

보증보험과 보증공제 관리감독 일원화

전 우 현* · 제 철 응**

《目 次》

- | | |
|--|-------------------------|
| I. 서론 | III. 보증보험과 보증공제의 관리감독체계 |
| II. 보증을 서는 형식의 차이와 적용 법리의
차이 간의 관련성 | 이원화의 문제점 |
| | IV. 해결방안 |
| | V. 결어 |
-

〈국문요약〉

이 논문은 보증보험과 보증공제의 관리감독기관이 각기 다를 뿐 아니라 각 상품에 적용되는 행정규제의 내용이 상이한 현실의 타당성을 점검한 후 그 개선방향을 제시하고자 하였다. 이를 위해 이 논문에서는 보증공제와 보증보험이 동일한 성질의 서비스를 제공하는 것임에도 불구하고, 양 시장에 대한 각기 다른 행정규제가 어떤 문제점을 낳는지를 분석하기 이전에, 먼저 보증공제와 보증보험 모두 인수하는 위험에서 차이가 없기 때문에, 피보증인 또는 피보험자에게 보증공제 및 보증보험이 부담하는 채무를 이행하거나 채무이행 후 구상을 하는 데 있어서 양자를 달리 취급할 필요가 없다는 것을 규명하고자 하였다. 보증공제와 보증보험을 시장에서 인위적으로 각기 달리 규율하는 것은 결과적으로 경쟁을 제한함으로써 해당 산업을 보호하려는 정책에 기인한 것일 수 있지만, 이런 정책이 시대적으로 필요한 시점도 있지만 그것은 소비자를 희생한 대가로 얻어지는 것이다. 동시에 이런 보호정책은 피보호 산업의 경쟁력을 약화시켜 자원배분의 왜곡을 가져 온다. 이 논문은 보증공제와 보증보험 시장을 인위적으로 구분하는 여러 장치를 점진적으로 해체하는 것이 필요한 시점이라는 결론에 도달한 후, 이 글은 행정규제의 통일화, 감독의 일원화, 또는 통일된 관리감독체계 등이 대안임을 제시하였다.

* 제1저자 : 한양대학교 법학전문대학원 교수.

** 교신저자 : 한양대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

I. 서론

보증보험과 보증공제는 전자는 보험계약의 형식을 후자는 민사법의 계약 형식을 취한다는 점에서는 차이가 있다. 후자의 경우 개정된 민법 제428조의2에 따라 보증의사가 서면으로 표시되어야 하지만, 보증보험계약은 민법 제428조의2가 적용되지 않는다. 이런 차이는 보험회사와 보증공제기관의 경우 실질적인 차이를 수반하지는 않는다. 무엇보다도 민법 제428조의2는 채권자와 직접 보증계약을 체결할 경우 또는 채무자와 제3자를 위한 보증계약을 체결할 경우의 보증인을 보호하기 위한 규정으로서 구두의 낙성계약의 효력을 부인하기 위한 것인데,¹⁾ 보증보험회사나 보증공제기관은 대개 제3자를 위한 계약의 형식으로 보험계약 또는 보증계약을 체결하고, 보증의사는 언제나 서면에 의해 표시되기 때문이다.

이런 미세한 형식적 차이를 제외한다면 양 계약의 목적의 면에서는 차이가 있을 수 없다.²⁾ 양 법률행위의 목적은 다른 채무이행자(보증공제기관 또는 보증보험자)를 확보함으로써 채무자의 채무불이행 위험에 대처하려는 것에 있기 때문이다.³⁾ 그런데 보증계약 또는 보증보험계약이라는 형식적인 차이만을 이유로 양 계약의 효력을 법리적으로 달리 취급하거나 시장에서의 활동을 달리 규율하게 된다면, 금융소비자에게 직접의 악영향을 미칠 수도 있을 것이다.⁴⁾ 동시에 경쟁을 막는 불필요한 규

1) 서면에 의한 보증의사표시에 관한 상세한 것은 제철용, 서면에 의한 보증의사의 표시, 서울법학 제25권 4호(2018.2), 149면 이하 참조.

2) 법률행위의 목적 일반에 관하여는 고상용, 민법총칙, 법문사, 1996, 343-349면; 박운직·김재형, 민법총칙[민법강의 I], 박영사, 2012, 262-263면; 김상용, 민법총칙, 화산미디어, 2009, 365-366면; 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2010, 129-130면; 이영준, 민법총칙, 박영사, 1995, 120면; 이은영, 민법총칙, 박영사, 2009, 132-139면 등 참조.

3) 우리 민법에서는 주채무자의 채무불이행시 보증채무자가 이행책임을 지는 것이지만, 독일 민법, 스위스 채무법은 이행을 담보하는 책임을 부담하게 한다(김상용, 채권총론, 화산미디어, 2010, 306면). 보증보험의 목적은 채무자가 채무불이행을 하여 피보험자(채권자)에게 발생하는 손해를 전보하는 것인데 이 역시 이행을 담보하는 책임과 다르지 않다. 즉, 보증채무나 보증보험이 달성하려는 목적은 같은 것이다.

4) 시장에는 보증의 효과를 달성하기 위해 보증계약이라는 典型契約 이외에도 여러 형태

제를 유지하게 되어 산업의 자생력을 떨어뜨릴 수도 있을 것이다.

오랜 기간 보증보험과 보증공제의 관리감독체계가 이원화되어 있고, 규율내용과 방법이 달라서 시장에서 불평등한 취급이 있었다는 논란이 적지 않았다. 이 글에서는 이 문제를 어떻게 규율하는 것이 바람직한지를 검토한다. 이를 위해 먼저 보증계약을 체결하거나 보험계약의 형식으로 보증을 설 경우 양자에 적용되는 법리가 달라야 하는 것인지를 법이론 및 법실무의 관점에서 살펴 본 후, 보증공제와 보증보험의 관리체계를 이원화하는 것의 문제점을 분석한 뒤 대안을 제시하고자 한다.

II. 보증을 서는 형식의 차이와 적용 법리의 차이 간의 관련성

보증공제와 보증보험 간에는 계약 형식의 관점에서 차이가 있다. 전자는 보증계약으로, 후자는 보험계약으로 체결되기 때문이다. 여기서는 이런 차이가 양 계약에 적용되는 법리의 차이로 귀결되어야 하는지를 살펴본다.

1. 인수한 위험에 따른 보험 유형의 구분

(1) 보험은 일반적으로 “위험부담의 대가로 보험료를 받는” 유상계약이다. 보험의 목적인 위험이 무엇인가에 따라 보험자에게 인정되는 권리와 의무의 내용이 달라진다. 먼저 손해보험에서의 보험료는 보험자가 부담할 “보험금지급”이라는 위험(Risk)에 대한 대가인 것처럼 보이기도 한다.⁵⁾ 그러나 이렇게 이해하게 되면 보험자는 이미 보험금에 대한 반대급부, 즉 代價로서 보험료를 받았다고 볼 수 있다. 한 때 이런 이유로 손해보험자의 보험자대위를 인정할 정당성이 약하다는 비판이 제기

의 계약이 이루어지고 있는데 보증보험도 그 일종이라고 할 것이다. 보증계약과 유사한 제도로는 손해담보 계약, 신원보증 등도 있다(이은영, 채권총론, 박영사, 2009, 588-589면).

5) 국내 보험학계에서도 이렇게 이해하는 경우가 적지 않다. 가령 장덕조, 보험법(개정판), 법문사(2011), 45면; 한기정, 보험법, 박영사(2018), 44면 이하 등 참조.

되었다.⁶⁾ 이런 비판에 따르면, 손해보험자에게 보험자대위를 인정할 근거를 제3자 면책되는 효과를 방지하기 위한 것 또는 피보험자로 하여금 2중의 이익을 귀속시키는 것을 방지하는 것에서 찾게 될 것이다.⁷⁾ 즉 보험자대위의 근거가 입법정책에만 기반하게 된다는 것이다. 그러나 자신의 급부(보험금지급)에 대해 이미 반대급부(보험료)를 수령하였음에도 불구하고, 이런 정책적 판단으로 인해 보험자대위권을 부여 받는다는 것은 정의롭지 않을 것이다. 보험자에게 경제적 혜택을 부여한 셈이고, 그 반대급부로 국가는 보험자에게 다른 요구를 할 핑계거리가 생기는 셈이다.

이에 반해 손해보험에서의 보험료는 “피보험자가 입은 손해를 스스로 전보시키기 곤란한 제반 사정”이라는 위험을 보험자가 대신 부담하는 것에 대한 대가라고 이해한다면,⁸⁾ 보험자대위라는 실정법상의 제도는 정의에 부합하는 제도로 이해할 수 있을 것이다. 피보험자가 제3자에 대해 손해배상청구권을 가진 경우, 보험계약이 없었더라면 그 채권의 실현곤란이라는 위험을 피보험자가 스스로 부담했어야 할 것이다. 물론 피보험자가 제3자에 대한 손해배상청구권을 가지지 못하는 경우, 피보험자가 스스로 손해를 부담할 수밖에 없었을 것이다. 피보험자가 부담하는 이런 유형의 위험을 보험자에게 轉嫁하고, 그 대가로 보험료를 지급한 것이라고 이해할 수 있다. 보험료와 대가관계를 이루는 “위험”을 이렇게 이해하면 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급한 경우, 피보험자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 보험자가 대위하도록 하는

6) 프랑스법에서의 이런 논리의 등장과 쇠퇴는 제철웅, 구상관계와 변제자대위: 그 상호관계의 비교법적 연구, 민사법학 23(2003.3), 709면 이하 참조.

7) 前者는 피보험자가 이미 손해를 전보 받았으므로 더 이상 배상할 손해가 없고, 따라서 가해자인 제3자는 손해배상의무로부터 면책될 것이라는 논리를 전제한 것이고, 後者는 보험금의 지급에도 불구하고 피보험자의 가해자에 대한 손해배상청구권의 존속을 긍정하는 것을 전제하는 것이다. 보험법학자들은 보험자대위의 인정근거를 통상 後者와 같이 이해하고 있다. 가령 최기원, 상법학신론(하) 13판, 박영사, 2004, 693면; 김성태, 보험법강론, 법문사, 2001, 440면 이하 참조. 위 양자를 결합하여 이를 정책적인 관점에서 설명하는 것으로는 양승규, 보험법 제5판, 삼성사, 2004, 228면 참조.

8) 보험계약에서도 이런 이해를 지지하는 견해가 있다. 가령 박세민, 보험법, 박영사(2017), 94면 이하 참조.

것은 지극히 자연스러운 것이며, 법정 변제자대위를 인정할 것인가의 문제만이 입법 정책으로 남을 것이다.⁹⁾

(2) 책임보험에서는 보험계약자(통상 동시에 피보험자)가 제3자에게 채무를 부담하는 손해가 발생할 때, 보험계약자가 타인에 대해 가지는 권리로서 이 손해를 전보하기 곤란한 위험,¹⁰⁾ 또는 스스로 그 책임을 부담하여야 하는 위험을 보험자에게 轉嫁시키고, 그 대가로 보험료를 지급한다. 이 경우 보험금을 지급한 보험자가 보험계약자에게 구상하는 것은 매우 異例에 속한다. 즉 당사자 간에 별도의 특별한 약정이 있어야만 허용될 수 있고, 강행법규로서 이를 허용하지 않을 수도 있다(상법 제663조).

(3) 보증보험은 어떤 위험을 인수하는가? 보증보험에서는 보험계약자가 피보험자에게 채무를 이행하여야 하는 손해가 발생한 때, 자신이 타인에 대해 가지는 권리로서 그 손해를 전보하기 곤란한 위험 또는 스스로 손해를 부담하여야 한다는 위험을 보험자에게 轉嫁시키고 그 대가로 보험료를 지급하는 것은 아니다. 오히려 피보험자(=채권자)의 채권실행 곤란이라는 위험을 보험자에게 전가시키고, 그 대가로 보험료를 지급하는 것이 보증보험계약이다. 이 계약을 피보험자가 아닌 보험계약자가 타인을 위한 보험계약으로써 체결하는 것이 보증보험이다. 만약 보험계약자도 피보험 이익을 향유하고자 한다면, 이 경우에는 위에서 말한 두 가지 위험부담에 대한 대가가 보험료가 될 것이고, 이때의 보험료는 급등할 수밖에 없다.

