

### III. 국내 금융상품의 정의 및 분류 현황

#### 1. 감독제도 및 법률체계

국내의 금융상품과 관련된 규제는 전업주의를 기초로 한 경영금지의 원칙에 따라 금융업별로 별도의 법률에서 본업을 우선적으로 열거하고 예외적으로 허용하고 있는 부수업무에 대해서도 열거하는 열거주의 방식(positive system)을 취하여 왔었다. 보험업법은 보험상품<sup>11)</sup>을, 은행법에서는 은행상품을, 증권업관련 법률은 증권을 규제하는 체계로 규제대상 금융상품에 대한 중첩성은 없었다. 보험회사, 은행 및 증권회사들은 개별법률에서 열거하는 규제대상 금융상품만 취급할 수 있었고, 법률에서 열거하지 않은 신종 금융상품은 규제대상에 추가하거나 추가로 허가 또는 인가를 받아야 하는 체계였다<sup>12)</sup>.

그러나 2007년 8월 제정된 자본시장통합법은 열거주의 방식에 의한 금융상품 규제체계를 포괄주의 방식으로 전환하였다. 포괄주의로 전환하는 배경으로 기존 열거주의 규제체계에 대한 문제점을 제시하고 있다<sup>13)</sup>. 첫째, 열거주의는 신종 금융투자상품을 설계하거나 취급(판매, 중개)하는 데 제약요인으로 작용하여 금융혁신을 어렵게 하고, 둘째, 법령에 유가증권 또는 파생상품으로 열거되지 아니한 금융상품에 대해서는 규제 법령이 없어 투자자 보호가 곤란하며, 셋째, 신종 금융투자상품에 대하여 투자자 보호 등을 위한 규제를 하기 위해서는 법령의 개정을 통하여 유가증권 또는 파생상품으로 추가로 열거해야 하는 데, 새로운 금융상품이 출현할 때마다 일일이 법령을 개정하기는 어려운 측면이 있다고 하였다.

---

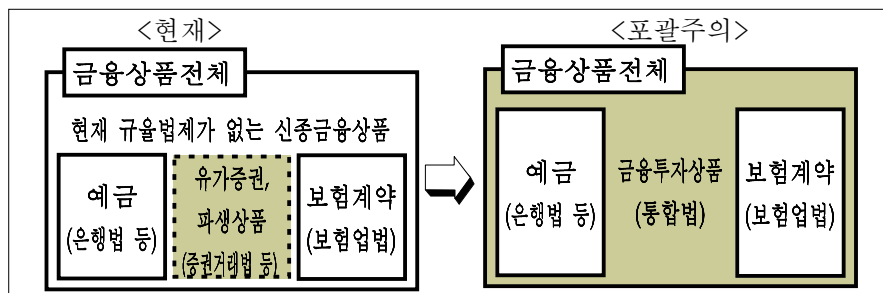
11) 보험업법에서 명시적으로 '보험상품'을 규제대상으로 하고 있지는 않지만 허가대상 보험종목을 열거하고 있어 해당보험종목의 보험상품으로 본다.

12) 보험에서 권원보험의 취급에 대하여 별도의 신규허가를 받아 영위토록 한 바 있으며, 파생상품에서도 기초자산으로 열거되지 않은 날씨파생상품 등은 규제대상법률이 없어 취급할 수 없었다.

13) 국회 재정위원회, 『자본시장과 금융투자업에 관한 법률안 검토보고』, 2007. 2., pp. 24~25.

열거주의 방식에서 포괄주의 규제체계로 전환은 동일기능 동일규제를 통한 규제차익의 차단을 위해서도 필요하다. 금융투자상품을 포괄적으로 정의하여 개념적 정의에 해당하는 모든 금융투자상품을 규제대상으로 함으로써 규제공백을 제거한 후 동일기능의 금융상품은 동일규제를 받도록 하는 것이다. 현행 기관별 규율체제를, ‘경제적 실질이 동일한 금융기능’을 ‘동일하게 규율’하는 동일기능 동일규제의 기능별 규율체제(functional regulation)로 전환하여 금융상품의 규제차익 기회를 차단하는 효과도 있다고 한다<sup>14)</sup>.

<그림 III-1> 자본시장통합법 제정 전·후 금융상품의 범위



자료 : 『자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제정안』 설명자료, 재경부, 2006.6.30

자본시장통합법은 규제대상인 금융투자상품의 범위를 포괄적으로 규정, 기존의 개별법 체계에서의 규제대상의 범위와 비교할 때 차이점은 2가지로 요약된다.

첫째, 금융투자상품은 포괄적으로 정의하고 있는 데 반해 보험 및 예금을 열거주의로 정의하는 체제가 유지되고 있어 향후 출현하는 신종금융상품의 분류에서 금융투자상품이 유리한 위치를 점하는 결과를 초래할 수 있다. 전통적 보험 및 은행상품의 적용배제를 위하여 금융투자상품의 요소인 투자성을 판단하는 기준을 취득금액(원본)이 회수금액을 초과할 가능성으로 규정하고 있으며, 취득금액에서 “판매수수료 등 대통령령이 정하는 금액”을 제외하

14) 재정경제부, 『자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제정안 설명자료』, 2006.6.30일, p.20.

고, 회수금액에 “해지수수료 등 대통령령이 정하는 금액”을 포함하도록 규정하고는 있다. 그럼에도 현재 열거되지 않은 투자성이 있는 보험 및 은행상품 또는 신종복합상품(hybrid products) 등 다양한 구조와 내용을 가진 상품이 일단은 금융투자상품으로 분류해야 추가적인 해당법률의 개정이 없어도 규제가 가능하다는 것이다.

둘째, 현재의 투자성이 있는 보험 및 은행상품도 금융투자상품으로 규제한다는 것이다. 물론 투자성이 있는 보험 및 은행상품을 금융투자상품으로 규제하더라도 적용규제는 소비자보호를 위한 것으로 제한적<sup>15)</sup>이라고 하지만 이런 사례를 현재로서는 선진국에서 찾아보기 어려운 규제체계이다. 부분통합 금융법체계라 할 수 있는 일본, 싱가포르, 홍콩 등에서는 보험 및 은행상품을 규제대상에서 배제하고 있으며, 일본의 경우 투자성이 강한 보험상품 등에 대해서는 해당법률에서 소비자보호에 필요한 금융상품거래법상의 필요규제 일부를 준용<sup>16)</sup>하는 방안을 택하고 있다.

