금융소비자피해의 사법적구제[1)]

-법제도상 장애사유와 그 개선방안-

김주영(법무법인 한누리 변호사)

1. 서론

가. 금융소비자 피해의 현황

금융거래가 보다 복잡·다기해지고 이에 따른 금융소비자들의 피해 역시 다양한 형태로 발생하면서 금융소비자 보호에 관한 논의가 활발하게 이루어지고 있다. 금융소비자란 금융업자와 금융상품계약을 체결하는 등 금융거래를 하는 상대방으로서 예금자와 투자자, 보험계약자, 대출채무자를 모두 포괄하는 개념으로 정의할 수 있다.[2)] 따라서 금융소비자의 피해 역시 (1) 은행이나 저축은행, 신용카드회사와의 거래에 있어서 예금자 또는 대출채무자로서 입은 피해, (2) 증권회사나 자산운용사 또는 투자자문사와의 거래와 관련하여 투자자로서 입은 피해, 그리고 (3) 보험사와의 거래에 있어서 보험계약자로서 입은 피해 등 대체로 세 가지 부류로 구분할 수 있다.

과연 금융소비자들이 입고 있는 피해의 현황은 어느 정도일까. 금융소비자의 피해현황을 종합적으로 파악할 수 있는 통계자료는 찾기 어렵다. 금융감독원 소비자보호처에서 운용하는 인터넷 사이트 "금융소비자포털(http://consumer.fss.or.kr/fss/consumer)"에는 금융감독원에의 민원이나 금융분쟁조정위원회에의 분쟁조정신청에 관한 통계자료는 나와 있다. 하지만 실제 금융소비자피해를 양산한 각종 사건들에 따른 피해현황에 관하여는 자료가 거의 없다. 예컨대 부실저축은행과 관련한 후순위채투자자 또는 고액예금자들의 피해현황, ELS 투자관련 손실현황, 역외펀드 선물환거래관련 손실현황, 파생상품 펀드 불완전펀드관련 피해현황, 보이스피싱 대출사기피해현황, 변액보험관련 피해현황 등 각종 금융소비자 피해사건의 현황이 어느 정도 되는지 제대로 된 정보를 얻기 힘들다. 주가조작, 내부자거래, 분식회계 등 각종 불공정거

1) 이 글은 최근 필자가 서울대학교 금융법센터가 발간하는 BFL 58호 (2013년 3월호)에 기고한 "금융소비자피해의 사법적구제에 관한 소고"를 다소 수정한 글임.
2) 정순섭, "금융규제개혁과 금융소비자 보호", 상사판례연구 제22집 제4권(2009. 12. 31.)

래행위에 대한 제재도 지속적으로 이루어지고 있지만 이로 인해서 투자자들이 입은 피해에 관한 정보도 부족하다.

다만 분명한 사실은 금융소비자의 피해 중에서 금융분쟁조정이나 소송으로 가는 경우는 비중이 극히 작다는 점일 것이다. 금융감독원이 공표한 가장 최근 자료인 2010년 분쟁조정실적 및 소제기현황[3]에 따르면 2010년에 총 25,888건의 금융분쟁이 접수되었다고 한다. 하지만 그 중 2만 건이 넘는 것이 보험과 관련한 민원이고 그 뒤를 이어 은행 및 중소서민금융과 관련한 민원이 4,351건이며 금융투자관련 민원은 불과 788건에 불과하였다. 그리고 그러한 분쟁접수 건 중 소제기 건은 총 1,167건에 불과하였는데 이 역시 손해보험회사의 소제기 건이 962건에 달하였고, 은행 56건, 생명보험 53건, 증권 8건에 불과하였다.

실제 금융관련피해사례가 빈발하고 있고 그에 따른 피해자나 피해액수가 매우 클 것으로 예상되는데도 금융분쟁이나 소송이 그리 많지 않다는 점은 금융분쟁조정제도나 소송제도가 금융소비자의 피해를 구제하는데 그만큼 효과적이지 못한 것으로 인식되고 있다는 점을 반증한다.

나. 사법적 구제의 중요성

금융소비자 피해에 대한 구제는 여러 가지 측면에서 이루어질 수 있다. 금융업자가 자발적으로 보상을 할 수도 있고, 금융감독당국이나 기타 공공기관의 조정에 의해서 이루어질 수도 있다. 하지만 금융소비자 피해에 대한 최종적인 구제수단은 사법적 구제수단이다. 이러한 사법적 구제는 결국 금융업자나 금융감독당국 등이 행할 자발적 보상이나 금융분쟁조정의 기준을 제시한다는 점에서도 중요하다.

필자는 지난 10여 년간 주로 주가조작, 분식회계, 펀드 불완전판매 등으로 피해를 입은 투자자들을 대리하여 금융투자업자나 기업 또는 회계법인을 상대로 한 소송을 수행해 왔다. 주로 원고들을 대리하여 이런 소송을 담당해 오면서 필자는 피해를 입은 금융소비자들이 사법적 구제수단을 강구함에 있어서 여러 가지 제도상 장애가 존재한다는 사실을 인식하게 되었다. 이 글은 이를 정리한 것이다. 필자는 주로 금융투자업과 관련한 분쟁에서 소송을 수행하였지만 보험이나 은행 등의 영역에서 발생하는 금융소비자 피해사례도 그 특성에 있어서 유사하므로 역시 비슷한 문제점을 갖고 있는 것으로 볼 수 있다.

3) 금융감독원 2011. 2. 1.자 보도자료, “2010년 분쟁조정실적 및 소제기현황”

이하에서는 우선 금융소비자피해사건의 특성을 살펴본 후 이러한 금융소비자피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유를 분석해 보도록 하겠다. 그리고 이러한 문제점을 해소하기 위해서 도입된 증권관련집단소송제도의 문제점을 살펴보고자 한다. 마지막으로 금융소비자피해의 사법적 구제를 활성화하기 위한 제도개선방안들을 제시하고자 한다.

2. 금융소비자피해사건의 특성

금융소비자피해사건의 특성을 몇 가지로 추출해 보면 ① 사건의 집단성, ② 사건의 복잡성과 전문성, ③ 사건의 국제성, ④ 사건의 시스템관련성, ⑤ 사건의 정보비대칭성 등을 들 수 있다.

가. 사건의 집단성

대개의 금융소비자피해사건은 다른 소비자피해사건과 마찬가지로 불특정 다수의 피해를 야기한다는 특성이 있다. 이는 금융상품자체가 불특정 다수를 상대로 판매되기 때문에 필연적으로 발생할 수밖에 없는 현상에 해당한다. 이 때문에 소액의 피해를 입은 다수의 피해자들이 개별적으로는 문제를 제기하기 어렵다는 문제가 발생한다.

나. 사건의 복잡성과 전문성

사건의 복잡성과 전문성은 파생금융상품이 발달하는 등 금융상품이나 금융거래 자체가 날이 갈수록 복잡해지고 전문화 되어가기 때문에 나타나는 현상이라고 볼 수 있다. 이 때문에 사건을 해결하는데 전문가의 도움이 필요하고 관련 사실을 입증하는 것이 그만큼 어려워질 수밖에 없다.

다. 사건의 국제성

세 번째로는 사건의 국제성을 들 수 있다. 이는 어느 특정 국가에서 발생한 금융소비자관련 분쟁이 다른 나라에서도 유사한 형태로 발생하는 경향을 들 수 있다. 이는 금융거래기법이나 금융상품이 다국적 금융회사에 의해서 전 세계적으로 광범위하게 활용되기 때문이다. 서브프라임모기지 관련한 구조화채권(CDO)관련 분쟁은 미국에서 주로 발생하였지만 홍콩에서는 미니본드사건으로, 우리나라에서는 우리파워

인컴펀드사건으로 나타났다. 키코사건 역시 유사한 통화옵션상품들이 전 세계적으로 판매되었고 유사한 분쟁으로 나타났다. 이는 금융소비자피해사건을 다룸에 있어서 국제적인 시각, 비교법적인 시각이 필요함을 의미한다.