9) 우리 법은 이미 변제자대위제도를 통해 “변제할 상당한 이익”이 있을 때 법정대위를 긍정하고 있다. 즉, 이 문제에 대한 입법정책적인 결단을 하였다가 것이다. 만약 보험자대위제도가 없었다 하더라도, 본문과 같은 사안에서는 변제자대위로서(제481조) 피보험자의 손해배상청구권의 법정대위를 긍정할 수 있을 것이다. 프랑스의 보험법에서의 발전은 이런 이해와 이론의 발전과 그 맥을 같이 한다. 이에 대해서는 제철웅(위주 5), 704면 이하 참조.

10) 가령 보험계약자가 제3자와 부진정연채무를 부담하지만, 내부적으로는 부담부분이 없거나 일부에 한정될 경우, 보험계약자는 제3자에 대한 구상을 통해 자신이 부담하는 손해(채권자에 대한 채무이행)를 전보할 수 있겠지만, 구상의 실현이 곤란한 경우를 상정하면 될 것이다.

2. 보증과 보증보험 간의 공통점

보증과 보증보험 간에는 많은 공통점이 있다. 아래에서는 특히 인수한 위험의 관점과 구상수단의 관점에서 살펴본다.

(1) 인수한 위험의 관점에서

가) 보증보험계약에서의 보험자는 피보험자(=채권자)의 채권실현의 곤란이라는 위험부담을 보험자가 인수하는 대가로 보험계약자로부터 보험료를 받는다. 보험자가 지급하는 보험금으로써 피보험자의 손해가 전보될 경우 피보험자가 갖는 권리는 당연히 보험자가 법정대위할 수 있다고 보아야 할 것이다.¹¹⁾ 손해보험에서 보험금의 지급으로 피보험자의 피보험손해가 전보되면 보험자가 피보험자의 제3자에 대한 채권과 담보권을 대위할 수 있는 것과 동일한 이치이다.¹²⁾ 대판 2000다55089에서처럼 ‘보험계약자에게 구상하는 것이 이례에 속하므로 별도의 특별한 약정이 없는 한 이를 허용할 수 없다’는 논리는 보험 일반에 적용되지 않음이 분명하다. 보험계약의 일반적 특성에 비추어 보면, 보험자는 인수한 위험에 따라 보험료를 결정한다. 마찬가지로 보험자가 보험금을 지급한 후 보험계약자에게 구상할 수 있는지 여부는 보험자가

11) 그것이 변제자대위인지, 보험자대위인지를 다루는 것은 실익없는 이론적 논쟁에 불과할 것이다.

12) 한창희, “보증보험의 범적 고찰”, 「보험학회지」 33집(1989), 19면은 보험자의 보험금지급으로 주채무가 소멸하기 때문에 보험자대위가 있을 수 없다고 한다. 보증인이 채권자를 만족시키면 주채무가 소멸되지만, 변제자대위가 인정됨은 주지의 사실이다. 이런 점에서 보험자대위와 변제자대위간의 차이가 있다고 주장하는 것은 어쩔 수 없는 일이다. 그렇다면 이 경우 변제자대위를 긍정하면 될 것이다. 만약 보증보험은 손해보험이므로 변제자대위가 인정되지 않는다고 주장할지 모른다. 변제자대위제도를 두고 있는 프랑스법의 관점에서 보면, 보험자대위는 변제자대위를 보험법에서 긍정한 것에 지나지 않고, 오늘날 프랑스의 많은 학설들은 양자의 법적 성격은 다르지 않고, 입법자에 의한 별도의 정함이 없는 한 동일하게 다룰 수 있다고 한다(제철웅(위 각 주 5), 709면 이하 참조). 이를 외국법의 예에 불과하다고 보고 우리 법의 특수성을 주장하면서, 법의 역사성과 법(그리고 그 이면의 문화)의 보편성을 부정하는 바로 그 지점이 해석학의 논의가 집중되어야 할 곳이다.

인수한 위험의 성격과 내용에 따라 결정되는 것이지,¹³⁾ 보험계약의 일반적 성질상 보험자가 보험계약자에게 구상할 수 없다고 할 것은 아니기 때문이다. 가령 제3자를 위한 손해보험의 경우 보험계약자가 제3자에게 발생할 손해에 대해 그 제3자를 피보험자로 계약하였고, 인수한 위험도 ‘피보험자에게 발생한 손해를 스스로 전보하기 어려운 사정’이기 때문에, 보험사고가 발생한 후 보험자가 보험금을 제3자=피보험자에게 지급하였다면 그 손해로 인해 제3자가 가진 손해배상청구권은 보험자가 대위할 수 있어야 할 것이다. 피보험자가 직접 손해배상청구권을 행사하여 실현하여야 한다는 위험을 보험자가 인수하였기 때문에, 보험자가 그 위험을 스스로 행사할 수 있어야 하는 것은 자명한 이치이다. 만약 이 때 피보험자인 제3자의 손해배상청구권이 보험계약자를 채무자로 하는 것이라면 보험자가 보험계약자에게 구상할 수 있는 것 역시 자명하다.

나) 보증인도 마찬가지로 위험을 인수한다. 보증인은 주채무자가 채무를 이행하지 못할 경우 주채무자의 채무를 대신하여 이행하고, 주채무자에게 구상함으로써 자신의 재산출연을 전보받을 수 있다. 이 점에서 보면 보증인은 ‘주채무자의 무자력 위험’을 인수하는 셈이다. 이를 채권자=피보증인의 관점에서 보면 자기 채권 실현 곤란이라는 위험이 보증인에게 전가되는 셈이다. 이 점에서는 보증과 보증보험이 다를 바 없다. 보증계약과 보증보험계약의 차이는 보증계약은 무상으로도 체결할 수 있지만, 보증보험계약은 유상계약이라는 점에 있을 뿐이다. 만약 유상의 보증계약이라면 인수하는 위험의 관점에서 볼 때 보증보험과 보증 간에는 차이가 있을 수 없다.

(2) 구상 수단의 관점에서

가) 대법원은 일찍이 보증보험은 손해보험으로서의 성격만이 아니라 보증으로서

13) 가령 채권자를 만족시킨 연대채무자가 다른 연대채무자에 대해 채권자를 법정대위할 수 있는 근거는 연대채무자 상호간에 각자의 부담부분만큼은 자기 채무로, 그것을 초과하는 부분은 다른 연대채무자의 채무를 대신 부담하기로 약정하였기 때문이지, 법률로 법정대위를 규정하였다는 것 자체에서 찾을 수 없는 것과 동일한 이치이다. 전자의 성격이 없다면 법률로 법정대위를 규정할 수 없었을 것이기 때문이다.

의 성격도 가지고 있음을 전제한 후, 피보험자에게 보험금을 지급한 보험자가 주채무자인 보험계약자에게 구상할 수 있음을 인정하여 왔다.¹⁴⁾ 그런데 보증보험자의 구상수단은 보험자대위이고, 보증인의 구상수단은 변제자대위이다. 물론 보증보험자나 보증인은 내부관계에 기한 구상권이 있지만, 채권자의 담보권, 채권자가 확보한 집행권원 등을 대위하는 장점이 있기 때문에 대위가 구상에서 대부분 유리하다. 여기서는 구상수단으로서의 변제자대위와 보험자대위 간에 과연 차이가 있는지만 살펴본다.

나) 역사적으로 보면 보증인이 주채무자에 구상할 수 있는 수단으로 로마법에서의 소권양도 및 변제권에 기한 대위제도가 있었고, 이것을 토대로 변제할 정당한 이익이 있는 사람은 채권자의 채권과 담보권을 당연히 대위하여 주채무자 또는 중국적 책임을 부담하여야 할 사람에게 구상할 수 있다는 법리가 발전하여 왔다. 민사법에서의 보증채무, 연대채무자의 법정대위제도가 그 중 가장 앞서 발전해 왔다. 그 후 보험자의 법정대위, 사회보험자의 법정대위, 국가의 공무원이 입은 손해에 대해 국가가 보상을 한 후 공무원의 제3자에 대한 손해배상채권을 국가가 법정대위하는 것 등으로 법정대위가 각기 따로 발전해 왔다. 역사적 발전과정이 일관된 계획 하에 진행된 것이 아니었기 때문에, 법정대위의 용어가 변제자대위, 보험자대위, 사회보험자의 대위 등으로 달리 사용되었을 뿐이다. 그 핵심은 채권자의 채권과 담보권을 당연히 취득하여 또는 채권자의 지위에 당연히 편입하여 그의 권리(담보권 또는 집행권원 있는 채권)로써 구상할 수 있다는 점에 있고, 이는 모든 대위에 공통된다.

우리나라의 변제자대위나 보험자대위에 많은 영향을 미친 프랑스법에서는 민법 제1250조 내지 제1252조에서 형평의 관념에 기초하여 구상수단으로 변제자대위제도를 마련하고 있었다.¹⁵⁾ 그 후 학설들은 법률에 열거된 것에 얽매이지 않고 법정 변

14) 가령 대판 1992.5.12. 92다4345(공보 923호, 1847) 참조. 이 판결은 보증보험자와 보험계약자 간의 구상권약정 및 보험계약자의 보증인과 보험자 간의 구상연대보증계약이 보험의 성질에 반하거나 불공정한 법률행위여서 무효인 것이 아니라고 한다.

15) 2016년 2월 10일 Ordonnance no. 2016-131 제3조에 의해 변제자대위는 민법 제1346조에서 제1346-5까지 규율하고 있다. 실질적 차이는 개정 전 민법 제1251조에

제자대위의 적용범위를 확장시켜 왔다. 그 특징은 다음과 같다. 첫째, 수인의 담보제공자 상호간의 구상, 수인이 계약 또는 법률규정 등 각기 다른 법적 원인에 의해 채권자의 손해를 전보할 채무를 부담할 경우 그들 상호간의 구상에는 민법 제1251조 제3호의 법정대위가 적용된다. 보험법 L121-12조의 보험자대위, 사회보장법 L376-1조, L454-1조 등에 의한 사회보험금고의 대위 역시 민법 제1251조의 법정대위와 동일하다고 이해하고 있다.¹⁶⁾ 피해자의 손해를 전보한 주체가 다르기 때문에 각기 다른 법률에서 변제자의 법정대위, 보험자의 법정대위, 사회보험자의 법정대위, 국가의 법정대위 등으로 규정한 것에 불과할 뿐이다.

둘째, 프랑스법에서는 우리 학설과 달리 내부관계에 기한 구상권의 존재가 법정대위의 요건으로 보지는 않는다. 가령 제3자가 자신의 고유한 채무를 변제하였으나 법정대위로 구상할 수 있는 사안(프랑스 민법 제1251조 제3호), 부진정연대채무자의 사안 등에서는 변제자가 구상의무자에 대한 고유한 구상권이 없는 경우가 적지 않다. 1977년 6월 7일 선고된 파기원 민사 1부의 판결에서 부진정연대채무자 상호간의 구상권을 인정할 것도 그 예이다.¹⁷⁾ 대위변제자와 주채무를 담보하는 보증인, 물상보증인 간에는 고유한 구상권이 없더라도 법정대위로써 구상할 수 있다.¹⁸⁾

셋째, 연대채무자, 공동보증인 상호간의 구상에 있어서 부분구상을 원칙으로 한다. 부분구상을 엄격하게 관찰하면 먼저 채권자를 만족시킨 자가 구상의무자 중 1인의 무자력위험을 부담하는 불이익을 입을 수 있다. 이를 완화하기 위해 구상의무자 중 1인의 무자력위험은 부담부분의 비율에 따라 분담하도록 한다.(프랑스 민법 제1214조, 제875조, 제2033조, 제2026조) 법정대위에 기한 구상에서도 마찬가지로 부분구

서는 법정변제자대위가 가능한 경우를 제1호부터 제5호까지 열거하고 있었으나, 제1346조에서는 정당한 이익이 있는 경우 당연히 대위할 수 있도록 규정한 것에 지나지 않는다. 이하 제1251조를 언급한 것은 현행 민법 제1346조의 적용을 받게 된다.

