



파생상품 거래에 있어서 금융소비자의 신용유지의무와 불공정 거래약관

김도년 (한국소비자원)

최근 공정거래위원회는 파생상품거래시 금융소비자의 신용위험이 발생한 경우, 금융기관이 금융소비자에 대하여 상당기간 최고 없이 계약을 해지할 수 있도록 하는 약관은 불공정하다고 추상적 내용통제를 하였다. 금융소비자의 신용유지의무에 대한 책임은 금융거래의 안전성과 밀접한 연관성을 가지는 동시에 금융상품의 거래과정에도 영향을 미친다. 때문에 공정거래위원회의 신용유지의무 약관에 대한 불공정성 판단이 가지는 의의가 크다. 공정거래위원회의 추상적 내용통제는 구체적인 시장상황이나 거래관행 등을 고려하는 바, 파생상품 거래시 금융소비자의 신용유지의무를 정한 약관의 불공정 심사시 구체적인 시장상황이나 거래관행 등에 대한 구체적인 검토가 보충되어야 한다.

[1] 문제제기

금융기관은 자금의 수요자와 공급자에게 각종 금융 서비스를 제공하는 기관이다. 금융기관이 제공하는 금융서비스는 금융소비자의 신용을 바탕으로 한다. 금융소비자가 금융거래 필요한 최소한의 신용을 가지지 못하면 금융기관은 금융소비자와의 거래를 거부하거나 금융소비자의 신용상태를 이자율, 추가 담보물 설정, 기타 수수료 부담 등에 반영한다. 이처럼 금융거래에 있어서 금융소비자의 신용은 금융거래 당사자로서의 자격인 동시에 금융거래 내용을 구성한다. 금융소비자의 금융거래는 약관을 통해 이루어진다.

금융상품약관은 금융상품 그 자체에 대한 내용과 계약 당사자의 권리와 의무의 내용 등을 구체적이고 상세하게 기재하고 있다. 금융상품이 발전하면서 금융약관도 점차 다양해졌는데, 예금거래기본약관처럼 비교적 단순한 형태의 약관도 있고, 경제상황에 따라 약정한 내용대로의 수익을 환원하는 복잡한 형태의 금융상품 약관도 있다. 금융기관은 정부로부터 엄격한 규제를 받는다.¹⁾ 이는 금융서비스는 사회를 유지하는데 중요하기 때문이다. 정부는 금융기관이 금융시장에서 불공정 거래행

* 주제어 : 금융소비자, 금융투자상품, 파생상품, 신용유지의무, 약관
1) 고동원, 금융규제와 법, 박영사, 2008, 3면 이하에서는 금융감독기구에 관한 논의(제1장)와 금융기관의 업무 범위 규제(제3장)에 관한 사항을 자세히 검토하고 있다.

위를 하지 않도록 하는 한편, 동시에 금융 산업이 활성화 되도록 규율하고 있다.²⁾ 정부는 금융기관과 금융소비자 사이의 불공정 거래를 규율하고자 약관의 규제에 관한 법률(이하 약관규제법)에 근거하여 계약의 내용을 규율하고, 표준약관 등의 제도를 통해 거래의 편의성 및 공정성을 도모하고 있다.³⁾ 공정거래위원회는 약관규제법에 근거하여 약관의 추상적 심사를 담당하는 가운데, 금융투자업분야 약관심사 가이드라인⁴⁾을 마련하여 구체적인 판단기준을 제시하고 있다. 그리고 한국투자협회는 새로운 금융상품에 대응하는 표준약관을 제정하여 금융위원회에 제출할 수 있고, 공정거래위원회는 제출된 표준약관 및 개별 금융기관의 약관을 심사한다. 공정거래위원회는 약관규제법에 따른 심사를 진행하여 약관규제법에 저촉되는 경우 금융위원회에 시정을 요청한다.⁵⁾

최근 공정거래위원회는 금융위원회로부터 통보받은 금융투자약관을 심사하여 40개 유형, 435개 약관 조항에 대해 금융위원회에 시정에 필요한 조치를 해 줄 것을 요청하였다.⁶⁾ 공정거래위원회가 금융위원회에게 시정 요청한 주된 내용은 ①증권투자시 신용공여의 경우 추가담보제공에 관한 사항, ②파생 상품 계좌 설정시 자의적·추상적인 기한이익 상실에 관한 사항, ③장의 파생 상품 거래를 위한 기본계약시, 지급의무 이행지체시 즉시 해지 조항, ④ 증권 저축시, 예탁금 이용료 지급기준 및 변경에 관한 사항 등으로 구분할

수 있다.

그런데 파생상품거래는 매일 금융환경 변화에 따른 손익을 정산하고, 금융소비자가 약정한 내용대로 추가적인 금전을 납입해야 해야 하는 금융상품이다. 그리고 파생상품을 계속 거래하기 위해서는 금융소비자가 약정내용대로의 이행을 보장할 수 있어야 한다. 또한 금융기관은 금융소비자와 파생상품을 매개하는 동시에 파생상품시장을 건전하게 유지시킬 의무가 있는 자 이므로 장외파생상품의 내용대로 이행을 할 수 없는 객관적인 우려가 있는 자에 대한 거래를 중단시킬 정당성을 가진다.

본 논문에서는 금융소비자에게 신용위험이 발생할 우려가 있는 경우 금융기관이 금융소비자의 거래를 임의적으로 정지시키고 정산절차에 들어가는 약관의 불공정성을 검토하고자 한다. 본 논문은 금융투자상품의 특징과 거래관행에 부합하는 공정한 약관에 대한 검토기준에 대하여 제고해 보는데 그 의의가 있기 때문이다. 이를 위하여 본 논문은 금융투자상품에 있어서 금융소비자의 신용유지의무에 대하여 살펴보고, 특히 파생상품거래에 있어서 금융소비자의 신용유지의무가 어떠한 의미가 있는지를 검토한다. 이를 바탕으로 파생상품을 거래하는 금융소비자가 신용유지의무를 해태시 불이익 조항의 불공정성을 재검토하고자 한다.

2) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률은 새로 출현하게 되는 금융투자회사의 업무 영역 확대에 그 목적이 있다(고동원, 2008, 전거서, 155면).

3) 공정거래위원회가 관장하는 전체 70개 표준약관 중 21개가 금융분야 표준약관인데, 이 중 대부분은 금융기관 중에서도 은행과 관련한 표준약관이다. 대부분의 금융분야 표준약관이 1996~2002년에 제정되었는데, 이 시기에는 금융분야 감독기관이나 금융분야 사업자단체에서 별도로 표준약관(계약서)을 제정하지 않았기 때문이다. 2009년 여신전문금융업법 및 자본시장법에 관련 사업자단체가 표준약관을 제정할 수 있는 근거규정이 마련되면서 여신전문금융업협회는 여신금융회사 표준 여신거래기본약관 등 총 6개의 표준약관을, 금융투자협회는 매매거래계좌설정약관 등 총 15개의 표준약관을 제정하여 운용하고 있다. 그 결과 은행 및 금융분야 전반에 관련한 표준약관은 공정거래위원회가 관장하고 여신전문분야 및 금융투자분야는 해당협회에서 표준약관을 관장하고 있다고 볼 수 있다(민해영, 최근 10년간 약관심사의 경향과 특징, 소비자거래에서 약관규제법의 현황과 과제, 2016. 4. 20. 학술대회자료집, 25면).

4) 금융투자업분야 약관심사 가이드라인(제정 2011. 4. 1.) 부칙에 2011년 4월 1일부터 시행하고 있다. 동 가이드라인도 훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정(대통령령 제334호)에 따라 매3년이 되는 시점마다 그 타당성을 검토하여 개선 등의 조치를 할 필요성이 있다.

5) 금융투자업분야 약관심사 가이드라인(공정거래위원회 2011. 4. 1. 제정) II. 금융투자업 분야 약관 규제체계 부분 참고.

6) “공정위, 불공정 금융투자약관 시정”, 공정거래위원회 2015년 12월 30일 보도자료 : 보도자료에 의하면 공정거래위원회는 금융투자회사가 사용하는 투자일일, 신탁, 신용공여, 장내·장의 파생상품, 외환거래, 저축, 양도성예금증서, CMA 및 종합계좌설정 약관 등 1,635개 약관을 검토하여 일방적인 추가 담보제공 제공 기간 설정, 최고 절차 없는 즉시 해지, 예탁금 이용료 지급 기준 변경 등을 불공정 약관이라 판단하고 금융위원회에 시정요청을 하였다고 발표하였다.



[2] 금융소비자의 신용유지의무

2.1 금융소비자와 신용정보

2.1.1 금융소비자와 금융기관

현재 금융소비자에 대한 법률적 정의는 없고, 정부, 학계 그리고 언론계 등에서 필요에 따라 개별적인 정의를 내리고 있을 뿐이다.⁷⁾ 금융소비자는 미국 도드-프랭크 법처럼 투자자나 예금자라고 정의할 수도 있고, 대출이나 카드 등의 소비자 금융 분야에서 금융기관과 거래하는 고객을 의미한다고 보기도 한다. 제 19대 국회에서 정부 입법 발의된 “금융소비자 보호 관한 법률”에서는 금융소비자를 금융상품계약체결등에 관한 금융상품판매업자 또는 금융상품자문에 관한 금융상품자문업자(이하 “금융상품판매업자등”이라 한다)의 거래상대방이라고 정의하고 있다.⁸⁾ 또한 동 법률안에서는 “전문금융소비자”라는 개념도 정의하고 있는데, 금융상품에 관한 전문성, 소유자산규모 등에 비추어 금융상품 계약에 따른 위험감수능력이 있는 금융소비자로서 국가, 한국은행, 대통령령으로 정하는 금융회사, 주권상장법인, 그 밖에 대통령령으로 정하는 자라고 정의한다.⁹⁾ 그리고 전문금융소비자 중 대통령령으로 정하는 자가 일반금융소비자와 같은 대우를 받겠다는 의사를 금융상품판매업자등에게 서면으로 통지하는 경우 금융상품판매업자등은 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이에 동의하여야 하며, 금융상품판매업자등이 동의한 경우에는 해당 금융소비자는 일반금융소비자로 본다고 규정하였다. 결국 금융소비자란 금융기관으로부터 금융상품(자문서비스 포함)을 구매하는 자를 통칭하여 금융소비자라고 할 수 있다. 이때 금융소비자는 법인을 포함할 수 있는데, 우리나라 소비자기본법상 소비자가 반드시

자연인에 한정된다고 볼 수 없고, 금융소비자보호에 관한 법률(안) 등을 내용을 고려할 때 법인이라도 금융소비자로서 금융상품거래행위를 하였다면 금융소비자의 범주에 넣어 이해할 수 있기 때문이다.

