

서울중앙지방법원

제 17 민 사 부

판 결

사 건 2021가합517785 근저당권설정등기말소청구 등
원 고 A
소송대리인 법무법인(유한) 동인
담당변호사 이동국, 김의영
피 고 B
소송대리인 법무법인(유한) 케이에이치엘
담당변호사 김현석, 공자영
변 론 종 결 2022. 11. 25.
판 결 선 고 2023. 2. 1.

주 문

1. 피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 용인등기소 2021. 1. 21. 접수 제9380호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.
2. 원고가 2021. 1. 20. 피고에게 발행한 액면금액 484,503,500원의 약속어음금 채무는 존재하지 아니함을 확인한다.
3. 소송비용은 피고가 부담한다.

청 구 취 지

주문과 같다.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자의 지위

1) 원고는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라 한다)에 따라 투자일임업 등을 영위하는 C 주식회사(이하 'C회사'라 한다)의 D센터에서 근무하는 PB(Private Banker)이다.

2) 피고는 E대학교 경영대학 교수로 재직하고 있다. 피고는 배우자 F와 함께 부동산 매매·임대·분양·관리 및 개발업 등을 영위하는 G 주식회사(이하 'G회사'이라 한다)를 운영하고 있다(피고, F, G회사를 합하여 이하 '피고 측'이라 한다).

나. 피고의 옵션 투자경험

1) 피고는 2018. 9. 21.경 C회사의 투자권유에 따라 투자자문회사인 H 주식회사(이하 'H회사'이라 한다)와 투자일임계약을 체결한 다음 KOSPI 200 지수 옵션에 투자하는 'I'라는 상품에 40억 원을 투자하였고(J가 그 운용을 담당하였다), 2018. 11. 9.경 투자원리금 합계 4,078,776,632원을 상환받았다.

2) 그 후 피고는 2019. 3. 22.경 C회사의 투자권유에 따라 H회사과 투자일임계약을 체결한 다음 KOSPI 200 지수 옵션에 투자하는 'I'라는 상품에 50억 원을 투자하였고(J가 그 운용을 담당하였다), 2019. 6. 14.경 투자원리금 합계 5,004,834,605원을 상환받았다.

다. 옵션 투자일임계약 체결 및 투자손실 발생

1) 원고는 2020. 7. 17. 피고에게 '교수님 안녕하세요. 저희 센터에서 H회사 매니저(J)를 직접 채용하여 내부 상품으로 옵션거래를 시작했습니다. 너무 놓치기 아까운 플랫폼이라는 판단 하에 구조나 포지션은 거의 동일하게 가져갑니다. 편하실 때 전화 부탁드립니다'라고 메시지를 보냈다.

2) 피고는 2020. 7. 24.경 C회사의 투자권유에 따라 C회사와 사이에 KOSPI 200 지수 옵션에 투자하기로 하는 일임형 종합자산관리계좌(랩 어카운트)계약(상품명: K, 이하 '이 사건 상품'이라 한다)을 체결하였고, 2020. 7. 27.경 배우자 F 명의로 같은 계약을 체결하였다. 이 사건 상품설명서의 옵션 투자 전략 및 리스크 관리 시스템에 관한 설명은 아래와 같다.

옵션 투자 전략

- ▷ 지수 등락과 무관한 연 5% 운용이익 추구
 - 한달 동안 소멸되는 옵션 프리미엄을 운용수익으로 연결
 - 옵션종목을 동시에 매수/매도하는 롱숏전략으로 지수 등락과 무관한 수익 추구
- ▷ 철저한 리스크 관리를 통한 손익 변동의 최소화
 - D센터 차원의 리스크관리 시스템을 통한 철저한 손익 관리
 - 수시 모니터링 및 일일점검과 분석을 통해 시장변동에 신속히 대응
- ▷ 옵션 Long & Short 전략: 동일 방향 옵션을 동시에 매수/매도
 - 지수 상승 혹은 하락에 중립적인 구조의 옵션 투자
 - 매수/매도 금액 거의 동일 수준으로 구성(매수/매도 금액 차이 0.5% 수준)
 - 한달 만기 전이라도 수익 발생시(0.5% 이상) 분할 청산하여 수익 확보

리스크 관리 시스템

- ▷ 일일 점검 후 이상 발견 시 익일 장중에 즉각 반영하여 기준에 맞게 조정
- ▷ 시장 급변으로 인한 평가손실 일정수준 초과 시 투자비중 축소 or BEP(손익분기점) 확대
- ▷ 월 단위 옵션만기 정산 후 원금 대비 -3% 초과 시 매매 중지 후 고객과 협의

3) 피고는 2020. 9. 21.경 G회사 명의로 위 2)와 같은 계약을 체결하였다.

