

서울남부지방법원 2024. 9. 5 선고 2023나59337(본소), 2023나59344(반소) 판결 [부당이득금 반환]

재판경과

대법원 2024. 11. 28 선고 2024다287059(본소), 2024다287066(반소) 판결
서울남부지방법원 2024. 9. 5 선고 2023나59337(본소), 2023나59344(반소) 판결
서울남부지방법원 2023. 6. 8 선고 2022가소20915 판결

전문

원고(반소피고), 피항소인

A

피고(반소원고), 항소인

주식회사 B

변론종결 2024. 6. 13.

판결선고 2024. 9. 5.

제1심판결 서울남부지방법원 2023. 6. 8. 선고 2022가소20915(본소), 2023가소283263(반소) 판결

주문

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

- 가. 원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 7,000,000원 및 이에 대하여 2023. 5. 4.부터 2024. 9. 5.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
- 나. 원고(반소피고)의 본소청구와 피고(반소원고)의 나머지 반소청구를 각 기각한다.2. 소송 총비용은 본소, 반소를 통틀어 원고(반소피고)가 부담한다.
3. 제1의 가항은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

- 가. 본소 : 피고(반소원고, 이하 ‘피고’라 한다)는 원고(반소피고, 이하 ‘원고’라 한다)에게 7,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
- 나. 반소 : 원고는 피고에게 7,000,000원 및 이에 대하여 이 사건 반소장 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

제1심판결을 취소한다. 원고의 본소청구를 기각한다. 반소 청구취지 기재와 같다1) .

이 유

본소와 반소를 함께 본다.

1. 인정사실

가. 당사자의 지위

피고는 증권정보 제공업 등을 목적으로 설립된 회사로 2016. 12. 28. 금융위원회에 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라 한다) 제101조 제1항2) 에 따른 유사투자자문업 신고를 하였으나, 자본시장법 제18조 제1항 제1호3) 에 따른 금융투자업등록은 하지 아니하였다. 원고는 피고가 제공하는 증권정보제공 서비스에 가입한 자이다.

나. 이 사건 제1 계약의 체결 및 환불

1) 원고는 2021. 11. 4. 피고와 가입기간을 2021. 11. 4.부터 2022. 2. 7.까지, 가입금액을 7,000,000원으로 정하여 피고가 원고에게 주식매매를 위한 증권정보 등을 제공하기로 하는 내용의 계약(이하 '이 사건 제1 계약'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 제1 계약의 주요 내용은 아래와 같다.

증권정보제공 VVIP 서비스 가입계약

○ 서비스 정보

신청일자: 2021년 11월 04일 목요일

클럽명: C

가입금액(정상가): 7,000,000원

회원가입기간: 2021-11-04 ~ 2022-02-07

○ 증권정보제공 서비스 가입 계약서

제5조 (책임과 의무)

1. 회사는 투자 정보 제공업체로서 당사가 제공하는 모든 투자정보는 투자 판단의 참고 자료이며, 투자에 대한 모든 책임은 회원에게 있다.
2. 회원은 회사로부터 서비스의 판매를 위탁받은 자(텔레마케터 등)에게 회사가 제공하는 정보 외에 투자정보를 비공식적으로 요청 또는 요구해서는 아니되며, 회사는 회사로부터 서비스의 판매를 위탁받은 자가 비공식적으로 회원에게 제공한 투자정보에 관하여는 어떠한 책임도 부담하지 않는다.

○ 특약 1. 책임정찰제

1. 서비스제공기간 및 추가적으로 제공된 무료 기간이 모두 도과한 시점에 목표 누적수

익률 700%를 도달하지 못할 경우 회사는 회원에게 6개월 동안 추가적으로 서비스를 제공한다.

2. 누적수익률이란 서비스제공 기간 및 추가적으로 제공된 무료 기간 동안 회사에서 제공하는 모든 추천종목의 수익률을 비중을 무시하고 단순 합산한 것으로서 회원의 계좌수익률과 일치하지 않을 수 있다.

EX) D 비중 10% / 수익률 5%

E 비중 30% / 수익률 10% 이 경우 누적수익률은 12%

F 비중 20% / 수익률 -3%

3. 누적수익률을 회사에서 발송한 실시간 문자리딩에서 기재한 종목명/비중/매수시점/매도시점을 기준으로 판단한다.

