 있다. 그러므로 保險契約者 등이 人爲的으로 保險事故를 일으킨 것은 保險事故의 不確定性에 어긋나는 것이고, 또한 主觀的인 危險을 배제(subjektiver Risikoauschluss)하고,⁽¹⁹⁾ 保險詐欺(Versicherungsbetrug)

(12) 保險者의 免責事由에 관하여는 각 나라의 保險契約法과 保險約款에 규정하고 있는데, 被保險者 등의 保險事故誘發에 대한 保險者의 免責範圍와 정도에는 차이가 있다. 獨保 제61조 伊民法 제 1900조는 保險契約者의 故意·重過失을 免責事由로 하고 있으나, 獨保 제152조, 瑞保 제14조 1항은 故意만을 免責事由로 하고 있다. 우리나라의 損害保險約款에서는 「保險契約者 또는 被保險者의 故意 또는 중대한 過失로 생긴 損害」를 免責事由로 하고 있으나(火保約款 제 4 조 1호) 賠償責任保險約款에서는 故意만을 免責事由로 하고 있다(동 제 4 조 1호).

(13) 大森忠夫, 保險契約의 法的構造, 203面이하 참조.

(14) 鄭熙喆, 전게서, 52면; 徐燮珪, 전게서 226면.

(15) 孫珠瓚, 三訂 商法(下), 57면.

(16) 崔基元, 商法講義(下), 363면.

(17) Patterson, *op. cit.*, p. 211.

(18) John Birds, *Modern Insurance Law*, 1982, p. 8.

(19) 독일의 通說이다. Prölss-Martin *a.a.O.* S. 363 (BGH 11, 120, VersR 63, 429=NJW 1052=MDR 477, 64, 475, 65, 29); Edgar Hofmann, *Privatversicherungsrecht* 2. Aufl., 1983, S. 156; Albert Ehrenzweig, *Deutsches (Österreichisches) Versicherungsvertragsrecht* 1952, S. 264f.

를 방지하여⁽²⁰⁾ 人爲的인 事故로 인한 道德的 危險을 막고자 被保險者 등의 故意·중대한 過失로 생긴 保險事故에 대하여는 保險者の 免責事由로 한 것이라 할 수 있을 것이다.

(2) 다음으로 故意 또는 중대한 過失은 民法上的 개념과 부합하는 것이다. 즉 故意라 함은 일정한 결과의 발생을 인식하면서 그것을 감히 行爲하는 것으로서, 그 故意는 損害 자체에 대한 것이지 損害의 결과에까지 있어야 하는 것은 아니다.⁽²¹⁾ 다시말하면 保險契約者 등의 故意는 保險事故의 발생에 대한 것이지, 그 事故의 결과 保險金을 取得하는 데 대한 故意를 요하는 것은 아니다.⁽²²⁾ 그리고 故意는 未必的 故意(Bedingter Vorsatz)만 있으면 된다.⁽²³⁾ 중대한 過失이란 현저하게 注意를 다하지 못한 경우를 말하는데,⁽²⁴⁾ 가령 倉庫에 引火性 物件이 있는데, 그 안에서 연탄불을 다루는 행위 등은 적어도 중대한 過失이 있다 할 것이다. 商法 제659조 1항은 保險契約者 또는 被保險者の 故意·重過失로 인한 保險事故에 대해서만 保險者の 免責事由로 하고 있으므로 그들의 輕過失로 인한 保險事故의 경우에는 保險者の 保險金支給責任이 인정된다. 이것은 保險이 保險契約者에게 安心을 주려는 制度라는 점에서, 그들의 注意義務를 완화한 것이며, 民法上的 過失責任理論과는 다른 것이다.

