

정보화 시대의 전문가책임에 대한 고찰*

박 훈 일**

◀ 目 次 ▶

- I. 머리말
- II. 구체적인 사례의 검토
- III. 전문가책임의 법적 성격
- IV. 신용평가회사에 요구되는 전문가책임
- V. 정보화 시대의 전문가책임

I. 머리말

오늘날의 정보화 시대(Information Age)에 온/오프-라인으로 각종 정보를 생산하거나 인터넷 상에서 유통되는 데이터를 수집하여 가공·처리하는 전문가들이 어느 때보다도 무거운 책임에 직면해 있다. 그 이유는 일반인들도 전문가에 버금가는 지식·정보를 갖추고 게시물의 사소한 잘못이라도 이를 제기하는 일이 많아졌기 때문이다. 여기서 전문가란 전통적인 개념의 전문가(professional)에 속하는 의사, 한의사, 변호사, 회계사, 감정평가사, 신용평가회사를 말하지만, 사이버공간에서의 자칭 타칭 정보처리 전문가(expert)까지 포함하여 논의하고자 한다. 후자에 속하는 전문가들이 트위터나 블로그 기타 소셜 네트워크 서비스(SNS)를 통해 기존 전문가 못지않은 영향력을 행사하고 종종 물의를 일으키고 있음에도 기존 전문가책임의 범위만 가지고는 처벌할 수 없는 경우가 많다.¹⁾ 전문성을 띤 정보가 인터넷을 통해 빠르게

* 본고는 2012년 6월 14일 광운대학교에서 열린 2012년도 상반기 서울북부지역 법학교수·검찰 실무연구회에서 발표한 논문을 그 날의 토론을 반영하여 수정한 것이다. 이날 귀중한 토론을 해주신 신만중·김호기 교수, 정성구 변호사에게 감사드린다.

** 경희대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

확산되고 그로 인한 피해가 속출하고 있음에도 종전의 전문가책임론만 가지고는 피해의 구제나 방지가 미흡한 실정이다.

오늘날 정보화 시대에는 엄청난 분량의 정보가 여러 경로를 통해 빛의 속도로 전파·유통되고, 각종 매체를 통해 그 내용이 즉석에서 비교·평가되고 있어 책임추궁도 즉각적으로 이루어진다. 이에 따라 각국은 정보제공자나 정보처리자에게 소비자보호, 투자자보호라는 이름으로 민사책임은 물론 형사책임까지 물으려는 추세에 있다.

본고는 우리나라와 외국에서의 구체적인 사례를 중심으로 전문가들에게 무거운 책임을 지우는 근거가 무엇인지 기존 학설과 판례를 알아보고, 정보화 시대의 진정한 정보문화의 발달을 위해 전문가들이 부담해야 하는 책임의 수준을 알아보고자 한다. 주된 검토 대상은 글로벌 금융위기 이후 가장 많은 비판을 받았던 신용평가회사(credit rating agency: CRA)이지만, 인터넷상의 정보를 가공 처리하여 이용자들에게 제공하는 인터넷 정보서비스 제공자(Internet service providers: ISPs)와 논란이 된 정보의 게시자까지 검토 대상으로 한다. 물론 신용평가회사의 신용평가에 따른 책임과 인터넷 정보서비스 제공자 또는 정보 게시자의 책임을 동일선상에서 평면적으로 비교하는 것은 무리이다. 그러나 인터넷 등을 통해 정보를 접하는 일반이용자의 입장에서 그것들이 똑같이 후속 행동을 취하는 단초가 되기에 정보화 시대의 대표적인 정보원(source)으로서 비교 검토할 만하다고 생각한다.

-
- 1) 글로벌 금융위기로 외환시장이 크게 동요하던 2008년 말 ‘미네르바’라는 필명으로 인터넷 토론방에서 정부의 경제시책을 비판하는 글을 자주 올리던 인터넷 논객이 검찰의 수사를 받았다. 검찰은 불분명한 허위 사실로 경제에 악영향을 미쳤다고 보고 “공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 사람”을 처벌하는 전기통신기본법 제47조 제1항에 의거 그를 구속 기소했다. 서울중앙지방법원은 2009년 4월 “미네르바가 허위 사실이라고 인식하면서 글을 게시한 것이 아니며, 공익을 훼손할 의도가 분명하지 않다”는 이유로 무죄를 선고했다. 나아가 전기통신기본법의 위 조항이 위헌이라는 헌법소원에 대해 2010년 12월 28일 헌법재판소는 “모호하고 추상적인 법 규정으로 인터넷상의 표현의 자유를 막을 수 없다”며 위헌 결정(2009헌바88)을 내렸다. 전기통신기본법 조항 자체가 폐지됨에 따라 인터넷 상 표현의 자유가 신장된 반면 허위사실 유포를 처벌할 수단이 사라졌다는 반론이 비등했다.

II. 구체적인 사례의 검토

1. 문제가 되는 사례

인터넷은 누구나 자유롭게 접속하여 지식과 정보를 습득하거나 자료를 올릴 수 있는 개방된 네트워크이다. 이에 따라 인터넷을 기반으로 지식·정보를 제공하는 사이트가 우후죽순처럼 많이 생겨났다. 인터넷에 올린 지식·정보가 불완전하여 이용자에게 손해를 입히고 정보화 시대에 전문가로서 책임을 질 수 있는 대표적인 사례를 들어본다.

1.1. 인터넷 상의 DIY 생활상담 사례

인터넷에는 일반인들이 직접 만들거나 실험해 볼 수 있게 하는, 해당 분야의 전문가가 운영하는 Do-It-Yourself 사이트나 블로그가 많이 있다. 가구나 요리, 원예와 같이 잘못되어도 별 탈이 없는 경우가 대부분이지만, 다이어트, 질병관리, 재무관리와 같이 자칫하면 건강이나 재산상의 손해를 끼칠 수 있는 DIY 상담사례도 있다. 만일 DIY 상담을 통해 그릇된 지식을 전달함으로써 그것을 믿은 이용자가 손해를 입게 된다면 크게 문제가 될 수 있다.²⁾

이러한 DIY 상담 사이트가 유료가 아니라면 대부분 면책(disclaimer) 조항을 두어 이용자들에게 책임을 지지 않음을 선언하고 있다. 다시 말해서 해당 사이트/블로그의 운영자가 최대한 주의를 기울여 작성하고 있음을 밝히고, 중요한 사항에 대하여는 반드시 전문가의 지문을 구하도록 촉구했다면 설령 운영자가 그릇된 정보를 올려놓았거나, 이용자가 내용을 오해한 나머지 상당한 손해를 입었다 할지라도 책임을 물을 수 없게 되어 있다.

2) 인터넷에서 떠도는 잘못된 의학 지식을 접한 뒤 상태가 악화되거나 제대로 치료받지 못하는 환자들이 의외로 많다. 한양대 의대 교수들이 이러한 현실을 안타깝게 여기고 미국의 의학 대중서인 「질병에 관한 100문답」이라는 책을 2007년부터 매년 3~4권씩 번역 출간해 오고 있다. 조선일보, 2012.6.4.

1.2. 신용정보업자의 신용평가 사례

특정 기업체의 신용상태, 특정 유가증권의 만기까지의 원리금상환 가능성은 해당 영업허가를 받은 전문업체가 조사·평가하여 공표한다.³⁾ 이러한 정보는 상세한 설명은 생략한 채 인터넷 투자정보 사이트를 통해 배포되고 있는 바, 이러한 정보를 믿고 투자를 한 사람이 크게 손해를 입은 경우 그 정보제공자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있는지 문제가 된다.

2007년 말에 시작된 미국의 서브프라임 위기 때 구조화상품(structured products)에 대한 신용등급을 믿고 투자한 사람들은 글로벌 금융위기가 고조되면서 신용등급이 갑자기 강등되는 바람에 처분할 기회를 얻지 못하고 크게 손해를 보았다.⁴⁾ 우리나라에서도 2011년 2월 지방의 저축은행들이 영업정지 당하면서 이들이 2009년에 발행한 후순위채⁵⁾는 회수할 가망이 전무해졌다. 후순위채에 투자등급⁶⁾의 신용평가를 한 것이 아니었고 신용평가한 날로부터 1년 반 이상 경과하였음에도 신용평가회사들은 이들 투자자들로부터 손해배상청구를 당했다. 비록 투자자들로부터 직접 돈을 받고 신용평가를 한

- 3) 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제2조(정의)에 의하면, “신용조회업무”란 신용정보를 수집·처리하는 행위, 신용정보주체의 신용도·신용거래능력 등을 나타내는 신용정보를 만들어 내는 행위 및 의뢰인의 조회에 따라 신용정보를 제공하는 행위(제8호), “신용조사업무”란 타인의 의뢰를 받아 신용정보를 조사하고, 그 신용정보를 그 의뢰인에게 제공하는 행위(제9호), 그리고 “신용평가업무”란 투자자를 보호하기 위하여 금융상품 및 신용공여 등에 대하여 그 원리금이 상환될 가능성과 기업·법인 및 간접투자기구 등의 신용도를 평가하는 행위(제12호)를 각각 말한다.
- 4) 비우량 주택담보대출(subprime mortgage)의 부실화로 촉발된 전세계적인 금융위기 속에서 신용평가회사들이 문제된 채권의 부실 가능성을 제대로 예측하지 못했다는 비난을 받았다. 신용평가회사들이 최고등급(triple A)을 부여한 MBS (mortgage-backed securities: 주택저당채권 담보부 증권), CDO (collateralized debt obligations: MBS 등을 기초로 한 채무담보증권) 같은 구조화상품이 하루아침에 무가치해지자 손해를 입은 채권 투자자들뿐만 아니라 주주들까지도 증권사기 관련 집단소송(class action)을 통해 신용평가회사들의 책임을 묻고 나섰다.
- 5) 은행들이 국제결제은행(BIS) 자기자본 기준을 충족하기 위해 발행하는 후순위채(subordinated bond)는 원리금상환의 순위가 채권자들보다 후순위이고 주주의 바로 앞순위이기 때문에 보완적 자본금을 늘리는 데 쓰인다. 그러므로 일반 사채보다 금리가 높고 만기는 5년 이상이며, 문제가 된 지방저축은행 후순위채의 경우 금리는 8.5%, 만기는 2014년 이후였다.
- 6) 통상 BBB(Baa) 이상이 되어야 원리금 지급확실성이 높은 투자등급(investment grade)이라고 보는데 문제가 된 후순위채는 BB로 투기등급(speculation grade)에 속하였다.

것이 아니라, 발행자의 의뢰를 받고 평가한 당해 채권의 신용등급이 투자설명서와 인터넷 투자정보 사이트에 게재되었을 뿐이지만 바로 이 후순위채의 신용도가 괜찮다고 믿었던 투자자들은 발행회사와 그 임원, 회계법인, 증권회사, 정부당국과 함께 신용평가회사의 책임을 묻기에 이르렀다.

1.3. 인터넷 포털의 위법한 정보제공 사례

인터넷 상에 엄청난 분량의 정보가 유통됨에 따라 이러한 정보를 일정한 기준에 따라 검색·분류하고 색인을 만들어 두었다가 이용자들의 검색 명령에 따라 적절한 정보를 제공하는 포털 사이트 운영자들(ISPs)이 종종 책임을 추궁 당하고 있다. 포털 사이트가 보여준 콘텐츠가 이용자의 권익을 침해(예: 명예훼손)하거나 공공법익을 침해(예: 음란한 정보의 반포·판매)한 경우에 이를 조장하였거나 방치한 포털 사이트 운영자에 대하여 책임을 묻는 경향이 늘고 있다.⁷⁾

이들 포털 사이트 운영자는 컴퓨터 통신에 관한 지식기술을 토대로 특수한 검색 알고리즘(algorithm)을 이용하여 이용자들의 검색 조건에 가장 가깝게 부합하는 콘텐츠 정보를 제공하는 전문가라 할 수 있다. 비록 무료로 검색 서비스를 제공하지만 이용자들이 당해 검색 사이트를 얼마나 많이 찾느냐(page view)⁸⁾를 가지고 여러 가지 광고 수입을 올리고 있으므로 이를 무료 서비스라고 할 수 없다는 견해도 있다.

