

證券會社 任職員の 任意賣買禁止

金 性 倬 *

I. 머리말

증권의 任意賣買라 함은 증권회사 임직원이 고객으로부터 위탁을 받지 아니하고 고객으로부터 위탁받은 재산으로 유가증권의 매매거래를 함을 말한다. 증권상의 임의매매는 그 동안 우리 증권업계의 고질적인 병폐로 지적되고 있으며 고객과 증권회사 사이에 발생하는 證券紛爭의 대부분을 차지하고 있다.¹⁾

종래의 증권거래법에는 임의매매를 명시적으로 금지하는 규정이 없지만,²⁾ 임의매매는 계약법상 당연히 금지되는 것으로, 이에 대해서는 민사상의 손해배상책임과 형사책임을 부과할 수 있는 것으로 이해하였다.

그러나 이같은 일반법에 의한 방책만으로는 증권거래에서 다수 발생하

* 嶺南大學校 法科大學 助教授, 法學博士

- 1) 증권감독원이 국회에 제출한 국정감사자료에 의하면 일임·임의매매로 인한 민원과 소송은 1993년 75건(68.2%) 발생하는 데 그쳤으나, 1994년에는 151건(75.1%)으로 2배 이상 늘어났고, 1995년에는 235건(69.5%), 1996년에는 223건에 달했다. 1997년 8월 말까지는 162건이 발생함으로써 증가세를 보이고 있다(문화일보, 1997년 10월 2일, 14면; 증권감독원, 「증권분쟁조정사례Ⅱ」, 1996년 10월, 11면).
- 2) 증권관리위원회의 「증권회사의 위탁매매업무 등에 관한 규정」에서는 고객이 위탁한 재산을 임의로 매매하는 행위를 부당권유행위의 하나로 금지하고, 증권회사는 종사자에 대하여 이의 위반행위가 발생하지 않도록 적절한 예방조치를 취하도록 하고 있다(동 규정 제4조 1항 8호).

고 있는 임의매매를 효과적으로 근절시키기 어렵다는 지적이 있었다. 이에 개정 증권거래법은³⁾ 임의매매와 관련된 분쟁을 예방하고 증권투자자를 보다 효과적으로 보호하기 위하여 임의매매 금지규정과 그 위반행위에 대한 형사처벌조항을 신설하였다. 즉, 증권회사의 임직원은 고객 또는 그 대리인으로부터 유가증권의 매매거래에 관한 위탁을 받지 아니하고는 고객으로부터 위탁받은 재산으로 유가증권의 매매거래를 하지 못하며(증권거래법 제52조의 3), 임의매매행위에 대해서는 형사벌칙으로 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(증권거래법 제207조의 3).

한편, 미국과 일본의 증권거래법에는 우리의 개정전 증권거래법에서와 마찬가지로 임의매매금지에 관한 명시적인 규정이 없고 일반법 원칙에 따라 민사책임과 형사책임을 부과하고 있다. 그런데 이들 나라의 경우는 임의매매금지규정이 없더라도 임의매매사례는 거의 없다고 한다.⁴⁾ 이하에서는 개정 증권거래법에서 신설된 임의매매 금지규정을 중심으로 그 법리와 이를 위반한 경우의 배상책임 및 형사처벌에 대하여 살펴보고자 한다.

II. 證券會社 任職員의 任意賣買 禁止

1. 任意賣買의 발생계기 및 실태

주식 등 유가증권의 매매거래는 매도인과 매수인의 매매에 관한 의사와 유가증권에 대한 占有를 이전함으로써 할 수 있다(상법 제336조 제1항, 증권거래법 제174조의 3 제2항). 유가증권의 매매거래는 매도인과 매수인 사이에서 직접 할 수도 있다. 그러나 증권거래소에 상장된 유가증권의 매매거래는 유가증권 유통시장인 證券去來所를 통하여야 하고(증권거래

3) 1997. 1. 13 법률 제5254호.

4) 증권감독원, 「증권거래법 개정내용 해설」, 1997년 5월, 116면.

법 제2조 제12항, 제91조), 이 때 매도인과 매수인은 각각 證券會社에 계좌를 개설하고 매매거래를 委託하여야 한다.⁵⁾ 이 때문에 증권회사의 임직원이 자신의 관리하에 있는 고객의 계좌를 이용하여 고객의 위탁이나 동의 없이 임의로 유가증권을 매매거래할 수 있는 계기가 생기게 된다. 또 고객이 증권카드·인감도장·거래도장을 담당직원에 맡기는 등 고객의 잘못된 투자행태가 임의매매를 야기시키는 원인이 되는 경우도 있다.

실제 증권업계에서 임의매매가 행해지는 동기와 행태는 매우 다양하다. 증권회사의 직원은 주가가 오르리라 판단하는 주식을 임의로 매수한 후 주가가 오르게 되면 자신이 속한 증권회사에 수수료 등의 영업실적을 올림으로써 자신의 능력을 인정받게 될 뿐만 아니라 자기에게 증권매매거래를 위탁하는 고객을 확보할 것으로 오판한 나머지 고객으로부터 포괄적인 위임을 받거나 매수주문을 받은 바 없음에도 불구하고 고객으로부터 매수주문을 받은 것처럼 가장하여 임의로 매매하는 경우가 임의매매의 전형적인 사례에 속한다.

증권의 임의매매는 증권회사의 직원이 고객의 주식거래에 대한 자문을 해주고 고객의 계좌를 관리하는 과정에서 형성된 신뢰관계를 이용하는 경우에 흔히 발생한다. 또 임의매매와 관련된 분쟁은 주로 증권시장의 침체기에 증가하는 경향이 있다. 이는 주가하락에 따른 투자손실을 민원제기를 통하여 만회하려는 투자자의 행태와도 관련있다.

2. 任意賣買를 禁止하는 理由

임의매매를 금지하는 이유는 契約法理에 비추어 보면 자명하다. 계약은 당사자의 합의이고, 그것이 拘束力을 갖는 근거는 계약당사자의 「自己決定(Selbstimmung)과 그에 대한 법질서의 승인」에 있는데(민법 제105조

5) 증권회사는 위탁자로부터 매매거래의 위탁을 받아 이를 처리하고자 할 때에는 위탁자와 사전에 매매거래계좌설정계약을 체결하여야 한다(증권거래소의 「수탁계약준칙」 제2조 제1항·제2항).

참조),⁶⁾ 임의매매는 계약당사자(고객) 스스로가 그 매매거래의 체결에 직접은 물론이고 간접적으로도 간여한 바가 전혀 없기 때문이다. 이처럼 임의매매는 거래의 자기결정성을 침해하는 행위이기 때문에 허용될 수 없고, 이것이 임의매매를 금지하는 주된 이유이다. 유가증권 去來秩序의 公正性 확보는 임의매매를 금지하는 2차적인 이유라고 본다.

3. 任意賣買의 認定要件

1) 賣買委託의 不在

일임매매는 증권회사의 임직원이 고객으로부터 투자에 관한 의사결정이나 매매권한을 일임받지 아니하고 임의로 행한 매매이다. 실제 발생하는 증권분쟁에서 임의매매는 증권회사 직원과 고객간에 매매권한의 위임 여부를 둘러싼 다툼으로 나타난다.

