

# 스위스의 금융서비스법 제정과 주요 내용

## I. 서론

2014년 6월 27일 스위스 연방의회는 금융서비스법(FIDLEG)<sup>1)</sup>의 법안을 발표하였고, 동 법은 2017년 1월에 효력을 발생하게 된다. FIDLEG는 금융상품시장지침(The Markets in Financial Instruments Directive: MiFID II)<sup>2)</sup>을 반영하여 스위스의 금융현실에 적합하게 제정되었다. 무엇보다 오늘날 실무에서 중요한 주제를 대폭 수용하고 있어 동 법의 실행으로 인하여 스위스 금융부문의 영업환경과 규제환경은 크게 변화될 것으로 전망된다.

더불어 FIDLEG는 고객에게 소송상 필요로 하는 자료를 금융기관으로부터 요구할 수 있는 권리를 부여하여 고객의 지위를 보장하고자 한다. 즉, 금융기관과 고객간의 분쟁이 발생하는 경우, 방대한 전문조직을 갖춘 금융기관과 고객은 결코 대등한 지위에 놓여 있지 않다.

특히, 고객은 금융기관보다 재판에 결정적인 영향을 미치는 입증과 관련하여 크게 두 가지 어려움에 직면하게 된다.

첫째, 고객은 소송과 관계된 중요한 사실에 대한 증거자료의 수집에서 금융기관보다 불합리한 지위에 놓이게 된다. 이는 금융기관과 고객간의 사실관계에 대한 기록은 일반적으로 금융기관에 의하여 이루어지기 때문이다. 다른 하나는, 내부사실(예, 고객의 금융지식)과 재판상 절대적으로 입증되어야 하는 사실 내지 고객이 접근할 수 없는 인과과정 등에 대한 입증의 어려움이다. 이러한 입증의 어려움과 관련하여 누가 증거자료를 제출하여야 하고, 누가 입증이 곤란한가는 재판에 중요한 영향을 미치게 된다.

이와 같은 어려움을 해결하기 위하여 스위스 연방의회는 FIDLEG의 예비초안에서 세 가지 방안을 제시하였다. 따라서 본 논문

1) Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen(Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG), die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, gestützt auf die Art. 95, Art. 97, Art. 98 und Art. 122 Abs. 1 der Bundesverfassung nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrats vom 4. November 2015, beschliesst.

2) Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EG(Neufassung), ABl. Nr. L 173 vom 12.6.2014, S. 349 ff.

은 FIDLEG에 규정된 고객의 정보요구권과 관련하여 스위스 연방의회의 입법안을 분석함으로써 우리나라 투자자를 보호하는데 그 의의를 가진다. 무엇보다 우리나라 투자자와 금융기관간 분쟁이 발생하는 경우 전문조직을 갖춘 금융기관을 상대로 소송을 제기하는 고객의 지위를 보호하고자 한다.

따라서 본 논문은 먼저, FIDLEG의 논의 배경, 도입목적 및 적용대상에 대하여 살펴보고자 한다(Ⅱ). 이어서 금융기관과 고객과의 관계에서 금융기관의 사실관계에 대한 감독법상의 기록의무와 책임의무에 대하여 연구한다(Ⅲ). 무엇보다 금융기관과 고객간의 정보의 비대칭을 줄이고 입증자료의 공정한 분배 내지 공개를 보장하기 위하여 고객이 금융기관에 대하여 자신과 관계된 자료를 요구할 수 있는 교부요구권의 법적 성격과 범위에 대하여 분석하고자 한다(Ⅳ). 끝으로 이러한 연구가 우리나라에서 발생하게 되는 결과와 논문의 내용을 정리함으로써 결론에 갈음하고자 한다(Ⅴ).

## Ⅱ. 금융서비스법의 일반적인 개요

### 1. 금융서비스법의 논의 배경

최근 몇 년 동안 전세계 금융중개는 지속적으로 네트워크화 되었고, 이러한 현상에 의하여 금융중개에 대한 규제 중요성이 부각되었다. 그러나 금융산업의 핵심활동영역이 점점 축소해가는 동안 금융시장 참가자들에 대한 요구사항과 이들에 대한 비용은 날로 증가하고 있다. 또한 복잡하고 상호 연결된 금융시장 참가자들을 효율적으로 규제하기 위한 방안은 끊임없이 제시되고 있다.

스위스는 유럽연합의 통일된 금융시장에 편입되어 있지 않음에도 불구하고 유럽연합의 입법안을 끊임없이 주시하고 있다. 그 일례로 스위스는 2007년 유럽연합의 '금융상품시장지침'(Markets in Financial Instruments Directive, MiFID I)<sup>3)</sup>을 국내법으로 수용하여 투자자보호를 강화하였고, 제3국 금융기관으로서 유럽연합의 금융시장에 진입하고자 노력하였다.<sup>4)</sup> 즉, 스위스는 유럽연합의 규정을 국내법으로 도입함으로써 유럽연합과 조

3) Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. Nr. L 145 vom 30.4.2004, S. 1., 동 지침은 1993년 5월에 제정된 유럽연합의 '투자서비스지침'(Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10.5.1993 über Wertpapierdienstleistungen)을 대체한 것이다.

