일감법학 | 제39호
2018년 2월 53-79쪽
건국대학교 법학연구소

Ilkam Law Review
Vol.39, Feb., 2018. pp.53-79
The Institute of Legal Studies, Konkuk Univ.

중과실비례보상제도의 도입과 과제*

A Study on the Introduction of Proportional Compensation by Gross Negligence and its Task

최 병 규**
Choi, Byeong-Gyu

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 독일의 중과실비례보상제도
Ⅲ. 우리나라에서의 중과실비례보상제도 도입의 방안과 과제
Ⅳ. 맺음말

보험계약법에서는 당사자의 과실비율이 매우 중요한 의미가 있다. 물론 과실비율은 다른 법률영역에서도 중요한 것은 사실이다. 상법 제659조에 의하면 손해보험의 경우 중과실과 고의는 면책사유로 되어 있다. 그런데 중과실의 경우에도 일부라도 보험금을 주는 것이 객관적으로 형평에 맞는 면이 존재한다. 고의는 일정한 결과의 발생을 인식하면서 그것을 감히 하는 것을 가리키고, 중과실은 현저하게 주의를 다하지 못한 경우를 가리킨다. 한편 인보험에서는 중과실의 경우에도 보험금을 지급하도록 함으로써 고의만이 면책사유로 되어 있다. 자살의 경우 보험금을 지급하는 것은 신의칙에 반하고 생명보험이 부당한 목적에 이용되는 것을 방지하기 위한 취지가 있는 것이다. 다만 이 경우에도 생명보험 표준약관은 책임개시후 일정기간(2년)이 경과한 후의 피보험자의 자살에 대하여는 일반사망보험금을 지급한다고 규정하고 있다. 손해보험에서 중과실과 경과실의 구분이 용이하지 않은데 중과실에 해당되면 보험자는 전적으로 면책되고, 경과실의 경우에는 전적으로 보험금을 지급하는 것이 되어 특히 중과실에 해당하면 보험금을 하나도 받지 못하는 문제점이 있다. 중과실의 경우에도 전적으로 면책되는 것으로 하기 보다는 할 수만 있다면 그 과실의 정도

투고일 : 2017. 12. 16. / 심사의뢰일 : 2018. 1. 15. / 게재확정일 : 2018. 1. 30.

* 이 논문은 2017년 12월 8일 건국대학교 법학연구소 기업법센터 학술세미나에서 발표한 내용을 수정・보완한 것이다.

** 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사
Professor, School of Law, Konkuk University

에 맞추어 보험금을 감액하여 지급하는 것이 실질적 형평에 부합한다. 보험자 면책과 관련하여 all or nothing원칙을 고수하는 것은 다시 생각할 여지가 있다. 법적 안정성의 고려도 필요하지만 점진적으로 중과실비례보상제도를 도입하여 확대하여 나가는 것이 필요하다. 독일의 경우에는 보험사고 초래 등 4개 분야에서 중과실비례보상제도를 2007년 도입하였다. 우리의 경우도 손해보험에서 중과실비례보상제도를 적극적으로 도입할 필요성이 있다. 다만 그 도입방법론에 있어서는 우리의 현실을 고려하여 타당성이 있는 방안을 먼저 찾아내는 것이 필요하다. 그리고 이 제도의 안착을 위하여는 실질적인 데이터의 축적이 필요하다. 과실의 양과 질을 분석하고 그것을 유형화하는 작업이 요구되는 것이다. 이때에는 이 제도를 앞서서 도입하여 시행하고 있는 국가의 판례들의 분석과 그 유형화가 도움이 될 것이다. 독일의 경우에는 차 안에 물건을 두고 내린 경우의 각 경우에 대하여 과실비율을 달리 인정하고 있다. 그리고 국내의 판례 가운데에서도 과실비율을 인정한 다양한 사례가 있는 만큼 그에 대한 분석을 통하여 유형화하여 예측가능성을 부여하는 연구가 동시에 진행되면 과실비율인정에서의 불명확성을 어느 정도 해소할 수 있을 것이다. 그것이 앞으로 중과실비례보상을 도입할 때 가장 중요한 과제가 될 것이다. 이를 위하여 준비를 철저히 한 다음에 중과실비례보상제도를 도입하여야 한다.

[주제어] 중과실비례보상, 보험사고초래, 위험변경증가, 손해방지의무, 계약상의 책무, 판례의 유형화

Ⅰ. 머리말

보험계약법에서는 당사자의 과실비율이 매우 중요한 의미가 있다. 물론 과실비율의 중요성은 비단 보험계약법에서만 문제되는 것은 아니다. 상법 제659조에 의하면 손해보험의 경우 중과실과 고의는 면책사유로 되어 있다. 그런데 중과실의 경우에도 일부라도 보험금을 주는 것이 객관적으로 형평에 맞다. 고의는 일정한 결과의 발생을 인식하면서 그것을 감히 행위하는 것을 가리키고, 중과실은 현저하게 주의를 다하지 못한 경우를 가리킨다.[1] 한편 인보험에서는 중과실의 경우에도 보험금을 지급하도록 함으로써 고의만이 면책사유로 되어 있다(상법 제732조의2, 제739조).[2] 자살의 경우 보험금을 지급하는 것은 신의칙에 반하고 생명보험이 부당한 목적에 이용되는 것을 방지하기 위한 취지가 있는 것이다. 다만 이 경우에도 생명보험 표준약관은 책임개시 후 일정기간(2년)이 경과한 후의 피보험자의 자살에 대하여는 일반사망보험금을 지급한다고 규정하고 있다

1) 양승규, 보험법 제5판, 삼지원, 2004, 142쪽.

2) 면책사유의 개관에 대하여는 김성태, 보험법강론, 법문사, 2001, 264쪽 참조.

(생명보험 표준약관 제17조 제1호 나목). 손해보험에서 중과실과 경과실의 구분이 용이하지 않은데 중과실에 해당되면 보험자는 전적으로 면책되고, 경과실의 경우에는 전적으로 보험금을 지급하는 것이 되어 특히 중과실에 해당하면 보험금을 하나도 받지 못하는 문제점이 있다. 고의의 경우 보험금을 지급하지 않는 것은 이해할 수 있지만 중과실의 경우에도 전적으로 면책되는 것으로 하기 보다는 할 수만 있다면 그 과실의 정도에 맞추어 보험금을 감액하여 지급하는 것이 실질적 형평에 부합하는 면이 있다. 결국 보험자 면책과 관련하여 all or nothing원칙을 고수하는 것은 다시 생각할 여지가 있다. 그것이 가능만 하다면 중과실의 경우 과실의 정도에 상응하여 일부라도 보험금을 지급하도록 유연하게 대처하는 것이 필요한 상황이다.[3] 법적 안정성의 고려도 필요하지만 점진적으로 중과실 비례보상제도를 도입하여 확대하여 나가는 것이 필요하다고 본다. 이미 2007년 보험계약법 개정시에 독일은 보험사고의 초래(독일 보험계약법 제81조[4]), 위험증가[5](독일 보험계약법 제26조[6]), 손해방지의무(독일 보험계약법 제82조[7]), 계약상의 책무(독

3) 중과실 비례보상에 대한 기존 연구로는 다음을 참조: 김은경, "중과실비례보상제도에 대한 소고", 보험법연구 제2권 제2호, 보험법학회, 2008, 76쪽 아래; 김은경 "보험계약법상 중과실비례보상제도의 입법례에 대한 고찰", 법학연구 제34권, 전북대학교 법학연구소, 2011, 241쪽 아래; 김은경, "보험계약법상 중과실비례보상제도의 도입", 강원법학 제41권, 강원대학교 비교법학연구소, 2014, 345쪽 아래; 김은경, "보험계약법상 중과실비례보상과 사례집단에 대한 연구", 상사판례연구 제27권 제2호, 한국상사판례학회, 2014, 127쪽 아래; 정혜진, "보험계약법상 중과실 비례보상제도에 관한 연구", 부산대학교 대학원 박사학위 논문, 2013; 최병규, "중과실비례보상제도의 도입 가능성에 관한 연구", 일감법학 제14호, 건국대학교 법학연구소, 2008, 163쪽 아래.

4) 독일 보험계약법 제81조(보험사고의 초래) (1) 보험계약자가 보험사고를 고의로 초래한 경우 보험자는 면책된다. (2) 보험계약자가 보험사고를 중과실에 의하여 일으켰다면 보험자는 자신의 급부를 보험계약자의 과실의 정도에 상응하여 감액할 권한이 있다.

5) 위험증가와 관련하여 보험계약자의 귀책사유를 경과실로 확장할 경우에는 비례보상을 검토해 볼 수 있을 것이라는 주장에 대하여는 한기정, 보험법, 박영사, 2017, 376쪽 참조.