라. 사건의 시스템관련성

금융소비자 피해사건은 그 발생도 금융시스템과 관련되어 있고 또 그 해결도 금융시스템과 관련되어 있다고 볼 수 있다. 특정한 금융업자의 탐욕이나 실수 만으로 일어나기 보다는 그 당시 금융거래관련 정책의 우선순위, 금융거래시스템 등에 기인한 경우가 많다. 따라서 그러한 금융시스템을 이해하지 못하면 금융소비자피해의 실제 원인을 규명하지 못하는 경우가 많다. 또한 금융소비자 피해사건을 어떻게 해결할 것인지가 향후 금융시스템의 전개방향에 영향을 미치기도 한다. 따라서 금융소비자 피해사건의 해결에는 정치적, 정책적 고려가 많이 개입되는 경향이 있다.

마. 사건의 정보비대칭성

금융소비자 피해사건을 보면 피해를 당한 금융소비자는 피해원인은 물론이고 자신이 피해를 당한 사실조차 모르는 등 정보비대칭성이 심각하다는 특징이 있다. 거의 모든 자료와 정보는 금융업자에 집중되어 있고 금융소비자는 이러한 자료나 정보로부터 소외되어 있다. 따라서 금융소비자 피해에 대한 사법적 구제의 틀을 구축함에 있어서는 이러한 정보비대칭성을 충분히 고려해야 한다.

3. 금융소비자피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

피해를 당한 금융소비자가 민사소송을 통해서 구제를 받기 위해서는 피해보상 또는 원상회복을 구할 실체법적 근거를 가져야 하고 이를 일정한 소송절차를 통해서 주장 입증하여야 한다. 따라서 금융소비자피해의 사법적 구제를 저해하는 법제도상의 장애사유는 크게 실체법상의 장애사유와 절차법상의 장애사유로 구분할 수 있다.

가. 실체법상의 장애사유

금융소비자로서 피해를 당한 사람들은 주로 금융기관의 불법행위 내지는 채무불이행으로 인해서 손해를 입은 자들이므로 이들이 주로 취하는 사법적 조치는 불법행위에 기한 손해배상청구소송의 형태로 나타난다. 다만 사안에 따라 금융기관의 기

망 또는 착오에 의한 법률행위 또는 채무불이행을 주장하면서 원인이 되는 금융거래를 취소하거나 해제하여 원상회복을 청구하는 소송의 형태를 띠기도 한다. 결국 금융소비자가 불법행위 또는 법률행위의 하자를 주장하면서 손해배상청구나 원상회복청구를 하는 것이 금융소비자가 취하는 사법적 구제조치의 실체법적 구조라고 볼 수 있다. 이러한 손해배상청구권 또는 원상회복청구권의 근거가 되는 법규정은 불법행위에 관한 민법 제750조, 기망이나 착오에 따른 법률행위의 취소에 관한 민법 제109조 내지 110조, 채무불이행에 관한 민법 제390조, 계약해제에 관한 민법 제543조이며 간혹 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 “자본시장법”이라 함) 등 특별법에 이러한 민법 조항들에 관한 특칙조항을 두기도 한다. 이러한 실체법적 구조를 염두에 두고 금융소비자피해를 구제하는데 어떠한 실체법상의 장애사유가 있는지 살펴보면 다음과 같다.

(1) 입증책임 분배

소송상 어떤 요건사실의 존재가 불분명하게 됨으로써 당해 법률효과가 발생하지 않는 불이익 내지 위험을 입증책임이라고 한다. 각각의 법률효과를 규정하고 있는 실체법의 규정은 그 법률효과가 다른 법률효과에 대하여 어떠한 작용을 하는가에 따라 권리근거규정, 권리장애규정, 권리행사저지규정, 권리소멸규정 등 4가지로 분류되는데 각 당사자는 자기에게 유리한 규정의 요건사실에 대하여 입증책임을 진다는 것이 입증책임 분배의 대원칙이다. 불법행위나 채무불이행에 기한 손해배상청구에 있어서 그 근거가 되는 법규정들은 손해배상청구권이라는 권리를 발생시키는 권리근거규정이므로 전통적인 입증책임 분배원칙에 따르면 손해배상청구권을 주장하는 원고가 손해배상청구관련 법규정의 요건사실(위법성, 고의 또는 과실, 손해, 인과관계 등)에 대한 입증책임을 진다. 또한 계약해제나 법률행위의 취소에 따른 원상회복청구에 있어서도 그러한 해제나 취소를 주장하는 자가 권리장애규정에 해당하는 취소나 해제관련 법규정상 요건사실(기망, 착오, 계약위반 등)에 대한 입증책임을 진다.

이토록 전통적인 입증책임의 분배원칙에 따르면 손해배상청구권의 발생을 주장하거나 계약의 해제 내지 취소를 주장하는 금융소비자가 그에 관련된 요건사실을 입증할 책임을 부담하고 이러한 입증이 불충분한 경우에는 손해배상청구권이나 원상회복청구권이 인정되지 않는 불이익을 입을 수밖에 없다. 금융소비자피해사건의 경우에는 사건의 복잡성과 전문성 그리고 정보비대칭성으로 말미암아 금융기관의 협조가 없을 경우 요건사실에 대한 입증이 제대로 이루어지지 못할 가능성이 높다. 물론 이러한 입증상의 불이익을 감안하여 특별법에 일부

구성요건(고의 또는 과실이나 손해)에 대한 입증책임을 전환하거나 완화하는 경우가 있다. 하지만 이러한 입증책임의 부분적 전환은 큰 의미가 없는 경우가 많다. 첫째, 가장 중요한 구성요건요소(위법행위, 기망행위 등)에 관하여는 여전히 원고측이 입증책임을 지도록 되어 있으며, 둘째, 입증책임의 전환에도 불구하고 전통적인 입증책임분배원칙에 익숙한 법원이 피고측의 폭넓은 반증을 허용하고 이러한 반증에 대한 탄핵의 책임을 원고에게 지움으로써 사실상 입증책임전환을 규정한 입법자의 의도를 무색하게 하는 경우가 흔하기 때문이다.

(2) 손해입증의 정도

불법행위나 채무불이행으로 인하여 배상하여야 할 손해는 현실로 입은 확실한 손해에 한한다고 보는 것이 우리 대법원의 판례이다.[4] 그리고 이에 대한 입증책임도 원고에게 있다.[5] 그런데 금융상품이 점차로 복잡해지면서 이렇게 현실적으로 입은 확실한 손해를 입증하기는 점점 더 어려워지고 있다. 예컨대 금융기관의 부당한 권유에 따라 만기가 6년이 넘는 장외파생상품펀드에 가입한 투자자들이 제기한 우리파워인컴펀드소송의 경우 원고들은 가입 후 2년 반쯤이 경과한 시점에 펀드가 투자한 장외파생상품이 서브프라임모기지사태의 직격탄을 맞은 구조화증권인 사실을 인지한 후 소송을 제기하였다. 일부 원고들은 환매를 하지 않은 상태에서 소송을 냈는데 주위적청구로 기망이나 착오에 의한 펀드가입을 주장하면서 원상회복청구를 하였고 예비적청구로 부당한 권유나 설명의무위반에 따른 배상책임을 청구하면서 손해를 펀드의 가입당시 투자한 돈과 펀드 수익증권의 환매기준이 되는 평가가액의 차이로 주장하였다.[6] 이에 대하여 법원은 부당권유는 인정하지만 기망을 인정할 정도는 아니라면서 주위적 청구를 기각하였고 예비적 청구의 경우 이 펀드가 만기까지 분기별 확정수익금이 지급되고 기준가격이 변동하는 구조로서 만기시점까지 회수할 수 있는 금액을 미리 예측하기도 어려우므로, 자산운용회사와 판매회사의 불법행위로 인한 투자자들의 손해는 만기 시점이나 투자자들이 실제 환매한 시점에서야 현실

4) 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다22833 판결
5) 불법행위로 인한 재산상의 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상의 불이익, 즉 불법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 불법행위가 가해진 이후의 재산상태의 차이를 말하는 것이고, 이러한 손해의 액수에 대한 증명책임은 손해배상을 청구하는 피해자인 원고에게 있으므로, 원고는 불법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 불법행위가 가해진 이후의 재산상태가 무엇인지에 관하여 이를 증명할 책임을 진다(대법원 2012. 12. 13. 선고 2011다25695 판결).
6) 일부 원고들이 환매를 하지 않은 까닭은 환매를 하는 기준가격이 투자자들에게 불리하게 산정되어 있어 만기까지 받을 수익금을 감안할 때 환매를 하지 않는 것이 투자판단에 있어서 유리했기 때문이었다.