4) PWC, Neue Regeln für den Schweizer Finanzplatz durch FIDLEG und FINIG, PwC Schweiz November 2015, 3 (3).

화하고자 한다. 또한 스위스는 처음으로 제3차 및 제4차 개정 공동투자법(Kollektivanlagengesetz, KAG)<sup>5)</sup>에 유럽연합의 공동투자조직에 관한 소매펀드영역(Retailfondsbereich)<sup>6)</sup>의 지침(예, OGAW-Richtlinie)<sup>7)</sup>을 받아들였다. 게다가 스위스는 대체투자펀드의 관리인에 관한 유럽연합 지침(AIFM-Richtlinie)의 핵심 원칙을 공동투자법으로 전환하였다.

스위스 국내법으로 수용된 유럽연합의 지침은 스위스 금융시장에서 근본원칙으로써 의심의 여지없이 기능을 수행하고 있다. 즉, 스위스는 유럽연합의 지침을 수용함으로써 수십년 이상 발전되어야 제기능을 수행하는 금융시장 관계법의 구축 없이 각 개별영역에서 발생하는 다양성과 상이성을 극복할 수 있었다. 더불어 스위스는 국내법으로 존

속시키기 위한 방안으로써 유럽연합의 유럽시장인프라스트럭처에 관한 규정(Europäische Marktinfrastruktur, EMIR)<sup>8)</sup> 및 MiFID II을 금융시장의 편람서로 이용하였다. 그 결과 EMIR의 중요사항은 새로운 금융시장인프라스트럭처법(Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG)<sup>9)</sup>으로, MiFID II는 FIDLEG로 전환되었다. 그 밖에 새로운 금융기관법(FINIG)<sup>10)</sup>은 금융기관에 대한 조직상의 요구사항들을 새로이 규정하였다.

2014년 여름 FIDLEG의 예비초안에 관한 의견수립이 시작되었고, 동시에 많은 비판이 제기되었다. 이로 인해 스위스 연방 의회와 연방 재무부(Eidgenössische Finanzdepartement, EFD)는 2015년 11월까지 FIDLEG의 예비초안을 광범위하게 수정하였고, 2015년 12월

- 5) Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen(Kollektivanlagengesetz, KAG) vom 23. Juni 2006(Stand am 1. Juli 2015), die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, gestützt auf die Art. 98 Abs. 1 und 2 und Art. 122 Abs. 1 der Bundesverfassung, nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 23. September 2005, beschliesst.
- 6) Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung des Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren(OGAW) (Text von Bedeutung für den EWR).
- 7) Richtlinie 2011/61/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen(EG) Nr. 1060/2009 und (EG) Nr. 1095/2010(Text von Bedeutung für den EWR).
- 8) Verordnung(EU) Nr. 648/2012 über OTC-Derivate, Zentralen Gegenparteien und Transaktionsregister(EMIR) – 04.07.2012.
- 9) Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel(Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG), die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, gestützt auf die Art. 95 und 98 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung, nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 3. September 2014, beschliesst.
- 10) Bundesgesetz über die Finanzinstitute(Finanzinstitutengesetz, FINIG), die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, gestützt auf die Art. 95 und Art. 98 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung, nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 4. November 2015, beschliesst.

4일 연방의회는 의회의 입장이 완만히 수용되기를 기대하면서 FIDLEG의 개정안을 공고하였다.

## 2. 금융서비스법의 도입목적

### (1) 불충분한 고객보호

스위스 금융시장 규정은 시장참가자들의 불법행위로부터 고객(채권자, 투자자 및 보험가입자 등)을 보호하고, 안정적이고 효율적인 금융시장을 유지하여 시장참가자들에 대한 고객의 신뢰를 강화하고자 한다. 이와 같은 목표설정은 이미 현존하는 금융시장 규정의 적용과 함께 시도되었다. 그 결과 한편으로 특정 금융투자업자의 인가와 감시는 스위스 금융시장을 견고하게 만들었고, 다른 한편으로 감독기관의 개입은 불법행위를 야기하는 금융투자업자의 행동을 저지하는데 기여하였다. 이처럼 감독기관의 건전성 규제는 금융투자업자로 하여금 자신들의 고객에게 제공하는 서비스와 금융상품의 투명성을 유지하고, 더불어 충분한 고객보호의 핵심요소로써 기능하고 있다. 그러나 금융시장 규정은 이미 행동규정과 상품규정의 영역에서 불

충분한 것으로 평가되었으며, 특히 현존하는 금융시장 규정은 고객과 금융투자업자간의 정보수집능력의 비대칭을 초래하고 있다.<sup>11)</sup>

### (2) 금융서비스 공급자에 대한 불평등 조건

금융서비스가 제공되는 경우 모든 시장참가자들에 대한 새로운 규정은 향상된 고객보호와 함께 통일된 규정을 형성하는 것이다. 이는 무엇보다 시장참가자들의 경쟁력을 향상시키기 위한 중요한 전제조건이 된다. 통일된 규정의 형성은 기술적인 영업주체에 대하여 목표를 설정하고 그리고 본질적인 차이점을 인식하면서 동일한 전제조건 하에 모든 공급자에게 적용되는 것이다. 이와 같은 '공평한 경쟁의 장(level playing field)'은 공급자간에 경쟁의 왜곡을 감소시킬 수 있다.<sup>12)</sup>

