

# 再 保 險 (1)

—法的 性質을 中心으로—

李 鴻 旭

## Reinsurance (I)

*Lee, Hong-Wook*

### 〈目 次〉

- |                   |                     |
|-------------------|---------------------|
| I. 머리말            | 1. 再保險契約의 一般的 性質    |
| II. 再保險의 意義와 機能   | 2. 學說의 概觀           |
| 1. 再保險契約의 意義      | 3. 各國의 再保險契約에 관한 態樣 |
| 2. 再保險의 沿革        | 4. 再保險契約의 責任保險契約性   |
| 3. 再保險의 機能        | IV. 再保險契約과 商法 第726條 |
| 4. 再保險과 區別할 概念    | 1. 再保險契約의 特性        |
| 5. 再保險者           | 2. 商法 第 726條        |
| 6. 再保險의 形態        | 3. 再保險契約과 第726條     |
| III. 再保險契約의 法的 性質 | V. 맺는 말             |

### Abstract

Generally, the legal structure of reinsurance contract might be regarded as 1). a liability insurance and our Commercial Code states that 2). the provisions of liability insurance section shall apply to a contract of reinsurance (Article 726).

This paper discusses,

1) Legal structure of a reinsurance contract.

There are three kinds of theories in respect of the legal nature of reinsurance contract, namely the theory of original policy contract, the theory of association and the theory of liability insurance.

Among them, the theory of liability insurance is widely recognised as its representative one which reads that reinsurance is a contract whereby one for a consideration agrees to indemnify another, wholly or partially, against loss or liability by reason of a risk the latter assumed under a separate and distinct as insurer of a third party.

Liability insurance, meanwhile, is an insurance which purposes to indemnify the insurer (in case of reinsurance, the reinsurer) for damage which the insured (the reinsured) is

responsible to a third party (the original insured).

Therefore, same legal structure is shown the above two which are regarded as an insurance against liability.

These are described through a [comparative study on the legislation and theories of each nation.

2) Application the provisions of liability insurance section to a contract of reinsurance.

Reinsurance has certain special features in the matter by reason of the nature of the business and its connection with the liability insurance.

Thus, the legal nature of the two is not always same. The important points of them are,

- a) The former is an insurance of insurance, that is a modification of the original contract of insurance, the latter is only an original insurance.
- b) The latter is devised to release the insurer from claim due to legal liability to the third party, the former is compensation only for contractual liability.

So the paper concludes with recommendations that the Article 726 of the Commercial Code had better be deleted, if not, amended like this,

[The provisions of this section shall apply *mutatis mutandis* to a contract of reinsurance].

## I. 머리말

海上, 火災, 生命保險 등 어느 경우에도 保險者 단독으로 保險契約의 全額을 引受하여 保有하기에는 지나치게 巨額인 契約이 있다. 특히 科學技術의 발달로 인하여 大型事故가 발생하는 오늘날에 있어서는 同質的인 危險集團을 對象으로 한 大數의 法則이 적용되지 않는 異質的인 危險이 많이 있다. 그러나 保險契約者는 단일의 保險者와 保險契約締結을 원하기 때문에 保險者는 자신의 保有를 넘어 契約을 引受할 경우가 생기게 된다.

이와같이 保險者는 危險率이 높은 保險契約의 請約을 받는 경우 및 保險金額이 巨額인 契約의 請約을 받은 경우에 請約者의 要望에 따라서 그 信賴를 높이면서, 한편으로는 保險의 合理的인 經營을 실현하기 위하여 自己가 引受한 危險을 다른 保險者에게 轉嫁(abzählen)함으로써 그가 부담한 危險을 質的·量的으로 分散시키는(sharing of risks) 方法을 택하게 되는데<sup>1)</sup> 이것이 바로 再保險(reinsurance, Rückversicherung, réassurance)이다.

商法도 保險者는 保險事故로 인하여 부담할 責任에 대하여 다른 保險者와 再保險契約을 締結할 수 있다고 하여 再保險의 필요성을 인정하고 있다(商法 第661條). 그리고 이 再保險을 損害保險中の 責任保險(第2章 第5節)에 두어 責任保險에 관한 規定을 適用한다고 하고 있다(商法 第726條).

그러나, 이 責任保險規定은 너무 간단하고, 더구나 再保險契約과는 반드시 一致하는 것이 아닐뿐

1) Raoul Colinvaux, the law of insurance 3rd ed., Sweet & Maxwell Ltd. 1970, p.179.

만 아니라, 비록 再保險契約이 責任保險契約性을 가지나 再保險自體의 特性으로 인하여 責任保險의 一般原則이 그대로 적용될 수 없는 경우가 있다. 따라서 本稿에서는 再保險契約의 概觀을 통하여 그 本質을 파악하고, 同契約의 責任保險契約性을 규명함과 아울러 再保險契約에의 責任保險에 관한 規定의 適用與否를 살펴보고자 한다.

## Ⅱ. 再保險의 意義와 機能

### 1. 再保險契約의 意義

再保險契約(reinsurance contract, Rückversicherungsvertrag, contract de réassurance)의 意義는 아래와 같이 여러가지로 表現되고 있다.

즉 再保險契約은 保險者가 保險契約에 의하여 引受한 責任의 全部 또는 一部를 다시 다른 保險者에게 引受시키는 保險契約이다.<sup>2)</sup> 혹은 甲保險者가 被保險者에 대하여 負擔하고 있는 保險金支給義務에 대하여 그 損害의 全部 또는 一部를 補償할 것을 乙保險者가 약속하고 甲保險者는 이에 대한 報酬를 支給할 것을 約定함으로써 成立하는 損害保險契約이다<sup>3)</sup>라든가 또는 一方이 保險者로서 第三者와 체결한 保險契約에 의하여 引受한 危險에 대한 責任(혹은 損害)의 全部 또는 一部를 他方이 補償할 것을 約定하는 保險契約의 일종이라고 한다.<sup>4)</sup>

그리고 再保險에 대하여 第一의 保險을 原保險(元受保險 또는 主保險)(original insurance, Hauptversicherung, première assurance)이라 하며, 再保險契約의 當事者는 原保險者(再保險契約者)(original insurer)와 再保險者(reinsurer)가 된다.

### 2. 再保險의 沿革

保險事業이 발달한 初期段階에서는 保險者는 自身이 負擔할 수 있는 이상의 責任額을 引受하지 않았으므로 再保險制度는 保險制度自體만큼 歷史가 오래된 것은 아니다. 오늘날 알려져 있는 再保險이란 用語는 유럽大陸에서 처음 사용한 것으로 최초의 기록은 1370년에 이태리의 Genoa로부터 和蘭의 Sluys까지의 航海에 대한 海上保險에서 찾을 수 있는데, 이 航路에 운송된 積荷에 관하여 스페인의 Cadiz에서 Sluys港間의 항해가 가장 위험한 것으로 생각하여 이 部分만이 再保險되고 地中海의 航海危險은 原保險者에 의하여 全額 保有되었다.

그후 英國에서는 海上保險의 再保險이 서서히 발전하여 18c에 와서는 그 濫用이 행하여졌으므로 立法의 注目を 받게 되었다. 즉 1746年法<sup>5)</sup>에서 「保險者의 支給不能, 破産, 또는 死亡의 경우가 아니면 再保險할 수 없다…」는 規定을 두어 당시에는 再保險契約은 一般적으로 被保險利益이 없는 保險契約으로 認識되었던 것 같다.

2) 국내 通說, 田中誠二, 保險法 昭和 47, p. 245.

3) 窪田宏, 保險法(商法講義 IV) 1979, p. 108.

獨商法 第779條에서는 再保險을 “Versicherung der von dem Versicherer übernommenen Gefahr”라고 하고 있다.

4) 英美法系の 見解, 자세한 것은 後述.

5) 「英國國民의 所有船舶 및 그 積載商品 또는 動産에 관한 保險法」(An act to regulate insurance on ships belonging to the subjects of Great Britain and on merchandises or effects laden thereon)

그 후 1891年印紙稅法(Stamp Act)에서 海上危險의 再保險에 관하여 「海上保險契約의 保險者는 그 引受危險에 대하여 被保險利益을 가지며 그것을 再保險할 수 있다」고 특별히 언급하고 있다. 이 規定은 英國海上保險法(Marine Insurance Act)의 再保險規定으로 이어지고 있다.<sup>6)</sup>

그러나, 유럽大陸에서는 英國과 같은 制約을 받지 않았다.<sup>7)</sup> 火災保險이나 生命保險도 그 初期에는 保險者가 자신의 保有額 이상을 引受하지 않으려고 했기때문에 再保險보다도 共同保險(co-insurance)이 일반적이었다. 그리고 責任保險等の 特種保險(accident insurance)은 19c에 들어와서 保險界에 등장한 것이며 再保險은 任意再保險의 方式으로 시작되었다. 그 후 原保險契約를 營業으로 하지 않고 再保險契約만을 引受하는 專業再保險(professional reinsurance)이 19c에 발전하였다. 여기서 一般 責任保險은 이른바 新種保險<sup>8)</sup>으로서 근래에 保險界에 등장함에 대하여 再保險의 起源은 이보다 훨씬 앞서서 發達하고 있음을 볼 수 있다.

### 3. 再保險의 機能

일반적으로 保險은 大數의 法則을 기반으로 하여 多數의 同質的인 危險을 對象으로 하는 까닭에 保險事故를 豫상할 수 있으며 따라서 不確實性(uncertainty)을 確實性(certainty)으로 轉換시키는 역할을 한다. 그러나 이 法則은 어떤 異質的인 危險들이 섞여 있다면 結果는 豫측을 벗어나게 된다. 즉 危險의 種類와 性質이 全然 다른 것이거나 또는 危險의 規模의 차이가 심한 것은 그 危險分散에 다른 장치가 필요하게 된다. 이 경우 保險者가 이러한 큰 危險의 事故發生時에 입을 損害를 豫상하여 自發적으로 準備金을 積立시켜 놓는다는가, 또는 危險을 引受하되 그 全部를 引受하지 않고 一部를 引受함으로써 하나의 危險에 대한 責任을 制限하는 方法을 擇할 수 있으나, 危險의 全部를 引受하고 그 危險의 全部나 一部를 다른 保險者에게 轉讓시키는 方法을 利用할 수도 있다. 이 마지막 方法이 再保險으로서 그 주된 目的은 保險事業의 維持와 保險者自身の 保護 및 救濟에 있다고 할 것이다.<sup>9)</sup> 그리고 保險經營에는 危險의 同質化 및 危險의 分散이 필요한 것인데 이러한 目的을 실현하는 最高의 理想的 方法이 바로 再保險인 것이다.<sup>10)</sup>

再保險機能의 主要한 것으로, 우선 再保險을 필요로 하는 理由를 보면 1)保險者의 引受方針(underwriting) 및 經營에 彈力性(flexibility)을 부여하며, 2)保險者의 營業收支를 安定시키며, 3)危險의 擴大·分散, 4)金融의 役割과, 5)保險者가 획득하는 利益을 平準化시키는데 이용되고 있다. 그리고 6)成積이 不良한 保險部門의 事業取扱을 中止하여야 할 경우와 7)再保險者로부터 危險選擇與否에 관한 判斷을 얻기 위한 것 등 그 機能은 여러가지가 있다.<sup>11)</sup> 다음으로는 原保險의 被保險者에 대한 再保險의 혜택을 보면 1)再保險은 保險經營에 安定性을 부여하므로 間接的으로 原保險者와 관련을

6) MIA, 1906 s.9(1)

7) 佛蘭西는 17c 후반에, 덴마크는 18c 후반에 그리고 노르웨이는 1840년 이래 再保險이 去來된 것으로 알려져 있다.

