일감법학 | 제48호
2021년 2월 547-572쪽
건국대학교 법학연구소

Ilkam Law Review
Vol.48, Feb., 2021. pp.547-572
The Institute of Legal Studies, Konkuk Univ.

현행 금융소비자보호법상 금융상품의 설명의무에 대한 소고

A Study on the Explanation Duty of Financial Goods in the Current Financial Consumer Protection Act

고 재 종*
Koh Jae-jong

목 차

Ⅰ. 들어가는 말
Ⅱ. 금융상품의 설명의무에 대한 국내외의 입법례
Ⅲ. 금융상품의 설명의무에 대한 구체적 내용
Ⅳ. 현행 금소법 규정의 문제점 및 개선방안
Ⅴ. 맺는말

금융소비자 보호라는 화두는 2007년 미국의 서브 프라임 모기지 사태와 2008년 리먼 브라더스 파산 등 국제 금융위기를 거치면서부터이다. 우리나라는 2010년대 저축은행의 프로젝트 파이낸싱 대출 부실 사태나 환차손 회피용 파생상품 판매로 대규모 환손실을 초래한 키코 사태, 최근 해외금리 파생상품에서 대규모 손실이 발행한 파생결합상품 사태 등이 터지면서 금융소비자 보호에 대하여 관심이 증대되었다. 그 결과 「금융소비자의 보호에 관한 법률」이 2020년 3월 24일 법률 제17112호로 제정되어 2021년 3월 25일 시행될 예정이다. 나아가, 같은 법 시행령(안)이 2020년 10월 28일 입법 예고된 상태이다.

이 논문은 새로이 제정된 금융소비자보호법 규정 중에서 금융상품판매업자의 설명의무에 대하여 검토한 것이다. 구체적으로는 제2장에서 금융상품의 설명의무에 대한 국내외의 입법례를, 제3장에서는 금융상품 설명의무에 대한 현행 금소법과 시행령(안)의 구체적인 내용을 살펴보고자 한다. 그리고 제4장에서는 이를 토대로 그에 대한 문제점 및 개선방

https://doi.org/10.35148/ilsilr.2021..48.547
투고일: 2021. 1. 31. / 심사의뢰일: 2021. 2. 4. / 게재확정일: 2020. 2. 15.

* 선문대학교 법경찰학과 교수
Professor, Dept. of law & police, Sunmoon University

안을 제시하고자 한다.

검토한 결과 다음과 같은 점에서 개선의 여지가 있다고 본다. 첫째, 설명의무의 당사자를 확대할 필요가 있다고 본다. 둘째, 설명의무의 대상에 전문금융소비자는 제외하고 있으나, 다양한 금융상품의 출현 및 복잡성 등을 감안할 때, 일반금융소비자의 설명의무 범위와 정도는 차이가 있지만, 일정 부분 그들에 대한 설명의무도 인정할 필요가 있다. 셋째, 설명의무의 이행 요건과 관련하여 판매를 권유하는 경우뿐만 아니라 판매까지 전 단계에 걸쳐 설명의무를 부과할 필요가 있고, 금융소비자가 설명을 요청하지 않더라도 설명의무를 부과하거나 아니면 설명을 요청할 수 있음을 알릴 필요가 있다고 본다. 넷째, 금융소비자마다 다른 이해의 정도에 대하여 최소한의 기준을 마련할 필요가 있다고 본다. 마지막으로 설명의무 위반과 관련하여 징벌적 손해배상 제도를 도입할 필요가 있다. 징벌적 과징금은 일반 과징금제도로 변경하거나, 아니면 양자 모두 인정하되, 양자의 적절한 조화가 필요하다고 본다.

[주제어] 금융소비자, 금융상품판매업자, 설명의무, 징벌적 과징금, 설명서, 핵심 설명서

Ⅰ. 들어가는 말

금융소비자 보호라는 화두는 2007년 미국의 서브 프라임 모기지 사태와 2008년 리먼 브라더스 파산 등으로 인한 국제 금융위기를 거치면서부터이다.[1] 우리나라도 그 당시부터 금융소비자의 보호에 관심을 갖고 있었지만, 2010년대 저축은행의 프로젝트 파이낸싱(Project Financing, PF) 대출 부실 사태나 환차손 회피용 파생상품 판매로 대규모 환손실을 초래한 키코(Knock-in knock-out) 사태, 최근 해외금리 파생상품에서 대규모 손실이 발행한 파생결합상품(Derivative Linked Fund, DLF) 사태 등이 터지면서 적극적으로 관심을 갖게 되었다.[2] 이후 금융소비자를 보호하기 위한 법안 마련을 위하여 노력이 시작되었고, 2020년 3월 24일 「금융소비자의 보호에 관한 법률」(이하 금소법)이 법률 제17112호로 제정되었으며(2021년 3월 25일 시행 예정), 「같은 법 시행령(안)」이 2020년 10월 28일 입법 예고되었다.[3]

---

1) 이후록, "금융소비자보호…이제는 금융교육 강화를", 헤럴드비즈, 2020. 11. 5, <http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20201105000039>, 검색일 : 2021. 1. 28.

2) 조치형, "금융소비자보호법의 시행에 거는 기대", 리걸타임즈, 2020. 5. 7, <https://www.legaltimes.co.kr/news/articleView.html?idxno=52785>ㅡ, 검색일 : 2020. 12. 12.

3) 입법 논의의 처음 시작은 2011년 정부안이 마련되면서 부터이나, 당시 제18대와 제19대 국회에서는 결실을 보지 못하다가 제20대 국회 말기에 결실을 보게 되었다[조치형, 위의 신문기사].

이 법은 그동안 금융상품 관련 개별법 속에 분산되어 있는 금융소비자 보호 규정을 통일하여 하나의 법제로 만들었다는 점에서 그 의미가 크다고 본다. 주요 내용으로는 금융상품의 유형 분류 및 금융회사 등 업종 구분(제3조-제4조), 금융상품판매업자 및 금융상품자문업자 등록 근거 마련(제12조), 금융상품판매업자 등의 영업행위 준수사항 마련(제13조-제23조), 금융교육 지원 및 금융교육협의회 설치(제30조-제31조), 금융분쟁조정제도의 마련(제33조-제43조), 금융상품판매업자 등의 손해배상책임의 강화(제44조-제45조), 금융소비자의 청약철회권 및 위법한 계약해지요구권 정비(제46조-제47조), 징벌적 과징금제도의 도입(제57조) 등을 들 수 있다.

다만, 이 논문에서는 위의 내용 중에서 금융상품판매업자 등의 영업행위 준수사항과 관련한 제19조(설명의무)만을 살펴보고자 한다. 구체적으로는 제2장에서 금융상품의 설명의무에 대한 국내외의 입법례를, 제3장에서는 금융상품 설명의무에 대한 현행 금소법과 시행령(안)의 구체적인 내용을 살펴보고자 한다. 그리고 제4장에서는 이를 토대로 그에 대한 문제점 및 개선방안을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 금융상품의 설명의무에 대한 국내외의 입법례

1. 금융상품에 대한 설명의무의 의의

금소법에서는 "금융상품판매업자 등이 일반금융소비자에게 금융상품의 계약체결을 권유(금융상품자문업자가 자문에 응하는 것 포함)하는 경우 및 일반 금융소비자가 설명을 요청하는 경우 금융상품에 관한 중요한 사항(일반금융소비자가 특정 사항에 대한 설명만을 원하는 경우 해당 사항으로 한정)을 일반금융소비자가 이해할 수 있도록 설명하여야 한다"(같은 법 제19조)고 규정하여 금융상품판매업자 등의 설명의무를 명시하였다. 이러한 설명의무를 인정한 취지는 금융상품은 대부분 금융기관에서 출시하고, 새로운 형태의 금융상품은 그 범위와 구조가 점차 확대되고 복잡해지는 상황에서 금융전문가와 일반금융소비자 간의 정보격차의 수준은 갈수록 심화됨에 따라,[4] 금융소비자 스스로 합리적인 판단을 할 수 있도록 하기 위하여 마련한 제도이다.[5][6]

4) 박진근, "전자금융거래법상 금융회사의 책임", 법과 정책연구 제15집 제4호, 한국 법정책학회, 2015, 11-12쪽.
5) 박진근, 위의 금융회사의 설명의무, 348쪽.

