다국적 차원의 자본시장법규 집행*

- 공적기관에 의한 불공정거래 규제를 중심으로 -

장 근 영**

차 례

Ⅰ. 머리말

Ⅱ. 자본시장법의 역외적용과 집행
1. 자본시장법 제2조와 입법관할권
2. 자본시장법의 집행

Ⅲ. 불공정거래에 대한 다국적 차원의 조사와 집행
1. 감독기관간의 협력
2. 국제형사사법공조와 국제수사공조 및 관련 원칙의 완화
3. 불공정거래로 발생한 해외 범죄수익의 환수 및 피해자 환부

Ⅳ. 맺음말

* 이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2015S1A5A2A01009164).

** 한양대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

접수일자 : 2017. 09. 28. / 심사일자 : 2017. 11. 22. / 게재확정일자 : 2017. 11. 24.

www.kci.go.kr

Ⅰ. 머리말

자본시장 관련법을 제정하고 이를 시행할 권한은 기본적으로 속지주의 원칙에 따라 각 자본시장이 위치한 국가에 주어진다. 그러나 한편으로 국외에서 벌어진 행위를 규율하는 권한과 관련하여, 한 국가의 법률이 일정한 역외적 효과(extraterritorial effect)를 가질 수 있다는 점에는 큰 이견이 없다.[1] 미국은 자국의 투자자와 증권시장을 보호하기 위해 일정한 요건하에 자국의 연방증권법을 해외거래에 적극적으로 역외적용 해온 대표적인 국가이다.

우리도 자본시장의 국제화를 맞이하여 국내 투자자와 자본시장의 보호를 한층 강화할 필요가 있다. 만약 타국에서 이루어진 행위가 우리 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 "자본시장법")을 위반함으로써 국내 투자자에게 손실을 야기하거나 국내 자본시장을 교란시킨다면 동 법을 역외적용하여 해당 행위를 규제하는 것이 마땅하다고 할 것이다. 실제로 자본시장법은 제2조에서 "이 법은 국외에서 이루어진 행위로서 그 효과가 국내에 미치는 경우에도 적용한다"고 규정함으로써 동 법이 국외행위에 대하여 적용됨을 분명히 하고 있다.[2]

그런데 자본시장법이 역외적용 여부를 선언적으로 규정하였다고 해서 그것만으로 규제의 실효성이 확보되는 것은 아니다. 특정 법령의 역외적용이란 해당 법령의 집행(enforcement)과 불가분의 관계에 있다. 자본시장법의 집행은 통상 (ⅰ) 피해 투자자의 손해배상청구를 통한 민사제재, (ⅱ) 금융위원회의 행정규제, (ⅲ) 검찰을 통한 형사제재, (ⅳ) 자율규제기관의 자율규제 등의 형태로 이루어진다. 이러한 민사적·행정적·형사적·자율적 제재가 국제적 사안에서 얼마나 실현 가능한가 하는 점이 자본시장법의 역외적용 문제와 밀접한 관련이 있는 것이다.

---

1) James D. Cox et al., *Securities Regulation: Cases and Materials*, 2d ed. Aspen Law & Business, 1997, p.1202.

2) 자본시장법의 조문 자체는 공정거래법상 역외적용 규정을 주로 참조한 것으로, 이른바 '효과주의' 원칙을 선언한 것으로 볼 수 있다. 김건식·정순섭, 「자본시장법」 제3판, 두성사, 2013, 832쪽.

www.kci.go.kr

위의 집행수단 가운데 민사제재는 현실적으로 소극적일 수밖에 없다. 왜냐하면 자본시장법상 공시서류의 부실기재나 내부자거래와 같은 위법행위를 인지할 능력이 상대적으로 부족한 사적 당사자로서는 감독당국이나 수사기관이 해당 위법행위를 적발한 후에야 비로소 이를 근거로 민사소송을 제기하는 것이 일반적인 까닭이다. 결국 공적기관이나 자율규제기관에 의한 법규위반 행위의 적극적인 적발 및 제재가 자본시장규제의 첫 단계이자 피해를 입은 투자자가 손해배상을 청구하기 위한 사실상의 전제조건이라고 할 수 있다.

이처럼 일반투자자 보다는 공적기관이 자본시장규제의 선봉장이 되는 현실은 다국적 차원의 규제실현에서도 마찬가지이다. 그렇지만 순수한 국내 거래와는 달리 국제적 거래의 규제 시에는 법령집행의 불확실성을 가중시키는 다양한 차원의 문제들이 대두된다. 예컨대 한국시장에 상장된 회사와 모종의 계약을 체결하던 외국인이 그 과정에서 알게 된 회사의 미공개중요정보를 이용하여 증권을 거래하였다거나, 혹은 외국인이 해외에서 시세조종행위를 한 결과 한국시장에서 증권의 시세가 변동하여 국내투자자가 손해를 입었다고 가정해 보자. 이 때 각각의 행위는 자본시장법 제174조와 제176조에 따른 불공정거래행위로서 다국적 차원의 조사와 집행의 대상이 될 여지가 충분하다. 하지만 국내 규제기관은 해외 당사자의 조사 및 송환, 증거 자료의 확보, 불공정거래로 인한 범죄수익의 환수 등과 관련하여 곤란을 겪을 수 있다. 반대로 외국 규제기관이 국제적 불공정거래의 적발을 위해 국내 규제기관의 협력을 요구하는 상황도 염두에 두어야 한다. 이 글은 국제적 불공정거래를 규제하고자 할 때 적용되는 관련 법제의 현황을 살펴보고, 아울러 보완 및 개선방안을 제시함으로써 다국적 차원에서 이루어지는 규제의 실효성을 확보하고자 한다.

그 동안 구 증권거래법 및 자본시장의 역외적용 문제에 대해서는 국내에서 비교적 다수의 연구가 이루어졌다.[3] 하지만 관련 문헌들 가운데 상

3) 대표적으로 서완석, “국제증권거래에 대한 미국의 사물재판관할권”, 「기업법연구」 제13집, 한국기업법학회, 2003; 장근영, “Sarbanes-Oxley Act의 외국법인에 대한 적용 - 미국증권법의 역외적용과 관련하여 -”, 「상사법연구」 제22권 제2호, 한국상사법학회, 2003; 허항진, “증권법 역외적용의 합리적 기준 및 범위에 대한 연구 - 미국증권법의 불공정거래에 대한 역외적용 사례를 중심으로”, 「증권법연구」 제9권 제2호, 한국증권

www.kci.go.kr

당수는 미국 연방법원의 판례를 통해 정립된 효과기준(effects test) 및 행위기준(conduct test)을 참고하여 관련법의 역외적용 범위의 확정과 민사제재 문제에 검토를 집중해 왔다. 이에 비하여 행정규제나 형사제재 등 공적규제를 통한 국제적 차원의 자본시장법규 집행의 문제를 다룬 기존 연구는 드문 편이다. 이 글은 사적 당사자가 아닌 공적기관에 의한 다국적 차원의 규제집행 쟁점을 다룸으로써 보다 완성적인 역외적용 논의에 일조할 수 있기를 기대한다.

이하 이 글의 순서는 다음과 같다. 우선 자본시장법의 역외적용을 명문화한 제2조의 성격 및 자본시장법의 집행 유형을 정리한다(Ⅱ). 이어서 다국적 차원의 자본시장법 집행과 관련한 쟁점 가운데 감독기관간의 협력, 형사사법공조 및 관련 원칙, 불공정거래로 인한 범죄수익의 환수 및 피해자 환부 제도 등을 살펴보고 개선방안 등을 제시한다(Ⅲ). 마지막으로 이상의 논의를 요약하며 글을 맺는다(Ⅳ).

Ⅱ. 자본시장법의 역외적용과 집행

1. 자본시장법 제2조와 입법관할권

앞서 머리말에서 언급하였듯이 지난 2009년 2월 4일부터 시행되고 있는 자본시장법은 구 증권거래법과는 달리 동 법이 역외적용됨을 제2조에서 명문으로 밝히고 있다. '법의 역외적용'이란 용어는 다양한 의미로 사용되지만, "한 국가의 법은 그 국가의 영토 내에서만 적용되는 것이 원칙이라는 전제 하에, 경우에 따라 이 영토 외에서도 적용되는 것을 예상하는 것"이라는 설명이 적절하다.[4)]

법학회, 2008; 석광현 · 정순섭, "국제자본시장법의 서론적 고찰 - 역외적용 및 역외투자자문업자 등의 특례를 중심으로 -",「증권법연구」제11권 제2호, 한국증권법학회, 2010; 박준선, "미국 연방증권거래법 Section 10(b)에 기한 사적소송과 그 역외적용에 관한 고찰",「상사법연구」제33권 제2호, 한국상사법학회, 2014; 문만석, "자본시장법 역외적용에 관한 소고",「금융법연구」제11권 제3호, 한국금융법학회, 2014; 이정두, "자본시장법 역외적용 기준에 관한 소고: 해외증권 발행을 중심으로",「금융감독연구」제3권 제2호, 금융감독원, 2016.

www.kci.go.kr

자본시장법의 역외적용(extraterritoriality) 문제는 국제사법상 준거법 선택(choice of law)의 문제와는 접근법이 다르다. 우선 국제사법상 준거법 선택 문제는 특정한 법률관계를 전제로 하여 해당 법률관계에 적용 가능한 여러 나라의 법이 충돌하는 상황에서, 해당 사안에 적용될 특정 법역(jurisdiction)의 법을 선택하는 것을 말한다.[5] 예컨대 국제계약분쟁시 내국인 당사자가 외국법을 선택함으로써 국내법의 적용을 배제할 수 있는지, 또는 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우 계약의 준거법은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 적용되는지 등의 문제이다.[6] 즉 준거법 선택은 법률관계를 기준으로 하여, 그에 적용할 준거법을 탐구하는 과정이라 할 수 있다.[7]

반면 법의 역외적용 문제는 한 국가가 자국의 법을 영토 밖에서 발생한 행위에 적용하려 한다거나, 또는 복수의 국가가 동일한 행위에 대하여 자국의 법을 동시에 적용하려 하는 경우에 발생하는 것이다. 즉 법의 역외적용은 특정 법을 기준으로 하여, 그 법이 어느 범위까지 적용되는가를 정하는 입법관할권(legislative or prescriptive jurisdiction)의 문제라 할 수 있다.[8] 법적 이해관계에 영향을 미칠 수 있는 권한(authority to affect legal interests)을 의미하는 국가관할권(state jurisdiction)은 통상 세 가지로 분류하는데,[9] ① 어떠한 사람이나 상황에 대하여 적용되는 법규범을 창출할 수 있는 권한인 입법관할권(legislative jurisdiction), ② 사법기관이 재판관할의 범위를 정하고 관련 법령을 적용하여 사안을 심리하고 판결을 선고하는 권한인 사법관할권(adjudicatory jurisdiction: 재판관할권), ③ 행정기관이 체포, 강제조사 등의 물리적인 강제조치에 따라 법령을 집행하는 권한인 집행관할권(enforcement jurisdiction)이 그것이다.[10] 이 가운데 입법