一任賣買와 任意賣買의 구분은 구체적인 상황을 종합적으로 파악하여 賣買委託의 존재 유무에 의한다.⁷⁾ 일임의 존재 여부가 불명확한 경우에는 상황에 비추어 고객이 증권회사의 임직원에게 매매를 일임할 합리적인 이유가 있는가를 따져보아야 한다. 과거 일임이 있었다라도 그것이 종결된 이후의 매매는 임의매매가 된다. 일임매매로 인정되면 고객은 임의매매라는 주장을 하지 못하며, 일임매매 결과 고객이 손해를 입었다고 하더라도 이를 이유로 책임을 묻는 것은 증권투자의 自己責任의 원리와 信義則 또는 禁反言(estoppel)의 원칙에 비추어 허용될 수 없다.

이때의 一任은 明示의 또는 具體的으로 일임한 경우뿐만 아니라 默示的 또는 包括的으로 일임한 경우도 포함한다. 예를 들면, 고객이 매매거래 계좌설정 및 신용거래계좌설정약정 체결시 신고한 인장을 증권회사 직원에게 맡겨 준 행위는 동 직원에게 계약에 따른 예탁증권 및 예탁금의 거래

6) Esser-Schmidt, *Schuldrecht* I, 6. Aufl., S.131f; 이은영, 「채권각론」(개정판), 박영사, 1995, 18-19면.

7) 판주교법 1994. 6. 1, 93 나 3553.

및 처분을 포괄적으로 위임한 것으로 볼 수 있다.⁸⁾

또 一任의 適法·違法을 불문한다. 즉, 일임매매를 함에 있어서 유가증권의 종류, 종목 및 매매의 구분과 방법에 관한 결정을 고객으로부터 받지 아니하고 하는 거래, 즉 包括的 一任賣買은 증권거래법에 의하여 금지되나(증권거래법 제107조),⁹⁾ 일임이 포괄적이라는 이유만으로 일임매매약정이 없었다거나 당연무효라고 볼 수는 없다.¹⁰⁾ 따라서 고객은 위법한 포괄적 일임매매라는 것을 이유로 들어 곧 바로 임의매매를 주장할 수는 없다.

一任關係의 존재는 이를 주장하는 자가 立證責任을 진다고 본다. 우리 증권거래법상 일임매매는 원칙적으로 금지되고 특정한 경우에 예외적으로 허용되는 일임매매제한의 취지를 감안할 때 그러하다. 일임매매와 임의매매의 구분, 즉 일임의 존부에 관한 구체적인 사례를 보면 다음과 같다.

〈사례 1〉 증권회사의 직원이 고객의 투자수익률을 높이기 위하여 교체매매를 하다 보니 손해가 발생하였고 그 손실을 만회한 후 매매결과를 보고하면 문제가 없을 것이라는 판단하에 허위로 殘高를 통보하여 고객의 주문내용대로 매매한 것처럼 偽裝한 경우 - 이 같은 경우는 임의매매에 해당함이 명백하다.¹¹⁾ 또한 고객에게 교부한 매매거래 내역서와 실제의 거래

8) 부산지법 1993. 6. 30. 92 가단 59167; 부산지법 1993. 11. 5. 93 나 12081.

9) 증권회사가 고객으로부터 주식매매거래를 위탁받을 때에는 그 매매주식의 수량, 가격, 매매시기만을 일임받을 수 있고, 그 주식의 종류, 종목 및 매매의 구분과 방법은 고객 스스로가 결정하여야 한다(증권거래법 제107조 제1항). 증권회사가 일임매매를 하고자 하는 경우에는 사전에 고객과 서면에 의한 계약을 체결하고, 당해 계약의 관리자를 지정하여야 하며, 이 경우 일임매매의 계약기간은 1년 이내로 하고, 일임종목 수는 5종목 이내로 하여야 한다(증권거래법 시행규칙 제20조의 2 제2항). 증권회사가 일임매매를 행한 경우에는 당해 고객의 성명, 유가증권의 수량·가격·매매시기 등을 당해 거래가 행해진 달의 10일까지 증권관리위원회와 증권거래소에 각각 보고하여야 한다(증권거래법 시행규칙 제20조의 2 제3항).

10) 대법원 1996. 8. 23. 94 다 38199; 서울고법 1994. 8. 26. 93 나 45826; 서울민사지법 1993. 12. 29. 92 가합 73025; 서울지법 남부지원 1992. 3. 31. 91 가단 6089; 서울고법 1991. 1. 23. 90 나 21577; 대전고법 1993. 6. 8. 92 나 1795 등.

11) 증권분쟁조정결정: 인용 1994. 10. 7(조정결정 수락).

내역이 상이한 경우 이는 임의매매를 인정하는 유력한 정황증거로 이용될 수 있다.¹²⁾

〈사례 2〉 증권회사 직원이 고객의 요구에 의하여 원상회복을 위하여 고객계좌로부터 매매한 경우 - 증권회사의 직원이 고객으로부터 매매권한의 일임이나 주문을 받은 사실이 없음에도 불구하고 손실회복을 위하여 매매를 계속함에 따라 손해가 확대된 경우 이는 임의매매가 된다.¹³⁾

〈사례 3〉 증권회사의 직원이 고객의 주소를 임의로 변경하여 고객으로 하여금 거래내역을 수령할 수 없게 한 경우 - 이 같은 경우는 설령 고객이 증권회사에 방문하여 거래내역을 확인할 가능성이 있는 경우라 하더라도 그에 상관없이 임의매매에 해당된다.¹⁴⁾

〈사례 4〉 默示의 一任關係가 인정되는 경우 - 예를 들면, 매매와 관련하여 고객과 담당직원이 수시로 전화통화를 하였고, 계좌개설시부터 증권카드를 담당직원에게 맡기고 입출금을 의뢰한 경우에는¹⁵⁾ 동 계좌에 대한 묵시적 일임관계를 인정할 수 있으므로 이러한 경우는 임의매매에 해당되지 않는다.

그러나 증권회사의 직원이 고객으로부터 예수금 한도 내에서 매수하라는 지시를 받았음에도 未收로 매수한 경우에는 예수금의 범위 내에서 사달라고 하였을 뿐 수량 및 가격을 지정하지 않았다는 사실만으로는 담당 직원에게 매매거래를 포괄적으로 일임한 것으로 단정할 수 없으므로 담당 직원이 미수로 매수한 부분은 임의매매에 해당한다.¹⁶⁾

2) 顧客의 事後追認이 있는 경우

고객이 증권회사에 대하여 매매에 관한 사전 위임을 하지 않았다 하더라도 사후 追認한 경우 고객은 더 이상 임의매매를 주장할 수 없다. 임의

12) 증권분쟁조정결정: 인용 1996. 9. 19(조정결정 수락).

13) 증권분쟁조정결정: 인용 1994. 10. 7(조정결정 수락).

14) 증권분쟁조정결정: 인용 1994. 11. 29(조정결정 수락).

15) 증권분쟁조정 합의권고: 1996. 6. 27(권고안 수락).

16) 증권분쟁조정결정: 인용 1994. 10. 7(조정결정 수락).

