

대법원 2013. 11. 28 선고 2013다23891 판결 [부당이득금반환] [미간행]

판 시 사 항

- [1] 계약의 일방 당사자가 일정한 형식의 계약서를 미리 마련하여 두었으나 계약서상 특정 조항에 관하여 개별적인 교섭을 거친 경우, 그 조항이 약관의 규제에 관한 법률의 규율대상이 되는지 여부(소극) 및 개별적인 교섭의 존재를 인정하기 위한 요건
- [2] 갑 주식회사가 을 은행과 체결한 키코(KIKO) 통화옵션계약이 약관의 규제에 관한 법률의 규율대상인지 문제 된 사안에서, 통화옵션계약의 구조 자체는 약관에 해당하지 않는다고 한 사례
- [3] 갑 주식회사가 을 은행으로부터 기망을 당하여 환위험 회피에 부적합한 키코(KIKO) 통화옵션계약을 체결하였으므로 계약을 취소한다고 주장한 사안에서, 키코 통화옵션계약이 구조적으로 환위험 회피에 부적합하지 않다고 보아 위 주장을 배척한 원심판단을 정당하다고 한 사례
- [4] 은행이 고객에게 이른바 제로 코스트(zero cost) 구조의 장외파생상품을 판매하는 경우, 그 상품 구조 내에 포함된 옵션(option)의 이론가, 수수료 및 그로써 발생하는 마이너스 시장가치에 대하여 고지하여야 할 의무가 있는지 여부(원칙적 소극)
- [5] 은행이 환 헤지(hedge) 목적을 가진 기업과 통화옵션계약을 체결할 때 부담하는 고객 보호의무의 내용과 정도
- [6] 금융기관이 일반 고객과 전문적인 지식과 분석능력이 요구되는 장외파생상품 거래를 할 때 부담하는 설명의무의 내용과 범위 및 정도

참 조 조 문

[1] 약관의 규제에 관한 법률 제2조 제1호, 제4조 [2] 약관의 규제에 관한 법률 제2조 제1호, 제4조
[3] 민법 제110조 [4] 민법 제110조 [5] 민법 제2조, 제750조 [6] 민법 제2조, 제750조

참 조 판 례

[1][4][5][6] 대법원 2013. 9. 26. 선고 2011다53683, 53690 전원합의체 판결(공2013하, 1882), 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다1146, 1153 전원합의체 판결(공2013하, 1901), 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다13637 전원합의체 판결(공2013하, 1916), 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다26746 전원합의체 판결(공2013하, 1954) [1] 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다16950 판결(공2008하, 1154)

전 문

【원고, 상고인 겸 피상고인】 주식회사 비▽△▼페럴

(소송대리인 법무법인 프▲임 담당변호사 이◆호 외 2인)

【피고, 피상고인 겸 상고인】 주식회사 한■@×은행

(소송대리인 변호사 손●열 외 8인)

【원심판결】 서울고법 2013. 2. 7. 선고 2011나8470 판결

주 문

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 상고인 각자가 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 각 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)에 대하여 판단한다.

1. 이 사건 통화옵션계약의 무효 여부에 관한 원고의 상고이유에 대하여

가. 민법상 불공정행위 등 관련 주장에 대하여

원고가 이 사건 통화옵션계약은 그 계약을 통해 교환된 각 옵션의 가치 사이에 현저한 불균형이 존재하는 등 불공정행위에 해당하여 무효라는 취지로 주장함에 대하여, 원심은 그 판시와 같은 사정을 인정하여 이 사건 통화옵션계약에서 원고와 피고가 가지게 된 각 옵션 가치 사이에 현저한 불균형이 존재하거나 피고 측의 마진이 지나치게 많다고 할 수 없어 불합리하지 않다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 불공정한 법률행위에 관한 법리오해나 심리미진 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 「약관의 규제에 관한 법률」 위반 관련 주장에 대하여

계약의 일방 당사자가 일정한 형식에 의하여 미리 계약서를 마련하여 두었다가 이를 상대방에게 제시하여 그 내용대로 계약을 체결하는 경우에도 특정 조항에 관하여 상대방과 개별적인 교섭을 거침으로써 상대방이 자신의 이익을 조정할 기회를 가졌다면, 그 조항은 「약관의 규제에 관한 법률」의 규율대상이 아닌 개별약정이 된다고 보아야 한다. 이 때 개별적인 교섭이 있었다고 하기 위하여는 그 교섭의 결과가 반드시 특정 조항의 내용을 변경하는 형태로 나타나야 하는 것은 아니고, 계약

상대방이 그 특정 조항을 미리 마련한 당사자와 대등한 지위에서 당해 조항에 대하여 충분한 검토와 고려를 한 뒤 그 내용을 변경할 가능성이 있었다고 인정되면 된다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다16950 판결 등 참조).

