

변액보험제도의 법적 문제에 관한 연구

A Study on the Legal Problems of Variable Insurance System

맹 수 석*

Maeng Soo-Seok

금융환경의 변화에 부응하여 2001년부터 판매되기 시작한 변액보험은 계약자의 자기책임의 원칙이 적용되는 상품이다. 즉, 변액보험은 보험계약자가 납입한 보험료의 전부 또는 일부를 특별계정에 산입하여, 변액보험자가 이것을 주로 주식 등의 유가증권에 투자하여 얻은 수익을 갖고 보험사고가 일어난 경우 보험계약자 등에게 보험금으로 지급하는 형태의 보험을 말한다. 이와 같이 변액보험은 자산운용성과에 따라 보험금이 변동하는 상품이므로, 계약자가 불측의 손해를 볼 위험이 있기 때문에, 변액보험계약자를 보호하기 위한 법적 대책이 필요하다.

그러나 투자위험이 따르는 변액보험 계약관계에서 보험계약자를 보호하기 위한 우리나라의 법률규정은 아직 미흡하다고 생각한다. 따라서 이 논문에서는 오래 전부터 변액보험을 판매해 온 외국의 법규와 판례를 비교·분석하여, 우리 법률상 변액보험계약자를 보호하기 위한 방안을 모색하고자 한다. 특히 우리 법제의 문제점으로 첫째로 변액보험자의 설명의무 및 적합성 원칙의 문제, 둘째로 자산운용에 있어서 변액보험자의 주의의무 문제, 셋째로 은행 등이 변액보험상품을 판매하는 경우의 책임 문제에 대해 차례로 살펴 보면서, 이에 대한 개선 방안을 제시하고자 한다.

※ Key Word : 변액보험, 설명의무, 수탁자책임, 자기책임원칙, 적합성원칙, 특별계정

* 청운대학교 겸임교수, 동경대학 객원연구원(e-mail : mssdream@hanmail.net)

I. 변액보험의 법적 문제

1. 문제의 제기

급변하고 있는 금융시장의 세계화·겸업화·자유화 추세는 보험시장에서도 예외는 아니어서, 최근에는 보험사업자의 경쟁력강화를 요하고 있는데, 이 과정에서 자칫 소홀히 할 수 있는 소비자의 권익보호라는 법적 과제가 중시되고 있다. 특히 이 현상은 근년에 판매되기 시작한 변액보험에 있어서 잘 나타나고 있다. 보험은 여타 상품과 달리 소비자로서 하여금 상품내용의 이해는 물론 계약상의 잠재적 요소를 인식시켜 구입에 이르게 하는 특성을 갖는 제도이다. 이로 인해 다른 금융상품에 비해 보험상품을 선택하는 과정에서는 부적정한 행위가 이루어지기 쉬운 뿐만 아니라, 보험계약자의 이익이 침해될 가능성이 높다. 그렇기 때문에 보험모집에 있어서 공정성이 더욱 요구되고 있고, 또 이와 같은 위험으로부터 보험계약자를 보호하고자 하는 것이 보험모집규제의 주요한 목적이기도 하다.

본고에서 다루고자 하는 변액보험은 외국의 경우 1950년대부터 판매·운용¹⁾되었지만, 우리나라에서는 2001년 7월 9일부터 판매된 새로운 유형의 금융상품이다. 변액보험은 정액보험을 상회하는 급부를 얻을 가능성이 있고, 인플레이션에 대한 대비책의 기능을 하는 등의 긍정적 측면이 있기 때문에 판매시점부터 관심이 높았다. 그러나 주식시장의 장기 불황 등에 의해 자산운용이 실패했을 때에는 계약자가 그 불이익을 입게될 위험성을 내포하는 상품이라는 점에서, 기존의 보험상품과는

1) 변액보험이 가장 활발하게 판매되고 있는 미국의 경우, 각 생명보험회사는 1976년도에 변액생명보험(Variable Life Insurance)을, 1979년에 유니버설생명보험(Universal Life Insurance)을, 1984년에 변액유니버설생명보험(Variable Universal Life Insurance) 상품을 개발하여 판매하기 시작하였다. 변액유니버설생명보험은 계약비용, 사망보장비용, 저축부분이 명확하게 구분되는 유니버설보험과, 보험자가 저축부분을 리스크가 다른 복수의 펀드로 운용할 수 있는 변액생명보험의 특징을 겸한 상품인데(Mark S. Dorfman(2001), pp.272~276), 2001년도에는 신계약보험료를 기준으로 생명보험 상품 가운데 가장 높은 31%를 점하고 있다. 또 변액보험유형이 전체 생명보험상품의 50%를 넘는 호조를 보이고 있다(LIMRA(2002)).

차이가 있다. 이에 따라 변액보험의 판매·운용에 있어서 보험소비자의 피해에 대한 문제를 중시하여, 합리적 운용방안의 모색이 중요한 쟁점으로 떠오르고 있다.

우리 보험업법제는 변액보험의 판매·운용에 있어서 소비자를 보호하기 위해, 원금손실의 위험성 등을 약관에 명기하도록 하고 있다.²⁾ 그러나 영업성과를 높이기 위해 변액보험모집인 등이 보험금액(사망보험금의 경우는 최저보증을 상회하는 금액)이나 해약환급금을 보증하는 경우나, 계약체결과정에서 모집인 등이 변액보험의 장점만을 강조하면서 그 위험성에 대해서는 사전에 충분히 설명하지 않은 경우 등의 법적 효과에 대해서는 명확한 규정을 두지 않고 있기 때문에, 보험계약자 등이 예기치 못한 손해를 입을 가능성도 있다. 또 변액보험의 특별계정상의 자산운용은 변액보험계약자의 이해관계에 중대한 영향을 미침에도 불구하고, 자산운용에 있어서의 보험자의 주의의무에 대한 추상적인 규정만을 두고 있을 뿐이다.

변액보험제도에 관한 법규정의 미비는 향후 보험자와 보험계약자 사이에 법적 분쟁이 일어날 수 있는 요인으로 작용할 가능성이 높고, 이는 소비자보호의 미흡이라는 문제와 직결됨으로써 보험법상 상당한 논란이 예상된다. 따라서 변액보험제도를 일찍이 도입·시행하고 있는 각국의 입법례 등을 참고하여, 우리의 현행 변액보험 관련제도의 법적 문제점을 찾아내고 또 이를 보완하기 위한 노력이 필요하다고 본다.

본고에서는 소비자보호의 관점에서 먼저 변액보험 계약관계에서의 핵심적 사항이라 할 수 있는 변액보험자의 설명의무에 대한 내용 및 적합성원칙의 적용 여부에 대해 고찰한다. 다음으로 변액보험자의 특별계정 자산운용상의 주의의무 및 책임 문제와, 은행 등의 금융기관이 변액보험을 판매하는 경우의 법적 문제 등을 차례로 살펴보면서, 그 개선책을 제시하고자 한다.

2) 현행 「보험업감독업무시행세칙」 제32조의 2 제1항에서는, “보험사업자는 특별계정의 운용실적에 따라 보험금, 만기보험금, 해약환급금이 변동하고 만기보험금 및 해약환급금의 최저보증이 이루어지지 않으며 원금손실이 발생할 수 있다는 내용과 예금자보호법 적용 대상에서 제외되어 있다는 내용을 약관에 반드시 명기하여야 한다”고 규정하고 있다.

2. 변액보험의 의의와 특성

변액보험(variable insurance)이라 함은 납입된 보험료의 전부 또는 일부를 별도의 특별계정에 산입하여, 특별계정의 운용성과를 사망보험금이나 만기보험금(또는 해약환급금)의 액수에 반영시킴으로써, 보험금액이 보험기간 중 변동되는 방식의 보험³⁾을 말한다(「보험업감독업무시행세칙」 제19조 제1항 제6호). 현재 우리나라에서 판매되고 있는 변액보험의 상품구조를 보면, 사망보험금은 최초 계약한 기본보험계약의 기본보험금과 투자실적에 따라 증감하는 변동보험금으로 구성되어 있다.⁴⁾ 변액보험은 계약자의 선택에 따라 납입보험료 중 적립보험료(납입보험료에서 사업비와 당해 연도의 위험보장에 필요한 위험보험료를 뺀 부분)를 일반계정과 특별계정으로 나누어 주로 주식 등에 투자하여 얻은 특별계정의 투자수익을 계약자에게 지급함으로써 보험금이 변동하게 된다.⁵⁾ 특별계정에서 기존 정액형 보험상품 예정이율 이상의 수익을 얻으면 차액만큼 보험금을 더 받을 수 있지만, 반대로 손실이 생기면 보험금이 줄어들어 보험계약자 등이 의외의 손실을 입을 수 있게 된다. 이처럼 변액보험은 투자금융상품으로서의 특성을 가지고 있기 때문에, 변액보험을 운용

3) 우리 「상법」은 제638조에서 보험의 의의를 보험사고가 생길 경우에 '일정한 보험금액 기타의 급여'의 지급을 목적으로 이루어진 계약으로 정의하고 있는데, 급여의 일정성과 관련하여 변액보험이 「상법」상의 생명보험인가에 대해 논란이 있을 수 있다. 일본의 경우도 변액보험제도의 도입 당시 이와 같은 문제가 있었는데, 대체적으로 급여의 일정성을 완화하여 파악하고 있다(江頭憲治郎(2002), p.442 각주 3); 同(1987), pp.18~19; 甘利公人(1987), pp.15~17. 각주 2) 참조). 생각건대 변액보험의 급여가 투자결과에 따라 영향을 받게 되므로 유동적이기는 하지만, 보험료와 보험금액 사이에는 사망생존율을 기초로 하는 보험수리상의 합리적 기준이 존재하기 때문에, 급여의 일정성에 저촉되는 것은 아니라고 본다. 또한 우리 「상법」 제727조에서는 인보험자의 책임에 대해, 보험사고가 생길 경우에 '보험계약의 정하는 바에 따라 보험금액 기타의 급여'를 할 책임으로 정하고 있으므로, 변액보험의 급여가 계약체결시 확정되지 않고 변동하더라도 계약체결시 약정된 객관적인 기준에 따라 산정된 급여액을 지급하면 되기 때문에, 변액보험의 보험성을 부정할 필요는 없을 것이다. 현행 우리나라에서 판매되고 있는 변액보험상품도 보험의 성격을 유지하기 위해, 사망보험금은 변동보험금의 크기와 관계없이 기본보험금을 최저보장으로 설정하고 있다(장경환(2002), pp.27~28; 생명보험협회 편(2003), p.28 (<http://www.klia.or.kr>)).

4) 생명보험협회 편(2003), pp.27~28.

하는 각국은 이에 대하여 증권에 준한 규율을 하고 있다.⁶⁾

변액보험에 대비되는 정액보험은 계약시에 계산된 책임준비금이 변동되는 일이 없고, 보험가입금액도 변동되지 않는다. 그러므로 보험계약자 등은 보험사고가 발생한 경우 계약에서 정해진 보험금액을 수령하게 되기 때문에, 불측의 손해를 볼 여지가 거의 없게 된다. 그러나 노후생활보장기능을 하는 종신·양로보험과 같은 생명보험의 경우에는, 급격한 인플레이션(rapid inflation) 등 경기변동으로 인하여 생명보험급부의 실질가치가 감소되는 문제가 생긴다.⁷⁾ 정액보험의 이러한 문제를 보완하기 위하여 개발된 것이 변액보험이다.⁸⁾ 또한 변액보험은 주로 고금리나 주식 시장의 호황 지속으로 인하여 기존의 경직된 이율(고정이율, 공시이율 등)만으로는 보험급부의 실질가치를 보전하기 곤란할 뿐만 아니라, 타금융권의 경쟁상품 수익률과의 격차가 심화됨으로써 생명보험자금의 외부유출방지를 위한 측면에서 운용되고 있다. 특히 우리나라에서는 1997년 말 IMF 관리체제 이후 금리자유화의 진전에 따른 소비자의 고금리수요충족과 함께, 급속한 금융환경변화에 따른 생명보험회사의 금리리스크 헷지수단의 일환으로 도입되었다.⁹⁾

5) 山下友信·竹濱修·洲崎博史·山本哲生(2000), p.23; Muriel L. Crawford(1998), p.152; Robert E. Keeton and Alan I. Widiss(1988), §1.5(c).

6) 미국의 경우 1940년에 제정된 「투자회사법」(Investment Company Act of 1940)의 제 규정에 의해 변액보험을 규제하고 있고(Mark S. Dorfman(2001), p.276; Muriel L. Crawford/William T. Beadles(1989), pp.23~24), 영국의 경우 후술하는 「금융서비스법」은 변액보험을 포함하여 1982년 「보험회사법」(Insurance Companies Act 1982)에서 말하는 장기보험사업(long-term business)에 해당하는 보험을 취급하는 생명보험회사를 투자업자로 간주하여 규율하고 있다(Simon Morris(1995), pp.141~142). 일본의 경우 1985년의 「保險審議會答申」을 기점으로 변액보험에 대한 증권적 규제를 인정하고 있다(江頭憲治郎(2002), pp.22~24 참조).

7) Mark S. Dorfman(2001), p.272.

8) 田中淳三(1987), pp.2~4.

