

대법원 2013. 12. 26 선고 2013다5176 판결 [부당이득금반환등]

재판경과

대법원 2013. 12. 26 선고 2013다5176 판결

서울고등법원 2012. 12. 13 선고 2011나6481 판결

서울중앙지방법원 2010. 11. 29 선고 2008가합109178 판결

전문

원고, 피상고인 겸 상고인 디엠디스플레이 주식회사

피고, 상고인 겸 피상고인 주식회사 신한은행

원심판결 서울고등법원 2012. 12. 13. 선고 2011나6481 판결

판결선고 2013. 12. 26.

주문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 상고인 각자가 부담한다.

이유

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 상고이유보충서, 참고서면 등의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 이 사건 통화옵션계약의 무효 여부에 관한 원고의 상고이유에 대하여

가. 민법상 불공정행위 등 관련 주장에 대하여

원심은, 원고와 피고가 이 사건 통화옵션계약을 통해 갖게 된 풋옵션과 콜옵션의 가치 사이에 현저한 불균형이 존재하고, 그 차이로서 콜옵션 가격에 포함된 마진이 현저하게 과다하거나 불합리하므로 이 사건 통화옵션계약은 불공정행위에 해당하여 무효라는 취지의 원고 주장에 대하여, 이 사건 통화옵션계약이 불공정한 법률행위에 해당하려면 계약 체결 시점을 기준으로 객관적으로 원고와 피고가 취득한 각 옵션의 가치 사이에 현저한 불균형이 존재하여야 하는바, 이 사건 통화옵션계약 체결에 따른 시장위험, 신용위험은 피고가 그로 인해 수취하게 될 위험자본의 객관적 크기에 상응하여 커지기 마련인 점, 환전이나 환변동보험 등의 통화거래나 대출 등 신용거래의 경우 수수료, 보험료, 이자는 모두 계약금액 대비 일정한 수수료율, 보험료율, 이자율로 결정되는 점 등을 종합하면 원고와 피고가 취득한 각 옵션의 이론가 차액으로서 피고가 취득하는 마진이 부당하게 과다한지는 이 사건 통화옵션계약의 계약금액에 대비한 마진의 비율을 따져 판단함이 상당한데, 피고가 이 사건 통화옵션계약에 따라 수취한 마진의 비율은 원고와 피고가 제시한 자료를 모두 종합하더라도 0.56%~0.94%에 지나지 아니하여 다른 금융상품 거래 시 적용되는 수수료율에 비교하여 보더라도 부당하게 과다하다고 할 수 없다는 이유로 원고의 위 주장을 배척하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 불공정한 법률행위에 관한 법리오해나 채증법칙 위반, 이 사건 통화옵션계약의 구조적 문제에 관한 심리미진 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

특히 상인 사이에 이루어진 선물환계약은 장래의 일정 기일 또는 기간 내에 일정 금액, 일정 종류의 외환을 정해진 환율에 의하여 교부할 것을 약정하는 계약으로서 그 성질상 상법 제68조 소정의 확정기매매이고(대법원 2003. 4. 8. 선고 2001다38593 판결 참조), 외국환은행의 업무인 환전은 즉석에서 당시의 시장환율에 따라 외환을 매매 하는 것이므로, 선물환계약과 환전은 결제일과

매매대금의 기준이 되는 환율이 다를 뿐 외환의 매매라는 점에서는 그 성질이 같다. 이러한 법리를 원심이 인정한 사실에 비추어 보면, 이 사건 통화옵션계약은 단순선물환계약의 거래구조를 기본으로 하여 녹인 조건과 녹아웃 조건 등이 가미된 변형선물환의 일종이고, 그 기본적인 계약조건은 옵션이 행사되면 만기시 계약금액에 해당하는 외화를 일정한 행사환율로써 매매할 것을 약정하는 것으로서 그 효용은 환전과 동일하다고 할 수 있다. 그러므로 계약금액을 기준으로 이 사건 통화옵션계약의 수수료율을 산정하여야 한다고 본 원심의 판단은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고 이 사건 통화옵션계약의 구조는 환율 변동의 확률적 분포를 고려하여 원고와 피고 쌍방의 기대이익을 대등하게 한 것이라는 원심의 설시는 계약 당시를 기준으로 판단하여 그 계약의 구조가 불공정한 것이 아니라면 사후에 외부적 환경의 변화로 인하여 결과적으로 계약당사자 쌍방의 이익에 불균형이 생기더라도 그 계약을 불공정한 것으로 볼 수 없다는 취지에서 수수료 반영 이전의 이 사건 통화옵션계약의 기본구조를 말한 것에 불과하므로, 그와 다른 전제에서 이 부분 판단을 탓하는 상고이유 주장도 받아들이기 어렵다.