원심판결 이유와 기록에 의하면, 원고와 피고는 용어의 정의, 옵션거래의 이행, 채무불이행, 계약해지, 해지 시의 정산, 양도 및 담보제공 금지, 약정통화, 통화옵션거래의 체결방식 등을 미리 포괄적으로 정하고 있는 통화옵션거래 약정서를 작성하였지만, 이 사건 통화옵션계약의 구체적 계약조건인 계약금액, 행사환율, 녹인·녹아웃 환율, 레버리지, 계약기간 등은 원고와 피고가 개별적 교섭에 따라 결정한 사실을 알 수 있다.

사정이 이러하다면, 통화옵션거래 약정서 등에서 미리 포괄적으로 정하고 있는 일반적인 조항은 대체로 당사자 사이에 개별적인 교섭이나 선택의 여지가 없는 부분이어서 약관에 해당할 가능성이 클 것이나, 이 사건 통화옵션계약의 구조, 즉 녹인과 녹아웃 조건, 레버리지 구조, 은행이 취득하는 콜옵션의 이론가를 기업이 취득하는 풋옵션의 이론가보다 크게 하여 그 차액을 수수료로서 수취하고 별도로 이를 지급받지 아니하는 구조 등은 다른 장외파생상품들의 경우와 마찬가지로 피고가 고객의 필요에 따라 그 구조나 조건을 적절히 변경하여 사용하기 편리하도록 표준화하여 미리 마련해 놓은 것으로서, 그 구조만으로는 거래당사자 사이에서 아무런 권리의무가 발생하지 아니하고 거기에 계약금액, 행사환율, 녹인·녹아웃 환율, 레버리지, 계약기간 등의 구체적 계약조건들이 결부됨으로써 비로소 전체 계약의 내용으로 완결되는 것이므로, 그 구조 자체만을 따로 약관에 해당한다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

원심이 같은 취지에서 이 사건 통화옵션계약의 구조는 약관이 될 수 없다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 「약관의 규제에 관한 법률」에 관한 법리오해나 심리미진 등의 위법이 없다. 그리고 위와 같이 이 사건 각 통화옵션계약의 구조를 약관이라고 볼 수 없는 이상 그 구조가 약관임을 전제로 한 이 부분 나머지 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

다. 신의성실의 원칙, 선량한 풍속 기타 사회질서 위반 관련 주장에 대하여

피고가 이 사건 통화옵션계약 체결 당시 적합성 원칙과 설명의무를 위반하였음은 아래에서 살펴보는

바와 같으나, 이러한 사유만으로 이 사건 통화옵션계약이 신의성실의 원칙에 반하여 무효라고 할 수는 없다. 이 부분 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

또 피고가 그 스스로 투기적 목적으로 이 사건 통화옵션계약을 체결하였다거나 또는 원고에게 손실이 발생하지 않는다면 계약 체결을 권유하였다고 볼 만한 사정을 기록상 찾을 수 없고, 이 사건 통화옵션계약이 환위험 회피에 부적합한 상품이라고 볼 수 없음은 아래에서 살펴보는 바와 같으므로, 이 사건 통화옵션계약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효라는 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

