자본시장에서의 불공정거래행위 규제

-민사적 구제의 실효성 확보방안을 중심으로-



2013. 5. 24.

변호사 김 주 영
법무법인 한누리

CONTENTS



1 최근의 불공정거래행위 규제 강화 움직임

2 불공정거래행위 규제에 따른 민사적 구제의 중요성

3 자본시장 규제와 불공정거래행위 규제

4 불공정거래행위에 따른 민사적 구제의 현황

CONTENTS



5 불공정거래행위 피해사건의 특성

6 불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

7 증권관련 집단소송법의 문제점

8 불공정거래행위 피해의 사법적구제를 활성화하기 위한 방안들

최근의 불공정거래행위 규제 강화 움직임

2013. 3. 11. 첫 국무회의에서 박근혜 대통령의 언급

"개인투자자를 절망으로 몰아넣고 막대한 부당이득을 챙기는 각종 주가조작에 대해 상법 위반사항과 자금 출처, 투자수익금의 출처, 투자 경위 등을 철저히 밝혀 제도화하고 투명화해야 할 것"

2013. 4. 3. 금융위원회 첫 업무보고에 포함된 금융불공정거래행위의 근절방안

- 주가조작 적발 · 처벌 전 단계에 걸친 개선안을 마련
- 개인의 투자자의 정보접근성 확대와 투자자교육 활성화
- 기업의 분식회계 엄단을 위한 조치대상자 확대 및 제재조치 강화

최근의 불공정거래행위 규제 강화 움직임

2013. 4. 18. 금융위원회와 법무부, 국세청, 거래소 등의 협업을 통한 ‘주가조작 등 불공정거래 근절 종합대책’ 발표

- 인지단계, 조사 및 수사단계, 조치(제재)단계, 사후조치단계에 걸쳐 개선안을 마련
- (인지단계) 불공정거래행위에 대한 제보 인센티브 강화, 사이버시장감시 인프라 구축
- [조사단계] 금융위 내에 조사전담부서 신설, Fast Track제도 운영, 검찰에 증권범죄 합동수사단 설치, 금감원직원을 특별사법경찰관으로 지명
- [조치단계] 벌금형의 필요적 병과, 몰수 · 추징의 의무화, 신종 ‘시장질서 교란행위’에 대한 과징금 규제 신설
- [사후조치단계] 자본시장법에 국세과세정보요구권 신설, 투자자소송지원센터 구축, 증권관련집단소송의 대상 및 요건 확대

불공정거래행위 규제에 따른 민사적 구제의 중요성

불공정거래행위의 효과적이고도 효율적인 억제를 위해서는 민사적 구제를 보다 실효성 있게 개선하는 것이 중요

- 자본시장에서의 불공정거래행위는 그 실질이 시장을 통한 사기행위이므로 불법행위에 대한 보상적 기능을 수행하는 민사적 구제가 중요
- 불공정거래행위에 대한 행정적 · 형사적 규제는 높은 비용을 수반하므로 공적 규제의 대체재 내지 보완재로서 기능하는 민사적 구제가 중요
- 행정적 · 형사적 규제는 획일적 · 경직적 규제가 되기 쉬우므로 사법부를 통해서 구체적 사안에 따라 유연하게 이루어지는 민사적 구제가 중요

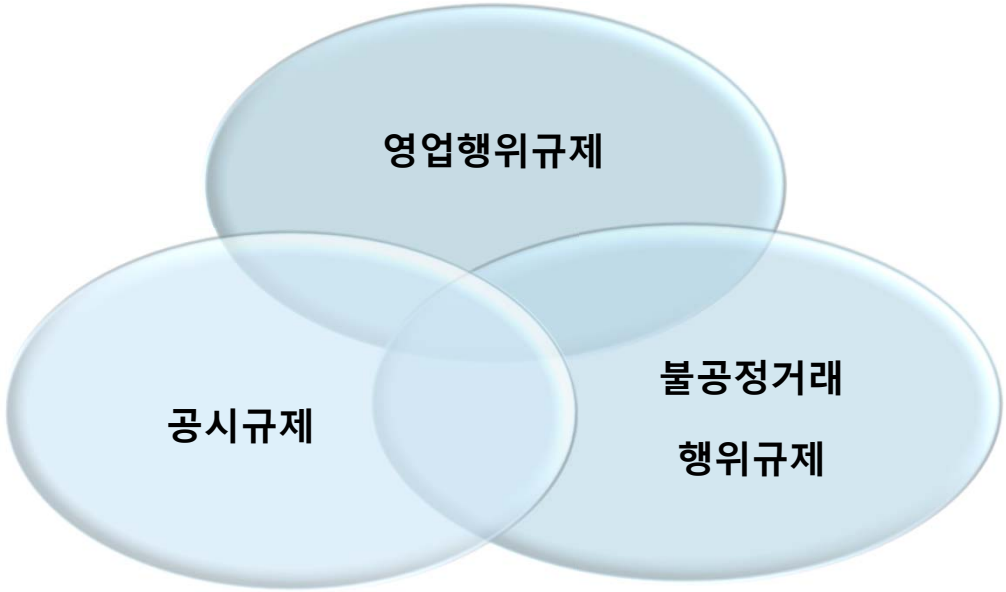
2013. 4. 18.자 주가조작 등 불공정거래행위 근절 종합대책과 민사적 구제

