

보험공동인수와 독점규제법의 적용제외에 대한 연구

하 영 태*

<차례> _____

- | | |
|-----------------------|------------------------|
| I. 서론 | IV. 독점규제법 적용제외의 내용과 한계 |
| II. 보험공동인수와 독점규제법의 적용 | V. 결론 |
| III. 독점규제법의 적용제외 입법례 | |

주제어: 보험공동인수, 독점규제법, 적용제외, 부당공동행위, 보험업법, 상호협정, 경쟁제한성

<국문초록> 다수의 위험을 평준화하여 이를 하나의 보험단체에 속한 다수에게 분산한다는 보험상품의 특성으로 인하여 보험업은 흔히 규모의 경제가 나타나는 자연독점산업의 하나로 볼 수 있다. 이러한 보험의 특성에서 발생하는 파생적 문제인 보험료 인하경쟁으로 인한 보험회사의 파산 방지, 단독으로 인수할 능력이 없거나 위험분산차원에서 특정 위험을 공동으로 인수하거나 상품별로 보험(표준)약관을 채용하는 하는 경우 등과 같이 보험회사 간의 협력은 광범위한 차원에서 이루어질 수 있고, 경쟁의 원리보다는 전문규제에 맡겨야 한다는 생각이 지배적이었다.

그러나 상대적으로 보험회사의 자율성과 이를 기초로 한 경쟁은 공정거래차원에서 많은 문제점이 노출되기도 하였다. 이에 따라 보험산업에 대한 진입부터, 보험요율, 판매방식 등 영업 전반에 걸쳐 광범위한 규제가 이루어져 왔다. 특히 보험회사의 영업상 여러 가지 부당행위, 그중에서도 경쟁관련성이 큰 행위에 대해서는 대표적으로 보험업법과 금융당국의 규제 및 독점규제법과 공정거래위원회의 규제가 적용되고 있다. 그리고 보험공동인수와 관련하여 보험업법상의 자율규제인 ‘상호협정’에 대하여 독점규제법상의 부당공동행위 규정을 적용하여 규제할 것인가에 대하여 다툼이 있지만, 보험업법상의 자율규제는 어디까지나 엄격한 요건 하에 인정되는 예외에 해당할 뿐이지 독점규제법의 공정경쟁의 법리는 모든 산업에 적용되어야 한다. 보험공동인수가 예외적으로 합리성이 인정되든 되지 않던 독점규제법상의 제19조 부당한 공동행위의 요건에 해당될 수 있으며, 독점규제법은 우리나라 경제질서의 기본법

* 동경대학교 정치법학연구소 객원연구원(법학박사), E-mail: nemamm@naver.com
- 논문접수일(2016.06.03), 심사개시일(2016.06.13), 게재확정일(2016.06.28)

으로서 시장경제의 핵심적인 구성요소인 경쟁을 보호할 책무를 지고 있다. 따라서 보험시장에서 공정한 거래질서를 정착시키고 보험소비자의 이익을 충실히 보호하기 위해서는 경쟁제한행위에 대한 규제는 보험산업의 특성과 조화 되는 선에서 인정되어야 할 것이다. 이러한 관점에서 본 논문은 보험공동인수행위가 독점규제법의 규제의 대상이 되는지와 보험산업의 특수성으로 인한 독점규제법 제58조의 적용제외사유에 해당하는지에 대하여 살펴보고 이와 관련한 외국의 입법사례를 검토하여 적용제외의 한계에 관한 이론적 근거를 연구하고자 한다.

I. 서론

보험이란 동일한 위험에 놓인 사람들이 하나의 위험단체를 구성하여, 통계적 기초에 의하여 산출된 금액을 내어 일정한 기금을 마련하고 우연한 사고를 당한 자에게 재산적 급여를 함으로써 경제생활의 불안을 없애거나 덜고자 하는 제도로 정의할 수 있다.¹⁾ 이처럼 다수의 위험을 평준화하여 이를 하나의 보험단체에 속한 다수에게 분산한다는 보험상품의 특성으로 인하여 보험업은 흔히 규모의 경제가 나타나는 자연독점산업의 하나로 볼 수 있다. 이러한 보험의 특성에서 발생하는 파생적 문제인 보험료 인하경쟁으로 인한 보험회사의 파산 방지, 합리적인 보험료의 산출을 위한 통계작성, 단독으로 인수할 능력이 없거나 위험분산차원에서 특정 위험을 공동으로 인수하거나 상품별로 보험(표준)약관을 채용하는 하는 경우 등과 같이 보험회사 간의 협력은 광범위한 차원에서 이루어질 수 있고, 경쟁의 원리보다는 전문규제에 맡겨 두는 것이 일반적인 생각이었다.

그러나 상대적으로 보험회사의 자율성과 이를 기초로 한 경쟁은 공정거래차원에서 많은 문제점이 노출되기도 하였다. 이에 따라 보험산업에 대한 진입부터, 보험요율, 판매방식 등 영업 전반에 걸쳐 광범위한 규제가 이루어져 왔다. 최근에 와서는 경쟁의 논리가 새롭게 정의되었고 규제완화라는 새로운 철학이 보험시장 전반에 나타났다. 즉 은행·보험의 부분적 겸업화, 금융지주회사의 출범, 자본시장의 개방과 M&A의 증대, 진입규제의 완화와 보험료 자율화 등은 모두 이러한 이념을 반영하고 있다. 이러한 현상은 보험회사간의 모집경쟁을 심화시켰고, 그만큼 보험산업에서 공정하고 자유로운 경쟁을 제한할 우려가 있는 행위에 대한 규제 필요성 또한 커지게 되었다.²⁾ 그에 따라 보험회사의 영업상 여러 가지

1) 양승규, 「보험법 제5판」, 십지원, 2005, 22면; 정찬형, 「상법강의(하) 제11판」, 박영사, 2009, 483면.

부당행위, 그중에서도 경쟁관련성이 큰 행위에 대해서는 대표적으로 보험업법과 금융당국의 규제 및 독점규제법과 공정거래위원회의 규제가 적용되고 있다.

특히 보험공동인수와 관련하여 보험업법상의 자율규제인 상호협정에 대하여 독점규제법상의 부당공동행위 규정을 적용하여 규제할 것인가에 대하여 다툼이 있지만, 보험업법상의 자율규제는 어디까지나 엄격한 요건 하에 인정되는 예외에 해당할 뿐이지 독점규제법의 공정경쟁의 법리는 모든 산업에 적용되어야 할 것이다. 보험공동인수가 예외적으로 합리성이 인정되든 되지 않던 독점규제법상의 제19조 부당한 공동행위의 요건에 해당될 수 있다. 또한 독점규제법은 우리나라 경제질서의 기본법으로서 시장경제의 핵심적인 구성요소인 경쟁을 보호할 책무를 지고²⁾ 있으며, 특정 산업에 대한 적용제외를 명문으로 규정하지 않고 있다. 따라서 보험시장에서 공정한 거래질서를 정착시키고 보험소비자의 이익을 충실히 보호하기 위해서는 경쟁제한행위에 대한 규제는 보험산업의 특성과 조화 되는 한 인정되어야 한다.

본고에서는 보험산업에 대하여도 원칙적으로 경쟁법이 적용되어야 한다는 전제하에 보험공동인수의 내용과 특징을 살펴보고, 보험공동인수의 독점규제법의 규제의 대상이 되는지를 검토한다. 다음으로 보험공동인수가 보험산업의 특수성으로 인한 독점규제법 제58조의 적용제외사유에 해당하는지와 이에 대한 외국의 입법사례를 검토하여 적용제외의 한계에 관한 이론적 근거를 연구하고자 한다.

II. 보험공동인수와 독점규제법의 적용

1. 보험공동인수의 내용

(1) 보험공동인수의 개념

다수의 보험회사들이 하나의 보험계약에서 동일한 위험을 공동으로 인수하는 것을 보험공동인수라 한다. 공동인수에는 특정 공동인수에 해당하지 않으면서 인

2) 이봉의 “보험업과 카르텔에 관한 고찰,” 경쟁법연구 제18권, 한국경쟁법학회, 2008, 269면.

3) 헌법재판소는 경쟁질서는 자연적인 사회현상이 아니라 국가의 지속적인 과제 이다라고 판시하였다 (헌법재판소 1996.12.26. 선고 96헌가18결정).

수보험종목이나 위험의 대·소 및 종류, 보험료의 규모에 관계없이 2개 이상의 보험사업자가 공동으로 체결하는 모든 보험계약을 의미하는 개별공동인수와 방위산업체, 자동차 불량물건, 해양보세 물건, 원자력 시설 등 공동보험이 불가피한 합리적인 이유가 있는 특정물건에 대하여 인정되는 보험계약을 의미하는 특정 공동인수가 있다. ‘특정 공동인수는 보험시장에서 위험이 너무 커서 하나의 보험회사에 의하여 그 위험에 대한 부보를 할 수 없는 경우와 같이 경제력 및 시장지배력을 위하여 불가피한 경우 등에 나타나고 ‘개별 공동인수는 처음부터 합리적인 이유가 없거나 처음에는 합리적 이유가 있었으나 사정변경에 따라 합리성이 사라졌음에도 관행적으로 행해지는 성질상의 차이가 있다. 전자의 경우는 정책적으로 불가피하게 이루어진다는 점에서 정당성의 정도가 후자와 차이가 있기는 하나, 양자 모두 복수의 사업자들이 합의로 공동행위를 한다는 점에서 차이가 없다.⁴⁾

다수의 보험회사들이 보험계약에 참여한다는 의미에서는 공동의 보험인수와 같은 재보험과 중복보험이 있다. 그러나 재보험은 보험회사가 보험계약에 의하여 인수한 책임의 전부 또는 일부를 다른 보험회사에게 부보하는 보험계약을 체결한다는 점에서 차이가 있으며, 중복보험은 보험금액이 보험가액을 초과하는 초과보험의 특별한 경우로서, 동일한 보험계약의 목적과 동일한 보험사고에 관하여 공동된 보험기간에 걸쳐서 수인의 보험회사와 각별로 동시에 또는 순차로 수개의 보험계약이 체결된 다는 점에서 차이가 있다.