적・확정적으로 발생하다고 하면서 이를 기각하였다.[7] 이런 문제는 부동산개발 관련 프로젝트에 투자한 펀드의 경우도 마찬가지로 발생하는데 이런 펀드들은 이미 관련 프로젝트가 중단되어도 만기가 지나지 않았음을 이유로, 심지어 만기가 도래한 경우에도 여러 가지 이유로 만기를 연장하면서 약정 수익금도 지급하지 않고 청산도 하지 않는 상태를 유지하는 경우가 종종 있다. 이런 경우 투자대상의 가치감소가 현실적으로 발생하였고 그 가치감소를 평가할 수 있음에도 불구하고 손해가 구체적, 현실적으로 확정되지 않았다는 이유로 소송을 하지 못하는 경우가 발생한다.

물론 대법원은, 불법행위로 인한 손해배상청구소송에 있어, 재산적 손해의 발생사실은 인정되나 그 구체적인 손해액수를 입증하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 불법행위와 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 제반정황 등의 관련된 모든 간접사실들을 종합하여 상당인과관계 있는 손해의 범위인 수액을 판단할 수 있다는 대원칙을 천명하기는 한다.[8] 하지만 현실적인 사건에서 보면 이러한 제반 간접사실을 종합하여 상당인과관계가 있는 손해의 범위를 정함에 있어서도 매우 엄격하게 객관적인 증거를 요구하고 사실심 법관의 재량을 극히 제한적으로 인정하는 것이 일반적이다.[9] 따라서 영미의 배심원들이 그렇게 하는 것처럼 손해액에 관한 엄격한 수학적 증거가 갖추어지지 않는다 하더라도 제반 증거에 자유심증을 가미하여 일정한 배상을 명하는 그런 일은 우리 법정에서는 일어나지 않는다.

(3) 과실상계 내지 공평의 원칙상 책임제한의 허용

우리 민법 제396조는 “채무불이행에 관하여 채권자에게 과실이 있는 때에는 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다.”라고 규정하고 있고 불법행위에 따른 손해배상책임에도 이 조항이 준용된다(민법 제763조). 여기서 말하는 채권자의 과실은 손해의 발생뿐만 아니라 손해의 확대에 관련해서도 존재할 수 있으며 고유한 의미의 과실에 있어서보다 주의의무의 정도가 완화되는 ‘가벼운’ 또는 ‘단순한’ 부주의를 의미한다는 학설이 다수설이며 판례도 이에 따르고 있다고 한다.[10]

---

7) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다76368 판결
8) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002다6951, 6968 판결 등
9) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008다19355 판결
10) 곽윤직 등, 민법주해 (IX) (박영사, 1999) 제614면 이하. 여기서 인용한 판결로는 “불법행위로 인한

금융소비자피해관련 소송에서 원고들이 힘들게 청구원인사실을 입증하는데 성공했다고 하더라도 다시 부딪쳐야 하는 장벽이 바로 이 과실상계이다. 왜냐하면 불법행위나 손해의 입증에 있어서 요구되는 엄격한 증명과는 달리 과실상계에 있어서의 과실은 매우 폭넓게 인정되고 있어 그 입증이 매우 용이하기 때문이다. 더구나 법원은 피해자인 금융소비자의 과실을 인정하기 어려운 경우에도 손해의 발생이나 확대에 금융위기 등 제3의 원인이 개입되었다는 이유로 '공평의 원칙에 기한 책임의 제한'을 인정하는 경향이 있다. 금융소비자의 피해가 발생하는 경우는 대부분 금융기관의 잘못에 금융위기 등 제3의 원인이 결합되어 발생하는 경우가 많다. 그런 경우에 과실상계 내지 공평의 원칙상 책임제한을 함으로써 결국 그 제3의 원인에 대한 책임을 그러한 원인에 노출되도록 유도한 금융기관이 아니라 금융소비자에게 부담시키는 결과가 야기된다.

이러한 과실상계내지 책임제한은 금융기관이 고의적으로 불법행위를 한 경우에도 인정된다. 최근 대법원은 간접투자신탁 판매회사가 가격변동이나 금리변동에 따른 위험이 내재한 펀드에 가입한 고객에게 자산운용보고서를 보내면서 원금손실이 발생한 사실을 알리지 않고 오히려 수익이 발생한 것처럼 기재한 허위보고서를 보내어 고객으로 하여금 환매를 제 때 못 하게 한 사안에서 비록 피고의 불법행위가 피해자의 부주의를 이용한 고의적인 불법행위이지만 그러한 고의적 불법행위가 영득행위는 아니기 때문에 과실상계가 가능하다고 하면서, 원고가 피고에 의해서 보내진 허위 내용의 펀드현황보고서에 관하여 의문점을 갖고 피고에게 문의를 하는 등 좀 더 면밀히 확인하여야 함에도 불구하고 이를 게을리 한 점, 원고에게 손해가 발생한 근본적인 이유는 허위로 작성된 펀드 현황보고서 이외에 위 금융시장의 위기 때문이기도 한 점 등을 피고의 책임제한 사유로 삼은 원심의 판단에 문제가 없다고 판시하기도 하였다.[11] 금융소비자피해사건의 경우 금융기관이 고의의 불법행위로 직접적인 이득을 취하는 경우는 많지 않고 간접적으로 판매수익의 증대 등의 이득을 얻는 경우가 대부분이므로 금융소비자피해의 경우에는 고의의 불법행위가 개입한 경우에도 과실상계가 가능하다는 결론이 성립한다.

손해배상에 있어서의 피해자의 과실이라는 것은 비록 엄격한 법률상의 의의로 새길 것은 아니라고 하더라도 그것이 손해배상액 산정에 참작된다는 점에서 신의칙상 요구되는 결과발생회피의무로서 일반적으로 예견가능한 결과발생을 회피하여 피해자 자신의 불이익을 방지할 주의를 게을리 함을 말하는 것이라고 풀이할 것이다" 라는 판시내용의 대법원 1986. 2. 11. 선고 85다카1422 판결이 있다.

11) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다80968 판결

불법행위에 따른 손해배상이나 취소에 따른 원상회복이라는 제도 자체가 공평의 원칙을 기하기 위한 것인데 법원은 이미 원고들의 이익이 침해되어 현실적으로 손해가 발생한 현재의 상황을 기준으로 '공평의 원칙'을 적용하므로 결국 전액보상을 제한함으로 피해자인 금융소비자보다는 가해자인 금융기관의 이익을 옹호하는 결과가 야기될 수밖에 없다.

소비자피해보호를 위해서 징벌적 배상제도를 도입하자는 논의도 있지만 필자가 생각하기에는 징벌적 배상제도의 부재보다도 법원이 재량적으로 행하는 과실상계나 책임제한에 대한 통제가 제대로 이루어지지 않는 것이 더 문제라고 생각한다.

(4) 계약의 취소 내지 철회권 부재

금융소비자가 금융기관의 잘못으로 인해 체결하게 된 금융거래로 인해서 피해를 입었을 때 가장 간단한 피해구제수단은 원인이 되는 금융거래를 취소, 해제 내지 철회하도록 허용하고 원상을 회복하도록 하는 것이다. 그런데 우리나라의 금융거래 관련 법령들은 문제가 되는 금융거래에 관한 손해배상책임을 규정하는데 주안점을 두고 계약의 취소권 내지 철회권을 인정하는 쪽으로는 규정하지 않고 있다.

이는 미국의 증권법(Securities Act) 제12조 제a항 제1호가 같은 법 제5조를 위반하여 증권을 매도한 사람은 당해 증권의 취득자에 대하여 취소(rescission) 및 원상회복(restitution)의 책임을 규정하고 있는 점과 대비된다.[12)]

결국 우리나라 법상으로는 금융소비자가 부당권유나 설명의무위반으로 금융거래를 하였을 경우 기망이나 중요한 부분의 착오를 주장하면서 취소주장을 할 수밖에 없는데, 우리나라 법관들은 이중의 고의를 요하는 기망이나 강박 등 의사표시의 하자를 인정함에 있어서는 매우 인색한 편이어서 금융거래에 대해서는 이러한 취소권을 인정하지 않는 것이 일반적이다. 따라서 상당히 심한 수준의 허위표시 등이 있다고 하더라도 기망에 의한 의사표시로 보아 이를 취소하도록 하기 보다는 설명의무를 위반하였다고 하면서 제한적인 손해배상을 명하는 쪽으

12) 따라서, 등록신고서와 투자설명서에 관한 Securities Act 제5조를 위반하여 증권을 모집하거나 매도한 자는 그 매수인에 대하여, 1) 취득가액을 반환하거나, 2) 손해를 배상할 책임이 있는데, 이는 발행공시의무의 불이행에 대한 엄격책임(strict liability)이기 때문에, 증권의 취득자가 매수 취소를 하기 위해서는 피고로부터 증권을 매수한 사실과 피고가 Securities Act 제5조를 위반한 사실만 증명하면 된다. 등록신고서를 제출하지 않거나, 투자설명서를 교부하지 않거나, 등록신고의 효력 발생 전에 위법한 매도청약을 한 경우 등과 같이 SA 제5조의 규정을 위반한 모든 경우에 적용된다.

