고지의무, 설명의무, 공시의무위반 관련 손해배상소송

- 원고 변호사의 역할을 중심으로 -

김주영 변호사 (법무법인 한누리 대표)

1. 들어가며

가. 고지의무, 설명의무, 공시의무위반의 전형적인 사례들

<사례 1>
분양업자가 아파트를 분양하면서 옆에 공동묘지가 있다는 사실을 설명하지 않고 분양을 하는 바람에 이를 모르고 분양받은 수분양자들이 결국 매일 밤낮으로 공동묘지를 바라보는 집에서 살게 되었다.

<사례 2>
효과가 의심스럽거나 부작용이 우려되는 치료법임에도 불구하고 의사가 제대로 설명하지 않아 쓸데없이 치료비를 지불하거나 부작용으로 오히려 건강이 악화되었다.

<사례 3>
증권회사가 시장상황과 무관하게 절대수익을 낸다는 파생상품의 위험성을 제대로 설명하지 않아 안전한 상품인 것으로 오인하여 투자를 하였다가 원금을 거의 다 날리는 손해를 입었다.

<사례 4>
상장회사가 감사보고서를 공시를 하였는데 회사의 재무상태가 썩 좋은 것으로 되어 있었다. 이를 믿고 투자를 했는데 곧바로 회사가 망하여 손해를 입었다.

나. 위 사례의 공통점

위 사례들은 진실에 반하거나 필요한 사실을 누락하거나 오해를 유발하는 고지, 설명, 공시를 하였고 이러한 고지, 설명 공시를 근거로 해서 어떠한 행동 (분양계약체결, 치료승인, 투자)을 하였고 이러한 행동으로 말미암아 어떠한 손해를 입은 경우들이다. 최근들어 고지의무위반, 설명의무위반, 공시의무위반관련 손해배상소송이 점차 늘어나고 있는데 이는 그만큼 여러가지 재화 및 서비스의 거래에 있어서 정보의 비대칭이 확대되고 있는 것을 의미한다.

'고지', '설명', '공시'는 공히 어떤 것을 알려주는 행위를 뜻하는 용어들이다. '고지'라는 것은 거래당사자들 사이에서 일방이 타방에게 개별적으로 알리는 행위에 초점을 맞춘 용어이며 '설명'이란 뭔가 정보와 지식을 가진 사람이 그런 정보와 지식을 갖고 있지 않은 사람에게 풀어서 알려주는 행위에 초점을 맞춘 용어이며, '공시'란 공개적으로 게시하여 알리는 것에 초점 맞춘 용어일 뿐 본질적으로 다른 것은 없다.

다. 고지의무 등 위반에 따른 손해배상 청구소송의 중요성

불법행위에는 신체침해, 재산침해, 명예침해, 영업방해 등 여러가지 유형이 있는데 고지의무, 설명의무, 공시의무위반은 이런 직접적인 침해행위가 아니라 상대방으로 하여금 착오에 빠뜨려 어떠한 손해를 입는 조치를 선택하도록 하는 간접적인 침해행위라고 할 수 있다.

직접적인 신체침해, 재산침해, 명예훼손, 영업방해에 대해서는 통상 민형사상 강력한 응징이 따른다. 하지만 고지의무 설명의무 공시의무위반에 대한 응징은 여전히 미진한 것이 현실이다. 고지의무 설명의무 공시의무위반은 통상 돈과 지식 그리고 사회적 지위를 갖춘 소위 '강자'에 의해서 이루어지는 불법행위로서 이를 효과적으로 응징하는 것은 사회정의실현 측면에서 매우 긴요하다.

2. 고지의무 등 위반관련 손배소송에서의 주요 쟁점들과 원고 변호사의 역할

원고 변호사가 고지의무 등 위반에 따른 손해배상책임을 추궁하기 위해서는
1) 피고가 법령 및 신의칙상 어떠한 것을 제대로 고지, 설명, 공시할 의무를 부담하고 있다는 사실 (고지의무 등의 존재)
2) 그런데 피고가 이러한 의무를 다하지 못하였다는 사실 (의무의 해태)
3) 그리고 그러한 의무의 해태로 인해서 원고가 어떠한 행동에 나아갔다는 사실

(거래인과관계)
4) 그러한 거래로 행동으로 인해 원고가 어떠한 손해를 입었다는 사실 (손해 및 손해인과관계)을 효과적으로 주장입증해야 하며,
5) 상대방의 과실상계, 손익상계 등 항변을 효과적으로 방어해야 한다.

또한 원고 변호사는 손해배상청구소송 뿐만 아니라 다른 구제수단 (기망 및 착오에 따른 취소주장, 하자담보책임주장 등)도 병합하여 청구하는 것이 필요하다.

3. 고지의무 등의 존재

가. 고지의무 등의 인정근거

고지의무, 설명의무, 공시의무 등은 법령상 인정되기도 하고 계약상, 관습상, 조리상 인정되기도 한다. 신의칙상 인정되어 오던 것이 법령에 규정됨으로써 법령상 의무가 되기도 한다.

따라서 원고 변호사는 우선 관련 법령을 철저히 조사해서 법령상 고지의무, 설명의무, 공시의무 등의 존재를 주장하는 것이 필요하다.(자본시장법, 부동산중개업법 등) 그리고 법령상 의무가 없을 경우 계약관계가 있는지 파악하여 계약상 의무가 있는지를 살펴야 한다. 다만 대부분의 경우는 법령상 의무도 없고 계약관계도 아직 성립되기 이전이므로 관습이나 조리에 비추어 볼 때 신의칙상 고지의무나 설명의무가 있음을 주장해야 한다.

법원은 통상 어떠한 거래에 있어서 거래 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것임이 경험칙상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다고 보는 태도를 보이고 있다. 여기서 말하는 경험칙을 좌우하는 것이 거래의 관행이나 조리이다.