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 법률의 규율대상이 아닌 개별약정이 된다고 보아야 한다. 이때 개별적인 교섭이 있었다고 하기 위해서는 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).

통상 개별적인 통화옵션계약의 체결에 앞서 또는 그와 동시에 통화옵션거래 약정서 등에 의하여 당사자 사이에 기본계약이 체결되는데, 용어의 정의, 옵션거래의 이행 시기 및 방법, 채무불이행,

계약해지, 해지 시의 정산, 양도 및 담보제공 금지, 약정통화, 통화옵션거래의 체결방식 등을 포함하여 통화옵션거래 약정서 등에서 미리 포괄적으로 정하고 있는 일반적인 조항은 일반적으로는 당사자 사이에 개별적인 교섭이나 선택의 여지가 없는 부분이어서 약관에 해당할 가능성이 있다 할 것이다. 그러나 원심판결 이유에 의하면, 이 사건 통화옵션계약의 내용 중 주요 계약조건인 계약금액, 행사환율, 녹인 환율, 녹아웃 환율, 레버리지, 계약기간 등 구체적인 계약조건은 원고와 피고 사이의 개별적 교섭에 의하여 결정된 것이지 미리 정해놓은 계약의 내용이 아니다.

더욱이 녹인과 녹아웃 조건, 레버리지 구조, 은행이 취득하는 콜옵션의 이론가를 기업이 취득하는 풋옵션의 이론가보다 크게 하여 그 차액을 수수료로 수취하고 별도로 이를 지급받지 아니하는 구조 등 이 사건 각 통화옵션계약의 구조는 다른 장외파생상품들의 경우와 마찬가지로 피고가 고객의 필요에 따라 그 구조나 조건을 적절히 변경하여 사용하기 편하도록 표준화된 구조로 미리 마련해 놓은 것일 뿐, 그 구조만으로는 거래당사자 사이에서 아무런 권리의무가 발생하지 않는다. 거기에 개별적 교섭에 의해 결정된 계약금액, 행사환율, 녹인·녹아웃 환율, 레버리지, 계약기간 등 구체적 계약조건들이 결부됨으로써 비로소 전체 계약의 내용으로 완결되는 이상 그 구조 자체만을 따로 약관에 해당한다고 보기는 어렵다.

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

다. 신의칙 위반 관련 주장에 대하여

원심은, 이 사건 통화옵션계약이 신의칙에 반하는 것으로서 무효라는 원고 주장에 대하여, 그 판시와 같은 이유를 들어 이를 배척하였다.

기록에 비추어 보면, 이 부분 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 위법이 있다고 볼 수 없다.

2. 이 사건 통화옵션계약의 취소 여부 등에 관한 원고의 상고이유에 대하여

가. 옵션의 가치 등과 관련한 기망·착오 주장에 대하여

(1) 일반적으로 재화나 용역의 판매자가 자신이 판매하는 재화나 용역의 판매가격에 관하여 구매자에게 그 원가나 판매이익 등 구성요소를 알려주거나 밝혀야 할 의무는 없다. 이러한 이치는 은행이 고객으로부터 별도로 비용이나 수수료를 수취하지 아니하는 이른바 제로 코스트 구조의 장외파생상품 거래를 하는 경우에도 다르지 않다. 또한 은행이 장외파생상품 거래의 상대방으로서 일정한 이익을 추구하리라는 점은 시장경제의 속성상 당연하므로 누구든지 이를 예상할 수 있다. 따라서 달리 계약 또는 법령 등에 의하여 가격구성요소의 고지의무가 인정되는 등의 특별한 사정이 없는 한 은행은 고객에게 제로 코스트의 장외파생상품 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 않는다는 착오를 일으킨다고 볼 수도 없다[대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다1146, 1153(병합) 전원합의체 판결 등 참조].

