인신사고로 인한 손해배상과 보험자의 구상권

– 국민건강보험공단의 구상권을 중심으로 –

노 태 헌*

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 상법상 보험자대위
1. 보험자대위 발생의 근거 규정
2. 청구권대위에 관한 일반적인 검토
3. 청구권대위의 범위
4. 합리적인 대위 범위
5. 구체적인 청구권대위 범위
6. 판례의 태도
Ⅲ. 국민건강보험공단의 구상권
1. 국민건강보험의 요양급여 체계 일반론
2. 구상 범위에 관한 판례의 입장
3. 구상권 발생의 근거 규정과 일반론
4. 구상 범위에 관한 해석
Ⅳ. 그 밖의 논점
1. 손해배상을 받은 피보험자에 대한 요양급여의 효력
2. 청구권대위와 손익상계의 관계
3. 향후진료비
Ⅴ. 결론

* 논문접수: 2015. 12. 7. * 심사개시: 2015. 12. 9. * 수정일: 2015. 12. 19. * 게재확정: 2015. 12. 28.
* 서울남부지방법원 판사.

I. 서론

최근 국민건강보험공단(이하 '공단'이라 한다)이 인신사고의 피해자(국민건강보험의 피보험자)에게 요양급여를 시행한 후 가해자에게 요양급여비용 중 공단부담금을 청구하는 소송이 증가하고 있다.

기존의 판례 법리는 국민건강보험법(이하 '건보법'이라 한다)이 정하는 청구권대위와 산업재해보상보험법(이하 '산재법'이라 한다)이 정하는 청구권대위를 동일하게 취급하고 있다. 그러나 건보법의 보험급여와 산재법의 보험급여는 그 성격이 다르기 때문에 이를 동일하게 취급하여도 되는 것인지 면밀한 검토를 요한다.

건보법상의 공단과 산재법상의 근로복지공단은 모두 사회보험의 보험자이므로, 청구권대위 범위를 고찰하기 위해서는 그 전제로 상법상 청구권대위의 법리에 관하여 검토할 필요가 있다. 특히 최근 전원합의체 판결이 나오는 등 상법상 청구권대위에 관한 기존 판례 법리가 변동하고 있으므로, 먼저 상법상 청구권대위의 범위를 어떻게 해석하는 것이 타당한지 검토하였다.

이후 공단의 청구권대위 범위와 관련하여 청구권대위의 근거 규정인 건보법 제58조 제1항을 검토하는 외에 건보법의 체계적, 통일적 해석을 위하여 건보법 제58조 2항도 함께 검토하였다. 또한 건보법상의 청구권대위와 산재법상의 청구권대위의 범위를 동일하게 해석하는 것이 타당한지에 관하여도 간단히 분석하였다.

마지막으로 청구권대위의 범위와 관련된 문제로 이미 손해배상을 받은 피보험자에 대하여 요양기관이 보험급여를 시행한 경우의 법률관계, 청구권대위와 손익상계와의 관계, 피보험자가 가해자를 상대로 제기한 손해배상 소송에서 향후진료비를 어떻게 산정할 것인지를 검토하였다.

이와 같이 본 연구는 상법상 청구권대위에 관한 법리 검토를 기초로 최근 증가하고 있는 건보법상 공단의 청구권대위와 관련하여 법체계의 체계적, 통일적 해석을 도모하는 한편, 청구권대위와 관련되는 다양한 쟁점을 정리해 보고

자 하였다.

II. 상법상 보험자대위

1. 보험자대위 발생의 근거 규정

상법상 손해보험에서 보험자대위는 크게 잔존물대위(상법 제681조[1])와 청구권대위(상법 제682조[2])로 나누어진다. 인보험의 경우 원칙적으로 대위가 금지되지만, 상해보험의 경우 당사자 사이의 약정에 의하여 피보험자의 권리를 대위할 수 있다(상법 제729조[3]). 질병보험의 경우에도 실손의료보험과 같이 비정액보험으로서 손해보험의 성격을 갖는 보험은 상해보험과 같이 당사자 사이에 합의가 있으면 피보험자의 권리를 대위 행사할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

보험자가 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 취득하는 경우, 피보험자 등의 제3자에 대한 권리는 동일성을 잃지 않고 그대로 보험자에게 이전되므로, 이때 보험자가 취득하는 채권의 소멸시효 기간과 그 기산점 또한 피보험자 등

---

1) 상법 제681조(보험목적에 관한 보험대위)
보험의 목적의 전부가 멸실한 경우에 보험금액의 전부를 지급한 보험자는 그 목적에 대한 피보험자의 권리를 취득한다. 그러나 보험가액의 일부를 보험에 붙인 경우에는 보험자가 취득할 권리는 보험금액의 보험가액에 대한 비율에 따라 이를 정한다.

2) 상법 제682조(제3자에 대한 보험대위)
① 손해가 제3자의 행위로 인하여 발생한 경우에 보험금을 지급한 보험자는 그 지급한 금액의 한도에서 그 제3자에 대한 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 취득한다. 다만, 보험자가 보상할 보험금의 일부를 지급한 경우에는 피보험자의 권리를 침해하지 아니하는 범위에서 그 권리를 행사할 수 있다.
② 보험계약자나 피보험자의 제1항에 따른 권리가 그와 생계를 같이 하는 가족에 대한 것인 경우 보험자는 그 권리를 취득하지 못한다. 다만, 손해가 그 가족의 고의로 인하여 발생한 경우에는 그러하지 아니하다.

3) 제729조(제3자에 대한 보험대위의 금지)
보험자는 보험사고로 인하여 생긴 보험계약자 또는 보험수익자의 제3자에 대한 권리를 대위하여 행사하지 못한다. 그러나 상해보험계약의 경우에 당사자 간에 다른 약정이 있는 때에는 보험자는 피보험자의 권리를 해하지 아니하는 범위 안에서 그 권리를 대위하여 행사할 수 있다.

이 제3자에 대하여 가지는 채권 자체를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 1999. 6. 11. 선고 99다3143 판결[4]).

대부분의 보험에서 피보험자는 손해를 입은 자이기 때문에 보험자가 대위행사하는 권리는 피해자의 가해자에 대한 손해배상청구권인 경우가 많고, 이 경우 피보험자 등이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년, 불법행위일로부터 10년의 소멸시효가 적용된다(민법 제766조, 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다67500 판결[5]). 하지만 책임보험에서는 피보험자가 손해배상책임을 지는 자이기 때문에 책임보험자가 행사하는 권리는 공동불법행위자에 대한 구상권인 경우가 많고, 이 경우 보험금 지급일로부터 10년의 소멸시효가 적용 된다(대법원 1999. 6. 11. 선고 99다3143 판결[6]). 이처럼 책임보험은 손해보험의 일종이기는 하지만, 대위 행사하는 채권의 성격이 다른 보험과 다르기 때문에 적용되는 법리도 다르다.

본고에서 중점적으로 검토하고자 하는 국민건강보험은 상해보험과 유사한 성격을 갖고 있고 책임보험과는 그 성격이 다르고 잔존물대위의 개념을 상정하기 어려우므로, 아래에서는 책임보험을 제외한 다른 보험을 전제로 상법상 보험자의 청구권대위에 관하여 검토한다.

---

4) 상법 제682조에 의하면, 손해가 제3자의 행위로 인하여 생긴 경우에 보험금액을 지급한 보험자는 그 지급한 금액의 한도에서 그 제3자에 대한 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 취득한다고 규정하고 있는바, 이러한 보험자대위에 의하여 피보험자 등의 제3자에 대한 권리는 동일성을 잃지 않고 그대로 보험자에게 이전되는 것이므로, 이 때에 보험자가 취득하는 채권의 소멸시효 기간과 그 기산점 또한 피보험자 등이 제3자에 대하여 가지는 채권 자체를 기준으로 판단하여야 한다.

5) 「상법」 제682조는 손해가 제3자의 행위로 인하여 생긴 경우에 보험금액을 지급한 보험자는 그 지급한 금액의 한도에서 그 제3자에 대한 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 취득한다고 규정하고 있다. 이러한 보험자대위에 의하여 피보험자 등의 제3자에 대한 권리는 동일성을 잃지 않고 그대로 보험자에게 이전되므로, 이 때 보험자가 취득하는 채권의 소멸시효 기간과 그 기산점 또한 피보험자 등이 제3자에 대하여 가지는 채권 자체를 기준으로 판단하여야 한다.

6) 보험금을 지급한 보험자가 보험자대위에 의하여 다른 공동불법행위자 및 그의 보험자에 대하여 가지는 구상권의 소멸시효 기간은 일반채권과 같이 10년이고, 그 기산점은 구상권이 발생한 시점, 즉 구상권자가 현실로 피해자에게 손해배상금을 지급한 때이다.

2. 청구권대위에 관한 일반적인 검토

상법상 보험자는 보험금을 지급함으로써 별도의 의사표시 없이 상법 제682조 제1항, 제729조 단서에 의하여 피보험자 등의 제3자에 대한 권리를 이전받게 된다. 따라서 보험자가 보험금액을 지급하여 위 대위의 효과가 발생하기 전에 피보험자 등이 제3자에 대한 권리를 행사하거나 처분한 경우에는 그 부분에 대하여는 보험자가 이를 대위할 수 없고(대법원 1981. 7. 7. 선고 80다1643 판결[7]), 보험자가 보험금을 지급한 후에는 피보험자 등은 그 권리를 행사할 수 없다.

따라서 보험자가 보험금을 지급한 후 가해자가 피보험자 등에게 손해배상을 하였더라도 그 손해배상은 비채변제로서 효력이 없으므로 가해자는 보험자의 대위청구에 대항할 수 없고, 단지 피보험자 등에게 부당이득 반환청구권을 가질 뿐이다.

가해자가 피보험자 등에게 손해배상을 한 이후의 법률관계에 관하여는 명시적인 규정이 없으므로, 가해자가 피보험자 등에게 손해배상을 한 후에도 보험금청구권은 그대로 존속하는 것인지 의문이 있을 수 있다. 그러나 상법 제665조[8]에서 정한 손해에 이미 전보된 손해는 제외하는 것으로 해석하여 보험금 청구권이 소멸하는 것으로 해석하는 것이 합리적이다. 따라서 가해자가 피보험자 등에게 손해배상을 한 후 보험금을 지급받은 경우 보험자는 대위청구권을 취득할 수는 없지만 보험금을 수령한 자를 상대로 부당이득의 반환을 구할 수 있다.

보험자가 대위 행사하는 권리는 피보험자 등이 갖고 있던 권리와 동일성이

---

7) 상법 제682조에 의하여 손해가 제3자의 행위로 인하여 생긴 경우에 보험금액을 지급한 보험자는 그 지급한 금액의 한도에서 그 제3자에 대한 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 취득하나, 보험자가 보험금액을 지급하여 위 대위의 효과가 발생하기 전에 피보험자 등이 제3자에 대한 권리를 행사하거나 처분한 경우에는 그 부분에 대하여는 보험자가 이를 대위할 수 없다.

8) 상법 제665조(손해보험자의 책임) 손해보험계약의 보험자는 보험사고로 인하여 생길 피보험자의 재산상의 손해를 보상할 책임이 있다.

유지되므로 소멸시효 기간과 기산점 등이 피보험자 등의 권리에 따라 정하여지는 점은 앞서 본 바와 같다.

3. 청구권대위의 범위

가. 문제되는 경우

보험계약이 전부보험인 경우, 보험금을 전부 지급하였다면 피보험자의 손해가 보험금 수령에 의하여 모두 전보되었으므로 피보험자 등에게는 더 이상 청구권이 남아 있지 않고 전부 보험자에게 이전하고, 보험자가 보험금 중 일부만 지급하였다면 상법 제682조 제1항 단서에 의하여 대위의 범위가 정하여지므로 문제되지 않는다.

피보험자 등이 갖는 권리가 손해액 전부에 미치는 경우(과실상계나 책임제한 등의 법리가 적용되지 않는 경우)에는 지급한 보험금에 상당한 권리는 보험자에게 이전하고, 수령한 보험금을 초과하는 권리는 피보험자 등이 행사하게 되므로 역시 대위의 범위가 문제되지 않는다.