16) Mestre, La Subrogation personnelle, 1979, n. 248; Starck, Droit Civil 2, Obligation, n. 1910; Mazeaud/Mazeaud/Chabas, Leçon de Droit Civil Tomb II, n. 1910.

17) Juris Classeur Civil, Art. 1197 à 1216, n. 89-89.

18) 이 점은 우리 민법 제482조 제2항 각호의 사안의 경우에도 마찬가지이다.

상이 원칙이고 부분구상으로 인한 불이익, 즉 구상의무자의 무자력위험은 부담부분의 비율에 따라 분담하도록 한다. 또한 법정대위에 기한 부진정연대채무자 상호간의 구상에 있어서도 연대채무자에 관한 규정을 유추적용하고 있다.¹⁹⁾ 나아가 다수 담보제공자 상호간의 구상에 관하여 민법에 아무런 규정을 두지 않지만 연대채무자 및 보증인 상호간의 구상에 관한 규정을 유추적용하여 결과적으로 동일하게 처리하고 있다. 물상보증인의 부담부분은 그가 제공한 담보물의 가액의 비율에 따른다고 한다.²⁰⁾

넷째, 프랑스법에서도 우리 법과 마찬가지로 전부구상이 허용되는 사안이 있다. 특히 보증인 또는 물상보증인과 같이 민법 제1251조 제3호의 “타인의 채무를 부담”한 자는 그 타인에 대해 전부구상을 할 수 있다. 또한 연대채무자 중 1인을 위하여 보증인이 된 자가 채권자를 만족시킨 경우 우리 민법 제447조와 달리 연대채무자 각자에 대해 전부구상이 허용된다.²¹⁾ 한편 연대채무자 중 1인이 내부적으로 채무를 중국적으로 부담할 경우에는 다른 연대채무자는 그와의 관계에 있어서는 보증인으로 간주된다(프랑스 민법 제1216조). 따라서 내부부담부분이 0인 연대채무자가 채무를 변제한 경우에는 내부적 부담부분이 있는 다른 수인의 연대채무자 각자에게 전부구상이 가능하다. 부진정연대채무의 경우에도 동일한 법리가 적용된다.²²⁾

다섯째, 보증공제기관의 구상권이든 보증보험자의 구상권이든 그 구상권의 행사가 상행위일 때에는 구상권의 소멸시효는 5년으로 단축된다는 점에서 동일하다. 보증을 상행위로 하지 않는 경우에는 10년의 소멸시효에 걸리는 것은 물론이다.

다) 이상의 언급으로부터 우리는 보증인 또는 보험자에게 구상수단으로 각기 변제자대위 또는 보험자대위가 인정된다고 하더라도 그것의 법적 성격이 다르다고 볼 이유가 없음을 알 수 있다. 모두 채권자의 채권과 담보권을 취득하여 구상하는 것이

19) Starck(위 주 15), n. 1814; Mestre(위 주 15), n. 546 등 참조.

20) Mestre(위 주 15), n. 549. 이것이 프랑스법의 종래의 통설임은 Schulz, S. 63, 69; Schlechtem, Ausgleich Zwischen Mehrensicherenden fremden Schuld, FS Caemmerer(1978), S. 1019에서도 확인할 수 있다.

21) Ferid/Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, Bd. 2, 2M 36 참조.

22) Mestre(위 주 15), n. 542.

고, 구상의 방법은 대위변제자가 내부적으로 부담부분이 있는 자인가에 따라 부분구상 또는 전부구상을 할 수 있으며, 이 점에서 명칭 여하와 무관하게 법정대위에는 차이가 없다. 구상의 범위에서는 내부적 관계를 기준으로 위임관계가 있는지, 위임관계가 없다면 사무관리나 이에 준하는 관계가 있는지, 또 그렇지 않고 구상의무자의 정당한 의사에 반하여 변제하였다는 사정이 있다면 부당이득의 법리에 따라 구상의 범위가 정해질 것이다. 구상수단인 변제자대위, 보험자대위의 성격이나 내용이라는 점에서도 보증과 보증보험 간에는 차이가 없다고 할 것이다.

3. 보증인에게는 인정되는 공동보증인, 물상보증인에 대한 구상가능성의 보증보험자에게의 의 적용여부

(1) 대법원 2001.11.9. 선고 99다45628 판결

[사실관계]

소의 甲은 소의 乙로부터 물품을 공급받아 판매하는 계약을 체결한 후, 외상물품 대금채무를 담보하기 위해 1991.9.경 丙으로 하여금 그 소유의 부동산에 대해 채권최고액을 2억 원으로 하는 근저당권을 乙에게 설정해 주도록 하였다. 1994.8.2. 피고가 乙을 흡수합병한 후에도 피고와 甲은 거래를 계속하여 오던 중, 1995.3.23. 甲은 원고와 피보험자를 피고, 보험금액을 1억 원, 보험기간을 1995.3.23.부터 1997.3.22.로 하는 지급보증보험계약을 체결하였다. 甲은 1996.9.10. 부도를 내고 피고와의 거래가 중단되었고, 이때의 외상물품대금은 약 1억 7천만 원이었다. 1996.10.11. 원고는 피고에게 보험금 1억 원을 지급하였다. 당시 피고는 원고에게 피고가 甲에 대한 다른 담보가 없다는 확인서를 작성해 주었다. 1996.11.4. 피고는 이미 승계취득하였던 丙 소유 부동산에 대한 근저당권을 부기등기의 방식으로 이전등기를 하고, 1996.12.경부터 1997.2.27.까지 소의 丁으로부터 나머지 외상대금을 대위변제받은 후 그 근저당권을 丁에게 이전해 주었다. 丁은 저당권을 실행하여 대위변제한 금액 등을 변제받았다. 이 사실을 알게 된 원고는 피고의 過失로 법정대위권을 제대로 행사할 수 없게 된 손해 입게 되었다고 하여 손해배상을 청구하였고, 원심은 원고의 청구를 인용하였다.

[대법원 판결]

원심을 파기 환송하였다. 그 이유는 다음과 같다.

1. 대법원은 “보증보험계약과 주계약에 부종하는 보증계약은 계약의 당사자, 계약 관계를 규율하는 기본적인 법률규정 등이 상이하어 보증보험계약상의 보험자를 주계약상의 보증인과 동일한 지위에 있는 공동보증인으로 보기는 어렵다 할 것이므로, 보험계약상의 보험자와 주계약상의 보증인 사이에는 공동보증인 사이의 구상권에 관한 민법의 규정이 당연히 준용된다고 볼 수가 없고, 또한 보증보험약관상의 특약에 따라 보험계약자에 대하여 구상할 수 있는 것으로 규정되어 있다고 하더라도,²³⁾ 달리 다른 특별한 약정이 없는 한 위와 같은 특약만으로 보험자가 주계약의 보증인에 대하여도 구상권을 가지는 것으로 해석할 수는 없다는 것이 대법원의 관례인 바(대법원 2001.2.9. 선고 2000다55089), 이러한 보증보험계약상 보험자와 주계약상의 보증인과의 관계에 관한 법리는 보험자와 주계약상의 채무자를 위해 자기의 재산을 담보로 제공한 자(물상보증인)에 대한 관계에서도 마찬가지로 적용되어야 한다”고 판단하였다.

(2) 이익형량의 관점에서 본 비판

가) 만약 피보험자가 보험자(원고)가 아닌 보험계약자(갑)의 연대보증인(또는 물상보증인)으로부터 만족을 얻었다면 피보험자는 보험자에게 보험금을 청구할 수 없는 것은 명백하다.²⁴⁾ 그런데 피보험자를 만족시킨 연대보증인, 또는 물상보증인은 피보험자의 보험자에 대한 보험금청구권을 대위하여 자신의 출제의 한도에서 보험금 전액의 구상 또는 민법 제448조 제2항 또는 제482조 제2항 제5호를 유추적용하여 부분구상을 허용할 것인가? 아니면 전연 구상이 인정되지 않는가? 만약 보험계약자의 연대보증인이 우연히 먼저 채권자(=피보험자)를 만족시켰다고 해서 위 판결처럼 보험자에 대한 구상을 부정하게 되면, 그 불공평성은 지나치게 클 것이다. 달리

23) 이 사건의 보증보험계약약관에는 피보험자가 보험계약자에 대하여 가지는 권리를 대위할 수 있다고 규정되어 있었다.

24) 대판 2003.9.26., 2001다68914 참조.

말하면 연대보증인의 보험자에 대한 구상을 긍정하지 않을 수 없다는 것이다. 이 경우 연대보증인 또는 물상보증인의 구상 수단은 변제자대위밖에 없고, 그 구상의 범위는 민법 제482조 제2항 제5호를 유추하는 것이 가장 적절할 것이다.²⁵⁾

나) 보증인(또는 물상보증인)은 대가없이 보증(또는 물상보증)을 선 것이고, 보험자는 대가를 받고 보증보험계약을 체결한 것이므로 양자 사이에서 후자만이 내부적으로 종국적 책임이 있다고 할 것인가? 이익형량의 관점에서 보더라도, 주채무자를 위해 무상으로 연대보증, 물상보증을 선 자들과 보증보험자를 비교하면 후자의 보호가치가 전자보다 낮지 않다. 전자는 주채무자와의 인적인 신뢰관계에 입각하여 아무 대가없이 희생을 하기로 이미 결단한 자이고, 후자는 아무런 인적 신뢰관계 없는 자를 위해 보증을 선 자이며, 더구나 영리를 목적으로 활동하는 기업이다. 이 점에서 보면, 후자가 있다고 해서 후자와의 관계에서 이를 예상하지 못한 전자의 내부적 부담부분을 0으로 한다는 것은, 이익형량의 관점에서도 잘못된 것이다. 둘째, 후자(보험자)는 보험료를 받는다고 해서 그것이 그와의 관계에서 전자의 내부적 부담부분을 0으로 할 정도인가를 살펴보아야 할 것이다. 보험료와 보험금은 상호간에 대가관계가 있는 것이 아니고, 구상채권의 실현불능위험에 대한 대가에 지나지 않는다는 점, 보험자는 주채무자의 채무불이행이 있을 경우 비로소 보험금을 지급한다는 것을 감안하면, 이때의 주채무자는 무자력인 것이 일반적이고, 지급된 보험금 전부를 구상하는 것은 상당히 어려울 수 있다는 점 등을 감안하면 보증보험료는 결코 높은 것이 아니다.

25) 만약 보증보험계약이 체결된 이후 연대보증을 썼고, 다른 담보수단이 없다는 확인받았더라면 위 판결과 같은 결론에 도달하였을지도 검토가 필요한 부분이다. 이는 수인의 연대보증인이 있을 때 그 중 일부 연대보증인이 다른 담보권이 없다는 확인을 받은 후 보증을 선 경우도 마찬가지이다. 계약의 상대성이라는 관점에서 보면, 제3자(다른 연대보증인 또는 담보설정자)에 대한 법정변제자대위의 권리의 포기는 연대보증인과 담보설정자 간의 계약으로 정할 사항이지, 채권자와의 계약으로 정할 사항이 아니기 때문에 이를 계약의 내용으로 한 것은 다른 특별한 사정이 없다면(채권자가 그 제3자의 대리인이거나 전달사자의 역할을 한 것으로 볼 수 있는 게 아니라면) 그 계약은 그 제3자와의 관계에서 효력이 없다고 할 것이다.