Ⅱ. 변액보험자의 설명의무와 적합성원칙

1. 변액보험자의 설명의무의 문제

가. 설명의무의 법적 근거와 가중

일반적으로 보험계약의 체결은 약관에 의해 이루어지기 때문에, 법률은 보험자에게 자기가 작성한 계약조항인 보험약관을 제시하고 또 당해 약관의 중요내용을 보험계약자에게 설명하도록 하고 있다. 즉, 「상법」은 보험자는 보험계약을 체결할 때에 보험계약자에게 보험약관을 교부하고 그 약관의 중요한 내용을 알려 주도록 하고 있다(동법 제638조의3 제1항). 「약관규제법」도 사업자는 계약을 체결할 때에 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 명시해야 하고, 또 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있게 설명하도록 하고 있다(동법 제3조 제1항 및 제2항). 「보험업법」은 보험계약의 체결 또는 모집에 있어서 보험계약자 또는 피보험자에게 보험계약의 내용을 사실과 다르게 알리거나 그 내용의 중요한 사항을 알리지 아니하는 행위를 금지하여(동법 제97조 제1항 제1호), 간접적으로 보험약관의 중요한 사항에 대하여는 보험계약자 등에게 미리 알리도록 하고 있다. 이와 같은 법적 규정에 의해 변액보험계약을 체결함에 있어서도 보험자는 보험계약자 등에 대하여 약관의 명시·교부 및 설명의무를 부담하게 된다.¹⁰⁾

보험계약은 약관에 기초한 부합계약인데, 약관을 작성하는 보험자와 계약자 사이에는 정보량 및 그 이해력에 큰 격차가 있다. 특히 변액보험과 같이 기존의 보험과 그 구조가 다르고, 계약의 내용이 고도로 전문화·특수화된 보험이 등장하는 상황에서는 보험계약자의 보험자에 대한 의존의 정도도 높아지게 된다.¹¹⁾ 결국 보험거래에 있어서 개개인의 보험계약자와의 사이에서 교섭하는 보험모집인 등의 행위는 보험계약자로부터 신뢰를 야기하기 쉽고, 특히 계약체결교섭이 보험모집인 등에 의

9) 금융감독원(2001) 참조(<http://www.fsc.go.kr>).

10) 장경환(2002), pp.90~93; 양승규(1998), pp.68~69.

11) Richard J. Wirth(2002), pp.47~48.

해 주도될 경우 보험계약자의 계약체결에 대한 판단은 모집인 등에 대한 신뢰에 기초할 가능성이 크다. 그러므로 보험계약 체결시 보험계약자의 합리적인 의사형성에 영향을 미칠 수 있는 중요사항은 보험계약자에게 적절하게 설명되어야만 하고, 또 계약체결과정에서 발생한 보험계약자의 장래의 계약내용에 대한 신뢰를 보호할 필요가 있다.¹²⁾

그런데 변액보험은 투자리스크를 전부 변액보험계약자 등이 부담하는 상품이라는 점에서, 일반 보험계약에 있어서의 설명의무원칙을 그대로 적용할 수는 없다고 생각한다. 즉, 투자위험에 대한 자기책임의 원칙이 적용되기 때문에, 그 전제로서 보험자의 설명의무도 강화될 수밖에 없다. 또한 변액보험은 기본보험계약의 최저사망보험금을 제외한다면 투자신탁과 유사한 성질을 갖고 있기 때문에, 외국의 경우도 변액보험계약을 규제함에 있어서 소비자보호의 관점에서 보험자의 설명의무를 강화시키고 있다.¹³⁾ 아래에서는 현행 법제하에서 변액보험계약상의 설명의무를 어떻게 해석할 것인가 하는 점과, 증권규제원칙의 하나인 적합성원칙을 변액보험에 대하여도 적용할 수 있는가 하는 점에 대해 살펴본다.

나. 설명의무의 내용과 범위

현행 「보험업법」은 보험자측에 대하여 계약의 체결이나 모집에 관하여 보험계약자 등에게 ‘중요한 사항’을 알리도록 하고 있다(동법 제97조 제1항 제1호). 여기서 중요사항이라 함은 보험계약자가 보험계약체결시에 합리적인 판단을 하기 위해 필요로 하는 사항을 의미한다. 변액보험계약에 있어서 중요사항의 내용으로서는 당해 보험상품의 종류, 당해 보험상품에 따른 리스크의 종류(손익의 변동을 초래하는 요인) 및 내용, 나아가 리스크가 상시 현재화할 가능성이 있다는 것 등을 들 수 있다.¹⁴⁾ 이러한 내용을 설명할 때에는 당해 고객에 대하여 구두에 의한 방법으로 하여야 한다(「상법」 제638조의3, 「약관규제법」 제3조 참조). 변액보험계약체결에 있어서 설명서(안내

12) 대판 1998.10.27, 97다47989 참조.

13) Muriel L. Crawford(1998), pp.152~153; Muriel L. Crawford/William T. Beadles(1989), p.23.

14) 金丸和弘(2001), pp.23~24.

서) 등을 교부하지 아니한 경우에는 설명의무위반을 인정할 때 중요한 판단요소가 될 것이다.¹⁵⁾ 또 중요사항에 대하여 계약체결에 앞서 미리 서면으로 공시할 수도 있지만, 중요사항에 대해 서면으로 공시하였다 하더라도 변액보험의 중요사항을 고객에게 충분히 설명하지 아니한 경우에는 설명의무위반으로 될 개연성이 높다.¹⁶⁾

그런데 현행 법률은 중요사항의 구체적 판단 기준이 무엇이나에 대해서는 명확히 하지 않고 있다. 그 기준에 대한 학설로서는, 보험계약의 종류 및 성질 등에 따라 판단되는 것이라는 견해,¹⁷⁾ 보험의 종류에 따라 또 모집인 등 보험자측에서 알 수 있었던 범위에서 보험계약자에 따라 다르다는 견해,¹⁸⁾ 각각의 보험의 종류마다 통상 가입이 예정되어 있는 평균적 고객층을 대상으로 판단할 필요가 있다는 견해¹⁹⁾ 등이 있다.

생각건대 중요사항의 판단 기준은 보험의 종류와 고객에 따라 다르다고 하여야 할 것이다. 즉, 보험업법에서 중요사항에 대한 설명의무를 지우고 있는 이유는 무엇보다 정보격차에 따른 보험계약자의 보호를 위한 것이라 할 수 있기 때문에, 변액보험계약에 있어서의 중요사항의 판단기준도 개개의 보험종류 및 개별 보험계약자에 따라 차이가 있는 것으로 파악하여야 할 것이다.²⁰⁾

또 보험자와 보험계약자 사이에 설명의무에 대한 다툼이 있는 경우, 보험자가 보

15) 변액보험계약상의 판례는 아니지만, 증권거래상의 설명서를 교부하지 않은 경우 설명의무위반에 대한 중요 판단요소로 본 판례로 日大阪高判 1994.12.20(判例時報 第1548號, p.108); 東京地判 1995.10.26(判例タイムズ 第915호, p.223) 등이 있고, 투자신탁거래에서 수탁증권설명서를 교부하지 않은 경우 설명의무위반을 추인하는 간접사실의 하나로 고려할 수 있다고 한 판례로 日大阪地判 1995.6.13(判例タイムズ 第890호, p.172) 등이 있다. 이와 같이 서면에 의한 공시는 사후 분쟁에 있어서도 증거가 될 수 있고, 보험자의 설명의무의 이행 정도를 가늠하는 중요한 요소가 될 것이다(川地宏行(2002), p.82 참조).

16) 우리 대법원은 통신판매의 방식으로 체결된 상해보험계약에서도 보험료가 저렴하다거나 판매방식이 특이하다는 이유로 약관의 설명방법이 통상적인 계약체결의 경우와 달라지는 것은 아니므로, 안내문을 송부하는 것만으로 설명의무를 다한 것으로 볼 수 없다고 판시하고 있다(대판 1999.3.9, 98다43342, 43359).

17) 保險研究會 編(1996), p.302.

18) 鴻常夫 監修(1993), p.223.

19) 小林道生(1999), p.106.

20) 김선정(2002), pp.46~47; 日東京地判 1994.5.30(文研判例集 第1卷, p.21).

험계약자에 대하여 어느 정도까지 설명해야 하는지도 문제이다.²¹⁾ 이에 대해 계약자가 이해할 수 있을 때까지로 한다는 견해,²²⁾ 객관적으로 보아 일반적인 대다수의 고객이 이해할 수 있는 정도까지 설명하면 충분하다는 견해,²³⁾ 보험업법상으로는 그 합리적 판단을 적극적으로 돕는 의무까지 과한 것이라고는 볼 수 없다는 견해²⁴⁾ 등이 있다.

보험계약자의 이해나 납득이라는 측면은 주관적인 사항이고, 타당하면서도 명확한 법적 요건을 제시하는 것은 반드시 쉬운 것은 아니기 때문에, 객관적으로 보아 이해할 수 있는 정도까지 설명한다면 그 자체로 족하다는 견해도 일견 타당성은 있다. 그러나 만기보험금액 및 해약환급금이 변동하는 변액보험의 판매에 있어서, 정액보험과는 달리 보험금액 등이 변동하는 특징을 갖고 있고, 투자상품으로서의 성질도 갖고 있기 때문에, 보험계약자가 판매당시 위험성에 대한 충분한 이해없이 변액보험에 가입하게 되면 불측의 피해를 입을 개연성이 높다. 이와 같이 변액보험이 투자위험이 높은 상품임을 감안한다면, 변액보험자는 당해 계약자가 변액보험의 중요사항에 대해 충분히 이해할 수 있는 정도까지 설명할 의무를 부담하는 것으로 새겨야 할 것이다.²⁵⁾

21) 우리 대법원은 최근 투자신탁회사의 임직원이 공사채형 투자신탁상품의 매입을 권유할 때의 설명의무의 내용과 관련하여, “일반적으로 공사채형 투자신탁의 경우 투자에 따르는 위험과 관련하여 투자권유자는 채권시장의 시가 변동에 의한 위험 등이 존재하고 이로 인하여 원본손실의 가능성이 있다는 사실 등을 설명하여야 할 것이나, 고객에게 어느 정도의 설명을 하여야 하는지는 투자 대상인 상품의 특성 및 위험의 수준, 고객의 투자경험 및 능력 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다”라고 하여(대판 2003.7.25. 2001다10458), 설명의 정도를 상품 및 고객에 따라 다르다고 판시하고 있다.

22) 山下友信·竹濱修·洲崎博史·山本哲生(1986), pp.40~41.

23) 金丸和弘(2001), p.24.

24) 大澤康孝(1995), p.682.

25) *Kalfas v. E. F. Hutton & Co.*, Fed. Sec. L. Rep.(CCH) 93,260 (1987). 이 판결은 투자자가 투자거래에 관한 충분한 지식·판단력이 없었고, 나아가 당해 고객이 거래확인서·계좌계산서로부터 계좌의 상황을 이해할 능력이 부족하였다는 사실 등에 대하여 중개인이 알고 있는 경우에는, 중개인은 당해 고객이 이해할 수 있는 용어로 거래에 관한 중요사항을 명확히 개시하고 설명할 적극적인 의무를 부담한다고 판시하고 있다.

다. 일본의 변액보험소송과 설명의무위반의 판단

일본의 경우 1990년대 경제불황이 지속되면서 원금손실에 대한 변액보험소송이 급증하는 등 사회적 문제로까지 제기된 바 있는데, 설명의무와 관련한 종래 변액보험소송²⁶⁾에서 보험자에 대해 손해배상책임을 인정함에 있어서 모집인의 불법행위에 기초한 사용자책임으로 구성하는 것이 일반적이었다. 그리고 불법행위책임을 요건으로서의 위법성을 충족하는 근거를 보험업법위반에서 구한 것이 아니라, 변액보험의 특징 및 리스크를 설명하여야 한다는 신의칙상의 의무에서 찾았다. 이 설명의무의 내용에 대하여 변액보험소송 초기의 판결은 일반적, 추상적인 설명으로 족하다는 판결²⁷⁾이 많았지만, 그 후 변액보험의 위험성을 고객이 구체적으로 이해할 수 있도록 설명해야 한다는 취지의 판결²⁸⁾이 점증했다.

1) 설명의무위반을 인정한 판례²⁹⁾

가) 사실관계

보험회사모집인은 생선가게를 경영하는 원고에게 팜플렛에 기초하여 당해 변액보험의 구조에 대하여 설명함에 있어서, 보험료를 일시불로 납입하면 그 보험료를 회사가 운용하고, 운용실적에 따라 해약환급금과 보험금이 변동한다는 개략적인 설명을 하면서, 실제 자산운용의 측면에서는 신문기사 등을 보여주면서 소속 보험회사의 장래 운용실적이 9%를 하회하지 않을 것이라는 점을 강조하였다. 이에 원고는 당해 변액보험계약을 체결하였으나, 그 후 해약환급금이 납입보험료를 밑도는 운용실적통지를 받아, 당해 계약을 해약하고 설명의무위반을 이유로 손해배상을 청

26) 변액보험의 설명의무위반에 대한 일본 판례에 대해서는 국내에 소개된 바가 있기 때문에 (김선정(2002), p.33 이하; 김지환(2002), p.176 이하 참조), 여기서는 일본 최고재판소의 대표적 판례를 간략히 소개한다.

27) 日東京地判 1994.1.27(文研判例集 第1卷, p.10); 同 1995.2.9(文研判例集 第1卷, p.53) 외.

28) 日東京地判 1996.2.23(文研判例集 第2卷, p.43); 同 1996.7.10(文研判例集 第2卷, p.368); 同 1996.9.27(文研判例集 第3卷, p.116); 東京高判 2000.9.11(判例時報 第1724號, p.48) 외.

29) 日最判 1996.10.28(文研判例集 第3卷, p.278; 金融·商事判例 第1469號, p.49).

구하였다.

나) 판결내용

이에 대해 법원³⁰⁾은 “모집인은 변액보험모집시 고객에 대하여 변액보험에 대한 오해로 인해 초래될 수 있는 손해발생을 방지하기 위해, 변액보험이 정액보험과는 현저하게 성격을 달리하고, 고수익성을 추구하는 위험성이 높은 운용을 할뿐만 아니라, 보험계약자가 그 투자리스크를 부담하여야 하는 자기책임의 원칙이 작용한다는 것을 설명할 법적 의무가 신의칙상 요구된다고 하여야 할 것이고, 객관적으로 보아 이 점을 이해시키기에 충분한 설명이 이루어지지 않았다면 변액보험모집시에 요구되는 설명의무를 다하지 않은 것이라고 하여야 한다”라고 하면서, “당시 원고가 부동산을 소유하고 있지만 그것은 생활에 필요불가결한 것일 뿐 유희자산이 아니고, 별다른 자산 없이 소득도 적었기 때문에 변액보험이 예정하고 있는 투자리스크를 감내할 수 있는 고객층에 속한다고 보기 어렵고, 나아가 원고는 자기자금이 없기 때문에 은행에서 융자받아 변액보험에 가입할 뿐만 아니라, 이자의 지급도 추가융자를 받아 사망시까지 발생할 대출금액 전부를 사망보험금으로 일괄 변제하기로 전제하고 변액보험에 가입하였기 때문에, 변액보험모집인은 모집시에 요청되는 일반적인 설명은 물론 신의칙상 적어도 당시의 금리수준과 변액보험의 운용실적에 기초하여 검토한 경우, 원고의 전제 사실의 판단에 착오가 없는지 어떤지 그 판단의 기초가 되는 사실을 설명할 의무가 있다”고 하여, 변액보험모집인이 설명의무를 제대로 이행하지 않는 것으로 판시하였다.

