

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2013다69989(본소) 손해배상등

2013다69996(반소) 미수금

원고(반소피고), 피상고인 겸 상고인

원고(반소피고)

피고(반소원고), 상고인 겸 피상고인

엔에이치투자증권 주식회사

소송대리인 법무법인 세종

담당변호사 김용호 외 4인

원 심 판 결 서울고등법원 2013. 8. 22. 선고 2013나34954(본소), 2013나34961
(반소) 판결

판 결 선 고 2015. 5. 14.

주 문

원심판결 중 본소 및 반소에 관한 피고(반소원고) 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건
을 서울고등법원에 환송한다.

원고(반소피고)의 상고를 기각한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 준비서면 및 상고이유보충서 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 피고(반소원고, 이하 '피고'라고만 한다)의 상고이유에 관하여

가. 상고이유 제1점에 관하여

(1) 구 전자금융거래법(2013. 5. 22. 법률 제11814호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 제2조 제1호에서 '금융기관 또는 전자금융업자가 전자적 장치를 통하여 금융상품 및 서비스를 제공하고, 이용자가 금융기관 또는 전자금융업자의 종사자와 직접 대면하거나 의사소통을 하지 아니하고 자동화된 방식으로 이를 이용하는 거래'를 '전자금융거래'로, 제18호에서 '이용자의 고의 또는 과실 없이 전자금융거래가 전자금융거래계약 또는 이용자의 거래지시에 따라 이행되지 아니한 경우'를 '오류'로 각 정의하면서, 제8조 제1항에서 "이용자는 전자금융거래에 오류가 있음을 안 때에는 그 금융기관 또는 전자금융업자에게 이에 대한 정정을 요구할 수 있다"고 규정하는 한편, 제9조 제1항에서 "금융기관 또는 전자금융업자는 접근매체의 위조나 변조로 발생한 사고, 계약체결 또는 거래지시의 전자적 전송이나 처리과정에서 발생한 사고로 인하여 이용자에게 손해가 발생한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다"고 규정하면서, 제2항에서 '사고 발생에 있어서 이용자의 고의나 중대한 과실이 있는 경우로서 그 책임의 전부 또는 일부를 이용자의 부담으로 할 수 있다는 취지의 약정을 미리 이용자와 체결한 경우'(제1호) 및 '법인인 이용자에게 손해가 발생한 경우로 금융기관 또는 전자금융업자가 사고를 방지하기 위하여 보안절차를 수립하고 이를 철저히 준수하는 등 합리적으로 요구되는 충분한 주의의무를 다한 경우'(제2호)에는 제1항의 규정에 불구하고 금융기관

또는 전자금융업자는 그 책임의 전부 또는 일부를 이용자가 부담하게 할 수 있다고 규정하고 있고, 제3항에서는 "제2항 제1호의 규정에 따른 이용자의 고의나 중대한 과실은 대통령령이 정하는 범위 안에서 전자금융거래에 관한 약관에 기재된 것에 한한다"고 규정하고 있다. 그리고 구 전자금융거래법 시행령(2013. 11. 22. 대통령령 제24880호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제8조는 구 전자금융거래법 제9조 제3항에 따른 고의나 중대한 과실의 범위를 '이용자가 접근매체를 제3자에게 대여하거나 그 사용을 위임한 경우 또는 양도나 담보의 목적으로 제공한 경우'(제1호) 및 '제3자가 권한 없이 이용자의 접근매체를 이용하여 전자금융거래를 할 수 있음을 알았거나 쉽게 알 수 있었음에도 불구하고 접근매체를 누설하거나 노출 또는 방치한 경우'(제2호)로 규정하고 있다.