6) 독일 보험계약법 제26조(위험증가로 인한 면책) (1) 보험사고가 위험이 증가한 후 보험사고가 발생하였고 보험계약자가 제23조 제1항에 근거하여 고의로 의무를 위반한 경우라면 보험자는 보험금액을 지급할 책임이 없다. 중과실의 위반의 경우 보험계약자의 과실의 정도에 따라 보험자는 자신의 보험금액의 지급책임을 줄일 수 있다; 중과실이 없음에 대한 증명책임은 보험계약자에게 있다. (2) 제23조 제2항과 제3항에 따라 위험이 증가하고 이를 보험자에게 알려야만 했을 시점 이후 보다 1월 후에 보험사고가 발생하였으며 이 시점에서 보험자가 위험이 증가했음을 알지 못하는 한 보험자는 보험금액을 지급할 책임이 없다. 제23조 제2항과 제3항에 따라 통지의무의 위반이 고의에 의하지 아니한 경우라면 보험자는 면책되지 아니한다; 중과실로 위반한 경우에는 제1항과 제1문이 적용된다. (3) 다음의 각호를 만족하는 한 제1항과 제2항 제1문과 달리 보험자는 보험금액을 지급할 책임이 있다. 1. 위험의 증가가 보험의 사고의 발생이나 급부의무의 범위에 인과관계가 없을 때. 2. 보험사고의 발생시점에 보험자의 해지권의 기간이 경과하여 해지가 되지 않았을 경우.

7) 독일 보험계약법 제82조(손해방지 및 감소의무) (1) 보험계약자는 보험사고의 발생시 손해를 방지하고 감소하도록 하여야 한다. (2) 무리가 따르지 않는 범위 내에서 사정이 허락하는 경우 보험계약자는 보험자의 지시에

일 보험계약법 제28조[8])의 4가지 경우[9])에 있어서 이 제도를 도입하였다. 그 밖에도 배상청구권의 양도의 경우에도 중과실 비례보상을 인정한다(독일보험계약법 제86조[10]). 이 글은 우리나라에서도 중과실비례보상제도에 대한 관심이 증가하고 있는 시점에 중과실비례보상제도에 대한 독일의 도입내용을 분석하고 우리나라에서 현실에 맞는 도입방안과 앞으로의 과제를 점검하는 데에 그 목적이 있다.

따르거나 지시를 구해야 한다. 복수의 보험자가 보험계약에 관여하고 있으나 그들 사이에서 서로 다른 지시가 내려진 경우에 보험계약자는 자신의 의무에 상응하는 판단에 근거하여 조치를 취해야 한다. (3) 보험계약자가 제2항 및 제3항에 따른 책무를 고의로 위반한 경우 보험자는 급부의무를 면한다. 중과실에 의한 위반의 경우 보험자는 자신의 급부의무를 보험계약자의 과실의 정도에 따라 감액할 수 있다; 중과실이 없음에 대하여는 보험계약자가 증명해야 한다. (4) 책무의 위반이 보험사고의 확정이나 급부를 이행할 범위에 인과관계가 없다면 보험자는 제3항과 달리 급부를 이행하여야 한다. 보험계약자가 자신의 책무를 악의로 위반한 경우에 전문은 적용되지 아니한다.

8) 독일 보험계약법 제28조(계약상의 책무 위반) (1) 보험사고가 발생하기 전 보험자에 대하여 보험계약자로부터 이행되어져야 하는 계약상의 책무가 위반 된 때에는 의무위반이 보험계약자의 고의 또는 중과실에 의한 경우 보험자는 의무위반 사실을 안 때로부터 한 달 안에 언제든지 그 계약을 해지할 수 있다. (2) 보험계약자로부터 이행되어져야 하는 계약상의 책무가 위반되어졌을 때에 보험자가 급부를 할 의무가 없다는 계약을 정한 경우 보험계약자가 고의로 의무를 위반하였을 때에만 이행면제가 된다. 의무를 중과실에 의하여 위반한 경우에는 보험계약자의 의무위반의 비율에 따라 보험자의 급부의무는 공제된다; 중과실이 없었음에 대한 증명책임은 보험계약자에게 있다. (3) 의무의 위반이 보험사고의 발생이나 확정에 또는 보험자의 급부의무의 확정이나 범위에 인과관계가 없는 경우에는 보험자는 제2항과 달리 급부의무를 진다. 보험계약자가 책무를 악의로 위반한 경우에는 1문은 적용되지 아니한다. (4) 제2항에 따른 보험자의 전부 또는 일부의 면책은 보험사고의 발생 후 하게 되는 정보제공의무 또는 설명책무(Aufklärungsobligenheit)의 위반의 경우에 보험자가 보험계약자를 이 의무위반에 대한 법률효과를 텍스트형식의 통지를 통하여 지시하였을 것을 전제로 한다. (5) 계약상의 책무를 위반한 경우 보험자가 계약을 해제할 수 있음을 정한 것은 무효이다.

9) 이기수/최병규/김인현, 보험・해상법 제9판, 박영사, 2015, 111쪽.

10) 독일 보험계약법 제86조(배상청구의 양도) (1) 보험계약자에게 제3자에 대한 배상청구가 귀속된 경우, 보험자가 손해를 배상하는 한 이 청구권은 보험자에게 양도된다. 배상청구의 양도는 보험계약자에게 불이익하게 주장되어질 수 없다. (2) 보험계약자는 배상청구권이나 청구권을 담보하기 위하여 적용되는 법을 현행의 형식규정과 기한규정을 고려하여 지켜야만 하고 이를 관철함에 있어서 필요한 한도 내에서 보험자에게 협력하여야 한다. 보험계약자가 이 의무를 고의로 위반한 경우 보험자는 그 결과 제3자에 대하여 배상을 요구할 수 없고 이에 따라 면책된다. 중과실로 의무를 위반한 경우에 보험자는 자신의 의무를 보험계약자의 과실의 정도에 비례하여 감액할 권한이 있다; 중과실이 없음에 대하여는 보험계약자가 증명해야 한다. (3) 손해발생당시 가족공동체 안에서 함께 생활하는 자에 대하여 보험계약자가 손해배상청구를 해야 하는 경우 그 자가 손해를 고의로 일으킨 것이 아닌 한 제1항에 따른 양도를 주장할 수 없다.

Ⅱ. 독일의 중과실비례보상제도

1. 개관

1.1 2007년 개정 전 법률에 대한 문제점과 개정

원래 독일에서는 1908년 보험계약법 이래로 중과실의 경우 전부 또는 전무의 원칙이 적용되고 있었다.[11] 독일의 1908년 법률부터 2007년 개정 전의 법률은 그 당시에 생각하기에는 단순한 규정을 두어 통일하고 있었다. 계약위반과 보험계약자의 충분한 귀책사유만 있으면 바로 그리고 전적으로 급부면제가 발생할 수 있었기 때문이다. 그러나 그러한 규정들은 귀책사유에 대한 정확한 확정을 필요로 하였다. 하지만 고의와 과실의 구분, 조건부(미필적) 고의와 의식 있는 과실 또는 중과실과 경과실 사이를 한계를 설정하여 구획하고 판단하는 것이 쉬운 일이 아니다. 특히 독일의 구법의 규정들은 귀책의 조금만의 차이로 인하여 반대의 법적효과가 부여되기 때문에 문제가 있었다.[12] 즉 한 경우는 전적인 보험급부가 이루어지고 거의 유사한 경우인데도 불구하고 다른 한쪽의 경우는 전혀 보험급부를 받지 못하게 되어 있었다.[13] 그리고 그것은 보험계약자의 과실을 계산적으로 확정할 수 있는 경우에만 설득력이 있다. 그런데 실제로는 귀책이라는 것은 그것을 받아들이는 당사자의 주관적인 분석에 영향을 받는 평가에 의하여서만 인정이 가능한 것이다. 이러한 내용을 독일의 입법자는 인식을 하였다. 그리고 그 점을 기존의 개별규정에서 일부 손보는 정도가 아니라 보험계약자의 계약상의 의무와 책무위반의 상당 부분에 대하여 일종의 통일적인 규정과 법적 효과를 도입하였다. 이러한 변화의 목적은 모든 당사자에 대하여 이해할 수 있고 그 이익을 적정히 고려하는 일반적인 체계를 마련하는 데에 있었다.[14] 이 새로운 시스템의 원칙은 다음과 같았다.

① 법적 효과로서, 보험계약자 측의 해당 행위가 심한 경우에 보험자가 면책됨에는 변함이 없다. 그렇지만 많은 경우에는 보험자가 해지하거나 더 많은 보험료를 청구

11) Langheid/Wandt, *Versicherungsvertragsgesetz*, Münchener Kommentar, Bd. 1, München, 2010, S. 15.

12) Looschelders/Pohlmann, *Versicherungsvertragsgesetz*, Köln, 2010, S. 551.

13) Meschkat/Nauert, *VVG-Quoten – Leistungskürzung in der Sach- und Kaskoversicherung sowie KH-Regress*, Luchterhand Verlag, 2008, S. 2.

14) BT-Drucks. 16/3945, S. 49.

할 수 있도록 하면 족하다.

② 원칙적으로 보험사고나 보험자의 급부범위에 인과관계가 있는 위반의 경우에만 보험자가 면책된다. 그리고 예외적으로 보험계약자의 보험사고 전후에 행하여진 것으로서 사기적 행위가 있을 때에만 인과관계가 없어도 보험자가 면책될 수 있도록 한다.

③ 단순과실로 야기된 위반은 보험자의 급부의무에 영향이 없도록 한다.

④ 인과관계의 반대입증은 허용하면서 고의에 의한 위반은 보험자가 면책되게 한다.

⑤ 보험계약자가 중과실에 의하여 책무를 위반한 경우에는 보험자는 그 귀책의 정도에 따라 보험급부를 감축할 수 있다.