우리나라의 금융기관은 은행과 비은행 금융기관으로 크게 구분되는데, 은행을 금융기관이라 하고 비은행 금융기관을 금융회사라고 호칭하고 있다. 이들 모두 금융중개기능(financial intermediation)기능을 업으로 하는 모든 영리, 비영리, 민간, 공공기관은 금융기관이다. 우리나라 금융기관의 업종은 은행, 증권사, 보험사, 저축은행, 자산운용사, 펀드, 사모펀드, 대부업체, 카드사, 할부금융사, 여수신 협동조합, 기타 공공 금융기관으로 구분할 수 있다. 금융기관은 자금을 중개하는 서비스를 제공하는 플랫폼으로서 정부나 중앙은행의 인허가를 받아야 한다. 이는 금융시장의 신용과 신뢰를 견고하게 유지하기 위한 하나의 방법인 동시에 자금 조달의 방법을 정형화 하여 거래관계를 신속하고 안정적으로 이루어지도록 하기 위함이다. 금융기관은 자금 중개기능을 수행하더라도 여신거래의 경우처럼 계약의 당사자의 지위에서 거래를 하는 경우도 있고, 펀드 및 파생상품 등의 경우는 계약의 직접적인 당사자가 아닌 거래의 중개자의 입장에서 안정적인 거래관리를 하는 경우도 있다. 금융거래 모습에 따라 법적 지위의 차이가 있더라도, 금융기관은 자금 중개자로서의 금융거래에 참여하는 모든 당사자들의 이익을 고려해야 할 의무가 있으며, 금융소비자의 권익 역시 이를 바탕으로 검토할 필요가 있다.

2.1.2 개인신용정보수집 및 신용불량정보등록제도

금융에서 신용은 경제적인 지불능력 또는 지불능력에 대한 사회적인 평가라고 할 수 있는데, 현재 금융거

7) 금융감독원의 금융소비자보호 모범규준(2013. 5) 등에서도 금융소비자에 대한 명확한 정의를 찾을 수는 없다.

8) 금융소비자보호에 관한 법률안(2012. 7. 6. 정부 제2조(정의) 6호

9) 금융소비자보호에 관한 법률안(2012. 7. 6. 정부 제2조(정의) 7호

래에서는 거래 상대방의 신용상태를 판단하기 위한 정보를 토대로 거래를 하고 있다. 금융거래시 금융회사가 개인소비자의 신용상태를 파악하는데 이용하는 개인에 대한 정보를 개인신용정보라고 한다. 현재 우리나라에서는 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률(이하 신용정보법)에 근거하여 신용정보집중기관과 신용조회업자가 이를 집중·관리하고 있다. 신용정보법은 이러한 기관을 “신용정보회사 등”이라고 정의하고 있다(신용정보법 제2조 5호 및 제4조 제1항). 신용정보업을 영위하려면 금융위원회로부터 허가를 받아야 한다(신용정보법 제4조 제2항).¹⁰⁾

신용정보집중기관은 종합신용정보집중기관과 개별신용정보집중기관으로 구분할 수 있는데, 현재 금융감독위원회에 종합신용정보집중기관으로 등록된 기관은 전국은행연합회 한 곳이다. 금융기관이 보유하고 있는 신용정보가 전국은행연합회에 집중되고, 집중된 정보는 다시 금융회사에 등에 제공되고 있다. 개별신용정보집중기관은 개인신용정보를 수집하는 사업자로서 등록되어 있는 금융기관은 생명보험협회 등 4개 기관이다.¹¹⁾

그 이외에 신용조회업자는 각 금융회사로부터 신용정보를 수집·정리하고 있다고 의뢰인이 조회를 해오면 보유·관리하고 있는 신용정보를 제공하는 업무를 주업무를 하는 자로서 금융감독위원회의 허가를 받은 자이다. 우리나라의 개인에 대한 신용정보가 집중되고 유통되는 근간은 신용정보집중기관과 신용조회업자라고 할 수 있다.

개인신용정보는 개인에 관한 신용정보로서 금융거래의 내용에 관한 정보, 개인의 질병에 관한 정보, 개인의 성명·주소·주민등록번호 등 개인을 식별할 수 있는 정보를 말한다. 신용불량자란 금융거래 등 상거래에서 발생한 대금 또는 대출금 등의 채무에

대하여 정당한 사유 없이 약정된 기일 내에 변제를 이행하지 아니한 자(신용정보법 제2조 제7호)인데, 이들의 정보가 신용불량정보이다. 신용불량정보의 등록 및 삭제기준은 전국은행연합회 신용정보관리규약이다.¹²⁾

2.2 금융투자상품과 금융소비자의 신용

2.2.1 금융투자상품

금융기관의 금융상품은 매우 다양하다. 최근 금융감독원에서는 금융상품통합비교공시를 통해서 금융상품의 특징과 가격 등의 정보를 제공하고 있는데,¹³⁾ 금융상품을 저축, 펀드, 대출, 연금, 보험 등으로 구분하고 있다. 이전에는 금융기관의 특성에 따른 고유업무와 부수의무로 구분되었다면,¹⁴⁾ 최근에는 금융기관이 취급하는 모든 금융서비스를 금융상품으로 포괄하고 상품의 특성별로 구분한다.

금융투자상품이란 이익을 얻거나 손실을 회피할 목적으로 현재 또는 장래의 특정시점에 금전, 그 밖의 재산적 가치가 있는 것(이하 “금전 등”이라 함)을 지급하기로 약정함으로써 취득하는 권리로서 그 권리를 취득하기 위해 지급하였거나 지급해야 할 금전 등의 총액이 그 권리로부터 회수하였거나 회수할 수 있는 금전 등의 총액을 초과하게 될 위험(이하 “투자성”이라 함)이 있는 것을 말한다(자본시장법 제3조 제1호). 여기서 금융기관이 금융소비자에게 부수적인 금융서비스를 제공하고 받는 수수료를 받는 거래는 제외된다(자본시장법 시행령 제3조 제1항).¹⁵⁾

금융투자상품은 원본손실가능성에 따라 금융상품

10) 최근 개정 신용정보법에 관한 내용은 고동원, 2015년 개정 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률에 관한 법적 검토, 금융정보연구 제4권 제2호, 2015, 1면 이하 참고.

11) 정보통신산업협회(1998. 4. 9. 등록), 생명보험협회(1998. 7. 29. 등록), 손해보험협회(1998. 7. 29. 등록), 여신금융협회(1999. 4. 24 등록)

12) 신용불량정보 등록 기준은 3개월 이상 대출금 연체, 5만원 이상 신용카드대금의 3개월 이상 연체, 어음·수표 부도, 국세 및 지방세 체납, 금융질서 문란 등이다.

13) <http://finelife.fss.or.kr> 참고.

14) 고동원(2008), 155면 이하 제3장 금융기관의 업무범위 규제 참고.

15) 금융투자업자가 투자자로부터 받는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제58조제1항에 따른 수수료와 집합투자증권의 판매와 관련



과 비금융상품으로 구분하고, 원본 초과 손실가능성에 따라 증권과 파생상품으로 구분한다(자본시장법 제4조 및 제5조). 원본 손실가능성이 있는 금융투자상품 중에서 원본까지 손실이 발생할 가능성이 있는 금융투자상품을 증권으로 분류하고, 원본을 초과할 손실이 발생할 가능성이 있는 금융투자상품을 파생상품으로 분류한다. 파생상품은 거래소 등 정형화 된 시장에서 거래여부에 따라 장내파생상품과 장외파생상품으로 분류한다. 금융소비자가 파생상품을 거래하고자 하는 경우 금융회사(증권회사, 선물회사)를 통해서 거래하게 되는데, 한국거래소에서 거래되는 장내파생상품의 경우에는 금융투자회사가 한국거래소에 회원으로 등록되고 매매인가를 받아야 한다. 장외파생상품의 경우에는 한국거래소를 거치지 않고 거래자간에 직접 거래하는 상품으로 계약 내용을 규격화된 계약조건에서 벗어난 형태로 조절하는 상품이다.