4) 피고는 2020. 7. 24. 90억 원, F는 2020. 7. 27. 10억 원, G회사는 2020. 9. 21. 40억 원을 이 사건 상품에 투자하였고, 2020. 12. 11.경까지 아래 표와 같은 이익을 얻었다. 그런데 2021. 1. 15.경 피고는 486,260,903원, F는 53,858,183원, G회사는 214,776,436원 합계 754,895,522원의 투자손실을 입었다.

일자	피고(90억 원)	F(10억 원)	G회사(40억 원)
2020. 8. 14.	23,697,343	6,316,551	-
2020. 9. 11.	20,475,142	5,377,040	-
2020. 10. 12.	11,180,145	1,060,683	740,652
2020. 11. 12.	16,813,055	2,559,466	12,355,177
2020. 12. 11.	21,212,535	2,517,215	11,555,008
2021. 1. 15.	-486,260,903	-53,858,183	-214,776,436
2021. 2. 15.	46,612,242	4,926,260	20,721,479

라. 투자원금 회복 확약서 및 사실확인서 작성

1) 원고는 2021년 1월 옵션만기일(2021. 1. 14.)을 앞둔 2021. 1. 5. 피고에게 '어제 시장의 급등으로 평가손이 많이 발생했다. 결론적으로 걱정하지 않으셔도 된다. 현재 평가손은 지수가 만기일인 다음 주 목요일까지 3,300p까지 상승할 경우 손실이 날 수도 있다는 의미이다. 이 기준 또한 오늘, 내일 추가 상승할 경우 그 폭을 넓힐 예정이기에 지속적으로 안전하게 포지션을 쌓는 과정에 있다'고 메시지를 보냈다. 같은 날 원고와 피고는 아래와 같이 통화하였다.

원고: 어제처럼 급등하면 순간적으로 고객의 자산에서는 큰 폭의 마이너스를 보이면 걱정을 하시는 거죠. 이거 평가손이 아니라 정말 손실 보는 거 아니야? 이렇게 걱정하실까 봐 제가 어떻게 보면 약간 좀 설레발을 부린 건데, 안심하시라고 보낸 문자가 오히려 더 이제 걱정을 키웠는데. 그러니까 저희는 아무것도 안 하고 그냥 가만히 있는 게 아니라 계속 이렇게 움직이고 있다는 거를 보여주기 위해서 말씀드린 겁니다.

피고: 자, 어떤 경우도 하여튼 마이너스는 없는 겁니다. 그죠? 확실히.

원고: 없을, 없기 위해서 저희가 매일 포지션을 변경하는 겁니다.

피고: 그러니까 매일 포지션을 지금 변경하고 계시니까.

2) 원고와 피고는 2021. 1. 11. 오전에 아래와 같이 메시지를 주고받았다.

피고: 만기일 전에 등락은 아무런 의미 없고 일일 등락폭이 25% 구간을 벗어나지 않도록 매일매일 구간 변경을 하며 포지션을 쌓기에 수익의 감소는 있을 수 있어도 어떤 경우도 원금 손해가 나는 일은 없을 것임을 그렇게 강조하고 안심시켜 놓으시고 갑작스레 금일 원금 손실이 날 수 있음을 말씀주시니 아무 일도 할 수가 없습니다.

원고: 시장의 상승 속도가 예상을 뛰어넘는 수준으로 움직이고 옵션의 변동성이 평달보다 2~3배로 형성되며 포지션 조정에 많은 비용이 소요되었습니다. 그럼에도 시장은 계속 큰 폭으로 상승하는 모습이라 결단이 필요했습니다.