8) 일반적으로 非海上保險(non-marine insurance)을 火災保險과 特種保險으로 나누는데 國家에 따라서는 이를 新種保險으로 부르고 있다.

9) 方甲洙, 最新保險學, 1980, p.277 이하.

10) 浦田一晴, 責任保險法論, 1962, p.231, 그러나 再保險은 다른 保險契約과 같이 항상 完全한 補償契約는 아니며 (R. Colinvaux, 前掲書 p.179), 또한 再保險이 手數料 등의 費用때문에 原保險者에게 최대의 利益을 주지 못할 때가 있다. (Robert C. Reinartz, Property & Liability Reinsurance Management, 1979, p.15.)

11) Robert C. Reinartz, op. cit., p.4~

뻤은 被保險者도 영향을 받게 된다. 2) 큰 액수의 保險을 원하는 被保險者에게 만족할 만한 奉사를 할 수 있다. 3) 오로지 한 保險者를 상대로 하기 때문에 여러 保險者와 保險契約의 締結로 인한 條件의 相違 및 불편을 제거할 수 있다. 4) 自家保險者(self insurer)가 큰 事故發生에 대비하여 自體에서 引受한 危險의 一部를 再保險을 통해서 他保險者에게 넘겨주는 方法 등이 있다.

이러한 機能을 가진 再保險制度는 巧妙하고 精緻한 技術(特約再保險等)로 世界的으로 保險網을 形成하여<sup>12)</sup> 모든 形態의 保險企業에 고도의 彈力性을 제공하고 있으며 最大善意(utmost good faith)로 운영되고 있다.

#### 4. 再保險과 구별할 概念

##### (가) 共同保險(co-insurance, Mitversicherung, coassurance)

數人の 保險者가 保險契約者의 危險을 分擔·共同引受하는 경우를 말한다. 數人の 保險者는 처음부터 協同的으로 關與를 하고 있으며<sup>13)</sup> 이를 위하여 보통 處理約款(Führungsklausel)을 정하여 놓고 그 중 하나의 保險者(指導的 保險者)가 業務執行의 簡素化 및 契約者와 保險者間의 交涉을 용이하게 하기 위하여 幹事會社條項을 삽입하여 指導的保險者가 중요한 역할을 하고 있다. 또 數人の 保險者中 1人에 대한 保險契約者의 通知는 全保險者에 대한 通知로서 效力이 發生하는 것으로 취급하고 있다.<sup>14)</sup> 그런데 1人的 保險者가 保險契約者와 保險契約를 체결하고 다시 他保險者와의 契約에 의하여 그 保險契約上의 損害의 一部를 他保險者에게 負擔시키는 「숨은 共同保險」(stille od. interne Mitversicherung)은 실은 再保險이다.<sup>15)</sup>

共同保險은 保險者끼리 同一의 危險을 分擔하는 關係로서는 再保險과 다를 바 없으나 前者가 危險의 橫的인 分散이라면 後者는 危險의 從的인 分散이며, 또 前者는 모든 保險者가 保險契約者에 대하여 직접적인 關係를 가지는데 대하여(다만 숨은 共同保險은 例外) 後者는 1人的 保險者만이 原則的으로 保險契約者와 直接關係를 가질 뿐이다. 그리고 前者는 그 被保險利益을 같이 하나<sup>16)</sup> 後者는 달리 하고 있다.

##### (나) 組合(partnership, Gesellschaft)

일반적으로 再保險契約의 兩當事者가 再保險의 交換 및 分散을 하는데는 組合의 屬性을 많이 필요로 한다. 比例再保險形態(quota-share form of reinsurance)에서는 흔히 組合과 구별이 잘 되지 않으나<sup>17)</sup> 이는 그러한 效果를 나타내게 하는 條件(terms and conditions)의 結果에서 비롯된 것에

12) 國內의 再保險인 경우는 危險의 累積으로 이 制度 본래의 目的인 危險의 分散이 충분히 실현되기 어렵다.

13) 이 경우 保險者끼리의 意識的關與를 缺한 것에는 並存保險(Nebenversicherung, 獨 VVG § 58 參照)과 重複保險(Doppelversicherung, VVG § 59 參照)이 있는 데 兩者는 保險金額이 保險價額을 초과하는가 아닌가에 그 區別이 있다.

14) 이 保險者는 이점에 관하여 他保險者와 委任關係에 서게 된다.

15) 神戶大學外國法研究會, 獨逸商法(IV), p. 118. 昭和31年, 有斐閣

16) Robert C. Strain, Reinsurance. 1980, the College of Insurance, p. 14

17) quota-share 再保險은 일반적으로 partnership으로 인식되고 있으나 原保險者(出再會社)가 사실상 引受하는 保險에 대하여 1차적인 所有를 함과 아울러 自己의 保有分을 조정하는 등 兩當事者는 항상 일치되지 않는 어떠한 異質性을 가진다는 점에서 共同的의 利益을 目的으로 하는 組合과 구별된다(Robert C. Strain, op. cit., p. 13)

지나지 않는다. 그러나 再保險者는 原保險者의 運命에 따른다(follow the fortunes)라든가 原保險者의 損害査定(loss settlements)에 拘束된 다든가 하는 점에서 組合의 特徵을 가지는 利害共同體를 創造할 수 있으나, 이들의 意味는 再保險의 전통적인 慣習과 用例에 어긋나는 것이다.<sup>18)</sup>

### 5. 再保險者

再保險者는 基本的으로 두 種類가 있으며 그밖에 특별한 形態로 再保險 풀과 再保險仲介人이 있다

#### (가) 專業再保險者(professional reinsurer)

이는 元受保險活動을 전연 하지 않고 오로지 再保險만 취급한다. 國際的 性格을 띠고 全世界에 支社를 두거나 또는 契約를 통하여 再保險引受活動을 한다. 英國系, 瑞西系, 獨逸系와 최근의 美國系 專業再保險者의 進出이 활발하며, 우리나라는 大韓再保險株式會社<sup>19)</sup>가 이에 해당한다.

#### (나) 原保險者의 再保險(reinsurance departments of insurers)

이는 原保險을 주로 하나 再保險交換도 어느 정도 하고 있다. 專業再保險者가 생기기 전에는 대부분이 이 形態의 再保險交換이었으며, 우리의 경우 元受保險會社들이 이에 해당한다.

#### (다) 再保險 풀(reinsurance pool)

풀 加入者가 서로의 合意에 따라 自己의 引受契約의 全部 또는 一部를 풀에 出再하여 共同計算 즉 풀計算으로 다른 加入者가 出再한 契約과 함께 묶어서 그 중의 一部를 다시 再再保險으로 인수하는 것으로, 原子力 pool 등이 있다.

#### (라) 再保險仲介人(reinsurance brokers)

再保險의 引受를 원하는 再保險者와 再保險을 원하는 原保險者사이에서 再保險을 引受·引繼시키는 역할을 하는 사람이나 機關으로, 手數料를 받는다. 주로 外國保險會社間의 再保險 취급의 필요성에서 시작된 것으로 元受保險者에게 유리한 再保險者를 알선해 주는 등 그 有用性이 많다.

### 6. 再保險의 形態

#### (가) 再保險의 方法(the method of reinsurance agreement)

再保險을 保險者와 再保險者間에 去來하는 方法으로 크게 세가지로 나눌 수 있다.

1) 任意的(特定) 再保險(facultative, or specific reinsurance, fakultative Rückversicherung)  
再保險의 兩當事者가 共に 再保險授受에 있어서 自由裁量 내지 權利(faculty)를 가지는 再保險으

18) 자세한 것은 組合契約說(再保險契約의 法的 性質)參照.

19) 大韓再保險公社法(1962. 12. 29制定)에 의하여 설립된 大韓再保險公社는 保險業法改正으로 1978년부터 再保險專業會社인 商法上의 株式會社인 大韓再保險株式會社로 轉換되고(同法 附則第16條), 保險事業을 지도·육성하고 特정한 原保險 및 再保險事業을 영위하기 위하여 韓國保險公社를 따로 설립하였으며, 종래 大韓再保險公社法을 폐지하였다(同法 附則 第19條).

로서 歷史적으로 매우 오랜 再保險方法(古典的 再保險)이며, 이는 每件마다 별도의 再保險으로 인정되기 때문에 時間과 努力이 소요되며 再保險消化(reinsurance placing)가 완전히 이루어질 때까지 再保險保護가 不安定하다. 그러나 特約再保險으로 처리하기에는 出再社의 契約量(portfolio)이 너무 적은 경우 및 特約再保險의 한도를 超過하는 경우와 生命保險의 標準下體保險(insurance of substandard lives)등의 再保險消化를 위하여 아직도 널리 利用되고 있다.<sup>20)</sup> 또 이것의 변형된 形態로서 出再會社는 出再與否에 관하여 自由裁量權이 있으나 再保險者는 이를 受再하여야 할 義務가 있는 義務의 任意再保險(facultative obligatory cover)이 있다. 出再社의 再保險者에 대한 것은 被保險者가 出再社에 대한 關係와 同一하며 出再社는 再保險者의 危險에 대한 모든 記錄(details)을 제공하여야 하며, 任意再保險協約은 原保險契約의 條件을 따르며 原保險이 有效한 限 그 効力을 가진다.<sup>21)</sup>

### 2) 自動(約定)再保險(automatic, or treaty reinsurance)

再保險契約의 兩當事者가 再保險契約를 締結하여 그 特約條項에 따라 再保險을 授受하는 것을 말하며<sup>22)</sup> 앞의 任意再保險에 對한 것이다. 이 方法의 再保險은, 一定한 期間(대개 1년)이나 無制限으로 契約期間이 계속되는 수가 있으나 年末등에 特約再保險의 更新(renewal)與否를 相互 檢討하는 것이 國際 慣例이다. 이 再保險은 時間적으로 유리하며 不良危險選擇에서 오는 被害를 緩和시킬 수 있고 勞力과 經費가 절약되나, 義務적으로 引受해야 하는 制約때문에 不良危險도 引受하여 再保險者가 損害를 보는 短點도 있다. 그러나 이러한 原保險者의 不合理한 行動은 결국 그 자신의 營業에 영향을 받게 될 것이다. 보통 原保險者는 再保險者에게 1년에 몇회씩 受再한 記錄(bordereaux)을 제출하는데 근래에는 이것마저 생략한 non-bordereaux制度가 많이 이용되고 있으므로 이 特約再保險은 모든 再保險契約中에서도 특히 最大의 信義誠實이 요구된다 할 것이다.