2. 전문가 책임의 본질

위의 사례를 보면 어떠한 경우에 일반인보다 무거운 책임을 지는 전문가

7) 인터넷 포털 사이트 운영자에 대하여 명예훼손에 따른 손해배상책임, 음란한 정보 반포죄의 방조범으로 책임을 물을 수 있다고 한 대법원 판결로는 2001. 9. 7. 2001다36801; 2009. 4. 16. 2008다53812; 2003. 7. 8. 2001도1335; 2006. 4. 28. 2003도80 판결 등이 있다.

8) 우리나라에서는 검색 및 이메일·커뮤니티 서비스를 제공하는 포털의 경우 전년도 말 기준 직전 3개월간의 일일평균 이용자수가 5만명 이상, 게임 서비스의 경우 1만명 이상, 전자상거래 서비스의 경우 1만명 이상이 되면 ISP로서 각종 의무를 부과하고 있다. 정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률 시행령 제9조의2 참조.

로 취급을 받는다, 전문가책임의 지게 되는 요건은 무엇인가 의문이 생긴다. 흔히 인터넷의 질의·응답 사이트⁹⁾를 보면 스스로 전문가라 자처하는 사람들도 허무맹랑한 답변을 내놓는 경우가 많기 때문이다. 이러한 콘텐츠를 여과 없이 게재하는 포털 사업자도 전문가라 하기는 어렵다. 다만, 인터넷 백과사전인 Wikipedia(한글판은 위키백과)의 경우에는 비전문가도 기사를 올릴 수 있지만, 기고회수가 많은 참여자와, 이들 중에서 투표로 선출된 관리자가 수시로 새로 올린 항목을 순회 검토하면서 필요한 근거를 밝히고 참고문헌을 소개할 것을 요구하고 있다.¹⁰⁾ 이러한 경우에는 사안에 따라 전문가로 인정할 수 있을 것이다.¹¹⁾

그렇다면 어떠한 자격요건을 갖춘 사람을 전문가로 대우하고 타인에게 손해를 끼쳤을 때 전문가책임을 물을 수 있는가. 지금까지 전문가책임(professional liability)은 법률 등에 기하여 일정한 자격이 인정되고 의뢰인에게 전문적인 자문이나 서비스를 제공하는 것을 業으로 하는 자가 타인에게 잘못된 정보 등을 제공함으로써 이를 신뢰한 의뢰인 또는 제3자가 손해를 입은 경우에 부담하는 손해배상책임을 의미하였다. 이와 같이 특별한 손해배상책임을 묻는 이유는 전문적 식견을 갖추지 못한 일반인이 전문가 업무상의 과실이나 불완전이행을 입증하기가 어렵고, 해당 업무 영역에서 전문가의 재량을 보호할 필요가 있기 때문이다.¹²⁾

-
- 9) 포털 서비스로는 뒤늦게 출발하였음에도 공전의 히트를 기록한 Naver의 지식인 사이트가 대표적이다.
- 10) 해당 기사에는 정확성의 입증을 위한 참고문헌의 추가 인용을 요구하는 다음과 같은 메모가 붙게 마련이다. “This article needs additional citations for verification. Please help improve this article by adding citations to reliable sources. Unsourced material may be challenged and removed.”(이 문서의 내용은 출처가 분명하지 않습니다. 지금 바로 이 문서를 편집하여, 참고하신 문헌이나 신뢰할 수 있는 출처를 주석 등으로 표기해 주세요. 검증되지 않은 내용은 삭제될 수도 있습니다.)
- 11) 현재 위키피디아에 실린 기사는 학술자료로 인용할 수 없다. 그 이유는 그 내용이 전문성이 떨어져서라기보다 언제든지 수정·편집이 될 수 있고 객관성·공정성을 담보할 수 없으므로 참고문헌으로서 그 가치를 인정할 수 없기 때문이다.
- 12) 박형남, “감정평가 過誤에 대한 법적 책임 - 전문가책임의 관점에서”, 민사실무연구회, 2000.4, 332면.

첫 번째 기준은 일반인에 비해 고도의 주의의무를 요구하고 이를 게을리 하였을 때 업무상 과실보다 더 무거운 책임을 지울 수 있는가 하는 것이다.¹³⁾ 1차적으로는 법령 등에 기하여 일정한 자격이 인정되고 상대방에게 특수 영역의 전문적인 지식·정보·기술을 제공하는 것을 업으로 하는 자를 대상으로 한다. 일반적으로 ① 업무에 대한 장기적인 교육·훈련 ② 公的인 자격·면허제도의 시행 ③ 당사자간에 가해자와 피해자라는 입장의 非互換性 ④ 전문가집단 내부의 자율규제 ⑤ 업무수행의 독립성·재량성의 존중 ⑥ 영리주의의 축소·배제 등의 요건을 갖추면 이에 해당할 것이다.¹⁴⁾

두 번째 기준으로는 ⑦ 직무로 인하여 장차 부담하게 될지 모를 손해에 대한 배상책임의 보전방법으로서 전문가책임보험(professional liability insurance: PLI)¹⁵⁾ 제도가 구비되어 있고, ⑧ 분쟁해결에 있어서 조정제도 등 재판외의 분쟁해결제도(alternative dispute resolution: ADR)를 이용할 수 있으며, ⑨ 전문가집단에 의한 제1차적인 징계절차 및 공정한 과실 판단을 위한 전문가정인 제도가 마련되어 있다면 보다 확실하게 전문가로서 인정할 수 있을 것이다.¹⁶⁾

세 번째 기준은 정보화 시대에 필요한 보다 확장된 전문가의 개념이다.¹⁷⁾ 이들은 비록 공인된 자격증(license) 같은 것은 없을지라도 특정 분야의 지

13) 박환일, “신용평가에 따른 손해배상청구의 법적 문제”(이하 “신용평가 손해배상”), 경영법률 제14집 2호, 한국경영법률학회, 2004.3, 134~135면.

14) 김영규, “전문가책임 법리와 의사의 책임”, 「법학논총」 제20집, 단국대학교 법학연구소, 1995, 285면.

15) 전문가책임보험은 전문가면책보험(professional indemnity insurance: PII)이라고도 하는데, 의사, 변호사 등이 고객으로부터 전문적인 자문이나 서비스에 오류나 누락(errors & omissions: E&O)이 있었음을 이유로 손해배상청구를 당하였을 때 그의 방어에 드는 비용을 보전해 주는 손해보험 상품이다.

16) 상계논문, 291면.

17) 전문가를 ‘자유업에 종사하는 자로 인식하여 온 독일에서는 전문가책임(Berufshaftung)을 정보제공자 책임의 측면에서 변호사, 공인회계사, 세무사 등의 책임을 논하고 있다. 그 배경에는 일반인들이 전문가를 접촉할 기회가 증대하면서 고품질의 일반인들이 전문가의 착오에 대해 더 이상 눈감아주지 않고 책임을 다투고 있는 반면 독일 민법전(BGB)에는 이에 관한 규정이 미비하여 특히 제3자에 대한 책임에 있어서 법원 판례가 중요시되고 있다 한다. 소재선, “공인회계사의 민사책임”, 민사법학 제22호, 2002, 220~228면 참조.

식과 정보를 보유하고 해당 분야에서 그의 전문성을 인정받고 있는 사람들을 말한다. 여기서 새로운 부류의 전문가 인정의 필요성을 제기하는 것은 정보화 시대에 피해자가 속출함에도 책임질 사람이 없는 문제점을 해소하기 위해 따로 자격을 인정하는 공적 기구가 없는 현실을 고려하여 회원이나 방문자 수 등을 기준으로 사이트 관리자에게 일정한 책임을 부과하지는 것이다. 손해배상책임은 아니더라도 피해 방지를 위한 기술적 조치, 경고 및 시정권고, 문제가 된 게시물 삭제 등의 대책을 마련하게 함으로써 보통의 이용자를 보호할 수 있을 것이다. 포털이든 파워 블로거¹⁸⁾든 인터넷 게시판의 평론가이든 이들은 기존 전문가 그룹과 비교할 때 특수 분야의 전문지식·정보·기술을 반복하여 제공하는 과정에서 장기간 훈련을 받았다고 볼 수 있고, 일단 인터넷에 게시물이 올리지면 입장의 非互換性이 생기며, 협회 등을 통해 자율규제가 이루어지는 경우가 많고, 인터넷 활동의 독립성이 존중되는 점에서 서로 비슷하다고 볼 수 있다.

이상의 기준을 적용한다면 앞서 소개한 사례에서 법률에 의한 공적인 인·허가를 받은 신용정보업자는 당연히 전문가책임을 지게 되지만, 소정의 자격증을 갖추지 못한 DIY 상담 사이트 운영자에게 전문가책임을 지우는 것은 아직은 무리라 하겠다. 다만, 전문가 수준의 답변을 올려놓는 인터넷 사이트 운영자의 경우 문제가 된 게시물을 수동적으로 올려놓기만 한 것(distributor)이 아니라 그 내용을 통제(publisher)할 수 있는 지위에 있었다면 주의의무의 정도나 책임의 범위가 달라질 것이다.

18) 파워블로거란 인터넷 포털사이트에서 방문자나 스크랩 등을 기준으로 인기가 많은 블로그(blog)를 운영하는 사람을 일컫는다. 2011년 11월 공정거래위원회는 인터넷에서 돈을 받고 공동구매를 알선한 파워블로거 4인에 대해 과태료 2000만원을 부과했다. 이들은 대가성을 알리지 않고 상품 후기 등을 통해 제품을 추천함으로써 소비자들에게 진정성이 있는 것으로 오인하게 한 잘못을 지적받았다. 이 사건 후 인터넷기업협회와 공동으로 마련한 “카페·블로그의 상업적 활동에 대한 가이드라인”에 의하면 포털사업자는 자체 모니터링이나 소비자 신고로 범·약관 위반행위, 소비자피해 유발행위 등이 발견되면 1차 시정 권고, 2차 경고, 3차 게시물삭제, 이용제한 등 제재를 가하기로 했다. 한국경제, “공정위, 돈 받고 공동구매 알선한 파워블로거 제재”, 2012.11.13; 매일경제, “소비자 속인 ‘파워블로거’ 제재 받는다”, 2012.1.10.

3. 전문가책임의 근거

전문가 책임을 부과하는 근거는 그가 직무를 수행함에 있어 마땅히 요구되는 주의의무(duty of care)를 다하지 못했다는 것이다. 책임을 지는 이유가 전문가로서 자격을 부여한 실정법 위반 때문인지, 아니면 의뢰인과의 약정을 위반(breach of contract)한 채무불이행에 있는지, 또는 일반론으로서 불법행위책임(torts)에 기인하는 것인지는 그의 법적 성격을 검토한 후 결정할 일이다. 다만, 전문가의 자격요건을 정한 실정법이 있으면 법규 위반을 논하고 의뢰인과의 계약관계가 있다면 채무불이행 여부를 따져봐야 할 것이다. 이용자보호의 견지에서는 불법행위책임의 유무를 논하게 될 것이다.