(2) 보험공동인수의 형태

보험공동인수의 모습은 광의의 공동인수협정으로 보험폴, 임시협정, 할당된 위험 플랜, 잔여시장협정이 있으며, 광의의 유형속에서 잔여시장협정만이 협의의 공동인수협정으로 분류할 수 있다. 그러나 보험폴과 임시협정은 존속기간의 장단기로 구별되는 것으로 조건에 따라 협의의 공동인수에 해당될 수도 있고, 컨소시엄에 의한 공동보험이 될 수도 있다.⁵⁾

4) 하영태, “보험의 공동인수에 대한 독점규제법상 규제개선 검토”, 비교연구(22-1), 비교사법학회, 2015, 136면.

5) 신현윤·김두진·조성국, “보험 공동인수의 경쟁법적 문제점 및 해결방안”, 상사판례연구 제25집 제1권, 2012, 172-173면 참조.

1) 보험풀(pool)

보험풀(pool)은 각자가 그 풀이 인수한 사업에서 이해관계 또는 지분을 갖는 보험회사 또는 재보험회사들의 연합을 의미하는 것으로, 전형적으로 단독의 회사가 감당할 수 없는 대규모의 위험 또는 인수에 필요한 지식의 결여 때문에 인수할 수 없는 고위험의 비상한 또는 특수한 종류의 위험에 대한 보험이나 재보험을 제공한다.⁶⁾ 그 성질상 보험풀은 하나 또는 복수의 거래를 위하여 보험을 제공하기 위하여 설계되며 참가자들 사이의 합의에 의하여 항구적일 수도 있고 주기적으로 갱신되기도 한다. 그리고 제휴협정은 특정 법 영역 내에서 면허를 받은 회사들이 보험을 인수하고 나서 그 위험이 전부 또는 대부분을 다른 보험회사들에게 재보험에 부보 하는 계약관계의 하나인데, 특정 거래만을 위하여 창설될 수도 있고 수년간 복수의 위험을 인수하는 장기계약의 형태를 취할 수도 있는 성질을 가지고 있다.

2) 임시협정

보험회사들이나 재보험회사들은 항구적인 또는 지속적인 구조를 형성하지 않으면서 하나 또는 복수의 위험을 인수하기 위하여 임시로 협력하는 것을 임시협정이라 한다. 임시협정은 잠정적이지만, 보험풀과 동일한 효율성을 획득하는 수단이 될 수 있는 특징이 있고, 흔히 보험료율과 조건을 보험계약자 또는 그 중 개인과 협상하는 주도적 보험회사를 포함하며, 이들이 결정하면 그 후에 다른 보험회사들이 선택하게 된다.

3) 할당된 위험 플랜 및 그 밖의 잔여시장협정

이 형태는 미국의 주법에서 보험회사들에게 그 사업의 성질, 손실의 경험, 또는 그 밖의 이유로 인하여 개별 보험회사들의 자발적인 인수 대상이 될 수 없는 종류의 위험을 인수하기 위하여 보험회사들에게 협력할 것을 강제하거나 허용하고 있는 유형으로 ‘잔여시장’ 또는 ‘비자발적 시장’이라 한다. 잔여시장협정(residual market arrangements)은 여러 가지 공동인수 형식을 펼 수 있지만, 할당된 위험플랜(assigned risk plans)은 성질상 공동인수는 존재하지 않는다. 개별 부보 대상 위험은 보험회사들의 자발적 시장에서의 점유율과 같은 일정한 할당공식에 따라서

6) 예) 보험풀에 의하여 관리되는 대표적인 종류의 하나는 항공보험이다.

개별 보험회사에게 할당된다. 그리고 통상적으로 각 보험회사는 위험이 산업 전역으로 분산되도록 그 위험을 재보험폴에 전가하며, 공동인수조직(joint underwriting association: JUA)은 각 사업자가 잔여시장내의 각 위험에 대하여 연대책임을 지는 진정한 위험의 공동인수를 하는 특징이 있다.

2. 보험공동인수의 특징

(1) 보험공동인수의 법적성질

다수의 보험회사들이 하나의 보험계약에서 동일한 위험을 공동으로 인수하는 보험공동인수는 경쟁관계에 있는 2이상의 사업자가 협정에 의하여 각기 독립성을 유지하면서 상호간의 경쟁을 제한하는 것을 내용으로 하는 공동행위에 해당할 수 있다. 더 나아가 이러한 보험의 공동인수가 독점규제법상 부당한 공동행위의 성격을 가지고 있는지는 경쟁법의 적용여부가 결정되는 중요한 요소라 할 수 있다. 우선 독점규제법상 부당한 공동행위라 함은 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 법 제19조 제1항 각호의 행위(가격이나 거래조건, 생산량이나 출고량, 거래지역이나 거래상대방 등)를 할 것을 합의 하는 것을 말한다(법 제19조 제1항). 여기에서 공동행위의 핵심적인 요건은 경쟁관계에 있는 사업자들의 “수평적 합의”⁷⁾가 전제되어야 한다.

보험공동인수에 관하여 합의의 요건이 충족되는지 검토해보면, 실제 보험공동인수 과정을 보면 구매자(보험계약자 등)는 각 보험회사에 대해 제안서를 제출하도록 하고, 그 제안서를 기초로 공동인수의 간사 보험회사와 참여 보험회사를 정하게 되며, 참여 보험회사들은 간사 보험회사의 약관을 공동으로 사용하고, 보험료도 간사 보험회사에 맞추고 있다.⁸⁾ 즉 공동인수에 의한 보험계약의 체결시에 보험회사들은 하나의 간사 보험회사를 선정하고 간사 보험회사가 나머지 참여 보험회사들의 대리인의 역할을 하여 보험계약을 체결하게 된다. 이러한 모든 행위들은 2개 이상의 사업자들의 합의가 전제된 행위로 볼 수 있으며, 보험공동인수행위는 그 유형과 관계없이 독점규제법상의 공동행위의 합의 요건을 충족한다. 따라서 보험 공동인수행위의 법적성질은 독점규제법상 부당한 공동행위와 같다.⁹⁾

7) 정호열, 「경쟁법 제2판」, 박영사, 2008, 309면.

8) 신현윤·김두진·조성국, 앞의 논문, 175면.

(2) 공동인수의 법적구조

보험공동인수에 의한 보험계약의 체결구조는 참여 보험회사들이 하나의 간사 보험회사를 선정하고 간사 보험회사가 나머지 참여 보험회사들의 대리인의 역할을 하여 보험계약을 체결하게 된다. 그리고 참여 보험사들은 인수비율에 따라 다른 보험사와 관계없이 개별적, 독립적으로 책임을 부담한다는 특약을 맺고 분할 채무를 부담하는 것이 일반적이다. 또한 공동보험회사의 도산 등의 지급불능사유 발생시에도 각 보험회사는 자사가 인수한 지분만을 보상한다는 특약을 맺기도 한다. 각 보험회사는 각각의 인수비율에 따라서 권리를 가지고 의무를 지고 연대 책임은 존재하지 않는 법적구조를 가지고 있다.

보험계약상의 고지의무의 당사자 문제와 관련하여 학설은 특정 공동인수의 경우에는 원칙적으로 고객과 계약체결에 관하여 접촉하는 간사 보험회사로 보며, 개별 공동인수의 경우에는 보험계약자측이 각 참여 보험회사에 대하여 각각 그 인수하는 위험에 관련된 중요사항을 고지하여야 하는 것으로 본다.¹⁰⁾

보험공동인수는 인수의 대상이 되는 보험목적물의 특징에 따라 '개별 공동인수'와 '특정 공동인수'로 분류된다. '특정 공동인수'는 보험시장에서 위험이 너무 커서 하나의 보험회사에 의하여 그 위험에 대한 부보를 할 수 없는 경우와 같이 경제력 및 시장지배력을 위하여 불가피한 경우 등에 나타나고 '개별 공동인수'는 처음부터 합리적인 이유가 없거나 처음에는 합리적 이유가 있었으나 사정변경에 따라 합리성이 사라졌음에도 관행적으로 행해지는 성질상의 차이가 있다. 전자의 경우는 정책적으로 불가피하게 이루어진다는 점에서 정당성의 정도가 후자와 차이가 있기는 하나, 양자 모두 복수의 사업자들이 합의로 공동행위를 한다는 점에서 차이가 없다.¹¹⁾ 따라서 정도의 차이는 있을 수 있으나 보험의 공동인수행위는 부당한 공동행위에 해당될 가능성이 높아, 보험시장에서 경쟁을 제한하고 나아가 보험소비자의 이익을 해치고, 정책적으로도 바람직하지 못한 결과를 초래할 수 있으므로 독점규제법상의 부당공동행위로 규제하여야 할 당위성이 존재한다.

9) 하영태, 앞의 논문, 139면.

10) 신현윤·김두진·조성국, 앞의 논문, 175-176면 참고

11) 이봉의, "보험산업에서의 불공정거래행위에 관한 경쟁법적 고찰", BFL 제29호, 2008, 17-18면 참조

3. 독점규제법의 적용여부

(1) 보험공동인수의 부당공동행위 해당여부

1) 독점규제법상 부당공동행위의 요건

독점규제법상 부당한 공동행위라 함은 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 법 제19조 제1항 각호의 행위(가격이나 거래조건, 생산량이나 출고량, 거래지역이나 거래상대방 등)를 할 것을 합의 하는 것을 말한다(법 제19조 제1항). 어떠한 정의에 의하더라도 경쟁관계에 있는 사업자들의 “수평적 합의”¹²⁾가 요건이다. 그런데 일반적으로 은밀하게 공동행위를 하는 경우가 대부분이고 이러한 합의를 직접증거로 입증하기가 어렵다. 이를 해소하기 위하여 독점규제법은 “2 이상의 사업자가 공동행위에 해당하는 행위를 하는 경우로서 해당 거래분야 또는 상품용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자 간 접촉의 횟수양태 등 제반사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때에는 그 사업자들 사이에 공동으로 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정”하는 조항을 두고 있다(법 제19조 제5항). 다만, 보험업의 경우 감독당국의 행정지도는 합의추정을 위한 정황증거라기보다는 오히려 합의 추정을 반복하는 사유로서 중요한 의미를 가질 수 있다.¹³⁾

2) 부당공동행위의 요건 해당성 검토

우선 보험공동인수행위가 부당공동행위의 합의의 요건을 충족하여야 한다. 보험공동인수의 과정을 보면 구매자(보험계약자 등)는 각 보험회사에 대해 제안서를 제출하도록 하고, 그 제안서를 기초로 공동인수의 간사 보험회사와 참여 보험회사를 정하게 되며, 참여 보험회사들은 간사 보험회사의 약관을 공동으로 사용하고, 보험료도 간사 보험회사에 맞추고 있다.¹⁴⁾ 즉 공동인수에 의한 보험계약의 체결시에 보험회사들은 하나의 간사 보험회사를 선정하고 간사 보험회사가 나머지 참여 보험회사들의 대리인의 역할을 하여 보험계약을 체결하게 된다. 이러한 모든 행위들은 2개 이상의 사업자들의 합의가 전제된 행위이다. 따라서 보험의

12) 정호열, 「경제법 제2판」, 박영사, 2008, 309면.