- 종합대책은 주가조작의 적발비율을 높일 것이라는 점에서 불공정거래행위에 따른 민사적 구제에도 도움
- ‘투자자 소송 지원센터’ 의 구축이나 증권관련집단소송의 대상 및 요건 확대도 민사적 구제의 활성화에 도움
- 하지만 주가조작에 따른 몰수 · 추징의 의무화는 오히려 주가조작 행위자의 한정된 재원을 국가가 선점하는 효과를 갖게 되므로 민사적 구제를 오히려 억제할 위험
- 민사적 구제를 어렵게 하는 현행 제도나 제도 운영상의 문제점에 대한 검토가 필요
- 이에 바탕을 두어 민사적 구제의 활성화를 도모하기 위한 제도개선방안을 제시해야

자본시장 규제와 불공정거래행위 규제

자본시장 규제와 이에 따른 민사적 구제수단

- 자본시장에 대한 규제는 크게 (1) 금융투자업자에 대한 규제, (2) 공시규제, (3) 불공정거래행위 규제 등 세 가지로 구분



자본시장 규제와 불공정거래행위 규제

자본시장 규제와 이에 따른 민사적 구제수단

(1) 영업행위규제

- 영업행위규제는 전문적이고 위험한 업무를 다루는 금융투자업자의 고객에 대한 신의성실의무, 선관주의의무 및 충실의무를 관철시키기 위한 각종 규제를 의미

  - 신의성실의무 (모든 금융투자업자에 공통적으로 적용)
  - 자본시장법 제37조 (신의성실의무 등)

  - 선관주의의무 및 충실의무 (집합투자업자 · 투자자문업자 · 투자일임업자 · 신탁업자에 적용
  - 자본시장법 제79조 (선관의무 및 충실의무)

  - 설명의무 등 각종 영업행위 규제
  - 자본시장법 제47조 (설명의무)
  - 자본시장법 제64조 (투자설명서 위반에 따른 손해배상책임)
  - 자본시장법 제70조 (임의매매의 금지)
  - 자본시장법 제71조 (불건전 영업행위의 금지)

자본시장 규제와 불공정거래행위 규제

자본시장 규제와 이에 따른 민사적 구제수단

(1) 영업행위규제

금융투자업자의 영업행위규제관련 손해배상책임의 사례

- 설명의무위반에 따른 손해배상책임 (자본시장법 제48조)
- 투자설명서 위반 등 임무해태에 따른 손해배상책임 (자본시장법 제64조)
- 각종 영업행위규제위반, 신의성실의무, 선관주의의무, 충실의무 위반관련 손해배상책임 (민법 제750조)

자본시장 규제와 불공정거래행위 규제

자본시장 규제와 이에 따른 민사적 구제수단

(2) 공시규제

- 공시규제는 공시주의철학 (증권의 가치는 기업의 가치에 따라 변동되는 특성을 갖고 있으므로 기업은 경영실적 · 재무상태 · 주요사실 등 주가에 영향을 미칠 수 있는 중요한 정보를 지속적으로 공시하도록 함으로써 투자자가 기업의 실체를 정확히 파악하여 투자자 스스로의 자유로운 판단과 책임하에 투자할 수 있도록 하여야 한다는 철학)을 관철시키기 위한 각종 규제를 의미

공시규제관련 손해배상책임의 사례

- 증권신고서 및 투자설명서의 거짓기재에 따른 손해배상책임 (발행시장, 자본시장법 제125조)
- 사업보고서 등 거짓기재에 따른 손해배상책임 (유통시장, 자본시장법 제162조)
- 공개매수신고서 등 거짓기재에 따른 손해배상책임 (자본시장법 제142조)
- 상법상 주식청약서 (상법 제302조) 및 사채청약서 (상법 제474조) 거짓기재에 따른 손해배상책임 (민법 제750조)

자본시장 규제와 불공정거래행위 규제

자본시장 규제와 이에 따른 민사적 구제수단

(3) 불공정거래행위규제

- 불공정거래행위규제는 주가의 형성이 인위적인 개입 없이 시장의 자유로운 수요와 공급에 의해 결정되어야 투자자의 신뢰와 증권시장의 건전한 거래질서가 유지된다는 전제하에 이를 저해하는 각종 행위를 규제하는 것을 의미

불공정거래행위규제 관련 손해배상책임의 사례

- 시세조종에 따른 손해배상책임 (177조)
- 내부자거래(미공개정보이용행위)에 따른 손해배상책임 (175조)
- 부정거래행위에 따른 손해배상책임 (179조)