4) 정찬모・김건식・최준선・김용진・정진세・김정미, “인터넷 증권거래의 법제도적 기반에 관한 연구”, 「정책연구」 99-04, 정보통신정책연구원, 1999, 113쪽.
5) 석광현・정순섭, 앞의 글, 33쪽.
6) 국제사법 제25조 및 제26조 참조.
7) 석광현・정순섭, 앞의 글, 33쪽.
8) Hannah L. Buxbaum, “Conflict of Economic Laws: From Sovereignty to Substance”, 42 *Va. J. Int'l L.* 931, 2002, p.935.
9) Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987), § 401.
10) Christopher L. Blakesley & Dan E. Stigall, “The Myopia of *U.S. v Martinelli*:

www.kci.go.kr

관할권의 문제가 바로 법의 역외적용 문제라는 것이며, 자본시장법 제2조는 이른바 '효과주의'(effect test) 원칙에 따라 국내에 효과를 미치는 국외행위에 동 법이 적용됨을 밝힘으로써 입법관할권을 행사한 것이라 할 수 있다. 따라서 자본시장법의 역외적용과 관련한 핵심논의 중의 하나는 동 법의 적용범위를 구체적으로 획정하는 것, 달리 말해 자본시장법의 관련 규정이 문제된 국외행위에 적용되느냐의 여부를 결정하는 것이다.[11]

구체적으로 어떠한 경우에 자본시장법상의 공시규제조항이나 불공정거래규제조항이 해외의 거래나 당사자에게 적용되는지 항상 명확한 것은 아니다. 자본시장법 제2조에 따라 동 법이 어느 정도까지 역외적용되는가는 자본시장법 전체를 대상으로 하여 일원적으로 정해질 수 있는 문제는 아니며, 개별 법령의 본질과 내용에 따라 문제된 각 규정의 성질을 고려하여 구체적으로 그 적용범위를 판단하는 방식이 적절하다.[12] 그 밖에도 효과기준에 근거하였다고 평가되는 자본시장법 제2조의 적용범위에 대해서는 다양한 의견이 제시되고 있지만, 이 글은 자본시장법 집행의 실효성 제고 방안에 주안점을 두고 있으므로 입법관할권의 국제적 적용범위 자체의 쟁점은 다루지 않는다. 따라서 이하에서는 불공정거래를 규제하는 개별 규정이 자본시장법 제2조에 근거하여 특정 국외행위에 적용되는 상황을 전제로 하여, 해당 법규의 역외적 집행을 어떻게 효율적으로 할 것인가의 문제에 집중한다.[13]

Extraterritorial Jurisdiction in the 21st Century", 39 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 1, 2007, p.12. 관할권을 입법관할권과 집행관할권 양자로 분류하고, 사법관할권 개념을 집행관할권에 포함시키는 입장도 있다. 이재민, "IUU 규제조치와 국내법의 역외적용 - 미국 및 EU의 관련 입법과 집행을 중심으로," 「국제경제법연구」 제12권 제3호, 한국국제경제법학회, 2014, 42-43쪽.

11) 예컨대 국외에서 이루어진 특정 행위가 자본시장법을 위반하였다는 소송이 제기되었을 때 자본시장법의 역외적용 여부를 판단하는 법원의 입장이라면 어느 법을 준거법으로 선택할 것인가를 결정하는 것이 아니라, 자본시장법을 적용하여 심리를 하거나 혹은 자본시장법이 적용되지 않는다고 보아 소를 각하하거나를 양자택일적으로 결정하게 된다. Buxbaum. *op. cit*., p.936.

12) 석광현 · 정순섭, 앞의 글, 38쪽. 석광현 · 정순섭, 앞의 글은 자본시장법상의 규정을 행정규제, 사법규제, 형사규제로 구분하여 역외적용 범위를 개별적으로 개관하고 있다.

13) 자본시장법의 역외적 집행과 관련하여, 비록 자본시장법 제2조의 신설로 인해 외국인의 외국에서의 자본시장법 위반도 형사처벌 가능한 근거가 마련되었지만 동 조의 애매한 구성요건은 죄형법정주의의 원칙상 문제가 있다고 보는 견해가 있다. 동 견

www.kci.go.kr

2. 자본시장법의 집행

위에서 언급한 자본시장법의 국제적 적용범위의 문제인 입법관할권과 행정·사법에 의한 집행관할권은 구별되는 개념이지만, 밀접한 상호 관련성이 있기도 하다. 왜냐하면 자본시장법상 특정 법령이 국외행위에 역외적용되는 사안이더라도 현실적으로 해당 법령의 집행이 불가능하다면 결국 입법목적의 달성에 실패하는 셈이기 때문이다. 자본시장법의 집행은 통상 (ⅰ) 피해를 입은 투자자의 손해배상청구를 통한 민사제재, (ⅱ) 금융위원회의 행정규제, (ⅲ) 검찰을 통한 형사제재, (ⅳ) 자율규제기관의 자율규제 등의 형태로 이루어진다. 자본시장법의 역외적용 논의에서는 이러한 민사적·행정적·형사적·자율적 제재가 국제적 사안에서 어느 정도로 실현 가능하도록 할 것인가 역시 중요한 과제 중의 하나이다.

사실 자본시장법의 규제목적은 반드시 행정제재나 형사제재에 의하여만 달성될 수 있는 것은 아니며, 법에 위반한 행위의 사법(私法)상 효력을 부인하거나 손해배상책임을 인정함으로써도 실현될 수 있다. 후자의 경우 그러한 사법상 효과를 주장하는 것은 규제당국이 아니라 일반 사인(私人)이다. 즉 사적 당사자에 의한 소제기는 기본적으로 손해배상의 성질을 띠는 것이지만, 법규위반자가 배상책임을 지게 됨으로써 이를 통해 자본시장법의 규제목적이 간접적으로 달성된다고 할 수 있다. 결국 일반 사인인 투자자가 자기의 권리주장을 적극적으로 한다면 이들은 사적 검찰기관(private attorneys general)의 역할을 수행하는 셈이며, 그 부수적인 결과로서 자본시장법규 위반행위가 억지된다.[14]

그렇지만 자본시장법규 위반행위로 인해 피해를 본 투자자들이 그 위반행위를 이유로 민사손해배상을 청구하는 것은 현실적으로 용이한 일이 아니다. 예컨대 자본시장법상 공시서류의 부실기재로 손해를 입은 투자자는 관련 당사자에게 손해배상을 청구할 수 있지만, 실제로 부실기재의 여

해에 따르면 자본시장법상 형사규정의 역외적용이 인정될 경우에는 그 기준으로서의 '효과'의 구체적 기준을 제시할 필요가 있다고 한다. 석광현·정순섭, 앞의 글, 66-67쪽.

14) J. William Hicks, *International Dimensions of U.S. Securities Law*, West Group, 2017, § 11:3.

www.kci.go.kr

부를 일반투자자가 파악하기란 쉬운 일이 아니다. 또한 대표적인 불공정행위의 하나인 내부자거래가 이루어지더라도 이로 인해 피해를 입은 일반투자자들의 입장에서는 관련 정보에의 접근이 제한되어 있다 보니 위법행위의 발생 여부를 알기 어렵다. 통상적으로는 감독당국이나 수사기관이 부실기재나 미공개정보이용행위를 적발한 후에야 이를 근거로 투자자들이 민사소송을 제기하곤 한다. 이러한 점에서 자본시장법 위반행위에 대한 민사책임의 추궁은 소극적일 수밖에 없다. 결국 공적기관이나 자율규제기관에 의한 법규위반행위의 적극적인 적발 및 제재가 현실적인 규제의 첫 단계이자, 피해를 입은 투자자가 손해배상을 청구하기 위한 사실상의 전제조건이라고 할 수 있다.

이와 같이 일반투자자 보다는 공적기관이 자본시장규제의 선봉장이 되는 현실은 다국적 차원의 규제실현에서도 마찬가지라 할 것이다. 그렇지만 순수한 국내 거래와는 달리 국제적 거래의 규제 시에는 법령 집행의 불확실성을 가중시키는 다양한 차원의 문제들이 존재한다. 아래에서는 역외적용을 인정하는 자본시장법에 근거하여 국내 공적기관이 국제적 증권거래를 규제하고자 할 때 적용되는 관련 법제의 현황을 살펴보고, 아울러 보완의견이나 개선방안을 제시한다. 자본시장법의 규제는 크게 사전적 공시규제와 사후적 불공정거래규제로 구분할 수 있는데, 이 글의 초점은 공적기관의 사후적 집행에 맞추어져 있으므로 후자인 불공정거래의 규제가 논의의 중심이 된다.

Ⅲ. 불공정거래에 대한 다국적 차원의 조사와 집행

자본시장법상 불공정거래의 공적규제는 통상적으로 여러 단계를 거치게 된다. 많은 경우 자율규제기관인 한국거래소 등이 1차적 시장감시를 통해 불공정거래의 혐의가 있는 행위를 포착하면 공식적 조사를 위해 해당 사안을 감독기관인 금융위원회에 이첩한다. 금융위원회는 추가 조사를 통해 법령위반 여부를 판단하여 재제조치를 취하거나 필요한 경우 검찰에 수사를 의뢰하고, 검찰은 금융위원회에서 통보된 사건을 접수하여 수

www.kci.go.kr

사를 한 후 기소하게 된다.[15] 그런데 국제적 불공정거래의 규제 시에는 순수한 국내 거래의 규제와는 달리 고려해야 할 다양한 차원의 문제들이 대두된다. 예컨대 금융위원회나 검찰이 해외에 소재한 인적·물적 증거나 관련 자료를 어떻게 확보할 것인지, 외국에 있는 관련 당사자를 어떻게 조사하고 추적하여 송환할 것인지, 해외에 유출된 범죄수익을 동결하여 환수할 수 있는지 등의 문제가 그것이다. 이 가운데 자본시장법의 입법목적 실현과 관련된 몇 가지 쟁점을 추려 아래에서 살펴본다.

1. 감독기관간의 협력

감독기관이 위법한 국제적 거래를 규제하기 위해 조사 및 증거 수집을 하는 단계에서 관련 당사자나 자료가 해외에 있는 경우에는 다양한 절차적 장벽에 직면하게 된다. 예컨대 법규위반 사례를 조사하고 이를 성공적으로 규제하기 위해서는 일반적으로 관련 법인의 소유·지배에 관한 정보뿐만 아니라 불법거래로 얻은 자산의 위치 및 거래 데이터에 관한 정보가 필수적이다. 그러나 이러한 정보를 보유한 국가의 국내법이 정보제공을 제한한다거나(이른바 secrecy act나 blocking law의 존재) 혹은 규제기관이 적극적인 협조를 거부함으로써 해당 정보 획득에 장애가 생길 수 있다. 실제로 이러한 가능성 때문에 법규 위반자들은 규제를 회피할 목적으로 일부러 규제가 느슨한 국가나 조사에 비협조적인 국가에서 위법한 거래를 수행하기도 한다.[16] 아래에서는 각국의 감독기관들이 어떠한 수단을 통하여 불법적인 국제거래의 조사에 필요한 관련 정보를 해당국에 요청하는지 소개하고, 아울러 좀 더 효율적인 국가간 증거수집과 조사를 위해 고안된 방안도 검토한다.