로 나아가는 경향이 있다.

이와 관련하여 주목할만한 외국입법으로 비록 금융거래에 한정되는 것은 아니지만 사업자와 소비자간의 거래와 관련하여 소비자의 계약취소권을 폭 넓게 인정한 일본의 '소비자계약법'을 들 수 있다. 일본의 소비자계약법은 사업자와 소비자간의 정보의 질 및 양 그리고 교섭력의 구조적 격차를 입법적으로 인정하였으며 이를 토대로 소비자가 사업자의 부당한 권유행위에 의해 계약을 체결한 경우 당해 계약의 취소를 인정하고 있다.[13] 이 법에 따르면 소비자는 "오인"에 의한 취소권과 "곤혹"에 의한 취소권 두 가지를 갖게 되는데, 우선 소비자는 사업자가 소비자계약의 체결에 대해 권유를 할 때에 ① 중요한 사항에 대해 사실과 다른 사항을 고지하거나 ("부실고지"), ② 장래의 변동이 불확실한 사항에 대하여 단정적 판단을 제공하여 ("단정적 판단의 제공"), 또는 ③ 중요사항에 대해 소비자에게 불이익한 사실을 고의로 알리지 않음으로 인하여 ("불이익 사실의 불고지"), 당해 사항에 관하여 오인을 하고 이로 인해 당해 소비자계약의 청약 또는 승낙의 의사표시를 했을 때에는 이를 취소할 수 있도록 규정하고 있다 (4조 1항・2항).[14]

또한 일본 소비자계약법에 따르면 소비자는 사업자가 소비자계약의 체결에 대해 권유를 할 때 ① 소비자의 주거 등에서 나가줄 것을 소비자가 요구했음에도 불구하고 사업자가 이에 응하지 않은 경우 ("불퇴거"), ② 계약체결 장소에서 소비자가 나가겠다는 의사를 표시했음에도 불구하고 사업자가이에 응하지 않는 경우 ("감금 또는 퇴거방해"), 이로 인해 곤혹스러움에 빠져, 결국 당해 소비자계약의 청약 또는 승낙의 의사표시를 했을 때에는 이를 취소할 수 있다 (4조 3항)[15]

(5) 금융소비자 보호관련 법규정의 단속규정화

자본시장법, 보험업법, 은행법 등 금융거래를 규율하는 각종 법규에는 금융소비자를 보호하기 위한 각종 규정들이 있다. 문제는 이러한 규정을 위반한 경우에도 그러한 금융거래 자체의 사법적 효력에는 영향이 없다고 보는 것이 일관된 판례의 입장이라는 점이다.[16] 증권투자와 관련하여 종종 문제가 되는 일임매매

13) 서희석, "일본 소비자계약법 5년의 성과와 평가" 민사법학 39-1호 (한국민사법학회, 2007년) 제103~104면
14) 서희석, 전게논문 제104면
15) 서희석, 전게논문 제105면

의 경우를 보자. 무분별한 일임매매로 인한 투자자의 피해를 방지하기 위해서 구증권거래법 제107조는 증권회사가 고객으로부터 유가증권의 매매거래에 관한 위탁을 받은 경우 그 수량·가격 및 매매의 시기에 한하여 그 결정을 일임 받아 매매거래를 할 수 있고, 이 경우 그 유가증권의 종류·종목 및 매매의 구분과 방법에 관하여는 고객의 결정이 있어야 한다고 규정하는 등 포괄적인 불법 일임매매를 금지하고 있었다. 그런데 이러한 규정에 위반하여 불법적인 일임매매가 이루어졌을 경우의 효력에 관하여 대법원은 "구 증권거래법 제107조는 고객을 보호하기 위한 규정으로서 증권거래에 관한 절차를 규정하여 거래질서를 확립하려는 데 그 목적이 있는 것이므로, 고객에 의하여 매매를 위임하는 의사표시가 된 것임이 분명한 이상 그 사법상 효력을 부인할 이유가 없고, 그 효력을 부인할 경우 거래 상대방과의 사이에서 법적 안정성을 심히 해하게 되는 부당한 결과가 초래되므로, 일임매매에 관한 증권거래법 제107조 위반의 약정도 사법상으로는 유효하다."라고 판시하여 금융소비자보호를 위한 규정에 위반한 거래의 사법적 효력을 인정하고 있다.[17] 반면 같은 판결에서 함께 문제가 된 증권회사 작성의 수익보장약정에 관하여는 "증권회사 또는 그 임·직원의 부당권유행위를 금지하는 증권거래법 제52조 제1호는 공정한 증권거래질서의 확보를 위하여 제정된 강행법규로서 이에 위배되는 주식거래에 관한 투자수익보장약정은 무효이고, 투자수익보장이 강행법규에 위반되어 무효인 이상 증권회사의 지점장에게 그와 같은 약정을 체결할 권한이 수여되었는지 여부에 불구하고 그 약정은 여전히 무효이므로 표현대리의 법리가 준용될 여지가 없다."고 판시하여 투자수익보장약정을 이유로 손실보전을 요구하는 투자자의 청구를 기각하였다.[18]

결국 고객보호차원에서 삽입된 규정은 단순히 단속규정으로, 그리고 금융기관의 건전성을 위해서 삽입된 규정은 강행규정으로 해석함으로써 동일한 거래에서 금융기관의 계약상 이익은 보호하고 고객의 계약상 이익은 보호를 거부하는 현상이 발생하고 있다.

---

16) 예컨대, 보험계약의 체결 또는 모집에 종사하는 자는 보험계약자 또는 피보험자에 대하여 부실한 사항을 알리거나 보험계약의 계약조항 중 중요한 사항을 알리지 아니하는 행위를 하지 못하도록 한 보험업법 규정위반이 문제된 사안에서 대법원은 이 규정은 보험모집인의 모집행위에 대한 단속규정으로서 보험모집인이 위 규정을 위반한 경우 보험사업자가 경우에 따라서 손해배상책임을 부담할 수 있음은 별론으로 하고, 그와 같은 사정만으로 보험모집인이 체결한 보험계약의 일부 또는 전부가 당연히 무효로 되는 것은 아니며 보험모집인이 이를 위반하였다는 점에 대한 입증책임은 그 위반행위를 이유로 보험사업자를 상대로 손해배상을 청구하는 자에게 있다고 판시하였다(대법원 2007. 6. 29. 선고 2007다9160 판결).

17) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94다38199 판결

18) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94다38199 판결

나. 절차법상의 장애사유

실체법상 근거를 갖고 손해배상이나 원상회복을 청구하더라도 이를 법원의 재판을 통해서 확인받아 관철시키기 위해서는 민사소송법 등 절차법의 도움을 받아야 한다. 그런데 금융소비자의 피해를 관철시키는데 있어서 민사소송법으로 대표되는 기존의 절차법에 상당한 장애가 존재한다.