特約再保險의 形態로는 比例再保險特約(quota-share treaty), 超過額再保險特約(surplus, or excess treaty), 超過損害額再保險特約(excess of loss treaty) 및 超過損害率再保險特約(excess of loss ratio, or stop loss cover) 등이 있다.

### 3) 再保險 풀(reinsurance pools)

여러 保險者가 서로 再保險을 目的으로 결합하여 각자가 引受한 事業의 一部나 全部를 事前에 査定한 一定한 比率에 의하여 各 保險者에게 割當 引受케 하고 그 중의 一部를 다시 再保險으로 引受하는 것이다. 再保險 pool의 目的은 1)巨大危險의 引受 2)大數의 法則이 適用되기 어려운 契約의 引受 3)引受 및 罹災處理에 高度의 技術을 요하는 保險種目 4)危險內容이 잘 알려지지 않은 契約 5)大災害의 可能性을 내포한 保險種目的 경우 등인데 加入會社가 自發적으로 또는 감독관서의 지시

20) David L. Bickelhaupt, General Insurance, 10th ed. 1979, p. 161.

21) Reinartz, op. cit., p. 18.

22) 再保險契約締結은 再保險特約書(reinsurance treaty wording)에 의하여 체결하는데, 이는 出再會社와 再保險者間의 再保險授受에 관한 각종 合意事項을 條文化하여 雙方이 署名한 契約文書이다. 再保險特約書의 條項은 保險種目 및 再保險의 形態에 따라서 다소 相異한 점이 있기는 하나 일반적으로 다음과 같은 條項을 가지고 있다.

① 出再會社 및 再保險者의 名稱 ② 適用保險種目 ③ 出再會社의 保有額 ④ 特約限度額 ⑤ 再保險의 形態 ⑥ 地域의 範圍 ⑦ 特約의 發効日字 및 存續期間 ⑧ 出再 및 損害發生通報方法과 그 期日 ⑨ 即時拂 再保險金에 관한 事項 ⑩ 再保險手數料率 ⑪ 利益手數料率 ⑫ 再保險料 및 再保險金 등의 貸借清算方法 ⑬ 罹災處理方法 ⑭ 再保險者에 의한 出再會社의 장부, 서류 열람, ⑮ 特約의 解約 및 改正 등

에 따라 이 pool을 구성한다. 그 예를 보면 生命保險會社間의 戰爭으로 인한 人命被害나 核武器攻擊으로 인한 致命적 損失을 덜기 위한 경우 및 原子爐所有主나 原子爐使用에 대한 損害에 대비하는 것 등을 볼 수 있다.

#### (나) 再保險契約의 種類

特約再保險方法에서는 原保險者와 再保險者間의 引受한 危險을 다음과 같이 두가지 형태로 나누어 危險을 分配시키고 있다. 즉 ㉔ 原保險者가 引受한 危險의 分割引受(a sharing of risk, or insurance) ㉕ 어떤 査定된 限度를 넘는 損害의 分割分擔(a sharing of losses)으로 분류할 수 있다.

##### 1) 比例的 再保險(proportional reinsurance)

危險의 分割契約(share of risk contracts)이라고 할 수 있는 比例的 再保險에는 比例再保險과 超過額再保險이 있다.

##### ① 比例再保險(quota or pro-rata share reinsurance)

原保險契約마다 一定比率을 再保險으로 出再하는 再保險으로서 예를들면 火災保險에서 原保險者는 各引受契約에 대하여 1/3을 保有(retention)하고 再保險者가 나머지 2/3를 受再한다면 再保險者는 2/3의 保險料를 받고 2/3의 保險金을 負擔하는 것이다. 우선 事務的으로 간편하므로 營業實績이 짧거나 新規販賣하는 保險種目에 적합한 것이나 原保險者가 능히 保有할 수 있는 少額契約도 所定 比率을 出再해야 하는 階段이 있다.

##### ② 超過額再保險(surplus, or excess reinsurance)

比例的 再保險中 가장 많이 이용되는 것으로 每契約에 대하여 出再會社의 保有額을 초과한 保險金額(surplus or excess)을 再保險者에게 特約限度額범위내에서 出再하는 形態이다. 이 경우 出再會社의 保有額을 1 line으로 하며 特約限度額은 出再會社의 保有額에 대한 倍數로 표시되므로 line treaty라고도 한다. 이 特約에는 出再會社의 保有超過額만 再保險되므로 再保險者로 볼 때는 比例再保險에 비하여 危險分散이 고르지 못하다.

##### 2) 非比例的再保險(non-proportional reinsurance)

原保險과는 다른 條件의 再保險으로서 保險事故가 발생하여 原保險者가 損害를 입었을 경우에 限하여 再保險者가 原保險者에 대하여 그의 約束을 이행하도록 마련된 것으로 대체로 두가지 형태를 들 수 있다.

##### ① 超過損害額再保險(excess of loss cover, Schadenexzedentenrückversicherung)

하나의 事件(any one event, occurrence, disaster or series of events arising out of same cause)으로 인한 損害額이 出再會社의 保有超過額(underlying retention or priority)에 달할 때까지는 出再會社가 이를 負擔하고 損害額이 이를 초과한 部分(layer)은 特約限度額(treaty limit) 범위 내에서 再保險者가 부담하게 된다.<sup>23)</sup> 이 特約은 再保險料를 절감할 수 있는 長點이 있는 반면 再保險料 算定에 고도의 技術이 필요하다.

23) 比例的 再保險契約이 保險金額을 기준으로 出再會社의 保有額 및 再保險金額을 정하는데 反하여 이 特約은 保險金額을 기준으로 하고 있다.



② 超過損害率再保險(excess of loss ratio reinsurance, stop loss cover; Gesamtschadenexzedentenrückversicherung)

이는 超過損害率再保險이 變型된 것으로 同再保險이 出再社의 한 事件當 保有損害額이 基準이 되는데 反하여 超過損害率再保險은 出再社의 年間 損害率(stop loss limit)이 기준이 된다. 즉 各個의 原保險契約을 對象으로 하지 않고 그 全體의 契約에서 생기는 損害의 總額이 對象으로 되는 것이다.

### Ⅲ. 再保險契約의 法的 性質

#### 1. 再保險契約의 一般的 性質

再保險契約의 兩當事者는 原保險者와 再保險者로서 再保險契約은 原保險者가 再保險料를 支給하는 反對給付로서 再保險者로부터 再保險金을 회수하는 保險契約이다(商法 638條). 따라서 再保險契約은 一般 保險契約이 갖는 性質, 즉 原保險契約과 마찬가지로 有償·雙務契約인 同時에 諾成契約으로서 최대의 信義誠實에 입각한 契約이며 生命保險 및 傷害保險과 같은 定額契約은 아니다. 그러나 뒤에서 보는 바와 같이 再保險契約은 原保險契約等 一般契約關係에서와는 달리 再保險의 特異性에서 오는 점 등으로 몇가지 制約이 따른다. 여기에서는 再保險契約의 法的 性質을 學說과 實定法등을 통하여 再保險契約이 어떠한 法的 性質을 가지며 현재 通說로 되어있는 再保險契約의 責任保險契約性에 관하여 살펴보고자 한다.

#### 2. 學說의 概觀

再保險契約의 性質에 관하여는 종래부터 學說이 分離되어 있으나 이를 大別하면 組合契約說과 保險契約說로 나누어 볼 수 있다.

##### (가) 組合契約說

이 說은 再保險契約의 當事者인 再保險契約者(原保險者) 및 再保險者는 保險契約上의 危險의 分配와 保險契約을 체결하는데 다른 利益取得에 관하여 共同의 利益을 가진다는 立場으로부터 再保險契約을 組合으로 보는 것이다.<sup>24)</sup> 經濟的인 면에서 보면 原保險者와 再保險者는 危險의 分配라는 共同의 目的을 가지는데 이를 結果로 보면 一方의 利益이 반드시 他方의 利益으로 귀착되지 않는다는 것으로, 이것을 利害關係에 관하여 共通性을 가지는 것으로 해석하는 것은 단순히 그 경제적 職能을 밝히는데 불과하다고 할 수 있다. 따라서 이를 法律的 意味에 있어서 組合의 觀念을 가지고 설명하는 것은 再保險의 經濟的 作用과 法律的 性質과를 혼동한 것이 된다. 왜냐하면 法律上 소위 組合契約에 속하는 것으로 하는 限 共同事業에 대한 共同出資 및 組合員의 組合財産의 共有關係를 認定하지 않으면 안되는 것이 되어, 再保險契約에는 이와 같은 共同出資 및 組合財産의 共有와 같은 關係

24) 이 說은 Voigt, Ehrenzweig, Hanzlik(獨) 등이 주장

를 인정할 수 없다는데 있다.<sup>25)</sup>

(나) 保險契約說

再保險契約은 組合契約이 아니고 保險契約이라는 說인데 이는 다시 原保險契約說과 責任保險契約說 등으로 나눌 수 있다.