---

15) 물론 금융위원회는 자율규제기관으로부터 통보받은 사건을 접수하여 처리하는 외에 자체적으로 인지한 사건을 처리하기도 한다. 검찰 역시 자체적으로 인지한 사건을 처리할 수 있지만, 불공정거래행위의 특성상 시장감시를 주된 업무로 하고 있는 자율규제기관과 감독기관이 의뢰한 사건을 수사하는 것이 일반적이다.

16) Report on Issues Raised for Securities and Futures Regulators by Under-Regulated and Uncooperative Jurisdictions, *available at* <http://risk.ifci.ch/140200.htm>.

www.kci.go.kr

(1) MOU 체결을 통한 감독기관간의 협력

각국의 감독기관들은 오래 전부터 국제적 증권거래를 조사하기 위하여 상호 협력해오고 있다. 그리고 해외 거래를 조사할 때 발생하는 법률상의 제약으로 인해, 감독기관 사이에서 이루어지는 조사 및 집행과 관련된 협력의 많은 부분이 이른바 양해각서(Memoranda of Understanding: 이하 "MOU")에 근거해서 행해지고 있다.[17] 여기서 말하는 MOU란 구속력 없는 규제기관 사이의 자발적 약속으로, 이를 통해 자본시장법령 위반에 해당하는 행위의 유형과 해당 법령의 적용범위에 대한 체결국간의 의사를 조율함으로써 정보를 상호 교환하고 협력을 제공하게 된다.[18]

국내 감독기관인 금융위원회도 MOU 체결을 통해 외국 감독기관과 협력할 수 있는 법령상 근거가 자본시장법 제437조에 마련되어 있다. 동 조에 따르면, 금융위원회는 외국 감독기관이 자본시장법이나 동 법에 상응하는 외국의 법령을 위반한 행위에 대하여 목적·범위 등을 밝혀 자본시장법에서 정하는 방법에 따른 조사 또는 검사를 요청하는 경우 이에 협조할 수 있다.[19] 이 경우 금융위원회는 상호주의 원칙에 따라 조사 또는 검사자료를 외국 감독기관에 제공하거나 이를 제공받을 수 있다(자본시장법 제437조 제2항). 다만 금융위원회가 이러한 자료를 제공하기 위해서는 (ⅰ) 외국 감독기관에 제공된 조사 또는 검사자료가 제공된 목적 외의 다른 용도로 사용되지 아니할 것, (ⅱ) 조사 또는 검사자료 및 그 제공사실의 비밀이 유지될 것 등의 두 가지 요건을 갖추어야 한다. 그렇지만 해당 자료가 제공된 목적 범위에서 자본시장법에 상응하는 외국 법령의 위반과 관련된 처분, 재판 또는 그에 상응하는 절차에 사용되는 경우에는

17) Hicks, *op. cit.*, at § 11:55.

18) Charles Vaughn Baltic, III, Note, "The Next Step in Insider Trading Regulation: International Cooperative Efforts in the Global Securities Market," 23 *Law & Pol'y Int'l Bus*. 167, 1992, p.191.

19) 자본시장법상 불공정행위인 미공개중요정보 이용행위, 시세조종행위, 부정거래행위 등을 위반한 사항인 경우에는 금융위원회에 설치된 행정기관인 증권선물위원회가 관련 협력을 한다(자본시장법 제437조). 자본시장의 불공정거래 조사 업무는 금융위원회로부터 권한위임을 받아 수행하는 업무가 아니라 증권선물위원회의 고유 업무이다. 자본시장법 제4편(불공정거래의 규제), 제8편(감독 및 처분) 등에서는 증권선물위원회의 권한 및 주요 업무를 규정하고 있다.

www.kci.go.kr

비밀유지 요건을 갖추지 아니하여도 된다(자본시장법 제437조 제3항).[20]

원칙적으로 금융정보의 제공은 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」(이하 "금융실명법")에 의하여 금지되지만, 외국 감독기관과 조사 자료를 상호교환할 수 있도록 동 법상 예외가 인정되고 있다. 즉 금융실명법 제4조 제1항은 금융기관이 금융거래정보나 자료를 타인에게 제공하거나 누설해서는 아니 된다고 규정하면서도, 금융위원회가 그에 상당하는 업무를 수행하는 외국 금융감독기관과 정보교환 및 조사 등의 업무협조를 위하여 필요로 하는 거래정보 등을 제공하는 경우에는 예외적으로 금융기관의 정보제공을 허용한다.

MOU는 불공정거래에 대한 각국 규제기관들의 규제의지를 보여주고 있다고 평가되며, 실제로 MOU를 통해 다국적 차원의 규제실현 사례가 증가하였다.[21]

(2) MOU의 한계 및 다자간 MOU를 통한 국제적 공조의 강화

국내 감독기관인 금융위원회가 외국의 감독기관과 MOU를 체결한 경우에는 해당 기관의 협조를 기대할 수 있다. 그러나 감독기관 사이에 MOU가 존재하더라도 항상 효과적인 협력이 가능한 것만은 아니다. MOU의 약점 중 하나는 동 약정에 구속력이 없으며 그 준수 여부는 체결 당사자들의 의사에 달려 있다는 것이다.[22] 또한 MOU는 자기집행력 있는 조약

---

20) 종래에는 외국 감독기관에 대한 정보제공의 조건으로서 "외국금융투자감독기관에 제공된 조사 또는 검사자료가 금융위원회의 사전 동의 없이는 외국의 형사사건의 수사나 재판에 사용되지 아니할 것"이라는 요건도 추가적으로 요구된 적이 있었다. 그러나 아래에서 언급되듯이 우리나라가 IOSCO의 MMOU에 가입하면서 2009. 2. 3. 자본시장법 개정시 동 요건은 삭제되었다. 당시 관련 자료에 따르면, "국내에 영향을 미치는 국외에서의 불공정거래행위 등의 발생 가능성이 커짐에 따라 그 조사를 위하여 국제증권감독기구의 다자간협정에 가입하여 외국금융투자감독기관과 정보교환을 하는 것이 필요하므로 그 정보교환 제약요인을 완화하여 국제기준에 맞는 정보교환을 할 수 있도록 하기 위함"이 동 요건의 삭제 이유였다. 로앤비 온주 주석서, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제437조 주석(홍명종 집필). <http://www.onju.com>.

21) Andrew S. Brooslin, "Enforcing Insider Trading Laws: The Need for International Cooperation," 20 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 397, 1997, p.420.

22) James A. Kehoe, "Exporting Insider Trading Laws: The Enforcement of U.S. Insider Trading Laws Internationally," 9 *Emory Int'l L. Rev*. 345, 1995, p.359. 우리나라의 경우

www.kci.go.kr

이나 규칙이 아니기 때문에 그 법적 성질이 불분명한 측면이 있다.[23] 실제로 미국의 감독기관인 SEC(Securities and Exchange Commission)의 경우 외국감독기관에 대하여 MOU에 기한 정보요청을 하였으나 문제가 생겼던 경험이 있다.[24]

상호간 체결되는 MOU의 단점을 보완하기 위한 방법 중의 하나로서 IOSCO(International Organization of Securities Commissions: 국제증권위원회기구)가 2002년에 채택하고 2012년에 개정한 MMOU(Multilateral Memorandum of Understanding: 다자간 양해각서)[25]의 역할에 주목할 필요가 있다. IOSCO는 전 세계 증권규제기관을 구성원으로 하여 1983년에 설립된 자발적인 기구로서, 2017년 현재 125개의 정회원(ordinary members: 각국의 감독기관으로 구성), 25개의 준회원(associate members: 증권관련 공적기구로 구성), 65개의 관계회원(affiliate members: 자율규제기관, 거래소 등으로 구성)이 가입되어 있다.[26] IOSCO MMOU는 증권 및 파생상품 시장의 불법적 이용 및 사기적 거래의 규제에 필요한 정보공유와 관련한 국제협력을 목적으로 하는 다자간 양해각서로서, 회원국간의 상호협력(mutual assistance) 및 정보교환(exchange of information) 절차를 주요 내용으로 하고 있다. MMOU는 감독기관 사이에 이루어진 최초의 국제적 정보공유 협정이며, 증권 및 파생상품과 관련한 위법행위에 대처하고 협력하기 위한 새로운 국제적 기준을 정하고 있다.[27]

도 영국, 프랑스, 독일, 중국 등 다양한 국가의 금융감독기관과 MOU를 체결하였으나 공개된 정보만을 상호 교환할 수 있는 수준에 불과하다는 비판이 있다. 김건식・정순섭, 앞의 책, 552쪽.

23) Christine T. Jarmer, Comment, “International Internet Securities Fraud and SEC Enforcement Efforts: An Update,” 73 *Tul. L. Rev*. 2121, 1999, p.2137.

24) Hicks, *op. cit.*, at § 11:56 참조.

25) International Organization of Securities Commissions, “Multilateral Memorandum of Understanding Concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information, International Organization of Securities Commissions”, (이하 “IOSCO MMOU”로 인용) *available at* <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD386.pdf>.

26) International Organization of Securities Commissions, “Fact Sheet”, May 2017, p.2, *available at* <http://www.iosco.org/about/pdf/IOSCO-Fact-Sheet.pdf>.

27) Hicks, *op. cit.*, at § 11:55.

www.kci.go.kr

일반적으로 IOSCO가 채택하는 결의는 구속력이 있는 것은 아니지만 회원국들로 하여금 결의에 따른 조치를 취할 것을 명시적으로 요구한다.[28] IOSCO MMOU 역시 구속력이 있거나 회원국의 국내법을 대체하지는 않지만,[29] 기존 회원국간에 개별적으로 이루어졌던 정보교류에 비해 좀 더 체계적이고 진보된 정보교환 방안을 제공한다. 또한 회원국이 요구할 수 있는 협력 및 정보의 범위를 구체적으로 명시함으로써 양해각서를 통한 정보교환의 효율성을 증대시켰다고 평가된다.[30] IOSCO MMOU의 장점 중 하나는, 일단 MMOU에 가입하게 되면 여타 국가와 개별적으로 별도의 MOU 체결 없이도 가입 회원국간에 상호협력 및 정보교환이 가능하게 된다는 것이다.