13) 정호열, 「한국 보험시장과 독점규제법」, 보험연구원, 2008, 71면 참조.

14) 신현윤·김두잔·조성국, 앞의 논문, 175면.

공동인수행위는 그 유형과 관계없이 독점규제법상의 공동행위의 합의 요건을 충족한다. 또한 보험공동인수는 공동보험자의 선발, 각각의 위험률 및 경우에 따라 보험조건과 보험료의 통일이 보험계약자의 명시적인 요청에 근거하지 않는 한, 입찰에 참여하는 사업자 간에 가격과 품질, 서비스 경쟁이라는 능률경쟁 대신 묵시적인 담합의 가능성이 있다.

다음으로 독점규제법 제19조 제1항에 제시된 행위유형에 해당하여야 한다. 보험공동인수행위는 독점규제법상 공동행위 유형 중 법 제19조 제1항 제1호 가격결정이나 제2호 거래조건¹⁵⁾에 해당할 수 있다.¹⁶⁾ 독점규제법에서는 가격결정행위를 사업자가 다른 사업자와 공동으로 상품이나 용역의 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위로 정의하고 있다. 그 세부내용과 관련하여 대법원 판례는 공동의 가격결정을 동일한 상품에 대하여 동일한 최종거래가격을 정하는 경우뿐만 아니라, 동일·유사한 상품에 대하여 평균가격이나 표준가격, 기준가격, 최고·최저가격 등 가격결정의 기준을 정하는 행위를 비롯하여 가격인상·인하율이나 이윤율, 할인율 등 가격의 구성요소에 대한 수준이나 한도를 정하는 행위 등을 모두 포함하는 것으로 해석하고 있다.¹⁷⁾ 공정거래위원회는 영업보험료에 직접적으로 영향을 미치는 할인·환급률, 위험률, 예정이율, 예정기초율 등을 공동으로 결정하는 행위를 가격에 관한 합의로 인정하였다.¹⁸⁾ 그리고 보험공동인수행위의 부당성 여부(경쟁제한성)를 검토하는 것과 독점규제법으로 규제를 할 것인가는 다른 문제이다. 그 규제가능성과 관련하여서는 다음에서 검토한다.

15) 거래조건협정이라 함은 사업자가 다른 사업자와 공동으로 상품 또는 용역의 거래 조건이나, 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위를 말한다(법 제19조 제1항 제2호).

16) 그러나 보험의 공동인수행위는 보험산업의 특성상 보험요율이 가격결정담합인지 거래조건담합인지는 좀 더 구체적으로 검토해 볼 필요가 있다. 일반적으로 보험료나 영업보험료는 순보험료와 부가보험료로 구성되며, 순보험료는 과거의 통계자료에 기초한 순보험요율에 장래의 예측을 반영하여 일정한 조정과정을 거쳐서 산정된다. 즉 영업보험료에 관한 합의는 공동행위로서 원칙적으로 금지되며, 영업보험료 산정에 관한 구체적인 기준을 합의하거나 영업보험료의 산정방식을 합의하는 것은 독점규제법 제19조 제1항 제1호(가격결정행위)나 제2호(거래조건협정행위)에 해당할 수 있는 것이다 (이봉의, “보험산업의 특성과 카르텔 규제”, BFL 제48호, 서울대학교 금융법센터, 2011. 7. 20면).

17) 대법원 2007.1.17.선고 2004누17060 판결.

18) 공정거래위원회 의결 제2008-286호, 2008.10.27.

(2) 보험공동인수의 부당공동행위의 가능성(경쟁제한성)

1) 부당한 경쟁제한성의 해석

독점규제법은 “부당하게 경쟁을 제한하는 공동행위”를 위법성의 요건으로 규정하고 있다(법 제19조 제1항). 이와 관련하여 공정거래위원회는 시장획정과 그에 따른 경쟁제한성 심사를 엄격하게 거치기보다는 주로 공동행위 대상 품목을 중심으로 참가사업자들의 시장점유율을 일차적으로 고려하여 그 위법성을 인정¹⁹⁾하고 있다.²⁰⁾ 또한 대법원은 구법 제19조 제5항의 법률상 합의추정요건 중 하나인 경쟁의 실질적 제한을 어떻게 판단할 것인지에 관하여 언급하면서, 일반적으로 문제된 합의가 그 자체로 경쟁제한성을 가지는지 여부는 해당 상품의 특성, 소비자의 제품 선택 기준, 해당 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여 해당 행위로 인하여 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격, 수량, 품질, 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지 여부를 살펴 개별적으로 판단해야 한다는 입장²¹⁾을 취하고 있고, 판단기준 중에서도 시장점유율을 가장 중요한 경쟁제한성 판단기준으로 고려하고 있다.²²⁾

그리고 위법성 판단의 기준인 부당성에 관하여, 대법원은 원칙적으로 ‘부당하게 경쟁을 제한하는’의 의미를 경쟁제한효과와 원칙적으로 동일한 것으로 보고 있으며, 예외적으로 경쟁제한성 외에 부당성 여부를 실질적 위법성판단의 요소로 고려한 경우²³⁾와 공동행위가 독점규제법의 목적조항인 국민경제의 균형발전 등

19) 예) 10개 손해보험사 및 대한손해보험협회의 자동차종합보험관련 담합 사건에서도 공정거래위원회는 당시 국내 자동차보험시장에서 약99%를 차지하는 손해보험사들이 무료로 제공되던 긴급출동서비스를 공동으로 폐지하고 이를 유료화한 행위가 소비자후생의 감소를 초래하는 경쟁제한행위라고 보았다(공정거래위원회 의결 제2002-209호, 2002.10.4), 또한 10개 손해보험사의 보험료담합 사건에서 공정거래위원회는 참가사업자들의 일반손해보험시장에서의 시장점유율이 90.4%이고 외국지점 일부를 제외하고 국내 손해보험사 전부가 문제의 합의에 참여하고 있어 보험계약자들이 그와 무관한 다른 손해보험사를 선택하기가 매우 어렵다는 점을 고려하여 경쟁제한성을 인정한 바 있다(공정거래위원회 의결 제2007-443호, 2007.9.12).

20) 6개 초고속인터넷 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(공정거래위원회 의결 2005.12.12).

21) 대법원 2002.5.28. 선고99두6514, 6521 판결;2003.1.21. 선고2002두5384, 1391 판결;1999.4.28. 선고98누10686,11214 판결 등.

22) 대법원 2006.11.9. 선고2004두14564 판결.

23) 사업자단체의 공동행위 사건에서 경쟁제한성 외에 부당성 여부를 별도로 고려하여 위법성을 부인한 사례로는 (사)제주도관광협회판결(대법원2005.9.9.2003두11841 판결)과 농수산물도매시장법인판결(서울고등법원1996.12.6.선고 96나2240 판결)이 있다.

에 입장에서 규범적으로 무가치한 것이라는 판단기준으로 부당성을 해석하였을 뿐이다.²⁴⁾ 공정거래위원회도 대법원 판례와 동일한 입장이다.²⁵⁾

(3) 보험공동인수의 경쟁제한 가능성

1) 경쟁제한성 판단기준

보험공동인수가 보험시장에서 경쟁제한성이 있는지에 대한 판단의 기준은 판례의 입장에서 부당하게와 경쟁제한의 내용이 동일하다는 전제하고 그 외 추가적인 기준을 종합적으로 검토할 필요가 있다. 즉 보험의 공동인수에서 보험요율 등의 공동산정 및 공동활용이 보험업의 특성상 반드시 필요하고 나름의 효율성 증대효과가 있는지, 공동인수의 내용이 경쟁촉진효과가 있는지와 독점규제법의 목적인 국민경제의 균형발전 등에 비추어 규범적으로 가치가 있는지 등을 종합적으로 판단하여야 할 것이다.

2) 경쟁제한성 가능성

① 보험공동인수의 효율성: 보험공동인수가 경쟁제한성이 없으려면 보험회사들이 합작투자 참여자로서 그 자원이나 운영이 위험의 공동인수 등 통합상의 효율성을 가져야 한다. 그런데 공동인수 참여자들이 연대하여 책임을 질 경우는 합리성이 인정될 수 있으나 각자의 책임만 진다면 위험의 분산이라는 정당성이 사라진다.²⁶⁾ 따라서 위험의 공유 이외의 효율성을 입증하지 못한다면 경쟁제한성이 있다고 볼 수 있다. 우리나라의 보험의 공동인수협정관행을 보면, 참여 보험사들이 인수비율에 따라 다른 보험사와 관계없이 개별적, 독립적으로 책임을 부담한다는 특약을 맺고 있어서 위험의 공유라는 통합상의 효율성을 인정하기 위해서는 추가적인 검토가 필요해 보인다.

24) 해당 공동행위가 독점규제법의 궁극적인 목적에 반하지 않는다는 주장을 법원이 받아들이지 않은 사례로 한국전력기술인협회판결(대법원2006.9.22. 선고2004두14588 판결)있다. 다만, 이러한 규범적 가치판단을 반드시 법제1조의 목적조항과 결부시켜야 하는 것인지는 의문을 제기하며, 목적조항, 특히 국민경제의 균형발전이라는 개념이 사법심사에 적합한 것인지, 전체 법체계 및 독점규제법의 성격과 적절히 조화될 수 있는지 등을 고려할 때, 최선의 해석론으로 보기는 어렵다고 보는 견해가 있다(이봉의, "독점규제법의 목적과 경쟁제한행위의 위법성", 경제법 판례연구 제1권, 법문사, 2004, 12-19면 참조).

25) 공정거래위원회 의결 2002.4.11.

