

# 금융기관의 설명의무와 조언의무

양 석 완\*

## 목 차

- I. 머리에
- II. 설명의무와 조언의무의 연원
- III. 설명의무와 조언의무의 논거
- IV. 맺으며

## I. 머리에

한국판 'Big-Bang'이라 불리는 금융지주회사의 탄생과 은행의 잇따른 합병은 금융권의 틀을 크게 바꿔 놓고 있다. 즉, 우리나라의 금융개혁은 금융기관의 대형화·global화를 도모함으로써 금융기관의 경쟁력 강화에 초점을 맞춰나가고 있다.

그러나, 이와 같은 금융환경의 변화는 은행·증권회사라고 하는 금융기관과 고객·투자자와의 법률관계에 관하여, 종래 우리나라에서 행해져 온 논의가 과연 새로운 문제 상황에 충분히 대응할 수 있는가 하는 우려를 낳고 있다. 여태까지 은행, 증권업이라고 한 특정한 業態 차원에서 논해지던 문제가 거래단위 차원의 문제로 전환될 필요성이 있게 됨과 아울러, 고객의 자기책임과 그것을 요구하기 위한 전제요건의 명확한 제시가 필요하다.

금융규제완화 아래에서는, 다양한 금융상품이 출현하고 또한 여러 가지 기존의 상품을 조합시켜 새로운 금융상품의 개발이 행해져 상품간의 경쟁이 전개될 것이다. 이러한 가운데, 기관투자자뿐만 아니라 자산운용의 장의 확대를 필요로 하는 개인 투자자는 자기의 능력과 필요성에 적합한 자기의 판단과 책임에 따른 투자활동을 추구하게 될 것이다. 여기서 급변하는 금융환경에 대응할 수 있는 금융기관과 고객 사이의 새로운 금융법률관계를 형성하기 위한 연구가 필요하게 된다.

\* 제주대학교 법정대학 법학부 교수

금융상품의 거래내용을 일반투자자·고객이 이해하고 원활히 행해지도록 하기 위해서는 적절한 정보제공이 불가결하다. 동시에 고객은 금융기관에 비해 정보 격차가 있고, 금융기관으로부터 제공된 정보를 신뢰하거나 이에 강하게 의존하지 않으면 안 되는 상황에 처해 있다.

금융상품의 판매시에 금융기관 측이 일정 중요한 정보를 제공할 설명의무를 지우는 것은 외국 판례에 있어서도 널리 인정되고 있지만, 금후 금융기술의 혁신, 금융서비스의 다양화가 진전되는 가운데 설명의무는 더욱 더 중요해지고 있다. 그리하여, 이를 금융상품의 판매업자에 공통되는 기본적인 의무로서 제도화하고 이에 위반한 경우의 손해배상책임이 발생할 요건 등을 명확히 할 것이 요구된다. 그 전제로서 고객도 자유로운 의사의 주체자로서, 스스로의 주의력을 구사할 여러 자료를 수집하고, 이를 계약 선택의 판단재료로 활용할 수 있는 지위에 있다는 법 인식에 있다.

그렇다면, 그와 같은 의무와 원칙은 오늘날까지 어떻게 하여 인식되지 않았을까? 무엇보다도 법적 사고의 폭이 좁은 점에 그 원인이 있다. 금전과 관련된 계약당사자의 관계를 살펴본다면, 貸付업무 하나를 들어보더라도, 금융기관으로서는 고객의 신용도 확인과 대부 타당액의 판정이나 용자 실행일의 결정, 담보의 요구와 절차에 관한 확인, 그리고 그것을 정확하게 실시하는 등, 실로 세부적인 다수의 사무를 주의를 다하여 수행하지 않으면 안 된다. 이와 같이 비중이 있는 사무는 고객 쪽에도 존재한다. 빙산으로 예를 든다면, 이것들은 말하자면 수면 아래의 거대한 빙괴(氷塊)이다. 그런데, 법률관계로서 파악되는 것은 앞서 말한 현상이고, 그것은 말하자면 수면 위에 나타나고 있는 부분에 불과하다. 법률이 생활관계 전부를 조문으로 나타내 보일 수 있기가 불가능하기 때문에, 특히 규율을 필요로 하는 사항을 대상으로 한정하고 있는 데 불과하다. 이 점을 간과하여 수면 위의 정해진 바에 눈을 빼앗기게 된다면, 그로 인하여 대부는 약속기간 동안 금전의 이용을 상대방에게 허용하게 되고 그 기일에 변제하지 않는다면 어떻게 되는가? 라고 하는 법 지식만을 검토하는 것으로 금융거래법의 연구는 족하다고 오해하는 경향이 있었다. 환언한다면, 상대방의 충분한 이해 하에 업무를 수행해 나가지 않으면 안 된다는 基盤부분에 관한 데까지는 검토되지 않는 채, 대부업무나 법률실무가 진행되는 경향이 있다는 데 있다.

그 때문에, '계약을 했으므로' 라고 하는 정도의 이유로 계약 전의 상품 등에 대하여 설명할 필요성을 인식함이 없이 금융거래에서 발생하는 손실이나 불이익은 일체 고객의 「자기 책임」으로 돌아가는 것이 일반적 경향이고, 司法판단도 이와 같은 법적 思考를 당연시해 왔다는 데 있다.

이에, 이 논문은 특히 독일법을 중심으로 고객에 대한 금융상품 또는 투자 권유가

금융기관의 적절한 정보에 의한 것인지, 과당 권유는 아닌지, 대량 추천 판매권유는 아닌지, 단정적 판단에 의한 권유는 아닌지를 검토하기 위한 기준을 설정하고, 설명의무 위반이나 적합성의 원칙에 어긋난 부적절한 권유의 법적 취급과 그에 대한 민사상의 효과 등을 어떻게 다룰 것인가를 주된 논점으로 삼아 연구하고자 하는 데 있다.

## II. 설명의무와 조언의무의 연원

금융기관의 설명의무와 조언의무의 기본적인 공통 項은 금융기관이 고객의 이익을 지킨다고 하는 의무이다. 그 의무는 개별적으로는 당해 금융거래의 종류와 사정에 의해 결정된다. 이 의무가 이행되는 것에 의해 고객보호가 도모되고, 시장투명도가 높아지게 된다. 그것은 적절하게 정보를 전달받고, 경우에 따라서는 바르게 조언을 받은 고객이 독자적으로 자기의 이익을 지키고 그 자신의 거래상의 결정을 자기 책임 아래 행할 수 있다. 즉 모든 고객이 충분한 정보를 부여받고, 경우에 따라서는 그 정보에 관하여 조언이 이루어지는 것이 시장의 투명성을 이끌 것이라고 하는 기대가 된다. 그 시장의 투명성은 은행서비스 시장에서나 자본 및 금융시장에서나 기능적인 시장활동에 있어서 불가결한 것이다.

금융기관의 설명의무와 조언의무에 대한 다수의 판례는 이 고객보호와 시장투명성이라고 하는 사상에 의해 도출되고 있다. 정보제공에 의한 고객보호라고 하는 사상이 판례를 다음과 같이 유인하게 하고 있다. 즉 외국의 상품선물거래소에서 위험도가 높아져 거의 예상할 수 없는 투기를 증개한 경우에는 고객에 대하여 문서에 의하여 설명하고 경고한다고 하는 엄격한 의무를 정해 놓는 것이다<sup>1)</sup>. 판례는 그러나 실제로 되풀이하여 고객자신에 대한 책임의 한계를, 고객과 금융기관 사이의 책임의 계약상 또는 법률상의 위험(Risiko)분배에 따라 확정하지 않으면 안 되게 된다.

정보제공에 의한 고객보호사상이 사법분야에서의 다수의 법률과 입법활동에 대하여 독일 및 유럽의 입법자의 지침으로 되었다.

독일의 경우에 1976년의 약관규제법을 들어야 하지만, 그것은 불의타(不意打), 불명확, 부당, 불이익 조항으로부터의 고객보호를 목적으로 하고 있고(약관규제법 제3. 5. 9. 24a조), 그 경우에 기타의 '지배(Kontrolle)'의 기준이 되는 투명도의 요청을 정하고 있다. 특히 지적할 수 있는 것은 1989년의 증권거래소법 개정이다. 그것은 사전에 부여

1) BGHZ 124. 151 = NJW 1994. 1508. 1510f. : BGH NJW 1994. 997 : BGH WM 1994. 492

된 정보에 의하여 증권거래소 선물거래 능력을 인정하는 제도를 도입하는 것에 의해, 증권거래소 선물거래의 경우에 있어서의 투자보호에 대하여 새로운 기초를 제공했다(증권거래소법 제53조 제2항).

1990년의 소비자신용법도 대부의 경제적 조건에 관한 문서에 의한 정보제공을 명하는 것에 의하여 차용인을 보호한다고 한다(소비자신용법 제4조). 정보제공에 의한 투자보호에 1990년의 유가증권판매 사업설명서法도 유용하다. 유가증권 시장의 기능성을 도모하고 아울러 투자자 보호에도 이바지하는 것이 1994년의 유가증권거래법이다. 그것은 제2차금융시장진흥법의 범위내에서 시작된 것으로, 유가증권서비스제공기업에 설명의무와 조언의무를 과하는 데 있다(유가증권거래법 제31, 32조)<sup>2)</sup>.

