

- 토론문 II -

보험소비자 권익제고를 위한 고지의무제도의 개선 방안

[보험설계사의 고지수령권 및 고지의무 수동화의
법제화 방안을 중심으로]

박기억 변호사



토 론 문

보험소비자 권익제고를 위한 고지의무제도의 개선 방안 -보험설계사의 고지수령권 및 고지의무 수동화의 법제화 방안을 중심으로-

변호사 박기억 (2020. 7. 30.)

I. 토론문의 방향

현재 대법원 판례의 주류는, “보험모집인은 특정 보험자를 위하여 보험계약의 체결을 중개하는 자일 뿐 보험자를 대리하여 보험계약을 체결할 권한이 없고 보험계약자 또는 피보험자가 보험자에 대하여 하는 고지나 통지를 수령할 권한도 없다.”(대법원 1979. 10. 30. 선고 79다1234 판결, 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결, 대법원 2006. 6. 30. 선고 2006다19672,19689 판결 등 참조)는 입장임.

반면, 보험소비자는 주제발표자가 지적하신 바와 같이 보험설계사에게 보험자와 같은 정도의 권한이 있는 것으로 신뢰하고, 일정한 사항의 고지·통지 등을 보험설계사에게 하는 경우가 흔한데, 이는 대법원의 주류 판례가 인식하고 있는 것과 정반대임.

보험설계사는 「보험자(보험회사)를 위하여」 보험계약의 체결을 ‘중개’하는 자인데, 어느 쪽을 강조하느냐에 따라 보험설계사의 지위와 권한이 달라질 것임. 즉 보험설계사에 대하여 ‘보험회사를 위하여’ 활동하는 자임을 강조하면 보험모집과 관련한 여러 권한(고지수령권, 보험료수령권, 계약체결권)을 인정할 여지가 높겠고, ‘중개’를 강조하면 중립적인 지위에서 어느 한쪽을 위한 존재라고 볼 수 없을 것이므로 이러한 권한을 인정하기 어려울 것임.

이하에서는 보험설계사의 지위와 권한이 어떠하기에 위와 같이 정반대의 인식 차이가 존재하는지 살펴보고자 하는데, 우선 보험설계사가 보험자를 위한 존재임을 알 수 있는 여러 징표들을 하나하나 살펴보고, 보험설계사에게 고지수령권을 부여(인정)하는 것이 타당한지를 검토해 보고자 함.

II. 보험설계사가 보험자를 위한 존재임을 알 수 있는 징표들

1. 보험업법 규정 : 보험설계사가 “보험회사를 위한” 존재임을 명시!

- 1978. 3. 1. 시행 보험업법 : “보험모집인”이라 함은 ‘보험사업자를 위하여 보험계약의 체결을 중개하는 자(법인이 아닌 사단과 재단을 포함한다)’라고 처음으로 명시함(제2조 제3항).
- 2003. 8. 30. 시행 보험업법 : “보험설계사”라 함은 보험회사를 위하여 보험계약의 체결을 중개하는 자(법인이 아닌 사단 및 재단을 포함한다). ‘보험모집인’을 ‘보험설계사’로 명칭을 변경하고, ‘보험사업자를 위하여’를 ‘보험회사를 위하여’로 문구 변경(제2조 제8호).
- 2011. 1. 24. 시행 보험업법 : “보험설계사”란 보험회사·보험대리점 또는 보험중개사에 소속되어 보험계약의 체결을 중개하는 자(법인이 아닌 사단과 재단을 포함한다). ‘보험회사를 위하여’ 라는 표현을 삭제함(제2조 제9호).

결국 현행 보험업법에는 “보험설계사”의 정의 규정에서 ‘보험회사를 위하여’라는 문구가 삭제되어 있으나, 그렇다고 보험설계사가 보험회사를 위한 존재가 아니라고 할 수는 없음.

2. 보험설계사의 1사 전속제 규정(보험업법 제85조)

보험업법 제85조는 보험설계사에 대하여 1사 전속제를 규정하고 있는데,¹⁾ 이는 전형적으로 보험설계사로 하여금 특정 보험회사를 위하여 보험을 모집할 것을 요구하는 것이고, 이러한 1사 전속제 법제화는 보험설계사가 특정 보험회사를 위한 존재임을 보여주는 대표적인 규정임.

