

용역(서비스) 제공계약의 보험상품성 판단기준에 관한 소고 - 영국의 판례와 해석 경향을 분석하면서 -

박 세 민*

<차례> _____

- | | |
|----------------|---------------------------|
| I. 서론 | IV. 보증연장 서비스의 보험사업성 인정 문제 |
| II. 대법원의 판단 기준 | V. 마무리 |
| III. 대법원 판례 비판 | |
-

주제어 : 보험상품, 위험의 이전, 위험의 분산, 대수의 법칙, 기타의 급여, 주된 목적, 보험업법, 용역제공, 재량권, 금전적 가치, 보증연장 서비스, 손해보상

<국문초록> 보험의 정의가 상법 보험편이나 보험업법에서 명확히 규정되어 있지 않은 상태에서 보험상품이 무엇인가를 분석하는 것은 중요한 일이다. 보험업법은 보험업을 경영하기 위해서는 영업종목별로 금융위원회의 허가를 얻도록 하고 있고 이에 위반하면 형사처벌이 부과되기 때문에, 보험상품이 무엇인가를 이론적으로 분석하는 것은 중요하다. 판례가 보험사업성 판단을 위한 기준으로 내세우고 있는 ‘그 사업의 명칭이나 법률적 구성 형식에 구애 없이 그 실제 내지 경제적 성질을 실질적으로 고찰해야 한다는 것은 해당 사업이 단체 내에서 위험의 이전과 분산 기능을 가지는지 여부 및 그러한 기능을 가지는 경우에 그것이 제대로 운영되기 위해 주무부서의 허가 등 공법상의 감독과 규제의 필요성이 있는가 여부를 따져야 하는 것을 의미한다. 보험업법 조항에 없는 ‘주된 목적’ 기준을 새롭게 제시하는 것은 합리적이지 못하다. 금전적 손실 보장을 위한 것이 아니고 서비스 자체를 제공하는 것이라고 해도 그로 인해 위험의 이전과 분산 기능이 작동되며 여기에 보험업법에 의한 감독 및 규제의 필요성이 인정된다면 그 서비스 제공계약은 보험계약으로 보는 것이 타당하다. 이것이 대법원이 그간 취해왔던 실질적 판단 방식과 부합하는 것이라 할 수 있다. 즉 법적 구속력 있는 서비스 제공으로 인해 위험의 이전과 분산이 가능하며 그 서비스가 다른 서비스에 부수적으로 제공되는 것이 아니고 독립적으로 제공되면서 여기에 위험의 이전과 분산 기능의

* 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사
- 논문접수일(2020.01.09), 심사개시일(2020.01.28), 게재확정일(2020.02.16)

원활한 작동을 위해 보험업법 적용의 필요성이 인정된다면 해당 용역제공 계약은 보험상품으로 해석함이 타당하다고 여겨진다.

I. 서론

1. 보험상품의 일반적 구성요소

보험이 무엇인지 정의를 내리는 것은 어려운 일이다. 보험업법은 보험업을 ‘보험상품의 취급과 관련하여 발생하는 보험의 인수, 보험료 수수 및 보험금 지급 등을 영업으로 하는 것’으로 규정하고 있으며, 보험상품에 대해서는 ‘위험보장을 목적으로 우연한 사건 발생에 관하여 금전 및 그 밖의 급여를 지급할 것을 약정하고 대가를 수수하는 계약’이라고 정의하고 있다(보험업법 제2조 제1호 및 제2호) 그런데 이들 두 조항으로부터는 보험이 무엇인지 분명하지 않다. 보험의 정의가 관련 법령에서 명확히 규정되어 있지 않은 상태에서 보험상품이 무엇인가를 분석하는 것은 중요한 일이다. 이를 통해 사업자가 보험업을 영위하는지 여부가 결정이 되고 만약 보험업을 영위하는 것이라면 보험업법이 적용되어 주무부서의 허가를 얻어야 하기 때문이다. 보험업법은 보험업을 경영하기 위해서는 영업종목별로 금융위원회의 허가를 얻도록 하고 이에 위반하면 형사처벌이 부과되기 때문에(보험업법 제4조 제1항, 제200조 제1호, 206조, 208조 제1항) 용역 제공 상품이 보험상품인가를 판단하는 것은 실무적으로 중요하다.

일반적으로 보험사업성 인정을 위해서는 위험의 동질성, 위험단체의 구성, 약정된 우연한 사고에 대해 경제적 보장을 위한 보험금부의 존재, 그리고 이를 위해 가입자 측에서 납입하는 금원의 존재와 공동 재산의 형성 및 위험발생의 확률에 기초한 대수 법칙의 적용 여부(또는 급여·반대급여 균등의 원칙)를 고려해야 한다.¹⁾ 이들 요소는 보험상품 인정을 위한 구성 요소이기도 하다.²⁾ 이들 구성

1) 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001, 18면-20면; 김은경, 「보험계약법」, 보험연수원, 2016, 5면; 박세민, 「보험법(제5판)」, 박영사, 2019, 1면; 양승규, 「보험법(제5판)」, 삼지원, 2004, 22면; 유주선, 「보험법」, 씨아이알, 2018, 4면; 이기수/최명규/김인현, 「보험해상법(제9판)」, 박영사, 2015, 3면; 장덕조, 「보험법(제4판)」, 법문사, 2018, 5면; 한기정, 「보험법(제2판)」, 박영사, 2018, 4면.

2) 대판 1989.1.31., 87도2172; 대판 1990.6.26., 89도2537; 대판 1989.10.10., 89감도117; 대판 2001.12.24., 2001도205; 대판 1989.9.26., 88도2111.

요소의 내용이 판례에 의해 좀 더 구체화되기도 한다. 예를 들어 보험사업성을 인정함에 있어서 대수 법칙의 엄격한 적용 여부가 보험사업 판단을 위한 필수불가결한 요소가 아님을 보여주는 판례가 있고,³⁾ 사업이 비영리적이거나 구성원이 한정되어 있는가의 여부는 해당 사업의 보험사업 여부를 판단함에 있어 고려 대상이 아니라는 것이 법원의 입장이다.⁴⁾ 또한 보험급부는 현금 이외에 용역(서비스)을 포함한 다른 형태에 의해서도 가능하다고 해석하고 있다.⁵⁾ 영국 보험법학계도 용역 제공이 보험급부의 한 형태가 될 수 있음을 인정한다.⁶⁾

2. 문제의 제기

그런데 위에서 언급한 구성 요소들만을 가지고는 보험사업 또는 보험상품성 판단을 위한 충분한 기준을 제시하지 못한다. 비록 ‘위험의 동질성’, ‘위험단체’, ‘보험금’, ‘보험료’ 등의 용어를 직접 사용하지 않더라도, 대부분의 유상 용역 제공 계약에서 이들 요소들의 성질을 상당 부분 발견할 수 있기 때문이다. 동일한 용역을 제공받으려는 차원에서 위험의 동질성이 인정될 수 있고, 여기에서 위험단체의 구성이 개념적으로 연결된다. 용역 제공 계약에서 정하는 일정한 사건이 발생하면 사업자는 금전적 가치가 있는 용역을 제공함으로써 보험급부를 지급하는 것으로 해석될 수 있고, 이에 대한 반대급부로서 가입자는 소정의 금액을 지급하는 모습을 대부분 띠게 된다. 하지만 이러한 구성 요소로서의 성질을 향유하고 있다고 하여, 모든 형태의 용역 제공 계약을 보험계약으로 해석할 수는 없는 것이다. 시장에서는 다양한 형태의 유상 용역제공 상품이 끊임없이 등장하고 있는데, 이들 용역 제공 상품이 보험회사가 아닌 일반 사업자들에 의해 영위되고 있다는 점이 문제이다. 보험시장 잠식의 문제, 보험업법 적용 여부에 따른 규제 차익의 문제, 이에 따른 소비자 보호의 문제 등이 발생하게 된다.