1) 原保險契約說

이는 再保險契約은 原保險契約과 同一한 性質을 갖는다는 것으로, 例컨대 原保險이 生命保險이라면 再保險도 역시 生命保險이라 한다. 따라서 이 說에 의하면 再保險契約은 原保險契約의 性質을 繼受하는 것으로 생각되고 있다.<sup>26)</sup> 물론 生命保險의 再保險도 保險事故의 發生에 의하여 一定한 責任을 負擔한다는 점에 있어서 同一한 保險事故에 의하여 연관되어 있는 것은 事實이나 兩契約은 各各 그 被保險利益이 반드시 同一한 것은 아니라는 데서 그 區別은 명백해진다. 例컨대 火災保險契約의 目的은 火災로 인하여 原保險의 被保險者가 입은 損害에 대한 保險金의 支給에 있는데, 이에 대한 再保險契約의 目的은 原保險者의 위 保險金支給에 따른 損失의 補償에 있다 하겠다.<sup>27)</sup> 또 原保險契約과 再保險契約은 同一한 危險에 관한 것이라는 점에서 兩者가 手續上 直接的 또는 間接的인 것의 차이는 있어도 共히 同一의 利害關係에 놓여 있다는 것과 損害發生은 原保險契約이나 再保險契約에 대하여도 統計的으로 同一한 基礎를 이루고 있다는데서 兩契約은 同一의 保險種類라고 생각하는 見解도 있다.<sup>28)</sup> 이 見解는 原保險에 있어서의 保險事故가 再保險者의 責任負擔에 있어 間接的 原因이 된다는 점(소위 危險의 同質的 性質)을 포착한 데에서 나타난 혼동이라 할 수 있다.<sup>29)</sup>

2) 責任保險契約說

再保險契約을 原保險者의 原保險契約上에 있어서 原保險의 被保險者에 대한 給付責任에 基한 給付의 補償을 目的으로 하는 責任保險의 일종으로 본다. 원래 責任保險은 再保險의 경우만이 아니라 널리 海上保險, 火災保險, 運送保險, 自動車保險 등에 있어서 保險者의 被保險者에 대한 給付의 補償을 目的으로 행해지는 것이므로 再保險者가 原保險者의 被保險者에 대한 給付責任의 補償을 위한 점에서 보면 再保險도 역시 責任保險에 屬하는 것이라는 見解, 즉 再保險은 保險者가 保險契約에 있어서 保險者 스스로 保險을 붙일 때 이 새로운 保險을 再保險이라고 定義하고 原保險者는 自己가 保險者로서 引受한 補償責任의 結果에 대하여 즉 그 保險契約에 따라 생기는 自己의 責任의 結果에 대하여 保險에 附한다는 것으로, 再保險은 責任保險이라고 한다(Ehrenberg).

이에 대하여 再保險契約에서는 再保險者와 原保險의 被保險者는 法律上 전혀 無關係에 있는 것인데 責任保險에 있어서는 이와 달리 保險者에 대한 直接請求權이 被害者인 第3者에 있어 保險者와 第3者가 직접의 關係에 서게 되므로 再保險을 責任保險의 일종으로 보는것은 타당하지 않다는 見解

25) 民法 第703, 704條, 獨民 第705, 706條.

26) 獨商 第779條의 해석으로는 原保險과 再保險의 危險이 同種類라는 점에 있어서 이 說을 채택하는 것도 不可能한 것은 아니다.

27) 北澤宥勝, 末高信, 青山衆司 등이 그 論者에 해당한다.

28) 佐波宣平, 再保險의發展, 昭和 26, p. 61~65.

29) 浦田一晴, 前掲書 p. 205.

(北田彦三郎)에 대하여 責任保險의 目的要素를 第3者가 그 被保險者에 대하여 가지는 損害賠償請求權行使의 確保에 있다는 점에서 法律問題로서는 責任保險의 直接의 目的은 아니고 오직 經濟上에서 이러한 結果를 發生하는데 지나지 않는다는 批判이 있으며(山戶嘉一) 또한 責任保險에서 直接請求權을 被害者인 第3者에게 인정하는 것은 立法政策에 따라 오는 것으로 이것때문에 兩契約이 되차 다르다고 하는 것은 경솔한 생각이라(水口吉藏)는 反駁이 가하여지고 있다. 그런데 責任保險에 있어서 責任保險者의 給付는 經濟的으로는 被害者인 第3者의 損害의 充足에는 도움이 되나 法律上은 給付가 責任保險의 被保險者에 귀속하는 것이므로 第3者가 責任保險者에 대하여 直接의 關係에서 지 않는 것이 責任保險의 原則이므로 保險者와 第3者가 直接關係에 있느냐 아니냐를 표준으로 再保險과 責任保險을 區別하려는 것은 不可能하다.

#### (다) 損害保險說

이는 原保險者가 그의 被保險者에 대하여 原保險契約에 基하여 財產上의 給付를 하는 것을 일종의 損害(Schaden)라고 생각하고 再保險者가 이 原保險者의 損害의 補償을 하는 것이 再保險이며 따라서 再保險은 損害保險에 속하는 것이라고 한다(Ehrenberg). 그러나 再保險契約이 損害保險에 속한다고 하는 것은 通說의 見解이기는 하나 原保險者가 그의 被保險者에 대하여 財產上의 給付를 하는 것이 一種의 損害라는 見解는 언뜻 理解가 가지 않는 점이 있다. 保險者는 大數의 法則에 따라 계산된 保險料를 받고 保險事故에 대한 保險金을 支給할 것을 約定한 경우에 保險料와 保險金과의 關係는 충분히 그 均衡을 예상한 것이며 保險事故가 發生한 경우에 保險者가 그의 被保險者에게 保險金을 支給하는 것은 保險의 性質上 당연한 것이지 이를 損害로 보아서는 안될 것이다. 이 경우 原保險者의 損害라는 概念의 使用은 保險事故가 發生하여 再保險者가 原保險者에 대하여 補償하는 契約(즉, 損害의 分割分擔契約)인 非比例的 再保險契約의 경우에 해당된다고 할 수 있을 것이다.

#### (라) 原始契約說

原保險者가 하는 위의 給付는 損害가 아니고 순전한 契約上의 給付로 생각하고 損害補償의 觀念을 否定하면서 再保險契約을 原保險契約과는 別種의 전혀 固有한 性質(原始性)을 가지는 契約이라고 한다.<sup>30)</sup> 이에 대하여 原保險者의 財產上의 給付(保險金支給)를 損害라고 생각하지 않는 見解는 너무 좁은 見解로 妥當하지 않다고 하는 批判이 있다.<sup>31)</sup>

#### (마) 特殊責任保險說

責任保險說이 再保險의 經濟的 特殊性 파악에 불충분하다고 하여 이에 대한 修正說의 하나로 주장된 것이 特殊責任保險說이다. 이는 再保險을 廣義의 責任保險으로 생각하고 그 法律的 適用은 전부 당해 原保險의 規定을 따라야 한다는 것이다(再保險의 性格과 條件의 대부분을 原保險에서 引受받는 것이란데서) 이 學說은 再保險의 經濟的 本質인 「再保險이 原保險과 운명을 같이 한다」는

30) Gerhard, Hagen 등의 主張, 그런데 이 見解는 再保險이 原保險의 存在를 前提로 한다면, 危險의 측정 및 保險料算定하는 것과 再保險이 原保險에 따르는 것등 兩契約은 相互依存關係에 있다는 것을看過하고 있다는 批判이 있다.

31) 松木太郎, 再保險法の理論, 昭和 32年, p. 37~38.

經濟的 特殊性은 어느 정도 파악한 것이다. 이에 대하여 兩保險團體의 被保險利益이 由來하는 根源은 같으나 原保險의 被保險利益이 再保險의 그것으로 되는 것은 아니고, 또 再保險者가 利害關係를 가지는 危險과 原保險者가 가지는 危險은 同一한 것이 아니며 原保險者가 再保險者에게 받은 補償도 原保險者가 그의 被保險者에게 한 給付에 대한 것이어서 兩保險契約에 있어서의 給付(損害)의 性質에도 相異한 點이 있다. 따라서 2個의 保險團體가 利害共同體를 構成한다고 斷定할 수 없고, 따라서 이를 再保險의 經濟的 特殊性이라고 하는 것은 타당하지 않다. 결국 이 說은 再保險을 責任保險으로 보면서 同一한 危險에 대하여 2個의 團體가 利害共同體를 構成한다는 經濟的 特殊性을 언급하고 있다는 점에서 앞서 본 組合說의 그것과 같은, 즉 責任保險의 性質과 組合의 性質을 같이 가지는 것으로 파악하고 있는 것 같다.<sup>32)</sup>

#### (바) 共算的保險說<sup>33)</sup>

再保險은 保險契約임과 동시에 共算的 法律行爲(partiarisches Rechtsgeschäft)라는 것으로, 소위 共算的 法律行爲라는 것은 純益 및 損益이라는 經濟的 成果에 他者가 法律的으로 參與하여 그 者의 助力에 의하여 그 成果를 產出할 수 있는 法律行爲라고 한다. 그러나 法律的인 面에서 契約當事者가 그 契約에 基한 經濟的 成果에 參與하는 경우는 再保險만의 特殊한 것은 아니라는 점에서 再保險의 法律上 特性을 決定하는 것이 될 수 없다는 見解가 있다.<sup>34)</sup>

以上을 要約하면 再保險契約은 그 法的 性質上 原保險者의 契約上의 責任을 補償하는 補償責任이라는 점에서, 被保險者에게 생긴 財産上의 損害를 補償하는 責任保險者의 補償責任과는 同一하다고 볼 수 있다. 이 점에서 再保險契約은 責任保險契約性을 가진다고 말할 수 있다. 그러나 그밖의 點에 있어서 兩契約은 위의 他學說이 제각기 主張하는 바와 같이 相異한 點이 있다.

### 3. 各國의 再保險契約에 관한 態樣

지금까지의 學說을 통한 再保險契約의 法的 性質에 이어 各國의 再保險契約에 대한 實定法 및 判例를 통하여 그 態樣을 살펴본다.

#### (가) 中華民國의 경우

中華民國保險法<sup>35)</sup>은 再保險에 대하여 第48條와 條49條의 2個條를 두고 있다. 그 第48條에는 「再保險은 保險者가 引受한 危險을 轉嫁하여 他保險者의 責任으로 하는 保險契約이다」라고 하고 第49條에는 「原保險契約의 被保險者는 再保險者에 대하여 賠償을 請求하는 權利가 없다」라 한다. 前條는 再保險의 性質이 責任保險性을 가지고 있다는 것을 나타내고 後條는 原保險契約과 再保險契約과는 法律上 別個의 獨立한 保險契約이라는 것을 밝히고 있다. 이 2個條文은 우리 商法 第661條와 그

32) 再保險의 이 經濟的 特殊性이라는 面에서 위에서 論하는 바와 같이 再保險이 責任保險性을 갖고 있다해서 이것에 一般 責任保險에 관한 規定을 반드시 適用할 수 있다는 뜻은 아니다.

33) Ehrenberg가 創始, Hermannsdorfer가 答復한 說임.

34) 松木太郎, 前掲書 p. 42.