1사 전속제는 보험설계사 제도를 도입한 우리나라와 일본에서 볼 수 있는 제도인데, 그 동안 1사 전속제 폐지 방안이 추진되기도 하였지만, 보험회사들의 반발로 무산된 바 있음. 보험회사가 1사 전속제 폐지를 반대하는 주된 이유는, 설계사 1사 전속제 폐지는 보험설계사의 전문성 하락과 이로 인한 불완전 판매로 소비자 피해를 늘리고 보험 산업의 건전성을 악화시킬 가능성이 높다는 것이고, 반면 이를 유지할 실익은 1사 전속제는 보험 판매의 책임 소재를 명확히 하여 소비자 보호를 강화할 수 있다는 점을 들고 있음. 1사 전속제가 유지되고 있는 이상 보험설계사에게 아무런 권한이 없다고 주장하는 것은 책임을 회피하기 위한 주장은 아닌지. 보험회사가 1사 전속제 폐지를 반대하는 취지에 비추어 보면, 보험설계사에게 고지수령권을 부여하는 것을 받

1) 보험업법 제85조(보험설계사에 의한 모집의 제한) ① 보험회사 등은 다른 보험회사 등에 소속된 보험설계사에게 모집을 위탁하지 못한다. ② 보험설계사는 자기가 소속된 보험회사 등 이외의 자를 위하여 모집을 하지 못한다.

대할 이유는 없다고 보아야 하지 않을까.

3. 보험설계사가 보험자의 의무(약관의 명시·설명 의무)를 대신 이행하는 점

보험계약 체결의 당사자는 ‘보험계약자’와 ‘보험자’다. 보험계약자와 보험자는 보험계약을 체결함에 있어서 각자 중요한 의무를 부담하고 있고, 이를 이행하지 않았을 경우에는 각자 그에 따른 불이익을 받는다. 상법상 보험계약자의 대표적인 의무는 고지 의무(제651조)와 통지의무(제652, 제653조)이고, 보험자가 부담하는 대표적인 의무는 약관의 명시·설명 의무(제638조의3)임.

그런데, 실무상 보험자가 이행해야 할 의무인 약관의 명시·설명 의무를 이행하는 자는 대부분 보험설계사라는 사실임. 즉 보험설계사가 보험자의 의무인 약관의 명시·설명 의무를 이행하는 것이 실무상 관행이라는 사실임. 보험설계사는 보험을 모집함에 있어서 보험자를 대신하여 보험계약자에게 약관의 설명 의무를 이행하고 있는데, 반면 보험계약자로부터 고지수령권(고지사항을 수령할 권한)이 없다고 한다면 이는 심히 불공평한 처사임. 보험자가 보험설계사에게 보험약관을 설명할 권한만 부여하고, 보험계약자로부터 들을 권한은 부여하지 않았다고 보는 것은, 의무는 이행하되 책임은 피하겠다는 의도여서 이를 허용될 수 없을 것임. 보험설계사에게 고지수령권이 있다고 보아야 하는 가장 중요한 이유 중 하나는, 바로 보험설계사가 직접 보험계약자에게 보험자를 위하여 약관의 명시·설명 의무를 이행하는 점이라고 보아야 할 것임.

4. 모집을 위탁한 보험자의 사용자책임 (보험업법 제102조 제1항)

보험자는 보험설계사가 모집을 하면서 보험계약자에게 손해를 입힌 경우 이를 배상할 책임을 지는데(보험업법 제102조 제1항),²⁾ 이는 사용자책임의 일종으로서 사용자의 배상책임에 관한 일반규정인 민법 제756조에 우선하여 적용되어야 한다는 것이 대법원 판례임(대법원 1994. 11. 22. 선고 94다19617 판결 등 참조).

원래 사용자책임은 사용자와 고용관계에 있는 자가 사용자의 사무집행에 관하여 제3자에게 손해를 가한 것에 의하여 발생하는데(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다83189 판결 등 참조), 보험설계사의 모집행위에 대하여 보험자가 사용자책임을 지는 관계라

2) **보험업법 제102조(모집을 위탁한 보험회사의 배상책임)** ① 보험회사는 그 임직원·**보험설계사** 또는 보험대리점(보험대리점 소속 보험설계사를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)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.

면 보험설계사와 보험자의 계약관계는 고용의 성격도 포함되어 있는 것으로 보아야 할 것이고, 단순히 아무런 권한이 없이 보험계약 체결을 '중개'하는 자에 불과하다고 볼 수는 없을 것임.

5. 보험료 수령권 입법화 (상법 제646조의2 제3항)

보험설계사의 보험료 수령권은 발표자가 설명한 바와 같이 2014. 3. 11. 상법 개정을 통해 인정된 바 있음(상법 제646조의2 제3항).