결국 부득이 상승에 대한 리스크를 없애기 위해 수~금요일 상승포지션을 전량 정리했습니다. 추가 상승시 손실이 확대되는 것을 방어하기 위한 전략이었으나 포지션 정리 과정에서 손실이 발생했습니다. 만기까지 추가 상승에 대한 리스크는 없습니다. 현재는 하락포지션만 가지고 있는 상태로 시장 하락시 이익을 취하는 구조입니다. 이번주 만기까지 손실 회복을 위해 최선을 다하고 결과 보고드리겠습니다.

피고: 그런 운영상의 세부내용은 본인이 알 수도, 사전공지 받은 바 없고, ① 양쪽 포지션을 다 쌓기에 문제가 없다, ② 일일변동폭이 25% 구간만 벗어나지 않으면 원금 손실은 절대 없다. 그래서 매일 포지션 구간을 변동하고 있다, ③ 그 구간 안에서 한쪽 방향으로 계속 가면 수익이 늘어나지만 등락을 하면 수익은 다시 반환된다는 것이 원고가 설명하고 강조한 내용입니다.

원고: 양쪽 포지션을 쌓고 매일 포지션 변경을 하는 과정에서 그리고 일일변동폭이 15% 구간에서 원금을 지키는 포지션은 맞습니다. 다만, 위에 설명드린 가격의 급등과 비용의 증가가 평소의 흐름보다 커지다보니 결단이 필요했습니다.

피고: 일일 포지션 변경으로 15% 구간에 있을 경우 시장 등락에 따라 수익 증감은 있을 수 있어도 원금 손실은 없음이 원고가 수없이 강조하고 설명한 내용입니다.

15% 구간 내 있으면서 가격 급등과 비용 증가가 평소 흐름보다 커지면 원금 손실이 날 수 있다는 것은 상품설명시 그리고 지금까지 단 한 번도 언급하거나 설명한 바 없습니다. 원금 손실에 대한 확인을 수차례 원고에게 여쭙었음을 잘 알 것입니다.

그동안 일임받아 증권사에서 알아서 포지션 정하고 투자하셨듯이 그 역시도 알아서 결정한 것일 것이니 본인과 협의하고 약속한 것만큼은 필히 지켜줄 것을 말씀드립니다.

3) 원고와 피고는 2021. 1. 11. 오후에 아래와 같이 통화하였다.

원고: 아래 위로 15%라고 말씀드렸습니다.

피고: 예, 아래 위로 15%라 그랬잖아요?

원고: 네, 맞습니다.

피고: 그러니까 매일매일 포지션은 조정을 해왔고, 매일매일 조정해서 15%가 안 벗어나면 되는 거 아닙니까?

원고: 네, 맞습니다. (중략)

원고: 그러니까 지난주에 포지션을 잡을, 저희가 이제 쌓아놨을 때 말씀드린 대로 플러스, 마이너스 15% 정도로 잡아놨었구요. 그래서 지난주에 상승으로 갔을 때는 이제 3,300까지 올라가도 손실이 안 나는 구조여서 그걸 자꾸 늘리는 과정에 있었는데, (중략) 3,300포인트까지 올라가지도 않았는데 워낙 하루에 막 2%, 3% 이렇게 올라가다 보니, 만약에 이번 주에 지수가 올라와서 3,300포인트까지 올라가는 경우에 대비하기가 되게 버거운 상황이 돼버렸어요. 그래서 이제 의사결정을 했던 거구요.

피고: 이사님께서 이거는 절대 원금보장 문제없다고 그래서, 이거는 이자수익률보다 조금 더 버는 걸로 알고 계시라, 큰 리스크는 없기 때문에 이걸 들어간 건데 (중략) 수익은 지금 고사하고 원금 손실이 나는 상황은 있습니까? 있습니까?

원고: 만약에 화, 수, 목 3일 내내 상승한다고 그러면 지금 현재 그 되어있는 손실이 날 수도 있습니다.

피고: 그거는 이사님이 지금까지 저한테 한 이야기하고는 다른 이야기입니다.

원고: 그 부분에 있어서는 설명이 좀 미진했던 것 같습니다.

피고: 미진한 게 아니죠. 제가 그런 이야기를 들어본 적이 없습니다.