결국 청구권대위의 범위는 ① 보험계약이 전부보험이 아닌 일부 보험이고, ② 피보험자 등이 갖는 권리가 손해액 전부에 미치지 못하는 경우(과실상계나 기왕증의 기여 등으로 인하여 감액되는 경우)에 주로 문제된다.

피보험자 등이 손해액 중 일부에 관하여 청구권을 갖고 있는 경우 일부 보험에 따라 보험금을 지급한 보험자가 행사할 수 있는 대위권의 범위에 관하여는 아래와 같은 견해가 대립하고 있다.

나. 견해의 대립

(1) 절대설(보상액대위주의)

절대설은 상법 제682조 제1항 본문을 근거로 하는 이론이며, 이 규정이 전부보험과 일부보험에 공통되는 규정임을 이유로 한다.[9] 이에 따르면 보험자는 지급한 보험금액의 한도에서 피보험자의 청구권에 대해 피보험자보다 우선

하여 대위권을 행사할 수 있고, 보험자의 제3자에 대한 청구권대위 범위는 일부보험의 경우에도 그 비율에 관계없이 피보험자에게 지급한 보상액까지 피보험자의 청구권을 대위 취득하게 된다. 그러나 보험자가 지급할 보험금액의 일부만 지급한 때에는 보험자가 대위권을 행사할 수 있는 범위는 지급한 보험금액을 한도로 제한된다.[10]

(2) 상대설(비례대위주의)

상대설은 상법 제681조 단서를 유추 적용하여 보험자는 피보험자의 제3자에 대한 손해배상청구권 금액에 대해서 보험금액의 보험가액에 대한 비율에 따라 권리를 취득한다는 견해이다.[11]

(3) 차액설(잔액대위주의)

차액설은 일부 보험도 상법 제682조 제1항 단서의 "보험자가 보상할 보험금액의 일부를 지급한 때"에 해당되는 것으로 해석하여 피보험자가 보험금을 수령하고도 전보되지 않은 손해에 관하여 제3자에 대해 우선적으로 청구권을 행사할 수 있고, 피보험자가 입었던 손해액을 완전히 회수하였음에도 제3자에 대한 청구권이 남아있는 경우에 한하여 보험자는 제3자에게 나머지의 손해배상액을 청구할 수 있다고 하여 피보험자를 가장 보호하는 견해이다.[12]

---

9) 加藤由作, 「保險代位について－ 一部保險の效果」, 保險學雜誌, 440호 25면 이하; 이상 주석 상법 [보험법], 360면 재인용.

10) 최영봉·김선옥, "보험자의 청구권대위 학설에 관한 고찰", 『무역학회지』, 제30권 제2호, 한국무역학회, 2005, 249면.

11) 蔡利植, 商法講義(下), 566면; 石田滿, 商法IV(保險法), 209면; 西島梅治, 保險法, 230면; 江頭憲治郎, 商取引法[第二版], 403면; 坂口光男, 保險法, 172면; 日最判昭和6 2(1987). 5. 29. 民集 第41輯 第4號 723면; 이상 주석 상법 [보험법], 360면 재인용.

12) 梁承圭, 保險法, 247면; 鄭燦亨, 商法講義(下), 585면; 孫珠瓚, 商法(下), 596면; 伊澤孝平, 保險法, 308면; 服部榮三·星川長七, 商法總則· 商行爲法[第四版], 268면(岩崎陵·山手正史); 野津務, 新保險契約法論, 281면; 이상 주석 상법 [보험법], 361면 재인용.

4. 합리적인 대위 범위[13)]

가. 서론

청구권대위의 범위는 계약의 내용, 관련 법령에 따라 해석하는 것이 타당하다. 그러나 계약 내용에 구체적인 범위가 정해지지 않은 경우 의사해석을 보충하기 위한 기준으로, 약관에 의한 계약의 경우 피보험자에게 불리한지 여부를 판단하기 위한 기준으로 청구권대위의 범위를 어떻게 정하는 것이 합리적인지 검토할 필요가 있다.

일부 보험이 보험목적의 일부만 보장하는 방법은 크게 2가지로 나누어 볼 수 있다. 하나는 보장비율을 정하여 보장하는 방법이고(상법 제674조[14)] 본문), 다른 하나는 보험금 한도액을 정하여 그 금액 내에서 보장하는 방법이다(상법 제674조 단서). 일부 보험이 어떤 보장방법을 취하는지에 따라 합리적인 청구권대위 범위는 달라질 수 있다.

아래에서는 합리적인 청구권대위 범위를 명확히 파악하기 위하여, 피보험자의 과실에 의하여 700만 원의 손해가 발생한 사안과, 여기에 가해자의 불법행위가 더하여져 1천만 원으로 손해가 확대되는 사안을 상정하여 비교, 검토한다.

(A) 피보험자의 과실로 인한 손해액 700만 원	(B) 가해자의 과실로 확대된 손해액 300만 원

13) 이 부분은 김연희, 「국민건강보험법상 구상권에 관한 연구」, 성균관대학교 대학원 법학과 석사학위 논문, 65~67면에 인용된 졸견을 재인용하였다.

14) 상법 제674조(일부보험) 보험가액의 일부를 보험에 붙인 경우에는 보험자는 보험금액의 보험가액에 대한 비율에 따라 보상할 책임을 진다. 그러나 당사자 간에 다른 약정이 있는 때에는 보험자는 보험금액의 한도 내에서 그 손해를 보상할 책임을 진다.

나. 보장한도를 정한 보험의 경우

먼저 보장한도가 700만 원인 일부 보험의 경우를 본다. 피보험자의 전적인 과실로 700만 원의 손해(A)가 발생한 경우, 보험자는 700만 원을 부담하고 피보험자는 700만 원의 손해 전부를 회복하게 된다. 여기서 보험금 700만 원은 납입한 보험금에 대한 반대급부로서 취득한 피보험자의 당연한 권리이다.

(A) 보험금 납입에 따른 반대급부인 보험금 청구권

만일 피보험자의 과실에 가해자의 불법행위가 가세하여 손해액이 1천만 원으로 확대된 경우, 피보험자는 확대된 손해 300만 원(B)에 대하여 가해자에게 손해배상청구권을 갖는데, 이는 보험계약과 별개로 불법행위로 인하여 취득하는 피보험자의 고유한 권리이다. 결국, 피보험자는 보험금 청구권과 손해배상청구권에 의하여 자신의 손해를 모두 회복할 수 있다.

(A) 보험금 납부에 따른 반대급부인 보험금 청구권	(B) 손해배상청구권

그런데 절대설에 의하는 경우 피보험자가 갖는 300만 원의 손해배상청구권이 모두 보험자에게 이전한다. 이는 보험자는 피보험자의 과실로 인하여 700만 원의 손해가 발생한 경우와 비교하여 볼 때, 가해자의 불법행위가 가세하였다는 우연한 사정만으로 피보험자의 고유한 권리를 보험자가 취득함으로써 보험자의 최종적인 부담을 400만 원으로 경감하는 결과로서 불합리하다.

상대설에 의하는 경우에도 손해배상청구권 중 210만 원(= 손해배상청구권 300만 원 × 보험금 700만 원 / 손해액 1천만 원)이 보험자에게 이전하게 되므로, 마찬가지로 가해자의 불법행위가 가세하였다는 우연한 사정에 의하여 보험자가 피보험자의 고유한 권리를 취득하여 자신의 부담을 경감하는 것으로서 부당하다. 이를 표로 정리하여 보면 아래와 같다.

부담액		보험자	피보험자	가해자
피보험자의 전적인 과실		700만 원	0원	–
가해자의 불법행위 경합	절대설	400만 원	300만 원	300만 원
	상대설	490만 원	210만 원	300만 원
	차액설	700만 원	0원	300만 원

보장한도가 피보험자의 과실로 인한 손해액 700만 원에 미치지 못하는 경우, 예를 들어 보장한도가 500만 원인 경우에도 마찬가지이다. 피보험자는 보험금 납부에 대한 반대급부로 500만 원의 보험금 청구권을, 불법행위에 대하여 300만 원의 손해배상청구권을 갖는다. 위 두 권리는 독립된 법률관계에 의하여 피보험자가 갖는 고유의 권리이고, 피보험자는 위 두 권리를 모두 행사하더라도 회복되지 않는 손해가 남는다.

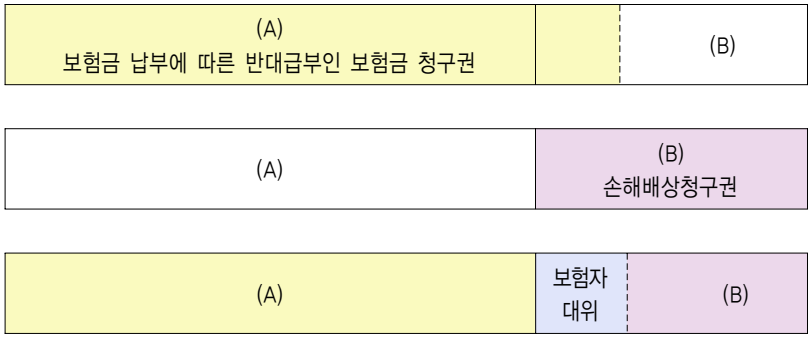
(A) 보험금 납부에 따른 반대급부인 보험금 청구권	전보되지 않는 손해	(B) 손해배상청구권

그럼에도 불구하고 절대설에 의하는 경우 피보험자가 갖는 300만 원의 손해배상청구권이 모두, 상대설에 의하는 경우 손해배상청구권 중 150만 원(= 손해배상청구권 300만 원 × 보험금 500만 원 / 손해액 1천만 원)이 각 보험자에게 이전하게 되는바, 이는 전적으로 피보험자의 과실로 700만 원의 손해가 발생한 경우의 가해자의 불법행위가 가세하였다는 우연한 사정에 의하여 보험자의 부담 500만 원이 경감되고, 피보험자의 권리가 상실되는 결과로서 불합리하다.

부담액		보험자	피보험자	가해자
피보험자의 전적인 과실		500만 원	200만 원	–
가해자의 불법행위 경합	절대설	200만 원	500만 원	300만 원
	상대설	350만 원	350만 원	300만 원
	차액설	500만 원	200만 원	300만 원

다음으로 보장한도가 800만 원인 경우를 본다. 마찬가지로 피보험자는 보

험료 납부의 반대급부로 800만 원의 보험금 청구권을, 가해자의 불법행위에 대하여 300만 원의 손해배상청구권을 갖는다. 그런데 피보험자가 자신의 권리를 모두 행사하는 경우 1,100만 원(= 보험금 청구권 800만 원 + 손해배상청구권 300만 원)을 받게 되어 손해액 1천만 원을 초과하는 이익을 얻게 되므로, 손해배상청구권 중 100만 원은 손익상계의 법리에 따라 행사할 수 없게 된다. 그런데 보험자의 출연에 의하여 피보험자가 얻은 이익을 가해자에게 귀속시키는 것은 부당하므로 이를 보험자가 취득하여 행사하는 것이 타당하다[15].



이는 피보험자의 전적인 과실로 700만 원의 손해가 발생한 경우 보험자가 700만 원의 보험금 지급의무를 부담하는 것과 비교하여 볼 때, 보험자가 800만 원의 보험금을 지급하고 100만 원의 손해배상청구권을 취득하더라도 보험자의 부담은 가해자의 불법행위가 가세하였다는 우연한 사정에 의하여 달라지지 않은 셈이 된다.

---

15) 이처럼 청구권대위 제도의 취지가 피해자에게 손해액 이상의 이익을 주지 않으면서도 그 이익을 가해자가 향유하는 것도 불합리하기 때문이라는 점에 관하여는 대법원 1989. 4. 25. 선고 87다카1669 판결; 보험자대위에 관한 상법 제682조의 규정을 둔 이유는 피보험자가 보험자로부터 보험금액을 지급받은 후에도 제3자에 대한 청구권을 보유, 행사하게 하는 것은 피보험자에게 손해의 전보를 넘어서 오히려 이득을 주는 결과가 되어 손해보험제도의 원칙에 반하고 배상의무자인 제3자가 피보험자의 보험금 수령으로 인하여 그 책임을 면하는 것도 불합리하므로 이를 제거하여 보험자에게 그 이익을 귀속시키려는 데 있고 이와 같은 보험자대위의 규정은 타인을 위한 손해보험계약에도 그 적용이 있다.