FIDLEG의 규정은 높은 투명성을 보장하는데 의미가 있다. 다만, 금융투자업자는 자신들의 고객에게 수집한 정보를 제공하여야 하고, 고객이 무엇을 필요로 하는지 그리고 무엇을 기대하는지에 대하여 확신할 수 있어야 한다. 고객은 자산관리인으로부터 신뢰를 얻을 수 있어야 하고, 자산관리인은 충분한 전문

11) Eidgenössisches Finanzdepartement(EFD), Finanzdienstleistungsgesetz(FIDLEG): Stossrichtungen möglicher Regulierung, 18. Februar 2013, S. 1.

12) Eidgenössisches Finanzdepartement(EFD), 앞의 각주 11)의 단행본, S. 1.

지식을 보유하여 지속적으로 고객을 보호하여야 한다. 투명성, 행동, 감독 및 법집행의 통일된 규정은 새로운 규정의 목표달성에 효율적으로 도달할 수 있게 만든다.<sup>13)</sup>

### (3) 국제 기준의 수용

스위스 금융시장 규정이 국제적인 금융시장 규정과 일치하는 것은 고객과 금융투자업자의 보호를 위하여 중요하다. 이는 특히 고객에 대하여 높은 금융서비스의 품질과 향상된 보호를 보장할 수 있다. 또한, 국제기준의 도입은 스위스 금융투자업자가 외국에서 스위스 금융서비스의 이미지 향상을 제고할 수 있다. 대다수 스위스 금융투자업자는 국제금융거래를 희망하고 외국 금융시장 진입에 위임되어 있다. 국경을 초월한 금융투자업자의 활동에 대한 시장진입요건은 세계적으로 다양하게 규정되어 있다. 그러나 금융투자업자가 국경을 초월한 서비스를 제공하기 위해서는 무엇보다 국내법이 국제 기준이 요구하는 최소한의 전제요건을 충족하여야 한다. 2008년 이후 유럽연합은 금융시장영역에서 무수히 많은 규제프로젝트(Regulierungsprojekte)을 진행하였고, 동시에 유럽규제법안의

구성요소는 제3국 금융투자업자의 통일된 유럽금융시장진입요건을 형성하였다.<sup>14)</sup>

### (4) 경제적인 배경

스위스 금융영역은 2011년 기준 10.3%의 국내총생산 비율 및 6.2%의 고용 비율을 달성하여 국민소득에 크게 기여하였다. 이 가운데 본질적인 부분은 역시 외국인 고객에 대한 국경을 초월한 서비스의 제공에 의하여 경제적인 이익을 취득한 것이다. 따라서 스위스 금융시장은 한편으로 소규모의 개방적인 금융시장으로서, 다른 한편으로 고객을 위한 거대한 공급자로서 기능을 수행하고 있다. 이와 같은 스위스 금융시장의 기능은 앞으로 국제금융시장에 진입함으로써 자국의 금융투자업자들을 위하여 유익하다. 따라서 이와 같은 배경 하에 스위스 금융시장은 국제적인 기준에 적합하게 발전되는 것을 필요로 하게 되었다.<sup>15)</sup>

국경을 초월한 금융서비스 규정은 모든 금융시장참가자와 금융상품을 구속한다. 스위스 대부분의 금융투자업자는 스위스 금융감독기관(Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, FIN-MA)의 건전성 감독을 받으며, 여기에 예컨대

13) Eidgenössisches Finanzdepartement(EFD), 앞의 각주 11)의 단행본, S. 1.

14) Eidgenössisches Finanzdepartement(EFD), 앞의 각주 11)의 단행본, S. 1.

15) Eidgenössisches Finanzdepartement(EFD), 앞의 각주 11)의 단행본, S. 2.

2012년 기준 306개의 은행, 212개의 보험회사 및 100개의 집합투자자산관리인이 속한다. 그 밖에 보험중개인, 집합투자관리인 및 금융시장인프라 기관뿐만 아니라, 오늘날 감독권의 범위를 벗어난 금융투자업자(예, 자산관리인, 투자상담사 및 스위스에서 활동하는 외국 공급자)들도 FINMA에 구속된다.<sup>16)</sup>

### 3. 금융서비스법의 적용대상

새로운 FIDLEG는 스위스에서 금융시장과 관련하여 앞으로 통일적으로 적용될 것이다. 이로 인해 스위스에서 활동하는 모든 금융투자업자는 고객을 위하여 영업상 금융서비스를 제공하는 경우 FIDLEG의 지배를 받게 되며, 더불어 FIDLEG는 고객자문과 상품제공에 대한 금융기관의 기록의무를 규정하고 있다. 또한 FIDLEG는 금융투자업자 외에 고객상담, 금융상품의 공급자 및 발행자에게까지 적용된다(FIDLEG 제2조).