2) 원고는 2021. 11. 4. 이 사건 제1 계약에 따라 가입금액 7,000,000원을 신용카드로 결제하였다.

3) 피고는 이 사건 제1 계약 무렵부터 2022. 8. 7.까지 원고에게 문자메시지를 통하여 주식종목 추천 등의 주식매매를 위한 증권정보를 제공하였다. 원고는 위 기간 중 2022. 2. 8.부터 2022. 8. 7.까지 이 사건 제1 계약 특약에 따라 6개월 동안 무료로 피고로부터 증권정보를 제공받았다.

4) 원고는 이 사건 제1 계약 기간 종료 이후인 2022. 9. 26. 이 사건 제1 계약의 가입금액을 결제한 신용카드 회사에 결제 취소를 요청하였고, 같은 날 위 가입금액 7,000,000원의 신용카드 결제가 취소되어 이를 환불받았다.

다. 이 사건 제2 계약의 체결

1) 원고는 2021. 12. 30. 피고와 가입기간을 2021. 12. 30.부터 2022. 7. 1.까지, 가입금액을 7,000,000원으로 정하여 피고가 원고에게 주식매매를 위한 증권정보 등을 제공하기로 하는 내용의 계약(이하 '이 사건 제2 계약'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 제2 계약에는 '누적수익률 150%를 도달하지 못할 경우 이용요금 전액을 환불합니다'라는 내용의 책임수입 환불증서(이하 '이 사건 환불증서'라 한다)가 포함되어 있는데, 그 주요 내용은 아래와 같다.

증권정보제공 VVIP 서비스 가입계약

○ 서비스 정보

신청일자: 2021년 12월 30일 목요일

클럽명: G

가입금액(정상가): 7,000,000원

회원가입기간: 2021-12-30 ~ 2022-07-01

○ 증권정보제공 서비스 가입 계약서

제5조 (책임과 의무)

1. 회사는 투자 정보 제공업체로서 당사가 제공하는 모든 투자정보는 투자 판단의 참고 자료이며, 투자에 대한 모든 책임은 회원에게 있다.
2. 회원은 회사로부터 서비스의 판매를 위탁받은 자(텔레마케터 등)에게 회사가 제공하는 정보 외에 투자정보를 비공식적으로 요청 또는 요구해서는 아니되며, 회사는 회사로부터 서비스의 판매를 위탁받은 자가 비공식적으로 회원에게 제공한 투자정보에 관하여는 어떠한 책임도 부담하지 않는다.

○ 특약 1. 책임정찰제

1. 서비스제공기간 및 추가적으로 제공된 무료 기간이 모두 도과한 시점에 목표 누적수익률 700%를 도달하지 못할 경우 회사는 회원에게 6개월 동안 추가적으로 서비스를 제공한다.
2. 누적수익률이란 서비스제공 기간 및 추가적으로 제공된 무료 기간 동안 제공하는 추천종목의 비중을 무시하고 단순 합산한 것으로서 회원의 계좌수익률과 일치하지 않을 수 있다.
3. 누적수익률 계산은 수익 종목 단순합산기준이며 B 발송문자 기준으로 책정한다.

○ 책임수입 환급증서

서비스 제공기간 6개월이 모두 도과한 시점에 목표 누적수익률 150%4) 를 도달하지 못할 경우 환급절차에 따라 요청한 이용자는 이용요금 전액을 환급합니다.

※ 환급조건

책임수익 환급반 서비스를 이용하는 이용자가 계약 기간동안 회사가 추천한 내용(종목명, 매수가)에 따라 수익을 실현하였으나 단순 목표 누적 수익률을 달성하지 못할 경우 환급 절차에 따라 요청 시 이용요금 전액을 환급합니다.

※ 환급적용 제외상황

4. 누적수익률계산은 수익 종목 단순합산 기준이며 회사 발송문자 기준으로 책정한다.

2) 원고는 이 사건 제2 계약에 따라 2021. 12. 30. 5,000,000원, 2022. 3. 8. 2,000,000원을 체크카드 및 신용카드로 결제하였다.