35) 모두 4章으로 구성되어 있는데 第1章(總則)에는 通則, 保險利益, 保險契約, 特約條項, 保險料, 保險者의 責任, 險保險, 再保險 및 時效의 內容, 第2章(損害保險)에는 通則, 火災保險, 責任保險, 第3章(人身保險)에는 通則, 生命保險, 傷害保險이 있으며 海上保險은 海商法의 第8章 海上保險으로 規定하고 있다.

規定하는 바가 같다고 할 수 있다.

(나) 日本의 경우

日本 商法の 再保險에 관한 規定은 海商法 第836條 3項의 保險委付의 通知에 대하여 規定하는 것 뿐이다. 原保險에 있어서 被保險者가 委付를 하고자 할 때에는 3月內에 保險者에 대하여 그 通知를 發하는 것을 要하고 이 事項은 그대로 再保險에 適用되는 것을 前提로 存在하는 것이다. 再保險의 경우에 委付通知의 有效期間의 起算點을 原保險者가 그의 被保險者로부터 委付의 通知를 받은 날로부터 起算하도록 한 것은 原保險과 再保險이 各自 獨立의 契約이라는 立場에 서면서도 兩契約은 서로 밀접한 關聯性을 가지며 原保險契約에서 保險者의 責任轉嫁의 效果發生이 바로 實效가 생기도록 法的으로 具現시킨 것이다.

다음으로 「原子力損害賠償에 관한法律」에서는 原子力事業者의 責任을 無過失責任主義의 立場에 서서 責任保險契約의 체결을 事業經營의 前提條件으로 하고 그 責任保險制度에 轉嫁하는 方法을 쓰고 있다. 責任保險事業은 民間經營이므로 原子力被害가 현저할 때를 고려하여 責任保險事業者는 그 損害의 補償을 다시 再保險에 附하는 것을 필요로 한다. 이 法외에 責任保險契約에 있어서 保險者의 免責을 補償하기 위하여 政府와 原子力事業者間에 체결하는 補償契約에 관한 實定法이 있는데(原子力損害賠償補償契約에 관한法律)<sup>36)</sup>이 補償契約은 責任保險契約의 性質을 가진다. 그밖에 判例는 再保險을 責任保險의 일종이라고 하고 있다.<sup>37)</sup>

(다) 獨逸의 경우

獨逸保險契約法(Versicherungsvertragsgesetz) 第186條에는 「本法의 規定은 海上保險 및 再保險에 適用하지 않는다」(Die Vorschriften dieses Gesetzes finden auf die Seeversicherung und auf die Rückversicherung Keine Anwendung)고 하고 再保險의 意義에 대해서는 同國 商法(HGB)에 「第1의 保險者가 引受한 保險을 다시 引受하는 保險」즉 保險者가 引受한 保險(Versicherung der von dem Versicherer übernommenen Gefahr)이다(獨商第779條)는 規定을 볼 수 있다. 第779條는 第1의 保險이 損害保險이든 人保險이든 관계없이 再保險에 附할 수 있다는 뜻을 가지고 있다. 그런데 州法(Landesgesetz)이 私保險法의 法源으로서의 一般의 適格은 保險契約法(VVG)의 施行으로 상실함으로써(例外 VVG 第191條~第194條)從來의 州法의 規定은 再保險에는 그 效力을 가지지 않는 것이 된다. 따라서 再保險에 관한 法律關係는 오로지 契約當事者가 約定하는 保險約款의 規定에 의하여 決定된다고 할 수 있다.<sup>38)</sup> 그러나 保險契約法(VVG)의 基本的 規定(grundlegenden Vorschriften)은 再保險契約의 해석에 있어서 단지 條理로서(nur als Anzeichen für das Vorhandensein eines allgemeinen Versicherungsrechtlichen Grundsatzes)適用할 수 있다고 해야 할 것이다.<sup>39)</sup> 다만 VVG 第187條는 物品運送保險, 信用保險…및 繼續保險은 契約自由의 制限(相對的 強行規定法則)이 適用되지 않는다

36) 우리나라도 原子力損害賠償法(1969년 제정)과 原子力損害賠償補償契約에 관한法律(1975년 제정)을 두고 위와같은 기능을 수행하고 있다.

37) 東京控訴院, 昭和 9年 第212號, 同 14年 6月 17日 判決.

38) 神戸大學 外國法研究會, 前掲書 p. 252.

39) Erich R. Prölss, Versicherungsvertragsgesetz, p. 1226.

고 한다. 따라서 再保險도 繼續保險의 일종이기 때문에 그 適用이 없다. 다음으로 再保險에 관한 判例를 보면 「再保險者는 第1의 保險者가 保險契約者에 대하여 부담한 給付義務에 대하여 責任을 지는 것으로 再保險契約은 獨立의 保險契約이며 再保險契約의 直接의 對象은 第1保險契約에 따라 생기는 再保險者의 保險契約者에 대한 權利義務가 아니다. 따라서 再保險者는 第1의 保險契約者와 直接으로 保險契約關係에 서는 것은 아니다.<sup>40)</sup>」라 하여 우리 商法第661條와 같은 취지를 볼 수 있다.

(라) 佛蘭西의 경우

佛蘭西 保險法典(Code des Assurances) 第111-3條는 「保險者는 自己가 引受한 危險에 대하여 再保險(réassurance)을 붙이는 경우에 保險契約者에 대하여는(vis-à-vis de l'assuré) 保險者만이 責任을 진다」고 한다. 이는 우리 商法 第661條 2文에 해당한다고 볼 수 있으며 原保險契約과 再保險契約의 獨立性を 밝힌 것으로 볼 수 있다.<sup>41)</sup>

(마) 瑞西의 경우

스위스 保險法(Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag) 第101條(Vom Gesetz ausgeschlossene Versicherungsverträge)에서 「이 法은 再保險契約에 適用하지 않는다」(Dieses Gesetz findet keine Anwendung : 1. auf Rückversicherungsverträge; ...)고 하여 獨逸의 경우 (VVG, § 186)와 같은 規定을 두고 있다.

(바) 오스트리아의 경우

오스트리아 保險契約法(ÖVVG) 第186條도 獨逸 保險契約法에서와 같이 再保險契約의 適用을 排除하고 있다.

(사) 英國의 경우

英國은 再保險을 海上保險法에 明文으로 인정하고 있다.<sup>42)</sup> 同法 第9條는 「海上保險契約의 保險者는 自己의 保險責任에 관하여 被保險利益을 가지며, 이를 再保險할 수 있다.」(同條(1)項)와 「保險證券에 별도의 規定이 있는 경우를 제외하고 原保險契約의 被保險者는 前項의 再保險에 대하여 하등의 權利 또는 利益을 갖지 않는다<sup>43)</sup>」(同條(2)項)고 한다.

그밖에 判例를 보면 「再保險은 同一危險에 대하여 保險者가 부담한 責任(his previous liability)의 全部 또는 一部를 補償하기 위하여(to indemnify) 新保險證券에 의하여 效力이 發生된 새로운 保險<sup>44)</sup>」이라든가 「再保險은 原保險契約을 前提로 한 契約의 一種으로 同契約下에 保險者에게 完全 또는 部分補償을 하는 것이다.<sup>45)</sup>」付保되는 危險은 原保險의 경우보다 그 범위가 좁을 수도 넓을 수도 있다<sup>46)</sup>고 한다.

40) RG 53, 138.

41) 孫珠璣, 프랑스新保險法, 法曹 82.3(31卷3號) p. 84.

42) Marine Insurance Act, 1906, S. 9.

43) Nelson v. Empress Ass. Corp. (1905) 2 K.B. 281.

44) Delver v. Barnes (1807) Taunt. 48. 51.

45) Joyce v. Realm Marine Ins. Co. (1872) L.R. 7 Q.B. 580, 586.

46) Traders & General v. Bankers & General Insurances (1921) 38 T.L.R. 94.

再保險契約는 原保險契約의 變型에 불과한 것으로 法律上 責任保險(as an insurance against liability)으로 여겨지고 있다.<sup>47)</sup>

(아) 美國의 경우

美國에 있어서 再保險契約에 대한 定義를 判例를 통하여 살펴보면

### 1) 定義

일반적인 意味에서 再保險이란, 「어떤 保險者가 이미 引受한 危險에 대한 loss나 liability에 대하여 그 自身을 保護하기 위한 契約」<sup>48)</sup> 이라고 한다.

이에 관한 代表的인 判例 몇가지를 보면 A). Reinsurance may be defined generally as a contract whereby one for a consideration agrees to indemnify another, wholly or partially, against loss or liability by reason of a risk<sup>49)</sup> the latter has assumed under a separate and distinct contract as insurer of a third person<sup>50)</sup> (再保險은 일반적으로 一方이 他方에 대하여 他方이 第三者에 대한 保險者로서 獨立한 契約에 의하여 引受한 危險에 대한 loss나 liability의 全部나 一部를 indemnify 할 것을 合意한 契約)

여기서 “loss”와 “liability” 및 “indemnify”의 意味를 보면 “loss”는 일반적으로 損害保險目的의 全部 또는 一部의 破壞·損害로 使用되어지나 여기서는 「原保險者의 超過損害」(the excess portion of a loss)라고 할 수 있으며, “liability”는 「保險契約下에서 原保險者가 引受한 特定責任」(a portion of the specific liability assumed by the insurer under a contract of insurance)이며 이 경우 原保險者는 自己의 固有한 liability의 어느 部分이 再保險되는가를 분명히 밝혀야 하는 것이다.<sup>51)</sup> 다음으로 “indemnify”는 「保險者가 입은 損害 및 責任에 대한 金錢的 補償」이라 할 수 있다. 따라서 앞으로 “loss”는 「損害」로, “liability”는 「責任」으로, “indemnify”는 「補償하다」로 使用한다.

위 A)判決과 類似한 判例를 보면

B). Reinsurance is an insurance effected by an insurance company against a risk that it has previously assumed in order to indemnify the original insurer against its risk, both policies being in existence at the same time (再保險은 再保險證券에서 同時에 存在하고 있는 危險에 대하여 原保險者를 補償하기 위하여 이미 引受한 危險에 대하여 하는 保險)<sup>52)</sup>

G). Reinsurance or a reinsurance policy is a contract of indemnity which one insurer makes with another to protect the first insurer from a risk it has already assumed<sup>53)</sup> 여기서는 再保險

47) Colinvaux, op. cit., p.180.

48) Corpus Juris Secundum, § 1220, (a) in general parts.

49) 여기의 risk는 두가지의미로 사용된다. 즉 比例再保險(Pro-rata reins.)에서의 再保險된 risk는 原保險契約下에서 出再社가 引受한 特定責任(special liability)의 全部 또는 一部이나 非比例的 再保險(excess reins.)에서는 出再社의 超過損害(excess portion of a loss)를 뜻한다.