IOSCO MMOU는 조력의 범위, 요청대상정보, 정보제공방식, 제공된 정보의 사용 및 비밀유지 등 정보요청기관 및 피요청기관의 의무 및 요청절차에 대해서 상세하게 기술하고 있다. 동 양해각서의 주요 내용은 다음과 같다. ① 정보요청은 주로 서면으로 이루어지지만,[31] 긴급한 상황에서는 미리 정해진 바에 따라 전화나 팩스 등으로 요청할 수도 있다.[32] ② 정보요청 대상은 증권 및 파생상품 거래를 재구성하기에 충분한 현존 기록, 동 거래와 관련된 은행계좌와 증권계좌 등의 이체기록, 동 거래의 계좌보유자・거래량・거래시간・거래가격・거래에 관여한 당사자와 은행이나 증권회사를 확인할 수 있는 기록, 피요청국에 설립된 법인의 실질주주 및 지배주주를 파악하는 정보 등이다.[33] ③ 피요청기관은 자국의 비밀유지법(secrecy or blocking laws) 등이 이러한 정보의 제공을 방해하지 않도록 조치하여야 한다.[34] 다만 피요청기관은 해당 요청이 자국법을 위반할 경우, 동일 사안으로 피요청국에서 형사절차가 시작된 경우, 해당 요청이

---

28) Jacob N. Lesser et al., Recent Developments in SEC Information-Sharing Arrangements, at 4, *available at* <http://www.law.nwu.edu/depts/contexec/cle/srgie/index_papers.htm>.

29) IOSCO MMOU, 6(a).

30) 금융위원회, "한국, IOSCO MMOU 정식회원으로 가입", 보도자료, 2010.6.9., 4쪽.

31) IOSCO MMOU, 8(a).

32) IOSCO MMOU, 8(c).

33) IOSCO MMOU, 7(b)(ii).

34) IOSCO MMOU, 6(b).

www.kci.go.kr

IOSCO MMOU의 절차에 따르지 않은 경우, 공익이나 필수적인 국익의 사유가 있는 경우에는 이를 이유로 동 요청을 거부할 수 있다.[35] ④ 제공된 비공개 정보 및 문서는 협조요청서에 기재된 목적을 위해서만 이용하여야 하지만,[36] 피요청당국의 사전 동의가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.[37] 제공된 정보는 조사의 촉진, 증권법령의 준수 확보, 민사 및 행정적 집행절차의 수행, 자율규제기관의 감독 및 집행 행위에의 조력, 형사소추에의 조력 등을 위한 목적으로 이용할 수 있다.[38] ⑤ 각 회원국은 IOSCO MMOU에 의해 이루어진 협조요청, 그 요청의 내용, 그리고 동 MMOU로 인해 야기되는 제반 문제에 대하여 비밀을 유지할 의무가 있다.[39] ⑥ 회원국들은 IOSCO MMOU의 시행과 관련된 시장 및 영업의 조건 또는 법률의 변경, 회원국들의 양해각서 준수 의지나 능력에 있어서의 변화 등에 대해 주기적으로 상호협의를 한다.[40] ⑦ 회원국들은 사후 모니터링을 통하여 이행여부를 상호 점검한다.[41]

2017년 현재 115개의 감독기관이 IOSCO MMOU에 가입하였고, 14개의 감독기관이 관련 요건을 조만간 충족하여 가입하기로 약속한 상황이다.[42] 우리나라의 금융위원회와 금융감독원도 2010년 6월 9일에 MMOU에 정식으로 가입하였다.[43]

IOSCO가 강제력 있는 입법기관은 아니지만 국제적 증권거래로 인해 확산되는 문제를 해결하기 위해 각자가 보유하고 있는 지식, 권한, 경험, 정보를 집중시키고자 하는 감독기관들에게 회합장소를 제공하는 역할을

35) IOSCO MMOU, 6(e).
36) IOSCO MMOU, 10(a)(ⅰ).
37) IOSCO MMOU, 10(b).
38) IOSCO MMOU, 10(a)(ⅱ).
39) IOSCO MMOU, 11(a).
40) IOSCO MMOU, 12(a).
41) IOSCO MMOU, Appendix B.Ⅲ.
42) <https://www.iosco.org/about/?subSection=mmou&subSection1=signatories>.
43) 2005년에 규제당국은 MMOU에 가입을 신청하였으나 당시 한국의 증권거래법이 일부 가입요건을 충족하지 못해 2007년 11월에 가서 임시회원으로 가입하였다. 2006년 3월 금융실명법이 개정되었고, 2009년 2월 자본시장법이 시행되는 등 법적 장애요인이 해소됨에 따라 정식회원 가입을 추진하였고, 2010년 6월 캐나다 몬트리올에서 열린 제35차 IOSCO 연차회의 기간에 MMOU에 정식으로 가입하였다. 금융위원회, 앞의 보도자료, 1쪽.

www.kci.go.kr

담당하고 있다.[44] 그리고 IOSCO MMOU는 국제적인 불공정거래의 규제에 필요한 정보공유를 위하여 효율적인 협정을 마련하고자 하는 IOSCO 회원들의 의지를 보여주는 대표적인 결과물이다. 우리나라의 금융위원회도 향후 IOSCO를 통해 지속적으로 국가간 협력을 강화함으로써 효율적 규제를 막는 절차적 장벽을 감소시키고, 국제적 불공정거래의 성공적인 규제에 필요한 정보와 도구를 시장에 제공하여야 할 것이다.

2. 국제형사사법공조와 국제수사공조 및 관련 원칙의 완화

(1) 국제형사사법공조와 국제수사공조

국제적 불공정거래에 대한 효과적인 형사제재를 위해서도 형사사법제도상의 국제공조가 필수적이다. 국제형사사법공조(Mutual Legal Assistance in Criminal Matters)란 통상 형사사건의 수사, 기소, 재판 또는 형의 집행과 관련하여 어느 한 국가의 요청에 의한 다른 국가의 협력행위를 의미한다.[45] 우리나라는 이른바 협의의 국제형사사법공조[46]를 위해 1991년에 「국제형사사법 공조법」을 제정하였고, 또한 다양한 국가와 형사사법공조·범죄인인도·수형자이송 등에 관한 조약을 체결하고 있다.[47] 2011년에

44) A.A. Sommer, Jr., “IOSCO: Its Mission and Achievement,” 17 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 15, 1996, pp.28-29.

45) 박천혁, “국제형사사법공조제도 연구 - 칠레의 사례를 중심으로 -”, 「국외훈련검사 연구논문집」 제26집, 법무연수원, 2011, 433쪽. 「국제형사사법 공조법」 제2조 제1호에서도 형사사법공조란 “대한민국과 외국 간에 형사사건의 수사 또는 재판에 필요한 협조를 제공하거나 제공받는 것”이라 정의한다.

46) 형사사법공조를 공조의 범위에 따라 ① 형사사건의 수사, 기소, 재판 또는 형의 집행과 관련하여 한 국가가 다른 국가의 요청에 의해 행하는 증인·감정인의 신문, 물건의 인도, 압수·수색·검증, 문서의 송달, 정보의 제공 등을 의미하는 협의의 형사사법공조, ② 협의의 형사사법공조에 더해 ‘범죄인 인도’를 포함하는 광의의 형사사법공조, ③ 광의의 형사사법공조에 더해 한 국가에서 행해진 범죄에 대해 다른 나라에서의 소추를 허용하는 ‘형사절차의 이관’과 외국의 형사판결을 국내에서 집행하는 ‘외국형사판결의 집행’까지 포함하는 최광의의 형사사법공조로 구분하여 이해하기도 한다. 통상의 형사사법공조는 협의의 공조를 의미한다. 사법연수원, 「국제형사법」, 사법연수원 출판부, 2015, 107-108쪽.

47) 각국과의 조약 및 MOU 체결 현황에 대해서는 대검찰청 홈페이지의 관련 정보 참조. <http://www.spo.go.kr/spo/major/network/network01.jsp>.

www.kci.go.kr

는 “형사사법공조에 관한 유럽협약”(European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters)에 가입하여 유럽평의회의 47개국과는 개별적 형사사법공조조약을 체결할 필요가 없어졌다.[48]

형사사법공조가 공식적이고 전통적인 방식이라면, 비공식적인(informal) 국제수사공조(International Law Enforcement Cooperation) 방식이 다국적 차원의 불공정거래 규제에 이용될 수도 있다.[49] 형사사법공조가 조약 또는 상호주의에 기초한 중앙정부기관 사이의 공조라면, 국제수사공조는 법집행기관인 수사기관 사이의 직접적 공조라고 할 수 있다.[50] 현행 「국제형사사법 공조법」에는 수사기관 사이의 직접 공조에 관한 규정이 없지만 우리나라가 가입한 다수의 국제협약 및 조약에 그 근거가 마련되어 있고,[51] 국내 수사실무상으로도 다수의 해외 국가와 직접 공조를 실시하고 있는 것으로 알려져 있다.

(2) 쌍방가벌성 원칙의 완화 필요성

형사사건에 있어서 수사를 하거나 재판을 하는 형사사법행위는 국가주권행사의 대표적인 형태이므로 형사사법과 관련한 국제공조에는 국가의 주권행사에 대한 제한과 양보가 뒤따르기 마련이다. 그 결과 국제공조를 위한 주권행사의 제한 시에 적용되는 기본원칙들이 오랜 기간을 거쳐 수립되었는데, ‘상호주의 원칙’(reciprocity), ‘쌍방가벌성의 원칙’(dual criminality), ‘특정성의 원칙’(specialty)이 대표적인 것들이다.[52]

---

48) 정영철, 「기업(준)법」, 박영사, 2012, 1042-1043쪽.

49) 여기서 ‘비공식적’이라는 용어는 ‘국가적으로나 사회적으로 인정되지 않는 사사로운 방식’이라는 사전적 의미가 아니라, 형사사법공조라는 공식적 형식을 따르지 않는다는 의미일 뿐이다. 권순철, “검찰의 해외 유출 범죄수익 환수시스템”, 「형사소송 이론과 실무」 제7권 제2호, 한국형사소송법학회, 2015, 179쪽[이하 권순철, 앞의 글(2015)로 인용].

50) 권순철, 앞의 글(2015), 180쪽.

51) 대표적으로 「대한민국과 미합중국간의 형사사법공조조약」 제18조는 “이 조약에 규정된 공조 및 절차는 이 조약의 체약당사국이 당사국으로 되어 있는 다른 국제협정의 규정이나 그 국내법의 규정에 따라 협력을 제공하는 것을 방해하지 아니한다. 체약당사국은 또한 적용가능한 양자협정, 약정 또는 관행에 따라 협력을 제공할 수 있다”고 규정하고 있다.

52) 각 원칙의 구체적 내용에 대해서는 박천혁, 앞의 글, 435-438쪽.

www.kci.go.kr

이 가운데 쌍방가벌성의 원칙과 관련하여, 국제적 불공정거래규제를 위한 국제형사사법공조 요청시 해당 요건을 얼마나 엄격히 적용해야 하는가의 문제를 살펴본다. 쌍방가벌성의 원칙이란 특정 범죄가 형사사법공조의 대상이 되려면 공조 요청국과 피요청국 양국의 법률에 의할 때 해당 범죄가 모두 처벌 가능해야 한다는 요건을 말한다.[53] 우리 「국제형사사법공조법」 역시 제6조에서 "공조범죄가 대한민국의 법률에 의하여는 범죄를 구성하지 아니하거나 공소를 제기할 수 없는 범죄인 경우"를 임의적 공조거절사유로 예시하여 쌍방가벌성의 원칙을 채택하고 있다.