다) 그렇다면 다른 특별한 약정이 없는 한(구상권 및 법정대위권을 포기하기로 한 유효한 제3자를 위한 계약이 없는 한), 보험금을 지급한 보험자는 피보험자의 타인에 대해 가지는 권리를 법정대위할 수 있다고 할 것이다(민법 제481조, 또는 상법 제682조). 이 때의 타인에 보험계약자는 말할 것도 없고,²⁶⁾ 보험계약자의 보증인 또는 물상보증인에 대한 권리도 포함된다고 할 것이다. 보증공제에 관한 유사한 사안에 대한 대법원 2008. 6. 19. 선고 2005다37154 전원합의체 판결에서는 보증인과 보증공제기관이 각각 보증을 선 경우 상호구상이 가능하다고 하면서, 위 판결이 전원합의체 판결의 취지에 반한다고 지적하였다. 이로써 사실상 대법원 판례가 변경되었고, 보증보험과 보증공제의 보증적 범위에서는 차이가 없음이 보다 분명해졌다고 할 것이다.

4. 보증공제와 보증보험을 달리 취급하는 것의 문제점

(1) 이론적 검토

앞서 살펴본 바와 같이 보증이든, 보증보험이든 보증인 또는 보험자가 인수한 위험이 다를 수 없다는 점, 보증인 또는 보험자가 인수한 위험이 현실화되어 보증채무를 이행하거나 보험금을 지급하게 되면 주채무자 또는 보험계약자 또는 제3자에게 구상할 수 있다는 점, 구상의 수단인 변제자대위나 보험자대위가 모두 채권자 또는 보험자의 제3자에 대한 채권 및 담보권을 당연히 취득하여 구상한다는 점 등에 있어서는 보증이나 보증보험이 다를 수 없다. 다른 공동보증인이나 물상보증인에 대한 구상에 있어서 보증과 보증보험을 구분하는 대법원 판결례를 현행법으로 존중한다 하더라도 보증공제와 보증보험 간에는 이 점에서 차이를 두기는 어렵다. 왜냐하면 보증공제나 보증보험 모두 유상계약으로 체결하는 점에서 공통되기 때문에, 굳이 후자에만 보험자대위로 취득한 피보험자의 담보권과 채권 중 일부(다른 보증인 또는 물상보증인에 대한 채권과 담보권)를 제한할 이유가 없기 때문이다. 결과적으로는 보증공제든 보증보험이든 양자 간에는 이론적인 차이를 둘 수 없다는 점을 확인할 수 있다.

26) 가령 대판 2000.11.10. 2000다29769 참조.

(2) 실무에서의 차이

그럼에도 불구하고 보증공제와 보증보험을 범원 실무에서는 동일하게 취급하지 않는다. 그 점이 잘 드러나는 것이 보증공제기관이 가장계약상의 채무를 담보하거나 보증보험자가 그 계약상의 채무불이행을 보험사고로 정하는 사안이다. 이는 주채무가 비진의의사표시, 통정허위표시, 착오, 사기, 강박에 기해 무효, 취소된 경우 그 채무를 보증한 보증인 또는 보험자가 그 무효 또는 취소사유를 모르고 변제한 경우 그 보증인을 민법 제107조 내지 제110조의 선의의 제3자라고 해서, 별도로 보호해 줄 필요성이 있는지의 문제와도 관련되어 있다.

[판결 2] 대판 2000.7.6, 99다51258

[사안] A(가장수급인)와 B(가장도급인)는 가장도급계약을 체결한 후, B가 A에게 선급금을 지급한 것처럼 허위의 서류를 작성하였다. 그 후 A의 부탁으로 C는 허위의 장래의 선급금반환채무에 대해 보증을 서면서, 구상채무의 이행을 보증할 구상보증인을 세울 것을 요구하였다. A의 부탁으로 D는 A의 장래의 구상채무의 이행을 보증하였다. 보증채무를 이행한 C가 구상보증채무자인 D에게 보증채무의 이행을 청구할 수 있는지가 쟁점이었다.

[대법원 판결] 대법원은 허위표시라도, “허위표시의 당사자와 포괄승계인 이외의 자로서 허위표시에 의하여 외형상 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 허위표시의 당사자뿐만 아니라 그 누구도 허위표시의 무효를 대항하지” 못하며, ‘실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 제3자’의 범위는 “권리관계에 기초하여 형식적으로만 파악할 것이 아니라 허위표시행위를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺었는지 여부에 따라 파악하여야 한다”고 한다. 이런 前提 하에 “피고(C)가 A의 기망행위에 의하여 A의 B에 대한 선급금반환채무가 있는 것으로 믿고 B와 보증계약을 체결한 다음 그에 따라 보증채무자로서 그 채무까지 이행하였으므로 피고(C)는 A에 대한 구상권취득에 관하여

법률상의 이해관계를 가지게 되었다고 할 것이고, 이와 같은 구상권취득에는 보증의 부종성으로 인하여 주채무에 해당하는 A의 B에 대한 선급금반환채무가 유효하게 존재할 것을 필요로 하므로, 결국 피고(C)는 A의 B에 대한 선급금반환채무 부담행위라는 허위표시에 기초하여 구상권취득에 관한 법률상 이해관계를 가지게 되었다”고 보았다.

대법원은 불성립한 보증채무를 이행한 경우에도 이처럼 민법 제108조 제2항이 적용될 수 있다고 보았기 때문에, 원심법원으로서 피고가 제108조 제2항의 선의인지 여부를 심리하여야 한다고 보았다. 이를 이유로 원심판결을 파기환송하였다. 원심법원 역시 파기환송의 취지에 따라 C는 D에게 구상보증채무의 이행을 청구할 수 있다고 보았다. 위 대법원 판결로 환송된 후 원심법원은 C의 D에 대한 구상보증채권을 인정하였는데, 이에 대해 다시 불복하여 D측이 상고하였다.

[판결 3] 대판 2006.3.10, 2002다1321

대법원은 원심판결을 다음과 같은 이유로 다시 파기환송하였다. “권리의 행사는 신의에 좇아 성실히 하여야 하며(민법 제2조), 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하여서는 아니 되고, 권리행사가 정의관념에 비추어 용인할 수 없는 상태에 이른 경우에는 신의성실의 원칙에 의하여 그 권리행사를 부정할 수 있다”고 전제한 후, “보증인(C)이 채권자(B)에 대하여 보증채무를 부담하지 아니함을 주장할 수 있었는데도 그 주장을 하지 아니한 채 보증채무의 전부를 이행하였다면 그 주장을 할 수 있는 범위 내에서는 신의칙상 그 보증채무의 이행으로 인한 구상금채권에 대한 연대보증인들에 대하여도 그 구상금을 청구할 수 없다.”고 판단하였다.

위 두 판결은 모두 보증공제기관의 보증에 관한 것이었다. 그러나 보증보험의 경우에는 위와 달리 취급하고 있다.

[판결 4] 대판 2010.4.15, 2009다81623

[사안] A, B는 대출을 받기 위해 A를 임대인, B를 임차인으로 한 가장임대차계약을 체결하였다. 그 후, A는 피고와 B를 피보험자로 한 보증보험계약을 체결하였다. 그 내용은 A가 임대차보증금반환의무를 불이행하는 보험사고가 발생할 경우 피고가 보험금수령권자로 지정된 원고에게 직접 보험금을 지급하기로 하는 내용이었다. A는 위 보증보험증권을 B에게 교부하였고, B는 이 보증보험증권을 담보로 해서 원고 은행으로부터 대출을 받았다. 원고가 대출금을 회수하지 못하자, 피고에게 보험금의 지급을 청구하였다.

[대법원 판결]

보증보험계약이 성립될 당시 주계약인 임대차계약이 통정허위표시로서 아무런 효력이 없어 보험사고가 발생할 수 없는 경우에 해당하므로 이 사건 보증보험계약은 상법 제644조의 규정에 따라 무효라고 보아야 한다. 그리고 이 사건 보증보험계약이 무효로 된 것은 위와 같이 보험계약으로서의 고유한 요건을 갖추지 못한 것이 그 원인이므로, 원고가 주계약인 이 사건 임대차계약이 통정허위표시인 사정을 알지 못하고 이 사건 대출에 이르렀다고 하더라도 이 사건 보증보험계약의 보험자인 피고가 원고에 대하여 이 사건 보증보험계약이 무효임을 주장할 수 없다고 볼 것은 아니다.

보증인 격인 보험회사는 주채무의 부존재를 피보험자 및 보험금수령권자에게 항변할 수 있으므로, 위 [판결 2], [판결 3]과는 명백히 다른 취지이다. 위 사안의 원고는 피보험자로부터 담보로 자신을 보험금수령권자로 지정받은 것인데, 만약 원고가 피보험자의 장래의 보험금지급청구권을 양도받았거나 거기에 질권을 설정하였다 하더라도 위 [판결 4]와 동일한 결론, 즉 원고는 보험자에게 보험금지급을 청구할 수 없다는 결론에 도달하여야 할 것이다. 보험회사는 가장행위를 한 당사자가 아니므로, 그로 인해 형성된 허위의 외관에 대해 민법 제108조 제2항의 책임을 질 이유가 없기 때문이다.

위와 같이 본다면 비록 법원 실무가 보증공제와 보증보험에서 각기 다른 법리를 적용하고 있지만 이를 지지하기는 어렵다. 보증공제기관 역시 통정허위표시에 속아서 보증을 선 것에 불과하므로 그를 민법 제108조 제2항의 선의의 제3자로서 보증책

임을 지을 자로 판정해서는 안 될 것이다. 만약 위 판결 4의 보험자가 보험금을 지급하였다면 그 때 비로소 민법 제108조 제2항의 선의의 제3자의 항변을 할 수 있는 것이 아닌가라는 의문을 제기할 수도 있을 것이다. 그러나 착오변제가 과연 민법 제108조 제2항의 제3자를 판단하는 기준인 새로운 이해관계를 맺은 것으로 볼 것인지, 이런 사안의 규율이 동조의 제3자 보호규정의 취지에 포함되는지는 여전히 의문이다.

5. 소결

변제자대위와 보험자대위, 사회보험자의 대위가 각기 다른 역사적 발전과정을 밟아 온 것과 마찬가지로 보증과 보증보험 역시 역사적으로 각기 다른 발전과정을 밟아 왔다. 법제도가 역사적으로 각기 다른 발전과정을 밟아 올 경우 관련 규정을 규율하는 법률이 달라질 수 있다. 그러나 개별 사안별로 처리하던 과거의 유사한 법제도를 관통하는 하나의 공통된 법칙을 발견할 수 있다. 그러한 공통된 법칙을 발견하게 되면 제도의 명칭이나 규율된 법률의 소재가 다르다 하더라도 동일하거나 유사한 것을 동일하게 또는 유사하게 취급하게 된다. 이것이 바로 이성의 힘이다.

법원이 하나의 사건을 판단할 경우에도 그 판단은 관련된 주변 제도에 크나큰 영향을 미칠 수밖에 없다. 모든 제도는 상호연관되어 있기 때문이다. 그러므로 개별 사안을 재판할 때 그 개별 사안에 적용되는 법리를 다른 법리와 의 관계성 하에서 전체적으로(holistic) 조망하여야만 개별 사안을 정당하게 판단할 수 있다. 그래야만 상호연관된 전체 제도가 원래의 기능을 순조롭게 발휘해 나갈 수 있을 것이다. 보증공제와 보증보험에 적용되는 법리의 역사적 발전과정을 직시한다면, 양자가 공통의 기능을 수행하고 있다는 점을 간과할 수 없는 것이다. 단지 규율 규정의 소재인 법률이 다르다는 이유로, 그 명칭이 다르다는 이유로 양자를 달리 취급하는 것은 역사적 발전과정을 후퇴시키는 법률해석이 아니라고 할 수 없다.