FIDLEG는 행동의무를 규정하고 있으며, 여기에는 정보의무, 문서의무, 책임의무 및 투명성과 주의의무 등이 포함된다. 또한, FIDLEG는 스위스에서 최초로 입법과정에서 명시적인 적합성 검사와 적절성 검사에 대하여 규정하고 있다. FIDLEG는 다양한 종류의

고객을 다방면에서 보호하기 위하여 금융투자업자에게 고객을 구분하여 서비스를 제공하도록 행동의무를 규정하고 있으며, 게다가 행동의무에 관하여 조직상의 조치의 적용순서를 확립하고 있다.<sup>17)</sup>

그 밖에 FIDLEG는 외국 금융투자업자가 스위스에서 국경을 초월한 영업을 영위하고자 하는 경우 등록하여야 하는 의무규정을 명시하였다. 특히, 외국 금융투자업자가 스위스에서 등록하고자 하는 경우 FIDLEG의 등록요건은 자국의 금융투자업자에 대한 감독규정이 스위스와 동일한 수준의 감독에 놓여 있는 것을 요구하고 있다.

FIDLEG는 금융상품의 문서화를 규정하고 있어, 앞으로 투자자들은 효율적이고 효과적인 정보수집이 가능하게 된다. 물론, 이러한 목적을 달성하기 위하여 모든 금융상품에 대하여 기본적으로 설명의무가 확대적용 된다. 또한, 개인 고객에게 금융상품이 제공되는 경우 금융투자업자는 소위 기초정보안내지(Basisinformationsblatt)를 작성하여야 한다.

마지막으로 각 고객의 법적 보호가 강화된다. 이를 보장하기 위하여 FIDLEG는 다양한 방법(예컨대, 입증책임의 전환, 옴부즈맨의 지위강화, 소송비용자금(Prozesskostenfonds) 및 특별 중재절차 등)을 규정하고 있으며, 이들의

16) Eidgenössisches Finanzdepartement(EFD), 앞의 각주 11)의 단행본, S. 2.

17) *Schleiffer/Schärli*, Ein Überblick über das künftige Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstitutsgesetz, GesKR 3/2014, 334(335).

보호조치는 부수적으로 집합적인 법적 보호 요소에 의하여 보충적으로 적용된다.

### Ⅲ. 기록의무 및 책임의무

#### 1. 기록의무

FIDLEG 제15조 제1항 a 및 c에 의하여 모든 금융기관은 고객과 합의된 사항을 기록하여야 하고, FIDLEG 제15조 제1항 b에 따라서 금융기관은 FIDLEG 제13조 내지 제14조에 의하여 고객에게 영향을 미치는 위험을 문서화하여야 한다.

또한 FIDLEG는 기록과 문서화에 관하여 세 가지 방법을 제시하고 있다. 첫째, 금융기관은 금융상품이 고객에게 부적합한 경우 발생할 수 있는 위험에 대하여 기록하여야 한다(FIDLEG 제13조 제1항). 둘째, 적합성 검사 내지 적절성 검사와 관련하여 고객이 금융회사에 근소한 정보를 제공하여 금융회사가 검사를 할 수 없는 경우, 금융회사는 고객에게 지시한 사항을 기록하여야 한다(FIDLEG 제13조 제2항). 끝으로 금융회사는

단순 판매(execution only)에서 적합성 검사를 실행하지 않는 경우, 고객에게 제공한 정보를 기록하여야 한다(FIDLEG 제14조).

그 밖에 투자상담사와 자산관리인은 고객의 위험 프로필(Risikoprofil)과 투자목적을 문서화하여야 하고, 거래에 관한 권유와 이와 결부된 적합성에 대하여 문서로써 기록하여야 한다(FIDLEG 제15조 제2항). 그러나 FIDLEG 제15조 제2항은 개정의 필요성이 제기되고 있다. 왜냐하면, 투자자의 관점에서 자산관리인의 매도와 매수에 대한 결정은 금융상품의 보유에 대한 투자상담사의 결정과 동일하기 때문이다. 단지 본문으로부터 이해될 수 있는 것은, 자산관리와 투자상담은 규칙적으로 검사되고 그리고 금융투자업자(Finanzdienstleister)<sup>18)</sup>는 고객에게 단지 보고만 하기 때문에 고객이 금융상품의 매매를 의도하는 경우 여기에서 문서화는 불합리하기 때문이다.<sup>19)</sup>

고객은 자산관리인의 결정을 바꾸지 못하고, 투자상담사는 고객에게 매매와 관련하여 조언을 구하지 않는다. 동시에 이러한 자산관리인과 투자상담사의 행동은 일반적으로 정당한 것으로 간주되고 있다. 고객이 개별적

18) Finanzdienstleister의 개념을 한국어로 번역하면 '금융서비스업자'로 정의할 수 있다. 그러나 현행 우리나라 법제 하에서는 이와 같은 개념을 사용하고 있지 않기 때문에 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제8조에 규정되어 있는 금융투자업자로 기술하기로 한다.

19) Sethe/Seiler, in: Waldburger/Sester/Peter/Baer(Hrsg.), Law & Economics: Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Dokumentation und Rechenschaft im geplanten FIDLEG, Bern 2015, S. 433.