(2) 원심은, 원고가 이 사건 통화옵션계약을 체결함에 있어 옵션의 가치 및 수수료, 제로 코스트 등에 관하여 기망행위가 있었거나 착오가 있었으므로 이를 이유로 이 사건 통화옵션계약을 취소하거나 기망행위를 이유로 손해배상을 구한다고 주장한 데 대하여, '제로 코스트' 상품은 이 사건 통화옵션계약을 통하여 교환되는 콜옵션과 풋옵션의 대고객가격을 동일하게 조정하여 원고가 계약을 체결함에 있어 현실적으로 지불하는 비용이 없다는 취지로서, 피고가 영리를 추구하는 기업으로서 이 사건 통화옵션계약을 체결하면서 그에 따른 비용을 회수하고 일정한 이익을 보유할 것이라는 점은 수출기업인 원고로서는 쉽게 알 수 있었다고 할 것이고, 피고가 수취하는 수수료가 과다하다고 할 수도 없다는 등의 이유로 원고의 위 주장을 배척하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 보면 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 원고의 상고이유 주장과 같이 옵션의 평가액, 수수료나 평가손실, 제로 코스트, 대고객가격 등과 관련하여 기망행위나

착오에 관한 법리를 오해함으로써 심리를 다하지 아니하거나 채증법칙을 위반한 위법 등이 있다고 할 수 없다.

나. 환 헤지 부적합성과 관련한 사기·착오 등 주장에 대하여

장외파생상품을 이용한 환 헤지 거래의 목적은 이익을 극대화하려는 것이 아니라 미래의 환율 변동과 관계없이 현재 시점에서 장래에 적용받을 환율을 일정 환율로 고정함으로써 기초자산인 외환현물의 가격변동에 따르는 위험을 제거하려는 데 있다. 키코통화옵션상품의 경우에도, 콜옵션 계약금액 상당의 외환현물을 기초자산으로 보유하고 있거나 장래에 보유할 것으로 예상하는 고객이 그 외환현물에 대한 환 헤지 목적으로 계약을 체결하였다면, 환율이 상승할 경우 당해 통화옵션계약 자체에서는 손실이 발생하지만 외환현물에서는 그만큼의 환차익이 발생하기 때문에 환율이 상승하더라도 전체적인 손익은 변화가 없게 되는 것이고, 이로써 통화옵션계약을 체결하여 환 헤지를 하고자 한 본래의 목적을 이루게 되는 것이다.

이러한 점에 비추어 보면, 통화옵션계약이 고객과 은행 사이에 상호 부여하는 옵션의 이론가에 차이가 있다거나 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 환 헤지 부적합성을 이유로 이 사건 통화옵션계약을 취소할 수 없다고 판단한 것은 정당하다. 거기에 원고의 상고이유 주장과 같이 이 사건 통화옵션계약이 환 위험 회피에 부적합한 상품인지에 관하여 기망이나 착오에 의한 계약취소나 손해배상 등에 관한 법리오해, 심리미진이나 채증법칙 위반 등의 위법이 있다고 할 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 경험칙에 따라 합리적으로

해석하여야 한다(대법원 1996. 4. 9. 선고 96다1320 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 거래확인서에서 당사자의 권리·의무가 옵션행사 통지 여부와 관계없이 만기까지의 시장환율 및 만기환율에 따라 확정적으로 정해진다고 규정함으로써 이 사건 통화옵션계약 당시 옵션의 자동행사에 관한 약정이 있다고 볼 수 있다는 등의 이유를 들어 피고가 콜옵션 행사통지를 하지 않았더라도 원고가 피고에게 지급한 이 사건 통화옵션계약의 정산금이 법률상 원인이 없다고 볼 수 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 계약 내용에 관한 해석이나 처분문서에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