26) 신현윤·김두산·조성국, 앞의 논문, 188면 참고

② 시장지배력요소의 해소: 보험의 공동인수협정이 시장점유율이나 진입장벽과 같은 일반적 요소에 의하여 독점적 가격 책정을 할 수 있는 시장지배력을 가지게 된다면 보험시장에서 경쟁을 제한할 수 있다.²⁷⁾ 특히 시장지배력을 갖는 공동인수협정은 구성원인 보험회사들 간의 경쟁제한이 장기간 지속될 수 있다.²⁸⁾ 이것은 관련시장 전체에 대하여 경쟁제한의 위협이 될 수 있다. 즉 공동인수 협정을 한 개개의 보험사들이 각자의 다양한 보험상품을 개발하여 제공할 본질적인 동기가 사라진다. 따라서 보험의 공동인수가 이러한 경쟁제한 요소를 상쇄할 만한 근거를 제시하지 못하는 한 정당성은 없다고 본다.

③ 불합리한 부수적 제한의 해소: 보험의 공동인수협정을 하면서 협정의 효용성과 관계없는 방식으로 경쟁을 제한할 여지가 있다. 즉 공동인수에 참여한 구성사업자에 대한 여러 가지 제한, 배타적 인수조항, 서비스 제공업자의 지명에 대한 제한 등 불합리한 부수적 제한은 공동인수협정 자체의 경쟁제한성과 관계없이 독점규제법의 위반이 될 수 있다. 예를 들면 서비스제공기업에 의한 수수료에 대한 입찰에서 경쟁을 제한하기로 한 협정을 하게 되는 경우를 충분히 예상해 볼 수 있다.²⁹⁾

④ 기타 경쟁제한해소: 보험의 공동인수협정이 합리성이 인정되더라도 정당화된 관련시장 외에서 경쟁제한요소로 남용된다면 경쟁제한성이 인정될 수 있다. 즉 공동인수의 협정이 영업 중인 관련시장 이외의 별개의 시장으로 제한을 확장하는 것을 말한다. 예를 들면 비자발적으로 보험의 공동인수협정이 이루어지는 경우 참여자들이 동 협정에서 결정된 기준을 자발적 시장에서의 효율과 인수기준을 합의하는데 이용 할 수 있다는 것이다.³⁰⁾

⑤ 가격담합의 해소: 보험의 공동인수는 여러 사업자간에 일률적인 보험계약 인수방법을 정함으로써 실질적으로 가격에 영향을 주게 되는 전형적인 가격담합의 형태를 띠게 된다.³¹⁾ 즉 간사사의 보험요율과 보험조건을 참여보험사들이 그

27) 이봉의, “보험산업에서의 불공정거래행위에 관한 경쟁법적 고찰”, 7면 참조

28) 신현윤·김두진·조성국, 앞의 논문, 191면 참고

29) Bankers Ins. Co. v. Fla. Residential Property & Cas. Joint Underwriting Ass'n, 137 F.3d 1293, 1295(11th Cir. 1998).

30) 신현윤·김두진·조성국, 앞의 논문, 194면 참고

31) 일단 하나의 사업자가 최저가의 효율로 입찰을 따게 되면 나머지 참여사는 자동적으로 그 사업자의 보험요율을 따르게 되기 때문에 실질적으로 보험사들이 공동으로 보험요율을 정하게 된다(신현윤·김두진·조성국, 앞의 논문, 196면 참고).

대로 수용한다는 점에서 자유로운 가격경쟁 및 거래조건경쟁을 저해할 가능성이 있다. 더불어 보험의 공동인수제도는 공정한 경쟁을 저해하기 때문에 소비자는 최적의 보험조건을 선택할 수 없는 불합리한 면이 발생한다.

⑥ 입찰담합 방지: 보험의 공동인수를 입찰담합의 입장에서 보면, 하나의 보험회사가 당해 계약을 모두 인수 할 수 있음에도 불구하고 동일한 요율과 조건으로 여러 보험사가 보험계약을 공동인수 하는 경우에 독점규제법상 기타 부당한 공동행위에 해당할 수 있다.³²⁾ 그리고 보험의 공동인수는 공동보험자의 선발, 각각의 위험률 및 경우에 따라 보험조건과 보험료의 통일이 보험계약자의 명시적인 요청에 근거하지 않는 한, 입찰에 참여하는 사업자 간에 가격과 품질, 서비스 경쟁이라는 능률경쟁 대신 묵시적인 담합의 여건을 조장할 수 있다.³³⁾ 즉 공동인수제도는 입찰에 참여하는 사업자간 암묵적인 경쟁 자제 합의를 조장하게 되고, 보험계약자의 입장에서 본다면 공정한 경쟁을 통해 최선의 보험요율과 거래조건을 제시받지 못함으로써 피해를 보게 된다.

III. 독점규제법의 적용제외 입법례

1. 유럽연합의 적용제외 입법례

보험이나 그 밖의 금융서비스가 EU 경쟁법인 EC조약 제81조 및 제82조43의 적용범위에 포함되는가에 대하여 논란이 있었다. 유럽(집행)위원회는 1970년대 초에 보험분야에도 원칙적으로 경쟁법이 적용된다고 하며,³⁴⁾ 보험업은 경쟁에 적합하지 않고 파산과 채무초과를 초래할 파멸적 경쟁을 가져온다는 의견을 받아들이지 않았다.³⁵⁾ 유럽 사법재판소(European Court of Justice)는 1987년에 손해보험협회(Verband der Sachversicherer)의 화재보험료와 관련한 권고가 문제된 사건³⁶⁾

32) 보험계약자가 대규모회사나 공기업인 경우 보험계약을 입찰형식으로 발주하는 경우에 이러한 행위가 이루어 질 수 있다.

33) 정호열, “보험산업과 독점규제법 제2편 보험산업에 대한 독점규제법의 적용” 경쟁저널, 한국공정경제연합회, 2007, 4면 이하.

34) Second Report on Competition Policy (1972), point 60.

35) European Coal & Steel Cmty. et al., Second Report on Competition Policy 60-62 (1973), available at http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1972_en.pdf.

에서 보험사업자단체가 회원사들에게 총보험료의 수준에 관하여 권고하는 것은 EU 경쟁법과 충돌된다고 보았다.³⁷⁾

(1) 적용면제 대상

현행 EU 경쟁법은 보험 분야의 두 가지 범주의 협정에 대하여 조약 제101조 제1항으로부터의 일괄적용면제를 부여하고 있다(Regulation 267/2010³⁸⁾). ① '과거의 특정 위험의 부보에 필요한 평균비용의 산정'이나 현재가 환산(capitalisation) 요소를 포함하는 보험과 관련된, 사망률표 및 질병·사고·노동능력상실의 빈도를 보여주는 표(tables)의 해석을 목적으로 하는 공동편찬 및 정보의 배분(동 규칙 제 2(a)조) 또는 주어진 위험이나 위험 범주에 대한 장래의 청구의 빈도나 규모 또는 투자의 상이한 타입의 수익성에 관한 이해관계 있는 사업자들의 외부적 일반 사정의 가능한 효과에 관한 연구의 공동수행과 관련하여 복수의 사업자들간에 체결되는 협정(동 규칙 제2(b)조)과 ② 복수의 사업자 간에 체결된, 공동보험 또는 공동재보험의 형식에 의한, 일정한 범주의 위험의 공동인수를 위한 보험폴 또는 '보험사업자와 재보험사업자의 재보험폴' 등의 조직 및 운영에 관한 협정이다(동 규칙 제5조). 그리고 종전의 일괄적용면제규칙인 Regulation 358/2003³⁹⁾상 적용면제 대상이던 표준 보험증권조건과 모델에 관한 협정 및 보안장비에 대한 공동표준설정에 관한 협정은 더 이상 적용면제 되지 아니한다.

(2) 적용면제 요건

적용면제를 위한 적극적 요건은 ① 그 편찬이나 표가 데이터의 조합에 근거하

36) Verband der Sachversicherer e.V. v Commission of the European Communities, Case 45/85, 27 January 1987, European Court reports 1987 Page 00405.

37) 김두진, "보험회사의 부당공동행위에 대한 공정거래법의 적용", 보험법연구(제6권 제2호), 2012, 182면 참조.

38) Commission Regulation (EU) No 267/2010 of 24 March 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector, OJ 2010 L83/1. 이는 2017년 3월 31일까지 효력을 갖는다.

39) Commission Regulation (EC) No 358/2003 of 27 February 2003 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector, OJ L 53.

고, 관찰기간으로 선정된 다수의 위험 연도에 걸치고, 통계적으로 처리될 수 있는 근거를 구성하여야 하고 특히 그 편찬이나 표에서 언급한 기간 동안의 청구의 수, 선정된 관찰기간의 각 위험연도별로 부보된 개별 위험의 수, 언급한 기간 동안에 제기된 청구와 관련하여 지급되거나 지급될 수 있는 총액, 그리고 선정된 관찰기간 동안 각 위험연도별로 부보된 자본의 총액에 관한 수치를 산출할 충분한 수의 동일하거나 비교할 만한 위험에 관련된 것이면서(동 규칙 제3조 제1항(a)), ② 보험통계법적으로 적절한 이용가능한 통계의 상세한 구분을 포함하는 것이어야 한다(동 규칙 제3조 제1항(b)). 소극적 요건으로는 ① 그 편찬이나 표가 절대로 우연성 요소, 유보금으로부터 파생된 수입, 관리 또는 상업적 비용 또는 회계적 또는 준회계적 기여금을 포함하지 아니하고 투자 수입이나 기대수익을 고려하지 아니한 것이어야 한다(동 규칙 제3조 제1항(c))과 ② 규칙 제2조의 적용 면제를 받기 위해서는 해당 편찬, 표 또는 연구결과는 보험사업자나 피보험자의 신원을 식별하지 않아야 하고, 편집되고 배포될 때 구속력이 없다는 설명을 첨부할 것, 영업보험료의 수준에 대한 적시가 포함되지 않을 것, 그 편찬, 표 또는 연구가 대상으로 하는 지역 또는 상품 시장에서 활동하고 있지 않은 보험사업자를 포함하여, 모든 보험사업자가 해당 편찬, 표 또는 연구결과의 사본을 합리적이고, 적절하며 비차별적 조건으로 이용할 수 있어야 한다. 그리고 ③공적 안전(public security)상 공시하지 않아도 되는 객관적으로 정당한 경우를 제외하고, 정당한 이유로 구체적이고 상세한 조건으로 그것들에의 접근을 청구하는 소비자단체 또는 고객단체가 합리적이고, 적절하며 비차별적 조건으로 이용할 수 있어야 한다(동 규칙 제3조 제2항).⁴⁰⁾

(3) 보험공동인수의 일괄적용면제 내용 및 조건

보험공동인수에 해당하는 ‘공동보험풀(co-insurance pools)’이라 함은 하부시장에서의 임시 공동보험협정에 대해서는 예외로 인정하면서도, 일정한 위험 중 일부는 주도 보험사가 커버하고 나머지 위험 부분은 주도 보험사가 ① 모든 참가사업자들의 이름과 계산으로 특정 위험범주의 보험을 인수하거나, ② 각자의 이름과 계산으로 특정 위험 범주의 보험의 인수와 관리를 보험사업자가 직접 하거나

40) 김두진, 앞의 논문, 184면.