30) 변액보험계약과 관련하여 생명보험회사측의 위법한 모집에 의해 보험계약자측에 손해가 발생하였다는 것을 이유로 손해배상을 청구한 이 사건에서, 1심은 원고의 청구를 일부 인용하였다(80%의 과실상계 인정). 항소심은 과실상계에 의한 감액을 60%로 변경하였고(日東京高判 1996.1.30(文研判例集 第2卷, p.12)), 이에 대해 최고재판소는 직접적인 판단을 하지 않고 항소심의 판단을 인용하는 취지의 판결을 내렸다.

2) 설명의무위반을 부정한 판례³¹⁾

가) 사실관계

학교법인의 이사장이면서 동 법인이 경영하는 유치원 원장인 원고는, 주식 등 투자리스크가 높은 상품에 대한 투자경험은 없었지만, 학원의 건축공사 등 다액의 자금관리경험이 있었다. 계약체결 당시 원고는 소유 토지를 매각하여 새로운 토지를 구입할 예정이었는데, 보험회사의 직원으로부터 권유를 받아 변액보험설계서 및 신청서에 기초하여 당해 변액보험에 대한 개요를 듣고, 상속세대책의 일환으로 변액보험계약을 체결하였다. 그 후 변액보험의 운용실적이 악화되자 당해 변액보험계약을 해약하고, 모집인의 설명의무위반을 이유로 보험회사에 대하여 손해배상을 청구하였다.

나) 판결내용

이에 대해 법원³²⁾은 “원고는 운용실적을 알면서 본건 계약체결 후 2년 이상을 경과한 후에 해약하였기 때문에 변액보험의 특질을 알지 못하면서 본건 계약을 체결한 것이라고 볼 수 없다. 또 본건 안내서에 변동보험금이나 해약환급금의 금액이 특별계정의 운용실적에 따라 변하고, 자산운용대상인 주식 등의 시세변동에 의해 해약환급금 등에 상당한 변동이 생기고 경제상황에 따라서는 원본미달이 될 수 있다는 점이 기재되어 있으며, 이를 통독함과 아울러 설명을 들었다면 원고의 지위나 재산, 지적능력 등에 비추어보아 원고는 변액보험의 특질 및 자금운용의 구조를 용이하게 이해할 수 있었다고 하여야 한다. 버블경제파탄의 예측이 곤란하였던 당시의 상황에서 모집인의 언동이 변액보험에 있어서 장래의 운용이익에 대한 원고의 이해나 예측을 방해하였다고 할 수 없으며, 원고가 보다 유리한 자기자금의 운용수단으로서 변액보험을 선택한 것에 대하여 설명의무를 위반한 것이라 할 수 없다”고 판시하였다.

31) 日最判 1996.9.26(文研判例集 第3卷, p.110; 金融·商事判例 第1469號, p.49).

32) 1심 판결은 70%의 과실상계를 하여 원고의 청구를 인용하였지만, 항소심은 원고의 청구를 기각하였고(日大阪高判 1995.2.28(文研判例集 第1卷, p.63)), 최고재판소도 이를 긍정하였다.

3) 판례의 검토

변액보험소송에서 설명의무위반을 이유로 손해배상책임을 인정한 위 1)의 판결은 설명의무위반을 손해배상청구의 근거로 하면서, 설명의무위반은 상대가 이해했는가 어떤가에 대한 사실인정이 아니라, 상대가 그 능력에 비추어 이해하고 있는 정도까지 객관적으로 되고 있는가의 여부에 의해 판단되는 것이라고 보고 있다.³³⁾ 반면에 설명의무위반을 부정한 위 2)의 판결은 변액보험의 가입목적이 투자목적이었으며, 보험계약자가 당시 투자경험은 없었지만 학교법인의 이사장으로 학원의 건축 공사 등 다액의 자금관리를 한 경험에 비추어 계약체결 당시 충분히 변액보험의 특성을 이해할 수 있는 능력을 가지고 있었다는 점에서 위법이 없다고 한 것이다. 위 두 판례는 설명의무위반여부를 판단하는 기준으로 보험가입자의 투자경험이나 지식 등의 속성을 들고 있다. 이때 보험자와 보험계약자의 이해관계의 조정 근거를 보험제도 이외에서 구하여, 불법행위 구성 여부를 판단하고 있다. 즉, 개별적 사정 하에서 요구되는 구체적인 행위의무기준에 입각하여 보험모집인의 행위를 평가하고, 과실상계라는 비율적 처리에 의해 당사자간 공평을 고려하는 입장을 취하고 있는 것이다.³⁴⁾

그런데 판례 2)는 당해 보험계약자의 일정한 지식이나 경험이 있는 것을 전제로, 실제 당해 계약자가 계약체결 시점에 변액보험의 특성을 이해하고 있는가를 묻지 않고 설명의무위반을 부정하고 있는데, 학교의 이사장과 같은 사회적 지위를 근거로 설명의무를 경감시키는 것은 소비자보호의 측면에서 의문을 갖지 않을 수 없다. 나아가 판례 2)의 취지를 강조하게 되면 결국에는 변액보험안내서 등의 서면을 제공하고, 이를 기초로 변액보험의 특성 등을 설명하기만 하면 족하다는 도식에 빠질 수 있다. 이와 같이 계약자가 변액보험의 특성 등을 이해하고 있는가를 묻지 않고, 불법행위가 성립되지 않는다는 결론에 이를 수 있다는 점에서 판례 2)는 의문이 있다 할 것이다. 생각건대, 계약자가 일정한 지식 등을 가진 자라 하더라도, 그들 모두가 급변하는 금융환경 하에서 새로이 도입된 변액보험에 대한 중요내용을 이해하기

33) 日大阪高判 1995.2.28(이는 설명의무위반을 부정한 위 일본 최고재판소 1996.9.26의 원심 판결이다)도 같은 취지의 판단을 하고 있다.

34) 山田誠一(1996), p.103.

곤란할 수도 있기 때문에, 변액보험자는 원본결손이 생길 수 있다는 등의 당해 상품의 중요사항을 상대방이 구체적으로 충분히 또 알기 쉽게 설명할 의무³⁵⁾를 지는 것으로 보아야 할 것이다.³⁶⁾

여기서 위 판례에서와 같이 변액보험가입자가 보험모집인의 권유에 대하여 설명 의무위반 등의 위법이 있다고 하여 그 손해의 회복을 청구하는 경우, 당해 보험계약의 해약을 선행조건으로 요하는가 하는 문제가 있다. 이에 대해 판례는 “보험계약을 해약하고 있지 않은 경우에는 납입보험료와 사실심리 구두변론종결시에 있어서의 해약환급금과의 차액에 상당한 금액의 손해가 생겼다고 할 수 없다”³⁷⁾고 하여, 해약을 전제로 손해배상청구가 가능하다는 입장을 취하고 있다. 보험계약이 지속되는 한 장래 보험사고가 발생할 경우 보험금을 수취할 이익이 있게 되고, 형식상으로는 장래 운용실적이 호조를 보이게 되면 해약환급금 등이 증가함에 따른 이익이 생길 수도 있다. 또한 변액보험계약을 해약하지 아니한 상태에서는 구체적인 손해액을 확정하기도 어렵다.³⁸⁾ 이러한 점에서 변액보험계약의 해약이 있을 때에야 비로소 구체적인 손해액에 대한 배상청구가 가능하다고 하여야 할 것이다.

2. 변액보험에 대한 적합성원칙의 적용

가. 적합성원칙의 의의와 적용의 필요성

적합성원칙(suitability rules)은 증권 등의 투자권유자가 투자자의 의뢰를 받을 경우, 투자자의 요구에 적합한 투자권유를 하여야 할 의무를 말한다. 즉, 투자권유자는 투자자의 투자목적과 경험, 재산상태 등에 비추어 적합한 투자가 아니라면 당해 고객에 대해서 이를 권유해서는 안 된다는 원칙이다. 이는 증권³⁹⁾거래에 있어서 적용되는 투자자보호를 위한 중요한 원칙의 하나이다.⁴⁰⁾

35) Richard J. Wirth(2002), pp.66~67.

36) 小林秀之 編著(2001), pp.112~114.

37) 日最判 2000.3.17(金融·商事判例 第1589號, p.45).

38) 前田郁勝(2001), p.73.

변액보험이 보험이라는 것에 대하여 이의는 없지만, 특별계정의 운용성과에 따라 변동보험금 등이 변하기 때문에 투자상품성으로서의 성질도 갖는다. 이러한 특성에 의해 정액보험과는 달리, 변액보험계약에 있어서는 보험자에게 가중된 설명의무를 지우는 것은 당연하다 할 것이다.⁴¹⁾ 그렇다면 이러한 설명의무 이외에, 고객에 대하여 변액보험의 가입을 권유하는 단계에서 증권거래관계상 인정되는 적합성원칙을 적용할 수 있을지 살펴보겠다.

나. 각국의 적합성원칙의 동향

1) 미국

미국증권협회(National Association of Securities Dealers, 이하 'NASD' 라 한다) 규칙은 증권거래위원회(Securities and Exchange Commission, 이하 'SEC' 라 한다) 등록상품을 판매할 때 당해 상품이 고객에게 적합한 것인지를 확인할 의무를 규정하고 있는데, 변액보험⁴²⁾도 그 규제대상으로 하고 있다. 즉, 동규칙 제 2310조 제a항은 고객에게 어떤 증권의 구입, 매각, 또는 교환을 권유함에 있어서 증권중개인 등은 당해 고객이 보유하고 있는 다른 증권 및 재무상황·재무상의 필요

39) 미국의 1933년 「증권법」은 제2조 제a항 제1호에서 증권을 정의함에 있어서, 투자계약(investment contract)도 포함시키고 있다. 따라서 변액보험의 생명보험성을 인정하면서도, 그것이 투자계약으로서의 성질을 갖기 때문에 연방증권법을 적용시킨다(森田章(1996), p.81 이하).

40) 山下友信(1986), pp.342~343; 近藤光男·山口恭弘·上嶋一高·楠木くに代(2001), p.93.

41) 高橋利昌(2001), p.34.

42) 미국의 경우 변액상품이 판매되던 초기에 이들 상품에 대해 SEC 규제에 의할 것인가와 관련하여 논란이 있었다. 즉, 변액연금은 SEC 규제에서 제외되어 있는 정액연금(fixed-dollar annuity)과는 차이가 있고, SEC 규제에 의해 규율되는 유가증권과 극히 유사하기 때문에 SEC에 등록되어야 한다는 것을 이유로, SEC가 두 개의 변액연금회사를 상대로 제기한 소송이다. 이에 대해 미국 연방최고법원은 변액연금계약이 보험의 성격을 갖고 있지만, 무츄얼 펀드를 발행하는 것과 같은 투자계약의 성격도 아주 상당한 정도(a very substantial degree) 포함하고 있는 것이기 때문에 변액연금계약도 SEC에 등록하여야 한다고 판시하였다(SEC v. Variable Annuity Life Insurance Co., 359 U.S. 65(1959). 이에 의해 변액보험에 대해서도 SEC 규제 대상으로 하게 되었다(Muriel L. Crawford/William T. Beadles(1989), p.193).

요성에 관한 정보가 공시되는 경우에 그 정보에 기초하여 권유가 당해 고객에게 적합하다고 믿기 위한 합리적인 근거를 갖지 않으면 안 된다고 하고 있다. 또 동조 제 b항은 무추얼 펀드 등에 한정된 투자를 하고 있는 고객과의 거래를 제외하고, 증권 중개인은 기관투자가 이외의 고객에 대해 거래를 추천함에 있어서 그 거래를 실행하기 전에 ① 고객의 재무상황, ② 고객의 과세상황, ③ 고객의 투자목적, ④ 고객에게 권장할 때 증권중개인 등에 의해 이용되고 나아가 합리적이라고 생각되는 기타의 정보를 입수하기 위한 상당한 노력을 하여야 한다고 하고 있다.⁴³⁾

다만, 변액보험은 주식이나 무추얼 펀드와는 달리, 생명보험상품이기 때문에 그 상품이 고객에게 적합한가 어떤가를 확인할 사항은 위의 제2310조의 확인사항만으로는 불충분하다는 인식하에, NASD는 2000년 변액보험판매시의 가이드 라인을 정한 증권중개인 등에 대한 통지를 작성하였다. 이 통지에서 증권중개인 등은 고객의 연령, 수입, 실제 자산, 실제 유동성자산, 피부양자의 수, 투자목적, 보험료의 출처, 투자경험, 기존의 투자 및 생명보험계약, 투자기간, 리스크의 허용도에 관한 정보를 입수하기 위한 상당한 노력을 하고, 그 정보를 기초로 당해 고객이 변액보험을 필요로 하고 있는가의 여부, 계약을 유지하기 위한 보험료를 지급할 능력이 있는가의 여부를 검사하여야 한다고 하고 있다.⁴⁴⁾

43) NASD Conduct Rule, §2310(Recommendations to Customers(Suitability)) (a) In recommending to a customer the purchase, sale or exchange of any security, a member shall have reasonable grounds for believing that the recommendation is suitable for such customer upon the basis of the facts, if any, disclosed by such customer as to his other security holdings and as to his financial situation and needs. (b) Prior to the execution of a transaction recommended to a non-institutional customer, other than transactions with customers where investments are limited to money market mutual funds, a member shall make reasonable efforts to obtain information concerning: (1) the customer's financial status; (2) the customer's tax status; (3) the customer's investment objectives; and (4) such other information used or considered to be reasonable by such member or registered representative in making recommendations to the customer.