하지만 위와 같이 보험설계사의 보험료 수령권이 법제화되기 전에도 보험설계사의 제1회 보험료 수령권은 인정되고 있었음. 즉 대법원 1989. 11. 28. 선고 88다카33367 판결은, “비록 보험모집인이 소속 보험회사와의 고용계약이나 도급적 요소가 가미된 위임계약에 바탕을 둔 소속보험회사의 사용인으로서 보험계약의 체결대리권이나 고지수령권이 없는 중개인에 불과하다 하여도 오늘날의 보험업계의 실정에 비추어 제1회 보험료의 수령권이 있음을 부정할 수는 없다”고 판시하였는바, 이는 대법원이 어떤 법리에 기해 보험설계사의 보험료 수령권을 인정한 것이 아니라 보험업계의 실정에 비추어 제1회 보험료의 수령권이 있음을 부정할 수 없다고 판시한 것임에 유의할 필요가 있음.

따라서 고지수령권이 법제화되기 전이라도 보험업계의 실정에 비추어 해석상 보험설계사에게 고지수령권이 부여되어 있다고 볼 수 있는데, 고지수령권 인정 여부에 관하여 여전히 다툼이 있으므로 이를 법제화할 필요는 크다 할 것임. 결국 보험설계사에게 보험료 수령권을 인정하는 것으로 법제화한 마당에 고지수령권을 부정하는 것은 시대 흐름에 반하는 것이 아닐까.

6. 보험자와 보험설계사의 계약관계 : 민법상 위임계약과 고용계약의 특성이 공존하는 무명의 혼합계약

보험설계사는 원칙적으로 보험회사에 종속되어 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자는 아니다(대법원 2000. 1. 28. 선고 98두9219 판결). 하지만 보험설계사에게 보험회사를 위한 근로자성이 전혀 부정되는 것은 아님. 위 대법원 판결에도 불구하고 대부분의 하급심 판결은 보험회사와 보험설계사 사이의 법률관계에 관하여, 민법상 위임계약과 고용계약의 특성이 공존하는 무명의 혼합계약이라고 볼 수 있으며 이 중 위임계약에 더 가까운 것이라 할 수 있다는 입장임.³⁾

3) 서울중앙지법 2018. 11. 9. 선고 2016가단139160 판결, 서울동부지법 2018. 12. 11. 선고 2017가단124076 판결, 서울중앙지법 2015. 7. 10. 선고 2014가합37304 판결, 부산지법

위와 같이 보험설계사와 보험회사 사이의 계약관계에 고용계약의 특성도 겸유하고 있다면, 보험설계사는 보험회사의 근로자에 유사한 지위와 권한을 가지고 보험회사를 위하여 보험모집 업무 등에 종사하는 것으로 이해할 수 있는데, 그럼에도 불구하고 보험설계사는 보험계약자와 보험자 사이의 보험계약 체결을 ‘중개자’에 불과할 뿐 아무런 권한이 없다고 보는 것은 지나치다할 것임.

7. 보험설계사가 설명한 내용에 따라 보험계약 체결이 인정된 사례 존재

주제발표자가 설명한 바와 같이, 우리 대법원 판례 중에는, 보험대리점 내지 보험외판원이 보험계약자에게 보통보험약관과 다른 내용으로 보험계약을 설명하고 이에 따라 보험계약이 체결된 경우 그 때 설명된 내용이 보험계약의 내용이 되고 그와 배치되는 약관의 적용은 배제된다는 취지의 판례도 있는데⁴⁾, 이에 따르면 결국 보험외판원(보험설계사)에게 사실상 계약체결권을 인정한 것으로 해석될 수 있음.

이는 보험설계사가 단순히 보험계약 체결을 ‘중개’하는 자에 불과하다면 인정될 수 없는 결론인데, 보험설계사가 설명한 대로 보험계약이 체결된 것으로 인정한 것을 보면, 이는 보험설계사가 사실상 보험자를 대리하여 보험을 모집하고 보험계약을 체결하는 현실을 그대로 반영한 판례라 할 것임. 실무상 위 대법원 판례를 도외시하는 경우가 많으나, 위와 같은 판례가 존재함은 분명한 사실이고, 이는 판단자의 가치관(보험자 보호에 중점을 둘 것이냐, 아니면 보험계약자 보호에 중점을 것이냐의 문제)에 따라 결론이 달라질 수 있음을 보여준다 할 것임.

결국 보험설계사의 설명이 그대로 보험계약의 내용으로 포섭됨을 인정한 대법원 판례도 존재하는 이상, 보험설계사에게 고지수령권을 인정하지 못할 이유는 없다할 것임.