현행 우리나라 금융상품의 규제체계를 요약해 보면 보험, 은행 및 금융투자상품 등을 포괄하는 금융상품에 대한 정의가 없는 상태에서 보험업법과 은행법에서 열거주의로 규정하는 보험 및 은행상품이 있고 새로 제정된 자본시장통합법에서 포괄적으로 정의하는 금융투자상품이 있다. 금융상품 규제대상인 해당금융상품을 정의하는 방식이 다르고, 금융상품의 분류기준이 달라 개별규제법의 규제대상 금융상품간 중첩성이 발생할 수 있는 체계이다.

그러나 보험과 은행상품을 열거주의로 규정한다는 의미는 전업주의에 의한 고유업무에 해당하는 보험종목 또는 은행상품을 열거하고, 본체경영 및 부수업무의 범위도 원칙적 금지와 예외적 허용이라는 열거주의 방식(positive system)의 규제를 택하고 있음을 의미한다.

보험업의 고유업무를 생명보험, 손해보험 및 제3보험으로 구분하고 취급

- 
- 15) 보험 및 은행상품 판매과정상 소비자보호 등을 위하여 신의성실의무, 적합성의무, 설명의무, 설명의무 위반에 따른 손해배상책임, 원하지 않은 재권유 등 부당권유금지(불초청권유 금지는 적용배제), 투자권유준칙 제정의무, 투자권유대행인제도, 직무관련 미공개정보 이용금지, 이익보장 및 손실보전 금지, 투자광고 등만 적용한다.
- 16) 보험업법 제300조의2를 신설하여 금융상품거래법의 판매·권유규제의 일부를 준용하고 있다.

가능 보험종목을 열거하고 있으며, 은행업의 범위를 규정하면서 예금과 유가증권 등 채무증서의 발행만 언급하고 있을 뿐이다. 따라서 보험 및 은행상품에 대한 명시적인 규정이 없기 때문에 보험 및 은행상품 현황에서는 해당상품의 정의에 영향을 줄 수 있는 해당법 및 관련법률과 그 하부규정과 실제 적용에 대한 법원의 판례 등을 대상으로 향후 보험 및 은행상품의 개념적 정의에 포함될 사항을 전반적으로 조사·분석한 후 개선방안을 도출하고자 한다.

## 2. 보험상품과 보험업

### 가. 보험상품의 정의

보험업법의 규제대상으로 하는 보험상품에 대한 개념적 정의는 없다. 다만, 상거래를 규율하는 상법에서 보험계약에 대한 정의를 하고 있다. 보험계약은 “당사자 일방이 약정한 보험료를 지급하고 상대방이 재산 또는 생명이나 신체에 관하여 불확정한 사고가 생길 경우에 일정한 보험금액, 기타의 급여를 지급할 것을 약정하는 것”으로 정의하고 있다<sup>17)</sup>.

상법 제638조의 보험계약 규정은 보험계약에 대한 통일적인 규정으로 손해보험과 인보험을 포괄하는 것이라 볼 수 있다.

손해보험과 인보험 모두 ‘불확정한 사고의 발생’을 보험급여 지급의 조건으로 하는 점에서는 동일하지만 보험사고의 대상과 보험급여의 지급방법은 다른 규정에서 구분하고 있다. 보험사고의 대상을 기준으로 구분할 때 손해보험의 불확정한 사고는 ‘재산’에 대하여 발생하고, 인보험의 불확정한 사고는 ‘생명이나 신체’에 대하여 발생한다. 보험급여의 지급방법에 대해서는 ‘일정한 보험금액’과 현물급여 및 치료 등 서비스 급여와 같은 현금이외의 급여를 말하는 ‘기타의 급여’가 가능하나, 상법 제665조와 제730조에서는 ‘기타의 급여’를 손해보험과 생명보험에는 허용하지 않고 있다. 다만, 상법 제737조에서 인보험의 상해보험에 한하여 ‘기타의 급여’를 허용하고 있다.

상법 제665조에서는 손해보험에 대해서 ‘우연한 사고로 인하여 발생하는

---

17) 상법 제638조

재산상의 손해를 피보험자에게 보상할 것을 목적으로 하는 보험'으로 정의함으로써 손해보상을 목적으로 하는 보험임을 규정하고 있으며, 화재보험, 운송보험, 해상보험, 책임보험, 자동차보험 등으로 나누어 규정하고 있다.

<표 III-1> 상법상 보험계약의 정의 및 구분

	구분
정 의	○ 보험계약(제638조) 보험계약은 당사자 일방이 약정한 보험료를 지급하고 상대방이 재산 또는 생명이나 신체에 관하여 불확정한 사고가 생길 경우에 일정한 보험금액 기타의 급여를 지급할 것을 약정함으로써 효력이 생긴다
	○ 손해보험자의 책임(제665조) 손해보험계약의 보험자는 보험사고로 인하여 생길 피보험자의 재산상의 손해를 보상할 책임이 있다.
	○ 인보험자의 책임(제727조) 인보험계약의 보험자는 생명 또는 신체에 관하여 보험사고가 생길 경우에 보험계약의 정하는 바에 따라 보험금액 기타의 급여를 할 책임이 생긴다.
	○ 생명보험자의 책임(제730조) 생명보험계약의 보험자는 피보험자의 생명에 관하여 보험사고가 생길 경우에 약정한 보험금액을 지급할 책임이 생긴다.
	○ 상해보험자의 책임(제737조) 상해보험계약의 보험자는 신체의 상해에 관하여 보험사고가 생길 경우에 보험금액 기타의 급여를 할 책임이 생긴다.
	○ 연금보험(제735조의2) 생명보험계약의 보험자는 피보험자의 생명에 관한 보험사고가 생긴 때에 약정에 따라 보험금액을 연금으로 분할하여 지급할 수 있다.
구 분	○ 손해보험: 화재보험, 운송보험, 해상보험, 책임보험, 자동차보험 등
	○ 인보험: 생명보험(연금보험 포함)과 상해보험

인보험은 생명보험과 상해보험으로 구분하고 생명보험에는 연금을 포함하는 것으로 규정하고 있다.