3) 피고는 이 사건 제2 계약 무렵부터 2022. 7. 1.까지 원고에게 문자메시지를 통하여 주식종목 추천 등의 주식매매를 위한 증권정보를 제공하였다.

【인정근거】다툼 없는 사실, 갑 제2, 3호증, 을 제1 내지 4, 7, 8, 9, 10호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 본소청구에 관한 판단

가. 당사자의 주장

1) 원고의 주장5) 피고는 금융투자업등록을 하지 아니하였음에도 금융투자업자 행세를 하면서 피고가 추천하는 주식을 매매한다면 수익을 보게 해주고, 이 사건 제2 계약의 특약과 이 사건 환급증서로 ‘최소 700% 이상의 수익을 얻을 수 있다’며 원고를 기망하였고, 이에 따라 원고는 700% 이상의 수익을 거둘 것으로 믿고 이 사건 제2 계약을 체결하면서 가입금액을 지급하였으므로, 이는 사기에 해당하여 민법 제110조에 의하여 이 사건 제2 계약을 취소한다. 따라서 피고는 원고에게 위 가입금액을 부당이득금으로 반환할 의무가 있다.

2) 피고의 주장

① 피고는 금융투자업자 행세를 한 적이 없으며, 불특정 다수인에게 유사투자자문업자로서 허용된 증권정보를 제공하였다.

② 피고는 원고에게 수익을 보장한 적이 없고, 오히려 이 사건 제2 계약서 제5조 제1항은 “회사는 투자 정보 제공업체로서 당사가 제공하는 모든 투자정보는 투자 판단의 참고자료이며, 투자에 대한

모든 책임은 회원에게 있다.”, 같은 조 제2항은 “회원은 회사로부터 서비스의 판매를 위탁받은 자(텔레마케터 등)에게 회사가 제공하는 정보 외에 투자정보를 비공식적으로 요청 또는 요구해서는 아니되며, 회사는 회사로부터 서비스의 판매를 위탁받은 자가 비공식적으로 회원에게 제공한 투자정보에 관하여는 어떠한 책임도 부담하지 않는다.”라고 규정하고 있으며, 이 사건 제2 계약 이후 원고에게 위와 같은 내용을 가입안내 전화를 통하여 재차 안내하였다.

③ 이 사건 제2 계약의 특약이나 이 사건 환급증서는 주식투자 원금이나 수익률을 보장하는 내용이 아니고, 원고에게 수익률 관련하여 허위·과장 광고를 한 사실이 없다.

나. 관련 규정

〈자본시장법〉

제6조(금융투자업)

⑦ 이 법에서 "투자자문업"이란 금융투자상품, 그 밖에 대통령령으로 정하는 투자대상자산(이하 "금융투자상품등"이라 한다)의 가치 또는 금융투자상품등에 대한 투자판단(종류, 종목, 취득·처분, 취득·처분의 방법·수량·가격 및 시기 등에 대한 판단을 말한다. 이하 같다)에 관한 자문에 응하는 것을 영업으로 하는 것을 말한다.

제17조(미등록 영업행위의 금지)

누구든지 이 법에 따른 금융투자업등록(변경등록을 포함한다)을 하지 아니하고는 투자자문업 또는 투자일임업을 영위하여서는 아니 된다.

제101조(유사투자자문업의 신고)

① 불특정 다수인을 대상으로 하여 발행되는 간행물, 전자우편 등에 의하여 금융투자상품에 대한 투자판단 또는 금융투자상품의 가치에 관한 조언으로서 대통령령으로 정하는 것을 업(이하 이 조에서 "유사투자자문업"이라 한다)으로 영위하고자 하는 자는 금융위원회가 정하여 고시하는 서식에 따라 금융위원회에 신고하여야 한다.