2. 이 사건 통화옵션계약의 취소 여부에 관한 원고의 상고이유에 대하여

가. 환 헤지 부적합성에 관한 기망 주장에 대하여

환 헤지거래의 목적은 이익을 극대화하려는 것이 아니라 미래의 환율 변동과 관계없이 현재 시점에서 장래에 적용받을 환율을 일정 환율로 고정함으로써 기초자산인 외환현물의 가격변동에 따르는 위험을 제거하려는 것이다. 따라서 키코 통화옵션상품의 콜옵션 계약금액 상당의 외환현물을 기초자산으로 보유하고 있거나 장래에 보유할 것으로 예상하는 고객이 그 외환현물에 대한 환 헤지 목적으로 키코 통화옵션계약을 체결하였다면, 환율이 상승할 경우 당해 통화옵션계약 자체에서는 손실이 발생하지만 외환현물에서는 그만큼의 환차익이 발생하기 때문에 환율 상승으로 인하여 고객이 손실을 입었다고 할 수는 없는 것이고, 오히려 이는 고객이 바로 그 통화옵션계약을 통하여 이루려는 환 헤지 목적에 부합하는 것이다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2011다53683, 53690 전원합의체 판결 등 참조).

이러한 점에 비추어 보면, 통화옵션계약이 고객과 은행 사이에 상호 부여하는 옵션의 이론가에 차이가 있거나 환율이 상승할 경우에는 고객에게 불리할 수 있다고 하여, 그러한 통화옵션계약을 체결하면 계약 체결 이전보다 오히려 더 큰 환위험에 노출된다고 할 수는 없다.

따라서 원심이 이 사건 통화옵션계약이 구조적으로 환위험 회피에 부적합하다고 할 수 없으므로 이 점에서 피고가 원고를 기망하여 계약을 체결하였다고 할 수 없다고 판단한 것은 정당하다. 거기에

상고이유 주장과 같이 이 사건 통화옵션계약의 환 헤지 부적합성에 관한 기망의 성립 및 대상에 관한 법리오해, 심리미진, 채증법칙 위반 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 수수료 등에 관한 기망 주장에 대하여

일반적으로 재화나 용역의 판매자가 자신이 판매하는 재화나 용역의 판매가격에 관하여 구매자에게 그 원가나 판매이익 등 구성요소를 알려주거나 밝힐 의무는 없고, 이는 은행이 고객으로부터 별도로 비용이나 수수료를 수취하지 아니하는 이른바 제로 코스트 구조의 장외파생상품 거래를 하는 경우에도 다르지 아니하다. 또한 은행이 장외파생상품 거래의 상대방으로서 일정한 이익을 추구하리라는 점은 시장경제의 속성상 당연하여 누구든지 이를 예상할 수 있으므로, 달리 계약 또는 법령 등에 의하여 가격구성요소의 고지의무가 인정되는 등의 특별한 사정이 없는 한 은행은 고객에게 제로 코스트인 장외파생상품의 구조 내에 포함된 옵션의 이론가, 수수료 및 그로 인하여 발생하는 마이너스 시장가치에 대하여 고지하여야 할 의무가 있다고 할 수 없고, 이를 고지하지 아니하였다고 하여 그것이 고객에 대한 기망행위가 된다거나 고객에게 당해 장외파생상품 거래에서 비용이나 수수료를 부담하지 아니한다는 착오를 유발한다고 볼 수 없다(앞의 대법원 2011다53683, 53690 전원합의체 판결 등 참조).

원심은, 피고가 이 사건 통화옵션계약에 따라 자신이 취득한 옵션의 이론가에 비하여 원고가 취득한 옵션의 이론가가 현저하게 낮게 구성되어 그 차액 상당을 수수료 또는 마진으로 수취하였음에도 옵션의 가치가 대등하게 설계되어 다른 비용을 추가로 부담하지 않는 것으로 설명하여 원고를 기망하였으므로 이를 이유로 이 사건 통화옵션계약을 취소한다는 원고의 주장에 대하여, 제로 코스트 상품은 이 사건 통화옵션계약을 통하여 교환되는 콜옵션과 풋옵션의 대고객가격을 동일하게 조정하여 원고가 계약을 체결하면서 현실적으로 지급하는 비용이 없다는 취지로서, 피고가 영리를 추구하는 기업으로 이 사건 통화옵션계약 체결로 그에 따른 비용을 회수하고 일정한 이익을 보유했 것이라는 점은 수출기업인 원고로서도 쉽게 알 수 있었고, 피고가 수취하는 수수료가 과다하다고 할 수도 없으므로, 피고가 원고를 기망하여 이 사건 통화옵션계약을 체결하였다고 할 수 없다는 이유로 위 주장을 배척하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하다. 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 수수료 등에 관한 기망의 성부 및 대상에 관한 법리오해, 심리미진, 채증법칙 위반 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 환율의 변동가능성 등에 관한 기망 주장에 대하여