나. 고지의무 등의 인정 사례

(1) 부동산 거래관련

(a) 아파트개발사업 시행자의 고지의무

지역주택조합 방식에 의한 아파트개발사업의 시행대행자인 갑 주식회사가 을 등과 조합원가입계약을 체결할 당시 이미 **사업부지 일대가 뉴타운사업지구로 지정되어**

위 방식에 의한 사업 추진이 불가능할 수 있었음에도 이를 고지하지 않았고, 그 후 실제로 사업 추진이 불가능하게 되어 을 등이 손해를 입은 사안에서, 사업 추진이 불가능할 수 있다는 사정은 조합원가입계약 체결 여부를 결정하는 데 관건이 되는 중요사항이므로 갑 회사가 계약상대방인 을 등에게 이를 고지하지 않은 것은 고지의무 위반에 해당하고, 갑 회사가 계약 체결 당시 사업 추진이 불가능할 수 있다는 점을 분명히 인식하지 못하였다 하여 사정이 달라지지는 않는다 (대법원 2012.4.26. 선고 2010다8709 판결)

(b) 공항건설시행자와 이를 방조한 인천국제공항공사의 고지의무 내지 설명의무

수도권 신공항 건설사업시행자 갑이 임대차계약의 교섭단계에 있는 자들에게 객관적으로 PMS(People Mover System, 모노레일) 완공이 가능한지 여부를 정확히 확인해보려는 별다른 노력도 기울여보지 않고 상업시설을 경유하는 PMS가 설치될 것이라는 잘못된 정보를 제공한 것은, 통상의 선전·영업활동을 넘어서서 임차인들에게 의사결정에 영향을 줄 수 있는 중요한 사정에 관한 신의칙상 고지의무 내지 설명의무를 위반한 것이며, 인천국제공항공사도 PMS 설치에 대한 정확하고 충분한 정보를 갑에게 고지하지 아니하고 PMS 설치에 대한 확정된 계획이 없음에도 2단계 공사기간 내에 PMS가 완공될 예정이라는 안내문을 설치하여 갑의 임대차를 조장·방치함으로써 갑이나 임차인들에 대한 신의칙상의 의무를 위반하였으므로, 갑과 인천국제공항공사는 공동불법행위자로서 연대하여 임차인들에게 그로 인한 손해를 배상할 의무가 있다 (대법원 2009.8.20. 선고 2008다51120,51137,51144,51151 판결)

(c) 아파트 분양자의 고지의무

부동산 거래에 있어 거래 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것임이 경험칙상 명백한 경우에는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있으며, 그와 같은 고지의무의 대상이 되는 것은 직접적인 법령의 규정뿐 아니라 널리 계약상, 관습상 또는 조리상의 일반원칙에 의하여도 인정될 수 있고, 일단 고지의무의 대상이 되는 사실이라고 판단되는 경우 이미 알고 있는 자에 대하여는 고지할 의무가 별도로 인정될 여지가 없지만, 상대방에게 스스로 확인할 의무가 인정되거나 거래관행상 상대방이 당연히 알고 있을 것으로 예상되는 예외적인 경우가 아닌 한, 실제 그 대상이 되는 사실을 알지 못하였던 상대방에 대하여는 비록 알 수 있었음에도 알지 못한 과실이 있다 하더라도 그 점을 들어 추후 책임을 일부 제한할 여지가 있음은 별론으로 하고 고지할 의무 자체를 면하게 된다고 할 수는 없다. 우리 사회의 통념상으로는 공동묘지가 주거환경과 친한 시설이 아니어서 분양계약의 체결 여부 및 가격에 상당한 영

향을 미치는 요인일 뿐만 아니라 대규모 공동묘지를 가까이에서 조망할 수 있는 곳에 아파트단지가 들어선다는 것은 통상 예상하기 어렵다는 점 등을 감안할 때 **아파트 분양자는 아파트단지 인근에 공동묘지가 조성되어 있는 사실을 수분양자에게 고지할 신의칙상의 의무를 부담**한다 (대법원 2007.6.1. 선고 2005다5812,5829,5836 판결).

(d) 부동산 중개업자

부동산중개업자는 신의와 성실로써 공정하게 중개행위를 하여야 할 의무가 있고(부동산중개업법 제16조), 당해 중개대상물의 거래상의 중요사항에 관하여 거짓된 언행 기타의 방법으로 중개의뢰인의 판단을 그르치게 하는 행위를 하여서는 아니되며(동법 제15조 제1호), **중개행위를 할 경우 당해 중개대상물에 대한 소유권, 전세권, 저당권, 지상권, 임차권 등의 권리관계에 관한 사항 및 거래예정가격을 조사한 후 그 내용을 동시행규칙 별지 제15호 서식에 따른 중개대상물 확인·설명서를 서면으로 작성하여 의뢰인에게 제시하고, 이를 성실, 정확하게 설명하여야 한다**(동법 제17조 제1항, 동시행령 제22조 제1항 제5호, 제8호, 동시행규칙 제15조 제2항). (대구지법 2004. 10. 19. 선고 2004가단23537 판결)

(2) 금융 및 증권거래관련

(a) 고객과 선물환거래를 하는 금융기관의 설명의무

금융기관이 일반 고객과 선물환거래 등 전문적인 지식과 분석능력이 요구되는 금융거래를 할 때에는, 상대방이 그 거래의 구조와 위험성을 정확하게 평가할 수 있도록 거래에 내재된 위험요소 및 잠재적 손실에 영향을 미치는 중요인자 등 거래상의 주요 정보를 적합한 방법으로 설명할 신의칙상의 의무가 있다고 할 것이나, 계약자나 그 대리인이 그 내용을 충분히 잘 알고 있는 경우에는 그러한 사항에 대하여서까지 금융기관에게 설명의무가 인정된다고 할 수는 없다 (대법원 2010.11.11. 선고 2010다55699 판결).