다만, 금융상품판매업자 등의 설명의무는 금소법 제17조의 적합성의 원칙과 구별하여야 한다. 먼저, 금융상품 거래의 통상적인 프로세스를 보면, ① 금융상품판매업자 등에 의하여 계약체결의 권유를 하고, ② 권유에 응하여 이용자와의 사이에 교섭이 이루어지고, 그 결과 ③ 거래의 성립 내지 불성립에 이르는 과정을 거치게 되는데, ①의 프로세스와 관련한 원칙이 적합성의 원칙이고, ②의 프로세스와 관련된 원칙이 설명의무라고 할 수 있다.[7] 우리 대법원 판례의 경우는 ① 투자자의 정확한 인식을 형성하는 것을 방해하는 것을 회피할 의무 및 ② 투자자의 투자 상황에 비추어 과대한 위험을 수반하는 거래를 적극적으로 권유하는 것을 회피할 의무를 인정하면서, 전자를 설명의무, 후자를 적합성의 원칙이라고 한다.[8]

2. 우리나라 금소법상 설명의무에 대한 규제

2.1 금소법 제정전 규제

금소법이 제정되기 전에서는 금융상품의 설명의무와 관련해서는 금융업의 유형[9]에 따라 개별법에서 산발적・비통일적으로 규제를 하고 있었다. 따라서 금융소비자의 입장에서는 매우 혼란스럽고, 금융상품의 판매채널간 이해상충, 수수료 내역별 제공되는 서비스 공시 및 설명의무 부재 등의 문제점에 대한 지적이 있었다.[10] 그 규제 내역을 보면 다음과 같다.

---

6) 독일은 설명의무의 근거를 정보제공의무에서 찾는데, 정보제공의무는 공평 내지 공정한 증권시장의 발전을 위하여 감독법상 의무이나, 2차적으로 당사자간 정보격차로 유가증권취급회사(은행)이 적절한 정보를 제공하여 고객을 보호하기 위함이라고 한다[山田剛志, 金融機関による説明義務・適合性の原則と金融商品販売法, 財団法人 日本証券経済研究所 金融商品取引法研究会, 2009.1, 47頁; Koller, §31 Rz 8, Assmann, Schneider(Hrsg) Wertpapierhandelsgesetz 3 Aufl., 2003 S. 936ff].

7) 木下正俊, “金融商品の販売・勧誘ルールとしての 説明義務と適合性原則につい”, 広島法科大學院論集 第5号, 広島大学法学会, 2009, 26頁.

8) 대판 1994. 1. 11, 93다26205 판결.

9) 금융업이란 은행, 보험, 금융투자 및 서민금융업으로 구분되며, 은행업은 은행법, 보험업은 상법 및 보험업법, 금융투자업은 자본시장과 금융투자업에 관한 법률, 서민금융업은 상호저축은행법, 여신전문금융업법, 대부업법 등으로 규율한다[정찬형, “한국 금융법의 연혁 및 현황”, 금융법연구 제9권 제1호, 한국금융법학회, 2012. 4. 30,, 159쪽].

10) 이규복/이순호, 금융소비자보호 규제 강화를 위한 세부추진방안 연구, 한국금융연구원, 2016. 7, 14-19쪽.

법률	조문	내용
상법	제638조	보험약관 교부・설명의무
보험업법	제97조	보험계약체결시 중요내용 알리지 아니하거나 사실과 다르게 알리는 행위 금지
약관규제법	제3조	중요내용에 대해 고객이 이해할 수 있도록 설명
자본시장법	제47조	금융투자업자는 투자권유시 일반투자자 이해할 수 있도록 설명
은행법	제52조의 2	- 금융거래시 중요정보 제공을 위한 적절한 조치 - 금융거래 정보나 자료 제공 및 설명
상호저축은행법	제14조	금융거래시 거래자 이해할 수 있도록 설명
여신전문금융업법	제24조의 2	신용카드 상품에 관한 충분한 정보 제공
대부업법	제6조 제2항	대부계약체결시 설명의무 부여

이 중 금소법이 모델로 하였던 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 자본시장법)」에서는, 금융투자업자가 일반투자자에게 투자권유를 할 경우 금융투자상품의 내용, 투자에 따르는 위험, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항에 대해 일반투자자가 이해할 수 있도록 설명하고 그에 대한 확인을 받도록 하였고, 뿐만 아니라 금융투자업자는 위의 설명시 일반투자자의 합리적인 투자판단 또는 해당 금융투자상품에 대한 중요사항을 거짓 또는 왜곡[11]하여 설명하거나 누락하는 것을 금지하였다(같은 법 제47조; 시행령 제53조). 만약 위의 규정을 위반하거나 그 업무를 소홀히 하여 투자자에게 손해를 발생시킨 경우에는 그에 대한 책임을 지도록 하였다(자본시장법 제64조 제1항). 이 외에도 금융투자와 관련한 「표준투자권유준칙」에 의하면, 금융투자업자의 임직원 등이 설명의무를 이행과 관련하여 구체적인 절차 및 기준을 정하고 있다.[12]

「은행법」의 경우 은행은 은행이용자의 보호와 금융분쟁 발생의 방지를 위해 은행이용자의 금융거래상 중요 정보의 제공 등 적절한 조치를 마련할 의무를 부과하고, 그 세부적인 내용은 시행령에서 정하고 있다(같은 법 시행령 제24조의 4 제2항). 다만, 위의 자본시장법상 규정과 비교하면, 은행법은 설명의무 위반시 손해배상책임에 대한 규정을 두고 있지 않다는 점에서 차이가 있다.

11) 왜곡이란 불확실한 사항에 대하여 단정적 판단을 제공하거나 확실하다고 오인하게 할 소지가 있는 내용을 알리는 행위를 말한다(같은 법 제47조 제3항).

12) 표준투자권유준칙 Ⅳ-3(설명의무), <http://law.kofia.or.kr/service/law/lawFullScreen.do?seq=149&historySeq=1325&key>, 검색일 : 2021. 1. 28.

2.2 금소법 및 같은 법 시행령(안)의 제정

위의 문제점 등을 고려하여 현행 금소법에서는 금융상품 분야별로 개별적으로 규정되었던 규정을 하나로 통합하여 규정하였다. 즉, 금융상품판매업자 등이 일반금융소비자에게 계약체결을 권유하거나 일반금융소비자가 금융상품판매업자 등에게 설명 요청을 할 때에는 일반금융소비자가 그 상품에 대하여 이해할 수 있도록 설명하도록 의무를 부여하였다(금소법 제19조 제1항). 나아가, 같은 조 제2항에서는 설명서 제공의무 및 금융상품판매업자 등의 금융소비자의 이해 여부에 대한 확인의무, 제3항에서는 금융상품판매업자 등의 허위 또는 왜곡된 설명의 금지 및 설명시 중요사항을 빠뜨려서는 안 될 의무를 규정하였다.

3. 외국의 입법례

3.1 미국의 경우

미국의 경우는 설명의무에 대하여 직접적인 규정은 두지 않고, SEC Rule 10b-5에 근거하여 책임을 부과하고 있다. 즉, 동 10b-5에 ① 기망을 위해 책략・계약을 사용하는 것, ② 중요한 사실의 부실표시를 하거나 또는 중요한 사실을 기술하지 아니하고 오도적으로 하는 것, ③ 누군가에 대하여 사기가 되거나 또는 될 것을 행위・관행・업무에 종사하는 것이라는 세 가지의 증권거래 위반 유형을 규정하고 있는데,[13] 설명의무를 위반한 경우도 이에 근거하여 책임을 지고 있다.

설명의무 위반에 따른 책임의 근거로는 신인의무와 간판이론을 이용하고 있다.[14] 신인의무(fiducary theory)란 브로커-딜러는 고객으로부터 신뢰를 얻은 딜러이든 브로커이든 상반된 이익이 포함된 거래에서 중요한 정보 모두를 공시하고 고객의 최선의 이익을 위하여 행동할 의무를 말하는데, 만약 해당 브로커-딜러가 금융투자상품에 대해 충분히 설명하지 아니하고 판매하였다면 이 의무를 위반하여 그에 대한 책임을 부과한다는 것이다. 반면 간판이론(Shingle theory)은 1939년 SEC가 Duker & Duker 사건 사례에서 처음으로 언급된 이론으로,[15] 브로커-딜러가 영업을 개시할 때(When he hangs out his

13) 17 CFR § 240.10b-5 - Employment of manipulative and deceptive devices, <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/240.10b-5>, 검색일 : 2021. 1. 28.

14) 정윤모/이효섭, 금융투자상품 불완전판매 규제 현황 및 시사점, 자본시장연구원, 2015. 3, 19-22쪽.

"Shingle") 고객에 대하여 공정하고 성실하게 업무를 수행하겠다는 묵시적인 표시(implied representation)를 하였다는, 즉, 브로커-딜러와 고객 간에 공정한 거래에 대한 특별한 의무(a special duty of fair dealings)를 부담하여야 한다는 이론[16]으로, 만약 설명의무를 다하지 않았을 경우에도 이에 근거하여 책임을 부과한다고 한다.