부담액		보험자	피보험자	가해자
피보험자의 전적인 과실		700만 원	0원	–
가해자의 불법행위 경합	절대설	500만 원	200만 원	300만 원
	상대설	560만 원	140만 원	300만 원
	차액설	700만 원	0원	300만 원

이처럼 보장한도를 정한 보험의 경우 상법 제682조 제1항 단서를 유추 적용하여 차액설에 따라 청구권대위 범위를 한정하는 것이 피보험자의 권리를 해하지 않는 합리적인 해석이다.

다. 보장비율을 정한 보험의 경우

보장비율을 정한 보험에서 보험금은 피보험자의 과실로 인하여 발생한 손해인지 가해자의 불법행위로 인하여 확대된 손해인지를 가리지 않고 모든 손해에 관하여 일정한 비율에 따라 지급된다. 즉, 보장비율이 60%로 정해진 보험의 경우 자신의 과실로 인하여 발생한 손해에 관하여도 60%의 보험금 청구권이, 가해자의 불법행위로 인하여 확대된 손해에 관하여도 60%의 보험금 청구권이 발생한다.

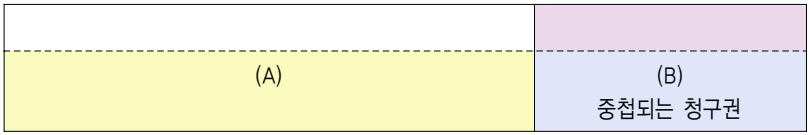
(A) 보험금 납부에 따른 반대급부인	(B) 보험금 청구권

한편, 피보험자의 가해자에 대한 손해배상청구권은 가해자의 불법행위로 인하여 발생한 손해액에 관하여 발생한다.

(A)	(B) 손해배상청구권

이처럼 보장비율이 60%로 정해진 보험에서는 피보험자는 자신의 과실로 인하여 발생한 손해에 관하여는 보장비율에 따른 보험금 청구권만을 갖게 되

고, 가해자의 불법행위로 인한 손해에 관하여는 보장비율에 따른 보험금 청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권을 중첩적으로 갖게 된다.



이 경우 보험자는 피보험자의 손해배상청구권을 보험비율에 따라 대위 행사하더라도 불합리한 결과를 초래하지 않는다. 이는 아래에서 보는 바와 같이 구체적인 수치를 넣어 검토하더라도 확인할 수 있다.

보장비율이 60%인 일부 보험의 경우 가해자의 개입 없이 전적으로 피보험자의 과실로 700만 원의 손해가 발생하였다면 보험자는 420만 원을 보험금으로 지급하여야 하고, 피보험자는 그 금액만큼 손해를 회복하여 280만 원의 손해가 남게 된다.

여기에 가해자의 불법행위가 가세하여 손해가 1천만 원이 된 경우에서 절대설, 상대설, 차액설에 따른 보험자와 피보험자의 부담결과를 본다. 어느 설에 의하거나 가해자의 부담은 자신의 불법행위로 인한 손해액 300만 원으로 동일하다.

절대설에 의하면, 보험자는 600만 원을 보험금으로 지급한 후 피보험자의 손해배상청구권 중 300만 원을 대위 취득하여 최종적으로 300만 원을 부담하고 피보험자는 보험금 600만 원 외에 손해를 회복할 방법이 없다.

상대설에 의하면, 보험자는 600만 원을 보험금으로 지급한 후 180만 원(= 손해배상청구권 300만 원 × 보험금 600만 원 / 손해액 1천만 원)을 구상하여 최종적으로 420만 원을 부담하고, 피보험자는 600만 원의 보험금 외에 120만 원의 손해배상청구권에 의하여 720만 원의 손해를 회복하게 된다.

차액설에 의하면, 보험자는 600만 원을 보험금으로 지급하는데, 피보험자가 잔존 손해액 400만 원 내에서 손해배상청구권 300만 원을 모두 행사하게 되므로 구상권을 행사할 수 없으므로 600만 원은 모두 보험자의 부담으로 귀속된다.

위 결과를 비교하면 아래와 같이 상대설이 합리적인 해석임을 알 수 있다.

부담액		보험자	피보험자	가해자
피보험자의 전적인 과실		420만 원	280만 원	–
가해자의 불법행위 경합	절대설	300만 원	400만 원	300만 원
	상대설	420만 원	280만 원	300만 원
	차액설	600만 원	100만 원	300만 원

이러한 결과는 수치를 바꾸어 적용하더라도 달라지지 않는다. 보장비율이 80%인 일부 보험의 경우를 본다. 피보험자의 전적인 과실로 700만 원의 손해가 발생한 경우 보험자는 560만 원을 보험금으로 지급하고, 140만 원은 피보험자의 손해로 남는다. 여기에 가해자의 불법행위로 손해가 확대되어 1천만 원의 손해가 발생한 경우를 본다.

절대설에 의하면, 보험자는 800만 원을 보험금으로 지급한 후 피보험자의 손해배상청구권 300만 원을 전액 구상하여 최종적으로 500만 원을 부담하고 피보험자는 보험금 800만 원 외에 손해를 회복할 방법이 없다.

상대설에 의하면, 보험자는 800만 원을 보험금으로 지급한 후 240만 원(= 손해배상청구권 300만 원 × 보험금 800만 원 / 손해액 1천만 원)을 구상하여 최종적으로 560만 원을 부담하고, 피보험자는 800만 원의 보험금 외에 60만 원의 손해배상청구권에 의하여 860만 원의 손해를 회복하게 된다.

차액설에 의하면, 보험자는 800만 원을 보험금으로 지급한 후 손해배상청구권 중 100만 원을 대위 취득하고, 피보험자는 800만 원의 보험금 외에 손해배상청구권의 행사로 200만 원을 회복하여 손해를 전부 회복하게 된다.

이를 표로 정리하면 아래와 같이 역시 상대설이 합리적임을 알 수 있다.

부담액		보험자	피보험자	가해자
피보험자의 전적인 과실		560만 원	140만 원	–
가해자의 불법행위 경합	절대설	500만 원	200만 원	300만 원
	상대설	560만 원	140만 원	300만 원
	차액설	700만 원	0원	300만 원

5. 구체적인 청구권대위 범위

가. 법령상의 제한

(1) 서론

앞서 본 바와 같이 일부 보험의 경우 보험자의 청구권대위 범위는 보장한도를 정한 일부 보험의 경우 차액설을 취하는 것이, 보장비율을 정한 일부 보험의 경우 상대설을 취하는 것이 합리적이다. 그러나 구체적인 청구권대위 범위는 사적 자치의 원리, 법령상의 제한 등에 의하여 달라질 수 있다. 아래에서는 청구권대위 범위를 제한하는 법령에 관하여 먼저 살펴보고, 마지막으로 이를 사적 자치의 원칙과 결합하여 구체적인 청구권대위 범위를 고찰하기로 한다.

(2) 상법상 제한

손해보험으로 일부 보험계약을 체결한 경우 청구권대위 범위에 관하여 제한하는 규정이 없다. 따라서 원칙적으로 상법에 따라 손해보험자의 청구권대위 범위가 제한되는 것은 아니고, 사적 자치에 의하여 청구권대위 범위를 정할 수 있다.

그러나 상해보험, 질병보험의 경우는 다르다. 상법 제729조는 원칙적으로 보험자대위를 금지하되, 당사자 사이의 약정이 있을 것을 요건으로 하여 피보험자의 권리를 해하지 않는 범위 내에서만 예외적으로 청구권대위가 허용되는 구조이다. 이러한 조문 구조에 비추어 상법 제729조 단서 중 '피보험자의 권리를 해하지 아니하는 범위 내'라는 부분은 당사자의 합의에 따라 이를 배제할 수 있는 성격이 아니다.

따라서 구체적인 구상 범위는 손해보험과 인보험을 따로 판단할 필요가 있다.

(3) 약관의 규제에 관한 법률상 제한

상법상 보험자는 통상 약관을 통하여 계약의 구체적인 내용을 확정한다. 이 경우 사적 자체에 따라 체결한 계약이라 하더라도 약관의 규제에 관한 법률(이

하 '약관규제법'이라 한다)에 따른 제한을 받게 된다.

나. 손해보험의 경우

청구권대위에 관한 약관의 규정이 없는 경우 상법 제682조 제1항 본문의 해석에 따라 청구권대위의 범위가 결정된다.

청구권대위 범위에 관하여 명확한 약관의 규정이 없는 경우 작성자 불이익 해석의 원칙(약관규제법 제5조 제2항[16])에 따라 보험자에게 가장 불리한 차액설로 해석하는 것이 타당하다.

약관에서 절대설에 따라 구상 범위를 정한 경우, 약관규제법 제6조 제2항 제1호[17]에 따라 '고객에게 부당하게 불리한 조항'인지 여부를 판단하여야 한다. 절대설에 따라 구상할 수 있음을 고려하여 보험료를 낮게 책정한 경우 등에는 '부당하게' 불리하다고 할 수 없을 것이지만, 이러한 반대급부 없이 구상 범위만 넓게 정한 경우에는 부당하게 불리한 조항으로서 효력이 부정될 수도 있다.

약관에서 상대설에 따라 구상 범위를 정한 경우, 보장비율을 정한 일부 보험에서는 합리적인 구상 범위로서 허용될 것이고, 보장한도를 정한 일부 보험에서는 약관규제법 제6조 제2항 제1호에 따라 무효인지 여부를 판단하여야 한다.

약관에서 차액설에 따라 구상 범위를 정한 경우에는 당연히 효력이 인정된다.

다. 상해보험, 질병보험의 경우

청구권대위에 관한 약관의 규정이 없는 경우 보험자는 상법 제729조 본문에 따라 청구권대위를 할 수 없다.

---

16) 제5조(약관의 해석)
② 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다.

17) 제6조(일반원칙)
② 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정된다.
1. 고객에게 부당하게 불리한 조항
2호, 3호 생략.

청구권대위 범위에 관하여 명확한 약관의 규정이 없는 경우 작성자 불이익 해석의 원칙(약관규제법 제5조 제2항)에 따라 보험자에게 가장 불리한 차액설로 해석하는 것이 타당하다.

약관에서 청구권대위 범위를 명확하게 규정하였더라도, 절대설에 따라 청구권대위 범위를 정한 경우나 보장한도를 정한 일부 보험에서 상대설에 따라 청구권대위 범위를 정한 경우에는 상법 제729조 단서를 위반한 것으로서 효력이 인정되지 않는다.

결국, 보장비율을 정한 일부 보험에서 상대설에 따라 청구권대위 범위를 명확하게 정한 경우 외에는 모두 차액설에 따라 청구권대위 범위가 결정된다.

6. 판례의 태도

보장한도를 정한 화재보험계약에 따라 손해액 중 일부를 보험금으로 수령한 사안에서 대법원은 "상법 제682조는 '손해가 제3자의 행위로 인하여 생긴 경우에 보험금액을 지급한 보험자는 그 지급한 금액의 한도에서 그 제3자에 대한 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 취득한다. 그러나 보험자가 보상할 보험금액의 일부를 지급한 때에는 피보험자의 권리를 해하지 아니하는 범위내에서 그 권리를 행사할 수 있다.'고 규정하고 있는바, 피보험자가 보험자로부터 보험금을 지급받고도 보상받지 못한 손해액이 남아 있는 경우 피보험자가 제3자에 대하여 그 과실분에 상응하여 청구할 수 있는 손해배상청구권 중 피보험자의 전체손해액에서 보험자로부터 지급받는 보험금을 공제한 금액만큼은 여전히 피보험자의 권리로 남는 것이고, 그것을 초과하는 부분의 청구권만이 보험자가 보험자대위에 의하여 제3자에게 직접 청구할 수 있게 된다."고 판시하였다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2012다27643 판결). 이는 보장 한도를 정한 일부 보험의 경우 상법 제682조의 유추해석에 따라 차액설에 따라 구상 범위를 정하여야 한다는 취지로서 타당하다.[18]

---

18) 유사한 사안에서 대법원 2012. 8. 30. 선고 2011다100312 판결도 같은 취지이다. 이 판결

그런데 자동차상해특약[19]에 따라 손해액 중 일부를 보험금으로 지급한 후 가해자에게 대위권을 행사하는 사안에서는 “불법행위로 인한 손해배상액을 산정함에 있어서 과실상계를 한 다음 손익상계를 하여야 하므로 보험자가 불법행위로 인한 피해자에게 보험급여를 한 후 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권을 대위하는 경우 그 대위의 범위는 손해배상청구권의 범위 내에서 보험급여를 한 전액이라고 할 것이고, 이는 보험자가 자동차상해 담보특약에 의하여 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권액을 초과하는 보험금을 피해자에게 지급한 경우에도 마찬가지라 할 것이므로 그 경우 보험자는 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권액 전액을 대위 행사할 수 있다.”고 판시하였다(대법원 2013. 4. 25. 선고 2011다94981 판결).