인 투자조언을 이용하고 투자상담사가 명시적으로 금융상품의 보유를 권유하거나 또는 매수를 반대하는 경우, 완전히 다른 상황이 전개된다. 따라서 추후에 고객과 투자상담사 간의 분쟁이 발생하는 경우, 입증수단으로서 투자상담사의 행동은 문서화되어야 한다. 그렇지 않으면 투자매매와 관련된 중요한 사항에 대하여 고객은 증명을 하지 못하게 되기 때문이다.<sup>20)</sup>

최소한 문서화는 금융투자업자가 FIDLEG 제7조 및 제8조에 따라서 자신의 고객에게 제공한 서비스에 대한 사실을 기록하여야 한다. 이와 관련하여 고객과 관계된 문서의 기록에 대하여 표준화된 기준이 적용되는 것으로 충분하다. 이는 FIDLEG가 문서화의 내용에 관한 구체적인 사항을 규정하고 있지 않기 때문이다. 따라서 문서화에 대한 구체적인 사항은 금융투자업자의 자유재량에 속하는 것으로 해석할 수 있다.<sup>21)</sup>

## 2. 책임의무

FIDLEG 제16조 제1항은 금융투자업에게 FIDLEG 제15조에 따라서 작성된 문서의 교부의무를 부여하고 있다. 스위스 입법권자는 동 조항과 함께 문서의 교부는 감독법상의 목적과 분쟁이 발생하는 경우, 금융기관에 의하여 이용되는 것뿐만 아니라, 고객이 자신의 권리를 주장하기 위하여 금융기관에 문서의 교부를 요구할 수 있는 권리를 보장하고자 한다.

이와 같은 금융투자업자의 교부의무는 주목할 만한 가치가 있다. 왜냐하면, 독일에서 지배적인 견해에 따르면 독일 증권거래법(WpHG)<sup>22)</sup> 제34조는 병렬 규정으로써 순수한 감독법상의 규정으로 이해되고 있기 때문에 고객은 자신에 대하여 기록된 문서의 교부를 주장할 수 없기 때문이다.<sup>23)</sup> 또한, 우리나라 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제60조는 금융투자업자에게 직무관련 자료의 기록·유지의무를 규정하고 있으나, 동 자료의 보고와 제출은 금융위원회가 투자자보호 내지 건전한 거래질서를 위하여 필요한 경우에

20) *Sethe/Seiler, in: Waldburger/Sester/Peter/Baer(Hrsg.), 앞의 각주 19)의 단행본, S. 433.*

21) EFD, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen(FIDLEG) und Bundesgesetz über die Finanzinstitute(FINIG), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, 26.6.2014., S. 48.

22) Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz – WpHG vom 9. September 1998, BGB. I S. 2708), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 10. Mai 2016, BGBL. I S. 1142.

23) BGH, WM 2006, 567 (567ff.); Schwennicke, Die Dokumentation der Erfüllung von Verhaltenspflichten nach § 31 Abs. 2 WpHG durch die Bank, WM 1998, 1101 (1108); a. A. Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, Köln 2005, S. 864 ff.



한하여 요구할 수 있다(법 제426조 제1항).

FIDLEG 제16조 제2항에 의하여 금융투자업자는 자신의 고객에게 개별적 거래, 발생 비용, 구성 방식, 포트폴리오(Portfolio)의 평가(Bewertung)와 발전(Entwicklung) 등에 관한 서비스를 제공하는 경우 보고하여야 한다. 여기에서 ‘포트폴리오의 발전’에 대한 표현은 오해의 소지를 가진다. 즉, 금융투자업자는 감독법상 고객 포트폴리오의 주주의무를 부담하는 것이 아니라, 단지 개별적으로 제공된 서비스에 대하여 책임을 부담하는 것이다. 이는 투자자문과 단순 판매의 경우 FIDLEG 제16조 제2항 a와 c가 관계되며, 자산관리의 경우 FIDLEG 제16조 제2항 c에 적용된다. 그 밖에 책임의 범위뿐만 아니라, 규제수준에 대한 규정의 정리시점까지 위임되었다.<sup>24)</sup>

#### IV. 고객 서류의 교부요구권의 법적 성격과 범위

스위스는 제3국 금융투자업자의 유럽금융시장 진입에 관한 요건을 충족하기 위하여 감독법상의 문서의무 및 책임의무를 도입하였으며, 이는 결과적으로 MiFID II의 법적 기준을 국내법으로 전환한 것이다.<sup>25)</sup> 또한, 감독법상 문서의무 및 책임의무의 도입은 민사소송과 관계된 입증에 대한 고객과 금융기관간의 불충분한 관계를 해소하기 위한 것으로 이해할 수 있다.<sup>26)</sup> 이와 같은 이유로 인하여 FIDLEG 제72조는 고객에게 문서의 교부를 요구할 수 있는 권리를 부여하였다. 다시 말해서, 고객은 자신에 대하여 작성된 문서를 금융기관에게 요구할 수 있으며, 이때 문서의 범위는 문서의무와 책임의무에 따라서 작성된 증거자료뿐만 아니라 고객 자신과 관계된 문서, 영수증, 청구서 및 기록 등을 포함한다.