매매를 금지하는 이유와 관련하여 볼 때 고객이 임의매매의 결과를 수용하기로 하면 굳이 위법하다고 볼 필요는 없기 때문이다(私的自治의 원칙). 고객이 임의매매를 사후 추인한 경우에는 유효·적법한 매매로 되기 때문에 그로 인하여 발생한 손실은 고객에게 귀속함은 물론이다.

고객이 임의매매를 認知하였음에도 불구하고 이를 放置하는 경우에는 임의매매에 대한 默示의 追認으로 간주될 수도 있다. 예를 들면, 고객이 임의매매가 행해진 것을 알았음에도 불구하고 그간의 매매거래를 양해하고 그 이후 별 이의를 하지 아니한 점 등이 인정되는 경우에는 임의매매를 자신의 위임으로 인한 매매로 받아들임으로써 이를 추인하는 행위로 볼 수 있다.¹⁷⁾

또 다른 예를 들면, 고객이 임의매수사실을 알고 담당직원에게 항의한 사실은 인정되지만 담당직원이 기다려보자고 제안하자 고객이 이에 수긍하였고, 증권회사로부터 미수금 변제독촉을 수차례 받으면서도 담당직원의 상급자 등 증권회사측에 아무런 이의를 제기하지 않았으며, 고객은 임의매수된 주식을 곧 바로 매도하여 손해를 최소화하는 등의 조치를 취하지 않은 채 주가가 오르기만을 기다린 경우라면 이는 고객이 담당직원의 임의매매거래를 추인하고 그에 대한 책임을 묻지 아니하기로 한 묵시적 의사표시로 볼 수 있다.¹⁸⁾

그러나 異議를 제기하지 않았다는 사실만으로 항상 追認이 되는 것은 아니며, 추인 여부는 구체적인 상황을 종합적으로 파악하여 판단하여야 한다.

예를 들면, 임의매매에 관한 분쟁이 발생하는 경우 고객이 증권회사에 대하여 즉각적으로 이의를 제기하기에 앞서 임의매매에 대하여 일차적으로 책임이 있는 담당 직원에게 손해배상을 요구하고, 이 요구를 받은 직원이 신분상의 불이익을 이유로 고객에 대하여 그 사실을 밝히지 말 것을 요구하면서 개인적으로 분쟁해결을 시도하는 등 공식적인 처리를 피하는 경우

17) 서울고법 1993. 5. 11. 92 나 27555; 서울민사지법 1992. 11. 19. 91 가합 67986.

18) 서울민사지법 1992. 9. 18. 91 가합 92395; 서울고법 1993. 6. 22. 92 나 61760.

고객이 이를 받아들여 담당직원에게 공식적인 이의제기를 하지 않았다고 하여 그 이후의 매매사실에 대하여 고객이 매매를 일임하였거나 임의매매를 추인하였다고 단정하는 것은 곤란하다.¹⁹⁾²⁰⁾

또 고객이 임의매매 사실을 인지하였지만 개인적 사정으로 이의를 제기할 수 없었던 경우에는 추인으로 간주되지 않는다. 예컨대, 고객이 임의매매의 사실을 인지하였으나 개인적으로 집에 우환이 계속되는 등 주변여건의 악화로 본인의 주식관리에 여유가 없어 주식의 매매거래명세서가 자택으로 우송되어 왔으나 주식에 관심을 가질 상황이 못되어 강력히 항의하지 못하였고 임의매수된 주식의 주가가 매수가보다 하락한 상태에서 매도할 엄두가 나지 않아 강력히 항의를 하지 못한 사실이 인정되는 경우에는 고객이 임의매매를 추인하였다고 볼 수 없다.²¹⁾

3) 投資損失 발생여부 불문

任意賣買의 본질은 증권회사의 임직원이 고객으로부터 매매권한을 일임받지 않았거나 개별 매매에 대하여 사전에 동의를 받지 않은 데 있다. 따라서 증권회사 직원이 고객의 위임이나 동의 없이 매매를 하면 그 자체

19) 증권분쟁조정결정: 인용 1995. 9. 6(조정결정 수락): 판주교법 1994. 6. 1. 93 나 3553(원고는 피고가 임의매수한 사실을 알고 그 책임을 추궁하자 피고는 자기가 책임을 지고 원고에게 손해를 입지 않도록 하겠다며 확인서를 교부해 주었던 바, 피고는 원고가 임의매수한 주식을 즉시 처분하는 등의 조치를 취하지 아니하고 피고에게 위 확인서를 작성하도록 하여 손해를 회복하는 조치를 취하도록 권한을 위임하였으므로 이는 주식의 매수에 대한 추인행위에 다른 아니라고 주장하나, 피고의 위 주식 매수의 효력은 원고에게 미치지 아니하므로 원고가 이를 매도하여야 할 아무런 의무와 권한이 없을 뿐만 아니라 피고에게 위 주식매수와 관련하여 사후적으로 어떠한 권한을 주었거나 위 주식매수행위를 추인하였다고 볼 수 없다고 판시하였다.)

20) 춘천지방법원 원주지원 1993. 9. 17. 91 가합 304. 이 판결은 고객이 증권회사 직원의 임의매수사실에 대하여 증권회사 감사실에 진정서를 내었다가 추후 이를 취하한 것은 담당직원으로부터 손실보전을 보장받은 뒤 동 직원의 부탁과 장래의 회사생활을 고려하여 취하서를 작성한 것이므로 이로써 동 주식의 매수를 추인하였다고 볼 수 없다고 판시하였다.

21) 증권감독원, 「증권분쟁사례집 I」, 1994년 6월, 38면.

만으로 임의매매가 되며, 그와 같은 매매결과 투자손실이 발생하는 것은 임의매매의 요건이 아니다. 따라서 설령 증권회사의 직원이 고객의 투자수익률을 높이기 위해 매매하고 그 결과 賣買差益이 발생한 경우라 하더라도 고객의 일임 내지 동의가 없으면 임의매매가 된다.²²⁾

4) 未收金 整理를 위하여 賣買하는 경우

증권회사는 유가증권에 관련하여 고객에게 금전의 용자 또는 유가증권을 대여하는 방법으로 信用供與를 할 수 있고(증권거래법 제49조 제1항), 담보비율이 일정 비율 이하인 소위 “깡통계좌”에 대해서는 강제매각하여 정리할 수 있다(「증권회사의 신용공여에 관한 규정」 제17조). 증권회사가 고객에게 신용거래 등에 의한 未收金에²³⁾ 대하여 결산하지 아니하면 강제매각한다는 통보를 하였음에도 고객이 이에 불응하면 증권회사는 임치받아 보관하고 있던 고객 예탁주식으로 매도하여 수수료, 거래세, 연체이자, 원금의 순서로 각 변제충당하여 신용거래로 인하여 발생한 미수금을 결산한다(위 규정 제18조).²⁴⁾ 이같이 미수금 결산을 위하여 매매하는 경우는 이에 대한 고객의 일임이 있는 것은 아니지만 이는 담보부족을 해결하기 위한 것이므로 임의매매와는 무관하다. 또 사전에 포괄적 일임이 있는 경우에는 그에 기하여 이루어진 증권회사의 미수금 정리는 적법하다.