일반론으로서, 쌍방가벌성 요건의 충족 여부에 대하여 두 가지 입장이 대립된다. 첫째, 공조 요청국과 피요청국 양국이 추상적으로 동일 또는 유사한 형벌법규를 가진 경우로서, 특정 행위가 피요청국의 형법상 구성요건에 비추어 가벌적이면 쌍방가벌성이 있다고 인정하는 '추상적 쌍방가벌성'의 입장이 있다. 둘째, 특정 행위가 공조 요청국과 피요청국 양국에서 동일한 범죄로 처벌될 수 있는 경우, 즉 위법성 조각사유・책임조각사유・피해자의 고소・시효・사면・기판력 등에 관한 모든 규정을 고려했을 때 구체적인 가벌성이 양국에 모두 존재하여야 쌍방가벌성 요건이 충족된다는 '구체적 쌍방가벌성'의 입장이 있다. 이 가운데 형사사법공조를 위해서는 추상적 쌍방가벌성으로 충분하다는 것이 일반적인 시각이다.[54]

공조 요청국과 피요청국 사이에 관련 법령의 유사도가 높은 경우에는 공조의 전제로서 쌍방가벌성을 요구하더라도 이는 쉽게 충족될 수 있을 것이다. 예컨대 미국의 연방증권법은 우리 자본시장법의 모법이라고 평가되는 까닭에 미국과의 국제형사공조 요청시 쌍방가벌성 요건은 큰 제약이 되지 않을 것으로 판단된다. 실제로 자본시장법이 불공정거래규제로 열거하고 있는 ① 미공개중요정보 이용행위규제(자본시장법 제174조)는 미국의 연방대법원 판례에서 정립된 내부자거래규제의 법리를 조문화한 것이고,[55] ② 시세조종행위규제(자본시장법 제176조)는 미국연방증권법인

53) 사법연수원, 앞의 책, 112쪽.
54) 사법연수원, 앞의 책, 112-113쪽.
55) 미국의 내부자거래 규제법리와 비교하여 자본시장법 제174조의 구조를 설명한 글로

www.kci.go.kr

1934년 증권거래법(Securities Exchange Act of 1934) § 9를 참조한 것이며, ③ 부정거래행위규제(자본시장법 제178조) 역시 1934년 증권거래법 § 10(b)과 SEC Rule 10b-5를 모방한 것이다. 이러한 법령의 유사성에 더하여, 한국과 미국의 경우에는 쌍방가벌성의 원칙을 완화한 개별 공조조약의 체결로 인해 해당 요건이 효율적 형사공조에 방해가 될 가능성은 더욱 적다. 즉 「대한민국과 미합중국간의 형사사법공조조약」(Treaty between the Republic of Korea and the United States of America on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters) 제3조 제2호는 "피요청국은 이 조약의 부속서에 규정된 행위유형에 대하여는 요청국에서 수사·기소 또는 재판절차의 대상이 된 행위가 피요청국의 법에 의하여 범죄를 구성하는지 여부에 관계없이 공조를 제공하여야 한다"고 규정함으로써 쌍방가벌성의 원칙을 완화하면서, 그 부속서에서 마약, 공갈, 통화, 유가증권, 수표, 항공기납치, 관세, 조세 등 많은 범죄 형태에 대해 쌍방가벌성의 원칙을 적용하지 않음을 명시하고 있다.

공조 요청국과 피요청국간 자본시장 관련 법령의 유사도가 높지 않은 경우에도 쌍방가벌성 요건의 엄격 적용은 다음과 같은 점을 고려할 때 바람직하지 않을 것으로 판단된다. 첫째, 전 세계적으로 형사사법공조 분야에 있어서 쌍방가벌성 원칙의 적용은 점차 완화되는 경향을 보이고 있으며, 현실적으로 국제적 증권범죄에 적절히 대처하기 위하여 어느 때보다 상호협력이 절실히 요구되고 있다. 둘째, 쌍방가벌성 미충족을 이유로 형사사법공조를 거절하게 되면 경우에 따라 피의자의 권리구제를 위한 형사사법공조 조차 곤란하게 될 수 있다. 즉 쌍방가벌성 요건을 엄격히 적용한 결과, 피의자의 입장에서 피요청국으로부터 자기에게 유리한 증거를 확보할 기회를 얻지 못할 우려가 있다는 것이다.[56] 셋째, 나날이 거래기법이 교묘해지는 새로운 유형의 불공정행위 같은 경우에는 피요청국의 법령상 해당 행위가 아직까지 범죄를 구성하지 않는다고 하여도 조만간 동일 유형의 범죄수법이 광범위하게 활용될 수 있으므로 예방적 차원에

는 장근영, "자본시장법상 정보생성자의 미공개 중요정보 이용행위 규제", 「사법」 32호, 사법발전재단, 2015 참조.

56) 박천혁, 앞의 글, 436쪽; 사법연수원, 앞의 책, 114쪽.

www.kci.go.kr

서 공조가 요구된다.

이상과 같은 점들을 고려한다면 국제적 불공정거래규제를 위한 국제형사사법공조시 쌍방가벌성 요건은 완화하여 적용할 필요가 크다. 현재 우리 「국제형사사법 공조법」에서 쌍방가벌성 미충족을 '임의적' 공조거절사유로 하고 있는데, 향후 형사공조의 근본취지를 제대로 살릴 수 있는 운용의 묘를 발휘하여야 할 것이다.

3. 불공정거래로 발생한 해외 범죄수익의 환수 및 피해자 환부

내부자거래나 시세조종과 같이 경제적 이익을 가져오는 불공정거래행위의 근절을 위해서는 징역이나 벌금과 같은 전통적 형태의 형사벌을 과하는 방식만으로는 한계가 있다. 보다 근원적인 대처 방안으로서 불공정거래를 통해 취득한 경제적 이익을 박탈할 필요가 있다. 즉 범죄자에 대한 실효성 있는 처벌(punishment)을 꾀하면서도 범죄를 사전에 억지(deterrence)하는 효과가 있는 범죄수익환수를 고려해야 한다.[57] 법경제학적 관점에서 불공정거래로 인한 기대이익이 그로 인한 기대비용을 초과하지 못하도록 하자는 것이다.

범죄수익환수가 필요하다는 것은 국제적 불공정거래의 효율적 규제를 위해서도 마찬가지인데, 다만 다국적 차원에서 규제집행이 이루어지는 경우에는 각국의 법제도상의 차이로 인해 범죄수익환수의 모습이 다르게 나타난다. 아래에서는 (ⅰ) 외국 규제기관이 해외 불법거래자의 한국내 범죄수익을 환수하고자 공조요청을 하는 경우와, (ⅱ) 한국의 규제기관이 불공정거래자의 해외 범죄수익을 환수하려는 경우에 각각 적용되는 법제도 및 관련 문제를 살펴본다. 아울러 환수된 범죄수익을 불공정거래로 피해를 입은 투자자에게 환부하는 개선방안에 대해 논의한다.

57) 최종무, "미국의 범죄수익화수기법과 국내 도입 가능성", 「형사법의 신동향」 제25호, 대검찰청, 2010, 4쪽.

www.kci.go.kr

(1) 외국규제기관이 한국에 소재한 범죄수익을 환수하는 경우

만약 외국의 규제기관이 해외에서 불공정행위를 저지른 자의 범죄수익이 한국 내에 있음을 이유로 한국 규제기관에 해당 범죄수익의 환수를 요청한 경우, 국내 검찰은 이러한 요청에 응할 수 있는가의 문제가 있다. 우리나라의 범죄수익 환수제도로서는 기본적으로 몰수·추징 제도가 있으며, 현행 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」(이하 "범죄수익규제법")은 외국규제기관이 한국의 관할 내에 있는 불공정거래자의 범죄수익을 환수하고자 할 때 적용되는 국제공조의 제공에 관한 규정을 두고 있다.[58] 관련 내용은 아래와 같다.

우선 범죄수익규제법 제2조 제1호와 별표 10호에 따르면 자본시장법 제443조의 죄, 즉 불공정거래금지 위반죄는 "중대범죄"에 해당한다. 그리고 범죄수익규제법 제2조 제2호 가목에 의하면 이러한 중대범죄에 해당하는 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산 등을 "범죄수익"이라 규정하고 있다. 또한 범죄수익규제법 제2조 제3호와 제4호에 따르면 범죄수익의 과실로 얻은 재산, 범죄수익의 대가로 얻은 재산 및 이들 재산의 대가로 얻은 재산, 그 밖에 범죄수익의 보유 또는 처분에 의하여 얻은 재산을 "범죄수익에서 유래한 재산"이라 하고, 범죄수익과 범죄수익에서 유래한 재산 및 이들 재산과 그 외의 재산이 합쳐진 재산을 "범죄수익 등"이라 규정하고 있다. 이러한 범죄수익 등은 범죄수익규제법 제8조와 제10조에 의하면 몰수 또는 추징의 대상이 될 수 있다. 요약하자면, 자본시장법상 불공정거래행위인 미공개중요정보 이용행위(자본시장법 제174조), 시세조종행위(자본시장법 제176조), 부정거

58) 「형법」상 "몰수"란 범죄로 인하여 직접 얻은 물건 또는 간접적으로 얻은 물건을 범죄자로부터 박탈하여 국고에 귀속시키는 것을 말하고(형법 제48조 제1항), '추징'이란 몰수가 불가능한 때에 몰수에 갈음하여 범죄자에게 그 가액을 납부하도록 명하는 사법처분을 말한다(형법 제48조 제2항). 형법 이외에도 「공무원범죄에 관한 몰수특례법」, 「마약류 불법거래방지에 관한 특례법」, 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」, 「불법정치자금 등의 몰수에 관한 특례법」, 「부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법」 등 다수의 특별법에서 몰수·추징에 대해 규정하고 있는데, 이들 특별법에서는 형법의 몰수규정보다 그 대상을 확대하고 보전절차·집행절차 및 국제공조절차에 관한 규정을 둠으로써 범죄로 인한 이익의 박탈을 강화하고 있다.

www.kci.go.kr

래행위(자본시장법 제178조)로 얻은 이익 및 그로부터 유래한 재산은 범죄수익규제법상 몰수·추징할 수 있다는 것이다.[59] 같은 취지로, 자본시장법 제447조의2는 "제443조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 해당 행위를 하여 취득한 재산은 몰수하며, 몰수할 수 없는 경우에는 그 가액을 추징한다"고 규정한다.