이런 시각을 가진다면 인수한 위험의 성격에 근거하여 양자에게 인정되어야 할 구

상의 수단과 범위를 판단하여야 할 것이다. 이런 관점에 선다면 보증공제와 보증보험을 달리 취급할 이유가 없게 될 것이다. 즉 양자는 동일한 성질의 계약이라는 것이다. 그런데도 보증보험과 보증공제에 대해 각기 다른 규제를 가하는 것이 정당한가? 이 문제는 아래에서 상론하기로 한다.

Ⅲ. 보증보험과 보증공제의 관리감독체계 이원화의 문제점

공제사업은 조합원간 상호부조를 목적으로 하고 영리를 추구하지 않는다고 하는 점에서는 영리보험과 다르지만,²⁷⁾ 그 밖의 점에서는 별다른 차이가 없다. 그리하여 공제사업은 보험업의 허가를 받지 않고 소관 법령에 따라 영위하는 보험이라고 정의된다.²⁸⁾ 상법 제664조가 적절히 규정하듯²⁹⁾ 공제에도 보험계약법이 준용되는 것은 특수한 성질을 제외하면 공제도 보험과 같기 때문이다. 공제에서 조합원이 일정한 공제료를 내는 것, 일정기간 내의 우연한 사고를 공제금 지급사유로 하는 것이 보험의 원리와 같다.³⁰⁾ 공제가 조합원(회원)간 상호부조를 목적으로 하는 것이어서 영리추구를 하지 않는다고 하지만 공제를 운영하는 조직이 적자를 피하고 일정한 수익을 남기는 구조라면 보험회사와 다를 것이 없다. 특히 조합원(회원) 아닌 사람도 공제에 가입시키는 경우라면 더 말할 필요도 없다.³¹⁾ 상호부조의 원리, 우연한 사고로 경

27) 공제는 같은 직업, 직장 또는 지역에 속하는 사람들이 만들어 조합원이나 가족 등의 사망, 결혼 등 고통사가 생기면 일정한 금원(공제금)을 지급하는 제도이다. 이는 영리추구 목적을 배제, 조합원의 상호부조만을 도모한다는 것이 본래의 취지이다(양승규, 앞의 책, 25면). 그리고 공제조합은 사회보험처럼 헌법상 사회적 기본권 실현을 보완하는 간접적 기능도 있어서(권영성, 헌법학원론, 법문사, 2012, 664면) 기본권의 실현과도 관련되는 문제이다(백윤철·김한양·이준복, 사회복지법제, 삼보출판사, 2010, 116면; 이상철·김성주, 헌법학 개론, 박영사, 2011, 152면).

28) 경우에 따라 이를 유사보험이라고 부른다.

29) 상법 제664조(상호보험, 공제에의 준용): “이 편 의 규정은 그 성질에 반하지 않는 범위에서 상호보험, 공제, 그 밖에 이에 준하는 계약에 준용된다”(2014.3.11 개정).

30) 보험과 공제는 산업사회의 위험을 용인하되 그에 대한 불안을 극복하고자 하는 사회적 협동업무라는 점에서 공통적이고 公保險과 달리 自主, 自助 정신에 입각한 조직이라는 점이 같다(本間照光, 保險의社會學, 勤草書房, 2010, 9-11頁).

제적 위험에 처해진 사람을 구제하는 원리, 일정한 금액을 가입자가 부담하고 도덕적 위험을 배제해야 한다는 원리, 대수학을 이용하여 공제료를 내게 해야 한다는 원리는 전혀 다르지 않다.³²⁾ 다만, 우리나라에서 보험 이외에 공제조직이 발달한 이유는 같은 직능, 직종, 작업장이라는 동질 의식 때문이라고 본다.³³⁾ 즉, 다른 직종에 근무하는 보험계약자와 위험을 공유하지 않기 때문에 이를 혼합한 보험계약자 단체보다는 소규모의 조합원(회원)으로 위험단체를 구성함이 바람직하다는 의식이 작용한 것이 아닌가 한다.

대표적인 공제조합의 예를 본다. 경찰공제회 정관은 보험과 상이한 내용이 주되지만, 보험과 유사한 내용도 많다. 보험과 상이한 내용으로는 제6조에서 회원의 권리의 무로 1. 회원이 그 자격을 상실하거나 원(願)에 의하여 공제회를 탈퇴한 때에는 납부한 부담금 또는 예탁금의 반환을 청구할 권리를 갖는다거나, 2. 회원이 복지시설이용 등 공제회의 복지혜택을 받는다는 내용이 있다. 그리고 제27조에서 경찰공제회의 목적사업으로 1. 회원퇴직(중도탈퇴), 사망, 공상, 출산, 결혼, 장학금 등 정관 제40조 및 급여규정 제9조에 규정된 회원에 대한 급여, 2. 회원에 대한 대여, 3. 회원을 위한 각종 복지후생사업 및 시설의 운영, 4. 경찰행정 발전을 위한 연구활동 및 경찰관서 사용토지 등 지원, 5. 부담금, 정부보조금, 상속, 증여, 기부, 출연 등 공제회 목적을 달성하기 위한 기금조성사업, 6. 목돈수탁복지저축 등을 행하는 것이다. 그리고 제40조 제1항에서 급여의 종류로 (1)호 생략) 2. 순직급여, 3. 사망급여를 정하고 있고, 제2항에서는 회원에 대한 부조금으로 1. 공상요양부조금, 2. 출산부조금, 결혼축의금 등, 3. 장학금 등으로 지급하는 것으로 하는데 이는 상호부조의 정신에 입각한 비영리사업의 특징이라고 하겠다. 다만, 엄밀하게 보자면 복지시설이용, 경찰행정 발전을 위한 연구활동 및 경찰관서 사용토지 등 지원, 부담금, 정부보조금, 상속, 증여,

31) 김성태, 앞의 책, 30면.

32) 같은 취지로 손주찬, 상법(하), 박영사, 2002, 468면; 정찬형, 상법강의(하), 박영사, 2005, 483면; 대판 1989.1.31, 87도2172.

33) 또, 민영보험사보다 보상처리가 간편하게 진행된다는 것도 그 이유가 될 것이다(이준복, “합리적인 공제조합 운영을 위한 법적 연구”, 『세계헌법연구』 제17권 제1호(2011), 85면).

기부, 출연 등 공제회 목적을 달성하기 위한 기금조성사업 이외에는 민영보험사도 유사한 업무를 하고 있고 복지시설 이용 등 사업은 경찰공제회의 본질인 급여 지급에 대하여 상대적인 비중이 매우 낮은 것이라 할 수 있다.³⁴⁾

다만, 경찰공제회가 근본적으로 민영보험사와 유사한 내용도 다수 포함하고 있다. 예컨대, 경찰공제회 정관 제6조 제3호는 회원의 소정 부담금 등의 납부 의무 규정, 제7조에서 부담금을 일정기간 납부하지 않으면 자격상실한다는 내용을 두고 있다. 그리고 제40조(급여의 종류)에 퇴직급여, 사망급여가 있는데 이것이 경찰공제회의 가장 본질적인 기능일 것이다. 이렇게 본다면 경찰공제회의 주된 기능은 보험과 다를 바 없다. 그 밖에 대의원회(제3장), 운영위원회(제4장), 이사회(제4-2장), 자산운용 관련 위원회(제4-3장), 임원(제5장), 조직(제6장), 사업: 수익사업 포함(제7장), 재산·회계(제8장), 부담금(제9장) 등을 보면 대의원회(제3장), 운영위원회(제4장)만 비법인 사단의 특징을 나타낼 뿐 다른 내용은 민영보험사의 조직과 다를 바 없다.³⁵⁾

교직원공제회(일부 보험기능)의 경우는 경찰공제회보다 민영보험사 기능에 더 접근해 있다(생명공제, 제3공제(상해 등) 기능강화). 교직원공제회 정관(교직원공제회 법에 근거함) 제26조 제1항 제1호, 제2호, 제6호에서 공제회의 사업을 각각 회원에 대한 급여, 대여, 목적을 달성하기 위한 수익사업으로 정하고 있고, 제10장 급여편에서 급여의 유형을 장기저축급여, 목돈급여, 종합복지급여, 지수연동급여로 정하고(제35조 제1항), 상병급여(제44조), 유족급여금(제45조)을 규정한 것은 일종의 생명공제, 제3공제인데 이는 위에서 본 경찰공제회보다 민영보험제도에 더 접근한 내용이다.³⁶⁾

34) 공제조직의 경우 조합원에게 공상요양 보조금, 출산 보조금, 결혼 축의금 등을 지급하는 것 이외에도 가입자에 대하여 부담하는 의무(본래적 의무와 부수적 의무(Obliegenheit)가 명확하지 않다. 보험의 경우에는 사고시 지급하는 금부뿐만 아니라 보험계약자에게 부담하는 주의의무(부수의무: Obliegenheit)의 내용이 일반 채권 계약보다 강화되어 있는데 이러한 법(보험계약법, 보험업법)의 적용 여부는 공제와 보험의 큰 분수령이다(Manfred Wandt, Versicherungsrecht, Carl Heymanns, 2009, SS. 201-203).

35) 일반 공제에서 문제가 되는 것은 정관에서 공제사업의 취지를 규정하면서도 '공제상품'에서 공제의 취지에 벗어나는 상품이 나열되기 십상이라는 것이다. 또, 일반공제는 그 가입자가 회원에 머무르지 않고 보험회사와 같이 일반인을 대상으로 하여 영업을 도모하므로 실질적으로 보험사업과 별 차이가 없다는 것이다.

1. 국내 보증기관의 현황(주요 보증기관, 보증시장 규모 등)

(1) 공제기관의 현황

현재 우리나라의 공제조직은 약 90여개이다. 이를 표로 나타내면 다음과 같다.

유 형		공제의 운영방식
보험형 공제	일반인 대상의 공제	일반인을 공제에 가입시키는 방식: 수협, 신협, 새마을 금고 등(일반인을 준회원으로 모집하는 형태를 취함)
	조합형 공제	조합원(회원)만을 가입시키는 운영형태
	정책지원형 공제	퇴직시 일정한 급여 등을 위해 정책적으로 정부가 지원하여 운영하는 형태(소 상공인, 일용근로자 등의 보호 정책)
순수 상호부조형 공제		조합원(회원)의 복지, 사망, 퇴직급여 등을 위해 순수 상호부조형으로 운영하는 형태

순수 상호부조형 공제가 공제의 본래의 형태인데 비해 보험형 공제가 상당수 존재하는 것이 현실이고 향후 증가일로에 있다.³⁷⁾ 정책성 공제는 정부의 지원목적에 따라

36) 다만, 회원을 위한 각종 복지·후생사업, 회원자녀를 위한 장학사업, 기금조성을 위한 사업(부동산의 취득, 처분 및 임대, 유가증권에의 투자, 전자계산조직의 기술용역 및 임대운영, 금융업에의 출자 및 경영, 상품중개업, 브랜드, 상표권 등 지적재산권의 관리 및 라이선스업, 기타 수익사업(한국교직원 공제회정관 제26조 제3항)을 하는 점에서는 상호부조라는 공제회 특유의 기능이 보인다. 또, 일반회원이 퇴직, 탈퇴, 제명(제명사유: 공제회의 명예를 훼손, 고의나 중과실로 공제회의 재산손실, 공제회의 정관 위반)으로 공제회 자격을 상실하는 것(동 정관 제7조)도 민영보험사와는 다른 특징이다. 공제조직에서 제공하는 급여사업이 보험과 같은 경우도 있고 다른 경우도 있기 때문에 지금까지 보험업법에서 같이 규율하지 못한 이유도 어느 정도는 설명된다. 그러나, 보험 유사의 손해공제 사업이 피보험이익에 근거하여 사업을 운영한다면 이는 보험과 다를 것이 없다. 생명공제의 경우 논란이 되는 피보험이익이 아니라도 보험의 원리가 공통된다는 점은 같다(이에 대해서는 John Lowry & Philip Rawlings, Insurance Law, Hart, 2005, p. 153-154 참조).