예컨대 어느 전문가가 유상 또는 무상으로 인터넷을 통해 전문지식과 기술을 가지고 다수의 사람들에게 정보를 제공한 결과 이용자가 손해를 입었다고 하자. 이 경우 법익침해가 발생했다거나 그러한 우려가 있다고 해서 곧바로 당해 전문가에게 책임을 물을 것은 아니고 전문가의 재량을 존중하여 다음 사항을 고려하여야 한다. 첫째, 법익침해의 정도와 그 위험성은 어느 정도인가. 둘째, 당해 서비스는 대체 가능(replaceable)한가, 셋째, 전문가가 당해 서비스를 제공하고 보수(fee)를 받았는가, 또 문제된 서비스로 인하여 피해자가 얼마나 피해를 입었고 보상을 받을 수 있었는가¹⁹⁾ 등을 검토해야 할 것이다.

그러나 인터넷 상의 정보제공자에게 구체적으로 민·형사 책임을 묻는 것은 표현의 자유 및 인과관계의 존부와 관련하여 어려움이 적지 않으므로 이

19) 다음 두 가지 의미가 있다. ① 정보제공자의 원인 제공과 피해 발생 사이에 인과관계가 있는가, ② 원인행위로 인한 법익침해의 정도와 회복 가능성은 어느 정도인가. ②는 저작권 같은 지재권의 보호도 중요하지만 일반대중이 저작물과 특히 대상에 접근할 수 있는 기회를 늘려 보다 차원 높은 지적 성과물을 산출할 수 있도록 해야 한다는 점을 강조한다. 미국에서는 Folsom v. Marsh 사건(9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841))을 계기로 저작물의 공정사용(fair use)에 관한 기준이 확립되어 1976년 저작권법(Copyright Act 1976) 제107조는 “저작물의 사용이 저작물의 잠재적 시장(potential market)이나 가치(value)에 미치는 영향”을 그 기준의 하나로 명문화하였다. 함석천, “새로운 매체의 발전과 법의 대응-미국 판례를 중심으로”, 법조 제589호, 2005.10, 87, 90~91면 참조.

하에서는 법적으로 책임을 지게 되어 있는 공인된 자격을 가진 전문가들의 책임이 정보화 시대에는 어떻게 달라지는지에 대해 알아보기로 한다.

III. 전문가책임의 법적 성격

1. 법적 책임

앞서 말한 의사, 변호사, 공인회계사, 신용평가회사 등 기존 전문가에 대하여는 이들의 자격요건과 업무를 규율하는 법률에 거의 예외 없이 손해배상책임에 관한 규정을 두고 있다.²⁰⁾ 특히 감정평가사의 경우에는 이해관계가 날카롭게 대립된 부동산 등의 거래에 개입하는 업무의 성격상 분쟁에 휘말리는 사례가 많아 감정평가의 과오에 따른 책임을 논한 판례가 다수 있다.²¹⁾ 의사나 감정평가업자의 책임론에 대해서는 선행연구에서 다루었으므로²²⁾ 본고에서는 글로벌 금융위기 이후 전세계적으로 비판의 대상이 될 뿐만 아니라 신용평가 대안론에 민사책임론까지 불거지고 있는²³⁾ 신용평가회사를 중심으로 검토하기로 한다.

신용평가회사의 책임은 두 가지 법률에 규정되어 있다.²⁴⁾ 「자본시장 및 금융투자업에 관한 법률」(“자본시장법”)은 제125조에서 증권신고서와 관련된

20) 의사 등의 경우 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률; 공인회계사의 경우 자본시장법 제125조(거짓의 기재 등으로 인한 배상책임, 舊증권거래법 제14조) 제1항 제3호, 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제17조(손해배상책임) 및 공인회계사법 제19조(손해배상책임의 보장); 감정평가사의 경우 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률 제36조(손해배상책임) 등에 손해배상책임이 규정되어 있다. 자본시장법 제125조는 신용평가회사를 공인회계사와 동급으로 손해배상책임을 지우고 있는데 상당한 주의를 하였음에도 거짓기재 등을 알 수 없었음을 입증하거나 투자자가 증권취득 청약 시점에 이미 안 경우에는 배상책임이 없다. 공인회계사의 전문가책임에 관하여는 소재선, 전계논문, 245~251면 참조.

21) 예컨대 대법원 1998. 9. 22. 선고 97다36293 판결, 1997. 9. 12. 선고 97다7400 판결 등 참조.

22) 김영규, 전계논문(의사); 박형남, 전계논문(감정평가업자) 참조.

23) European Commission, *Public Consultation on Credit Rating Agencies*, 5 November 2010, pp.5-24.

24) 신용평가업에 관한 규제를 신용정보법에서 자본시장법으로 이관하는 자본시장법 개정법률안이 2011년 11월 국회에 제출된 바 있는데 19대 국회에서도 다시 상정될 것으로 보인다.

신용평가회사의 책임을 명문으로 규정하였다.²⁵⁾ 따라서 증권신고서나 투자설명서(prospectus)에 수록되어 있는 신용평가를 신뢰하여 투자를 하였다가 크게 손해를 입은 투자자들은 신용평가의 내용 중에 거짓 기재 또는 표시가 있거나 중요사항이 누락되었다는 이유로 손해배상청구소송을 제기할 가능성이 많아졌다.²⁶⁾ 또한 2009년에 전부 개정된 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(“신용정보법”)은 제40조에서 신용평가업무와 관련된 고의 또는 중대한 과실로 투자자 등에게 중대한 손실을 끼치는 것을 금지하고 그 위반 시 벌칙을 적용하였다(동법 제50조 2항 7호). 더욱이 동법은 신용평가회사의 임직원이 준수하여야 할 적절한 기준 및 절차(“내부통제기준”)를 정하고 이를 준수하도록 하는 한편, 이를 위반하였을 때에는 동법 제52조에 의하여 과태료를 부과하도록 했다.

신용평가회사의 신용등급 부여가 어떠한 경우에 증권신고서의 거짓기재 또는 기재누락이라고 볼 것이냐는 문제로 남지만,²⁷⁾ 신용평가 대상 유가증권에 투자하였다가 손해를 입은 투자자들은 신용평가회사의 잘못된 신용평가로 인해 손실을 입었음을 주장하면서 발행자의 임원, 주간사회사와 함께 신용평가회사에 대해서도 빼놓지 않고 배상을 청구할 것이다. 여기에 감독기관의 내부통제기준에 대한 부실한 감독이 가세하였음을 들어 더욱 자신만만하게 손해배상청구를 할 공산이 크다.²⁸⁾

25) 자본시장법 제125조의 전신인 증권거래법 제14조에서 “증권신고서의 허위기재 등으로 인한 배상책임은 질 자”로 공인회계사, 감정인 외에 신용평가를 전문으로 하는 자를 새로 규정한 것은 IMF 위기 직후인 1999.2.1. 개정 당시부터였다. 2004.4.1부터는 이 조항에 “대통령령이 정하는 자”가 추가되어 변호사, 변리사, 세무사 등 공인된 자격을 가진 자도 배상책임을 지게 되었다. 이러한 규정이 자본시장법에서도 그대로 유지되고 있으므로 증권투자정보의 제공에 관한 한 신용평가회사는 변호사나 공인회계사, 감정인과 같은 수준의 전문가책임을 진다고 볼 수 있다.

26) 실제로 2011년 영업정지를 당한 저축은행의 후순위사채를 인수한 투자자들은 당해 후순위채를 발행한 저축은행의 임원 및 이를 추천한 증권회사, 또 증권신고서에 포함되었거나 첨부된 재무제표, 신용평가서를 작성한 회계법인 신용평가회사, 그리고 금융감독원과 국가를 공동피고로 하는 손해배상청구소송을 제기하였다.

27) 박 준, “서브프라임 대출관련 금융위기의 원인과 금융법의 새로운 방향 모색”, 국제거래법연구 제17집 제2호, 2008.12.31, 26면.

28) 박환일, “서브프라임 위기 이후 신용평가회사를 둘러싼 논란과 시사점”(이하 “신용평가 논

미국에서도 공모로 증권을 발행하는 경우 증권법(Securities Act of 1933) 제7조에 정한 내용을 기재한 증권신고서를 연방증권거래위원회(SEC)에 제출하여야 하고 그 증권신고서에 중요한 사실의 허위기재 또는 기재누락이 있는 경우에는 증권법 제11조에 따라 발행자뿐 아니라 증권신고서에 이름이 기재된 전문가들도 손해배상책임을 부담하게 되어 있다. 그런데 미국의 증권법 또는 공정공시 규칙에서 신용평가회사에 대하여 이러한 책임에 대한 예외를 인정²⁹⁾하고 있는 것은 우리나라와 사뭇 다르다. 미국에서는 법원의 판례와 감독기관의 판단에 따라 신용평가가 신용평가기관의 주관적인 의견이라는 점, 신용평가기관에게 정보를 제공하는 것까지 공시하도록 하면 기업들이 신용평가기관에게 충분한 정보를 제공하지 않을 우려가 있고 일반에 신용평가 결과가 공개되는 만큼 신용평가기관에게 제공한 정보를 일부 투자자들이 이용할 가능성이 없다³⁰⁾는 점을 반영한 것이다.³¹⁾

신용평가회사에 관한 한 미국의 법제와 비교해 본다면 우리의 신용평가회사의 배상책임에 관한 규정은, 그것이 사실관계의 조사이든 신용평가의 결과이든 간에, 중요사항에 관하여 허위 또는 부실한 기재 또는 표시가 증권신고서와 투자설명서에 수록되었을 때 법적인 책임을 지게 됨을 보여주고 있다(자본시장법 제125조 1항 참조).

란”), 국제법무연구 제13권 1호, 2009.2, 27면.

- 29) 미국에서는 신용평가회사를 ‘전국적으로 공인된 통계적 신용평가기관(nationally recognized statistical rating agency: NRSRO)’이라고 부르는데, 미 SEC 규칙은 NRSRO가 증권법 제11조에 따른 책임을 지지 않도록 이들의 신용평가는 증권법 제7조 및 제11조의 목적상 증권신고서의 일부를 이루는 것으로 보지 않는다고 규정하였다. 또한 공정공시(fair disclosure) 규칙에서도 회사가 신용평가기관에게 신용평가를 목적으로 정보를 제공하는 경우에는 다른 경우와 달리 공정공시 규칙의 적용을 배제하고 있다. Securities Act Rules 436(g)(1), 100(b)(2)(iii).
- 30) 이러한 공정공시에 대한 예외는 신용평가기관에게 정보의 독점권 내지는 우선점유권을 부여하는 것이 되어 신용평가기관이 더 잘 평가할 수 있다는 오해를 불러일으킬 수 있다는 지적도 있다. 박 준, 전계논문, 26면.
- 31) 물론 미국에서도 신용평가가 사기적 행위를 금지하는 증권거래소법(Securities Exchange Act of 1934) 제10조(b)항 및 이에 근거한 SEC Rule 10b-5에 위반한 경우에는 손해배상책임을 진다. 그러나, 10b-5 위반이 되려면 신용평가에 중대한 오류가 있고 신용평가기관이 그러한 오류에 대한 고의(scienter)가 있을 것을 요하므로 실제로 이러한 손해배상청구는 쉽게 인정되지 않고 있다.