이러한 구 전자금융거래법 및 구 전자금융거래법 시행령 각 규정의 내용에 비추어 보면, 구 전자금융거래법 제9조는 직접 대면하거나 의사소통을 하지 아니하고 전자적 장치를 통하여 자동화된 방식으로 이루어지는 전자금융거래의 특성을 고려하여 일반적인 대면 거래라면 발생하지 아니하였을 권한 없는 제3자에 의한 거래나 이용자의 거래 지시와 거래의 이행 결과 사이의 불일치로 인하여 이용자에게 손해가 발생한 경우에는 원칙적으로 금융기관 또는 전자금융업자로 하여금 손해배상책임을 지도록 하되, 예외적으로 이용자가 거래지시나 이용자 및 거래내용의 진실성과 정확성을 확보하기 위하여 사용되는 접근매체를 대여하거나 누설하는 등의 경우 및 이용자가 법인인 경우로 금융기관 또는 전자금융업자가 보안절차의 수립과 준수 등 충분한 주의의무를 다한 경우에 한하여 이용자가 그 책임의 전부 또는 일부를 부담하게 할 수 있도록 함으로써 전자금융거래의 안전성과 신뢰성을 확보함과 아울러 그 이용자를 보호하려는 데 그 취

지가 있다고 할 것이다.

그러므로 구 전자금융거래법 제9조 제1항에 따라 금융기관 또는 전자금융업자가 손해배상책임을 부담하는 '사고'는 권한 없는 제3자에 의하여 전자금융거래가 이행되거나 이용자의 거래지시가 없었음에도 전자금융거래가 이행되거나 이용자의 거래지시가 있었으나 그에 따라 전자금융거래가 이행되지 아니한 경우 등을 의미한다 할 것이다. 따라서 이용자가 거래지시를 하여 그 거래지시에 따라 이용자가 본래 의도한 대로 전자금융거래가 이행된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 구 전자금융거래법 제9조 제1항에 따라 금융기관 또는 전자금융업자가 손해배상책임을 부담하는 '사고'에 해당하지 아니한다고 해석함이 상당하다.

(2) 원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

① 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)는 피고의 증권영업직으로 근무하다가 퇴직한 사람으로 그 후 다른 증권회사에서도 근무한 경력이 있고, 증권투자상담사 및 파생상품투자상담사 자격을 보유하고 있으며, 장기간 타인 명의로 개설된 계좌(이하 '이 사건 계좌'라고 한다)를 통해 피고의 홈트레이딩시스템을 이용하여 선물옵션거래를 해 왔다.

② 피고가 운영하는 홈트레이딩시스템의 주문창에는 매도 및 매수가능수량, 주문가능금액(예탁총액에서 위탁증거금총액을 뺀 금액), 위탁증거금총액 등이 나타나 있어 이용자가 당시의 계좌상태로 해당 주문을 할 수 있는지 여부를 즉시 알 수 있도록 되어 있을 뿐만 아니라 미체결 및 체결내역, 잔고현황까지 함께 나타나 있어 주문이 되었으나 미체결 상태인 주문의 내역과 계약이 체결되어 보유하게 된 종목의 내역

을 이용자가 즉시 알 수 있도록 되어 있고, 이와 별도로 결제기준잔고창을 띄워 예탁 총액, 위탁증거금총액, 주문가능금액 등을 보다 상세하게 확인할 수도 있으며, 주문가능금액의 부족으로 주문이 거절되는 경우에는 주문 오류 경고창이 나타나 이용자로 하여금 주문가능금액의 부족으로 주문이 거절되었음을 알 수 있도록 되어 있다.

③ 원고는 2011. 2. 28. 피고의 홈트레이딩시스템을 이용하여 이 사건 계좌로 선물옵션거래를 하던 중 08:32:03경 추가증거금 발생을 이유로 풋옵션 매도 주문이 거절되자 09:01:17경 보유하고 있던 선물 매수 1계약을 매도함으로써 추가증거금을 해소하였고, 09:17:29경에는 이 사건 계좌에 1,400만 원을 입금하여 예탁총액을 늘렸으며, 이후 2011년 3월물 행사가격 265인 풋옵션(이하 '풋265'라고 하고, 콜옵션과 풋옵션 모두 이와 같은 방식으로 표시하기로 한다) 매도 주문을 시작하였다.

④ 그러던 중 09:17:59경 주문가능금액 부족으로 풋265 매도 주문 접수가 거절되자 원고는 09:18:06경 그와 반대 포지션에 해당하는 풋240 매수 주문을 내는 등 주문가능금액 부족으로 주문이 거절되는 경우 풋265 매도 및 그와 반대 포지션에 해당하는 풋옵션 매수 또는 콜옵션 매도를 반복하는 방법으로 위탁증거금을 조절해 가며 거래를 계속하였다.