그러나 증권회사가 임의매수한 주식을 외상 매수로 인한 미수금의 변제에 충당한다는 이유로 매각하는 경우 이 역시 위법한 임의매매로 보아야 한다.²⁵⁾

22) 상계서, 79-80면.

23) 여기서 미수금이라 함은 유가증권의 위탁매매와 관련하여 고객이 매수대금을 결제시킨 내에 미납입함으로써 발생한 증권회사의 미수채권액을 말한다(증권관리위원회의 「증권회사의 위탁매매업무 등에 관한 규정」 제2조 제4항).

24) 증권회사는 고객이 매수대금을 결제기일 내에 납입하지 아니 한 때에는 그 익일(해외에서 매수한 경우에는 익익일)에 매매거래제좌설정장서상의 결제불이행시 처리에 관한 조항에서 정하는 방법에 따라 미수채권 상당액의 고객재산을 처분하여 미수금에 충당하여야 한다(「증권회사의 위탁매매업무 등에 관한 규정」 제12조).

25) 판주교법 1994. 6. 1. 93 나 3553(원고에게 거래효과를 귀속시킬 수 없는 임의매수주

5) 任意賣買의 主體가 될 수 있는 者

증권거래법에 의하여 임의매매가 금지되는 자는 「證券會社의 任職員」이다(증권거래법 제52조의 3). 여기서의 「證券會社」란 증권거래법 제2조 제9항의 證券業을 영위하는 자로서, 영업의 종류별로 재정경제원장관의 허가를 받은 주식회사이어야 한다(증권거래법 제28조 제1항). 이에는 은행법에 의한 금융기관, 신탁업법에 의한 신탁회사, 종합금융회사에 관한 법률에 의한 종합금융회사 및 콜거래 중개회사와 보험업법에 의한 보험사업자로 영업의 종류별로 재정경제원장관의 허가를 받아 증권업을 영위하는 자를 포함한다(증권거래법 제29조 제1항·제2항, 동 시행령 제16조).

또 여기서의 「任職員」에는 증권회사의 任職員뿐만 아니라 그 代理人·使用人기타 從業員으로서 당해 증권회사의 위탁매매업무에 사실상 종사하는 자를 포함한다고 본다(증권관리위원회의 「증권회사의 위탁매매업무 등에 관한 규정」 제2조 제1항 참조).

III. 證券任意賣買와 賠償責任

1. 證券任意賣買의 私法的 效力

임의매매는 고객의 위임이나 결정에 의하여 이루어진 것이 아니고 담당직원의 독단적인 결정에 의하여 이루어진 것이기 때문에 契約法 원리상 임의매매의 효과가 당해 顧客에게 발생할 수는 없다.²⁶⁾ 즉, 고객에 관한 한 임의매매의 효력은 없다.

식에 관하여는 피고회사가 원고에 대하여 어떠한 미수금 채권도 보유하지 아니하며 그 미수금 상환을 이유로 원고의 예탁주식을 함부로 처분할 수 없다고 할 것임도 불구하고, 피고회사는 미상환 용자금은 물론 매상매수로 인한 미수금의 변제에 충당한다는 이유로 원고 예탁주식을 전량 매도함으로써 원고에게 불법 처분한 예탁주식의 시가 상당의 손해를 입었다는 취지로 판결하였다.)

26) 서울고등법원 1991. 12. 10. 91 나 21062.

그러나 임의매매라 하더라도 그 相對方에 관한 한 유효하다고 본다. 上場有價證券의 매매는 다수의 투자자 사이에 이루어지므로 거래의 안정성을 생명으로 하고 상장증권투자의 間接性和 匿名性を 고려할 때 이 때 상대방의 善意・惡意를 따지는 것은 무의미하다고 본다.

2. 證券會社の 原狀回復義務 및 賠償責任

임의매매의 효력은 顧客에 관한 한 無效이므로 임의매매를 행한 증권회사의 임직원은 임의매매 직전의 잔고상태로 原狀回復하여야 할 의무를 진다. 그러나 당해 고객계좌의 주식은 이미 다른 종목으로 대체되어 있는 상태이고, 주식의 가격은 수시로 변하는 성질을 가지고 있으므로 원상회복의 취지 및 금전배상의 원칙상 임의매매 직전의 주식을 시가로 평가하여 손해금액을 배상함으로써 현물상환을 갈음할 수 있다.

따라서 임의매매로 피해를 입은 고객은 임의매매를 행한 증권회사의 임직원을 상대로 그로 인한 손해배상책임을 물을 수 있다. 이 때의 배상책임은 不法行爲에 기한 책임으로(민법 제750조),²⁷⁾ 임의매매를 행한 자가 그 책임을 진다. 손해배상의 범위는 배상법의 일반원칙에 의한다.

證券會社도 직원들에게 투자자의 허락 없이는 투자자 보유주식을 위탁 증거금으로 삼아 주식매수를 하지 않도록 주지시키고 이를 감독해야 할 의무가 있는 만큼 직원의 業務執行과 관련한 불법행위에 대하여 使用者責任을 진다(민법 제756조).²⁸⁾

3. 顧客過失의 參酌

임의매매 결과 발생한 손실에 대하여 고객에게도 직접 또는 간접적으

27) 판주지법 1993. 4. 28. 91 가합 7325; 판주고법 1994. 6. 1. 93 나 3553.

28) 판주지법 1993. 4. 28. 91 가합 7325.

로 과실이 있는 경우에는 손해의 공평한 분담이라는 손해배상법의 이념에 비추어 손해배상액을 산정함에 있어서 이를 참작한다. 즉, 過失相計한다(민법 제396조).

投資者는 자신의 預託資産의 管理에 관한 최소한의 注意義務를 지며, 이를 소홀히 한 경우에는 과실이 인정된다. 증권투자에 임하는 고객의 주의의무의 정도는 고객의 직업과²⁹⁾ 주식투자경험, 거래의 경위, 고객과 담당직원과의 평소 관계, 당시의 주가동향 등 제반 사정을 참작하여 결정한다.

〈사례 1〉 고객이 一任한 것으로 誤解의 소지를 제공한 경우 - 고객이 증권회사의 직원에 대하여 “알아서 하라”고 수량 및 단가를 지정하지 않고 위임하여 담당 직원으로 하여금 매매종목의 수량 및 가격을 임의로 결정해도 좋다는 오해의 소지를 제공한 사실이 인정되는 경우에는 고객의 과실이 인정된다.³⁰⁾

또 고객이 담당직원으로부터 “월 3%의 이자를 지급한다”라는 내용의 각서를 교부받고 각서에 따라 이자 명목으로 수차례에 걸쳐 지급받은 사실이 인정되고, 월별거래내역을 수령한 사실이 인정되고, 담당직원으로부터 “매매로 인하여 손해가 발생하였다”라는 말을 전화로 듣고도 고객이 이의제기를 하지 않은 사실이 인정되는 경우 증권매매관행상 고객이 일정 수익을 보장받고 자금을 예치하면서 증권회사 직원에게 매매를 일임하는 경우가 많으므로 이 같은 고객의 행위는 매매를 일임한 것으로 오인케 한 과실이 있다.³¹⁾

목시적 일임매매관계를 지속하던 중 고객이 특정 종목의 주식을 매도

29) 증권분쟁조정 합의권고 1996. 7. 9(권고안 수락)는 고객이 금융기관의 직원임을 이유로 고객의 과실을 폭넓게 인정하고 있다.