2) 영국

영국 「금융서비스법」(Financial Services Act 1986)은 투자업과 투자물건의 정의를 폭넓게 규정하여 이 법을 적용함으로써 소비자를 보호하고 있다. 즉, 동법의 규제대상인 투자사업은 투자물건의 거래와 관리, 투자조언 등을 말하고, 투자물건에는 주식과 사채 등은 물론 장기보험계약을 포함시키고 있기 때문에 변액보험도 이 법의 규제대상으로 되었다.⁴⁵⁾ 다만, 적합성원칙에 대한 규정은 두지 않았기 때문에, 1991년 제정된 「The Core Conduct of Business Rules」에서 투자와 투자계약을 개인 고객에게 권장하거나 거래하는 경우는, 당해 고객에 의해 공시된 정보와 사업자가 인지하여야 할 기타의 사항에 비추어, 적합한 경우가 아니라면 권장 또는 거래해서는 안 된다는 규정을 두고 있다(Core Rule 16: Suitability).⁴⁶⁾ 이밖에도 자주규제기관의 규칙에 의해 적합성원칙이 규정되어, 실무상 적용되었다.⁴⁷⁾

또한 2001년 11월부터 시행된 「금융서비스·시장법」(Financial Services and Market Act 2000, 이하 'FSMA' 라 한다) 제5조 제1항은 소비자보호의 목적을 소비자에게 적절한 수준의 보호를 확보하기 위한 것이라고 하면서, 제2항에서 어느 정도의 보호가 타당한가를 고려함에 있어서, 이 법은 다음의 사항을 고려하여야 한다고 규정하고 있다. 즉, ① 투자와 기타 거래별로 리스크가 다르다는 점, ② 각각의 소비자가 관여하는 상품별로 또 경험과 능력별로 보호의 정도가 다르다는 점, ③ 소비자가 조언과 세밀한 정보를 어느 정도 필요로 하고 있는가 하는 점,⁴⁸⁾ ④ 소비자

44) The NASD Reminds Members of Their Responsibilities Regarding the Sale of Variable Life Insurance (NASD Notice to Members 00-44, July 16, 2000, 2000 WL 1375112(National/Federal)). 이에 앞서 미국보험감독협회(National Association of Insurance Commission, 이하 'NAIC' 라 한다)는 1974년 6월 모범변액생명보험규정(Variable Life Insurance Model Regulation) 내에 ① 보험계약자가 인식하고 있는 명시된 목적과 필요, ② 보험계약자와 관련된 금융, 가족, 기타의 정보에 대해 보험중개인의 합리적 조사에 기초하여 객관적으로 확정된 목적과 필요, ③ 보험기간 동안 보험계약자가 당해 보험을 지속하리라는 가능성을 기준으로 적합성에 대한 정의를 명문화하였다(Richard J. Wirth(2002), p.67).

45) Department of Trade and Industry(1985), pp.8~9.

46) Simon Morris(1995), p.80.

47) Simon Morris(1995), pp.71~72; Deborah A Sabalot(1996), pp.66~67.

48) 특히 이는 소비자보호를 위해 새롭게 포함된 중요한 요소로 간주되고 있다(Simon Gleeson(1999), pp.2~6).

는 자기의 결정에 대하여 책임을 부담해야 한다는 점이다.⁴⁹⁾ 영국 금융서비스국(FSA)은 1999년 「FSMA」의 비즈니스원칙안(FSA Principles for Business)을 제출하면서 적합성원칙을 이에 포함시켰다. 즉, 조언 및 고객의 판단에 신뢰를 야기한 경우의 재량을 수반한 결정에 대해 적합성을 확인하도록 충분한 주의를 기울여야 한다는 것이다.⁵⁰⁾ 이를 위반하는 경우 법정 의무위반으로 되어 손해배상소송을 추급당하게 된다(「FSMA」 제150조 제1항).

3) 일본

종래 변액보험은 「증권거래법」이 정의하는 유가증권에는 포함되지 않는다는 견해도 있었기 때문에,⁵¹⁾ 변액보험에 대해 적합성원칙을 적용할 것인가에 대해서도 논란이 있었다. 변액보험이 예정사고발생률을 보증하고 있기 때문에 보험으로서의 성질을 갖는 것으로 보면서,⁵²⁾ 1985년의 「보험심의회답신」 및 미국에 있어서의 「연방증권법」 등에 기초한 규제, 영국에서의 「금융서비스법」의 규제대상인 점을 감안하여 변액보험의 증권성을 인정하기에 이르렀고, 변액보험의 권유행위에 대해 적합성원칙을 적용할 수 있다고 보는 것이 일반적인 견해이다.⁵³⁾ 즉, 일본 「증권거래법」상 증권회사가 업무를 영위할 때 고객의 지식, 경험, 재산의 상황에 비추어 부적당하다고 인정되는 권유 등을 해서는 안 된다(동법 제43조 제1호)⁵⁴⁾는 적합성원칙 규

49) Financial Services and Market Act 2000, §5 (1) The protection of consumers objective is: securing the appropriate degree of protection for consumers. (2) In considering what degree of protection may be appropriate, the Authority must have regard to: (a) the differing degrees of risk involved in different kinds of investment or other transaction; (b) the differing degrees of experience and expertise that different consumers may have in relation to different kinds of regulated activity; (c) the needs that consumers may have for advice and accurate information; and (d) the general principle that consumers should take responsibility for their decisions.

50) 이 규칙에 의해 적합성원칙이 「금융서비스·시장법」에 포함되게 되었다(近藤光男·山口恭弘·上嶋一高·楠木くに代(2001), p.58).

51) 이에 대한 자세한 논의는, 甘利公人(1987), pp.27~28 참조.

52) 吉川吉衛(1985), p.15.

53) 江頭憲治郎(2002), p.23; 森田章(1996), pp.90~92; 森田章(1996), p.163.

정이 변액보험에도 적용되는 것으로 보았다.⁵⁵⁾

이러한 원칙은 2000년 「소비자보호법」과 2001년 「금융상품판매법」의 제정과정에서 좀더 명확화되었다.⁵⁶⁾ 「소비자보호법」은 사업자가 소비자계약의 체결에 대해 권유를 할 때, 중요사항에 대해 사실과 다르게 알리거나, 계약의 목적이 되는 사항에 대해 단정적 판단을 제공해서는 안되고, 만약 이를 위반하여 소비자가 오인하여 계약을 체결하였을 때에는 당해 계약을 취소할 수 있다(동법 제4조 제1항). 이 「소비자보호법」은 모든 소비자계약에 대하여 적용되는 민사법이기 때문에, 금융상품 판매의 경우에 고객이 소비자라면 「금융상품판매법」과 「소비자보호법」이 적용된다.⁵⁷⁾

「금융상품판매법」은 금융상품 판매시에 금융상품판매업자에게 고객에 대한 중요사항의 설명의무를 지우고 있고(동법 제3조), 이 설명의무를 이행하지 아니한 때에는 이에 의해 생긴 고객의 손해를 배상할 책임을 지게 된다(동법 제4조). 이때 원본결손액이 손해액으로 추정된다(동법 제5조). 이에 의해 변액보험 등에 관한 금융기관의 설명의무위반을 「민법」의 신의칙위반에 의거하여 불법행위책임으로서 인정하던 판례법상의 내용이 법제화되게 되었고,⁵⁸⁾ 나아가 '원본결손'을 핵심으로 중요한 리스크에 관한 작위의무로서의 설명의무를 금융상품판매업자에게 부과했다는 점에서 의미가 있다.⁵⁹⁾

다. 현행 법제에 있어서 적합성원칙의 적용 여부

현행 「증권거래법」 자체에는 적합성원칙에 대한 규정을 두고 있지 않지만, 금융감독위원회의 「증권업감독규정」에는 이에 대한 직접적인 규정을 두고 있고(동규정

54) 일본 증권거래법에 있어서 적합성원칙은 1992년 개정법률에 의해 새롭게 도입되었고, 이밖에도 은행법시행규칙 제13조의5에서도 이에 대해 규정하고 있다(高橋利昌(2001), pp.34~35).

55) 日東京地判 1996.1.30 참조.

56) 河井健志(2002), pp.52~55 참조.

57) 松本恒雄·畔柳達雄·高崎仁(2000), p.20.

58) 西口元(2001), p.5.

59) 村田敏一(2002), p.198.

제4-4조 제1항 제4호, 제4-15조 제2항), 증권업협회도 「자주규정」을 통해 투자권 유를 함에 있어서 합리적인 근거에 기초하도록 하고 있다. 또 「증권거래법」은 증권 회사 또는 그 임·직원에 대하여 투자자의 보호 또는 거래의 공정을 해하는 행위 등을 금지시키고 있다(동법 제52조 참조). 그런데 적합성원칙에 대한 위와 같은 규제는 어디까지나 행정규제 및 자주규제에 지나지 않으므로, 후술하는 바와 같이(Ⅱ. 3. 나. 참조) 이를 위반한 자체가 법령위반이 되는 것은 아니므로 투자자보호에 한계가 있게 된다.

그렇다면 변액보험에 대해 적합성원칙을 적용할 수 있는가. 현재 판매되고 있는 변액보험은 만기보험금액 및 해약반환금액에 대해서는 최저보증을 하지 않는다는 점에서, 종래의 보험상품과 차이가 있다. 그로 인해 변액보험은 보험상품으로서의 성질 이외의 증권 등의 금융상품으로서의 성질도 동시에 갖고 있다. 따라서 변액보험에 대해서는 보험업법상의 규제와 함께, 증권거래법규상의 투자자보호규제도 유추 적용될 수 있다고 본다.⁶⁰⁾ 결국 변액보험 가입권유는 당해 보험상품의 건전성에 대한 묵시적인 보증⁶¹⁾ 또는 특정 목적에 필요한 적합성 보증⁶²⁾이라 할 수 있으므로, 이에 반하는 변액보험권유자의 행위에 대하여는 적합성원칙을 위법성의 징표로 삼아⁶³⁾ 투자자를 보호하는 것이 합리적이라고 본다.⁶⁴⁾

입법론으로서 적합성원칙을 「보험업법」 등의 단속법규에 수용하는 것도 고려해 볼직 하다.⁶⁵⁾ 이 때 포함될 구체적 내용으로서는, ① 생명보험모집인은 고객의 소

60) 고평석(1997), pp.1121~1122; 김선정(2002), pp.62~63; 김지환(2002), p.575.

61) Kahn v. SEC, 297 F.2d 112, 115(2d Cir. 1961).

62) Robert H. Mundheim(1965).

63) 미국의 경우에는 적합성원칙에 위반한 경우 「단속법규」를 위반한 것으로 판단하여 일정한 행정적 제재를 가하고 있지만, 그렇다고 하여 이 원칙 위반이 손해배상요건을 충족하는 것으로 보지 않고, 투자권유자가 충실의무를 위반한 경우에만 손해배상책임을 지우고 있다. 그러나 영국의 경우 적합성원칙의 위반은 법규위반으로 되어 불법행위책임을 지게 되고(Financial Services and Market Act 2000 Explanatory Notes, §39), 일본의 경우도 판례에 의해 적합성원칙이 수용되다가, 「증권거래법」 및 「금융상품판매법」에 의해 일정사항에 대한 설명의무위반의 경우 손해배상책임을 지우고 있다(小林秀之 編著(2000), pp.24~28).

64) 김선정(2002), pp.62~63.

득, 연령, 피부양자, 기존보험계약 및 보험계약 이외의 자산 등에 대해 상당한 조사를 하여야 한다는 점, ② 변액보험이 당해 고객에게 적합한 것이라고 믿을 수 있는 합리적인 근거가 있는 경우가 아니라면 당해 계약을 권유해서는 안 된다는 점, ③ 변액보험의 청약자가 보험회사에 제출할 계약청약서의 서식 속에도 청약자에 관한 위의 정보를 획득하기 위한 목적의 질문항목을 포함시켜야 한다는 점⁶⁵⁾ 등을 들 수 있을 것이다. 그리고 증권업에 대한 행정 및 자주규제의 방법과 같이, 변액보험에 있어서도 적합성원칙에 대하여 생명보험업계를 중심으로 하는 자주규제노력⁶⁷⁾도 병행되어야 할 것이다.

3. 변액보험계약과 보험업법 위반행위의 효과

가. 보험업법상 모집행위 등의 규제

모집행위의 규제에 있어서 우리 「보험업법」은 그동안 보험모집인 등에 대해 적극적인 정보제공의무를 지우는 측면이 강조되기 보다, 모집인 등의 행위의 일부를 금지·규제하는 관점에서 규율하였다(동법 제97조~제101조). 그런데 보험판매를 둘러싼 환경은 최근 경제·사회정세의 변화에 따라 급변하고 있고, 보험수요의 다양화와 그에 대응한 보험상품의 개발·판매의 증가 등에 따라 법적 분쟁도 급증하고 있다. 이와 같은 상황하에서 이용자와의 점점인 보험모집인 등에 부과된 역할도 점점 크게 되었다. 「보험업법」 제102조 제1항은 “보험회사는 그 임원·직원·보험설계사 또는 보험대리점이 모집을 함에 있어서 보험계약자에게 가한 손해를 배상할

65) 「증권업감독규정」은 행위의 주체를 증권사업자로 규정하고 있기 때문에, 이 규정의 적합성 조항을 변액보험관계에 직접 유추적용하기에는 해석상 한계가 있기 때문이다.

66) Richard J. Wirth(2002), p.66.

