

모집을 위탁한 보험회사의 손해배상책임 규정의 합리적 해석과 쟁점분석

이 성 남*

<차례> _____

I. 서 론

III. 보험업법 제102조의 해석상 쟁점 검토

II. 다른 사람의 행위에 따른 본인의 손해
배상책임 규정의 체계적 이해

IV. 결 론

주제어 : 보험모집, 모집위탁, 손해배상책임, 사용자 책임, 보험업법 제102조

<국문초록> 보험상품은 법적 제조물에 해당하고, 그 본질상 복잡한 내용의 상품이다. 따라서 고객과 보험회사 사이에 현저한 정보격차가 존재하고 보험소비자는 오로지 보험회사 또는 보험모집종사자가 제공하는 정보에 의존하여 당해 상품의 가치를 평가할 수 밖에 없다.

따라서 보험모집과정에서 소비자 보호 문제는 매우 중요하게 부각된다. 이러한 점을 고려하여 보험업법 모집과정에서 발생하는 보험소비자 피해를 적정하게 보장하고자 보험계약자 보호의 관점에서 보험모집종사자가 보험을 모집함에 있어서 보험계약자에게 손해를 가한 경우에 보험계약자가 보다 자력이 있는 보험회사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있는 것을 인정한 것이다. 이러한 보험업법의 규정은 민법 제756조(사용자책임)의 특칙을 정한 것으로 해석된다.

그리고 이러한 손해배상책임규정은 보험회사와 보험모집종사자의 관계가 임용관계, 고용관계, 위탁(위임)관계와 보험회사와 보험대리점의 임원 및 사용인과 같이 직접 법적인 관계가 없는 경우도 있으므로 민법 제756가 규정하는 사용자 책임이 발생하지 아니한 경우에 대해 소속 보험회사 등이 당해 법적 관계를 이유로 책임을 회피할 수 없도록 보험업법이 책임의 소재를 명확히 한 것이다.

이러한 점에 의해 보험회사는 신중한 채용 및 실효성 있는 지도감독, 교육 등을 통하여 그의 책임에 있어서 그의 보험모집종사자의 적격성을 확보하는 것이 요청된다.

보험업법 제102조는 임직원의 행위에 대하여 무과실 책임을 부담하고 있는 점, 보험대리점 소속 보험설계사까지 인적범위를 확대하는 문제, 손해배상청구권자로서 보험계약자에 한정하는 문제, 보험대리점의 불완전 판매의 증가와 도덕해이 방지 문제 등 다양한 문제점이 발견되고 있는 바, 향후 입법과정에서 합리적 개선이 있었으면 한다.

* 목포대학교 금융보험학과 교수, 법학박사

- 논문접수일(2020.01.21), 심사개시일(2020.01.28), 게재확정일(2020.02.26)

I. 서론

보험의 모집에 관한 주체는 누가 될 수 있으며, 그러한 자의 법적 지위가 무엇인지, 그리고 그들이 활동을 함에 있어 준수해야할 원칙과 의무 등을 보험업법 제4장 모집 장에서 상세하고 규정하고 있으며 이러한 규제는 보험업법의 목적의 하나인 보험계약자 보호를 위한 핵심 규제를 형성하고 있다.

인터넷을 통하여 보험가입이 가능한 일부 보험종목을 제외하고는 대부분의 보험계약은 보험계약자와 보험회사 사이에 직접 체결되는 경우는 드물고 대개 중간에 보험모집중사자(insurance intermediaries)의 모집활동에 의하여 체결된다. 보험상품은 일반적인 물질적 형태를 가진 상품에 비해 여러 가지 다른 특성을 가지고 있다. 첫째, 사람의 눈으로 예측이 불가능한 장래의 불안을 대상으로 하고 있고, 보상하는 손해, 보험금의 지급 사유 등의 상품내용이 일반소비자가 이해하기에 용이하지 않다. 둘째, 장기간에 걸쳐 비교적 고액의 보험료의 지불이 요구되고 있다. 셋째, 보험가격의 사후결정성 등 보험료의 타당성에 대한 평가가 곤란하다.¹⁾

보험상품의 이러한 특성으로 인하여 보험모집을 함에 있어서 고객의 올바른 이해를 바탕으로 적절한 상품선택의 기회를 보장하기 위하여 보험회사에 의한 보험상품 정보의 제공 등이 필수적으로 요청된다.²⁾ 이러한 사정을 고려하여 보험계약법에서는 보험계약자에게 보험약관을 교부하고, 동시에 약관의 중요한 사항을 설명하도록 하고(상법 제638조의3 제1항), 만약 보험회사가 이러한 의무를 제대로 이행하지 않은 경우에는 보험계약 성립 후 3개월 내에 당해 보험계약을 취소할 수 있도록 하고 있다(상법 제638조의3 제2항). 나아가 보험업법에서는 보험회사 또는 보험모집중사자에게 보험계약의 체결을 권유하는 경우에 보험료, 보장범위, 보험금 지급제한 사유 등 일정한 보험계약의 중요 사항에 대해 설명하도록 요구하고 있다(보험업법 제95조의2). 이러한 설명의무 규정을 이행하지 않을 경우에는 보험회사는 과징금 부과 등의 불이익을 당할 수 있고(보험업법 제196조), 관련지는 자격의 박탈 및 신분상 제재 등의 불이익이 부과될 수 있다(보험업법 제134조 등). 한편 보험업법은 보험계약의 모집업무를 수행하는 자에게 보험계약

1) 安居孝啓, 「保險業法の解説」, 大成出版社, 2010, 933面.

2) 清水耕一, “保險募集に関わる損害賠償…償責任の内容”, 「保險學雜誌」 607号, 161面.

모집함에 있어서 준수해야 할 다양한 의무를 부과하고 있으며, 민약 모집업무 중 사 중에 보험계약자에게 손해를 입힌 경우 보험계약의 모집으로 실질적 이익을 취득하는 보험회사로 하여금 그 손해배상책임을 지도록 하고 있다(보험업법 제102조).

이와 같이 보험모집과 관련하여 보험업법과 보험계약법에서 보험소비자 보호 관점에서 피해방지를 위한 다양한 보호장치를 두고 있다. 특히 보험업법 제102조는 보험계약법상의 설명의무 제도와 더불어 보험모집종사자의 모집활동 과정에서 발생할 수 있는 불완전 판매 및 위법한 모집행위에 대한 손해배상책임이라는 사법적 효과를 보태어 규정함으로써 보험계약의 무효 등에 따른 계약상 청구권을 보충하는 의미를 가진다. 보험업법 제102조의 해석에 있어서는 보험업법과 보험계약법에 분산되어 규정된 각종의 의무 규정을 통합하여 체계적으로 통일되게 해석될 필요가 있다. 그런데 그간 국내에서는 보험업법 제102조에 관한 논의가 미약할 뿐만 아니라 동 조항이 가지고 있는 정확한 해석론이 부족한 실정이다. 이에 따라 이하에서는 보험업법 제102조의 규정을 중심으로 해석상의 논란이 되고 있는 몇 가지 쟁점에 대해 검토하여 합리적 해석론을 확립하고, 아울러 보험업법 제102조가 가지고 있는 법리적 문제점들에 대해서도 검토하여 그 개선방안을 찾아보기로 한다.