⑤ 그러다가 09:30:31경 주문가능금액이 -59,423,928원으로 되어 풋265 매도 주문이 접수될 수 없는 상태가 되었음에도 피고가 운영하는 홈트레이딩시스템의 오류로 09:31:37경 원고가 한 풋265 매도 1계약의 주문이 접수되었고, 이에 원고는 09:31:49경 다시 1계약의 주문을 추가로 하여 그것마저 접수되자 09:31:56경부터는 주문 수량을 10계약으로 늘려 3회에 걸쳐 주문을 하여 그 주문이 모두 접수되었으며, 09:32:05경에는 주문 수량을 크게 늘려 100계약을 주문하였다가 주문가능금액 부족으로 접수가 거절되

자 09:32:07경 주문 수량을 100과 10의 중간인 20계약으로 하여 주문을 하였고, 이 역시 주문가능금액 부족으로 접수가 거절되자 09:32:10경 다시 주문 수량을 10계약으로 낮추어 주문에 성공하였다.

⑥ 이후로도 원고는 풋265 매도 주문을 계속하여 09:32:10경부터 10:03:54경 까지 30여 분 동안 29회에 걸쳐 총 287계약(이하 '이 사건 287계약'이라고 한다)의 주문을 하였고, 그 계약의 체결로 원고는 이 사건 287계약 체결 이전부터 보유하고 있던 43계약을 포함하여 풋265 매도 330계약을 보유하게 되었다.

⑦ 원고가 이 사건 287계약의 주문을 마쳤을 당시 위탁증거금총액은 무려 929,265,549원에 이른 반면, 예탁총액은 09:17:29경 입금한 1,400만 원을 포함하여 29,981,100원에 불과하였다.

⑧ 원고는 거래종료 직전인 15:08:24경 이 사건 287계약을 포함하여 풋265 매도 330계약 전부에 대하여 환매 주문을 하였다가 이를 취소하였고, 다시 15:09:07경 100계약, 15:09:13경 100계약, 15:09:33경 130계약으로 나누어 풋265 매도 330계약 전부를 환매하는 주문을 하였으나, 실제 계약이 체결되지는 아니하였다.

⑨ 원고는 이 사건 287계약이 체결된 당일에는 피고에게 아무런 연락을 취하지 아니하다가 그 다음 영업일인 2011. 3. 2. 오전에 비로소 피고에게 전화를 걸어 전산상으로 접수될 수 없는 주문이 접수되었다는 주장만 하였을 뿐 이 사건 287계약이 원고가 주문하지 않았음에도 저절로 체결되었다는 취지의 이의를 제기한 바는 없고, 오히려 원고가 스스로 이 사건 287계약의 주문을 하였고, 선물옵션거래에 위탁증거금이 발생한다는 사실을 잘 알고 있음을 인정하는 취지의 말을 하였다.

(3) 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고는 피고가 운영하는 홈

트레이딩시스템이 주문가능금액의 부족으로 주문이 접수될 수 없는 상황임에도 주문이 접수되는 비정상적인 상태에 있음을 인식하고 오히려 이를 이용하여 스스로의 의사에 따라 이 사건 287계약의 주문을 함으로써 원고가 의도한 대로 이 사건 287계약이 체결되도록 하였다고 볼 여지가 충분하므로, 이러한 경우 이 사건 287계약의 체결은 구 전자금융거래법 제9조 및 피고의 전자금융거래 이용에 관한 기본약관(이하 '이 사건 기본약관'이라고 한다) 제8조에서 규정한 '사고'에 해당하지 아니한다고 할 것이다.

(4) 그럼에도 원심은 이와 달리 이 사건 287계약의 체결이 구 전자금융거래법 제9조 및 이 사건 기본약관 제8조의 계약체결 또는 거래지시의 전자적 전송이나 처리 과정에서 발생한 사고에 해당한다고 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 구 전자금융거래법 및 이 사건 기본약관에서 규정한 사고의 해석에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 이 부분 상고이유 주장은 이유 있다.

나. 상고이유 제3점에 관하여

(1) 과실상계는 채무불이행 내지 불법행위로 인한 손해배상책임에 대하여 인정되는 것이고, 채무 내용에 따른 본래의 급부의 이행을 구하는 경우에 적용될 것은 아니다(대법원 2000. 4. 7. 선고 99다53742 판결 등 참조).