그리고 국제공조와 관련하여, 범죄수익규제법 제11조는 자본시장법상 불공정거래를 포함하는 "중대범죄"에 해당하는 행위에 대한 외국의 형사사건에 관하여 ① 그 외국으로부터 몰수 또는 추징의 확정재판의 집행에 관한 공조요청이나 ② 몰수 또는 추징을 위한 재산보전[60]의 공조 요청이 있을 때에는 일정한 경우를 제외하고는 그 요청에 관하여 공조할 수 있다고 규정한다.[61] 범죄수익규제법은 제12조에서 몰수·추징재판의 집행과

59) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결에서는 "구 범죄수익규제법 제2조 제1호 [별표 제16호], 제2호 (가)목, 제8조, 제10조에서 몰수 또는 추징 대상으로 정한 구 증권거래법 제207조의2의 범죄행위에 의하여 생긴 재산인 불법수익 역시 구 증권거래법 제207조의2 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다"고 판시하였다. 이러한 대법원 판결의 입장에 비추어 볼 때 불공정거래범죄에 있어서는 범죄수익규제법상의 범죄수익 중 범죄행위에 의하여 생긴 재산과 부당이득은 같은 개념으로 보아도 무방할 것으로 판단된다. 로앤비 온주 주석서, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제433조 주석(김대식 집필). <http://www.onju.com>.

60) 몰수보전명령이란 형사재판에서 몰수를 명할 경우 그 집행을 확보하기 위하여 재산의 처분을 일시적으로 금지하는 것을 말한다. 몰수보전의 경우 몰수 그 자체로 권리를 박탈하는 효과가 발생하여 목적이 달성되므로 민사집행법과의 연관성을 고려해야 하는 추징보전절차와는 달리 형사소송절차에 따라 행하게 된다. 이와 달리 추징보전이란 추징재판을 집행할 수 없게 될 염려가 있거나 집행이 현저히 곤란하게 될 염려가 있다고 인정할 때에 피고인·피의자의 몰수 및 추징 대상 재산의 처분을 일시적으로 금지하기 위한 형사상 보전절차로서, 이는 민사집행법상 가압류절차에 대응하는 성질의 것이다. 그리고 추징보전명령이란 「공무원범죄에 관한 몰수 특례법」 등에 따라 추징재판의 집행을 확보하기 위하여 법원 또는 법관이 추징보전명령을 발하여 피고인이나 피의자의 재산처분을 일시적으로 금지하는 처분을 말한다. 김대권, "추징보전명령에 관한 연구 - 그 요건 및 실무상 쟁점을 중심으로 -", 「사법논집」 제54집, 법원도서관, 2012, 207쪽; 장재용, "제3자 명의 재산에 대한 추징보전명령의 민사상 효력과 이에 대한 불복방법", 「민사법연구」 제23집, 대한민사법학회, 2015, 103쪽.

61) 공조요청을 거절할 수 있는 경우는 ① 공조요청의 대상이 되는 범죄와 관련된 행위가 대한민국 내에서 행하여진 경우 그 행위가 대한민국의 법령에 따라 특정범죄 또는 제3조 및 제4조의 죄에 해당하지 아니한다고 인정되는 경우, ② 대한민국이 같은 종류의 공조요청을 할 경우 그 요청에 응한다는 취지의 공조요청국의 보증이 없는 경우, ③ 「마약류 불법거래 방지에 관한 특례법」 제64조 제1항 각 호의 어느 하나

www.kci.go.kr

보전에 관한 구체적인 국제공조절차에 대해서는 「마약류 불법거래 방지에 관한 특례법」(이하 "마약거래방지법")의 조문을 준용하고 있다. 외국으로부터 공조요청이 있게 되면 외교부장관이 그 접수를 하지만, 긴급한 조치가 필요한 경우나 특별한 사정이 있는 경우에는 법무부장관이 외교부장관의 동의를 받아 그 요청을 접수할 수 있다(마약거래방지법 제66조). (ⅰ) 외국기관이 자국에서 확정된 몰수·추징 재판의 집행을 한국에 요청한 경우라면 검사가 법원에 대하여 공조여부에 대한 심사를 청구하여야 한다(마약거래방지법 제67조). 공조허가 결정이 나면 해당 외국의 확정재판은 대한민국 법원이 선고한 확정재판으로 보게 되므로(마약거래방지법 제69조), 「민사집행법」의 집행에 관한 규정을 준용하여 검사의 명령으로 해당 재판을 집행하게 될 것이다(형사소송법 제477조).[62] (ⅱ) 외국기관이 몰수·추징을 위한 보전을 요청한 경우라면 검사는 판사에게 몰수 또는 추징의 보전명령을 청구하여야 한다(마약거래방지법 제71조, 제72조). 검사의 청구를 받은 법원이 불공정행위자의 재산에 몰수·추징보전명령을 내림으로써 해당 재산에 관한 처분이 금지된다(마약거래방지법 제33조, 제52조).[63]

현실적으로 불공정거래로 얻은 범죄수익의 몰수·추징의 집행은 형사재판에서 몰수·추징을 명하는 판결이 확정된 이후에야 가능하다. 따라서 그 판결 확정시까지의 상당한 시일 동안 피고인의 재산이 처분·일실된다면 해당 판결의 집행이 불가능하게 될 우려가 있다. 이러한 이유로 민사상 보전처분인 가압류와 유사한 효력을 갖는 몰수·추징보전을 요청하여 피고인의 한국내 재산을 동결시키려는 요청이 주류를 이룰 것으로 예상할 수 있다.

에 해당하는 경우를 말한다(범죄수익규제법 제11조 제1호, 제2호, 제3호). 즉 쌍방가벌성이나 상호주의 요건을 충족하지 못한 경우 등에 공조요청을 거절할 수 있다.

62) 몰수·추징 재판이 확정된 후에 검사가 형집행 명령을 하게 되면 이를 민사상 집행력 있는 채무명의(집행권원)와 동일한 효력을 가지는 것으로 보아 민사집행법의 집행에 관한 규정에 따라 그 집행이 이루어진다(형사소송법 제477조).

63) 보전절차는 점유는 취득하지 않고 처분을 금지하는 것인 반면, 형사소송법상 압수는 물건에 대한 점유만 취득하고 처분을 금지할 수 없는 점에서 차이가 있다. 조균석, "범죄수익몰수제도의 문제점과 개선방안 - 2011년 형법일부개정법률안에 대한 검토를 중심으로 -", 「인권과 정의」 Vol. 420, 대한변호사협회, 2011, 125쪽.

www.kci.go.kr

(2) 국내규제기관이 외국에 소재한 범죄수익을 환수하는 경우

자본시장법을 위반하여 몰수·추징의 대상이 되는 범죄수익이 외국에 있는 경우, 해당 범죄수익에 대한 반환은 한국에서 몰수·추징을 선고한 법원의 판결을 집행하는 것을 내용으로 하는 형사사법공조 요청을 통해 이루어진다. 따라서 설사 한국 법원이 몰수·추징을 선고하더라도 그 집행 여부는 전적으로 대상 재산이 소재한 외국의 협력 여부에 달려 있다. 결국 한국 검찰이 외국으로 유출된 범죄수익을 환수하려는 경우에는 해당 국가의 수사기관이나 사법기관의 도움이 절대적이다. 앞서 언급한 공식적이고 전통적인 형사사법공조 방식을 통하여 공조가 이루어질 수도 있고, 비공식적인 국제수사공조 방식이 이용될 수도 있다.

피요청국에 따라서는 관련 공조 절차를 검찰이 아닌 감독기관이 수행하는 경우도 있다. 예컨대 불공정거래로 인한 범죄수익이 미국 내에 소재한 경우, 해당 범죄수익의 환수를 위한 공조요청 시에는 우리의 금융위원회와는 다르게 광범위한 권한을 보유한 SEC가 핵심적 역할을 담당할 수 있다. 연방법원에 대한 소제기권을 갖는 SEC는 불법적 증권거래에 대한 조사절차의 하나로서 법원에 대해 미국 내의 은행계좌나 증권계좌상의 현금을 포함한 피고의 자산을 동결(asset freezing)[64]해 줄 것을 청구할 수 있다.[65] 미국법상 이러한 구제책은 “형평법적”(equitable) 성질을 갖는 것으로 간주된다.[66] 이러한 자산동결 청구를 통해 피고인의 재산을 현재 상태로

64) 자산동결(asset freezing)이란 다양한 의미로 사용되지만, 일반적 의미에서는 해당 자산을 현존상태대로 두고 그 처분·사용·이동을 금지하는 일종의 경제적 봉쇄를 말한다. 우리 법상의 보전처분과 유사하다고 볼 수 있다.

65) Hicks, *op. cit.*, at § 11:57.

66) Securities Exchange Act of 1934 § 21(d)(5), 15 U.S.C.A. § 78u(d)(5). 피고의 정체를 알지 못하는 경우에도 형평법상 구제책이 부여될 수 있다. 예컨대 SEC는 추적 불가능한 법인이나 미국 밖에 위치한 법인이 소유하는 미국 은행이나 증권계좌 내의 자산을 성공적으로 동결시켜 왔다. 이러한 익명거래의 경우에, SEC는 불법거래 대상이 된 증권의 “알려지지 않은 매수인” 혹은 “알려지지 않은 매도인”을 상대로 미국법원에 소를 제기한다. 이후 SEC는 자산을 무한정 동결시키는 법원명령을 요청하고, 실제 계좌소유자가 모습을 드러내어 화해를 시도할 때까지 기다린다. 예컨대 SEC v. One or More Unknown Traders in the Securities of Onyx Pharmaceuticals, Inc., Litigation Release No. 22747 (July 9, 2013), 2013 WL 3461920 참조.

www.kci.go.kr

보존하고, 또한 향후 이익반환을 위한 충분한 재원을 확보하게 된다.

(3) 국내 범죄수익환수제도의 한계 및 개선방안으로서의 범죄수익의 피해자 환부

앞서 불공정거래로 피해를 입은 당사자들이 민사소송을 통해 손해배상을 청구할 때, 현실적으로 공적기관에 의한 법규위반 행위의 적발이 선행되는 경우가 대다수라는 점을 언급하였다. 그런데 아래와 같은 이유로 인해 피해 투자자가 국제적 불공정행위로 발생한 손해의 회복에 어려움을 겪을 수 있다. 첫째, 관련 거래로 인해 피해를 입은 당사자가 자신의 손해를 인식하는데 일정한 시간이 소요되다보니 불공정거래자의 입장에서는 재산을 빼돌릴 수 있는 기회를 얻게 된다. 그 결과 증권범죄 피해자가 뒤늦게 손해배상소송을 제기하더라도 재판이 확정되어 민사집행이 이루어질 때쯤이면 재산이 은닉 또는 산일되어 실제로 집행할 재산이 없는 경우가 발생한다.[67] 둘째, 집행재산이 남아 있더라도 해당 재산이 해외에 존재하는 상황이라면 다양한 법적·현실적 문제로 인해 사적 피해자가 자력으로 손해를 배상받기란 요원한 일이 되어버린다. 셋째, 불공정거래로 인한 해외 범죄수익이 국내로 환수되더라도 해당 범죄수익이 국고에 편입되어버린다면 피해 투자자의 입장에서는 오히려 손해배상으로 받을 수 있는 가해자의 책임재산이 감소되는 상황을 맞이하게 된다. 자본시장법상의 불공정거래로 인한 범죄수익환수에 적용되는 범죄수익규제법에서 피해자의 피해회복을 위해 범죄수익 중 "범죄피해재산"을 몰수·추징의 대상에서 제외함으로써 범죄피해자가 가해자에 대하여 가지는 민사상의 손해배상청구권을 행사할 수 있도록 보장하는 장치를 두고 있기는 하다(범죄수익규제법 제8조 제3항). 그러나 자본시장법상 불공정거래로 얻은 이익은 범죄수익규제법상의 "범죄피해재산"에 포함되지 않아 몰수·추징이 면제되지 않는다.[68] 물론 범죄수익규제법상 몰수·추징은 임의적인 것이라 국가기관

67) 홍찬기, "조직적 사기범죄 피해재산의 몰수·추징과 피해자 환부",「형사정책」제27권 제3호, 한국형사정책학회, 2015, 163쪽.