공동의 중개인, 인가된 대리상을 통하여 설정한 집단을 말한다. 그리고 협의의 보험 공동인수에 해당하는 보험풀은 그 부모대상에 따라 구분하여 보험사들이 경험한 바 없는 '신중 위험(new risk)'인 경우⁴¹⁾에는 3년간 참여하는 보험사들의 시장점유율에 관계없이 일정한 부수조건을 충족하는 조건하에 경쟁법으로부터 적용면제하고(동 규칙 제6조 제1항), 그와 달리 신중 위험이 아닌 경우에는 참여하는 보험사들의 시장점유율이 일정한 비율 이하⁴²⁾에 해당하는 경우에만, 일정한 부수조건⁴³⁾로 적용면제 하고 있다(동 규칙 제6조제2항).

2. 미국의 적용제외 입법례

(1) 적용제외의 특징

보험업과 관련하여 미국은 독점금지법 적용제외 기준으로 McCarran법 면제와 일반적 적용제외기준인 정부행위이론(state action doctrine)이 동시에 적용된다. 이 때 이론적으로는 두 기준 중 어느 하나만 충족하여도 독점금지법의 적용이 제외 되겠지만, 실질적으로는 McCarran 면제가 후자보다 완화된 요건을 요구하고 있어서 보험산업에는 McCarran 면제가 주로 논의되고 있다.⁴⁴⁾ 미국의 경우 보험업법의 적용제외 범위는 엄격하게 해석하고 있으며, 우리나라의 보험업법의 규정은 상호협정의 범위를 명백하게 제한하고 있지 않는 것과 차이가 있다. 그리고 일단

41) 동 규칙상 신중위험은 종래 적용면제 대상이던 “이전에는 존재하지 않았고, 그것에 대한 보험부보를 위해서는 전적으로 새로운 보험상품의 개발을 요하고, 기존보험 상품의 확장, 개선 또는 대체로는 안되는, 위험”(동규칙 제1조 제6(a)호)은 물론 예외적인 경우에는, 기존의 위험이더라도 “객관적 분석에 의할 때 그 위험의 성질이 본질적으로 변하여서 그러한 위험을 부보하기 위하여 어떤 사업 능력(subscription capacity)이 필요한지 미리 알 수 없는 위험”(동규칙 제1조 제6(b)호)까지도 포함하도록 확장되었다.

42) 공동보험풀의 경우에는 관련 시장의 20%, 공동재보험풀의 경우에는 관련시장의 25%의 시장점유율을 초과하지 않는 경우를 말한다.

43) 여기에서 부수조건이란 ①각 참가 사업자가 어떠한 제재 없이 합리적 기간의 고지를 한 후 풀에서 탈퇴할 권리를 보유할 것, ②풀의 규칙이 참가사업자에게 그 풀을 통해서 보험 또는 재보험을 하도록 강요하지 않아야 하고, 참가사업자에게 풀 외부에서 그 풀이 부보한 타입의 위험을 전부 또는 일부보험 또는 재보험을 하는 것을 제한하지 않을 것, ③풀의 규칙이 그 풀의 유렵연합의 특정 지리적 부분 내에 위치한 위험의 보험 또는 재보험을 하는 것에 대하여 당해 풀이나 그 참가사업자의 활동을 제한하지 않을 것, ④참가사업자의 산출 또는 판매를 제한하지 않을 것, ⑤시장이나 고객을 분할하지 않을 것, ⑥재보험풀의 참가사업자는 직접보험의 영업보험료에 대하여 합의하지 않을 것 등이 있다(동 규칙 제7조).

44) 이호영, “규제산업과 독점규제법의 적용제외”, 『법학논총』, 제23집 제1호, 2006., 366면 이하 참조

면제대상으로 승인되었다 하더라도 그 자체의 부당공동행위가 발생하면 적극적으로 독점규제법을 적용하여 판단하고 취소하고 있는 점은 특이 할만하다.⁴⁵⁾

그러나 오바마 대통령은 의원시절에 독점금지집행의 활성화 정책과 보험산업에 대한 독점금지법 적용제외를 폐지할 것을 주장하기도 하였지만 현재 그 정책이 정확히 실행되고 있지는 않다.⁴⁶⁾

(2) 적용제외의 범위의 요건

McCarran-Ferguson Act [15 USC 1012(b)]는 “각 주법에 의하여 규제되는 범위”에 한하여 연방 독점금지법의 적용이 제외된다고 규정하고 있다.⁴⁷⁾ 이에 의하면 보험회사의 행위가 독점금지법의 적용제외 대상이 되기 위해서는 첫째, 문제된 행위가 ‘보험업’에 해당 하여야 하고, 둘째, 그 행위가 주법에 의하여 규제 되어야 한다. 그러나 이러한 요건을 충족하더라도 보이 코트, 강박, 또는 협박에 해당하는 행위 또는 그를 위한 합의에 대하여는 독점금지법이 적용된다.⁴⁸⁾

1) 보험업에 해당여부

‘보험업에 해당 되는지는 문제된 행위의 성격에 따라 판단하고 있다.⁴⁹⁾ 즉 보험회사의 모든 행위에 대하여 독점금지법의 적용이 제외되는 것이 아니라 그 행위가 보험업 고유의 성격을 가져야 적용제외에 해당하게 된다. 보험업의 정의와 관련하여 미국 연방대법원은 보험회사가 피보험자에게 지급하는 약품비의 상당부분을 약국에게 지급하기로 한 계약은 보험업에 속하는 행위가 아니므로 독점금지법의 적용제외 대상이 아니라고 판결하면서, 독점금지법 적용제외 대상인 보험

45) ABA, Antitrust Law Developments(5th ed.), 2002. pp. 1,369-1,375 참조

46) 김두진, 앞의 논문, 181면 참조

47) No Act of Congress shall be construed to invalidate, impair, or supersede any law enacted by any State for purpose of regulating the business of insurance, or which imposes a fee or tax upon such business, unless such Act specifically relates to the busuness of insurance : Provided, That after June 30. 1948, the Act of July 2.1890. as amended known as the Sherman Act, and the Act of October 15. 1914, as amended, known as the Clayton Act. and the Act of September 26. 1914, known as the Federal Trade Commission Act, as amended [15 U.S.C ·4] et seq]. shall be applicable to the business of insurance to the extent that such business is not regulated by State Law.

48) Rudolf Callmann, Callmann on Unfair Competition., Tr. & Mono. §4:7(4th Ed.), Thomson/West, 2003, pp. 1023-1132.

49) Hartford Fire Ins. Co. v. Californai, 509 U.S. 764. 781(1993)

업은 보험회사와 피보험자간의 관계에 영향을 미치는 위험인수 부분에 한정된다
고 판시⁵⁰⁾하여 보험업의 의미를 엄격하게 해석하고 있다.⁵¹⁾ 그리고 미국 연방대
법원 판례는 보험업의 해당요건(Pireno test)으로 ① 보험가입자의 위험을 이전
또는 분산시키는 효과를 가져야 하고 ② 보험회사와 피보험자 간의 보험계약관
계의 본질적 구성부분이어야 하며 ③ 보험사업자들만이 하는 것이어야 한다는
것을 제시 하였다.⁵²⁾ 이에 따르면 보험회사들이 보험료나 위험 등을 공동으로 산
출하기 위한 공동행위(cooperative rate-making efforts), 보상지급요구 심사, 보험계
약서면의 표준화, 보험물건의 공동인수(pools), 보험인수 여부의 판단, 보험회사의
보험상품 마케팅과 보험증서의 배달, 재보험 등은 보험업의 하나로서 독점금지법
의 적용에서 제외되고 있다.

2) 주법에 의한 규제여부

주법에 의한 경우와 관련하여 미국 대법원⁵³⁾은 유명한 Midcal test를 확립하였
다. 즉 ① 주정부가 독점금지법에 위반됨에도 불구하고 문제된 행위를 허용한다
는 취지가 법문에 명확하게 규정되었을 것(clear articulation) ② 주정부가 허용된
위 행위에 대하여 적극적이고 실효성 있게 규제 및 감독하고 있을 것 (active
state supervision)의 2가지 요건을 갖추어야 비로소 독점금지법의 적용대상에서
제외된다는 것이다. 이와 같은 두 가지 요건은 매우 엄격하게 해석되고 있는데,
즉 첫 번째 요건은 정부가 독점금지정책과 비교하여 우위에 있는 공공적 목적을
명시적으로 인정하였어야 하고 두 번째 요건은 정부가 시장기능을 대체할 수 있
을 정도로 사업자의 활동을 적극적으로 관리하는 경우에만 인정되는 것이다.⁵⁴⁾

50) Group Life & Health Ins. Co. v. Royal Drug Co. 440 U.S. 205(1979). "the only 'business insurance' that qualifies for this exemption from antitrust law is the underwriting of risks affecting the relationship between the insurance carrier and its insureds".

51) 이 판례는 보험업에 속하는지의 판단은 보험산업의 단체적 속성, 즉 대수의 법칙이 지배하고 위험의 정확한 계산과 분산이 필수적이라는 개념에서 출발하여 그와 같이 보험업을 유지·영위하는데 반드시 필요한 범위에 상응하는 것으로 한정되고 그 외의 일반적 경영활동은 보험회사의 영업일수 있어도 적용제외 대상으로서의 보험업이 아니라는 엄격한 입장을 취한 것이다.

52) [F]irst, whether the practice has the effect of transferring or spreading a policyholder's risk; second, whether the practice is an integral of the policy relationship between the insurer and the insured; and third, whether the practice is limited to entities within the insurance industry. Union Life Insurance Co. v. Pireno 458 U.S. 119 (1982) at 129.

53) California Retail Liquor Dealers, Ass'n. v. Midcal Aluminum 445 US 97 (1980).