자본시장 규제와 불공정거래행위 규제

좁은 의미의 불공정거래행위 규제와 넓은 의미의 불공정거래행위 규제

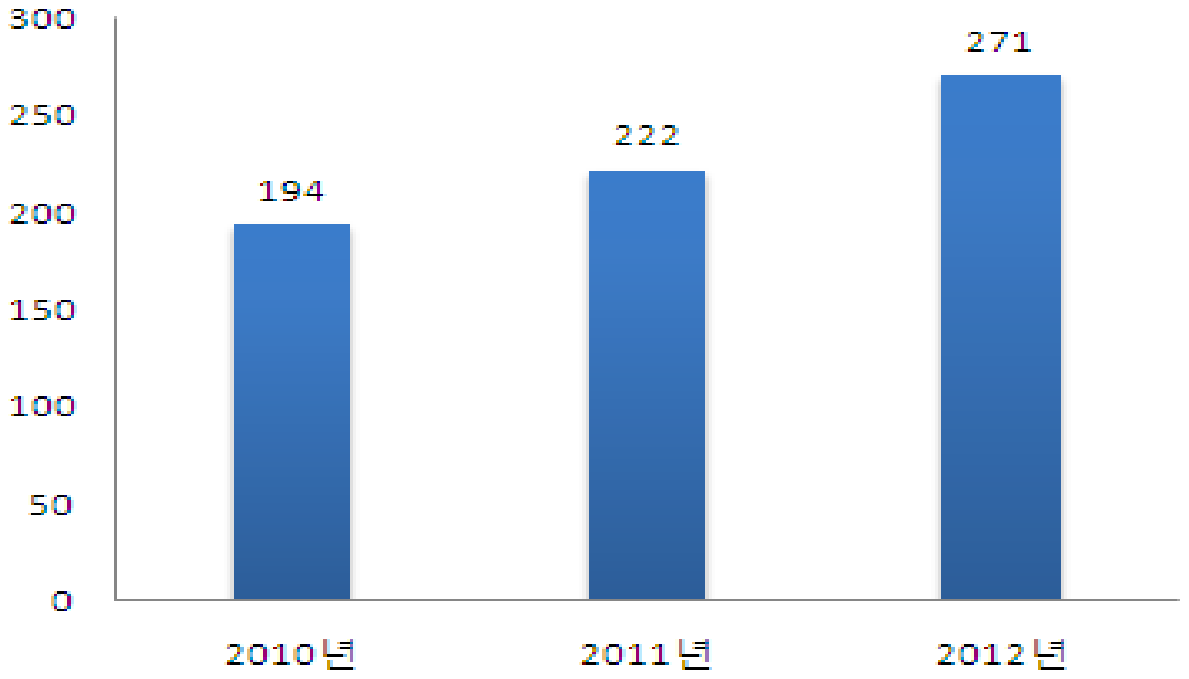
- 좁은 의미의 불공정거래행위 규제는 내부자거래, 시세조종, 그리고 부정거래행위에 대한 규제를 의미
- 불공정거래행위를 보다 폭 넓게 보면 금융투자업자에 대한 규제나 공시 규제를 위반하여 시장을 어지럽히는 각종 위법행위를 포함하는 개념 ['불성실공시행위', ' 위법한 일임매매', '분식회계', '설명의무위반 내지 불완전판매']
- 공시 규제나 금융투자업자에 대한 규제도 증권거래에 있어서의 사기를 규제하는 것이므로 불공정거래행위규제와 질적인 차이가 없음
- 실제 사례에 있어서 특정한 부당행위가 어느 규제에 위반하는 것인지 구별하기 어려운 경우가 많음.
- 불공정거래행위에 관한 민사적 구제를 검토함에 있어서는 불공정거래행위를 넓은 의미로 보고 고찰하는 것이 바람직

불공정거래행위에 따른 민사적 구제의 현황

불공정거래행위의 현황

- 금융위원회의 2013. 4. 3.자 업무보고자료에 따르면 주가조작 등 자본시장 불공정거래행위 발생건수는 꾸준히 증가

〈표 1 : 연도별 불공정거래행위 발생건수〉



불공정거래행위에 따른 민사적 구제의 현황

불공정거래행위의 현황

- 금융감독원의 2013. 5. 8.자 보도자료에 따르면 최근 5년간(2008년~2013년 3월말) 분식회계와 관련하여 행정조치를 받은 회사는 총 312사이며, 이중 143사는 고의적인 분식회계로 나타남

〈표 2 : 최근 5년간 (2008~2013. 3.) 분식회계관련 조치현황 (회사기준)〉

구 분	'08년	'09년	'10년	'11년	'12년	'13.3말	합 계
총조치건수	47	50	81	60	60	14	**312**
고의	18	22	43	20	33	7	**143**
(비중)	(38.3%)	(44.0%)	(53.1%)	(33.3%)	(55.0%)	(50.0%)	**(45.8%)**
중과실.과실	29	28	38	40	27	7	**169**
(비중)	(61.7%)	(46.0%)	(46.9%)	(66.7%)	(45.0%)	(50.0%)	**(54.2%)**

- 반면 불공정거래행위에 관한 민사적 구제의 현황을 종합적으로 파악할 수 있는 통계자료는 찾기 어려움
- 하지만 불공정거래행위 피해 중에서 금융분쟁조정이나 소송으로 가는 경우는 비중이 극히 작다는 점은 분명함

불공정거래행위에 따른 민사적 구제의 현황

불공정거래행위의 현황

- 금융감독원이 발표한 2010년 분쟁조정실적 및 소제기현황에 따르면 2010년에 총 25,888건의 금융분쟁이 접수되었으나 이중 중 소제기 건은 총 1,167건에 불과하였고 금융투자회사관련 사건은 8건(민원인측 소제기건수는 3건) 에 불과

〈표 3 : 금융투자민원 중 소제기 건수현황〉 (단위 : 건)

구 분	2009년							2010년						
	신청건 (a)	신청전 소제기		신청후 소제기		합계 (b)	비율 (b/a)	신청건 (a)	신청전 소제기		신청후 소제기		합계 (b)	비율 (b/a)
		신청인	금융사	신청인	금융사				신청인	금융사	신청인	금융사		
동양종금	210	1	1	-	1	3	1.4%	84	-	1	-	-	1	1.2%
한화	22	-	-	2	1	3	13.6%	68	-	1	-	1	2	2.9%
한국투자	168	-	-	1	1	2	1.2%	61	-	1	-	-	1	1.6%
우리투자	71	-	-	-	1	1	1.4%	58	1	-	-	-	1	1.7%
대우	95	-	1	3	-	4	4.2%	40	-	1	-	-	1	2.5%
신한금융투자	21	-	1	-	-	1	4.8%	24	1	-	-	-	1	4.2%
NH투자	8	-	-	-	1	1	12.5%	22	-	-	-	1	1	4.5%
동부	23	-	-	1	-	1	4.3%	14	1	-	-	-	1	7.1%
유진	22	-	-	1	1	2	9.1%	13	-	1	-	-	1	7.7%
이트레이드	7	-	-	-	-	-	0.0%	6	-	1	-	-	1	16.7%
소 계	647	1	3	8	6	18	2.8%	390	3	6	-	2	11	2.8%
기타사	1,225	3	2	19	14	38	3.1%	398	-	-	-	-	-	0.0%
총 계	**1,872**	**4**	**5**	**27**	**20**	**56**	**3.0%**	**788**	**3**	**6**	**-**	**2**	**11**	**1.4%**