67) 예컨대 미국의 보험시장표준협회(Insurance Marketplace Standards Association, 이하 'IMSA'라 한다)는 생명보험업계에 대한 소비자의 신뢰를 제고하기 위해 설립된 기구인데, IMSA는 회원가입의 전제조건으로 추천회원에게 대해 적합성에 대한 교육과 추천의 적합성을 확인하기 위하여 필요에 근거한(needs based) 판매 개념을 사용하는지의 여부를 감시하게 하고 있다(Richard J. Wirth(2002), pp.79~80).

책임을 진다”고 규정하여, 예컨대 생명보험모집인이 일정 의무를 위반하여 보험가입을 권유하고 그 결과 보험계약자에게 손해를 가한 때에는, 불법행위가 성립하여 생명보험회사의 손해배상책임이 인정되는 것이다.⁶⁸⁾

그런데 앞에서 살펴본 일본의 변액보험 소송사례에서, 원고측은 「보험업법」 등의 위반에 의한 불법행위를 주장하였지만, 판례는 불법행위의 판단기준을 단속법규인 「보험업법」을 근거로 하지는 않고, 당사자간의 정보격차 등으로부터 발생하는 사업자의 의무인 신의성실의 원칙을 근거로 하였다.⁶⁹⁾ 즉, 위험성이 높은 상품의 거래에 있어서 사업자는 고객이 거래의 위험성에 대한 인식·판단을 그르치지 않도록 배려하여야 한다는 의무에서 구한 것이다. 예컨대 「보험업법」이 단정적 판단의 제공 등의 행위를 포괄적인 규제대상으로 하고 있는 것은 보험모집제도의 정립 및 보험계약자 등의 권리 보호를 위해서라 할 것이다. 그럼에도 불구하고 「보험업법」상의 금지의무위반의 경우 그 위반에 대한 민사상의 책임문제를 보험모집규제 제도의 체제 밖에서 판단하는 것은 타당한 것인가에 대해 의문이 있다.

나. 「보험업법」 위반행위의 법적 효과

현행 「보험업법」은 일정한 금지의무 등을 보험자 측에 지우고 있다. 즉, 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 그 체결 또는 모집에 관하여 보험계약자 또는 피보험자에게, 보험계약의 내용을 사실과 다르게 알리거나 그 중요한 사항을 알리지 아니하는 행위, 보험계약의 내용의 일부에 대하여 비교대상 및 기준을 명시하지 아니하거나 객관적인 근거 없이 다른 보험계약과 비교하여 당해 보험계약이 우량 또는 유리하다고 알리는 행위 등을 해서는 아니 된다(동법 제97조 제1항).⁷⁰⁾ 그렇다면 보험모집인 등이 이를 위반하고 또 보험계약자가 그러한 행위를 오신하여 보험계약을 체결한 경우, 이 때 생긴 손해에 대해 「보험업법」 위반을 이유로 손해배상

68) 장경환(2003), pp.100~101 참조.

69) 日東京地判 1996.2.23(文研判例集 第2卷, p.43); 同 1996.3.11(文研判例集 第2卷, p.112).

70) 이를 위반한 경우에는 행정적 제재로서 5백만원 이하의 과태료에 처할 수 있도록 하고 있다(「보험업법」 제209조 제3항).

의 책임추구를 할 수는 없는가.

단속법규상의 각종 규제의 목적은 일반투자자의 이익보호에 있다 할 것이므로, 「행정단속법규」 내지 「자주규정」은 엄밀한 의미에서 거래상의 권리의무 관계에 관한 사법규정과는 차이가 있다.⁷¹⁾ 즉, 「단속법규」상의 규제를 위반한 부당권유가 있었던 사안에 대하여 불법행위가 성립한다고 하더라도, 당해 규제위반이 언제나 사법상의 위법성을 의미하는 것은 아니다. 「단속법규」에 위반하는 경우 행위자에게 과실(의무위반)이 존재할 개연성은 높겠지만, 그렇다고 하여 「단속법규」를 준수하기만 하면 언제나 과실이 부정된다고 할 수는 없다. 단정적 판단의 제공에 의한 권유 금지 등의 경우에 있어서도 일반적으로 투자 권유시에 어느 정도의 과대·강조행위가 존재할 수 있기 때문에, 규제위반이 위법으로 연결되기 위해서는 그 위반행위가 사회적 상당성의 일탈, 즉 사회통념 및 판매행위에 있어서 일반적으로 허용된 정도를 넘을 것을 요하게 된다.⁷²⁾ 따라서 「보험업법」상의 금지행위위반의 경우 과실 내지 위법성이 당연히 추정되는 것은 아니다.

그러나 변액보험은 투자신탁과 극히 유사한 성질을 가진 상품이고, 투자권유시 사업자와 일반투자자와의 사이에는 정보량 및 정보처리능력에 현격한 차이가 있을 뿐만 아니라, 충분한 지식과 경험이 없는 일반 투자자는 전문가로서 신뢰하는 자의 판단에 영향을 받기 쉽다는 데에 문제가 있다.⁷³⁾ 이와 같은 상황에서 객관적 근거도 없이 당해 변액보험의 유리한 점만 강조한다면, 이는 보험계약자 등의 자기결정권의 행사에 어떠한 식으로든 개입할 가능성이 크게 된다. 따라서 변액보험계약의 체결에 있어서 위와 같은 행위가 있는 경우에는 다른 보험계약 체결의 경우와는 달리, 그것이 당해 고객의 자기결정권의 행사에 개입하지 않았다는 것을, 당시의 상황이나 고객의 구체적인 경험·능력 등에 비추어 보험회사측에서 적극적으로 규명해야 할 것이다.⁷⁴⁾

71) 大村敦志(1993), pp.71~72.

72) 日東京地判 1975.1.28(判例タイムズ 第323號, p.247).

73) 山下友信·竹濱修·洲崎博史·山本哲生(1986), pp.40~41; Richard J. Wirth(2002), p.48.

74) 奈良輝久(2001), pp.30~31 참조.

또한 적합성원칙을 변액보험에 대하여도 적용하는 경우에도, 그 경험·목적·재산상태에 비추어 보아 투자거래에 적절하지 않은 자에게 권유하였다고 하여 곧 재산권의 침해로 이어지는 것은 아니지만, 이와 같은 자를 투자관계에 끌어들이는 것은 스스로 주체적인 의사결정을 행하기 어려운 상황에 빠져 재산을 상실할 가능성이 아주 높은 것을 의미한다. 따라서 적합성원칙에 반하는 권유가 있었다는 주장이 제기되는 경우에는, 충분한 설명에 의해 고객도 당해 리스크를 납득하고 거래에 응했다는 등 고객의 자기결정권에 대한 부당한 개입이 없었음을 보험회사측에서 적극적으로 입증해야 하는 것으로 보아야 할 것이다.⁷⁵⁾

다. 「보험업법」위반을 이유로 하는 불법행위책임의 취급여부

「단속법규」는 원래 질서유지를 위한 법규범이기 때문에, 법령위반이 있다 하더라도 사법상의 효력은 부정되지 않는 것이 원칙이었다. 그런데 경제법령의 경우 그 목적은 개개의 거래를 직접적으로 규율하거나 거래의 환경을 정비하는 데 있다. 이를 위해서는 적극적으로 거래의 효력을 부정할 필요성이 있는 경우가 많다. 또 개개의 거래의 효력을 고려할 때에도 경제법령위반은 사법상의 위법성 판단에 참고기준이 될 수 있다.⁷⁶⁾ 경제법령과 거래의 효력은 밀접한 관계를 갖는 것으로 보아야 할 것이고, 개개 법령의 목적을 원활히 달성하기 위해서는 「단속법규」위반과 사법상의 효력은 별개라는 관념을 지양할 필요가 있다.⁷⁷⁾ 이러한 관점에서 사법상의 법률관

75) 山本敬三, p.103.

76) 日名古屋地判 1990.1.16(判例タイムズ 第733號, p.158).

77) 大村敦志(1993), p.72.

78) 小林俊明(1999), p.130. 결국 사업자가 「보험업법」을 위반하여 부당권유를 함으로써 손해를 입은 소비자를 구제하기 위해서는 당해 계약의 효력을 부정하여야 하는데, 그 부정하는 근거는 채무불이행 또는 불법행위에서 찾을 수 있을 것이다. 그러나 계약의 권유는 계약성립 이전에 행해졌기 때문에 채무불이행으로 구성하기에는 무리가 있다(清水俊彦(1994), p.24). 일본의 변액보험소송에서도 채무불이행이 다투어진 사건이 있지만(日東京地判 1994.5.30(文研判例集 第1卷, p.21); 同 1995.12.26(文研判例集 第1卷, p.379); 同 1995.12.27(文研判例集 第1卷, p.400); 同 1996.7.12(文研判例集 第2卷, p.382); 同 1996.11.25(文研判例集 第3卷, p.366) 외), 이를 인정한 판례는 보이지 않고 있다. 따라서 규제위반의 경우 계약 자체의 유효성은 인정하되 부당권유에 의한 불법행위로 보아 손해배상을 청구하는 방법을 고려해 볼 수 있을 것이다.

계에 있어서 권리침해를 방지하기 위해 유용한 것이라면, 「단속법규」 위반의 경우에도 당해 계약의 효력을 부정할 수 있을 것이다.⁷⁸⁾

「보험업법」상 모집행위의 규제에 있어서의 핵심은 그 목적을 어떻게 실현시키는가에 있다 할 것이다. 그러므로 보험계약자는 보험대리점이나 보험모집인의 불설명이나 부실설명이 있는 경우, 현행 「보험업법」 규정을 근거로 보험자에게 손해배상을 청구할 수 있다고 하여야 할 것이다.⁷⁹⁾ 또 「보험업법」의 목적 실현을 위해서는 현행법상의 소극적 행위규제와 함께 적극적 행위규제도 병행할 필요가 있다. 이를 위해 현행 「보험업법」상 보험모집인 등에 대해 중요사항에 대한 설명의무를 부과하고, 자기책임의 원칙이 적용되는 변액보험계약의 특수성을 감안하여 변액보험이 당해 고객에게 적합한 것이라고 인정되는 경우에만 계약을 권유할 수 있다는 적합성 원칙을 규정하는 방안을 고려할 수 있을 것이다. 이때 권리를 침해당하고 있는 변액보험계약자가 용이하게 구제받을 수 있도록, 설명의무위반의 경우 변액보험계약자의 손해와의 인과관계는 물론 손해액을 추정하도록 하여야 할 것이다.⁸⁰⁾

Ⅲ. 변액보험자의 자산운용상의 주의의무

1. 특별계정운용의 필요성과 규제

변액보험은 실적배당을 하는 상품이기 때문에 수익성이 높은 주식 등의 종목에 자산을 집중 투자하게 되는데, 자기책임의 원칙에 기초하여 변액보험을 선택한 이상 그 투자수익도 변액보험계약자에게 귀속된다. 이에 변액보험자산을 일반 정액보험자산과 명확하게 분리하여 특별계정으로 운용하는 것이다.⁸¹⁾ 변액보험 특별계정이란 보험회사가 변액보험계약의 책임준비금에 대응하는 자산을 다른 보험계약의

79) 장경환(2003), pp.9~10.

80) 일본의 경우는 2000년 제정된 「금융상품판매법」에서 이와 같은 취지의 규정을 두고 있다(동법 제3조, 제4조, 제5조, 제7조 및 제8조 참조).

자산과 구별하여 이용하기 위해 설정하는 별도의 계정을 말한다(「보험업감독규정」 제125조 제1항). 특별계정을 설정하는 이유는 변액보험의 적립금은 매일 평가대체 되어 변동하기 때문에 항상 시세를 반영·평가할 필요가 있고, 변액보험의 자산운용시 수익성을 중시해야 하는 등 자산운용방침의 측면에 있어서도 다른 보험계약의 자산과 구분하여 관리할 필요가 있기 때문이다.⁸²⁾

현행 「보험업법」은 변액보험계약 등에 대하여는 시행령이 정하는 바에 따라 그 준비금에 상당하는 자산의 전부 또는 일부를 그 밖의 자산과 구별하여 이용하기 위한 특별계정(計定)을 설정하여 운용하게 하고 있다(동법 제108조 제1항). 또 변액보험의 경우 둘 이상의 특별계정을 설정·운용하는 것이 가능하고, 그 운용대상은 적립보험료와 운용수익으로 한다(「보험업감독규정」제53조 제1항 제5호, 제125조). 보험회사는 특별계정 운영상황에 대해 계약자에게 주기적으로 통지하고, 계약자가 인터넷을 통해 변액보험의 운영상황을 항상 확인할 수 있는 상품공시체계를 갖추도록 하고 있다.⁸³⁾ 특별계정의 공시체계를 강화하는 이유는 운용현황 등을 보험계약자 등이 신속·정확하게 알고, 그에 대하여 적절한 대응을 할 수 있도록 하기 위해서라 할 것이다.

81) 미국 「모범규칙」도 보험자산을 일반계정과 분리계정(이는 우리나라의 특별계정에 해당한다. 이하 ‘특별계정’이라 한다)으로 나누고 있는데, 최저사망보험금은 특별계정의 투자실적에 관계없이 변액보험계약에 기초하여 지급이 보증된 사망보험금을 말하므로, 이 최저사망보험금을 보증하기 위한 적립금은 특별계정이 아닌 일반계정에서 관리된다(Commentary to Amended Variable Life Insurance Model Regulation, Article II Section 11). 또 보험료가 정액으로 납입되는 형태의 변액보험계약의 경우 최저사망보험금은 보험료가 연체되지 않고 있는 한, 적어도 당초의 보험증권에 기재된 액면보험금액과 동등한 금액이 지급된다(Commentary to Amended Variable Life Insurance Model Regulation, Article IV Section 2). 모범규칙이 최저보증을 요구하고 있는 것은 특별계정에서 생기는 투자위험을 보험회사가 어느 정도 부담함으로써 연방증권법의 적용을 면하고자 했던 점과, 변액보험도 가계의 안정을 목적으로 하는 보험이므로 투자위험을 100% 보험계약자 측에 부담시키는 것은 바람직하지 않다는 점에 있다(江頭憲治郎(1986), p.72 이하 참조).

