

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2023다311665 약정금반환
원고, 피상고인 원고
피고, 상고인 주식회사 이피에스컴퍼니
소송대리인 법무법인 기세
담당변호사 전재근 외 1인
원 심 판 결 부산지방법원 2023. 11. 17. 선고 2023나42973 판결
판 결 선 고 2024. 5. 9.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 부산지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사안의 개요

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음 사실을 알 수 있다.

가. 피고는 증권정보제공업 등을 목적으로 설립된 회사로 2019. 4. 2. 금융위원회에

「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 '자본시장법'이라 한다) 제101조 제1항에 따른 유사투자자문업 신고를 마쳤다.

나. 1) 원고는 2022. 3. 8. 피고로부터 회원가입기간(2022. 3. 8.부터 2022. 12. 9.까지) 동안 증권정보를 제공받는 내용의 계약(이하 '이 사건 제1계약'이라 한다)을 체결하였다. 원고는 피고에게 같은 날 가입금으로 10,000,000원을 지급하고, 서비스 등급을 상향하기 위하여 2022. 3. 17. 5,000,000원, 2022. 3. 21. 2,000,000원 합계 7,000,000원을 지급하였다.

이 사건 제1계약의 특약사항으로 서비스 제공기간 동안 원고가 목표 누적수익률 300%를 달성하지 못하는 경우, 피고가 원고에게 추가로 6개월 동안 증권정보를 제공하기로 하였다(이하 '이 사건 제1특약사항'이라 한다).

2) 원고는 2022. 3. 10. 피고로부터 회원가입기간(2022. 3. 10.부터 2022. 6. 13.까지) 동안 증권정보를 제공받는 내용의 계약(이하 '이 사건 제2계약'이라 하고, '이 사건 제1계약'과 '이 사건 제2계약'을 함께 칭할 경우 '이 사건 각 계약'이라 한다)을 추가로 체결하였다. 원고는 피고에게 같은 날 가입금으로 10,000,000원을 지급하고, 서비스 등급을 상향하기 위하여 2022. 4. 1. 7,000,000원을 지급하였다.

이 사건 제2계약의 특약사항으로 서비스 제공기간 동안 원고가 목표 누적수익률 100%를 달성하지 못하는 경우, 피고가 원고에게 이용요금 전액을 환급하기로 하였다(이하 '이 사건 제2특약사항'이라 하고, '이 사건 제1특약사항'과 '이 사건 제2특약사항'을 함께 칭할 경우 '이 사건 각 특약사항'이라 한다).

2. 원심의 판단

원심은 아래와 같은 이유로 이 사건 각 계약의 사법상 효력이 없다고 보고, 피고가

원고로부터 수령한 이용요금 전액과 이에 대한 지연손해금을 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 판단하였다.

가. 미등록 투자자문업을 영위하는 것을 금지하는 자본시장법 제17조는 효력규정이어서 이를 위반하는 내용의 계약은 무효이다. 이 사건 각 계약은 투자자문업 등록을 하지 않은 피고가 투자자문업을 영위하는 내용이어서 자본시장법 제17조를 위반한 것이다. 따라서 이 사건 각 계약은 효력이 없다.

나. 금융투자업자가 투자자에게 손실보전 내지 이익보장을 사전에 약속하는 행위 등을 금지하는 자본시장법 제55조는 피고와 같은 유사투자자문업자에 대하여 유추적용할 수 있다. 이 사건 각 특약사항은 자본시장법 제55조에 저촉되는 것으로 선량한 풍속 기타 사회질서 위반에 해당하여 민법 제103조에 따라 그 효력이 없다. 원고가 이 사건 각 특약사항이 무효인 것을 알았다면 이 사건 각 계약을 체결하지 않았을 것이므로 결국 민법 제137조 본문에 따라 이 사건 각 계약 전부가 무효이다.

3. 대법원의 판단

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍할 수 없다.

가. 먼저 투자자문업 등록을 하지 않은 자가 자본시장법 제17조를 위반하여 투자자문업을 영위하는 내용의 계약을 체결하였을 때 그 계약의 사법상 효력이 없는지를 살펴본다.

1) 사법상 계약 기타 법률행위가 일정한 행위를 금지하는 구체적 법규정을 위반하여 행하여진 경우에 그 법률행위가 무효인지 여부는 당해 법규정이 가지는 넓은 의미에서의 법률효과에 관한 문제의 일환으로, 그 법규정의 해석 여하에 의하여 정하여진다. 따라서 그 점에 관한 명문의 정함이 있다면 당연히 이에 따라야 하고, 그러한 정함

이 없는 때에는 중국적으로 금지규정의 목적과 의미에 비추어 그에 반하는 법률행위의 무효 기타 효력 제한이 요구되는지를 검토하여 이를 정해야 한다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다75119 판결 등 참조).