30) 증권분쟁조정결정: 인용 1994. 10. 7(조정결정 수락). 이 조정결정은 고객의 과실비율을 10% 인정하였다.

31) 증권분쟁조정 합의권고: 1994. 12. 21(권고안 수락). 이 권고는 고객의 과실비율을 30%로 보았다.

하지 말라고 하였음에도 담당직원이 이를 무시하고 동 주식을 매매한 경우 고객이 담당직원으로부터 매매 후 사후통보를 받고 이에 대하여 이의제기를 하지 않는 등 묵시적 일임관계가 지속된 것으로 볼 수 있다면 고객에게는 담당직원으로 하여금 매매의 종목·구분·방법 등을 임의로 결정해도 좋다는 오해의 소지를 제공한 과실이 인정된다.³²⁾

〈사례 2〉 고객이 一任賣買에 간여한 경우 - 고객이 임의매매 이전의 잔고상태로의 원상회복을 요구하자 담당직원이 손실만회를 위해 매매를 일임하여 줄 것을 요청받고 이에 동의한 경우, 이후의 매매에서 발생한 손실은 고객에게 귀속한다.³³⁾

〈사례 3〉 고객이 印鑑圖章 등을 맡긴 경우 - 예를 들면, 고객이 증권금융에 주식을 담보로 제공하고 금원을 대출받기 위하여 인감도장, 거래도장, I.D.카드 등을 증권회사 직원에 맡겼으면 이를 확인하고 즉시 돌려 받아야 함에도 불구하고 이를 방치한 경우에는 과실이 인정된다.³⁴⁾

그러나 자신의 계좌비밀번호를 알려주었다고 하더라도 증권거래관행에 비추어 이 점만을 가지고 고객이 계좌관리를 소홀히 하였다고 단정할 수는 없다.³⁵⁾

또 통상 도장날인 없이도 매매주문이 가능한 점에 비추어 도장의 소지가 누구이었던지의 문제는 과실판단의 자료가 될 수 없다.³⁶⁾

〈사례 4〉 去來內譯을 확인하지 않는 등 계좌관리를 長期間 放置한 경우 - 투자자가 집에 증권단말기를 두고 여러 증권회사와 상당 규모의 증권 투자를 하는 전문투자자로서 증권회사로부터 거래내역이 우송되지 않는 것

32) 증권분쟁조정 합의권고: 1995. 6. 30(권고안 수락)은 이 같은 사례에서 고객의 과실비율을 30%로 보았다.

33) 증권분쟁조정 합의권고: 1995. 10. 31(권고안 수락).

34) 광주지법 1993. 4. 28. 91 가합 7325 판결은 고객의 과실비율을 30% 인정하였고, 같은 사건에서 광주고법 1994. 6. 1. 93 나 3553은 고객의 과실비율을 20% 인정하였다.

35) 광주고법 1994. 6. 1. 93 나 3553.

36) 상계 판결.

에 대하여 한번도 이의를 제기하지 않았고 출금 당시 잔고내역을 확인하지 아니함으로써 담당직원의 임의매매가 지속되는 상황을 제거하지 못한 경우에는 고객에게 예탁자산관리를 소홀히 한 과실이 인정된다.³⁷⁾

투자자가 계좌를 개설한 증권회사를 자주 방문하면서도 거래내역을 직접 확인하지 않고, 담당직원이 추천한 주식종목을 그대로 수용하면서 매매 수량을 확인하지 않고, 담당직원의 임의매매사실을 인지하였음에도 불구하고 강력하게 이의제기를 하지 않은 경우에는 자신의 재산에 대한 관리를 소홀히 한 과실이 인정된다.³⁸⁾

장기간 주식투자를 한 자로서 임의매매를 주장하는 기간 중 몇 차례 잔고확인을 한 바 있고, 증권회사로부터 매매거래명세 및 잔고내역이 정상적으로 통보되었고, 동 명세 등이 반송된 사실이 없으며, 약간의 주의를 기울였다면 담당직원이 임의로 매매하였음을 충분히 인지할 수 있었음에도 계좌관리를 장기간 방치하여 담당직원의 임의매매가 확대된 경우에는 고객의 과실이 인정된다.³⁹⁾

증권회사직원의 임의매매로 손해가 발생한 경우에도 예탁주식을 입고 한 후 잔고통보 등 계좌관리에 필요한 주소변경신고를 하지 아니한 채 2년 8개월간 계속 방치함으로써 손실규모가 확대된 경우에는 자기재산관리를 소홀히 한 과실이 인정된다.⁴⁰⁾

〈사례 5〉 임의매매를 認知하였음에도 불구하고 異議를 제기하지 않은 경우 - 고객이 잔고내역 등을 확인하였음에도 회사측에 대하여 공식적으로 이의를 제기하지 않고, 거래 및 잔고내역이 정상적으로 통보되었음에도 담당직원의 요청에 따라 이의를 제기하지 아니함으로써 담당 직원의 추가적

37) 증권분쟁조정결정: 인용 1994. 10. 7(조정결정 수락). 이 결정은 손해의 확대에 대한 신청인의 과실비율을 20% 인정하였다.

38) 증권분쟁조정결정: 인용 1994. 11. 29(조정결정 수락); 증권분쟁조정 합의권고: 1995. 1. 20(권고안 수락). 이 두 결정과 권고는 신청인의 과실비율을 10% 인정하였다.

39) 증권분쟁조정결정: 인용 1995. 5. 9(조정결정 수락). 이 결정은 피해자의 과실비율을 10%로 보았다.

40) 증권감독원, 전게서, 46면.

인 임의매매를 가능케 한 경우에는 자기재산관리를 소홀히 한 과실이 인정된다.⁴¹⁾

〈사례 6〉 고객이 임의매매를 中斷할 것을 要求하기만 하고 임의매매의 계속을 막기 위한 後續措置를 취하지 않은 경우 - 고객이 임의매매사실을 인지하고 담당직원에게 항의를 하고 더 이상 매매하지 말라고 요청하는 것만으로 충분한가, 아니면 예를 들어 담당직원의 상급자나 증권회사에 이의를 제기하거나 고객이 직접 매도주문 후 해약인출하는 행위까지를 요하는가. 원칙적으로 임의매매의 중단을 요청한 행위만으로 충분하고, 고객이 임의매매를 막기 위한 적극적인 행위를 하지 않은 경우에도 그것만으로 고객의 과실을 인정할 수는 없다고 생각한다.⁴²⁾

그러나 당시의 상황에 따라 임의거래를 중지시키기 위한 고객의 보다 적극적인 조치가 요구되는 경우도 있다. 예를 들면, 임의매매 당시 전반적인 경기침체로 모든 주식의 주가가 내려가고 있는 경우라면 즉시 임의 매수한 주식을 처분하도록 하여 손해가 더 이상 확대되지 않도록 하여야 하고, 이를 게을리 한 경우에는 고객의 과실이 인정될 수 있다.⁴³⁾

〈사례 7〉 고객이 운용할 有價證券의 종류를 명시하지 않은 경우 - 고객이 公募株稅金優待貯蓄計座를 개설하면서 창구직원에게 債券으로 운용하여 달라는 의사를 분명하지 않은 상태에서 담당직원이 임의로 柱式에 투자하여 손해를 발생케 한 경우 고객이 채권으로 운영하여 달라는 의사를 분명히 표시하지 않은 것만으로 과실이 있다고 인정할 수는 없다. 공모주세금우대저축은 저축금을 한도로 공모주 청약자격이 부여되고, 고객의 의사에

41) 증권분쟁조정결정: 인용 1995. 9. 6(조정결정 수락). 이 결정은 피해자의 과실비율을 30% 인정하였다.