54) 이황, "보험산업에 대한 독점규제법 적용의 범위와 한계", 경쟁법연구 제18권, 2008, 354면 참고

3) 예외 요건

McCarran 면제에 대한 예외로서 보이코트, 강박, 또는 협박에 해당하는 행위 또는 그를 위한 합의에는 다시 독점금지법이 적용된다. 미국 연방대법원은 판결에서 McCarran에서 말하는 이러한 예외의 대상이 되는 보이코트에는 경쟁사업자에 대한 보이코트 뿐만 아니라 보험가입자 등에 대한 것까지 포함된다고 판시하고, ‘보이코트’의 의미에 대하여도 서로 무관한 다른 거래의 조건을 변경하도록 강제하기 위하여 특정 거래의 체결을 집단적으로 거절하는 것이라고 정의하였다.⁵⁵⁾

3. 일본의 적용제외 입법례

(1) 적용제외 입법연혁 및 특징

일본에서는 금융환경의 변화와 국제화 등의 추세, 그리고 1994년 미·일 보험협약의 등에 따라 금융규제 완화와 규제체계의 혁신, 그리고 경쟁체제 도입 등을 위한 보험업법 개정이 이루어져 1996.4.1.부터 시행되었고, 독점금지법 적용제외 제도도 제외대상을 축소하는 방향으로 정리가 되었다.⁵⁶⁾ 일본은 1995년의 신보험업법 시행 이후에는 위험의 거대성이나 책임보험 등의 이유로 전면제외 대상이 된 일부 특수한 경우를 제외하고는 독점금지법 적용제외 대상이 보험산업의 본질적인 부분, 즉 위험의 관리·분산에 관한 사항들에 제한되어 있다. 특히 “불공정한 거래방법의 사용, 상호 사업활동의 부당한 구속을 통하여 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한함으로써 보험계약자 또는 피보험자의 이익을 부당하게 해치게 될 경우”에는 어떠한 형태의 적용제외도 인정되지 않는다는 점을 명시한 것이 특징이다(보험업법 제101조 단서).⁵⁷⁾

55) St. Paul Fire & Marine Insurance Co. v. Barry 438 U.S. 531(1978) at. 802-803.

56) 일본의 1995년 개정 전 보험업법은 개정 후에 비하여 넓은 적용제외 제도를 두고 있었다. 그러나 그 역시도 우리의 현행 보험업법의 규정보다는 훨씬 좁은 것이었다. 즉, 개정 전 보험업법 제12조의 3은 ①해상보험사업, 항공보험사업, 자동차책임보험사업, 지진보험에 속하는 거래에 대하여 손해보험회사 간에 행하는 협정계약, 기타 공동해위 ②위의 보험종목 거래에 있어서 보험 또는 재보험거래에 관한 수량의 결정 또는 제한, 보험계약 내용의 결정(보험료율에 관한 것은 제외), 재보험에 관한 상대방과의 수수료의 결정 또는 제한에 관한 손해보험회사 간의 협정, 계약, 기타 공동행위에 대하여 독점금지법을 적용하지 않는다고 규정하면서, 다만 ‘불공정한 거래방법의 사용, 상호 사업활동의 부당한 구속을 통하여 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하여 보험계약자 등의 이익을 부당하게 해할 때는 그 예외로서 독점금지법을 적용하였다(최기원, 「보험법 제3판」, 박영사, 2002, 28면).

(2) 적용제의 범위

일본 보험업법 제 101조의 규정에 의하면 손해보험에 한하여 일정한 공동행위에 대한 금융청⁵⁸⁾의 인가를 받으면 독점금지법의 적용을 제외한다(생명보험에 관한 적용제외는 없다).⁵⁹⁾ 즉, 항공보험사업, 원자력보험사업, 지진보험계약에 관한 사업의 고유의 업무에 대하여 손해보험회사가 다른 손해보험회사와 행하는 공동행위에 대하여 독점금지법의 적용이 전면 제외된다. 또한 위의 보험종목 외의 보험의 인수에 관련되는 사업에 있어서는, 위험의 분산 또는 평준화를 도모하기 위하여 미리 손해보험회사와 다른 손해보험회사 간에 공동으로 재보험할 것을 정하여 두지 않으면 보험계약자 또는 피보험자에게 현저하게 불이익을 줄 우려가 있다고 인정될 경우에, 당해 재보험계약 또는 당해 재보험에 관한 보험계약에 대하여 손해보험회사가 다른 손해보험회사와 행하는 특정 공동행위에 대하여 독점금지법의 적용이 제외된다. 그 대상은 보험계약의 내용(보험료율에 관한 것은 제외)의 결정, 손해사정방법의 결정, 재보험거래에 관한 상대방 또는 수량의 결정, 재보험료율 및 재보험에 관한 수수료의 결정 등이다.⁶⁰⁾

(3) 적용제외의 요건

손해보험회사들이 위의 공동행위를 하거나 그 내용을 변경하고자 할 때에는 금융청의 인가를 받아야 하는데(보험업법 제102조 제1항), 금융청은 그 공동행위가 보험계약자 또는 피보험자의 이익을 부당하게 해치거나 부당하게 차별적이거나 가입 및 탈퇴를 부당하게 제한하거나, 또는 위험의 분산 또는 평준화 기타 공동행위를 행하는 목적에 비추어 보아 필요최소한도의 것이 아니라고 인정될 때에는 인가하지 못하도록 하고 있다(보험업법 제102조 제2항). 또한 금융청은 인

57) 하영태, 앞의 논문, 158면.

58) 법문에는 내각총리대신으로 되어 있으나, 공정거래위원회와 함께 내각 직속기관인 금융청이 권한을 행사하고 있다.

59) 보험업법에 의한 적용제의 제도 외에도 일본은 1998년 '요율산출단체법'의 개정을 통해 종래 독점금지법상 적용제의 부분을 개정하여, 보험가격의 자율적 적용을 허용하되 임의보험에 대해서는 순보험료, 의무가입보험에 대해서는 기준영업요율의 제시 등으로 요율산출기관의 기능을 제한하였다. 순보험료의 공동산출은 대부분의 나라에서 인정하는 제도이고 우리나라 역시 1999년 카르텔일괄정리법 이후에도 보험개발원이 손해보험 등 4종의 보험에 관한 순보험료를 산출제시하고 있다.

60) 今村成和, 「獨占禁止法新版」, 有斐閣, 1990, 199頁.

가받은 공동행위가 위의 각 조건에 적합하지 않게 되었다고 인정할 때에는 그 공동행위의 내용을 변경하도록 명령하거나 그 인가를 취소하여야 한다(보험업법 제103조). 위와 같은 공동행위의 인가와 관련하여 금융청과 공정거래위원회 간의 긴밀한 협조관계가 보험업법에 규정되어 있다(105조).⁶¹⁾ 즉, 금융청은 인가시 미리 공정거래위원회의 동의를 얻어야 하고, 제103조의 규정에 의한 처분을 했을 때 또는 손해보험회사가 제104조의 규정에 의하여 하는 공동행위 폐지의 신고를 수리했을 때에는 이를 공정거래위원회에 통지해야 한다. 그리고 공정거래위원회는 인가받은 공동행위의 내용이 제102조 제2항의 4가지 조건에 맞지 않는다고 인정할 때에는 금융청에 대하여 공동행위 내용변경명령 또는 인가취소를 요구할 수 있다.⁶²⁾

IV. 독점규제법 적용제외의 내용과 한계

1. 독점규제법의 적용제외 내용

(1) 독점규제법 제58조에 의한 적용제외

1) 적용제외의 연혁 및 특징

1980년의 독점규제법 제정시에는 일본의 경우와 유사하게 “제1항의 규정에 의한 특별한 법률은 따로 법률로 지정한다”(법 제47조 제2항)고 규정하였으나, 정부는 이러한 적용제외법률을 제정하지 않고 있다가, 1986년의 동법의 제1차 개정시에 동조항을 삭제하였다. 따라서 현행법상으로는 여기에서 말하는 법령이 무엇을 말하는지는 개개의 경우에 구체적으로 개별법조의 해석에 의해서 판단할 수밖에 없다.⁶³⁾ 독점규제법은 ‘제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 모든 사업자’를 동법의 적용대상으로 규정하여, 보험산업을 포함한 모든 산업에서 전면적으로 적용되는 것이 원칙이다. 다만, 예외적으로 적용제외 규정을 두어 다른 법률의 목적과 독점규제법의 목적이 충돌될 것에 대비하고 있다. 즉 독점규제법 제

61) 金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄, 「獨占禁止法第2版」, 弘文堂, 2006, 403頁.

62) 김두진, 앞의 논문, 186면.

63) 김두진, 위의 논문, 187면.

58조는 이 법의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 적용하지 아니 한다고 규정하고 있다. 이는 독점규제법과 다른 법 사이의 충돌을 방지하는 완충작용을 함과 동시에 사업자들의 법적 안정성을 보장하는 규정이다.⁶⁴⁾

2) 적용제외의 요건(정당한 행위)

‘정당한 행위’에 대하여 대법원 판례는 독점규제법 제58조에서 말하는 정당한 행위란 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면 공공성의 관점에서 고도의 공적 규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위내에서 행하는 필요최소한의 행위를 말한다고 판시하였다.⁶⁵⁾ 판례는 독점규제법 제58조에서 말하는 정당한 행위의 하나로 공공성의 관점에서 고도의 공적규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요최소한의 행위를 들고 있고, 그의 대표적 예가 ‘보험업법 제125조에 의한 상호협정’이라고 할 수 있다. 이것은 보험의 공동인수가 독점규제법의 적용범위내인가의 논의와 밀접한 관련이 있다.⁶⁶⁾

64) 또한 독점규제법 이외의 법률 또는 그 법률에 의한 명령(내지 행정처분)에 따라 행하는 행위는 독점규제법에 반하는 경우에도 정당 하다고 평가되는 한 독점규제법을 적용하지 아니하겠다는 취지로 보인다.