설명 의무는 일정한 사실에 관계되며, 그것은 정보제공의무이다. 그 정보가 고객에 있어서 일정한 거래상의 위험을 판정하기 위하여 불가결한 것이다. 그러나 대개의 고객은 설명을 청구할 권리자로서 이들 사실을 정확한 질문으로서 모든 것을 처음부터 파악할 수 없다. 그는 일반적인 쟁대로의 질문을 할 수 있을 뿐이다. 그러나 고객으로부터의 질문이 없더라도 자발적으로 금융기관이 거래에 관한 자기의 지식과 거래상황에 대하여 결정하지 않으면 안 된다. 그것은 고객이 그 자신의 거래상의 결정을 할 수 있도록 하기 위해서는 어떤 정보를 그 고객에게 알게 해야 하는가 하는 것에 대한 판단이다.

금융기관의 조언의무는 또한 고객에 있어서 일정한 거래상의 결정을 준비하기 위한 중요한 사실에 대해서 정보와 관련된다. 그러나, 그 사실에 대해서 정보에 일정한 상황과 위험에 관한 은행의 가치판단이 부가되고 있고, 그것이 일정한 조언을 구성하게 된다. 고객은 결국 조언의 경우에는 사실에 관한 정보와 조언이 조성되는 것을 기대하고 있는 것이지만, 그 정확한 내용을 처음부터 정확한 질문을 하는 것에 의하여 파악하는 것은 반드시 가능한 것만은 아닐 것이다<sup>3)</sup>.

그런데, 금융기관에 대한 고객 또는 제3자의 특별한 보고청구권은 BGB의 특별한 요건에서 성립하는 수가 있다. 예컨대, 채권양도의 경우에 BGB 402조에 의해 양수채권자에 그와 같은 청구권이 성립하거나 또는 사무관리의 경우에 BGB 663조에 의한 계산보고의 범위 내에서 똑 같이 성립한다. 예외적으로 그와 같은 청구권은 BGB 242조로부터 도출될 것이다<sup>4)</sup>. 이들 경우에 금융기관의 보고의무는 정확히 한계를 그을 수 있는 일정한 사실관계, 예컨대 구좌상황의 통지 또는 이미 행하여진 거래의 통지와 관

2) 和田安夫(譯), “銀行の説明義務と助言義務” 『民商法雜誌』 第121卷 1號(1999), pp. 6~7

3) Vgl. auch Vortmann, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, Rn 2. : 和田安夫(譯), 前掲論文, p. 5

4) Heymann/Horn, HGB, Berlin : Walter de Gruyter, Bd. 4, 1990, Rn 68 m. Nachw.

련된다. 이 의무에 대응하는 것은 고객의 訴求 가능한 보고청구권이다. 거기서, 예컨대 상속인에게 이전된 금융기관에 대한 피상속인의 계약관계로부터, 피상속인이 금융기관을 통하여 제3자에게 행한 증여 유사의 援助에 관한 보고청구권을 가지는 데 있다<sup>5)</sup>. 보고의무가 실제적 역할을 수행하는 것은 그것이 침해된 경우에 손해배상청구권의 기초가 되는 경우이다.

금융기관의 경고의무는 금융기관으로부터의 자발적인 지적과 관련된다. 그것은 고객에 대해서 구체적 위험에 관련되어, 고객 자신은 그것을 알지 못하지만 그 알지 못한다고 하는 것을 금융기관측이 인식하고 있던가, 용이하게 인식할 수 있는 경우에 발생하는 것이다. 경고의무는 사실의 통지와 금융기관에 의한 그 사실의 평가를 포함하고 있다. 양자는 일정한, 정확히 윤곽이 잡혔던 위험과 관련된다. 예컨대, 고객이 신용부여 또는 기타의 先급부를 하도록 하는 거래 상대방이 경제적 파탄의 직전에 있고, 그 결과 고객에게 손실이 발생할 수 있다고 하는 사정이다<sup>6)</sup>.

미국의 경우, 간판이론(shingle theory)에 따르면 broker·dealer가 개업을 하여 간판을 내걸게 되면, 그는 특정한 증권을 오직 고객의 경제상황에 적합하다고 믿는데 대한 합리적 기초가 있어야만 권유할 것이라는 것을 묵시적으로 표시(implied representation)하였다고 풀이한다<sup>7)</sup>. 간판이론은 한 걸음 나아가 조사의무(duty of inquiry)이론으로 발전된다. SEC에 의하면, broker·dealer는 조사의무가 있고, 적어도 '권유의 적합성을 판단하기 위하여 고객의 다른 증권의 보유 및 재정상황 그리고 필요성에 관한 정보를 얻으려는 시도'도 없이 증권을 권유할 수 없다고 주장했다<sup>8)</sup>.

미국의 조사의무이론에서 보듯이, 단정적인 판단 또는 합리적인 근거가 없는 판단을 제공하는 것은 고객으로 하여금 자기책임의 전제가 되는 투자위험에 관한 올바른 인식형성을 방해하는 행위라고 볼 수 있다. 따라서 단정적 판단의 제공에 의한 권유행위의 위법성을 판단함에 있어서는 투자권유자가 사용한 표현은 물론 투자권유자가 합리적이고 충분한 근거를 가지고 권유를 하였는지 여부, 투자자의 이해력과 투자경험 유무 기타 정황 등을 종합적으로 고려하여 그러한 권유행위가 증권투자거래에 관한 사회통념에 반하는지 여부를 기준으로 삼아야 한다<sup>9)</sup>. 판례도 이러한 입장을 취하고 있다.

5) BGHZ 107, 104, 108f. 본건에서는 상속인이 청구권을 遺留分權利者에게 유효하게 양도하고 있다.

6) BGH WM 1960, 1321, 1322 : 1961, 510, 511 : 1986, 1409 : Canaris, Bankvertragsrecht, 3. Aufl. 1988, Rn 105 : Heymann/Horn, a.a.O., Anh.§372 BankGesch I Rn 76.

7) James D. Cox/Robert W. Hillman C. Langevoort, *Securities Regulation* (New York: Aspen Law & Business, 1997), p.1094

8) 40 S.E.C. 138 (1960)

9) 권순일, "증권투자권유자의 책임에 관한 연구", 서울대학교 박사학위논문, 2002. 2. p.175

일본은 1988년 증권거래법 개정 당시 유가증권선물거래 등과 관련하여 설명의무가 법률에 규정되고, 1992년 증권거래법 개정을 통하여 증권회사 임직원의 성실공정의무, 적합성원칙 등이 법률에 명문화되면서 투자권유와 관련된 학설과 판례가 발전의 계기를 맞게 되었다. 특히 1990년대에 들어 다양하고 복잡한 금융상품이 출현하면서 일반투자자들이 증권시장에서 워런트(ワラント, warrant, 신주인수권- 신주인수권부사채)<sup>10)</sup> 거래를 하는 경우가 많아졌고 이에 관한 판례도 많이 축적되게 되었다.

이와 같이 일본에서는 일찍부터 상품선물거래, 증권거래 및 은행거래 등과 관련하여 이론과 판례상으로 설명의무이론이 발전되어 왔다. 그런데 '금융상품의 판매 등에 관한 법률'이 2001년 4월부터 제정 시행됨에 따라 설명의무이론은 새로운 전기를 맞게 되었다. 이 법률은 21세기를 맞이하여 금융서비스에 관한 기반 정비의 일환으로서 금융서비스 이용자의 보호를 위하여 금융상품판매업자의 고객에 대한 설명의무를 강조하고, 설명의무위반의 경우에 민사책임을 인정하고 있다<sup>11)</sup>.

즉 일본의 판례가 투자권유자의 투자자에 대한 주의의무를 (1) 단정적 판단의 제공에 의한 권유의 금지, 손실부담 내지 이익보증특약에 의한 권유의 금지, 허위의 표시 또는 오해를 생기게 하는 표시에 의한 권유의 금지 등 투자자의 정확한 인식을 형성하는 데 방해하는 것을 피할 의무('부당권유행위'), (2) 투자자의 투자목적, 재산상태 및 투자경험 등에 비추어 명백히 과도한 위험을 수반하는 거래를 적극적으로 권유하는 등으로 사회적 상당성을 결여한 수단과 방법으로 당해 거래의 투자를 권유하는 것을 피할 의무('적합성원칙')라고 밝히고 있다<sup>12)</sup>. 이와 아울러, 일본 판례는 한 걸음 나아가

10) 워런트거래는 신주인수권을 거래대상으로 하는 것이므로 그 가치가 주가에 따라 좌우되는데 그 가격변동율이 주가변동율에 비하여 훨씬 높고 가격변동의 예측이 어려울 뿐만 아니라 그 행사가 시간이 정해져 있기 때문에 투기성과 투자위험이 매우 높다는 것이 특징이다.- 川抵 昇, "ワラント勧誘における証券会社の説明義務", 『民商法雑誌』 第113卷 4・5號(1996. 6), p. 636 이하