II. 다른 사람의 행위에 따른 본인의 손해배상책임 규정의 체계적 이해

1. 서설

헌법상의 원리인 자기책임의 원칙 및 민법 제390조와 제750조에 따라 채무자 또는 가해자는 행위자로서 고의 또는 과실이 인정되는 경우, 그 책임을 지며 본인이 아닌 타인이 행한 행위에 대해서는 극히 예외적인 경우에 한하여 책임을 부담한다. 타인의 행위에 대한 손해배상책임과 관련하여 민법 제391조는 채권관계의 범위 내에서 채무자는 그의 법정대리인 또는 이행보조자의 행위에 대하여 책임을 부담하도록 규정하고 있다. 채무자는 채무를 이행하면서 이행보조자를 선임하여 지시 및 감독권을 행사하여 이행업무를 수행하는데 이 때 채권자는 이행

보조자와 계약관계를 형성하고 있지 않으므로 이들에 대해 직접 계약상 청구권을 행사할 수 없으며 불법행위를 원인으로 손해배상청구권을 인정한다고 하더라도 실효성이 없는 경우가 있다. 이에 따라 타인을 사용하여 이익을 얻은 채무자가 이에 대한 위험 내지 불이익도 감수하여야 한다는 사상에 입각하여 채권자를 보호하기 위하여 이러한 규정을 둔 것이다. 민법 제755조의 감독자 책임, 제756조의 사용자의 배상책임, 제757조의 도급인의 책임, 제758조의 공작물의 점유자 소유자 책임 규정은 행위자외의 자에게 손해배상책임을 부과하고 있는 대표적인 규정이다.

보험거래 영역에서는 보험업법 제102조가 타인의 행위에 대하여 보험회사가 책임을 부담하게 하는 규정이다. 보험회사는 고용이나 위임계약 관계 등을 통하여 그 소속 임·직원이나 보험설계사, 모집업무를 위탁한 보험대리점의 활동에 의하여 수익을 창출하므로 그 상응하여 발생하는 보험계약자에 대한 손해악기 창출 위험을 보험회사가 스스로 감수하여 보험모집 과정에서 발생하는 피해자를 두텁게 보호하고자 하는 정책적 배려에 따라 설계된 대표적인 사법적 규정이다.

보험업법 제102조는 보험회사가 그 임직원이나 보험설계사 등 다른 사람의 행위로 인하여 책임을 지는 규정이므로 이러한 규정의 올바른 이해와 합리적 해석을 위해서는 자기책임의 원칙을 살펴보고 이러한 원칙 하에서 동 규정을 이해하는 것이 필요하다.

어떠한 행위에 대한 책임은 그러한 행위를 촉발한 당해 개인이 책임을 지는 것이 헌법 제10조 등에서 유래하는 자기책임의 원리이다. 그러므로 일정한 법적 관계나 인적관계에 의하여 타인의 행위에 대하여 본인이 책임을 지는 경우가 정당화되더라도 헌법상의 자기책임 내지 책임주의 원칙을 고려하여 합리적으로 설계할 필요가 있다. 이러한 헌법상의 원리는 형사법에서는 책임주의원칙으로 민사법의 영역에서는 과실책임 내지 자기책임의 원리로 침투되어 작동한다.

2. 자기책임원칙

사법의 기본정신은 채무를 이행할 자 또는 불법행위를 한 자에게 그의 행위에 의하여 발생한 손해를 배상할 의무를 지우는 것이 원칙이다. 헌법재판소는 이에 관하여 다음과 같은 판례를 통하여 분명한 입장을 견지하고 있다.

헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에서 파생되는 자기결정권 내지 일반적 행동자유권은 이성적이고 책임감 있는 사람의 자기 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담함을 전제로 한다. 자기책임의 원리는 이와 같이 자기결정권의 한계논리로서 책임부담의 근거로 기능하는 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다. 이러한 자기책임의 원리는 인간의 자유와 유책성, 그리고 인간의 존엄성을 진지하게 반영한 원리로서 그것이 비단 민사법이나 형사법에 국한된 원리라기보다는 근대법의 기본이념으로서 법치주의에 당연히 내재하는 원리로 볼 것이고, 헌법 제13조 제3항은 그 한 표현에 해당하는 것으로서 자기책임의 원리에 반하는 제재는 그 자체로서 헌법위반을 구성한다.³⁾

또한 피용자의 행위에 대한 사용자책임의 한계에 관하여 헌법재판소는 양벌규정에 관한 법 규정과 관련하여 다음과 같이 판시하고 있다. 법인이나 개인의 피용자가 사용자의 업무에 관하여 위법행위를 한 경우에는 사용자가 피용자의 행위를 이용하여 위법행위를 하였거나 피용자에 대한 업무상 지휘·감독의무를 다하지 못하여 업무상 위법행위를 막지 못하였다고 할 수 있을 것이므로 피용자의 위법행위에 대하여 사용자를 함께 처벌하더라도 책임주의의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다. 그러나 법인이나 개인의 피용자가 사용자의 업무와 무관하게 위법행위를 한 경우에는 사용자에게 피용자에 대한 지휘·감독의무가 있다고 볼 수 없으므로 그 경우에도 사용자를 피용자의 위법행위로 인하여 처벌하는 것은 책임주의의 원칙에 어긋나서 헌법에 위반된다고 할 것이다.

이 사건 법률조항들은 개인이 고용한 종업원 등의 일정한 범죄행위 사실이 인정되면 종업원 등의 범죄행위에 대한 영업주의 가담여부나 종업원 등의 행위를 감독할 주의의무의 위반여부 등을 전혀 묻지 않고 곧바로 영업주인 개인을 종업원 등과 같이 처벌하도록 규정하고 있는바, 이는 아무런 비난받을 만한 행위를 한 바 없는 자에 대해서까지 다른 사람의 범죄행위를 이유로 처벌하는 것으로서 형벌에 관한 책임주의에 반하므로 헌법에 위반된다.⁴⁾

3) 헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25; 헌재 2004. 6. 24. 2002헌가27.

4) 헌재 2011.10.25. 2010헌바307.

3. 자기책임원칙에 대한 예외

우리나라의 사법체계에 의하면 불법행위책임에 있어서 자기책임원칙을 취하더라도 거래의 상대방 또는 피해자를 보다 두텁게 보호하기 위하여 불법행위를 한 자와 일정한 관계에 있는 자를 손해배상의 주체로 끌어들이 복수의 자로 하여금 피해를 배상하게 함으로써 손해배상이 적정하고 확실하게 이루어질 수 있도록 보장한다. 이러한 자기책임에 대한 예외 제도로써 자동차손해배상보장법에 의한 운전자 책임(제3조), 책임무능력자의 가해행위에 대해 감독의무자 또는 대리감독자 책임(민법 제755조) 등을 규정하고 있다. 또한 불법행위자와 일정한 계약관계 내지 감독관계가 있는 경우에 발생하는 책임으로서 피용인의 행위에 대한 사용자 책임(민법 제756조), 공무원의 행위에 대한 국가의 배상책임, 위임관계와 도급 관계에 있는 상대방의 행위에 대한 위임인과 도급인의 책임 등이 있다.

4. 계약관계에 따른 위임 등의 책임

위임이란 당사자 일방이 즉 위임인이 상대방 즉 수임인에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 성립하는 계약이다(민법 제680조). 수임인은 업무를 처리함에 있어 재량권을 가지며 위임인과의 사이에 일종의 신임관계가 생긴다.⁵⁾ 그런데 위임관계에 있는 수임인이 업무를 처리하면서 제3자에게 손해를 야기한 경우 위임인이 이에 대해 손해배상책임을 지는지 문제될 수 있다. 수임인이 지시 받은 업무를 수행하던 중에 제3자에 가한 손해는 위임인의 책임이 발생할 소지가 있지만 수임인은 독립적 지위에서 재량으로 사무를 집행하므로 수임인의 행위에 대하여 위임인이 모든 책임을 부담할 수 없다고 본다.