65) 대법원 1997.5.16. 선고 96누150 판결은 범무사법이 부당한 사건위촉의 유지금지(제22조), 성실의무 품위 보전의무 회칙 준수 의무(제27조), 회비 분담의무(28조) 등에 관하여 규정하고 있다고 하여도 집단등기사건을 자유롭게 수입하는 것을 제한함으로써 자유로운 경쟁을 저해하고 있음이 분명한 이 사건 집단등기사업수입업무처리규정의 제정과 그 시행은 독점규제법 제58조에 규정되어 있는 정당한 행위에 해당한다고 할 수 없다고 하였고, 대법원 2005.8.19. 선고 2003두9251 판결은 위 판시를 재확인하면서, 의료기사 등에 관한 법률 제3조, 제22조 및 그 시행령 제2조, 제13조 등은 의료기사 등의 업무범위와 한계, 품위를 현저히 손상시키는 행위 등에 대한 자격정지에 관한 규정일 뿐 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률이라고 볼 수 없으므로, 이 사건 행위가 독점규제법 제58조에 규정된 법령에 따른 정당한 행위에 해당한다고 할 수 없다고 판시하였다.

66) 히영태, 앞의 논문, 151면.

(2) 보험업법 제125조에 의한 적용제외(상호협정)

1) 적용제외의 이론적 근거

보험 공동인수협정은 보험업법 제125조 제1항에 의거하여 금융위원회의 인가를 받아서 보험회사간에 협정을 체결하여 실행하는 공동행위의 일종이다. 이것은 보험사업에 있어서 동질의 위험에 처한 보험단체에 대하여 대수의 법칙을 토대로 산정한 보험료의 대가로 위험을 인수하여 동일한 보호를 제공하여야 하는 보험회사간의 경쟁법적으로 합리적인 범주의 공동행위를 허용한 것이다. 따라서 보험업법 제125조에 의한 적용제외의 이론적 근거는 보험사업의 특성상 보험회사간의 협력이 필요한 부분이 있다는 것을 인정한 것이다. 따라서 허용되는 공동행위는 보험회사의 모든 공동행위가 아니라 보험사업의 특성상 정당성이 인정되는 것임을 전제로 한다.

2) 적용제외의 범위

보험업법 제125조 제1항은 보험회사가 그 업무에 관한 공동행위를 하기 위하여 다른 보험회사와 상호협정을 체결·변경·폐지하려는 경우에는 금융위원회의 인가를 받아야 한다고 규정하고 있다. 즉 보험회사들이 보험의 공동인수를 하려는 공동행위의 범위는 보험업무에 관한 것이어야 하는데, 보험업무의 해석과 관련하여 견해가 갈린다. 학설로는 보험업법 제2조(67)에 정의되어 있는데 따라야 한다고 주장하는 견해와 상호협정의 취지가 보험업 고유의 특성을 감안한 공동행위 규제 예외를 인정하는데 있으므로, 보험업 고유의 속성과 무관한 보험회사의 업

67) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “보험업”이라 함은 사람의 생사에 관하여 약정한 급여의 제공을 약속하거나 우연한 사고로 인하여 발생하는 손해의 보상을 약속하고 금전을 수수하는 것 등을 업으로 행하는 것으로 생명보험법·손해보험법 및 제 3보험법을 말한다.
2. “생명보험업”이라 함은 사람의 생존 또는 사망에 관하여 약정한 급여의 제공을 약속하고 금전을 수수하는 것을 업으로 행하는 것을 말한다.
3. “손해보험업”이라 함은 우연한 사고(제4호의 규정에 의한 질병·상해 및 간병을 제외한다)로 인하여 발생하는 손해의 보상을 약속하고 금전을 수수하는 것(매매·고용·도급 그 밖의 계약에 의한 채무 또는 법령에 의한 의무의 이행에 관하여 발생할 채권자 그 밖의 권리자의 손해를 보상할 것을 채무자 그 밖의 의무자에게 약속하고 채무자 그 밖의 의무자로부터 그 보수를 수수하는 것을 포함한다)을 업으로 행하는 것을 말한다.
4. “제3보험업”이라 함은 사람의 질병·상해 또는 이로 인한 간병에 관하여 약정한 급여를 제공하거나 손해의 보상을 약속하고 금전을 수수하는 것을 업으로 행하는 것을 말한다.

무는 여기에서의 업무가 아닌 것이 합리적이라는 견해가 있다.⁶⁸⁾

일반적으로 원칙에 대한 예외는 가능한 한 엄격하게 새겨야 할 뿐만 아니라, 공동행위가 불가피하게 필요한 보험 산업의 특성과 관계없는 일반적 업무에까지 다른 산업과 달리 공동행위를 널리 허용할만한 특별한 이유가 없고, 보험산업의 자유화와 시장경쟁원리 도입이 우리나라 금융감독당국의 정책방향이라는 점을 감안하면 후자의 견해가 타당하다고 보인다.⁶⁹⁾ 그리고 세계적으로도 이와 같은 해석 내지는 입법이 일반적이라는 점과 일본에서는 1995년 법 개정을 통하여 후자와 같은 해석을 명문화하였다. 또한 판례도 “보험업법 제17조가 보험사업자에게 그 사업에 관한 공동행위를 하기위한 상호협정을 허용한 취지는 보험사업자가 자율적으로 건전한 보험거래질서를 확립할 수 있도록 하기 위함이므로 위 상호협정의 특별이익 제공금지에 관한 세부적용기준에 의거한 공동행위라 하더라도 이러한 보험업법의 취지에 부합하지 않는 공동행위는 허용되지 않는다”고 하여 후자의 입장으로 보인다.⁷⁰⁾ 이 입장에 의하면 금융위원회의 인가를 받은 상호협정이라 하더라도 그것이 보험회사의 업무에 관한 것이 아니라면 독점규제법 제58조에서 적용제외대상으로 규정된 정당한 행위가 될 수 없어 인가의 폐지가 있어야 할 것이다.⁷¹⁾

정당성이 인정되는 구체적인 상호협정으로는, 협의의 보험의 공동인수 가운데 손해보험공동인수 특별협정상의 테러보험이나 원자력보험공동인수협정의 적용대상인 공동인수는 위험이 너무 커서 하나의 회사에 의하여 건전하게 부보될 수 없어서 공동인수 되는 경우에 해당한다. 또한 자동차보험불량물건협정의 적용대상인 공동인수는, 이것이 없으면 잔여시장 또는 비자발적 시장에서의 피보험회사의 위험을 적절히 인수시킬 방법이 없기 때문에 그 합리성이 인정되는 경우에 해당한다. 또한 대차청산협정의 적용대상인 개별 공동인수 가운데에도 합리적 이유가 존재하는 공동인수가 있을 것이다.⁷²⁾

68) 정호열, 「한국 보험시장과 독점규제법」, 77면.

69) 정호열, 「한국 보험시장과 독점규제법」, 77-78면 참고.

70) 대법원 2006.11.23. 선고 2004두8323판결.

71) 하영태, 앞의 논문, 160면 참조.

72) 김두진, 앞의 논문, 192면 참조.

2. 독점규제법의 적용제외의 한계

독점규제법의 적용의 한계로 작용하는 법 제58조(적용제외)는 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요·최소한의 행위에 한하여 매우 제한적으로 인정하여야 할 것이다. 특히 보험산업에서는 보험상품의 특성상 전문규제에 맡겨두고 독점규제법이 적용이 제외되어야 한다는 주장이 지배적 이었다.⁷³⁾ 그러나 최근의 금융·보험산업의 개방화와 대규모 산업화 등 시장의 경쟁원리가 활발하게 작동하고 있고 이러한 사적 자치와 경쟁이 제대로 기능하기 위해서는 독점규제법이 효과적으로 적용되어야 하는 의미에서 경쟁시장이 있는 곳에서는 원칙적으로 독점규제법이 적용되어야 한다.⁷⁴⁾

특히 보험업법상 금융위의 인가를 받은 '상호협정'이 독점규제법 제58조의 적용제외로 볼 것인가에 대해서는 전면적 적용제외를 의미하는 것이 아니라 보험산업상 특별한 경우에 엄격한 요건 하에 극히 한정적으로 적용되는 것으로 보는 것이 옳다고 본다. 즉 보험업법 제125조에 규정된 상호협정의 대상은 '보험업의 본질적 특성에 관한 공동행위에 한정되며, 그 외의 보험회사의 공동행위에 대하여는 독점규제법이 전면적으로 적용된다고 보아야 한다. 물론 보험업법 제125조에 의하여 인가를 받은 공동행위라도 차후 기타의 이유로 독점규제법상의 부당한 공동행위가 밝혀진다면 당연히 동법이 적용되어야 한다. 그리고 보험업법은 상호협정을 인가할 때 공정거래위원회의 협의를 거치도록 하고 있는데, 이것에 의해 보험의 공동인수와 같은 공동행위가 독점규제법의 당연 적용제외 될 수 있거나 부당한 행위가 정당행위가 될 수는 없다.

미국의 경우는 보험업법의 적용제외 범위는 엄격하게 해석하고 있으며, 우리나라와 달리 상호협정의 범위를 명백하게 제한하고 있다. 그리고 미국에서는 광범위한 McCarran 면제를 축소 내지는 폐지하여 보험산업의 성과를 제고하고자 노력하고 있다.

일본도 1995년의 신보험업법 시행 이후에는 위험의 거대성이나 책임보험 등의

73) 홍명수, "보험산업에 대한 규제 조화(금융위원회와 공정거래위원회의 관계를 중심으로)", 경쟁법연구 제18권, 2008, 334-335면 참조

74) 하영태, 앞의 논문, 164-165면 참조

이유로 전면제의 대상이 된 일부 특수한 경우를 제외하고는 독점금지법 적용제외 대상이 보험산업의 본질적인 부분, 즉 위험의 관리·분산에 관한 사항들에 제한되어 있음을 알 수 있다. 그리고 예외적으로 인정하는 행위에서 보험업의 범위를 명시적으로 법에 구체화하여 해석상 혼동을 제거하였다. 이러한 현상들은 보험업의 적용제외 의미를 축소하고 한정하여 경쟁법이 전면적으로 적용된다는 논리를 제공하고 있다.

따라서 보험공동인수가 독점규제법의 전면적 적용제외를 인정할 수 없는 것은 자명하다. 즉 보험의 공동인수 협정은 특정의 공동인수든 개별적 공동인수든 관계없이 독점규제법은 전면적으로 적용되고 극히 예외적인 경우에 한하여 법 제 58조의 논리에 따라 경쟁법의 법리가 적용되지 않는 것이다. 특히 특정의 공동인수는 보험업법의 제125조의 요건에 적합하여 인가를 받은 경우는 일단 독점규제법이 그 범위에서는 적용이 유보될 것이나, 인가된 협정이 진행되는 과정에서 독점규제법상 부당한 공동행위의 경쟁제한성이 인가의 합리적 이유를 넘어서는 행위가 발견 될 시는 즉시 독점규제법의 법리가 적용되고, 개별적 공동인수는 보험업법상 인가의 내용과 관계없는 공동행위로서 처음부터 독점규제법의 법리가 적용된다.