42) 증권분쟁조정 합의권고 1996. 5. 8(권고안 수락)은 신청인이 그 전에 거래증지 및 전액 인출할 의사를 표현했다는 점 및 오랜 주식투자경험에 비추어 이를 충분히 기대할 수 있다는 점을 들어 신청인은 손해를 최소화할 수 있음에도 불구하고 계좌를 장기간 방치함으로써 임의매매로 인한 손해를 확대시킨 잘못을 인정하여 그 과실비율을 10% 인정하였다.

43) 판부지법 1993. 4. 28, 91 가합 7325.

따라 주식 또는 채권에 투자가 가능하고, 채권에 투자할 경우 일정 금액까지 세금우대를 받을 수 있는 저축상품으로서, 유가증권이 투자하지 않고 예수금 상태로 잔고를 유지할 경우 예상수익은 년 1%의 예탁금 이용료가 부여되므로 증권회사는 계좌개설시 고객이 주식매매를 원하는 지를 확인하고, 고객이 채권투자에 대한 의사표시를 하지 않았다 하더라도 장기간 예수금 상태로 방치한 경우 증권회사는 고객의 이익증대를 위하여 고객과 상담한 연후에 주식 또는 채권에 편입하여 운용하여야 할 주의의무가 있기 때문이다.⁴⁴⁾

〈사례 8〉 고객의 過失事由가 重疊되는 경우 - 이러한 경우에는 과실비율이 가중된다. 예컨대, 고객이 계좌개설 이후 담당직원과 상담하여 주식 투자를 하는 과정에서 매매의 구분과 종목의 선정에 대해서는 담당직원의 권유에 의거 자신이 동의하는 방법으로, 수량·가격·시기는 담당직원의 판단에 맡겨 주문하는 방법으로 매매거래를 하는 등 거의 전적으로 담당직원에게 의존함으로써 담당직원으로 하여금 매매의 구분과 방법 및 종목 선정에 있어서도 담당직원의 판단에 따라 주문해도 좋다는 오해의 소지를 제공한 점, 잔고확인을 소홀히 하여 임의매매의 사실을 몰랐던 점, 임의매매를 인지하였음에도 이의를 제기하지 않음으로써 담당직원이 재차 임의매매를 할 수 있도록 한 점, 과다한 미수금 발생과 동일 종목에 대한 단기적 매매가 이루어진 것을 매매거래내역서를 통해 인지하고도 이에 대한 명시적인 이의를 제기하지 않음으로써 담당 직원이 불건전한 거래를 하도록 방치한 사실이 인정되는 경우에는 고객에게 높은 비율의 과실이 인정된다.⁴⁵⁾

또 고객이 거래의 편의를 위하여 증권카드와 거래인감을 담당직원에게

44) 이에 반하여 증권분쟁조정합의권고: 1995. 4. 15(권고안 수락)는 이와 같은 사례에서 고객이 저축계좌 개설시 채권운용의 의사표시를 명확히 하지 않아 자신의 재산관리를 소홀히 한 과실이 있다고 보아 20%의 과실비율을 인정하였다.

45) 증권분쟁조정 합의권고: 1995. 6. 30(권고안 수락)은 같은 사례에서 고객의 과실비율을 40%로 보았다.

말렸고, 고객의 남편이 매매거래내역을 알게 될 것을 염려하여 담당직원과 합의하여 제작관리대장상의 주소를 담당직원의 친인척 집으로 변경함으로써 매월 우송되는 매매거래내역의 확인을 해태하였고, 거의 매일 증권회사 객장에 나오는 상주고객으로서 매매거래주문과 입출금을 오로지 담당직원에게 의뢰하면서 매매체결보고서 또는 입출금 확인서 등의 확인을 게을리 한 사실이 인정되는 경우가 이에 해당한다.⁴⁶⁾

4. 顧客이 받은 利益의 控除

임의매매와 관련하여 고객이 증권회사 직원으로부터 받은 利益이 있는 경우에는 이를 손해배상금액에서 控除한다. 예를 들면, 임의매매로 인하여 발생한 손해에 대하여 담당직원이 고객에게 이자명목으로 지급한 금액은 손해배상금액에서 공제한다.⁴⁷⁾

그러나 예컨대, 증권회사 직원이 임의매매를 은폐하기 위하여 고객에게 배당금에 해당하는 금액을 지급한 경우 이는 不法原因給與에 해당하므로 배상금액에서 공제하지 않는다고 본다(민법 제746조 전문).

5. 顧客의 매매주문이 실제로 처리되었다면 발생하였을 損失과 任意賣買가 없었더라면 얻을 수 있었던 利益의 감안 여부

임의매매기간동안 투자자의 주문대로 실제로 수탁하였을 경우에 발생하였을 매매손실금액을 감안할 것인가. 違法한 任意賣買가 있는 경우에는 이 같은 假定的 損失은 손해액 산정시 고려할 필요가 없다고 생각한다. 임의매매가 위법한 까닭은 투자자의 의사결정이나 위임에 의하여 이루어진 것이 아닌 증권회사 임직원이 행한 매매거래의 「無斷性」 그 자체에 있기

46) 증권분재조정 합의권고: 1995. 9. 20(권고안 수락)은 이 같은 사례에서 피해자의 과실 비율을 30%로 보았다.

47) 증권분재조정 합의권고: 1994. 12. 21(권고안 수락).

때문이다. 즉, 최초로 임의매매가 있었던 날 전일의 잔고 평가금액에서 임의매매에 의한 잔고 평가금액을 차감한 금액이 손해금액으로 된다.⁴⁸⁾

그러나 손해금액을 산정함에 있어서 담당 직원의 任意賣買가 없었더라면 통상적으로 고객이 얻을 수 있었던 利益을 배상금액에 포함하여야 한다. 예를 들면, 고객이 공모주 세금우대저축계좌를 개설하면서 주식매매에 의한 운용은 당초부터 의도하지 않았고 공모주 청약이나 채권 편입 등에 운용되는 것으로 알고 있었으나 담당 직원이 예수금을 임의로 주식에 투자하여 손해가 발생한 경우 [(투자원금 + 채권투자 예상수익액) - 동 계좌의 예수금 잔액]이 배상하여야 할 손해액이 된다.⁴⁹⁾

6. 特別事情에 의하여 擴大된 損害의 경우

예컨대, 증권회사 직원이 임의매수한 종목이 不渡난 경우 그로 인하여 확대된 손해를 배상범위에 포함하여야 한다. 그러나 고객이 동 주식매수의 사실을 부도발생 전에 알고도 이의를 제기하지 않아 손해가 확대된 경우라면 이는 특별손해로 불법행위인 임의매매와는 상당인과관계가 희박하고 고객의 과실도 인정되므로 손해배상금액에 포함되지 않거나 고객의 과실비율만큼 감액하여야 한다고 본다.⁵⁰⁾

IV. 證券任意賣買에 대한 刑事處罰

1. 任意賣買罪 新設의 必要性

任意賣買行爲는 그 可罰性이 인정됨에도 불구하고 종전의 증권거래법

48) 증권분쟁조정결정: 인용 1994. 11. 29(조정결정 수락).