4. 적합성 원칙 위반 여부에 관한 원고와 피고의 상고이유에 대하여

가. 적합성 원칙과 관련한 원고의 주장에 대하여

헤지거래는 현재 보유하고 있거나 보유할 것으로 예상되는 현물의 거래에 따른 가격변동위험을 전체적 또는 부분적으로 줄이기 위한 거래로서, 그 헤지거래에 따른 손익이 현물의 가격변동에 따른 손익과 전체 구간에서 반대방향인 거래에 한정되지 아니하고, 특정구간에서만 반대방향인 거래도 포함한다. 따라서 헤지거래를 하려는 당사자가 현물의 가격변동과 관련하여 특별한 전망이나 목적을 가지고 있는 경우에는 특정구간에서만 위험회피가 되는 헤지거래도 다른 거래조건들을 함께 고려하여 선택할 수 있으므로, 전체 구간에서 위험회피가 되지 아니한다는 이유만으로 구조적으로 헤지에 부적합하다고 단정할 수는 없다. 또, 콜옵션 계약금액 상당의 외환현물을 보유하거나 장래에 보유할 것으로 예상하는 고객이 그 외환현물에 대한 환 헤지 목적으로 통화옵션계약을 체결하였다면 환율 상승의 정도와 관계없이 전체적인 손익은 변화가 없는 점 등에 비추어 보면, 통화옵션계약이 고객과 은행 사이에 상호 부여하는 옵션의 이론가에 차이가 있다거나 환율이 상승할 경우에는 고객에게 불리할 수 있다고 하여 그러한 통화옵션계약을 체결하면 계약 체결 이전보다 오히려 더 큰 환위험에 노출된다고 할 수는 없음은 앞에서 살핀 바와 같다.

따라서 원심이 이 사건 통화옵션계약이 구조적으로 환위험 회피에 부적합하다고 할 수 없다고 판단함으로써 환위험 회피에 부적합한 이 사건 통화옵션계약의 권유 자체로 적합성 원칙을 위반한 것이라는 원고의 주장을 배척한 것은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 적합성 원칙에 관한 법리오해, 심리미진, 채증법칙 위반 등의 잘못이 있다고 할 수 없다.

나. 적합성 원칙과 관련한 피고의 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 이해의 정도, 다른 환 헤지 계약 체결여부 등 경영상황을 미리 파악한 다음, 그에 비추어 해당 기업에 적합하지 아니하다고 인정되는 종류의 상품 또는 그러한 특성이 있는 통화옵션계약의 체결을 권유해서는 아니 된다. 은행이 그러한 의무를 위반하여 해당 기업의 경영상황에 비추어 과대한 위험성을 초래하는 통화옵션계약을 적극적으로 권유하여 이를 체결하게 한 때에는, 이러한 권유행위는 이른바 적합성 원칙을 위반하여 고객에 대한 보호의무를 저버리는 위법한 것으로서 불법행위를 구성한다고 할 것이다. 특히 장외파생상품은 고도의 금융공학적 지식을 활용하여 개발된 것으로 예측과 다른 상황이 발생할 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 비해 더 큰 공신력을 가지고 있어 은행의 권유는 기업의 의사결정에 강한 영향을 미칠 수 있으므로, 은행이 위와 같이 위험성이 큰 장외파생상품의 거래를 권유할 때에는 다른 금융기관에 비해 더 무거운 고객 보호의무를 부담한다고 봄이 타당하다[대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다1146, 1153(병합) 전원합의체 판결 등 참조].