도급이란 당사자 일방, 즉 도급인이 상대방 즉 수급인과 일정한 일을 완성할 것을 약정하고 도급인이 그 일의 결과에 따라 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다(민법 제664조).

도급인이 수급인의 제3자에 대한 행위에 대하여 책임을 부담하기 위해서는 민법 제756조에 의한 사용자 책임 요건을 충족하여야 하는데 독립적인 지위에서 일의 완성의무를 지는 수급인은 원칙적으로 민법 제756조의 피용자로 보지 않는

5) 지원림, 「민법강의」 제10판, 홍문사, 2012, 1562면 참조

것이 원칙이다.⁶⁾ 따라서 도급인은 수급인이 그 일에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없다(민법 제757조 본문). 그러나 예외적으로 도급인과 수급인 사이에 지휘·감독관계가 있는 경우에 도급인의 특별책임을 인정하고 있다(민법 제755조 단서).

대법원 판례에 의하면 일반적으로 도급인과 수급인 사이에는 지휘·감독의 관계가 없으므로 도급인은 수급인이나 수급인의 피용자의 불법행위에 대하여 사용자로서의 배상책임이 없는 것이지만, 도급인이 수급인에 대하여 특정한 행위를 지휘하거나 특정한 사업을 도급시키는 경우와 같은 이른바 노무도급의 경우에는 비록 도급인이라고 하더라도 사용자로서의 배상책임이 있다고 본다.⁷⁾

5. 보험회사와 보험대리점간의 관계

보험회사는 보험대리점과 위탁계약을 체결하여 모집업무를 수행하도록 하고 있다. 이러한 위탁계약은 대개 일시적 계약이 아닌 계속적 계약성을 가지며 위임 사무도 단발적, 단건적 위임이 아닌 계속적 포괄적 위임계약에 해당한다. 또한 보험회사는 모집업무 위탁과 더불어 사업의 원활한 진행을 위하여 사무실, 전산 비품 등을 제공하거나 교육을 실시하고 있고, 보험대리점이 법령이나 계약상의무를 위반한 경우에 제제나 해지 등의 감독조치를 취할 수 있다(보험대리점표준위탁계약서 제27조 등).

따라서 일반적인 민법상 매매계약관계에서처럼 대등한 급부이행의무를 부담하는 관계가 아니라 보험대리점은 일방적으로 사무를 위탁받고, 그 위탁업무의 수행과 관련하여 지속적으로 보험회사의 지도·감독을 받은 종속적 관계에 있다고 볼 수 있다. 그러나 보험대리점 위탁계약의 본질은 위임계약이고, 따라서 보험대리점은 통상 자신의 재량에 의하여 보험계약 체결을 중심으로 하는 각종 사무를 처리하고 있으므로 그러한 역무의 제공자인 보험대리점에는 영업주 내지 상인으로서의 "독립성"이 어느 정도 인정된다. 실제 현장에서 역학 관계는 대형 보험대리점의 경우 우월적 지위를 누리는 현상도 나타나고 있다. 이러한 점은 사무의 독립성이 인정되지 않는 고용계약과는 다른 특성이다. 이러한 보험회사와

6) 지원립, 상계서, 1741면 참조

7) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다37676 판결

보험대리점간의 관계에 비추어 보험업법 제102조가 보험대리점에 대한 모집활동에 대해서 손해배상책임을 직접 부담하도록 하고 있는 것이며, 나아가 보험대리점의 지위가 사용관계에 있다고 보기 애매한 측면도 있으므로 민법 제756조의 사용자의 배상책임의 피용자의 범위보다 그 법적 책임 범위를 확장하고 있는 것은 타당한 입법이라고 생각한다.

그간의 판례를 분석 종합해 보면 타인의 행위에 대한 사용자 책임은 명의대여, 위임, 도급의 순으로 그 인정범위가 좁아지고 있는 사실을 알 수 있다. 한편 보험회사와 보험대리점은 위탁계약을 체결하는데 보험계약체결의 대리, 보험계약의 유지 및 관리에 필요한 활동, 보험청약서·보험약관·보험증권의 전달 등 보험계약 체결 관련 부수업무, 보험료의 수령 등의 업무를 위탁할 수 있도록 되어 있다(표준위탁계약서 참조).

여기서 보험회사와 보험대리점간의 관계는 고용관계인가, 위임관계인가, 아니면 도급관계인가? 실무상 사용하는 표준위탁계약서 등을 고려하면 위임계약관계에 가까워 보인다. 다만 사용자 책임에서 계약의 형식이 중요한 것이 아니라 위임이나 도급의 경우도 사용관계와 사무집행 관련성이 인정되는 경우에는 위임인이나 도급인이 책임을 지도록 한다. 따라서 보험대리점 등의 모집관련 위법행위에 대해 보험회사의 책임 발생에 있어 보험회사와 보험대리점이 체결한 계약의 형식이 위임계약이나 아니면 도급계약이나 여부는 그리 중요한 사항은 아니지만 도급계약이라기 보다는 위임계약에 가까운 것으로 볼 수 있다.

위임이나 도급 등의 경우 위임인이나 도급인에게 사용관계가 인정되는 것을 전제로 손해배상책임을 인정하고 있다. 일반 법리에 의하면 타인의 행위에 대한 책임에서 명의대여자의 책임은 실질적으로 지휘감독을 행사하였는지 여부를 묻지 않고 사용자 책임을 인정한다.

(1) 명의대여 사례

☞ 판례

타인에게 어떤 사업에 관하여 자기의 명의를 사용할 것을 허용한 경우에 그 사업이 내부관계에 있어서는 타인의 사업이고 명의자의 고용인이 아니라 하더라도 외부에 대한 관계에 있어서는 그 사업이 명의자의 사업이고 또 그 타인은

명의자의 종업원임을 표명한 것과 다름이 없으므로, 명의사용을 허용받은 사람이 업무수행을 함에 있어 고의 또는 과실로 다른 사람에게 손해를 끼쳤다면 명의사용을 허용한 사람은 민법 제756조에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이고, 명의대여관계의 경우 민법 제756조가 규정하고 있는 사용자책임의 요건으로서의 사용관계가 있느냐 여부는 실제적으로 지휘·감독을 하였느냐의 여부에 관계없이 객관적·규범적으로 보아 사용자가 그 불법행위자를 지휘·감독해야 할 지위에 있었느냐의 여부를 기준으로 결정하여야 할 것이다.⁸⁾

(2) 위임 사례

☞ 판례

불법행위에 있어 사용자책임이 성립하려면 사용자와 불법행위자 사이에 사용관계 즉 사용자가 불법행위자를 실질적으로 지휘·감독하는 관계가 있어야 하는 것으로, 위임의 경우에도 위임인과 수임인 사이에 지휘·감독관계가 있고 수임인의 불법행위가 외형상 객관적으로 위임인의 사무집행에 관련된 경우 위임인은 수임인의 불법행위에 대하여 사용자책임을 진다.⁹⁾

(3) 도급 사례

☞ 판례

도급인은 도급 또는 지시에 관하여 중대한 과실이 없는 한 수급인이 그 일에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없으나 도급인이 수급인의 일의 진행 및 방법에 관하여 구체적인 지휘 감독권을 유보한 경우에는 도급인과 수급인의 관계는 실질적으로 사용자 및 피용자의 관계와 다를 바 없으므로 수급인이 고용한 제3자의 불법행위로 인한 손해에 대하여 도급인은 민법 제756조에 의한 사용자책임을 면할 수 없고 이러한 이치는 하도급의 경우에도 마찬가지이다.¹⁰⁾

8) 대법원 2005. 2. 25. 선고 2003다36133 판결.