4) 원고와 J는 2021. 1. 13. D센터를 방문한 피고에게, 투자원금 회복을 약속한다는 내용의 확약서(이하 '이 사건 확약서'라 한다)를 아래와 같이 작성해 주었다.

2021. 1. 14. 손실 확정시 2021. 4. 9.까지 원금 회복할 것을 약속합니다.

운용규모의 만기일 기준 1주차 25%, 2주차 50%, 3주차 75%, 4주차 100%를 운용하여 고객의 유동성을 확보하겠습니다.

- 피고 90억 원 / F 10억 원 / G회사 40억 원

미이행시 어떤 조치도 감수하겠습니다. 원금 확보가 안될시 변상하겠습니다.

5) 원고와 피고는 2021. 1. 13. 아래와 같이 통화하였다.

피고: 제가 지금 아까도 약속서를 주시고 이러는 것 갖고 그렇게 제가 돌아와 가지고 할 수 없는 게, 사업을 이 지금 손실 난 것 때문에, 아시지 않습니까? 제가 거기다가 돈을 넣고, 제가 설명도 이미 드렸고요. 지금 L은행에 땡겨 있는 대출을 갖다가 이자 내는 게 아까워서 거기다 넣어놓고 있는데, 내가 지금 이거 회복하려고 앞으로 3개월이고 몇 개월이고 묶어놓으면 아무것도 할 수 없는 책임은 누가 질 겁니까? (중략)

피고: 제가 진짜 잘못된 거라 그러면요, 이 상품에 대해서 두 분께서 말씀하신 걸 내가 너무 믿었다는 거. 내가 누굴 믿고 얘기를 해야 될지 모르겠지만. 일단 서면으로요, 저한테 설명했던 거를 서면으로 정리해서 주십시오.

6) 그 후 피고는 2021. 1. 13. 원고에게 '① 일일변동폭 15% 범위 구간 내에서는 절대 원금 손실이 없는 상품임을 설명했음에도 금번 사태가 발생한 사유와 구체적인 경과, 대응했던 내용, 착오 및 미진했던 사항 등을 정리기술 요망, ② 12월 계좌운영내역 실데이터자료, ③ 원금손실분에 대한 수습방안 및 스케줄, ④ 명함 스캔본, ⑤ 센터장님과 내일 미팅 약속시간, ⑥ 본인(피고)이 날인한 상품계약서 스캔본을 메일로 전달 주시기 바란다'고 메시지를 보냈다. 같은 날 원고와 피고는 아래와 같이 통화하였다.

피고: 이사님하고 이거를 무슨 정상적인 상태에서 제가 상품에 대해 설명받고 있었던 게 문 제가 됐다고 해서 그걸 인정하시기 때문에 이사님, 상무님도 저한테 그런 약속서를 써주셨던 거고요.

원고: 맞습니다.

피고: 그런데 제가 이 상품을 할 때 잘 생각을 해보십시오. 제가 몇 개월을 어떻게 묶어놓 습니까? (중략) 내가 회복을 할 수만 있다면 그리라도 해서 회복받는 게 지금 제일 중 요한 거니까. 3개월 동안 제가 아무것도 못한다 말예요. 제가 이 상품을 처음 고를 때 부터 이사님하고도 얘기를 했지 않습니까?

원고: 예, 유동성에 가장 중점을 두셨다고 했습니다.

7) 원고는 2021. 1. 14.경 피고가 아래와 같이 작성해 온 사실확인서(이하 '이 사건 사실확인서'라 한다)에 서명하였다.

원고는 피고에게 피고, F, G회사에 가입한 파생상품에 대해 아래와 같이 설명하고 상품을 가입 체결한 사실을 확인합니다.

1. 가입상품은 코스피200지수의 주가 일일 변동폭이 상승 및 하락 각각 15%를 벗어나지 않는다면, 원금 손실은 없으며 평가수익이 발생하는 금융상품임을 설명하고 가입하였다.
2. 가입상품은 증권사에서 주가 일일 변동폭의 상승 및 하락 각각 15% 이상 넓게 포지션을 쌓도록 상품 설계되고 관리되는 상품임을 설명하였다.
3. 가입상품은 증권사에서 고객으로부터 예약금 운영에 대한 권한을 일임받은 금융상품으로써 고객은 해당 상품의 매달 만기일까지 운영과정에 대해 일체 관여한 사실이 없다.