37) 순수공제조직과 보험형 공제는 구별되어야 한다는 전제에서 볼 때 이 구분은 명확해

운영하는 것이라고 하더라도, 일반공제와 조합형 공제는 사실상 보험과 다름없이 운영된다는 점에서 이를 유사보험 중에서도 보험에 가장 근접한 것으로 이해할 수 있다.

(2) 보증기관의 현황

위에서는 공제 일반현황을 고찰한 것이고 구체적으로 보증기관에 범위를 좁혀 본다면 다음과 같다. 즉, 국내 보증기관은 크게 공적 보증기관과 사적(민간) 보증기관으로 분류할 수 있다. 공적 보증기관에는 보증기금, 공사, 국책은행이 있고 사적(민간) 보증기관에는 보증보험회사(영리주식회사)와 공제조합, 협회, 시중은행(종합금융회사 포함)이 있다. 공적 기관이 각각의 정책적 목적으로 설립되었지만 설립목적대로 엄격히 운영되는지는 의문이고 이 점은 민간의 각종 공제조합에서 두드러진다. 그 현황은 다음과 같다.

[廣義의 보증기관 현황]³⁸⁾

구 분		보 증 기 관
공적 보증기관 (27개)	보증기금(20)	신보, 기보, 농수산신보, 지역신보(16), 지역신보중앙회
	공사(3)	무역보험공사, 주택도시보증공사, 주택금융공사
	은행(3)	산업은행, 기업은행, 수출입은행
	기타(1)	광해관리공단
민간 보증기관 (46개)	공제조합(18)	건공, 전문건공, 기계설비, 엔지니어링 등
	보증보험(2)	서울보증보험, 한국해양보증보험
	각종협회(11)	중기중앙회, 공인중개사협회 등
	기 타 (15)	은 행(14), 보증(1)

야 한다. 보험 자체도 손해보험과 인보험(특히 정액보험)은 전혀 보상내용과 형식을 달리한다는 체계상의 不整合이 있는 것이 사실이지만(竹濱 修 外, 保險法改正の論點, 法律文化社, 2009, 9-10頁), 공제가 순수한 실질에서 벗어난다면 이를 보험형 공제로 별도로 보아 보험에 관한 규율과 형평을 맞추어야 한다.

38) 이 상황을 보면 우리나라의 보증시장은 공적 보증기관과 민간 보증기관이 시장에 參入하여 경제학적으로 代替財를 공급하는 경쟁시장이다(정홍주, “보증보험시장의 건전 경쟁 및 규제방안 연구”, 「성균관대 보고서」(2010.6), 14면).

그리고 그 보증기관의 보증잔액은 다음과 같다(2017년 6월말 기준)

〈보증기관별 보증잔액 현황〉

(단위 : 조 원, %)

구 분	보증기관		보증잔액		소관부처		
				(점유율)			
공공 기관	보증기금	신보, 기보, 농림수산업자신보, 지역신보	101.1	8.9	금융위, 중기부		
	특수은행	산업은행, 기업은행, 수출입은행	59.6	5.3	금융위, 기재부		
	기타	무보, HUG, 주금공	505.3	44.6	금융위, 산업부, 국토부		
	소 계		666.0	58.7			
민간 기관	금융	은행	시중·지방·농협·수협	40.0	3.5	금융위	
		보험	서울보증보험	262.3	23.1		
		증권	증권회사	0.2	0.0		
	비금융	공제 조합			165.2	14.6	국토부 산업부 과기부
				건설공제	102.4	9.0	
				전문건설공제	22.8	2.0	
				기계설비건설공제	4.8	0.4	
				전기공사공제	7.5	0.7	
				엔지니어링공제	14.6	1.3	
				자본재공제	7.5	0.7	
				소프트웨어공제	3.6	0.3	
		정보통신공제	2.0	0.2			
	소 계		467.7	41.3			
총 계			1,133.7	100.0			

※ 73개 보증기관 중 실적확인이 가능한 50개 보증기관을 기준으로 함.

※ 농협과 수협은 특수은행이지만 성격상 일반시중은행 실적으로 분류함.

유사보험인 공제조합 상품이 주로 소비자보호 미흡 등의 문제로 논의되어 왔으나 공적 보증기관도 사업을 확장하기 위해 각종 보증산업에 參入하면서 公私法 영역을 포괄하여 무한경쟁을 하는 경향이 생겼다. 특히 보증기관별로 근거법률이 다르고 규제내용이 달라서 실질적으로 같거나 유사한 보증 내지 보증보험이 시장과 소비자 보호의 혼란을 야기하고 있다.³⁹⁾

보증보험의 전문적 계약유형은 다음과 같다.

《보증보험 계약의 내용》

구 분		내 용	
보증 보험	신원보증 (Fidelity)	피용인이 불성실 행위를 함으로써 고용주가 입게 되는 손해보장 예) 신원, 교육훈련비보증 등	
	채무이행 보증 (Surety)	법률상 의무보증	법령상의 채무불이행으로 채권자(피보험자)가 입게 되는 손해를 위해 채무자가 보험가입 예) 납세, 인허가, 공탁, 보석 보증보험 등
		계약상 채무보증	계약상의 채무불이행으로 채권자(피보험자)가 입게 되는 손해를 위해 채무자가 보험가입 예) 이행보증, 가맹사업보증, 소액대출보증 등
신용보험 (Credit)		계약상대방의 채무불이행으로 채권자(보험계약자 겸 피보험자)가 입게 되는 손해를 보장 예) 상업신용, 할부신용, MCI 등	
기 타		원자력보험, 신용카드보험, 가계수표보험 등	

※ ‘보험업감독업무 시행세칙 별표 14. 표준사업방법서, 부표1. 보험의 종류’에 따른 분류

39) 보험의 특징은 사고(채무불이행 등)발생의 위험을 동질적인 집단의 다수인에게 분산 시키기 위한 것이다. 이는 대량의 관찰이 가능한 다수의 경우를 일정기간 수학적 계산의 대상으로 한다는 것인데(岡田豊基, 現代保險法, 中央經濟社, 2010, 3頁) 이 점은 위에서 본 보증기관에도 모두 적용되는 바이다.

2. 보증보험과 보증공제 관리감독체계 비교

일반적으로 공제조직은 보험회사와는 사업주관, 사업요건, 경영가능여부, 주무행정 부서, 감독검사, 감독기준에서 차이를 보인다.⁴⁰⁾

이를 표로 보면 다음과 같다(편의상 보험회사, 일반공제조직, 수협공제, 새마을금고로 구분).

비교 항목	1. 민영보험사	2. 일반공제조직	3. 수협공제	4. 새마을금고
사업의 주관	보험회사	공제조직 (조합)	수협중앙회 (조합)	새마을중앙회 (금고)
사업의 요건	종목별 허가요건 충족	공제규정상 인가 충족	공제규정상 인가 충족	공제규정상 인가 충족
경영가능 여부	1. 손해보험과 인 보험 경영금지 2. 보험사업 이외 의 사업금지	1. 손해공제업과 인적공제업 경영 가능 2. 공제업 이외의 사업 가능	1. 손해공제업과 인적공제업 경영 가능 2. 공제업 이외의 사업 가능	1. 손해공제업과 인적공제업 경영 가능 2. 공제업 이외의 사업 가능
주무 행정부서	금융위원회	각 행정부서	해양수산부	행정안전부
감독검사의 주관	금융감독원이 담당	각 행정부서	해양수산부(단, 금 융위원회의 검사 요청은 가능함)	행정안전부(단, 금 융위원회와 협의 하거나 금융감독 원에게 검사요청 가능)
감독검사의 기준설정	금융위원회	각 행정부서	해양수산부(단, 금 융위원회와 협의)	행정안전부(단, 금 융위원회와 협의)

40) 공제조직은 보험사업보다 사회적 파장, 위험도가 낮아서 보험사업만큼 엄격하게 규제나 감독이 필요하지는 않다고 인식하는 경향이 있다. 그러나, 공제조직 가입자에 의한 도덕적 위험도 적지 않고 그 도덕적 위험의 규모가 대형화하여 공제기금의 안전성과 건전성을 위협하는 문제가 점증한다는 지적도 있다(임동진·이정호·정재호, “부동산 중개사고 영향요인 분석을 통한 공제제도의 개선방안”, 『부동산학보』 제53호(2013), 96면).: 현실적 운영에서 공제에 가입하거나 보험계약(보증보험 계약)을 하는 것이 거의 같은 비중으로 취급되고 있다는 점도 고려되어야 한다(김대환·이성근·이기형·김해란, “부동산중개 공제사고의 경기민감도 분석”, 『부동산학보』 제45호(2011), 161면).

보험 내지 공제는 모집이 다른 사업보다 중요한 영역으로 간주되는데 이러한 모집에 대해 보험과 공제조직은 상당한 차이가 있다. 이를 보면 다음과 같다.

비교 항목	1. 민영보험사	2. 일반공제조직	3. 수협공제	4. 새마을금고
1. 모집 담당자	임직원, 보험설계사, 대리점, 중개사	임직원	임직원(대리점취급 금고의 임직원 포함)	
2. 자격 요건	연수, 경력, 교육 요건, 시험에의 합격(중개사 등)	없음	자격시험에 합격, 보험 관련 자격증 소지	자격시험에 합격, 보험 관련 자격증 소지
3. 모집 영역	손해보험, 생명보험, 제3보험	영역제한 없음	영역제한 없음	영역제한 없음
4. 보수 교육	있음	없음	있음	있음
5. 행위 규제감독의 내용	약관의 설명의무, 적정성 원칙준수, 중복계약 확인	약관의 설명의무	약관의 설명의무, 적정성원칙없음, 중복계약 확인	약관의 설명의무, 적정성원칙없음, 중복계약 확인
6. 통신문매 규제내용	모집, 청약철회 가능, 계약해지제도 존재	없음	모집, 청약철회 가능	모집, 청약철회 가능, 계약해지제도 존재

그리고 자산운용에 있어서 민영보험사보다 공제조직은 규제감독사항이 매우 부족하다.⁴¹⁾ 이를 보면 다음과 같다.

41) 공제조직은 구성원간의 자발적·자주적 노력의 소산이고 동일한 업종·직장이나 지역 구성원이 결속을 강화하고 구성원들이 귀속감을 가지도록 한다는 본래의 목적에 충실하여야 한다(노민선·이종민·정선양, “중소기업 핵심인력 장기재직 공제사업 도입방안 연구”, 『기술혁신학회지』 제17권 제1호(2014.3), 75면). 그러한 목적과 공제사업의 요건에 충실하다는 전제를 벗어나 사실상 보험사업과 유사한 사업을 하고 있으면서 자산 운용은 차이가 나는 것은 형평 문제를 야기한다.

자산운용관련 사항	민영보험사	공제조직
자산운용 원칙	안전성, 유동성, 수익성, 선관주의 의무, 공익성	안전성, 유동성, 수익성, 선관주의 의무
금지 또는 제한되는 자산운용	투기목적 대출, 정치자금 대출 등 제한대상 명기	명기 없음
특별계정 설정, 운용	위험분리 특별계정 운용	생명공제, 손해공제는 독립. 단, 위험분리 특별계정은 아직 운용되지 않음.