다. 관련 법리

- 1) 상품의 선전 광고에서 거래의 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위 고지한 경우에는 기망행위에 해당할 것이나, 그 선전 광고에 다소의 과장이 수반되었다고 하더라도 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 것이라면 이를 기망행위라고 할 수 없다. 그리고 민법 제110조에 따라 사기를 이유로 의사표시를 취소하기 위하여는 거래당사자 중 일방에 의한 고의적인 기망행위가 있고 이로 말미암아 상대방이 착오에 빠져 그러한 기망행위가 없었더라면 사회통념상 그 의사표시를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우이어야 한다(대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다16087 판결 등 참조).
- 2) 불특정 다수인을 상대로 한 경우가 아니라 문의자와 상담자 사이에 1:1 상담 혹은 자문이 행해지는 한 이는 투자자문업에 해당하는 것이고, 비록 그 투자상담이 전화를 통하여 이루어지는 경우라고 할지라도, 이를 두고 구 증권거래법 제2조 제10항 제1호 단서 및 구 증권거래법 시행령 제2조의5 제1호 소정의 불특정다수인을 대상으로 하는 투자조언으로서 유사투자자문업에 해당한다고 할 수는 없다 할 것이다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2006도119 판결 등 참조).
- 3) 투자자문업 및 유사투자자문업의 정의, 투자자문업자의 의무 등에 관한 구 자본시장법령의 내용 등을 종합해 보면, 투자판단 제공이 그 상대방을 ‘특정인’으로 하여 이루어지면 투자자문업에 해당하고, 여기서 ‘특정’이란 투자판단을 제공받는 상대방의 범위가 한정되어 있다는 의미가 아니라, 투자판단을 제공받는 과정에서 면담 · 질문 등을 통해 투자판단을 제공받는 상대방의 개별성, 특히 투자목적이나 재산상황, 투자경험 등이 반영된다는 것을 말한다(대법원 2022. 10. 27. 선고 2018도4413 판결 등 참조).

라. 구체적 판단

앞서 인정한 사실, 앞서 든 증거, 갑 제1호증, 을 제11호증의 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 피고가 이 사건 제2 계약 체결 당시 원고를 기망하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 본소청구는 이유 없다.

- ① 피고가 이 사건 제2 계약 체결 당시 원고에게 자신을 금융위원회에 등록된 금융투자업자라고

소개하였다거나, 원고와 1:1 상담 또는 자문을 통하여 증권정보를 제공하겠다는 등 금융투자업등록을 한 자만이 할 수 있는 투자자문을 약정했다고 볼 자료가 없다. 오히려 이 사건 제2 계약서 제5조 제1호에는 피고가 ‘투자 정보 제공업체’라고 명시되어 있고, 같은 조 제2호에는 ‘피고가 제공하는 정보 외에 투자정보의 요청 또는 요구’를 금지하고 있다.

② 실제 피고는 원고를 포함하여 이 사건 제2 계약을 체결한 회원들에게 단체 휴대전화 문자메시지를 보내 주식의 매수, 매도 정보를 전달하였다. 반면 피고가 원고에게 금융투자업등록을 하지 않은 유사자문업체가 할 수 없는 투자자문행위를 하였다고 볼 증거가 없다. 원고가 피고로부터 1:1로 투자자문을 받았다는 증거로 제시한 자료는 이 사건 제1 계약으로 제공 받은 증권정보에 관한 내용이고, 그렇지 않다고 하더라도 피고 소속 직원은 2021. 11. 11. 카카오톡으로 원고로부터 문자메시지로 전달받은 증권정보와 함께 ‘분할매도를 하라는 건 몇주를 매도할지 알아서 판단하면 되는 건가요?’라는 질문을 받아 ‘네네 맞아요!’라고 대답하고, 2021. 11. 26. 원고가 “오늘은 매수싸인 아직 없어요~”라고 말하자 “H10% 사인 있었어요!”라며 이미 제공된 증권정보를 안내한 것으로, 이러한 행위를 1:1 상담 또는 자문을 하였다고 보기는 어렵다.

③ 또한 원고가 제출한 증거를 살펴보더라도, 원고가 피고 소속 직원에게 특정 종목의 매도시기를 질문하지는 않았고, 피고 소속 직원도 원고에게 원고가 매수한 주식의 회사 상황을 안내하였을 뿐 매도를 지시하는 등 차별화된 1:1 상담 또는 자문이라고 볼만한 행위를 하지 않았다. 결국 원고가 제출한 증거들만으로는 이 사건 제2 계약이 원고의 개별적인 투자수요를 충족시키기 위하여 원고의 투자목적, 재산규모, 투자경험 등에 맞추어 투자정보를 제공하는 투자자문계약에 해당한다고 단정할 수 없다.