원고는 피고가 환율이 안정적으로 하락하는 추세이고 일정 수준 이상으로 상승하지 않을 것이라고 단정하는 등 환율의 변동가능성에 관하여 기망하였다고 주장하였는데, 원심은 이 점에 관하여 명시적으로 판단하지는 아니하였다. 그러나 기록에 비추어 살펴보면 피고가 이 사건 통화옵션계약 체결 당시 환율이 하락할 전망이라고 설명하였으나, 당시 환율 전망 상황에 비추어 보면 위와 같은 설명만으로 곧 환율의 변동가능성 등에 관한 기망이 있었다고 볼 수 없어 이 부분 원고의 주장은 배척될 것이 분명하므로, 원심이 위 주장에 대하여 명시적으로 판단하지 아니한 것이 판결 결과에 영향을 미쳤다고 볼 수 없다. 이 부분 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

3. 콜옵션 행사 통지와 관련한 원고의 상고이유에 대하여

당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제 되는 경우, 그 해석은 계약 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 그 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험법칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 1996. 4. 9. 선고 96다1320 판결 등 참조).

원심은 그 판시와 같은 이유로 이 사건 통화옵션계약에 따른 당사자의 권리·의무가 옵션행사 통지 여부와 관계없이 만기까지의 시장환율 및 만기환율에 따라 확정적으로 발생하고 옵션의 행사가 필요하지 않다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하여 이를 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 옵션행사통지 불이행의 법적 효과와 관련한 법리오해, 이유불비, 심리미진 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

4. 사후적 고객보호의무 위반에 관한 원고의 상고이유에 대하여

원심은, 피고가 계약에 잠재된 위험이 현실로 발생한 경우 고객의 손실이 확대되지 않도록 적합한 방안을 진지하게 권유하여야 할 사후적 고객보호의무를 소홀히 하였다는 원고의 주장에 대하여, 피고가 원고에게 추가 대출을 실행하고 1순위 근저당권을 말소하는 등으로 조치한 사실이 인정될 뿐 사후적 고객보호의무를 위반하였다고 볼 만한 특별한 사정을 인정할 아무런 증거가 없다는 이유로 원고의 위 주장을 배척하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 위법이 있다고 할 수 없다.

5. 적합성 원칙 및 설명의무 위반 여부에 관한 피고의 상고이유에 대하여

가. 적합성 원칙에 관한 주장에 대하여

(1) 은행은 환 헤지 목적을 가진 기업과 통화옵션계약을 체결함에 있어서 해당 기업의 예상 외화유입액, 자산 및 매출 규모를 포함한 재산상태, 환 헤지의 필요 여부, 거래목적, 거래 경험, 당해 계약에 대한 지식 또는 이해 정도, 다른 환 헤지 계약 체결 여부 등의 경영상황을 미리 파악한 다음, 그에 비추어 해당 기업에 적합하지 아니한 통화옵션계약의 체결을 권유하여서는 아니 된다. 만약 은행이 이러한 의무를 위반하여 해당 기업의 경영상황에 비추어 과대한 위험을 초래하는 통화옵션계약을 적극적으로 권유하여 이를 체결하게 한 때에는, 이러한 권유행위는 이른바 적합성의 원칙을 위반하여 고객에 대한 보호의무를 저버리는 위법한 것으로서 불법행위를 구성한다고 할 것이다. 특히 장외파생상품은 고도의 금융공학적 지식을 활용하여 개발된 것으로 예측과 다른 상황이 발생하였을 경우에는 손실이 과도하게 확대될 위험성이 내재되어 있고, 다른 한편 은행은 그 인가요건, 업무범위, 지배구조 및 감독 체계 등 여러 면에서 투자를 전문으로 하는 금융기관 등에 비하여 더 큰 공신력을 가지고 있어 은행의 권유는 기업의 의사결정에 강한 영향을 미칠 수 있으므로, 은행으로서는 위와 같이 위험성이 큰 장외파생상품의 거래를 권유할 때에는 다른 금융기관에 비하여 더 무거운 고객 보호의무를 부담한다고 봄이 타당하다(앞의 대법원 2011다53683, 53690

전원합의체 판결 등 참조).