위에서 살펴본 대로 보험법의 범위를 보험계약법(상법의 보험편 및 해상편)을 포함한다고 볼 때, 보험상품에 대한 포괄적 정의가 없는 것은 아니라고

할 수는 없다. 그러나 보험업의 규제법인 보험업법에서 규제대상을 정하지 않고 있으므로 보험업법의 규제대상을 정하기 위한 목적의 ‘보험상품의 정의’를 보험업법에 신설하고, 규제대상에 대한 개념을 명확히 제시할 필요가 있다.

보험업법에서는 상법에서 생명보험에 포함하고 있는 연금 중 다른 법률에서 허용하는 일부 특별형태의 연금에 대해서는 손해보험회사 뿐 아니라 은행, 투자신탁회사 등 다른 금융회사도 취급할 수 있는 금융상품으로 분류하고 있고 자본시장통합법은 생명보험 중 투자성이 있는 변액보험을 금융투자 상품으로 분류하려 하고 있다. 금융업에 대한 규제법률에서 규제대상을 구분하기 위한 해당법률의 규제대상 금융상품을 명확히 하는 것이 필요한 시점이다.

법체계의 문제점도 존재한다. 자본시장통합법의 국회 재정경제위원회 법안 검토보고서<sup>18)</sup>에서 언급했듯이 금융투자업자에 대하여만 취급가능한 상품의 포괄적 정의, 업무범위 확대, 기능별 규제체계로의 개편 등을 도모하고 있는 바, 보험회사 및 은행이 공정한 제도적 기반 위에서 각 금융권역별 특성에 부합하는 경쟁을 할 수 있도록 보험회사와 은행의 업무범위 및 규제체계 등에 관해서도 조속한 정비가 필요하다.

법률체계의 일관성을 위하여 보험상품의 포괄적 정의가 필요하다고 하나, 보험상품의 범위중 어디까지를 포괄적 정의에 포함하여야 하는가도 문제이다. 보험의 개념에 대한 이론이 완전히 확립되지 않은 상태에서 현실적으로 보험에 대한 다양한 시각이 존재하고 있다. 또한, 보험회사가 취급할 수 있는 보험상품의 범위도 전통적 기능과는 많은 차이가 있을 뿐 아니라, 금융시장의 발달로 신종복합상품이 출현함에 따라 기존의 상품분류체계로는 한계를 드러내기도 한다. 무엇보다도 보험규제법에서의 규제대상을 정하는 목적으로 보험상품의 범위를 정함에 있어서는 보험회사가 실제 취급하고 있는 보험상품을 포괄할 수 있도록 정의하여야 할 것이다. 즉, 보험회사의 보험상품 취급 현상을 충분히 반영할 수 있는 정의가 필요하다고 하겠다.

18) 국회 재정경제위원회, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제정안 검토보고」, 2007. 2. p.25.

나. 보험업무의 범위

보험업 제2조에서는 보험상품을 정의하지는 않지만 보험업을 정의하고 있다. 보험업이란 ‘사람의 생사에 관하여 약정한 급여의 제공을 약속하거나 우연한 사고로 인하여 발생하는 손해의 보상을 약속하고 금전을 수수하는 것 등을 업으로 행하는 것으로 생명보험, 손해보험, 제3보험업을 말한다’고 규정하고 있다<sup>19)</sup>. 생명보험업이라 함은 ‘사람의 생존 또는 사망에 관하여 약정한 급여의 제공을 약속하고 금전을 수수하는 것을 업으로 행하는 것’을 말하는 것으로 세부 생명보험업 허가대상을 생명보험과 연금보험 등으로 구분하고 있다. 손해보험업이라 함은 ‘우연한 사고(제4호의 규정에 의한 질병·상해 및 간병을 제외한다)로 인하여 발생하는 손해의 보상을 약속하고 금전을 수수하는 것(매매·고용·도급 그 밖의 계약에 의한 채무 또는 법령에 의한 의무의 이행에 관하여 발생할 채권자 그 밖의 권리자의 손해를 보상할 것을 채무자 그 밖의 의무자에게 약속하고, 채무자 그 밖의 의무자로부터 그 보수를 수수하는 것을 포함한다)을 업으로 행하는 것’을 말하며, 화재보험, 해상보험, 자동차보험, 보증보험, 재보험, 책임보험, 기술보험 및 부동산 권리보험 등으로 구분하고 있다. 제3보험업은 생명보험회사와 손해보험회사가 모두 영위할 수 있는 공통영역의 보험업으로 ‘사람의 질병·상해 또는 이로 인한 간병에 관하여 약정한 급여를 제공하거나 손해의 보상을 약속하고 금전을 수수하는 것을 업으로 행하는 것’을 말하며, 상해, 질병, 간병보험으로 구분하고 있다.

---

19) 보험업법 제2조

<표 III-2> 보험업법상 보험업의 정의 및 구분

	주요 내용
정의	보험업법 제2조 (정의) 1. '보험업'이라 함은 사람의 생사에 관하여 약정한 급여의 제공을 약속하거나 우연한 사고로 인하여 발생하는 손해의 보상을 약속하고 금전을 수수하는 것 등을 업으로 행하는 것으로 생명보험업·손해보험업 및 제3보험업을 말한다.
구분	○ 생명보험: 사람의 생존·사망에 관해 약정한 급여의 제공 ○ 손해보험: 우연한 사고로 인해 발생하는 손해의 보상 ○ 제3보험: 사람의 질병·상해 또는 이로 인한 간병에 관해 약정한 급여를 제공하거나 손해보상

보험업법을 근거로 하여 보험회사가 영위할 수 있는 업무의 범위를 규정할 수 있으며 이러한 보험업 업무의 범위는 고유업무와 경영 및 부수업무로 구분하여 규정할 수 있다. 보험업법상 고유업무의 범위는 보험업의 정의와 허가대상 보험종목의 구분을 통하여 확정할 수는 있다<sup>20)</sup>. 보험회사가 보험계약을 체결하고 이행해야 할 대상은 생명보험, 손해보험, 제3보험으로 구분할 수 있고 해당보험업에 속하는 보험종목들을 열거하고 있다.

보험업법에서는 고유업무 이외의 다른 업무의 경영을 원칙적으로 금지하고, 제한적으로 열거된 업무에 한하여 경영 또는 부수업무로 허용하고 있다<sup>21)</sup>.