본 논문에서는 용역제공 상품과 사업에 대한 보험업법 적용 여부에 대한 우리나라와 영국의 판례와 보험법학계의 해석을 분석함으로써 보험상품으로 인정되기

3) 대판 1989.9.26. 선고 88도2111; 대판 1989.10.10. 선고 89감도117; 대판 1989.1.31. 선고 87도2172.

4) 대판 1993.12.24. 선고 93도2540.

5) 대판 2014.5.29. 선고 2013도10457.

6) John Birds/Norma Hird, *Modern Insurance Law*(6th ed.), Sweet & maxwell, 2004, 16p; E.R. Hardy Ivamy, *General Principles of Insurance Law*(6th ed.), Butterworths, 1993, 4p; Malcolm Clarke, *The Law of Insurance Contracts*(2nd ed.), LLP, 1994, 3-4pp.

위한 본질적인 요소들이 무엇이고 보험업법상의 관계 조항에 규정되어 있는 문구를 어떠한 의미로 해석해야 하는가를 분석하고자 한다. 이러한 분석을 통해 새로운 금융공학기법에 기초하여 만들어지는 다양한 위험의 인수계약이 보험상품에 해당하는지 여부, 특히 유상으로 제공되는 서비스(용역) 상품에 대하여 보험상품성 인정 여부를 판단하는 데에 나름의 기준을 제시하고자 한다.

II. 대법원의 판단 기준⁷⁾

1. 쟁점 사항

갑 회사는 정부 및 일반 기업의 해외 파견 직원을 대상으로 긴급의료서비스를 지원하는 사업을 하는데, 가입자로부터 미리 대가를 지급받고 회원이 신체 건강이 심각한 상태일 때에 병원으로 이송 또는 한국으로의 송환 서비스를 제공하는 것(Service Membership Program, SMP 방식)에 대해 보험사업성 여부가 특별히 문제가 되었다.⁸⁾ 이송 및 송환서비스는 환자 상태가 심각할 것이 요구되는데, 이송 및 송환서비스 제공 여부는 갑 회사가 판단을 하고 결정하도록 약관에서 정하고 있다. 갑 회사는 금융위원회의 허가를 얻지 않고 사업을 영위했다는 이유로 보험업법 위반으로 기소되었다. 이 사건에서의 쟁점 사항은 다음과 같다. 첫째, 사업자가 제공하는 급부의 내용이 급전이 아니고 의료서비스 제공과 같이 용역 형태인 경우에 보험상품으로 해석할 수 있는가의 문제, 둘째, 용역 제공이 해당 사업의 '주된 목적' 하에서 행해진 경우에만 제한적으로 보험상품으로 인정할 수 있는가의 문제, 셋째, 단순한 의료상담서비스는 그 성격으로 볼 때 보험상품이 아니라는 것이 확실한데, 이렇게 보험이 아닌 성격의 서비스가 함께 포함되는 경우에 전체적으로 보험상품성 여부를 어떻게 판단해야 하는가의 문제 등이다.

7) 대판 2014.5.29.선고 2013도10457. (이하 '본 건' 이라 약함).

8) 사업자가 제공하는 다른 의료상담 서비스는 그 방식이 SMP 방식이든 AMP 방식(회사가 먼저 소요 비용을 지급한 후에 가입자가 회사에게 사후 정산하는 방식)이든 질병이나 상해와 같은 사고 발생을 전제로 하지 않고도 제공되는 것이므로 보험사고의 우연성 요건을 결하고 있다는 점에서 원래 보험 상품의 범위 밖에 있다고 할 것이다. 반면에 이송 및 송환서비스는 상해나 질병이라는 우연한 사고가 발생한 경우를 전제로 하고 있는데, 서비스 제공이 AMP 방식인 경우는 보험 상품이라 할 수 없다. 따라서 본 건에서 보험사업성 여부가 논의되어야 하는 것은 SMP 방식에 의해 이루어지는 이송 및 송환서비스로 한정된다.

2. 주요 판시 내용

대법원은 보험상품성 인정을 위해서는 위험보장의 목적이 해당 영업의 ‘주된 목적’인지에 따라 판단해야 한다고 해석하면서, 갑 회사는 보험업법을 위반한 것이 아니라고 판단하였다. 대법원은 본 건에서 SMP 방식으로 이송 및 송환서비스를 제공한 것은 그 서비스의 ‘주된 목적’이 금전적 손실의 보상이 아니라고 해석하면서, 이러한 서비스를 제공받음으로써 가입자가 결과적으로 비용을 지출하지 아니하게 되는 것은 서비스 제공에 따른 부수적 효과에 불과하다고 보았다. 또한 보험업법이 규정하는 ‘그 밖의 급여’에 포함되는 용역은 위험에 대한 보상으로서 금전에 대한 대체적 의미에서 용역이 제공되는 경우만을 의미하는 것으로 보아야 한다고 제한적으로 해석하였다.

Ⅲ. 대법원 판례 비판

1. 대상 영업의 ‘주된 목적’ 기준

(1) 새로운 기준 제시

과거 대법원은 ‘사업의 명칭이나 법률적 구성 형식에 구애됨이 없이 해당 사업의 실체와 경제적 실질을 고려하여 보험사업 여부를 판단해야 한다는 입장이었다.’⁹⁾ 이 기준은 보험급여가 용역(서비스) 형태인 상품의 경우에도 적용될 수 있다. 그런데 본 건에서 대법원은 이러한 기준 방식과는 다른 기준을 제시하였다. 대법원은 용역 제공 상품이 보험상품으로 인정되기 위해서는 해당 용역 제공이 경제적 위험보장을 주된 목적으로 하면서 이루어져야 하는 것으로 제한적으로 해석하였다. 서비스의 ‘주된 목적’이 금전적 손실 보장(경제적 위험보장)이 아니라 단순히 서비스 자체를 제공하는 것이라면 보험상품이 아니라는 것이다. 본 건에서 가입자가 이송 및 송환서비스를 제공받음으로써 금전적 지출을 하지 않게 되는 것은 단지 서비스 제공에 의한 부수적 효과에 불과한 것이라고 해석하고 있다.

9) 대판 2001.12.24. 선고 2001도205; 대판 1993.12.24. 선고 93도2540; 대판 1990.6.26. 선고 89도2537.

본 건 1심에서 이송 및 송환서비스의 사용료가 전체 서비스 사용료 중에서 차지하는 비중이 낮은 사실¹⁰⁾을 지적하면서 해당 계약에서 보험상품적 요소와 그렇지 않은 요소가 혼재되어 있는 경우에 보험상품적 요소가 적어도 대등하거나 ‘주된 목적’인 경우에만 해당 계약을 보험계약으로 볼 수 있다고 판시하였으며, 이러한 입장은 그 후 2심 법원과 대법원에서도 그대로 유지되었다.¹¹⁾ 이러한 법리에 동의하는 학계의 견해도 있다.¹²⁾

(2) 영국 판례의 경향

대법원은 용역 제공 계약의 ‘주된 목적’이 서비스 제공 자체인지 아니면 금전적 손실 보장인지를 판단할 수 있는 명확한 기준을 제시하지 않고 있다. 이러한 상황에서 대법원이 제시한 ‘주된 목적’ 기준을 갖고 보험상품성 여부를 판단하는 것은 설득력이 약하다고 여겨진다. 유상 용역제공 상품의 보험상품성 문제에 대해 영국 법원과 보험법학계에서 어떠한 기준에서 판단하는가를 살펴보는 것은 논의에 도움이 될 것으로 여겨진다. 결론부터 말하자면 영국 법원은 우리 대법원의 대상 영업의 ‘주된 목적’ 기준과는 다른 접근을 하고 있다고 판단된다.