불공정거래행위에 따른 민사적 구제의 현황

불공정거래행위의 현황

실제 불공정거래행위가 빈발하고 있고 그에 따른 피해자나 피해액수가 매우 클 것으로 예상되는데도 금융분쟁이나 소송이 그리 많지 않다는 점은 금융분쟁조정제도나 소송제도가 그만큼 효과적이지 못한 것으로 인식되고 있다는 점을 반증

불공정거래행위 피해사건의 특성

사건의 집단성

- 한 사건이 불특정 다수의 피해를 야기한다는 특성
- 불공정거래행위가 다수를 상대로 이루어지기 때문에 필연적으로 발생
- 피해자들이 개별적으로는 문제를 제기하기 어려움

사건의 복잡성과 전문성

- 파생금융상품이 발달하는 등 금융상품이나 금융거래 자체가 갈수록 복잡화, 전문화
- 관련 사실을 입증하는 것이 어려움
- 사건을 해결하는데 전문가의 도움이 필요

사건의 국제성

- 특정국가에서 발생한 불공정거래행위유형이 다른 나라에서도 발생하는 경향
- 동일한 금융거래기법이나 금융상품이 다국적 금융회사에 의해서 전 세계적으로 광범위하게 활용



  - 서브프라임모기지 관련한 구조화채권(CDO)관련 분쟁
  - 키코와 같은 통화옵션상품관련 분쟁

- 불공정거래행위 피해사건을 다룸에 있어서 국제적인 시각, 비교법적인 시각이 필요

불공정거래행위 피해사건의 특성

사건의 시스템관련성

- 사건의 발생원인이 금융시스템과 관련되어 있고 사건의 해결방향도 금융시스템에 영향을 미침
- 특정한 금융업자의 탐욕이나 실수 때문이라기 보다는 당시 금융거래관련 정책의 우선순위, 금융거래 시스템 등에 기인한 경우가 많음
- 금융시스템을 이해하지 못하면 불공정거래행위 피해의 실제 원인을 규명하지 못하는 경우가 많음
- 불공정거래행위 피해사건의 해결에는 정치적, 정책적 고려가 많이 개입되는 경향

사건의 정보비대칭성

- 투자자는 피해원인은 물론이고 자신이 피해를 당한 사실조차 모르는 등 정보비대칭성이 심각
- 거의 모든 자료와 정보는 금융업자에 집중되어 있고 투자자는 이러한 자료나 정보에의 접근이 제한
- 불공정거래행위 피해에 대한 사법적 구제의 틀을 구축함에 있어서는 이러한 정보비대칭성을 충분히 고려해야

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

실체법과 절차법

- 피해를 당한 투자자가 사법적 구제를 도모하기 위해서는
- 피해보상 또는 원상회복을 구할 실체법적 근거를 가져야 하고
- 이를 일정한 절차법이 정하는 바에 따라 주장 입증해야

불공정거래행위 피해의 실체법적 근거

- 투자자가 불법행위 또는 법률행위의 하자를 주장하면서 손해배상청구나 원상회복청구를 하는 것이 투자자가 취하는 사법적 구제조치의 실체법적 구조
- 손해배상청구권 또는 원상회복청구권의 근거가 되는 법규정

불법행위에 관한 민법 제750조

제750조 (불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

기망이나 착오에 따른 법률행위의 취소에 관한 민법 제109조 내지 제110조

제109조 (착오로 인한 의사표시) ① 의사표시는 법률행위의 내용의 중요부분에 착오가 있는 때에는 취소할 수 있다. 그러나 그 착오가 표의자의 중대한 과실로 인한 때에는 취소하지 못한다.

제110조 (사기, 강박에 의한 의사표시) ① 사기나 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다.

채무불이행에 관한 민법 제390조, 계약해제에 관한 민법 제543조

제390조 (채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.

제543조 (해지, 해제권) ① 계약 또는 법률의 규정에 의하여 당사자의 일방이나 쌍방이 해지 또는 해제의 권리가 있는 때에는 그 해지 또는 해제는 상대방에 대한 의사표시로 한다.
② 전항의 의사표시는 철회하지 못한다.

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

자본시장법 등 특별법상 민법의 특칙조항

제47조 [설명의무] ① 금융투자업자는 일반투자자를 상대로 투자권유를 하는 경우에는 금융투자상품의 내용, 투자에 따르는 위험, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 일반투자자가 이해할 수 있도록 설명하여야 한다.

③ 금융투자업자는 제1항에 따른 설명을 함에 있어서 투자자의 합리적인 투자판단 또는 해당 금융투자상품의 가치에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항(이하 "중요사항"이라 한다)을 거짓 또는 왜곡(불확실한 사항에 대하여 단정적 판단을 제공하거나 확실하다고 오인하게 할 소지가 있는 내용을 알리는 행위를 말한다)하여 설명하거나 중요사항을 누락하여서는 아니 된다.

제48조(손해배상책임) ① 금융투자업자는 제47조제1항 또는 제3항을 위반한 경우 이로 인하여 발생한 일반투자자의 손해를 배상할 책임이 있다.