보험회사가 영위할 수 있는 타 금융업무에는 ① 자산유동화에 관한 법률에 의한 유동화자산의 관리업무(당해 보험회사 보유자산의 관리업무에 한함), ② 주택저당채권유동화회사법에 의한 유동화자산의 관리업무(당해 보험회사 보유자산의 관리업무에 한함), ③ 신탁업법에 의한 신탁회사가 영위하는 업무가 있다. 보험회사가 영위할 수 있는 부수업무의 범위에는 법과 시행령에 명시적으로 규정되어 있는 업무와 규정되지 않은 업무로 나누어 볼 수 있다. ① 보험업과 관련된 업무 또는 ② 보험회사의 인적·물적 자원을 이용하여 영위할 수 있는 업무, ③ 그 밖에 다른 법령에 의하여 허가·인가·승인 또는 등록

20) 보험업법 제2조 제1호 내지 제4호와 보험업법 제4조, 보험업법시행령 제8조 및 보험업법시행규칙 제3조

21) 보험업법 제11조 및 동법 시행령 제16조



등을 필요로 하지 아니하는 업무 등이 있다.

보험업과 관련된 부수업무에는 보험계리, 보험사고 및 보험계약의 조사, 보험에 관한 연수·간행물·도서출판업무, 보험업과 관련된 전산시스템 또는 소프트웨어 등의 대여 및 판매 업무, 보험관련 인터넷 정보서비스 제공업무, 자동차운행과 관련된 교육, 컨설팅 그 밖의 부가서비스 업무, 재공제 업무 등이 포함되어 있다<sup>22)</sup>.

보험회사가 소유하는 인력·자산 또는 설비 등을 활용하는 업무로서 대통령령이 정하는 부수업무에는 기업의 인수 및 합병의 중개·주선 또는 대리업무, 대여금고 업무, 수입인지·복권·상품권 등의 판매대행 업무, 기업 등 보험계약자에 대한 컨설팅 및 위험관리 업무, 금융·경제관련 조사 및 연구업무, 금융기관의업무위탁에관한규정에 의하여 다른 금융기관이 인가 등을 받은 업무의 수행방법 또는 절차상 본질적 요소가 아니면서 중대한 의사결정을 요하지 않는다고 판단하여 위탁한 업무, 기업의 후생복지에 관한 컨설팅 및 사무처리 대행업무, 보험회사 설비 등을 활용한 광고대행 업무 등이 있다<sup>23)</sup>.

---

22) 공제업무는 영위하는 보험종목과 관련된 재공제 업무에 한함.

23) 보험업법 제11조 및 동법 시행령 제16조

<표 III-3> 보험업의 업무범위 현황

구 분	주요 내용	관련 조항
고유업무	- 보험계약의 체결과 이행	보험업법 제2조
경영업무	- 자산유동화에관한법률 및 주택저당채권유동화회사법에 의한 유동화자산의 관리업무(당해 보험회사 보유자산의 관리업무에 한함) - 신탁업법에 의한 신탁회사가 영위하는 업무	보험업법 11조 및 보험업법시행령 제16조
부수업무	- 보험업 관련 업무 다른 보험회사를 위한 보험거래의 대리 또는 중개, 보험수리, 보험사고 및 계약 조사, 보험에 관한 연수·간행물·도서출판, 보험업 관련 전산시스템등의 대여 및 판매, 보험관련 인터넷 정보서비스 제공, 자동차관련 교육·상담·부가서비스, 재공제업무 등 - 보험회사 소유 인력·자산·설비등 활용업무 기업의 인수·합병의 중개·주선 또는 대리, 대여금고, 수입인지·복권·상품권 등의 판매대행업무, 기업 등 보험계약자에 대한 컨설팅 및 위험관리 업무, 금융·경제관련 조사 및 연구업무, 금융기관의업무위탁에관한규정에 의하여 다른 금융기관이 인가 등을 받은 업무의 수행방법 또는 절차상 본질적 요소가 아니면서 중대한 의사결정을 요하지 않는다고 판단하여 위탁한 업무, 기업의 후생복지에 관한 컨설팅 및 사무처리 대행업무, 보험회사 설비 등을 활용한 광고대행 업무 등	보험업법 11조 및 보험업법시행령 제16조

또한, 현실적으로 법률에 근거를 두고 취급하고 있는 보험계약 체결과 관련된 보험모집(대리 및 중개업무)업무와 보험회사의 자산운용업무는 특정보험종목이나 계약으로 구분할 필요는 없으나, 보험회사의 계약체결과 이행을 위한 업무이므로 고유업무로 구분하는 것이 타당할 것이다<sup>24)</sup>. 그러나 고유업무라고 해서 보험상품이 되는 것은 아니다. 그런 의미에서 보험상품은 출구가 아닌 입구에서의 보험회사가 판매하고 보험료 수입을 획득하는 수단으로 볼 수 있다.

그럼에도 보험업무에 관한 규정은 보험상품 정의의 한계를 보완할 수 있는

24) 보험업법 제83조, 제106조1항 및 동법 시행령 제2조

방법으로서도 유용하다. 일본 보험업법처럼 보험업의 정의만으로는 파생상품의 방법으로 보험상품처럼 운영하는 경우를 포함하지 못하는 한계가 있는 문제에 대하여 보험회사 부수업무로 파생상품의 취급을 허용함으로써 보험회사가 파생상품을 이용하여 실질적인 보험상품을 운영할 수 있도록 허용한 것은 참고할 만하다.

### 3. 은행상품과 은행업

#### 가. 은행상품의 정의

은행상품에 대한 명시적이고 포괄적 정의를 은행법에서도 두고 있지는 않다. 다만, 은행업의 정의를 통해 은행의 취급상품의 범위를 추론하는 것은 가능하다. “은행업이라 함은 예금의 수입, 유가증권, 기타 채무증서의 발행에 의하여 불특정다수인으로부터 채무를 부담함으로써 조달한 자금을 대출하는 것을 업으로 행하는 것을 말한다”<sup>25)</sup>고 규정하고 있다.

그러나 예금 및 채무증권의 발행과 대출에 대한 명시적 정의가 없기 때문에 예금등의 수신업무와 대출에 대한 개념을 확인하는 방법으로는 은행업무에 수반되는 은행상품의 범위를 통해 추정할 수 있다.