2.2.2 금융투자상품 거래시 금융소비자의 신용

금융기관은 금융거래시에 금융소비자의 신용을 원칙적으로 확인하는데, 금융기관 및 금융상품의 종류에 따라 금융소비자가 갖추어야 하는 신용의 내용이 상이하다. 가장 기본적인 거래인 여신거래의 경우에는 금융소비자의 신용상태에 따라 여신거래의 적격성 및 이율 등이 결정되며, 금융소비자의 신용상태의 변화에 따라 여신채권의 회수가 필요한 범위 내에서 별도로 약정에 의한 기한이익상실 특약을 맺고 있다.¹⁶⁾ 기한이익상실 특약은 모든 채무의 당연 기한이익상실사유, 독촉에 의한 모든 채무의 기한이익상실사유, 당해 채무의 당연 기한이익상실사유, 독촉에 의한 당해 채무

의 기한이익상실사유, 기한이익의 부활에 관한 내용으로 구성되어 있다.¹⁷⁾ 그 중에서도 은행의 독촉 및 통지 등이 없어도 모든 채무의 기한의 이익을 상실하는 사유는 ①제 예치금 기타 은행에 대한 채권에 대하여 가압류·압류명령이나 체납처분 압류통지가 발송된 때 또는 기타의 방법에 의한 강제집행 개시나 체납처분 착수가 있는 때, ②채무자가 제공한 담보재산(제예치금 기타은행에 대한 채권은 제외)에 대하여 압류명령이나 체납처분 압류통지가 발송된 때 또는 기타의 방법에 의한 강제집행 개시나 체납처분 착수가 있는 때, ③채무불이행자명부 등재신청이 있는 때, ④어음교환소의 거래정지처분이 있는 때, ⑤도피 기타의 사유로 지급을 정지한 것으로 인정된 때 등이다.

금융투자상품의 경우 금융소비자의 신용거래¹⁸⁾와 별개로 금융투자상품의 특성상 금융투자상품의 계약 체결과 대금결제시점의 차이 등의 구조적인 문제를 해결하기 위해 위탁증거금 제도가 운영되는 한편, 귀책거래로 인한 거래종료 제도가 운영되고 있다. 위탁증거금 제도는 금융소비자의 채무이행을 보증하기 위해 금융투자상품계약체결시에 약정금액의 일부를 사전에 위탁시켜 두는 제도로서 금융투자상품거래의 성립요건이고, 귀책거래로 인한 거래종료 제도는 금융소비자의 채무불이행 또는 신용에 영향을 미치는 부정적인 사유가 발생하는 경우 금융기관이 지정일을 정하여 정산절차에 들어가는 제도로서 금융투자상품 거래의 유지요건이다. 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

(1) 위탁증거금 제도

(가) 위탁증거금 유지의무

하여 받는「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제76조제4항에 따른 판매수수료, 그 밖에 용역의 대가로서 투자자, 그 밖의 고객이 지급하는 수수료, 보험계약에 따른 사업비와 위험보험료 등이 그러하다.

16) 민법은 제388조에서 채무자가 담보를 손상, 감소 또는 멸실하게 한때와 담보제공의무를 이행하지 아니한 때에는 기한의 이익을 주장할 수 없는 것으로 규정하고 있고, 채무자회생 및 파산에 관한 법률 제425조에서는 채무자가 파산선고를 받으면 그가 부담하는 채무에 대하여 당연히 기한이 도래하는 것으로 규정하고 있으나, 당해 법률의 구성만으로는 은행 등 여신공여자가 금융거래 상 취득하게 되는 여신채권을 안전하게 회수하는데 미흡하다고 본다(오시정, 여신거래계약의 이론과 실무, (유)한국금융법연구원, 2015, 251면 이하).

17) 은행여신거래기본약관(가계용) 제7조 및 상호저축은행의 여신거래기본약관 제7조 참고.

18) 금융소비자가 금융회사와 신용거래시 금융소비자의 신용위험이 발생하는 경우 기한의 이익을 상실하게 되는데, 그 사유는 앞서 살펴본 사유와 유사하다(신용거래약관(금융감독원표준약관 2011. 10. 13. 시행) 제12조). 금융기관과 금융소비자 사이의 여신거래의 경우와 본질적인 차이가 없기 때문이다.

금융거래의 특성상 결제이행이 보증되어야 거래가 성립되는 경우 금융소비자는 결제해야 할 약정 금액의 일부를 사전에 위탁시켜 두는데 이를 위탁증거금이라고 한다. 위탁증거금은 금융소비자의 채무이행을 보증하기 위한 제도이다. 위탁증거금이 보증금 성격을 가진다고 보게 되는 이유는, 금융소비자가 금융투자기관을 통해서 금융상품을 거래하는 과정에서 금융소비자의 대금납입의무를 불이행하는 경우, 금융투자기관이 채무불이행에 따른 후속처리 과정에서 소요되는 비용 등을 정산하기 위해 필요한 최소한의 금액이기 때문이다. 즉 매매주문이 체결된 후에 고객이 결제를 이행하지 않는 경우, 증거금 징수를 통하여 증권회사가 채권을 회수할 수 있도록 하기 위한 일종의 담보가 되는 것이다. 위탁증거금은 계약금과는 구분되는데, 위탁증거금에 계약관계의 추정기능, 해약금, 위약금 손해배상의 예정 등의 법률적 성격은 없다.

또한 위탁증거금은 계약 당사자의 신용을 보여주는 하나의 표지가 된다. 즉 금융소비자는 위탁증거금을 통해서 금융투자상품의 계약내용대로 이행할 수 있음을 확인시켜야 하는바, 위탁증거금제도는 금융소비자에게 있어서는 금융거래 참여 자격요건으로서 기능을 한다. 금융상품의 계약과 대금지급일의 차이로 인하여 발생한 동 제도는 금융소비자로 하여금 계약체결시점에 결제금액의 일부를 제3자에게 위탁시켜 줌으로써 결제일까지의 기한의 이익을 일부 포기시키는 것이다. 실제 한국거래소는 위탁증거금률을 인상 또는 인하함으로써 시장 수급을 조절하는 기능이 있음을 인정한다. 위탁증거금 제도는 본래는 결제를 확실히 이행하기 위한 장치로 마련되었지만, 시장이 과열되거나 침체 장세일 때 증거금비율을 조정하여 장세를 조정하는 수단으로 이용하는 것이다. 따라서 위탁증거금은 시장

참가자의 신용을 구체화인 동시에 거래자격으로 그의 의미가 있다.

금융소비자는 위탁증거금을 요건으로 하는 금융투자상품 거래시 10%~15% 정도를 위탁증거금으로 납부하고 추후 가격변동에 따라 유지(추가) 증거금을 내야 한다. 계약체결시에 납부하는 위탁증거금을 개시 위탁증거금이라고 하고 계약기간 동안에 유지해야 하는 위탁증거금을 유지 위탁증거금이라고 한다. 파생상품의 경우 계약기간 동안 위탁증거금을 유지해야 하는 이유는 파생상품에 대한 일일정산을 하고 파생상품의 특성상 투자금액보다 큰 경제적 손실이 발생할 수 있기 때문이다. 즉 금융소비자는 위탁증거금 비율 유지를 통해서만 거래를 유지할 수 있으므로, 위탁증거금이 금융소비자의 신용을 표상하는 것이라면 파생상품 거래에서 금융소비자의 신용유지의무가 있다고 볼 것이다.¹⁹⁾

위탁증거금으로는 현금 이외에도 고객이 보유하고 있는 유가증권을 사용할 수 있는데 이 때 사용되는 유가증권을 대용증권이라 한다. 약정 금액에 대한 위탁증거금의 비율을 위탁증거금율이라고 하는데,²⁰⁾ 현재 위탁증거금율은 각 증권회사에 따라 각기 다르게 적용하고 있다.²¹⁾ 위탁보증금은 현금뿐만 아니라 대용증권으로도 납부할 수 있고, 증권거래소는 금융거래의 내용에 따라 위탁증거금률을 정하고 있다. 현행 규정에서는 일반투자자는 보통거래(주식매매)에서 수탁시 매수의 경우에는 현금 20%, 대용증권 20%, 매도의 경우에는 당해 매도증권 또는 현금 40%를 납부토록 하고 있다. 당일결제거래(채권매매)에서는 수탁시에 매수의 경우 현금 100%, 매도의 경우 당해 매도증권 전부를 납부하도록 하고 있다.²²⁾

19) 일반적으로 주문을 내기 전에 계좌에 주문에 상당하는 증거금을 납부해야 하지만 **기관투자자** 중에서는 매매체결후 증거금을 납부하는 것이 허가된 자도 있다(사후증거금 적용 계좌).
 20) 장외파생 상품의 거래에서의 위탁증거금 역시 장내파생상품처럼 위탁증거금의 의의와 동일하다. 위탁증거금제도는 장내파생상품의 경우뿐만 아니라 장외파생상품에서도 활용되는 제도인데, 신용위험의 문제는 장내파생상품과 마찬가지로기 때문이다. 다만 장외파생상품은 위탁증거금의 비율통제를 받지 않으므로 시장의 수급 조절 기능은 가지지 못할 뿐이다.
 21) 2016년 2월 3일 “파생시장 활성화. 위탁증거금 장벽 낮춘다”에 따르면 개인의 신용도, 재산상황, 위험감수 능력 등을 감안해 투자한도, 투자 상품 등이 투자자별로 달리 적용되도록 시장 진입체계를 개선할 것이라 보도되었다. 더불어 파생상품시장의 위탁증거금 체계를 효율단순화 하고 회원 증권사의 자율권도 확대한다.
 22) 금융소비자가 신용거래용자거래를 하는 경우, 금융소비자는 신용거래용자금에 대한 담보 평가금액의 비율이 회사가 정한 담보유지비율 이상이어야 하며, 이에 미달하는 경우 회사가 정하는 기일까지 추가 납부토록 하고 있다. 담보비율을 항상 유지시키는 제도는 금융거



(나) 위탁증거금 유지의무 해태 효과

금융소비자가 위탁증거금 유지의무를 해태하는 경우 금융기관에 의한 반대매매가 이루어진다. 장내파생상품의 경우, 고객이 금융상품을 유지에 필요한 의무를 다하지 못하여 한국거래소와 관계가 해지됨을 의미한다.²³⁾ 이때 정산은 금융투자회사가 금융소비자에게 대금의 납입을 통지하고, 계속적 거래관계에 필요한 위탁증거금을 청구하게 된다. 만일 금융소비자가 금융투자회사가 안내하는 대금납입을 하지 못하는 경우에는 금융투자회사는 금융소비자의 파생상품을 한국거래소에 반대매매 하게 된다. 금융기관의 반대매매는 금융투자회사가 자신이 부담하게 되는 경제적인 손실을 회피하기 위한 금융소비자의 재산처분행위 또는 파생상품의 계약해지인 동시에, 고객에게 장래 발생할 수 있는 추가의 손해발생의 가능성을 줄이고, 제3자에 의한 파생상품의 거래 기회를 확보하는 기능을 한다.