68) 범죄수익규제법은 제8조 제3항에서 재산에 관한 죄 등에 해당하는 범죄행위에 의하여 그 피해자로부터 취득한 재산을 "범죄피해재산"이라 별도로 정의한 뒤, 제8조 제

www.kci.go.kr

이 이를 자제한다면 이론적으로 투자자의 손해회복에 사용될 가해자의 책임재산이 감소되지는 않겠지만, 이 경우에는 위에서 언급한 재산의 은닉·산일 및 자력구제의 어려움 등이 여전히 문제될 수 있다.

결국 위법한 국제적 불공정거래로 인해 손해를 입은 국내 투자자들이 차후에 실질적으로 손해를 배상받도록 하기 위한 방안의 하나로서, 외국 사법기관이 집행한 범죄수익을 국내로 환수하여 불공정거래 피해자들에게 환부(還付)하는 것을 생각해 볼 수 있다. 현행 형사특별법 가운데 유일하게 「부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법」(이하 "부패재산몰수법")만이 제2조 제2호에서 횡령·배임죄 등에 의하여 취득한 재산을 "범죄피해재산"이라 정의하고,[69] 제6조에서 이러한 범죄피해재산을 예외적으로 몰수·추징하여 피해자에게 환부할 수 있다고 규정한다. 따라서 이 글에서 논의하는 자본시장법상의 불공정거래행위로 인한 범죄수익은 환수하더라도 피해 투자자에게 환부할 아무런 법적 근거가 없는 상황이다.[70]

범죄수익의 피해자 환부제도는 본질적으로 국가기관이 개인간의 사적 분쟁에 개입하는 성격을 가진다. 그러다 보니 민·형사절차를 명확히 구분하여 범죄피해자의 피해회복은 별도의 민사절차를 통하도록 하고 있는 현행 제도상 환부제도는 부적절하다는 시각이 존재할 수 있다.[71] 그러나

3항 및 제10조 제2항에서 이러한 범죄피해재산은 아예 몰수·추징을 명문으로 금지하고 있다.

69) 범죄수익규제법에서도 정의하고 있는 "범죄피해재산"의 개념은 부패재산몰수법의 그것보다 대상 범죄의 범위가 넓다. 부패재산몰수법의 경우 부패재산만을 몰수대상으로 삼고 있기 때문에 민간 부문에서 부패범죄라고 할 수 있는 횡령과 배임죄만을 적용대상으로 한 것으로 보인다. 유광렬, "미국의 몰수제도와 범죄피해회복의 연계에 관한 비교법적 연구", 「국외훈련검사 연구논문집」 제31집, 법무연수원, 2016, 900쪽.

70) 대검찰청이 2017. 4. 23. 미국에 은닉되어 있던 불법다단계 사기 범죄수익 10억 원을 환수하여 피해자 691명에게 환부한 사례가 있다. 이는 범죄피해재산을 환수하여 피해자에게 환부한 최초의 사례인데, 환수 및 환부의 현행 국내법적 근거가 없는 상황이었기 때문에 피해자들이 미국 검찰로부터 반환받는 외형을 취하되 한국 검찰이 미국 검찰의 업무대행자의 역할을 하는 방식으로 이루어졌다. 권순철, "해외 유출 범죄피해재산의 피해자 환부 사례 연구", 「형사법의 신동향」 제55호, 대검찰청, 2017 [이하 권순철, 앞의 글(2017)로 인용] 참조.

71) 근대 형법의 역사가 국가의 형벌권으로부터 범죄자의 권리를 보호하고 강화하는 방향으로 진화하다 보니 범죄피해자는 형사절차에서 점차 소외되었다. 그 결과 범죄피해자의 피해는 형사절차와는 별개인 민사절차를 통해 회복을 꾀하게 되었고, 이러한 민·형사의 분리적 법률체계는 형사절차에 있어 범죄자와 범죄피해자간 권리의 불

www.kci.go.kr

다른 한편으로 실질적 사법정의를 확립하고 범죄유인을 제거하기 위해 형사몰수와는 별개로 민사몰수제도 등을 도입함으로써 범죄수익을 국고에 편입시키는 대신 우선적으로 범죄피해자의 피해회복 및 수사기관의 범죄수익환수활동 지원에 사용해야 한다는 논의도 활발히 이루어지고 있다.[72] 참고로 미국에서도 범죄자로부터 범죄수익을 환수하여 이를 피해자인 사회와 개인에게 환원(restoring)함으로써 피해를 원상회복(restitution) 또는 변상(compensation)시켜 주는 것을 범죄수익환수제도의 중요한 기능 중의 하나로 인식하고 있다고 한다.[73]

요컨대 새로운 패러다임으로 주목받고 있는 회복적 사법의 실현을 위하여 우리나라도 외국에서 환수된 불공정거래로 인한 범죄수익을 국고에 귀속시키기 보다는 피해 투자자의 손해회복에 우선적으로 사용하게 하는 법제도를 고안할 필요가 있다.[74] 국제적 불공정거래로 손해를 입은 국내 투자자의 경우 외국에 소재한 불법행위자나 그의 재산을 대상으로 손해배상소송을 제기한다는 것이 현실적으로 어려운 일임을 고려할 때, 해당 제도의 필요성은 더욱 절실하다.

Ⅳ. 맺음말

자본시장의 국제화를 맞이하여 국내 투자자 및 자본시장의 보호를 한층 강화할 필요가 있는 상황에서 우리 자본시장법은 동 법의 역외적용 여부를 명문화하고 있다. 그 결과 특정 국외행위의 효과가 국내에 미치는 경우에는 자본시장법의 관련 규정에 따라 해당 행위를 다국적 차원에서

균형을 초래하고 있다. 유광렬, 앞의 글, 886-887쪽.

72) 관련 논의로 권순철, 앞의 글(2017); 유광렬, 앞의 글; 권순철, 앞의 글(2015); 이승섭, “범죄수익환수법안과 민사몰수제도에 관한 몇 가지 검토”, 「충남대학교 법학연구」 제26권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2015; 홍찬기, 앞의 글; 이진국, “피해자중심 형사사법의 실천을 위한 입법적 과제”, 「형사정책연구」 제25권 제2호, 형사정책연구원, 2014; 김희균, “민사몰수제도의 도입에 관한 연구”, 「피해자학연구」 제19권 제1호, 한국피해자학회, 2011; 조균석, 앞의 글; 최종무, 앞의 글 참조.

73) 최종무, 앞의 글, 66쪽.

74) 관련 제도의 구체적 도입방안 및 법리적 문제는 또 하나의 연구과제로서 이 글의 연구범위 밖의 것이라 자세히 다루지 않는다.

www.kci.go.kr

규제할 수 있다. 효율적 규제를 통한 자본시장법의 입법목적 달성은 관련 법령의 집행과 불가분의 관계에 있는데, 다양한 집행 수단 가운데 공적기관에 의한 법규위반 행위의 적극적인 적발 및 제재가 현실적인 규제의 첫 단계가 된다. 그렇지만 순수한 국내 거래와는 달리 국제적 거래의 규제 시에는 법령집행의 불확실성을 가중시키는 다양한 차원의 문제들이 대두된다. 이 글에서는 국내 공적기관이 국제적 불공정거래행위를 규제하고자 할 때 적용되는 관련 법제의 현황을 살펴보고 몇 가지 관련 제안을 하였다.

첫째, 자본시장법을 비롯한 금융실명법은 국내 감독기관인 금융위원회가 위법한 국제적 증권거래를 규제하기 위해 조사 및 증거 수집을 하는 단계에서 외국의 감독기관과 협력할 수 있는 법적 근거를 마련하고 있다. 이에 근거하여 금융위원회는 외국의 감독기관과 개별적으로 MOU를 체결하거나 IOSCO의 MMOU에 가입하여 효과적인 상호협력과 정보교환을 하고 있다. 금융위원회는 향후 IOSCO를 통해 지속적인 국가간 협력을 도모함으로써 집행의 효율성을 담보할 것이 요구된다.

둘째, 국제적 불공정행위에 대한 효과적인 형사제재를 위해서 국제형사사법공조 역시 필수적이다. 국내에서는 국제형사사법 공조법이 제정되었고, 다양한 국가와 형사사법공조·범죄인인도·수형자이송 등에 관한 조약을 체결하고 관련 협약에도 가입하였다. 국제적인 불공정거래의 규제와 관련하여 국제형사사법공조시 적용되는 원칙 가운데 쌍방가벌성의 요건은 완화하여 적용할 필요가 있다. 나날이 거래기법이 교묘해지는 새로운 유형의 불공정행위 같은 경우에는 동일 수법이 광범위하게 활용될 수 있으므로 특정 국가의 법령상 범죄를 구성하지 않더라도 예방적 차원의 규제를 위한 공조가 요구되는 까닭이다.

셋째, 불공정거래행위의 근절을 위해서는 보다 근원적인 방안으로서 불공정거래를 통해 취득한 경제적 이익을 박탈하는 범죄수익환수를 고려하여야 한다. 현행 범죄수익규제법은 외국규제기관이 한국의 관할 내에 있는 불공정거래자의 범죄수익을 환수하고자 할 때 적용되는 국제공조에 관한 규정을 두고 있다. 위법한 국제적 불공정거래로 인해 피해를 입은

www.kci.go.kr

투자자들이 차후에 실질적으로 손해를 배상받도록 하기 위한 방안의 하나로서, 외국사법기관이 집행한 범죄수익을 국내로 환수하여 불공정거래의 피해자들에게 환부하는 제도를 마련할 필요가 있다.

www.kci.go.kr

참고문헌

권순철, “검찰의 해외 유출 범죄수익 환수시스템”, 「형사소송 이론과 실무」 제7권 제2호, 한국형사소송법학회, 2015.

권순철, “해외 유출 범죄피해재산의 피해자 환부 사례 연구”, 「형사법의 신동향」 제55호, 대검찰청, 2017.

금융위원회, “한국, IOSCO MMOU 정식회원으로 가입”, 보도자료, 2010.6.9.

김건식・정순섭, 「자본시장법」 제3판, 두성사, 2013.

김대권, “추징보전명령에 관한 연구 - 그 요건 및 실무상 쟁점을 중심으로 -”, 「사법논집」 제54집, 법원도서관, 2012.

김희균, “민사몰수제도의 도입에 관한 연구”, 「피해자학연구」 제19권 제1호, 한국피해자학회, 2011.