(b) 펀드(투자신탁) 판매업자의 설명의무

구 간접투자자산 운용업법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제26조에 따라 **투자신탁 수익증권 판매 업무를 영위하는 은행 임직원이 고객에게 수익증권의 매수를 권유할 때에는 그 투자에 따르는 위험을 포함하여 당해 수익증권의 특성과 주요내용을 명확히 설명함으로써 고객이**

그 정보를 바탕으로 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무가 있고, 이러한 주의의무를 위반한 결과 고객에게 손해가 발생한 때에는 불법행위로 인한 손해배상책임이 성립한다. 이 경우 고객에게 어느 정도의 설명을 하여야 하는지는 당해 수익증권의 특성 및 위험도의 수준, 고객의 투자경험 및 능력 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 투자신탁 수익증권을 판매하는 은행 직원이 파생금융상품이나 이에 투자하는 투자신탁 수익증권을 매수한 경험이 없는 고객에게 신탁재산의 대부분을 파생금융상품인 주가지수연계증권(Equity Linked Securities)에 투자하는 투자신탁 수익증권의 매수를 권유하면서 중도 환매가격에 대하여 오해를 불러일으킬 수 있는 부실한 표시가 기재된 상품설명서를 제공하고, 그 환매가격에 대한 명확한 설명을 하지 않음으로써 고객으로 하여금 중도 환매 시 지급받을 수 있는 환매가격에 관하여 오해하게 한 사안에서, 이는 고객이 올바른 정보를 바탕으로 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무를 위반한 것으로 고객에 대하여 불법행위를 구성한다 (대법원 2010.11.11. 선고 2008다52369 판결).

(c) 변액보험을 판매하는 보험회사

사망보험금과 적립금을 포괄하는 생명보험의 일종인 유니버설 보험(Universal Life Insurance) 또는 변액보험과 유니버설 보험을 결합한 변액 유니버설 보험(Variable Universal Life Insurance)에 있어서, 일반인들이 일반 정액보험에 비하여 보험내용을 이해하기 어렵고, 보험기간이 장기간 또는 종신이며, 특히 변액보험은 정액보험과 달리 원금 손실의 위험성을 안고 있음에도 계약자들은 보험자의 사회적 신뢰성을 믿고 가입하는 경향이 있는 점에 비추어, **보험자는 보험계약의 중요한 사항에 대하여 계약자들이 이를 이해하여 보험계약 체결 여부를 자주적으로 판단할 수 있을 정도로 설명하여야 할 의무가 있다. 다만, 그 설명의 정도는 보험계약자의 나이·학력·지식·동종 보험에의 가입 경험 유무·판단능력 등에 기한 보험계약자의 이해도와 그 보험상품의 특성 및 위험도 수준 등에 따라 상대적이다.** 한편, 보험자의 임직원 또는 보험설계사가 계약자에게 보험상품의 가입을 권유할 때에는 당해 보험상품의 특성과 주요내용을 명확히 설명함으로써 계약자가 그 정보를 바탕으로 합리적인 판단을 할 수 있도록 계약자를 보호하여야 할 주의의무가 있고, 이러한 주의의무를 위반한 결과 계약자에게 손해가 발생한 때에는 불법행위로 인한 손해배상책임이 성립한다. (서울고법 2010.3.31. 선고 2009나97606 판결)

(d) 상장법인의 수시공시의무 관련

증권거래법 제186조 제1항 제1호에서 규정하고 있는 상장법인 등이 발행한 어음 또는 수표가 부도처리되었을 때뿐만 아니라, **은행이 부도처리하기 전에 도저히 자**

금조달이 어려워 부도처리될 것이 거의 확실시되는 사정도 당해 법인의 경영에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사실로서 합리적인 투자자라면 누구든지 당해 법인의 주식의 거래에 관한 의사를 결정함에 있어서 상당히 중요한 가치를 지니는 것으로 판단할 정보에 해당하는 것임이 분명하므로, 이러한 상황을 알고 있는 당해 법인의 주요주주 등이 그 정보를 공시하기 전에 이를 이용하여 보유주식을 매각하였다면 이는 미공개정보 이용행위를 금지하고 있는 같은 법 제188조의2 제1항을 위반하였다고 보지 않을 수 없다 (대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도2827 판결)

(e) 상장법인의 정기공시의무 관련

주식거래에서 대상 기업의 재무상태는 주가를 형성하는 가장 중요한 요인 중의 하나이고, **대상 기업의 사업보고서의 재무제표에 대한 외부감사인의 회계감사를 거쳐 작성된 감사보고서는 대상 기업의 재무상태를 드러내는 가장 객관적인 자료로서 일반 투자자에게 제공·공표되어 그 주가형성에 결정적인 영향을 미치는 것**이어서, 주식투자를 하는 일반 투자자로서는 그 대상 기업의 재무상태를 가장 잘 나타내는 사업보고서의 재무제표와 이에 대한 감사보고서가 정당하게 작성되어 공표된 것으로 믿고 주가가 당연히 그에 바탕을 두고 형성되었으리라는 생각 아래 대상 기업의 주식을 거래한 것으로 보아야 한다 (대법원 2007.10.25. 선고 2006다16758,16765 판결).

(3) 의사, 변호사의 설명의무

(a) 치료의 효능에 관한 의사의 설명의무와 의약품공급업자의 고지의무

의사는 의료행위에 앞서 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등 당시의 의료 수준에 비추어 상당하다고 인정되는 사항을 설명하여 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있고, 특히 그러한 의료행위가 임상시험의 단계에서 이루어지는 것이라면 해당 의료행위의 안전성 및 유효성(치료효과)에 관하여 그 시행 당시 임상에서 실천되는 일반적·표준적 의료행위와 비교하여 설명할 의무가 있다. 또한 **의약품 공급자는 임상시험 단계에 있는 의약품을 공급함에 있어 해당 의약품의 안전성 및 유효성(치료효과) 등 그 구입 여부의 의사결정에 영향을 줄 수 있는 중요한 사정을 수요자에게 고지할 신의칙상의 의무**가 있다. (대법원 2010.10.14. 선고 2007다3162 판결)

(b) 부작용 및 위험성에 관한 의사의 설명의무

일반적으로 **의사는 환자에게 수술 등 침습을 과하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자의 경우나 그 밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 위 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무**가 있다.의사의 설명의무는 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없으며, 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다 (대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443 판결)