⑥ 보험계약자는 보험자 설명의무 이행의 경우에만 급부면체의 불이익을 당하도록 한다. 즉 보험계약자에게 경고를 하는, 그리고 그가 적정한 행위를 준수하도록 하는 내용을 보험자가 알려줄 의무를 다할 때에만 급부면제가 이루어지도록 하여야 한다.

⑦ 증명책임은 명확하게 규정을 한다. 객관적인 구성요건실현에서는 중과실에서 출발하여야 한다. 즉 고의에 대하여서는 보험자가 증명책임을 지고 중과실에 대해서는 보험계약자가 증명책임을 져야한다. 그에 반하여 인과관계에 대한 증명책임은 변화가 없게 된다. 책무위반은, 보험계약자가 그 행위가 인과관계가 없다는 점을 증명하면, 영향이 없다(인과관계의 반대증명).

책무위반의 경우에 부과되는 제재의 통일화는 물론 바람직하겠지만 입법자들은 그렇게 하는 것은 계약당사자의 이해관계에 부합하지 않는다고 보았다. 즉 이미 보험계약관계가 존재하는 경우와 보험계약을 새로이 체결하는 경우의 책무가 서로 다르다는 점을 인지한 것이다. 보험자는 보통 보험계약자가 주는, 사실에 부합하는 정보에 의거하여 구체적인 위험을 평가하게 된다. 그리하여 보험계약자의 고지의무가 필요하고 또 경우에 따라서는 보험계약자의 사실과 다른 정보제공에 대하여는 그에 대한 법적 효과도 필요하다. 따라서 독일의 개정된 보험계약법에서는 이전과 마찬가지로 상이한 규정을 두고 있다.[15]

15) Meschkat/Nauert, *VVG-Quoten – Leistungskürzung in der Sach- und Kaskoversicherung sowie KH-Regress*, Luchterhand Verlag, 2008, S. 3.

1.2 2007년 개정법의 내용

2008년 1월 1일부터 체결되는 보험계약에 대하여는 그리고 2009년 1월 1일 부터는 일반적으로 독일의 신 보험계약법에 따라 전부 또는 전무의 원칙은 사라지게 된다. 그 대신에 과실의 정도에 따라 적용되는 비례의 원칙이 적용된다. 그에 대한 구체적인 내용은 신보험계약법의 각각의 규정에 따른다(독일 보험계약법 제26조 제1항 제2문, 제2항 제2문, 제28조 제2항 제2문, 제81조 제2항, 제82조 제3항 제2문, 제86조 제2항 제3문). 구법에 의하여 일부 가능하였던 경과실의 경우 급부면책은 개정 이후에는 제재가 없는 것으로 되었다. 고의는 인과관계가 있다는 것을 전제로 하여 이전처럼 전적인 급부면제가 있게 된다. 악의(Arglist)의 경우에만 전부 또는 전무의 원칙이 유지된다. 즉 악의의 경우에는 해당 위반이 얼마나 중한 것인가에 관계없이, 즉 실제 영향정도에 관계없이, 그리고 그것이 원인야기와 관계가 있는지에 관계없이 전부 또는 전무의 원칙이 적용된다.[16]

2. 독일에서의 최근 동향과 사례

2.1 판례의 태도

독일에서 중과실 비례보상을 함에 있어서 고려하여야 하는 요소는 객관적 의무위반과 결부된 것으로서 결과를 예견할 수 있었느냐 여부, 주의의무를 이행하는데 있어서의 어려움이 있었느냐의 여부를 들 수 있다.[17] 눈, 비 등이 심한 상황으로 도로가 운전하기에 적합하지 아니한 상황이면 운전자는 이를 미리 생각하여야 한다. 책무위반의 기간도 고려하여야 한다.[18] 서리방지장치를 바로 하지 않은 경우는 그것을 바로 한 경우보다 더 낮은 보상만을 받을 수 있다.[19] 책무이행자가 경험이 많은 사람이었음에도 불구하고 준수하지 않은 경우에는 더 많은 급부감축이 있게 된다.[20] 보험계약자가 반복하여 행위

16) Meschkat/Nauert, *VVG-Quoten – Leistungskürzung in der Sach- und Kaskoversicherung sowie KH-Regress*, Luchterhand Verlag, 2008, S. 4.

17) Römer/Langheid, *Versicherungsvertragsgesetz*, 4. Aufl., München, 2014, S. 331.

18) Felsch, *r+s 2007*, S. 494.

19) OLG Saarbrücken, *ZfS 2011*, S. 221. 그 경우 50% 감축에 대하여는 LG Frankfurt am Main, *ZfS 2012*, S. 397 참조.

20) OLG Brandenburg, *r+s 2013*, S. 24.

자에게 주의환기를 충분히 시키지 않은 경우는 과실의 정도가 커진다. 그에 반하여 보험계약자가 회복이나 복구의 시도를 여러번 한 경우는 과실의 정도가 줄어든다. 기준이 되는 것은 책무위반의 원인의 정도가 중요하다.[21] 보험계약자에게 귀책을 지우기 어렵고, 타인의 관여로 사고 등이 이루어진 경우는 이는 보험계약자의 과실비율을 줄이는 방향으로 작용을 한다.[22] 그리고 중과실비례보상이 적용되는 경우에 있어서 과실의 정도가 문제되는 경우에는 중과실의 실제요건에 대하여는 보험계약자가 증명책임을 부담한다.[23]

2.2 자동차물건보관과 침입

자동차에 물건을 보이게 놓고 간 경우에는 쉽게 침입하여 물건을 훔쳐갈 수 있으므로 중과실이 인정된다. 그리고 물건이 차안에 있음이 보이면 행위자에게 범죄행위의 유인이 강하에 있게 된다. 이러한 경우에 있어서는 자동차를 세운 위치와 그 정차시킨 시간지속기간이 매우 중요하다.[24]

2.2.1 독일의 구법하에서의 구 보험계약법 제61조에 대한 판례

① 중과실을 긍정한 경우

ⅰ) 보험계약자는 자신의 메르세데스 승용차에 18,000 유로의 가치가 있는 보석을 자신의 손가방에 넣어 약 15분 동안 두었다.[25]

ⅱ) 보험계약자는 주차장에 있는 자신의 승용차 속에 외투에 덮혀져서 자신의 가방을 뒷좌석의 의자부분에 두었다.[26]

ⅲ) 보험계약자는 주차장에 자신의 승용차를 주차하였고 11,000 마르크에 해당하는 하아파이 기기를 뒷좌석에 두었다.[27]

---

21) OLG Naumberg, *r+s 2010*, S. 319.

22) Römer/Langheid, *Versicherungsvertragsgesetz*, 4. Aufl., München, 2014, S. 331.

23) Prölss/Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, 28. Aufl., München, 2010, S. 328.

24) Meschkat/Nauert, *VVG-Quoten – Leistungskürzung in der Sach- und Kaskoversicherung sowie KH-Regress*, Luchterhand Verlag, 2008, S. 50.

25) OLG Dusseldorf, 4 U 197/04.

26) OLG Köln. *r+s 1999*, S. 380.

27) OLG Saarbrücken, *VersR 1996*, S. 580.

iv) 보험계약자는 공공의 주차장에 세워두었던 자신의 승용차에 랩톱을 조수석에 두었다.[28]

② 중과실을 부정한 경우

ⅰ) 보험계약자는 55,000 마르크에 해당하는 자신의 표범외투를 프랑스 리옹에서의 저녁식사 중에 호텔의 입구에 주차되어 있던 자신의 포르쉐 승용차 속에 두었다.[29]

ii) 보험계약자는 주차장에 주차되어 있던 자신의 승용차에 가치 있는 파일럿 가방을 덮어서 두었는데 그 속에 가치 있는 물건들이 있었다(총액 12,500 마르크). 법원은 이 경우에는 큰 잘못이 없다고 판단하였다. 보험계약자가 비디오카메라에 의한 감시가 있었음을 알고 갔고 또 잠시만 다녀오려 하였기 때문이다.[30]

2.2.2 신 보험계약법 제81조에 의한 해결

① 보통의 경우

다음과 같은 경우는 보통의 경우로서 급부감축이 33-50-60% 가 가능한 경우들이다.

ⅰ) 보험계약자는 주차장에 있는 자신의 승용차의 뒷좌석에 가방을 두었다.[31]

ii) 보험계약자는 거래상 일반적인 방법으로 행동하였다. 가령 여행을 가기 전에 짐을 차에 실어두었다.[32] 감축하는 비율은 이러한 경우에는 낮은 쪽에 놓이게 된다. 그리고 이는 구법하에서는 전적인 급부의무를 지게 되는 경우이었다.

iii) 특별한 안전시설이 있었다. 가령 감시카메라가 있는 주차장.[33] 이 경우도 감축하는 비율은 이러한 경우에는 낮은 쪽에 놓이게 된다. 그리고 이는 구법하에서는 전적인 급부의무를 지게 되는 경우이었다.

② 중한 경우

다음의 경우는 중한 경우로서 급부감축이 66-75-80% 가 가능할 경우들이다.

ⅰ) 매우 가치가 나가는 물건들을 차에 두었다. 가령 표범외투,[34] 18,000 유로의 가치

28) LG Köln, *VersR 2004*, S. 1413.

29) BGH, *NJW-RR*, 1989, S. 213.

30) OLG Düsseldorf, *r+s 1998*, S. 160.

31) OLG Köln, *r+s 1999,* S. 380.

32) OLG Karlsruhe, *VersR* 1988, S. 400.