Prudential Insurance v. Inland Revenue Commissioners¹³⁾ 사건에서 Channell 판사는 보험자에 의해 지급되는 보험금여의 형태는 현금 이외에 기타의 급여 형태(some benefit)로의 지급이 가능하다고 해석하였다. 영국 법원은 기타의 급여 형태는 금전적 가치(money's worth) 개념과 연계시키고 있으며 금전적 가치 유무에 대한 판단을 비교적 넓게 해석하고 있는 것으로 보인다. 예를 들면 보험목적인 재물이 훼손되거나 분실된 경우에 보험자가 이를 복원(reinstat)해주거나 대체(replace)해주는 방식으로서의 보험금여가 가능하다는 것이다. 이러한 용역 제공은 금전적 가치가 있을 뿐만 아니라 결과적으로 손실보상(indemnity)적 기능을 수행하기

10) 본 건 공소제기시점과 가까운 2010년을 기준으로 볼 때, 영업은 SMP 방식에 의한 영업이 약 35%, AMP 방식에 의한 영업이 65%를 차지하고 있고, 제공된 서비스 내용을 볼 때 이송 및 본국 송환 서비스가 약 1.4%, 상담서비스가 약 95% 비율이었다. 김선정, “무허가 보험업의 판단기준”, 『생명보험』, 생명보험협회, 2015년 2월호, 47면.

11) 서울중앙지법, 2013.1.16. 선고 2011고단6363; 서울중앙지법 제1형사부, 2013.8.13. 선고 2013노541; 대판, 2014.5.29. 선고 2013도10457.

12) 김선정, 앞의 논문, 55면.

13) [1904] 2 K.B. 658, 664.

때문이다. 이러한 취지에서 가입자의 운전면허가 음주운전으로 인해 정지되거나 가입자가 부상을 당하여 일정한 기간 동안에 운전을 하지 못하게 될 때에 그 기간 동안 운전을 대신해주는 기사(chauffeur)를 제공하는 서비스를 유상으로 제공하기로 하였다면, 해당 서비스는 비록 현금 지급 형태는 아니더라도 금전적 가치가 인정되는 것으로서 해당 사업은 보험사업성이 인정될 수 있다고 판시하기도 했다.¹⁴⁾ 또한 도로에서의 차량사고로 고객의 차량이 훼손된 경우에 사업자가 임대 차량(hire car)을 제공하기로 약정했다면, 여기에 금전적 가치가 있는 것으로 보고 해당 계약은 보험계약이라고 판단하기도 했다.¹⁵⁾ 다만 서비스 제공이 미리 약정된 조건하에서만 제공되는 것으로 미리 약정했다고 해도 그것이 사업자의 전적인 재량권 행사에 의해 결정되는 것이 아니라면 보험계약성을 인정하는 데에 문제가 없다는 입장이다. 계약 내용에 첫째, 사고는 고객의 과실에 의해 야기되지 않아야 하며, 둘째, 사고 발생 직전의 자동차 상태는 도로주행이 가능한 상태일 것이 요구되었다고 해도 해당 사업의 보험사업적 성질이 부정되는 것은 아니라 할 것이다.¹⁶⁾ 이러한 약정 조건은 서비스 제공 여부에 대해 일종의 사업자 면책사유 또는 담보 적용 조건에 해당되는 것으로 해석해야 하기 때문이다.

(3) 대법원 판례 비판

이들 영국 사건에 대해 우리 대법원이 제시한 기준을 갖고 판단하게 되면 달리 해석될 가능성이 높다. 해당 서비스 제공의 ‘주된 목적’이 금전적 손실 보장이 아니며 서비스 자체를 제공하는 것이기 때문에 보험상품이 아니라는 해석이 가능하기 때문이다. 서비스 자체를 제공하는 것과 금전적 손실 보장 기능은 비록 개념적으로는 분리할 수 있다고 하더라도, 제공된 서비스를 통해 손실 보장의 결과가 도출될 수 있는 것이기 때문에 어느 하나를 특별히 분리하여 주된

14) Department of Trade and Industry v. St. Christopher’s Motorists’ Association Ltd [1974] 1 WLR 99; Re Sentinel Securities Ltd. [1996] 1 WLR 316; Digital Satellite Warranty Cover Ltd, Re, [2013] 1 WLR 605; Card Protection Plan Ltd. v. Customs and Excise Commissioners [1994] STC 199, 207면; John Lowry and Philip Rawlings, *Insurance Law-Doctrines & Principles*, Hart Publishing, 1999, 9p; John Birds/Norma Hird, 앞의 책, 16p.

15) Everson v. Flurry [1999] 8 C.L. 406.

16) Colinvaux & Merkin’s *Insurance Contract Law*, (Release 4), Sweet & Maxwell, Aug. 2002, A-0036 and A-0037.

목적이라고 결론짓는 것은 지나치게 인위적인 접근 방법이라고 여겨진다. 본 건에서 서비스 이용 횟수가 많은 의료상담 서비스는 단순히 상담 서비스만 제공하는 것이므로 사업자의 재무건전성 유지 등이 강력히 요구되지 않는 영역이다. 보다 정확하게 표현하면 의료상담 서비스 제공은 사고의 발생을 전제로 하지 않기 때문에 보험계약성을 인정할 수 없는 부분이다. 반면에 SMP 방식에 의한 이송 및 송환서비스에서는 사업자의 재무건전성 유지가 중요하다. 양 서비스의 근본적인 차이를 고려할 때 해당 사업 전체에서 두 서비스의 이용건수 비중만을 가지고 상호 비교하는 것은 설득력이 없다. 본질적으로 차이가 있는 이들 두 서비스를 단지 이용건수 비교를 통해 사업의 '주된 목적' 여부를 판단해서는 안 되는 것이다. 이송 및 송환서비스는 전체 서비스 중에서 차지하는 비중이 작다고 하더라도 그 소요 비용은 대부분이 고액이며, 소비자 입장에서는 단순한 의료상담 서비스 보다는 고액이 소요되는 이송 및 송환서비스를 제공받음으로써 경제적 어려움을 극복하거나 완화하려는 계약 체결의 의도가 더 강하다고 할 수 있다. 이송 및 송환서비스 제공을 통해 단체 내에서 위험의 이전과 분산 기능이 작동하는 것이며 고액의 가치를 가진 서비스 제공이 원활하게 이루어지기 위해서는 사업자의 재무건전성 규제 등 공법적인 감독 필요성이 요구되는 것이다. 무엇을 가지고 사업자가 서비스 자체만을 제공하는 것으로 해석해야 하는지에 대한 판단 기준이 존재하지 않기 때문에 '주된 목적' 기준은 명확하지 않다.

2. 주된 목적 판단의 주체

(1) 본 건 각급 법원의 견해

대법원이 제시한 '주된 목적' 기준을 받아들인다고 해도 그 판단 주체가 누구여야 하는가의 문제가 있다. 본 건의 각급 법원은 이에 대해 서로 다른 해석 방식을 취한 것으로 보인다. 1심 법원에서는 SMP 방식의 이송 및 송환서비스가 보험급여적 성격을 가지고 있음을 인정하면서도, 다만 해당 서비스의 비중이나 서비스 제공 횟수 등을 기준으로 볼 때, 해당 영업의 '주된 목적'이 아니라고 판단하여 보험상품성을 인정할 수 없다고 해석했다. 이는 '주된 목적' 여부를 영업상 차지하는 비중에서 파악한 것으로 보인다. 반면 제2심 법원은 정부나 일반 기업 등

가입자의 계약 체결 목적을 고려하여 SMP 방식에 의한 이송 및 송환서비스는 적은 서비스 제공 횟수에도 불구하고 영업의 '주된 목적'이 될 수 있다고 판단하였다. 이는 가입자의 계약 체결 의도와 상품의 궁극적인 효과 측면에서 판단한 것이라고 할 수 있다. 즉 가입자가 판단의 주체가 될 수 있음을 보여주고 있다. 그런데 대법원은 SMP 방식에 의한 서비스 제공은 경제적 위험보장의 목적이 대상영업의 '주된 목적'인지에 따라 보험상품성을 판단하여야 한다고 하면서 해당 송환서비스는 서비스 자체의 제공에 불과하기 때문에 보험급여가 아니라고 판단하였다. 가입자 입장에서는 이송 및 송환서비스 제공을 단순히 서비스 자체의 제공에 불과한 것으로 여기지는 않을 것이다. 사업자를 판단 기준으로 하여 대상영업의 주된 목적을 경제적 위험보장으로 보면서 여기에 해당하면 보험사업성을 인정할 수 있다는 것이 대법원의 입장인 것으로 보인다.