(c) 변호사의 설명의무

법률전문가인 변호사가 소송의뢰인으로부터 소송대리를 위임받은 경우, 그 직무의 공익성, 전문성에 비추어 위임받은 사무를 수행함에 있어 전문적인 법률지식과 경험을 바탕으로 성실히 소송을 대리함으로써, 의뢰인의 정당한 권익을 보호하고 손해를 방지하여 주어야 할 선량한 관리자로서 주의의무가 있고, 이에 수반하여 **의뢰인에게 소송의 경과 및 그 결과, 그 대책에 대하여 필요한 범위 내에서 설명하여 주어야 할 의무**가 있다고 할 것이나, 소송대리한 사건에 관하여 판결이 선고된 경우 그에 대한 변호사의 설명의무의 범위는 법률적으로 쟁점이 되었고 이로 말미암아 소송의뢰인에게 첨예한 이해득실을 야기하는 사항이나 법령 및 상급심의 판례와 상반되는 판단 내지 상급심의 판단과 일치되더라도 다툴 여지가 있는 경우에 국한된다고 할 것이고, 이와 달리 판결에 나타나는 단순한 계산상 오류나 표현상 착오 등은 그러한 사정을 상소기간 내에 미리 알았다는 등과 같은 특별한 사정이 없는 한 설명의무의 범위에서 제외된다고 보는 것이 상당하다 (전주지법 2001. 2. 28. 선고 97가단28027 판결)

4. 고지의무 등의 위반

가. 위반유형

고지의무 등의 위반 유형은 크게 4가지로 구분할 수 있다.

(1) 고지 의무 등의 불이행

우선 고지의무나 설명의무 또는 공시의무가 있는데 아예 고지 등을 하지 않는 '고지의무 불이행'을 들 수 있다. 예컨대 아예 어떠한 설명도 하지 않거나 고지하지 않는 경우, 6개월이내에 50인 이상을 상대로 증권에 해당하는 CP를 발행했음에도 불구하고 유가증권 신고서나 투자설명서를 아예 작성하여 공지하지 않은 경우 또는 공시해야 할 주요사항이 발생하였음에도 불구하고 이를 아예 공시하지 않는 경우를 들 수 있다.

(2) 허위 사실 고지

고지나 설명, 공시를 하기는 했는데 적극적으로 사실과 다른 거짓의 내용을 고지하는 '허위사실의 고지'가 있다. 집을 지을 수 없는 땅인데 집을 지을 수 있다고 하거나, 사업보고서에 최근 감사인의 감사의견을 기재하였는데 감사의견이 '한정'임에도 불구하고 '적정'으로 거짓기재한 경우 또는 주요한 재무수치가 거짓으로 표시되어 있는 경우를 들 수 있다.

(3) 필요한 사실의 누락

'필요한 사실의 누락'이란 공지나 설명, 공시를 하기는 했지만 중요한 사항이 누락되어 있어서 전체적으로 볼 때 사실이 은폐되었다고 보여지는 경우를 의미한다. 하지만 '누락'이 문제되기 위해서는 중요한 것이 누락되어야 한다. 문제는 무엇이 중요한 정보인가이다. 이에 관하여 대법원은 "증권거래법 제188조의2 제2항 소정의 "투자자의 투자판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 정보"라 함은, 구 증권거래법 제186조 제1항 제1호 내지 제11호에 유형이 개별적으로 예시되고 제12호에 포괄적으로 규정되어 있는 "법인경영에 관하여 중대한 영향을 미칠 사실"들 가운데, 합리적인 투자자라면 그 정보의 중대성과 사실이 발생할 개연성을 비교 평가하여 판단할 경우 유가증권의 거래에 관한 의사를 결정함에 있어서 중요한 가치를 지닌다고 생각하는 정보를 가리키는 것이라고 해석함이 상당하고, 그 정보가 반드시 객관적으로 명확하고 확실할 것까지 필요로 하지는 않는다"라고 판시하였다 (대법원 1994.4.26. 선고 93도695 판결). 부동산거래와 관련해서도 거래 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 그 거래를 하지 않았을 것임이 경험칙상 명백한 사항을 누락하였다면 필요한 사실의 누락에 해당할 것이다 (대법원 2007.6.1. 선고 2005다5812,5829,5836 판결).

(4) 오인 유발

‘오인 유발’이란 일반인으로 하여금 오해를 유발하게 하는 것을 말한다. 오인 유발도 잘못된 판단을 야기한다는 점에서는 ‘허위 고지’나 ‘필요한 사실의 누락’과 다를 바 없다. 여기서 중요한 것은 과연 일반인을 어떻게 이해할 것인가인데 판사나 전문가가 아닌 ‘세련되지 못한 일반인’우로 보아야 한다. 그런데 판사들은 자신의 관점에서 사람들을 이해하므로 일반인들의 수준을 지나치게 높게 설정하는 경향이 있다. 인간은 생각보다 어리석고, 귀가 얇고, 욕심과 유혹에 약하다. 이런 인간의 실상을 잘 피력할 필요가 있다.

나. 고지의무 위반 등에 대한 입증책임

고지의무 등이 인정되면 일단 정확한 고지, 설명 내지 공시를 하였다는 사실에 대한 입증은 상대방측이 부담하다고 보아야 한다. 어떠한 행위가 없었다는 사실을 입증하는 것은 사실상 불가능하기 때문이다. 다만 허위사실 또는 필요한 사실이 누락된 불충분한 사실 또는 오해를 유발하는 사실의 고지, 설명, 공시가 이루어졌다는 점을 입증할만한 자료가 있을 경우 적극적으로 주장함으로써 고지의무 등을 제대로 다하지 못했음을 주장할 필요가 있다.

다. 피고측의 항변과 이에 대한 대처

피고측은 주로 다음과 같은 항변을 한다.

(1) 충분하고 정확한 고지 내지는 설명을 하였다. -> 이에 대해서는 충분하고 정확한 고지가 아니라는 점을 주장, 입증해야 한다.

(2) 원고가 이미 알고 있었다. -> 원고가 이미 관련 사실을 알고 있었을 경우 판례는 고지의무 등 위반을 인정하지 않는다. 이미 일부 알고 있다고 하더라도 여전히 모르는 부분이 있었으며 그 모르는 부분으로 인해서 행동을 결정했다는 점을 주장, 입증해야 한다.

(3) 고지 내지는 설명을 하였더라도 달라지지 않았을 것이다. -> 이 부분은 고지의무 위반에 대한 항변이 되지 않고 다만 과실상계 내지는 책임제한의 사유가 될 뿐이다.