(1) 증거개시제도 부재

앞서 본 바와 같이 금융소비자피해사건의 경우 사건의 복잡성과 전문성으로 인해서 입증이 그만큼 어려울 뿐만 아니라 정보비대칭성으로 인해서 해당 증거가 금융기관에 편재해 있는 것이 일반적이다. 결국 원고에 해당하는 금융소비자로서는 피고인 금융기관으로부터 증거를 협조받기 전에는 자신에게 부과되어 있는 입증책임을 다하지 못하게 되고 결국 진실과 달리 입증이 부족하여 소송에서 지게 되는 결과가 야기된다. 따라서 우리나라에서는 '진실이 이기지 않고 증거를 가진 쪽이 이긴다.' 라는 말이 설득력 있게 받아들여진다. 물론 우리나라 민사소송법에도 문서제출명령제도라는 것이 있어서 소송의 상대방에게 문서제출을 명할 수 있도록 하고 있고 이를 제출하지 않을 경우 법원은 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실이라고 인정할 수 있으며[19] 상대방으로 하여금 문서목록을 제출하게 할 수 있다. 하지만 이러한 실제로 문서목록제출을 허술하게 하거나 해당 문서가 없다고 거부하는 등 상대방이 협조를 안 해도 이에 대한 실질적인 제재는 거의 이루어지지 않으므로 현재의 문서제출명령제도로는 금융기관이 보관하고 있는 각종 자료에 관한 접근이 어려운 것이 실상이다.

반면 영미에서는 상대방이 당해 사건과 관련하여 갖고 있는 일체의 서류와 증인이 될 수 있는 사람들을 광범위하게 요구할 수 있는 증거개시제도(Discovery)가 있으며 이러한 증거개시에 불응하거나 불성실하게 응할 경우 당사자뿐만 아니라 변호사에게도 재제가 가해지므로 현실적으로 증거개시를 통해서 금융소비자인 원고가 금융기관인 피고를 상대로 광범위한 증거를 수집할 수 있다.

우리나라의 경우에는 민사소송법은 물론 소송허가를 득해야 하는 증권관련집단소송에서도 증거개시제도가 도입되지 아니하여 금융소비자인 원고로서는 출발

19) 민사소송법 제349조

점에서부터 불리한 싸움을 할 수 밖에 없는 것이 현실이다.

(2) 소송비용제도

우리나라의 소송비용제도는 우선 원고가 청구액에 비례하는 인지대를 선납하게 하고 나중에는 패소자에게 상대방이 지출한 소송비용의 일부를 부담하도록 하는 구조로 되어 있다. 우선, 금융소비자들이 금융거래로 인한 피해를 보상받거나 원상회복을 주장하려면 원고가 되어 그 가액에 해당하는 소송을 제기해야 하므로 소송가액에 일정 비율[20]을 곱한 금액에 해당하는 인지대를 법원에 선납해야 하는데 청구금액이 큰 경우에는 그 인지대가 상당한 부담이 된다. 이는 사실상 인지대부담이 거의 없는 영미의 경우와 대비된다.

또한 원고의 남소여부와 상관없이 원고 패소시 피고의 소송비용을 부담하게 하는 소송비용부담제도도 원고에게 부담이 된다. 예컨대 피고의 불법행위는 입증했지만 손해인과관계가 입증되지 못하여 원고청구가 기각된 경우에도 원고는 피고의 소송비용을 부담해 주어야 한다. 이는 패소의 경우에도 남소가 아닌 한 상대방의 소송비용을 물어주지 않는 영미의 경우와 대비된다.

(3) 금융거래정보 및 금융감독정보에의 접근 제한

우리 민사소송법에는 증거개시제도가 없으므로 금융소비자들은 일단 수사권을 가진 검찰이나 조사권을 가진 금융감독당국에 수사나 조사를 의뢰하여 진상을 밝히도록 한 후 그 결과를 토대로 민사소송을 제기하는 경우가 많다. 그런데 문제는 진상이 밝혀져서 수사기관의 기소나 감독당국의 제재가 이루어졌음에도 불구하고 그에 관한 자료를 확보하기가 어렵다는 것이다. 금융소비자인 원고는 해당기관에의 사실조회, 기록송부촉탁, 금융거래정보제출명령신청 등을 통해서 자료 확보를 꾀하지만 수사기관이나 금융감독당국은 이에 대하여 협조해야 할 명문의 규정이 없음을 이유로 또는 기밀을 유지하고 관련 이해당사자를 보호해야 할 의무를 들어 재판부의 명령이나 촉탁에도 불구하고 이에 응하지 않는 경우가 대부분이다. 이런 경우 검찰이나 금융감독당국이 낸 보도자료나 신문기사만으로는 충분한 증거를 확보하지 못하므로 감독당국에서 분식회계가 인정되었음에도 불구하고 소송에서는 그에 관한 입증에 실패하는 경우도 발생하게 된다. 심지어는 피고의 직원 등이 형사재판에 회부된 경우에도 피고측이 문서송

20) 대체로 1심의 경우에는 소송가액의 0.4%, 항소심의 경우에는 0.6%, 상고심의 경우에는 0.8%의 비율에 의한 인지대를 부담한다.

부촉탁신청에 대한 의견 등을 통해 적극적으로 이를 방해하는 경우가 많아 중요 사건에서는 민사재판부의 요청에도 불구하고 형사재판부가 이를 거부하는 경우가 많아지고 있다는 점이다.

한편, 금융소비자는 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 의한 정보공개청구를 통해서 금융감독정보에의 접근을 시도하기도 한다. 하지만 정보공개청구를 위한 행정소송을 해서 1심에서 승소하더라도 이에 관하여는 집행력이 인정되지 않으므로 금융감독당국이 항소나 상고를 하는 경우 확정판결을 얻기까지 무한정 기다려야 한다.

(4) 감정제도

금융소비자피해관련 소송은 복잡하고 전문적인 내용을 다루므로 법원이 청구원인이 되는 불법행위의 존재와 그 손해를 인정함에 있어서 전문가에 많이 의존하는 편이다. 그런데 금융소비자피해관련 소송에서 전문가인 감정인을 선정하고 이를 활용하는 절차나 기준이 확립되어 있지 않아서 결국 돈과 인맥이 풍부한 금융기관이 유리한 위치에 서게 된다.

(5) 시효제도

시효제도란 일정한 사실 상태가 일정기간 계속되어 온 경우에 그 사실상태가 진정한 권리관계와 합치하는지 여부를 묻지 않고 법률상 사실상태에 대응하는 법률효과를 인정하여 주는 제도이다. 이와 같은 시효제도의 존재이유는 법적 안정성, 입증의 곤란, 권리위에 잠자는 자에 대한 보호가치가 없는 점 등을 들지만 이러한 존재이유는 복잡한 금융소비자피해관련사건에는 맞지 않는다. 예컨대 오랫동안 분식회계를 하고 또 이를 은폐해 오다가 그 사실이 드러난 기업에 대해서 분식회계시점으로부터 3년이 지났다는 이유로 자본시장법에 따른 배상청구를 하지 못하게 하는 것은 어느 모로 보나 정의의 관념에 맞지 않다.

금융소비자가 일반 불법행위에 따른 손해배상청구소송을 제기하는 경우 불법행위시로부터 10년, 손해를 안 날로부터 3년 이내에 소송을 제기하여야 하고 더구나 자본시장법 등 특별법에 따른 배상청구를 하기 위해서는 행위시로부터 3년, 안 날로부터 1년 이내에 소송을 제기해야 한다.

다. 제도운영상의 장애사유

이상에서는 금융소비자피해의 사법적 구제를 저해하는 제도상의 장애사유를 살펴보았으나 이러한 제도적 장애사유에 추가하여 제도를 운용하는 실무상 장애사유들도 있다. 예컨대, 우리나라는 배심원재판이 아니라 전문법관에 의한 재판제도를 운영하고 있는데 전문법관들은 대체로 법 규정에 입각하여 엄격하고도 보수적으로 재판을 운영하는 경향을 보이며 업무의 과중을 불러오는 집단적 소송이나 원고소송에 우호적이지 않다는 점, 금융감독당국이 사적 소송에 비협조적이라는 점, 변호사들이 피해자를 모아 소송을 하기 위한 정보를 확보하기 어렵고 소송을 권유하는데 변호사 윤리상 제약이 존재한다는 점, 해당 분야에 전문성을 가지면서도 업계로부터 독립적인 전문가의 풀이 미발달상태라는 점 등의 현실적 장애사유가 존재한다.