(2) 비판

계약 체결의 의도 또는 목적에 대한 판단을 함에 있어서 기존 대법원 판례는 이와 달리 해석하고 있는 것으로 보인다. 과거 대법원은 보험사업이나 보험의 개념을 설명하면서 “보험사업은 동종의 우연한 사고를 당할 위험이 있는 다수인이 경제생활의 불안을 제거 또는 경감시킬 목적으로...”라고 판시했고, 또한 “보험이라는 개념은 동질적인 경제상의 위험에 놓여있는 다수인이 ... 재산상의 수요를 충족시키기 위하여...”라고 해석한 바 있다.¹⁷⁾ 즉 계약 체결의 목적과 관련된 판단 주체를 가입자로 보고 있는 것이다.

생각건대 서비스 제공의 '주된 목적'은 사업자의 입장에서만 따져야 할 문제는 아니라 할 것이다. 하나의 상품이 보험으로 인정되려면 무엇보다도 위험의 이전과 분산 역할이 단체 내에서 이루어져야 하는데, 이것이 보험상품성 여부 판단에 중요한 요소라고 할 수 있다. 동질의 위험에 놓여 있는 가입자 입장에서 볼 때 SMP 방식에 따른 이송 및 송환서비스 제공을 받으려는 것은 앞에서 설명했듯이 위험의 이전과 분산을 통해 경제적 손실 보장을 '주된 목적'으로 한 것이라고 볼 여지가 충분하다. 비록 사업자가 이것을 '주된 목적'으로 하지 않았다고 해도,

17) 대판 1987.9.8.선고 87도565; 대판 1989.1.31.선고 87도2172.

가입자 쪽에서는 그러한 목적을 가지고 상품에 대한 계약을 체결했고 실제 그러한 효과를 가져오는 것으로 볼 수 있다면, 해당 상품에 대한 보험업법의 적용 가능성은 충분히 인정될 수 있다고 보아야 한다. 보험의 구성 요소를 갖춘 상품을 거래함에도 불구하고 사업자가 경제적 위험보장을 ‘주된 목적’으로 했는가의 여부에 따라 보험상품성 인정 문제를 판단하는 것이 합리적인가 의문이 제기될 수 있다. 사업자가 주된 목적에 관한 인식 없이 서비스 자체를 제공하려는 의도만을 가지더라도, 서비스 제공의 결과가 가입자의 경제적 어려움을 제거하거나 완화시키는 효과 즉 위험의 이전과 분산 효과를 가져왔다면, 이러한 서비스 제공은 금전적 손실을 보장하는 역할을 수행한 것으로 보아야 한다. 이는 손해보험에서의 핵심 개념이며 역할이다.

과거 대법원은 보험의 본질적 특성에 대해 “우연한 사고의 발생에 대한 경제적인 불안에 대비하는 제도”라고 해석한 바 있는데,¹⁸⁾ 이를 해석함에 있어서 사업자의 주된 목적 기준만으로 판단해서는 안 될 것이다. 본 건에서 가입자가 그 혜택을 누릴 수 있는 이송 및 송환서비스는 가입자로 구성된 단체적 측면에서 볼 때 그 내부에서 위험의 이전과 분산 기능이 존재하고 있다. 경제적 위험 보장 또는 손해 보상 여부는 사업자의 목적뿐만 아니라 가입자의 계약 체결 의도 및 결과적 측면까지도 종합적으로 고려하여 판단해야 할 문제라 여겨진다.¹⁹⁾

결국 해당 영업의 ‘주된 목적’이 무엇인가의 문제는 그 판단 기준이나 주체가 다양할 수 있고 그 결과가 상이할 수 있기 때문에 보험상품 여부를 결정하기 위한 설득력 있는 기준이 될 수는 없다고 여겨진다. 해당 계약 또는 약관에서 주된 서비스와 부수적 서비스를 명확하게 분리하고 있다면 부수적 서비스에 대해서는 보험상품성을 부정함이 타당하다. 그러나 그러한 구분이 없이 서비스 제공 횟수 라든지 아니면 서비스 사용료의 총액을 가지고 주된 서비스와 그렇지 않은 서비스를 구분하는 수준에 불과하다면 이는 합리적이지 못하다. 이러한 경우에는 서비스 별로 독립적으로 보험상품성을 판단해야 할 것이다. 대법원이 제시하고 있는 ‘주된 목적’ 기준은 용역제공 상품에 대한 보험상품성 판단 기준으로는 받아

18) 대판 1989.1.31.선고 87도2172

19) 同旨, 장덕조, 앞의 책, 16면; 한기정, “보험업의 개념에 관한 연구”, 『보험법연구』 제9권 제2호, 보험법학회, 2015, 25면-26면.

들이기 어렵다. 앞에서 언급한 보험상품 구성요소를 갖추고 있고, 용역 제공으로 인해 위험의 이전과 분산 기능이 이루어지고 있는지, 그 서비스가 다른 서비스에 부수적으로 제공되는 것이 아니고 독립적으로 제공되며, 여기에 해당 사업에 대한 주무감독 기관의 감독 및 규제의 필요성이 존재하는지 여부를 고려하여 판단함이 합리적이라 할 수 있다.

3. 금전대체로서의 용역 제공

(1) 대법원의 해석

본 건에서 대법원은 금전 대체로서의 ‘그 밖의 급여’만을 보험급여로 인정하고 있다. 단순히 서비스를 제공받음으로써 소비자가 금원의 손실을 면하였다고 해서 보험상품이 되는 것은 아니며, 금전지급에 갈음하여 제공되는 서비스여야 한다는 것이다. 이송 및 송환서비스는 환자의 심각한 건강상의 위험 상태를 벗어나도록 도와주는 서비스를 제공하는 것인데, 비록 가입자가 이 서비스를 통해 비용 부담에서 벗어날 수 있다고 해도 이 서비스가 금전적 손실 보상을 직접 목적으로 하는 보험급여로 볼 수 없다고 해석하고 있다.²⁰⁾ 가입자의 비용 절감 효과를 단지 서비스 제공에 따른 부수적으로 수반되는 것으로 보는 것이다.

(2) 비판

법원의 이러한 기준은 재고의 여지가 있다. 사업자가 제공하는 ‘그 밖의 급여’는 효과적 측면에서 가입자 입장에서 볼 때 금전 대체적인 성격이 아닌 경우를 찾기가 힘들다고 여겨진다. 사업자가 제공하는 서비스 대부분에 대해 금전으로 그 가치를 따지는 것이 가능하며, 그 제공으로 인해 위험을 당한 가입자에게 (발생할 수도 있는) 손해를 보전하는 측면이 있을 것이기 때문이다. 손해를 보전한다는 것은 가입자 입장에서는 금전대체적 성격을 가지고 있음을 의미한다. 본 건에서 사업자가 제공하는 이송 및 송환서비스는 금전으로 지급하는 대신에 용역

20) 김진오, “보험법정이 규정하는 보험상품의 개념요소로서 ‘위험보장의 목적’을 판단하는 기준”, 『BFL 제68호』, 서울대학교 금융법센터, 2014.11, 65면; 김선정, 앞의 논문, 57면.