9) 대법원 1998. 4. 28. 선고 96다25500 판결.

10) 대법원 1993. 5. 27. 선고 92다48109 판결.

Ⅲ. 보험업법 제102조의 해석상 쟁점 검토

1. 서설

보험계약은 보험계약자와 보험회사 간에 체결된다. 이러한 보험계약은 대량적 반복적 특성상 다양한 형태의 모집조직과 다수의 모집종사자들에 의해 모집활동에 의존한다.¹¹⁾

보험의 모집이란 보험계약의 체결을 대리하거나 중개하는 것을 말하는데(보험업법 제2조 제12호), 이러한 보험의 모집활동에 종사하는 자를 보험모집종사자라고 한다. 그리고 보험모집종사자의 경우 그 법적 지위와 기능이 보험계약을 대리하거나 중개하는 자로 구성되어 있다. 여기서 보험계약의 체결을 대리하는 자에는 보험대리점과 금융기관보험대리점 등이 있고, 보험계약의 체결을 중개하는 자로는 보험설계사, 보험중개사, 금융기관보험대리점 등이 있다.

보험을 모집하기 위해서는 보험모집종사는 일정한 자격을 갖추어 금융위원회에 등록하여야 하고(보험업법 제88조 등), 적정한 모집활동을 통하여 보험소비자를 보호하고자 보험업법은 모집업무를 수행하면서 지켜야 여러 의무를 부과하고 그에 상응하는 책임을 부과하고 있다.

보험계약이 적법하게 효력을 발휘하기 위해서는 보험업법 등의 관련 규정을 준수하여 적정하게 체결되어야 한다. 만약 보험모집종사자가 모집활동을 하면서 잠재 고객에 대하여 또는 보험계약자에 대하여 불법적인 모집으로 손해를 입힌 사실이 있는 경우 보험업법의 위반에 따른 인사상의 제재, 또는 과태료과 과징금, 나아가 형사처벌 등의 공법적 제재를 받게 되고, 당해 보험계약의 청약철회나 취소나 해지, 무효 등의 사법적 무효화 등의 효과가 생길 수 있다.

보험의 모집은 보험계약의 체결을 위한 선행적인 과정이고 그 행위의 결과가 보험소비자 내지 보험계약자에게 지대한 영향을 미치므로 보험의 모집과 관련하여 모집규제를 강하게 하고 있다. 그러한 규제 중 하나로 모집활동에는 일정한 자격을 갖춘 자가 하여야 하며, 구체적인 모집활동에서 준수하여야 할 각종의 의무가 부과되어 있다. 보험업법은 이러한 모집활동에서 준수해야 할 의무를 위반한

11) 한기정, 「보험업법」, 박영사, 2019. 343면.

경우에 대해 전술한 공법적 제재조치를 두고 있고, 상법 보험 편에서는 사법적 권리구제 수단을 보험계약자에게 부여하고 있다. 보험업법은 공법적 제재조치와 더불어 모집을 위탁한 자에게 손해배상책임을 부담시킴으로써 사법적 효과에 따라 보험계약이 무효화 되어 발생하는 권리 구제의 구멍을 메꾸어 주는 역할을 수행한다. 이러한 점에서 보험업법 제102조는 그 존재의의가 분명하게 들어난다.¹²⁾

2. 보험업법 제102조의 내용

보험업법 제102조 제1항에서는 “보험회사는 그 임직원·보험설계사 또는 보험대리점(보험대리점 소속 보험설계사를 포함한다)이 모집을 하면서 보험계약자에게 손해를 입힌 경우 배상할 책임을 진다. 다만 보험회사가 보험설계사 또는 보험대리점에 모집을 위탁하면서 상당한 주의를 하였고, 이들이 모집을 하면서 보험계약자에게 손해를 입히는 것을 막기 위하여 노력한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다.

이러한 보험업법 제102조는 민법 제756조의 사용자의 배상책임 규정과 대응되는 규정이다. 민법과 보험업법의 양 규정의 관계에 대해서 판례는 민법 제756조를 사용자책임에 관한 일반규정으로 보고 있으며 보험업법 제102조는 민법 제756조의 특별규정으로 보고 있다.¹³⁾ 그러나 보험설계사는 보험회사에 종속되어 보험모집을 하고 있으므로 보험업법 제102조는 민법 제756조의 규정을 구체화한 것에 지나지 않으므로 민법의 사용자책임의 적용을 배제할 수 없다고 보는 견해도 있다.¹⁴⁾ 사용자 책임은 사용자책임을 인정하여야 할 실제상의 필요성은 피해자로 하여금 직접 가해자인 피용자에 대해서만 배상책임을 묻게 한다면 피용자의

12) 이상남, 「보험모집규제론」, 마인드템, 2017, 422면 참조

13) 대법원 1998. 6. 23. 선고 98다4191 판결, 이상남, 상계서, 424면; 石田 滿, 「保險業法」, 文眞堂, 2015, 643面; 성대규, 「한국보험업법」, 동원, 2004, 304면; 정채웅, 「보험업법」, JinHan M&B, 2017, 559면; 정찬형, “보험모집인의 법적 지위”, 「현대 상사법논집」, 1997, 725면; 황현아, “보험회사의 모집위탁 관련 배상책임의 문제점”, 「Kin리포트」, 보험연구원, 2017.2.6.; 김영훈, “보험업법 제102조에 따른 손해배상책임의 한계”, 「민사판례연구」(2008, 30호), 민사판례연구회, 2008, 647면; 양석완, “보험업법상 배상책임과 외형이론”, 「기업법연구」, 제21권 제3호(한국기업법학회), 2007,9, 316면.

14) 양승규, 「보험법」, 삼지원, 2002, 87면; 권기범, “보험모집인의 법적 지위” 「보험법의 쟁점」, 법문사, 2000, 131면; 전우현, “보험대리점의 선진화를 위한 제언”, 「상사판례연구」, 제22집 제4권(한국상사판례학회), 2009,12, 309면.

자력부족 때문에 피해자가 충분한 구제를 받을 수 없다는 점에 있으며 그 이론적 근거에 대해서는 보상책임설, 위험책임설, 기업책임설, 사회정책적고려설 등이 논의되고 있다.¹⁵⁾

<민법의 규정>

제756조(사용자의 배상책임) ①타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 기한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

3. 보험업법 제102조의 의의 및 성격

보험업법에서는 모집을 함에 있어서 준수해야할 각종의무를 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자에게 부과하고 있다. 현실적으로 모집업무를 담당하는 자의 경우에 이러한 각종의 모집 관련 의무에 위반하는 행위 등으로 보험계약자 등에게 불측의 손해를 야기할 우려가 있다. 또한 보험모집에 종사하는 자들의 경우 배상자력의 부족으로 충분한 손해배상을 할 수 없게 되는 경우도 있으므로 다수의 모집종사자를 유기적으로 활용함으로써 누리게 되는 수익과 기업 활동에 따른 피할 수 없는 위험에 상응하여 보험모집종사자가 모집을 하면서 제3자에게 기한 손해를 보험기업이 배상하는 것이 공평하며 피해자가 충분한 구제를 받게 할 필요가 있다.