50) Stickel v. Excess Ins. Co. of America, Ohio Supreme Court, Nov. 22, 1939. 23 N.E. 2d 839, 135.

51) Kaija Venesmaa, Terms relating to reinsurance, Finland, 1977, p.24.

52) Commercial Casualty Ins. Co. v. Columbia Casualty Co, 125 S.W. 2d. 493, 496, 22 Tenn. App.656.

53) Union Cent. Life Ins. Co. v. Lowe, 182 N. E.611, 349 Ill. 464; Pioneer Life Ins. Co. v. Alliance Life Ins. Co., 30 N.E. 2d 66, 72, 374 Ill. 576.

契約을 「補償契約」(contract of indemnity)이라고 하고 있다.

D). It is a contract whereby one party, called the reinsurer, in consideration of a premium paid to him, agrees to indemnify the other party, called the reinsured, against the risk insured by the latter by a policy in favor of a third person<sup>54)</sup>

### 3) 再保險契約의 性質

이상에서와 같이 美國의 경우 再保險契約은 原保險契約과 같이 「補償契約」(contract of indemnity)이며,<sup>55)</sup> 原保險者의 保險契約에 의한 「損害」 또는 「責任」에 대한 補償契約인 것이다.<sup>56)</sup>

그리고 再保險契約은 原保險契約과는 완전히 그 性質이 다르며, 전혀 關聯이 없는 것이다.<sup>57)</sup> 또 原保險의 被保險者(the original insured)는 여기에 아무런 利害關係도 없는 것이며<sup>58)</sup> 再保險者와는 當事者關係가 存在하지 않는다.<sup>59)</sup>

## 4. 再保險契約의 責任保險契約性

지금까지 再保險契約의 法的 性質을 밝히기 위하여 再保險學說과 各國의 再保險에 대한 實定法과 判例를 살펴 보았다. 再保險契約의 法的 性質에 대한 學說은 제각기 再保險의 本質의 一面을 나타내고 있다는 점에서 어느 說도 그 特色을 가지고 있다 하겠다. 먼저 組合契約說에서 再保險契約을 危險의 分散을 共同目的으로 하는 組合契約의 一種으로 본다는 점에서 經濟적으로 再保險과 原保險은 關聯性을 가지고 있으나 앞에서 論한 바와 같이 再保險契約下에서 兩當事者는 반드시 共同利益을 도모한다고 볼 수 없는 再保險契約 特有의 性質을 가지고 있는 것이다. 또한 原保險契約說도 再保險契約上의 保險의 目的·條件·料率 및 保險金支給等이 原保險契約의 그것에 따른다(as per original policy)는 根據를 가지나, 非比例的 再保險에 있어서는 兩者間에 判異한 相異點이 있으며 또한 被保險利益도 다르다. 이렇듯 두가지 說은 再保險契約의 法的 性質을 代辯한다고 할 수 없다. 따라서 再保險契約의 法的 性質에 관하여 그 主된 論點은 역시 責任保險性의 有無에 있다 할 것이다. 再保險契約은 原保險者가 그 被保險者에게 負擔한 保險契約上의 責任의 全部 또는 一部를 第二次의 保險者(再保險者)에게 移轉하는 行爲이다. 따라서 그 行爲는 原保險者의 再保險者에로의 責任轉嫁行爲라고 볼 수 있으며, 責任保險에서나 再保險에서 保險金給付行爲는 契約上의 責任이고 民事責任의 一種이라는 점에서 再保險은 모두 責任을 對象으로 하는 責任保險契約의 考察對象이 된다.<sup>60)</sup> 再保險의 責任保險性은 주로 大陸法系의 獨逸이나 日本의 法學者들이 주로 주장하는 것으로 현재 우리나라를 비롯하여 대부분 國家의 實定法 및 判例에서 責任保險契約性을 支持하고 있다. 특히 判例法主義가 主流를 이루고 있는 英國과 美國에서도 앞서 본 바와 같이 再保險契約에 대하여는 責任 또는 損害에 대한 補償契約(a contract of indemnity against liability or loss)이란 判例가 많이 있

54) U.S. Fire Ins. Co. v. Smith, 164 So. 70, 231 Ala. 169, 103. A.L.R. 1468.

55) Columbia Civil Code 第2648 條는 再保險을 "contract of indemnity against liability"라 하고 있다.

56) Allison V. Fidelity Mut. Fire Ins. Co., 116 N.E. 274, 81 Neb. 494.

57) Republic Metalware Co. v. General Insurance Corporation, 281 N.Y.S. 5, 245 App. Div. 232.

58) Delaware Inc. Co. v. Quaker City Ins. Co, 3 Grant 71. 자세한 것은 C.J.S § 1232 參照.

59) Morris & Co. v. Skandinavia Ins. Co, Miss. 49 S. ct. 360, 279 U.S. 405.

60) 浦田一晴, 前掲書 p. 197.



어 再保險契約이 責任保險契約性을 가지고 있다는 것을 명백히 表現해 주고 있다. 그러나 엄격한 意味에서 責任保險이란 法的 賠償責任(legal liability)만을 補償하는 것이지 再保險契約과 같은 協約에 의한 賠償責任(contractual liability)을 補償하는 것이 아니라는 意味에서 兩者는 本質的인 相異를 보이고 있다.<sup>61)</sup> 따라서 責任保險은 保險期間中에 發生한 事故로 인하여 被保險者가 第三者에 대하여 賠償할 責任을 진 경우에 保險者가 이것 때문에 받을 被保險者의 損害를 補償할 것을 目的으로 하는 損害保險契約으로 保險者가 補償하는 것은 바로 被保險者가 第三者(被害者)에게 賠償함으로써 입게 되는 間接損害인 것이다. 따라서 責任保險에서는 再保險에서와 같이 原保險契約에 해당하 關係(즉 被保險者와 第三者)가 契約에 의하여 미리 設定되어 있지않다는 점에서 다같이 補償契約性을 가지면서도 具體的 法律適用에 있어서 그 性質을 달리하게 되는 것이다.

## VI. 再保險契約과 商法 第726條

### 1. 再保險契約의 特性

再保險契約은 法律上 原保險契約과는 전혀 別個의 契約이며 또한 서로 影響을 미치지 않는다. 그리고 原保險契約이 損害保險契約이든 生命保險契約이든 再保險은 損害保險契約이 되며 兩契約사이의 被保險利益도 달리 한다.

그러나 再保險契約은 原保險契約이 前提가 되어 存在하는 것으로 一般保險에서는 保險者가 直接 保險契約者의 告知에 의하여 危險을 測定하는 것과는 달리 再保險者는 原保險者의 告知에 基함과 同時에 異議를 留保하지 않고 間接的으로 危險의 測定 및 保險料率을 算定하므로 再保險者는 原保險者의 告知에 全的인 信賴를 두고 引受하는 結果로서 原保險者의 信意가 强하게 要求되며, 高度의 信義誠實(最大善意的 原則)이 필요하다. 이 要求는 原保險契約에서 保險者와 保險契約者사이에서와 같으나 그 程度가 더 强하며, 兩當事者間에서는 一方만의 義務가 아닌 雙方의 義務(mutual duty)라 할 것이다. 대부분의 再保險契約이 特約(treaty)에 의하여 消化되고, 그나마 原保險契約의 內容을 적은 記錄(bordereaux)마저 提出하지 않은 Non-Bx 制度下에서는 이 信義誠實은 더 없이 要求된다 하겠다.<sup>62)</sup>

또한 再保險은 原保險을 통하여“(as per original policy)라든가 再保險은 原保險의 運命에 따른다”(to follow to the fortune of the original policy)는 等의 文句들은 바로 再保險契約上의 保險의 目的·料率 및 保險金支給 等이 原保險契約의 그것에 따른다는 根據를 提示한 것이라 볼 수 있다. 특히 特約再保險에서는 一般的으로 特別條項을 두어 原保險者가 모든 保險金支給을 自己裁量으로 決定할 것을 定하고 있다.<sup>63)</sup> 經濟的으로는 原保險에 있어서의 危險을 原保險者와 再保險者가 共同으로 引受하는 것과 같은 實質을 가지며(특히 比例的再保險의 경우)직접 第一次的으로 保險關係上

61) 韓國保險學會, 保險辭典, 1979. p. 423.

62) 만약 原保險者가 이 原則에 위배하여 自意대로 再保險處理를 한다면 當事者間의 紛爭에 의한 法的 解釋方法 以外에도 國際的으로 信用이 떨어져 더 이상 營業을 하지 못하는 지경에 이를 것이다.

63) 그 典型的의 條文을 보면 “The ceding company has the sole right to settle claims either by way of compromise ‘ex gratia’ payments, or otherwise and all settlements are binding on the reinsurers, the reinsurers should be liable for their share of any costs incurred in resisting or defending any claim.”

의 事務를 處理하는 것은 原保險者이다. 따라서 原保險者는 再保險者에 대하여 단순히 對立的인 契約相對方으로서 대하는 것이 아니라 實質關係를 고려하여 再保險者의 利益도 적당히 고려하여 行爲하고 있다.<sup>64)</sup> 또 原保險과 再保險에서의 保險事故는 事實上 同質的이라고 볼 수 있으므로 保險技術上으로는 關聯性이 깊다고 할 것이다.<sup>65)</sup>

再保險契約은 保險契約의 保險契約이라 할 수 있으므로 實質的으로는 原保險의 영향을 많이 받으며 契約當事者인 再保險者와 原保險者는 最大信義의 原則下에서 相互 共存·共榮을 目的으로 하는 相互依存關係가 存在한다고 하겠다.

## 2. 商法 第726條

再保險契約이 責任保險契約性을 가진다는 것은 위에서 認定한 바이나 그렇다고 再保險契約과 責任保險契約이 반드시 一致한다는 것은 아니다. 앞서 지적한 몇가지 理由 以外에도 단적으로 再保險은 保險의 保險(insurance of insurance)이라는 점에서 原保險契約으로서의 責任保險과는 여러가지 점에서 그 性質을 달리한다고 하겠다. 우리 商法 第726條는 再保險契約에 責任保險에 관한 規定을 適用한다고 하고 있다. 그러나 再保險의 特性으로 인하여 責任保險에 관한 規定의 適用이 不合理한 경우가 생기게 된다.