형태로 지급하는 것이다. 가입자 입장에서는 이러한 용역을 제공받음으로써 금전 손실을 면하게 되어 비용 절감이라는 경제적 보장을 받는 것으로 해석될 수 있다. 이것이 가입자의 계약체결 의도이기도 하다. 가입자 입장에서는 제공된 서비스에 대해 그 가치에 대한 계산을 통해 금전적 가치를 인정할 수 있는 것이고 이로써 현금 대신에 지급되는 금전 대체적 용역임을 인정할 수 있다는 것이다. 영국 판례는 사업자가 제공하는 모든 형태의 혜택(benefit)이 보험급부가 되는 것은 아니지만, 그렇다고 하여 금전 또는 금전적 가치로서의 혜택으로 한정하지도 않고 있다.²¹⁾ 이는 제공되는 용역의 보험급부 인정 범위를 넓게 해석하고 있음을 의미하는 것이다. 예를 들어 TV 수상기가 고장났을 때 이를 교체해주시기로 하는 약정에 대해 이러한 서비스는 보험사업으로 해석할 수 있다고 판시했다.²²⁾ 제공되는 유상 용역의 금전적 가치 인정 문제에 대해 적극적으로 해석하는 것이며 금전대체적 성격을 부정하기 어렵다고 할 수 있다.

4. 비보험적 요소와의 혼재

영국에서는 보험상품성 인정을 위해서는 규제의 필요성이 제기되는 보험의 요소가 존재하는 것으로 충분하며, 해당 계약에서 보험 요소와 비보험 요소의 비율을 따져 무엇이 주된 내용(predominant purpose of a contract)을 차지하고 있는가의 여부 등은 고려하지 않고 있다. 사고의 불확실성 여부가 중요한 것으로 판단하고 있다.²³⁾ 보험으로서의 기능과 효과가 있음에도 불구하고 ‘주된 목적’ 여부를 가지고 보험업법이 적용되지 않는 것으로 해석한다면, 결국 그 피해는 소비자에게 돌아갈 가능성이 매우 높다. 우리 대법원은 “고유의 의미의 보험과 일치하지 아니하는 부분이 있다고 하여 ... 보험업법 소정의 보험사업에 해당하지 아니한다고 할 수는 없을 것이다”라고 판시한 바 있는데,²⁴⁾ 이러한 대법원의 해석은 보험 요소와 비보험 요소의 비중을 따지지 않는다는 면에서 영국 판례의 입장과 같다고

21) Medical Defence Union v. Department of Trade {1980} Ch 82; Fuji Finance v. Aetna Life Insurance [1994] 4 All E.R. 1075; John Birds/Norma Hird, 앞의 책, 16-17pp.

22) Re Sentinel Securities Ltd. [1996] 1 WLR 316.

23) Fuji Finance Ltd. v. Aetna Life Insurance Co. Ltd [1994] 4 All E.R. 1075. 본 사건은 가입자의 사망을 사고로 하는 점에서 사고의 불확실성이 인정되고 있다. Colinvaux & Merkin's Insurance Contract Law, 앞의 책, A-0038.

24) 대판 1989.10.10.선고 89갑도117.

할 수 있다. 영국 금융감독청(Financial Conduct Authority)의 지침(The Perimeter Guidance Manual Chapter 6 -Guidance on the Identification of Contracts of Insurance-)에서도 해당 용역 제공 상품에 보험의 요소를 갖추고 있다면 영업 전체에서의 보험요소의 비중을 묻지 않고 보험계약성을 인정하고 있다(지침 6.6.7).²⁵⁾

5. 보험원리와 반하는 내용이 포함된 경우

사업 내용에 보험의 핵심적 성질에 반하는 것이 있다면 보험상품으로 인정되기 어렵다고 할 것이다. 예를 들어 갑을 비롯한 다수인이 일정한 자본금을 가지고 관혼상제의 실시에 관한 제준비 및 알선업 등을 목적으로 하여 회사를 공동으로 설립하여 운영하고 있었다. 회사와 가입자간의 계약에 의하여 가입자가 매월 3,000원씩 60개월간 회비를 적립하면 결혼 및 장의행사 제공을 청구할 권리를 갖게 되고, 회사는 가입자의 청구에 따라 결혼 또는 장의행사와 같은 역무를 제공할 의무를 부담하게 되며, 가입자가 월부금을 완납한 후에는 언제든지 결혼 또는 장의행사 제공을 받을 수 있고, 가입자의 필요에 따라 월부금 불입완료 전에도 결혼 또는 장의행사의 제공을 요구할 수 있는데 이 경우에는 월부금 잔액을 현금으로 전액 불입하여야 하고, 또한 가입자는 언제든지 1건당 300원의 수수료만 내면 가입자 명의를 변경할 수도 있고, 가입자뿐만 아니라 미리 가입신청서에 기재한 가족도 결혼 또는 장의행사를 제공받을 수 있으며(이를 가족의 이용권이라 한다) 월부금을 완납한 후에는 가입자 및 이용권자가 결혼 또는 장의행사 제공을 받을 때까지 그 이용권이 계속 보존되는 업무를 영위하는 것이라면 보험업법 소정의 보험사업이라고 할 수는 없는 것이다.²⁶⁾ 일반적으로 보험이란 보험료를 납입하는 중간에 보험사고가 발생하더라도 보험자는 보험금 지급 의무를 이행해야 하며, 가입자는 남은 납입기간 동안의 보험료를 완납하지 않아도 된다. 그러나 이 사전에서는 가입자의 필요에 따라 월부금 불입완료 전에 결혼 또는 장의행사의 제공을 요구할 수 있도록 하면서, 월부금 잔액을 현금으로 전액 불입할 것으로 요구하는 점에서 보험제도와 본질적으로 다르다고 할 수 있다. 사업 내용에 보험의 핵심 요소와 충돌되는 면이 있는 것이다.

25) 한기정, 앞의 논문, 14면, 18면, 22면 및 29면.

26) 대판 1987.9.8.선고 87도565.

6. 서비스제공 여부에 대한 재량권 존재

(1) 급부의 법적구속력

본 건 해당 약관에 따르면 이송 및 송환의 필요성, 의료기관의 선택, 이송 및 송환 수단과 방법 등에 대해 사업자가 결정할 권리를 갖는다고 규정하고 있다.²⁷⁾ 본 건 2심 법원과 대법원은 이송 및 송환서비스 제공 여부나 제공 방식 및 제공 시기 등에 대해 사업자가 재량으로 결정하는 권한을 가지고 있기 때문에 해당 서비스는 보험영업을 하는 것으로 볼 수 없다고 해석하였다. 이에 대해서는 동의하는 바이다.

어떤 계약이 보험계약으로 인정받으려면 보험자는 보험계약자 측에게 보험료 수령에 대한 반대급부로서 보험급부의 지급을 계약에 의해 약속하고 책임져야 한다. 지급에 대한 법적 구속력(legally binding)이 요구되는 것이다. 다시 말해 반대급부의 제공 여부에 대해 사업자가 재량으로 판단하여 결정해서는 안 된다. 서비스의 청구와 사업자의 서비스 제공은 법적, 계약적으로 구속력을 가지고 권리와 의무의 형태를 가져야 할 것이다.²⁸⁾ 보험계약을 체결했다면 사업자로서는 약정된 사고가 발생하고 면책사유에 해당되는 것이 없다면 보험금에 해당되는 금전 또는 기타의 급부를 지급해야 한다. 사업자의 재량에 의해 보험급부의 지급이 좌우되어서는 안 되는 것이다.²⁹⁾

(2) 영국 판례와 해석

영국 판례에서도 보험계약으로 인정되기 위해서는 약정된 사고가 발생한 경우에 보험계약자 측은 금전 지급 청구 등에 대해 사업자를 상대로 보험금부 청구에 대한 ‘권리’를 가져야 하며, 단지 사업자에게 도움을 ‘요청할 수 있음에 불과한

27) SMP 서비스 계약 약관 3.1항.