또한 상품의 개발과 확인, 예금자보호, 분쟁의 조정에 있어서도 확연한 차이가 있는데, 다음과 같다.⁴²⁾

비교 항목	1. 민영보험사	2. 일반 공제조직	3. 수협	4. 새마을금고
상품 개발	금융위원회에 신고	각 행정부서의 재량	해양수산부에 신고	행정안전부에 신고
상품 확인	내부의 선임계리사, 독립계리업자, 금융감독원 등	각 행정부서의 재량	내부 확인담당 계리사, 독립계리업자 등	내부 확인담당 계리사, 독립계리업자 등
예금자 보호	예금보험공사에서 보호	대형공제의 경우 일부 보호	보호제도 없음	새마을금고 중앙회에서 예금자보호 준비금제도운영
분쟁조정	금융감독원 분쟁조정위원회	각 행정부서의 재량	해양수산부의 내부재량으로 운영	행정안전부의 내부 재량으로 운영

위와 같이 일반공제조직은 보험회사와 다른 감독검사를 받고 있으며, 보증공제에 대해서도 사정은 유사하다. 그리하여 보증보험⁴³⁾은 보험업법 등의 적용을 받으면서

42) 성대규·김경환, “공제감독현황 및 향후 과제”, 「General Insurance」(2015.2.27.), 31면 참조.

채무건전성, 소비자보호, 경영공시 등에 있어 엄격한 관리감독을 받고 있으나 공제조합 등 기타 보증기관들은 특별법의 적용을 받는데 그 특별법 내용이 보험업법 내용보다 매우 경미한 규제가 주조를 이룬다. 그 예를 들면 다음과 같다.

〈보증보험 VS 공제조합 관련법규 비교 (예시)〉

구 분	서울보증보험	건설공제조합	엔지니어링공제조합
주무부처	금융위원회	국토교통부	산업통상자원부
근거 법령	기본	보험업법	엔지니어링산업진흥법
	기타	금융회사 지배구조법 외국환 거래법 전자금융거래법 등	-
상품신고	보험요율 산출 원칙 준수	-	-
	보험약관 이해도 평가	-	-
자산운용	자산운용 한도, 금지 또는 제한되는 자산운용 등 자산운용 원칙 준수	-	-
상품·경영 공시	보험회사의 경영 및 상품 공시	공제조합 경영 공시	-
분쟁조정	금융감독원 금융분쟁조정위원회	-	-

주요 선진국이 공제조직에 대해 어떤 감독을 하고 있는지는 우리에게도 참고가 된다. 대체로 민영보험사에 못지않은 감독을 하되 특별한 고려가 필요한 경우 자치에 맡기는 경향이다. 사업허가, 모집활동, 재산운용, 책임준비금 등의 부문에 대해 사전, 사후적인 감독이 민영 생명보험사와 같은 조건하에서 이루어져 감독체계의 통일성이 기대되는 것이 추세이다. 구체적으로 다음과 같다.

- 43) 보험업법 제2조 제1호 나목의 보증보험 정의: “계약상 채무불이행 또는 법령상 의무 불이행으로 발생하는 손해에 관하여 금전 및 그 밖의 급여를 지급할 것을 약속하고 대가를 수수하는 계약”.

구분	규제 감독의 내용
EU (Directive)	1982년 공제조합법에 의해 공제의 감독을 실시하고 있고, 장기보험, 손해보험, 비보험에 대해 검열을 금지함. 공제에 대한 감독은 재무성 내 공제조합위원회에서 담당하고 지급여력 등 건정성 감독과 검사를 실시함. 금융감독 기능 일원화를 위해 2001년 공제에 대한 감독업무를 금융감독청에 이관함. 공제사업을 일종의 사회적 기업 유형으로 파악함. 공제조직을 보험회사와 동일하게 감독하는 것이 원칙으로 확립됨. 단, 협동조합에 대한 예외: ① 급부금이 보유 재원의 상황에 따라 변동하고 기여금을 정률로 정하는 경우, ② 추가기여의 청구나 급부금 삭감을 규정한 내부규정이 있는 경우, ③ 연간 기여금 수입이 3년 연속 5백만 유로를 넘지 않는 경우에는 완화된 감독이 가능함.
미국	공제나 협동조합의 보험사업은 본질적으로 민영보험사와 같다고 보아 보험업법에 의해 면허를 받아야 함. 보험사업에 대한 감독과 검사는 세 보험감독청이 행사하는데 책임준비금 규제, 분리계정 운영, 자산운영 규제, 공시 등에서 민영 보험사와 같은 기준을 적용. 미국의 비영리 보험조직에 우애조합, 리스크교환조합, 자선기부연금, 복수고용주복리후생제도, 리스크보유단체 등이 있고, 이 유사보험을 규제하는 법으로 각 주의 보험법과 공제조합법, 비영리회사법, 내국세법 등이 있음.
영국	공제조직에 대한 감독은 보험회사와 같이 FCA(Financial Conduct Authority), PRA(Prudential Regulation Authority)가 담당.
독일	공제조직에 대한 감독이 보험회사와 같다. 다만, 사업의 경제적 중요성이 작고 공제의 종류, 지역, 가입자 범위, 영업범위 등이 소규모인 경우에는 보험감독법(VAG)적용이 일부 안됨.
프랑스	보험상호조합, 상호부조조합, 절약조합, 농업상호보험금 등 공제조직도 보험회사와 동일한 규제가 적용됨(재무요건, 감사와 검사, 적기시정조치, 자산운용 등)
일본	공제에 대한 감독미비로 인한 문제점을 해소하기 위해 2006년 보험업법에 소액단기보험업을 허용하여 2008년부터 종래 근거법이 없었던 공제사업체를 보험업법에서 규율하도록 함. 예외: 설립근거법이 존재하는 공제의 경우 보험업법 적용 배제. 단, 무조건 보험업법 적용예외를 인정하는 것은 문제가 있다고 보아 개정검토 중.

3. 문제점

위와 같이 실질적으로 보증 내지 보증보험이라는 점은 동일하나 규제를 달리하여 시장에서의 공정한 경쟁을 가로막고 결과적으로 보증이나 보증보험의 혜택을 받는

소비자가 그 권리를 보호받지 못하는 현상이 발생한다. 이는 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 해야 한다는 정의와 형평 원리에 어긋난다.

(1) 공정경쟁 저해

(가) 보증시장 실태파악의 문제

공제조합은 사업현황, 상품별 보증규모, 손해율 등에 대한 공시가 부실하다. 그리하여 실제로 시장에서 어떤 내용의 공제사업이 어떻게 행해지는지 그 내용을 정부당국도 정확히 파악하기 어렵다.

(나) 사업대상의 무리한 확장

공제조합은 조합원간 상부상조를 목적으로 한다는 본질적 설립목적을 넘어 보증사업 대상을 비조합원까지 확대하려는 시도를 지속적으로 펼치고 있다. 이로 인해 규제 감독의 사각지대가 넓어질 우려가 있다.⁴⁴⁾

(다) 보증요율의 문제

공제조합은 대수의 법칙에 따르지 않고 자의적으로 가격(보증요율)을 정하고 있어 문제이다. 일률적인 보증요율을 정할 필요는 없지만 대수의 법칙에 따른 요율계산 원칙은 준수되어야 할 것이다. 보험업법상 엄격한 기준과 절차에 따라 보험요율을 산출하는 보증보험과 구별되고 이러한 점은 불공정 경쟁의 원인으로도 된다. 이러한 자의적인 요율설정은 소비자에게 오해를 불러일으켜 사고 위험율이 높은 계약자들만 보증보험을 선택하게 할 수도 있을 것이다. 건전한 시장 성장이라는 관점에서는 바람직한 현상이 아니다.

44) 대형공제의 경우 그 실질이 보험임에도 불구하고, 보험업법에 의하지 않고 특별법의 느슨한 규율에 따르는 문제가 있을 수밖에 없다는 주장으로 박세민, 보험법, 박영사, 2017, 25면; 그는 여기서 보험적 성질의 공제와 단순 공제를 구별하는 기준으로 i) 사고가 발생하는 경우 지급하는 금액이 경제적 수요를 충족할 만한가 아니면 단순히 그에 미치지 못하는 단순한 금원의 지급에 만족하는가, ii) 가입자들이 납입하는 금액이 수치균등의 원칙에 따라 공정하게 산정되고 있는가, iii) 대수의 법칙이 적용될 정도로 가입자의 규모와 지역성이 광범위한가 등을 제시하고 있다.

(2) 소비자보호의 문제

(가) 전문성의 문제점

공제사업에 대한 감독권이 각 행정부서에 산재하는데 이를 집행하는 국이나 과에 전문성과 인력이 극히 부족하다. 감독하는 경우에도 정책업무와 감독업무를 동시에 수행하므로 건전성 규제, 소비자 보호의 정책, 감독 감시업무가 전문화되기 어렵다. 우리나라에서는 전체 공제기관의 현황조차 파악되지 않고 있고, 무허가 공제업이 다수 존재한다. 공제사업 허가업무가 각 부처에 분산되어 있고 감독실시도 공제기관에 따라 해당 부서의 담당과가 다르다. 무허가 공제사업은 부서간 감독 공백 때문에 나타나는 현상이라고 보인다.

(나) 리스크 관리의 문제점

공제조합은 생명공제, 손해공제를 겸영하는 경우가 많고 심지어 금융업(은행업의 일부기능)까지 하는 사례가 있다. 이 경우 위기시 리스크 분산이 어렵고 재무건전성을 규제하는 기준을 수립하기도 어렵다. 공제사업의 경우에도 보험회사처럼 준비금(자본준비금, 이익준비금)이나 부채에 대한 관리가 필수적이지만, 국내 공제회 중 상당수가 준비금, 부채에 대한 산출이 정확하지 않고 단기적 지불금 산정만 하는 정도이다. 또, 비상위험 준비금을 대부업 자금으로 운용하는 경우도 있다. 공제조합은 공제료 납입으로 구성되는 자산을 운용함에 있어서도 엄격한 감독을 받지 않는다. 주요 공제기관의 자산운용기금 전체액은 국민연금 액수에 맞먹을 정도이지만, 자산운용 관리체계, 운용성과, 투자 포트폴리오에서는 많은 허점이 노출되고 있다.⁴⁵⁾ 그리하여 부적절한 투자 등으로 재무건전성이 악화될 경우 저축은행 사태처럼 가입자가 심각한 피해를 입을 수 있다.

45) 일부 공제기관의 경우(교직원 공제회, 군인공제회, 경찰공제회, 지방행정 공제회 등) 공제기관 부실운영시 국고지원을 해야 하기 때문에 국가재정에 심각한 손실을 가할 위험이 있다.

(다) 채권자보호의 문제

공제조합이 조합원의 이익만을 위해 운영된다면 채권자보호를 소홀히 할 수 있다. 이는 약관의 작성과 설명의무 미흡, 보험금 지급의 부실(불충분한 지급이나 지급지체)로 나타날 것이다.

(라) 국제적 정합성의 문제

보험조직과 같이 공제조직도 국제적으로 상호간 정합성이 있어야 한다. 위에서 본 바와 같이 우리나라의 공제조직은 대체로 민영보험사와 모집조직, 자산운용, 상품개발과 확인, 공제금 지급, 약관규제 등에서 현격한 차이가 있다. 주요 외국의 경우 이러한 부문에서 민영보험사와 유사한 규제감독이 적용되고 있다는 차이를 보인다. 일본의 경우 설립근거법이 있는 공제조직에 보험업법이 적용되지 않는 예외가 있지만 개정 보험업법에서 '공제'를 '보험'의 개념에 포함하고 있고 향후 공제에도 보험업법을 적용해야 한다는 인식이 확산되고 있다는 점에서 근본적으로 공제를 보험과 별개로 이해하려는 우리 행정부서와는 다르다. EU 상공회의소, 미국 상공회의소, 외국 보험사 등이 우리나라 공제사업의 불공정문제를 지속적으로 제기하고 있어서 통상마찰 요인으로 될 위험도 있다. 공제사업을 영위하는 공제조합이 동일 창구를 통하여 은행, 보험의 겸업 및 생 손보 겸영이 가능하고 준 공공기관으로서의 세제혜택을 받아 다른 금융기관과의 가격경쟁력 비가격경쟁력을 누리는 점에 대해 외국 보험사의 문제제기가 계속되고 있다.⁴⁶⁾

(마) 분쟁해결의 문제

공제계약 관련 분쟁시에 전문적이고 객관적인 조정기구가 없다. 일부 대형공제의 경우 기관내부의 공제분쟁심의 위원회에서 분쟁을 조정하는데 분쟁당사자가 그 기능을 하여 공정성, 객관성이 담보되지 않는다. 공제금 지급에 관한 분쟁발생시 공제기

46) 예컨대, 한미 FTA(2012. 3. 15 발효) 부속서 13-나(구체적 약속) 항목의 제6절(분야별 협동조합 판매 보험)내용은 다음과 같다. 1. 보험서비스에 대한 규제에 의한 경쟁상의 혜택제공금지 2. 실행가능한 한도에서 동일한 규범을 적용할 것. 3. 금융위원회가 규제감독권 행사: 최소한 3년 이내에 지급능력 시안이 규제대상이 되도록 규정할 것.