33) OLG Düsseldorf, *r+s 1998*, S. 160.

가 있는 귀금속,[35] 11,000 마르크의 가치가 있는 하이파이기기.[36]

ii) 가치 있어 보이는 가방 또는 옷이나 덮개로 덮여있으나 볼 수 있는 것으로서 일견 매우 가치가 있는 것으로 의심을 가질 수 있는 가방의 경우에는 손해의 위험(도난의 가능성)을 현저히 높이게 된다.[37]

iii) 랩톱 같은 경우는 트렁크에 위치하여 둠으로써 위험을 피할 수 있는 쉬운 방법이 있었다.[38]

iv) 차를 감시하는 위치에 주차하는 것이 가능하였다.[39]

다음과 같은 경우에도 과실의 정도가 큰 경우이다.[40]

i) 차를 세우고 떠나 있던 시간이 긴 경우. 가령 여러 시간 또는 하루 종일.

ii) 매우 위험한 장소. 남부이탈리아의 대도시 등.

③ 경미한 경우

경미한 경우로서 급부감축이 20-25-33%가 가능한 경우들로서는 다음을 들 수 있다.

i) 감시하는 경우로서 매우 짧은 시간동안의 부재. 그리고 제3자에 의하여 방해를 받아 되돌아오는 것이 지장을 받은 경우.[41] 이는 구법하에서는 전적인 급부가 이루어지는 경우이었다.

ii) 경미한 가치만 있는 물건들을 차에 두었다.[42]

3. 독일법제의 평가

독일에서는 구법의 문제점을 인지하였다. 과실과 중과실의 경계 및 고의와 과실의 경계는 한끝 차이인데 경우에 따라서는 어느 경우는 보험금을 전부 받고 다른 경우에는

34) BGH, *NJW-RR* 1989, S. 213.

35) OLG Dusseldorf, 4 U 197/04.

36) OLG Saarbrücken, *VersR* 1996, S. 580.

37) OLG München, *VersR* 1977, S. 712.

38) LG Köln, *VersR* 2004, S. 1413.

39) OLG Köln, *NVersZ* 2000, S. 286.

40) Meschkat/Nauert, *VVG-Quoten – Leistungskürzung in der Sach- und Kaskoversicherung sowie KH-Regress*, Luchterhand Verlag, 2008, S. 51.

41) OLG Düsseldorf, *r+s* 1998, S. 160.

42) LG Wiesbaden, *NVersZ* 2000, S. 432.

한 푼도 받지 못하는 문제가 있었던 것이다. 이에 2007년 보험계약법을 개정할 때에 보험사고의 초래, 손해방지의무, 위험변경증가, 계약상의 책무의 경우에 중과실비례보상제도를 도입하였다. 이에 따라 고의(Vorsatz)는 면책이며 중과실은 비례보상을 한다. 경과실은 급부를 전부 제공한다. 그리고 악의(Arglist)의 경우에는 구법처럼 전부 또는 전무의 원칙이 적용된다. 고의의 경우에는 인과관계를 따져 면책시킨다. 중과실에 대한 증명책임은 보험계약자가 진다. 그리고 고지의무는 수동적 답변의무화 하였고 또한 경과실, 중과실・고의, 악의의 기망의 다단계로 규정을 하면서 중과실비례보상제도는 그 경우에는 적용하지 아니하도록 하였다. 신법 시행이후 중과실의 경우 25%, 50%, 75% 보험금 지급의 감축이 가능한 각 경우를 유형화하고 있다.

Ⅲ. 우리나라에서의 중과실비례보상제도 도입의 방안과 과제

1. 도입방안

개인적인 의견으로서, 중과실비례보상제도를 우리나라에서 도입을 한다면 법적 안정성을 고려하여 우선은 상법 제659조의 보험사고의 초래부분에서만 비례보상을 도입하는 쪽으로 출발하는 것이 무방할 것이다. 그리고 점차 추이를 보아가면서 적용범위를 확대해나가는 것을 고려하는 것이다. 이때 중과실비례보상을 하는 내용으로 상법 제659조를 개정하는 경우 연결하여 상법 제732조의2(그리고 경우에 따라서는 상법 제739조까지)를 개정하여야 할 것이다. 한편 중과실 비례보상제도의 도입과 관련하여 보험사고를 고의 또는 중과실에 의하여 초래한 경우뿐만 아니라, 이 보다는 보험계약자에 대한 비난가능성의 정도가 덜 심각한 법률상 책무위반의 경우에 중과실 비례보상제도의 도입을 우선적으로 논의하는 것이 정의 관념에 부합한다는 주장[43]이 있다.

중과실비례보상제도 도입과 관련하여 우리의 법 개정을 위한 개인적인 의견[44]은 다음과 같다.[45] 즉 우선 상법 제659조에 다음의 내용을 신설하는 것이 바람직하다: 보험사고

43) 김은경, "중과실비례보상제도에 대한 소고", 보험법연구 제2권 제2호, 보험법학회, 2008, 76쪽.

44) 최병규, "중과실비례보상제도의 도입 가능성에 관한 연구", 일감법학 제14호, 건국대학교 법학연구소, 2008, 177쪽 참조.

45) 보험사고의 초래의 경우뿐만 아니라 고지의무, 위험변경증가금지의무[주관적 위험증가](상법 제653조)의 경우에도 중과실비례보상을 인정하자는 내용의 개정안제시로는 김은경, "보험계약법상 중과실비례보상제도의

가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 중과실에 의하여 생긴 때에는 보험자는 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 과실의 정도에 상응하여 감축한 보험금을 지급할 수 있다. 그리고 상법 제732조의2에서는 인보험에서는 고의만이 면책이므로 "보험금액을 지급할 책임을 면하지 못한다"라는 문구 대신에 "보험금 전액을 지급한다"라는 표현으로 대체하는 것도 필요하다고 본다.[46]

2. 고지의무의 경우

우리의 경우는 아직 고지의무[47]의 수동적 답변의무화가 법률에 명문의 규정으로 인정되지 못하고 있다. 다만 대법원은 간접적으로 고지의무의 수동적 답변성을 인정하고 있다.[48] 그런데 이 문제는 고지의무를 수동적 답변의무화[49]하는 것[50]이 세계적인[51] 추세[52]이고 합리성이 있으므로 우리도 그 방향으로 명문의 규정을 두어야 한다. 그리고 고지의무 위반을 더 다단계로 차별화하여 규정하는 것이 필요하다.[53] 그렇게 되면 굳이

도입," 강원법학 제41권, 강원대학교 비교법학연구소, 2014, 378-380쪽 참조.

46) 상해보험에 대하여는 상법 제739조에서 상법 제732조의2를 준용하므로 개정안에 의하더라도 피보험자측에게 불이익이 있게 되지는 아니한다.

47) 고지의무위반시 중과실의 의미와 관련하여 탐지의무를 인정하는 적극설과 소극설이 나뉘어 있으며 대법원은 소극설(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다27971 판결)의 입장이다. 채이식, 상법강의(하) 개정판, 박영사, 2003, 458쪽. 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다27971 판결: "보험계약에 있어 고지의무 위반이 성립하기 위하여는 고지의무자에게 고의 또는 중대한 과실이 있어야 하고, 여기서 말하는 중대한 과실이란 고지하여야 할 사실은 알고 있었지만 현저한 부주의로 인하여 그 사실의 중요성의 판단을 잘못하거나 그 사실이 고지하여야 할 중요한 사실이라는 것을 알지 못하는 것을 말한다.", 학자들도 소극설을 지지하는 경우가 많다. 송옥렬, 상법강의 제6판, 홍문사, 2016, 256쪽; 정찬형, 상법강의(하) 제17판, 박영사, 2015, 567쪽 등 참조.

48) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다27971 판결: "보험자가 고지의무의 대상이 되는 사항에 관하여 보험계약청약서의 양식을 사용하여 질문하고 있는 경우에 그 청약서에 기재되지 않은 사항에 관하여는 원칙적으로 고지의무 위반의 여지가 없고 보험계약청약서양식을 사용하여 질문하고 있는 경우에는 보험계약자인 대성렌트카가 그 청약서의 여백에다가 피보험차량이 지입차량으로서 지입차주에 의하여 유상운송에 제공되고 있다는 사실까지 특별히 부기하지 않았다고 하여 보험계약자에게 중대한 과실이 있다고 볼 수는 없다." 이 판결에 대하여는 김명수 편저, 보험판례개관, 법문사, 2013, 85쪽 참조.

49) 김은경, 보험계약법, 보험연수원, 2016, 194쪽.

50) 이준교/정찬묵, 판례를 통하여 배우는 보험이론 및 분쟁실무, 보험연수원, 2017, 61쪽.

51) 장덕조, 보험법 제3판, 법문사, 2016, 139쪽 참조.

52) 맹수석, "고지의무위반에 있어서 중과실의 의미 및 판단기준 - 대법원 2013. 6. 13 선고 2011다54631 판결에 대한 평석", 상사법연구 제32권 제4호, 한국상사법학회, 2014, 203쪽 참조.

53) 독일의 경우 경과실은 계약해지, 중과실・고의의 경우는 계약해제, 악의의 기망의 경우는 취소를 규정하여 다단계화하고 있다. 이에 대한 상세는 김은경, "보험사기방지특별법에서 고지의무 위반의 적용", 상사법연구 제35권 제2호, 한국상사법학회, 2016, 185쪽 참조.

