

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2018다258562 약정금

원고, 상고인 겸 피상고인

원고

소송대리인 법무법인 아시아

담당변호사 김영환

피고, 피상고인 겸 상고인

피고

소송대리인 법무법인 민

담당변호사 윤수복 외 3인

원 심 판 결 서울고등법원 2018. 7. 13. 선고 2017나2002746 판결

판 결 선 고 2019. 6. 13.

주 문

원심판결 중 제1 예비적 청구에 관한 원고 패소 부분과 제2 예비적 청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원고의 주위적 청구에 관한 상고와 피고의 상고를 모두 기각한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

### 1. 원고의 주위적 청구에 관한 상고이유에 대하여

가. 상고이유 제5점 중 투자일임업 등록 없이 이루어진 일임매매 약정의 효력에 관하여

사법상의 계약 기타 법률행위가 일정한 행위를 금지하는 구체적 법규정에 위반하여 행하여진 경우에 그 법률행위가 무효인가 또는 법원이 법률행위 내용의 실현에 대한 조력을 거부하거나 기타 다른 내용으로 그 효력이 제한되는가의 여부는 당해 법규정이 가지는 넓은 의미에서의 법률효과에 관한 문제의 일환으로서, 그 법규정의 해석 여하에 의하여 정하여진다. 따라서 그 점에 관한 명문의 정함이 있다면 당연히 이에 따라야 할 것이고, 그러한 정함이 없는 때에는 중국적으로 그 금지규정의 목적과 의미에 비추어 그에 반하는 법률행위의 무효 기타 효력 제한이 요구되는지를 검토하여 이를 정할 것이다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다75119 판결 등 참조).

구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2013. 5. 28. 법률 제11828호로 개정되기 전의 것, 이하 '자본시장법'이라고 한다) 제17조가 금융투자업등록을 하지 않은 투자일임업을 금지하는 취지는 고객인 투자자를 보호하고 금융투자업을 건전하게 육성하고자 함에 있는바, 위 규정에 위반하여 체결한 투자일임계약 자체가 그 사법상의 효력까지도 부인하지 않으면 안 될 정도로 현저히 반사회성, 반도덕성을 지닌 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라 그 행위의 사법상의 효력을 부인하여야만 비로소 입법 목적을 달성할 수 있다고 볼 수 없고, 오히려 위 규정을 효력규정으로 보아 이에 위반한 행위를 일률적으로 무효라고 할 경우 거래 상대방과 사이에 법적 안정성을 심히 해하게 되는

부당한 결과가 초래되므로, 위 규정은 강행규정이 아니라 단속규정이라고 보아야 한다.

원심도 같은 취지에서 자본시장법이 투자일임업의 미등록 영업자를 형사처벌하는 외에 미등록 영업자와 투자자 사이의 투자일임계약의 사법상 효력까지 부인하는 것은 아니라는 이유로, 이 사건 약정이 자본시장법이 금지하는 미등록 영업행위로서 무효라는 원고의 주장을 받아들이지 않았다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 이 사건 약정이 자본시장법이 금지하는 미등록 영업행위로서 무효임을 전제로 한 원고의 이 사건 부당이득반환청구를 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 자본시장법의 일임매매의 효력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

#### 나. 상고이유 제5점 중 나머지 주장에 관하여

원심은, 자본시장법 제8조 제1, 5, 6항에 의하면, 투자자문과 관련한 투자결과 또는 투자일임재산의 운용실적과 연동된 성과보수를 받는 행위를 금지한 제98조의2의 적용을 받는 투자자문업자나 투자일임업자는 금융위원회에 등록하여 이를 영위하는 자를 의미하므로 투자자문업자 또는 투자일임업자로 등록하지 않은 피고는 위 제98조의2의 적용을 받지 않는다는 이유로, 이 사건 약정이 자본시장법 제98조의2에 위반되어 무효라는 원고의 주장을 받아들이지 않았다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이 사건 약정이 무효라고 볼 수 없다는 원심의 결론에 상고이유 주장과 같이 자본시장법의 성과보수 제한의 효력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

#### 다. 상고이유 제1점에 관하여

원심은, 손익부담 약정을 초과하여 지급받은 금원에 대한 부당이득반환 청구는 이

사건 약정 체결 당시에 원고와 피고 사이에 일임투자로 인한 손실분담 약정이 존재함을 전제로 하는 것이나, 이 사건 약정 체결 당시에 원고 주장과 같은 손실분담 약정이 체결되었다고 볼 수 없다는 이유로 이를 받아들이지 않았다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 부당이득에 관한 법리를 오해하거나 판단을 누락하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