(3) 保險契約者 또는 被保險者の 故意 또는 중대한 過失로 保險事故가 생겼다는 것은 保險者가 立證하여야 하고 이것은 推定的證據(Beweis auf erste Sicht)로 충분하다고 하여야 할 것이다.⁽²⁵⁾ 그리고 保險契約의 當事者 사이에 위와 같은 保險者の 免責事由에 어긋나는 特約을 할 수 있느냐는 일률적으로 논할 수는 없으나, 保險契約의 善意契約性 또는 公益에 어긋나느냐 아니냐에 따라 결정할 문제이고 被保險者の 故意내지 惡意로 일으킨 事故에 대해서까지도 保險者の 責任을 인정하는 特約은 無效라 할 것이나,⁽²⁶⁾ 그 밖에 保險者の 責任範圍를 확장하여 保險契約者의 이익을 보호하는 特約은 그 效力이 인정된다 할 것이다. (商 663條 참조)⁽²⁷⁾

III. 被用者에 의한 保險事故와 保險者の 責任

商法 제 659조는 保險契約者 또는 被保險者나 保險受益者에 의한 保險事故를 保險者の 免責事由로 하고 있다. 그러므로 損害保險契約에서 保險事故가 保險契約者 또는 被保險者

(20) Ehrenzweig, *ibid.*, S. 270f.

(21) Hofmann, *a.a.O.* S. 157.

(22) 朴元善, 新商法(下) 121면.

(23) Hofmann, *a.a.O.* S. 157 (BGH vom 29. 11. 1972, VersR 72, 363).

(24) Ehrenzweig, *a.a.O.* S. 266.

(25) *Ibid.*, S. 264; Prölss-Martin, *a.a.O.* S. 366; Hofmann, *a.a.O.* S. 158.

(26) 徐燦珪, 전계서, 226면; 鄭熙喆, 전계서, 52면.

(27) 가령 責任保險約款에서 被保險者の 故意만을 保險者の 免責事由로 하고, 중대한 過失로 인한 損害에 대하여는 그 補償責任을 인정하는 경우가 그것이다. 瑞保 제14조 제2항은 「...의 중대한 過失로 保險事故가 생긴 때에는 保險者는 그 過失의 정도에 따라 그 給與를 減少할 수 있다」라고 규정하고 있다.

이외의 第3者에 의해서 생긴 경우에는 이것은 主觀的인 危險으로 인한 것이 아니므로 保險者는 被保險者에게 保險金을 支給하고, 그 第3者에 대하여 保險代位權을 행사할 수 있을 뿐이다(商682조 참조). 그러나 그 第3者가 保險契約者 또는 被保險者와 法律上으로나 事實上으로나 일정한 관계를 가지고 있을 때, 가령 家族, 被用者 또는 代理人인 경우에 이들의 故意·重過失로 생긴 保險事故에 대하여 保險者의 免責을 인정할 수 있느냐는 문제가 제기된다.

이에 대하여 독일에서는 이른바 代表者責任(Repräsentantenhaftung) 理論에 의하여 가령 被保險者의 夫婦, 家族 또는 經營管理人(Betriebsleiter)과 같이 被保險者와 특별한 關係에 있는 者가 保險事故를 일으킨 때에는 保險者의 免責을 인정하는 것이 判例上 확립되어 왔다.⁽²⁸⁾ 여기서 判例上 代表者(Repräsentant)의 개념에 대하여는 여러가지로 갈려 있는데, 초기에는 保險의 目的을 관리하는 사실상의 代理關係(Vertretungsverhältnisses)에 있는 者⁽²⁹⁾라고 하였으나, 최근의 判例에서는 그것을 보다 엄격하게 풀이하고 있다. 즉 代表者는 保險契約者(被保險者)의 위치에 서서 그리고 保險의 目的을 필연적으로 계속적인 管理(die notwendige laufende Betreuung)를 맡고 保險契約者의 權利와 義務를 실현하는 權能을 가진 者라 하고,⁽³⁰⁾ 또는 保險에 든 危險(versicherte Risiko)에 관하여 保險契約者의 위치에 있는 第3者는 代表者로 보고 있다.⁽³¹⁾ 이러한 判例의 경향은 代表者의 개념을 엄격하게 함으로써 第3者의 行爲에 의하여 保險者의 免責을 인정하는 범위를 제한하는 것이라 할 수 있을 것이다.