24) 주어진 권리 안에서 책임의 이행은 요청에 대한 정보로서 계획되었다; Fellmann, Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag(Art. 394–406 OR), Bern 1992, Art. 400 N 53 und 66; 반대 견해, Weber, in: Honsell/Vogr/Wiegand(Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., 2011(zitiert: BAK–Bearbeiter), Art. 400 N 2.

25) Die entsprechende Wohlverhaltensregel in Art. 25 Abs. 6 Richtlinie 2014/65/EU(MiFID II) und die Gleichwertigkeitsanforderung in Art. 47 Abs. 1 Bst. d Verordnung(EU) Nr. 600/2014(MiFIR). Amado/Molo/Vecchi, Die regulatorischen und zivilrechtlichen Aspekte des FIDFLEG–Projektes: eine kritische Auseinandersetzung, AJP 2013, 1783(1784ff.); Sethe, Das Drittstaatenregime von MiFIR und MiFID II, SZW 2014, 615(615ff); Weber/Sethe, Äquivalenz als Regelungskriterium im Finanzmarktrecht, SJZ 2014, 569 (569ff).

26) FINMA, Madoff–Betrug und Vertrieb von Lehman–Produkten: Auswirkungen auf das Anlageberatungs– und Vermögensverwaltungsgeschäft, Bern 2. März 2010, S. 11; FINMA, Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen(FINMA–Vertriebsbericht 2010), Oktober 2010, S. 5.

고객이 자신에게 관계된 중요한 자료의 교부를 요구할 수 있는 권리는 손해배상소송에서 무기평등(Waffengleichheit)의 원칙을 보장하고 소송에서 자신의 승소기회를 높일 수 있다. 따라서 문서의무 및 책임의무는 고객이 이전 또는 동시에 자신의 손해배상청구를 소송에 의하지 않고, 고객에게 스위스 특유의 공판전 증거조사절차(pretrial discovery)를 가능하게 하고 있다.<sup>27)</sup> FIDLEG 제72조 제1항은 정보요구와 관련하여 능동 정당화와 수동 정당화(Aktiv- und Passivlegitimation)를 보장하면서, 동시에 고객과 금융투자업자의 개념 정의에 접목시키고 있다. 이는 무엇보다 양당사자 사이에 암묵적인 기존관계를 요구하고 있다.<sup>28)</sup>

FIDLEG 제72조 제1항에 의하여 보장된 문서의 교부요구는 서면에 의하여 행해져야 하며, 이에 대한 교부비용은 금융기관이 부담한다(FIDLEG 제73조 제3항). 금융투자업자가 30일 내에 고객이 원하는 자료를 교부

하지 않는 경우, 고객은 법원에 문서의 교부를 신청할 수 있다(FIDLEG 제73조 제4항).<sup>29)</sup> 금융투자업자에 의하여 사전소송책임입증(vorprozessuale Rechenschaftsablegung)이 거부되고, 특히 고객이 문서교부와 관련하여 비용을 부담하는 경우, 법원은 FIDLEG 제73조 제5항에 따라서 손해배상소송에 개입하게 된다. 동 규정은 무엇보다 비용순서(Kostenfolge)를 정하고 있기 때문에 이와 다르게 적용되면 무효로 간주된다. 따라서 법원은 금융투자업자가 고객이 요구하는 문서의 교부를 거부하는 경우, 소송에서 금융투자업자에게 문서의 교부를 명령할 수 있다.<sup>30)</sup>

FIDLEG의 중요한 자료의 교부는 새로운 특별 사법상의 기본원리와 관련하여 의문의 여지가 존재한다. FIDLEG 제72조 제1항에 명시된 교부의 개념은 금융투자업자가 문서로부터 분리되고 그리고 교부는 고객에게 인도되는 것을 시사한다.<sup>31)</sup> 그러나 이것은 당연히 금융투자업자로부터 기대되지 않는다.

27) 이와 관련하여 미국법에 따른 공판 전 증거조사 절차(pretrial discovery)의 다른 견해: *Fischer/Richa*, U.S. pretrial discovery on Swiss soil, ZSR Beiheft 49, Basel 2011, Nr. 12; *McDonald-Wetzler*, Discover the Opportunities – US Discovery im Prozess, RIW 2000, 212 (212).

28) *Sethe/Seiler*, in: *Waldburger/Sester/Peter/Baer*(Hrsg.), 앞의 각주 19)의 단행본, S. 437.

29) FIDLEG 제73조 제1항 및 제4항. 스위스에서 정보요구의 소구가능성의 제한은 새로운 규정이 아니다. 이미 OR 제697조 제4항 및 제697b조 제1항에 따라서 주주의 정보요구권 내지 민법 (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZGB) 제281조 제1항에 따른 반론권(Gegendarstellungsrecht)이 존재하고 있다.

30) *Sethe/Seiler*, in: *Waldburger/Sester/Peter/Baer*(Hrsg.), 앞의 각주 19)의 단행본, S. 437f.

31) 결과적으로 교부의 개념은 위임법(Auftragsrecht)의 내용에 규정되어 있다, BGE 139 III 49. 54 E. 4.1.2 (교부 또는 인도의무).