### (가) 再保險者의 責任

責任保險에서는 被害者의 損害가 반드시 加害者인 被保險者의 損害로 직결되지 않는다는 점에서 火災保險等の 物件保險에 있어서 火災의 發生等 단순하고 비교적 명확한 事實이 保險事故가 되는 것과는 특색을 가지고 있다.<sup>66)</sup> 따라서 責任保險契約外的 保險契約에 있어서는 保險者와 被保險者 사이에 契約關係가 存在하고 保險事故가 發生하면 再保險者는 原保險者와 約定한 범위내에서 再保險金을 支給하게 되므로 保險事故로 因하여 일단 法律上의 責任만 發生하면 再保險者는 責任을 지게 되나 責任保險에 있어서는 保險者의 責任이 發生하기 위하여는 다만 第三者(被害者, 再保險契約의 경우에는 原保險契約의 被保險者)에게 保險事故가 發生함으로 足하지 않고 그 外에 혹은 第三者로부터 請求를 받든가(商第722條), 혹은 第三者에 대한 辨濟, 承認, 和解, 또는 裁判으로 인한 債務 確定등의 要件이 있어야 한다(商第723條). 그러나 再保險의 경우에는 이러한 要件이 필요없다. 이는 再保險의 特性에 基因하는 것으로 責任保險과는 다른 점이라 할 것이다.

### (나) 被保險者의 義務

再保險契約의 被保險者 즉 原保險契約의 保險者는 一般 保險契約에서와 같이 危險變更增加의 通知(商第652條) 및 保險事故發生의 通知義務가 있다. 그러나 責任保險의 경우의 事故通知義務, 즉

64) 保險金을 支給한 再保險者가 第三者에 對하여 權利를 代位取得할 경우(商 \$681.682) 原保險者가 再保險者의 受託者的 立場에서 第三者에 대하여 이 權利를 自己의 이름으로 行使하는 商慣習法이 있다는 것은 이 事情을 말하여 주는 것이다. 이에 대한 判例는 日本 大審院 昭和 15年 2月 21日 第4民事部判決이 있다.

65) 生命保險과 損害保險의 兼營을 원칙적으로 禁止하면서도 生命保險會社는 生命保險의 再保險事業을 행하도록 한 것(保險業法 第10條 2號) 및 海上保險의 再保險에서 委付制度를 인정(商法 第713條3項)함은 原保險이 再保險에 反映된것이라 볼 수 있다.

66) 徐燉珪, 前揭書, p.282.

「被保險者が第三者로부터 賠償의 請求를 받는 경우에는 지체없이 保險者에게 그 通知를 發送하여 야 한다」는 規定은 再保險의 경우는 適用의 餘地가 없다. 왜냐하면 一般 保險에서는 保險事故發生의 通知만 하면 約定期間이 없는 限 通知를 받은 날로부터 10日內에 保險金額을 支給받을 수 있으므로(商第658條)따로이 通知發送의 必要가 없다. 그러나 責任保險의 경우는 第三者로부터 賠償의 請求를 받아야 保險者의 責任이 確定되는 것이 보통이므로(請求說) 第三者의 請求로서 責任保險의 保險事故로 삼는 것이 原則이지만(商第722條) 再保險에 있어서는 原保險事故가 곧 再保險契約의 保險事故가 되므로 이 경우에는 다만 原保險契約의 被保險者로부터 保險事故發生通知書를 받으면 이를 지체없이 再保險者에게 通知하면 足하고(商第657條) 비록 原保險의 保險者가 補償의 請求를 받은 때에도 이를 따로 再保險者에게 通知할 義務는 없다 하겠다.

#### (다) 再保險者와 原保險의 被保險者

再保險과 原保險은 서로 영향을 미치지 않은 獨立契約이므로(商第661條後段) 原保險의 被保險者는 再保險者에 대하여 直接 權利를 가지는 것은 아니다. 그러나 商法 第726條에서 再保險契約은 責任保險에 관한 規定을 適用한다는 規定에 따르면 商法 第724條의 保險者와 第三者의 關係에서와 같은 法理를 適用할 수 있을 것이다. 즉 責任保險의 保險者와 第三者와의 關係에서 保險者는 保險契約者에게 通知를 하거나 保險契約者의 請求가 있는 때에는 第三者에게 保險金額의 全部 또는 一部를 直接支給할 수 있다(商724條)고 한다. 이 경우 첫째로 再保險者가 原保險의 被保險者에게 直接 再保險金을 支給하기 위하여 原保險者에게 通知를 하고 이에 대하여 原保險者가 相當한 期間內에 異議를 하지 않는 경우 再保險者는 原保險의 被保險者에게 直接 再保險金을 支給 할 수 있다고 보아야 할 것이다.<sup>67)</sup> 둘째로 原保險者가 再保險者에게 그의 被保險者에게 再保險金支給을 要求한 때에는 再保險者는 原保險의 被保險者에게 再保險金을 支給할 義務를 負擔하게 되고 被保險者는 再保險者로부터 再保險金의 支給을 直接 請求할 수 있다고 볼 수 있다.<sup>68)</sup> 그리고 同條 第①項의 경우 즉 保險者는 被保險者가 責任을 질 事故로 인하여 생긴 損害에 대하여 第三者가 그 賠償을 받기 前에는 保險金額의 全部 또는 一部를 被保險者에게 支給하지 못한다는 規定을 再保險에 適用하면 再保險者는 原保險의 被保險者가 補償을 받기 前에는 再保險金의 全部 또는 一部를 原保險者에게 支給하지 못한다는 뜻이 된다. 第724條 ②項의 경우 즉 再保險者가 原保險者의 請求가 있을 때 再保險金을 被保險者에게 直接 支給하는 경우 및 原保險者에게 通知를 하고 직접 原保險의 被保險者에게 再保險金을 支給하는 경우는 原保險의 被保險者를 위하여 바람직한 경우가 될 수 있겠다. 그러나 第724條①項의 경우는 반드시 그렇지는 않을 것이다. 實際에 있어서는 오히려 原保險者의 保險金支給을 용이하게 하기 위하여 原保險者가 그의 被保險者에게 不支給의 경우에도 미리 再保險金의 全部 또는 一部를 原保險者에게 支給하는 것이다. 이는 再保險契約이 一般 保險契約에 있어서와 같이 兩當事者가 서로 對立的인 關係에 있는 것이 아니라 서로가 利益되는 方向으로 契約關係를 維持해 가고 있으며 또한 再保險契約에 있어서는 責任保險의 경우에 第三者가 保險契約에 있어 全然 關係가 없는 者이므로 商法은 이를 보호하기 위하여 保險者와의 직접 關係를 認定하고 있는것(商第

67) 松木太郎, 前掲書, p.107.

68) 松木太郎, 前掲書, p.108.

724條②項)과는 달리 第三者(被害者)가 原保險契約의 被保險者로서 그 保險者에 대하여 保險金額을 請求할 수 있는 地位에 있을 뿐만 아니라 再保險에 있어서는 第三者의 保護보다는 危險分散을 통한 原保險者의 保護가 더 直接的 目的이라는 점에 있어서 第三者인 原保險契約의 被保險者와 再保險者와의 直接關係를 認定하지 않고 있다.<sup>69)</sup> 또 原保險契約의 保險事故로 인하여 被保險者의 補償責任만 確定되면 原保險契約의 被保險者가 保險金額을 받기 前이더라도 再保險者는 原保險者에게 保險金額을 支給하여야 한다는 것이다. 이러한 점등으로 미루어 보아 再保險契約에는 第724條①項의 適用은 排除된다고 보아야 할 것이다.

#### (라) 原保險의 被保險者의 保險金直接請求權,

##### 1) 責任保險에서의 被害者의 直接請求

責任保險에서 被害者인 第三者가 保險者에 대하여 直接請求權을 認定할 수 있는가? 이에 대하여 商法에서는 保險者와 第三者와의 關係에서 任意責任保險에서는 保險者는 被保險者에게 保險金額을 支給하기 前에 그 被害者가 賠償받은 것을 확인하도록 要求하고 있고 또 保險者도 保險契約者의 通知가 있거나 請求가 있을때 第三者에게 保險金額의 全部 또는 一部를 直接請求할 수 있다고 한다(商724條), 또한 強制責任保險에서는 保險者에 대한 被害者의 直接請求權을 法定하고 있다.<sup>70)</sup> 그런데 이러한 被害者의 直接請求權은 任意責任保險의 영역에서도 被害者에게 認定하는 것이 被害者保護를 위하여 필요하다는 主張이 있다.<sup>71)</sup> 또한 責任保險은 機能的으로 第三者를 위한 保險이라 할 수 있으므로 第三者에게 直接 保險金請求權을 인정하기 위하여 商法 第724條 ②項을 「第三者는 保險者에 대하여 保險金額의 限度에서 損害賠償額의 支給을 請求할 수 있다」고 하는 意見을 내놓고 있다.<sup>72)</sup>

이에 대하여 責任保險에서는 第三者가 保險者에게 直接請求權을 가질 수 없으며 保管者의 責任保險(商725條)의 法理를 責任保險契約에의 一般의 適用은 解釋論으로는 곤란하나, 責任保險이 궁극적으로는 被害者를 保護하는데 있다고 보면 立法論으로서는 責任保險 一般에 이를 인정하는 것이 고려될 수 있다는 見解도 있다.<sup>73)</sup>

##### 2) 再保險契約에의 適用與否

再保險契約은 責任保險性을 가지고 있고 또 商法도 再保險契約은 責任保險에 관한 規定을 適用한다(商726條)고 하므로 責任保險의 被害者의 保險者에 대한 直接請求權을 再保險契約에 適用하여 原保險의 被保險者도 再保險者에 대하여 直接請求權을 가질 수 있다고 할 수 있을 것이다.<sup>74)</sup>

그러나 이와같은 法理를 인정한다고 하여도 아직 우리 商法上으로는 해석이 곤란할 뿐 아니라 再保險契約의 特性으로 인하여 再保險契約은 그 性質上 原保險契約인 責任保險契約과는 반드시 一致한다고 볼 수 없다는 점에서 일반적으로는 그 直接請求權을 인정할 수 없다고 하겠다. 다만 특정

69) 朴元善, 再保險, 考試界, 1963년 2월, p. 129.

70) 自賠法 12條, 産業保險法 12條, 화제로인한채해보상과보험가입에 관한법률 9條, 原子力損賠法, 8條.

71) 梁承圭, 責任保險契約에서의 被害者의 地位, 서울大 法學 特別號 4卷, 1979. p. 167.

72) 韓國保險學會編, 商法改正의 論點, 1981, p. 291.

73) 大森忠夫, 保險法, 昭和 54年, p. 221~222.

74) 아직 商法上 이에 대한 明文規定은 없으나, 第725條(保管者의 責任保險) 및 商法改正試案(第724條②項)에 나타난 法理에 따른다면 可能할 것이다.