(2) 귀책거래로 인한 거래종료 제도²⁴⁾

(가) 귀책거래로서 신용위험발생

귀책거래로 인한 거래종료 제도는 금융소비자의 금융기간에 대한 채무불이행을 포함하여, 금융소비자의 신용에 영향을 미치는 사유가 발생하는 경우에 금융기관기관은 기한 전 거래종료일을 지정하여 계약해지권을 가지는 제도이다. 장외파생상품거래는 장내파생상품처럼 정형화되지 못한 거래이고, 원본초과 손실이 발생할 수 있는 금융투자상품이라는 특징으로 인하여 귀책거래로 인한 거래종료 요건을 다른 금융상품에 비하여 폭넓게 인정하고 있다. 장외파생상품거래에 있어서 귀책거래로 인한 거래종료 제도의 대표적인 사유 중 금융소비자의 신용과 관련한 사항을 살펴보면 ①어음교환소 또는 거래은행의 거래정지처분이 있거

나, 채무를 지급할 수 없는 폐업, 도피 기타 사유의 발생으로 사실상 지급을 정지한 경우, ②채권자의 이익을 위하여 영업의 전부 또는 중요한 일부를 양도 기타 처분하기로 약정하거나, 채권자들 또는 채권금융기관과 채무의 상환 유예 및 조정, 사적 화의, 경영 및 자금관리 기타 이와 유사한 약정을 체결하거나 이에 준하는 절차가 개시된 경우, ③채무자 회상 및 파산에 관한 법률상 회생절차 또는 파산절차가 신청된 경우 또는 상대방 당사자 또는 제3자에 의하여 채무자 회상 및 파산에 관한 법률상 회생절차 또는 파산절차가 신청된 경우에 그 신청으로부터 약정기한내 각하, 기각, 취소 등이 이루어지지 않은 경우, ④청산, 채권자에 의한 기업구조조정절차, 사적 회의 등이 개시되거나 그러한 절차와 관련하여 관리인, 관재인 수탁인 기타 유사한 직위의 자의 선임을 구하거나 선임이 된 경우, ⑤모든 자산 또는 상당한 자산에 대한 압류, 체납처분, 경매개시, 강제집행 기타 유사한 조치가 이루어진 경우, 당사자 등의 모든 자산 또는 상당한 자산에 대한 가압류나 가처분이 이루어지고 약정기한 내에 해당 사유가 해소되지 않은 경우, ⑥ 당사자 등의 주된 영업이 변경, 정지 또는 취소되거나 이에 관한 행정처분을 받은 경우, ⑦ 당사자 등에 대하여 금융기관의 채무불이행자명부 등재 신청이 있거나 당사자 등에 대한 정보가 신용정보관리규약상 신용거래정보 중 연체정보, 대위변제, 대지급정보, 부도정보, 관련인 정보, 금융질서문란정보 및 공공기록정보로 등록된 경우 등이 그러하다.

(나) 신용위험발생 효과

파생상품의 경우, 금융소비자의 신용위험 발생사유가 발생하면, 귀책거래 당사자의 상대방은 귀책거래로 간주하여 지정일을 고지하고 정산절차에 들어간다. 비록 귀책거래종료사유가 발생한 경우 그 사유가 지속되는지 여부 및 귀책당사자가 귀책거래사유를

래의 정산을 원활하게 하기 위한 것으로 위탁증거금과 그 목적이 유사하지만, 위탁증거금은 금융투자상품의 거래의 성립조건이다.

23) 장내파생상품의 경우 계약의 당사자는 금융소비자와 한국거래소이다. 이들 사이의 거래를 금융투자회사가 위탁관계를 맺고 사무를 처리하게 된다.

24) 금융투자상품거래에 있어서 귀책거래로 인한 거래종료제도는 여신거래에 있어서 기한의 이익상실 제도와 동일한 기능을 가진다. 기한의 이익 상실 조항은 금융소비자는 금융기관과 거래시 신용에 객관적인 위험이 발생하는 경우, 별도의 통지 없이 기한의 이익을 상실하고 그 즉시 채무를 변제해야 하는 조항을 말한다. 기한의 이익 상실조항은 계약해제·해지는 아니나 금융소비자의 입장에서 원금상환 등 채무 변제기의 도래는 사실상 계약해제·해지와 다름이 없다.

이행했는지 여부와는 상관없이, 귀책당사자의 상대방 당사자는 귀책당사자에 대하여 해당 귀책거래종료사유를 명시하여 모든 개별거래에 관하여 기한전 거래종료일을 지정²⁵⁾하여 통지함으로써 모든 개별거래를 해지할 수 있다. 기한전 거래종료일이 도래하는 경우 회사는 기한전 거래종료일 기준으로 최종청산잔액을 계산하게 되는데, 금융회사는 최종정산잔액을 계산한 후 그 금액과 지급의무자를 금융소비자에게 통지하여야 하며 최종정산잔액의 지급일은 통지도달일로부터 일정기한 후 이루어지도록 한다.²⁶⁾

2.3 금융소비자의 신용유지의무 해태시 책임의 의의

금융거래를 규율하는 법률과 약관 등에서 “신용유지의무”라는 표현은 사용하고 있지 않다. 그렇지만 금융회사는 금융거래과정에서 금융소비자의 신용위험에 따른 계약상의 권리를 약관에 명시하고 있다. 약관의 주된 내용은 금융소비자의 신용위험이 있다고 판단하는 경우, 금융기관의 계약 내용 변경 및 계약관계의 해소 등을 주된 내용으로 한다. 금융기관이 금융소비자와 거래를 함에 있어서 담보물에 의존하지 않고, 소비자의 신용에 근거한 거래를 하는 경우에 신용은 금융소비자와 금융기관의 거래를 매개하는 중요한 자산으로서 의의가 있다. 따라서 금융소비자가 계약체결시점의 계약내용대로 금융거래를 유지하고자 한다

면 자신의 신용을 금융거래계약체결 당시 수준으로 유지해야할 의무가 있다고 볼 것이다.

금융소비자의 신용위험발생 사유는 신용유지의무 위반이라고 볼 수 있는데, 금융기간의 경쟁력과 금융상품의 특성 등에 따라 조금씩 달라진다. 금융기관은 금융소비자에 대한 신용유지의무 기준을 다른 금융기관과 달리 약정하여 금융경쟁력을 꾀할 수 있다. 한편 원본초과손실가능성이 있는 파생상품거래에서의 금융소비자의 신용유지의무는 다른 금융상품에 비하여 상대적으로 엄격하며, 장외거래인가여부 및 금융기관의 특성 등에 따라 귀책거래로 인한 거래종료 사유 등에 차이가 있다. 이처럼 금융기관이 금융소비자와 약정한 신용유지의무 위반사유와 그 책임은 금융투자상품의 경쟁력과 밀접한 연관성을 가지는 동시에 자금 중개 역할을 수행하는 금융기관의 책무로서 균형점을 가질 필요가 있다.

그런데 공정거래위원회와 금융감독원은 금융소비자 신용유지의무 위반사유 및 그 효과 등을 표준약관을 통해서 예시하여 금융기관이 금융소비자에 대한 엄격한 신용유지의무를 계약내용으로 맺는 것을 제한하고 있다. 금융기관이 약관으로 금융상품계약을 체결하면서 약정한 신용유지의무가 금융기관이 거래과정에서 부담해야할 위험을 금융소비자에게 전가시킬 우려가 있다고 보았기 때문이다. 금융기관과 금융소비자가 신용유지의무 관련 조항은 원활한 금융상품거래에 필요한 금융소비자의 신용유지의무와 금융소비자의 권익의 부당한 침해 사이에 놓여있다고 볼 수 있다.