3.2 일본의 경우

3.2.1 금융상품판매법상의 설명의무

「금융상품의 판매 등에 관한 법률」(金融商品の販売等に関する法律)(이하 금융상품판매법이라 함)에 의하면, 금융상품판매업자 등이 금융상품의 판매 등을 업으로 할 때에는 해당 금융상품의 판매 등에 관련한 금융상품을 판매할 때까지 고객에 대하여 중요사항을 설명하여야 한다(금융상품판매법 제3조 제1)고 하여 금융상품판매업자 등의 설명의무를 명시하고 있다.[17] 나아가, 위의 설명은 고객의 지식, 경험, 재산상황 및 당해 계약을 체결하는 목적에 비추어 당해 고객을 이해시키기 위해서 필요한 방법 및 정도에 따른 것이어야 하며(같은 조 제2항),[18] 이러한 설명의무에는 고객의 적합성까지 배려하여야 하며, 지식・경험 등이 부족한 고객에게는 훨씬 더 충실한 설명을 하여야 한다.

만약 중요한 사항에 대하여 설명의무를 위반하여 고객에게 손해가 발생한 경우에는 금융상품판매업자는 그에 대한 손해배상책임을 져야 한다. 다만, 손해배상액은 원본손실액을 손해액을 추정한다(같은 법 제5조・제6조)고 규정하고 있다. 이러한 손해액 추정 규정으로 설명의무 위반에 대한 증명책임은 금융상품판매업자에게 전환되었다고 볼 수 있다. 다만, 전문투자자에게는 설명의무 및 손해배상책임의 규정이 적용되지 않는다(같은 법 제3조 제7항, 같은 법 시행령 제8조).[19] 또한 고객이 금융상품의 판매 등에 관한 전문적인 지식 및 경험을 갖고 있는 자로서 정령에서 정한 자(특정 투자자)나 금융상품 판매가 금융상품거래법 제2조 제8항 제1호에 규정한 상품관련시장 파생거래 및 그 중개의 어느 것도 아닌 경우에 중요사항에 대하여 설명을 요하지 않겠다는 내용의

15) 6 S.E.C. 386 (1939); Carl Wartman, "Broker Dealers, Market Makers and Fiduciary Duties", Loyola Univ. Chicago Law Journal, vol 9, Issue 3 Rpring 1978, Fiduciary Reponsibilities Sysposium, pp. 748-749.

16) Carl Wartman, ibid., p. 749.

17) <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main?re=&vm=1&id=2059>, 검색일 : 2020. 12. 25.

18) <https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=412AC0000000101>. 검색일 : 2020. 12. 25.

19) 위의 사이트.

고객의 의사표명이 있는 때에는 설명의무가 면제된다고 명시하고 있다(같은 법 제3조 제7항 제1・2호).[20] 이 외에도 금융상품판매업자 등은 금융상품의 판매 등을 업으로 하고자 하는 때에는 해당 금융상품의 판매 등과 관련된 금융상품이 판매될 때까지 고객에게 해당 금융상품의 판매와 관련된 불확실한 사항에 관하여 불확실한 사항에 대하여 단정적 판단을 제공하거나 확실하다고 오인할 우려가 있음을 알리는 행위(단정적 판단의 제공 등)를 금지하고 있다(같은 법 제4조).

3.2.2 금융상품거래법상 서면교부의무

위의 금융상품판매법이 설명의무를 위반한 경우 금융상품판매업자 등에 대한 손해배상책임을 규정하여 민법의 특별법이라고 한다면, 금융상품거래법은 금융상품판매법과 달리 설명의무를 업자에 대한 행위규제를 내용으로 하며 업자가 설명의무를 위반한 경우 직접적으로 감독상 처분을 할 수 있도록 하였다.[21]

즉, 같은 법 제37조의 3 제1항에 "금융상품거래업자 등은 금융상품거래를 체결하고자 할 때에는 내각부령으로 정하는 바에 따라 미리 고객에게 다음에 열거하는 사항을 기재한 서면을 교부하여야 한다. 다만, 투자자 보호에 지장이 발생하지 않는 경우로서 내각부령으로 정하는 경우는 예외로 한다"고 규정하여 금융상품거래 체결전 서면 교부의무를 명시하였다.[22] 나아가, 같은 법 제37조의 4 제1항에는 계약체결시의 서면 교부에 대하여 규정하고 있다. 즉, "금융상품 거래업자 등은 금융상품거래계약이 성립한 때 및 그 밖에 내각부령으로 정하는 때에는 지체없이 내각부령으로 정하는 바에 따라 서면을 작성하여 이를 고객에게 교부하여야 한다. 다만, 그 금융상품 거래계약의 내용 및 그 밖의 사정을 감안하여 해당 서면을 고객에게 교부하지 않아도 공익 또는 투자자 보호를 위하여 지장이 발생하지 않는다고 인정되는 것으로서 내각부령으로 정하는 경우는 예외로 한다"고

---

20) 위의 사이트.

21) 정윤모/이효섭, 금융투자상품 불완전판매 규제 현황 및 시사점, 자본시장연구원, 2015. 3, 32쪽.

22) 다음의 열거하는 사항이란 ① 해당 금융상품 거래업자 등의 상호, 명칭 또는 성명 및 주소, ② 금융상품 거래업자 등이라는 취지 및 해당 금융상품 거래업자 등의 등록번호, ③ 해당 금융상품 거래계약의 개요, ④ 수수료, 보수 및 기타 해당 금융상품 거래계약과 관련하여 고객이 지급해야 하는 대가에 관한 사항으로서 내각부령으로 정하는 것, ⑤ 고객이 행하는 금융상품 거래행위에 대하여 금리, 통화의 가격, 금융상품 시장에서의 시세 및 기타 지표와 관련된 변동에 의해 손실이 발생할 우려가 있을 때에는 그 취지, ⑥ 전 호의 손실액이 고객이 예탁해야 할 위탁증거금이나 기타 보증금이나 기타 내각부령으로 정하는 액수를 상회할 우려가 있을 경우 그 취지, ⑦ 전 각호에 열거된 것 외에 금융상품 거래업의 내용에 관한 사항으로 고객의 판단에 영향을 미치는 중요한 사항으로서 내각부령으로 정하는 사항을 말한다[<https://elaws.e-gov.go.jp/document?law_unique_id=323AC0000000025_20201201_430AC0000000095>, 검색일 : 2020. 12. 25].

규정하고 있다.[23] 다만, 위의 금융상품판매법과 마찬가지로 금융상품거래법에서도 특정 투자자에 대해서는 설명의무를 면제하고 있다(같은 법 제45조 제2호).[24]

3.2.3 설명의무 위반시 제재

금융상품판매법에서는 금융상품의 원본손실 가능성 등 중요사항에 대한 설명을 하지 아니한 경우 투자업자에게 손해배상책임을 부과하고 있다(금융상품판매법 제5조). 또한 원본손실액을 손해배상액으로 하는 손해배상액 추정 규정을 두어, 증명책임을 금융투자업자에게 전가하였다(같은 법 제6조).[25] 한편 금융상품거래법은 금융상품 거래 계약체결전 서면교부의무를 위반한 경우 직접적으로 행정감독상 처분을 발동할 수 있고, 형사적으로는 이를 위반한 자에 대하여 6개월 이하의 징역 혹은 50만엔 이하의 벌금 또는 이를 병과하는 벌칙을 마련하였다. 계약체결시의 서면교부의무를 위반한 자에 대해서는 6개월 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금 또는 이를 병과하는 벌칙이 부과된다(같은 법 제205조 제12호).[26]

3.3 영국의 경우

영국은 기존의 금융서비스법(financial Sercices Act 1986), 은행법(Banking Act 1987), 보험업법(Insurance Companies Act 1982), 주택금융조합법(Building Societies Act 1986)을 통합하여 2000년 「금융서비스 및 시장법」(Financial Services and Market Act 2000; FSMA)를 제정함으로써 영업행위 및 건전성을 규제하도록 하였다.[27] 현재 금융기관의 영업행위규제는 금융행위감독청(Financial Conduct authority : FCA)[28]의 영업행위 규정(Conduct of Business Sourcebook : COBS)[29]에 의해 이루어진다. 이 중 설명의무는 COBS 제6장,

23) 위의 사이트.

24) 위의 사이트.

25) <https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=412AC0000000101>. 검색일 : 2020. 12. 25.

26) <https://elaws.e-gov.go.jp/document?law_unique_id=323AC0000000025_20201201_430AC0000000095>. 검색일 : 2020. 12. 28.

27) 정윤모/이효섭, 금융투자상품 불완전판매 규제 현황 및 시사점, 자본시장연구원, 2015. 3, 38쪽.

28) FCA는 기존의 증권업과 관련된 COB를 금융상품시장에 관한 EU지침(Market In Financial Instruments Directive : MiFID)을 반영한 COBS로 변경하면서 COBS를 중심으로 인가금융기관의 영업행위규제를 단일화하였다[정윤모/이효섭, 위의 글, 38쪽].

29) <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/COBS.pdf>. 검색일 : 2020. 12. 28.

제13장, 제14장에서 규정하고 있다.