(4) 고의성이 없었다 (나도 몰랐다) -> 고지의무 등 위반은 반드시 고의를 요하지 않는다. 판례상 피고가 분명히 몰랐다는 사정이 있다 하더라도 배상책임 성립에는 문제가 없다.

5. 거래인과관계

가. 거래인과관계의 의미

통상 불법행위에 있어서는 상당인과관계를 한 단계로 판단하는데 고지, 설명, 공시 의무 위반의 경우에는 거래인과관계와 손해인과관계의 두 가지 단계로 나누어 판단한다고 할 수 있다.

거래인과관계란 어떠한 고지의무, 설명의무, 공시의무 위반으로 인해서 비로소 문제가 되는 어떠한 거래가 이루어졌다는 사정을 의미한다. 어떠한 고지의무, 설명의무, 공시의무 위반이 없었더라도 (즉 제대로 고지, 설명, 공시 되었더라도) 똑 같은 조건과 내용의 거래가 이루어졌다면 고지, 설명, 공시의무위반과 원고의 피해 간에 상당인과관계를 인정하기 어렵다.

하지만 거래인과관계란 반드시 그러한 고지, 설명, 공시의무 위반이 없었더라면 거래가 없었을 것이라는 의미로 좁게 해석할 수는 없다. 설령 어차피 거래를 할 사람이었다고 하더라도 그러한 고지, 설명, 공시의무 위반이 없었더라면 동일한 조건과 내용으로 거래하지 않았을 것이라고 한다면 (예컨대 어차피 땅을 사더라도 훨씬 낮은 가격으로 샀을 것이라고 한다면) 거래인과관계가 존재한다고 볼 수 있다.

나. 거래인과관계의 완화

허위사실의 고지, 설명, 공시 등이 있을 경우 과연 그러한 고지, 설명, 공시에 의해서 거래를 하였다고 하는 것을 입증하는 것은 기본적으로 원고에게 있다. 하지만 피고의 고지, 설명, 공시와 원고의 신뢰간에 직접적인 관계가 성립되지 않더라도 시장을 통해서 간접적인 연결관계가 인정될 경우에는 인과관계를 입증할 수 있을 것이다. 예컨대 부동산개발사업을 하는 피고가 기자들에게 허위사실을 고지하였고 이러한 허위사실이 언론에 보도되어 부동산업자들에게 알려졌고 이로 인해 부동산중개업자들의 호가가 상승하였고 이로 인해서 원고가 높은 가격에 구입을 결정하였다면 원고가 직접 고지, 설명, 공시의 대상은 아니더라도 피고의 허위사실 고지와 원고의 투자간에 인과관계가 있다고 볼 수 있다.

법원은 증권시장의 경우, 공시제도의 특성, 즉 신고된 내용이 전자공시시스템을 통해서 공중에 전파되고 그러한 공시된 정보를 기초로 하여 신용평가보고서, 언론기사, 규격화된 재무정보 등 2차적인 정보가 양산되는 공시제도의 특성에 따라 일반적으로 거래인과관계가 추정되는 것으로 인정하고 있다. 즉 대법원은 “주식거래에

있어서 대상 기업의 재무상태는 주가를 형성하는 가장 중요한 요인 중의 하나이고, 대상 기업의 재무제표에 대한 외부감사인의 회계감사를 거쳐 작성된 감사보고서는 대상 기업의 정확한 재무상태를 드러내는 가장 객관적인 자료로서 일반투자자에게 제공·공표되어 그 주가 형성에 결정적인 영향을 미치는 것이므로, 주식투자를 하는 일반투자가로서는 그 대상 기업의 재무상태를 가장 잘 나타내는 감사보고서가 정당하게 작성되어 공표된 것으로 믿고 주가가 당연히 그에 바탕을 두고 형성되었으리라는 생각 아래 대상 기업의 주식을 거래한 것으로 보아야 할 것이다 (대법원 1997. 9. 12. 선고 96다41991 판결)"라고 판시하고 있다.

다만 이러한 거래인과관계의 인정은 자본시장법상 배상책임에 특유한 것은 아니다. 부실공시를 이유로 한 민법상 불법행위책임을 묻는 사건에서도 이러한 소위 시장사기이론에 따른 거래인과관계의 인정은 마찬가지로 적용된다. 따라서 증권 뿐만 아니라 부동산 등 거래에 있어서도 인정될 여지가 있다.

6. 손해 및 손해인과관계

원고는 고지의무, 설명의무, 공시의무 위반 뿐만 아니라 이러한 위반행위로 인하여 실제로 피해를 입었다는 사실을 주장, 입증해야 한다. 고지의무 등 위반에 따른 손해는 어떻게 볼 것인가?

가. 손해액산정에 관한 특별한 규정이 있는 경우

자본시장법은 설명의무위반이나 공시의무 위반과 관련하여 손해배상액 산정에 관한 특칙을 두고 있다.

금융투자상품의 설명의무 위반과 관련해서 자본시장법 제48조는 '금융투자상품의 취득으로 인하여 일반투자자가 지급하였거나 지급하여야 할 금전등의 총액에서 그 금융투자상품의 처분, 그 밖의 방법으로 그 일반투자자가 회수하였거나 회수할 수 있는 금전등의 총액을 뺀 금액은 제1항에 따른 손해액으로 추정한다.'라는 규정을 두고 있으며, 공시의무 위반과 관련해서는 자본시장법 제126조는 '배상할 금액은 청구권자가 해당 증권을 취득함에 있어서 실제로 지급한 금액에서 처분가격 (미처분시에는 변론종결시점의 시장가격)을 공제한 나머지로 추정단다고 규정하고 있다.

이는 사실상 설명의무 또는 공시의무 위반에 따라 이루어진 금융투자상품의 거래 내지 투자행위와 관련하여 그 투자행위가 없었던 시점의 재산상태를 회복하도록 하는 사실상 원상회복적 손해배상을 명하는 것에 해당한다 할 것이다.