3 파생상품에 있어서 신용유지의무 위반에 따른 벌칙약관의 불공정성

3.1 파생상품거래와 약관

파생상품도 금융상품이므로 금융투자상품 판매과정 절차에 따라 진행되며, 이때 각 거래주체와 약관을

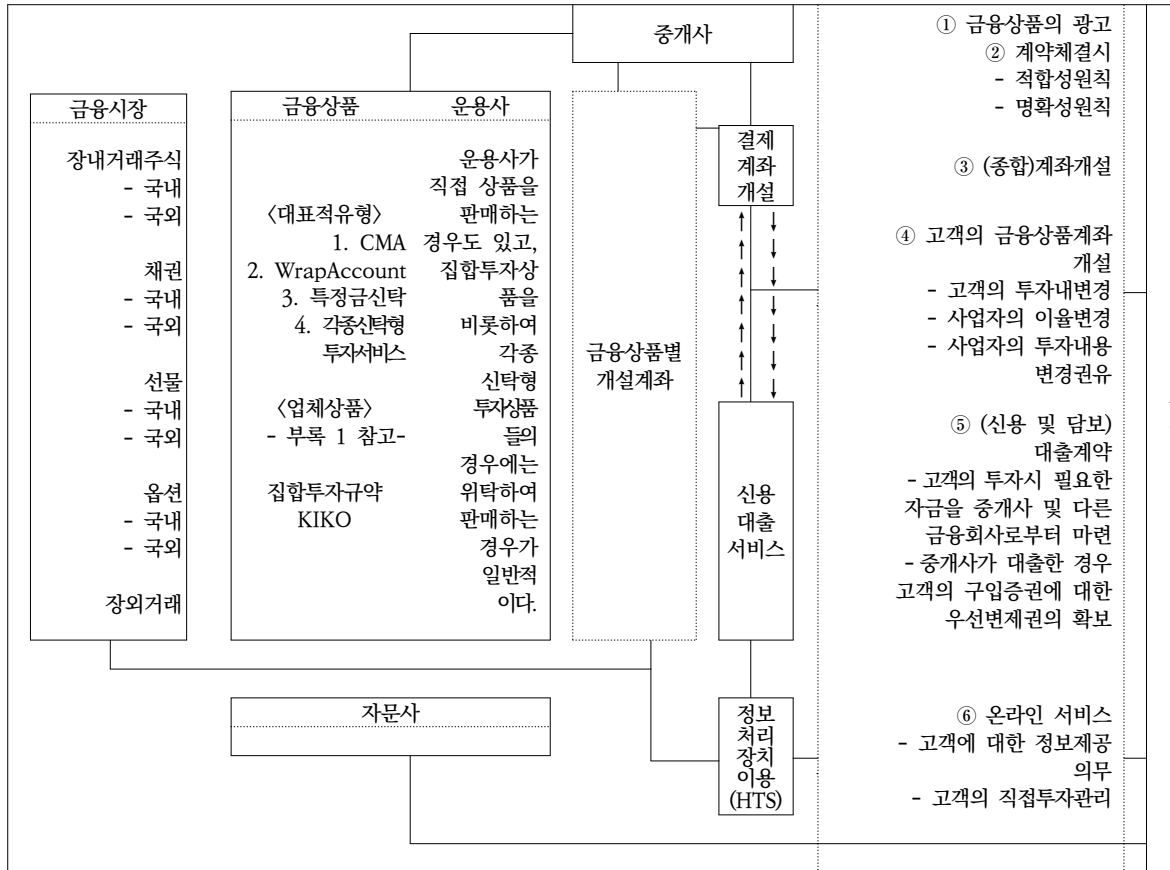
25) 장외파생상품거래 한글약정서 권고안 제8조(기한전 거래종료일의 지정) 제4항에서는 통지일로부터 20일 이내에 특정 영업일을 기한전 거래종료일로 지정토록 한다.
26) 장외파생상품거래 한글약정서 권고안 제9조(기한전 거래종료시의 정산) 제3항에서는 최종정산잔액의 지급일을 통지도달일로부터 2영업일로 하고 있다.



통해 계약이 체결된다. 구체적으로 살펴보면 금융소비자가 금융투자업자를 방문하여 금융상품(파생상품)에 대한 투자 청약의사를 밝히면, 금융투자업자는 적합성원칙 및 설명의무 등 자본시장법상의 행위의무를 준수하면서 계약체결과정에 들어가게 된다.²⁷⁾ 금융

투자업자는 우선 투자매매업자 또는 투자중개업자와 계좌설정계약을 체결하기 위하여 계좌설정약관으로 계좌설정계약이 체결된다. 장내파생상품의 경우에는 금융투자회사(한국거래소 회원사)에 의해서 한국거래소 파생상품 위탁계좌가 개설된다.

〈그림 1〉 금융투자상품계약체결과정²⁸⁾



동 약관에는 통상적으로 매매거래의 위탁 방법, 위탁 증거금 및 예약금 이용료에 관한 사항, 결제불이행시 처리방법, 계좌의 통합 및 폐쇄에 대한 사항이 포함되어 있다. 경우에 따라서는 금융투자업자(운용사 및 중개사)가 직접 결제계좌를 개설하지 않고 당해 금융투자업자

와 제휴하고 있는 은행 등의 금융기관에 결제계좌를 개설하기도 한다. 그러한 경우라도 계좌설정계약은 약관을 통해서 맺게 되며, 포함되는 내용은 동일하다. 고객이 자신이 계약한 금융투자상품에 대한 대금을 지불하는데 있어서 자금이 부족한 경우가 있는데, 이

27) 장내파생상품의 경우 위험고지와 투자성향 정보가 등록되어야 주문을 할 수 있다.
28) 금융투자업분야 약관 및 실태조사 심사가이드라인 연구, 2010, 75면 재인용.

경우 금융투자업자는 대출서비스를 함께 제공하는 것이 일반적이다. 금융회사가 이와 같은 대출서비스에 대하여 대출금 회수를 위하여 고객의 증권이나 결제계좌의 금전으로부터 우선적으로 회수할 수 있는 권리를 약관을 통해서 확보한다.

3.2 파생상품거래시 신용유지의무 불이행 책임약관의 불공정성

파생상품의 거래시 금융소비자의 신용에 문제가 발생하는 경우, 금융기관은 거래를 종료하고 정산절차에 들어간다. 파생상품의 경우처럼 금융소비자가 원본을 초과한 손실에 대한 이행이 전제되어야만 금융시장이 안정적으로 유지될 수 있는 경우 금융소비자의 신용유지의무 위반에 대한 책임약관의 불공정성은 어떻게 판단되어야 하는지 구체적으로 살펴볼 필요가 있다.

3.2.1 공정거래위원회의 약관의 불공정성 통제

우리나라 약관규제법의 특징은 사법적 규제와 행정적 규제가 병존하고 있다.²⁹⁾ 사법적 규제의 내용으로서 신의성실의 원칙에 반하여 공정성을 잃은 약관조항은 무효라는 일반원칙을 선언한 다음(약관규제법 제6조 제1항), 약관조항이 공정성을 잃은 것으로 추정되는 경우(약관규제법 제6조 제2항)³⁰⁾ 및 개별 구체적으로 무효로 판단되는 경우(약관규제법 제7조~제14조)를 나열하고 있다. 무효로 판단되는 경우 그 효과에 대하여 일부무효의 특칙을 규정하고(약관규제법 제16조), 약관이 계약의 내용으로 편입되기 위한 요건(약관규제법 제3조 명시·설명 의무) 및 약관이 개별약정에 우선한다는 원칙(약관규제법 제4조)을 두고, 약관해석의 원칙을 더하고 있다(약관규제법 제5조). 구체적인 계

약관에서 약관규제법은 사법적 규제를 위한 3단계 내용통제과정을 거치는데, 편입통제, 해석통제, 효력통제(불공정성통제) 순서로 적용된다.³¹⁾ 학설과 판례는 약관의 사법적 규제를 구체적 계약관계를 전제로 한다는 점에서 구체적 내용통제(konkrete Inhaltskontrolle)라고 한다.³²⁾ 반면 행정적 규제는 공정거래위원회에 의한 약관의 무효심사 및 이를 전제로 한 불공정약관의 사용금지처분을 포함하는 개념이다. 공정거래위원회의 약관 또는 표준약관의 불공정성 판단은 구체적 계약관계를 전제로 하지 않은 약관심사라는 점에서 약관의 추상적 내용통제(abstrakte Inhaltskontrolle)라고 한다.

그런데 약관조항의 불공정성 판단기준과 관련하여서는 추상적 내용통제와 구체적 내용통제의 판단기준을 구별할 것인가 관점에 따라 학설이 구분된다. 양자를 엄격하게 구별하는 학설은 추상적 내용통제는 구체적 계약관계와는 무관하게 다만 문제가 된 약관조항의 불공정성 여부만을 판단하는 것으로, 문언 자체의 의미에 대하여 약관규제법상의 심사기준에 따라 추상적으로 판단하면 충분하는 견해이다. 반면에 구체적 내용통제는 특정의 구체적인 계약관계에서 당사자의 권리 의무를 확정하기 위한 선결과제로서 약관조항을 심사하는 것이므로 약관조항의 불공정성 판단은 추상적 내용통제와는 달리 구체적인 사정을 고려하여 개별적으로 하여야 한다고 본다. 반면 양자를 구별하지 않는 학설은 양자는 약관조항의 불공정성을 판단하는 것이므로 심사주체가 다를 뿐 그 기준이 다르다고 보지 않는다. 현재 다수의 견해는 양자에서 불공정성 판단기준을 구별하지 않고 있다.³³⁾

추상적 내용통제가 문제가 된 사건(시정명령취소 소송)에서 법원은 공정거래위원회에 의한 추상적 내용통제 내지 약관 조항의 불공정성 판단의 적법성에 대하여 심사를 하고 있는데, 다음과 같은 판시를 하고

29) 서희석(2013), 공정위의 표준약관 직권제정 및 사용권장과 그 전제로서의 약관조항의 불공정성 판단 - 추상적 내용통제와 구체적 내용통제의 관계 (대법원 2010. 10. 14. 선고 2008두23184 판결)-, 판례연구 제24집, 부산판례연구회, 483면.

30) 1. 고객에게 부당하게 불리한 조항, 2. 고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항, 3. 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항 등임.

31) 권오승, 한국의 약관규제, 경쟁법연구 제8권, 한국경쟁법학회, 2002. 2, 571면 이하.

32) 서희석(2013), 전게논문, 484면.

33) 서희석(2013), 전게논문, 509면.



있다. 법원은 “... 불공정 약관조항에 해당하는지 여부를 심사함에 있어서는 문제되는 조항만을 따로 떼어서 볼 것이 아니라 전체 약관내용을 종합적으로 고찰한 후에 판단하여야 하고, 그 약관이 사용되는 거래분야의 통상적인 거래관행, 거래대상인 상품이나 용역의 특성 등을 함께 고려해야 한다”고 판시하였다.³⁴⁾ 즉 약관조항의 불공정성을 판단할 때에 문제되는 조항만을 추상적으로 판단할 것이 아니라 전체 약관내용과의 관련 속에서 또한 거래분야의 통상적인 거래관행 등에 비추어 종합적으로 판단하여야 한다고 보았다.