49) 증권분쟁조정 합의권고: 1995. 4. 15(권고안 수락).

50) 증권감독원, 전제서, 40면.

상으로는 이를 형사처벌할 수 있는 근거조항이 없었는데, 이는 임의매매보다는 가벌성이 낮다고 할 수 있는 一任賣買行爲에 대해서는 형사처벌조항을 두고 있는 것과 비교할 때 균형이 맞지 않았다(증권거래법 제208조 3호: 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금). 즉, 개정전 증권거래법에 의하면 증권회사의 직원이 주식의 종류·종목 등 증권거래법에 규정된 3가지 항목을 임의로 정했을 때에는 증권거래법 제208조 3호를 근거로 이를 처벌할 수 있지만, 오히려 주식거래의 모든 요소를 임의로 결정했을 때에는 증권거래법에 처벌할 수 있는 근거조항이 없기 때문에 罪刑法定主義의 원칙상 처벌할 수 없는 불합리가 있었다.

또 임의매매행위에 대하여 刑法의 橫領罪 또는 (業務上) 背任罪⁵¹⁾ 처벌할 수 있는가 하는 것도 명확하지 않다.⁵²⁾ 형법상의 橫領罪는 「타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 반환을 거부」하는 것을 내용으로 하는 범죄로서, 통설인 不法領得說에 의하면 불법영득의 의사가 있어야 횡령죄가 성립할 수 있다. 그런데 임의매매의 경우는 그 같은 불법영득의 의사가 없는 경우도 많기 때문이다. 또 형법상의 背任罪를 묻기 위해서는 「타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득케 하여 본인에 손해를 가하는 행위」가 인정되어야 한다.⁵³⁾ 이상과 같은 문제점을 입법적으로 해결하기 위하여 개정 증권거래법은 증권의 임의매매를 금지하는 한편 그 위반에 대해서는 형사벌칙을 과할 수 있는 근거조항을 신설하였다.

51) 임의매매로 거래의 손실을 가져 온 증권회사 간부를 검찰이 업무상 배임의 혐의로 구속 영장을 청구한 사례가 있었다(동아일보, 1996년 11월 29일, 37면).

52) 고객의 동의 없이 매수주문표를 허위로 작성하여 임의로 주식거래를 한 증권회사 직원에 대하여 형법상 私文書偽造 및 同 行使罪를 적용한 사례가 있다(동아일보, 1994년 12월 14일, 31면; 한겨레신문, 1994년 6월 13일, 19면).

53) 형법상의 배임죄가 성립하기 위해서는 不法利得의 意圖가 필요하다(대법원 1970. 9. 17. 70 도 1430; 대법원 1983. 7. 26. 83 도 819 등).

2. 本質 및 保護法益

증권의 任意賣買罪는 고객과의 신임관계 또는 신의성실에 위배하여 타인의 재산을 침해하는 범죄로서, 위탁관계에 의하여 타인의 계좌를 관리하는 자가 信任關係를 깨뜨렸다는 데 본질이 있으며, 그 保護法益은 고객의 財産權이다. 신임관계 자체가 독립된 보호법익이 되는 것이 아니라 이는 재산권을 침해하는 수단 내지 침해의 태양에 불과하다.

증권거래법상의 임의매매죄는 본인과 행위자 사이에 신임관계가 있음에도 불구하고 이에 위배하여 본인에게 손해를 가하였다는 것에 그 본질이 있다는 점에서는 형법상의 횡령죄나 배임죄와 유사하나,⁵⁴⁾ 행위자 또는 제3자가 재물 또는 재산상의 이익을 취득하였음을 요하지 않는다는 점에서 차이가 있다.

3. 主體 및 行爲

任意賣買罪는 타인의 계좌를 관리하는 자(證券會社의 任職員)만이 주체가 될 수 있는 身分犯이며, 여기의 신분은 형법 제33조 본문의 構成的 身分(真正身分犯)이다. 따라서 신분없는 자는 임의매매죄의 單獨正犯이 될 수 없고, 共同正犯·教唆犯 또는 從犯이 될 수 있을 뿐이다(형법 제33조 본문).

임의매매를 행한 담당 임직원만이 임의매매죄의 주체가 되며, 증권회사는 민사배상책임은 별론으로 하고 형사처벌의 주체가 될 수 없다. 다만 兩罰規定에 의하여 행위를 벌하는 외에 그 법인에 대해서도 벌금형을 과할 수 있다(증권거래법 제215조).

임의매매죄의 행위는 고객의 동의나 위임 없이 임의로 고객의 계좌에

54) 횡령죄의 본질을 위탁된 물건에 대한 권한을 초월하는 행위를 함으로써 위탁에 의한 신임관계를 깨뜨리는 데 있다고 보는 월권행위설에 의하면 횡령죄와 임의매매죄는 그 본질이 같다고 보게 된다.

서 주식을 사고 파는 것이다. 이때의 「任意」 유무는 전술한 일임관계의 유무에 의하여 결정한다. 따라서 고객으로부터 주식매매에 관한 권한이 위임되어 있는 경우에는 임의매매죄가 되지 않는다.

4. 主觀的 構成要件 및 未遂

임의매매죄의 주관적 구성요건으로 객관적 구성요건에 대한 故意 또는 적어도 未必的 故意가 필요하다. 이 때의 고의는 不法領得의 意思를 요하지 않으며 越權行爲에 대한 인식이 있는 것으로 족하다. 이 같은 인식이 있는 한 사후에 변상·보전하는 의사가 있는가는 문제되지 않는다.

현행 증권거래법상 임의매매행위에 대해서는 未遂犯 처벌규정이 없기 때문에 임의매매행위에 착수하였으나 이를 종결하지 않은 경우에는 처벌할 수 없다(형법 제29조 참조). 현행 증권거래법상 임의매매죄에서 보호법의 을 보호하는 정도는 횡령죄와는 달리 危殆犯이 아니라 結果犯이다.

임의매매죄의 既遂時點은 임의매매에 따른 모든 매매절차가 종료한 때이다. 上場有價證券의 매매는 ① 고객의 주문과 수탁, ② 주문의 입력과 증권거래소시장에서의 매매에 참여, ③ 매매체결, ④ (對替)決濟의 순서에 의하는 데, 매매절차가 종결하는 시점(기수시점)은 ④의 결제가 종료한 시점이다.