11) 森田 章, "投資勧誘と適合性の原則", 『民商法雑誌』 第122卷 3號(2000. 6), p. 319

12) "증권거래의 특질과 특수성을 감안하여 볼 때 증권회사 또는 그 사용인은 투자자에 대하여 허위의 정보 또는 단정적 정보 등을 제공하는 등으로 투자자가 당해 거래에 수반하는 위험성에 관하여 정확한 인식을 형성하는 데 방해하는 것과 같은 것을 피해야 하고, 또한 투자자의 투자목적, 재산상태 및 투자경험 등에 비추어 명백히 과도한 위험을 수반하는 거래를 적극적으로 권유하는 등으로 사회적 상당성을 결여한 수단과 방법으로 부당하게 당해 거래의 투자권유를 피할 의무가 있다 할 것이고, 증권회사 또는 그 사용인이 이에 위반한 때에는 당해 거래의 일반적인 위험성의 정도 및 그것이 알려진 정도, 투자자의 직업과 연령, 재산상태 및 투자경험 그밖에 당해 거래가 이루어진 특정한 구체적 상황 여하에 따라서는 사법상으로도 위법한 것이 된다고 하여야 할 것이기 때문에, 증권회사 또는 그 사용인은 이와 같은 위법한 투자권유로 증권회사와 당해 거래를 하여 손해를 입은 투자자에 대하여는 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상 책임을 면하지 못한다고 해석함이 상당하다." [밑줄은 필자가 추가함] -東京地判 1993. 5. 12. (判例時報 1466號, 105面) : 같은 취지의 판결로는 大阪地判 1994. 3. 30. (判例タイムズ 855號,

(3) 투자자의 의사결정에 중요한 당해 거래에 수반하는 위험성에 관하여 정당한 인식을 형성하는데 충족되는 정보를 제공하여야 할 의무('설명 의무') 이론을 발전시켰다<sup>13)</sup>.

### III. 설명의무와 조언의무의 논거

#### 1. 계약상의 논거

금융기관의 설명의무와 조언의무에 대한 다수의 판례는 고객보호와 시장투명성이라고 하는 사상에 의해 도출되고 있다. 즉 외국의 상품선물거래소에서 위험도가 높아져 거의 예상할 수 없는 투기를 증개한 경우에는 고객에 대하여 문서에 의하여 설명하고 경고한다고 하는 엄격한 의무를 정해 놓고 있는 것이다<sup>14)</sup>.

금융기관의 설명의무와 조언의무는 계약, 계약준비단계 또는 기타 법률에 의하여 기초가 마련된다. 이 경우 금융기관·고객관계의 법적 기초 전체를 개관하는 것이 중요하다<sup>15)</sup>.

#### 1) 개별적 또는 일반적 은행계약

금융기관·고객관계의 법적 기초의 원칙적 형태는 계약이다. 이른바 당좌예금구좌계약으로서 BGB 700조가 말하는 은행예금구좌의 소비기탁계약이고, 당좌대월에 대하여는 BGB 607, 610조가 말하는 여신계약이며, 그 밖의 점에서는 개개의 대체지급거래의

220面), 東京地判 1995. 8. 30. (判例タイムズ 911號, 163面), 東京地判 1995. 10. 26. (判例タイムズ 915號, 223面), 大阪地判 1995. 11. 9. (判例タイムズ 909號, 197面)

13) 大阪地判 1994. 2. 10. (判例タイムズ 841號, 271面), 大阪地判 1994. 3. 30. (判例タイムズ 855號, 220面)

14) BGHZ 124, 151 = NJW 1994, 1508, 1510f. ; BGH NJW 1994, 997 ; BGH WM 1994, 492.

15) 판례는 일반적으로는 오히려 계약책임 또는 계약에 유사한 책임에 관심을 갖지만, 이는 순수한 불법행위책임에 의한 보호가 이루어지는 것으로는 불충분하므로 이를 회피하기 때문이다. 불법행위적 보호로는 충분하지 않는 것은 BGB 831조 1항 2문에 의한 귀책가능성, BGB 826조의 책임규범을 제외한 일반적인 재산보호가 이루어지고 있지 않는 것, BGB 282조의 증명부담의 유리성의 결여, 그리하여 BGB 852조에 의한 비교적 단기시효를 규정한 데서 엿볼 수 있다. 그런데도 불법행위법은 사회생활의무와 BGB 826조의 적용영역이 확대되고 있으므로 설명의무와 조언의무에 관해서도 중요성을 띠게 되었다. 이른바 신뢰책임 구상이 계약체결상의 과실에 따른 독자적인 의의를 가지는가 하는 것은 여기서도 미지수이다.- Heymann/Horn, a.a.O., §347, Rn. 47 ; Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S.101ff. ; 和田安夫 (譯), 前掲論文, pp. 9~10

실행에 관한 사무처리계약이다<sup>16)</sup>. 다음의 예는 BGB 607, 610조가 말하는 여신계약이지만, 종종 그와 결합되는 것은 담보의 제공, 기탁계약에 기하여 금융기관에 의한 유가증권의 보관, 그리고 매매법(BGB 433조 이하)과 도매상法(독일 상법 제383조 이하)에 의한 유가증권거래의 실행이다.

금융기관·고객관계의 복수의 법률관계를 일반적인 은행계약이라는 개념으로 정리하는 것, 또한 그 경우 가능한 한 계약준비관계를 도입하는 시도가 이루어지고 있다<sup>17)</sup>. 일반적 은행계약은 고객이 금융기관과 체결하는 개별계약을 위한 계약이 되고 동시에 금융기관의 보통거래약관을 개별계약의 내용으로 수용하게 된다. 금융기관의 의무는 구체적으로는 일반적 은행계약에 의하지 않고, 오로지 개별적인 계약관계의 유형적 의무와 특별한 의무에 의하여 정해질 수 있다.

금융기관은 그 개별계약에 기하여 계약상 인수된 급부를 주의를 다하여 이행할 의무뿐만 아니라, 고객과 금융기관 사이에 특별한 신뢰관계로부터 발생하는, 그리고 고객의 중요한 재산적 사항에 금융기관이 영향을 미칠 가능성으로부터 발생하는 이익보호의무를 부담하고 있다. 그 의무의 중요한 국면의 하나는 자기의 고객에 대한 금융기관의 비밀유지의무이다. 또 다른 하나는 금융기관은 고객에게 그 이익보호의무의 범위 내에서 일정한 위험에 관하여 설명해야 하고, 일정한 상황에 있어서는 그 위험에 대하여 자발적으로 고객에게 경고하지 않으면 안 된다<sup>18)</sup>.

특히 계약체결상의 과실책임 범위 내에서 일반적으로 인정되고 있는 것은 일방의 계약당사자가 상대방당사자의 의사표시에 영향을 주는 착오를 야기한 경우에는 언제나 설명의무가 있게 된다<sup>19)</sup>. 재산투자거래의 경우에는 착오가 특히 사업설명서의 불완전한, 분식(粉飾)된 표시에 의하여 야기되는 수가 있다.

16) Heymann/Horn, a.a.O., Anh.§372 BankGesch II Rn 2, 4 und III Rn 4 : BGHZ 124, 254 : BGH ZIP 1996, 1079

17) Baumbach/Hopt, HGB, 29. Aufl. 1995 (7) BankGesch A/6 m. w. Nachw.

18) 예컨대, 은행이 보증인이 되려고 하는 고객에 대하여 경고의무를 지는 것은 주채무자가 수표사취를 행하였기 때문에 전혀 신용할만한 가치가 없다는 점을 알고 있는 경우이다. 이 경우에 은행은 주채무자에 대하여 부담하고 있는 은행비밀유지의무를 원용할 수 없다. 오히려 은행은 이 경우 그 비밀유지의무에서 해방되도록 노력하지 않으면 안 된다(OLG Hamm ZIP 1982, 1061 : OLG Köln WM 1990, 1616 : NJW- RR 1990, 755).

19) 1968년 BGH 판결은 은행이 보증받아야 할 주채권(Hauptforderung)의 성질과 관련하여, 그 주채권은 본래 건축자금 대부지만 매매를 위한 용자소비대차인 외관을 야기함으로써 보증인을 기망해서는 안 된다고 판시하고 있다(BGH NJW 1968, 986 : WM 1968, 398). 또한, 수표를 추심(推尋)하려고 하는 은행이 지급은행에 수표의 지급보증을 의뢰한 경우에 그 추심은행이 설명해야 하는 것은 당해 수표금액이 자기 은행의 일정한 채무잔고의 상환에 해당된다고 하는 사실이다(BGH MDR 1979, 33).



설명 의무와 조언 의무는 여기서는 이른바 신용공여 또는 사무처리라고 한 다른 급부에 관한 계약의 외연(外延)이 되는 의무이다. 그 침해는 적극적 계약침해에 의한 책임을 근거로 하고 있다. 그 의무와 책임의 기초에 관하여 문제되는 것은 고객의 비밀보호 필요성이 당해 계약의 체결 전에 이미 존재한다는 데 있다. 그 이유는 계약 자체가 이미 고객에게 불이익을 초래하고 있기 때문이다. 그리하여 계약체결상의 과실에 의한 계약전의 책임이 고려된다.

## 2) 조언계약

판례는 일정한 상황에 있어서, 계약상의 과실책임으로 구성하는 대신에 특별한 조언계약이라고 하는 구성을 채택하고 있다. 그것은 推斷적으로 체결되고 있는데, 시간적으로는 문제된 거래의 직전에 존재하는 계약으로 보고 있다. 여기서는 특히 이른바 'Bond' 사건에 대한 1993년의 BGH 판결이 중요하다<sup>20)</sup>. 1988년과 '89년에 다수의 금융기관이 자기의 고객에게 오스트레리아 기업그룹 Bond의 독일 마르크 외국사채의 취득을 권유하였다. 그러나, 그 기업그룹이 마침내 도산하게 되자 고객은 투자한 금전을 모두 잃게 되었다. 금융기관에 의한 매매권유의 일부는 평가대리점이 그 사채를 잇따라 '투기적'(b), '매우 투기적'(bb) 그리고 마지막으로 '매우 위험'(c)으로 평가한 후에 이루어졌다. 물론 1989년 3월의 시점에서 프랑크프르트 유가증권거래소의 허가가 나왔지만, 그 시점에서의 평가는 '매우 투기적'(bb)으로 나타났다.