또한 보험회사는 모집종사자들의 활동을 통하여 수익을 창출하므로 수익에 따른 책임과 비용, 위험을 부담하게 하는 것이 형평의 원칙에 비추어 합당하다는 점도 고려할 수 있다. 나아가 모집종사자들의 활동에 대한 관리책임을 보험회사에게 직접적으로 지우는 것이 전반적인 보험거래질서의 확립차원에서 효과적이라는 정책적 고려도 보험업법 제102조의 존재의의의 배경을 이루고 있다.¹⁶⁾

15) 지원립, 전게서, 1733면; 송덕수, 「민법강의」, 제9판, 박영사, 2016, 1666면.

16) 보험업법 제102조의 법리적 타당성에 대해서는 大塚英明, “損害保險募集における對契約者責任の法的構造 (1)” 「早法」 85卷3号 (2010), 98면 참조.

민법상 사용자책임의 본질은 피해자의 피용자에 대한 배상청구권을 보장하기 위한 대위책임이라고 이해한다. 이러한 입장에 의하면 피용자의 불법행위책임이 성립하여야 하고, 피해자에게 손해배상을 한 사용자는 언제나 피용자에게 구상할 수 있다. 반대로 사용자 책임을 사용자 자신이 부담하여야 하는 고유책임이라는 견해도 있다. 이에 따르면 피용자에게 과실 및 책임능력이 없더라도 책임이 발생하고 피용자에 대한 구상권이 언제나 허용되는 것은 아니다. 판례는 피용자와 제3자가 공동불법행위로 피해자에게 손해를 가하여 그 손해배상채무를 부담하는 경우에 피용자와 제3자는 공동불법행위자로서 서로 부진정연대관계에 있고, 한편 사용자의 손해배상책임은 피용자의 배상책임에 대한 대체적 책임이어서 사용자도 제3자와 부진정연대관계에 있다고 보아야 할 것이므로, 사용자가 피용자와 제3자의 책임비율에 의하여 정해진 피용자의 부담부분을 초과하여 피해자에게 손해를 배상한 경우에는 사용자는 제3자에 대하여도 구상권을 행사할 수 있으며, 그 구상의 범위는 제3자의 부담부분에 국한된다고 보는 것이 타당하다고 보고 있다.¹⁷⁾

그렇다면 보험회사의 보험업법 제102조에 따른 손해배상책임은 고유한 책임으로 파악하여야 하는가 아니면 대위책임으로 보아야 하는가?

생각건대 보험업법 제102조는 민법상 그 책임구조를 같이하나 배상책임이 발생하는 그 실제적 근거는 이익이 있는 곳에 손실이 있거나 스스로 위험을 초래한 자는 그 결과에 대하여도 책임을 져야 한다는 위험책임설이나 보상책임설에 따라 파악하는 것이 타당하며, 사용자 책임에 관한 면책규정의 적용을 거의 인정하지 않고 있는 현실을 고려해 볼 때 보험업법 제102조에 의한 손해배상책임은 보험회사 자신의 관리·감독의 부실에서 초래되는 고유책임이라고 파악하는 것이 타당하다.

4. 모집을 위탁한 보험회사의 손해배상책임 요건

(1) 임·직원 등의 행위

보험회사는 모집을 위탁한 회사로서 누구의 어떠한 행위에 대하여 보험계약자에 대해 손해배상책임을 부담하여야 하는지 문제된다. 보험업법 제102조 제1항에

17) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결.

따르면 보험회사가 책임을 부담하는 인적 범위는 첫째 그 소속 임·직원이나 그 소속 보험설계사이어야 한다. 임직원의 경우 보험회사와 위임계약 또는 고용계약 관계에 의하여 그 신분관계가 형성된다. 둘째, 보험회사는 모집위탁 업무를 맡긴 보험대리점 및 그 소속 보험설계사의 모집행위까지 포함하여 책임을 부담한다.

그런데 보험회사의 임·직원이나 그 소속 보험설계사, 보험대리점에 대해서는 그 법적 관계가 고용계약이나 위임계약에 의하여 직접 형성되고 유지된다는 점에서 이들의 행위에 대해 보험회사가 책임을 부담하는 것은 별다른 저항 없이 받아들여 질 수 있으나 재위탁 관계에 놓여 있는 보험대리점 소속 보험설계사의 경우에도 보험회사가 손해배상책임을 부담하여야 하느냐의 문제는 다소 논란이 있을 수 있다. 왜냐하면 보험설계사의 법적 지위는 독립된 사업자이고 이들은 보험대리점과 관계에서 관리·감독을 받을 뿐 보험회사와 관계에서 그 선임 및 감독에서 영향력을 미칠 수 있는 것과 거리가 너무 멀기 때문이다. 또한 모든 경우에 보험대리점 소속 보험설계사의 모집행위에 대해서까지 보험회사가 배상책임을 부담하게 함으로써 정작 직접 위탁자의 지위에 있는 보험대리점이 소속 보험설계사에 대한 선임에서의 주의 및 교육, 지도 및 감독에서 주의의무를 다하지 아니할 도덕적 해이를 초래할 위험도 있다.

따라서 보험대리점이 직접 책임을 지는 경우와 별도로 소속 보험설계사의 행위에 의하여 보험대리점이 사용자로서 책임을 지는 관계에 있는 경우에는 법리적으로 용이하지 않지만 보험회사의 책임을 완화하는 방안을 찾는 것이 타당하다고 생각된다.

한편 기존의 보험대리점 소속 사용인은 보험설계사로 통합하여 운용됨에 따라 종래 보험대리점에서 모집업무를 수행하던 사용인은 이제는 존재하지 않게 되었다. 그러나 현실적으로 보험대리점은 모집업무를 수행하지 아니한 사용인을 들 수 있고, 보험모집업무를 담당하지 않은 임원 등도 고용 내지 위임계약에 의하여 채용하여 근무하게 할 수 있다. 그런데 이러한 자들의 행위에 대해서는 문언 상 보험대리점의 소속 보험설계사가 아니므로 이들에 대한 행위에 대한 책임을 부담하지 않겠지만 보험대리점의 소속한 이들이 모집과 관련하여 어떠한 행위를 하고 법적으로 보험대리점이 손해배상책임을 부담하게 되는 경우에는 보험대리점이 별도의 책임을 져야 하는 문제가 남는다.

특히 최근 보험대리점의 규모가 급격히 대형화 되고 있고, 불완전판매로 인한 소비자의 피해가 여전히 심각하며 법인보험대리점의 불완전판매비율을 증가 등 도덕적 해이현상이 현실로 나타나고 있는 바, 모집과 관련한 보험대리점의 법규 준수 제고와 함께 책임장치를 강화할 필요성이 제기되고 있다.¹⁸⁾ 이러한 점을 고려해 볼 때 보험회사의 배상책임의 인적 영역 내지 범위의 조정이 필요하다고 생각된다.