로앤비 온주 주석서, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제433조 주석 (김대식 집필). <http://www.onju.com>.

로앤비 온주 주석서, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제437조 주석 (홍명종 집필). <http://www.onju.com>.

문만석, “자본시장법 역외적용에 관한 소고”, 「금융법연구」 제11권 제3호, 한국금융법학회, 2014.

박준선, “미국 연방증권거래법 Section 10(b)에 기한 사적소송과 그 역외적용에 관한 고찰”, 「상사법연구」 제33권 제2호, 한국상사법학회, 2014.

박천혁, “국제형사사법공조제도 연구 - 칠레의 사례를 중심으로 -”, 「국외훈련검사 연구논문집」 제26집, 법무연수원, 2011.

사법연수원, 「국제형사법」, 사법연수원 출판부, 2015.

서완석, “국제증권거래에 대한 미국의 사물재판관할권”, 「기업법연구」 제13집, 한국기업법학회, 2003.

석광현・정순섭, “국제자본시장법의 서론적 고찰 - 역외적용 및 역외투자자문업자 등의 특례를 중심으로 -”, 「증권법연구」 제11권

www.kci.go.kr

제2호, 한국증권법학회, 2010.
유광렬, “미국의 몰수제도와 범죄피해회복의 연계에 관한 비교법적 연구”, 「국외훈련검사 연구논문집」 제31집, 법무연수원, 2016.
이승섭, “범죄수익환수법안과 민사몰수제도에 관한 몇 가지 검토”, 「충남대학교 법학연구」 제26권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2015.
이재민, “IUU 규제조치와 국내법의 역외적용 - 미국 및 EU의 관련 입법과 집행을 중심으로,” 「국제경제법연구」 제12권 제3호, 한국국제경제법학회, 2014.
이정두, “자본시장법 역외적용 기준에 관한 소고: 해외증권 발행을 중심으로”, 「금융감독연구」 제3권 제2호, 금융감독원, 2016.
이진국, “피해자중심 형사사법의 실천을 위한 입법적 과제”, 「형사정책연구」 제25권 제2호, 형사정책연구원, 2014.
장근영, “Sarbanes-Oxley Act의 외국법인에 대한 적용 - 미국증권법의 역외적용과 관련하여 -”, 「상사법연구」 제22권 제2호, 한국상사법학회, 2003.
장근영, “자본시장법상 정보생성자의 미공개 중요정보 이용행위 규제”, 「사법」 32호, 사법발전재단, 2015.
장재용, “제3자 명의 재산에 대한 추징보전명령의 민사상 효력과 이에 대한 불복방법”, 「민사법연구」 제23집, 대한민사법학회, 2015.
정영철, 「기업(준)법」, 박영사, 2012.
정찬모 · 김건식 · 최준선 · 김용진 · 정진세 · 김정미, “인터넷 증권거래의 법제도적 기반에 관한 연구”, 「정책연구」 99-04, 정보통신정책연구원, 1999.
조균석, “범죄수익몰수제도의 문제점과 개선방안 - 2011년 형법일부개정법률안에 대한 검토를 중심으로 -”, 「인권과 정의」 Vol. 420, 대한변호사협회, 2011.
최종무, “미국의 범죄수익화수기법과 국내 도입 가능성”, 「형사법의 신동향」 제25호, 대검찰청, 2010.

www.kci.go.kr

허항진, “증권법 역외적용의 합리적 기준 및 범위에 대한 연구 - 미국 증권법의 불공정거래에 대한 역외적용 사례를 중심으로”, 「증권법연구」 제9권 제2호, 한국증권법학회, 2008.

홍찬기, “조직적 사기범죄 피해재산의 몰수·추징과 피해자 환부”, 「형사정책」 제27권 제3호, 한국형사정책학회, 2015.

Baltic, Charles Vaughn, III, Note, “The Next Step in Insider Trading Regulation: International Cooperative Efforts in the Global Securities Market,” 23 *Law & Pol'y Int'l Bus*. 167, 1992.

Blakesley, Christopher L. & Dan E. Stigall, “The Myopia of U.S. v Martinelli: Extraterritorial Jurisdiction in the 21st Century”, 39 *Geo. Wash. Int’l L. Rev*. 1, 2007.

Brooslin, Andrew S., “Enforcing Insider Trading Laws: The Need for International Cooperation,” 20 *Suffolk Transnat'l L. Rev*. 397, 1997.

Buxbaum, Hannah L., “Conflict of Economic Laws: From Sovereignty to Substance”, 42 *Va. J. Int’l L*. 931, 2002.

Cox, James D. et al., Securities Regulation: Cases and Materials, 2d ed. Aspen Law & Business, 1997.

Hicks, J. William, *International Dimensions of U.S. Securities Law*, West Group, 2017.

International Organization of Securities Commissions, “Fact Sheet”, May 2017, *available at* <http://www.iosco.org/about/pdf/IOSCO-Fact-Sheet.pdf>.

Jarmer, Christine T., Comment, “International Internet Securities Fraud and SEC Enforcement Efforts: An Update,” 73 *Tul. L. Rev*. 2121, 1999.

Kehoe, James A., “Exporting Insider Trading Laws: The Enforcement of U.S. Insider Trading Laws Internationally,” 9 *Emory Int'l L. Rev*. 345, 1995.

www.kci.go.kr

Lesser, Jacob N. et al., Recent Developments in SEC Information-Sharing Arrangements, *available at* <http://www.law.nwu.edu/depts/contexec/cle/srgie/index_papers.htm>.

Report on Issues Raised for Securities and Futures Regulators by Under-Regulated and Uncooperative Jurisdictions, *available at* <http://risk.ifci.ch/140200.htm>.

Sommer, A.A., Jr., "IOSCO: Its Mission and Achievement," 17 *Nw. J. Int'l L. & Bus*. 15, 1996.

www.kci.go.kr

<국문초록>

자본시장의 국제화를 맞이하여 국내 투자자 및 자본시장의 보호를 한층 강화할 필요가 있는 상황에서 우리 자본시장법은 동 법의 역외적용 여부를 명문화하고 있다. 그 결과 특정 국외행위의 효과가 국내에 미치는 경우에는 자본시장법의 관련 규정에 따라 해당 행위를 다국적 차원에서 규제할 수 있다. 효율적 규제를 통한 자본시장법의 입법목적 달성은 관련 법령의 집행과 불가분의 관계에 있는데, 다양한 집행 수단 가운데 공적기관에 의한 법규위반 행위의 적극적인 적발 및 제재가 현실적인 규제의 첫 단계가 된다. 그렇지만 순수한 국내 거래와는 달리 국제적 거래의 규제 시에는 법령집행의 불확실성을 가중시키는 다양한 차원의 문제들이 대두된다. 이 글에서는 국내 공적기관이 국제적 불공정거래행위를 규제하고자 할 때 적용되는 관련 법제의 현황을 살펴보고 몇 가지 관련 제안을 하였다.

첫째, 자본시장법을 비롯한 금융실명법은 국내 감독기관인 금융위원회가 위법한 국제적 증권거래를 규제하기 위해 조사 및 증거 수집을 하는 단계에서 외국의 감독기관과 협력할 수 있는 법적 근거를 마련하고 있다. 이에 근거하여 금융위원회는 외국의 감독기관과 개별적으로 MOU를 체결하거나 IOSCO의 MMOU에 가입하여 효과적인 상호협력과 정보교환을 하고 있다. 금융위원회는 향후 IOSCO를 통해 지속적인 국가간 협력을 도모함으로써 집행의 효율성을 담보할 것이 요구된다.

둘째, 국제적 불공정행위에 대한 효과적인 형사제재를 위해서 국제형사사법공조 역시 필수적이다. 국내에서는 국제형사사법 공조법이 제정되었고, 다양한 국가와 형사사법공조・범죄인인도・수형자이송 등에 관한 조약을 체결하고 관련 협약에도 가입하였다. 국제적인 불공정거래의 규제와 관련하여 국제형사사법공조시 적용되는 원칙 가운데 쌍방가벌성의 요건은 완화하여 적용할 필요가 있다. 나날이 거래기법이 교묘해지는 새로운 유형의 불공정행위 같은 경우에는 동일 수법이 광범위하게 활용될 수 있으므로 특정 국가의 법령상 범죄를 구성하지 않더라도 예방적 차원의 규

www.kci.go.kr

제를 위한 공조가 요구되는 까닭이다.

셋째, 불공정거래행위의 근절을 위해서는 보다 근원적인 방안으로서 불공정거래를 통해 취득한 경제적 이익을 박탈하는 범죄수익환수를 고려하여야 한다. 현행 범죄수익규제법은 외국규제기관이 한국의 관할 내에 있는 불공정거래자의 범죄수익을 환수하고자 할 때 적용되는 국제공조에 관한 규정을 두고 있다. 위법한 국제적 불공정거래로 인해 피해를 입은 투자자들이 차후에 실질적으로 손해를 배상받도록 하기 위한 방안의 하나로서, 외국사법기관이 집행한 범죄수익을 국내로 환수하여 불공정거래의 피해자들에게 환부하는 제도를 마련할 필요가 있다.

주제어 : 자본시장법, 역외적용, 국제적 불공정거래, 다국적 차원의 집행, 양해각서(MOU), 다자간 양해각서(MMOU), 국제형사사법공조, 범죄수익 환수 및 환부

www.kci.go.kr

Multinational Enforcement of the Capital Markets Act - Focusing on the Anti-Fraud Regulation by the Public Regulators -

Chang, Kun-Young*

Faced with the internationalization of capital markets, Korea needs to protect its investors and markets by applying the relevant laws extraterritorially. The Financial Investment Services and Capital Markets Act ("Capital Markets Act") explicitly introduced a new provision recognizing the extraterritoriality of the Act. While Article 2 of the Capital Markets Act comprehensively provides for prescriptive extraterritorial jurisdiction, the enactment of extraterritoriality alone does not guarantee that the Act will apply to cross-border transactions effectively. The effective extraterritorial application of an act is inseparable from the adjudicative and enforcement jurisdiction of the act. Specifically, active investigations and detections by the public regulators might be the first step for enforcing the Capital Markets Act. Unlike domestic regulations, however, multinational enforcement actions outside a regulator's home country becomes more problematic because of various obstacles. This Article examines difficulties which domestic regulators may confront in enforcing the Capital Markets Act extraterritorially and makes several recommendations for more effective multinational enforcement as follows. First, the Korean regulators should continue to foster cooperation through the IOSCO and provide international markets with the information and tools necessary for successful regulation of cross-border transactions. Second, the principle of dual criminality should be applied in a modified form for the effective mutual legal assistance in criminal matters. Third, there should be a legal device for the domestic regulator to freeze foreign wrongdoer's assets located outside Korea to repatriate those assets for distribution to defrauded investors in Korea.

* Professor, Hanyang University School of Law, S.J.D.

www.kci.go.kr

Key Words : Capital Markets Act, Extraterritorial Application, International Fraudulent Activities, Multinational Enforcement, MOU, MMOU, Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, Confiscation and Distribution of Criminal Proceeds

www.kci.go.kr