이와 같이 독일에서 발전하고 있는 代表者 責任理論을 우리나라에서 받아들일 수 있을 것인가?

商法 제692조는 運送保險契約에 있어서 保險事故가 送荷人 또는 受荷人의 故意 또는 중대한 過失로 생긴 때에는 保險者의 免責事由로 하고 있다. 이것은 送荷人 또는 受荷人은 비록 被保險者가 아니라 하더라도 運送契約上 일정한 權利와 義務를 가지기 때문에(商139조~141조) 그들의 故意·重過失로 인한 保險事故를 保險者의 免責事由로 한 것이다. 그러나 이와 같은 明文의 規定이 없는 保險契約에 있어서는 第3者가 비록 保險目的의 管理(Sachobsorge)를 맡고 있는 補助者라 하더라도 그 第3者의 行爲에 대하여 被保險者가 保險者에게 責任을 져야 할 이유는 없는 것이다. 왜냐하면 그 管理를 맡고 있는 것이 保險者에 대한 債務의 履行으로 다를 수도 없고,⁽³²⁾ 또 그 管理人의 行爲로 保險事故가 생긴 것이 保險者

(28) Vgl. Bruck-Möller, a.a.O. S. 214f. § 6 Anm. 92~102; Prölss-Martin, a.a.O. S. 80 § 6 Anm. B (29) Prölss-Martin, *ibid.*, (RG 9, 121, 37, 149).

(30) Hofmann, a.a.O. S. 111 (BGH vom 27. 4. 1964, VersR 64, 475, u. vom 8. 1. 1981, NJW 81, 1098).

(31) *Ibid* (BGH vom 20. 5. 1969, NJW 69, 1387).

(32) 鄭熙喆, 견해서, 93면.

(33) Ehrenzweig, a.a.O. S. 267.

에 대한 加害行爲로 볼 수도 없기 때문이다.⁽³⁴⁾ 그러므로 被保險者와 특별한 관계에 있는 第3者의 故意 또는 중대한 過失로 保險事故가 발생한 경우에도 被保險者의 共謀, 教唆 또는 幫助와 같은 歸責事由가 없는 한 保險者는 당연히 免責되는 것이라 할 수는 없을 것이다. 프랑스 保險法典 L.121-2조는 이 뜻을 뚜렷이 하여 「民法 제1384조에 의하여 保險契約者가 民事責任을 지게 되는 者의 行爲로 인한 滅失과 損害에 대하여는 그 者의 過失의 性質 및 程度의 여하를 묻지 아니하고 保險者는 이를 補償할 責任을 진다」라고 규정하고 있다.⁽³⁵⁾ 그리고 스위스 保險契約法 제14조 3항은 「保險契約者 또는 請求權者의 同居家族, 그의 行爲에 대하여 保險契約者 또는 請求權者가 責任을 지게 되는 者의 故意 또는 過失로 保險事故가 생기고 이들의 監督, 選任, 採用에 있어서 중대한 過失이 있는 경우에는 保險者는 保險契約者 또는 請求權者의 責任의 정도에 상응하는 비율에 따라 保險金을 감액할 수 있다」라고 규정하고 있다.