<소속설계사별 법인보험대리점 현황>

소속설계사수	'15년말		'16년말		'17년말		'18년말		
500명이상	3천명 이상	50개소	11개소	53개소	12개소	56개소	13개소	56개소	13개소
100명이상~500명미만	142개소		135개소		124개소		122개소		
100명 미만	4,396개소		4,342개소		4,302개소		4,439개소		
합 계	4,588개소		4,530개소		4,482개소		4,495개소		

※ (참고) 중소형사 전속설계사 : MG손보 약 1천명, 롯데손보 약 1천3백명, 흥국화재 약 2천명
 <출처 : 보험협회>

(2) 보험모집과 관련한 업무 수행

1) 보험회사의 책임의 물적 범위의 한계성

보험업법 제102조는 보험회사의 임·직원 등이 모집을 하면서 보험계약자에게 손해를 입힌 경우에 보험회사의 손해배상책임이 발생하는 것으로 규정하고 있다. 이때 모집을 하면서가 어떤 의미인지 해석론 상 문제가 된다. 과거 보험업법 제158조는 “모집을 함에 있어서”라고 규정하고 있었고, 이러한 문구의 의미에 대해 대법원은 “보험사업자의 모험모집인이 ‘보험모집을 함에 있어’ 보험계약자에게 손해를 가한 경우에 그 보험모집인이 소속한 보험사업자의 배상책임을 규정하고 있는 구 보험업법(2003. 5. 29. 법률 제6891호로 전문 개정되기 전의 것) 제158조는 사용자의 배상책임에 관한 일반규정인 민법 제756조에 우선하여 적용되므로, 구 보험업법 제158조 제1항에 정한 ‘모집을 함에 있어서’라는 규정은 보험모집인의

18) 대형법인보험대리점에 대해 일차적 손해배상책임을 인정하지는 주장이 제기되고 있다. 전한덕, “모집을 위탁한 보험회사의 배상책임에 관한 소고”, 『법제』(법제처) 2019, 6. 10~46면.

모집행위 그 자체는 아니더라도 그 행위를 외형적으로 관찰할 때 객관적으로 보아 보험모집인의 본래 모집행위와 밀접한 관련이 있거나 유사하여 마치 그 모집행위 범위 내에 속하는 것과 같이 보이는 행위도 포함한다고 새겨야 한다고 해석한다.¹⁹⁾

보험회사의 손해배상책임이 인정되는 범위는 보험모집종사자의 모든 행위, 즉 절도 행위, 폭행행위, 사적 금전 대차 행위, 공동 투자행위 등의 행위에 의한 것이 아니라 보험모집종사자의 행위 중에서 보험모집행위에 의하여 야기된 손해에 한정하지만 보험계약자의 보호차원에서 엄밀한 의미에서 보험모집에 해당하지 않지만 모집과 밀접한 관련을 갖는 행위에 의해 생긴 손해에 대해서는 보험회사의 손해배상책임을 지우는 것으로 해석될 소지가 있다.

요컨대 모집을 하면서의 의미는 보험회사가 보험설계사 등의 여러 활동에서 발생할 수 있는 손해배상책임 위험을 모집의 범위로 한정해 주는 역할을 한다. 따라서 보험업법 제102조에 의하여 보험회사가 손해배상책임을 부담하는 물적 범위는 모집업무로 제한된다고 보아야 한다. 그러므로 모집업무 수행이 아닌 일반 업무 수행 중에 제3자에게 손해를 입힌 경우에는 보험업법 제102조의 적용은 배제되고 이때에는 민법 제756조에 의한 사용자배상책임의 적용문제로 돌아간다고 보아야 한다.

그러나 보험대리점의 업무는 기본적으로 보험회사와의 사이에 체결된 보험대리점 위탁계약에 의거해 이루어지므로 현실적으로 보험대리점이 소속 보험회사로부터 위탁받아 수행하는 업무는 모집업무를 초과하여 이루어 질 수 있다. 따라서 보험회사의 발생요건으로서 그 범위를 모집으로 한정할 것인지 여부에 대해서는 앞으로 개선을 고려할 필요성이 제기된다. 요컨대 보험업법상 제102조에 의하여 손해배상책임이 발생하기 위해서는 모집업무 내지 보험모집과 밀접한 관련을 가지고 있는 부수행위에 해당하여야 하며 그 밖의 업무수행 발생한 손해에 대해서는 민법의 일반법리에 의하여 해결된다.

19) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2004다45356 판결.

<보험대리점 표준위탁계약서>

제3조 (위탁업무) ① 회사는 다음 각 호의 업무를 대리점에 위탁한다

1. 보험계약체결의 대리
2. 보험계약의 유지 및 관리에 필요한 활동
3. 보험청약서·보험약관·보험증권의 전달 등 보험계약체결 관련 부수업무
4. 보험료의 수령(회사가 작성한 영수증을 보험계약자에게 교부하는 경우만 해당)
5. 대출의 소개 및 이에 부수하는 업무
6. 기타 위 각 호의 업무에 부수하거나 수반되는 업무

2) 시적 범위

보험업법 제102조는 모집을 하면서라고 규정하고 있는데 여기서 말하는 범위를 물적대상을 한정하는 의미이고 모집업무의 수행과정을 보면 광고에서부터 보험계약이 체결되기까지의 시적범위를 가지는 것이어서 '모집을 하면서'에서 모집의 시작과 끝을 어디까지로 한정하여야 하는지 문제가 된다.

이러한 시적 범위는 모집의 개념과 관련하여 그 외형상 모집행위로 볼 수 있는 행위의 시점까지로 보아야 하고, 보험계약이 성립되기 이전까지의 행위들이 포함된다. 이렇게 볼 경우 보험계약이 성립되고 나서 보험료 영수과정에서 문제가 발생한 경우에 보험회사의 손해배상책임이 발생하는 시적범위를 확대하여 볼 수 있는지 문제되는데 일본의 판례는 만기 후 보험료 납입안내 부실로 인한 보험계약자의 손해에 대해 보험회사의 책임을 부정하고 있다.²⁰⁾ 그러나 보험료 안내 등의 업무는 모집과 밀접하게 관련된 업무로서 계약이 성립되기 전이나 후인지에 관한 형식적 판단에 따라 결정하여야 하는 것은 아니고 보험계약의 체결과 관련한 보험료 영수 안내 등의 업무는 실질적 모집행위로 보아 보험회사의 책임을 긍정하는 것이 타당하다고 생각한다.

(3) 손해배상의 상대방

보험업법 제102조는 보험설계사 등이 모집을 하면서 보험계약자에게 손해를 입힌 경우에 배상책임을 지도록 하고 있다. 따라서 모집을 하면서 보험계약자에게

20) 大塚英明, “損害保険募集における對契約者責任の法的構造 (1)” 『早法』 85卷3号 (2010), 84면.