먼저, COBS 제6장에 의하면, 금융업자, 그의 서비스 업무 및 보수에 관한 정보(Information about the firm, its services and remuneration)와 관련하여 금융업자는 일반고객(retail client)에게 업자의 이름, 주소, 인가서류(a statement for the fact that the firm is authorised) 등과 같은 금융업자의 정보를 제공하도록 하고 있다. 이 외에도 일반고객과 금융업자 간의 의사소통 수단, 언어 등 금융서비스의 이용 방법에 대한 정보, 수수료에 관한 정보 등을 제공하도록 하였다(COBS 6.1.4).[30]

COBS 제13장에서는 금융업자는 대부분의 집합상품 등에 대한 주요특징서면(key features document : KFD)과 주요특징예시(key features illustration : KFI)를 작성 의무로 규정하고 있다(COBS 13.1.1). 전자에는 ① 일반고객이 금융거래의 진행 여부에 대해 정보에 근거한 판단을 하기 위한 해당 상품의 본질과 복잡성, 상품의 작동방법, 상품에 적용되는 한계와 최소기준, 매입이나 투자의 주요이익과 위험에 관한 정보(COBS 13.1.1A), ② 당해 상품에 관한 고충처리절차 등을 기재하여야 한다. 후자에는 적절한 수수료 정보를 포함하여야 한다. 금융업자는 양자를 단일문서로 통합하거나 개별적으로 분리하여 제공할 수 있다(COBS13.1.1B).[31]

마지막으로 COBS 제14장에는 주요특징서면과 주요특징예시를 통해 고객에 대한 상품정보의 제공(providing product information to clients) 의무를 규정하고 있다(COBS 14.2.1(1)). 상품안내자료나 상품정보는 지속적인 수단(durable medium)에 의하여 제공되어야 하고(만약 지속적인 수단에 의하여 제공될 수 없는 경우에는 일정 요건을 만족하는 웹사이트로 대체 가능)(COBS14.3.8), 나아가, 이러한 정보는 상품판매가 개시되기 전 적절한 시기(in good time)에 제공되어야 한다(COBS14.3.9(1)). 만약 ① 고객의 요청에 따라 원격지통신(distance communication)의 방법으로 계약이 체결되었으나 해당 금융업자가 사전정보제공을 할 수 없게 되어 COBS 14.3.9(1)의 의무를 이행하지 못한 경우, ② 음성전화통신(voice telephony communications)에 관한 규정(COBS 5.1.12R)이 달리 적용되지 않는 경우로서 금융업자가 해당 고객이 소비자인 것처럼 그 규정을 준수한 경우에는, 금융업자는 그 업무가 개시된 이후 즉시 정보를 제공하여야 한다((COBS 14.3.9(2)). 뿐만 아니라 금융업자는 고객에게 제공하는 업무에 관련된 것으로서 이 규정에 따라 제공된 정보에 중대한 변화가 있는 경우 적절한 시기에 고객에게 통지하도록 통지의무를

30) 위의 사이트.

31) 위의 사이트.

부여하고 있다(COBS 14. 3. 10). 만약 관련 정보가 지속적인 수단에 의하여 제공되어야 한다면 그 통지는 지속적인 수단에 의하여 제공되어야 한다(COBS 14. 3. 11).[32]

4. 소결

이번에 제정된 금소법 제19조는 기존의 금융관련 개별법에 분산되어 있던 규정을 하나로 통합하여 금융상품판매업자 등의 설명의무를 규정한 것이다. 외국의 입법례를 보면, 미국의 경우는 설명의무에 대한 직접적 규정을 두지 않고 신인의무 및 간판의무에 근거하여 간접적인 규제를 하면서, 구체적 보호 내용은 판례에 의하는 것으로 보인다. 일본은 금융상품판매법에 설명의무 및 위반시 효력을, 금융상품거래법에 계약체결을 권유하거나 계약체결시의 서면교부의무를 분산하여 규정하고 있다. 반면 영국의 경우는 우리나라와 마찬가지로 분산·통일되어 있는 규정을 하나로 통합하여 금융서비스 및 시장법에 규정하였고, 그 중 영업행위 규제(COBS)를 통해서 설명의무를 부과하였다. 생각건대, 금융상품거래 당사자 간의 정보격차 및 금융소비자보호를 철저히 하기 위해서는 설명의무를 명시하고 그 방법으로는 금소법처럼 규정하는 것이 바람직하다고 본다. 하지만, 보다 중요한 것은 어떤 체계로 금융소비자를 보호하는가 보다는 금융소비자보호를 위한 설명의무의 규제 내용을 어떻게 할 것인가이다. 이하에서는 현행 금소법 및 시행령(안)에 규정된 구체적인 내용과 그에 대한 문제점 및 개선방안을 검토하고자 한다.

Ⅲ. 금융상품의 설명의무에 대한 구체적 내용

1. 설명의무의 주체 및 상대방

1.1 주체

금융상품에 대한 설명의무의 주체는 금융상품판매업자 또는 금융상품자문업자(이하 금융상품판매업자 등)를 말한다(금소법 제2조 제9호). 금융상품판매업자는 금융상품직접판매업자뿐만 아니라 금융상품판매 대리·중개업자를 포함하므로 금융상품과 관련

32) 위의 사이트.

된 거의 대부분의 자를 포함시키고자 하였다. 나아가, 이들이 금융상품판매업 등의 영업을 하려면 금융상품직접판매업자, 금융상품판매대리·중개업자 또는 금융상품자문업자별로 제3조에 따른 예금성 상품, 대출성 상품, 투자성 상품 및 보장성 상품 중 취급할 상품의 범위를 정하여 금융위원회에 등록하여야 한다. 다만, 금융관계법률에서 이미 인·허가를 받거나 등록을 한 경우는 별도의 등록을 하지 않더라도 금융상품판매업 등을 할 수 있다.

이 외에도 금소법상 대출모집인·리스·할부중개인 및 자문업자도 포함되는가에 대하여 논란의 여지가 있으나, 이 또한 시행령(안)으로 해결하였다. 먼저, 대출모집인의 경우 오프라인업자와 달리 온라인업자는 1사 전속규제를 받지 않는다는 점을 감안, 온·오프라인의 공통의 등록요건 이외 별도의 요건을 추가하였다(금소법 시행령(안) 제5조).[33]

오프라인·온라인 공통요건	온라인 단독요건
- 전문인력·물적설비를 갖출 것 - 사회적 신용을 갖출 것 - 임원이 결격사유에 해당하지 아니할 것	- 영업보증금(5천만원, 영업규모에 따라 증액 가능) 예치 - 소비자 이해상충을 방지하기 위하여 알고리즘 탑재

다음으로 독립자문업자의 경우는 자본시장법(비독립) 투자자문업자의 등록요건(자본시장법 시행령 제21조)을 모델로 시행령(안)에 규정을 두었다(금소법 시행령(안) 제6조). 더불어 온라인 자문업자도 금융소비자와의 이해상충의 우려를 고려하여 알고리즘을 탑재하도록 하였다.[34]

	자본시장법상 시행령	금소법 시행령(안)
자격요건	주식회사 또는 특수은행	법인
자기자본	2.5억원(모든 투자 상품)	상품별 금융위 지정기관 인증 전문인력 1인 이상
	1억원(집합투자증권 등상품)	
인력요건	인증 전문인력 1인 이상	좌동
임원결격사유	지배구조법상 요건에 적합	좌동
이해상충방지	관련 내부통제기준 마련 등	좌동
대주주요건	법령상 사회적 신용 갖출 것	좌동
물적 설비	해당없음	전산설비·고정사업장 등
독 립 성	해당없음	판매업 겸영금지, 알고리즘 등

33) 금융위원회, 「금융소비자보호법 시행령 제정안」 입법예고, 보도자료, 2020. 10. 28, 3쪽.

34) 금융위원회, 위의 보도자료, 4쪽.

1.2 상대방

설명의무의 상대방은 일반금융소비자이다. 일반금융소비자란 한국은행법에 따른 한국은행, 대통령령으로 정하는 금융회사, 자본시장법 제9조 제1항 제3호에 따른 주권상장법인(투자성 상품 중 대통령령으로 정한 금융상품의 계약체결 등을 할 때 전문금융소비자와 동등 대우를 받겠다는 의사를 금융상품판매업자 등에게 서면 통지하를 한 경우만 해당), 그 밖의 금융상품의 유형별로 대통령령이 정한 자로서 금융상품에 관한 전문성 또는 소유자산의 규모 등에 비추어 금융상품계약에 따른 위험감수능력이 있는 금융소비자(전문금융소비자) 이외의 금융소비자를 말한다(금소법 제2조 제9호).

2. 설명의무의 이행 요건 및 내용

2.1 이행 요건

금융상품판매업자 등이 설명의무를 이행하여야 하는 요건으로는 금융상품판매업자 등이 일반금융소비자에게 금융상품계약의 체결을 권유하는 경우, ② 일반금융소비자가 설명을 요청하는 경우의 두 가지를 규정하고 있다(금소법 제19조 제1항).