BGH는 이 사건에서 금융기관이 손해배상의무가 있다고 판시했다. 그 이유는 금융기관이 고객에 대한 조언과 자본투자의 위험에 관한 설명에 관하여 스스로 부담하고 있는 의무에 위반했기 때문이라고 한다. 판결법원은 그와 같은 조언의무와 설명의무의 법적 기초를 투자를 바라는 고객과의 사이에서 특별히 체결된 조언계약 가운데서 구하고 있다. 이 사건에서 의무가 구체화되는 것은 금융기관이 문제된 유가증권을 고객을 위한 투자계획에 집어넣고, 그에 대한 투자가 환상장 위험에 따른 우려는 없다고 나타내 보인 데 있다. BGH는 조언의무가 침해되었다고 보는 것은 특히 금융기관 자신이 투자증권의 평가에 관한 추적조사를 전혀 하지 않았기 때문이라는 것이다.

그러나, 뮌헨 고등법원은 투자자는 자기의 거래은행을, 1990년의 쿠웨이트 위기에서 발생한 환상장 위험을 충분히 경고하지 않았다는 이유로 책임이 있다고는 할 수 없다고 판시하고 있다. 그 문제는 투자자 자신의 위험선호와 과도한 이익을 기대함으로써 발생한 경우이기 때문이다. 본건에서는 거래경험이 풍부한 고객이 당사자이며, 금융기

20) BGHZ 123, 126 : NJW 1993, 2433

관은 계속적으로 고객의 상담에 응하고 조언한다고 하는 계약상의 의무를 전혀 떠맡은 바 없다<sup>21)</sup>.

정작 BGH가 문제된 거래의 직전에 어떤 推斷的 조언계약이 있다고 하는 구성을 그 사이에 요건상 제한했다. 금융기관이 고객과 접촉했다든가 고객의 주문을 진척시킨 정도로는 그와 같은 조언계약의 체결을 인정하기에 충분하지 않다는 것이다. 고객이 금융기관에 제3자가 권유한 일정한 유가증권의 매매목적의 주문을 했을 경우에는 금융기관과의 사이에 조언계약은 성립하지 않는다<sup>22)</sup>. 그와 같은 주문을 무조건 하는 것에 의하여 고객은 금융기관에 의한 조언을 바라지 않고 필요로 하지도 않는다고 인식하고 있는 셈이다<sup>23)</sup>. 그런데, 간과할 수 없는 문제는 이와 같은 경우라면 예외적으로 경고의무가 존재한다는 데 있다. 이는 고객이 투자와 결부된 구체적 위험을 알지 못하고 있는 것을 금융기관이 인식할 수 있는 경우에 그러하다.

## 2. 계약체결상의 과실

### 1) 계약 전 의무로서의 설명과 조언

계약준비단계에서 존재하고 있는 주의의무와 배려의무는 설명의무까지도 포함하고 있다. 더욱이, 그 설명의무의 범위는 개별적으로는 명확하지 않다. 그 이유는 포괄적인 설명에 의하여 거래 상대방으로부터 그 결정에 따르는 일체의 위험을 제거할 의무는 하등 없기 때문이다<sup>24)</sup>. 그러나, 특별한 사정에 의하여 위반한다면 책임을 물을 수 있는 계약전의 보호의무 또는 이익보호의무가 존재하는 것이 있다<sup>25)</sup>.

BGH는 Bond판결에서 투자조언시에 금융기관이 고려해야 할 의무의 종류와 구조에 관하여 기본적으로 상세한 설명을 하고 있다. 즉 금융기관은 먼저 예정하고 있는 투자 거래에 대한 고객의 지식상태를 조사 확인해야 하는데, 이는 투자자에게 적절한 조언을 하기 위해서이다. 금융기관은 고객의 지식상태와 위험준비에 대하여 인식한 바에 따라 고객에게 그 기대와 희망에 따른 투자형태를 제안할 의무, '대상에 적합한 조언'을 할 의무를 진다<sup>26)</sup>. 그러나, 고객이 재산조언자의 조언을 받음과 함께 희망하는 투자거래에

21) OLG München WM 1994, 236 : zum letzteren Punkt ebenso OLG Frankfurt WM 1994, 234

22) BGH WM 1996, 906 m. Anm. Zeller, EWIR 1996

23) Raeschke-Kessler, WM 1993, 1830, 1831

24) Heymann/Horn, a.a.O., §347 Rn 45, 59

25) BGHZ 80, 80, 82f. : Heymann/Horn, a.a.O.

26) BGHZ 123, 126 : NJW 1993, 2433

관하여 명확한 의사를 가지고 금융기관을 찾은 경우에는 금융기관은 고객의 지식상태의 확인과 반드시 고려해야 할 일체의 투자가능성에 대한 설명이 불필요하다고 한다.

판례와 학설은 상품선물옵션, 현물선물거래, 주식 및 주식지수옵션과 같은 특히 위험이 높은 거래의 경우에는 고객에게 문서로 설명해야 할 특별한 의무를 투자조언자에게 부과하고 있다. 문서에 의한 설명은 제안된 금융투자거래의 기본, 경제적 관련 그리고 존재하고 있는 위험을 적절하고 완전하게 논리적으로 정리하여, 고위험 거래를 숙지하지 않는 독자일지라도 자본투자의 위험에 관하여 현실적인 인상을 받을 수 있도록 기재하지 않으면 안 된다<sup>27)</sup>. 옵션거래의 경우에는 투자에 흥미를 가진 자가 계약체결 전에 수취해야 하는 문서에 의한 정보는 그로 하여금 손실위험의 범위와 중개수수료에 의하여, 이익기회의 감소를 적절하게 평가할 수 있도록 하는 정보이다. 판례는 일부는 계약상의 의무, 일부는 계약 전의 의무로 풀이했던 엄격한 설명의무에 의하여 투자자로서는 전혀 불리한, 평판이 나쁜 거래를 저지하려고 하고 있다<sup>28)</sup>.

우리나라의 학설 가운데는 대판 1994. 1. 11. 93다26205<sup>29)</sup>를 계약이 무효로 되거나 취소된 경우에 계약체결상의 과실로 인한 손해배상책임의 문제를 다룬 첫 번째 판결이라고 보는 견해가 있다<sup>30)</sup>. 이 견해에 의하면, 민법 제535조의 경우는 '규정상의 계약체결상의 과실', 이것을 제외한 학설의 적용대상은 '규정 외의 계약체결상의 과실'이며, 후자는 다시 (1) 계약준비단계에서 인적·물적 침해가 발생한 경우, (2) 계약준비단계에서 순수 재산손해가 발생한 경우<sup>31)</sup>, (3) 계약이 무효·취소된 경우<sup>32)</sup>, (4) 계약이

27) BGH WM 1992, 770, 772 : Cramer/Rudolph/Waldeck, Handbuch für Anlageberatung und Vermögensverwaltung, 1995, S. 647, 663 ; 和田安夫 (譯), 前掲論文, pp. 25~26

28) BGHZ 124, 151, 154 : OLG Düsseldorf WM 1993, 1747

29) "무릇 증권거래는 본래적으로 여러 불확정 요소에 의한 위험성을 동반할 수밖에 없는 것으로서 투자자로서도 일정한 범위 내에서는 자신의 투자로 인해 발생할지 모르는 손실을 스스로 부담해야 함이 당연한 점에 비추어 증권회사의 임직원이 강행규정에 위반된 이익보장으로 투자를 권유하였으나 투자 결과 손실을 본 경우에 투자자에 대한 불법행위책임이 성립하기 위하여는 이익보장 여부에 대한 적극적 기망행위의 존재까지 요구하는 것은 아니라 하더라도, 적어도 거래경위와 거래방법, 고객의 투자상황(재산상태, 연령, 사회적 경험 정도 등), 거래의 위험도 및 이에 관한 설명의 정도 등을 종합적으로 고려한 후, 당해 권유행위가 경험이 부족한 일반 투자자에게 거래행위에 필연적으로 수반되는 위험성에 관한 올바른 인식형성을 방해하거나 또는 고객의 투자상황에 비추어 과도한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유한 경우에 해당하여, 결국 고객에 대한 보호의무를 저버려 위법성을 띤 행위인 것으로 평가될 수 있는 경우라야 할 것이다." (밑줄은 필자가 추가함) - 법원공보 제963호, 687면

30) 최홍섭, "학설이 인정하는 소위 「규정외의 계약체결상의 과실」에 대한 판례의 태도", 「민사법학」 제13·14호(1996), p.208 이하

31) 독일에서는 'Haftung für das Scheitern der Vertragsverhandlungen(계약교섭이 결렬된 경우)에 해당하는 경우로서, 우리나라 판례상으로는 대법원 1993. 9. 10. 92 다 42897 판결(법원공보 955호, 2728면)에서 나타나고 있다.- 최홍섭, 앞의 논문, p. 208 이하

유효한 경우<sup>33)</sup> 등으로 분류할 수 있는데, 위 판결은 바로 위 (3) 유형의 경우에 관한 손해배상책임의 문제를 다루고 있다고 본다. 위 판결은 증권회사와 고객 사이에 체결된 수익보장약정이 무효인 경우에 그 수익보장약정에 의한 권유로 인한 손해배상책임이 문제되고 있는데, 만약 이 사건이 독일에서 발생했다면, 독일의 불법행위법은 고의에 의한 가해행위(BGB§826) 또는 보호법규위반(BGB§823(2))이 아닌 경우 순수한 재산상의 손해배상을 인정하지 않고 있기 때문에 결국 계약체결상의 과실이론을 적용하여 증권회사가 수익보장약정이 무효임을 알려주어야 할 설명의무위반의 문제로 다루었을 것이라고 본다.