우리나라 商法은 프랑스 保險法이나 스위스 保險契約法과 같은 규정을 두고 있지 아니하더라도 독일에서 채택하고 있는 代表者責任理論을 받아들일 수는 없다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 商法 제659조 1항은 保險契約者 또는 被保險者나 保險受益者의 故意·重過失로 생긴 保險事故에 대해서만 保險者의 免責事由로 하고, 제663조에서는 「當事者 사이의 特約으로도 保險契約者 등의 不利益으로 變更하지 못한다」라고 규정하고 있기 때문이다. 그러므로 被用者의 故意로 保險事故가 생긴 경우에도 保險契約者 또는 被保險者의 歸責事由가 없는 한 保險者는 保險金 支給責任을免하지 못할 것이고, 또 保險約款에 의하여 被保險者의 家族이나 被用者의 단순한 故意 또는 중대한 過失로 생긴 保險事故에 대하여 保險者의 免責事由로 하고 있다면 그 約款은 無效라고 풀이한다. 다만 그 家族 또는 被用者가 실질적으로 保險契約者 또는 被保險者의 地位에 있는 者인 경우에 그에 생긴 事故에 대하여는 형식상의 保險契約者 또는 被保險者의 故意·重過失과 마찬가지로 다루어야 한다고 생각한다.⁽³⁶⁾

IV. 判決에 대한 批判

(1) 이 事件 大法院判決은 被用者의 故意로 생긴 損害에 대하여 保險者의 免責事由로 하고 있는 火災保險約款의 效力과 관련되는 뜻깊은 判例라 할 것이다. 火災保險은 火災를 保險事故로 하여 被保險者가 입게 될 財産上의 損害를 補償할 것을 목적으로 하는 損害保險이

(34) 民法 제391조는 債務의 履行에 있어서 債務者의 履行補助者의 故意·過失을 債務者의 그것과 같이 보고(독일 民法 제278조도 같다), 또 民法 제756조는 被用者의 不法行爲에 대하여 使用者의 賠償責任을 인정하고 있다.

(35) 프랑스 保險法典 (Code des Assurance)은 1976년에 각 保險關係法을 統合하여 이루어진 것이고, 이것은 1981년에 많은 改正이 뒤따랐다. 이 條文은 1930년의 保險契約法 제13조의 규정을 그대로 받아들인 것이다.

(36) 日本大審院判決(1943 <昭 18> 6. 9)은 「保險契約者인 未成年者와 法律上 一體라고 볼 수 있는 法定代理人의 事故를 일으킨 때에는 그 行爲를 保險契約者의 惡意行爲와 동일한 效果가 있는 것으로 보는 것이 옳다」라고 判示하고 있다.

다(商 683조). 火災는 독립된 燒燃力을 가지고 많은 財貨와 人命에 被害를 줄 수 있는 災難이고 被保險者는 뜻밖의 火災로 인한 財産上의 損失危險에 대비하기 위하여 火災保險을 이용하게 된다. 그러나 火災保險에 있어서도 被保險者가 이를 악용하여 保險金을 노리고 放火를 할 危險이 따르고 있고, 이러한 事故로 생긴 損害에 대하여는 保險者의 免責事由로 하는 것은 당연하다.

(2) 火災保險約款 제 4 조는 바로 保險者의 免責事由를 정하고 있다. 約款 제 4 조 1호는 「보험계약자, 피보험자 또는 이들의 법정대리인의 고의 또는 중대한 과실로 생긴 손해」라고 규정하고 제 2 호는 「피보험자에게 보험금을 받도록 하기 위하여 피보험자와 세대를 같이하는 친족 및 고용인이 고의로 일으킨 손해」라고 정하고 있다. 그러므로 約款의 규정에서 볼 때에 親族 또는 雇傭人의 경우에는 가령 그들의 중대한 過失로 保險事故가 생겼거나 또는 被保險者에게 양심을 품고 放火를 함으로써 생긴 損害에 대하여는 保險者의 補償責任이 인정되는 것이다. 이 점에서 이 約款에서는 被保險者의 親族 또는 被用者의 故意 또는 중대한 過失로 생긴 損害에 대하여는 免責事由에서 제외하고 있고, 다만 被保險者의 親族 또는 被用者의 故意로 保險事故가 생긴 경우에는 被保險者에게 保險金을 받도록 하기 위하여 意圖的으로 放火를 한 때에만 保險者가 免責을 주장할 수 있게 된다.