2.2 이행 내용

금융상품판매업자 등이 설명의무를 이행하여야 할 내용은 금융상품에 대한 중요한 사항이다. 중요한 사항이란 금융소비자에게 양 당사자의 정보 비대칭성을 해소하고 금융소비자의 올바른 판단에 따라 계약체결을 하기 위한 사항으로 그 결정에 중대한 영향을 미치는 사항을 말한다.[35][36] 그 판단은 사회통념에 비추어 고객이 계약체결의 여부나 대가를 결정하는데 직접적으로 영향을 미치는 사항으로 구체적・개별적 사정을 고려하

35) 정다워/박기주, 장외파생상품거래에서 설명의무의 내용과 실효성 확보를 위한 과제, 동아법학 제8권 제2호, 동아대 법학연구소, 2014. 8, 310쪽.

36) 경우에 따라서는 계약의 구조까지도 설명의무의 대상이 된다고 판시하고 있다[최문희, 계약의 구조에 대한 설명의무, 상사판례연구 제27집 제1권, 상사판례연구학회, 2014. 3. 31, 143쪽]. 판례도 "그 정보의 진위여부・투자신탁의 수익구조・위험요인을 합리적으로 조사한 다음・・・투자신탁의 수익구조와 위험요인에 관한 정보가 불명확・불충분한 경우에는 판매회사나 투자자에게 그러한 사정을 분명하게 알려야 할 투자자보호의무를 부담한다고 '고 하여 그 거래구조에 대한 설명의무를 명확히 하고 있다(대판 2015. 11. 12, 2014다 15996).

여 판단하여야 한다.[37]

금소법에서는 보장성 상품, 투자성 상품, 예금성 상품 및 대출성 상품으로 구분하여 중요한 사항을 제시하고 있다.[38] 제1호에서는 금융상품판매업자 등이 위의 이행 요건에 따라 설명하여야 할 중요한 사항을, 제2호에서는 위의 금융상품과 연계되거나 제휴된 금융상품 또는 서비스 등(연계・제휴서비스 등)의 경우 연계・제휴서비스 등의 내용, 연계・제휴서비스 등의 이행책임에 관한 사항, 그 밖에 연계・제휴서비스 등의 제공기간 등 연계・제휴서비스 등에 관한 중요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항을, 제3호에서는 제46조(청약의 철회)에 따른 청약철회[39]의 기한・행사방법・효과에 관한 사항을 마지막 제4호에서는 그 밖에 금융소비자 보호를 위하여 대통령령에 정한 중요한 사항을 열거하고 있다(금소법 제19조 제1항 각호; 같은 법 시행령(안) 제13조). 나아가, 위의 규정에 열거되어 있지 않더라도 객관적으로 금융소비자가 그러한 사실을 알았다면 그 계약을 체결하지 않거나, 최소한 동일한 조건으로 체결하지 않았을 것이라면 중요사항으로 보아야 한다.[40]

2.3 설명의 방식과 정도

금융상품판매계약은 대면계약과 비대면계약으로 구분할 수 있으므로 설명의 방식도 양자를 달리하여야 할 것이다. 전자는 일반적으로 약관을 교부하고 그에 대한 구두 설명을 하면 그 의무이행을 하였다고 볼 수 있다. 판례도 구두 설명을 요하는 것으로 판시하였다.[41] 반면 후자는 전자와 달리 단순히 전화 설명만으로 설명의무를 다하였다고 할 수 없고 고객이 계약 체결전 계약 내용의 충분한 숙지 여부, 고객 질문에 대한 적절 대응

37) 대판 2013. 9. 26, 2013 다 26746.

38) 독일법의 경우 조언설명의무라고 하는데, 은행이 경우 요소로 ① 설명의 필요성(Aufklärungsbedürftigkeit)의 정도, ② 은행 및 고객 가의 개별적 결정(Absprache)의 내용, ③ 거래의 계속성 등 다양한 요소에 의한 서로의 관계 간의 긴밀성(Intensität der gegenseittighen Neziehungen), ④ 고객에 의한 보호의 포기(Schutzverzicht)의 여부, ⑤ 그에 따라 은행이 그러한 의무를 부과함에 따른 경영상・경제상 부담(betriebliche und finanzielle Tragbarkeit)의 5가지를 제시하고 이에 따라 은행의 구체적인 조언의무의 내용이 결정된다고 한다[山田剛志, 앞의 글, 45頁].

39) 금융상품판매업자 등과 대통령령으로 각각 정하는 보장성 상품, 투자성 상품, 대출성 상품 또는 금융상품 자문에 관한 계약의 청약을 한 일반금융소비자는 일정한 기간 내에 청약을 철회할 수 있다고 규정하고 있다(금융소비자보호법 시행령안 제37조 제1항).

40) 박진근, 앞의 금융회사의 설명의무, 354쪽.

41) 대판 1993. 3. 9, 98 다 43342・43359.

여부 등을 종합적으로 고려・판단하여야 한다.[42] 확인을 받을 때 사용 언어가 외국어이거나 전문용어가 일부 포함되어 있더라도 해당 금융소비자가 충분히 이해할 수 있었다면 또는 해당 금융소비자의 경험과 능력 등에 비추어 충분히 이해할 수 있다면 설명 방법으로 문제가 없다고 하겠다.[43][44]

나아가, 금융상품판매업자 등이 금융상품을 설명할 때 일반금융소비자의 합리적인 판단 또는 금융상품 가치에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항으로 대통령령이 정한 사항을 거짓으로 또는 왜곡[45]하여 설명하거나 대통령령이 정한 중요한 사항을 빠뜨려서는 안 된다(금소법 제119조 제3항; 시행령(안) 제13조 제16항). 이 규정은 전문적인 지식과 분석 능력이 필요한 장외파생상품을 거래할 때 금융상품소비자가 거래의 구조・위험성을 정확히 평가하도록 금융상품판매업자 등은 내재된 위험과 잠재적 손실에 영향을 주는 중대인자 등을 적합・명확하게 설명할 신의칙상의 의무가 있지만, 고객이 이미 그 내용을 충분히 알고 있다면 그에 대한 설명의무는 없다는 판례의 처지[46] 및 자본시장법 시행령을 반영한 것으로 보인다(자본시장법 시행령 제53조 제1항).[47]

또한 금융상품판매업자 등은 금융소비자가 금융상품정보를 이해하도록 설명하여야 한다.[48] 금융소비자가 이해하였는가의 여부는 금융소비자가 체결한 금융상품거래의 결정을 합리적이고 정확히 판단할 수 있을 정도로 구체적이어야 한다. 뿐만 아니라 이해의 정도는 평균적인 금융소비자가 아닌 특정 금융소비자가 이해가능하도록 하여야 한다.[49]

---

42) 김희석, 파생상품의 적합성・설명의무와 분쟁해결기준에 관한 연구, 동아법학 제63호, 동아대 법학연구소, 2014. 5, 131쪽.

43) 거래확인서가 영문으로 작성되었음을 인정하면서 설명에 불충분하다는 이유로 보지 않았다(대판 2010. 2. 8, 2009 가합 28276). 반면 거래약정서 및 상품설명서가 영어로 작성되었다는 점을 설명이 미진한 이유로 든 경우도 있다(서울중앙지법 2013. 1. 17, 2011가합71808); 김건식/정순섭, 새로 쓴 자본시장법(제3판), 두성사, 2013, 781쪽.

44) 일본은 설명의무의 이행과 그 방법에 대하여 고객의 속성에 대응한 설명의 필요성(광의의 적합성 원칙에 따른 설명)과 금융상품의 특성에 대한 설명과 그 정도로 구분하고 있다[前田重行, 앞의 글, 53-54頁].

45) 불확실한 사항에 대하여 단정적 판단을 제공하거나 확실하다고 왜곡하게 할 소지가 있는 내용을 알리는 행위를 말한다.

46) 대판 2013. 9. 26. 선고 2013다26746 판결.

47) 일본의 경우는 금융상품판매업자 등이 행하는 설명은 고객의 지식, 경험, 재산의 상황 및 해당 금융상품의 판매에 관련한 계약을 체결하는 목적에 비추어 해당 고객을 이해시키는데 필요한 방법 및 정도에 의하도록 하고 있다[금융상품판매법 제3조 제2항]]

48) 이러한 의무를 이행하기 위해서 금융상품판매업자 등은 상품숙지의무(know your product)를 이행하여야 한다. 하지만, 상품숙지의무는 설명의무보다는 금소법 제17조에 따른 적합성의 원칙과 밀접하게 관련되는 바, 여기에서는 논의하지 않는다. 상품숙지의무에 대한 구체적인 내용은 다음을 참조[금융감독원, 금융회사의 고위험 금융투자상품에 대한 상품조사・숙지의무 가이드라인, 2016. 12, 2쪽].