손해보험보다 구상 범위가 더욱 엄격하게 제한되는 인보험에서 절대설을 따르는 판례가, 합리적인 구상 범위를 설시한 2012다27643 판결과 2012다27643 판결 사이에 선고된 것은 이해하기 어렵다. 아마도 청구권의 이전에 따른 청구권대위의 법리와 손익상계의 법리를 혼동한 것으로 판단된다. 아래 제Ⅳ.1.항에서 검토할 바와 같이 청구권대위에서 손익상계의 법리를 곧바로 적용하는 것은 타당하지 않고, 손익상계와 과실상계의 계산순서에 관한 법리에도 의문이 있다.

은 작성자 불이익 해석의 원칙에서 같은 결론을 도출하였다; 상법 제682조는 ‘손해가 제3자의 행위로 인하여 생긴 경우에 보험금액을 지급한 보험자는 그 지급한 금액의 한도에서 그 제3자에 대한 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 취득한다. 그러나 보험자가 보상할 보험금액의 일부를 지급한 때에는 피보험자의 권리를 해하지 아니하는 범위 내에서 그 권리를 행사할 수 있다.’고 규정하고 있다. 이러한 손해보험에서의 보험자대위권은 피보험자의 이중이득을 방지하기 위하여 정책적으로 인정되는 것인 점 등을 고려할 때, 이른바 ‘일부보험’의 경우 보험자가 대위할 수 있는 피보험자의 제3자에 대한 권리의 범위는 그 보험약관 등에 이에 관한 명시적인 규정이 있다면 이에 따라야 할 것이나, 그렇지 않다면 약관의 해석에 관한 일반원칙에 따라 고객에게 유리하게 해석하여, 피보험자가 실제로 입은 손해 이상의 이득을 취하는 것이 아닌 이상, 피보험자의 권리를 해하지 아니하는 범위 내로 제한된다고 봄이 타당하다.

19) 피보험자가 피보험자동차를 소유, 사용, 관리하는 동안에 생긴 피보험자동차의 사고로 인하여 상해를 입었을 때의 손해를 보험금지급기준에 따라 보장하는 보험으로서 “보장한도를 정한 상해보험”의 성격을 갖는다.

III. 국민건강보험공단의 구상권

1. 국민건강보험의 요양급여 체계 일반론

건보법에 따른 보험급여 중 요양급여에 따른 급부는 요양 그 자체이다(건보법 제41조 제1항[20]). 그런데 '공단'이 모든 국민에게 직접 요양급여를 시행하는 것은 불가능하므로, 의료기관이나 약국 등의 요양기관에 요양급여의 실행을 위탁하고(건보법 제42조 제1항[21]), 요양급여비용을 지급하는 형식을 취한다. 요양급여비용은 공단이 전액 부담하는 것이 아니라 '일부'를 피보험자가 부담하게 되는데(건보법 제44조[22]),[23] 이에 따라 공단이 부담하는 요양급여비용을 공단부담금, 피보험자가 부담하는 요양급여비용을 본인일부부담금이라 한다. 본인일부부담금은 요양급여비용 중 일정 비율을 정하는 방식으로 지정된다(건보법 시행령 제19조, 별표2).

이처럼 국민건강보험은 요양급여를 시행함으로써 손해 전부를 보장하는 전부 보험과 같은 외형을 갖추고 있으나, 피보험자에게 요양급여비용 중 일부 비

---

20) 건보법 제41조(요양급여)
① 가입자와 피부양자의 질병, 부상, 출산 등에 대하여 다음 각 호의 요양급여를 실시한다. 각호 생략

21) 건보법 제42조(요양기관)
① 요양급여(간호와 이송은 제외한다)는 다음 각 호의 요양기관에서 실시한다. 이 경우 보건복지부장관은 공익이나 국가정책에 비추어 요양기관으로 적합하지 아니한 대통령령으로 정하는 의료기관 등은 요양기관에서 제외할 수 있다.
1.「의료법」에 따라 개설된 의료기관
2.「약사법」에 따라 등록된 약국
3, 4, 5호 각 생략.

22) 건보법 제44조(비용의 일부부담) 요양급여를 받는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 비용의 일부(이하 "본인일부부담금"이라 한다)를 본인이 부담한다.

23) 보건복지부는 요양급여비용 '전부'를 피보험자가 부담하는 요양급여를 지정하고 있는데(이른바 100대100, 건보법 시행령 제19조, 별표2 제5호, 건보법 시행규칙 제16조, 별표6), 이는 임의비급여 금지라는 무리한 제도를 정당화하기 위한 기형적인 제도라고 할 수 있다. 임의비급여 금지는 의료보험이 통합되어 국민건강보험법이 제정되기 전에는 법령에 아무런 근거 없이 고시에서 규정하고 있었고, 국민건강보험법의 제정 이후 법률의 위임 없이 국민건강보험법 시행령 제19조 제3항 후문에서 규정하고 있을 뿐 법률에 근거가 없는 제도이다. 이러한 임의비급여 금지 제도의 정당성을 확보하기 위하여 보험급여라는 명분에도 부합하지 않는 기형적인 제도를 유지하는 것이 타당한지 검토할 필요가 있다.

율을 부담하게 함으로써 실질적으로는 보장비율을 정한 상해보험의 성격을 갖는다. 따라서 일응 상대설에 따라 구상 범위를 정하는 것이 가장 합리적인 것으로 보인다.

그러나 국민건강보험은 사회보험의 일종으로서 상법이 아닌 건보법의 규율을 받는다. 사회보험은 부의 재분배 기능도 수행할 수 있기 때문에 국민건강보험에 따른 급여는 보험료와 대가관계에 있다고 단정하기도 어렵다. 또한 사회보험의 보장범위는 재정안정성, 경제 규모 등을 고려하여 입법자가 재량에 의하여 정할 수 있는 것이므로 보험자의 구상 범위도 입법에 의하여 정하여지고, 그것이 재량의 한계를 일탈한 것이 아닌 이상 가장 합리적인 것이 아니라고 하여 이를 위헌이라고 볼 수도 없다.

결국, 건보법에 따른 공단의 구상금에 관하여는, 그것이 입법재량의 한계를 일탈한 것이 아닌 이상 건보법의 해석론에 따라야 한다. 이를 위하여 먼저 구상 범위에 관한 판례의 입장, 근거 조문을 확인한 후 건보법의 체계적, 통일적 해석에 의하여 구상 범위를 검토하고, 이를 산재법의 해석에 따른 구상 범위와 비교하고자 한다.

2. 구상 범위에 관한 판례의 입장

판례는 국민건강보험 외에 또 다른 사회보험의 하나인 산업재해보상보험에 따라 보험자가 행사하는 구상의 범위를 동일하게 취급하여 절대설에 따라 판단하고 있다. 즉, 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다50149 판결에서 “산업재해보상보험법 또는 국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 제3자에 대하여 손해배상청구를 할 경우 그 손해발생에 피해자의 과실이 경합된 때에는 먼저 산정된 손해액에서 과실상계를 한 다음 거기에서 보험급여를 공제하여야 하고, 그 공제되는 보험급여에 대하여는 다시 과실상계를 할 수 없으며, 보험자가 불법행위로 인한 피해자에게 보험급여를 한 후 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권을 대위하는 경우 그 대위의 범위는 손해배상채권의 범위

내에서 보험급여를 한 전액이다."고 판시한 이래 일관하여 건보법에 따른 구상 범위나 산재법에 따른 구상 범위를 모두 절대설에 따라 판단하고 있다.[24]

3. 구상권 발생의 근거 규정과 일반론

건보법 제58조(구상권)

① 공단은 제3자의 행위로 보험급여사유가 생겨 가입자 또는 피부양자에게 보험급여를 한 경우에는 그 급여에 들어간 비용 한도에서 그 제3자에게 손해배상을 청구할 권리를 얻는다.

② 제1항에 따라 보험급여를 받은 사람이 제3자로부터 이미 손해배상을 받은 경우에는 공단은 그 배상액 한도에서 보험급여를 하지 아니한다.

산재법 제87조(제3자에 대한 구상권)

① 공단은 제3자의 행위에 따른 재해로 보험급여를 지급한 경우에는 그 급여액의 한도 안에서 급여를 받은 자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위한다. 단서 생략.

② 제1항의 경우에 수급권자가 제3자로부터 동일한 사유로 이 법의 보험급여에 상당하는 손해배상을 받으면 공단은 그 배상액을 대통령령으로 정하는 방법에 따라 환산한 금액의 한도 안에서 이 법에 따른 보험급여를 지급하지 아니한다.

상법 제682조 제1항과 달리, 건보법 제58조 제1항은 제3자에 대한 손해배상청구권을 얻는다고만 할 뿐 '피보험자'의 손해배상청구권을 취득하는 것인지 명시하지 않고 있고, 산재법 제87조 제1항은 대위한다고만 규정할 뿐 보험자가 피보험자의 손해배상청구권을 '취득'하는지는 명시하지 않았다. 그러나 판례는 산재법상 구상권과 관련하여 피보험자의 손해배상청구권이 동일성을 유지한 채 보험자에게 이전하는 것으로 해석하고 있고(대법원 1990. 2. 23.

24) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007다48219 판결; 대법원 2008. 5. 8. 선고 2008다641 판결; 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다5735 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다44563 판결; 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다82633, 82640 판결; 대법원 2010. 4. 29. 선고 2010다7294 판결; 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009다61612, 2009다61629 판결; 대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다13732 판결; 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다2428, 2435 판결; 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다30560 판결; 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다955 판결; 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다95611 판결 등.

선고 89다카22487 판결, 대법원 2008. 1. 31. 선고 2007다60868 판결), 건보법상 구상권도 달리 볼 이유는 보이지 않는다(아래에서 볼 2014다206853 판결은 '피해자를 대위하여 얻는 손해배상채권'이라고 판시하고 있다).

따라서 보험급여의 지급과 손해배상채권 소멸의 선후에 따른 법률관계, 소멸시효의 기간과 기산점 등에 관한 상법상 보험자의 청구권대위에서의 논의는 건보법이나 산재법에 따른 구상권에서도 동일하게 적용된다.

다만 판례는 산재법상 보험자가 보험급여를 한 경우에 보험자에게 이전하는 피보험자의 손해배상청구권에 관하여, 그 손해의 성질이 동일하여 상호보완적 관계에 있는 것 사이에서만 이전하는 것으로 보고 있다(대법원 1993. 12. 21. 선고 93다34091 판결[25]).

위 법리와 관련하여 공단이 요양급여를 한 후 취득하는 피보험자의 손해배상청구권의 범위가 진료비 지출로 인한 손해배상청구권 전부인지, 공단이 요양급여로 시행한 의료행위 내지 공단이 공단부담금을 지급한 의료행위로 인하여 지출한 진료비로 인한 손해배상청구권에 국한되는지 문제되었다.

이에 관하여 서울고법 2011. 3. 11. 선고 2010나77592 판결은 "원고가 국민건강보험법 제53조 제1항에 의해 대위할 구상권의 범위는 보험급여의 범위 내에서 그와 소송물을 같이 하는 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권인바, 이 사건 사고와 상당인과관계 있는 치료비이면 충분하고 반드시 보험급여 실시와 관련되는 것에 한정되지는 않는다."고 판단하였다. 위 판결의 법리대로라면 진료비 지출로 인한 손해배상액은 물론 개호비, 장례비 등 적극적 손해로 인한 손해배상청구권 전부에 대하여 구상권을 행사할 수 있다는 취지이므로 93다34091 판결에 반한다.