④ 원고가 이 사건 제2 계약 체결 당시 피고에게 1:1 자문이 가능한지 여부를 확인하였다거나, 피고가 원고에게 문자메시지를 통한 증권정보 제공 외에 1:1 상담이나 자문을 약속하였다고 볼 증거가 없다.

⑤ 원고는 이 사건 제2 계약 당시 피고가 합법적으로 1:1 투자자문행위를 할 수 있는지 여부보다는, 피고의 추천에 따라 투자를 할 경우 수익이 발생하는지 여부에만 관심을 두었던 것으로 보인다. 결국 설령 피고가 등록된 투자자문업자로 적법하게 투자자문을 할 수 있는 것처럼 원고를 기망하였다고 하더라도, 그러한 행위와 이 사건 제2 계약 체결 사이에 인과관계가 있다고 보기 어렵다.

⑥ 이 사건 제2 계약은 특약으로 ‘누적수익률 700%를 도달하지 못할 경우 6개월 동안 추가 서비스 제공’을 규정하고 있을 뿐인바, 이를 두고 피고가 원고에게 ‘700% 수익률’을 보장하였다고 보기는 어렵다.

⑦ 이 사건 환급증서는 ‘6개월 이후 목표 누적수익률 150%를 도달하지 못하면 전액을 환급합니다’라고 기재되어 있으므로, 이 사건 제2 계약에는 손실보전 약정이 포함되어 있다. 그러나 이 사건 환급증서에는 “※ 환급조건 책임수익 환급반 서비스를 이용하는 이용자가 계약기간 동안 회사가 추천한 내용(종목명, 매수가)에 따라 수익을 실현하였으나 단순 목표 누적 수익률을 달성하지 못할 경우 환급 절차에 따라 요청 시 이용요금 전액을 환급합니다. 4.누적수익률계산은 수익 종목 단순합산 기준이며 회사 발송문자 기준으로 책정한다.”라고 명시되어 있고, 이 사건 제2 계약 특약에도 “3.누적수익률 계산은 수익 종목 단순합산기준이며 B 발송문자 기준으로 책정한다.”라고 기재되어 있다. 이러한 내용이 투자자로서 이해하기 어렵다거나 예상할 수 없는 것이라고는 보이지 않으며, 원고는 이 사건 제2 계약서에 직접 서명하였다.

⑧ 원고는 이 사건 제2 계약 체결 전에 이 사건 제1 계약을 체결하였는데, 이 사건 제1 계약에는 누적수익률에 대한 구체적인 예시까지 기재되어 있었으므로, 원고는 개별 종목별로는 마이너스 수익률이 발생할 수 있다는 점을 알고 있었을 것으로 보인다.

⑨ 피고 소속 직원이 이 사건 제2 계약 당시 원고에게 700% 또는 100%, 150%의 수익률 등 특정한 수익률을 보장해주겠다는 취지의 발언을 하였다는 증거가 없다. 오히려 이 사건 제2 계약서 제5조 제1호는 “회사는 투자 정보 제공업체로서 당사가 제공하는 모든 투자정보는 투자 판단의 참고자료이며, 투자에 대한 모든 책임은 회원에게 있다.”라고 기재되어 있고, 피고는 이 사건 제2 계약 이후 원고에게 전화로 이러한 내용은 재차 확인시켜 주었다. 원고도 궁극적으로 자신의 판단 하에 피고로부터 추천받은 다수의 종목 중 일부에 대하여 그 투자 여부를 결정하였다고 보인다.

3. 반소청구에 관한 판단

가. 당사자의 주장

1) 피고의 주장

피고는 원고에게 이 사건 제1 계약에 따른 증권정보서비스를 제공하였고, 원고가 가입한 기간 동안 매도한 총 35개 종목은 286.8%의 수익률을 달성하였으나, 이 사건 제1 계약 가입금액에 대한 신용카드 결제는 원고의 요청으로 취소되었다. 따라서 원고는 피고에게 이 사건 제1 계약 가입금액 7,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 원고의 주장

피고는 금융투자업등록을 하지 아니하였음에도 금융투자업자 행세를 하면서 피고가 추천하는 주식을 매매한다면 최소 700% 이상의 수익을 얻을 수 있다며 원고를 기망하였고, 이에 속은 원고는 700% 이상의 수익을 거둘 것으로 믿고 이 사건 제1 계약을 체결하고 가입금액을 지급하였는바, 민법 제110조에 의하여 이 사건 제1 계약을 취소한다.