판례도 금융소비자에게 설명하는 정도를 상품의 특성・위험도의 수준, 금융소비자의 투자 경험・능력 등을 종합적으로 고려・판단하도록 함으로써 특정 금융소비자의 처지에서 이해 가능하도록 하였다.[50]

3. 금융상품판매업자 등의 설명서 작성・제공과 그에 대한 확인의무

3.1 설명서 및 핵심설명서의 작성・제공

금융상품판매업자 등은 설명서 및 요약서(핵심설명서)(설명서 등)를 작성하여 금융소비자에게 제공할 의무가 있다(금소법 제19조 제2항). 설명서 등은 금융상품판매업자 등이 직접 작성하여야 하며, 다음의 사항을 포함하도록 하였다(시행령(안) 제14조 제1항).[51] 다음의 사항이란 ① 금소법 제19조(설명의무) 제1항의 각호의 사항과 제1항 각호에 따라 설명을 할 내용과 설명서의 내용이 동일하다는 사실 및 그 사실을 확인하는 서명[52]을 말한다(제3항). 또한 핵심설명서에는 일반금융소비자의 계약 체결여부 판단에 중요한 영향을 줄 수 있는 사항, 일반금융소비자의 권익 보호에 중요한 사항을 포함하도록 하였다(같은 조 제2항).

뿐만 아니라 설명서・핵심설명서・금융상품자문의 경우 다음의 요건을 모두 갖추도록 하였다. 즉, ① 금융상품직접판매업자가 작성할 것, ② 일반금융소비자가 쉽게 이해할 수 있도록 알기 쉬운 용어를 사용할 것, ③ 일반금융소비자의 이익에 중요한 영향을 줄 수 있는 사항으로서 일반금융소비자가 선택해야 하는 항목의 경우 항목들 간의 비교가 쉽도록 관련 정보를 제공할 것, ④ 중요한 내용은 부호, 색채, 굵고 큰 글자 등으로 명확하게 표시하여 알아보기 쉽게 작성할 것, ⑤ 일반금융소비자가 해당 금융상품에서 얻는 편익 및 그 편익을 얻는 필요한 요건을 함께 알 수 있도록 할 것, ⑥ 그 밖에 일반금융소비자가 설명서를 쉽게 이해하는데 필요한 사항으로서 금융위원회가 정하여 고시하는 사항을 모두 갖추도록 하였다(같은 조 제4항).

---

49) 독일 연방대법원은 투자권유의 은행과 동일한 정도의 정보・지식수준으로 설명되어야 하고, 투자자는 투자결정 전에 그 위험을 완전히 이해하고 그에 대한 책임을 감내할 정도의 확신이 있어야 한다고 판시하였다[BGH, Urt. v. 22. 3. 2011-XI ZR 33/10].

50) 2013. 9. 26, 2011다53683・53690 전원합의체 판결.; 대판 2014. 5. 16. 선고 2012다46644 판결.

51) 다만, 예금성 상품에 관한 계약 체결을 권유하는 경우에는 그러하지 아니한다(같은 조 제2항).

52) 금융상품직접판매업자의 임직원, 금융상품판매대리・중개업자 등 법 제19조 제1항에 따라 설명을 직접 수행한 사람의 설명을 말한다(시행령(안) 제14조 제3항 제2호).

3.2 금융상품판매업자 등의 확인의무

금융상품판매업자 등은 일반금융소비자에게 상품설명을 했을 때에는 그에 대하여 이해하였음에 대한 확인의무가 있다. 그 방법은 서명, 기명날인, 녹취, 그 밖의 대통령령이 정하는 방법에 의하여야 한다(금소법 제19조 제2항 후단; 시행령(안) 제13조 제14항).[53] 다만, 자본시장법에 의하면, 위의 확인을 하나 이상의 방법으로 확인하도록 규정(제47조 제2항)하고 있어서 최소 2가지의 방법으로 확인하여야 한다는 견해가 있었다.[54] 이에 대해 금소법에서는 "하나 이상"이라는 문구를 삭제함으로써 논란을 제거하였다. 당시 규정의 취지도 실제로 하나 이상의 방법으로 확인하라는 의미보다는 위의 설명 내용을 이해하였다는 사실을 확실하게 확인하여 금융소비자를 보호하는데 있으므로 굳이 2가지 이상의 방법으로 확인할 필요는 없다고 한다[55]

4. 설명의무 위반의 효과

4.1 금융상품판매업자 등의 손해배상책임

금융상품판매업자 등[56]이 금소법 제19조(설명의무)를 위반하여 금융소비자에게 손해를 발생시킨 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 지도록 하였다. 다만, 그 금융상품판매업자 등이 고의 또는 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니한다(금소법 제44조 제2항)고 규정하고 있다.[57]

통상 민법에 의하면, 금융소비자가 설명의무의 존재, 설명의무의 해태, 손해의 발생과 그 액, 설명의무 해태한 사실과 손해의 발생과의 인과관계의 존재 등 증명하여야 하지만

53) 이는 자본시장법 제47조 제2항 및 같은 법 시행령 제53조 제2항, 제52조를 모델로 한 것으로 보인다[박진근, 앞의 금융회사의 설명의무, 356쪽].

54) 전욱, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률상의 금융투자자 보호제도에 관한 고찰, 저스티스 통권 제107호, 한국법학원, 2008, 204쪽.

55) 한국증권법학회, 자본시장법(주석서 Ⅰ), 박영사, 2015, 304쪽.

56) 이에는 금융상품계약체결 등의 업무를 대리·중개한 금융상품 판매대리·중개업자를 포함한다(금소법 제45조 제1항). 다만, 금융상품직접판매업자는 위의 자들에 대한 구상권 행사를 방해하지 아니한다(같은 조 제2항).

57) 이러한 손해배상책임에 대하여 설명의무의 법적근거를 어떻게 보느냐에 따라 채무불이행책임으로 보는 견해와 불법행위책임으로 보는 견해의 대립이 있지만, 금융상품판매법은 이를 불법행위책임으로 보고 민법 제709조의 특칙으로 이해하고 있다[池田和世, 金融商品販売法の改正 商事法務 NO. 1782号, 商事法務出版社, 2006, 17頁].

(민법 제750조), 금소법은 금융상품판매업자 등에게 손해배상의 추정력을 인정함으로 그 증명책임을 금융상품판매자 등에게 전가하였다는 점이 다르다. 따라서 금융상품판매업자 등은 자신의 책임을 면하려면 스스로 자신에게 고의나 과실이 없음을 증명하여야 한다. 판례도 "금융투자상품의 투자시에는 금융에 관한 전문적 지식이 요구되고…금융기관의 설명의무 위반과 투자자의 손해 발생 사이에 인과관계를 밝히기 곤란하다는 점…금융기관이 증명하여야 한다"라고 판시하여 위와 같은 취지로 판시하고 있다.[58]

4.2 위법계약의 해지권

금융소비자는 제19조(설명의무) 제1항과 제3항을 위반하여 대통령령이 정한 금융상품[59]에 대한 계약체결을 한 경우 5년 이내의 대통령령으로 정하는 기간 내[60]에 서면 등의 방법으로 계약해지를 할 수 있다. 다만, 금융소비자가 계약해지시에는 금융상품판매업자 등에게 계약해지요구서[61]를 제출하여야 한다(같은 법 시행령(안) 제38조 제3항). 반면에 금융상품판매업자 등은 계약해지의 요구를 받으면 그 날로부터 10일 이내에 금융소비자에게 수락 여부를(거절할 때에는 거절사유를 함께) 통지하여야 한다(같은 법 시행령(안) 제38조 제5항).

만약 금융상품판매업자 등이 정당한 사유 없이 위의 요구를 따르지 아니한 경우에는 금융소비자는 해당 계약해지를 할 수 있다(금소법 제47조 제1항・제2항). 나아가, 금소법 시행령(안)에는 정당한 사유와 정당한 사유에 해당하지 않는 사유를 구체적으로 열거하고 있다(금소법 시행령(안) 제38조 제4항 및 제38조 제6항).

---

58) 서울중앙지법 2013. 1. 17, 2011가합 71808 판결.

59) 대통령령으로 정하는 금융상품이란 ① 계약의 형태가 계속적일 것, ② 계약기간 종료 전 금융소비자가 계약을 해지할 경우 그 계약에 따라 금융소비자의 재산에 불이익이 발생할 것, ③ 그 밖에 금융소비자 보호 및 건전한 거래질서를 유지하기 위해 필요한 사항으로서 금융위원회가 정하는 사항 모두를 충족하는 금융상품을 말한다(같은 법 시행령(안) 제38조 제1항).