V. 결론

다수의 보험회사들이 하나의 보험계약에서 동일한 위험을 공동으로 인수하는 것을 공동보험인수라고 한다. 이것은 경쟁관계에 있는 2이상의 사업자가 협정에 의하여 각기 독립성을 유지하면서 상호간의 경쟁을 제한하는 것을 내용으로 하는 공동행위에 해당할 수 있다. 더 나아가 이러한 보험의 공동인수가 독점규제법상 부당한 공동행위의 성격을 가지고 있는지는 경쟁법의 적용여부가 결정되는 중요한 요소라 할 수 있다. 공동인수의 형태는 특정 내지 개별적 공동인수가 있음을 살펴보았다. 특정의 공동인수는 정책적으로 불가피하게 이루어진다는 점에서 정당성의 정도가 개별적 공동인수와 차이가 있기는 하나, 양자 모두 복수의 사업자들이 합의로 공동행위를 한다는 점에서 차이가 없다. 따라서 정도의 차이

는 있을 수 있으나 보험의 공동인수행위는 부당한 공동행위에 해당될 가능성이 높아, 보험시장에서 경쟁을 제한하고 나아가 보험소비자의 이익을 해치고 정책적으로도 바람직하지 못한 결과를 초래할 수 있으므로 독점규제법상의 부당공동행위로 규제하여야할 당위성이 존재한다.

보험의 공동인수와 관련하여 보험업법상의 자율규제인 ‘상호협정’에 대하여 독점규제법상의 부당공동행위 규정을 적용하여 규제할 것인가에 대하여 다툼이 있지만, 보험업법상의 자율규제는 어디까지나 엄격한 요건 하에 인정되는 예외에 해당할 뿐이지 독점규제법의 공정경쟁의 법리는 모든 산업에 적용되는 것이다. 보험의 공동인수가 예외적으로 합리성이 인정되든 되지 않던 독점규제법상의 제 19조 부당한 공동행위의 요건에 해당될 수 있다. 또한 독점규제법은 우리나라 경제질서의 기본법으로서 시장경제의 핵심적인 구성요소인 경쟁을 보호할 책무를 지고 있으며, 특정 산업에 대한 적용제외를 명문으로 규정하지 않고 있다. 따라서 보험시장에서 공정한 거래질서를 정착시키고 보험소비자의 이익을 충실히 보호하기 위해서는 경쟁제한행위에 대한 규제는 보험산업의 특성과 조화되는 한 인정되어야 한다.

독점규제법 제58조의 적용제외와 관련한 쟁점은 이 규정의 해석에 따라 경쟁법의 적용범위와 규제의 한계가 설정된다. 판례는 독점규제법 제58조에서 말하는 정당한 행위의 하나로 공공성의 관점에서 고도의 공적규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요최소한의 행위를 들면서 동조항을 엄격하게 제한적으로 해석하고 있다. 독점규제법이 특정산업에 대한 일률적인 적용제외를 인정하고 있지 않는 점에서 보면 판례의 제한적 해석이 합리성이 있어 보인다. 또한 보험업법 제125조에 의한 적용제외가 독점규제법 제58조의 적용제외와 동일한 한지에 대하여는 ‘보험업의 개념정의가 중요하다. 일반적으로 원칙에 대한 예외는 가능한 한 엄격하게 새겨야 할 뿐만 아니라, 공동행위가 불가피하게 필요한 보험 산업의 특성과 관계없는 일반적 업무에까지 다른 산업과 달리 공동행위를 널리 허용할만한 특별한 이유가 없고, 보험산업의 자유화와 시장경쟁원리 도입이 우리나라 금융감독당국의 정책방향이라는 점을 감안하면 여기서 보험업이란 보험산업의 특성과 관련된 업무만을 말한다. 그리고 세계적으로도 이와 같은 해석 내

지는 입법이 일반적이라는 점과 일본에서는 1995년 법 개정을 통하여 ‘보험업’의 개념을 한정하여 명문화 하였다. 따라서 보험업법 제125조에 규정된 상호협정의 대상은 ‘보험업’의 본질적 특성에 관한 공동행위에 한정되며, 그 외의 보험회사의 공동행위에 대하여는 독점규제법이 전면적으로 적용된다고 보아야 한다.

더 나아가 상호협정에 대한 해석상의 논란을 없게 하기 위해 보험업법에서 상호협정으로 적용제외 대상이 될 수 있는 범위를 구체화하고 일본과 같이 ‘보험업’의 개념도 제한적으로 명문화 하여야 한다. 그리고 상호협정에 의한 공동인수 등의 내용이 변질되거나 인가자체의 문제가 있을시 취소하고 바로 독점규제법을 적용할 수 있는 조항을 신설하고 의무화 하여야 한다. 좀 더 혁신적 개선으로서 보험의 공동인수 협정에 대한 보험업법의 인가제도를 폐지하고 독점규제법에 심사요청제도를 신설하는 것도 한 방법이라고 본다. 심사요청제도가 도입되면 전문 규제기관과 공정거래위원회의 갈등도 없애고 처음부터 보험의 공동인수를 경쟁기관이 관여함으로써 사후에 경쟁법을 적용받는 불안을 없애고 일관적인 규제와 예측가능성을 확보할 수 있을 것이다.

참고문헌

- 양승규, 「보험법 제5판」, 심지원, 2005.
- 양명조, 「경제법강의」, 신조사 제8판, 2010.
- 신현윤, 「경제법 제2판」, 법문사, 2007.
- 정호열, 「경제법」, 박영사 제4판, 2012.
- _____, 「한국 보험시장과 독점규제법」, 보험연구원, 2008.
- 정찬형, 「상법강의(하) 제11판」, 박영사, 2009.
- 김두진, “보험회사의 부당공동행위에 대한 공정거래법의 적용”, 보험법연구(제6권 제2호), 2012.
- 양승규, “보험산업과 독점규제법”, 보험학회지 제39집, 한국보험학회, 1992.
- 이봉의, “보험산업에서의 불공정거래행위에 관한 경쟁법적 고찰”, BFL 제29호, 2008.
- _____, “보험산업의 특성과 카르텔 규제”, BFL 제48호, 서울대학교 금융법센터, 2011.
- _____, “보험업과 카르텔에 관한 고찰”, 경쟁법연구 제18권, 한국경쟁법학회, 2008.
- _____, “독점규제법의 목적과 경쟁제한행위의 위법성”, 경제법 판례연구 제1권, 법문사, 2004.
- 이호영, “규제산업과 독점규제법의 적용제외”. 「법학논총」, 제23집 제1호, 2006.
- 이 황, “보험산업에 대한 독점규제법 적용의 범위와 한계”, 경쟁법연구 제18권, 2008.
- 신현윤·김두진·조성국, “보험 공동인수의 경쟁법적 문제점 및 해결방안”, 상사판례연구 제25집 제1권, 2012.
- 정호열, “보험산업과 독점규제법 제2편 보험산업에 대한 독점규제법의 적용” 경쟁저널, 한국 공정경쟁연합회, 2007.
- 하여태, “보험의 공동인수에 대한 독점규제법상 규제개선 검토”, 비교연구(22-1), 비교사법학회, 2015.
- 홍명수, “보험산업에 대한 규제의 조화(금융위원회와 공정거래위원회의 관계를 중심으로)”, 경쟁법연구 제18권, 2008.

今村成和, 「獨占禁止法新版」, 有斐閣, 1990.

金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄, 「獨占禁止法第2版」, 弘文堂, 2006.

ABA, Antitrust Law Developments(5th ed.), 2002.

Bankers Ins. Co. v. Fla. Residential Property & Cas. Joint Underwriting Ass'n, 137 F.3d 1293,
1295(11th Cir. 1998).

Rudolf Callmann, Callmann on Unfair Competition., Tr. & Mono. §4:7(4th Ed.),
Thomson/West, 2003.

<Abstract>

Study on the Joint underwriting of insurance and Monopoly Regulations Act exemption

Ha, young-tae

Due to the large number of characteristics of insurance products distributed them to the risk that by leveling the number belongs to one of the insurance group insurance is often seen as one of the natural monopoly industries that appear economies of scale. Bankruptcy prevent insurance companies due to the consequential problem premiums reduced competition arising from the nature of such insurance, if you do not have an ability to acquire alone to adopt a co-insurance (Standard) terms by argument or goods to certain risks in the risk diversification dimension cooperation between insurance companies, such as can occur in a wide range of dimensions, was dominated by the idea that, rather than be left to a professional regulatory principles of competition.

However, a relatively competitive as this, based on autonomy and insurance companies were also exposed many problems in the fair trade dimension. As a result, a wide range of regulations have been made throughout the first half, including sales from the entry to the insurance industry, insurance rates, sales methods. In particular, the number of insurance operations of the company misconduct, among them there are regulations applicable antitrust laws and regulations of the Insurance Business Act as a representative of the fair and the financial authorities about the great competition relevant acts and Exchange Commission. And exceptions with regard to insured jointly acquired is recognized under the self-regulation of 'mutual agreement' stringent requirements strictly is unfair, but this joint act of struggle against the will apply the regulatory provisions, self-regulation on the Insurance Business Act, on the antitrust laws with respect to on Insurance Business the legal principles of fair competition that antitrust laws are intended only to be applied to all industries. Insurance and co-argument could be that the Article 19 requirements

for improper joint actions on the antitrust laws were not anything exceptional rationality to admit, antitrust laws is to protect the competitive key component of the market economy as the fundamental law of our country economic order becoming accountable.

Therefore, establishing a fair trading system and regulation of the insurance market in order to truly protect the interests of insurance consumers restriction of competition act will have to be recognized in the line that is in harmony with the nature of the insurance industry. This paper in this regard insurance joint acquisition activity is to review the foreign legislation cases concerning look for in sure that the reason for excluding antitrust laws Article 58 Article applies due to the particularities of the insurance industry and that the subject of the regulation of antitrust laws this and to study the theoretical basis of the exception relating to limitations apply.

Key Words : The Monopoly Regulation and Fair Trading Act, Unfair Collaborative Acts, exemption, Joint underwriting of insurance, Reciprocal agreements