손해를 입힌 경우로 제한된다. 이러한 규정은 모집업무를 보험계약자와의 관계에서 이루어지는 것임을 고려한 것으로 볼 수 있다. 보험업법 제102조에 의하면 가해 상대방이 보험계약자로 한정하고 있다. 그리고 이러한 법 문언에 충실하게 판례는 보험계약이 상법 제731조에 위반하여 무효가 된 경우 보험계약자가 아닌 보험수익자의 상대방 적격을 부정하고 있다.²¹⁾

그러나 제3자를 위한 보험계약에서 보험수익자나 피보험자는 위법한 모집으로 인한 실질적인 피해나 손해를 입을 수 있는 자이다. 따라서 피해의 상대방을 보험계약자로 한정하여 배상청구를 허용하고 있는 것은 타당하지 않다. 향후 입법 시 개선이 요청된다. 또한 보험회사와 보험계약을 체결한 자뿐만 아니라 보험계약의 취소 및 무효의 경우를 포함하여 보험모집의 상대방으로 되었던 자도 포함되는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

(4) 손해의 의미

보험업법 제102조에 의하면 보험회사의 배상책임은 그 임·직원 등이 모집을 하면서 보험계약자에게 손해를 입힌 경우에 발생한다. 여기서 손해를 입힌 경우란 어떤 경우인가 하는 문제가 남는다. 민법에서 보통 손해란 법익에 대한 모든 비자발적 손실을 말한다. 이에 반하여 자발적 손실을 비용이라고 한다. 손해를 파악하는 방법에 따라 다양한 학설이 있지만 일반적으로 차액설에 따라 손해를 파악한다. 즉 손해란 가해적 사태가 없었더라면 존재하였을 가상적 상태와 가해행위가 행하여진 현재의 상태를 비교하여 그 차이만큼이 손해라고 파악한다.²²⁾ 판례는 불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이고, 그것은 기존의 이익이 상실되는 적극적 손해의 형태와 장차 얻을 수 있을 이익을 얻지 못하는 소극적 손해의 형태로 구분된다고 한다.²³⁾

또한 판례는 “불법행위로 인한 일실회손해를 피해자의 노동능력상실률을

21) 대법원 2015.10.15. 선고 2014다204178 판결.

22) 지원팀, 전게서, 1067면; 송덕수, 전게서, 1005~1006면 참조.

23) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결.

인정평가하는 방법에 의하여 산정할 경우 피해자가 후유증에도 불구하고 종전과 같은 직장에서 종전과 다름없이 수입을 얻고 있다고 하더라도 달리 특별한 사정이 없는 한 피해자가 신체적인 기능의 장애로 인하여 아무런 재산상 손해도 입지 않았다고 단정할 수는 없고, 또한 피해자가 사실심의 변론종결시까지 종전 직장에서부터 종전과 같은 보수를 지급받았다고 하더라도 그것이 사고와 상당인과 관계에 있는 이익이라고는 볼 수 없어 가해자가 배상하여야 할 손해액에서 그 보수액을 공제할 것은 아니다"라고 한다.²⁴⁾ 이러한 점에서 판례는 손해를 파악함에 있어서 사실적 손해뿐만 아니라 규범적 손해도 고려하여 구체적 타당성을 기하고 있는 것이다.

우리 민법의 법리에 의하면 법률행위 영역에서 이행이익과 신뢰이익의 손해를 구별하고 있다. 이행이익의 손해란 채무자가 채무를 이행하지 않았기 때문에 채권자가 입은 손해를 말한다. 즉 채무자가 채무를 이행하였다면 채권자가 얻었을 이익을 이행이익 또는 적극적 이익이라고 하는데 채무불이행으로 채권자가 이러한 이익을 얻지 못한 손해가 이에 속한다.

신뢰이익의 손해란 법률행위의 당사자가 무효인 법률행위를 유효하다고 믿었기 때문에 입은 손해를 말하며 소극적 이익의 손해라고도 한다. 신뢰이익의 배상에서 피해자는 그가 법률행위에 관하여 아무 것도 듣지 못하였다면 있었을 가정적 상태에 놓여야 한다.²⁵⁾

한편 계약을 체결할 때 급부의 불능을 알았거나 과실로 인하여 알지 못한 계약당사자는 그의 계약상대방에 대하여 신뢰이익을 배상하여야 한다. 즉 상대방이 원시적으로 불능인 계약을 유효라고 믿었기 때문에 입은 손해를 배상하여야 한다.²⁶⁾ 원시적 불능을 이유로 하는 신뢰이익의 배상책임은 이행이익을 한도로 한다.

보험의 모집과 관련한 손해배상에서 내용적으로 보면 계약체결상의 과실책임과 유사한 구조를 갖는다고 볼 수 있다.

그런데 보험의 모집과 관련한 손해배상에서 그 배상책임의 내용과 관련하여 그 손해액이 보험 계약자가 지불한 보험료 상당액이나, 아니면 피보험자 또는

24) 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결.

25) 지원팀, 전게서, 1075면.

26) 지원팀, 상게서, 1049면.

보험금 수취인에게 있어서 원래 의도하여 적합한 보험계약이 이행되었다면 언 있을 전보되어야 할 손해액 또는 보험금액이나의 문제가 있다.²⁷⁾

보험모집을 하면서 발생하는 손해의 내용은 모집의 잘못으로 인한 무효나 취소 등의 경우에는 보험사고 이전과 이후로 나누어 볼 필요가 있다.

보험사고가 발생하기 이전에는 보험계약의 무효 취소로 인한 손해배상의 경우 손해액은 원상회복적 관점에서 보험료가 될 것이다. 그리고 보험사고가 발생한 경우에는 만약 보험계약이 유효하게 체결되고 정상적으로 유지되었을 경우에 받을 수 있는 보험금액 상당액이 될 것이다. 판례는 보험사고 발생 후 보험계약이 무효가 됨으로써 발생한 손해에 대하여 이행이익의 손해배상을 인정한다. 즉 타인의 사망을 보험사고로 하는 보험계약의 체결에 있어서 보험모집인은 보험계약자에게 피보험자의 서면동의 등의 요건에 관하여 구체적이고 상세하게 설명하여 보험계약자로 하여금 그 요건을 구비할 수 있는 기회를 주어 유효한 보험계약이 체결되도록 조치할 주의의무가 있고, 그럼에도 보험모집인이 위와 같은 설명을 하지 아니하는 바람에 위 요건의 흠결로 보험계약이 무효가 되고 그 결과 보험사고의 발생에도 불구하고 보험계약자가 보험금을 지급받지 못하게 되었다면 보험자는 보험업법 제102조 제1항에 기하여 보험계약자에게 그 보험금 상당액의 손해를 배상할 의무가 있다고 본다.²⁸⁾

4. 면책요건

보험업법 제102조 제1항 단서에 의하면 보험회사가 보험설계사 또는 보험대리점에 모집을 위탁하면서 상당한 주의를 하고 이들이 모집을 하면서 보험계약자에게 손해를 입히는 것을 막기 위하여 노력한 경우에는 보험회사가 손해배상책임을 면한다고 규정한다. 모집을 위탁하면서 상당한 주의는 민법상의 선임에 있어서의 상당한 주의의 해석이 참고가 될 수 있다. 여기서 상당한 주의의 내용은 가령 직종에 의해 일정한 면허를 요구하는 경우에는 면허를 소지하고 있는지 여부를 확인하고, 선임한 것으로는 족하지 않다. 보험모집종사자가 수행해야 할 직무에 대하여 보다 적극적으로 적성, 성격, 제재 및 범죄 경력 등을 심사하지

27) 이와 관련한 논의는 清水耕一, “保險募集に關わる損害賠…償責任の内容”, 164면.

28) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다30263 판결.