4. 증권관련 집단소송법의 문제점

가. 증권관련 집단소송법의 도입경과

증권관련집단소송법은 2005. 1. 1. 에 시행되었으므로 시행된지 어느덧 8년이 경과되었다. 그간 제기된 증권관련집단소송의 건수는 총 5건으로서 최초의 사건인 진성티이씨사건은 2009. 4. 13. 제기되었다가 2010. 2. 3. 소송허가결정에 즈음하여 화해안이 도출되고 2010. 4. 8. 화해허가결정이 내려짐으로써 종결되었으며[21] 나머지 4개 사건은 모두 소송허가신청이 계류 중인 상태이다. 필자가 속한 법무법인은 현재 계류 중인 4건의 증권관련집단소송에서 원고대리를 담당하고 있는 바, 이하에서는 이들 4건의 증권관련집단소송의 수행과정에서 드러난 이 법의 문제점을 설명하고자 한다.[22]

나. 현재 계류 중인 4건의 증권관련집단소송의 개요

필자가 속한 법무법인이 제기한 4건의 증권관련집단소송 중 3건은 2009년에 발발한 ELS 종가조작사건들에 관한 것이다. 즉 ELS의 발행증권사 또는 ELS 발행증권사와 맺은 스왑계약을 통해 ELS 발행에 따른 위험을 인수한 외국계금융기관들이 ELS의 중도상환평가기준일 또는 만기상환평가기준일에 기초자산의 대량매도를 통해 종가

21) 진성티이씨사건은 2011. 12.경 분배절차까지 완료됨으로써 소 제기 시점으로부터 약 2년 8개월만에 최종적으로 마무리되었다.

22) 진성티이씨사건의 진행경과와 그 과정에서 드러난 쟁점들에 대해서는 함승완, “증권관련집단소송의 진행과 관련한 몇 가지 쟁점들”, BFL 제43호 (2010. 9.) 제69면~78면에 상세히 소개되어 있다.

를 하락시키고 이로 인해서 ELS의 중도상환을 막거나 ELS의 만기상환시 지급되는 상환금을 축소시킨 사안에 관하여 제기된 사건들이다. 나머지 1개의 사건은 유상증자 직후 사실상 도산한 씨모텍이라는 회사와 관련하여 제기된 소송으로서 씨모텍이 유상증자를 실시하면서 제출한 증권신고서의 허위기재를 이유로 주간사증권사를 상대로 제기한 소송이다.

다. 현행 증권집단소송제도의 문제점

증권관련집단소송법 제1조는 “이 법은 증권의 거래과정에서 발생한 집단적인 피해를 효율적으로 구제하고 이를 통하여 기업의 경영투명성을 높이기 위하여 증권관련 집단소송에 관하여 「민사소송법」에 대한 특례를 정하는 것을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있다. 하지만 증권집단소송제도가 도입 된지 8년여가 지난 현재 증권집단소송제도는 증권의 거래과정에서 발행한 집단적인 피해를 효율적으로 구제하는데 유용하지 않다는 사실이 드러났다. 그 이유를 몇 가지로 나눠서 설시하면 다음과 같다.

(1) 증권관련집단소송 청구원인에 대한 과도한 제한

증권관련집단소송법 제3조는 증권관련집단소송의 청구원인에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

> 제3조 (적용 범위)
> ① 증권관련집단소송의 소(訴)는 다음 각 호의 손해배상청구에 한정하여 제기할 수 있다.
> 1.「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」제125조에 따른 손해배상청구
> 2.「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」제162조(제161조에 따른 주요사항보고서의 경우는 제외한다)에 따른 손해배상청구
> 3.「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」제175조, 제177조 또는 제179조에 따른 손해배상청구
> 4.「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」제170조에 따른 손해배상청구
> ② 제1항에 따른 손해배상청구는「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」제9조제15항제3호에 따른 주권상장법인이 발행한 증권의 매매 또는 그 밖의 거래로 인한 것이어야 한다.

위에서 제1호는 ‘증권신고서나 투자설명서의 허위기재에 따른 손해배상청구’이고, 제2호는 ‘사업보고서, 반기보고서, 분기보고서의 허위기재에 따른 손해배상청구’이며, 제3호는 ‘미공개정보이용행위, 시세조종행위, 부정거래행위에 따른 손해배상

청구’ 이며, 제4호는 ‘선의의 투자자의 회계감사인에 대한 손해배상청구’ 이다.

이렇게 청구원인을 특정한 자본시장법상 배상책임에 한정하는 것의 가장 큰 문제는 시세조종이나 분식회계 등에 따른 배상청구를 함에 있어서 일반 민법상 손해배상청구를 병합하여 제기하기 어렵게 되어 있다는 점이다. 자본시장법상의 손해배상책임은 민법상 불법행위로 인한 손해배상책임과는 별도로 인정되는 법정책임이므로,[23] 일반 불법행위의 요건이 동시에 충족되는 경우에는 두 가지 청구권이 경합한다. 그러나 증권관련집단소송은 증권거래법에 의한 손해배상청구에만 가능하게 되어 있어 민법상 불법행위를 원인으로 한 청구는 적용될 수 없고 따라서 일반 민법상 불법행위청구를 병합할 수 없다는 해석이 가능하다.[24] 통상 주가조작, 분식회계 등 증시 불공정거래행위에 따른 손해배상청구소송을 제기할 때는 시효문제, 입증문제, 법리적 해석문제 등을 고려하여 자본시장법상 배상책임조항에 따른 청구와 일반 불법행위에 따른 손해배상청구 등 여러 가지 청구를 병합하여 제기하는 것이 일반적이다. 예컨대 주가조작으로 피해를 본 투자자는 자본시장법 제177조에 의한 배상청구 뿐 아니라 자본시장법 제176조 위반을 이유로 민법상 불법행위에 따른 배상청구를 병합하여 제기하는데 이들 양 청구는 청구권경합관계에 있으므로 하나의 소송을 통해 제기할 수 있다. 그런데 법은 증권관련집단소송의 경우 자본시장법상 배상책임조항에 한하여 제기될 수 있도록 하고 있어서 민법상 청구와 병합청구가 힘들게 되어 있다.

필자가 속한 사무실이 수행한 한화스마트10 ELS 사건의 경우 만약 증권관련집단소송법이 집단소송의 청구원인을 자본시장법상 배상책임 특별규정에 따른 손해배상청구로 제한하지 않고 특정한 자본시장법 위반에 따른 손해배상청구로 명시하였다면 집단소송이 불허가되는 일은 없었을 것 같다. 왜냐면 한화스마트10 ELS사건의 경우 자본시장법 제178조(부정거래행위)위반인 점에 대해서는 대체로 이견이 없었으나[25] 과연 자본시장법 제178조 위반에 따른 손해배상책임을 규정한 제179조에 해당하는지 여부에 관하여는 이론의 여지가 있었기 때문이다.

(2) 전속관할 등 불합리한 법 규정으로 인한 원고 부담의 가중

증권관련집단소송법 제4조는 다음과 같이 전속관할조항을 두고 있다.

23) 대법원 1999. 10. 22. 선고 97다26555 판결
24) 법원행정처, ‘증권관련집단소송실무’ 재판실무자료 2005-1
25) 실제로 다른 ELS 관련사건에서 ELS의 종가조작이 시세조종 내지는 이에 준하는 부정거래행위에 해당된다는 하급심판결이 있었다.

제4조 (관할) 증권관련집단소송은 피고의 보통재판적(普通裁判籍) 소재지를 관할하는 지방법원 본원 합의부의 전속관할로 한다.

당초 법무부가 제출한 증권관련집단소송법안에 담긴 관할 조항은 사물관할에 대한 특칙만을 둔 것이었다. 즉 증권관련집단소송의 소가가 다액일 경우가 많고 또 소가를 산정하기 어려운 것도 많으므로 소송이 제기되는 경우에는 소가에 관계없이 합의부에서 재판을 담당하도록 사물관할에 관한 특칙을 둔 것이었다. 그런데 증권집단소송법의 통과를 앞두고 기업측의 반발에 따라 최종적으로 수정된 몇 가지 사항 중 이 전속관할 조항이 들어가게 되었다.

문제는 피고가 한 명이 아니라 여러 명일 경우이다. 한화스마트10 ELS 사건의 경우 원고측은 당초 피고를 로얄뱅크오브캐나다만을 상대로 제기하였다가 원고들이 피고 발행증권을 보유하였어야 한다는 조항 때문에 집단소송이 불허가 될 것을 우려하여 ELS의 발행회사인 피고 한화증권을 예비적 피고로 추가하였다. 그런데 이와 관련하여 법원은 위 법 제4조를 들어 이러한 예비적 피고 추가신청이 관할위반이라고 하여 이를 기각하였다. 이러한 결정은 항고심에서도 그대로 인용되었고 대법원에서는 심리를 하지 않고 재항고를 기각하였다. 결국 피고가 여러 명이고 피고들의 보통재판적이 다를 경우에는 피고들별로 각각 따로 따로 집단소송을 제기한 후 직근상급법원의 관할지정결정을 통해 병합해야 한다는 셈이 된다.