(2) 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고는 이 사건 통화옵션계약 전까지 통화파생상품에 가입한 경험이 없고, 계약 직전 연도인 2006년도에 약 21억 원의 순손실로 자본잠식상태에 빠져 금융기관과의 대출 거래가 사실상 중단된 상태에 있어

수출대금에 대한 환위험 회피보다는 운용자금 조달에만 관심이 있었던 것으로 보이고, 피고 또한 원고에게 장차 대출 거래에 유리할 수 있다는 취지로 이 사건 통화옵션계약을 대출 거래와 연계하여 권유한 점, 피고는 이 사건 통화옵션계약 전에 원고로부터 수출내역 및 재무상태에 관한 자료를 교부받았으나, 위자료는 원고가 대출을 받을 수 있다는 기대 하에 피고 직원의 권유에 따라 수출능력을 부풀려 작성한 것이고, 오히려 원고가 제출한 수출대금 송금자료에는 2007년도 월 평균 수출액이 약 15만 달러로 기재되어 있는 점, 이 사건 통화옵션계약에 따라 피고의 콜옵션 행사 시 원고가 이행하여야 할 계약금액은 월 40만 달러로서, 이는 당시 원고의 재산상황, 수출실적 등에 비추어 과다한 금액인 점 등에 비추어 보면, 피고는 원고에게 과도한 위험성을 수반하는 이 사건 통화옵션계약을 권유함으로써 적합성 원칙을 위반하여 불법행위에 의한 손해배상책임을 부담한다고 판단하였다.

원심의 위와 같은 판단은 앞에서 본 법리에 비추어 정당하고, 거기에 피고의 상고이유에서 주장하는 적합성 원칙의 손해배상 책임 발생 여부나 적극적 의무 여부 등에 관한 이유불비 또는 판단누락의 위법이나 적합성 원칙 위반 인정과 관련한 채증법칙 위반 또는 심리미진 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

5. 설명의무 위반 여부에 관한 원고와 피고의 상고이유에 대하여

가. 설명의무의 내용과 범위

금융기관이 일반 고객과 사이에 전문적인 지식과 분석능력이 요구되는 장외파생상품거래를 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. 그러나 당해 장외파생상품의 상세한

금융공학적 구조나 다른 금융상품에 투자할 경우와 비교하여 손익에 있어서 어떠한 차이가 있는지까지 설명하여야 한다고 볼 것은 아니고, 또한 금융기관과 고객이 제로 코스트 구조의 장외파생상품 거래를 하는 경우에도 수수료의 액수 등은 그 거래의 위험성을 평가하는 데 중요한 고려요소가 된다고 보기 어렵다 할 것이므로, 수수료가 시장의 관행에 비하여 현저하게 높지 아니한 이상 그 상품구조 속에 포함된 수수료 및 그로 인하여 발생하는 마이너스 시장가치에 대하여까지 설명할 의무는 없다고 보는 것이 타당하다. 그리고 장외파생상품 거래도 일반적인 계약과 마찬가지로 중도에 임의로 해지할 수 없는 것이 원칙이고, 설령 중도에 해지할 수 있다고 하더라도 금융기관과 고객이 중도청산금까지 포함하여 합의하여야 가능한 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 금융기관이 고객과 장외파생상품 거래를 하면서 그 거래를 중도에 해지할 수 있는지와 그 경우 중도청산금의 개략적인 규모와 산정방법에 대하여도 설명할 의무가 있다고 할 수 없다[대법원 2013. 9. 26. 선고 대법원 2011다53683(본소), 53690(반소) 전원합의체 판결 등 참조]. 한편 금융기관은 고객이 당해 파생상품거래의 구조와 위험성을 정확히 평가할 수 있도록 그 금융상품의 특성 및 위험의 수준, 고객의 거래목적, 투자경험 및 능력 등을 종합적으로 고려하여 고객이 앞서 살펴본 거래상 주요 정보를 충분히 이해 할 수 있을 정도로 설명하여야 한다. 특히 당해 금융상품이 고도의 금융공학적인 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, 금융기관으로서 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(병합) 전원합의체 판결 등 참조].

나. 설명의무와 관련한 원고의 주장에 대하여

기록에 의하면, 원고는 피고가 각 옵션의 가치와 수수료, 중도해지 가부나 중도청산금 산정방법 등을 설명하였어야 한다거나, 원고가 피고로부터 받은 풋옵션의 기대이익보다 훨씬 큰 기대손실을 가지는 콜옵션을 피고에 부여함으로써 이 사건 통화옵션계약체결 전보다 더 높은 환위험에 노출된다는

사실을 피고가 설명하였어야 함에도 이를 하지 않아 설명의무를 위반하였다고 주장하였음에도 원심이 이 점에 관하여 명시적으로 판단하지 아니하였음은 상고이유의 주장과 같다.