(2) 원심판결 이유에 의하면, 원심은 먼저 다음과 같은 사실, 즉 ① 원고는 2004. 3. 8. 설립되어 중국에서 제조한 의류의 수출이 매출의 대부분을 차지하는 직원 5명 내외의 기업으로, 대표이사의 남편 소외 1이 업무 전반을 총괄한 사실, ② 원고는 2005. 10.경부터 피고의 국제전자센터지점을 주거래은행 겸 유일한 거래은행으로 하여 수입신용장 등 금융거래를 하여 왔는데, 이 사건 통화옵션계약 체결 전까지 환위험 회피를 위한 통화옵션상품 등에 가입한 경험은 없었고 별도의 환위험 관리부서도 없었던 사실, ③ 원고의 매출액은 2005년 약 3억 3천만 원, 2006년 약 76억 8천만 원, 2007년 약 82억 원이었고, 수출액은 2006년 약 790만 달러, 2007년 약 870만 달러였던 사실, ④ 원고는 2007. 3.경 피고에게 미국의 컬●●●스포츠웨어사(이하 ‘소외 회사’라고 한다)로부터 2007년 상반기에 600만 달러 상당의, 하반기에 400만 달러 상당의 수주가 예상된다면서 수입신용장 발행 한도의 증액과 신규 여신을 요청하였고, 이에 따라 피고가 2007. 7.경 작성한 여신심사보고서에는 원고의 예상 매출액이 2007년 약 92억 원, 2008년 약 123억 원으로, 그 중 소외 회사에 대한 예상 매출액은 2007년 약 64억 원(전체 매출액의 70%), 2008년 약 74억 원(전체 매출액의 60%)으로 기재되어 있었던 사실, ⑤ 그 후 피고의 위 지점 소외 2 차장은 2007. 11. 20.경 원고의 외환 · 경리업무 담당자에게 키코 통화옵션계약의 체결을 제안하고, 이후 몇 차례 더 원고를 방문하여 키코 통화옵션계약의 구조 등을 설명한 사실, ⑥ 그런데 소외 1이 2007. 11. 20.경 소외 2 차장에게 소외 회사와 추가 계약을 체결하지 못하였다는 사정을 알렸음에도 소외 2 차장은 소외 회사를 제외한 나머지 거래업체로부터 유입되는 수출대금에 대한 환위험 회피에 필요하다고 하면서 월 30만 달러의 키코 통화옵션계약을 체결할 것을 권유하여 결국 2007. 12. 10. 풋옵션 계약금액 월 30만 달러, 콜옵션 계약금액 월 60만 달러의 이 사건 통화옵션계약이 체결된 사실, ⑦ 이후 소외 회사에 대한 수출이 중단됨에 따라 원고는 2008년 상반기부터 수출실적이 급감하였고, 이 사건 통화옵션계약의 결제의무를 제대로 이행하지 못한 사실 등을 인정하였다. 이어 원심은, 원고가 영세한 수출기업으로 이 사건 통화옵션계약 체결 전 1, 2년 사이에 수출이 급증하였으나 매출의 60~70%를 소외 회사에 의존하는 상황이었고, 그 영업형태로 보아 수출대금의

상당 부분은 중국 현지업체의 임가공대금이나 자재대금으로 다시 지급되는 상황이었는데, 피고는 상당 기간 거래한 주거래은행으로서 원고의 영업형태나 실제 환전 필요액 등을 쉽게 파악할 수 있었고, 더구나 원고가 소외 회사와 추가 계약 체결이 불투명하다는 사실을 언급하였음에도 이 사건 통화옵션계약의 체결을 권유하여 적합성 원칙을 위반하였다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 위 사실관계에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 적합성 원칙에 관한 법리오해나 채증법칙 위반 등과 같은 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 설명의무에 관한 주장에 대하여

금융기관이 일반 고객과 사이에 전문적인 지식과 분석능력이 요구되는 장외파생상품 거래를 할 때에는, 고객이 당해 장외파생상품에 대하여 이미 잘 알고 있는 경우가 아닌 이상, 그 거래의 구조와 위험성을 정확하게 평가할 수 있도록 거래에 내재된 위험요소 및 잠재적 손실에 영향을 미치는 중요인자 등 거래상의 주요 정보를 적합한 방법으로 명확하게 설명하여야 할 신의칙상의 의무가 있다. 이때 금융기관이 고객에게 설명하여야 하는 거래상의 주요 정보에는 당해 장외파생상품 계약의 구조와 주요 내용, 고객이 그 거래를 통하여 얻을 수 있는 이익과 발생 가능한 손실의 구체적 내용, 특히 손실발생의 위험요소 등이 모두 포함된다 할 것이다(앞의 대법원 2011다53683, 53690 전원합의체 판결 등 참조).