나. 손해액산정에 관한 특별규정이 없는 경우

고지의무, 설명의무, 공시의무 위반으로 인해서 어떠한 재산상의 거래행위를 하고 이로 인해서 손실을 입었을 경우를 생각해 보자. 일반적으로 불법행위에 따른 손해배상책임산정과 관련하여 재산적 손해의 산정은 멸실된 재산권의 가격을 기준으로 산정한다. 그리고 멸실된 재산권의 가액을 결정함에 있어서는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 불법행위 당시를 기준으로 하여 그 때의 교환가격에 의하여 손해액을 산정한다 (대법원 1963.6.20선고 63다242판결등). 따라서 예컨대 1만원의 가치를 가진 물건을 2만원의 가치를 가진 물건인 양 속여서 판매한 경우에는 피해자가 멸실한 2만원의 현금이 가지는 가치에서 그 대가로 취득한 대가물의 적정 가치와의 차액을 손해로 보아야 할 것이며 이는 모두 불법행위시를 기준으로 산정해야 한다. 그렇다면 어떤 고지의무, 설명의무, 공시의무위반에 기해서 정상가격이 1만원짜리인 증권을 2만원을 주고 매입했다면 그 손해액은 2만원 (실제 지불한 가격)에서 1만원 (매입당시 정상적인 증권의 가격)을 공제한 금액이 될 것이며 문제는 과연 당시의 '정상적인 가격'이 얼마인지를 파악하는 것에 있다 할 것이다.

부동산거래와 관련하여 피고가 소극적 기망을 한 경우 대법원은 원고들이 소외 회사의 위법한 기망행위로 인하여 입은 재산상 손해액을 ① 원고들이 실제 지급한 분양대금액에서 ② 기망행위에 의하여 분양계약을 체결하던 당시를 기준으로 한 이 사건 아파트의 시가(즉, 원고들이 주장하는 적정 분양대금의 가액)을 차감한 액수로 산정하는 것을 인정하면서 다만 차감항목인 ②의 가액을 객관적으로 산정할 만한 방법이 없을 경우 그러한 사정을 정신적 손해의 산정에 참작하여 배상할 손해액을 산정하는 방법도 가능하다 한 바 있다 (대법원 2007.6.1. 선고 2005다5812,5829,5836 판결)

물론 아예 아무런 쓸모가 없는 물건이나 치료를 받았다면 정상가격이 없다고 볼 것이므로 지출한 금액 전부가 손해액이 될 것이다. 예컨대, 줄기세포 이식술의 치료효과에 관하여 그릇된 정보를 제공하여 원고 등이 고액을 지불하면서까지 임상시험 단계에 있는 이 사건 줄기세포를 구입하여 이식술을 받은 사안에서, 법원은 원고 등이 지출한 줄기세포 구입비, 치료비 등의 재산상 손해를 상당인과관계는 손해로 보았다 (대법원 2010.10.14. 선고 2007다3162 판결)

또한 판례는 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 있다고 판시하였다 (대법원 2009.8.20. 선고 2008다19355 판결)

주식을 거래한 사건의 경우 거래당시 주식의 적정가격, 즉 정상주가를 파악함에 있어서 통상 주가조작사건에서는 정상주가를 전문가의 감정 (주로 사건연구방식에 의한 정상주가감정)으로 해결하여 왔는데 이러한 방식은 부동산이나 기타 재화 및 서비스의 거래와 관련해서도 폭넓게 쓰일 수 있을 것이다.

분식회계나 부실감사의 경우에는 대법원이 나름대로 독특한 방식으로 정상주가를 인정하여 왔다. 즉 대법원은 “주식을 매수한 원고가 소외 회사의 분식결산 및 피고의 부실감사로 인하여 입은 손해액은 위와 같은 분식결산 및 부실감사로 인하여 상실하게 된 주가 상당액이라고 봄이 상당하고, 이 사건의 경우 이와 같은 분식결산 및 부실감사로 인하여 상실하게 된 주가 상당액은 특별한 사정이 없는 한 분식결산 및 부실감사가 밝혀져 거래가 정지되기 전에 정상적으로 형성된 주가와 분식결산 및 부실감사로 인한 거래정지가 해제되고 거래가 재개된 후 계속된 하종가를 벗어난 시점에 정상적으로 형성된 주가의, 또는 그 이상의 가격으로 매도한 경우에는 그 매도가액과의 차액 상당이라고 볼 수 있다”(대법원 1997. 9. 12. 선고 96다41991 판결)라고 판시하고 있는 것이다. 이는 일응 실제 취득주가를 분식회계가 밝혀지기 전에 형성된 실제주가로, 그리고 분식회계가 없었더라면 형성되었을 정상주가를 분식회계가 밝혀져서 폭락한 이후에 형성된 주가로 인정하는 사실인정방식이라고 할 것이고 전문가에 의한 정상주가 감정과 이에 따른 손해액 산정방식을 굳이 배제하는 것으로는 보이지 않는다.

다. 손해인과관계의 입증책임

거래인과관계가 인정되고 (즉 그러한 고지, 설명, 공시로 인해서 거래를 했다는 관계) 손해가 있다면 일응 손해인과관계 (즉 원고가 입은 손해가 고지의무, 설명의무, 공시의무 위반으로 인한 손해라는 관계)는 추정된다고 볼 수 있다. 다만 피고는 특별한 사정을 주장해서 손해인과관계를 부정할 수 있다. 예컨대 자본시장관련 사건에서 원상회복적 손해배상액을 주장하였는데 취득시부터 처분시사이에 어떠한 특별한 상황이 발생하여 주가나 금융투자상품의 가격이 하락하였다는 점을 입증한다면 손해인과관계를 일부 부정할 수 있는 여지가 있다.

7. 과실상계 및 책임제한, 손익상계

고지의무 등 위반에 따른 손해배상청구사건에서 가장 중요한 것은 최종적인 단계에서 손해배상액에 막대한 영향을 미치는 과실상계 및 책임제한주장을 방어하는 것이다. 아무리 고지의무 등 위반사실과 그에 따른 손해발생사실 등을 입증한다 하더라도 재판부가 공평의 관념 등 모호한 이유를 들어 상당한 비율의 과실상계를 할 경우 그간의 노력이 물거품이 될 수 있기 때문이다.
몇 가지 쟁점을 알아보자.