그러나 앞서 본 법리에 의하면 이 사건 통화옵션계약의 수수료율이 다른 금융거래의 그것에 비해서 현저하게 과다하다고 보기 어려운 이 사건에 있어서 피고가 각 옵션의 이론가나 수수료 등을 설명할 의무가 있다고 할 수 없고, 또 중도해지 가부 및 중도청산금의 규모와 산정방법 등에 대하여 설명할 의무가 있다고도 할 수 없다. 그리고 원고가 피고로부터 받는 풋옵션의 이론가보다 더 큰 이론가를 지닌 콜옵션을 피고에 부여하더라도 이로써 원고가 이 사건 통화옵션계약 체결 전보다 더 큰 환위험에 노출된다고 볼 수 없음은 위에서 살핀 바와 같다. 따라서 원고의 위와 같은 주장은 배척될 경우임이 분명하여 원심의 판단누락이 판결에 영향을 미쳤다고 볼 수도 없다.

따라서 원심의 판단에 원고의 상고이유에서 주장하는 바와 같이 판결에 영향을 미친 설명의무에 관한 법리오해나 심리미진, 판단누락 등의 위법이 없다.

다. 설명의무와 관련한 피고의 주장에 대하여

원심은 그 판시와 같은 사정을 인정한 다음, 피고가 이 사건 통화옵션계약 체결 당시 그로 인한 환위험의 범위에 관하여 구체적이고 충실하게 고지하여야 함에도 그 의무를 제대로 이행하지 아니하였다고 할 것이어서 원고에 대하여 고객보호의무를 위반한 잘못이 있다고 판단하였다.

앞서 본 법리를 기록에 비추어 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 피고의 상고이유 주장과 같은 채증법칙 위반이나 심리미진 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

6. 손해의 범위와 관련된 피고의 상고이유에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고가 적합성 원칙 및 설명의무를 위반하여 원고가 입은 손해는 피고의 위와 같은 위반행위로 인하여 원고가 체결한 이 사건 통화옵션계약에서 발생한 손해로서 2,513,400,000원이고, 한편 위 손해에는 원고와 피고가 계약체결 당시 합리적으로 예상 가능하였던 범위의 환율 변동으로 인한 부분도 포함되어 있으나, 이 부분에 관한 손실 역시 이 사건 통화옵션계약을 체결하지 않았더라면 발생하지 않았을 손실이므로 피고의 적합성 원칙 및 설명의무

위반으로 인하여 원고가 입은 손해에 포함된다고 판단하였다.

기록상 나타난 이 사건 통화옵션계약의 체결 경위에 비추어 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 손해액 산정에 관한 법리오해의 위법이 없다.

7. 과실상계와 관련한 원고와 피고의 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 않는다[대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다16758, 16765(병합) 판결 등 참조].

그런데 피고의 원고에 대한 적합성 원칙 및 설명의무 위반행위는 이러한 영득행위에 해당한다고 할 수 없으므로, 원고 측의 과실은 피고의 손해배상의 범위를 정함에 있어 이를 참작함이 상당하다. 원고의 이 부분 상고이유 주장은 이와 다른 견해를 전제로, 원고의 착오는 피고의 고객보호의무 위반행위로 인하여 야기된 것이므로 원고 측의 과실을 들어 배상액을 감경하여서는 아니 된다는 것이나, 위 법리에 비추어 받아들일 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 속한다고 할 것이다(대법원 2002. 11. 26. 선고 2002다43165 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 여러 사정을 참작하여 피고의 책임비율을 전체 손해의 40%로 정하였는데, 원심의 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율판단은 수긍할 수 있는 범위 내에서 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 볼 수 없다. 따라서 거기에 원고와

피고가 상고이유에서 각각 주장하는 바와 같은 과실상계에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

8. 결론

상고를 모두 기각하고 상고비용은 상고인 각자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이상훈 대법관 신영철 대법관 김용덕 주 심 대법관 김소영