자본시장법 제17조는 "누구든지 이 법에 따른 금융투자업 등록을 하지 아니하고는 투자자문업 또는 투자일임업을 영위하여서는 아니 된다."라고 규정한다. 자본시장법에 따른 등록을 하지 않고 투자자로부터 투자판단의 전부 또는 일부를 일임받아서 그 투자자의 재산상태나 투자목적 등을 고려하여 투자재산을 운용하는 것을 영업으로 하는 '투자일임업'과 투자자의 투자판단에 관한 자문에 응하는 것을 영업으로 하고 최종 투자판단 및 투자재산 운용 행위는 투자자가 직접 수행하게 되는 '투자자문업'을 영위하는 것을 금지하는 취지는 고객인 투자자를 보호하고 금융투자업을 건전하게 육성하고자 함에 있다. 그런데 위 규정을 위반하여 체결한 투자일임계약 내지 투자자문계약 자체가 그 사법상 효력까지도 부인하지 않으면 안 될 정도로 현저히 반사회성, 반도덕성을 지닌 것이라고 할 수 없고, 그 행위의 사법상 효력을 부인하여야만 비로소 입법 목적을 달성할 수 있다고 볼 수 없으므로, 위 규정은 효력규정이 아니라 단속규정에 해당한다(대법원 2019. 6. 13. 선고 2018다258562 판결 참조).

2) 위와 같은 법리를 앞서 본 사실관계에 비추어 보면, 투자자문업 등록을 하지 않은 피고가 투자자문에 관한 이 사건 각 계약을 체결하는 등으로 투자자문업을 영위하여 자본시장법 제17조를 위반하였다고 하더라도, 미등록 영업행위라는 이유만으로 이 사건 각 계약을 무효라고 할 수는 없다.

나. 다음으로 투자자에게 손실보전 내지 이익보장을 사전에 약속하는 행위 등을 금지하는 자본시장법 제55조를 유사투자자문업자에 대하여 유추적용하여, 이 사건 각 특

약사항이 자본시장법 제55조에 저촉되는 것으로 선량한 풍속 기타 사회질서 위반에 해당하여 무효인지에 관하여 살펴본다.

1) 가) 법률의 유추적용은 법률의 흠결을 보충하는 것으로 법적 규율이 없는 사안에 대하여 그와 유사한 사안에 관한 법규범을 적용하는 것이다. 이러한 유추를 위해서는 법적 규율이 없는 사안과 법적 규율이 있는 사안 사이에 공통점 또는 유사점이 있어야 하고, 법규범의 체계, 입법 의도와 목적 등에 비추어 유추적용이 정당하다고 평가되어야 한다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2019다226135 판결 등 참조).

나) 자본시장법 제55조는 금융투자업자 및 그 임직원이 사전 또는 사후에 투자자의 손실을 보전하거나 일정한 이익을 보장하는 약속을 하는 등의 손실보전 내지 이익보장 행위를 하는 것을 원칙적으로 금지한다. 해당 규정은 금융투자업자 또는 그 임직원이 고객인 투자자에 대하여 손실을 보전하거나 일정한 이익을 보장하는 약정을 이행하거나 그 손실보전 및 이익제공을 위하여 부득이 불건전한 거래 또는 변칙적인 거래를 함으로써 자본시장의 공정한 거래질서의 왜곡을 가져올 위험성이 있는 점 등을 고려하여 손실보전 내지 이익보장 등 행위를 금지한 것이다. 하지만 금융투자업자 및 그 임직원과 고객 사이가 아니라 사인들 사이에 이루어진 손실보전 내지 이익보장 약정에 대하여는 자본시장법 제55조를 유추적용할 수 없고, 그 약정의 사법적 효력을 부인할 근거도 찾기 어렵다(대법원 2010. 7. 22. 선고 2009다40547 판결 등 참조).

다) 나아가 금융투자업자 및 그 임직원이 아닌 유사투자자문업자가 체결한 계약에 대하여도 자본시장법 제55조를 유추적용할 수 없다. 구체적인 이유는 아래와 같다.

(1) 자본시장법은 금융투자상품 등의 가치 또는 이에 대한 투자판단에 관한 자문에 응하는 것을 영업으로 하는 것을 '투자자문업'이라 정의하고(제6조 제7항), 투자자

문업을 '금융투자업' 중 하나로 규정한다(제6조 제1항 제4호). 자본시장법 제2편 제4장에서는 금융투자업자가 투자자와 거래를 할 때 영업행위를 위한 적절한 기준을 제시하여 부적절한 영업행위에 의한 손해나 손실의 발생가능성을 사전에 방지할 목적으로 금융투자업자에게 적용되는 영업행위규칙에 대한 규정을 두었다. 자본시장법 제55조도 금융투자업자에게 적용되는 영업행위규칙 중 하나이다.