② 금융투자상품의 취득으로 인하여 일반투자자가 지급하였거나 지급하여야 할 금전등의 총액(대통령령으로 정하는 금액을 제외한다)에서 그 금융투자상품의 처분, 그 밖의 방법으로 그 일반투자자가 회수하였거나 회수할 수 있는 금전등의 총액(대통령령으로 정하는 금액을 포함한다)을 뺀 금액은 제1항에 따른 손해액으로 추정한다.

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

실체법상의 장애사유 1 – 입증책임 분배

- 입증책임이란 “소송상 어떤 요건사실의 존재가 불분명하게 됨으로써 당해 법률효과가 발생하지 않는 불이익 내지 위험”
- 전통적인 입증책임 분배원칙에 따르면 손해배상청구권을 주장하는 원고가 손해배상청구관련 법규정의 요건사실(위법성, 고의 또는 과실, 손해, 인과관계 등)에 대한 입증책임을 부담
- 계약해제나 법률행위의 취소에 따른 원상회복청구에 있어서도 그러한 해제나 취소를 주장하는 자가 권리장애규정에 해당하는 취소나 해제관련 법규정상 요건사실(기망, 착오, 계약위반 등)에 대한 입증책임을 부담
- 불공정거래행위 피해사건의 경우에도 손해배상청구권의 발생을 주장하거나 계약의 해제 내지 취소를 주장하는 투자자가 그에 관련된 요건사실을 입증할 책임을 부담

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

실체법상의 장애사유 1 – 입증책임 분배

- 입증이 불충분한 경우 투자자는 손해배상청구권이나 원상회복청구권이 인정되지 않는 불이익을 감수해야
- 불공정거래행위 피해사건의 경우에는 사건의 복잡성과 전문성 그리고 정보비대칭성으로 말미암아 금융기관의 협조가 없을 경우 요건사실에 대한 입증이 제대로 이루어지지 못함
- 특별법에 일부 구성요건(고의 또는 과실이나 손해)에 대한 입증책임을 전환하거나 완화하는 경우가 있지만 이러한 입증책임의 부분적 전환은 큰 의미가 없는 경우가 많음

➡ 가장 중요한 구성요건요소(위법행위, 기망행위 등)에 관하여는 여전히 원고측이 입증책임을 부담

➡ 입증책임의 전환에도 불구하고 전통적인 입증책임분배원칙에 익숙한 법원이 피고측의 폭넓은 반증을 허용

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

실체법상의 장애사유 2 – 손해입증의 정도

- 불법행위나 채무불이행으로 인하여 배상하여야 할 손해는 현실로 입은 확실한 손해에 한한다고 보는 것이 우리 대법원의 판례
- 손해에 관한 입증책임도 원칙적으로 원고에게 있음
- 금융상품이 점차로 복잡해지면서 현실적으로 입은 확실한 손해를 입증하기가 더욱 곤란
- 투자대상의 가치감소가 현실적으로 발생하였여도 손해가 구체적, 현실적으로 확정되지 않았다는 이유로 소송을 하지 못하는 경우가 발생
- 상당인과관계가 있는 손해의 범위를 정함에 있어서도 매우 엄격한 객관적 증거를 요구하고 사실심 법관의 재량을 극히 제한적으로 인정

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

실체법상의 장애사유 3 – 과실상계 내지 공평의 원칙상 책임제한의 허용

과실상계에 관한 민법 제396조는 불법행위에 따른 손해배상책임에도 준용 (민법 제763조)

제396조 (과실상계) 채무불이행에 관하여 채권자에게 과실이 있는 때에는 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 이를 참작하여야 한다.

- 여기서 말하는 채권자의 과실은 손해의 발생뿐만 아니라 손해의 확대에 관련해서도 존재
- 고유한 의미의 과실에 있어서보다 주의의무의 정도가 완화되는 '가벼운' 또는 '단순한' 부주의를 의미
- 불공정거래행위 피해관련 소송에서 원고들이 힘들게 청구원인사실을 입증하는데 성공했다고 하더라도 다시 부딪쳐야 하는 장벽이 바로 이 과실상계
- 불법행위나 손해의 입증에 있어서 요구되는 엄격한 증명과는 달리 과실상계에 있어서의 과실은 매우 폭넓게 인정되고 있어 그 입증이 매우 용이하고 과실상계비율을 정함에 있어서도 법원이 폭넓은 재량을 행사
- 법원은 피해자인 투자자의 과실을 인정하기 어려운 경우에도 '자기책임의 원칙'을 들어 '공평의 원칙에 기한 책임의 제한'을 인정하는 경향

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

실체법상의 장애사유 3 – 과실상계 내지 공평의 원칙상 책임제한의 허용

- 과실상계내지 책임제한은 금융기관이 고의적으로 불법행위를 한 경우에도 인정

> 최근 대법원은 간접투자신탁 판매회사가 가격변동이나 금리변동에 따른 위험이 내재한 펀드에 가입한 고객에게 자산운용보고서를 보내면서 원금 손실이 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 책임제한사유로 삼은 원심의 판단에 문제가 없다고 판시 (대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다80968 판결)

- 법원은 이미 원고들의 이익이 침해되어 현실적으로 손해가 발생한 현재의 상황을 기준으로 '공평의 원칙' 을 적용하므로 결국 전액보상을 제한
- 결국 피해자인 투자자보다는 가해자인 금융기관의 이익을 옹호하는 결과가 야기될 수밖에 없는 실정
- 징벌적 배상제도의 부재보다도 법원이 재량적으로 행하는 과실상계나 책임제한에 대한 통제가 제대로 이루어지지 않는 것이 더 문제