고지의무 부분에서는 중과실 비례보상을 따로 규정하지 아니하여도 될 것이다. 그러나 보험사고의 초래, 손해방지의무, 위험변경증가부분에서는 중과실 비례보상이 인정될 필요성이 있다.[54] 다만 입법기술적으로는 먼저 보험사고의 초래부터 도입하고 장차 확대해 나가는 방향으로 하는 것이 바람직하다고 본다.

3. 상사법분야의 과실인정례와 중과실비례보상제도 도입시의 과제

3.1 상사법 분야 과실인정례

상사법 분야에서 과실인정이 문제되는 경우가 종종 발생한다.

3.1.1 타인의 사망보험 서면동의 결여시의 과실상계

타인의 사망보험에서는 타인의 서면동의가 계약체결 시 까지 있어야 한다(상법 제731조[55]). 그런데 그러한 서면동의를 받지 않고 계약이 체결된 경우 보통 보험자에게 사용자배상책임이 인정된다. 그리고 계약자측에게도 30% 내지는 40%의 과실을 인정하여 상계를 허용한다. 물론 이는 직접적으로 보험금청구에 대한 것이 아니고, 불법행위로서의 사용자배상책임에 대한 것이기는 하지만 보험금지급에 대비하여 볼 수 있으므로 이를 비교 대상으로서 여기에서 같이 소개・검토한다.

① 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다54830, 54847 판결

"원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고도 이 사건 보험계약을 체결함에 있어서 그

54) 상법 제651조, 제652조, 제653조에서 중과실비례보상제도가 적용될 수 있을 것이라는 주장에 대하여는 박세민, 보험법 제4판, 박영사, 2017, 225쪽 참조.

55) 그런데 상법 제731조는 2017.10.31. 개정되었다(법률 제14969호). 이 개정은 전자금융거래가 활성화되고 있는 사회적인 현상을 반영하여 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약 체결 시 동의를 얻어야 하는 타인의 서면의 범위에 전자서명법 제2조 제2호에 따른 전자서명 또는 제2조 제3호에 따른 공인전자서명이 있는 경우로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 본인 확인 및 위조・변조 방지에 대한 신뢰성을 갖춘 전자문서를 포함하고, 단체보험 계약에서 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정할 때 단체의 규약에서 명시적으로 정하는 경우 외에는 그 피보험자의 서면 동의를 받도록 하던 것을 타인의 생명보험의 경우와 같이 전자문서를 포함하도록 개정하려는 데에 그 취지가 있었다. 이에 따라 제731조 제1항 가운데 "서면"이 "서면(전자서명법 제2조 제2호에 따른 전자서명 또는 제2조 제3호에 따른 공인전자서명이 있는 경우로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 본인 확인 및 위조・변조 방지에 대한 신뢰성을 갖춘 전자문서를 포함한다)"으로 한다는 내용으로 개정되었다. 그리고 제735조의3 제3항 가운데 "서면"이 "제731조 제1항에 따른 서면"으로 한다는 내용으로 개정되었다. 개정법은 공포 후 1년 후 시행되도록 하고 있다.

보험계약이 유효하기 위한 조건 등에 관하여 미리 알아보고 김정순의 서면동의를 받아야 할 주의의무가 있는데 이를 게을리 한 잘못이 있다 하여 이 사건 보험계약의 체결 경위 등에 비추어 보면 그러한 피고의 과실비율을 30%로 정도로 봄이 상당하다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심이 인정한 그와 같은 피고의 과실비율이 형평의 원칙에 비추어 현저히 가벼워 불합리하다고 보이지는 아니하므로, 과실상계 비율에 대한 상고이유 제3점의 논지 역시 이유가 없다."

② 대법원 2006. 6. 29. 선고 2005다11602, 11619 판결

"타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약에는 보험계약 체결시에 그 타인의 서면에 의한 동의를 얻어야 한다는 상법 제731조 제1항의 규정은 강행법규로서 이에 위반하여 체결된 보험계약은 무효이다(대법원 1996. 11. 22. 선고 96다37084 판결, 대법원 2004. 4. 23. 선고 2003다62125 판결 등 참조). 원심은 피고가 원고의 영업소에 방문하여 이 사건 보험계약을 체결하면서 보험청약서(갑 제1호증)의 주피보험자 자필서명란에 소외 4의 성명을 기재한 사실이 인정될 뿐 달리 주피보험자인 소외 4의 서면에 의한 동의가 있었음을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 피보험자의 사망을 보험사고로 하는 이 사건 보험계약은 상법 제731조 제1항의 규정에 위반한 것으로서 무효라고 판단하고, 나아가 소외 4는 원고의 보험모집인으로부터 직접 보험내용의 설명을 듣고 피고에게 그를 대신하여 보험청약서에 서명하도록 위임하였던 것이므로 이 사건 보험계약은 그 체결 당시 소외 4의 서면 동의가 있었던 것으로 보아야 한다는 취지의 피고의 주장에 대하여는 그와 같은 주장사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 위 주장을 배척하였는바, 위의 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 조치는 모두 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 상법 제731조 제1항 소정의 피보험자의 서면 동의의 방식에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

원심은, 이 사건 보험계약은 소외 4를 피보험자로 하는 주보험과 그 배우자인 피고를 피보험자로 하는 종보험에 관한 각 보험료가 구분되어 있지 아니하고, 또한 약관 중 '무배당 그랑프리보장 배우자보장특약 약관'의 제1조 제3항에서 주계약이 해지 또는 기타 사유로 효력을 가지지 아니하게 된 경우 종보험인 배우자보장특약도 더 이상 효력을 가지지 않는다고 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 보험계약 중 종피보험자에 대한 부분은 이 사건 보험계약의 본질을 이루는 주피보험자에 대한 부분이 유효함을 전제로 한다고 볼 것이므로, 주피보험자인 소외 4에 대한 보험계약이 무효가 되는 이상 종피보험자인 피고에 대한 보험계약 역시 무효로 보아야 한다고 판단하였는바,

원심의 이러한 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 종보험의 타인의 생명보험 해당 여부 또는 민법 제137조 단서의 법률행위의 일부 무효 등에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

원심은 상법 제731조 제1항은 강행규정으로서 이를 위반하고 체결한 계약은 보험자, 피보험자, 기타 이해관계인 등 모든 사람들에 대한 관계에서 무효로 보아야 한다는 이유로, 이와는 달리 위 조항이 피보험자를 위한 편면적 강행규정이므로 피보험자측에서만 그 무효를 주장할 수 있을 뿐 상대방인 보험자는 위 조항의 위반을 이유로 보험계약의 무효를 주장할 수 없다는 피고의 주장을 배척하였는바, 이러한 원심의 조치 역시 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 위 조항의 효력 내지 편면적 강행규정에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

손해배상에 관하여 과실상계의 사유에 관한 사실 인정이나 그 비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 아니하는 이상 사실심의 전권사항에 속하는 것이다(대법원 1995. 7. 25. 선고 95다17267 판결, 대법원 2002. 1. 8. 선고 2001다62251, 62268 판결 등 참조). 원심은 원고의 보험모집인이 이 사건 보험계약의 체결 당시 피고에게 주피보험자인 소외 4의 서면에 의한 동의를 얻어야 하는 사실을 설명하지 않았고, 피고는 이러한 원고의 보험모집인의 주의의무 위반으로 인하여 이 사건 보험계약이 무효가 됨으로써 이 사건 교통사고에 관하여 피고가 지급받을 수 있는 보험금을 지급받지 못하게 되는 손해를 입었으므로, 원고는 보험사업자로서 구 보험업법(2003년 5월 29일 법률 제6891호로 전문 개정되기 전의 것) 제158조 제1항에 의하여 보험모집인이 이 사건 보험모집을 하면서 피고에게 가한 보험금 상당액의 손해를 배상할 책임이 있다고 한 다음, 피고도 이 사건 보험계약 체결 당시 보험모집인으로부터 교부받은 보험계약청약서 및 약관의 내용을 검토하여 보험계약이 유효하도록 소외 4의 서면에 의한 동의를 받았어야 할 주의의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리 한 잘못이 있다 하여 그러한 피고의 과실비율을 40%로 정도로 봄이 상당하다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 인정한 위와 같은 피고의 과실비율이 형평의 원칙에 비추어 현저히 무거워 불합리하다고 보이지는 아니하므로 이러한 원심의 조치는 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 과실상계에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다(다만, 원심은 피고의 과실에 관한 사유의 하나로서 “피고가 이 사건 보험계약 체결 당시나 이 사건 사고에 이르기까지 상당한 기간이 지나도록 소외 4의 서면 동의를 갖추지 못한 잘못이 있다.”고 설시하였는바, 상법 제731조 제1항의 규정에 의하면 타인의 사망을

보험사고로 하는 보험계약에 있어서 피보험자가 서면으로 동의의 의사표시를 하여야 하는 시점은 보험계약 체결 시까지 이므로, 원심이 위와 같이 이 사건 보험계약 체결 이후에도 이 사건 사고 전까지 소외 4의 서면 동의를 갖추었더라면 이 사건 보험계약이 유효로 될 수 있었을 것이라는 취지로 설시한 것은 잘못이라 할 것이나, 이 부분을 제외하고 보더라도 원심이 인정한 피고의 과실비율은 여전히 적정하다고 보이므로, 위와 같은 잘못이 판결에 영향을 미친 위법이라고 할 수는 없다).”