그러나 증권관련집단소송은 증권의 거래과정에서 발생한 집단적 피해를 효율적으로 구제하기 위하여 민사소송법에 대한 특례로서 정해진 소송행태로서 무엇보다도 집단을 이루는 원고들이 관련된 분쟁을 일거에 해결함으로써 집단적 성격을 띤 증권분쟁의 통일적 해결을 꾀하고자 하는 법이다. 특히 증권관련집단소송이 제기되는 분쟁들은 원고가 복수일 경우뿐만 아니라 피고가 복수일 것을 당연히 예정하고 있는 분쟁들이다. 법 제3조가 열거하고 있는 자본시장법 제125조에 따른 손해배상청구(증권신고서 허위기재에 따른 배상청구)의 경우 증권신고서의 신고인, 발행인의 이사, 작성자, 공인회계사 등 전문가, 인수인, 증권소유자 등의 연대책임을 규정하고 있으며 이는 법 제3조가 열거하는 다른 청구원인들도 마찬가지이다. 또한 법이 적용되는 자본시장법상 배상책임들은 시효가 짧은 반면(행위 시로부터 3년, 안 날로부터 1년) 사실관계가 복잡해 책임주체가

심리 중 규명되는 경우가 많으므로 예비적·선택적 피고 추가가 이루어져야 할 경우도 종종 있다. 그런데 이와 같이 복수의 피고를 상대로 제소하거나 사후적으로 피고추가를 할 필요가 있음에도 불구하고 일반 소송의 경우와는 달리 증권관련집단소송이기 때문에 피고 각각을 상대로 각 피고의 보통재판적 소재지에 별도의 증권관련집단소송을 제기하여야 한다거나 예비적 피고추가의 요건이 갖추어졌음에도 불구하고 관할문제로 인해 피고 추가를 하지 못한다면, 이는 집단적 분쟁을 효율적으로 해결하고자 하는 증권관련집단소송의 취지에 역행하는 것이어서 부당하다.

(3) 피고발행주식 보유요건 등 불합리한 남소방지장치에 따른 문제점

증권관련집단소송법 제12조 제1항 제1호는 소송허가요건으로 '구성원이 50인 이상일 것'과는 별도로 청구의 원인이 된 행위 당시를 기준으로 구성원의 보유증권의 합계가 피고회사의 발행 증권 총수의 1만분의 1 이상일 것'을 요구하고 있다.

> 제12조 (소송허가 요건)
> ① 증권관련집단소송 사건은 다음 각 호의 요건을 갖추어야 한다.
> 1. 구성원이 50인 이상이고, 청구의 원인이 된 행위 당시를 기준으로 그 구성원이 보유하고 있는 증권의 합계가 피고 회사의 발행 증권 총수의 1만분의 1 이상일 것

이 조항 역시 당초 법무부가 제안한 법률안에는 없던 조항인데 막판 통과 직전에 재계의 남소방지장치 요구에 따라 삽입된 조항이다.

그런데 시세조종이나 허위공시 또는 내부자거래에 간혹 발행회사가 개입함으로써 발행회사도 피고가 되는 경우도 있지만 그렇지 아니하는 경우도 충분히 존재하며, 특히 주가조작이나 내부자거래와 같은 경우에는 발행회사가 피고가 되는 경우는 오히려 예외적이라고 할 수 있다. 예컨대 발행기업과 상관없이 작전세력이 주가를 조작하는 경우나 발행기업의 임원이 내부정보를 활용하여 거래를 한 경우 발행법인은 주가조작이나 내부자거래에 전혀 관여한 바가 없으므로 발행법인은 증권관련 집단소송의 피고가 될 수 없다. 따라서 증권관련 집단소송법 제12조 제1항 제1호 '피고회사의 발행증권 총수'의 의미는 피고가 된 회사의 발행증권 총수의 1만분의 1을 보유하였어야 한다는 의미가 아니라 시세조종·허위공시 또는 내부자거래의 대상이 된 발행증권의 총수의 1만분의 1을 의

미한다고 보아야 한다. 즉, 이 조항은 '다수성 요건'을 규정한 것으로서 증권관련 집단소송은 반드시 유가증권 발행회사를 피고로 하는 것은 아니므로, 유가증권 발행회사가 피고로 되지 아니한 경우 위 조항의 "피고회사"는 "유가증권 발행법인"으로 해석함이 상당한 것이다[26]. 하지만 이러한 해석은 문언해석에는 배치되는 것이어서 과연 법원에서 이러한 해석을 할지는 의문이다. 실제로 한화스마트10 ELS 사건에서 1심 재판부는 피고회사 발행주식 보유요건의 미비를 들어 소취하를 권유하기도 하였다. 따라서 증권관련집단소송을 제기하는 원고는 문제가 된 증권의 발행사가 실제로 그 청구원인이 되는 불공정거래행위에 관여하였는지 여부를 떠나서 무조건 발행사를 피고로 삼을 수밖에 없는 실정이다.

(4) 형평에 안 맞는 원고 소송대리인 요건

법은 원고측 소송대리인의 자격과 관련하여 다음과 같은 규정을 두고 있어 원칙적으로 동일한 원고측 소송대리인이 3년간 3건 초과의 증권관련집단소송사건을 대리할 수 없게 되어 있다. 반면 피고측 소송대리인의 자격에는 아무런 제약이 없어 동일한 피고측 소송대리인이 무제한 집단소송을 대리할 수 있게 되어 있다.

> 제11조(대표당사자 및 소송대리인의 요건)
> ① 대표당사자는 구성원 중 해당 증권관련집단소송으로 얻을 수 있는 경제적 이익이 가장 큰 자 등 총원의 이익을 공정하고 적절하게 대표할 수 있는 구성원이어야 한다.
> ② 증권관련집단소송의 원고측 소송대리인은 총원의 이익을 공정하고 적절하게 대리할 수 있는 자이어야 한다.
> ③ 최근 3년간 3건 이상의 증권관련집단소송에 대표당사자 또는 대표당사자의 소송대리인으로 관여하였던 자는 증권관련집단소송의 대표당사자 또는 원고측 소송대리인이 될 수 없다. 다만, 여러 사정에 비추어 볼 때 제1항 및 제2항에 따른 요건을 충족하는 데에 지장이 없다고 법원이 인정하는 자는 그러하지 아니하다.

당초 법무부가 제안한 법률안에는 원고건 피고건을 가리지 않고 3년간 3건 이상의 소송에 관여할 수 없도록 되어 있었는데 이 역시 막판 통과 직전에 재계의 남소방지장치 요구에 따라 원고소송대리인에게만 제한이 있는 것으로 변경되었다.

실제로 지금까지 제기된 총 5건의 증권관련집단소송(병합을 고려하면 총 4건)의 경우 원고는 필자가 속한 법무법인 한누리가 4건(병합을 고려하면 총 3건)을 대

26) 법원행정처, 전게 자료 제56면

리하고 있고 피고는 5건 모두를 김앤장법률사무소가 대리하고 있다. 현재 한투 289 ELS 집단소송에서 피고측은 원고측 소송대리인이 최근 3년간 3건 이상을 관여했다는 이유로 소송대리인 적격을 문제 삼고 있는데 이는 형평에 어긋나는 법조항 때문이라고 볼 수 있다.

(5) 소송허가결정에 대한 불복절차의 문제점

> 제15조(소송허가 결정)
> ① 법원은 제3조·제11조 및 제12조의 요건에 적합한 경우에만 결정으로 증권관련집단소송을 허가한다.
> ④ 제1항 및 제3항의 결정에 대하여는 즉시항고(卽時抗告)할 수 있다.