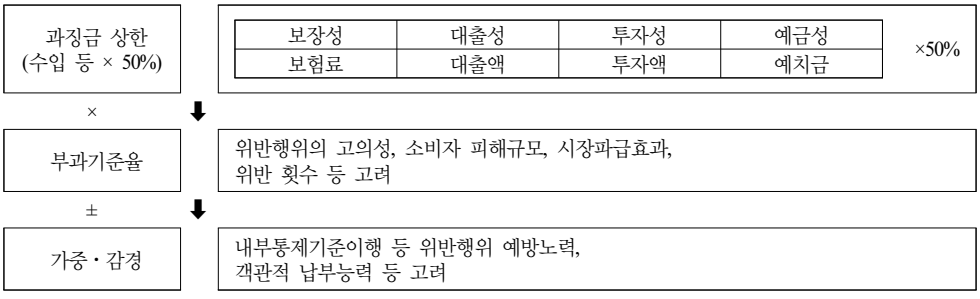
60) 대통령령으로 정하는 기간이란 금융소비자가 금융상품판매업자 등이 제19조 제1항을 위반한 사실을 안 날부터 1년 또는 계약서류를 받은 날과 다음 각호의 구분에 따른 날 중 늦은 때로부터 5년을 말한다. 다음 각호의 구분에 따른 날이란 ① 보장성 상품의 경우 최초로 보험료를 납부한 날, ② 투자성 상품의 경우 최초로 수수료를 납부한 날(다만 금융소비자의 재산을 운용한 후 수수료를 지급받기로 약정한 경우 계약서류를 받은 날로 한다), ③ 대출성 상품의 경우 금융상품직접판매업자가 계약에 따른 금전・재화 등을 최초로 지급한 날을 말한다(같은 법 시행령(안) 제38조 제2항).

61) 계약해지요구서에는 금융상품의 명칭, 법 위반사실, 법 위반사실 확인에 필요한 객관적・합리적인 근거자료, 그 밖에 금융위원회가 정하여 고시하는 사항을 기재하여야 한다(같은 법 시행령(안) 제3항).

4.3 금융상품판매업자 등에 대한 징벌적 과징금 및 과태료의 부과

금융위원회는 금융소비자의 권익을 보호하고 건전한 거래질서를 위하여 금융상품판매업자 등이 금소법에 따른 명령이나 처분을 적절하게 준수하는지를 감독하여야 하며(금소법 제48조), 필요하다고 인정되는 경우 시정·중지 등 필요한 조치를 명할 수 있다(같은 법 제49조).

나아가, 금융위원회는 금융상품판매업자 등에게 금소법 제19조(설명의무) 제1항을 위반하여 중요한 사항을 설명하지 아니하거나 같은 조 제2항을 위반하여 설명서를 제공하지 아니하거나 확인을 받지 아니한 경우에는 그 위반행위와 관련된 계약으로 얻은 수입 또는 이에 준하는 금액(이하 수입 등)의 100분의 50 이내의 과징금을 부과할 수 있다. 이를 징벌적 과징금이라고 한다. 징벌적 과징금이란 국민경제에 영향이 큰 불법행위를 저지른 금융회사에 통상적인 과징금보다 훨씬 큰 금액의 과징금을 물리는 제도를 말한다(금소법 제57조 제1항 본문).[62] 구체적인 산정기준은 다음과 같다.[63]



나아가, 금융상품판매대리·중개업자가 금융상품 계약체결 등의 업무를 대리하거나 중개하게 한 금융상품판매대리·중개업자에 대해서는 1억원 이하의 과태료를 부과하고 있다(금소법 제69조 제1·2항).

62) 다만, 위반행위를 한 자가 그 위반행위와 관련된 계약으로 얻은 수입 등이 없거나 수입 등의 산정이 곤란한 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 10억원을 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다(금소법 제57조 제1항 단서).

63) 김예원, "'영업위축 vs 완전판매하가 '…금융권 징벌적 과징금 기준은", 연합인포맥스, 2020. 10. 29, <https://news.einfomax.co.kr/news/articleView.html?idxno=4114571>, 검색일 : 2021. 12. 25.

Ⅳ. 현행 금소법 규정의 문제점 및 개선방안

1. 설명의무의 당사자의 확대 적용 필요

금소법은 설명의무의 주체로 금융상품판매업자(대리・중개업자 포함)와 금융상품자문업자를 들고 있으며, 같은 법 시행령(안)에서는 대출모집인・리스・할부중개인 및 자문업자를 포함시켰다. 하지만, 농협, 신협, 산림조합, 새마을금고 등 상호금융과 감독체계가 특수한 형태인 우체국은 아직 이에 포함시키지 않고 있다. 하지만, 금융소비자를 보호하기 위해서는 이들도 금융상품판매업자 등에 포함시켜 금소법의 적용을 받도록 할 필요가 있다. 나아가, 전문투자자의 경우도 다이아몬드펀드 사건[64]이나 대한생명 사건[65] 등과 같이 손해를 입는 경우가 발생하고 있는바, 이들에 대한 설명의무도 인정할 필요가 있다. 다만, 일반금융소비자와 동일한 정도의 설명의무라고는 할 수 없고, 전문금융소비자에 적합한 설명의무는 존재한다고 하여야 할 것이다.

2. 설명의무의 이행 요건의 확대

현행 금소법에서 설명의무의 이행요건으로 ① 계약체결을 권유하는 경우, ② 일반금융소비자가 요청하는 경우에 한정하고 있다. 그렇지만 금융소비자를 두텁게 보호하기 위해서는 이행요건을 확대할 필요가 있다. 즉, 계약체결의 권유뿐만 아니라 계약체결의 권유가 없는 경우 및 판매 과정의 모든 단계에서 금융회사의 설명의무를 부과할 필요가 있다. 나아가, 일반금융소비자가 요청하는 경우 설명의무를 지도록 하고 있는데, 이 또한 확대할 필요가 있다. 왜냐하면 일반금융소비자의 경우 전문금융소비자가 아닌 한 어떠

64) 다이아몬드펀드는 투자은행인 JP모건이 -3% 정도로 빌려주는 자금으로 인도네시아 루피화 표시 채권 등에 투자하는 펀드를 말한다. 한국의 금융기관들은 마이너스 금리로 차입하는 대신 일본 엔화 가치가 태국 바트화에 대해 일정 수준 이상 상승하면 대출자인 JP모건에 엔화가치 상승분을 보상하는 조건이었다. 1997년 초반까지는 동남아 국가의 환율은 안정돼 있었고 채권의 수익도 높아 문제가 없었다. 그러나 1997년 여름부터 동남아 금융위기로 태국 바트화 가치가 폭락하고 엔화 가치는 폭등해 한국의 차입 금융기관들은 감당하기 어려운 손실을 입었던 사례이다[정대영, "다이아몬드펀드, 키고 다음은?", 이투데이, 2014. 2. 11, <https://www.etoday.co.kr/news/view/866927>, 검색일 : 2021. 1. 25].

65) 대한생명이 JP모건을 상대로 뉴욕에서 벌인 소송은 별건 SK증권과의 파생상품 소송에서 일부 책임이 있는 것으로 밝혀진 피고회사에 대해 손절매 조항의 불이행으로 늘어난 손해액의 반환을 청구하여 일부 승소(24백만달러와 발생이자의 회수)한 사건이다[Daehan Life Insurance v. JP Morgan, 2004 WL 1858314 S.D.N.Y.; <http://koreanlii.or.kr/w/index.php/Daehan_Life_Insurance_v_JP_Morgan_case>, 검색일 : 2021. 1. 25].

한 정보를 어떠한 수준으로 요청해야 하는지조차 모르는 경우가 많아 금융정보를 요청하지 못하는 경우도 존재하기 때문이다. 이러한 점을 감안하여 금융소비자의 합리적 판단 및 금융소비자의 보호를 위해서는 금융소비자의 요청이 있든 없든, 금융상품 판매의 모든 단계에서 금융회사의 설명의무를 지는 것으로 타당하다고 본다. 나아가, 만약 요청하는 경우에만 설명의무를 지게 하려면 금융상품판매업자 등에게 해당 금융상품에 대한 설명을 요청할 수 있음을 알릴 의무를 부여할 필요가 있다고 본다.[66]

3. 설명의무위반에 대한 효력 관련

금소법에 의하면, 설명의무 위반시 징벌적 과징금 제도를 도입하였다. 하지만, 이 제도는 행정적 규제에 불과하여 금융소비자에 대한 간접적 보호는 될지언정, 피해에 대한 직접적인 구제책은 될 수가 없다. 따라서 징벌적 과징금보다는 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것이 금융소비자의 보호를 위해서는 더 적절하다고 본다. 이렇게 될 경우 징벌적 과징금은 일반 과징금제도로 변경하여야 할 것이다. 만약 양자를 모두 둔다고 한다면 징벌적 과징금과 징벌적 손해배상과의 사이에 이중 처벌의 우려가 있으므로 양자의 적절한 조화가 필요하다고 본다.[67]

Ⅴ. 맺는말

이상으로 금소법과 같은 시행령(안)에서 규정된 설명의무에 대하여 살펴보았다. 금융상품은 대부분 금융기관에서 출시하고, 새로운 형태의 금융상품은 그 범위와 구조가 매우 복잡해지고 있어서 금융상품판매업자 등과 금융소비자 간의 정보격차가 점차적으로 커지고 있다. 그럼에도 불구하고 모든 책임을 금융소비자에게 지도록 함은 매우 불공정하다고 본다. 따라서 형평적 차원에서 금융상품판매업자 등에게 금융상품의 판매시 금융소비자에 대한 설명의무를 부여하도록 하였다.