③ 타인사망 생명보험 서면동의 결여의 경우의 평가

타인의 사망을 조건으로 인보험계약을 맞을 때 타인의 서면동의가 계약체결시까지 있어야 한다. 이를 결여한 경우 보험계약자측의 과실이 더 큰 것으로 보아 사용자배상책임과 관련한 과실상계를 할 때 보험계약자측의 과실의 정도를 30%~40% 인정함이 우리 판례의 태도이다. 이는 어느 정도 수긍할 수 있는 과실비율이라고 본다.

3.1.2 자동차사고와 공동불법행위[56)]

① 대법원 1999. 11. 26. 선고 99다34499 판결

“원심판결 이유에 의하면 원심은, 피고 2가 피고 1 삼성화재해상보험 주식회사(이하 피고 1 회사라고만 한다)와 사이에 피고 2 소유의 승용차에 관하여 보험기간을 1997. 5. 11.부터 1998. 5. 11.까지로 한 자동차종합보험계약을 체결하고, 위 승용차를 운전하여 1997. 6. 3. 20:00경 울산 울주군 삼남면 교통리 소재 경부고속도로 추월선을 부산 방면에서 언양 방면으로 시속 약 90㎞의 속도로 진행 중 조향장치를 잘못 조작하여 위 승용차의 왼쪽 앞부분이 그 곳에 설치된 중앙분리대를 스치자 당황한 나머지 조향장치를 오른쪽으로 과대조작하여 주행선으로 진입하며 급제동한 과실로 마침 주행선에서 뒤따라 오던 소외 성○○ 운전의 부산 90아××××호 5t 소형화물차로 하여금 추돌을 피하기 위하여 급정거하게 하여, 위 소형화물차를 뒤따라 오던 피해자 박○○ 운전의 강원 80바××××호 18t 트럭의 앞부분이 위 소형화물차의 뒷부분을 추돌하게 하고, 이어 위 성○○ 운전의 소형화물차가 피고 2 운전의 승용차를 연쇄추돌하게 하여, 그로 인하여 위 트럭에 화재가

56) 자동차보험에서 과실비율산정과 관련하여 분쟁이 많이 발생한다. 2015년 기준 금감원에 접수된 전체 분쟁조정 신청건수(5천 49건) 중 과실비율 관련 분쟁조정 신청건수(1천 672건)는 33%에 달했으며, 이는 매년 증가추세를 보이고 있다. 과실비율 분쟁이 많은 것은 사고 당사자가 보험사에서 지급 받는 보험금이 과실비율에 따라 달라지기 때문이며 2016.12.부터는 과실비율에 따라 자동차 보험료가 할증되고 있다. 현대경제신문 2017.4.14.자.

발생하여 위 박○○으로 하여금 3도 화상으로 현장에서 사망하게 한 사실, 원고는 위 망 박○○과 소외인 사이에서 출생한 위 망인의 유일한 자식인 사실, 위 성○○도 위 교통사고로 부상당한 사실 등을 인정하고, 피고 2는 이 사건 사고를 일으킨 불법행위자 겸 자동차손해배상보장법 제3조에 정한 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자로서, 피고 1 회사는 피고 2 소유의 위 승용차에 관한 자동차종합보험계약의 보험자로서 각자 위 망인 및 원고가 이 사건 사고로 입은 손해 합계 금 130,592,786원 및 이에 대한 지연손해금을 배상할 책임이 있다고 판단하였다. 나아가 원심은 피고 1 회사가 피고 2와 사이에 체결된 위 보험계약의 보험자로서 이 사건 사고로 부상당한 위 성○○의 손해배상 금 21,753,090원을 지급함으로써 위 성○○에 대한 관계에서 공동불법행위자인 위 박○○도 함께 면책되었고, 위 성○○의 이 사건 사고로 인한 손해에 대하여 피고 2의 과실비율을 60%, 위 박○○의 과실비율을 40%로 봄이 상당하므로 피고 1 회사는 위 박○○의 상속인인 원고에 대하여 금 8,701,236원(21,753,090원×0.4)의 구상채권을 취득하였는바, 피고 1 회사가 위 구상채권을 반대채권으로 하여 원고의 피고 1 회사에 대한 손해배상채권과 대등액에서 상계를 구하므로 피고 1 회사가 원고에게 배상하여야 할 금원은 금 121,891,550원(130,592,786원－8,701,236원) 및 이에 대한 지연손해금이 된다고 판단한 다음, 피고 1 회사의 원고에 대한 위 구상채권에 기한 상계는 피고 2에게도 그 효과가 있으므로 위 피고의 지급채무액도 위 상계액만큼 감액되어야 한다는 위 피고의 주장에 대하여, 부진정연대채무관계에 있는 피고 1 회사의 원고에 대한 상계의 효과가 피고 2에게 미치는 것은 아니라는 이유로 위 주장을 배척하였다. 그러나 상법 제724조 제2항의 규정에 의하여 인정되는 피해자의 보험자에 대한 손해배상채권과 피해자의 피보험자에 대한 손해배상채권은 별개 독립의 것으로서 병존한다고 하더라도, 위 각 채권은 피해자에 대한 손해배상이라는 단일한 목적을 위하여 존재하는 것으로서 객관적으로 밀접한 관련공동성이 있으므로 그 중 하나의 채권이 만족되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 다른 채권도 그 목적을 달성하여 소멸한다고 보아야 할 것인바, 보험자가 자신의 피해자에 대한 반대채권을 스스로 행사하여 상계를 한 경우에는 상계한 금액의 범위 내에서 피해자에 대한 변제가 이루어진 것과 같은 경제적 효과가 달성되어 피해자를 만족시키게 되므로 그 상계로 인한 손해배상채권 소멸의 효력은 피보험자에게도 미친다고 봄이 상당하다 할 것이다. 따라서 피해자인 원고가 피고 2의 보험자인 피고 1 회사에 대하여 위 상법규정에 의한 손해배상채권을 행사하고 있는 이 사건에서, 원심이 적법하게 판단한 바와 같이 피고 1 회사가 자신의 원고에 대한 반대채권으로 상계를 하였다면

그 상계로 인한 원고의 손해배상채권 소멸의 효력은 피보험자인 피고 2에게도 미친다고 보아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 이와 다른 취지에서 피고 2의 위 주장을 배척한 원심판결에는 책임보험에 있어서 보험자의 피해자에 대한 상계의 효력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 피고 2의 상고이유의 주장은 이유가 있다."

② 대법원 1997. 10. 24. 선고 97다20229 판결

ⅰ) 사실관계

1991년 2월 23일 19:00경 운전자 ㅇ는 프레스토승용차(제1차량)을 운전하여 호남고속도로 하행선에서 제1차선 추월선을 따라 시속 약70km내외로 주행하던 중 논산군 벌곡면 소재 회덕기점 32.7km지점에 이르렀고 ㅊ이 운전하던 쏘나타승용차(제2차량)가 같은 방향으로 운행하다가 제1차량을 향해 전조등을 몇차례 깜빡이자 제1차량은 차량속도를 급감속하여 그 추월선상에 일시 정차하였다. 이에 제2차량과 그 뒤를 따르던 ㅈ이 운전하던 엑셀승용차(제3차량)도 급히정차하여 간신히 앞차와의 충돌을 면하였고 제3차량 뒤에 따르던 번호불상의 화물차량이 2차선으로 바꿔운행하였고 바로 그 뒤를 따라 시속 80km속도로 운행하던 ㄷ통운(주) 소유의 호물트럭(제4차량) 운전자 ㄱ이 제3차량을 뒤늦게 발견하고 급제동하였으나 미치지 못하고 제3차량의 뒷범퍼부분을 들이받아 그 충격으로 제3, 2, 1 차량 순으로 4중충돌한 사고가 발생하였다. 이로 인하여 제3차량에 타고 있던 승객 2명이 사망하였고 ㅈ과 ㅇ은 늑골골절 등 상해를 입었다.