그러나 증권회사의 임직원이 ② 이후의 단계에 착수하여 중도에 그만둔 경우 고객에게 실제 손해가 발생한 바는 없지만 임의매매행위의 無斷性이라는 본질에 비추어 그 可罰性은 충분히 인정되므로 刑事政策的인 관점에서 이를 처벌할 필요가 있을 뿐만 아니라 未遂犯 處罰根據에 관한 형법 이론에⁵⁵⁾ 비추어도 그것이 가능하다. 따라서 증권거래법을 개정하여 임의매매죄의 未遂를 처벌하는 조항을 둘 필요가 있다고 생각한다.⁵⁶⁾

55) 미수범을 처벌하는 근거에 대한 객관설, 주관설, 절충설 등에 대해서는 김일수, 「형법총론」(제5판), 박영사, 1997, 391-394면; 이재상, 「형법총론」(신정판), 박영사, 1997, 319-321면 등 참조.

5. 刑量

증권거래법 제52조의 3을 위반하여 임의매매를 한 자에 대해서는 3년 이하의 懲役 또는 3천만원 이하의 罰金에 처한다(증권거래법 제207조의 3). 이 때 징역과 벌금을 병과할 수 있다(증권거래법 제214조). 양벌규정에 의하여 행위자를 벌하는 외에 그 범인에 대해서도 3천만원 이하의 벌금 형을 과한다(증권거래법 제215조).

임의매매죄에 대한 형량을 이론적으로 보면 형법상의 절도죄와⁵⁷⁾ 횡령죄 또는 (업무상)배임죄⁵⁸⁾ 보다는 낮은 수준이어야 하고, 증권거래법상의 일임매매죄보다는⁵⁹⁾ 무거워야 한다고 생각한다. 이들 죄의 보호법익(소유권)에 대한 침해의 정도를 놓고 보면 절도죄의 경우가 가장 중하고, 임의매매죄의 경우는 자기가 관리하는 재물을 이용하는 것으로 그 방법이 절도죄에 비하면 평화적일 뿐만 아니라 그 동기가 유혹적이라는 점을 인정할 수 있다. 또 횡령죄의 경우는 다수설인 不法領得說에 의하면 위탁에 의한 신임관계를 깨뜨리는 데에서 한 걸음 더 나아가 불법영득의 의사를 요하기 때문에 고객의 소유권 침해에 대한 정도가 임의매매죄 보다는 중하다.

우리 증권거래법상 임의매매죄에 대한 형량을 횡령죄나 업무상 배임죄와 비교해 보면, 身體刑(징역)은 낮은 수준인 반면, 財産刑(벌금)은 이들 죄보다 높게 책정되어 있다. 이는 可罰性 내지 反社會性의 면에서는 임의

56) 절도죄, 횡령죄 및 배임죄의 미수범은 처벌한다(형법 제342조, 제359조).

57) 절도죄에 대해서는 6년 이하 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하고(형법 제329조), 유기징역에 처할 경우에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다(형법 제345조).

58) 횡령행위 또는 배임행위에 대해서는 5년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하고 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다(형법 제358조). 횡령 또는 배임에 의하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물의 가액이 5억원 이상인 때에는 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률에 의하여 가중처벌한다(특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 제3조). 업무상의 임무에 위배하여 횡령 또는 배임한 자는 10년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하고(형법 제356조), 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다(형법 제359조).

59) 증권거래법 제107조 제1항의 일임매매규정에 위반한 행위에 대해서는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다(증권거래법 제208조 제3호).

매매죄가 횡령죄 등에 비하여 낮지만, 經濟犯罪이라는 특성을 감안하여 임의매매의 경제적 동기를 억제하기 위하여 재산형을 높게 책정한 것으로 이해된다.⁶⁰⁾ 한편, 임의매매죄의 경우도 형법상의 횡령죄나 배임죄와 마찬가지로 資格停止를 병과하는 입법조치도 필요하다고 생각한다.

V. 맺음말

개정 증권거래법에서 임의매매금지조항을 신설하기 이전에도 일반 불법행위법에 의하여 임의매매행위를 한 증권회사의 임직원을 상대로 민사상의 배상책임을 묻는 것이 가능하다. 그러나 실제 관련 증빙자료가 증권회사에 있기 때문에 고객이 이를 입증하여 민사책임을 묻는 것이 반드시 용이하다고는 할 수 없다. 또 임의매매행위에 대하여 형사처벌을 하려고 해도 형법상 업무상 배임죄가 성립하기 위해서는 불법영득의 의사, 자기 또는 제3자의 이득, 이득과 고객의 손실과의 사이에 인과관계의 존재 등이 요구되는 데, 임의매매의 경우는 이같은 요건을 충족하지 않는 경우가 많다.

개정 증권거래법에 신설된 임의매매금지조항은 임의매매가 금지됨을 명확히 하는 한편, 특히 형사처벌을 할 수 있는 법적 근거조항을 두었다는 점에서 그 의의가 있다. 다만 형사벌칙 부과에 의하여 임의매매행위를 효과적으로 예방할 수 있기 위해서는 그 未遂를 처벌하는 근거조항과 資格停止를 병과할 수 있는 입법적 보완이 필요하다고 생각한다.

한편, 임의매매를 유발하는 증권시장의 영업행태와 구조적 환경이 근절 또는 개선되지 않고서는 이상과 같은 법제정비만으로는 우리 증권시장의 고질적인 병폐로 지적되고 있는 임의매매가 근절될 것으로 속단하기는 어

60) 자유형보다는 벌금형이 보다 많이 활용되어야 할 이유와 벌금형과 자유형의 교환비율의 적정성, 그리고 最適期待刑量水準에 대한 언급에 대해서는 박세일, 「법경제학」, 박영사, 1994, 425-426면, 418-425면 참조.

럽다. 임의매매·일임매매·과당거래 등의 문제는 증권회사간의 약정경쟁에서 연유하고,⁶¹⁾ 이는 우리 증권회사의 수입이 지나치게 위탁수수료에 의존하는 데 그 원인이 있기 때문이다.⁶²⁾

따라서 임의매매를 효과적으로 줄이기 위해서는 임의매매에 관한 법제를 보완하는 한편, 증권회사의 수익원을 다변화함으로써 위탁수수료에 대한 의존도를 줄이고, 증권업 종사자의 윤리의식을 제고시키며, 임의매매를 제도적으로 근절시켜 공정거래질서를 정착하는 데 도움이 되는 매매체결 시스템을 개발하는 등의 多元的인 접근이 요청된다.

61) 증권회사가 영업직원에 대한 약장관리 실적에 따라 특혜 또는 인사상의 불이익을 주는 사례가 보고되고 있다. 또 증권회사노동조합협의회가 증권회사 직원 6,156명을 대상으로 실시한 설문에서 대리급 이상 직원의 91.4%가 임의 및 일임매매 경험이 있다고 한다(국민일보, 1996년 7월 31일, 8면).

62) 증권감독원의 보고에 의하면 한국·미국·일본 증권회사의 수익구조를 비교분석한 결과 국내 증권회사의 전체 수입 가운데 위탁수수료 수입이 차지하는 비중이 35.5%로 미국의 18.9%에 비해 훨씬 높다고 한다(조선일보, 1996년 7월 11일, 15면).