82) 장경환(2003), p.54; 생명보험협회 편(2003), pp.26~27. 그리고 이를 통해 투자위험을 선택하지 아니한 일반계정의 보험계약자도 보호할 수 있게 된다. 특별계정에서 관리·운용되는 것은 통상 지급된 보험료에서 사무경비와 다른 계약자의 사망보험금 등에 사용된 부분을 제외한 부분이고, 그 이외의 보험료는 일반계정에서 관리된다.

83) http://www.klia.or.kr/html/4/public_body3_1.asp 참조.

변액보험제도에서 특별계정의 공시체계확립과 함께, 특별계정자산의 건실한 운용 및 관리방안의 확보도 중시되지 않으면 안된다. 왜냐하면 방만한 기준 등에 의한 투자는 변액보험계약자에게 직접적인 손실을 가져다 주기 때문이다. 이에 따라 현행 「보험업법」제는 보험사업자에게 특별계정의 공정한 관리를 위하여 특별계정의 운용전문인력의 확보의무를 부과하고 있다(동법 시행령 제16조의8). 그러나 특별계정의 운용에 있어서 전문인력의 운용상의 주의의무 등에 관한 행위기준이나 책임에 관한 규정을 두지 않고 있기 때문에, 결과적으로 변액보험계약자의 보호에 소홀할 수 있는 문제가 있다.

2. 자산운용상의 선관주의의무와 책임

가. 변액보험자의 선관주의의무

현행 「보험업법」은 보험회사의 자산운용의 원칙으로 안정성·유동성·수익성 및 공익성이 확보되도록 하여야 한다고 하면서, '선량한 관리자의 주의'로 그 자산을 운용하여야 한다고 하고 있다(동법 제104조). 이러한 원칙과 의무는 변액보험자산의 운용에 있어서도 당연히 적용된다. 그런데 변액보험의 자산운용에 있어서는 안전성에 유의하면서도, 정액보험에 비해 보다 수익성을 중시한 운영을 하게 된다. 그로 인해 자산은 주식 등의 유가증권을 중심으로 운용되고, 평가손익을 포함한 이윤추구를 원칙으로 하기 때문에, 그만큼 위험성을 내포할 수밖에 없다.

일반적으로 정액보험의 경우에는 보험사고가 발생한 경우 보험계약에서 정해진 보험금액이 지급되므로, 보험계약자 등은 회사가 파산하지 아니하는 한 위험부담이 없게 된다. 그러나 변액보험의 경우 보험계약자는 투자이익에 비례한 급부를 받기 때문에, 보험자가 변액보험자산의 운용에 있어서 주의를 기울이지 않아 손실이 생긴 경우에는 그 손해를 보험계약자가 고스란히 떠 안게 된다. 따라서 변액보험의 자산운용에 대한 보험자의 주의의무는 일반 정액보험의 경우와는 다른 측면에서 파악해야 할 것이다. 이하에서는 자산운용에 있어서 변액보험자가 어떠한 원칙에 근거하여 어느 정도의 주의를 하여야 하는가에 대해 살펴본다.

나. 변액보험자의 수탁자책임의 인정여부

변액보험은 투자상품으로서의 성질을 갖지만, 어디까지나 보험상품에 해당한다. 신탁계약과 투자일임계약에서는 신탁은행과 투자고문회사가 고객의 자산을 운용하고, 그 운용성과는 고객에게 귀속하지만, 생명보험회사가 제공하는 연금보험계약 등은 보험회사가 일정액의 보험금의 지급을 약속하고 보험계약자가 그 대가로서 보험료를 지급하기 때문에(「상법」 제727조) 그 납입보험료는 보험회사의 고유재산이 된다. 또 신탁계약과 투자일임계약에서는 수탁자책임 구조에 의해 고객이 보호되지만, 보험계약에서는 보험회사의 보험금지급력의 확보라는 재무건전성을 통하여 보험계약자를 보호한다. 생명보험회사가 원금과 일정이율을 보증하는 일반계정의 정액보험에 대해서는 이와 같은 설명이 그대로 적용된다.

그러나 고객이 자산운용의 리스크를 부담하는 특별계정을 이용하는 보험계약은, 신탁계약이나 투자일임계약과 유사한 경제적 기능을 수행하게 된다.⁸⁴⁾ 이러한 점에서 생명보험회사는 계약상 안내서 등에 '성실운용의무'의 취지를 명시하고 수탁자 책임을 명확화하는 추세이고,⁸⁵⁾ 이는 변액보험보다는 연금보험상의 문제로 논의되고 있지만,⁸⁶⁾ 연금보험도 투자실적에 기초한 상품이므로 이러한 논의는 변액보험에도 해당하는 문제라고 본다.⁸⁷⁾

생명보험회사의 수탁자책임에 관한 견해를 보면, 생명보험회사에 대하여 신인의 무규제를 정비하고 이것을 폭넓게 확대 적용해야 한다는 견해,⁸⁸⁾ 생명보험은 저축

84) 土浪修(2001), p.84.

85) 일본의 경우 고객이 운용리스크를 부담하는 것을 근거로, 1997년 4월 특별계정에 관한 성실운용의무가 「특별협정서」에 명시되었다. 이 성실운용의무는 민법의 신의칙상의 의무를 명확화한 것으로, 신탁계약상의 수탁자와 동등한 충실의무를 지는 것은 아니라고 보고 있다(厚生年金基金連合會 編(2000), pp.181~182 참조).

86) Steven J. Sacher & James I. Singer(2000), pp.666~667. 이와 관련한 판례를 보면, 일반계정단체연금에 가입한 원고가 당해 연금의 잉여자금의 반환을 거부하자 이에 대해 수탁자책임 및 계약위반을 주장한 사건에서, 법원은 일반계정단체연금의 운용시 금리상승기에 취한 자금유출억지책, 부동산의 투자와 경비의 각 상품구분에 대한 배분 등에 있어서 취한 재량행위가 법정의 수탁자책임 특히 충실의무에 위반한 것이라고 판시하였다(Harris Trust and Saving Bank v. John Hancock Mutual Life Insurance Company, 122 F. Supp. 2d 444(S.D.N.Y., 2000)).

87) John Hancock Mutual Life Ins.Co. 970 F.2d 1138(2nd Cir.1992) 참조.

의 성질을 갖고 있으면서 특별계정형 보험의 경우에는 투자의 성질이 강한 금융상품이라는 점에서 특별계정형 보험은 보험계약자의 신의에 기초하여 일정한 자산의 운용을 목적으로 하는 펀드와 같은 것이므로 선관주의의무 및 충실의무를 진다는 견해⁸⁹⁾ 등이 있다.

변액보험의 운용에 관한 생명보험회사의 수탁자책임에 관한 일본의 판례를 보면, 원고는 주위적으로 변액보험의 권유행위에 위법성이 있다고 하면서, 예비적으로 보험회사는 특별계정의 운용에 있어서 원고의 은행대출이율을 넘는 이윤을 확보할 주의의무를 진다고 주장한 사건⁹⁰⁾에서, 안내서에 기재된 ‘운용실적의 효율성·안전성을 높여’ 등의 문구와 자산운용의 성과가 계약자의 수령액에 직접 반영되는 변액보험 구조에 비추어, 보험회사는 특별계정에 대하여 신의칙상 가능한 한 계약자에게 손실을 가져다주지 않도록 운용할 주의의무를 진다고 판시하였다.⁹¹⁾ 이와 같이 신의칙을 근거로 변액보험의 자산운용에 관한 주의의무를 논한 판례의 태도는, 설명의무위반의 문제 이외에 변액보험계약자의 실질적인 보호를 위한 측면에서 주목된다 할 것이다.⁹²⁾

다. 사건(변액보험자의 자산운용의무의 강화)

일반적인 보험은 물론 변액보험도 사망보험금액의 일정 부분에 대하여는 기본보험금으로 정해진 급부를 보장하고 있기 때문에 신탁과 차이가 있는 것은 분명하다. 이러한 점에 기초하여 신탁과 일반적인 생명보험은 법리상 동일하지 않기 때문에,

88) 行澤一人(1996), p.547.

89) 日本銀行金融研究所,(1998), pp.63~64. 이 보고서(p.64)에서는 일반계정의 보험에 대해서도, 보험자는 보험계약자의 자산을 임의로 처분하는 것은 허용될 수 없고, 어디까지나 보험계약자(특별계정의 보험 이외의 보험계약자) 전체를 위하여 그것을 관리·운용하여야 하므로 보험계약자와 보험자의 사이에는 신인관계가 인정된다고 하고 있다.

90) 日東京地判 1996.10.29(文研判例集 第3卷, p.326).

91) 다만 이 판결에서 주의의무위반을 이유로 손해배상을 인정한 것은 아니다. 즉, 이 주의의무는 원고가 주장하는 것과 같은 이익확보를 내용으로 하는 것이 아니라, 보험회사에는 특별계정을 운용함에 있어서 넓은 재량권이 주어져야 하기 때문에, 재량의 범위를 일정한 것으로 인정하여야 할 특별한 사정이 없는 한 주의의무위반의 문제는 생기지 않는 것이라고 보면서, 이 사건에서는 그러한 특별한 사정이 없다고 하여 주의의무위반은 인정되지 않았다(生命保險文化研究所 編(1999), p.309 참조).

신탁계약상의 수탁자책임을 변액보험계약에 대해 그대로 인정하는 것은 무리라는 견해⁹³⁾도 일견 타당성은 있다. 그러나 변액보험계약이 어느 정도 투자신탁으로서의 성질을 갖고 있음에도 불구하고 통상의 보험과 같은 정도의 주의의무만을 부담한다고 하는 것은 형평의 원칙에 어긋나고,⁹⁴⁾ 또 변액보험계약은 보험계약의 실질이 자산운용에 기초하기 때문에 변액보험자의 자산운용에 대해 수탁자책임을 인정할 수 있다 할 것이다.⁹⁵⁾

다만, 현행법상 변액보험의 특별계정 운용에 있어서 수탁자책임을 인정할 수 있는 법규정이 없으므로, 우선은 자주규제의 형태로 변액보험계약 체결시 보험자로 하여금 특별계정 부분에 대해 성실운용의무를 진다는 내용을 반드시 계약에 포함시키도록 지도하는 것을 하나의 방안으로 고려할 수 있을 것이다. 나아가 「보험업법」은 특별계정에 속하는 자산의 운용방법 및 비율, 운용전문인력의 확보 등 보험계약자의 보호에 관한 필요 사항을 시행령으로 정하게 하고 있는데(동법 제108조 제4항), 시행령에서 특별계정의 운용전문인력의 확보의무만이 아니라(동시행령 제16조의8), 이들 전문인력이 자산을 운용함에 있어서 충실의무를 진다는 점을 구체적으로 명시할 필요가 있다고 본다.

92) 이에 대해 기본적으로는 판지에 동의하면서도, 이 판결이 원본확보를 지나치게 중시한 것이라는 비판적 견해도 있다(土浪修, p.87).

93) 山下友信(1999), pp.132~133.

94) Richard J. Wirth(2002), p.76~78; Michael W. Kessler(1974).

95) 神田秀樹(2001), pp.107~109. 일본 금융심의회는 특별계정에 선취특권을 인정하는 조건으로서 수탁자책임을 명확화를 들고 있다(金融審議會金融分科會第二部會(2001), p.12). 또 생명보험회사의 수탁자책임에 대해 일반계정과 특별계정의 특성을 감안하여 특별계정에 대해서는 이를 「보험업법」 등에 규정할 필요가 있다는 연구결과도 있다(生命保險經營學會 總合研究委員會, (2002), pp.83~85, p.98).

Ⅳ. 변액보험관계에서 은행 등의 법적 지위

1. 제3자에 의한 변액보험계약의 권유 문제

변액보험계약 체결이 제3자의 권유에 의해 이루어진 경우, 예컨대 변액보험이 은행용자와 한 세트의 묶음으로 판매되는 경우를 생각할 수 있는데, 이와 같이 은행이 개입한 상태에서 계약이 체결된 경우, 은행측에 변액보험의 내용(계약자체의 리스크 등)에 대해서 설명의무위반을 이유로 손해배상청구권을 인정할 수 있는가 하는 문제가 있다. 일본의 경우⁹⁶⁾ 변액보험 가입시 은행·보험회사의 쌍방에 대하여 설명의무위반을 이유로 불법행위책임을 물은 소송사건에서, 계약자보호의 측면에서 쌍방책임을 인정하는 판례가 다수 존재하는데, 이러한 이론적 동향은 우리나라에 있어서도 눈여겨볼 만한 것이라고 생각한다. 특히 2003년 8월부터는 은행 등의 금융기관도 보험을 판매할 수 있게 되었으므로, 이하에서는 변액보험계약에 있어서 은행 등의 법적 지위를 살펴본다.

96) 일본에서는 변액보험판매 초기에 상속대책 등의 일환으로 변액보험에 가입하는 경우가 많았다. 즉, 상속개시시의 채무공제효과를 노리고 가입금액을 과다하게 하여, 은행에 주택 등을 담보로 제공하고 받은 용자금으로 변액보험에 가입한 것이다. 이 과정에서 보험회사는 상속대책 등을 요하는 고객에 대해 은행으로부터 용자를 받을 수 있도록 알선하는 경우가 있었다. 또 은행은 대출금의 이자수입이라는 이점이 있기 때문에(山下友信·竹濱修·洲崎博史·山本哲生(2000), p.23; 峯崎二郎(1996), p.4), 보험회사와 제휴하여 보험계약에 개입하게 되었고, 그 보험료가 은행의 용자에 의해 조달된 경우가 태반을 차지하고 있다고 한다(大西武士(1998), p.37). 그런데 2001년 4월 1일에 「보험업법」 시행규칙이 개정되어 은행도 생명보험모집인, 손해보험대리점, 보험중개인의 자격으로 보험을 모집할 수 있게 되었다.