2. 채무불이행책임과 불법행위책임

신용평가는 대부분 유가증권을 발행하는 의뢰인의 요청에 따라 수행하게 되므로 계약상의 의무 위반이 문제될 수 있다. 그러나 의뢰 없이 신용평가(unsolicited rating)를 하는 경우에는 불법행위책임을 논할 수 있다. 신용평가회사가 의뢰인의 요청에 따라 수수료를 받고 신용평가를 하였을 때 그 법률관계는 유상·쌍무계약에 해당한다. 그런데 신용평가계약은 신용평가라는 일의 완성을 목적으로 하고 사무의 처리를 목적으로 하는 양면성이 있으므로 손해배상책임의 전제로 민법의 전형계약 중에서 都給인지 委任인지 문제될 수 있다.

신용평가회사는 의뢰인의 지시나 감독을 받지 않고 신용평가를 수행하는 재량성이 있고, 신용평가란 대상 유가증권의 디폴트 가능성을 결정하는 것이 아니라 투자자들에게 의사결정을 위한 참고로 제공하는 것에 불과하다. 게다가 위임은 그 목적 달성 여부를 불문하므로 중도에 사정이 생겨 신용평가작업을 중지하더라도 이미 수행한 부분에 대하여는 그에 상응하는 보수를 받을 수 있는데 신용평가계약에 있어서도 신용평가회사가 일정한 보수를 청구할 수 있다고 규정하므로 위임계약으로 보는 것이 타당하다.³²⁾

그렇다면 신용평가회사의 유가증권에 대한 신용평가에 오류가 있어 이를 신뢰한 의뢰인이 손해를 입은 경우에는 신용평가계약에 기한 채무의 내용을 좇은 이행을 하지 않은 불완전이행이 되어 민법 제390조의 채무불이행에 따른 손해배상책임을 지는 것이 당연하다.³³⁾ 계약관계가 없는 제3자나 신용평가회사 측에 귀책사유가 있다고 주장하는 의뢰인은 민법 제750조의 불법행위책임도 주장하려 들 것이다. 이 경우 신용평가의 오류, 신용평가회사의 귀

32) 박환일, “신용평가 손해배상”, 130면.

33) 2009년 9월 이전의 신용정보법 제28조 제2항에서는 “[신용평가]업무를 의뢰받은 신용정보업자가 자신에게 책임 있는 사유로 의뢰인에게 손해를 입힌 때에는 이를 배상하여야 한다”고 규정하고 있다. 이 조항은 계약관계가 없는 제3자는 제외하고 의뢰인에 대한 신용평가회사의 손해배상책임을 규정하였을 뿐이므로 단지 민법의 일반원칙을 규정한 것으로 볼 수 있다. 상계논문, 138면.

책사유를 주장하는 의뢰인은 신용평가회사에 대하여 채무불이행과 불법행위를 이유로 하는 두 개의 청구권을 갖게 된다. 이 경우 두 가지 청구권 중에서 어느 것이나 선택적으로 행사할 수 있다고 보는 견해(請求權競合說)와, 채무불이행책임은 불법행위책임의 특수한 형태이므로 의뢰인은 신용평가회사에 대하여 채무불이행에 기한 손해배상청구권만을 갖는다고 보는 견해(法條競合說)가 있다. 그러나 위의 두 가지 책임은 그 성질 및 요건·효과를 달리하고 이를 전문가책임으로 볼 수 있으므로 피해를 두텁게 보호할 수 있는 청구권경합설이 타당하다고 생각된다.³⁴⁾

3. 담보책임

신용평가 계약상의 의무와 관련하여 신용평가회사가 당해 유가증권에 대한 정확한 정보를 제공하여 의뢰인 및 당해 신용등급을 신뢰한 제3자가 손해를 입지 않도록 배려할 의무가 있는지 논란이 될 수 있다. 많은 경우에 신용평가회사는 평가결과의 정확성을 보장하지 않음을 명시(disclaimer)하고 있지만, 그렇지 않은 경우에는 신용평가회사가 과연 담보책임을 진다고 할 수 있는지 문제가 된다.

신용평가회사는 유가증권에 대하여 명시적·묵시적으로 정확하게 신용평가를 하기로 한 것이므로 그에 따른 담보책임(explicit or implied warranty)을 져야 한다는 견해가 있다. 이것은 신용평가계약이 有償계약인 점에서 담보책임을 인정하는 것으로(민법 제580조, 제567조), 동산매매에 있어서의 하자담보책임과 비슷하다고 볼 수 있다. 그러나 신용평가회사의 평가등급은 하나의 참고자료에 불과하고 의뢰인 및 당해 신용등급을 보게 될 제3자는 이를 따라야 할 의무가 없으므로 신용평가회사에 무거운 책임을 지울 수 없다는 반대의 견해도 있다.

사실 신용평가회사가 신용평가의 대가로 받는 수수료는 잠재적인 손해배상책임에 비한다면 아주 미미한 수준이다. 신용평가회사는 전문가로서의 지

34) 상계논문, 140면.

식과 경험을 발휘하여 신용평가를 하였음을 명시적·묵시적으로 보장한 것이므로 평가에 오류가 있는 경우에는 의뢰인과 투자자들을 보호하기 위해³⁵⁾ 신용평가회사에 귀책사유가 있을 때라야 손해배상책임을 부담케 하는 것이 타당하다. 다만, 의뢰인이 제출한 자료 등을 토대로 약간의 수수료만 받고 신용평가를 하는 것이므로 ‘고의 또는 중대한 과실’이 있는 경우에 한하여 책임을 지도록 규정한 신용정보법 제40조(금지사항) 제6호의 해석상 신용평가회사가 중대한 과실이 없었음을 입증하는 경우에는 책임을 면한다고 보아야 할 것이다.³⁶⁾

IV. 신용평가회사에 요구되는 전문가책임

1. 신용평가에 있어서의 주의의무

이상의 논의를 토대로 대표적인 전문가에 속하는 신용평가회사가 부담하게 되는 주의의무의 정도와 그에 따른 책임을 알아보기로 한다. 앞에서 살펴본 바와 같이 신용평가회사에 ‘고의 또는 중과실’이 있는 경우에 배상책임을 진다고 한다면 통상의 주의의무와는 무엇이 어떻게 다른지 의문이 들기 때문이다.

신용평가가 자본시장에서의 투자정보 사업의 일환으로 발달하였던 미국에서는 신용평가회사의 주의의무에 대한 기준에 대하여 다음과 같이 아주 상세한 논의가 있었다.

1.1. 통상의 과실이 있으면 불법행위책임을 묻지는 견해

신용평가에 있어 보통의 과실 기준(negligence standard)을 적용함으로써

35) 공인회계사의 제3자에 대한 책임과 관련하여 미국의 관례는 당사자관계(privacy)가 있는 자만이 청구할 수 있다는 제한설에서 출발하여 오늘날에는 적어도 회계감사서류를 이용할 것으로 예견되는 의도적 이용자론(intended user rule)으로 발전하였다. 소재선, 전계논문, 242면.

36) 박환일, “신용평가 손해배상”, 141면.

신용평가회사의 책임을 강화하면 신용평가분석의 정확성이 높아지리라는 입장이다. 일반 투자자보다 신용평가회사가 더 적은 비용으로 실수를 회피(least-cost avoider rationale)할 수 있을 것이라는 기대를 전제로 한다. 게다가 신용평가회사들은 채권발행이 잦은 회사들과는 공생관계에 있으므로 시장에 알려져 있지 않은 내밀한 정보를 가지고 있는 경우도 많을 것이다. 또한 신용평가회사들에 무거운 책임을 지우면(optimum level of care rationale) 고객들이 경쟁 신용평가회사로 가거나 대체재(예: 증권사의 분석보고서)로 눈을 돌리지 않게끔 신용평가의 정확성을 높이기 위해 노력할 것이라고 한다. 이러한 견해에 의하면, 과실 기준은 신용평가회사의 주의의무의 정도를 증가시킬 것이라고 주장한다.

일반론으로서 제조자에게 불법행위 책임을 지워 위험을 분산(risk spreading rationale)시키지는³⁷⁾ 주장도 있다. 신용평가회사에게 과실 책임을 지우게 되면 신용평가회사는 정확성 제고를 위해 더 많은 투자를 하고 부실한 데이터를 주는 발행자에 대하여 더 많은 가격을 부과할 것이다.

1.2. 고의·중과실이 있는 경우에만 책임을 지우자는 견해

미국 법원은 신용평가회사에 대하여 위와 같은 과실기준 책임을 받아들이지 않고, 고의·중과실을 기준(recklessness standard)으로 하여 책임을 지우고 있다.³⁸⁾

구체적으로 그 이유를 살펴보면, 우선 신용평가회사는 자신이 과실 없이 행위하였음을 입증하기 위해 신용평가의 이유를 나열한 보고서를 작성할 터인데 이러한 방어적 평가(defensive rating)를 위한 문서화 작업은 신용평가의 품질을 향상시키는 데는 별 도움이 되지 않고 희소한 시간의 낭비를 가져와 신용평가의 품질을 떨어뜨릴 수도 있다는 점이다.

37) 미국의 *Escola v. Coca-Cola Bottling Co.* (24 Cal. 2d 453) 판결에서 거론되었던 논리이다.

38) 우리법상의 '중과실'은 통상 요구되는 주의의무를 현저히 결한 것을 의미하는 데 비하여 미국법의 'reckless'란 음주운전과 같이 해로운 결과를 원치 않음에도 그 가능성을 예견하면서 의식적으로 위험을 택하는 행위를 말한다. 하지만 본고에서는 그 효과는 같다고 보았다.

그리고 과실에 따른 불법행위책임을 신용평가회사에게 부과한다면 외부 보험계약이나 자체 보험을 커버하기 위해 높은 수수료를 책정하고 그 비용을 소비자에게 전가할 것이다. 신용평가회사는 모든 정보구독자들에게 평등하게 비용을 전가할 것이므로 소규모 정보구독자가 대규모 정보구독자에게 보조금을 지급(cross-subsidization)하는 엉뚱한 결과가 가져온다. 반대로 대규모 투자자는 장래의 잠재적 소송에서 기대할 수 있는 이득보다 비용을 적게 부담하게 될 것이다.

과실 기준을 적용하게 되면, 소규모 채권이 발행물량이 크게 줄고, 신용평가회사가 적은 데이터를 가지고 리서치를 많이 해야 하는 소규모의 신설회사에 대해서는 비싼 수수료를 징구하는 결과 평가대상회사 및 평가등급에 있어서의 왜곡(distortion of the calculus of publication)이 일어난다. 신설 기업이나 소규모 기업이 채권평가로부터 가장 많은 혜택을 입을 수 있음에도 신용평가 서비스의 이용을 거부당할 수 있는 것이다. 신용평가회사에 과실 책임을 지움으로써 정확한 신용평가를 하게 만들어야 함에도 과실이 없어도 책임을 져야 한다면 주의의무를 다하지 않는 것을 억지하는 효과가 별로 없다는 견해도 있다.³⁹⁾

미국에서는 특히 법원이 앞장서서 신용평가행위는 과실 기준으로 심사하기에 적합하지 않을 뿐더러 전문가책임은 엄격히 하는 것만이 능사가 아니라고 보고 있다. 다시 말해서 고의·중과실을 기준으로 전문가책임을 논하자는 배경에는 다음과 같은 신용평가의 특수한 성격을 고려하고 있음을 알 수 있다.

2. 신용평가의 특수성

신용평가란 발행자의 특정 유가증권에 관한 원리금 상환의 확실성 또는 발행자의 채무에 대한 상환능력을 A, B, C 등의 신용등급 기호(symbol)로

39) Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (3rd Ed., 1986) pp.415-419; Gregory Husisian, "Bond Rating Agency Liability", 75 *Cornell L. Rev.* 410, 416 (1989-90).