여기에서 이 約款의 규정이 商法 제 659조 1항에 어긋나서 被保險者의 不利益으로 변경된 것이냐 하는 문제가 제기된다. 그러나 被保險者의 故意 또는 중대한 過失에 대한 立證責任은 保險者에게 있고, 保險者는 推定的 證據만 제시하면 된다는 입장⁽³⁷⁾에서 볼 때에 被用者가 被保險者에게 保險金을 받게 할 목적으로 保險事故를 일으켰다면 일단 被保險者에게도 教唆·幫助 또는 監督上의 중대한 過失이 있다고 인정할 수 있는 소지가 있다 할 것이다. 이러한 점에서 볼 때에는 約款의 그 免責條項은 하나의 주의적인 規定이라 볼 수 있고, 따라서 商法 제 659조 1항과 제 663조에 違反되어 無效라고 풀이할 필요는 없다고 생각된다.

이 事件 大法院判決이 이 約款의 免責條項은 被保險者와 밀접한 생활관계를 가진 친족이나 고용인이 被保險者를 위하여 保險事故를 일으킨 때에는 被保險者가 이를 教唆 또는 共謀하거나 監督上 過失이 큰 경우가 허다하므로 일단 그 保險事故發生에 被保險者의 故意 또는 중대한 過失이 개제된 것으로 推定하여 保險者를 免責하고자 한 취지에 불과하다고 해석함이 타당하다고 한 見解는 합리적이라고 본다.⁽³⁸⁾ 그리고 이 判決에서는 被保險者의

(37) 註 25 참조.

(38) 이 事件 原審判決(서울고법 1983. 8. 17. 선고, 83 나 366 제 3 민사부판결)은 「상법 제 659조 제 1항의 취지는 피보험자가 우연한 사고로 인하여 입은 손해를 보험가입자 전체가 그 위험을 분산하여 보상한다는 보험목적에 유지하고 불법한 동기로 보험금 취득을 목적으로 한 사회적 위험을 미리 막기 위하여 보험계약자...의 고의 또는 중대한 과실로 인한 사고초대행위를 보험자의 면책사유로 규정한 것이라고 해석되는 바 그렇다고 한다면 피보험자의 고용인이 피보험자로 하여금 보험금을 받게 할 목적으로 고의로 사고초대 행위를 저지른 경우도 양자 사이에 존재하는 특별한 사회적 경제적 관련을 통하여 또 신의칙과 공평의 원칙 등에 비추어 피보험자 자신

故意 또는 중대한 過失로 保險事故가 발생한 것에 대한 保險者の 立證責任은 推定的인 證據의 提示로 가능하다는 것을 시사하고 있다 할 것이다.

(3) 일반적으로 被用者라 함은 使用者가 選任하고 또한 指揮・監督하는 관계에 있는 사람을 가리킨다고 할 것이다.⁽³⁹⁾ 이 事件의 保險約款에서 「세대를 같이 하는 친족 및 고용인」이라고 정한 「고용인」은 民法에서 규정하고 있는 被用者와 같은 개념이라고 보아야 할 것이다.⁽⁴⁰⁾ 그런데 이 事件 大法院判決은 約款에서 정한 「고용인」이란 그의 행위가 피보험자의 고의 또는 중대한 과실에 기인한 것이라고 추정케 할만큼 피보험자와 밀접한 생활관계를 가진 자에 국한된다고 보아야 한다는 이유를 들어 고용인도 세대를 같이하는 자인을 요한다고 判示하고 있다. 그러나 고용인, 즉 被用者가 被保險者를 위하여 保險事故를 일으키는 경우 반드시 被保險者와 世帶를 같이하는 被用者에 국한된다는 論理는 있을 수 없는 것이고, 使用者인 被保險者와 밀접한 관계를 가지고 있는 被用者이면 그가 世帶를 같이 하든 안하든 묻지 아니하고 고용인으로 보아야 하지 않을까 생각한다. 이 점에서 大法院判決이 約款의 免責條項에서 親族과 마찬가지로 雇傭人도 被保險者와 世帶를 같이하는 者로 국한시킨 데에는 異論의 여지가 있다고 생각한다.