ⅱ) 소송진행경과

제2심인 서울지법 1997. 4. 10 선고 96나49772 판결은 이 사고에서 제4차량과 제1차량 운전자 ㄱ과 ㅇ의 각 과실지율은 60대40으로 봄이 상당하다고 보아 ㅇ은 공동불법행위자인 ㄱ의 공제사업자가 지급한 274,376,785원 중 40%인 109,744,314원을 부담하여야 하나 ㅎ보험사는 사고당시의 자배법상 지급하여야 할 보험금액의 최고한도인 18,800,000원(사망자 1인당 500만 원, 부상 300만 원을 한도로 피해자별로 계산한 합계금)을 지급할 책임이 있다고 판단하였다. 이에 피고 ㅎ보험사는 ㄱ의 공제사업자가 피해자에게 지급한 보험금액 가운데 자배법에 의하여 지급할 보험금액의 40%에 대하여만 ㅇ의 보험자에게 구상할 수 있다는 이유로 상고하였다.

iii) 대법원판결요지

"공동불법행위자 1인과의 사이에 체결한 보험금액이나 공제계약에 따라 보험자나 공제사업자가 피해자에게 손해배상금을 보험금액으로 모두 지급함으로써 공동불법행위자들이 공동명책이 된 경우 보험계약이나 공제계약을 체결한 공동불법행위자가 변제 기타 자기의 출재로 공동면책이 된 때와 마찬가지로 그 공동불법행위자는 다른 공동불법행위자의 부담부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있고, 보험금액을 지급한 보험자나 공제사업자는 상법 제682조 소정의 보험대위제도에 따라 공동불법행위자의 다른 공동불법행위자에 대한 구상권을 취득하는 것이므로 공동불법행위자 1인의 공제사업자로서 피해자에게 손해배상금을 보험금액으로 지급한 때에는 다른 공동불법행위자의 자배책보험자에게 그 피보험자의 부담부분에 미치지 못하는 책임보험금 전액에 대하여 구상할 수 있다."[57]

③ 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다53499 판결

"공동불법행위자의 1인을 피보험자로 하는 보험계약의 보험자가 보험금을 지급하고 상법 제682조에 의하여 취득하는 피보험자의 다른 공동불법행위자에 대한 구상권은 피보험자의 부담 부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에 다른 공동불법행위자의 부담 부분의 비율에 따른 범위에서 성립하는 것이고 (대법원 2006. 2. 9. 선고 2005다28426 판결 등 참조), 공동불법행위자들과 각각 보험계약을 체결한 보험자들은 각자 그 공동불법행위의 피해자에 대한 관계에서 상법 제724조 제2항에 의한 손해배상채무를 직접 부담하는 것이므로, 이러한 관계에 있는 보험자가 그 부담 부분을 넘어 피해자에게 손해배상금을 보험금으로 지급함으로써 공동불법행위자들의 보험자들이 공동면책 되었다면 그 손해배상금을 지급한 보험자는 다른 공동불법행위자들의 보험자들이 부담하여야 할 부분에 대하여 직접 구상권을 행사할 수 있다 (대법원 1998. 9. 18. 선고 96다19765 판결 등 참조). 원심은, 이 사건 사고는 소외 1 주식회사와 이 사건 기중기의 운전자인 소외 2의 과실이 경합하여 발생한 것으로서, 이 사건 기중기의 소유자인 소외 3은 자동차손해배상보장법 제3조에 의하여, 소외 1 주식회사는 불법행위자로서 각자 피해자 소외 4에게 이 사건 사고로 인한 손해를 배상할 의무가 있다고 전제한 다음, 소외 1 주식회사와 사이에 사용자배상책임부 영업배상책임보험(이하 '영업배상책임보험'이라 한다) 계약을 체결한 보험자인 원고가 피해자에게 보험금 1억 원을 지급하였으

57) 이 판결에 대한 비판적 평석에 대하여는 양승규, "자동차종합보험자의 자배책보험자에 대한 구상권의 범위", 손해보험 1999년 3월호, 대한손해보험협회, 1999, 125쪽 아래 참조.

나, 위 금액은 피해자의 손해액 393,937,499원 중 소외 1 주식회사의 과실비율인 40%에 해당하는 원고의 책임분담액 157,574,999원을 초과하지 아니하여 원고로서는 이 사건 기중기에 관하여 영업용자동차보험(이하 '자동차보험'이라 한다) 계약을 체결한 보험자인 피고를 상대로 구상권을 행사할 수 없다고 판단하였는바, 앞서 본 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 옳은 것으로 수긍이 되고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 위법이 있다고 할 수 없다."

④ 판례의 평가

자동차보험분야에서는 피보험자의 과실에 해당하는 부분을 지급한 보험자가 상대방 측 보험자에게 구상하는 경우가 다수 등장한다. 그리고 손해방지비용도 과실에 따라 나누게 되므로[58] 자신의 피보험자 과실 부분을 넘어서서 손해방지비용을 지급한 보험자가 상대방 보험자에 대하여 구상하는 경우도 있다. 공동 자동차사고시 과실비율산정은 어느 정도 틀이 형성되어 있으므로 이를 중과실비례보상을 도입하는 경우에 참조할 수 있을 것이다.

3.1.3 어음법 분야

① 배서위조와 사용자배상책임

배서위조의 경우 사용자배상책임을 인정한 대법원 판례(대법원 1994. 11. 8. 선고 93다21514 판결)에서 과실상계를 인정하였다: "피고 회사의 담당직원들이 김○○의 지시에 따라 원고 회사가 위 각 어음상에 피고 회사 명의와 유사하게 위조된 조선무락합자회사(朝鮮貿樂合資會社) 명의의 배서를 발견하지 못한 채 조회한 데 대하여 피고 회사의 어음기입대장에 위 어음들이 기재되어 있지 아니함에도 불구하고 위 각 어음상의 피고 회사 명의의 배서가 진정하게 이루어진 것이라고 답변한 행위는 허위사실을 고지하여 상대방을 기망한 불법행위에 해당하고, 이는 위 각 어음상의 위 조선무락합자회사(朝鮮貿樂合資會社) 명의의 배서를 주의 깊게 살피지 아니하여 피고 회사 명의의 배서로 잘못 알고 있는 원고 회사 담당직원으로 하여금 그와 같은 착오를 발견하지 못하게 한 하나의 원인이 되었으며 이와 같은 행위는 김○○ 및 피고 회사 경리과 담당직원들의 직무내용 등에 비추어 외형상 그들의 직무범위 내로 보여지므로 피고 회사는 김○○ 등의 사용자

58) 대법원 2007. 3. 15. 선고 2004다64272 판결: "공동불법행위자 중의 1인과 사이에 보험계약을 체결한 보험자가 그 피보험자에게 손해방지비용을 모두 상환하였다면, 그 손해방지비용을 상환한 보험자는 다른 공동불법행위자의 보험자가 부담하여야 할 부분에 대하여 직접 구상권을 행사할 수 있다고 할 것이다."

로서 그들의 불법행위로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하고, 나아가 원고 회사의 담당직원으로서도 위 각 어음상의 조선무락합자회사(朝鮮貿樂合資會社) 명의의 배서를 주의깊게 살펴 그 배서명의가 피고 회사 명의와는 다르다는 것을 발견하였어야 함에도 이에 이르지 못한 채 피고 회사 담당 경리과 직원들의 말만을 믿고 위 각 어음을 할인하여 준 과실이 있고 이와 같은 과실은 이 사건 손해의 발생 및 그 확대의 한 원인이 되었다고 하여 위 각 어음에 관하여 피고 회사가 배상하여야 할 손해액을 정함에 있어 원고의 과실을 70%로 보아 피고에게 원고가 입은 손해액의 30%만을 배상할 것을 명하였다. 그러나 원고가 조선무락합자회사(朝鮮貿樂合資會社) 명의의 배서를 피고 회사 명의의 배서로 오인한 과실이 있다고 하더라도 위 배서는 피고 회사의 명칭 가운데 '약(藥)'자를 그와 거의 유사한 '락(樂)'자로 바꾼 데 지나지 아니하여 주의 깊게 살피지 아니하면 그러한 사실을 발견하기가 어려울 뿐만 아니라 위 배서에 기재된 배서인의 주소나 그 대표의 명칭이 피고 회사의 실제 주소나 대표의 명칭과 일치하는 점, 원고가 위 어음들을 할인함에 있어 피고 회사에 확인하는 조치를 취하였던 점 등에 비추어 보면 비록 원고가 어음할인 등을 전문으로 하는 금융기관인 점을 고려하더라도 원고의 위와 같은 과실이 그렇게 중하다고 하기는 어려울 것이다(기록에 의하면 원고 외의 다른 금융기관들도 소외 1이 같은 방법으로 위조한 조선무락합자회사(朝鮮貿樂合資會社) 명의의 배서가 있는 어음을 피고가 배서한 어음인 것으로 믿고 어음을 할인하여 준 사실을 알 수 있다). 반면 이 사건에 나타난 피고 측의 과실을 본다면 피고의 직원들이 피고가 실제로 어음에 배서하였는지를 확인하여 보지 아니하고 피고가 배서한 것이라고 답변한 것은 고의 내지 고의에 가까운 중대한 과실이라고 할 것이고, 위와 같은 직원들을 제대로 감독하지 못한 피고의 과실 또한 결코 가벼운 과실이라고는 할 수 없을 것인데, 원심이 이러한 피고의 과실과 비교하여서도 원고의 과실비율이 피고의 과실비율의 두 배가 넘는 70%나 된다고 본 것은 결국 과실상계의 비율판단을 그르쳐 현저히 형평에 반하는 결과를 초래한 것이라고 하지 않을 수 없고(대법원 1994. 5. 27. 선고 93다21521 판결 참조) 이 점을 지적하는 논지도 이유가 있다."

② 평가

이 사례에서는 과실의 비율을 판단하는 하나의 기준을 엿볼 수 있다. 행위자가 조선무약을 조선무락으로 한자의 풀초변(艹)만 없앤 회사명으로 배서를 위작하여 어음을 제시한 경우 쉽게 그 진위를 판단하기 어려웠던 상황이다. 그리고 다른 회사들도 그러한 사기행각에 속아 넘어간 경우가 다수 있다면 이쪽 원고 측의 과실을 70%로 인정함은

과하다는 것이다. 보통은 대법원은 사실심의 과실인정비율을 믿어주지만 예외적으로 심한 경우에만 이와 같이 시정을 하고 있다.