8) 2021년 1월 옵션만기일인 2021. 1. 14. 기준으로 합계 754,895,522원의 투자손실이 발생하였고, 그 다음날인 2021. 1. 15. 원고와 피고는 아래와 같이 통화하였다.

피고: 손실액이 7억 몇 천이 이게 뭘니까, 도대체가? 아니 그 마지막 순간까지도, 저는 어제 나가면서도 한 4, 5억 정도로 이렇게 봤는데. 이자 몇 푼 얻으려고, 제가 화가 나 죽겠습니다. (중략) 지금 정리드린 내용에다가 틀린 게 뭐가 있습니까? 말씀해 보십시오.

원고: 교수님께서 어저께 오셔서 '확인서 이렇게 쓰는 성의를 보여야 A 씨를 믿을 수 있다' 그리고 뭐.

피고: 아니 그게 또 무슨 말씀, '말씀하신 내용들, 카톡에 제시된 내용들, 본인이 한 거에 대한 인정을 해 달라' 그게 저하고 협의했던 내용 아닙니까?

원고: 예, 그래서 제 핸드폰에 있는 애들 사진도 보면서 내가 애들까지 있는 사람한테 그럴 사람 아니다, 날 믿으라고 해서 저도 제 의지를 보여드리기 위해서 확인서 쓰고 이렇게 했는데 (중략)

피고: 제가 그 계약서 관련된 것도 전달주신 거 다 봤습니다. 저한테 뭐 이렇게 사인하라 그랬는데 '이해하고 들었음' 다음에 제 이름 사인하는 거 말고, 동그라미 치고 체크하는 건 전부 증권사 직원들이 다 하셨는데, 제가 한 거 아니에요. 그죠?

원고: 하...

피고: 계약서 관련해서 일일이 제가 무슨 설명을 들은 것도 아니고, 이사님 말씀하시는 내용, 상무님 들어와서 주시는 말씀 내용 믿고, 또 제가 감당할 수 있는 원금 손실의 부

분에 보니까 제가 감당할 수 있는 리스크, 그와 관련돼 있는 거 15% 범위 넘어나면은 당연히 그 정도 리스크 내가, 그래서 내가 이자보다는 조금 더 있는 거로 봤겠구나. 근데 지금 이 결과 한 번 보십시오. (중략) 지금 제가 전달한 내용하고 협의한 내용 중에서도, 1, 2, 3번 드렸지 않습니까? 그중에 구체적으로 하나하나 말씀 주십시오.

마. 원고의 약속어음 발행 및 근저당권 설정

1) 원고는 2021. 1. 20. 피고에게 액면금액 484,503,500원인 약속어음(갑 제4호증, 이하 '이 사건 약속어음'이라 한다)을 발행하여 교부하였다.

2) 원고는 2021. 1. 20. 피고와 사이에, 원고 소유의 용인시 기흥구 M에 있는 N아파트 O호에 관하여 채권최고액 450,000,000원¹⁾, 채무자 원고, 근저당권자 피고인 근저당권(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)설정계약²⁾을 체결하고, 그 다음날인 2021. 1. 21. 피고에게 수원지방법원 용인등기소 2021. 1. 21. 접수 제9380호로 이 사건 근저당권설정등기를 마쳐주었다.

바. 피고의 투자원리금 출금 및 민원 접수

1) 피고는 2021. 2. 15. 나머지 투자원리금을 전액 출금하였다.

2) 피고는 2021. 2. 23. C회사에 불완전 판매에 따른 피해액 보상 관련 민원을 제기하였고, 2021. 3. 24. 금융감독원을 통하여 같은 민원을 제기하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2 내지 12, 17, 18, 25, 26호증, 을 제1, 2, 4 내지 7 호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자 주장의 요지

가. 원고

1) 484,503,500원으로 기재되어 있었으나, 착선 후 450,000,000원으로 정정하였다.