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

실체법상의 장애사유 4 – 계약의 취소 내지 철회권 부재

- 잘못된 금융거래로 인해서 피해를 입었을 때 가장 간단한 피해구제수단은 원인이 되는 금융거래의 취소를 허용하고 원상을 회복하도록 하는 것
- 우리나라의 금융거래 관련 법령들은 손해배상책임을 규정하는데 주안점을 두고 계약의 취소권 내지 철회권은 미부여
- 미국의 증권법(Securities Act) 위반의 경우 증권의 취득자에 대하여 취소(rescission) 및 원상회복(restitution)의 책임을 규정하고 있는 점과 대비
- 법관들은 이중의 고의를 요하는 기망이나 강박 등 의사표시의 하자를 인정함에 있어서는 매우 인색한 편
- 상당히 심각한 수준의 허위표시 등이 있다고 하더라도 제한적인 손해배상을 명하는 것에 그침
- 사업자의 소비자간의 거래와 관련하여 소비자의 계약취소권을 폭 넓게 인정한 일본의 '소비자계약법' 을 참고해야

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

실체법상의 장애사유 4 – 계약의 취소 내지 철회권 부재

일본의 소비자계약법

- 2000년에 제정된 일본의 소비자계약법은 사업자와 소비자간의 정보의 질 및 양 그리고 교섭력의 구조적 격차를 입법적으로 인정
- 이를 토대로 소비자가 사업자의 부당한 권유행위에 의해 계약을 체결한 경우 당해 계약의 취소를 허용
- 이 법에 따르면 소비자는 “오인”에 의한 취소권과 “곤혹”에 의한 취소권 두 가지를 갖게 됨.

오인에 의한 취소권

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 (“불이익사실의 불고지”), 당해 사항에 관하여 오인을 하고 이로 인해 당해 소비자계약의 청약 또는 승낙의 의사표시를 했을 때에 소비자가 이를 취소할 수 있도록 규정 (4조 1항 · 2항).

곤혹에 의한 취소권

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 소비자가 이를 취소할 수 있도록 규정 (4조 3항)

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

절차법상의 장애사유 1 – 증거개시제도 부재

- 불공정거래행위 피해사건의 경우 사건의 복잡성과 전문성으로 인해서 입증이 그만큼 어려울 뿐만 아니라 정보비대칭성으로 인해서 해당 증거가 금융기관에 편재해 있는 것이 일반적
- 원고에 해당하는 투자자로서는 피고인 금융기관으로부터 증거를 협조받기 전에는 자신에게 부과되어 있는 입증책임을 다하지 못하게 되고 결국 진실과 달리 입증이 부족하여 소송에서 지게 되는 결과가 야기
- 우리나라 민사소송법상 문서제출명령제도는 강제력이 약해서 이 제도만으로는 금융기관이 보관하고 있는 각종 자료에 관한 접근이 어려운 것이 실상
- 영미에서는 상대방이 당해 사건과 관련하여 갖고 있는 일체의 서류와 증인이 될 수 있는 사람들을 광범위하게 요구할 수 있는 증거개시제도(Discovery)가 도입
- 증거개시에 불응하거나 불성실하게 응할 경우 당사자뿐만 아니라 변호사에게도 재제가 가해지므로 투자자인 원고가 금융기관인 피고를 상대로 광범위한 증거를 수집할 수 있음
- 우리나라의 경우 민사소송법은 물론 소송허가를 득해야 하는 증권관련집단소송에서도 증거개시제도가 도입되지 아니한 상태

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

절차법상의 장애사유 2 – 소송비용제도

- 우리나라의 소송비용제도는 우선 원고가 청구액에 비례하는 인지대를 선납하게 하고 나중에는 패소자에게 상대방이 지출한 소송비용의 일부를 부담하도록 하는 구조
- 투자자들이 금융거래로 인한 피해를 보상받거나 원상회복을 주장하려면 원고가 되어 그 가액에 해당하는 소송을 제기해야 하므로 소송가액에 일정 비율을 곱한 금액에 해당하는 인지대를 법원에 선납해야
- 원고의 남소여부와 상관없이 원고 패소시 피고의 소송비용을 부담하게 하는 소송비용부담제도도 원고에게 부담
- 예컨대 피고의 불법행위는 입증했지만 손해인과관계가 입증되지 못하여 원고청구가 기각된 경우에도 원고는 피고의 소송비용을 부담해야
- 이는 패소의 경우에도 남소가 아닌 한 상대방의 소송비용을 물어주지 않는 영미의 경우와 대비

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

절차법상의 장애사유 3 – 금융거래정보 및 금융감독정보에의 접근제한

- 투자자들은 일단 수사권을 가진 검찰이나 조사권을 가진 금융감독당국에 수사나 조사를 의뢰하여 진상을 밝히도록 한 후 그 결과를 토대로 민사소송을 제기하는 경우가 많음
- 진상이 밝혀져서 수사기관의 기소나 감독당국의 제재가 이루어졌음에도 불구하고 그에 관한 자료를 확보하기가 어려운 것이 현실
- 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 대부분
- 형사재판에 회부된 경우에도 피고측이 문서송부촉탁신청에 대한 의견 등을 통해 적극적으로 이를 방해하는 경우가 많아 중요 사건에서는 민사재판부의 요청에도 불구하고 형사재판부가 이를 거부하는 경우가 많아지고 있음
- 정보공개청구를 위한 행정소송을 해서 1심에서 승소하더라도 이에 관하여는 집행력이 인정되지 않으므로 금융감독당국이 항소나 상고를 하는 경우 확정판결을 얻기까지 무한정 기다려야 함