(2) 기록에 의하면, 피고의 반소청구는 파생상품계좌설정약관에 따라 위탁증거금 예탁의무가 있는 원고가 이를 예탁하지 아니함으로써 반대매매 이후에도 부족액으로 남아있는 위탁증거금 채무의 지급을 구하는 것임을 알 수 있고, 이러한 피고의 반소청구는 파생상품계좌설정약관에 규정된 채무 내용에 따른 본래의 급부 이행을 구하는 것으로서 과실상계나 책임제한을 할 수 없다고 할 것이다.

(3) 그럼에도 원심은 이와 달리 피고의 반소청구를 채무불이행에 기한 손해배상 청구라고 보아 원고의 책임을 제한하였으니, 이러한 원심의 조치에는 과실상계 내지 책임제한에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 이 부분 상고이유 주장도 이유 있다.

2. 원고의 상고이유에 관하여

가. 상고이유 제1, 4, 7점에 관하여

이 부분 상고이유 주장은, 이 사건 287계약의 체결이 구 전자금융거래법 및 이 사건 기본약관에서 정한 사고에 해당함을 전제로 한 것이나, 앞서 본 바와 같은 이유로 위 사고에 해당하지 아니한다고 보는 이상 이와 다른 전제에 선 이 부분 상고이유 주장은 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다.

나. 상고이유 제2, 6점에 관하여

(1) 기록에 의하면, 원심의 보정권고에 따라 제출된 피고의 2013. 7. 17.자 준비서면에 새로운 공격방어방법이 포함되어 있다고 할 수 없을 뿐만 아니라 위 준비서면이 제출된 당일 원고가 이를 열람한 후 원심 제1차 변론기일에서 이를 반박하는 준비서면을 진술한 사실을 알 수 있는바, 이러한 사정에 비추어 보면, 원심이 피고에게 원심 제1차 변론기일 6일 전까지 준비서면을 제출하도록 보정권고를 하였다는 사정만으로 원고의 변론권이 침해되었다고 할 수 없다. 이 부분 상고이유 주장은 이유 없다.

(2) 판결서의 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시하면 되고 당사자의 모든 주장이나 공격·방어방법에 관하여 판단할 필요가 없다(민사소송법 제208조). 따라서 법원의 판결에 당사자가 주장한 사항에 대한 구체적·직접적인 판단이 표시되어 있지 않더라

도 판결 이유의 전반적인 취지에 비추어 그 주장을 인용하거나 배척하였음을 알 수 있는 정도라면 판단누락이라고 할 수 없고, 설령 실제로 판단을 하지 아니하였다고 하더라도 그 주장이 배척될 경우임이 분명한 때에는 판결 결과에 영향이 없어 판단누락의 위법이 있다고 할 수 없다(대법원 2012. 4. 26. 선고 2011다87174 판결 등 참조).

원심은 그 판시와 같은 이유로 피고의 주장을 받아들여 원고는 피고에게 반대매매 이후에도 부족액으로 남아있는 위탁증거금을 지급할 책임이 있다고 판단하는 한편, 이 사건 287계약은 원고의 의사와는 상관없이 저절로 체결된 것이라는 원고의 주장을 배척하였는데, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원고의 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 등 위반에 따른 손해배상책임 주장이나 반소청구에 대한 주장은 이 사건 287계약이 원고의 의사와는 상관없이 저절로 체결된 것임을 전제로 하는 것이거나 이 사건 287계약의 체결로 인한 손해의 발생과는 직접 관계가 없는 각종 통지나 자료의 기록·유지에 관한 것으로서 원심판결 이유의 전반적인 취지에 비추어 그 주장을 배척하였음을 알 수 있거나 그 주장이 배척될 경우임이 분명한 때에 해당한다 할 것이므로, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니하거나 판단을 누락하는 등으로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

다. 상고이유 제3, 5점에 관하여

이 부분 상고이유 주장은 결국 사실심인 원심의 전권에 속하는 증거의 취사선택이나 사실인정을 탓하는 취지에 불과하여 적법한 상고이유가 될 수 없다.

3. 결론

그러므로 피고의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 본소 및 반소에 관한 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법

원에 환송하며, 원고의 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	조희대
-----	-----	-----

	대법관	이상훈
--	-----	-----

주심	대법관	김창석
----	-----	-----