표시하여 이해관계자 및 일반투자자들에게 공시하는 것을 말한다.⁴⁰⁾ 신용평가기관의 역할은 신용평가를 통하여 정보의 비대칭성(information asymmetry)을 해소하고 투명성과 효율성을 제고하는 것이다. 신용평가제도의 연혁과 발전과정은 그 나라의 자금조달 형태와 자본시장 구조에 따라 달랐다. 채권이나 주식을 발행하여 자금을 조달하는 나라에서는 독립적이고 공정한 신용평가에 대한 자본시장의 수요(needs)가 커지면서 신용평가기관이 발달하였다.⁴¹⁾

오늘날 자본시장에서 신용평가회사는 불가결하면서도 대체 불가능한 요소로 평가되고 있다. 자본시장에는 기관투자자와 개인투자자, 증권회사, 은행, 기업, 감독기관 등 다수의 이해관계자가 존재하는데, 발행자는 자신에게 불리한 정보를 숨기려 드는 반면 달리 정보원이 없는 투자자들은 자칫 예상치 못한 손실을 입을 수 있기 때문이다. 이와 같이 투자위험요소에 대한 발행자와 투자자간의 정보의 접근성 차이에 기인하는 정보의 비대칭성을 완화하거나 해소하기 위해서는 신용평가기관을 필요로 한다. 즉, 신용평가는 ① 발행자와 투자자의 이해관계로부터 독립된 제3자로서 ② 전문적인 분석능력과 ③ 일관된 판단능력을 토대로 발행자의 신용위험에 대한 적절한 정보를 투자자들에게 제공할 수 있어야 한다.⁴²⁾

신용평가회사가 평가결과를 표기한 신용등급은 특정 유가증권의 신용도에 대한 평가이지 어떠한 금융자문을 제공하는 것은 아니므로 그것이 투자할

40) 한국기업평가(주), 「신용평가의 이해와 활용」, 새로운 제안社, 2009, 30면. 박환일, “신용평가 논란”, 13면에서 재인용.

41) 미국에서 신용평가는 무디스가 1909년 채권에 대하여 신용평가를 한 것을 효시로 1930년대 대공황을 전후하여 채권의 평가등급이 투자자들에게 가치 있는 정보로 인정받게 되었다. 현재 미국 및 전세계의 신용평가시장은 Standard & Poor's, Moody's Investors Service, Fitch Ratings 등 대형3사의 과점체제로 되어 있다. 그러나 은행을 통한 자금조달의 비중이 컸던 일본이나 우리나라에서는 신용평가에 대한 필요성이 많지 않아 정부 및 관계기관의 주도로 자본시장의 육성 및 투자자보호 차원에서 신용평가회사가 설립되었다. 일본의 경우 1970년대 자본시장의 자유화, 국제화 추진에 따라 정부의 채권시장 육성정책의 일환으로 일본경제신문에 회사채 신용등급이 공표되기 시작했으며, 우리나라에서는 1983년 12월 한국기업평가의 전신인 한국경영컨설팅이 신용평가업무를 처음 시작하였다.

42) 박환일, “신용평가 논란”, 15면.

가치가 있는 것인지 여부는 개별 투자자가 판단할 몫이다.⁴³⁾ 발행자는 신용평가를 받음으로써 자금조달의 기회를 확대할 수 있다. 정확한 신용평가정보를 투자자들에게 제공함으로써 자기신용으로 자금을 조달할 수 있게 하는 동시에 발행자의 신용위험에 대한 투자자들의 불확실성을 줄여 자금조달비용을 절감하게 된다. 증권시장 및 감독당국의 입장에서는 유가증권 발행자의 신용등급 및 관련 분석정보가 시장에 유포되어 자본거래의 투명성을 제고할 수 있고, 개별 증권의 신용등급 동향을 파악하여 재무적 건전성을 감시하는데 유용한 기준으로 삼을 수 있다. 또한 신용등급에 따라 위험 프리미엄을 차등화함으로써 발행자의 신용에 따라 발행조건이 결정되게 하고 자금배분의 효율성을 기할 수 있다.⁴⁴⁾

2008년의 글로벌 금융위기 때 신용평가회사들이 전세계적으로 언론과 투자자, 정부당국으로부터 호된 비판과 공격을 받았음에도 여전히 존재해 있다. 어느 나라에서나 신용평가회사가 자본시장의 발전을 위해 필수적인 것으로 인정하고 실정법에 관련 규정을 두는 한편 투명성과 책임성을 강조하는 방향으로 제도의 개선을 모색하고 있다.⁴⁵⁾

3. 투자자보호의 중요성

글로벌 금융위기 이후 각국은 금융소비자보호의 관점에서 여러 가지 대책을 내놓았다.⁴⁶⁾ 미국은 SEC가 나서서 구조화상품에 대한 신용평가 방법을

43) 회사채발행 주간사회사에 대하여도 비슷한 논리를 적용한 하급심 판례가 있다. 서울고등법원 제16민사부는 2012년 7월 전환사채(CB)를 발행한지 반년 만에 법정관리를 신청한 S건설사의 주간사회사에 배상책임을 지운 원심을 깬다. 발행사의 급격한 부실화를 채권단조차도 예상할 수 없는 상황에서 주간사회사가 인식할 수 있었던 중요사항을 모두 투자설명서에 기재하였다면 투자자에 대한 설명의무는 다한 것이며, 모집주선인이 투자에 따른 손익 가능성까지 분석 예측해 의견을 표명할 의무는 없다고 판시했다.

44) 박원일, “신용평가 논란”, 14~15면.

45) 신용평가의 객관성·공정성·독립성·투명성을 확보하는 것이야말로 신용정보업 발전의 전제가 된다. 신용평가업은 이른바 ‘평판자본’(reputational capital)에 의존하는 사업이므로 평판이 나빠지면 자본시장에서 더 이상 문지기(gate keeper) 역할을 할 수 없을 것이다.

46) 박원일, “글로벌 금융위기로 대두된 신용평가회사 이해상충 문제의 해결방안”(이하 “신용평

(methodologies)에 의문이 제기하고, 신용평가회사들이 구조화상품의 신용평가 건수와 실적을 늘리기 위해 투자은행이 주관하는 MBS, CDO 발행에 협조하지 못하도록 했다. 또한 구조화상품의 신용평가에 관한 상세한 정보를 공시할 것을 요구하였다.⁴⁷⁾ 미 의회는 2006년 신용평가기관개혁법(Credit Rating Agency Reform Act)을 통해 신용평가, NRSRO와 관계자, 적격 기관투자자(qualified institutional investors)에 대한 규정을 도입⁴⁸⁾한 데 이어 미 재무부는 2009년 7월 신용평가회사의 투명성 제고와 SEC 권한강화를 골자로 하는 「2009년 신용평가회사 개혁법안」⁴⁹⁾을 의회에 제출하였다.

신용평가업무 및 신용평가회사에 대한 규제개혁 논의는 최종적으로 「도드-프랭크 월스트리트 개혁 및 소비자보호법」(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010, “도드-프랭크법”)을 통해 법제화되었다. 동 금융개혁법은 2010년 7월 발효되었는데,⁵⁰⁾ 신용평가회사에 관하여는

가회사 이해상충), 증권법연구 제12권 1호, 2011, 114~126면.

- 47) NRSRO에 대한 감독권을 가진 SEC는 엔론 사태의 대책으로 2006년 9월 신용평가기관개혁법(Rating Agency Reform Act)을 새로 제정하였다. 1934년 증권거래법에 제15E조를 추가함에 따라 NRSRO는 SEC에 신용평가방법 등을 기재하여 등록할 의무와 각종 보고의무를 가지며, SEC는 이들 신용평가기관을 검사할 수 있게 되었다. 그러나 SEC나 쉐정부는 신용평가의 내용이나 신용평가의 절차·방법에 대해서는 규제할 수 없으며, NRSRO가 제출한 서류로 인하여 민사소송이 벌여질 수 없음을 명시하였다. 박 준, 전개논문, 24~25면; 미국에서는 엔론 사태 후 신용평가기관 개혁에 착수했으나 신용평가가 문제가 된 서브프라임 위기가 또 발생한 것을 들어 2009년 이후 논의되어 온 신용평가기관 개혁의 한계를 지적하는 비판론이 있다. 그 원인으로 신용평가회사의 능력부족(incompetence), 이해상충(conflicts of interest, corruption), 그리고 대형3사(Big Three)의 수주 집중 현상을 들었다. Claire A. Hill, “Limits of Dodd-Frank’s Rating Agency Reform”, 31 No.5 *Banking & Financial Services Policy Report* 13-15 (2012).
- 48) 동 법률은 NRSRO에 대한 정의, NRSRO 신청자격 및 요건 등을 법으로 규정하고 있다. NRSRO는 적어도 3년 이상의 업무경험과 적격 기관투자자에 의해 인증된(certified) 기관이라고 정의된다. NRSRO 신청과 관련하여 단기, 중기, 장기에 걸친 신용평가 결과의 실적, 신용평가 절차 및 방법, 사적 정보의 유용방지, 조직구조, 윤리기준, 신용평가와 관련된 이해상충, 매출기준 상의 각 2개 발행자 및 투자자의 목록 등을 제출하여야 한다. 동 법률의 기본취지는 신용평가회사에 대한 공시의무 및 정보공개범위를 확대 강화함으로써 신용평가회사의 평가에 대한 수요자(투자자)의 감시를 강화하기 위한 것이다.
- 49) Department of Treasury of U.S., “Administration’s Regulatory Reform Agenda Moves Forward Credit Rating Agency Reform Legislation Sent to Capital Hill”, Press Release, July 21, 2009.

SEC가 시행에 필요한 규칙의 제정(rulemaking) 등 조치를 취한 후 1년 이내에 단계적으로 시행하도록 했다.⁵¹⁾ 신용평가회사에 대한 도드-프랭크법의 규정은 ① 이해상충 방지를 위한 보다 상세한 규정(§932), ② 기업지배구조의 독립성(§932(t)), ③ 내부통제의 강화(§932(a)(2)(B)3), ④ 신용평가의 기초 기타 사항에 대한 공시(§932, §943), ⑤ 신용평가 책임의 강화(§§932(a)1,2,3, §933, §939G), ⑥ 내부고발의 의무화(§934), ⑦ SEC의 감독 강화(§932) 등으로 요약할 수 있다.⁵²⁾ 특히 신용평가회사의 전문가책임(expert liability)에 관한 규정을 보면, 종전에는 신용평가회사의 신용평가 등급은 전문가에 의하여 준비되거나 승인된 항목으로 보지 않았기 때문에 증권등록신고서에 신용평가회사의 동의를 요하지 않았었다(SEC Rule 436(g)). 그러나 도드-프랭크법에서는 투자설명서에 포함된 신용평가회사의 보고서 또는 의견에 대해서도 동의를 구하게 함으로써 신용평가회사에 전문가책임을 부과할 수 있는 근거를 마련하였다. 특히 신용평가와 관련한 정보의 수집, 조사에 있어서 상당한 수준의 노력, 간과 등에 대하여 책임을 져야 한다.⁵³⁾

주요국은 국가간 공조를 강화하고,⁵⁴⁾ 국제증권감독기구(International

50) 1930년대 이후 금융감독에 관한 최대의 변혁을 초래하게 될 미국의 금융개혁법은 미국에서 활동하는 국내외 금융기관과 사업회사에 대하여 엄청난 영향을 미치고 있다. 미국의 은행, 증권, 파생상품, 임원에 대한 보수, 소비자보호, 기업지배구조 어느 것이나 이 법의 영향이 미치지 않는 곳이 없다. 대형 금융기관, 중소 금융기관을 막론하고 생소하고 복잡하기 그지 없는 규제환경 속에서 살아남기 위해서는 단계적으로 시행되는 243개의 각종 시행령, 시행 규칙과 67건의 연구검토 보고서에 촉각을 곤두세워야 하는 실정이다. Davis Polk & Wardwell, "Summary of the Dodd-Frank Wall Street Reform", July 21, 2010. (<http://www.davispolk.com/publications/>)

51) 박원일, "신용평가 이해상충", 118~121면.