한편 공정거래위원회는 불공정 약관을 심사함에 있어서 약관심사지침 등을 마련하고 있다.³⁵⁾ 동 지침에서는 공정거래위원회의 추상적 내용통제가 문언의 의미를 심사하는 추상적 심사이나, 구체적인 시장상황이나 거래관행 등에 비추어볼 때 그 추상적 심사와 다른 결론에 이를 수 있음을 기재하고 있다. 즉 시장상황이나 거래관행 등을 고려하여 판단해야 한다는 취지로 해석이 가능하다.³⁶⁾ 결국 공정거래위원회의 약관 심사도 법원의 판단기준과 다르다고 보기 어렵다.

3.2.2 “금융투자업분야 약관심사 가이드라인”

공정거래위원회는 금융투자업분야의 약관에 있어서 “금융투자업분야 약관심사 가이드라인(2011. 4. 1. 제정)”을 마련하였다. 동 가이드라인의 금융기관이 사용하는 약관 중 공통적이고 대표적인 약관을 중심으로 제시하고 있음을 명시하고 있다. 또한 공정거래위원회의 약관심사는 약관조항 자체에 대한 문언적 의미를 심사하는 추상적 심사임을 알리고 사업자의 약관이 이 지침에서 예시한 법 위반에 해당할 수 있는 조항(예시)에 해당하나 구체적인 시장상황이나 거래관행 등에 비추어 볼 때 법에 위반되지 않을 수 있음을 명시하고 있다.³⁷⁾

금융투자업 분야 약관 심사시 일반적 고려사항으로는 우선 자본시장법, 전자금융거래법 등 금융관련 법령에 정한 취지에 반하는 약관이 검토대상이 된다. 다음으

로 금융투자협회가 제정한 표준약관과 금융투자업자가 제정한 개별약관에 모두 규정되어 있는 경우 금융투자협회 제정의 표준약관을 우선하여 심사로 하고, 부당성 여부나 상당한 이유 여부 등은 당해 약관을 설정한 의도 및 목적, 금융투자업종의 통상적인 거래관행, 관계 법령, 당해 금융투자상품의 특성, 고객의 지위, 고객이 입을 불이익 등을 종합적으로 고려할 것을 규정한다.

구체적인 내용으로 약관의 정의와 범위, 변경된 약관의 편입에 관한 사항, 회사가 계약내용을 일방적으로 정하거나 제한하는 사항, 명확한 기준 없이 고객의 권리를 제한하는 사항, 최고절차 없이 계약을 즉시 해지할 수 있도록 하는 사항, 계약 해지 후 선급한 보수나 수수료 등을 일체 환급하지 않는 경우, 변제 충당에 관한 사항 기간 연장에 대한 고객의 의사표시를 의제하는 사항, 채권양도 제한에 관한 사항 등으로 구분하여 약관규제법의 적용 기준을 제시하고 있다. 더 나아가 상품별 불공정 조항을 첨부하여 그 기준을 명확히 하고 있다.

3.2.3 파생상품의 신용유지의무 위반시 불이익 조항의 불공정성 검토

공정거래위원회는 약관규제법과 본 가이드라인에 근거한 금융투자분야의 불공정을 심사하고 있다. 지난 2015년에 지난 3년동안(심사범위는 2013년부터 2015년 9월까지 접수된 1,635건에 관한 사항을 검토)의 불공정약관을 검토하여 금융위원회에 시정조치를 요청하였다. 공정거래위원회의 2015년 금융투자약관 심사 내용 중 금융소비자의 신용변화에 따른 담보물제공 및 해태시 해제에 관한 사항과 관련한 사항에 대한 시정요청이 많았다. 해당 사항들은 금융소비자의 신용유지의무 해태에 따른 계약해지에 관한 사항인데, 특히 거래의 방법과 내용이 정형화 되어 있지 않은 장외상품의 경우에는 상품가입자의 채무이행을 담보하기 위한 목적의 일정비율이상의 증거금 유지의무의 불이행 및 신용위험 사유 발생시 사업자의 자동적 거래정산 등과 관련한

34) 대법원 2005. 2. 18. 선고 2003두3734 판결

35) 2015. 9. 22. 공정거래위원회 예규 제233호

36) 서희석(2014), 전계논문, 518면.

37) 금융투자업분야 약관 실태조사 및 심사가이드라인 연구, 공정거래위원회 연구용역보고서, 2010, 225면.

약관 조항들이었다. 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

1) 파생상품에 있어서 불공정거래 약관

공정거래위원회가 파생상품과 관련하여 불공정 약관이라고 검토한 내용은 아래와 같다. 특히 채무불이

행을 제외하고 고객의 신용에 영향을 미칠 우려가 있는 경우 그 효과로서 청산 및 계약해지 등의 권리를 부여한 조항이 다수 포함되어 있다(신용유지의무 위반으로 인한 계약해제·해지 사항을 밑줄로 표기, 채무불이행으로 인한 계약해제·해지는 배제).

〈표 1〉 파생상품 관련 공정거래위원회 검토사항 요약

	대상약관	불공정 약관조항
1	장내파생상품	1. 고객의 위탁증거금 또는 결제대금 납입기간을 지나치게 짧게 규정하고 불이행시 연체료를 부담시키는 조항 2. <u>명확한 기준없이 고객의 권리를 제한하는 등 불이익을 제공하는 조항</u>
2	장외파생상품	<장외파생 거래기본약관> 1. 지급 또는 인도의무 불이행시 최고기간 없이 즉시 계약해지가 가능하도록 규정한 조항 2. 담보제공의무의 불이행시 최고기간 없이 즉시 계약해지가 가능하도록 규정한 조항 3. 당사자 등이 제3자에 대한 일체의 차입관련 채무나 파생상품거래로 인한 채무의 불이행시 최고기간 없이 즉시 계약해지가 가능하도록 규정한 조항 4. 채권자가 회생·파산절차를 신청한 경우에도 유예기간 없이 즉시 계약해지가 가능하도록 규정한 조항 5. 가압류, 가처분시 최고기간 없이 즉시 계약해지가 가능하도록 규정한 조항 6. 최종정산잔액을 다루지 못하게 한 조항 7. 합리적 유예기간 없이 고객이 개별거래확인서를 받은 후 지체없이 회사에 이익을 제기하지 아니하면 당해 거래확인서의 내용이 회사와 합의한 내용과 일치하는 것으로 간주하는 조항 8. 사업자에게 언제든지 계약을 해지할 권한을 부여하는 조항 9. 약관상 동의·확인 문구를 동의로 간주하는 조항 10. <u>신용도가 현저히 저하된 경우로 회사가 판단한 경우와 같이 자의적이고 추상적인 사유로 계약해지사유로 규정한 약관조항</u> <장외파생거래 담보계약서> 11. 인간 위·변조 관련 회사의 면책 조항

장내파생상품 거래에 있어서 고객의 위탁증거금 또는 결제대금 납입기간을 정함에 있어서 추가증거금 발생여부가 확정되기 전에 납입토록 하는 규정을 불공정하다고 심사하였다. 그리고 고객의 신용도 하락 등으로 인한 결제불이행 위험이 우려되는 경우 인수도 결제시한을 앞당긴 약관에 대하여 고객의 신용도 하락 사유를 명시하지 않은 점에 대하여 불공정하다고 심사하였다. 다만 동 심사에서 사유를 사전에 명시하지 않은 점에 대하여 불공정하다고 심사한 것이 그 구체적인 사유에 대해서는 심사하지 않았다.

한편 장외파생상품의 경우 채무불이행 사항의 경우에 최고기한 없는 계약해제·해지에 관한 사항과 금융소비자의 신용 위험이 발생한 경우의 최고기한 없는 계약해제·해지에 관한 사항, 그리고 기타 사항으로 크게 구분할 수 있다. 채무불이행이 계약해제·해지사유가 된 경우는 지급 또는 인도의무 불이행, 담보제공의무 불이행 등이고, 금융소비자의 신용위험을 높이는 사유가 계약해제·해지사유가 된 경우는 제3자에 대한 일체의 차입관련 채무나 파생상품거래로 인한 채무불이행의 경우, 회생·파산절차를 신청한 경우, 가압



류, 가치분의 경우 등이 그러하다. 나머지 기타 사항으로서 최종정산잔액에 대한 이의제기를 제한하고 있는 경우, 고객의 회사에 대한 이의제기 시점을 제한하는 경우, 사업자의 임의해지권 등이다.

2) 신용유지의무 위반 효과의 불공정성 판단 이유

장내외파생상품거래 약관 중 신용유지의무에 관한 약관은 금융소비자의 신용위험 가능성으로 인한 금융기관의 계약해제·해지 관련 조항 등이다. 장내외파생상품의 경우에는 금융소비자의 신용도 하락에 영향을 미치는 구체적인 사유가 적시되지 못했다는 점이 불공정성 심사대상이 되었고, 장외파생상품의 경우에는 금융소비자의 신용도 하락에 영향을 미치는 구체적인 사유가 발생한 경우 별도의 최고기한 없이 계약해제·해지가 발생한다는 점 및 가치분·가압류 등의 경우처럼 일부 요건은 거래관계를 종료시킬 만큼의 신용도 하락이라고 보기 어렵다는 점 등이 불공정심사대상이 되었다.

파생상품거래가 원활하게 이루어지기 위해서는 계약당사자의 확고한 채무이행이 바탕이 되어야 하기 때문에, 파생상품거래과정에서의 금융소비자의 신용유지의무 역시 채무내용으로 포섭되어 있다. 장내거래의 경우처럼 채무의 이행이 시장에서 어느 정도 담보될 수 있는 경우와 달리, 장외거래의 경우는 채무의 이행이 전적으로 거래당사자 또는 그 신용제공인에게 달려 있다. 금융소비자의 신용유지의무를 해태로 인한 귀책거래종료사유에 해당하게 되면, 금융기관은 그 사유가 지속되는지 여부 및 귀책당사자가 의무를 이행했는지 여부와는 상관없이, 귀책당사자의 상대방 당사자는 귀책당사자에 대하여 해당 귀책거래종료사유를 명시하여 모든 개별거래에 관하여 기한전 거래종료일을 지정하여 통지함으로써 모든 개별거래를 해지할 수 있다고 규정한다. 즉 사실상 최고기한 없는 계약해제·해지를 하고 있다(장외파생상품기본계약서 제8조 제2항).