계약체결상의 과실책임이론은 원래 독일 민법 시행 이후 불법행위법이 피해자보호에 충분하지 못하다는 사실이 밝혀지자, 판례가 구체적인 사건에서 불법행위책임을 묻는 것이 불가능하거나 또는 부적절한 경우 이를 계약적 원리에 의하여 해결하려고 시도하였고, 이러한 요청에 응하여 학설이 새로운 이론을 제시함으로써 독자적인 법제로 발전하였다. 불법행위적 보호로는 충분하지 않는 것은 BGB 831조 1항 2문에 의한 귀책가능성, BGB 826조의 책임규범을 제외한 일반적인 재산보호가 이루어지고 있지 않는 것, BGB 282조의 증명부담의 유리성의 결여, 그리하여 BGB 852조에 의한 비교적 단기시효를 규정된 데서 엿볼 수 있다<sup>34)</sup>. 요컨대, 판례는 상당히 넓은 범위에서 설명의무와 조언의무<sup>35)</sup>를 계약체결상의 과실이라고 하는 관점에서 도입하고 있다<sup>36)</sup>. 최근의 판례로부터 그와 같은 의무위반사례를 골라 본다면 이른바 투기적 低價株의 중

32) 독일에서는 'Haftung für den unwirksamen Vertrag(계약효력이 없는 경우)'라고 부르는데, 우리나라 판례상으로는 대법원 1994. 1. 11. 93 다 26205 (법원공보 963호, 687면)에서 나타나고 있다.- 최홍섭, 앞의 논문, p. 208 이하

33) 독일에서는 'Haftung für den unerwünschten Vertrag(원하지 않는 계약의 경우)'라고 하는데, 계약체결 전에 당사자 일방의 설명의무위반이 있었고 그 위반이 없었다라면 타방은 계약을 체결하지 않았거나 아니면 보다 유리한 조건으로 체결하였을 경우의 손해배상책임문제로 다루어진 다(우리나라에서는 이를 인정한 판례가 보이지 않는다.- 최홍섭, 앞의 논문, p. 208 이하). : 구체적으로는 계약의 유효·무효에 따라 두 가지 종류의 설명의무가 나온다고 한다. 즉 하나는 여기서 말하는, 계약은 유효하게 성립되었지만 계약체결 전에 설명의무위반이 존재하는 경우이고, 다른 하나는 계약은 무효가 되었으나 그 무효원인에 대해서 설명의무위반이 존재하는 경우이다. 전자는 계약상의 설명의무위반으로서 독일법에서는 이 문제를 판례에 의해 발전되어온 '계약체결상의 과실'에 의해 해결하고 있는데 반해, 후자는 불법행위법상의 설명의무위반이라고 한다.- 최홍섭, "투자자에 대한 증권회사의 책임", 「상사법연구」 제16권 2호(1997), p. 639

34) Heymann/Horn, a.a.O., §347, Rn. 47

35) 판례는 일정한 상황에 있어서, 계약상의 과실책임으로 구성하는 대신에 특별한 조언계약이라고 하는 구성을 채택하고 있다. 그것은 推斷적으로 체결되고 있는데, 시간적으로는 문제된 거래의 직전에 존재하는 계약으로 보고 있다. 여기서는 특히 이른바 'Bond'사건에 대한 1993년의 BGH 판결(BGHZ 123, 126 : NJW 1993, 2433)이 중요하다.

36) Heymann/Horn, a.a.O., Anh.§372 BankGesch I Rn 84 m. Nachw.

개인의 위반사례<sup>37)</sup>, 先物거래 또는 옵션거래의 중개인의 위반사례<sup>38)</sup> 등이다.

더욱이, 적합성원칙을 구체화한 조문인 유가증권거래법(Wertpapierhandelsgesetz) 제 31, 32조는 유가증권서비스제공자와 체결된 사무처리계약의 의무 프로그램의 일환이다<sup>39)</sup>. 이는 계약체결상의 과실책임의 의미에서의 계약 전 의무의 구체화로 풀이될 수 있다. 유형적인 유가증권서비스 급부행위에 있어서는 그와 같은 계약 전 의무로 소급하는 것이 불가결하다. 그 이유는 유형적인 유가증권서비스 급부는 체결돼야 할 투자거래를 조언과 권유에 의해 준비하는 것과 아울러 BGH의 'Bond' 판결<sup>40)</sup>에서 받아들여진 조언계약의 요소를 유형적인 계약의무의 구성부분으로 이미 포함하고 있기 때문이다.

그리하여 독일의 이론이 우리나라의 민법학에 영향을 미쳐 교섭당사자 사이에도 신의칙을 기초로 계약당사자 사이에서와 같은 보호의무, 즉 계약전의 보호의무 또는 이익보호의무를 인정하고<sup>41)</sup>, 그 주의의무에 위반하여 사고가 난 경우에 계약책임으로서 손해배상의무를 발생시키자는 주장이 행하여지고 있다. 즉 적합성원칙을 바탕으로 한 법령, 규정 등은 다수의 일반투자자가 증권회사의 권유, 조언 등을 신뢰하여 증권거래를 행하고 있는 상황 아래에서 투자자의 신뢰를 충분히 보호하기 위하여 제정되고 있으므로 증권회사나 그 직원은 투자권유시에 신의칙상 투자자의 직업, 연령, 재산상태 및 투자경험, 투자목적 등에 비추어 투자자에게 당해 거래에 따르는 위험성에 관하여 정확한 인식을 형성하는데 족할 정보를 제공해야 할 주의의무를 부담한다고 한다. 따라서 증권회사나 그 직원이 이에 위반하여 투자권유를 한 경우에는 신의칙상의 의무를 근거로 하여 적합성원칙에 기한 민사책임을 인정해야 한다고 본다<sup>42)</sup>.

## 2) 이행보조자와 제3자 책임

계약체결상의 과실로부터 발생하는 책임을 논하는 경우에, 장래 계약당사자가 될지도 모르는 당사자 자신이 접촉 商議했는가, 더욱이 그 접촉 상의가 대리인, 예컨대 지배인 또는 종업원에 의하여 이루어졌는가 하는 것은 하등 중요하지 않다. 계약당사자는 그가 이행보조자로서 계약체결 전에 활용한 자의 유책성에 관해서도 책임을 진다<sup>43)</sup>. 여기에는 그러나, 계약체결상의 과실로부터 발생하는 이행보조자의 인적 책임도

37) OLG Frankfurt/M. WM 1996, 253

38) BGH WM 1994, 149, 453, 492 und 1746 : OLG Düsseldorf WM 1995, 1710

39) Köndgen, ZBB 1996, 361

40) BGHZ 123, 126 : NJW 1993, 2433

41) BGHZ 80, 82f. : Heymann/Horn, a.a.O., §347 Rn 45, 59

42) 森田 章, "フロント取引における説明義務違反", 『金融法務事情』 第1460號(1996. 9), p. 74

고려된다. 이 점이 판례에 의하여 항상 수용되는 것은 이행보조자가 계약체결 전에 고유한 직접적 경제적 이익을 가지는 경우, 또는 이행보조자가 특별한 인적 신뢰를 받고 그에 의해 계약의 접촉 상의에 영향을 준 경우이다<sup>44)</sup>. 그러나, 종업원의 단순한 수수료 이익은 그와 같은 책임의 근거를 마련하는 데는 충분치 않다<sup>45)</sup>. 계약체결상의 과실 책임의 범위 내에 있어서의 이러한 제3자 책임은 신용경제 거래의 주변에서 금융기관보다도 오히려 투자조언자와 투자중개자에 대하여 실제상 중요하게 되고 있다.

단순한 투자중개자는 투자조언자 보다 좁은 의무를 부담하는 것이 원칙이다. 그러나, 위험이 높은 거래의 경우에는 투자중개자에게도 엄격한 의무가 요구되고 있다. 판례가 Bond판결에서 추단적으로 체결된 조언계약의 가능성을 도입하기 전에는 이러한 의무는 통상 계약준비단계에 의하여 지지되어 왔다. 그 침해는 결국 계약체결상의 과실로 풀이되었다. 아울러 BGB 제826조의 공서양속 위반으로 인한 불법행위책임도 받아들여졌다<sup>46)</sup>. 중개기업과 아울러 그 경영책임자도 이행보조자로서 책임을 부담할 수 있다. 중개기업의 단순 종업원은 BGB 제826조에 의하여 책임을 지는 수가 있다. 이것은 설명의 무가 동시에 일반적인 사회생활의무로서도 풀이되고 있음을 시사하는 것이다. 불법행위의 요건에 관해서는 한정적 고의로 충분하고, 공서양속위반에 대하여는 중과실로 충분하다<sup>47)</sup>. 그리하여 보고와 조언이 경솔하고 사려없이 이루어진 경우에는 불법행위의 고의가 있는 것으로 보고, 침묵도 설명의무가 있는 경우에는 BGB 제826조에 의한 책임에 해당되는 수가 있다. 이러한 의무는 상대방의 신뢰를 의식적으로 이용하는 경우에 지식과 전문에 관한 자기의 우위를 의식적으로 이용함으로써 부담하기도 한다<sup>48)</sup>.