28) 김은경, 앞의 책, 11면.

29) 반면 한기정, 앞의 논문 30면에서는 본 건 해당 약관의 내용에 대해 사업자에게 자유재량을 준 것으로 볼 수는 없으며, 단지 판단에 일정한 재량이 따르는 것으로 보아야 한다는 입장이며, 사업자가 급부 제공에 대해 일정한 재량권을 가지고 있음을 이유로 보험상품이 아니라고 판단해서는 안 된다고 해석하고 있다.

경우라면, 해당 사업자는 보험업을 영위하는 것으로 볼 수 없다는 입장이다. 약정에 의한 급여 지급 여부가 사업자의 재량에 의해 결정되는 것에 대해서 보험사업성을 인정할 수 있는 것인지의 문제에 있어서, 급여의 청구와 지급은 권리와 의무 관계로 보아야 한다고 해석하고 있다. 예를 들어 의사와 치과의사들을 회원으로 두고 있는 조합(union)의 주요 사업은 회원들의 소송을 진행하거나 회원들을 상대로 청구된 소송에 대해 보상을 하는 것이다. 조합에게 소정의 금액을 지급한 의사(치과의사 포함)는 의료과실 사고로 인한 피해자 측의 소송상 청구에 대해 조합을 상대로 자문(advice) 또는 금전적 조력(financial assistance)을 요청할 수 있는 권리가 부여되었다. 그런데 조합이 그 요청을 반드시 수락해야 할 의무를 부담하는 것은 아니며, 자문 제공여부는 조합의 공정하고 신중한 심사 과정을 통해 재량에 의해 결정되도록 하고 있는데, 그 결과 용역을 제공한다는 약속에 법적 구속력이 인정되지 않는 것이라면 이는 보험계약이 아니며 조합의 사업은 보험사업이 아니라고 영국 법원은 해석하였다.³⁰⁾ 이 사례에서 조합과 계약을 체결한 의사는 급부에 대한 권리(right to money or money's worth)를 가지지는 못하고, 단순히 자문이나 금전적 조력을 요청할 수 있는 권리(right to request assistance or indemnity)만 가질 뿐이었다. 금전적 가치가 있는 서비스 제공 여부가 사업자의 재량권에 기초하여 결정되는 것이라면 해당 사업은 보험사업으로 해석할 수 없는 것이다.³¹⁾ 영국 금융감독청(Financial Conduct Authority)이 마련한 지침(The Perimeter Guidance Manual Chapter 6 -Guidance on the Identification of Contracts of Insurance-)에서도 사업자가 용역 제공 여부에 대해 완전한 재량권을 가지고 있는 경우엔 해당 약정을 보험계약으로 볼 수 없다고 정하고 있다(지침 6.6.1).³²⁾ 한편 급부로 제공하는 금전적 가치 있는 서비스에 대하여 고객이

30) Medical Defence Union v. Department of Trade {1980} Ch 82, 95면, 97면; CVG Siderurficia del Orinoco SA v. London SS Owners Mutual Insurance Association Ltd, The Vainqueur Jose [1979] 1 Lloyd's Rep. 557; Hampton v. Toxtrech Co-operative Provident Society Ltd [1915] 1 Ch 721, 742-743; John Lowry and Philip Rawlings, 앞의 책, 9p; Colinvaux & Merkin's Insurance Contract Law, 앞의 책, A-0037; John Birds/Norma Hird, 앞의 책, 14p.

31) 다만 이 사건에서 실제로 조합이 가입자의 요청을 거부한 경우는 거의 없었다. 따라서 가입자가 급부에 대한 권리를 가지지 못하고 단순히 자문이나 금전적 조력을 요청할 수 있는 권리를 가질 뿐이더라도 가입자는 조합의 급부 이행에 대한 강한 기대를 가지며 이러한 기대는 보호받을 이유가 있다고 해석함이 타당할 것이다. John Birds/Norma Hird, 앞의 책, 18p.

32) 한기정, 앞의 논문, 14면.

권리로서 청구할 수 있는 것과 사업자의 재량에 의해 급부 제공이 결정되는 것이 혼재되어 있는 경우에 이러한 계약은 전체적으로 보았을 때 보험계약으로 해석해야 한다는 영국 학계의 견해가 있다.³³⁾

IV. 보증연장 서비스의 보험사업성 인정 문제

1. 개념

보증기간 연장(extended warranty)서비스란 제조물의 제조회사나 판매회사가 본래 제공했던 무상 보증 기간이 종료된 후에 소정의 금액을 고객으로부터 받은 후 제품에 대한 수리나 대체물로의 교환 등을 해주는 서비스를 말한다. 보증연장 서비스 제공 대상이 제품의 하자에 한정되지 않고 사용 중의 파손이나 일상적 사용에 따른 마모³⁴⁾ 등을 포함할 수 있으며, 보증 서비스 제공자가 제조회사나 판매회사 이외의 제3의 사업자가 될 수도 있다. 문제는 보증연장 서비스를 보험 상품으로 볼 수 있는가이다. 만약에 보험상품성이 인정된다면 사업자는 보험업법의 적용을 받고 보험사업자의 자격 요건을 충족해야 하여 위반시 형사처벌의 대상이 된다. 제품의 훼손이나 고장 등이 우연히 발생한 경우에 해당 제품을 구매한 소비자는 수리나 교환 등에 소요되는 경제적 위험을 보장받기 위해 소정의 금액을 제조회사나 제3 사업자에게 지급하며, 사업자 등은 이를 통해 기금을 형성하고 이에 대한 반대급부로서 수리나 교환 기타 서비스를 제공하기로 약정하였다면 언뜻 보기에 보험상품으로서의 구성 요소를 갖춘 것으로 해석될 수도 있다. 소비자가 부담하는 소정의 금액은 서비스 제공자가 제품 판매 후 일정한 기간 동안 발생할 수 있는 하자 등에 대한 통계적 기초를 가지고 산정되는 것이기

33) M. Tilley, "Protection and Indemnity Club Rules and Direct Actions by Third Parties", 17 Journal of Maritime Law and Commerce 17, 1986, 427, 442p; John Lowry and Philip Rawlings, 앞의 책, 10p.

34) 상법 보험편 제678조에서 보험목적의 하자 또는 자연소모로 인한 손해를 보험자의 면책으로 하고 있다. 그러나 이러한 손해를 사업자가 담보하기로 약정하고 그 사업의 성질이 보험상품적 성질을 가지는 것으로 해석되는 경우에, 이는 소비자에게 유리한 방향으로의 변경이며 약관의 규제에 관한 법률이나 제678조 취지에 반하지 않는다고 할 것이다.

때문에 위험계산에 기초한 보험료의 의미를 가지기도 한다. 그러나 보험상품을 위한 구성요소를 갖추고 있다고 하여 모든 상품을 보험상품으로 분류하여 보험업법이 적용되는 것으로 해석할 수는 없다. 보험상품 구성 요소 이외에 고려해야 할 다른 중요한 요소(독립서비스 여부, 손해보상적 결과의 존재 여부, 법적 또는 계약상의 권리로서 서비스 청구 가능성 등)들도 함께 판단 기준으로 삼아야 한다.