52) Claire Hill, *op.cit.*, p.18. See, *eg.*, Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376, 1872-84 (2010).

53) 지금까지 미국의 신용평가회사는 연방대법원의 판례에 의하여 비록 의뢰받지 않은 신용평가를 하고 피평가 기업에 불리한 신용등급을 공표하여 손해를 입히더라도 현실적인 악의가 없는 한 공적 기업(public concern)에 대한 일종의 표현의 자유(수정헌법 제1조)라 하여 면책되었다. 그러던 것이 이번 금융개혁법에서는 신용평가회사의 신용등급을 회계사의 감사보고와 같이 취급하기로 한 것이다. 따라서 신용평가회사가 악의로 또는 부주의하게 평가대상 증권에 대한 신용리스크 평가의 전제가 되는 사실관계의 조사를 게을리하거나 객관적이고 믿을 만한 자료에 의하여 검증을 하지 않은 경우에는 손해배상책임을 지도록 하였다.

Organization of Securities Commissions: IOSCO)는 신용평가의 행동강령⁵⁵⁾을 새로 개정하였다. IOSCO는 글로벌 금융위기에 대응하여 2008년 5월 구조화증권의 설계에 관한 자문이나 추천을 금하고, 연간 매출의 10% 이상 수수료로 수취하는 기업 명단 및 평가방법론을 공개하도록 했다.⁵⁶⁾

유럽연합(EU)에서는 집행위원회가 제안하여 2011년 신용평가회사에 대한 규정(EC No 1060/2009 Regulation on Credit Rating Agencies: “CRA 규정”)을 개정하여 각 회원국 및 EU법규에서 신용평가에 대한 과도한 의존을 줄이는 한편, 신용평가 수수료의 ‘발행자 지급(issuer-pays)’에 따른 이해상충 문제, 국가신용평가 과정에 있어서의 투명성 제고, 신용평가회사의 민사책임(civil liability)의 근거⁵⁷⁾를 마련하였다.

4. 신용평가와 표현의 자유 문제

유가증권에 대한 신용평가가 발행자의 기대에 크게 못 미칠 때, 특히 무의뢰 평가인 경우에는, 당해 기업은 자신의 경영능력에 대한 비난 또는 영업방해로 신용평가회사에 대하여 민사 또는 형사소송을 제기할 수 있다. 미국 법원에서는 신용평가회사가 신용평가의 의뢰를 받았는지 여부에 관계없이 당해 기업의 유가증권에 대한 신용평가 결과를 공표하는 것은 ‘표현의 자

54) 2009년 4월 G20 런던 정상회담에서 각국은 자본시장의 안정성, 건전성을 강화하기 위한 여러 가지 조치를 결의하였다. 그 중에서 신용평가회사에 대한 감독은 IOSCO 기본행동강령을 기준으로 하고 2009년 말까지 각국별로 신용평가회사에 대한 감독체계를 정비하도록 했다. 김필규, “신용평가 관련 규제체계 개선의 내용과 시사점”, BFL 제45호, 서울대 금융법센터, 2011.1, 42~48면.

55) IOSCO Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies, 2000년에 제정되었고 엔론 사태 직후인 2004년과 글로벌 금융위기 대책의 일환으로 2008년에 각각 개정되었다.

56) 박임출, “신용평가 규제법제의 입법론적 과제”, 증권법연구 제10권 2호, 2009, 233면.

57) 잘못된 신용평가로 손해를 입은 투자자가 당해 신용평가회사에 손해배상을 청구할 수 있는 나의 문제는 각 회원국의 법에 다르므로 EU 차원에서 논의할 것은 아니라고 보았다. 다만, 피해자들이 유리한 법정지를 찾아다니는 법정지 쇼핑(forum shopping)이 일어나지 않도록 책임의 근거와 기준을 마련하기로 했다. EU 집행위는 이와 같은 Public Consultation에 대한 각계의 의견을 반영하여 2011-2012년 정책입안에 반영하기로 했다. <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/cra_en.htm>

유'(freedom of speech)로 간주하고 수정헌법 제1조(First Amendment) 및 제14조(Fourteenth Amendment)의 보호를 받는다고 판시하였다.⁵⁸⁾

미국에서 신용평가회사가 신용평가 상의 과오를 이유로 소송을 당한 사례로는 오렌지 카운티 파산 사건,⁵⁹⁾ 콜로라도주 제퍼슨 학군 사건,⁶⁰⁾ 장난감회사 WOW 사건⁶¹⁾ 등이 있다. 오렌지 카운티 사건에서 법원은 피고가 수정헌법 제1조 및 제14조에서 허용하는 면책사유에 해당하기 위해서는 표현이 허위(false statement)임을 알았거나 알 수 있었음에도 이를 무모하게 무시(reckless disregard)함으로써 허위의 표현을 한 현실적인 惡意(actual malice)가 있었는지⁶²⁾ 따져보아야 한다고 지적했다. 이 기준은 명예훼손 사건에 적용되는 것이 보통이지만 원고 측이 손해배상을 청구하였다는 점에서 카운티가 S&P를 제소한 경우도 적용된다고 하고, 카운티의 지방채발행은 공적 기업(public concern)에 관한 것이므로 이 기준을 적용할 수 있다고 말했다. 그리고 표현의 자유가 보장되는 경우라면 비록 전문가로서 부주의하였을지라도 '현실적인 악의'의 기준을 적용하여 S&P가 신용평가를 준비하고 공표한 것은 수정헌법 제1조에서 보장하는 표현의 자유에 속하므로 손해배상책임이 없다고 말했다.

두 번째 제퍼슨 학군 사건은 1993년 借換 목적으로 제퍼슨 학군이 발행한 채권에 대하여 신용평가 의뢰를 받지도 않은 무디스가 1년 전의 자료를 토대로 동 채권에 대한 그릇된 기사를 전자정보지에 게재함으로써 학군에 손실을 초래하고 업무를 방해하였다는 취지의 소송 사건이었다. 법원은 무디스

58) 박원일, "신용평가 손해배상", 143~147면.

59) *County of Orange v. McGraw-Hill Companies, Inc.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 6072, 245 B.R. 151; 1999 U.S. Dist. LEXIS 1975.

60) *Jefferson County School District No. R-1 v. Moody's Investor's Services, Inc.*, 175 F.3d 848; 1999 U.S. App. LEXIS 8460 (10th Cir. 1999).

61) *In re: Worlds of Wonder Securities Litigations*, 35 F.3d 1407 (9th Cir. 1994).

62) *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46, 56, 108 S.Ct. 876, 99 L.Ed. 2d 41 (1988). '현실적인 악의'의 기준은 문제가 된 표현이 公人(public figure) 또는 공적기업 내지 공적 관심사(public concern)에 관한 것일 때 적용된다. 연방대법원은 종교지도자인 폴웰 목사의 명예를 훼손한 도색잡지의 기사라 할 망정 미국 헌법이 보장하는 표현의 자유를 누릴 수 있다고 판결함으로써 미 언론사상 표현의 자유에 관한 획기적인 기준을 선언하였다.

의 의견이 공공성을 띤 기업에 관한 것이고 허위의 사실을 포함하지 않았다 하여 수정헌법 제1조에서 보장하는 표현의 자유를 이유로 제퍼슨 학군의 청구를 기각하였다.

세 번째 월드 오브 윈더(장난감회사 WOW) 사건은 신용평가회사가 아니라 그와 유사한 전문가책임을 부담하는 회계감사인에 대하여 소송이 제기된 케이스이다. WOW사가 1987년에 발행한 정크본드의 이자를 지급하지 못하고 결국 6개월 후 파산하고 말자 채권투자자들이 WOW사의 경영진과 대주주, 회계감사인, 발행주간사회사에 대하여 증권사기로 집단소송을 제기한 사건을 말한다. 5년에 걸친 소송 끝에 캘리포니아주 연방지방법원이 피고 전원의 승소 판결을 내리자 원고인 투자자들이 항소하였으나, 제9지구 연방항소법원에서는 회계감사인의 책임 부분을 제외한 1심 판결을 인용하면서 약식재판을 할 수 있다고 판시하였다. 이 사건에서 쟁점이 되었던 것은 투자설명서에 기재된 낙관적인 경제전망, 영업수익전망 기타 예측자료가 부정확하거나 잘못된 가정에 입각한 것으로 밝혀지더라도 그에 개재된 위험성을 눈에 띄게 특별히 표시하였고, 예측을 하게 된 가정을 적절히 언급하였다면(이른바 'bespeaks caution') 오류를 문제 삼을 수 없다는 것을 재확인한 점이었다.

앞의 두 사건은 신용평가회사가 피고가 되었다는 점에서, 세 번째 사건은 유가증권의 투자설명서에 기재된 '注意문언'이 어떠한 효력을 갖느냐에 관하여 비록 미국 법원의 판결이지만 우리나라에서도 충분히 참고가 될 수 있다고 생각한다.

V. 정보화 시대의 전문가책임

1. 전문가책임의 일반론

20세기 후반 미국에서는 전문가 그룹이 컨설팅 같은 형식이나 인터넷 등의 새로운 매체를 통해 사회적 영향력을 높여 왔고, 그만큼 전문가책임에 관한 논의가 활발하였다. 미국의 판례에 의하면 전문가가 그의 부주의로 고

객에게 손해를 입혔을 때 다음의 조건에 모두 해당하면 전문가책임을 지게 된다.

① 전문가로서 같은 직종의 다른 사람들이 공통적으로 보유하고 행사하는 기량(skill), 신중성(prudence), 주의(diligence)를 경주할 의무가 있음에도 ② 그러한 의무를 게을리 하였고 ③ 부주의한 행동과 손해 사이에 상당한 인과관계(proximate causal connection)가 있으며 ④ 전문가의 부주의로 인하여 실제 손해가 발생하였을 것을 요건으로 한다.⁶³⁾ 이것은 넓은 의미에서 불법행위에 기한 손해배상청구(tort claim)에 속하며, 정보화 시대에 있어서도 별반 다르지 않다.

앞에서 살펴본 바와 같이 전문가책임을 인정할 때에는 업무수행 중에 고의 또는 중과실이 있었는지만 살피고 전문적인 서비스 산업의 보호·육성 차원에서 경과실은 문제 삼지 않는다. 그리고 특별한 사정이 없는 한 전문가로서 업무수행과 관련하여 면책(disclaimer) 선언을 한 것의 유효성을 인정하는 경우가 많고, 손해배상의 범위도 그가 받은 보수나 수수료를 상한으로 하거나,⁶⁴⁾ 달리 전문가책임보험(PLI)을 통해 피해 보상에 만전을 기하고 있다.

이상의 논의는 자본시장에서 필수적인 존재로 자리 잡은 신용평가회사에 대해서도 거의 그대로 적용됨을 알 수 있다. 만일 신용평가의 의뢰인이나 투자자가 신용평가회사에 책임이 있음을 주장하려면 아래 요건의 흠결을 입증하여야 할 것이다.