#### 1) 예금등

은행법에서는 예금 등에 대한 개념적 정의가 존재하지 않으며 일반적으로 인식되고 있는 금융기관의 업무로 열거하고 있다. 은행수신의 수단으로 열거되는 예금의 수입, 유가증권 기타 채무증서의 발행 중 유가증권등의 발행은 금융채등의 발행을 통한 일반적 자금조달을 규정한 것으로 볼 때, 은행법상으로는 예금만이 은행의 수신상품이라 할 수 있다. 다만, 은행법시행령 제18조의2에서는 예금의 수입을 예금·적금의 수입으로 확장하고 있어 은행의 수신상품은 예·적금으로 볼 수 있다.

#### 2) 대출등

---

25) 은행법 제2조 제1항 제1호

은행법상 은행업 정의에서는 여신을 ‘대출’로만 규정하고 명시적으로 개념적 정의는 하지 않고 있다. 다만, 은행법상 규정하는 ‘신용공여’도 여신기능으로 해석할 수 있다. 따라서 은행의 여신은 대출을 포함하는 신용공여로 볼 수 있다. 신용공여의 범위<sup>26)</sup>는 ① 대출, ② 지급보증, ③ 지급보증에 따른 대지급금의 지급, ④ 어음 및 채권의 매입, ⑤ 기타 거래상대방의 지급불능시 이로 인하여 금융기관에 손실을 초래할 수 있는 거래, ⑥ 금융기관이 직접적으로 제1호 내지 제5호에 해당하는 거래를 한 것은 아니나 실질적으로 그에 해당하는 결과를 가져올 수 있는 거래 등으로 수입자금의 실질적인 자산운용 수단을 열거하고 있다.

#### 나. 은행업의 업무범위

은행의 업무범위<sup>27)</sup>는 “이 법과 기타 관계법률의 범위 안에서 은행업에 관한 모든 업무를 영위할 수 있다”고 규정하고 있고 그에 해당하는 업무로는 ① 예금·적금의 수입 또는 유가증권 기타 채무증서의 발행, ② 자금의 대출 또는 어음의 할인, ③ 내·외국환 ④ 제1호 내지 제3호의 업무에 부수되는 업무로서 재정경제부 장관이 정하여 고시하는 업무 등을 열거하고 있다. 은행업의 부수업무로는 다음과 같다.

은행의 경영업무는 은행업자가 아닌 업무로 은행이 본체(in-house)를 경영하는 것이 허용되는 업무로서 금융위원회의 별도 인가를 거쳐야 한다. 신탁업법에 의한 신탁업무, 여신전문금융업법에 의한 신용카드업무, 기타 재정경제부 장관이 정하는 업무 등을 경영업무로 은행법시행령 제18조의3에서 열거하고 있다.

26) 은행법시행령 제1조의2.

27) 은행법 제27조 및 동법시행령 제18조의2.

<표 III-4> 은행업의 업무범위 현황

구 분	주요 내용	관련 조항
고유업무	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 예적금의 수입 또는 기타 채무증서의 발행</li> <li>- 대출 또는 어음의 할인</li> <li>- 내·외국환</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 은행법 제27조 및 동법시행령 제18조의2</li> </ul>
부수업무	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 채무의 보증 또는 어음인수</li> <li>- 상호부금</li> <li>- 유가증권 투자 및 대여·매출 (매출대상 유가증권은 상업어음 및 무역어음에 한함)</li> <li>- 증권거래법에서 정하는 증권업무중 유가증권의 인수·매출, 유가증권의 모집 또는 매출의 주선, 국공채 및 회사채의 매매</li> <li>- 환매조건부 채권매매</li> <li>- 국공채 창구매매</li> <li>- 팩토링</li> <li>- 보호예수</li> <li>- 수납 및 지급대행</li> <li>- 지방자치단체 금고 대행</li> <li>- 기업합병 및 매수(M&amp;A)의 중개·주선 또는 대리</li> <li>- 지급형주화의 수탁판매, 금지금의 판매대행, 금지금의 매매·대여·금 적립계좌등 관련 금융상품의 개발 및 판매</li> <li>- 신용정보 서비스, 기업의 경영·구조조정 및 금융에 대한 상담 및 조력</li> <li>- 부동산 임대</li> <li>- 수입인지, 복권, 상품권 등의 판매대행 및 금융기관 인터넷 홈페이지등 전산시스템을 활용한 광고대행</li> <li>- 파생금융상품거래</li> <li>- 전자상거래와 관련한 지급대행, 전자세금계산서 교부대행 및 인증 등 관련서비스</li> <li>- 은행업과 관련된 전산시스템 및 소프트웨어의 판매·대여</li> <li>- 보험업법에 의한 보험대리점 업무</li> <li>- 수익증권 등 금융상품 판매대행</li> <li>- 전자화폐등 선불·직불 전자지급수단의 발행·판매 및 대금의 결제</li> <li>- 간접투자기구와 관련된 일반 사무의 수탁</li> <li>- 증권거래법에 의한 유가증권 명의개서 대행</li> <li>- 유동화 전문회사 등의 유동화자산의 관리 및 채권추심 업무의 수탁</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 은행법 27조</li> <li>- 동법시행령 18조의2</li> <li>- 재정경제부고시 제2003-13호</li> </ul>
경영업무	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 신탁업법에 의한 신탁업무</li> <li>- 여신전문금융업법에 의한 신용카드업무</li> <li>- 기타 재정경제부장관이 정하는 업무</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 은행법 제28조</li> <li>- 동법시행령 제18조의3</li> </ul>

위에서 살펴본 바와 같이 은행이 취급하는 대표적인 업무 중 여신업무를 제외한 예·적금의 수입등 수신업무를 기준으로 하는 은행상품에 대한 경제적 기능에 대한 개념적 정의가 없어 보험의 경우와 마찬가지로 명시적인 은행상품의 정의 등을 신설하는 은행법의 보완적 개정이 필요한 실정이다.

전통적 예금상품은 대부분이 원본이 보장되므로 투자성이 없어 금융투자상품과의 중첩성 우려는 적다고 할 수 있다. 그러나 은행이 취급하는 업무를 중심으로 볼 때에는 타금융권과의 경쟁심화와 더불어 금융상품 및 업무의 중첩성 문제가 예상되고 있다.