2) 근저당권설정자는 채무자가 위 금액 범위 안에서 채권자에 대하여 기왕 현재 부담하고 또는 장래 부담하게 될 단독 혹은 연대채무나 보증인으로서 기명날인한 차용금증서, 각서, 지급증서 등의 채무와 발행, 배서, 보증, 인수한 모든 어음채무 및 수표금상의 채무 또는 상거래로 인하여 생긴 모든 채무를 담보코자 이 사건 근저당권을 설정한다고 약정하였다(제1조).

1) 원고는 이 사건 상품의 투자손실이 발생하자 피고에게 이 사건 확약서를 작성해 주면서 투자원금을 보전해 주기로 하였다(이하 '이 사건 약정'이라 한다). 원고가 피고에게 이 사건 확약서 및 사실확인서를 작성해 준 이유는 원고가 계약직 신분에 있어 피고가 C회사를 상대로 민원을 제기할 경우 해고당할 것을 걱정하였기 때문에 부득이 피고의 요청에 응한 것이다. 원고는 피고에게 이 사건 약정금채무를 담보하기 위하여 이 사건 약속어음을 발행해 주고, 이 사건 근저당권을 설정해 주었다.

2) 그러나 이 사건 약정은 피고가 입은 투자손실의 전부 또는 일부를 사후에 보전해 주기로 한 것으로서 자본시장법 제55조 제2호3)에서 금지하는 사후손실보전약정으로, 강행규정인 자본시장법을 위반한 것이므로 그 효력이 없다.

3) 설령 이 사건 약정이 무효인 사후손실보전약정에 해당하지 않는다고 하더라도, 이 사건 약정은 피고가 원고에게 3개월의 운용기간을 부여하여 그 기간 동안 손실을 회복할 수 있도록 하고, 민원을 제기하지 않기로 하는 정지조건이 붙어있었다. 그럼에도 피고는 그로부터 1개월 만인 2021. 2. 15.경 투자원금을 회수하고 C회사에 민원을 제기함으로써 정지조건이 성취되지 않았으므로 그 효력이 소멸하였다(또는 피고가 투자원금을 회수함으로써 이 사건 약정까지 해지한 것으로 볼 수 있다).

4) 따라서 이 사건 근저당권은 그 피담보채권이 존재하지 않아 원인무효의 등기이므로 피고는 원고에게 이 사건 근저당권 설정등기를 말소할 의무가 있고, 이 사건 약속어음은 그 원인채무가 존재하지 않으므로 그 부존재 확인을 구한다.

나. 피고

3) 자본시장법 제55조(손실보전 등의 금지) 금융투자업자는 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 제103조 제3항에 따라 손실의 보전 또는 이익의 보장을 하는 경우, 그 밖에 건전한 거래질서를 해할 우려가 없는 경우로서 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다. 금융투자업자의 임직원이 자기의 계산으로 하는 경우에도 또한 같다.

2. 투자자가 입은 손실의 전부 또는 일부를 사후에 보전하여 주는 행위

1) 이 사건 소 중 이 사건 약속어음 채무의 부존재 확인청구 부분은 그 확인의 이익이 없어 부적법하므로 각하되어야 한다(본안전항변).

2) 이 사건 근저당권 및 약속어음은 모두 아래와 같은 원고의 채무를 담보하기 위한 것으로서 그 피담보채무 및 원인채무가 존재한다.

가) 원고는 구 자본시장법(2020. 3. 24. 법률 제17112호로 개정되기 전의 것, 이하 같다⁴⁾) 위반으로 인한 손해배상책임을 지므로, 이 사건 약정은 자본시장법 제55조 손실보전금지조항의 예외사유인 '정당한 이유'가 있어 무효인 사후손실보전약정이 아니다. ① 원고는 피고의 투자성향에 부합하지 않는 이 사건 상품 투자를 권유함으로써 자본시장법 제47조의 적합성원칙을 위반하였다. ② 원고는 피고에게 이 사건 상품의 경우 KOSPI 200 지수가 $\pm 15\%$ 이상 변동하지 않는 이상 손실이 발생할 위험이 없고 투자원금이 보장된다고 설명함으로써 자본시장법 제48조의 설명의무를 위반하였다. ③ 원고는 거짓의 내용을 알리거나 이 사건 상품의 위험성을 제대로 설명하지 않았고, 피고의 해지 요구에도 불구하고 이 사건 확약서를 작성해 주면서까지 거부하였으므로 자본시장법 제49조의 부당권유금지의무를 위반하였다. ④ 원고는 이 사건 상품의 운용 과정에서 자본시장법 제79조의 선관의무, 충실의무, 자본시장법 제64조의 투자설명서 위반행위를 하였다. 따라서 원고는 피고에게 그 투자손실 상당의 손해배상 486,260,903원, F에게 53,858,183원, G회사에 214,776,436원을 지급할 의무가 있다. 이 사건 약정은 원고의 귀책사유를 전제로 한 것이므로 자본시장법 제55조 제2호에서 금지하는 사후손실보전약정에 해당하지 않는다.