관측에 유리하게 운영될 가능성이 높은 실정이다. 대형공제회가 아닌 경우에는 이러한 분쟁조정기구조차 구비되어 있지 않다. 그 반면 민영보험사는 금융감독원이나 금융위원회 등의 분쟁심의기구의 절차가 추가로 마련되어 있다.

IV. 해결방안

위에서 지적된 많은 문제점을 해결하면서 보증보험과 실질에서 동일한 보증공제 업무를 수행하는 공제조합을 적정하게 관리감독하려면 근본적으로 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 관리하고 감독하는 것이 필요하다. 현재와 같이 ‘보증’을 업으로 영위하는 보증보험과 보증공제에 대해 상이한 규제와 감독체계를 유지하는 것은 소비자보호 측면에서도, 보증산업의 발전 측면에서도 바람직하지 않다고 볼 수 있다. 동일한 규제체계와 감독체계를 보증기관들에 일괄적으로 적용하는 것이 장기적으로 필요하나, 상이한 정부부처와 근거법률 등의 제약요건을 감안할 때 관리감독체계를 단계적으로 일원화시켜 나가는 것이 현실적인 해결방안인 것으로 판단된다.

1. 보증보험과 보증공제 규제 통일화

우선적으로 보증보험과 보증공제를 동일한 규제체계속에서 관리하기 위한 규제 통일화가 필요하다. 해의 사례에서 볼 수 있듯이 소비자보호 강화, 자산건전성 제고 등에 있어 체계화되어 있는 보험업법을 적용하거나 보증업법을 별도로 제정하는 것이 바람직한 것으로 판단되나, 단기적으로는 보증공제 영위 근거 법을 개정해 소비자보호, 자산운용, 상품개발, 약관규제 등을 보증보험 수준으로 규제하는 것이 필요하다.⁴⁷⁾

47) 이를 위해 i) 공제에도 보험업과 하위 규정을 전면 또는 부분적으로 적용하는 방안, ii) 각 특별법과 그 시행령 등을 보험업법 규제 강도에 맞추는 방안이 강구될 수 있다. 이것은 동일 기능, 동일 규제의 원칙이라고 할 수 있다(오영수·김경환·박정희, “일반 공제사업규제의 합리화 방안”, 『보험연구원』(2011.7), 121면).

2. 보증보험과 보증공제 감독 일원화

규제체계가 통일화된다고 하더라도 앞서 문제점에서 언급된 바와 같이 보증보험과 보증공제를 감독하는 기관이 상이함에 따라 감독의 전문성과 일관성에 차이가 있어 감독규제차익이 발생할 수 있다. 이를 해결하기 위해 중기적으로 감독기관을 일원화하는 것이 필요하다. 건전성 등을 금융당국이 감독하고 있는 유사보험 사례와 같이 금융감독 당국에서 보증보험과 보증공제를 통합 감독하는 방안과 기획재정부, 국무조정실 등 제3의 정부부처에서 감독하는 방안을 논의해볼 필요가 있다.

3. 보증산업에 대한 통일된 관리감독체계 구축

매년 큰 폭으로 성장하고 있는 보증산업의 체계적이고 지속적인 발전을 지원하기 위해서는 보증보험과 보증공제에 대한 관리감독체계 일원화를 바탕으로 '보증업'을 별도의 산업으로 정의하고 통일된 관리감독체계를 구축해 나가는 것이 필요하다. 이번에 주로 논의된 보증보험과 보증공제 이외에도 보증산업에는 보증기금, 보증공사 등이 주된 역할을 하고 있으므로 보증기관 전체를 포괄할 수 있는 관리감독체계를 만들어 나가야 할 것이다.

V. 결어

이 논문은 보증보험과 보증공제의 관리감독기관이 각기 다를 뿐 아니라 각 상품에 적용되는 행정규제의 내용이 상이하야 보증시장에서의 왜곡이 초래되는 현실을 분석하면서 이런 왜곡을 시정하기 위한 개선방안을 제시해 보고자 하였다. 이를 위해 이 논문에서는 먼저 보증공제와 보증보험 모두 인수하는 위험에서 차이가 없기 때문에, 피보증인 또는 피보험자에게 보증공제 및 보증보험이 부담하는 채무를 이행하거나 채무이행 후 구상을 하는 데 있어서 양자를 달리 취급할 필요가 없다는 것을 규명하

고자 하였다. 보증보험계약이든 보증계약이든 양 계약의 법률효과에 차이가 없음에도 불구하고 대법원이 구상과 변제자대위 등에서 양 계약에 각기 다른 법률효과를 인정하는 것은 상이한 행정규제를 받는 양 시장의 차이에 간접적으로 영향을 받은 것일 수도 있다. 그러나 상이한 행정규제가 양 계약의 법률효과와는 아무런 관련이 없음에도, 한편 보증공제와 보증보험이 동일한 성질의 서비스를 제공하는 것임에도 불구하고, 양 시장에 대한 각기 다른 행정규제가 어떤 문제점을 낳는지도 분석하였다. 보증공제와 보증보험을 시장에서 인위적으로 각기 달리 규율하는 것은 어쩌면 경쟁을 제한함으로써 해당 산업을 보호하려는 정책에 기인한 것일 수 있다. 그러나 이런 정책이 시대적으로 필요한 시점도 있지만 그것은 소비자를 희생한 대가로 얻어지는 것이다. 동시에 이런 보호정책은 피보호 산업의 경쟁력을 약화시켜 자원배분의 왜곡을 가져 온다는 것은 오랜 역사적 경험이었다. 현 시점에서 오히려 더 필요한 부분은 소비자 보호를 중심에 두고 공정한 경쟁을 지원하는 것이며, 장기적인 관점에서의 산업보호의 효과도 더 크다는 점 역시 역사적 경험이었다. 보증공제와 보증보험 시장을 인위적으로 구분하는 여러 장치를 점진적으로 해체하는 것이 필요한 시점이라는 전제 하에, 이 글은 행정규제의 통일화, 감독의 일원화, 또는 통일된 관리감독체계 등이 대안임을 제시하였다.

〈참고문헌〉

[단행본]

- 고상용, 민법총칙, 법문사, 1996.
 곽윤직·김재형, 민법총칙[민법강의 1], 박영사, 2012.
 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2012.
 김상용, 민법총칙, 화산미디어, 2009.
 _____, 채권총론, 화산미디어, 2010.
 김성태, 보험법강론, 법문사, 2001.

- 박세민, 보험법, 박영사, 2017, 2.
 백운철 · 김한양 · 이준복, 사회복지법제, 삼보출판사, 2010.
 손주찬, 상법(하), 박영사, 2002.
 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2010.
 양승규, 보험법 제5판, 삼영사, 2004.
 이상철 · 김성주, 헌법학 개론, 박영사, 2011.
 이영준, 민법총칙, 박영사, 1995.
 이은영, 민법총칙, 박영사, 2009.
 _____, 채권총론, 박영사, 2009.
 장덕조, 보험법(개정판), 법문사, 2011
 정찬형, 상법강의(하), 박영사, 2005.
 최기원, 상법학신론(하) 13판, 박영사, 2004.
 한기정, 보험법, 박영사, 2018

[논문]

- 김대환 · 이성근 · 이기형 · 김혜란, “부동산중개 공제사고의 경기민감도 분석”, 「부동산학보」 제45호(2011).
 노민선 · 이종민 · 정선양, “중소기업 핵심인력 장기재직 공제사업 도입방안 연구”, 「기술혁신학회지」 제17권 제1호(2014.3).
 성대규 · 김경환, “공제감독현황 및 향후 과제”, 「General Insurance」(2015.2.27.).
 오영수 · 김경환 · 박정희, 일반 공제사업규제의 합리화 방안, 「보험연구원」(2011.7).
 이준복, “합리적인 공제조합 운영을 위한 법적 연구”, 「세계헌법연구」 제17권 제1호(2011).
 임동진 · 이정호 · 정재호, “부동산 중개사고 영향요인 분석을 통한 공제제도의 개선방안”, 「부동산학보」 제53호(2013).
 정홍주, “보증보험시장의 건전경쟁 및 규제방안 연구”, 「성균관대 보고서」(2010.6).
 제철웅, “구상관계와 변제자대위”, 「민사법학」 제23호(2003.3).
 한창희, “보증보험의 법적 고찰”, 「보험학회지」 33집(1989).

本間照光, 保險の社會學, 勁草書房, 2010.
竹濱 修 外, 保險法改正の論点, 法律文化社, 2009.

Ferid/Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, Bd. 2.
John Lowry & Philip Rawlings, Insurance Law, Hart, 2005.
Juris Classeur Civil, Art. 1197 à 1216, n. 89-89.
Manfred Wandt, Versicherungsrecht, Carl Heymanns, 2009.
Mazeaud/Mazeaud/Chabas, Leçon de Droit Civil Tomb II, n. 1910.
Mestre, La Subrogation personnelle, 1979.
Schlechtrem, Ausgleich Zwischen Mehrensicherenden fremden Schuld, FS
Caemmerer(1978).
Starck, Droit Civil 2, Obligation, n. 1910.

투 고 일 : 2018년 7월 31일
심 사 일 : 2018년 8월 17일
수 정 일 : 2018년 8월 22일
게 재 확 정 일 : 2018년 8월 27일

주제어 : 보증공제, 보증보험, 산업 규제, 보증기관, 산업경쟁력, 자원배분, 감독의
일원화, 소비자 보호

<Abstract>

Unification of Supervisory Administration for guarantee insurance business and guarantee- mutual aid

Chun, Woohyun · Je, Cheolung

This paper analyses the reality where supervisory administrators for guarantee insurance businesses and guarantee mutual aids are different respectively and the guarantee market is thereby distorted because respective supervisory administrators set different regulations on the businesses subject to their supervision and control. Based on that analyse, this paper suggests some improvements as alternatives. Before it analyses problems arising from different regulations set by different supervisory administrators, this study clarifies that the legal effects of both guarantee insurance contracts and guarantee contracts can not be different in terms of subrogation of creditors and recourse to principal debtors and other security offering debtors because both contracts assume the same kind of risks. This study argues that the fact that Korean supreme court have applied some different legal effect to both contracts can be influenced by the real market under different regulations, which has nothing to do with the legal effects of both contracts. Subsequently, this study analyses problems in detail caused by different regulations. Different market regulations could be justified by the policy that any industry or business should be protected by restricting competitions with sacrificing consumers. However, the history reveals that such a policy could not achieved the targeted policy purposes: to the contrary, it resulted in the distortion of the market. What is more necessary, which the history evidences, is that the policy focus should be on the protection consumers rather than industry, with supporting fair competition. Such policies can be more effective in terms of the protection of industry or business. Assuming that it is the time to dismantle the mechanism whereby the market between guarantee insurance businesses and guarantee mutual aids is

artificially divided, this study proposes some alternatives to artificial different regulations set on both businesses, such as unification of administrative regulations, supervisory administrators or supervisory systems.

Key Words : guarantee mutual aid, guarantee insurance, business regulation, guarantee institution, industrial competitiveness, resource allocation, unification of supervisory administration, consumer's protection