가. 고의에 의한 불법행위, 영득형 불법행위와 과실상계

종전에는 '피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 자가 바로 그 피해자의 부주의를 이유로 자신의 책임을 감하여 달라고 주장하는 것은 허용될 수 없다.'라는 대법원 판례 (대법원 2005.10.7. 선고 2005다32197 판결)를 근거로 고의로 고지의무 위반 등을 범한 경우 과실상계를 하지 말아야 한다고 주장했다. 하지만 대법원은 고의에 의한 고지의무 등 위반의 경우에도 과실상계를 인정하고 있다. 대법원은 '피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 자가 바로 그 피해자의 부주의를 이유로 자신의 책임을 감하여 달라고 주장하는 것이 허용되지 아니하는 것은, 그와 같은 고의적 불법행위가 영득행위에 해당하는 경우 과실상계와 같은 책임의 제한을 인정하게 되면 가해자로 하여금 불법행위로 인한 이익을 최종적으로 보유하게 하여 공평의 이념이나 신의칙에 반하는 결과를 가져오기 때문이다(대법원 2011.4.28. 선고 2010다106702 판결)라고 판시하여 불법행위의 고의성 때문이 아니라 영득성 때문에 과실상계가 허용되지 않는다고 보고 있는 것이다.

이에 따라 법원은 횡령이나 절도 또는 기망에 의한 편취와 같은 영득형 불법행위에 대해서는 과실상계를 인정하지 않는다. 하지만 고지의무, 설명의무, 공시의무 위반과 같은 불법행위에 대해서는 영득성이 없거나 약하다고 하여 과실상계를 인정한다. 이는 고지의무 등 위반의 경우가 피고도 잘 해보려고 했는데 손실을 끼친 것이고 그로 인해서 직접적으로 이득을 얻은 것은 없다는 생각인 것 같다. 하지만 절도나 강도, 사기와 같은 전통적인 불법행위에 대해서는 과실상계를 인정하지 않으면서 고지의무, 설명의무, 공시의무 위반에 관해서는 상당한 비율의 과실상계를 하는 것이 균형에 맞는 것인지는 의문이다. 영득성이 간접적이기는 하지만 결국 금융기관들이, 부동산분양업자가 고지의무, 설명의무 등을 통해서 자신들의 이익을 추구하기 때문에 이해상충관계가 뚜렷하게 존재하기 때문이다. 직접 빼앗은 것은 아니지만 간접적으로 이득을 취한 것이고 실질에 있어서는 크게 차이가 없다고도 볼 수 있다.

나. 획책된 과실과 과실상계

아직 확정되지 않은 하급심판결중에는 획책된 과실이라는 이유로 설명의무위반에 따른 손해배상사건에서 과실상계를 인정하지 아니한 판결이 있다. 이 판결은, '교통사고의 경우와 같이 불법행위로 인하여 가해자가 얻은 경제적 이득은 전혀 없고, 오로지 피해자의 신체적 법익 또는 경제적 가치만이 영구적으로 소실하는 이른바 "가치 감소 내지 소멸형" 불법행위로 인한 손해배상에 있어서는 손해배상액을 산정할 때 손해의 공평한 분담을 위하여 피해자의 과실을 참작함이 타당하나, 사기의 경우와 같이 불법행위로 인하여 피해자의 재산 내지 경제적 이익이 가해자에게 이전되는 "가치 이전형" 불법행위로 인한 손해배상에 있어서는 손해배상액을 산정할 때 피해자의 과실을 고려한다면, 이는 결국 불법을 야기한 가해자로 하여금 불법을 통하여 얻은 이익의 일부를 향유하는 것을 용인하는 결과가 되어 부당하다. 또한, 설명의무 또는 적합성의 원칙 등을 위반한 투자의 권유는 투자자로 하여금 경솔하게 판단하도록 하는 것으로서 투자자의 과실을 야기하는 속성을 가지는데, 이와 같이 야기된 투자자의 과실은 이른바 '획책된 과실'로서 권유자의 위법과 별도로 평가할 수 없는 것이므로, 원칙적으로 과실상계의 대상이 될 수 없다. 따라서 비록 원고들이 이 사건 각 보험계약을 체결함에 있어서 해약환급금 등 계약의 중요사항에 대하여 적극적으로 확인하지 아니한 점이 인정되더라도 이는 과실상계의 대상이 될 수 없다. (서울고법 2010.3.31. 선고 2009나97606 판결)고 판시하였는데 설명의무 위반의 경우 가치소멸형이라기 보다는 가치 이전형에 가깝고 과실을 유발한 측면이 있다는 이유로 과실상계를 부정한 주목할만한 판결례이다.

다. 과실상계와 손익상계의 순서

대법원은, '불법행위 또는 채무불이행에 관하여 채권자의 과실이 있고 채권자가 그로 인하여 이익을 받은 경우에 손해배상액을 산정함에 있어서는 과실상계를 한 다음 손익상계를 하여야 하고(대법원 1990. 5. 8. 선고 89다카29129 판결, 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다24340 판결 등 참조), 이는 과실상계뿐만 아니라 손해부담의 공평을 기하기 위한 책임제한의 경우에도 마찬가지이다.(대법원 2008.5.15. 선고 2007다37721)라고 판시하여 과실상계를 먼저 한 후에 손익상계를 하도록 하고 있다.

그런데 문제는 어떠한 어떠한 불법행위의 와중에서 원고가 얻은 이득이 과연 손익상계의 대상인지 아니면 손해액의 산정과정에서 차감할 요소에 불과한지를 구별해야 한다는 점이다. 예컨대 위험한 펀드에 1억원을 가입했는데 분기별 수익분배금으로 3천만원을 환매금으로 0원을 받았다고 하자. 이 경우 법원은 원고의 과실을

70%로 인정하였다. 그런데 수익분배금을 손익상계의 대상이 되는 이득으로 보면 결국 손해액 1억원에다가 과실상계를 적용하여 산정된 배상액 3천만원에서 손익상계 3천만원을 하면 배상할 금액이 없는 셈이 된다. 이러한 사례에서 대법원은 '원심이 인정한 사실관계에 의하더라도, 위 원고들의 손해는 위 원고들이 이 사건 각 수익증권을 환매하여 환매대금을 수령한 시점에 현실적·확정적으로 발생하고 그때까지 위 원고들이 수령한 확정수익금은 과실상계 이전에 위 원고들의 손해액을 산정하는 요소에 해당하는 것이지, 원심과 같이 이를 고려하지 않고 산정된 위 원고들의 손해액에 과실상계 또는 책임제한을 한 금액을 기준으로 다시 공제되어야 할 이득이라고 볼 수는 없다. 이와 달리 판단한 원심판결에는 손해액의 산정 요소와 과실상계 후 공제할 이득에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.'고 판시하였다 (대법원 2011.7.28. 선고 2010다76368 판결)