첫째, 상당한 주의(due diligence) 요건과 관련하여 문제가 된 유가증권에 평가함에 있어 일반적으로 인정되는 평가절차와 방법을 따랐을 것⁶⁵⁾

둘째, 고의·중과실의 귀책사유와 관련하여 의뢰인이 제출한 자료 기타

63) *In re Daisy Sys. Corp.*, 97 F.3d 1171, 1175 (9th Cir. 1996) citing *Jackson v. Johnson*, 5 Cal. App. 4th 1350, 1355 (1992).

64) 박원일, “컨설팅 계약을 둘러싼 법률문제”, 국제거래법연구 제15집 2호, 2006.12, 264~267면.

65) 실제로 소송 등을 통하여 문제가 되는 경우는 신용평가의 기간이 짧고 수수료 액수도 적었는데 과연 회사의 재무상태를 실질적으로 심사하는 것까지 요구할 수 있었겠느냐 하는 것이다. 신용평가사가 단지 유가증권투자 시의 참고자료로 제공되는 것이라면 상당한 주의의무를 요구할 수는 없을 것이다.

입수할 수 있는 모든 정보를 가지고 의뢰인의 신용·재무상태를 정확하게 파악하려고 노력하였으며, 사실관계를 도외시한 채 현실적인 악의를 갖고 평가를 하지 않았을 것

셋째, 면책 선언을 하거나 주의문언을 기재하는 것과 관련하여 막연히 증권투자가 위험하다고 경고(blanket warnings)하는 것만으로는 부족하고, 발행자의 사업전망, 당해 유가증권의 원리금 회수가능성에 대하여 구체적으로 투자자들의 주의를 촉구(bespeaks caution)하는 메시지를 전달하였을 것

넷째, 인과관계 요건과 관련하여 이용자가 신용평가의 결과에 전적으로 의존하지 말고 다른 경로를 통해 정보를 수집한 후 합리적인 결정을 하도록 촉구하였을 것

2. 특별한 고려 사항

정보화 시대의 法운용 원칙은 원활한 정보의 유통을 도모하는 동시에 이 과정에서 타인의 법익을 침해하는 일이 없도록 하는 것이다. 전자상거래가 활기를 띠며 따라 신용평가도 오프라인상의 평가결과를 온라인에 올리는 것에 그치지 않고 처음부터 온라인상에서 기업의 신용·재무상태를 평가하는 것으로 확장되고 있다.⁶⁶⁾ 이에 따라 신용정보업자가 인터넷에 실려 있는 정보·자료는 물론 피평가업체가 제출한 데이터를 토대로 당해 기업의 신용등급을 기호로 표시하여 발주처에 온라인으로 제출한다.

그 결과 서두에서 말한 것처럼 정보화 시대에는 엄청난 분량의 정보가 빛의 속도로 유통되고 인터넷을 통해 전문가의 작업결과가 당장 비교·평가되므로 책임을 묻는 것도 즉각적으로 이루어짐을 알 수 있다. 이 과정에서 정보이용자들이 피해를 입지 않도록 하기 위하여 전문가 수준의 콘텐츠를 제공하는 사이트 운영자들에게 소비자보호, 투자자보호라는 이름으로 각종 대

66) 예컨대 정부기관이 물자를 조달할 때에는 나라장터(<http://www.g2b.go.kr>)를 통해 공개입찰에 붙이고 있다. 그러나 非對面거래의 특성상 소정 기준에 따른 기업평가 등급을 첨부하는 식으로 응찰업체의 자격요건을 정하고 있으며, 이크레디블과 같은 신용조회업자가 해당 서비스를 하고 있다.

책이 마련되어 시행되고 있다. 또한 저작권, 특허권 같은 제3자의 권리를 침해하는 일도 없어야 할 것이다.⁶⁷⁾

정보화 시대에 전문가들에게 무거운 책임을 지우는 것이 타당성을 지닌다면 이들 전문가들은 어떠한 대책을 세워야 할까. 일차적으로 가벼운 過失이 있는 경우에는 책임을 면하게 되지만, 서비스를 제공하는 사이트에 면책 주의문언을 부기할 필요가 있다. 하지만 미국 관례에 의하면 이것이 항상 유효한 것이 아님을 주의하여야 한다.

따라서 정보화 시대에 전문적인 인터넷 사이트의 운영자 또는 서버 관리자에게 전문가책임을 인정할 것인지 여부는 다음 사항에 유의하여 판단할 필요가 있다. 정보가 대량으로 유통되는 인터넷 상에서는 법으로 규제하는 것보다 이용자들이 일종의 규범적인 해결수단(regulatory solutions)을 발휘하는 경우가 많기 때문이다.⁶⁸⁾

우선 문제가 된 지식·정보를 제공하는 서비스가 정보화 시대에 이용자에게 얼마나 유익하고 유용한지,⁶⁹⁾ 그리고 문제가 된 서비스가 유용하다면 이를 대체할 수 있는 다른 서비스가 있는지 알아본다. 대체수단이 있는 경우에는 서비스 중단과 같은 책임을 지우는 데 별 문제가 없을 것이다. 대체수단이 없으면 피해를 최소화할 수 있는 방안을 강구한다. 그리고 문제가 된 서비스를 무상으로 제공하였는지, 또 그로 인하여 법익을 침해당한 권리가 피해를 용이하게 회복할 수 있었는지, 아니면 관련 산업의 육성·발전

67) 전문가가 의뢰인이 제공한 데이터를 토대로 컨설팅 등의 서비스를 제공한 것이 제3자의 지체권을 침해한 것으로 드러날 경우 원인을 제공한 의뢰인에 대하여 면책(indemnification)을 약속하게 할 필요가 있다. 다만, 그 전문가가 콘텐츠를 통제할 수 있는 발행자(publisher급의 ISPs)와 같은 지위에 있다면 피해자에 대하여 間接책임을 지우기도 한다. 미국은 관례는 이를 寄與책임(contributory liability), 代位책임(vicarious liability), 誘發(inducement)에 따른 책임 등으로 구성하고 있다. 함석천, 전개논문, 113~121면 참조.

68) See, eg., Thomas M.J. Möllers, "Investor Protection in the System of Capital Markets Law: Legal Foundations and Outlook", 36 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg. 57, 58 (2010).

69) 기업정보가 홍수를 이루는 가운데 일반 투자자들로서는 그릇된 정보나 너무 복잡한 정보는 배제하고 정보의 절대량을 줄일 필요가 있다. 전문지식이 부족한 일반 투자자들로서는 기업의 재무상태와 원리금상환능력을 기호로 표시한 것은 투자설명서에서 빠져서는 안 될 '번역'(translation) 정보라 할 수 있다. *Ibid.*, at 67, 68.

을 우선시켜야 하지 않은지 검토를 요한다. 왜냐하면 인터넷 이용자들이 다른 경로를 통해 대체 가능한 정보를 입수할 수 있다면 문제가 된 서비스를 중단시키고 손해배상을 하게 하는 효과가 크지 않기 때문이다. 이 경우에는 기술개발을 통하여 사회전체가 그 책임을 나누어지도록 유도하는 편이 나은 것이다.

3. 신용평가업에 대한 입법론적 고찰

서브프라임 금융위기 이후 신용평가회사에 책임을 묻기 위해 주요국에서 취한 조치는 크게 내부통제규정의 시행 등 신용평가 절차의 규범화, 신용평가에 있어서 주의의무의 강화, 신용평가 방법론의 공개 내지 새로운 신용평가회사의 설립 등으로 요약할 수 있다. 그러나 오늘날의 정보화 시대에는 허다한 정보에 노출되어 있는 금융소비자의 보호가 특히 강조되고 있거니와, 일반 투자자들도 인터넷 등 다양한 경로를 통해 전문가 수준의 지식과 정보를 입수할 수 있게 되었다. 그러므로 신용평가회사에 대해서만 허위기재에 따른 배상책임, 내부통제기준 같이 강도 높은 책임을 묻는 것⁷⁰⁾은 곤란하다고 생각된다. 글로벌 금융위기 이후의 적대적인 환경 속에서도 신용평가회사가 자본시장에 있어서의 필수적인 존재로 자리를 굳혔고, 세계적인 신용평가회사들(Big Three)에 비해 규모가 영세한 만큼 건전한 육성책도 마련되어야 하기 때문이다.⁷¹⁾

우선 서브프라임 위기 이후 미국을 비롯한 각국이 신용평가에 과도하게

70) 미국에서는 엔론사의 분식회계가 불거진 후에야 신용평가기관(NRSRO)이 SEC의 감독을 받게 되었고, 이들 신용평가기관이 서브프라임 위기를 사전에 예고하지 못한 문제점이 있음에도 매우 신중하게 규제감독안을 마련하였다. 그에 비하면 우리나라는 신용평가회사를 둘러싼 비판들을 先制적으로 잠재우기 위해 2009년 초에 매우 신속하게 법 개정작업을 마쳤다.

71) 국내 은행과 기업의 해외 진출 및 외국 기업의 국내 상장 시 국내 신용평가/정보회사의 동반진출이 바람직해 보인다. 예컨대 국내 B2B 시장에서 국내 신용정보회사가 제공하고 있는 온라인 신용인증 및 신용조회 서비스는 외국에서도 크게 각광을 받을 가능성이 많다. 박현일, 「신용평가회사의 내부통제 규제현황 및 향후 입법정책과제」, 국회입법조사처 정책연구보고서, 2010.12, 57~59면.

의존하는 것을 지양하도록 하였으나⁷²⁾ 뾰족한 대안이 없다면 유가증권 공모 발행 등에 있어 신용평가를 적절히 이용하도록 해야 할 것이다.⁷³⁾ 신 BIS협약(Basel II)에서 위험자산 여부를 신용평가회사의 신용등급에 따라 결정할 것도 배격할 일은 아니라고 본다.⁷⁴⁾ 금융기관과 기관투자자들이 직접 투자대상의 위험도를 파악하기 위해 수천, 수만 건의 대상자산을 개별적으로 분석한다는 것은 시간과 인력의 낭비가 아닐 수 없다.

신용평가회사의 평가에 오류나 부정이 있을 경우에는 해당 신용평가회사에 엄중한 제재를 가해야 하겠지만, 우리나라가 외국의 사례도 살펴보지 않고 직접적인 배상책임을 지게 하거나⁷⁵⁾ 내부통제규정 등을 너무 엄격하게 규정한 것은 새로운 문제를 일으킬 공산이 크다.⁷⁶⁾ 예컨대 신용평가회사가 내부통제규정에 반하는 불공정행위 혐의가 있었다고 감독당국이 선불리 과태료를 부과한다면, 공정거래법 위반을 이유로 공정거래위의 고발로 검찰이

72) SEC는 또한 신용평가기관과 발행자로 하여금 다른 신용평가기관에도 정보를 공개하게 하여 평가를 잘못하지 않는지 서로 감시하고 경쟁하도록 Rule 17g-2와 17g-5를 개정하였다. *International Financial Law Review*, "SEC stops 'race to the bottom' on ratings," February 2009.

73) 박원일, "신용평가 논란", 18~19면.

74) 신 BIS협약이나 SEC 규정에서는 은행이나 증권사의 최소자본요건(minimum capital requirement) 충족 여부를 판단함에 있어 개별 자산에 부여하는 위험가중치를 신용평가회사가 부여한 신용등급에 따라 구분하도록 하고 있는데, 신 BIS협약에서는 이를 외부신용평가기관(External Credit Assessment Institution: ECAI)이라 부른다.