오히려 고객이 자신과 관계된 문서의 복사를 요구할 수 있다는 것을 본문으로부터 명확히 확인할 수 있다.<sup>32)</sup>

이와 같은 특별한 책임해석의 범위에 대한 개념은 역시 당황스럽게 만든다. 물론 규정상 문서교부의무의 범위와 관계되거나 또는 적어도 복사가능한 문서의 최소구성요소로서 감독법상의 문서로 개념 정의되는 것으로 생각할 수 있다. 그러나 FIDLEG는 다른 방법을 기술하고 있다. 즉, 교부에 대한 규정은 고객과 관계된 문서에 대하여 교부의무를 일차적인 구성요소로서 설명하고, 일반 조항으로부터 귀결되고, 금융투자업자가 영업관계에서 작성한 기타 모든 문서를 포함하는 것으로 해석할 수 있다.

스위스에서 학자들은 고객문서의 개념정의를 FIDLEG에서 찾으려고 노력하고 있으며, 더불어 EFD의 첨부보고(Begleitbericht)와 비교하고 있다. 따라서 단지 언어상의 불일치에 해당하는지, 원래 '고객 문서'와 함께 FIDLEG 제15조의 문서화를 의도하는 것인지, 이로부터 이미 언급한 것과 같이 감독법

상의 책임의 범위로<sup>33)</sup> 해석하는지 또는 이와 다른 의도를 가지고 있는지는 불명료하다.<sup>34)</sup>

## V. 결론

FIDLEG의 행동규칙은 금융투자업자에게 문서의무 및 책임의무를 부여하였다. 이는 스위스가 유럽회원국의 감독법에 기인한 동일가치의 목적을 달성하기 위하여 도입한 것이다. 그러나 FIDLEG의 문서의무 및 책임의무는 근소하게 규정되어 있기 때문에 시행규칙 또는 권고문 수준의 이행규칙의 형성이 무엇보다 중요하다. 새로운 행동규칙을 확립하기 위하여 스위스 학자들은 계약상의 문서의무 및 책임의무의 준수여부를 FINMA에 의하여 감시하게 하고, 체계적인 확립과 남용을 예방하기 위하여 엄격한 행정 제재를 모색하고 있다.

스위스는 개개 사건에 대한 감시권한을 감독기관의 업무범위에 포함시키지 않고, 각 관계법에 의하여 이행하도록 하고 있다.

32) FIDLEG 제72조 제2항의 본문을 살펴보면, 일반적으로 고객의 입장에서 원본의 교부는 필요하지 않다. 원본의 제시가 필연적으로 요구되는 경우 고객은 이용할 수 있어야 하는데, 이 역시 상상하기 어렵다. 왜냐하면, 금융투자업자는 의심할 여지없이 소송에서 원본을 제출하여야 하기 때문이다. 왜냐하면, 금융투자업자에게 소송상 협력의무의 위반이 전가되기 때문이다.

33) 비교 FIDLEG 제16조 제1항.

34) EFD의 첨부보고서는 교부의무 및 문서의무와 일치하는 것으로 여겨진다. EFD, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG) und Bundesgesetz über die Finanzinstitute(FINIG), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, 2014. 6. 26., S. 81.

또한 교부의무와 관계된 계약은 기록의무 및 책임의무를 포함하지 못한다. 따라서 새로운 감독규정의 도입으로 인하여 스위스 사람들은 민법의 개정을 통해서 또는 무엇이 종국적으로 거대한 비용을 초래하는지 그리고 감독법은 무엇 때문에 도입하여야 하는지 등에 대하여 고민하고 있다. 이하 이러한 해결을 위하여 설명하도록 하겠다.

고객서류 및 고객에 관계된 문서의 교부에 대한 사법상의 청구권의 도입과 관련하여 의문점이 생긴다. 즉, FIDLEG의 규정이 도입되어야 하는 경우, FIDLEG의 규정은 축소된 직권탐지주의(Untersuchungsmaxime)와 함께 약식소송에 적용되는 것으로 설명할 수 있다. FIDLEG 제73조 제1항, 제2항 및 제4항에 규정된 장해요소는 고객이 자신의 정보요구권의 이행과 관련하여 고객을 저지하기 때문에 삭제되는 것이 바람직하다.

이와 달리 비용분배에 관한 FIDLEG 제73조 제5항은 불필요하다고 생각된다. FIDLEG 제73조 제5항은 ZPO 제107조에 따라 적용되는 법적 성격으로부터 벗어나지 않기 때문이다. 문서의 복사와 인도비용을 고객에게 부담시키는 FIDLEG 제73조 제3항은 비강제적으로 FIDLEG 제16조의 행동규정에 편입되었다. 금융투자업자가 문서의 교부와 책임의무를 이행하기 위한 비용을 고객

에게 전가하고자 하는 경우, 어떤 법률 요소가 필요한지 또는 어떤 문서가 고객에게 제공되는지 의문이다.