---

25) 사용자의 불법행위로 인하여 재해를 입은 경우에 피해자가 근로기준법이나 산업재해보상보험법에 따라 휴업급여나 장해급여 등을 이미 지급받은 경우에 그 급여액을 일실이익의 배상액에서 공제하는 것은 그 손해의 성질이 동일하여 상호보완적 관계에 있는 것 사이에서만 이루어질 수 있으므로, 피해자가 수령한 휴업급여금이나 장애급여금이 법원에서 인정된 소극적 손해액을 초과하더라도 그 초과부분을 그 성질을 달리하는 손해의 배상액을 산정함에 있어서 공제할 것은 아니다.

최근 대법원은 "국민건강보험공단이 피해자를 대위하여 얻는 손해배상채권은 피해자의 전체 손해배상채권 중 건강보험 보험급여와 동일한 사유에 의한 손해배상채권으로 한정된다. 따라서 손해의 발생 또는 확대에 피해자의 과실이 경합한 경우에 위 규정에 따라 국민건강보험공단이 가해자에 대하여 주장할 수 있는 손해배상채권액은 전체 손해배상채권이 아니라 국민건강보험공단이 대위하여 얻는 손해배상채권, 즉 건강보험 보험급여와 동일한 사유에 의한 손해배상채권에 과실상계를 한 범위 내에서 보험급여에 들어간 비용을 한도로 산정하여야 한다."고 판시하여 공단이 취득하는 구상권의 한계를 명확히 하였다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2014다206853 판결).

이러한 문제는 판례가 공단의 구상 범위와 관련하여 절대설을 취하였기 때문에 발생한다. 상대설을 취하는 경우 위와 같은 문제는 아예 발생하지 않는다.

4. 구상 범위에 관한 해석

가. 건보법 제58조 제1항과 산재법 제87조 제1항의 해석

건보법 제58조 1항과 산재법 제87조 제1항 본문은 그 구조가 유사하다. 또한 위 두 조항은 구상 범위에 관하여 구체적으로 명시하지 않고 있다. 여기에 위 두 조항이 그 급여에 들어간 비용 한도(산재법의 경우 그 급여액의 한도) 외에는 구상 범위를 제한하는 구체적인 문구가 없어 문언해석상 절대설에 따른 해석이 자연스러워 보이는 점을 보태어 보면, 건보법에 따른 구상권과 산재법에 따른 구상권을 동일시하고 피보험자의 이익보다 보험재정의 건전성을 우선시하는 판례의 해석도 가능한 것으로 보인다.

공단의 구상 범위에 관하여 상대설을 취하면서 판례에 대하여 비판적인 견해들[26]도 있으나, 대부분 절대설을 취하는 것보다 상대설을 취하는 것이 합리

---

26) 서울중앙지방법원 교통 산재손해배상실무연구회, 「손해배상소송실무: (교통·산재)」, 한국사법행정학회, 2005; 황중연, "국민건강보험공단의 제3자에 대한 구상권의 범위", 『판례연구회 논문집』, 창간호, 서울동부지방법원, 2013, 190면 이하.

적인 해석이라는 점을 토대로 하고 있을 뿐, 법조문에 기초한 근거를 제시하지는 않고 있다.

절대설을 취하는 경우 가해자의 불법행위라는 우연적 사정에 의하여 피보험자 고유의 권리가 보험자에게 이전하는 결과 피보험자의 이익을 해하고, 이와 같은 피보험자의 희생 아래 보험재정의 건전성을 도모할 수 있다는 점에서 불합리한 것은 사실이다. 그러나 앞서 가항에서 본 바와 같은 사회보험의 특성, 건보법 제58조 제1항, 산재법 제87조 제1항의 문언에 비추어 보면, 건보법이나 산재법의 조문에 기초하지 않고 가치판단에 기초한 해석만으로는 판례의 해석보다 상대설이 타당하다고 단정하기에 어려움이 있다.

이에 아래에서는 건보법의 체계적, 통일적 해석에 기초하여 공단의 구상 범위를 어떻게 해석하는 것이 타당한지 검토하고자 한다. 법률의 체계적, 통일적 해석에 요청에 의하면, 특단의 사정이 없는 이상 보험급여가 먼저 이루어진 경우의 최종적인 부담의 귀속과 손해배상이 먼저 이루어진 경우의 최종적인 부담의 귀속은 동일하여야 한다. 따라서 제3자의 손해배상이 이루어진 경우 공단의 면책범위를 파악하여야 하고 이를 위하여 먼저 건보법 제58조 제2항을 해석론을 검토하기로 한다.

나. 건보법 제58조 제2항의 해석[27)]

(1) 개정연혁

건보법 제58조 제2항은 "제1항에 따라 보험급여를 받은 사람이 제3자로부터 이미 손해배상을 받은 경우에는 공단은 그 배상액 한도에서 보험급여를 하지 아니한다."고 규정한다. 여기서 "제1항에 따라 보험급여를 받은 사람" 부분은 "보험급여를 하지 아니한다."라는 부분과 모순적이다.

의료보험 통합이 이루어지기 전 시행되던 의료보험법은 제46조 제2항에서

---

27) 건보법 제58조 제2항을 같은 조 제1항과 유기적으로 해석하는 방법론에 관하여는 김연희, 앞의 논문, 71~73면에 인용된 졸견을 재인용하였다.

“제1항의 경우에 있어서 보험급여를 받을 자가 제3자로부터 이미 손해배상을 받은 때에는 보험자는 그 배상액의 한도 내에서 보험급여를 하지 아니한다.”고 규정하고 있었다(국민의료보험법 제42조 제2항도 같다). 이 조항은 ‘보험급여를 받을 자’라고 규정하여 어떠한 모순점도 없이 쉽게 ‘제3자의 손해배상이 먼저 이루어진 경우 공단은 그 배상액의 한도에서 보험급여를 하지 않는다.’고 해석된다.

그런데 의료보험 통합이 이루어지면서 제정된 건보법 제58조 제2항은 “제1항에 따라 보험급여를 받은 사람”이라고 규정하면서 모순적인 규정이 되어 버렸고, 건보법의 제정취지나 입법 자료에도 건보법 제58조 제2항이 의료보험법 제46조 제2항과 달라진 이유에 관하여는 아무런 언급이 없다.

(2) 해석론

건보법 제58조 제2항에 대하여 “제1항에 따라 보험급여를 받은 사람” 부분을 문언 그대로 해석하고 “보험급여를 하지 아니한다.” 부분을 ‘요양급여비용을 지급하지 않는다.’고 해석하는 견해가 있을 수 있다. 그러나 이러한 해석은 아래와 같은 여러 가지 근거에 비추어 타당하지 않다.

첫째, 위 해석에 따르면 건보법 제58조 제2항은 ‘보험급여가 이루어진 후 요양급여비용이 지급되기 전 손해배상이 이루어진 경우’라는 한정적인 경우만을 규율하는 것이고, ‘보험급여가 이루어지기 전 손해배상이 이루어진 경우’와 같은 일반적인 경우에 관하여는 입법의 공백이 생기는바, 이를 정상적인 입법이라고 보기 어렵다.

둘째, 건보법 제58조 제1항에서는 ‘보험급여’를 ‘요양급여’의 의미로 사용하고 ‘요양급여비용’은 ‘급여에 들어간 비용’으로 명확히 용어를 나누어 사용하고 있음에도 불구하고 제2항에서 보험급여의 의미를 제1항과 달리 ‘요양급여비용’의 의미로 해석하는 것은 합리적인 법률해석 방법이라고 보기 어렵다.

셋째, 입법자가 의료보험법이나 국민의료보험법을 폐지하고 건보법을 제정

하면서 그 내용을 “제3자의 손해배상이 먼저 이루어진 경우 공단은 그 배상액의 한도에서 보험급여를 하지 않는다.”에서 “제3자의 손해배상이 이루어지기 전 받은 보험급여에 대하여는 공단부담금을 지급하지 않는다.”로 개정하고자 하면서도 조사 하나만을 바꾼 채 전항에서 본 바와 같은 중요 용어의 사용은 그대로 두고 있는 실수를 범하였다고 보기 어렵다.

넷째, 요양급여비용은 피보험자가 아니라 요양기관에게 지급하는 것이다. 그런데 피보험자가 손해배상을 받았다는 이유로 공단이 요양급여비용의 지급의무를 면한다면 손해배상을 받은 피보험자가 아니라 요양기관에 그 책임을 전가하는 결과가 된다.

따라서 “제1항에 따라 보험급여를 받은 사람” 부분은 제3자의 손해배상 전에 이미 보험급여를 받은 경우를 의미하는 것이 아니라 ‘제1항에 따라 보험급여를 받는 자’로서 그 주체를 특정 하는 의미로 해석하는 것이 타당하다. 이러한 해석이 “이미 손해배상을 받은 경우”와도 조화를 이루는 해석이다.

건보법 제58조 제2항의 문언상 “배상액”은 가해자로부터 받은 손해배상액을 의미함이 명백하고, “보험급여”는 같은 조 제1항과 마찬가지로 현물급여로서의 요양급여를 의미하는 것으로 해석된다.

결국 건보법 제58조 제2항은, 보험급여에 앞서 손해배상이 이루어진 경우에는 그 배상액의 한도 내에서는 보험급여를 하지 않고(비급여로 진료하고) 그 배상액의 한도를 넘어서는 경우에만 보험급여를 한다고 해석하는 것이 타당하다.

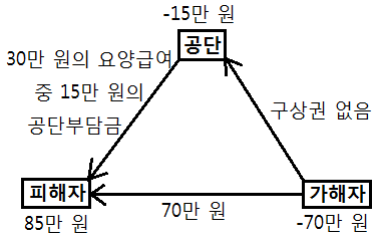
한편, 건보법 제58조 제2항은 피보험자가 제3자로부터 받은 손해배상액에 상당한 부분을 보험급여에서 제외하는 취지일 뿐이므로, 요양급여가 이루어진 후 요양급여비용의 분담에 관하여는 아무런 영향을 미치지 않는다.

다. 제1항과 제2항의 비교

제1항과 제2항에 따른 손해의 최종적인 귀속 부분을 비교하기 위하여, 가해

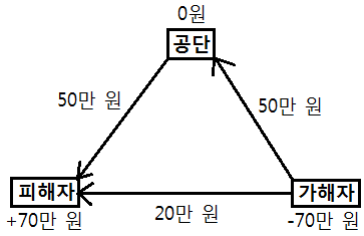
자의 불법행위로 100만 원의 진료비 손해가 발생하였고, 피보험자의 과실로 인한 과실상계 비율은 30%이며, 본인일부부담금의 비율이 50%인 경우를 상정한다.

가해자가 먼저 70만 원의 손해배상금을 지급한 경우, 공단은 70만 원의 범위에서 보험급여를 하지 아니하므로 그 부분은 비급여로 처리될 것이고, 나머지 30만 원에 관하여는 보험급여가 이루어진다. 30만 원의 요양급여에 대한 요양급여비용은 피보험자가 본인일부부담금의 비율에 따라 15만 원을 부담하고, 공단이 15만 원을 부담한다. 결국 피보험자의 손해 중 손해배상금으로 70만 원, 공단부담금으로 15만 원이 회복된다. 가해자가 이미 손해배상금을 지급하여 피보험자의 가해자에 대한 손해배상청구권이 소멸하였으므로 그 이후 공단이 보험급여를 하였더라도 공단의 가해자에 대한 구상권은 성립하지 않는다.

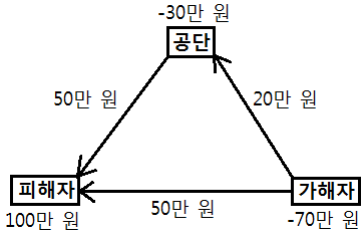


위 결과와 비교하기 위하여 제3자가 손해배상을 하지 않은 상태에서 요양급여가 이루어져 건보법 제58조 제1항에 따른 구상권이 발생한 경우의 구상 범위를 각 견해에 따라 검토한다.

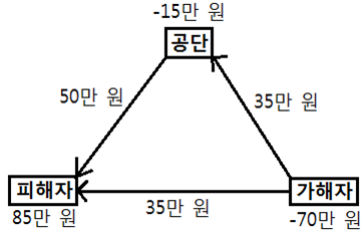
절대설에 의하면, 공단은 가해자에게 공단부담금 50만 원 전액을 구상할 수 있으므로 결국 아무런 부담을 하지 않은 셈이 되고 피보험자는 공단부담금 50만 원 외에 가해자로부터 20만 원을 받게 되어 손해액 중 70만 원을 회복할 수 있다.