나) 이 사건 상품 투자계약은 원고의 기망 또는 피고의 착오로 체결된 것이므로

4) 피고는 원고가 금융소비자 보호에 관한 법률(2020. 3. 24. 법률 제17112호로 제정되어 2021. 3. 25. 시행된 것)도 위반하였다는 취지로 주장하나, 피고가 C회사와 이 사건 상품 투자계약을 체결한 때는 위 법률 시행 전인 2020. 7. 24.경이고, 원고가 그 투자손실이 발생하였다고 주장하는 시점도 2021. 1. 15.경이므로, 위 법률은 적용되지 않는다.

민법 제109조, 제110조에 따라 2022. 6. 3.자 준비서면의 송달로 이를 취소한다. 따라서 원고는 피고에게 그 투자원금을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

3. 판 단

가. 이 사건 약정금 지급의무의 존재 여부

1) 관련 법리

증권회사 또는 선물업자와 그 임·직원이 정당한 사유 없이 당해 거래에서 발생한 손실의 전부 또는 일부를 보전하여 주기로 약속하는 행위(이하 '사후손실보전약정'이라고 한다)는 강행규정인 구 증권거래법 제52조 제3호, 구 증권거래법 시행령 제36조의3 제3호에 위반되거나, 위험관리에 의하여 경제활동을 촉진하는 증권시장의 본질을 훼손하고 안이한 투자판단을 초래하여 가격형성의 공정을 왜곡하는 행위로서 증권투자에 있어서의 자기책임원칙에 반하는 것으로서 사회질서에 위반되어 무효이다(대법원 2001. 4. 24. 선고 99다30718 판결 등 참조).

그런데 증권회사 등에게 책임 있는 사유로 인하여 발생하여 증권회사 등이 고객에게 전보하여야 할 손실에 대한 보전행위는 허용되어야 할 것이므로, 보전의 대상이 되는 손실이 증권회사 또는 선물업자 등에게 책임 있는 사유로 인하여 발생한 경우라면 이를 보전하여 준다는 내용의 사후손실보전약정은 그 범위 내에서 정당한 사유가 있어 유효하다고 할 수 있을 것이다[대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다15776(본소), 2010다15783(반소) 판결 등 참조].

2) 이 사건 약정이 무효인 사후손실보전약정인지 여부

위 기초사실 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 이 사건 약정은 C회사의 직원인 원고가 피고의 투자손실을 보전하기 위

하여 체결한 것으로서 사후손실보전약정이라고 보는 것이 타당하다. 그렇다면 이 사건 약정은 강행규정인 자본시장법 제55조를 위반하거나 금융투자에서의 자기책임원칙에 반하는 것으로서 사회질서에 위반되어 무효이므로 정당한 사유가 없는 한 이 사건 약정금 지급의무는 존재하지 않는다.

① 원고는 2021. 1. 5.경 피고에게 평가손이 발생하였으나 아직 확정된 손실은 아니라고 보고하자 피고는 '어떤 경우도 하여튼 마이너스는 없는 겁니다. 그죠? 확실하'라고 하여 투자손실이 없을 것이라는 확답을 요구하였고, 원고는 '손실이 없기 위해서 저희가 매일 포지션을 변경하는 것'이라고 답변하였다. 그 후 피고는 2021. 1. 11. 원고로부터 투자손실이 발생할 수 있다는 취지의 보고를 받자 '원금 손해가 나는 일은 없을 것임을 그렇게 강조하여 안심시켜 놓고 갑작스레 금일 원금 손실이 날 수 있음을 말씀주시니'라면서 투자손실을 걱정하였다.