2. 금융위원회의 유권해석

금융위원회는 자동차 등 제품에 대한 보증기간 연장 서비스 상품이 제조사나 판매사가 직접 판매하면 보험상품이 아니지만, 제3자가 판매를 하는 경우엔 보험상품으로 해석될 수 있다는 입장인 것으로 보인다.³⁵⁾ 금융위원회의 이러한 해석은 제조사나 판매사가 보증 연장서비스 상품을 판매하는 것은 서비스 자체를 제공하는 측면이 강하다는 성질을 반영한 것으로서 용역 서비스에 대한 보험사업성 여부를 판단한 대법원 판시내용³⁶⁾을 고려한 것이라 할 수 있다. 그러나 금융위원회의 이러한 해석이 보험업법상의 근거가 있는 해석이라고 할 수는 없을 것이다.

3. 사건

생각건대 제조회사나 판매회사가 영위하는 보증서비스는 자신들의 제품 판매에 대한 부가서비스적 성격이 강하며 보증기간 만료 후의 보증연장 서비스도 새로운 위험에 대한 인수라고 할 수 없으므로 보험사업성을 인정하기는 어렵다고 판단된다. 반면 제3 사업자가 이러한 서비스 제공 상품을 판매하는 것은 판매에 따른 단순한 부가서비스가 아닌 새로운 위험에 대한 인수로 해석할 수 있고 특히 제조회사가 아닌 제3 사업자가 위험을 인수하고 용역 제공을 약정한다는 측면에서 소비자 보호를 위해 이러한 사업에 대한 감독과 규제의 필요성이 요구된다. 제작상의 결함이나 품질에 대한 책임을 부담하지 않는 지위에 있는 제3 사업자가 독립된 서비스로서 담보 범위가 확대된 보증서비스 상품을 영위하는 것에

35) 경향신문, 2015.9.14. 국회 정무위원회 국정감사시 금융위원회의 답변.

36) 대판 2014.5.29. 선고 2013도10457.

대해서는 보험상품으로서 인정될 필요성이 있다는 것이다. 보증서비스가 가능한 대상에 고장, 도난이나 분실, 우연히 발생한 파손을 포함하는 것은 문제가 없다. 다만 판매후의 파손이 제품을 사용하는 과정 중에 충분히 예상할 수 있는 경우는 제품의 내재적인 하자과 관련성이 있기 때문에 보험사고의 불확정성 또는 우연성의 존재 여부가 문제될 수 있다.³⁷⁾ 사업자의 제3자성, 판매에 따른 부가서비스가 아닌 독립된 서비스로서의 성격, 하자에 대한 단순 서비스가 아니고 취급 및 사용 중의 우연한 파손이나 손상, 통상적인 소모 또는 마모까지도 담보 범위에 포함시키는 것 등을 고려할 때 단순한 보증서비스와는 달리 이러한 사업에 대한 규제와 감독의 필요성이 강하게 제기될 수 있다. 특히 이러한 서비스 제공 상품을 보험상품으로 해석하게 되면 사업자로서는 공공재산으로서의 준비금을 형성, 적립해야 할 보험업법상의 의무를 부담하며, 기타 보험업법 및 상법 보험편에서 규정하고 있는 보험사업자로서의 여러 의무를 부담하게 된다. 다만 판매 제품이 무엇인가를 고려하지 않은 채 보증연장 서비스에 대해 일괄적으로 보험상품으로 보고 보험업법상의 감독과 규제의 대상으로 삼을 것인지, 아니면 해당 상품과 판매 구조 등을 개별적으로 고려하여 각각의 보험상품성을 판단할 것인지의 문제는 남는다. 후자의 견해에 동의한다.

4. 영국에서 보증기간 연장 서비스의 보험상품성 인정 문제

(1) FAC 지침

영국에서는 이 문제에 대해 금융감독청(Financial Conduct Authority, FAC)이 제정한 지침(The Perimeter Guidance Manual Chapter 6 -Guidance on the Identification of Contracts of Insurance-)에 따라 해석을 하고 있다. 이 지침에 기초하면 제품의 제조회사나 판매회사가 제공하는 보증서비스는 보험계약이 아니라는 입장이다. 그러나 제조회사나 판매회사가 새로운 위험을 인수한 것으로 볼 수 있는 경우 즉 기존의 보증서비스의 담보 범위의 확대 또는 내재된 위험까지도 담보하기로 하는 경우라면 보험상품 여부에 대해 긍정적으로 볼 수 있다는 해석이 가능하다.

37) 상법 보험편 제678조; 보험연수원 주최 정책세미나 「보증연장 서비스 규제 방안 : 보험 규제 적용 여부를 중심으로」 심포지엄 자료집 (2018.4.4.), 13면.

또한 제조회사나 판매회사가 아닌 제3의 사업자가 제조물의 판매와는 독립된 보증서비스를 제공하는 것도 보험상품성이 인정될 수 있다는 입장이라 할 수 있다.³⁸⁾

(2) 영국 판례와 해석

보증수리 서비스와 같은 용역 제공 계약의 보험상품성 판단 기준에 대해 영국 보험법학계에서는 사고 발생과 관련하여 통제력(control)의 적용 범위를 가지고 보험상품성 여부를 판단하는 기준으로 삼고 있다. 예를 들어 제조업자가 제조상 결함으로 인해 야기된 제조물의 고장이나 훼손을 제조물의 구입 후 일정기간 동안 수리해주시기로 하는 약정상의 보증서비스는 보험사업으로 보기 어렵지만, 제작상의 결함의 유무 또는 결함의 원인을 묻지 않고 모든 결함에 대해 수리를 해주시기로 약정하는 것에 대해서는 보험사업성을 인정할 수 있다고 한다. 특히 그러한 약정을 한 사업자가 해당 제조물을 제작 또는 판매를 하지 않았다면, 발생한 사고가 사업자의 통제범위 내에 있다고 볼 수 없으므로 그러한 약정은 보험계약적 성질을 가진다고 해석하고 있다.³⁹⁾ 더구나 사업자가 제공하는 보증서비스의 적용 대상이 고객의 사용 중에 생긴 과실에 의한 훼손까지도 포함하는 것이라면 보험사업적 성격은 더 강하다고 할 수 있다.

그런데 해당 계약에서 제공되는 보증서비스에서 보험 요소를 발견할 수 있다고 하더라도, 그것이 매매에 따른 부가서비스로서의 성격이 강하다면 보험상품성을 인정하기는 어렵다고 할 것이다. 다시 말해 보증서비스가 단순히 부가서비스 위치에 머물지 않고 독립적인 서비스로서의 모습을 가지고 있는 것이라면 다른 보험 구성 요소를 갖추고 있는지 여부에 따라 보험상품성의 인정이 가능할 수 있다는 것이다. 해당 계약에서의 사고 발생 위험이 서비스 제공자의 통제 범위 밖에 있고 또한 그가 제조자나 판매인이 아닌 경우에, 해당 하자 발생의 위험을 보증하는 것은 독립적인 서비스로서 보험상품으로서의 성질이 있다고 판시하고 있다.⁴⁰⁾ 예를 들어 자동차 타이어가 제조 방법의 결함이 아니라 도로 환경이나

38) 보험연수원 주최 정책세미나 「보증연장 서비스 규제 방안 : 보험 규제 적용 여부를 중심으로」 심포지엄 자료집 (2018.4.4.), 8면-9면.

39) John Lowry and Philip Rawlings, 앞의 책, 11p; John Birds/Norma Hird, 앞의 책, 15p.

40) Re Sentinel Securities Plc, [1996] 1 WLR 316; John Birds/Norma Hird, 앞의 책, 15p.