이에 공정거래위원회는 민법상 이행지체로 인한 계약 해제·해지는 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행

을 최고하여야 한다고 명시하고 있는 바, 해지권이 발생한 후에 최고기간을 거치면 되는 것이 아니라 최고기간을 거쳐야만 해지권이 발생하는 것으로 동 조항은 법률의 규정에 의한 해지권의 행사요건을 완화하여 고객에 대하여 부당하게 불이익을 줄 우려가 있는 조항이라고 판단하였다. 더 나아가 공정거래위원회는 지급일 또는 인도일에 본 계약서와 개별 거래확인서에 의한 지급의 무나 인도의무를 전부 또는 일부 이행하지 아니하고 그러한 불이행 사실을 상대방 당사자로부터 통지 받은 날로부터 귀책거래종료사유로서 영업일 이내에 불이행이 시정되지 않는 경우(제1호), 제1호의 지급 또는 인도의무를 제외한 본 계약서와 개별 거래확인서에 의한 의무를 전부 또는 일부 이행하지 아니한 경우, 만약 그러한 불이행이 치유될 수 있는 성질의 것인 경우에는 그러한 불이행 사실을 상대방 당사자로부터 통지 받은 날로부터 5 영업일 이내에 불이행이 시정되지 않는 경우(제2호)에서 최고기한을 주고 있다는 점과 정합성을 이루지 못하는 조항이라고 지적한다.³⁸⁾

3.3 신용유지의무 불이행의 효과규정의 재검토

3.3.1 귀책거래종료 사유의 범위

금융거래는 장래의 위험을 최대한 회피하고, 안정적인 거래가 이루어지도록 나아가려는 경향이 강하다. 금융투자상품으로서 파생상품은 주식·채권·통화 등의 기초자산의 변동과정에서 발생하는 위험을 회피할 목적으로 만들어진 금융상품이라는 점을 고려하면, 파생상품거래 당사자의 불이행은 상품 그 자체로서의 의미가 반감된다. 이에 더하여 파생상품은 원본을 초과한 확대손해가 발생할 여지가 있다는 특징까지 있기 때문에 파생상품의 거래에 참여하는 당사자들의 신용은 거래의 중요한 요소가 된다.

금융기관의 입장에서는 금융소비자의 신용위험이 발생하여 채무의 이행이 어렵다고 판단되는 경우, 확대손해가 발생할 수 있는 파생상품의 거래를 중단시켜

38) 해당조항은 2010. 10. 25. 약관심사자문위원회(제66호 3소위)에서 지적되어 시정된 조항이다(금융투자회사의 약관실무해설서, 2011, 금융투자협회 248면 이하).

일차적으로는 금융소비자를 보호하고,³⁹⁾ 이차적으로는 파생상품시장에 참가한 제3자를 보호하여 시장의 건전성을 유지할 필요가 있다. 즉 금융회사는 채무불이행의 위험이 높은 금융소비자에서 낮은 소비자와 파생상품 거래를 할 수 있는 기회를 확보함으로써 신용이 불안한 금융소비자에게 증거금을 넘어선 확대손해를 특정하여 계약관계유지로 인한 확대손해 가능성을 줄이고, 당해 파생상품의 거래를 희망하는 안정적인 신용을 가진 자에 대한 거래기회를 보장함으로써 안정적인 거래가 활성화 될 수 있다.⁴⁰⁾

따라서 파생상품거래시 귀책거래종료 사유는 거래의 중요한 사항으로 당사자의 합의로 정할 수 있는 사항이다. 장내파생상품처럼 계약조건이 정형화, 표준화되어 있고 한국거래소가 개설한 파생상품시장에서 이루어지는 경우와 달리 장외파생상품의 경우에는 파생상품 거래의 위험을 거래 당사자가 계약과정에서 조율해야 할 필요성이 있다. 공정거래위원회의 불공정약관심사에 있어서도 거래당사자 또는 그 신용제공인의 회생·파산절차를 신청한 경우나 가압류, 거래당사자 또는 그 신용제공인의 자산에 가압류·가처분의 경우 등도 해당 사유의 포함의 불공정성을 검토하고 있는 것이 아니라, 해당 사유가 최고 없는 계약해지 효과가 있다 점에서 불공정하다고 판단하고 있다.

결과적으로 귀책거래종료 사유 그 자체는 금융소비자의 신용위험을 금융기관이 어느 정도까지 인수할 것인가의 문제로서 금융기관의 서비스 경쟁의 영역이자 파생상품시장 건전성 확보를 위한 책무의 문제라고 볼 것이다.

3.3.2 귀책거래 후 기한전 거래종료일 지정 등

귀책거래종료 사유에 포함되는 경우, 금융기관은 지정일을 정하여 고지하고 정산절차에 들어감에 따라

서 사실상 계약해지와 동일한 효과가 발생하는데, 금융소비자의 신용위험을 징표할 수 있는 사유가 금융기관이 일방적인 계약해제 해지권을 행사해야할 만큼의 사유인가에 대해서 검토할 필요가 있다.

장외파생상품거래 한글약정서 권고안은 귀책거래종료사유가 있는 경우 그 사유가 지속되는지 여부 및 귀책당사자가 의무를 이행했는지 여부와는 상관없이, 귀책당사자의 상대방 당사자는 귀책당사자에 대하여 해당 귀책거래종료사유를 명시하여 모든 개별거래에 관하여 기한전 거래종료일을 지정하여 통지함으로써 모든 개별거래를 해지할 수 있다고 규정하고 있다(장외파생상품거래 한글 약정서 권고안 제8조 제2항). 동 약관과 귀책거래유형이 결합됨에 따라, 귀책거래유형에 신용위험이 발생한 것으로 추정되는 금융소비자에 대하여 시정기회를 부여하지 않는 점이 부당하다고 검토할 수 있다.

공정거래위원회가 불공정 약관이라고 지적한 점도 금융소비자의 귀책거래시 상당한 기간을 정한 이행의 최고 없는 계약해지에 관한 사항이었다. 결국 위 조항이 유효하기 위해서는 귀책거래 개별 유형에서 거래상대방의 상당기간 최고요건을 포함시켜야 한다. 특히 파생상품거래시 소비자의 신용유지의무와 관련해서 회생·파산절차의 신청의 경우나, 가압류·가처분 등이 있는 경우 최고기간 없는 귀책거래 성립이 그러하였다.⁴¹⁾

그러나 금융상품의 특성이 반영된 거래에서 귀책거래로서 신용유지의무위반 사유는 업계에서 정할 사항이다. 거래조건 및 기한이 정해져 있는 파생금융상품에서 기한전 종료일을 지정하여 정산하는 것이 사실상 계약의 해지에 해당하나 또 다른 의미에서는 금융소비자의 신용유지의무 채무불이행으로 인한 기한의 이익 상실이라고 볼 수 있다. 때문에 공정거래위원회가 채무불이행으로 인한 기한이익 상실조항을 유효하다고 판단하고 있는 이상, 신용유지의무위반으로 인한 기한전 거래종료에 대하여 법률의 규정에 의한 해지권의

39) 공정거래위원회는 해당 기초자산의 가격이 어떻게 변동할지에 대한 판단은 고객의 자율적인 판단에 따라야 하는 것으로 이러한 고객의 의사와 상관없이 신용위험의 이유만으로 일방적으로 해지할 수 있는 것 자체가 고객에게 불리한 조항이라고 판단하였다. 공정거래위원회, 금융투자약관 불공정성 관련 심사의견, 25면 참고)

40) 금융소비자의 신용위험을 파생상품을 중개한 금융기관이 부담하지 않기 위한 약관이라고 비판할 수 있으나, 금융기관은 건전한 시장경제를 유지시킬 책무가 있는 바 반드시 금융기관의 이익만을 고려한 조항이라고 판단할 수는 없다.

41) 이에 금융투자협회는 당해 약관조항은 단순히 해지발생사유를 명시한 것이지 민법상 최고기한을 배제하는 조항은 아니라고만 주장하였다.



행사요건을 완화하여 고객에게 부당하게 불이익을 줄 우려가 있는 조항(약관규제법 제9조 제3호)이라고 단정 지어서는 곤란하다.

또한 공정거래위원회는 금융소비자의 채무불이행이 발생한 경우에도 금융소비자에 대한 계약내용대로의 이행최고 후 채무불이행 상태 계속을 귀책거래의 유형으로 하고 있다는 점을 강조한다. 그러나 귀책거래의 유형은 이행기 전후를 나누어 볼 필요가 있다. 파생상품이 장래의 경제 환경변화의 위험을 피하고자 만들어진 점을 고려할 때, 금융소비자의 채무불이행은 상품의 목적을 달성하지 못하게 하는 요소이다. 따라서 금융기관의 입장에서는 이미 채무의 이행기가 도래하였으나 채무불이행의 경우에는 채무를 이행토록 최고하는 것이 당연하고, 아직 이행기가 도래하지 않았으나 채무불이행의 위험이 객관적으로 높다고 판단되면 계약관계를 종료시키고 안정적인 이행이 가능한 금융소비자와 거래를 맺는 것이 합리적이다.⁴²⁾ 따라서 귀책거래의 유형으로서 채무불이행의 경우와 신용유지의무 해태의 요건을 구분할 이유가 있다.