III. 보험설계사에게 고지수령권을 인정할 필요성

1. 자발적 고지의무제도 채택 (상법 제651조) : 고지사항의 모호성과 광범위성

상법 제651조의 고지의무는 보험자의 질문 여부와 무관하게 ‘중요한 사항’을 고지해야 할 의무로 규정되어 있음. 따라서 보험자가 질문하지 않은 사항이라도 ‘중요한 사항’이라고 생각되는 사항은 보험계약자 스스로 고지해야 하고, 이를 위반하면 보험계

2014. 7. 11. 선고 2013가합15701 판결, 서울중앙지법 2014. 05. 23. 선고 2013가합 39631 판결, 서울행정법원 2006. 4. 19. 선고 2005구합32873 판결 등 참조.

4) 대법원 1989. 3. 28. 선고 88다4645 판결, 대법원 1991. 9. 10. 선고 91다20432 판결.

약은 해지되고 보험사고가 발생하더라도 보험금을 지급받을 수 없음. 그런데 무엇이 '중요한 사항'에 해당되는지 보험에 관한 문외한인 보험계약자로서는 알기가 어려움.

이러한 위험성을 보험계약자에게 부담시키는 것은 부당할 뿐만 아니라 지나치므로, 이를 수동적 응답의무제도로 바꾸어야 한다는 요구가 계속되어 왔고, 이는 시대적 과제라 할 것임. 독일, 일본, 프랑스 등은 보험계약자 보호를 위해 수동적 응답의무제도를 채택하고 있음.

보험계약자가 보험설계사로부터 보험상품에 관하여 설명을 듣고 질의 응답하는 과정에서 고지사항을 알리는 것을 그대로 고지사항의 이행으로 인정한다면 고지사항의 모호성과 광범위성으로 인한 위험성은 어느 정도 완화시킬 수 있을 것이나, 그러하지 아니한 현 상황에서는 그러한 위험성을 보험계약자에게 온전히 부담시킨다는 점에서 보험설계사에게 고지수령권을 인정할 필요성이 크다 할 것임.

2. 보험자가 서면으로 질문한 사항은 <중요한 사항> 추정한다는 규정의 존재

상법 제651조의2(서면에 의한 질문의 효력)는 “보험자가 서면으로 질문한 사항은 중요한 사항으로 추정한다.”(본조신설 1991. 12. 31.)고 규정하고 있음. 이는 보험자가 청약서(서면)에서 일정한 기간(예컨대, 지난 3개월간, 1년간, 5년간 등으로 나누어)에 있었던 사항을 고지사항으로 정하고 있는 경우, 심지어 1개월 전에 병원에서 감기약을 처방받아 복용한 경우라도 중요한 사항으로 추정되어 이를 고지해야 하고, 이를 불이행하면 고지의무위반이 되어 보험계약이 해지되는 불이익을 입게 될 것임.

위 규정은 보험자에게 지나치게 유리하고 보험계약자에게는 지나치게 불리한 제도인데, 주요 국가의 입법례에서 찾아볼 수 없는 제도로서, 현재 우리나라에서만 존재하는 제도임. 위와 같이 보험자에게 지극히 유리한 규정이 존재함에도 보험설계사에게 고지수령권 조차 인정하지 않는다면 지나치게 편파적인 입법례라고 아니할 수 없을 것임.

IV. 결론 (고지수령권 인정을 통한 보험소비자 보호 필요성)

(1) 위와 같이 보험설계사는 보험계약자와 보험자 사이에서 단순히 보험계약의 체결을 중개하는 자에 불과한 것이 아니라 더 나아가 적극적으로 보험자의 의무인 약관의 설명의무를 이행하고, 보험계약자로부터 보험료도 수령하고, 모집 과정에서 보험계약자 등에게 손해를 입히게 되면 보험자가 사용자책임을 지는 등 사실상 보험설계사는 보험자의 피용자에 준하는 역할까지 수행하고 있음을 알 수 있음. 따라서 보험설계사

가 더 이상 보험계약자와 보험자 사이에서 단순히 보험계약의 체결을 중개하는 자에 불과하므로 이른바 보험3권(보험료 수령권, 고지수령권, 계약체결권)을 인정할 수 없다고 하는 것은 보험설계사의 실제 역할에 비추어 더 이상 인정되기 어렵다할 것임. 결론적으로 보험설계사가 '보험자를 위한' 존재인가, 아니면 단지 '중개'만 하는 존재인가의 문제에서 위와 같이 여러 징표에 비추어 보면 보험설계사는 보험자를 위하여 활동하는 존재임이 분명함에도 그 동안 보험모집 활동에 필요한 여러 권한이 없다고 본 것은 보험설계사의 지위에 관한 위와 같은 징표들을 애써 외면한 것이라 아니할 수 없음.