차액설에 의하면, 피보험자는 공단부담금 50만 원과 가해자에 대한 손해배상청구권 50만 원으로 100만 원의 손해 전부가 회복되고, 공단은 공단부담금 50만 원을 부담한 후 20만 원만 구상할 수 있으므로 결국 최종적으로 30만 원을 부담하는 셈이 된다.



상대설에 의하면, 공단은 공단부담금 50만 원을 부담한 후 가해자에게 35만 원(= 손해배상청구권 70만 원 × 공단부담금 50만 원 / 진료비 손해액 100만 원)을 구상할 수 있으므로 15만 원을 부담하게 되고, 피보험자는 공단부담금 50만 원 외에 피보험자에 대한 손해배상청구권 35만 원을 행사하게 되어 결국 85만 원의 손해가 회복된다.



위 검토결과를 손해배상이 보험급여에 선행하여 건보법 제58조 제2항이 적용되는 경우와 비교하면 아래 표와 같이 건보법 제58조 제1항의 구상 범위에 관하여 상대설을 취하는 것이 건보법 제58조 제2항에 따른 손해의 분담 결과와 일치한다.

부담액		보험자	피보험자	가해자
건보법 제58조 제2항		15만 원	15만 원	70만 원
건보법 제58조 제1항	절대설	0원	30만 원	70만 원
	상대설	15만 원	15만 원	70만 원
	차액설	30만 원	0원	70만 원

결국 건보법 제58조 제1항과 제2항을 통일적, 체계적으로 해석하는 경우 공단의 구상 범위는 상대설에 따르는 것으로 보는 것이 타당하다.

절대설을 취한 판례 법리는 국민건강보험의 재정건전성을 우선시하고 건보법 제58조 제1항에서 구상 범위를 명시적으로 제한하고 있지 않다는 점을 중시한 나머지 건보법 제58조 제1항과 제2항을 통일적으로 해석하는 것을 소홀히 한 것으로 보이고, 이는 변경되어야 한다.

라. 산재법에 따른 근로복지공단의 구상권

판례는 건보법에 따른 구상 범위와 산재법에 따른 구상 범위를 동일하게 파악하고 있다. 그러나 산재법은 여러 가지 면에서 건보법과 다르다.

산재법상 요양급여의 경우 본인부담금이 없기 때문에 실질적으로도 전부보험의 성격을 가지고(산재법 제40조, 제42조), 따라서 구상 범위와 관련한 문제가 발생할 여지가 없다. 간병급여(산재법 제61조, 산재법 시행령 제59조), 장의비(산재법 제71조, 산재법 시행령 제66조) 역시 개념적으로 전부 보험을 추구하고 있으나, 구체적인 간병비 손해액의 산정에 관하여 실제 간병비, 장의비 지급액(차액설)이 아니라 합리적으로 산출한 간병비, 장의비(평가설)를 기초로 하는 점만 차이가 있다.

산재법상 휴업급여(산재법 제52조), 장해급여(산재법 제57조), 유족급여

(산재법 제62조) 등은 손해배상 사건에서 손해액을 셈하는 방법과 다른 방법으로 급여액을 셈한다. 이는 사회보험의 성격상 산업재해를 입은 피보험자에게 실제 발생한 손해액과 무관하게 통상임금의 일정 비율에 해당하는 돈을 지급함으로써 기존 생활에 가까운 생활을 영위할 수 있도록 하는 취지로 해석하는 것이 타당하다.

이처럼 산재법상 급여의 성격(전부 보험 또는 사회보험의 성격에 따른 급여)이 건보법상 급여의 성격(보장비율을 정한 인보험)과 다르기 때문에 손해배상이 먼저 이루어진 경우 근로복지공단이 보험급여를 면하는 범위에 관한 산재법 제87조 제2항의 관련 규정도 건보법 제58조 제2항의 규정과 다르다.

산재법 제80조 제2항, 제3항, 제87조 제2항, 산재법 시행령 제81조, 제76조의 규정을 종합하면, 관념적으로는 근로복지공단이 피재자가 받은 손해배상금 전액에 해당하는 급여의무를 면하게 된다[28](산재법상 구상 범위는 본고의 주된 쟁점이 아니므로 자세한 검토는 생략한다). 따라서 산재법 제87조 제1항에 따른 구상 범위도 절대설에 따라 해석하는 것이 산재법 제87조 제2항과의 통일적, 체계적 해석에 부합한다.

IV. 그 밖의 논점

1. 손해배상을 받은 피보험자에 대한 요양급여의 효력

건보법 제58조 제2항에 의하면, 피보험자가 이미 손해배상을 받은 경우에는 그 배상액의 한도에서 요양급여 청구권을 상실한다. 그런데 현실적으로 요양기관이 요양급여를 시행하면서 피보험자가 손해배상을 받았는지 파악하기

28) 다만 손해배상액 산정일과 보험급여액 산정기준일의 평균임금이 달라지면 피보험자가 받은 손해배상액과 근로복지공단이 면하는 보험급여액에 차이가 있을 수 있으나(요양급여의 경우 평균임금을 기초로 하지 않으므로 이러한 차이도 발생하지 않는다), 이러한 차이는 서로 다른 기준일 사이에 손해액 산정의 기초가 되는 평균임금이 바뀌었기 때문에 발생한 것일 뿐이다.

어렵고, 따라서 손해배상을 받았는지 여부와 무관하게 요양급여가 이루어질 가능성이 크다. 이 경우 공단, 요양기관, 피보험자의 법률관계가 어떻게 되는지도 검토할 필요성이 있다.

요양기관의 피보험자에 대한 요양급여의 시행에 관하여는, 채권의 준점유자에 대한 변제(민법 제470조[29])로서 효력이 인정될 여지가 있다. 피보험자가 손해배상을 이미 받았음을 고지하지 않는 이상 요양기관이 이를 알기 어렵고, 또한 요양기관이 최선의 의료를 제공할 주의의무를 부담하는 외에 손해배상을 받았는지 여부를 확인해야 할 주의의무가 있다고 볼 근거가 없으므로 요양기관이 피보험자에게 이를 확인하지 않았다고 하여 이를 과실로 보기도 어렵다.

요양기관의 요양급여가 민법 제470조에 의하여 유효한 것으로 인정되면, 요양급여를 위탁한 공단은 요양기관에 공단부담금을 지급하고, 피보험자로부터 공단부담금을 징수하게 된다(건보법 제57조 제1항[30]).

2. 청구권대위와 손익상계의 관계

실무에서는 피해자가 가해자를 상대로 제기한 손해배상 사건에서 피해자가 보험자로부터 수령한 돈을 손익상계로 취급하여 공제하고 있다. 그러나 피해자는 청구권대위에 의하여 보험자에게 권리가 이전되어 그 권리를 상실하므로, 결국 피해자는 상실하는 청구권 금액의 범위 내에서는 보험금의 수령으로 인하여 얻은 이익이 없게 된다.

피해자가 수령한 보험금 중 일정 부분이 공제되는 이유는 그 금액만큼 이익을 얻었기 때문이 아니라 청구권대위에 의하여 보험자에게 이전됨으로써 그

---

29) 민법 제470조(채권의 준점유자에 대한 변제)
채권의 준점유자에 대한 변제는 변제자가 선의이며 과실 없는 때에 한하여 효력이 있다.

30) 건보법 제57조(부당이득의 징수)
① 공단은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람이나 보험급여 비용을 받은 요양기관에 대하여 그 보험급여나 보험급여 비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다.

금액에 상당한 청구권을 상실하였기 때문이다. 따라서 피보험자가 수령한 보험금 중 일정 부분을 손익상계로 취급하는 실무는 타당하지 않다.

물론 청구권대위는 ① 피해자에게 손해액 이상의 이익을 주는 것은 손해보험 제도의 취지에 반하고, ② 그 이익을 가해자가 향유하는 것도 불합리하다는 점에 그 이론적 근거를 두고 있는데(대법원 1989. 4. 25. 선고 87다카1669 판결), 그중 ①항이 손익상계의 이론적 근거와 일치하기는 한다. 그러나 청구권대위의 구체적인 범위는 사적 자치, 약관규제법 등 관련 법률, 사회보험의 성격 등에 따라 정해지는 것이기 때문에 손익상계의 법리에 따른 공제 범위와 반드시 부합하는 것은 아니다. 따라서 보험자의 청구권대위 범위에 관한 법리와 손익상계의 법리를 혼동하면 안 된다.

판례도 실무관행과 유사한 오류를 범하고 있다. 손익상계와 과실상계의 선후에 관한 초기의 두 판례(대법원 1973. 10. 23. 선고 73다337 판결[31], 대법원 1981. 6. 9. 선고 80다3277 판결[32])는 휴업급여의 공제 순서에 관한 사안이었다.[33] 휴업급여를 지급한 보험자의 구상 범위에 관하여는 전액설이 타당

31) 손해가 발생하였고 그 손해발생으로 인하여 이득이 생겼고 동시에 그 손해발생에도 피해자에게 과실이 있어 과실상계를 하여야 할 경우에는 먼저 산정된 손해액에다 과실상계를 한 후에 손해발생으로 인하여 생한 이득을 공제하여야 하는 것이 이론상 타당하다할 것이라 함은 논지가 지적하는 바와 같으나, 이 사건에 대하여 과실상계를 한 원심판결을 보건대 "사고발생에 있어서 피해자인 동 원고에게도 과실이 있었던 만큼 이를 참작할 때 피고는 동 원고에게 위 사고로 인한 재산상의 손해로서 금 280,000원을 배상함이 상당하다 할 것이다"라고 인정하였는바, 위의 설시는 그 표현이 불확실한 점이 없지 않으나 이는 산정된 손해액에 대하여 과실상계를 한 후에 휴업급여금을 공제하고 동 원고에게 지급하여야 할 손해금이 금 280,000원이라고 인정한 것이라고 볼 수 있으므로 원판결은 논지가 지적하는 바와 같은 이론에 어긋나는 판단을 하였다고 볼 수 없다.

32) 원심은 원고 OOO이가 이 사건 사고로 입은 손해인 일실이익금 17,991,329원, 일실퇴직금 3,302,969원, 향후 치료비 801,000원 등 도합 22,095,198원에서 피고로부터 수령한 휴업급여금 329,981원을 먼저 공제한 다음 그 잔액 21,765,217원에 대하여 과실상계를 하고 피고가 배상할 금액을 11,000,000원으로 정하였으나 손해발생으로 인하여 피해자에게 이득이 생기고 한편 그 손해발생에 피해자의 과실이 경합되어 과실상계를 하여야 할 경우에는 먼저 산정된 손해액에다 과실상계를 한 후에 위 이득을 공제하여야 할 것이므로(당원 1973.10.23. 선고 73다337 판결 참조) 원판결은 이 점에서도 배상액 산정을 그르친 위법이 있다.

33) 73다337 판결의 경우 원심판결을 찾을 수 없어 산재법상의 휴업급여인지는 알 수 없으나, 산업재해보상보험이 아닌 다른 사회보험에 따른 휴업급여라 하더라도, 그 법률에 따라 청구권대위의 범위를 정하고 이를 손해액에서 공제하여야 하는 점은 달라지지 않는다.

하므로, 피보험자가 지급받은 휴업급여는 과실상계를 반영한 손해배상청구권액수에서 공제하는 것이 맞지만, 이는 손익상계의 일반 법리에 따른 것이 아니라 산재법의 규정에 따라 청구권대위의 범위가 결정되기 때문이다.

후속 판례에서는 산재법상 청구권대위의 범위에 관하여도 관련법령의 해석에 의하여 판단하지 않고, 앞선 두 판례에서 언급한 손익상계와 과실상계의 선후에 관한 법리를 원용하며 청구권대위의 범위를 판단하기도 하였다(대법원 1989. 4. 25. 선고 88다카5041 판결[34]).

이후 실제 손익상계의 일반 법리가 적용되어야 하는 사안에서 휴업급여에 관한 앞선 판례를 원용하며 상계 후 공제설을 취하였다(대법원 1990. 5. 8. 선고 89다카29129 판결[35]). 이 판례는 실제 손익상계의 일반 법리가 적용되어야 할 사안에서 손익상계와 과실상계의 선후에 관하여 판단한 판례이지만 별도의 검토 없이 휴업급여에 관한 기존 판례를 원용하는 데 그치고 있어 아쉬움이 있다.