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

절차법상의 장애사유 4 – 감정제도

- 불공정거래행위 피해관련 소송은 복잡하고 전문적인 내용을 다루므로 불법행위의 존재와 그 손해를 인정함에 있어서 전문가에 많이 의존하는 경향
- 불공정거래행위 피해관련 소송에서 전문가인 감정인을 선정하고 이를 활용하는 절차나 기준이 확립되어 있지 않아서 결국 돈과 인맥이 풍부한 금융기관이 유리한 위치에 서게 됨

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

절차법상의 장애사유 5 – 시효제도

- 시효제도란 일정한 사실 상태가 일정기간 계속되어 온 경우에 그 사실상태가 진정한 권리관계와 합치하는지 여부를 묻지 않고 법률상 사실상태에 대응하는 법률효과를 인정하여 주는 제도
- 시효제도의 존재이유는 법적 안정성, 입증의 곤란, 권리 위에 잠자는 자에 대한 보호가치가 없는 점 등
- 시효제도의 존재이유는 복잡한 불공정거래행위 피해관련사건에는 부합하지 아니함
- 그럼에도 불구하고 투자자가 일반 불법행위에 따른 손해배상청구소송을 제기하는 경우 불법행위시로부터 10년, 손해를 안 날로부터 3년 이내에 소송을 제기해야 함
- 더구나 자본시장법 등 특별법에 따른 배상청구를 하기 위해서는 행위시로부터 3년, 안 날로부터 1년 이내에 소송을 제기해야 함

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

절차법상의 장애사유 6 – 불완전한 강제집행제도

- 특히 시세조종이나 내부자거래 또는 분식회계의 경우에는 문제를 일으킨 회사가 재무적으로 이미 파탄에 이른 경우가 많음
- 부당이득을 획득한 실제 행위자의 경우에는 개인인 경우가 많은데 현행 집행제도상 개인의 재산을 정상적인 방법으로는 파악하기 어려움.
- 승소 판결을 얻더라도 실제 이를 집행하기 위해서는 재산 조사 등이 이루어져야 하는데 현행 제도상 어려움
- 우리나라는 외국과는 달리 개인의 재산에 관한 정보도 개인정보로 분류하여 보호를 하므로 불공정거래행위의 가해자가 책임을 사실상 면제받는 현상이 발생
- 분식회계의 경우에도 분식의 주체가 되는 회사는 형해화 되어 있는 경우가 많고 문제가 되는 회사의 외부감사를 맡은 회계법인은 규모가 작아서 책임재산이 부족한 경우가 많음

불공정거래행위 피해의 사법적구제를 저해하는 법제도상의 장애사유

제도운영상의 장애사유

- 배심원이 아닌 엘리트 법관들은 대체로 법 규정에 입각하여 엄격하고도 보수적으로 재판을 운영하는 경향을 보임
- 과중한 업무에 시달리는 법관들은 업무의 과중을 불러오는 집단적 소송이나 원고소송에 우호적이지 않음
- 금융감독당국은 사적 소송에 비협조적임
- 변호사들이 피해자를 모아 소송을 하기 위한 정보를 확보하기 어렵고 소송을 권유하는데 변호사 윤리상 제약이 존재함
- 해당 분야에 전문성을 가지면서도 업계로부터 독립적인 전문가의 풀이 미발달상태

증권관련 집단소송법의 문제점

증권관련 집단소송법의 도입경과

- 증권관련집단소송법은 2005. 1. 1. 에 시행되어 만 8년이 경과
- 그간 제기된 증권관련집단소송의 건수는 총 5건
- 최초의 사건인 진성티이씨사건은 2009. 4. 13. 제기되었다가 2010. 2. 3. 소송허가결정에 즈음하여 화해안이 도출되고 2010. 4. 8. 화해허가결정이 내려짐으로써 종결
- 나머지 4개 사건은 모두 소송허가신청이 계류 중인 상태

현재 계류 중인 4건의 증권관련 집단소송의 개요

- 3건은 2009년에 발발한 ELS 종가조작사건들에 관한 것
- 즉 ELS의 발행증권사 또는 ELS 발행증권사와 맺은 스왑계약을 통해 ELS 발행에 따른 위험을 인수한 외국계금융기관들이 ELS의 중도상환평가기준일 또는 만기상환평가기준일에 기초자산의 대량매도를 통해 종가를 하락시키고 이로 인해서 ELS의 중도상환을 막거나 ELS의 만기상환시 지급되는 상환금을 축소시킨 사안에 관하여 제기된 사건들
- 나머지 1개의 사건은 유상증자 직후 사실상 도산한 씨모텍이라는 회사와 관련하여 제기된 소송으로서 씨모텍이 유상증자를 실시하면서 제출한 증권신고서의 허위기재를 이유로 주간사증권사를 상대로 제기한 소송

증권관련 집단소송법의 문제점

증권집단소송제도의 문제점 1 – 청구원인에 대한 과도한 제한

증권관련집단소송법은 증권관련집단소송의 청구원인에 대하여 다음과 같이 규정

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.

1호	'증권신고서나 투자설명서의 허위기재에 따른 손해배상청구'
2호	'사업보고서, 반기보고서, 분기보고서의 허위기재에 따른 손해배상청구'
3호	'미공개정보이용행위, 시세조종행위, 부정거래행위에 따른 손해배상청구'
4호	'선의의 투자자의 회계감사인에 대한 손해배상청구'

증권관련 집단소송법의 문제점

증권집단소송제도의 문제점 1 – 청구원인에 대한 과도한 제한

- 다양하게 나타나는 집단적 불공정거래행위 피해유형에 관하여 집단소송을 제기할 수 없음
- 주가조작, 분식회계 등 증시 불공정거래행위에 따른 손해배상청구소송에도 현행 제도는 부적합함.