한 경우, 例컨데 原保險者와 再保險者가 共히 同一 國內에서 營業을 하는 경우 原保險者가 破産等으로 支給不能이 되는 때 및 當初부터 兩者間에 保險金直接請求權에 관한 特約을 한 경우에 이를 인정할 수 있는 경우는 別問題라 하겠다.<sup>75)</sup>

### 3. 再保險契約과 第726條

商法은 損害保險의 章에 責任保險의 節을 두고 그 마지막 條文(第726條)에 「本節의 規定은 再保險契約에 適用한다」고 되어있다. 그러나 지금까지 고찰한 바에 의하면 再保險契約은 原保險者가 原保險契約으로 인하여 발생하는 責任을 부담하기 위한 保險으로 그 法的 性質은 損害保險이며 동시에 責任保險性을 가진다는 것은 분명하다. 그런데 이 再保險契約은 責任保險契約과는 앞서 본바와 같이 그 自體의 特性으로 인하여 모든 面에서 一致하는 것은 아니라 할 것이다. 兩保險은 그 沿革에서도 再保險이 먼저 발달해 온 점과 責任保險은 19c 이후에 등장한 점 등에서도 그 出現目的과 背景等에서, 그리고 政策的인 面이 많이 가미된 責任保險과 오랜기간 慣習의으로 生成·發展되어 온 再保險은 서로 差異가 있게 마련인 것이다. 前述한 各國의 實定法 및 判例를 통하여 보아도 再保險契約이 責任保險契約性을 가진다는 規定과 判例는 있어도, 再保險契約에 관한 條項을 實定法에 두어 이에 責任保險에 관한 規定을 適用한다는 것은 찾아 볼 수 없다. 獨逸等 유럽大陸國家들의 保險契約法(Versicherungsvertragsgesetz, Code des Assurances)에서는 再保險契約을 保險契約法의 適用對象에서 除外하여 約款에 의하여 契約當事者에 適用되도록 하고 있는 實情이다. 물론 保險契約法이 再保險契約에 전혀 그 適用이 없다는 것은 아니다.<sup>76)</sup>

그리고 商法 第722條에서 第725條에 이르는 規定들은 責任保險의 特性을 고려하여 설정된 條文으로 前述한 바와 같이 再保險契約과는 그리 親하지 않은 規定들이다. 결국 商法上 責任保險에 관한 規定들은 第719條의 責任保險의 意義에 관한 規定을 除外하고는 그 法理上 再保險契約에 바로 適用할 餘地가 없다고 하겠다. 이런 점에서 韓國保險學會의 商法改正意見에서 第726條를 改正하기로 한 것은 妥當하다 하겠다.

商法改正試案에 따르면 再保險은 그 法的 性質이 責任保險에 속하는 것이나 原保險契約으로서의 責任保險과는 반드시 一致하는 것이 아니므로 責任保險에 관한 規定을 當然히 適用하는 것이 아니고 準用하도록 하기 위한 것으로, 同條를 責任保險에 관한 規定을 「適用한다」에서 「準用한다」로 改正하려 하고 있다.<sup>77)</sup>

그러나 실제에 있어서는 再保險契約의 法律關係는 再保險特約書(reinsurance treaty wording)에 의하여 決定되는 것이고 一般保險契約에서의와 같은 普通保險約款을 使用하지 않으며, 當事者間의 契約도 비밀로 하는 경우가 많고 紛爭時 非公開의 仲裁(arbitration)로 해결하는 仲裁條項을 두고 있으며, 따라서 이에 대한 判例도 별로 없는 實情이다.

私見으로는 商法 保險編에 再保險契約에 관한 一般規定(商第661條)만 存置하고 再保險契約의 責

75) 浦田一晴, 前掲書, p.208.

76) Erich R. pröls, Kommentare VVG, p.1220.

77) 韓國保險學會編, 商法改正의 論點, p.292.

78) 再保險契約은 주로 會社와 會社(企業)間의 契約이므로 多數의 契約者를 相對로하는 普通保險約款과 같은 것은 필요하지 않다.

任保險規定에의 適用規定인 第726條를 試案과 같이 「準用」規定으로 하든가 아니면 同條를 削除하는 것이 좋을 것으로 생각된다.

## V. 맺 는 말

再保險이란 原保險者가 引受한 保險契約上의 責任을 다른 保險者에게 轉嫁함으로써 原保險者의 保險經營의 合理化를 꾀하는 同時에 危險도 分散할 수 있으며, 또 保險者는 原保險料와 再保險料의 差額을 利得으로 할 수 있는 等の 機能을 가진다. 再保險契約의 基本的 目標은 바로 原保險者의 保護와 이를 통한 再保險者의 利益을 도모함에 있다. 따라서 再保險은 責任保險에서와 같이 그 機能上 被害者인 第三者를 保護하는데 그 中心이 移轉하고 있는 경우와는 달라진다. 물론 再保險契約에서도 原保險者를 保護하는 것이 결국은 原保險의 被保險者는 保護하는 것이라 할 수 있으나,<sup>79)</sup> 再保險契約은 第三者保險보다는 危險分散을 통한 再保險契約當事者의 利益이 우선 될 것이다. 또한 再保險契約 當事者는 經濟的 弱者인 消費者가 아니라 保險企業이라는 면에서 同等한 立場에서 契約을 締結할 수 있으므로 保險契約者等の 不利益變更禁止規定(片面的 強行規定(商第663條)도 不必要하다 할 것이다.<sup>80)</sup> 이렇게 볼때 被害者의 保護機能이 相當히 強調되어 있는 商法上 責任保險에 관한 規定은 再保險에는 그리 親하지 않다고 할 수 있다. 그러므로 再保險契約이 그 法的 性質上 責任保險契約性을 가지고 있다고 하여 再保險契約에 責任保險에 관한 規定을 當然히 適用한다는 것은 지금까지 살펴본 바에 의하면 무리한 것이라 할 수 밖에 없다. 再保險의 國際性 및 兩當事者間의 契約自由의 原則이 行하여지는 한 被害者保護를 위한 立法이 加味될 責任保險에 관한 規定과는 겹겹 거리를 두게 될 것이다. 따라서 再保險契約에 責任保險에 관한 規定을 適用한다는 商法 第726條는 商法改正試案에서와 같이 「適用」을 「準用」<sup>81)</sup>으로 改正하든지, 아니면 同條 自體를 削除하여 再保險契約에 관하여는 當事者의 意思(特約)에 맡기는 것이 좋을 것이다.

## 參 考 文 獻

### 〈國內 文獻〉

- 徐燉珩, 商法講義(下), 法文社, 1984.  
 鄭熙詰, 商法學原論(下), 博英社, 1981.  
 孫珠瓊, 商法(下), 博英社, 1982.  
 崔基元, 商法講義(下), 日新社, 1981.  
 梁承圭, 商法要論, 三英社, 1984.  
 朴吉俊  
 崔秉秀, 英國海上保險法, 韓國保險研修所, 1970.  
 韓國商事法學會, 商法改正의 論點, 三英社, 1981.  
 鄭茂東, 商法講義(下), 博英社, 1982.

79) 保險業法에는 財務部長官은 保險事業者가 체결한 保險契約으로 인한 責任의 이행을 보다 확실하게 하기 위하여 再保險處理에 대한 制限을 할 수 있다(同法 第18條2項)고 하여 어느정도 再保險을 강제하고 있으나 이러한 政策的 배려는 오늘날 再保險의 國際的 去來性에 비추어 第二次的 기능이라 할 수 있다.

80) 獨保契法(VVG) 第187條.

81) 즉 第726條를 「本節의 規定은 再保險契約의 性質에 反하지 아니하는 限度에서 이를 再保險契約에 準用한다」는 것으로 改正하는 것이 좋을 것이다.

- 大韓再保險公社, 再保險의 理論과 實務, 1975.  
 方甲洙, 最新保險學, 博英社, 1980.  
 梁承圭, 責任保險契約에서의 被害者の 地位, 서울大 法學 4卷, 1979.  
 梁承圭, 損害保險判例集, 大韓損害保險協會, 1981.  
 郭潤直, 債權法總論, 博英社, 1981.  
 朴元善, 再保險 考試界, 1963/2  
 李庚馥, 再保險의 法的 考察 손해보험월보, 1964/5

〈日本文獻〉

- 浦田一晴, 責任保險法論, 京都, 法律文化社, 1962.  
 大森忠夫, 保險法, 東京, 有斐閣, 1979.  
 大森忠夫, 保險契約の法的構造, 東京, 有斐閣, 1956.  
 窪田宏, 保險法, 京都, 晃洋書房, 1979.  
 石井照久  
 鴻 常夫, 海商法・保險法, 東京, 勁草書房, 1976.  
 田中誠二, 保險法, 東京, 千倉書房, 1972.  
 木村榮一, 海上保險, 東京, 千倉書房, 1982.  
 丹羽重博  
 根田正樹, 保險法・海商法, 東京, 評論社, 1980.  
 松木太郎, 再保險法の理論, 東京, 有斐閣, 1957.  
 判例體系(第2期版) 商法4. 損害保險編.  
 岩崎 稜, 1981年フランス保險契約法の改正, 保險學雜誌 498號 1982.9.  
 神戸大學外國法研究會, 獨逸商法(Ⅳ), 有斐閣, 1956.  
 別冊 ジュリスト, No.11, 保險判例百選

〈歐美文獻〉

- Mehr & Cammack, Principle of Insurance, 7th ed, 1980.  
 Bickelhaupt, General Insurance, 10th ed, 1979.  
 Strain, Reinsurance, the College of Insurance, 1980.  
 C. I. I. Reinsurance, 1975.  
 Reinartz, Property and Liability Reinsurance Management, 4th ed, 1979.  
 Werner, Fundamentals of Reinsurance, 1964.  
 Colinvaux, The law of Insurance, 3rd ed. 1970.  
 Golding, The law and Practice of Reinsurance 1968.  
 Venesmaa, Terms relating to Reinsurance, 1977.  
 Corpus Juris Secundum, XIX. Reinsurance.  
 Ivamy, Insurance law handbook, Butterworths, 1983.  
 Ivamy, General Principles of Insurance law, Butterworths, 1979.  
 Birds, Modern Insurance law. London, Sweet & Maxwell.  
 Ivamy, Chalmers Marine Insurance Act, 1906, London, Butterworths.  
 Prölss, Versicherungsvertragsgesetz, 1980.  
 Elle, Versicherungslehre, 1959.  
 Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 1908.  
 Ehrenzweig, Deutsches Versicherungsvertragsrecht, 1952.  
 Bruck-Möller-Johansen, Versicherungsvertragsgesetz, 1970.  
 Prolss Martin, Versicherungsvertragesetz.