그 후에도 실제 손익상계의 일반 법리가 적용되어야 할 사안에서 과실상계뿐 아니라 책임제한의 경우에도 책임제한이 이루어진 후 손익상계를 하여야 한다는 판례가 나왔고(대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다37721 판결[36]), 상

---

34) 산업재해보상보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 제3자에 대하여 손해배상청구를 하고 그 손해발생에 피해자의 과실이 경합된 때에는 먼저 산정된 손해액에다 과실상계를 한 후 거기에서 보험급여를 공제하여야 하고(당원 1981.6.9. 선고 80다3277 판결; 1973.10.23. 선고 73다337 판결 등 참조) 그 공제되는 보험급여에 대하여는 다시 과실상계 할 수 없으므로 국가가 산업재해보상보험법 제15조 제1항에 의하여 제3자에게 구상하는 범위도 보험급여를 한 전액이다.

35) 원심은 이 사건 사고로 인한 피해자 측의 손해액을 계산함에 있어 설시 손해액에서 설시 이득을 먼저 공제한 다음 여기에서 다시 피해자 측의 과실을 상계하는 방식으로 하고 있음을 알 수 있으나 손해가 발생하고 그 손해발생으로 이득이 생기고 동시에 그 손해발생에 피해자에게도 과실이 있어 과실상계를 하여야 할 경우에는 먼저 산정된 손해액에서 과실상계를 한 다음에 위 이득을 공제하여야 하는 것(당원 1973.10.23.선고 73다337판결 참조)이므로 원심의 위와 같은 판단은 배상액 산정을 잘못한 위법을 범한 것이고 이는 이 사건에 적용되어야 할 1990.1.13.법률 제4203호로 개정되기 전의 소송촉진등에관한특례법 제12조 제2항 소정의 판결 파기사유에 해당하는 것이므로 이 점을 비난하는 논지는 이유 있다.

36) 불법행위 또는 채무불이행에 관하여 채권자의 과실이 있고 채권자가 그로 인하여 이익을 받은 경우에 손해배상액을 산정함에 있어서는 과실상계를 한 다음 손익상계를 하여야

계 후 공제설을 거듭 확인한 판례(대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다87621 판결[37])도 나옴으로써 상계 후 공제설은 판례의 확립된 입장이 되었다.

그러는 한편, 초기 두 판례의 법리는 점점 확대되어 산재보험이 아닌 일반 손해보험의 경우에까지 청구권대위의 범위를 절대설에 따라 본 후, 이를 토대로 손익상계와 과실상계의 선후를 판단하는 판례(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008다27721 판결[38]), 더 나아가 인보험의 경우까지 상계 후 공제설에 따라 청구권대위의 범위를 절대설에 따라 판단하는 판례(앞서 본 대법원 2013. 4. 25. 선고 2011다94981 판결)까지 발전하였다.

그중 2008다27721 판결은 전원합의체 판결에 의하여 변경되었다(대법원 2015. 1. 22. 선고 2014다46211 전원합의체 판결[39]). 이 최근의 전원합의

하고(대법원 1990. 5. 8. 선고 89다카29129 판결, 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다24340 판결 등 참조), 이는 과실상계뿐만 아니라 손해부담의 공평을 기하기 위한 책임제한의 경우에도 마찬가지이다.
원심은, 이 사건 채무불이행으로 인한 원고의 손해액을 계산함에 있어 그 판시 손해액에서 이득을 먼저 공제한 다음 여기에서 다시 기록에 나타난 여러 사정을 참작하여 손해부담의 공평을 기하기 위한 책임제한을 가하는 방식으로 계산하였는바, 이러한 원심판결에는 손해배상액 산정에 관한 법리오해의 위법이 있다 할 것이고, 이러한 위법은 판결에 영향을 미쳤음이 분명하다.

37) 손해발생으로 인하여 피해자에게 이득이 생기고 한편 그 손해발생에 피해자의 과실이 경합되어 과실상계를 하여야 할 경우에는 먼저 산정된 손해액에 과실상계를 한 후에 위 이득을 공제하여야 한다(대법원 1973. 10. 23. 선고 73다337 판결 등 참조).

38) 보험금을 지급한 보험자는 상법 제682조 소정의 보험자대위제도에 따라 그 지급한 보험금의 한도 내에서 피보험자가 제3자에게 갖는 손해배상청구권을 취득하는 결과 피보험자는 보험자로부터 지급을 받은 보험금의 한도 내에서 제3자에 대한 손해배상청구권을 잃고 그 제3자에 대하여 청구할 수 있는 손해배상액이 지급된 보험금액만큼 감소되므로(대법원 1988. 4. 27. 선고 87다카1012 판결 참조), 제3자의 피보험자에 대한 손해배상액에서는 피보험자가 지급받은 보험금을 공제하여야 한다. 한편 그 손해발생에 피보험자의 과실이 있다면 제3자의 피보험자에 대한 손해배상액을 산정함에 있어 과실상계를 먼저 한 다음 위와 같은 보험금을 공제하여야 하고, 이는 과실상계 뿐 아니라 손해부담의 공평을 기하기 위한 책임제한의 경우에도 마찬가지이다(대법원 1990. 5. 8. 선고 89다카29129 판결, 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다37721 판결 등 참조).

39) 손해보험의 보험사고에 관하여 동시에 불법행위나 채무불이행에 기한 손해배상책임을 지는 제3자가 있어 피보험자가 그를 상대로 손해배상청구를 하는 경우에, 피보험자가 손해보험계약에 따라 보험자로부터 수령한 보험금은 보험계약자가 스스로 보험사고의 발생에 대비하여 그때까지 보험자에게 납입한 보험료의 대가적 성질을 지니는 것으로서 제3자의 손해배상책임과는 별개의 것이므로 이를 그의 손해배상책임액에서 공제할 것이 아니다.

체 판결은 또한 상법상 손해보험에서 청구권대위의 범위가 상법에 따라 규율되는 점을 다시 한 번 천명함으로써 청구권대위의 범위는 손익상계와 과실상계의 선후와 무관하게 관련 법령이나 계약에 의해 결정된다는 점을 인정하고 있다.

이처럼 보험자의 청구권대위 범위가 손익상계와 과실상계의 선후와 무관하다는 점을 인정하는 이상, 산재법상 휴업급여의 공제 순서를 손익상계와 과실상계의 선후로 판단한 초기 두 판례와 위 두 판례를 원용하여 확립된 상계 후 공제설의 타당성도 원점에서 다시 검토하는 것이 타당하다.

판례가 손익상계와 과실상계의 선후에 관하여 원점에서 다시 검토한 결과 상계 후 공제설을 유지한다면, 아래와 같은 3가지 의문점이 해소되기를 바라마지 않는다.

첫째, 손익상계는 법률의 규정은 없지만 피해자가 손해액 이상의 이익을 얻는 것을 막기 위하여 해석상 인정되는 제도이다. 이러한 목적을 달성하기 위해서는 피해자가 얻은 이익을 피해자의 손해액에서 공제하는 것으로도 충분하다. 그럼에도 불구하고 피해자가 얻은 이익을 피해자의 손해배상채권액에서 공제하여야 할 필연적인 근거가 무엇인지 의문이 있다.

둘째, 손해의 공평한 분배라는 손해배상제도의 이상에 따라 불법행위로 인하여 피해자가 입은 손해는 과실상계나 책임제한 등의 법리로 가해자와 피해자 사이에 공평하게 분담하도록 한다. 그런데 불법행위로 인하여 피해자가 얻은 이익은 피해자의 손해액이 아니라 손해배상채권액에서 공제함으로써 피해자를 배제하고 전적으로 가해자의 이익으로 귀속시키는 것이 공평의 이념에

따라서 위와 같은 피보험자는 보험자로부터 수령한 보험금으로 전보되지 않고 남은 손해에 관하여 제3자를 상대로 그의 배상책임(다만 과실상계 등에 의하여 제한된 범위 내의 책임이다. 이하 같다)을 이행할 것을 청구할 수 있는바, 전체 손해액에서 보험금으로 전보되지 않고 남은 손해액이 제3자의 손해배상책임액보다 많을 경우에는 제3자에 대하여 그의 손해배상책임액 전부를 이행할 것을 청구할 수 있고, 위 남은 손해액이 제3자의 손해배상책임액보다 적을 경우에는 그 남은 손해액의 배상을 청구할 수 있다. 후자의 경우에 제3자의 손해배상책임액과 위 남은 손해액의 차액 상당액은 보험자대위에 의하여 보험자가 제3자에게 이를 청구할 수 있다(상법 제682조).

부합하는지도 의문이다.

셋째, 구체적인 사례에서 상계 후 공제설이 타당한지도 의문이다. 예를 들어 가해자의 불법행위 당시 자동차의 가치가 1천만 원이고, 불법행위 후 자동차의 가치는 4백만 원이며, 피해자의 과실이 60% 인정되고, 보험자가 보험금을 지급하고 구상권을 행사하는 경우를 상정한다.

만일 자동차의 수리비가 5,999,999원이 나온 상황이라면 보험자는 위 수리비를 부담한 후 청구권대위에 의하여 피해자의 손해배상채권액 약 240만 원(≒ 피보험자의 손해액 5,999,999원 × 가해자의 과실비율 40%)을 취득하여 행사하게 된다.

그런데 자동차의 수리비가 6,000,001원이 나온 상황이라면 이는 전손으로 간주되므로 피보험자에게 1천만 원을 지급하고 상법 제681조의 잔존물대위에 의하여 잔존물을 취득하게 된다. 이 경우 보험자가 취득한 잔존물은 손익상계의 대상으로 취급되므로[40], 보험자는 피해자의 손해배상채권액 400만 원(= 1천만 원 × 가해자의 과실비율 40%)에서 잔존물의 가치인 400만 원을 손익공제하면 구상권을 행사할 수 없게 된다. 과연 이러한 결과가 구체적으로 타당한지 의문이 있다.

3. 향후진료비

계속 진료를 받고 있는 피보험자가 가해자를 상대로 손해배상 청구의 소를 제기하는 경우 법원은 변론종결일까지 인정되는 공단부담금과 본인부담금을 더하여 피보험자의 손해액을 셈하고 과실상계, 책임제한 등을 한 후 그 금액에서 공단부담금을 공제하는 방법으로 기왕진료비 손해를 셈하였다(판례의 입장인 절대설에 따른 셈법이다). 한편 향후진료비에 관하여는 변론종결 후 발생할 것으로 인정되는 진료행위에 관한 요양급여비용 전체를 손해액으로 보고

40) 89다카29129 판결의 사안은 자동차가 아닌 선박이었을 뿐, 이와 유사한 사안이다. 위 판결은 보험자가 잔존물대위에 의하여 취득한 선박을 손익상계의 대상으로 판단하였다.

과실상계, 책임제한 등을 한 후 공단부담금을 공제하지 않은 채 향후진료비를 셈하였다(공단이 보험급여를 지급하지 않은 이상 피보험자의 손해배상청구권이 공단에 이전되지 않기 때문이다).

변론종결일과 판결에서 확인된 손해배상채무를 변제하는 날 사이에는 언제나 시간적 간격이 있을 수밖에 없다. 그런데 건보법상 요양급여는 원칙적으로 피보험자가 요양기관에서 치료를 받았을 때 현실적으로 보험급여가 이루어지고 공단은 즉시 그 보험급여의 한도 내에서 제3자에 대한 구상권을 취득하는 것이므로(대법원 2012. 9. 13. 선고 2012다39103 판결[41]), 변론종결일부터 손해배상액 지급일 사이에 이루어진 요양급여에 관하여는, 판결에서 셈한 손해배상채권액에는 공단부담금이 공제되어 있지 않은데 비하여 공단은 피보험자의 손해배상청구권을 취득하게 됨으로써 가해자에게 이중 변제의 위험이 발생한다.

그렇다고 가해자가 청구이의에 의하여 이를 다투고자 하여도 피보험자가 계속 진료를 받고 있는 이상 청구이의 소송의 변론종결일과 손해배상액 지급일 사이의 간격에 따른 이중 변제의 위험은 동일하게 반복된다.