나. 청구원인에 관한 판단

위 인정사실에 의하면, 원고는 피고와 이 사건 제1 계약을 체결하고 피고로부터 증권정보를 제공받았음에도 신용카드 결제를 취소시키는 방법으로 가입금액 전액을 반환받음으로써 이 사건 제1 계약에 의하여 피고로부터 증권정보를 제공받는 대가로 지급한 가입금액 상당의 이익을 얻고, 피고에게 동액 상당의 손해를 입었다고 봄이 타당하다. 따라서 원고는 피고에게 부당이득금 7,000,000원 및 이에 대하여 피고가 구하는 이 사건 반소장 부분 송달일 다음날인 2023. 5. 4.부터 원고가 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당한 이 법원 판결 선고일인 2024. 9. 5.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. 원고의 주장에 대한 판단

앞서 인정한 사실, 앞서 든 증거, 갑 제1, 8, 9호증, 을 제11호증의 1의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 제2의 다항 법리에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거들만으로는 피고가 이 사건 제1 계약 체결 당시 원고를 기망하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 주장은 이유 없다.

① 피고가 이 사건 제1 계약 체결 당시 원고에게 자신을 금융위원회에 등록된 금융투자업자라고 소개하였다거나, 원고와 1:1 상담 또는 자문을 통하여 증권정보를 제공하겠다는 등 금융투자업등록을 한 자만이 할 수 있는 투자자문을 약속했다고 볼만한 자료가 없다. 오히려 이 사건 제1 계약서 제5조 제1호에는 피고가 ‘투자 정보 제공업체’라고 명시되어 있고, 같은 조 제2호에는 ‘피고가 제공하는 정보 외에 투자정보의 요청 또는 요구’를 금지하고 있다.

② 실제로 피고는 원고를 포함하여 이 사건 제1 계약을 체결한 회원들에게 단체 휴대전화 문자메시지를 보내 주식의 매수, 매도 정보를 전달하였다. 피고가 원고에게 금융투자업등록을 하지 아니한 유사투자자문업자로서는 할 수 없는 투자자문행위를 하였다고 볼만한 증거가 없다. 앞서 본 바와 같이, 원고가 피고로부터 1:1로 투자자문을 받았다는 증거로 제시한 자료들만으로는 이 사건 제1 계약이 원고의 개별적인 투자수요를 충족시키기 위하여 원고의 투자목적, 재산규모, 투자경험 등에 맞추어 투자정보를 제공하는 투자자문계약에 해당한다고 단정할 수 없다.

③ 원고가 이 사건 제1 계약 체결 당시 피고에게 1:1 자문이 가능한지 여부를 확인하였다거나, 피고가 원고에게 문자메시지를 통한 증권정보 제공 외에 1:1 상담이나 자문을 약속하였다고 볼만한 증거가 없다. 원고는 이 사건 제1 계약 이후에야 피고가 유사투자자문업자인지 금융투자업자인지 여부를 확인하였는데, 이 사건 제1 계약 당시에는 피고가 합법적으로 1:1 투자자문행위를 할 수 있는지 여부보다는 피고의 추천에 따라 투자를 할 경우 수익이 발생하는지 여부에만 관심을 두었던 것으로 보인다. 설령 피고가 등록된 금융투자업자로 적법하게 투자자문을 할 수 있는 것처럼 원고를 기망하였다고 하더라도, 그러한 행위와 이 사건 제1 계약 체결 사이에 인과관계가 있다고 보기 어렵다.

④ 이 사건 제1 계약은 책임 정찰제라는 항목의 특약으로 ‘누적수익률 700%를 도달하지 못할 경우 6개월 동안 추가 서비스 제공’을 규정하고 있을 뿐이므로, 이를 두고 피고가 원고에게 ‘700% 수익률’을 보장하였다고 보기는 어렵다. 나아가 이 사건 제1 계약은 이 사건 제2 계약과 달리 이 사건 환급증서와 같은 형태의 손실보전 약정이 포함되어 있지도 않았다.