(2) 결국 보험설계사에게 어떤 권한이 있다고 볼 것인가는, 보험계약자를 보호할 것인가, 아니면 보험자를 보호할 것인가의 문제로 귀착된다고 볼 수 있는데, 그 동안 일방적으로 보험자를 보호하기 위한 해석을 해 온 것임을 부인할 수 없을 것임. 나아가 보험설계사에게 어떠한 권한을 인정할 것인가의 문제는 보험계약자와 보험자 사이의 힘겨루기로 볼 수 있는데, 이러한 힘겨루기에서 어느 쪽의 손을 들어줄 것인가는 결국 그 사람의 가치관의 문제이고, 보험계약자를 보호할 것인지, 아니면 보험자를 보호할 것인지로 귀결될 것임.

분쟁해결의 기준이 되는 보험약관도 보험자가 일방적으로 작성하는 등 보험 가입과 보험금 지급 등과 관련한 대부분의 결정권은 제도적으로 보험자에게 편중되어 있다는 점까지 고려해 보면, 절대적으로 약자일 수밖에 없는 보험계약자를 보호해야 하는 것은 당연하고, 보험계약자 보호는 시대적 과제이고 세계적인 추세에도 부합한다할 것임.

그럼에도 불구하고 그 동안 보험계약자 보호에 매우 소홀히 하였음은 심각하게 반성할 필요가 있고, 늦었지만 입법을 통해서라도 논란이 되는 부분을 정리하는 것이 지극히 올바른 방향이 아닐까.

(3) 보험설계사에게 고지수령권이 인정되어서는 아니된다는 주장의 주요 근거는, 보험계약자와의 통모행위로 인하여 보험자의 피해가 클 것으로 예상되기 때문이라는 것인데, 대법원도, 보험설계사의 보험모집이 주로 연고모집에 의하고 있어 보험계약자와의 공모행위가 우려되는 현실을 고려하여 보험설계사에게 고지한 것만으로는 고지의무를 이행한 것이 되지 않는다는 입장임. 그러나, “이익이 있는 곳에 위험도 있어야 한다.”는 명제는 이곳에서도 타당하다고 보아야 함. 보험자는 보험설계사의 보험 모집으로 인하여 이익을 얻고 있는데, 그렇다면 그에 따른 위험도 떠안아야 공평함. 이익만 얻고 위험은 떠안지 않으려는 것은 지극히 무책임하고 이기적인 행태에 불과함. 보험설계사가 보험계약자와의 통모행위로 보험자에게 피해를 준다면, 이는 보험자와 보험설계사 사이의 내부문제로 해결해야 마땅하고(보험자와 보험설계사는 계약관계를 맺고

있으므로), 보험계약자에게 잘못이 있다면 그에 따른 조치(손해배상청구 등)를 취하면 되는 것이지, 그러한 우려가 있다는 이유로 고지수령권 자체를 인정하지 말아야 하는 사유가 된다고 할 수는 없음. 그러한 인식 자체가 보험계약자의 희생은 도외시키고 지나치게 보험자를 보호하려는 생각에서 비롯된 것이어서 더 이상 유지되어서는 아니 될 것임.

(4) 같은 맥락에서 주제발표자가 강조한 내용 중, 금융민원 중 보험민원이 가장 많고, 보험민원 중 가장 많은 비중을 차지하는 것은 보험모집과 관련된 민원이라는 점, 특히 보험계약자 등이 보험설계사에게 고지의무를 이행하였음에도 불구하고 이들에게 고지수령권이 인정되지 않음으로 인해 발생하는 분쟁이 다수를 차지하고 있음을 밝히고, 보험소비자의 보호 필요성을 위해 고지수령권의 입법화 필요성을 강조한 점은 지극히 타당하고 바람직한 방향이라고 할 수 있겠음.

<주제발표자에 대한 질문>

그 동안 보험설계사에게 고지수령권을 인정하지 아니한 것은 보험계약자 보호라기 보다는 보험자를 보호하기 위한 측면임을 부인할 수 없을 것 같고, 이에 관하여 실무계와 학계 모두 반성해야 할 부분이라고 생각하는데, 발표자께서는 어떻게 생각하시는지.