공단이 요양급여비용의 삭감 여부를 판단하여 공단부담금을 확정하기까지 일정한 기간이 소요되기 때문에, 변론종결 전 2, 3개월의 진료비에 관하여도 동일한 문제가 발생한다. 이 결과는 공단이 공단부담금 확정절차를 지연함으로써 그 손해를 가해자가 입게 되는 것이므로 문제될 수 있으나, 가해자가 공단을 상대로 소송고지를 함으로써 문제점을 어느 정도 시정할 수 있다. 그러나 변론종결일과 손해배상액 지급일 사이의 요양급여로 인한 이중지급의 위험은 소송법적 수단을 통하여 극복하기 어렵다.

이 문제를 해결하기 위해서는 손익상계의 법리에 관하여 검토할 필요가 있

41) 국민건강보험법상의 요양급여는 원칙적으로 요양기관에 의하여 질병 또는 부상이 치유되기까지 요양케 하는 현물급여의 형태로 이루어진다고 할 것이므로, 피보험자가 요양기관에서 치료를 받았을 때 현실적으로 보험급여가 이루어지고 국민건강보험공단은 그 보험급여의 한도 내에서 제3자에 대한 구상권을 취득한다.

다.[42] 손익상계는 법률에 규정된 것이 아니라 손해의 공평한 분배를 위하여 해석상 인정되는 제도이다. 이처럼 그 요건이 법률에 의하여 엄격하게 규정된 것이 아니므로, 합리적인 결론이 도출될 수 있도록 그 요건을 해석하는 것이 가능하다.

변론종결일까지 심리한 결과 향후 진료비가 지출될 것으로 인정되는 경우 이를 손해배상채권액 계산의 기초로 삼을 수 있는 것에 대비하여 보면, 변론종결일까지 심리한 결과 피해자가 이익을 얻을 것으로 인정되는 경우 이를 손익상계로 반영하지 못할 이유는 별로 보이지 않는다. 다만, 손익상계의 법리 자체가 아니라 건보법 제58조 제2항의 해석론도 함께 병행하는 등 신중한 검토를 요한다.

만일 변론종결일까지 심리 결과 인정되는 변론종결 이후의 이익도 손익상계로 반영할 수 있다는 해석론이 성립하는 경우 이중 변제의 위험을 해소할 수 있을 뿐 아니라 피해자가 손해배상을 받은 후 요양급여를 받는 경우의 법률관계도 자연스럽게 해결될 수 있다. 이 경우 법원은 향후진료비에 관하여도 기왕진료비와 마찬가지로 본인일부부담금만 심리하여(상대설을 취하는 경우) 또는 요양급여비용과 본인일부부담금의 비율을 심리하여(절대설을 취하는 경우) 공단부담금을 공제한 합리적인 향후진료비 손해를 산정할 수 있고, 변론종결일과 손해배상액 지급일 사이의 간격에 따른 이중 변제의 위험은 발생하지 않는다.

V. 결론

상법상 보험자의 청구권대위 범위에 관한 문제는 일부 보험인 경우 피보험

---

42) 변론종결 전 이루어진 요양급여의 공단부담금이 손익상계가 아니라 청구권대위의 법리에 의하여 공제되지만, 변론종결 후 발생할 공단부담금에는 청구권대위가 적용되지 않는다. 따라서 손익상계의 법리를 검토할 필요가 있다.

자의 청구권이 손해액 전부에 미치지 못하는 때 생긴다. 이에 관하여 학설의 대립이 있으나, 일률적으로 판단할 것이 아니라 일부 보험의 보장 형태에 따라 나누어 판단하여야 한다. 보장한도를 정한 일부 보험의 경우 차액설을 취하는 것이, 보장비율을 정한 일부 보험의 경우 상대설을 취하는 것이 가장 합리적이다. 판례의 태도는 일부 이례적인 판례는 있으나 적어도 손해보험 중 보장한도를 정한 일부 보험의 경우에는 차액설을 취하는 것으로 정리되고 있다.

건보법과 산재법은 모두 사회보험을 규율하는 법이지만, 건보법상 요양급여는 '보장비율을 정한 일부 보험'의 성격을 띠고 있는데 비하여 산재법상 보험급여는 전부 보험의 성격을 보이거나 사회보험적 성격에 따라 산재를 당한 피보험자(피재자)가 기존 생활에 가까운 생활을 영위하도록 보조하는 데 중점이 있다. 따라서 건보법상 청구권대위와 산재법상 청구권대위를 동일하게 취급할 이유는 없다. 법률의 체계적, 통일적 해석에 의하면 건보법상 청구권대위의 범위는 상대설을 따르는 것이 타당하고, 산재법상 청구권대위의 범위는 절대설을 따르는 것이 타당하다.

피보험자가 손해배상을 받은 후 이루어진 요양급여에 관한 법률관계는 채권 준점유자에 대한 변제의 법리를 적용하면 합리적으로 해석할 수 있다. 손익상계와 과실상계의 선후에 관한 종래의 상계 후 공제설은 다시 원점에서 검토할 필요가 있고, 손익상계의 요건에 관한 해석론을 통하여 향후진료비를 셈하는 경우에도 변론종결 후 공단이 부담할 요양급여비용을 공제함으로써 변론종결일과 손해액 변제일 사이에 이루어진 요양급여와 관련한 이중변제의 위험을 해결하는 방법을 검토할 필요가 있다.

〔 참 고 문 헌 〕

김연희, 「국민건강보험법상 구상권에 관한 연구」, 석사학위 논문, 성균관대학교 대학원, 2015.

최영봉·김선옥, “보험자의 청구권대위 학설에 관한 고찰”, 『무역학회지』, 제30권 제2호, 한국무역학회, 2005.

황중연, “국민건강보험공단의 제3자에 대한 구상권의 범위”, 『판례연구회 논문집』, 창간호, 서울동부지방법원, 2013.

서울중앙지방법원 교통·산재사고 손해배상실무연구회, 『손해배상소송실무: (교통·산재)』, 한국사법행정학회, 2005.

주석상법 [보험법], 2001.

[국문초록]

인신사고로 인한 손해배상과 보험자의 구상권
- 국민건강보험공단의 구상권을 중심으로 -

노태헌(서울남부지방법원 판사)

국민건강보험공단이 인신사고의 피해자에게 요양급여를 시행한 후 가해자에게 요양급여비용 중 공단부담금을 구상하는 사건에서 판례는 국민건강보험법이 정하는 청구권대위와 산업재해보상보험법이 정하는 청구권대위를 동일하게 취급하면서, 상계 후 공제설에 따른 공제 범위로부터 국민건강보험공단의 구상 범위를 도출하여 피해자의 손해배상채권액 내에서 공단이 부담한 요양급여비용 전부의 구상을 인정하고 있다.

그러나 국민건강보험법과 산업재해보상보험법은 모두 사회보험을 규율하는 법이지만, 국민건강보험법 요양급여는 '보장비율을 정한 일부 보험'의 성격을 띠고 있는데 비하여 산업재해보상보험법상 보험급여는 전부 보험의 성격을 보이거나 사회보험적 성격에 따라 손해액과 무관하게 산재를 당한 피보험자가 기존 생활에 가까운 생활을 영위하도록 보조하는 데 중점이 있다. 따라서 건보법상 청구권대위와 산재법상 청구권대위를 동일하게 취급할 이유는 없다.

피보험자는 보험금을 수령하는 대신 보험자가 대위에 의하여 취득하는 청구권을 상실하게 되므로 그 범위에서 보험금의 수령으로 인한 이익이 없다. 따라서 피보험자가 가해자를 상대로 손해배상을 구하는 소송에서 손익상계의 법리는 적용될 여지가 없고, 청구권대위의 범위나 손해배상에서 공제할 공제액은 당사자 사이의 약정이나 관계 법령에 따라 정하여야 한다. 따라서 판례가 상계 후 공제설로부터 국민건강보험공단의 구상 범위를 도출하는 것은 타당하지 않다.

국민건강보험공단의 구상 범위를 정한 국민건강보험법 제58조 제1항을, 손해배상이 먼저 이루어진 경우 국민건강보험공단의 면책 범위를 정한 같은 조 제2항과 결합하여 통일적, 체계적으로 해석하면, 국민건강보험공단의 구상 범위는 지급한 요양급여비용에 가해자의 책임 비율을 곱하여 정하는 것이 타당하다. 이는 산업재해보상보험법 제87조 제1항과 제2항의 해석상 근로복지공단의 구상 범위가 지급한 보험급여 내에서 피보험자의 청구권 전액에 미치는 것과 대비된다.

한편, 판례가 국민건강보험공단의 구상 범위를 판단하면서 그 전제로 삼은 상계 후

공제설은 피해자에게 손해액 이상의 이익을 귀속시키지 않는다는 목적을 이루기 위해서 피해자가 얻은 이익을 손해액에서 공제하면 족한데도 왜 그 이익을 손해배상채권액에서 공제하여야 하는지, 피해자가 입은 손해는 공평하게 분배하면서도 피해자가 얻은 이익은 모두 가해자에게 귀속시키는 것이 타당한지, 실제 사례에서 구체적 타당성이 있는지에 관하여 의문이 있다.

따라서 국민건강보험공단의 구상범위에 관한 판례 법리와 상계 후 공제설을 따르는 판례 법리는 재검토되어야 한다.

주제어 : 국민건강보험법, 요양급여, 구상권, 보험자대위, 손익상계

Compensation for Personal Injury and the Insurer's Claim for Indemnity

- Focused on the NHIC's Claim for Indemnity -

Noh, Tae Heon

Seoul Southern District Court

=ABSTRACT=

In a case in which National Health Insurance Corporation (NHIC) pays medical care expenses to a victim of a traffic accident resulting in injury or death and asks the assailant for compensation of its share in the medical care expenses, as the precedent treats the subrogation of a claim set by National Health Insurance Act the same as that set by Industrial Accident Compensation Insurance Act, it draws the range of its compensation from the range of deduction, according to the principle of deduction after offsetting and acknowledges the compensation of all medical care expenses borne by the NHIC, within the amount of compensation claimed by the victim.

However, both the National Health Insurance Act and the Industrial Accident Compensation Insurance Act are laws that regulate social insurance, but medical care expenses in the National Health Insurance Act have a character of 'an under-insurance that fixes the ratio of indemnification,' while insurance benefit on the Industrial Accident Compensation Insurance Act has a character of full insurance, or focuses on helping the insured that suffered an industrial accident lead a life, approximate to that in the past, regardless of the amount of damages according to its character of social insurance. Therefore, there is no reason to treat the sub-rogation of a claim on the National Health Insurance Act the same as that on the Industrial Accident Compensation Insurance Act.

Since the insured loses the right of claim acquired by the insurer by sub-rogation in return for receiving a receipt, there is no benefit from receiving in-

surance in the range. Thus, in a suit in which the insured seeks compensation for damages from the assailant, there is no room for the application of the legal principle of offset of profits and losses, and the range of subrogation of a claim or the amount of deduction from compensation should be decided by the contract between the persons directly involved or a related law. Therefore, it is not reasonable that the precedent draws the range of the NHIC's compensation from the principle of deduction after offsetting.

To interpret Clause 1, Article 58 of the National Health Insurance Act that sets the range of the NHIC's compensation uniformly and systematically in combination with Clause 2 of the same article that sets the range of exemption, if the compensation is made first, it is reasonable to fix the range of the NHIC's compensation by multiplying the medical care expenses paid by the ratio of the assailant's liability. This is contrasted with the range of the Korea Labor Welfare Corporation's compensation which covers the total amount of the claim of the insured within the insurance benefit paid in the interpretation of Clauses 1 and 2, Article 87 of the Industrial Accident Compensation Insurance Act.

In the meantime, there are doubts about why the profit should be deducted from the amount of compensation claimed, though it is enough for the principle of deduction after offsetting that the precedent took as the premise in judging the range of the NHIC's compensation to deduct the profit made by the victim from the amount of damages, so as to achieve the goal of not attributing profit more than the amount of damage to a victim; whether it is reasonable to attribute all the profit made by the victim to the assailant, while the damages suffered by the victim are distributed fairly; and whether there is concrete validity in actual cases.

Therefore, the legal principle of the precedent concerning the range of the NHIC's compensation and the legal principle of the precedent following the principle of deduction after offsetting should be reconsidered.

Keyword: National Health Insurance Act, Right to indemnity, Insurer's subrogation, Medical care expenses, Offset of profits and losses