1996년 법무부가 만든 집단소송법시안이나 1998년 제출된 증권관련집단소송법안에는 허가결정에 대해서는 불복할 수 없고 불허가 결정에 대해서만 불복할 수 있도록 되어 있어, 집단소송요건이 갖추어졌다는 법원의 판단만 있으면 본안으로 이행될 수 있었는데 실제로 통과된 법안은 집단소송허가결정에 대해서 즉시항고를 할 수 있도록 하고 있어 허가결정의 확정에만 많은 세월이 소요되게 되어 있다. 실제로 한화스마트10 ELS 집단소송사건의 경우 당초의 소송허가신청이 2010. 12. 30. 제기되었고 불허가결정은 그 후 약 1년 4개월이 경과한 2012. 5. 1. 내려졌으며 그에 대하여 즉시항고가 제기되었으나 그로부터 9개월 이상이 지난 2013. 2.현재 이에 대한 항고심은 심리조차 이루어지지 않고 있는 실정이다. 그리고 씨모텍 집단소송사건의 경우에도 2011. 10. 13. 소송허가신청이 제기되었으나 1년이 훨씬 넘은 2013. 2. 현재 1심법원의 결정이 내려지지 않고 있는 실정이다.

5. 금융소비자피해의 사법적 구제를 활성화하기 위한 방안들

이상에서 금융소비자피해의 사법적 구제를 저해하는 각종 장애사유들을 살펴보았다. 이상의 논의를 바탕으로 필요한 제도개선사항들을 간략히 설명하면 다음과 같다.

가. 실체법적 제도개선

(1) 거래취소 내지 철회권 명문화

자본시장법, 보험업법 등 금융거래와 관련한 소비자보호규정을 두는 특별법들에 중대한 법규위반거래에 관하여 금융소비자의 거래 취소권 내지 철회권을 명문화하는 규정을 둘 필요가 있다. 예컨대 증권신고서를 제출하여야만 하는 거래임에도 불구하고 증권신고서 제출 없이 거래를 한 경우[27] 증권신고서에 중대한 허위기재 또는 누락이 있는 경우 그러한 거래를 통해서 증권을 취득한 투자자가 발행기업을 상대로 거래를 취소하고 원상회복을 구할 수 있도록 하는 것이다.

또한 일본의 소비자계약법에 의해서 도입된 '오인에 의한 취소권'과 '곤혹에 의한 취소권'을 금융소비자거래 또는 소비자거래 일반에 도입하는 것이 필요하다.

(2) 과실상계 내지 책임제한에 대한 입법적 통제

형사재판에 있어서 양형기준과 같이 과실상계 내지 책임제한을 할 수 있는 경우와 그 사유 그리고 과실상계 내지 책임제한율의 기준을 명문화하여 개별 재판부의 과실상계 및 책임제한에 관한 재량을 통제할 필요가 있다.

(3) 손해배상 추정조항 신설

손해액의 입증곤란을 해소하기 위해서는 손해배상추정조항을 신설하거나 확대하는 것이 필요하다. 참고로 독점규제및공정거래에관한법률(이하 "공정거래법"이라 함) 제57조는 '손해액의 인정'이라는 표제하에, "이 법의 규정을 위반한 행위로 인하여 손해가 발생된 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다."라는 규정을 두어 법원이 손해액을 인정함에 있어서 보다 자유심증에 따른 재량권을 행사할 수 있도록 규정하고 있다.

(4) 입증책임의 전환 내지 완화 규정 확대

현재에도 고의 과실에 대한 입증책임을 전환하거나 원고의 입증책임을 완화하는 규정

27) 실제로 최근의 저축은행사태로 드러난 바에 따르면 몇 몇 저축은행들이 불특정다수의 고객을 상대로 후순위채를 공모발행하였음에도 불구하고 증권신고서나 사업설명서를 제출하지 아니하였다고 한다.

이 특별법에 있으나 이를 확대하는 것이 필요하다. 다만 이러한 입증책임의 전한 내지 완화규정이 가진 한계를 고려할 때 후술하는 절차법적 제도개선이 여전히 필요하다.

(5) 시효제도의 개선

민법상 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸하며 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 소멸하는 것으로 되어 있다. 자본시장법과 같은 특별법에는 이러한 시효를 단축하여 행위시로부터 3년, 안날로부터 1년으로 하였으나 이러한 단기소멸시효는 폐지하여 민법상 불법행위에 기한 손해배상청구와 동일한 소멸시효가 적용되게 할 필요가 있다.

나. 절차법적 제도개선

(1) 증거개시제도의 도입

영미법상 증거개시제도가 금융소비자피해사건에 관하여 도입되어야 한다. 만약 이것이 우리의 전통적인 소송법체계에 비추어 힘들다면 적어도 증권관련집단소송법에 따라 제기된 집단소송으로서 소송허가결정을 득한 경우에는 증거개시를 신청할 수 있도록 제한적인 증거개시제도의 도입이라고 이루어져야 한다.

(2) 국민참여재판제도적 요소의 도입

금융소비자피해사건의 경우에도 손해인과관계의 인정이나 배상액의 산정에 관하여 국민참여재판제도적 요소를 도입하여 전문법관의 경직되고 보수적인 태도를 보완하는 것을 고려해 볼 수 있다.

(3) 금융거래 및 금융감독정보에의 접근 확대

법원의 명령이나 촉탁이 있을 경우 금융감독당국이 이에 원칙적으로 응할 의무를 규정하여 금융거래 및 금융감독정보가 금융소비자피해사건의 법정에 보다 용이하게 현출되도록 할 필요가 있다. 참고로 공정거래법 제56조의2(기록의 송부등)는 같은 법 제56조 규정에 의한 손해배상청구의 소가 제기된 때에는 법원은 필요한 경우 공정거래위원회에 대하여 당해사건의 기록(사건관계인, 참고인 또는 감정인에 대한 심문조서 및 속기록 기타 재판상 증거가 되는 일체의 것을

포함한다)의 송부를 요구할 수 있다고 규정하고 있다.

(4) 소송비용제도의 개선

이는 금융소비자피해사건에 국한된 것은 아니지만 현행 소송비용제도가 지나치게 원고에게 불리하여 피해자가 권리구제를 하기 어렵도록 되어 있는 점은 개선되어야 할 것으로 보인다.

(5) 감정제도의 개선

금융거래관련 사건에서의 감정인 선정 및 활용에 관한 가이드라인이 마련되어 감정인이 공정하게 선정되고 감정인에 대한 평가와 활용이 보다 객관적으로 이루어지도록 할 필요가 있다.[28]

(6) 정보공개청구제도의 개선

이 역시 금융소비자피해사건에 국한된 것은 아니지만 정보공개청구를 위한 행정소송의 1심판결에 대하여 집행력을 부여하고 법원의 집행정지결정을 받지 아니한 경우에는 정보공개를 하도록 관련제도를 개선할 필요가 있다.

다. 집단소송제도의 확대 및 개선

(1) 금융소비자피해관련 사건으로 집단소송제도 확대

금융소비자피해관련 사건으로서 다수성, 균질성 등의 요건을 충족하는 경우에는 집단소송절차에 따라 구제를 받을 수 있도록 집단소송제도의 확대가 필요하다. 아울러 금융거래에 관한 특별법위반에 대하여 집단소송을 허용할 경우 실체법 위반에 따른 특별법상 청구 뿐 아니라 민법상 청구도 병합하여 청구할 수 있도록 법조문을 개정해야 한다.

(2) 합당한 소제기를 제약하는 불합리한 장애사유 제거

전속적인 토지관할조항이라든지, 불합리한 주식보유요건, 형평에 맞지 않는 원

28) 보다 자세한 논의는 김주영, “증권소송에 있어서의 전문가 감정 활용기준” 저스티스 102호(한국법학원, 2008/02) 제176-189면 참조

고 소송대리인 요건 등 위헌소지가 있는 소 제기 장애사유들을 제거해야 한다.

(3) 소송허가제도의 개선

소송허가의 심리에 필요한 기간을 법정하여 무한정 절차가 지연되지 않도록 하는 동시에 소송불허가결정에 대해서만 편면적인 항고가 허용되도록 할 필요가 있다. 아울러 소송허가결정이 내려지면 증거개시절차를 취할 수 있도록 하여 소송허가결정이후 화해가 촉진되도록 할 필요가 있다.

6. 결론

이상에서 금융소비자피해에 대한 사법적 구제의 현실과 문제점 그리고 그 개선방안을 개괄적으로 살펴보았다. 이 글이 다루는 주제가 매우 광범위하므로 이 글은 주제와 관련한 이슈들을 개괄적으로 살펴보는 수준에서 다루었음을 밝힌다. 앞으로 구체적인 이슈에 관하여 보다 심도 있는 연구와 논의가 전개되기를 기대한다.