특히 수신업무를 중심으로 한 타금융권과의 경쟁 심화는 은행권의 경영성과에 미치는 영향이 상당히 클 것으로 예상되므로 고수익·고위험의 수신상품 개발이 예상된다. 또한, 금융규제 완화 및 겸업화 추세 속에서 타금융권과의 상품 및 업무영역의 파괴가 확대될 것이므로 투자성이 높은 은행상품도 출현할 가능성이 점차 높아지고 있다. 특히, 경영업무인 신탁업무의 일종이기는 하나 자산운용수익을 경쟁이 가능한 퇴직연금의 확정기여형(DC형:defined contribution)은 이미 취급할 수 있고 부수업무로는 일부 파생상품도 취급할 수 있다.

따라서 금융업에 대한 법규제의 형평성과 합리적인 법규 적용이 달성될 수 있도록 금융상품의 정의와 업무범위의 규정 및 해석에 올바른 근거를 제시할 수 있도록 은행업의 관련법령 정비의 필요성은 존재한다.

#### 4. 금융투자상품과 금융투자업

##### 가. 금융투자상품의 정의

자본시장통합법에서 금융투자회사가 취급하는 금융투자상품 및 업무의 범위를 정하는 방법은 3단계로 나누어 볼 수 있다.

우선 금융투자상품을 포괄적으로 정의하여 개념적으로 금융투자상품이 어떤 상품인지를 판단하는 기준을 제공하고 그 포괄적 정의에 해당하는 금융투자상품을 열거함으로써 규제대상을 명확히 하고 있다. 이런 방식은 경제적 기능에 근거한 추상적 개념을 상품개념으로 제시함과 동시에 구체적 대상을

열거함으로써 법적 불확실성을 제거할 수 있는 장점이 있다.

금융투자상품의 대상범위를 정한 후 금융투자회사가 금융투자상품을 취급하는 방법 또는 취급할 수 있는 금융투자상품의 범위를 세분하는 방식으로 금융투자업을 분류할 수 있을 것이다. 자본시장통합법에서는 금융투자업을 전자의 방식으로 금융투자상품을 매매, 중개, 자문 및 일임운용하는 투자매매업, 투자중개업, 투자자문업, 투자일임업 등으로 구분하고, 집합투자 및 신탁을 영업으로 하는 집합투자업과 신탁업으로 구분하여 인·허가대상 업종에 따른 취급금융상품 또는 업무의 범위를 정하고 있다.

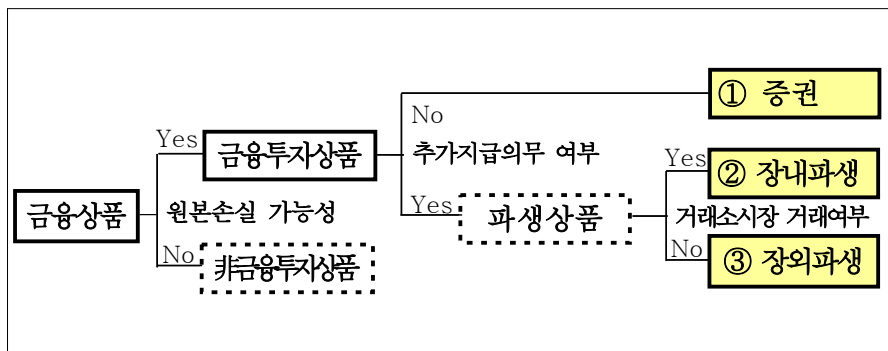
자본시장통합법은 금융투자상품을 추상적 개념으로 포괄적으로 정의함으로써 금융투자상품 전체에 대한 포괄주의 규제체계를 달성하고자 하고 있다. 금융투자상품이란 ‘이익을 얻거나 손실을 회피할 목적으로 현재 또는 장래의 특정 시점에 금전, 그 밖의 재산적 가치가 있는 것(“금전등”이라 한다)을 지급하기로 약정함으로써 취득하는 권리로써, 그 권리를 취득하기 위하여 지급하였거나 지급하여야 할 금전등의 총액(판매수수료 등 대통령령으로 정하는 금액을 제외한다)이 그 권리로부터 회수하였거나 회수할 수 있는 금전등의 총액(해지수수료 등 대통령령으로 정하는 금액을 포함한다)을 초과하게 될 위험(“투자성”이라 한다)이 있는 것을 말한다’고 정의하고 있다.

취득금액에서 “판매수수료 등 대통령령이 정하는 금액”을 제외하고, 회수금액에 “해지수수료 등 대통령령이 정하는 금액”을 포함하도록 규정한 이유는 전통적 보험상품과 예금 등이 금융투자상품에 포함되지 않도록 하기 위하여 회수할 목적이 없이 단순히 소비하는 금액(사업비, 보장성보험료 등)을 원본에서 차감하고, 발행자 도산시 회수불능금액, 중도해지수수료, 세금 등을 회수금액에 포함하려는 취지로 보인다.

이는 향후 시장 및 금융환경의 변화에 따라 구조화증권, 신종복합상품(hybrid products) 등 다양한 구조와 내용을 가진 상품이 설계·개발될 것이 예상되고 그로 인한 취득금액 및 회수금액에서 차감 또는 포함되는 모든 항목을 법률에 열거하는 것은 불가능하여 구체적 열거를 법시행령에 위임하는 것은 불가피하다고 할 것이나, 판매수수료·해지수수료 외에 대통령령에 위임할 항목의 요건을 법률에 예시하지 못한 것은 아쉬운 점이다.

금융투자상품의 명시적 제외는 엄격하게 규정하여 보험 및 은행상품이라도 투자성이 있는 경우에는 금융투자상품임을 분명히 하고 있다. 원화로 표시된 양도성 예금증서와 수탁자에게 신탁재산의 처분 권한이 부여되지 아니한 관리신탁(이하 “관리신탁”이라 한다)의 수익권에 한하여 금융투자상품으로 보지 않는다. 양도성 예금증서는 원본 손실가능성이 있어 개념적으로 금융투자상품에 해당되나, 만기가 짧아 금리변동에 따른 가치변동이 미미하여 투자자 보호의 필요성이 작은 점을 감안하였고, 처분·운용이 결부되지 않는 순수 관리신탁은 처분·운용신탁에 비해 원본손실 가능성이 적어 투자자 보호의 필요성이 크지 않은 점을 감안하여 금융투자상품에서 정책적으로 배제하였다.