않으면 안 된다. 그 사무집행의 감독에 있어서는 평소 일반적인 훈시, 지도 등을 행하는 정도의 과실이 없었다고 할 수 없고 구체적으로 사업의 종류에 의해 달라지고 또한 상세한 현실적인 감독이 충분하게 이루어졌는지 여부, 사업체의 규모의 대소 등에 의하여 달라질 것으로 생각된다.²⁹⁾

보험설계사, 또는 보험대리점의 위탁에 있어서 보험회사의 상당한 주의의 유무 및 정도에 대해 구체적 판단이 행해져야만 하지만 단순히 보험설계사가 자격시험에 합격한 자였다거나 보험대리점 등록자격을 가진 자를 선임한 것만으로는 상당한 주의를 다한 것으로 볼 수 없다. 그러므로 그러한 자의 모집활동에 대해서 구체적인 적격성 유무 등에 대해서도 조사하지 않으면 안 된다.³⁰⁾

또한 손해를 입히는 것을 막기 위하여 노력한 경우란 보험계약자에게 손해가 발생하는 것을 미연에 방지하도록 힘쓰는 취지로 해석된다. 그런데 손해의 발생을 미연에 방지하는 것이 중요하고 그러한 것을 보험회사에 요구하는 것은 보험계약자의 보호를 위하여 매우 필요한 것이다.

한편 보험업법 제102조 단서의 면책규정과 관련하여 보험회사의 임직원의 경우 무과실 책임을 인정하고 있는 바, 이는 그간의 헌법재판소 판례에 비추어 볼 때 헌법상의 자기책임의 원칙에 반하여 위헌규정으로 결정될 가능성이 높다.

IV. 결 론

지금까지 보험모집종사자 등의 모집활동과 관련한 모집위탁 보험회사의 손해배상책임 규정의 해석론과 몇 가지 쟁점 사항들에 대해 간단히 살펴보았다. 보험상품은 법적 제조물에 해당하고, 그 본질상 복잡한 내용의 상품이다. 따라서 고객과 보험회사 사이에 현저한 정보격차가 존재하고, 이점에서 보험소비는 오로지 보험회사 또는 보험모집종사자가 제공하는 정보에 의존하여 당해 상품의 가치를 평가할 수 밖에 없다. 보험회사와 보험소비자 사이의 정보 격차는 보험모집 과정에서 소비자 보호 문제를 크게 부각시킨다. 보험업법은 보험모집과정에서 발생하는 보험소비자 피해를 방지하기 위하여 보험모집종사자가 보험을 모집함에

29) 日本 大判 明治40·10·29 民錄13輯 1031면; 大判 大正 6·10·20 民錄 23輯 1821면.

30) 幾代通, 「不法行爲法」, 有斐閣, 1993, 196-197면.

있어서 보험계약자에게 손해를 가한 경우에 보험계약자가 보다 자력이 있는 보험회사에 대하여 손해배상을 청구할 수 있도록 한다. 이러한 보험업법의 규정은 민법 제756조(사용자책임)의 특칙을 정한 것으로 해석된다.

그리고 이러한 손해배상책임규정은 보험회사와 보험모집종사자의 관계가 임용관계, 고용관계, 위탁(위임)관계와 보험회사와 보험대리점의 임원 및 사용인과 같이 직접 법적인 관계가 없는 경우도 있으므로 민법 제756가 규정하는 사용자 책임이 발생하지 아니한 경우에 대해 소속 보험회사 등이 당해 법적 관계를 이유로 책임을 회피할 수 없도록 보험업법이 책임의 소재를 명확히 한 것이다.

이러한 점에 의해 보험회사는 신중한 채용 및 실효성 있는 지도감독, 교육 등을 통하여 그의 책임에 있어서 그의 보험모집종사자의 적격성을 확보하는 것이 요청된다. 보험업법 제102조는 보험회사에 대해 임직원의 행위에 대하여 무과실 책임을 부담시키고 있는 점, 보험대리점 소속 보험설계사까지 인적범위를 확대하는 문제, 손해배상청구권자로서 보험계약자에 한정하는 문제, 보험대리점의 불완전 판매의 증가와 도덕해이 방지 문제 등 다양한 문제점을 안고 있는 바, 이러한 점에 대해 향후 입법과정에서 합리적 개선이 있었으면 한다.

참고문헌

- 성대규, 「한국보험업법」, 동원, 2004.
- 송덕수, 「민법강의」, 제9판, 박영사, 2016.
- 양승규, 「보험법」, 삼지원, 2002.
- 이성남, 「보험모집규제론」, 마인드맵, 2017.
- 정재웅, 「보험업법」, JinHan M&B, 2017.
- 지원림, 「민법강의」 제10판, 홍문사, 2012.
- 한기정, 「보험업법」, 박영사, 2019, 343면.
- 김영훈, “보험업법 제102조에 따른 손해배상책임의 한계”, 「민사판례연구」(2008, 30호), 민사판례연구회, 2008.
- 권기범, “보험모집인의 법적 지위” 「보험법의 쟁점」, 법문사, 2000.
- 양석완, “보험업법상 배상책임과 외형이론”, 「기업법연구」, 제21권 제3호(한국기업법학회), 2007,9.
- 전우현, “보험대리점의 선진화를 위한 제언”, 「상사판례연구」, 제22집 제4권(한국상사판례학회), 2009,12.
- 전한덕, “모집을 위탁한 보험회사의 배상책임에 관한 소고”, 「법제」, (법제처) 2019, 6.
- 정찬형, “보험모집인의 법적 지위”, 「현대 상사법논집」, 1997.
- 황현아, “보험회사의 모집위탁 관련 배상책임의 문제점”, 「Kiri리포트」, 보험연구원, 2017.2.6.
- 幾代通, 「不法行爲法」, 有斐閣, 1993.
- 安居孝啓, 「保險業法の解説」, 大成出版社, 2010.
- 石田 滿, 「保險業法」, 文眞堂, 2015.
- 大塚英明, “損害保險募集における對契約者責任の法的構造 (1)” 「早法」 85卷3号 (2010).
- 清水耕一, “保險募集に關わる損害賠償責任の内容”, 「保險學雜誌」 607호

<Abstract>

A Study on the Rational Analysis and Issues of Insurance Company's Liability of damages code in insurance collection

Lee, Sung Nam

So far, we have briefly looked at the interpretation theory and issues of the policy on liability for damages of insurance companies in relation to recruitment activities of insurance workers and others.

Insurance products are legal products and are essentially complex products. Therefore, there is a significant information comparison between the customer and the insurance company and the insurance consumer is forced to assess the value of the product solely on the information provided by the insurance company or the insurance company.

Therefore, the issue of consumer protection is highlighted very important in the insurance collection process. In light of this, the policyholder acknowledged that the policyholder could seek compensation from a more self-contained insurance company if the policyholder inflicted damages on the policyholder in terms of insurance policy collection in order to ensure the insurance consumer damages arising from the insurance industry's recruiting department appropriately.

The provisions of the Insurance Business Act are interpreted as stipulating the special provisions of Article 756 (User Responsibility) of the Civil Act.

The provisions for liability for damages shall clarify the whereabouts of the insurance business law so that the insurance company cannot evade responsibility for the reasons of the legal relationship between the insurance company and the insurance employee, in some cases, the relationship between the insurance company and the employee does not have a direct legal relationship,

such as the relationship between the insurance company and the trustee, and the executives and users of the insurance agent.

In this respect, the insurance company is asked to secure the qualifications of his insurance collector in his responsibilities through careful recruitment and effective supervision, education, etc.

Article 102 of the Insurance Business Act requires reasonable improvement in the legislative process in the future, as various problems have been discovered, such as responsibility for the actions of executives and employees, the issue of expanding human scope to insurance consultants belonging to insurance agents, the problem of limiting insurance policy holders as claimants, and the problem of increasing the sales of insurance agents and preventing moral hazard.

Key Words : Article 102 of the Insurance Business Act, a collection of insurance, Liability of damages, employer's Liability