금융투자업을 개혁하기 위한 스위스의 노력은 인접 국가들에 대하여 매우 중요하다. 금융투자업자와 고객간의 현저한 정보비대칭은 혼란의 원인이다. 그 결과 대부분의 금융투자업자는 이해상충관계에 놓이게 된다. 정보비대칭의 해소와 금융투자업자의 이해상충문제의 완화는 EU지침인 MiFID II의 일차적인 목적이면서 FIDLEG의 목적이 된다. 동 목적을 수행하기 위하여 본 논문에 기록의무 및 책임의무가 설명되었다. 그러나 본 논문은 기록의무 및 책임의무에 대하여 단지 최소한의 형식으로 접근하였다. 제정 단계에서 기록의무 및 책임의무에 관한 규정은 아직 존재하지 않기 때문에 동 의무의 범위가 타당한지에 대하여 아직 설명이 이루어지지 않고 있다.

물론 스위스에서 이미 FIDLEG의 도입에 대하여 많은 비판이 제기되어 기록의무와 책임의무에 대하여 개선의 필요성이 요구되고 있지만, FIDLEG에 의하여 금융투자업자의 정보우위를 재조종할 수 있을 것으로 기대된다. 또한 고객과 금융투자업자간의 정보에 관한 '평범한 경쟁의 장(level playing field)'을 형성하기 위하여 무엇보다 고객은 금융투자업자의 조언에만 의지하지 않고 금

용에 관한 기초지식을 습득하는 것이 필요하다. 이는 고객이 금융투자업자의 금융상품에 대한 특성, 종류 및 방법 등을 들었으나, 고객이 '설명한 것을 듣지 못했거나, 들었으나 이해를 하지 못하는 문제'가 발생하기 때문이다.

문서에 대한 금융투자업자의 기록의무는 감독기관에게 금융투자업자의 통제, 조직 및 고객과 무엇에 대하여 계약을 체결하였는지 등을 쉽게 파악할 수 있게 한다. 그러나 감독기관은 순수한 행동의무(적합성 평가 및 적정성 평가 등)의 준수 여부를 문서의 내용만으로 통제하는데 적합하지 않다. 이는 도로교통에 의하여 입증된 사실이다. 즉, 입법

기관은 운전자에게 운전 후 자신이 교통법규를 철저히 준수하였는지에 대하여 문서화하도록 의무를 부과하지 않았다. 따라서 사고가 발생한 경우 감독기관은 주차를 하거나 또는 주행 중 도로의 상황을 파악하였는지 그리고 불법행위 여부를 단순히 조사하게 된다. 이러한 관점은 금융투자업자가 금융상품의 판매시점에서부터 이행되어야 하고, 기록은 현실과 적합한 사항에 대하여 이루어져야 한다.

**신 상 우**

(한국외국어대학교 강사, 법학박사)

## 참고문헌

- Amado, Flavio/Molo, Giovanni/Vecchi, Raffaele de*, Die regulatorischen und zivilrechtlichen Aspekte des FIDLEG-Projektes: eine kritische Auseinandersetzung, AJP 2013, 1783~1805면.
- EFD, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen(FIDLEG) und Bundesgesetz über die Finanzinstitute(FINIG), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, 26.6. 2014.
- Eidgenössisches Finanzdepartement(EFD), Finanzdienstleistungsgesetz(FIDLEG): Stossrichtungen möglicher Regulierung, 18. Februar 2013.
- Fellmann, Walter*, Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag(Art. 394–406 OR), Bern 1992.
- FINMA, Madoff-Betrug und Vertrieb von Lehman-Produkten: Auswirkungen auf das Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsgeschäft, Bern 2. März 2010.
- FINMA, Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen (FINMA-Vertriebsbericht 2010), Oktober 2010.
- Fischer, Philipp/Richa, Alexandre*, U.S. pretrial discovery on Swiss soil, ZSR Beiheft 49, Basel 2011.
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang*(Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., 2011(zitiert: BAK-Bearbeiter).
- Mcdonald, Kevin M./Wetzler, Christoph F*, Discover the Opportunities – US Discovery im Prozess, RIW 2000, 212~216면.
- PWC, Neue Regeln für den Schweizer Finanzplatz durch FIDLEG und FINIG, PwC Schweiz November 2015.
- Schleitfner, Patrick/Schärli, Patrick*, Ein Überblick über das künftige Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstitutsgesetz, GesKR 3/2014, 334~347면.
- Schwennicke, Andreas*, Die Dokumentation der Erfüllung von Verhaltenspflichten nach § 31 Abs. 2 WpHG durch die Bank, WM 1998, 1101~1109면.
- Sethe, Rolf*, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, Köln 2005.
- Sethe, Rolf*, Das Drittstaatenregime von MiFIR und MiFID II, SZW 2014, 615~631면.
- Thomas, Werlen/Thomas, Reutter*(Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen IV, Zürich 2009.
- Waldburger, Robert/Sester, Peter/Peter, Christoph/Baer, Charlotte M.*(Hrsg.), Law & Economics: Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Dokumentation und Rechenschaft im geplanten FIDLEG, Bern 2015.
- Weber, Rolf H/Sethe, Rolf*, Äquivalenz als Regelungskriterium im Finanzmarktrecht, SJZ 2014, 569~577면.