75) 유가증권 공모발행 시의 사업투자설명서에 전문가의 의견을 포함시킬 때 대부분의 나라가 변호사와 신용평가회사는 책임의 주체에서 제외하고 있다. 그 이유는 변호사·신용평가회사는 금전적인 손해배상 이상으로 명성에 대한 손상을 심각하게 여기고, 일반 불법행위책임을 물을 수 있을 뿐만 아니라 미국내 입법과정에서 변호사단체의 로비가 크게 작용하였는데 이러한 입법례가 선례로 굳어졌기 때문이다. 미국에서도 증권신고서의 기재사항이나 첨부서류에 자기의 평가·분석·확인 의견이 기재되는 것에 대하여 동의하고 그 기재내용을 확인한 경우에는 책임을 지도록 하였다.

76) 신용평가회사들이 신용정보법 제29조(신용평가회사의 준수사항) 제8항 제4호에 따라 첨단금융상품의 특성에 적합한 신용평가기준을 도입하였으나, 국내 자본시장에서 이미 상당한 비중을 차지하고 있는 외국인투자자들이 새로운 신용등급체계를 신뢰할 수 없다는 이유로 기피하거나, 아니면 그 허점을 노리고 손해배상청구 소송을 해을 우려가 있다. 그 결과 해당 금융상품의 거래가 활발하지 못해 국내 투자자들이 피해를 볼 수 있으며, 손해배상 소송을 당한 국내 신용평가회사는 커다란 법률 리스크와 평판 리스크에 봉착할 수 있다. 박원일, "신용평가 논란", 28~29면.

공소를 제기하는 것⁷⁷⁾ 만큼이나 엄청난 후폭풍을 몰고 올 수 있다. 일반적으로 신용평가회사는 발행자와 일정한 긴장관계를 형성하고 있다. 발행자가 신용평가회사로부터 원하는 수준의 신용등급을 부여받지 못할 경우 신용평가회사에 대해 손해배상청구 소송의 위협을 가해올 수 있으며, 실제로 등급을 상향조정했을 때에는 발행자의 경쟁사로부터, 또 등급을 하향조정했을 때에는 투자자로부터 ‘트집’ 또는 ‘보복’성 소송을 당할 가능성이 많다.⁷⁸⁾

아예 새로운 모델이나 방법론을 가지고 신용평가업을 하려는 사람에게 문호를 개방하지는 주장이 있었으나, 유럽에서는 신용평가회사를 새로 설립하려는 시도가 무위로 끝났다.⁷⁹⁾ 신용평가에 적용한 가격과 구체적인 방법론, 신용평가의 과거실적을 공개함으로써 신용평가의 투명성이 제고하고자 하였으나 재단법인의 설립에 필요한 자본이 모이지 않았던 것이다. 신용평가업에 자유경쟁을 허용하는 방안은 발행자들이 적은 비용으로 마음에 드는 신용등급을 부여해줄 신용평가회사를 찾아다니는 ‘신용등급 쇼핑(rating shopping)’을 조장할 우려가 많다.

나아가 인터넷을 통하여 신용평가의 결과가 공시되거나 수요처에 제공되고 있는 현실을 감안할 때 공모 발행되는 유가증권에 대한 좁은 의미의 ‘신

77) 이를 공정거래위원회의 ‘전속(專屬)고발제’라 하는데, 공정위가 독자적으로 판단하여 신용평가회사를 고발하고 검찰이 해당 신용평가회사와 그 대표에 대해 공소를 제기하는 경우 가 공할 사태가 벌어질 수 있다. 2012년 7월 공정위가 증권회사와 은행들의 CD금리 담합 혐의에 대한 조사를 진행한 것만으로도 시장에 엄청난 파장을 몰고 왔다. 금융소비자단체가 CD금리 연동 대출로 피해를 본 은행 고객들로부터 공동소송 제소신청을 받는가 하면, CD금리를 기초로 한 4,500조원에 달하는 파생상품시장이 큰 타격을 입고 한국 파생상품을 청산하려는 거래가 속출하였다. 심지어는 국제법률분쟁이 발생할 가능성도 예견되었다. 연합뉴스, 2012.7.19. 신용평가회사가 내부통제규정을 위반하여 과태료 처분을 받는 경우도 마찬가지이다. 정부가 신용평가회사의 위법성을 확인해 주는 셈이 되어 그로 인해 피해를 입었다고 주장하는 이해관계인들이 거액의 손해배상청구 소송을 잇달아 제기할 공산이 크다. 이는 신용정보업의 건전한 육성을 도모한다는 법개정 취지와는 달리 신용정보업을 위축시키는 결과를 초래할 수 있다. 상계논문, 29면.

78) 상계논문, 29면.

79) 독일의 대표적 컨설팅회사인 스트래티지 컨설턴츠를 경영해 온 롤란트 베르거 명예회장은 2012년 상반기 중 유럽에 비영리 목적의 신용평가사 설립을 추진키로 하고 유럽 정부들과 기업에 자본참여를 요청하였으나 출자자구성에 실패하고 말았다. 머니투데이 2012.1.23. 및 언론보도.

용평가와 특정 기업에 대한 신용등급의 사정('신용조회'에 해당하는 넓은 의미의 신용평가)⁸⁰⁾을 통합하여 운영하지는 논의도 있다. 신용조회는 대상기업에 관한 데이터를 수집·처리하여 그 기업의 신용도, 신용거래능력을 일정한 기호체계로 표시하는 것이므로, 물론 방법론이나 처리절차는 다르다 해도, 신용평가를 통해 제공하고자 하는 원리금상환 가능성이나 신용도를 나타내는 기호 등급과 큰 차이가 없기 때문이다. 또한 평가방법론을 어느 정도 표준화한다면 일원적인 규제감독이 가능해질 것이다. 그러나 신용정보법에서 이들 업무를 구분하여 규정하였을 뿐만 아니라 대상이나 목적, 수요자가 각기 다르므로 동일시할 수 없다는 견해가 일반적이다.

주제어 : 전문가책임, 정보제공자, 주의의무, 손해배상, 신용평가
회사, 글로벌 금융위기, 면책선언

접 수 일 : 2012년 7월 31일

수 정 일 : 2012년 8월 20일

게재확정일 : 2012년 8월 22일

80) 각주 3) 참조.

〈참고문헌〉

- 김영규, “전문가책임 법리와 의사의 책임”, 법학논총 제20집, 단국대학교 법학연구소, 1995.
- 김필규, “신용평가 관련 규제체계 개선의 내용과 시사점”, BFL 제45호, 서울대 금융법센터, 2011.1.
- 박 준, “서브프라임 대출관련 금융위기의 원인과 금융법의 새로운 방향 모색”, 국제거래법연구 제17집 제2호, 2008.12.31.
- 박형남, “감정평가 過誤에 대한 법적 책임 - 전문가책임의 관점에서”, 민사실무연구회, 2000.4.
- 박현일, “신용평가에 따른 손해배상청구의 법적 문제”, 경영법률 제14집 2호, 한국경영법률학회, 2004.3.
- _____, “건설팅 계약을 둘러싼 법률문제”, 국제거래법연구 제15집 2호, 2006.12.
- _____, “서브프라임 위기 이후 신용평가회사를 둘러싼 논란과 시사점”, 국제법무연구 제13권 1호, 2009.2.
- _____, “글로벌 금융위기로 대두된 신용평가회사 이해상충 문제의 해결방안”, 증권법연구 제12권 1호, 2011.
- _____, 「신용평가회사의 내부통제 규제현황 및 향후 입법정책과제」, 국회입법조사처 정책연구보고서, 2010.12.
- 소재선, “공인회계사의 민사책임”, 민사법학 제22호, 2002.
- 함석천, “새로운 매체의 발전과 법의 대응-미국 판례를 중심으로”, 법조 제589호, 2005.10.
- 한국기업평가(주), 「신용평가의 이해와 활용」, 새로운 제안社, 2009.
- Claire A. Hill, “Limits of Dodd-Frank’s Rating Agency Reform”, 31 *Banking & Financial Services Policy Report* 13 (2012).
- Davis Polk & Wardwell, “Summary of the Dodd-Frank Wall Street Reform”, July 21, 2010. <<http://www.davispolk.com/publications/>>
- Thomas M.J. Möllers, “Investor Protection in the System of Capital Markets Law: Legal Foundations and Outlook”, 36 N.C. J. Int’l L. & Com. Reg. 57.

European Commission, *Public Consultation on Credit Rating Agencies*, 5 November 2010.

International Financial Law Review, "SEC stops 'race to the bottom' on ratings," February 2009.

〈Abstract〉

Professional Liability in the Information Age

Park, Whon-Il

These days the so-called “information age experts” have hard times in on-line/off-line world. It’s because those experts who produce various information, or collect, distribute such data in the Cyberspace are often to blame since common people get to know in-depth information and are sensitive to such errors as committed by such experts.

Then who is an information age expert? Conventionally, professionals refer to medical doctors, dentists, accountants, appraisers, credit rating agencies and so on. Recently such experts as power bloggers, popular twitterians, regular Internet bulletin commentators belong to a new generation specialist group. Even though they don’t have qualified licenses, no one doubts their influence over the Internet users because the effect of their conducts is swift as light-speed, direct as specialists, and widespread as nationwide or worldwide.

This paper examines the existing theories and case law on professional liability in Korea as well as the in United States, and considers the appropriate and desirable level of professional conducts. Its major target centers on the credit rating agencies, which have been harshly criticized and heavily regulated since the global financial crises triggered by the defaulted subprime mortgage loans and structured products. And the quasi-professional liability of the above-mentioned bloggers, twitterians and on-line reviewers is examined as well.

As for the new generation of professionals, their specialty and reputation

have been accumulated by means of widespread and positive responses as denoted by page views and affirmative replies even though there is no certified public license. Such kind of license may be replaceable by the number of page views or on-line visitors. The example is the famous “Minerva case” in the year-end of 2008. In the midst of global financial crises, the influence of Minerva’s critical comments were so huge and unpredictable that the public prosecutors accused him of immeasurable damage to public interest, i.e., the stability of nation’s economy via the electrical communication facilities, or the Internet. Later he was acquitted in that his comments were a mere kind of speech to be protected by the Constitution, and the provision of the Framework Act on Electric Communications was declared unconstitutional by the Constitutional Court in December 2010.

Then what is the responsibility to be borne by these new generation experts? It might be, among others, technical measures for the prevention of further damage, take-down of the controversial content at issue, timely warning notices to users, etc. rather than tort liability for damages.

The U.S. case law illustrates how a professional can be free of above-mentioned professional liability. Also there are some leeway. A professional is generally responsible for his misconduct only when he turned out to have willful intent or gross negligence. His disclaimer is regarded as effective in most cases. The amount of damages is limited to the professional fee or reward received by him, or otherwise compensated by the professional liability insurance (PLI).

So a professional including a credit rating agency may claim that he is not responsible for his misconduct, if any, by proving the followings:

First, his conduct has been subject to general (due diligence) principle and reasonable work process.

Second, he has taken every effort to do his work in a proper manner, and

had no actual malice against the public concern at issue.

Third, he tried to bespeak caution in detail to his clients when he gave them any disclaimer or warning notice in relation to his conduct of work.

Fourth, he tried to persuade his clients not to wholly rely on the result of his work but to other trustworthy sources.

After the subprime mortgage debacle, a number of countries including Korea took regulatory measures against credit rating agencies: a new set of code of conduct, internal control procedures, reinforced duty of due care, disclosure of credit rating methodologies, hopeful establishment of a fairly and neutrally positioned credit rating company, and so on. Also it should be noted that the credit rating industry is in need of promotional and supportive policy measures if credit rating agencies are proved to be indispensable in the capital markets right after the global financial crises.

Key Words : professional liability, information provider, duty of care, damages, credit rating agency (CRA), global financial crisis, disclaimer