그런데 이러한 설명의무는 그동안 금융업의 유형에 따라 개별적・산발적으로 규정을

66) 안수현, 금융소비자의 사전적 보호제도의 평가 및 제언, 국회입법조사처/한국금융소비자학회 공동 정책심포지엄 발표자료, 2016. 10. 20, 18쪽.

67) 안수현, 앞의 글, 50-51쪽.

하고 있어서 금융상품의 판매채널간 이해상충, 수수료 내역별 제공되는 서비스 공시 및 설명의무 부재 등의 문제가 제기되었다. 이에 현행 금소법 및 같은 법 시행령(안)에서는 이러한 문제점을 감안하여 그동안 분산되어 있던 설명의무의 규정을 하나로 통합하여 구체적으로 규정하고자 하였다.

그럼에도 불구하고 일부 규정의 경우에는 개선의 여지가 있는 부분이 있다. 첫째, 설명의무의 주체에 농협, 신협, 산림조합, 새마을금고 등 상호금융과 감독체계가 특수한 형태인 우체국이 빠져 있는데, 이러한 기관도 포함시킬 필요가 있다. 둘째, 설명의무의 대상에 전문금융소비자는 제외하고 있으나, 다양한 금융상품의 출현 및 복잡성 등을 감안할 때 일반금융소비자와는 다르지만 일정 부분 그들에 대한 설명의무도 인정할 필요가 있다. 셋째, 설명의무의 이행 요건과 관련하여 판매를 권유하는 경우뿐만 아니라 판매까지 전 단계에 걸쳐 설명의무를 부과할 필요가 있고, 금융소비자가 설명을 요청하지 않더라도 설명의무를 부과하거나 아니면 설명을 요청할 수 있음을 알릴 필요가 있다고 본다. 넷째, 금융소비자마다 다른 이해의 정도에 대하여 최소한의 기준을 마련할 필요가 있다고 본다. 마지막으로 설명의무 위반과 관련하여 징벌적 손해배상 제도를 도입할 필요가 있다. 징벌적 과징금은 일반 과징금제도로 변경하거나, 아니면 양자 모두 인정하되, 양자의 적절한 조화가 필요하다고 본다.

참고문헌

1. 단행본

김건식/정순섭, 새로 쓴 자본시장법(제3판), 두성사, 2013.

한국증권법학회, 자본시장법(주석서 Ⅰ), 박영사, 2015.

山田剛志, 金融機関による説明義務・適合性の原則と金融商品販売法, 財団法人 日本証券経済研究所 金融商品取引法研究会, 2009. 1.

池田和世, 金融商品販売法の改正 商事法務 NO. 1782号, 商事法務出版社, 2006.

2. 학술지

김희석, "파생상품의 적합성・설명의무와 분쟁해결기준에 관한 연구", 동아법학 제63호, 동아대 법학연구소, 2014. 5, 121-158쪽.

박진근, "전자금융거래법상 금융회사의 책임", 법과정책연구 제15집 제4호, 한국법정책학회, 2015, 1195-1718쪽.

정다워/박기주, "장외파생상품거래에서 설명의무의 내용과 실효성 확보를 위한 과제", 동아법학 제8권 제2호, 동아대 법학연구소, 2014. 8, 297-330쪽.

전 욱, "자본시장과 금융투자업에 관한 법률상의 금융투자자 보호제도에 관한 고찰", 저스티스 통권 제107호, 한국법학원, 2008, 193-222쪽.

정찬형, "한국 금융법의 연혁 및 현황", 금융법연구 제9권 제1호, 한국금융법학회, 2012. 8, 157-254쪽.

木下正俊, "金融商品の販売・勧誘ルールとしての 説明義務と適合性原則につい", 広島法科大學院論集 第5号, 広島大学法学会, 2009, 1-35頁.

3. 세미나자료

금융감독원, 금융회사의 고위험 금융투자상품에 대한 상품조사・숙지의무 가이드라인, 2016.

안수현, 금융소비자자의 사전적 보호제도의 평가 및 제언, 국회입법조사처・한국금융소

비자학회 공동 정책심포지엄 발표자료, 2016. 10. 20.
이규복/이순호, 금융소비자보호 규제 강화를 위한 세부추진방안 연구, 한국금융연구운, 2016. 7.
정윤모/이효섭, 금융투자상품 분환전판매 규제 현황 및 시사점, 자본시장연구원, 2015. 3.

4. 기타

금융위원회, 금융소비자보호법 시행령 제정안 입법예고, 보도자료, 2020. 10. 28.
김예원, "'영업위축 vs 완전판매하가' …금융권 징벌적 과징금 기준은", 연합인포맥스, 2020. 10. 29, <https://news.einfomax.co.kr/news/articleView.html?idxno=4114571>, 검색일 : 2021. 12. 25.
이후록, "금융소비자보호…이제는 금융교육 강화를", 헤럴드비즈, 2020. 11. 5, <http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20201105000039>, 검색일 : 2021. 1. 28.
정대영, "다이아몬드펀드, 키고 다음은?", 이투데이, 2014. 2. 11, <https://www.etoday.co.kr/news/view/866927>, 검색일 : 2021. 1. 25.
조치형, "금융소비자보호법의 시행에 거는 기대", 리걸타임즈, 2020. 5. 7, <https://www.legaltimes.co.kr/news/articleView.html?idxno=52785>, 검색일 : 2020. 12. 12.
Carl Wartman, "Broker Dealers, Market Makers and Fiduciary Duties", *Loyola Univ. Chicago Law Journal*, vol 9, Issue 3 Rpring 1978, Fiduciary Reponsibilities Sysposium,
Koller, §31 Rz 8, Assmann, Schneider(Hrsg) *Wertpapierhandelsgesetz* 3 Aufl., 2003.
<https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=412AC0000000101>. 검색일 : 2020. 12. 25.
<https://elaws.e-gov.go.jp/document?law_unique_id=323AC0000000025_20201201_430AC0000000095>, 검색일 : 2020. 12. 25
<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main?re=&vm=1&id=2059>, 검색일 : 2020. 12. 25.
<https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/COBS.pdf>. 검색일 : 2020. 12. 28.
<http://koreanlii.or.kr/w/index.php/Daehan_Life_Insurance_v_JP_Morgan_case>, 검색일 : 2021. 1. 25.
<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/240.10b-5>, 검색일 : 2021. 1. 28.
<http://www.nicmr.com/nicmr/report/repo/2000/2000spr03.pdf>, 검색일 : 2021. 1. 28.

[Abstract]

A Study on the Explanation Duty of Financial Goods in the Current Financial Consumer Protection Act

Koh Jae-jong*

The issue of protecting financial consumers came after the 2007 U.S. subprime mortgage crisis and the 2008 bankruptcy of Lehman Brothers. Interest in financial protection has increased in Korea due to the bad lonas related project financing of savings banks in the 2010s, the Knock-in-knock-out crisis caused by the sale of derivatives to avoid currency losses, and the recent Derivative Linked Fund (DLF) cases. Accordingly, the Act on the Protection of Financial Consumers was enacted as Act No. 17112 on March 24, 2020 and will be enforced on March 25, 2021, a year later. Furthermore, the draft of enforcement ordinance of the same law was announced on October 28, 2020.

In this paper, I would like to review the explanation duty of the financial goods vendor in the newly enacted Financial Consumer Act. So to speak in the concrete, I would like to study on in chapter 2, the legislative examples at home and abroad about the explanation duty of the financial goods and in chapter 3, the details factors of the explanation duty of the financial goods in the current law on the protect the financial consumer and the draft of the enforcement ordinance. In addition, in Chapter 4, I intends to present problems and improvement measures based on above investigation results.

As a result of the review, there is a need for improvement in the following points. First, it is deemed necessary to expand the parties to the explanation duty. Second, although the specialized financial consumer is excluded from the party of the explanation duty, given the emergence and complexity of various financial goods, it is also necessary to acknowledge some of the duty to explain them. Third, it is necessary to expand the implementation requirements of the explanation duty. Fourth, it is necessary to establish minimum standards

* Professor, Dept. of Law & Police, Sunmoon University

for the degree of understanding that varies from financial consumer to financial consumer. Finally, it is necessary to introduce a punitive damages system.

[Key Words] financial consumer, financial goods broker-dealer, explanation obligation, punitive fines, explanation books, key explanation books