➡ 불공정거래행위에 따른 소송의 경우 시효문제, 입증문제, 법리적 해석문제 등을 고려하여 민법상 불법행위에 기한 청구를 병합하여 제기하는 것이 일반적

➡ 증권관련집단소송은 증권거래법에 의한 손해배상청구에만 가능하게 되어 있어 일반 민법상 불법행위청구를 병합할 수 없는 문제가 발생함.

증권관련 집단소송법의 문제점

증권집단소송제도의 문제점 2 – 전속관할 등 불합리한 법 규정으로 인한 원고부담의 가중

증권관련집단소송법은 다음과 같이 전속관할조항을 두고 있음

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 것이었으나 막판에 토지관할에 관한 전속관할 조항이 삽입.
- 피고가 한 명이 아니라 여러 명일 경우 피고들별로 각각 따로 따로 집단소송을 제기하여야 한다는 문제점 발생
- 증권관련집단소송이 제기되는 분쟁들은 원고가 복수일 경우뿐만 아니라 피고가 복수일 것을 당연히 예정하고 있는 분쟁들

증권관련 집단소송법의 문제점

증권집단소송제도의 문제점 3 – 피고발행주식 보유요건 등 불합리한 남소방지장치에 따른 문제점

증권관련집단소송법은 다음과 같은 피해자 구성원 요건을 규정

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 조항
- 시세조종이나 허위공시 또는 내부자거래에 간혹 발행회사가 개입함으로써 발행회사도 피고가 되는 경우도 있지만 그렇지 아니하는 경우도 충분히 존재
- 증권관련집단소송을 제기하는 원고는 무조건 발행사를 피고로 삼을 수밖에 없는 실정

증권관련 집단소송법의 문제점

증권집단소송제도의 문제점 4 – 형평에 안 맞는 원고 소송대리인 요건

증권관련집단소송법은 원고측 소송대리인의 자격과 관련하여 다음과 같이 규정

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.

- 반면 피고의 대리인 자격에는 아무런 제한이 없음
- 원고는 집단소송에 관한 경험이 풍부한 전문 변호사를 선임할 수 없는 문제가 발생

증권관련 집단소송법의 문제점

증권집단소송제도의 문제점 5 – 소송허가결정에 대한 불복절차의 문제점

제15조 (소송허가결정)
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.

- 증권관련집단소송은 법원의 허가를 요하고 그 허가결정에 대해서 불복이 가능
- 당초 법무부가 만든 집단소송법시안이나 1998년 제출된 증권관련집단소송법안에는 허가결정에 대해서는 불복할 수 없고 불허가 결정에 대해서만 불복할 수 있도록 되어 있었음.
- 허가결정의 확정에 많은 세월이 소요될 수밖에 없는 실정
- 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 11개월 이상이 지난 2013. 4. 현재 이에 대한 항고심은 심리조차 이루어지지 않고 있는 실정
- 씨모텍 집단소송사건의 경우에도 2011. 10. 13. 소송허가신청이 제기되었으나 1년이 훨씬 넘은 2013. 4. 현재 1심법원의 결정이 내려지지 않고 있는 실정

불공정거래행위 피해의 사법적 구제를 활성화하기 위한 방안들

실체법적 제도개선

- 거래취소 내지 철회권 명문화
- 일본이 소비자계약법을 통해 도입한 ‘오인에 의한 취소권’과 ‘곤혹에 의한 취소권’을 투자자거래 또는 소비자거래 일반에 도입하는 것이 필요
- 과실상계 내지 책임제한에 대한 입법적 통계
- 손해배상 추정조항 신설

참고 : 독점규제 및 공정거래에 관한 법률

제57조(손해액의 인정) 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.

- 입증책임의 전환 내지 완화 규정 확대
- 시효제도의 개선

불공정거래행위 피해의 사법적 구제를 활성화하기 위한 방안들

절차법적 제도개선

- 증거개시제도의 도입

  적어도 증권관련집단소송법에 따라 제기된 집단소송으로서 소송허가결정을 득한 경우에는 증거개시를 신청할 수 있도록 제한적인 증거개시제도의 도입이라도 이루어져야

- 국민참여재판제도적 요소의 도입
- 금융거래 및 금융감독정보에의 접근 확대

  법원의 명령이나 촉탁이 있을 경우 금융감독당국이 이에 원칙적으로 응할 의무를 규정하여야

참고 : 독점규제 및 공정거래에 관한 법률

제56조의2 (기록의 송부등) 제56조 (損害賠償責任)의 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 있다.

- 소송비용제도의 개선
- 감정제도의 개선
- 강제집행제도의 개선
- 정보공개청구제도의 개선

불공정거래행위 피해의 사법적 구제를 활성화하기 위한 방안들

집단소송제도의 확대 및 개선

- 불공정거래행위 피해관련 사건 전반으로 집단소송제도 확대

  ➡ 불공정거래행위 피해관련 사건으로서 다수성, 균질성 등의 요건을 충족하는 경우에는 집단소송절차에 따라 구제를 받을 수 있도록 집단소송제도의 확대가 필요

  ➡ 금융거래에 관한 특별법위반에 대하여 집단소송을 허용할 경우 실체법 위반에 따른 특별법상 청구 뿐 아니라 민법상 청구도 병합하여 청구할 수 있도록 해야

- 합당한 소제기를 제약하는 불합리한 장애사유 제거

  ➡ 전속적인 토지관할조항, 불합리한 주식보유요건, 형평에 맞지 않는 원고 소송대리인 요건 등 불합리한 장애사유 제거

- 소송허가제도의 개선

THANK YOU