이 事件에서 原告 甲과 保險의 目的에 放火를 한 被用者인 X와의 사이에는 상당한 친분관계가 있었고, 營業이 부진한 음식점의 경영을 맡길 정도의 말이 오갔음을 事實關係에서 말해주고 있다. 그리고 실제로 被保險者를 위하여 재료를 의상으로 구입하였음은 물론 外上代金 支給約束도 被用者인 X가 스스로 하였고, 營業不振과 負債償還 등을 위하여 保險金을 노린 放火를 하였음을 엿볼 수 있다. 이러한 점에 비추어 볼 때에 故意로 保險事故를 일으킨 X가 被保險者와 世帶를 같이하지 않는다는 이유로 雇傭人이 아니라고 판단하는 것이 과연 옳다고 할 수 있을까? 또 이 事件에서는 營業不振한 상태에서 乙, 丙 두 保險金社와 동일한 目的에 대하여 각각 保險契約를 체결함으로써 重複保險을 이루고 있다는 점도 아울러 고려하여야 한다고 본다.

(4) 요컨대 이 사실 大法院判決은 被保險者의 同居家族 및 雇傭人의 故意에 의하여 생긴 保險事故에 대하여 被保險者가 개입하지 아니한 경우에도 保險者의 免責事由로 하는 것은

의 사고초래 행위와 같은 정도로 사회적 비난 가능성이 있다고 인정되는 경우를 주무관청의 심사를 거쳐서 보통보험약관으로 정하였고 보험계약의 당사자가 이를 승인하고 따르기로 하여 그 보험계약을 체결하였다면 이 보험약관의 내용을 위 상법규정에 위반된다고는 보고 어렵다 할 것이라고 判示하고 있다.

(39) 郭潤直, 全訂版 債權各論, 644면.

(40) 서울고등법원 판결은 「약관 제 4 조 2항 후단의 “고용인”이라 함은 피보험자인 사용자의 사업에 속하는 일을 그와 실질적인 사용자 및 피용자의 관계 아래 이에 종사하거나 이를 보조하는 자로서 그가 사용자들 위하여 고의로 발생시킨 손해를 보험자에게 부담시키는 것이 위보험제도의 목적, 신의성실의 원칙 또는 공평의 원칙 등에 반한다고 인정되는 경우이면 되고 그와 같은 고용관계가 전형계약의 형식을 갖추었는지의 여부, 보수의 유무, 기간의 장단 등은 불문한다 할 것」이라고 判示하고 있다.

商法 제659조와 제663조에 저촉되어 無效라는 입장을 밝히면서 그러한 事故가 被保險者의 故意 또는 중대한 過失이 있다고 推定될 만한 상황이 있는 때에 保險者의 免責事由로 한 免責約款의 效力을 인정한 것은 타당하다고 할 것이다, 雇傭人의 범위를 지나치게 좁게 해석하여 被保險者와 世帶를 같이 하는 者로 국한시킨 것에는 의문의 여지가 있다고 보여진다. 保險契約은 射倖契約이고 被保險者에게 保險金을 支給하도록 하기 위하여 保險事故를 일으킨 경우에는 被保險者에게 歸責事由가 있을 때에는 保險金支給이 거절되어야 함은 善良한 社會秩序를 위해서도 바람직한 일이 아닐 수 없다. 保險契約에서 오는 道德的危險을 막고 건전한 保險團體의 유지를 위한 노력이 계속되어야 할 것이다.