3.2 도입시의 과제

중과실비례보상제도를 도입하더라도 그 제도를 어떻게 합리적으로 운용할 것인지를 같이 고민하여야 한다. 과실의 비율을 어떻게 평가[59]하고 계량화할 것인지가 문제이기 때문이다. 이 문제는 결국은 이미 이 제도를 도입하여 경험을 쌓아가고 있는 독일의 판례를 분석하고 유형화하여 참고하는 것이 필요하다고 본다. 독일의 경우에는 차 안에 물건을 두고 내린 경우의 각 경우에 대하여 과실비율을 달리 인정하고 있다. 그리고 국내의 판례 가운데에서도 과실비율을 인정한 다양한 사례가 있는 만큼 그에 대한 분석을 통하여 유형화하여 예측가능성을 부여하는 연구가 동시에 진행되면 과실비율인정에서의 불명확성을 어느 정도 해소할 수 있을 것이다. 그것이 앞으로 중과실비례보상을 도입할 때 가장 중요한 과제가 될 것이다.

Ⅳ. 맺음말

손해보험의 경우 고의와 중과실은 면책사유로 되어 있다.[60] 우리나라의 경우에는 주로 비례보상은 일부보험, 중복보험을 위주로 논의되고 있다.[61] 그런데 오늘날 각 분야에서 실질적 형평[62]과 타당성을 강조하고 있다. 보험사고 등의 경우에도 면책사유에 해당하는 중과실에 있어서도 그 과실비율을 따져서 일부라도 보험금을 지급하는 것이 객관적으로는 더 설득력이 있다. 따라서 우리의 경우도 손해보험에서 중과실 비례보상

59) 배상책임에서 비교과실의 원칙이 인정되고 있다. 이는 부상이나 상해를 입은 본인의 과실정도에 따라 보상액이 정하여 지는 것이다. 이에 대하여는 보험경영연구회, 보험론, 문영사, 2005, 450쪽 참조.

60) 양승규, 앞의 책, 142쪽; 유주선, 보험법, 청목출판사, 2013, 161쪽; 정상근, 보험계약법, 도서출판 좋은땅, 2006, 94쪽; 최정식, 보험・해상법, 삼영사, 2014, 149쪽; 최준선, 보험・해상・항공운송법 제9판, 삼영사, 2015, 213쪽; 한창희, 보험법 개정3판, 국민대학교 출판부, 2017, 292쪽.

61) 김성태, 앞의 책, 401쪽; 최기원, 보험법 제3판, 박영사, 2002, 299쪽 참조.

62) 법적 안정성에 대한 합목적성이 과실의 정도를 구체적인 상황에 따라 개별적으로 판단하여 보험자의 급부의 무를 달리 구분하여 지키게 되는 법적 정의를 우선시할 수 없다는 주장에 대하여는 김은경, "보험계약법상 중과실비례보상과 사례집단에 대한 연구", 상사판례연구 제27권 제2호, 대한 상사법학회, 2014, 163쪽 참조.

제도를 적극적으로 도입할 필요성이 있다.[63] 다만 그 도입방법론에 있어서는 우리의 현실을 고려하여 타당성이 있는 방안을 먼저 찾아내는 것이 필요하다. 그리고 이 제도의 안착을 위하여는 실질적인 데이터의 축적이 필요하다. 즉 과실의 양과 질을 분석하고 그것을 유형화하는 작업이 요구되는 것이다. 이때에는 이 제도를 앞서서 도입하여 시행하고 있는 국가의 판례들의 분석과 그 유형화가 도움이 될 것이다. 앞으로 실질적인 형평을 위하여 도입이 필요한 사항으로서 중과실비례보상제도의 도입과 관련하여 추가적인 연구와 입법작업의 진행이 이어지기를 기대한다.

63) 중과실의 정도를 법원이 판단하게 되겠지만 그러한 어려움에도 비난가능성이 다른 것을 구분하여 판단하는 일은 법적 정의를 바로 세우는 일이라는 주장에 대하여는 김은경, "보험계약법상 중과실비례보상제도의 도입", 강원법학 제41권, 강원대학교 비교법학연구소, 2014, 381쪽 참조.

참고문헌

1. 단행본

김명수 편저, 보험판례개관, 법문사, 2013.
김성태, 보험법강론, 법문사, 2001.
김은경, 보험계약법, 보험연수원, 2016.
박세민, 보험법, 제4판, 박영사, 2017.
보험경영연구회, 보험론, 문영사, 2005.
송옥렬, 상법강의 제6판, 홍문사, 2016.
양승규, 보험법 제5판, 삼지원, 2005.
유주선, 보험법, 청목출판사, 2013.
이기수/최병규/김인현, 보험·해상법 제9판, 박영사, 2015.
이준교/정찬묵, 판례를 통하여 배우는 보험이론 및 분쟁실무, 보험연수원, 2017.
이필규/최병규/김은경, 2009년 독일 보험계약법(VVG), 세창출판사, 2009.
장덕조, 보험법 제3판, 법문사, 2016.
정상근, 보험계약법, 도서출판 좋은땅, 2006.
정찬형, 상법강의(하) 제17판, 박영사, 2015.
채이식, 상법강의(하) 개정판, 박영사, 2003.
최기원, 보험법 제3판, 박영사, 2002.
최정식, 보험·해상법, 삼영사, 2014.
최준선, 보험·해상·항공운송법 제9판, 삼영사, 2015.
한기정, 보험법, 박영사, 2017.
한창희, 보험법 개정3판, 국민대학교 출판부, 2017.
Langheid/Wandt, *Versicherungsvertragsgesetz, Münchener Kommentar*, Bd. 1, München, 2010.
Looschelders/Pohlmann, *Versicherungsvertragsgesetz*, Köln, 2010.
Meschkat/Nauert, *VVG-Quoten – Leistungskürzung in der Sach- und Kaskoversicherung sowie KH-Regress*, Luchterhand Verlag, 2008.
Prölss/Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, 28. Aufl., München, 2010.
Römer/Langheid, *Versicherungsvertragsgesetz*, 4. Aufl., München, 2014.

2. 학술지

김은경, “중과실비례보상제도에 대한 소고”, 보험법연구 제2권 제2호, 한국보험법학회, 2008, 61-79쪽.

_____, “보험계약법상 중과실비례보상제도의 입법례에 대한 고찰”, 법학연구 제34권, 전북대학교 법학연구소, 2011, 241-272쪽.

_____, “보험계약법상 중과실비례보상제도의 도입”, 강원법학 제41권, 강원대학교 비교법학연구소, 2014, 345-386쪽.

_____, “보험계약법상 중과실비례보상과 사례집단에 대한 연구”, 상사판례연구 제27권 제2호, 한국상사판례학회, 2014, 127-169쪽.

_____, “보험사기방지특별법에서 고지의무 위반의 적용”, 상사법연구 제35권 제2호, 한국상사법학회, 2016, 159-198쪽.

맹수석, “고지의무위반에 있어서 중과실의 의미 및 판단기준 - 대법원 2013. 6. 13 선고 2011다54631 판결에 대한 평석”, 상사법연구 제32권 제4호, 한국상사법학회, 2014, 203-236쪽.

최병규, “중과실비례보상제도의 도입 가능성에 관한 연구” 일감법학 제14호, 건국대학교 법학연구소, 2008, 163-191쪽.

3. 학위논문

정혜진, “보험계약법상 중과실 비례보상제도에 관한 연구”, 부산대학교 대학원 박사학위 논문, 2013.

[Abstract]

A Study on the Introduction of Proportional Compensation by Gross Negligence and its Task

Choi, Byeong-Gyu*

The insurance contract law pursues material equilibrium between the insurer and the insured. One of them is that the insurer should estimate the premium according to correct risk situation of the insured. Another is that the insured should get insurance money according to his own negligence rate. But in the insurance contract law, the principle of all-or-nothing dominated in the past. Germany has reformed the insurance contract law(VVG) significantly in the year of 2007. By this reform, Germany has adopted the proportional compensation system by gross negligence. The insured can get proportional compensation according to his own negligence rate in the case of gross negligence. The intention is exempted from compensation in insurance law. And the insurer should give insurance money in the case of slight negligence of the insured. Germany has adopted the proportional compensation by gross negligence in the following four cases: bringing on insurance accident, alteration and increase of risk, duty to prevent damage, contractual obligation. In Korea, the fairness and equity is pointed out in several areas. In insurance contract law, the material equilibrium between the parties should be, when it is possible, established. But the estimation of the degree of negligence is very difficult thing. Germany has typed the degree of negligence in the field of leaving things in the parked car. When it is valuables, the heavy negligence is recognized. But when it is cheap things and the absence was only during the short time, then the negligence is slight. We can consider the typing categories that Germany has already done. And when it is possible, we should adopt the rational system of proportional compensation by gross negligence. But first of all, we should overcome the difficulty of estimation of the degree of negligence. Therefore, the author suggested that proportional compensation system by gross negligence

* Professor, School of Law, Konkuk University

should be adopted, at first, in the field of bringing on insurance accident. And the new system can be extended to the other areas like alteration and increase of risk and duty to prevent damage afterwards. We should modernize our insurance contract law. One of them is proportional compensation system by gross negligence. That is, we should give up the traditional all-or-nothing-principle for the realization of material equilibrium. We can then consider foreign examples and typing court cases. In this means, the author has suggested in this article the adoption of proportional compensation system by gross negligence in the field of bring about the insurance accident at first.

[Key Words] proportional compensation by gross negligence, bringing on insurance accident, alteration and increase of risk, duty to prevent damage, contractual obligation, typing of court cases