## 2. 원고의 제1 예비적 청구에 관한 상고이유에 대하여

### 가. 상고이유 제2, 3, 4점에 관하여

이 부분 상고이유 주장의 요지는, 이 사건 약정 체결 당시인 2012. 2.경 원고와 피고 사이에 손실분담 약정이 있었고, 이 사건 약정은 불공정한 계약이며, 2014. 3. 무렵 손실분담 약정 당시 이 사건 유진투자선물 주식회사 계좌 거래에 대하여도 손실의 50%를 보전해 주기로 하는 내용의 약정이 있었다는 것이다. 그러나 이는 결국 사실심인 원심의 전권사항에 속하는 증거의 취사선택이나 사실인정을 탓하는 것에 불과하므로 적법한 상고이유로 볼 수 없다.

나아가 기록을 살펴보더라도 이 부분과 관련된 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 불공정한 법률행위, 약정의 해석에 관한 법리를 오해하고 판단을 누락하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

### 나. 상고이유 제6점에 관하여

1) 채권액이 외국통화로 지정된 금전채권인 외화채권을 채권자가 대용급부의 권리를 행사하여 우리나라 통화로 환산하여 청구하는 경우 법원이 채무자에게 그 이행을 명할 때는 채무자가 현실로 이행할 때에 가장 가까운 사실심 변론종결 당시의 외국환시세를

우리나라 통화로 환산하는 기준시로 삼아야 한다(대법원 1991. 3. 12. 선고 90다2147 전원합의체 판결, 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다55397 판결 등 참조).

2) 원심은, 피고가 2014. 3. 무렵 원고와 이루어진 손실분담 약정에 따라 원고에게 이 사건 신한금융투자 주식회사 계좌 및 하나대투증권 주식회사 계좌에 대한 손실분담금 합계 미화 254,543.04달러 중 원고가 공제를 자인하는 미화 90,000달러를 제외한 나머지 미화 164,543.04달러(= 254,543.04달러 - 90,000달러)를 지급할 의무가 있다고 전제한 다음, 피고가 구체적으로 부담해야 하는 원화의 액수는 위 각 계좌의 거래종결로 손실이 확정된 2014. 7. 4.을 기준시로 삼아 미화 164,543.04달러에 대하여 그 당시의 미국 달러화 매매기준율인 1,009.74원을 적용한 166,145,689원(= 미화 164,543.04달러 × 1,009.74원, 원 미만 버림)이라고 판단하였다.

3) 그러나 원심판결 이유에 의하더라도 원고가 피고에게 위 손실분담 약정에 따라 지급을 구하는 위 각 계좌에 대한 손실분담금 채권은 채권액이 미국 달러화로 지정된 외화채권임이 분명하고, 원고가 이를 우리나라 통화로 환산하여 청구하고 있으므로, 앞서 본 법리에 비추어 원심으로서도 외화채권인 미화 164,543.04달러에 대하여 원심 변론종결 당시의 외국환시세를 기준일로 삼아 우리나라 통화로 환산한 금액의 지급을 명해야 한다.

4) 그런데도 원심이 이와 달리 위 각 계좌의 거래종결로 손실이 확정된 때를 기준으로 삼아 피고에게 그 당시의 환율로 환산한 금액을 지급할 의무가 있다고 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 외화채권을 우리나라 통화로 환산하는 기준시점에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 피고의 상고이유에 대하여

피고의 상고이유 주장의 요지는, 이 사건 약정의 당사자는 피고가 아니라 피고가 싱가포르에 설립하여 운영한 투자자문회사이고, 이 사건 약정은 포괄적 투자위임계약이 아니며, 피고와 원고 사이에 2014. 3. 무렵 손실분담 약정이 없었다는 것이다. 그러나 이는 결국 사실심인 원심의 전권사항에 속하는 증거의 취사선택이나 사실인정을 타하는 것에 불과하므로 적법한 상고이유가 아니다.

나아가 기록을 살펴보더라도 이 부분과 관련된 원심의 판단에 필요한 심리를 다하지 아니한 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 자본시장법의 투자일임에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

### 4. 결론

그러므로 제1 예비적 청구에 관한 원고의 상고를 받아들이는 이상 제1 예비적 청구에 관한 원고의 나머지 상고이유와 제2 예비적 청구에 관한 원고의 상고에 대하여는 나아가 살펴볼 필요가 없으므로 그 판단을 하지 아니하며, 원심판결 중 제1 예비적 청구에 관한 원고 패소 부분과 제2 예비적 청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 원고의 주위적 청구에 관한 상고와 피고의 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장

대법관

권순일

대법관 이기택

주 심 대법관 박정화

대법관 김선수