⑤ 이 사건 제1 계약 특약 제2조는 “누적수익률이란 서비스제공 기간 및 추가적으로 제공된 무료 기간 동안 회사에서 제공하는 모든 추천종목의 수익률을 비중을 무시하고 단순 합산한 것으로서 회원의

계좌수익률과 일치하지 않을 수 있다.”, 제3조는 “누적수익률을 회사에서 발송한 실시간 문자리딩에서 기재한 종목명/비중/매수시점/매도시점을 기준으로 판단한다.”라고 명시하고 있다. 나아가 “D 비중 10%/수익률 5%, E 비중 30%/수익률 10%, F 비중 20%/수익률 -3% 이 경우 누적수익률은 12%”라고 구체적으로 예시를 들고 있다. 이러한 내용이 이해하기 어렵거나 예상할 수 없는 것이라고는 보이지 않으며, 원고는 이 사건 제1 계약서에 직접 서명하였다. 그렇다면 원고는 개별 종목별로는 마이너스 수익률이 발생할 수 있다는 점을 알고 있었을 것으로 보인다.

⑥ 갑 제8호증의 기재에 의하면, 피고의 직원이 이 사건 제1 계약 당시 원고에게 “KOSPICK VIP 매집주 [국보] 최대 245% 수익“이라는 내용의 광고를 보낸 사실은 인정된다. 그러나 이는 2021. 8. 23. 매수하라고 한 종목이 2021. 10. 26. 매도할 당시 매수가 대비 매도가가 245%라는 의미로 다소 과장이 있다고 하더라도 허위 정보라고 보기는 어렵다.

⑦ 이 사건 제1 계약 당시 피고의 직원이 원고에게 700%의 수익률 등 특정한 수익률을 보장해주겠다고 약속하였다는 증거가 없다. 오히려 이 사건 제1 계약서 제5조 제1호는 “회사는 투자 정보 제공업체로서 당사가 제공하는 모든 투자정보는 투자 판단의 참고자료이며, 투자에 대한 모든 책임은 회원에게 있다.”라고 기재되어 있고, 피고는 이 사건 제1 계약 이후 원고에게 전화로 이러한 내용은 재차 확인시켜 주었다. 원고도 궁극적으로 자신의 판단 하에 피고로부터 추천받은 종목에 대한 투자 여부를 결정하였다고 보인다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 본소청구는 이유 없어 기각하여야 하고, 피고의 반소청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 반소청구는 이유 없어 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 피고의 항소를 일부 받아들여 제1심판결을 위와 같이 변경한다.

재판장 판사 명재권, 판사 이민수, 판사 송승용

1) 항소장의 항소취지란 제2항의 ‘2022. 9. 6.’은 반소장 등에 비추어 ‘반소장 부분 송달일 다음 날’로 선택한다.

2) 제101조(유사투자자문업의 신고)① 불특정 다수인을 대상으로 하여 발행되는 간행물, 전자우편

등에 의하여 금융투자상품에 대한 투자판단 또는 금융투자상품의 가치에 관한 조언으로서 대통령령으로 정하는 것을 업(이하 이 조에서 "유사투자자문업"이라 한다)으로 영위하고자하는 자는 금융위원회가 정하여 고시하는 서식에 따라 금융위원회에 신고하여야 한다.

3) 제18조(투자자문업 또는 투자일임업의 등록)① 투자자문업 또는 투자일임업을 영위하려는 자는 다음 각 호의 사항을 구성요소로 하여 대통령령으로 정하는 업무 단위(이하 "등록업무 단위"라 한다)의 전부나 일부를 선택하여 금융위원회에 하나의 금융투자업등록을 하여야 한다. 1. 투자자문업 또는 투자일임업

4) 원고와 피고는 2021. 12. 30. 이 사건 제2 계약 체결 당시 이 사건 환급증서의 기준이 되는 목표 누적수익률을 100%로 정하였으나, 이후 150%로 수정하였다.

5) 원고는 제1심에서 자본시장법 제17조, 제55조 위반을 이유로 이 사건 제2 계약의 무효를 주장하였으나, 당심에서 이러한 주장을 철회하였다.