외부 작용에 의해 훼손된 경우에 이를 교체 또는 보상해주겠다는 것은 해당 위험이 서비스 제공자의 통제 범위 밖에 있고, 매매에 따른 부가서비스라 할 수 없으므로 보험상품성이 인정될 수 있다는 것이 영국 법원의 입장이다.⁴¹⁾

V. 마무리

보험의 본질 중 가장 중요한 것은 가입자의 경제적 보장과 관련하여 위험의 이전과 분산 기능이라 할 수 있다. 과거 대법원이 보험사업성 판단을 위해 ‘그 사업의 명칭이나 법률적 구성 형식에 구애됨이 없이 그 실제 내지 경제적 성질을 실질적으로 고찰해야 한다고 실시한 것은⁴²⁾은 해당 사업(서비스의 제공)이 단체 내에서 위험의 이전과 분산 기능을 가지는지 여부 및 그 결과 소비자에게 경제적 보장 기능을 제공하는지 여부를 분석해야 한다는 것이다. 위험이 당사자의 통제 범위 밖에 있으면서 위험의 이전과 분산을 위한 기금의 형성과 관리에 대한 보험업법상의 감독과 규제의 적용 필요성이 요구되는가에 대한 법리적 판단이 중요하다고 할 수 있다.

위험의 이전과 분산이라는 ‘보험의 기능’과 보험업법에 의한 ‘규제필요성’을 모두 고려하면서 보험상품성 여부를 판단하는 것이 합리적이라 여겨진다. 대수의 법칙이 엄격하게 적용되지 않은 상품에 대해서도 소비자 보호를 위해 보험업법에 의한 감독과 규제가 필요하다면 보험상품으로 인정될 수 있다는 다수의 판례가 있음을 상기할 필요가 있다.⁴³⁾ 본 건에서 SMP 방식의 이송 및 송환서비스 계약은 사업자가 서비스 제공에 대한 재량권을 가지고 있다는 점을 제외하고는 보험상품으로 인정하는 것이 타당할 것이다. 이것이 보험업법 제2조 제1호에서 규정하는 보험상품에 대한 정의조항과 부합되는 것이다. 무엇을 기준으로 ‘주된 목적’ 여부를 판단할 것인지 명확하지 않은 상황에서 보험업법 조항에 존재하지 않는 ‘주된 목적’ 기준을 새롭게 제시하는 것은 오히려 보험상품성 판단에 혼란을

41) State ex rel. Duffy v. Western Auto Supply Co., 134 Ohio St. 163 (1938).

42) 대판 1998.3.13. 선고 97다52622; 대판 1999.8.24. 선고 99다24508; 대판 2001.12.24. 선고 2001도205; 대판 1989.10.10. 선고 89감도117; 대판 1989.9.26. 선고 88도2111.

43) 대판 1989.9.26. 선고 88도2111; 대판 1989.10.10. 선고 89감도117; 대판 1989.1.31. 선고 87도2172.

초래할 수도 있다고 여겨진다. ‘주된 목적’ 여부는 사업자 입장에서만 판단할 것이 아니다. 결과적 측면에서 가입자가 해당 용역을 제공받음으로 인해 경제적 보장을 받은 효과를 누린 것이라면 해당 용역계약에 경제적 보장이라는 ‘주된 목적’이 존재하는 것으로 봄이 타당하다. 한편 사업자에 의해 제공되는 ‘그 밖의 급여’가 금전의 대체물이어야 한다고 제한적으로 해석하는 것도, 보험업법 제2조 제1호가 금전 이외의 다른 방식에 의한 보험급여 가능성을 열어놓은 취지임을 감안할 때, 법적 근거가 없다. 해당 조항에서 금전과 ‘그 밖의 급여’는 대등한 지위에 있는 것으로 해석함이 타당하기 때문이다.⁴⁴⁾ 즉 ‘그 밖의 급여’를 해석함에 있어서 금전과의 대체적 관계가 있는 것으로 제한해야 할 이유가 없다는 것이다.

결론적으로 사업자의 재량에 의해서가 아니고 법적 또는 계약에 의해 법적 구속력이 있는 의무의 형태로서 유상 서비스가 제공이 되고 단체 내에서 위험의 이전과 분산 기능이 존재하며 그 서비스가 다른 서비스에 부수적으로 제공되는 것이 아니고 독립적으로 제공되면서, 여기에 위험의 이전과 분산 기능의 원활한 작동을 위해 보험업법 적용의 필요성이 제기된다면, 해당 용역제공 계약은 보험 상품으로서의 성질을 가지는 것으로 해석함이 타당하다고 여겨진다.

44) 同旨, 한기정, 앞의 논문, 24면.

참고문헌

[국내 서적]

- 김성태, 「보험법강론」, 2001, 법문사.
김은경, 「보험계약법」, 2016, 보험연수원.
박세민, 「보험법(제5판)」, 2019, 박영사.
양승규, 「보험법(제5판)」, 2004, 삼지원.
유주선, 「보험법」, 2018, 씨아이알.
이기수/최병규/김인현, 「보험해상법(제9판)」, 2015, 박영사.
장덕조, 「보험법(제4판)」, 2018, 법문사.
한기정, 「보험법(제2판)」, 2018, 박영사.

[국내 논문]

- 김선정, “무허가 보험업의 판단기준”, 「생명보험」, 2015년 2월호, 생명보험협회.
김진오, “보험업법이 규정하는 보험상품의 개념요소로서 ‘위험보장의 목적’을 판단하는 기준”, 「BFL」 제68호, 2014.11, 서울대학교 금융법센터.
한기정, “보험업의 개념에 관한 연구”, 「보험법연구」 제9권 제2호, 2015, 보험법학회.
보험연수원 주최 정책세미나 「보증연장 서비스 규제 방안 : 보험 규제 적용 여부를 중심으로」, 심포지엄 자료집 (2018.4.4.).

[외국 논문 및 서적]

- Colinvaux & Merkin's Insurance Contract Law, (Release 4, Aug. 2002), Sweet & Maxwell.
E.R. Hardy Ivamy, General Principles of Insurance Law(6th ed.), 1993, Butterworths.
John Birds/Norma Hird, Modern Insurance Law(6th ed), 2004, Sweet & Maxwell.
John Lowry and Philip Rawlings, Insurance Law-Doctrines & Principles, 1999, Hart Publishing.
Malcolm Clarke, The Law of Insurance Contracts(2nd ed.), 1994, Lloyd's of London Press Ltd.

- M. Tilley, "Protection and Indemnity Club Rules and Direct Actions by Third Parties", (1986)
17 Journal of Maritime Law and Commerce 427.

<Abstract>

A legal analysis on standard of judgment of recognition of insurance product for contract of service supply

Park, Se Min*

Considering the fact that concept of insurances are not clearly defined in the Insurance Business Law and the Insurance Section of the Commercial Law, it is critical to fully understand the meaning of insurance products. The Insurance Business Law stipulates that a permission from the Financial Services Commission is required for each business category in order to operate an insurance business and its violation is subject to criminal penalties. Therefore it is important to have the theoretical analysis of the definition of insurance products. In the judicial precedents, the criterion for insurance products is ‘the substantial consideration of the true nature or economic properties of a business regardless of its name or legal composition’. It means that it is necessary to investigate whether the business is capable of transfer of risks or distribution of risks, and if it does, whether it is necessary to have the supervision and regulation under public law, such as the permission from the competent department, in order to ensure they function properly. It is not reasonable to newly come up with a criterion of ‘main purpose’, which is not stipulated in the Insurance Business Law. Even if a business is to supply a service itself rather than a product which guarantees a financial loss, if such service has both roles of transfer of risks and of distribution of risks and it is found to be necessary to have the supervision and regulation under public law, the corresponding service supply agreement should be considered an insurance product. Therefore, it is reasonable to interpret a service

* Korea University Law School.

supply agreement as an insurance if the corresponding service, which is legally bound, allows both transfer of risks and distribution of risks and this service is provided independently, not incidental to the other services, and it is necessary to apply the Insurance Business Law for the proper functioning of the transfer of risks and distribution of risks.

Key Words : insurance product, transfer of risk, distribution of risk, principle of large number, other benefits, principal purpose, insurance business law, supply of service, discretionary power, money's worth, extended warranty service, indemnification of loss