### 3. 불법행위

이에 대하여, 우리나라의 불법행위법은 독일의 불법행위법과 달리 포괄적인 일반조항을 두고 있기 때문에 계약교섭 및 준비단계에서의 손해는 불법행위법으로도 충분히 해결이 가능하므로 구태여 계약체결상의 과실책임으로 파악할 필요가 없다는 견해가 있다<sup>49)</sup>. 또한 우리나라 민법학의 통설이 계약체결상의 과실을 민법 제535조 이외에 확

43) RGZ 162, 129, 156f. : BGHZ 6, 330, 334

44) BGHZ 14, 313, 318 : BGH NJW 1990, 1907, 1908

45) BGH NJW 1990, 506

46) BGHZ 124, 151 : NJW 1994, 1512 : BGH NJW 1994, 997 : WM 1994, 492

47) Palandt/Thomas, BGB, 56. Aufl. 1997, §826 Rn 8, 10, 11

48) BGH WM 1982, 738, 739f. : 1996, 734 : Heymann/Horn, a.a.O., §347 Rn 66

49) 양창수, "계약체결상의 과실", 『민법연구 I』, 서울: 박영사, 1993, p. 386

대하는 것을 비판하면서 위 판례들이 계약체결상의 과실이 아닌 불법행위 책임의 문제로 접근하여 그 해결을 시도한 점을 주목하는 견해도 있다<sup>50)</sup>.

우리나라의 불법행위책임에 관한 민법 규정은 독일 민법과 달리 1개 조문으로서 일반조항주의를 채택하고 있다. 이에 비해, 독일 민법은 불법행위의 객관적 요건을 권리침해(BGB§823(1))<sup>51)</sup>, 보호법규위반(§823(2))<sup>52)</sup> 및 공서양속위반(§826)<sup>53)</sup> 등으로 3분하여 규정하고 있다. 우리나라 민법 제750조는 ‘고의 또는 과실로 인한 위법행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다’고 하여 이른바 ‘개방적 구성요건’을 정하고 있다. 그리하여 일반불법행위의 성립요건으로서 (1) 가해자의 고의·과실 (2) 책임능력 (3) 위법성 (4) 손해 (5) 인과관계 등을 들고 있는데, 문제는 위법성에 있다<sup>54)</sup>.

그리하여, 재산상의 손해배상을 위하여 그 성립요건 중 위법성 개념의 구체화를 시도하고 있다. 위법성의 구체적 판단기준으로서는 먼저 피침해이익이라는 측면에서 불법행위의 유형을 검토하고, 다음에 침해행위의 태양을 독일 민법의 예에 따라 형벌법규위반, 단속법규위반, 공서양속위반 등의 세 종류로 나누어 검토하고 있다. 형벌법규위반의 경우 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 일반적으로 피침해법익이 무엇이나를 특히 문제 삼을 것도 없이 위법성을 인정할 수 있고, 단속법규위반의 경우에는 그 위반행위가 언제나 위법성을 띠는 것은 아니고 그 규정이 일반 공중의 이익뿐만 아니라 개인의 이익도 보호하는 것을 목적으로 하는 것일 때 위법성을 띠며, 선량한

50) 김준호, “계약체결상의 과실책임”, 『한국민법이론의 발전(Ⅱ)』 (이영준박사화갑기념), 서울: 박영사, 1999, p. 808

51) BGB§823.[Schadensersatzpflicht](1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.(고의 또는 과실로 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 기타의 권리를 위법하게 침해한 사람은 그 타인에 대하여 이로 인하여 발생하는 손해를 배상할 의무를 진다.- 양창수, 『신편독일민법전』, 서울: 박영사, 2001, p. 445)

52) BGB§823 (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldners ein.(타인의 보호를 목적으로 하는 법률에 위반한 사람도 동일한 의무를 진다. 그 법률에 과책이 없이도 그에 위반하는 것이 가능한 것으로 정하여진 경우에는 과책있는 경우에만 배상의무가 생긴다.- 양창수, 위의 책, p. 445 이하)

53) §826.[Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung] Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.(선량한 풍속에 위반하여 타인에게 고의로 손해를 가한 사람은 그 타인에게 손해를 배상할 의무를 진다.- 양창수, 위의 책, p. 445 이하)

54) 권순일, 앞의 논문, p. 199

풍속 기타 사회질서에 위반한 경우에는 침해행위의 모습이 다양하기 때문에 구체적으로 그 위법성을 따져야 한다고 보고 있다<sup>55)</sup>.

앞서 본 계약교섭상의 사고를 계약책임 안에 다루려는 이론은, 독일의 불법행위법 고의에 의한 가해행위(BGB§826) 또는 보호법규위반(BGB§823(2))이 아닌 경우 순수한 재산상의 손해배상을 인정하지 않고 있기 때문에, 독일 민법 아래에서 불가피한 계약상의 과실책임의 영역확대일 뿐이며, 우리 나라 민법은 불법행위에 관한 일반조항을 갖추고 있기 때문에 계약교섭단계에서 상대방에게 가한 재산상의 손해를 배상시키는데 법적용상의 어려움이 없고, 누구든 사회생활에 있어서 거래상대방이나 주위의 사람에게 해를 입히지 않도록 주의할 의무가 부과되어 있으며 이를 게을리 하거나 손해를 입힌 경우에는 불법행위 책임을 지도록 되어 있으므로, 계약교섭상의 부주의는 교섭당사자가 거래관행상 교섭에 임하는 자에게 부과하는 사회생활상의 주의의무를 위반한 경우로 이해하면 된다고 한다<sup>56)</sup>.

설명 의무의 근거를 나타내는 유가증권거래법(Wertpapierhandelsgesetz) 제31, 32조는 투자자보호 기능까지 아울러 가지고 있으므로 사법상으로도 규범적 효력을 발휘한다. 따라서 이는 BGB 제823조 제2항과 같은 보호법규로 풀이된다<sup>57)</sup>.

더욱이, 독일 불법행위법은 사회생활의무와 BGB 826조의 적용영역이 확대되고 있으므로 은행의 고객에 대한 설명의무와 조언의무에 관해서도 중요성을 띠게 되었다<sup>58)</sup>. 불법행위상의 보고책임과 조언책임에 관하여 중요한 법규정은 BGB 제826조이다. 공서양속 위반으로 인한 재산상의 침해에 대하여 이 규정에 따라 책임을 묻는 것은 BGB 제정 당시에는 오히려 희소하였다. 그러나, 판례는 순수한 재산침해에 대한 보호를 목적으로 하여 그 규범의 적용분야를 넓혔다. 즉 요건적 특징을 주관적 관점에 있어서 법문상 당초는 당연하다고 생각되는 정도보다도 완화한 것으로 파악했기 때문이다. 불법행위의 요건에 관해서는 한정적 고의로 충분하고, 공서양속위반에 대하여는 중과실로 충분하다<sup>59)</sup>. 그리하여 보고와 조언이 경솔하고 사려없이 이루어진 경우에는 불법행위의 고의가 있는 것으로 보고, 침묵도 설명의무가 있는 경우에는 BGB 제826조에 의한 책임에 해당되는 수가 있다. 이러한 의무는 상대방의 신뢰를 의식적으로 이용하는

55) 권윤직, 「채권각론」, 서울: 박영사, 2001, p. 495

56) 이은영, 「채권각론」, 서울: 박영사, 1999, p. 132

57) Schwark, Die Verhaltensnormen der §§31ff. WpHG, in : Das zweite Finanzmarktförderungsgesetz in der praktischen Umsetzung, 1996, S. 109, 118 : 和田安夫(譯), 前掲論文, pp. 30~31

58) Heymann/Horn, a.a.O., §347, Rn. 47

59) Palandt/Thomas, BGB, München : C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 56. Aufl. 1997, §826 Rn 8, 10, 11



경우에 지식과 전문에 관한 자기의 우위를 의식적으로 이용함으로써 부담하기도 한다<sup>60)</sup>. 이와 같은 사회생활의무에 위반하는 것은 BGB 제826조의 요건 범위 내에서 중요하게 다루어진다. 여기서 자본시장에 특별한 사회생활의무를 도입함으로써 현행 사법책임체계에 더욱 용이하게 자리매김할 수 있다.

대법원 1994. 1. 11. 93 다 26205 판결은 증권회사의 임직원이 부당한 투자권유를 한 경우에 일정한 요건을 충족하면 불법행위책임이 성립할 수 있음을 인정한 최초의 판결이다.