<그림 III-2> 금융투자상품의 경제적 실질에 따른 분류 체계



자료 : 『자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제정안』 설명자료, 재경부, 2006.6.30

투자성의 여부는 금융상품의 구조 및 가치변화 등 포괄적인 요소를 기초로 판단되어야 하며 이를 기초로 판단할 경우 투자성이 인정되는 보험 및 예금의 경우에는 원칙적으로 자본시장통합법의 규제대상이 된다.

보험상품의 경우 투자성에 대한 판단이 난해한 경우가 있으며 이로 인한 업무영역의 중복이 발생할 수 있다. 예를 들어 보험회사는 투자성이 있는 변액보험을 판매할 경우 보험업법에 의한 규제뿐만 아니라 자본시장통합법에 의한 규제도 받을 수 있어 규제의 상충 및 중복이 우려된다. 또한 파생상품과 보험을 구분하는데 있어서도 이들 사이의 투자성 기준을 구분하기가 어려



우며 영역의 중복으로 인한 규제의 상충이 발생할 소지가 있다.

자본시장통합법은 금융투자상품에 대한 포괄적 정의와 예시적 열거주의를 첨부하는 형태로 규제대상을 정하고 있다. 열거되는 금융투자상품은 추가지급의무 여부에 따라서 증권과 파생상품으로 분류하고, 파생상품은 장내파생상품과 장외파생상품으로 분류하고 있다<sup>28)</sup>.

#### 1) 증권

자본시장통합법 제4조 제1항에서는 증권의 개념에 대하여 ‘내국인 또는 외국인이 발행한 금융투자상품으로서 투자자가 취득과 동시에 지급한 금전 등 이외에 어떠한 명목으로든지 추가로 지급의무(투자자가 기초자산에 대한 매매를 성립시킬 수 있는 권리를 행사하게 됨으로써 부담하게 되는 지급의무를 제외한다)를 부담하지 아니하는 것’이라고 포괄주의 방식으로 정의하고 있으며, 법적 안정성을 확보하기 위하여 제4조 제2항에서 예시적으로 증권의 종류를 열거하고 있다. 예시적으로 열거되고 있는 증권의 종류와 정의는 <표III-5>와 같다.

---

28) 자본시장통합법제정안 제3조제2항.

<표 III-5> 자본시장통합법상의 증권의 예시

종 류	정 의
채무증권	- 국채증권, 지방채증권, 특수채증권(법률에 의하여 직접 설립된 법인이 발행한 채권을 말한다), 사채권, 기업어음증권(기업이 사업에 필요한 자금을 조달하기 위하여 발행한 약속어음으로서 대통령령으로 정하는 요건을 갖춘 것을 말한다), - 그 밖에 이와 유사(유사)한 것으로서 지급청구권이 표시된 것
지분증권	- 주권, 신주인수권을 표시하는 것, 법률에 의하여 직접 설립된 법인이 발행한 출자증권, - 상법에 의한 합자회사·유한회사·의명조합의 출자지분, 민법에 의한 조합의 출자지분 - 그 밖에 이와 유사한 것으로서 출자지분을 표시하는 것
수익증권	- 법 제110조의 수익증권, 법 제189조의 수익증권 - 그 밖에 이와 유사한 것으로서 신탁의 수익권을 표시된 것
투자계약증권	- 특정 투자자가 그 투자자와 타인(다른 투자자를 포함한다)간의 공동사업에 금전등을 투자하고 주로 타인이 수행한 공동사업의 결과에 따른 손익을 귀속받는 계약상의 권리가 표시된 것
파생결합증권	- 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등의 변동과 연계하여 미리 정하여진 방법에 따라 지급금액 또는 회수금액이 결정되는 권리가 표시된 것
증권예탁증권	- 법제2항 제1호부터 제5호까지의 증권을 예탁받은 자가 그 증권이 발행된 국가 외의 국가에서 발행한 것으로서 그 예탁받은 증권에 관련된 권리가 표시된 것
기 타	- 위의 어느 하나에 해당하는 증권에 표시될 수 있거나 표시되어야 할 권리는 그 증권이 발행되지 아니한 경우에도 그 증권으로 본다.

열거되고 있는 증권의 종류를 보면 기존의 증권거래법상에서 열거주의 방식으로 규정된 유가증권의 개념을 포괄주의 방식으로 전환하여 채무증권, 지분증권, 수익증권, 증권예탁증권과 투자성 증권에 대한 포괄적 개념의 새로운 투자계약증권과 파생결합증권이 있다.

기존의 유가증권의 개념을 내포하는 증권은 현행 증권관련 법에서 규정하고 있는 유가증권의 의미를 재해석한 것과 같다고 할 수 있다. 하지만 투자계약 증권은 주식, 수익증권 등 전통적인 증권뿐만 아니라 현행 간접투자운용업법 상 간접투자증권을 비롯하여 네티즌 펀드, 익명조합지분 등과 같은 비정형 간

접투자지분도 포괄하는 개념으로서 투자성이 있는 금융상품 중 추가지급의무가 없는 것은 자본시장통합법상의 증권으로 분류되도록 확대 규정하고 있다.

한편 파생결합증권이란 투자계약증권과는 달리 외생적 지표에 의하여 수익이 결정되고 구체적인 범위는 기초자산의 범위에 따라 결정되는 증권으로 추가연계증권(ELS), 신용연계증권(CLN), 재해연계증권(CAT Bond) 등이 포함된다. 파생결합증권은 파생상품과 그 구조가 유사하지만, 손실이 발생한 경우 그 손실이 원본에 한정된다는 점에서 증권에 해당한다고 할 수 있다<sup>29)</sup>.

2) 파생상품

자본시장통합법 제5조 제2항에서는 장내파생상품을 <표Ⅲ-6>의 어느 하나에 해당하는 파생상품으로서 ‘파생상품시장에서 거래되는 것 또는 해외파생상품시장<sup>30)</sup>에서 거래되는 것’이라고 규정하고 있다.