2. 일본에서 은행의 변액보험료대출과 설명의무의 문제

가. 은행의 책임 추궁에 대한 동향

은행 기타의 금융기관으로부터 용자를 받아 보험료를 일시납으로 하고 변액보험에 가입한 자가 그후 경제사정의 변동에 의해 변액보험의 운용실적이 악화됨으로써 손실을 입은 경우, 생명보험회사만이 아니라 은행에 대하여 손해배상책임의 추급 또는 금전소비대차계약의 무효를 주장한 사건이 버블경제붕괴 후 10년여가 경과한 현재에도 계속되고 있다. 변액보험소송의 초기에는 은행의 설명의무를 인정한 판례⁹⁷⁾가 다수 존재하다가, 그후 이를 부정하는 판례⁹⁸⁾가 주류를 이루었다. 그런데 최근 은행의 손해배상책임을 긍정하는 판례가 나왔고, 기존의 판례와는 다른 이론구성을 하고 있다.

나. 최근 변액보험소송에서 은행의 책임이 인정된 판례⁹⁹⁾

1) 사실관계

원고(부부)는 1990년 3월에 피고 생명보험회사와의 사이에 피고 은행으로부터 용자를 받아 변액보험료를 일시불로 납입하고, 종신행 변액보험계약을 체결하였다. 당시 원고는 피고 컨설턴트회사(자산운용 컨설턴트를 업으로 하는 회사) 직원의 권유 즉, 원고의 자산에 대한 상속세액이 많게는 7000만 엔에 달하기 때문에 이에 대한 대책이 필요한 바, 토지만 있으면 별도의 현금을 갖지 않고도 상속세대책이 가능하고, 은행으로부터 받은 대출금을 보험료로 지급하는 용자일체형의 변액보험의 소개 및 적극적인 가입을 권유하면서, 사망보험금이 보험료의 배액으로 되기 때문에 대출금의 변제 및 상속세를 지급하고도 잉여금이 있고, 그 자금은 피고 은행이 용자

97) 日大阪地堺支判 1995.9.8(文研判例集 第1卷, p.138); 富山地判 1996.6.19(文研判例集 第2卷, p.306); 東京地判 1996.7.30(文研判例集 第2卷, p.429) 외.

98) 日東京地判 1996.8.9(文研判例集 第3卷, p.116); 同 1996.10.8(文研判例集 第3卷, p.195); 同 1996.10.25(文研判例集 第3卷, p.256); 同 1996.12.25(文研判例集 第3卷, p.470); 最判 1997.4.8(判例タイムズ 第982號, p.37 참조); 東京高判 2000.9.11(判例タイムズ 第1049號, p.265) 외.

99) 日東京高判 2002.4.23(金融·商事判例 第1142號, p.7).

하는 것으로 설명하였다. 한편 피고 은행 담당자도 당해 상품(상품명은 '페이 프리 플랜'으로 되어 있었다)은 피고 은행이 일본에서 처음 발매한 상품으로 고객을 선별하여 권유하고 있고, 원고가 지급하여야 할 상속세액이 과다하기 때문에 이에 대한 대책이 필요하다는 것을 강조하면서, 대출금의 변제는 사망보험금과 해약환급금으로 지급하면 되기 때문에 자기자금을 사용할 필요성이 없음을 설명하여, 상속세 대책의 필요성과 용자일체형의 변액보험의 이점만을 강조하였다. 이와 같은 권유에 따라 계약을 체결하였고, 그 후 원금손실이 발생하자 원고는 피고 컨설턴트회사 및 피고 은행에 대하여 설명의무위반에 대한 사용자책임을, 피고 보험회사의 대리점 담당자에 대해 변액보험의 위험성에 대해 설명의무를 해태한 것을 이유로 손해배상을 청구하였다.

2) 판결내용

법원은 원고의 주장을 인용하여, “변액보험은 가입자의 계약시 연령, 가입보험의 규모, 가입시기 등에 따라서 상속세대책으로서의 상품적격을 흠결하는 경우가 있는 점, 장래의 상속세부담을 변액보험에 의해 경감하고자 기대하고 피고 컨설턴트회사 담당자 등의 권유에 의해 거액을 대출받아 합계 1억 엔의 보험료를 납입하였으나 변액보험에 가입한 원고의 계약당시의 연령(65세와 55세)은 생존가능기간이 많이 남아 있으므로 그때까지의 기간은 경제정세의 변동의 예측이 극히 어려울 뿐만 아니라 그 기간 대출금 금리를 웃도는 변액보험의 운용율이 약속된다는 보장이 없다는 점에서, 본건 변액보험은 상속세대책으로서 대비한 원고들의 기대에 따른 것이 아니라 할 것이므로 상품으로서의 적격성을 잃고 있다. 그럼에도 불구하고 상기 담당자는 변액보험계약체결에 의한 상속세대책으로 현금각출의 필요성이 없다는 의미로 상품의 이점을 붙여 그 유리성을 상속세대책의 필요성과 함께 일방적으로 강조한 점, 변액보험에의 가입의 가부에 관한 원고들의 적절한 판단을 그르친 점에 있어서 위법이 있고, 피고 컨설턴트회사 및 이를 생명보험모집인으로 하고 있는 피고 보험회사와 담당자가 피고 컨설턴트회사와 제휴하여 권유한 피고 은행은 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다”고 하여, 변액보험이 상속대책으로서의 상품적격을 흠결하고 있는데도 그 유리성과 필요성만을 강조함으로써 가입의 적절한 판단을 그

르친 것에 관하여, 은행 등의 불법행위책임을 인정한 것이다.

3) 판례의 검토

이 판결의 특징은 보험료의 대출을 전제로 한 변액보험의 상속세대책으로서의 불확정성에 비추어, 변액보험의 가입자의 계약 당시의 연령, 가입하는 변액보험의 규모, 가입시기 등에 따라서는 상속세대책을 위한 '상품의 적격성'을 잃는다고 한 점이다. 또 상속세대책으로서의 변액보험가입이라는 종래의 유사 사안에서는 적합성의 핵심으로 보험계약자의 능력에 초점을 두었던 것이 비해,¹⁰⁰⁾ 이 판결은 계약의 목적과 관련하여 상품의 적격성을 문제로 한 점에서 차이가 있다.¹⁰¹⁾

그런데 이 판결에서 상품의 적격성을 강조하여, 주장 사실을 배척하는 취지의 논리구성에 문제가 있다는 지적이 있다. 즉, 본건 소비대차계약의 공서양속위반을 이유로 하는 원고의 무효주장을 배척함에 있어서, 상속세대책이라는 목적과의 상대적 관련하에서 원고의 생존기간 등을 고려할 때에 당해 변액보험이 상품으로서의 적격성을 갖지 않는 점을 재차 강조하는 한편, 본건의 변액보험계약의 가입 및 소비대차계약의 체결 자체는 합리적인 경제활동으로 보았는데, 이것은 적격성을 흠결한 상품이 판매된 때에 그 거래 목적과의 관련성을 고려하지 않고 단지 상품에 초점을 맞추어 그 경제적 합리성을 설명하고 있을 뿐, 개개의 판매계약의 합리성을 논증하지는 못하고 있기 때문이라는 것이다.¹⁰²⁾

생각건대 변액보험이 판매되던 당시의 경제사정으로 보아 위 변액보험상품에 대한 설계 및 권유행위를 공서양속위반으로 구성하지 아니하고, 은행이 고객을 확보하기 위한 측면에서 보험회사와 제휴하여 은행의 담당 직원이 적극 권유한 점 등에 초점을 맞추어 은행의 손해배상책임을 인정한 것은 타당하다고 본다. 다만, 이 사안에서 원고가 의도한 상속세대책이라는 거래목적에 비추어 당해 상품의 이와 같은 의도에 대한 부적합성을 이유로 착오에 의한 거래로 볼 수 있고,¹⁰³⁾ 또 부적합한 상

100) 日橫濱地判 1996.9.4 참조.

101) 潮見佳男(2002), p.12.

102) 潮見佳男(2002), p.13.

품을 상속세대책을 위한 상품으로 설계하여 판매한 것에 관해서는 일종의 계약체결상의 과실책임을 물을 수는 없었는가 하는 의문이 남는다.

3. 방카슈랑스의 허용과 은행 등의 법적 지위

가. 「보험업법」상 은행 등의 보험판매행위에 대한 규제

개정 「보험업법」은 은행 등의 금융기관에 대하여 보험대리점 또는 보험중개사로 등록하여 시행령에서 정한 보험상품을 판매할 수 있게 하여(동법 제91조), 방카슈랑스(bancassurance) 제도를 도입하고 있다. 그동안 우리나라의 경우에는 은행이 대출 등을 함에 있어서 보험가입을 권유하는 등의 문제가 발생할 여지가 없었기 때문에, 일본의 경우와 같은 은행의 법적 책임 문제도 일어나지 않았다. 그러나 「보험업법」의 방카슈랑스 허용에 따라 변액보험을 판매함에 있어서 은행 등의 보험모집행위에 대한 규제가 필요하게 되었다.

이에 따라 「보험업법」은 금융기관, 보험대리점 등이 보험모집에 있어 일정 행위를 할 수 없도록 하고 있다. 즉, 은행 등이 대출 등을 제공하는 조건으로 고객에게 당해 금융기관이 대리 또는 중개하는 보험계약의 체결을 요구하거나 특정한 보험회사와 보험계약을 체결할 것을 요구할 수 없고, 대출 등을 받는 고객의 동의를 받지 않고 보험료를 대출 등의 거래에 포함시키는 행위를 할 수 없도록 하고 있다(동법 제100조 제1항). 또 금융기관 보험대리점 등이 보험모집을 할 때, 당해 금융기관은 보험회사가 아니라 보험대리점 또는 보험중개사라는 사실과 보험의 이행에 따른 지급책임은 보험회사에 있다는 사실을 보험계약을 청약하는 자에게 알리도록 하여(동법 제100조 제2항) 소비자의 혼돈에 따른 피해를 줄이기 위한 규정 등을 두고 있다.

103) 日東京地判 1996.7.30(文研判例集 第2卷, p.429). 이는 변액보험을 상속세대책으로서 권유한 사안에서, 보험모집인 및 은행직원의 권유행위에 의한 계약자의 착오가 긍정된 사례이다.

나. 변액보험판매에 있어서 은행 등의 법적 지위

그런데 은행 등이 「보험업법」상의 단속규정을 위반하여 변액보험을 판매하거나 설명의무를 제대로 이행하지 아니한 경우 그 효력은 어떻게 되는가. 먼저 「보험업법」상의 금지 규정에도 불구하고 은행이 변액보험계약자에게 보험료납입을 조건으로 대출을 하는 등의 행위를 하는 것은 「단속법규」상의 금지의무위반일 뿐만 아니라, 은행의 불법행위의 판단기준에 중요한 요소로 고려하여야 할 것이다.¹⁰⁴⁾ 특히 은행이 대출금을 보험료로 일괄납입하게 하면서 변액보험을 판매하는 경우, 변액보험의 원금손실 가능성 등 중요사항을 설명하지 아니하고 변액보험의 유리성만 강조한 채 보험상품을 판매하였다면, 당해 소비대차계약은 착오나 사기 등을 이유로 그 효력을 부정할 수 있을 것이다.¹⁰⁵⁾

이때 보험계약의 효력은 구체적인 상황에 따라 판단하여야 한다고 생각한다. 예컨대 하자를 내포한 대출일체형상품을 보험자와 은행이 공동으로 개발하여 판매한 경우 등 보험자에게 귀책사유가 존재할 때에는 당해 보험계약의 효력에 직접적인 영향을 주는 것이므로, 보험계약자는 소비대차계약과 함께 변액보험계약의 취소(무효) 등을 주장할 수 있을 것이다. 이에 의해 보험계약은 소멸하고, 변액보험자에게 생긴 원금손실 등 구체적인 손해액 산정에 있어서 보험계약자에게 과실이 있을 때에는 과실상계를 하게 된다. 이와 같이 양자에게 귀책사유가 있을 때에는 변액보험계약자는 은행은 물론 변액보험자에 대해 손해배상을 청구할 수 있다고 본다.¹⁰⁶⁾ 물론 취소 등을 주장하기 전에 보험사고가 일어났다면 보험계약자는 보험계약에서 정한대로 보험보호를 받게 된다. 또 납입보험료에 대한 대출에 있어서 변액보험을 판매하는 은행의 위법행위는 존재하지만, 변액보험자가 보험계약자에게 손해가 생기지 않도록 상당한 주의를 기울이는 등 귀책사유가 없을 때에는 은행에 대한 손해배상청구권만 인정되고, 보험계약은 그대로 유효하게 된다.

다음으로 은행이 당해 창구에서 변액보험을 판매하는 경우, 은행은 제3자로서가 아니라 보험모집인 등의 지위에서 판매행위를 하는 것이므로, 변액보험의 특성 등

104) 小林俊明(1999), p.130.

105) 日東京地判 1996.7.30.

106) 日東京高判 2002.4.23.

에 관한 설명의무를 부담한다. 따라서 은행이 보험대리점 등의 지위에서 행한 변액 보험의 판매과정에서 변액보험계약자에게 불충분한 설명 등을 함으로써 계약자에게 손해를 가한 때에는 이에 대한 은행의 책임은 물론,¹⁰⁷⁾ 보험자도 「보험업법」상 일종의 사용자책임과 유사한 손해배상책임을 부담하게 된다(동법 제102조 제1항).

V. 현행법의 과제와 개선방안

고객들의 보험금부 가치보전 내지는 고수익보장 욕구와, 보험회사의 급격한 금융 환경변화로 인한 금리리스크 헷지 및 타금융기관의 실적배당상품에 대한 보험상품의 수익률 제고 욕구는 상호 양립하기 어려운 요소로 작용하게 된다. 따라서 필연적으로 충돌할 수밖에 없는 변액보험계약 관계에서 발생하는 문제를 법적으로 어떻게 규율하고 조정하느냐 하는 문제는, 변액보험제도 운용의 성과와 직결된다고 볼 수 있다.