위 판결은 위법성의 판단기준으로 '보호의무'라는 개념을 도입하고, 투자권유자가 고객에 대한 보호의무를 위반한 경우에는 불법행위의 위법성 요건을 충족하는데 그 보호의무위반의 태양으로, 첫째 투자자에게 거래행위에 필연적으로 수반되는 위험성에 관한 올바른 인식형성을 방해하는 행위, 둘째 고객의 투자상황에 비추어 과대한 위험을 수반하는 거래를 적극적으로 권유하는 행위 등을 제시하고 있다.

위 대법원 1994. 1. 11. 93 다 26205 판결과 같은 맥락의 판결을 본다면 다음과 같다.

大判 1996. 8. 23. 94다3819961)

“증권회사측이 일임거래의 증단을 희망하는 고객에게 수익보장의 각서를 제공하면서 계속 거래를 권유한 것은 투자권유와 관련된 일임매매·수익보장약정·보호의무위반의 법리에 어긋난다. 증권회사의 임직원이 강행규정에 위반한 투자수익보장으로 투자를 권유하였으나 투자 결과 손실을 본 경우에 투자자에 대한 불법행위책임이 성립하기 위하여는, 거래행위와 거래방법, 고객의 투자 상황, 거래의 위험도 및 이에 관한 설명의 정도 등을 종합적으로 고려한 후 당해 권유행위가 경험이 부족한 일반 투자자에게 거래행위에 필연적으로 수반되는 위험성에 관한 올바른 인식형성을 방해하거나 고객의 투자 상황에 비추어 과대한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유한 경우에 해당하여 결국 고객에 대한 보호의무를 저버려 위법성을 띤 행위인 것으로 평가될 수 있어야 한다.” (밑줄은 필자가 추가함)

대판 1999. 6. 11. 97다5847762)

“증권회사의 임직원이 강행규정에 위반한 투자수익보장으로 투자를 권유하였으나 그 결과 손실을 본 경우에 투자자에 대한 불법행위책임이 성립하기 위하여는 거래경위와 거래방법, 고객의 투자상황, 거래의 위험도 및 이에 관한 설명의 정도 등을 종합적으로 고려한 후 당해 권유행위가 경험이 부족한 일반 투자자에게 거래행위에 필연적으로

60) BGH WM 1982, 738, 739f. ; 1996, 734 ; Heymann/Horn, a.a.O., §347 Rn 66

61) 판례공보 제19호, 2800면

62) 판례공보 제86호, 1352면

수반되는 위험성에 관한 올바른 인식 형성을 방해하거나, 고객의 투자 상황에 비추어 과도한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유한 경우에 해당하여 결국 고객에 대한 보호의무를 저버려 위법성을 띤 행위인 것으로 평가될 수 있어야 한다.” (밑줄은 필자가 추가함)

대판 1999. 12. 24. 99다4458863)

“증권회사의 임·직원이 강행법규에 위반한 투자수익보장 투자를 권유하여 이에 따른 결과 투자자의 손실을 본 경우에, 그 거래 경위와 거래 방법, 고객의 투자상황, 거래의 위험도 및 이에 관한 설명의 정도 등을 종합적으로 고려한 후 당해 권유행위가 경험이 부족한 일반 투자자에게 거래행위에 필연적으로 수반되는 위험성에 관한 올바른 인식 형성을 방해하거나, 고객의 투자 상황에 비추어 과도한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유한 경우에 해당하여 결국 고객에 대한 보호의무를 저버려 위법성을 띤 행위인 것으로 평가된다면 이는 불법행위를 구성한다고 할 것이다.” (밑줄은 필자가 추가함)

생각건대, 우리나라의 위 판례들은 손해배상청구의 법적 근거로서 민법 제750조의 불법행위를 원용하고 있고, 보호의무위반을 토대로 한 사회적 상당성의 결여를 위법성 판단의 기준으로 삼는 태도를 보이고 있으므로 계약체결상의 과실책임이론을 판례상의 이론적 근거로 제시하기는 무리라고 본다.

#### 4. 사업설명서 책임

##### 1) 법체계상의 위상

사업설명서에 나타난 표시의 정확성과 관련된 사업설명서 책임은 일부는 법정책임으로서 증권거래소법(제45조~48조)과 기타 법률에 규정되고 있다. 특히 1990년의 유가증권사업설명서법(제13조)을 비롯한 자본투자회사법(KAGG : 제19조, 20조)과 외국투자법(AuslInvestG)이 참조할 바가 있다. 또한 사업설명서책임은 일부는 판례에 의하여 이른바 장외 자본시장에 관해서도 전개되었다<sup>64)</sup>. 그것은 계약체결상의 과실책임의 특별한 경우라고 설명할 수 있다. 이것이 점점 더 적용되는 것은 판례가 사업설명서가 이용되지 않는다고 또는 이용되더라도 책임문제는 발생하지 않는다고 하는 등 다수의 사안에서 투자판매책임을 긍정한 경우이다. 그 사안은 계약은 아니지만, 빈번히 계

63) 판례공보 제99호, 303면

64) Heymann/Horn, a.a.O., §161 Rn 198~204

약체결상의 과실에 의하여 지지되고 있다<sup>65)</sup>. 다른 견해에 의하면, 사업설명서책임의 경우에는 자본시장책임의 특별요건이 문제가 된다<sup>66)</sup>. 이는 여기서 자본시장에 특별한 사회생활의무를 도입함으로써 현행 사법책임체계에 더욱 용이하게 자리매김할 수 있다. 이와 같은 사회생활의무에 위반하는 것은 BGB 제826조의 요건 범위 내에서 중요하게 다루어진다.

## 2) 책임부담자의 범위

책임부담자의 범위는 판례에 의하여 넓게 설정되고 있다. 이에 속하는 것으로는 우선 프로젝트(Project)를 주도하던가, 그에 영향을 미치는 자이다. 이에에는 대체로 프로젝트 담당회사의 설립사원이 해당되고<sup>67)</sup>, 특히 프로젝트 주도자, 무한책임사원, 영향력이 있는 유한책임사원(그가 후에 입사한 경우에도 해당), 수탁자, 경영관리위원 내지 상담역, 그리고 감사 구성원에 상응한 영향력을 가진 자가 해당된다<sup>68)</sup>. 이들 인적 그룹은 비록 그가 표면상으로는 나타나지 않더라도 사업설명서의 표시내용대로 귀책시키지 않으면 안 되고, 판매활동을 한 자를 위해서도 BGB 제278조에 의해 책임을 지지 않으면 안 된다. 그들은 유형적으로 높은 보수를 받거나 또는 초기이익에 관한 몫을 갖는다는 형태로 설립이익을 받는 수도 있다. 그들의 이익은 그와 같은 프로젝트의 개시국면에서 빈번하게 그 이후의 경제적 성과에 관계없이 발생하는 것이다.

책임부담자의 다음 그룹에 속하는 자는 투자판매 활동을 하는 이행보조자 자신이다<sup>69)</sup>. 이 이행보조자(경영관리위원 또는 프로젝트 회사의 종업원도 이에 속한다)는 자기 자신의 잘못된 표시에 관하여 또는 그와 관련된 사업설명서의 내용에 관하여 고유한 관계를 가지는 한도에서 책임을 진다. 이행보조자라는 의미의 특별한 그룹을 형성하는 자는 프로젝트 또는 판매의 형성에 대외적으로 인식가능한 형태로 협력하고, 아울러 자기의 직업적 지위로부터 일반적으로 기대되는 특별한 신뢰를 불러일으키는 자이다. 예컨대, 변호사 또는 공인회계사로서의 신뢰이다. 이는 직업책임이라고 하는 특별한 요건으로 대체된다(연방변호사령(BRAO) 제51조 등). 이 특별책임의 요건은 사업설명서에 특히 성명을 기재하게 하는 것이다. 은행의 경우에도 사업설명서에 명의를 기재했다던가 또는 사업설명서의 표시에 고유한 관계를 가진 때에는 그와 유사한 책

65) Heymann/Horn, a.a.O., §161 Rn 195

66) Köndgen, a.a.O., S.101ff

67) BGH WM 1990, 145, 148

68) BGH WM 1991, 637 ; BGHZ 72, 382, 385 ; 79, 337, 348. Heymann/Horn, a.a.O., §161, Rn 199

69) BGHZ 71, 284, 286ff. ; BGH NJW 1984, 865

임이 적용될 수 있다<sup>70)</sup>.

## 5. 유가증권거래법에 의한 설명의무와 조언의무

### 1) 행위준칙 법정(法定)

유가증권거래법(Wertpapierhandelsgesetz) 제31조와 제32조는 유가증권서비스기업의 일반적 행위준칙과 특별행위준칙을 규정하고 있다. 이는 그 뒤의 제33~37조의 의무 및 감독규범과 함께 독일 자본시장법의 기초를 이루고 있다. 여기에는 신용제도 및 기타 유가증권 서비스제공자의 설명의무와 조언의무를 명확히 하는 부분을 포함하고 있다. 유가증권거래법 제31조는 투자자에 적합한 조언의무를 이전의 판례, 특히 BGH의 Bond판결에서 정식화한 것과 유사한 방법으로 제정되고 있다. 즉 제1항은 모든 유가증권서비스제공자의 일반적인 주의의무와 이익보호의무를 규정하고 있는데<sup>71)</sup> 대하여, 제2항은 유가증권서비스 급부 분야에 관한 고객의 경험과 지식, 그리고 그 고객의 투자목적에 관한 특별한 질문의무와 조회의무에 대하여 투자자에 적합한 설명(정보제공)과 조언을 전제로 하여 규정하고 있다(제1호). 여기서 이 조회의무는 금융서비스제공자가 고객에 관한 정보를 이미 충분히 얻고 있거나, 고객이 회답을 거절한 경우에는 소멸한다.