<표Ⅲ-6> 자본시장통합법의 파생상품

	내 용
자본시장통합법 제5조 제1항	1. 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전등을 장래의 특정시점에 인도할 것을 약정하는 계약 2. 당사자 일방의 의사표시에 의하여 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전등을 수수하는 거래를 성립시킬 수 있는 권리의 부여를 약정하는 계약 3. 장래의 일정기간 동안 미리 정한 가격으로 기초자산이나 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수 등에 의하여 산출된 금전등을 교환할 것을 약정하는 계약

29) 하상주, 「금융투자상품에 관한 몇 가지 문제점과 보완대책」, 『고려법학 49권』, 고려대학교 법학연구원, 2007, pp.1097~1132.

30) 파생상품시장과 유사한 시장으로서 해외에 소재하는 시장과 대통령령이 정하는 해외파생상품거래가 이루어지는 시장을 말함.

또한 자본시장통합법 제5조 제3항에서는 장외파생상품을 <표III-6>의 ‘각호의 어느 하나에 해당하는 파생상품으로서 장내파생상품이 아닌 것’으로 규정하고 있다.

이는 파생상품의 개념에 포함되는 상품 중 장내파생상품을 제외한 나머지 모든 상품을 장외파생상품의 범위에 포함시키는 것이라 할 수 있다. 장외파생상품의 경우에는 거래소에서 거래되지 않기 때문에 표준화된 상품일 필요가 없으며 고객의 요구에 따라 가격뿐만 아니라 계약단위, 인도시기, 대금결제방법 등의 다양한 계약조건을 당사자 합의에 의하여 결정할 수 있다.

#### 나. 금융투자업의 정의

현행 금융관련 법률에서는 증권회사·선물회사·자산운용회사·부동산투자회사·선박운용회사 등의 금융회사별로 각기 다른 법률이 존재하고 있으며 이를 통하여 각 금융기관이 영위할 수 있는 금융업무를 열거하여 규제하고 있다. 하지만 자본시장통합법에서는 금융투자업을 기준으로 금융기능을 분류하고 동일한 금융기능을 가진 금융업에 대한 동일 규제의 적용을 원칙으로 하고 있으며 규제 적용을 위한 경제적 실질에 따른 6개의 금융투자업을 구분하고 있다. 자본시장통합법 제6조에서는 금융투자업을 '이익을 얻을 목적으로 계속적이거나 반복적인 방법으로 행하는 행위'로서 정의하고 있으며 투자매매업, 투자중개업, 집합투자업, 투자자문업, 투자일임업, 신탁업의 업무로 구분하고 있다<sup>31)</sup>.

자본시장통합법의 기능별 금융투자업의 구분은 현행 기관별 규율체제에서 경제적 실질이 동일한 금융기능을 동일하게 규율하기 위한 기능별 규율체제로의 전환을 의미한다. 금융투자업, 금융투자상품, 고객을 경제적 실질에 따라 재분류하고 금융기능에 대하여 규제를 적용한다.

금융기능이 동일하면 동일한 진입, 건전성, 영업행위 규제가 적용되며 금융기능의 특성에 따라 업규제를 차등화하여 적용한다. 또한 거래 상대방인 투자자 역시, 동일한 투자자 보호 법제에 적용되고 동일한 금융기능을 영위하

31) 자본시장통합법제정안 제6조

는 한 영위 주체를 불문하고 동일한 규율을 적용하게 된다.

이런 규제 적용을 금융시장 전반적으로 살펴보면 보험업의 핵심업무인 보험계약의 체결 및 이행과 은행의 핵심업무인 여수신업의 경우에는 종전과 동일한 규제가 적용되나 그 이외의 금융투자업의 경우에는 종전의 법률을 기능별로 통합하여 적용하게 된다.

현행 법률에 산재해 있는 금융투자업을 경제적 실질에 따라 분류하여 향후 자본시장통합법 하에서 행할 수 있는 금융투자업의 범위를 요약하면 <표 III-7>과 같이 나타낼 수 있다. 금융투자업으로 분류하고 있는 집합투자업과 신탁업은 금융투자상품의 분류와 무관한 업으로 보험사도 취급하는 것으로 표시되어 있다. 실제 적용에 있어서는 신탁업은 보험회사 경영업무로 허용하여 전적으로 신탁업 규제를 준용하므로 문제가 없다.

그러나 집합투자업에 대해서는 추가적인 논란이 예상되고 명확화가 필요한 분야로 본다. 집합투자업을 보험회사 경영업무라면 신탁업과 마찬가지로 보험업법상 경영업무로 규정함이 타당할 것이며, 집합투자업의 범위도 허가받은 변액보험으로 제한하는 것은 명백한 이중규제에 해당한다<sup>32)</sup>. 변액보험에 대하여 소비자보호차원의 필요규제가 있다면 보험업법 개정으로 추가할 수 있다. 또한, 집합투자업이 금융투자회사의 고유업무가 아니라면 신탁업과 같은 방법으로 보험회사 경영업무로 허용될 수 있어야 할 것이다.

---

32) 자본시장통합법 제251조 참조

<표 III-7> 금융투자업의 기능별 분류에 따른 금융업의 모습

통합 前(현행)		통합 後(기능별 분류)					
금융업		금융업	정의	전업단위			
(방카슈랑스)	보험업	보험계약 체결·이행업	보험계약의 체결(인수)과 계약상 의무를 이행하는 업무	보험업 (종전과 동일)			
	은행업	상호저축은행업	여·수신업	은행업 (종전과 동일)			
신협 (어음관리계좌)							
(채권인수)	은행, 보험사, 자산운용사 (펀드판매)	증권업	신용업	종금업	①투자 매매업	자기 계산으로 금융투자상품을 매매하는 업무	금융 투자업
은행업					②투자 중개업	타인 계산으로 금융투자상품을 매매하는 업무	
은행	보험사	부동산신탁투자회사 등			③집합 투자업	집합투자기구의 재산을 운용하는 업무	
자산운용업					④투자 일임업	투자자로부터 투자판단의 전부 또는 일부를 일임받아 그 자를 위하여 투자하는 업무	
					⑤투자 자문업	투자자를 위하여 투자판단에 관하여 자문을 하는 업무	
은행, 증권, 보험사					⑥신탁업	특정 수익자의 이익을 위하여 투자자의 특정의 재산권을 관리·처분하는 업무	

자료 : 『자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제정안』 설명자료, 재경부, 2006. 6. 30