금융소비자의 신용유지의무 위반으로 인한 기한전 거래 종료일 지정을 계약해지가 상당기간 최고 없는 즉시해지라고 하더라도, 당해 계약의 목적 및 고객의 권리·의무, 해지를 지체함으로써 발생하는 사업자의 손해유무 및 정도 등을 종합적으로 고려해야하고,⁴³⁾ 고객의 예견가능성을 침해하고 있지 않다면 유효한 조항이라 본다.⁴⁴⁾ 파생상품의 특수성 및 적격개인투자자제도⁴⁵⁾ 등을 고려해 볼 때 신용유지의무위반에 따른 기한전 정산제도가 예상가능성을 벗어난 제도로 하고 하기 어렵다.

마지막으로 거래 상대방이 거래종료일을 지정하는

구체적인 요건을 살펴보면 귀책사유거래를 알게 된 시점에 당사자는 거래 상대방에게 그 사유 및 관련 개별거래 내역을 명기하여 통지하고, 상대방 당사자(금융소비자)가 그 사유에 관하여 합리적으로 요구할 수 있는 자료를 제공할 것을 청구할 수 있도록 하고 있다. 동 조항은 금융소비자의 귀책을 거래 상대방이 객관적으로 입증하도록 만든 것으로, 귀책거래 입증자료가 부적절한 경우 합리적으로 요구할 수 있는바 사실상 신용유지의무를 위반한 자에게 최고하는 사실상의 효과가 있을 수 있다는 점도 당해 약관의 부당성 여부 판단시 고려할 요소이다.

3.3.3 불충분한 구체적 내용통제 심사

공정거래위원회의 추상적 내용통제는 구체적 계약관계를 전제로 하지 않기 때문에 불공정성내용통제가 문제될 뿐이다. 다만 해석통제는 내용통제를 위한 해석의 방향성을 제시하고 경우에 따라 내용통제 그 자체로서 기능하는 경우도 있기 때문에 추상적 내용통제에 포함된다.⁴⁶⁾ 그러나 공정거래위원회의 추상적 내용통제가 어떠한 기준으로 이루어지는가에 대해서는 특별히 논의된 바가 없음을 앞서 살펴본 바와 같다.

파생상품 약관 중 금융소비자의 신용유지의무와 관련하여 공정거래위원회는 “이행지체로 인한 계약해지권이 발생하려면 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하여야 함”을 명확히 하고, 이를 위반하고 있는 약관을 무효로 보는 추상적 내용통제를 하는 한편, 국제스왑파생상품협회(International Swaps & Derivatives Association Inc.)의 표준계약서 양식의 내용(이하 ISDA 표준계약서)⁴⁷⁾을 들어 구체적인

42) 장내파생상품은 거래소가 이행을 보증하는 상대방의 역할을 하므로 상대방 위험이 없는 것으로 간주되나, 장외파생상품은 매매당사자 간의 계약의 이행가능성이 상대방의 신용도에 의하여 좌우되는 폐쇄성 때문에 투명성이 상대적으로 부족하여 투자자가 불의의 손실을 입을 가능성이 매우 높다(최정식, 2016, 장외파생상품 거래에서의 자산운용회사와 판매회사의 투자자 보호의무, 법학논총 제35집, 숭실대학교 법학연구소, 403면 참고).

43) 금융투자업분야 약관심사 가이드라인(2011.04.01), 16면.

44) 금융투자업분야 약관 실태조사 및 심사가이드라인 연구, 공정거래위원회 연구용역보고서, 2010, 164면

45) 적격개인투자자제도란 실질적인 투자능력을 갖춘 적격 개인투자자에 한하여 파생상품시장 신규진입을 단계적으로 허용하는 것을 말한다. 이때 개인투자자는 자본시장법상 전문투자자(투자경험 1년 이상, 금융자산 50억원 이상인 개인을 포함)를 제외한 일반투자자 중 법인, 단체 및 외국인을 제외한 자를 말한다.

46) 이병준, 2012, 약관의 추상적 내용통제와 구체적 내용통제의 관계, 재산법연구 제29권 제2호, 160면~161면.

47) ISDA 표준약관에서는 “회생·파산신청의 경우에도 그 신청 후 신청이 각하, 취소되지 않은 채 15일을 경과한 경우에 한해 계약을

거래관계에 있어서도 현행 약관이 불공정하다는 구체적인 내용통제도 겸하고 있다.

그러나 국제스왑파생상품협회의 ISDA 표준계약서는 채무불이행(Events of Default)을 이행지체 후 종국적인 이행불능의 경우라고 정의하고, 채무불이행 유형 중 선택적으로 ISDA 표준계약서의 계약해제·해지사유(Termination Events) 및 자동 사전 거래 종료(Automatic Early Termination)에 요건에 해당하도록 구성되어 있다. ISDA 표준계약서의 채무불이행은 이행최고 후에도 완전한 이행이 없는 종국적인 불이행이라는 개념을 사용함에 따라 우리나라 파생상품

계약서상의 귀책거래에 대한 개념과 일치하지 않는다. 우리나라 파생상품 계약서의 귀책거래는 계약당사자의 고의·과실로 인한 이행불능, 이행지체, 불완전 이행을 의미하는 것으로 ISDA의 개념과 차이가 있다.

결과적으로 국내 파생상품의 귀책거래 종료사유는 그 나름대로의 의미를 가지는 바, 공정거래위원회는 금융소비자의 신용위험에 영향을 미치는 종료사유의 불공정성을 검토함에 있어서 금융소비자의 신용유지의무 해태의 별칭이 현재 파생상품거래에서 가지는 의의 등에 관한 보다 깊은 검토를 할 필요가 있다.

4 [] 마치면서

금융기관의 금융서비스는 자금의 증개를 넘어 장래 경제상황의 변화에 대한 대응이라는 사회적 기능을 금융소비자와 개별적인 거래를 통해 수행하고 있다. 때문에 금융기관과 금융소비자의 관계를 일반적인 소비자거래에서의 사업자와 소비자의 관계로 단순화하게 이해하는 것은 곤란하며, 금융기관의 사회적 기능이 금융소비자 사이의 권리와 의무에 어떻게 반영되고 있는지 종합적으로 고찰할 필요가 있다. 특히 금융소비자의 신용유지의무 약관은 금융거래의 특성이 잘 반영되어 있다.

이에 공정거래위원회의 불공정 약관심사는 대립적 관계에 있는 거래 양당사자의 권리와 의무를 공정성하게 규율함으로써 이해관계를 조절하고 있다. 공정거래위원회의 추상적 내용통제는 약관이 사용되는 거래 분야의 거래관행과 특성 그리고 전체 약관내용 등을 종합적으로 고려한다. 따라서 공정거래위원회의 추상적 내용통제는 공정거래위원회가 불공정 약관 판단시점에 현 시장에서의 적절한 거래관계 및 향후 어떠한 거래관계가 형성되어야 하는지 선택한 것이라고 볼

수 있다. 그렇다면 공정거래위원회는 약관의 추상적 내용통제를 함에 있어서 거래를 둘러싼 다양한 요소에 대한 종합적인 검토가 반드시 요구된다고 볼 것이다.

최근 장외파생상품거래 한글약정서 권고안은 금융소비자의 신용유지의무 해태로서 귀책거래요건을 공정거래위원회의 시정요청 내용대로 수정되었다. 회생절차 또는 파산절차가 신청된 경우로서 그 신청으로부터 7일 이상으로 각 회사가 정하는 일 이내에 각하, 기각, 취소 등이 이루어지지 않은 경우로 하였고, 당사자 등의 모든 자산 또는 상당한 자산에 대한 가압류나 가처분이 이루어지고 10일 이상으로 각 회사가 정하는 일의 유예기간이 경과한 후에도 해당 사유가 해소되지 않은 경우로 수정하였다. 그러나 이와 같이 수정된 약관이 금융거래 현실에 적합한 약관으로 인정받기 위해서는 변경전 불공정 약관이 단순히 민법의 해제·해지 요건에 어긋났기 때문이 아니라 해당 조항이 거래과정에서 어떠한 의미를 가지고 있고 어떠한 기능을 하였는지에 대한 면밀한 검토가 뒷받침 되어야 한다. 향후 공정거래위원회의 금융투자상품 거래약관의 불공

해지할 수 있다"라고 되어 있다. 단 ISDA 표준계약서는 사업자 사이의 파생상품거래를 모델로 하고 있기 때문에, 금융소비자와의 거래를 기준으로 하고 있지 않음에 유의할 필요가 있다.



정성 검토가 금융투자상품의 전반적인 이해를 바탕으로 이루어지길 기대한다.

참 고 문 헌

고동원, 2015, 2015년 개정 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률에 관한 법적 검토, 금융정보연구 제4권 제2호

고동원, 2008, 금융규제와 법, 박영사

권오승, 2002, 한국의 약관규제, 경쟁법연구 제8권, 한국경쟁법학회

민해영, 2016, 최근 10년간 약관심사의 경향과 특징, 소비자거래에서 약관규제법의 현황과 과제, 2016.4.20. 학술대회자료집

서희석, 2013, 공정위의 표준약관 직권제정 및 사용권장과 그 전제로서의 약관조항의 불공정성 판단-추상적 내용통제와 구체적 내용통제의 관계 (대법원 2010.10.14. 선고 2008두23184 판결)-, 판례연구

제24집, 부산판례연구회

오시정, 2015, 여신거래계약의 이론과 실무, (유)한국금융법연구원

이병준, 2012, 약관의 추상적 내용통제와 구체적 내용통제의 관계, 재산법연구 제29권 제2호, 한국재산법학회

최정식, 2016, 장외파생상품 거래에서의 자산운용회사와 판매회사의 투자자 보호의무, 법학논총 제35집, 송실대학교 법학연구소

금융투자업분야 약관 실태조사 및 심사가이드라인 연구, 공정거래위원회 연구용역보고서, 2010.9.30.

금융투자회사의 약관실무해설서, 2011, 금융투자협회