고객의 목적에 이바지할 정보의 제공에 관한 유가증권서비스제공자의 의무는 유가증권거래법 제32조 제2항 2호에 의하면 고객의 지식, 경험과 투자목적에 관하여 이 조회를 기초로 하고 있다<sup>72)</sup>.

따라서 유가증권서비스제공자는 자기의 추천을 '이익'에 따라 부여해야 할 뿐만 아니라, 고객에게 그 이익이 손상될 가능성에 대하여 그 자신의 판단을 가능하게 하는 데 이바지하는 정보도 제공해야 한다. 또한 제32조가 일반적 의의를 가지는 것은 이익보호의무가 제2항에 있어서 유가증권서비스제공자의 회사조직과 종업원에 부과되는 限에

70) BGH WM 1992, 901 und 1269

71) 이는 은행사법상으로 오래 전부터 승인되어 온 것으로, 이해의 대립을 피하거나 극소화하는 것을 목적으로 한다.-Heymann/Horn, a.a.O., Anh.§372 BankGesch I Rn 12ff.

72) EU 유가증권서비스 급부지침 제11조 제1항에 의하면 가맹국에 의하여 공포되는 적정행위준칙(Wohlverhaltensregeln)은 서비스 급부를 받는 자의 전문성(Professionalität)이 고려되도록 적용되는 것이라고 규정하고 있다. 유가증권거래법 제31조 제2항 2호의 지침에 따른 해석은 유가증권서비스제공자가 투자정보를 주고 투자 권유를 하는 경우 그들의 조언기준을 투자자의 전문성에 따라 단계별로 구분할 수 있다는 데서 도출되고 있다.- Assman/Schneider/Koller, WpHG (1995), §31 Rn 88, 96f.

있어서다<sup>73)</sup>.

## 2) 유가증권거래법 제31, 32조에 의한 의무의 사법상의 의의

유가증권거래법 제31, 32조의 행위의무는 제33, 34조에서 규율되는 조직의무<sup>74)</sup>와 기록의무와 같이 첫째로, 유가증권시장의 기능화와 동시에 투자자보호에도 기여한다. 제31, 32조는 주로 감독적 성질로서 공법적인 직업의무를 규정하고 있다. 이들 규정은 투자자보호 기능까지 아울러 가지고 있으므로 사법상으로도 규범적 효력을 발휘한다. 따라서 이는 BGB 제823조 제2항과 같은 보호법규로 풀이된다<sup>75)</sup>. 그러나, 은행법과 자본시장감독법이 어느 정도 이와 같은 보호법규를 포함하고 있는가는 차치(且置)하더라도, 제31, 32조의 민사법상의 '작용'은 간과되어서는 안 된다. 여기서 규정되고 있는 의무는 물론 전술한 사법적 성질의 의무와 본질적으로 동일하다. 이와 같은 관점에서는 더욱이 기존의 사법상의 의무를 제31, 32조가 명확화한 것이다<sup>76)</sup>.

유가증권거래법 제31, 32조의 의무는 따라서 유가증권서비스제공자와 체결된 사무처리계약의 의무 프로그램의 일환이다<sup>77)</sup>. 이는 계약체결상의 과실책임의 의미에서의 계약 전 의무의 구체화로 풀이될 수 있다. 유형적인 유가증권서비스 급부행위에 있어서는 그와 같은 계약 전 의무로 소급하는 것이 불가결하다. 그 이유는 유형적인 유가증권서비스 급부는 체결되어야 할 투자거래를 조언과 추천에 의해 준비하는 것과 아울러 BGH의 Bond판결에서 받아들여진 조언계약의 요소를 유형적인 계약의무의 구성부분으로 이미 포함하고 있기 때문이다.

그러나, 유가증권거래법은 동시에 불법행위책임의 의미에서의 유형적인 일반적 사회생활의무까지도 구체화하고 있다. 유가증권거래법 제31, 32조를 BGB 제823조 2항의 의미에서의 보호법규로 보는 해석은 이론의 여지가 있다고 하더라도, 그 사회생활의무는 BGB 제826조에 의한 책임을 논하는 데 있어서 중요하다. 더욱이 유가증권거래법 제32조 2항은 그 사회생활의무를 유가증권서비스제공자의 회사조직과 종업원에게도 확

73) Assmann/Schneider/Koller, a.a.O., §31 Rn 1 u. 9

74) 유가증권거래법 제33조 1호에 따르면, 유가증권서비스제공자는 조직적인 사전 조치를 유가증권서비스 급부를 질서있게 실행하기 위하여 취할 의무가 있다. 이에 속하는 것은 적절한 조언을 위해 필요한 사전 조치를 강구해야 하고, 그와 같은 사전 조치에 속하는 것으로는 특히 신문, 상장 및 증권거래소 신문, 증권거래소 잡지, 주주총회보고, 대차대조표, 전자적 미디어, 조사자료 및 등급평가대리점의 공표자료이다.- 和田安夫(譯), 前掲論文, p.33

75) 和田安夫(譯), 前掲論文, pp. 30~31

76) Assman/Schneider/Koller, a.a.O., Vor§31 Rn 19

77) Köndgen, a.a.O., S.361

장하고 있다. 이와 같은 사회생활의무는 이행보조자로서의 조직의 책임에 대하여는 물론, 판례에 의하여 긍정된 종업원의 불법행위상의 책임에 대하여도 용이하게 받아들여질 수 있다.

#### IV. 맺으며

이상에서 살펴본 바와 같이, 금융기관의 사실과 다르거나 분식된 공시내용을 신뢰하고 해당 금융기관의 금융상품을 선택하거나 투자의 대상으로 삼은 고객들의 피해를 사전적으로 예방할 수 있도록 하는 한편, 사후적으로 권리구제를 실효성 있게 하는 제도 마련을 위한 검토가 이 연구의 중심 테마가 되고 있다. 금융서비스급부의 범위, 의의 및 구별의 기준을 마련하는데, 판례·학설은 설명의무와 조언의무 및 적합성의 원칙의 지속적인 형성에 의하여 대응하고 있다. 그 계속형성에 있어서 결정적인 기준은 한편으로는 고객의 특별한 수요와 기대이고, 다른 한편으로는 거래에 따른 특수한 위험이다.

따라서 우리나라의 경우에도 전술한 각 국의 고객계약의 철저화와 구체화를 본받아, 고객은 투자목적에 적합한 서비스를 받을 수 있도록 하는 법적 장치를 조속히 확립해야 한다. 금융기관 고객의 자기결정권 존중이라는 관점에서는 경제적 속성보다도 투자목적이 중요하고, 고객의 필요에 적합한 투자 서비스가 제공돼야 하기 때문이다.

아울러, 외국의 입법례와 판례의 분석은 고객의 권리구제를 신속·명확하게 하고 시장투명도를 높이는 데 이론적으로 활용될 것이다. 즉, 금융기관의 설명의무와 적합성 원칙의 기본적인 공통 項은 금융기관이 고객의 이익을 지킨다고 하는 의무이다. 그 의무는 개별적으로는 당해 금융거래의 종류와 사정에 의해 결정된다. 모든 고객이 충분한 정보를 부여받고, 경우에 따라서는 그 정보에 관하여 조언이 이루어지는 것이 시장의 투명성을 이끌 것이라고 하는 기대가 된다. 그 시장의 투명성은 은행서비스 시장에서나 자본 및 금융시장에서나 기능적인 시장 활동에 있어서 불가결한 것이다.

더 나아가, 우리나라와 같이 금융기관과 투자자 사이에 금융감독위원회 등 정부가 개입하는 관치금융행태에서 자연스럽게 금융기관들이 벗어날 수 있게 되려면, 이는 역시 금융기관의 책임을 전제로 해야만 문제의 실마리를 풀어나갈 수 있을 것으로 보인다. 왜냐 하면, 금융기관 스스로의 판단에 따라 설명의무가 이루어지게 되고, 자율적인 권한범위 내에서 투자권유가 나오게 되는 것을 전제로 해야만 책임추궁이 가능하게 된다. 따라서 아무리 정부의 입김을 받은 금융기관이라 할지라도 고객에 대해서는 설명의무와 투자권유를 스스로의 판단아래 행하는 모습으로 전면에 나서게 되는 이상,

금융기관 스스로의 책임으로 귀착될 수밖에 없게 된다. 이와 같은 일이 반복된다면, 금융기관들은 자기의 행위에 대한 자구수단을 강구할 수밖에 없게 되어 자율적인 경영과 책임원리가 자리 잡게 될 것으로 기대된다.

이에 따라, 우리나라에 있어서의 대응방안을 제시하고, 나아가서 이것이 현실화된다면, 위험(risk)을 수반하는 금융상품에 대해서도 고객이 납득한 가운데 투자를 행할 환경이 정비되고, 그 결과 금융서비스에 대한 신뢰가 확보된다면 거래의 원활화에도 이바지할 것으로 보인다.

요컨대, 금융기관의 자율적 판단이 고객보호의 중요한 기준으로 부각되고 아울러 고객에 대한 책임부담의 근거마련을 위한 입법과 해석론적 체계가 정비돼야 하는 실정이다.