일찍이 변액보험을 판매한 경험을 갖고 있는 외국의 예를 보면, 변액보험 판매시 모집인은 보험의 판매실적을 높이기 위하여 만기보험금액이나 해약환급금이 보증되지 않는다는 사실 등과 관련하여 모호하게 설명함으로써 분쟁이 속출하였다. 또한 모집인은 장래의 운용성과에 대해 단정적인 판단을 제공하거나 특정기간의 수익만을 제시하는 등, 계약자에게 정확한 판단자료를 제공하지 아니함으로써, 그 이익을 저해하는 모집활동을 하는 경우가 많았다. 이러한 분쟁 현황과 규율방식은 2001년 7월부터 변액보험을 판매하고 있는 우리나라에 있어서, 변액보험 관련 분쟁을 사전에 예방하기 위한 대책을 강구함에 있어서 많은 시사점을 준다 할 것이다. 아래에서는 앞에서 본 변액보험에 대한 쟁점사항을 중심으로, 현행 법제의 개선방안을 간략히 정리한다.

107) Anderson v. Knox 297 F.2d 702(9th Cir. 1961). 이 사건은 고객에게 과도한 금액의 은행대출을 조건으로 보험에 가입하도록 유도한 보험권유자는, 해당 보험이 원고의 필요에 부적합한(unsuitable) 것임에도 불구하고 가입을 권유하였다는 것을 이유로 손해배상책임을 인정한 것이다.

첫째, 유동성에 기초한 변액보험의 특성상 중요사항 등에 대한 보험자측의 설명 의무는 변액보험계약의 핵심적인 내용에 해당한다. 모집인 등이 변액보험의 중요한 내용을 보험계약자에게 충분히 설명하지 아니한 경우, 보험자의 사용자책임을 인정할 수 있다. 이 때 설명하여야 할 사항과 정도에 대해서는 학설과 판례에 따라 다르지만, 이는 변액보험의 특성 및 보험계약자의 능력이나 경험 등을 감안하여, 중요사항에 대해 당해 보험계약자가 충분히 숙지하고 계약을 체결할 수 있는 정도의 설명 의무를 지는 것으로 보아야 할 것이다. 이 때 변액보험의 모집규제와 관련하여 적합성의 원칙도 고려하여야 한다. 즉, 보험계약자가 부담하는 리스크를 판단하여 생명보험모집인은 고객의 소득, 연령 등에 대하여 상당한 조사를 한 후, 변액보험이 당해 고객에게 적합한 것이라는 근거가 없다면 이를 권유해서는 안 될 것이다. 또 이러한 내용과 원칙을 「보험업법」 등에 적극적으로 수용하여, 변액보험자에게 계약의 권유나 체결시에 보다 세밀한 주의를 기울이게 하고, 아울러 이들 「단속법규」를 위반한 경우 그 위반을 이유로 손해배상을 청구할 수 있도록 해야 할 것이다.

둘째, 변액보험자의 자산운용의무 문제에 있어서도, 특별계정 부분은 투자신탁과 유사한 운용을 하는 것임에도 불구하고, 그 운용의무 등에 대해 현행 법률은 추상적 규정만을 두고 있다. 이는 최근 각종 연기금의 방만한 운용에 따른 사회적 문제가 제기되고 있는 시점에서 매우 중대한 문제라고 본다. 변액보험계약자는 당해 보험상품을 자기책임의 원칙 하에 선택한 대신, 그에 대해 가지고 있는 신뢰를 보호받을 권리가 있다. 따라서 특별계정에 해당하는 자산에 대하여 변액보험자는 수탁자의 지위에 있다고 해야 할 것이고, 당해 자산의 운용에 대해 선량한 관리자로서의 의무와 신탁계약상의 수탁자책임에 준하는 책임을 부담하는 것으로 보아야 한다. 그리고 이러한 의무와 책임에 관한 내용도 「보험업법」 등에 제도화하여, 자산운용에 대한 책임 있는 운영풍토를 정착시켜야 할 것이다.

셋째, 금년부터 허용하는 방카슈랑스시대를 맞이하여 은행 등도 변액보험을 판매할 수 있게 되었는데, 이때 은행 등은 설명의무 등 일정한 책임을 부담하게 된다. 그리고 은행이 「보험업법」상의 금지의무 위반행위를 하는 경우에는 이를 위법성 판단의 징표로 파악함은 물론, 특히 은행의 금융기관으로서의 우월적 지위를 이용한 대출 및 보험료일괄납입 형식의 계약체결을 권유하는 경우 등에 대해서는 그 효력을

부정하여 원금손실액 등에 대한 손해배상책임을 지워 변액보험계약자를 보호하여야 할 것이다. 또 보험자도 은행의 부당행위에 대해 「보험업법」상 무과실책임에 가까운 책임을 지게 된다. 위와 같은 조건이 갖추어질 때, 변액보험계약 관계에서 「보험업법」 등이 추구하는 모질질서의 확보 및 소비자 보호라는 기본적인 목적을 달성할 수 있을 것이고, 아울러 변액보험이 도입 취지에 걸맞는 금융상품으로 자리매김하게 될 것이다.

참 고 문 헌

- 고평석, 「변액유니버설 보험제도의 도입논의와 그 문제점」, 『민법의 과제와 현대법학의 조명(경양 흥천용교수화갑기념)』, 1997.
- 금융감독원, 「변액보험 도입을 위한 보험업감독규정 개정」 보도자료, 2001. 4. 28 (<http://www.fsc.go.kr>).
- 김선정, 「변액보험계약체결시 부당설명한 보험자의 법적 책임」, 『보험개발연구』 제13권 제1호, 2002.
- 김지환, 「變額保險과 說明義務」, 『商事法研究』 第21卷 第2號, 2002.
- 생명보험협회편, 『생명보험 변액보험교재』, 2003(<http://www.klia.or.kr>).
- 장경환, 『보험기초이론』(언더라이터 자격시험 교재), 생명보험협회, 2002.
- 장경환, 「생명보험에서의 보험계약상의 현안 쟁점(1)」, 『생명보험』, 2003.
- 甘利公人, 「變額生命保險の法的問題」, 『熊本法學』 第53號, 1987.
- 江頭憲治郎, 『商取引法』(第三版), 弘文堂, 2002.
- 江頭憲治郎, 「變額生命保險約款について」, 『現代株式會社法の課題』(北澤正啓先生還曆記念), 1986.
- , 「變額保險の法的問題」, 『保險學雜誌』 第519號, 1987.
- 高橋利昌, 「勸誘方針の適正の確保の規制」, 『銀行法務21 金融商品販賣法の實務と論點』 第588號, 2001.
- 近藤光男·山口恭弘·上嶋一高·楠木くに代, 『金融サ·ビスと投資者保護法』, 中央經濟社, 2001.
- 吉川吉衛, 『保險事業と規制緩和』, 同文館, 1985.

- 金丸和弘,「説明義務の規制」,『銀行法務21 金融商品販賣法の實務と論點』第588號, 2001.
- 金融審議會金融分科會第二部會,「生命保險をめぐる総合的な検討に關する中間報告」, 2001. 6.
- 奈良輝久,「損害賠償責任」,『銀行法務21 金融商品販賣法の實務と論點』第588號, 2001.
- 大西武士,「變額保險料を融資した銀行の民事責任」,『判例タイムズ』第982號, 1998.
- 大村敦志,「取引と公序-法令違反行為效力論の再検討(下)」,『ジュリスト』第1025號, 1993.
- 大澤康孝,「保險募集の取締に關する法律について」,『現代企業の立法の軌跡と展望』(鴻常夫先生古稀記念), 商事法務研究會, 1995.
- 保險研究會 編,『保險業法の解説』, 大成出版社, 1996.
- 峯崎二郎,「變額保險訴訟における銀行取訴判決の分析」,『銀行法務21』第528號, 1996.
- 山田誠一,「取引における不法行為」,『ジュリスト』第1097號, 1996.
- 山下友信,「證券會社の投資勧誘」,『證券取引法大系』(商事法務研究會), 1986.
- ,「生命保險契約法の改正」,『私法』第61號, 1999.
- 山下友信・竹濱修・洲崎博史・山本哲生,『保險法』(補訂), 有斐閣, 2000.
- 森田章,『投資者保護の法理』, 日本評論社, 1990.
- 森田章,「變額保險」,『民商法雜誌』第114卷 第4・5號, 1996.
- 生命保險文化研究所 編,『文研變額保險判例集』第1・2・3卷, 1999.
- 生命保險經營學會 總合研究委員會,「受託者責任とコ・ボレ・ト・ガバナンスについて- わが國生保各社の資料による總合研究-」,『生命保險經營』第70卷 第2號, 2002. 3.
- 西口元,「金融商品販賣法の趣旨および目的」,『銀行法務21 金融商品販賣法の實務と論點』第588號, 2001.
- 小林道生,「保險募集における説明義務と民事責任」,『損害保險』第61卷 第3號(1999).
- 小林秀之 編著,『金融サ・ビス法と貸手責任』, 一粒社, 2000.
- 編著,『金融商品販賣法の解説』, 新日本法規, 2001.
- 小林俊明,「變額保險勧誘における説明義務と適合性原則」,『ジュリスト』第1151號, 1999.
- 松本恒雄・畔柳達雄・高崎仁,『消費者契約法解説』, 三省堂, 2000.
- 神田秀樹,「いわゆる受託者責任について:金融サ・ビス法への構想」,『ファイナンシャル・

- レビュー』第56號, 2001.
- 梁承圭, 『保險法』(第三版), 三知院, 1998.
- 日本銀行金融研究所, 「金融取引における受託者の義務と投資家の權利」, 『金融研究』第17卷第1號, 1998.
- 前田郁勝, 「變額保險契約を解約していない以上, 拂・保險料と解約返戻金の差額に相當する額の損害が発生しているとはいえないとされた判例」, 『判例タイムズ』第1065號, 2001.
- 田中淳三, 「變額保險について(總括的説明)」, 『保險學雜誌』第519號, 1987.
- 潮見佳男, 「相續稅對策としての變額保險の「適格性」と銀行の不法行為責任」, 『NBL』第743號, 2002.
- 川地宏行, 「金融商品販賣法における説明義務と適合性原則」, 『專修大學法學研究所紀要』第27號, 2002.
- 清水俊彦, 「投資勧誘と不法行為」, 『判例タイムズ』第853號, 1994.
- 村田敏一, 「近年における生命保險法制の整備と消費者保護-金融審議會の活動を踏まえて-」, 『生命保險論集』第140號, 2002.
- 土浪修, 「年金法制における運用機關の受託者責任と生命保險會社」, 『ニッセイ所報』第19號, 2001.
- 厚生年金基金連合會 編, 『受託者責任ハンドブック』(運用機關編), 2000.
- 河井健志, 「生命保險募集制度」, 『金融・商事判例』第1136號, 2002.
- 行澤一人, 「企業年金を運用する保險會社の信認義務(下)」, 『神戸法學雜誌』第46卷第3號, 1996.
- 鴻常夫 監修, 『保險募集の取締にする法律コンメンタル』, 安田火災記念財團, 1993.
- Deborah A Sabalot, *FINANCIAL SERVICES LAW HANDBOOK*, Second Edition, Butterworth, 1996.
- Mark S. Dorfman, *Introduction to Risk Management and Insurance 7th ed.*, Prentice Hall, 2001.
- Michael W. Kessler, "The Suitability Provision of the NAIC Model Variable Life Insurance Regulation," *II Nat'l Ass'n Ins. Comm'rs* 544, 1974.
- Muriel L. Crawford, *Life & Health Insurance Law 8th ed.*, Irwin/McGraw-Hill, 1998.
- Muriel L. Crawford/William T. Beadles, *Law and the Life Insurance 6th ed.*,

Irwin, 1989.

Richard J. Wirth, "MY CUSTOMER'S KEEPER: THE SEARCH FOR A UNIVERSAL SUITABILITY STANDARD IN THE SALE OF LIFE INSURANCE," *24 W. New Eng. L. Rev.* 47, 2002.

Robert E. Keeton and Alan I. Widiss, *INSURANCE LAW Practitioner's Edition*, West Publishing Co., 1988.

Robert H. Mundheim, "Professional Responsibilities of Broker-Dealers: The Suitability Doctrine," *1965 Duke L.J.* 445, 1965.

Simon Gleeson, *Financial Services Regulation: The New Regime*, Sweet & Maxwell, 1999.

Simon Morris, *Financial Service: Regulating Investment Business*, Second Edition, FT Law & Tax, 1995.

Steven J. Sacher & James I. Singer, *Employee Benefits Law 2nd ed.*, BNA Books, 2000.

The NASD Reminds Members Of Their Responsibilities Regarding The Sale of Variable Life Insurance, July 2000.

Abstracts

Variable insurance has been offered on the domestic market since 2001 to meet the changing needs of financial environments, and is a financial product to which the principle of self-liability for the policy holder applies. In other words, variable insurance refers to insurance wherein the whole or portion of the premium paid by the policy holder is included in the special account. Underwriters for variable insurance invest the foregoing premium mainly in stocks or marketable securities, and pay out applicable proceeds to the insured out of the revenues derived from the foregoing investment. Since variable insurance is a product wherein the insurance proceeds vary with the outcome of asset operation, the policy holder runs the risk of incurring unforeseen loss, and therefore, some legal countermeasures are required to protect the policy holder of variable insurance.

It seems, however, that the laws and regulations designed to protect the variable insurance policy holder in a contractual relationship have not yet been properly established in our country. Given such circumstances, I would like to attempt to compare and analyze the laws, regulations, and judicial precedents of those countries where variable insurances have long been sold, and search for countermeasures which will protect the policy holders of variable insurance in our country. Especially in respect to the problems of our legal system - firstly, the policy holder's obligation for declaration and principles of suitability, secondly, the liability for due diligence in asset management, and thirdly, the issue of bank liability in the event a bank is involved in asset management - I would like to present various approaches to improving these issues.

※ Key Word : variable life insurance, explanation obligation, trustee liability, self-liability principle, suitability principle, special account.