(2) 자본시장법은 불특정 다수인을 대상으로 발행 또는 송신되고, 불특정 다수인이 수시로 구입 또는 수신할 수 있는 간행물·출판물·통신물 또는 방송 등을 통하여 조언을 하는 것을 투자자문업에서 배제하면서(제7조 제3항), 투자자문업자 외의 자가 불특정 다수인을 대상으로 일정한 대가를 받고 위와 같은 방식의 투자조언을 영업으로 하는 것을 '유사투자자문업'이라 하여 투자자문업과 구별하고, 유사투자자문업을 영위하려는 사람은 금융위원회에 신고를 하도록 하였다(제101조 제1항). 자본시장법은 유사투자자문업자에 대하여 투자자문업자 또는 투자일임업자에게 적용되는 불건전 영업행위의 금지 규정 중 제98조 제1항(다만 제3호를 제외한다)을 준용함으로써 투자자 보호 및 건전한 거래질서를 해할 우려가 있는 특정 행위를 금지하고 있다(제101조 제4항). 그러나 투자자문업자를 비롯한 금융투자업자의 손실보전 내지 이익보장 행위를 원칙적으로 금지하는 자본시장법 제55조를 유사투자자문업자에게도 준용한다는 규정은 없다(다만 2024. 2. 13. 법률 제20305호로 개정되어 2024. 8. 14. 시행예정인 자본시장법 제101조의2 제1항은 유사투자자문업자에 대하여 자본시장법 제55조를 준용하는 것으로 규정한다).

자본시장법은 투자자문업자와 달리 유사투자자문업자에 대하여는 투자자에게 손실보전 내지 이익보장을 사전에 약속하는 행위 등을 금지하는 영업행위규칙을 적용하

지 않는 것으로 법적 규율을 하였다고 할 수 있다.

(3) 투자자문업자 내지 금융투자업자 및 그 임직원이 아닌 유사투자자문업자는 투자자문업자와 달리 투자판단을 제공받는 상대방의 투자목적이나 재산상황, 투자경험 등 개별성을 반영한 조언을 할 수 없고 불특정 다수인을 대상으로 획일적인 투자조언을 하는 데에 그치고, 투자조언에 따른 상대방의 투자성과를 개별적으로 확인할 수 없으며, 자기자본, 투자권유자문인력, 대주주 등과 관련하여 일정한 자격요건을 갖추 필요 없이 소정의 서식에 따라 신고를 해서 수리가 되면 유사투자자문업을 영위할 수 있다.

이처럼 투자자문업자 내지 금융투자업자에게 적용하는 자본시장법 제55조를 유사투자자문업자에 대하여도 유추적용을 할 수 있을 정도로 공통점 또는 유사점이 있다고 보기 어렵다.

(4) 자본시장법 제55조는 투자자문업자 내지 금융투자업자를 수범자로 하는 자본시장법상 영업행위규칙에 관한 규정 중 하나이고, 구체적 행위를 기준으로 그 적용 범위가 정해지는 것이 아니다. 따라서 투자자문업자 내지 금융투자업자가 아닌 유사투자자문업자가 등록 없이 사실상의 투자자문업을 영위했다고 하더라도 자본시장법 제55조의 유추적용 대상이 된다고 할 수 없다.

2) 이러한 법리에 의하면, 투자자문업자 내지 금융투자업자가 아니고 유사투자자문업자에 불과한 피고가 체결한 계약의 일부인 이 사건 각 특약사항이 투자자인 원고에게 손실보전 내지 이익보장을 하는 것에 해당한다고 볼 수 있는지 여부와 무관하게, 자본시장법 제55조를 유사투자자문업자인 피고에 대하여 유추적용하여, 이 사건 각 특약사항이 자본시장법 제55조에 저촉되어서 선량한 풍속 기타 사회질서 위반으로 민법

제103조에 따라 무효라고 볼 수는 없다. 그 밖에 이 사건 각 특약사항이 사회질서를 위반하였다는 등의 이유로 그 사법적 효력을 부인할 만한 사정이 없다.

다. 그런데도 원심은 자본시장법 제17조가 효력규정임을 전제로 이 사건 각 계약이 그 규정을 위반하여 무효이거나, 유사투자자문업자에 대하여 자본시장법 제55조를 유추적용할 수 있음을 전제로 이 사건 각 특약사항은 그 규정에서 금지하는 내용에 해당하여 선량한 풍속 기타 사회질서를 위반하는 것으로 무효여서 결국 이 사건 각 계약의 사법상 효력이 없다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 자본시장법 제17조의 법적 성격과 이를 위반한 계약의 효력, 자본시장법 제55조의 적용범위 및 민법 제103조 위반 여부에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	엄상필
	대법관	노정희
주 심	대법관	이흥구
	대법관	오석준