또 금융기관은 금융상품의 특성 및 위험의 수준, 고객의 거래목적, 투자경험 및 능력 등을 종합적으로 고려하여 고객이 그 거래상의 주요 정보를 충분히 이해할 수 있을 정도로 설명하여야 한다. 특히 당해 금융상품이 고도의 금융공학적 지식에 의하여 개발된 것으로서 환율 등 장래 예측이 어려운 변동요인에 따라 손익의 결과가 크게 달라지는 고위험 구조이고, 더구나 개별 거래의 당사자인 고객의 예상 외화유입액 등에 비추어 객관적 상황이 환 헤지 목적보다는 환율변동에 따른 환차익을 추구하는 정도에 이른 것으로 보이는 경우라면, 금융기관으로서는 그 장외파생상품 거래의 위험성에 대하여 고객이 한층 분명하게 인식할 수 있도록 구체적이고 상세하게 설명할 의무가 있다 할 것이다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다1146, 1153 전원합의체 판결 등 참조).

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 피고는 원고의 경영상황에 비추어 이 사건 통화옵션계약의 체결로 원고에게 초래될 위험성에 대하여 그 계약 체결 당시 구체적이고 상세한 설명을 하지 아니하였음을 알 수 있으므로, 이 사건 통화옵션계약 체결과 관련하여 피고는 설명의무를 다하지 아니하였다고 할 것이다.

원심의 이유 설시에 일부 부적절한 부분이 있지만 피고의 설명의무 위반을 인정한 원심의 결론은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 설명의무에 관한 법리오해나 이유모순 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

6. 과실상계와 관련한 원고의 상고이유에 대하여

가. 불법행위로 인한 손해의 발생 또는 확대에 관하여 피해자에게도 과실이 있는 때에는 가해자의 손해배상의 범위를 정함에 있어 당연히 이를 참작하여야 하고, 가해행위가 사기, 횡령, 배임 등의 영득행위인 경우 등 과실상계를 인정하게 되면 가해자로 하여금 불법행위로 인한 이익을 최종적으로 보유하게 하여 공평의 이념이나 신의칙에 반하는 결과를 가져오는 경우에만 예외적으로 과실상계가 허용되지 아니한다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다16758, 16765 판결 등 참조).

그런데 피고의 원고에 대한 적합성의 원칙 및 설명의무 위반행위는 이러한 영득행위에 해당한다고 할 수 없으므로, 원고의 과실은 피고의 손해배상의 범위를 정함에 있어 이를 참작함이 타당하다.

상고이유 주장은 이와 다른 견해를 전제로, 원고의 착오는 피고의 고객보호의무 위반행위로 인하여 야기된 것이므로 원고의 과실을 들어 배상액을 감경하여서는 아니 된다는 것이나, 위 법리에 비추어 받아들일 수 없다. 따라서 원심의 이 부분 판단에 상고이유 주장과 같은 과실상계에 관한 법리오해, 이유불비나 판단누락 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 불법행위로 인한 손해배상 사건에서 피해자에게 손해의 발생이나 확대에 관하여 과실이 있는 경우에는 배상책임의 범위를 정함에 있어서 당연히 이를 참작하여야 할 것이나, 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지

아니하는 한 사실심의 전권사항에 속한다(대법원 2002. 11. 26. 선고 2002다43165 판결 등 참조). 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 여러 사정을 참작하여 피고의 책임비율을 전체 손해의 30%로 정하였는데, 원심의 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율판단은 수긍할 수 있는 범위 내로서 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 볼 수 없다. 원심의 판단에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 과실상계에 관한 법리오해, 이유불비 또는 판단누락 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

7. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자 각자가 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김신(재판장) 민일영 이인복(주심) 박보영