8. 기타의 선택적 청구원인

가. 기망 또는 착오에 의한 취소

대법원은 "어떤 법률행위가 사기에 의한 것으로서 취소되는 경우에 그 법률행위가 동시에 불법행위를 구성하는 때에는 취소의 효과로 생기는 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 경합하여 병존하는 것이므로, 채권자는 어느 것이라도 선택하여 행사할 수 있지만 중첩적으로는 행사할 수 없는 것"이라고 하여 피해자가 선택적으로 손해배상청구권 또는 계약취소에 따른 원상회복청구를 구할 수 있다고 하고 있다 (대법원 1993.4.27. 선고 92다56087 판결).

다만 우리 법원은 기망이든, 강박이든 하자 있는 법률행위에 대한 취소를 명하는데 너무도 인색한 것이 현실이다. 대법원은 통상 다음과 같이 판시한다. "PMS 완공에 관한 피고 회사의 선전, 광고가 객관적으로 허위·과장 광고임은 명백하고, 그 허위 또는 과장의 정도와 PMS가 이 사건 상업시설의 가치를 판단함에서 차지하는 비중을 참작하면 그 허위 또는 과장은 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 사회적으로 용인될 수 있는 한도 내에 있다고 할 수 없으나, 취소사유로 되는 기망행위에 해당한다고 보기에는 부족하다 (대법원 2009.8.20. 선고 2008다51120,51137,51144,51151 판결)

하지만 기망 또는 착오에 따른 취소를 청구하는 것은 배상액을 충분히 인정받기 위한 공격방법의 하나라고도 볼 수 있고 간혹 인정되는 사례도 있으므로 이를 제기할 필요가 있다.

나. 하자담보책임

민법 제575조 제1항은 “매매의 목적물이 지상권, 지역권, 전세권, 질권 또는 유치권의 목적이 된 경우에 매수인이 이를 알지 못한 때에는 이로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 기타의 경우에는 손해배상만을 청구할 수 있다.”고 하여 매도인의 담보책임을 규정하고 있으며 제580조는 “매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 제575조제1항의 규정을 준용한다.”고 하여 매도인의 하자담보책임을 규정하고 있다.

고지의무위반 등의 대상이 되는 사항이 매매목적물의 하자에 해당한다고도 볼 수 있는 경우, 그리고 제척기간이 남아 있는 경우 하자담보책임에 관한 조항도 주장해 볼만하다.

9. 마치며 - 고지의무 등 위반사건에서 원고 변호사의 덕목

고지의무, 설명의무, 공시의무 위반에 대한 법적 책임을 추궁하는 것은 강자에 의한 약자의 침탈행위를 구제하는 면에서 매우 중요하다. 따라서 원고측 변호사는 이러한 종류의 손해배상청구소송을 수행함에 있어서 매우 집요하고 또 치밀할 필요가 있다. 이들 소송을 수행함에 있어서 원고 변호사에게 필요한 몇 가지 덕목을 생각해 보면 다음과 같다.

가. 거짓을 분별하자

이를 위해서 우선 원고변호사는 ‘거짓의 실체를 밝히는’, ‘진실을 직시하는’ 능력을 배양하여야 한다. 우선 원고 변호사로서는 인간의 본성 (탐욕, 이중성, 거짓, 무지, 두려움 등)에 대한 깊은 통찰과 이해능력을 배양할 필요가 있다. 과연 그 때 왜 그런 일이 있었던 것이고 왜 그런 일을 했는지에 관하여 끊임 없이 물어서 사건의 실체를 보다 깊이 있게 파악하려는 노력을 해야 한다. 무엇보다도 전문가들에게 속아서는 아니된다. 전문가는 어떻게 보면 일반인 보다 더 거짓말을 잘 하고 더 편견에 사로잡혀 있는 경우가 많다. 따라서 전문가들의 주장이라고 해서 그대로 받아들이는 것이 아니라 ‘과연 그런 것일까’, ‘도대체 왜 그럴까’ 하면서 계속적으로 의문을 제기할 필요가 있다. 전문가의 거짓을 다루는 고지의무, 설명의무, 공시의무 위반사건을 다룸에 있어서 변호사는 전문가보다 더 깊이 있게 진실을 꿰뚫어 보아야 한다.

나. 독자적으로 조사하고 증거를 수집하자

또한 원고 변호사는 단순히 의뢰인이 갖다 주는 사실이나 자료만에 의존할 것이 아니라 독자적으로 사실을 탐지하고 조사하는 노력이 필요하다. 입증자료는 주로 피고측에 있다. 그리고 문서목록제출명령이나 문서제출명령은 별로 강력하지 않다. 따라서 원고로서는 어쩌면 불충분한 증거와 불확실한 주장을 갖고 소송에 임할 수도 있다. 하지만 소송과정에서 상대방으로부터 또는 공개된 루트를 통해서 각종 증거를 수집하고 사실을 조사하는 그런 노력이 필요하다. 과연 분양 당시에 부지의 상황은 어떠했는가, 치료법에 따른 위험성은 어떠한 것인가, 투자대상에 내재되어 있는 위험성은 과연 어떠한 것인가 등등을 조사해야 한다.

다. 이해상충관계에 주목하자

고지의무, 설명의무, 공시의무 위반의 배후에는 항상 이해상충관계가 있다. 원고와 피고간의 이해상충관계와 고지의무 위반 등으로 인한 피고의 이익에 주목해야 한다. 앞서 말한 바와 같이 고의적인 불법행위에 따른 영득죄의 경우에는 과실상계를 하지 않는다. 따라서 실상 이러한 것과 다르지 않다는 것을 보여 주기 위해서라도 이해상충관계를 밝혀야 한다.