② 원고와 J는 2021. 1. 13.경 피고에게 2021. 4. 9.(2021년 4월 옵션만기일)까지 투자원금을 회복할 것을 약속한다는 내용의 이 사건 확약서(갑 제3호증)를 작성해 주었다. 이 사건 확약서에 의하면, 3개월간 자산을 운용하여 투자원금을 회복한다는 내용과 함께 피고의 투자자금 유동성을 확보한다는 내용만 기재되어 있고, 원고의 자본시장법 위반 사실을 문제 삼지는 않았다. 같은 날 원고와 피고 사이의 통화에 의하더라도, 피고는 G회사에 부동산 거래를 할 경우 투자자금 전부를 즉시 사용해야 하므로 3개월씩이나 기다려줄 수 없다는 취지로 항의하였을 뿐이다.

③ 위와 같은 경위에 비추어 보면, 이 사건 상품의 운용 과정에서 투자손실이 발생하고 피고가 이에 대하여 항의하자 원고는 추가적인 운용기간을 부여받아 손실을 보전하기 위하여 이 사건 약정을 하였다고 보는 것이 타당하다.

④ 자본시장법 제55조 후문에 의하면, 금융투자업자의 임직원이 자기의 계산으로 하는 경우에도 손실보전금지조항이 적용된다고 규정하고 있고, 이 사건 약정은 C회사의 직원인 원고가 C회사와 피고 측 사이에 체결된 이 사건 상품 투자계약에 따라 운용하던 투자원금에 대한 손실을 보전하기로 하는 약정을 자신의 계산으로 체결한 것이므로, 금융투자업자 아닌 사인 간 체결한 투자손실보전약정으로서 유효하다는 취지의 피고의 주장은 이유 없다.

3) 정당한 사유⁵⁾의 존재 여부

가) 피고 측이 전문투자자인지 여부

원고는 피고 측이 자본시장법 제9조의 전문투자자에 해당하므로, 일반투자자에 대하여 적용되는 적합성원칙 및 설명의무가 적용되지 않는다고 주장한다.

자본시장법 제9조 제5항, 같은 법 시행령 제10조 제3항 제16호, 제17호에 의하면, ① 법인·단체는 금융위원회에 금융투자상품 잔고가 100억 원(일정한 경우 50억 원) 이상이라는 요건을 충족하고 있음을 증명할 수 있는 관련 자료를 제출할 경우, ② 개인은 금융투자업자에게 일정한 요건(최근 5년 중 1년 이상의 기간 동안 5,000만 원 이상의 금융투자상품을 보유한 경험, 소득액·자산 기준이나 금융 관련 전문성)을 모두 충족하고 있음을 증명할 수 있는 관련 자료를 제출한 경우에 한하여 전문투자자에 해당한다고 규정하고 있다.

그러나 피고, F가 C회사에, G회사에 금융위원회에 위와 같은 관련 자료를 제출하였음을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 피고 측은 전문투자자에 해당한다고 볼

5) 이 사건 약정은 원고의 자본시장법 위반행위로 인하여 피고의 손실이 발생한 것임을 인정하면서 체결한 것이 아니라 피고의 손실에 대하여 원고가 보전하기로 한 약정에 불과하다는 것은 앞서 본 바와 같다. 그러나 이 사건 근저당권은 포괄근저당권으로서 그 피담보채무는 원고가 피고에 대하여 부담하는 일체의 채무이기 때문에 원고와 피고가 자본시장법 위반에 의한 손해배상책임을 이 사건 약정의 내용으로 삼았는지 여부와 관계없이 원고가 피고에 대하여 자본시장법 위반으로 인한 손해배상책임을 부담하고 있다면, 그 손해배상의무 또한 이 사건 근저당권의 피담보채무가 될 수 있으므로 이에 관하여 살펴본다.

수 없다. 원고의 주장은 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

나) 적합성원칙 위반 여부

(1) 관련 법리

고객의 자산을 관리하는 금융기관은 고객에 대하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 부담하는 것이므로, 고객의 투자목적·투자경험·위험선호의 정도 및 투자예정기간 등을 미리 파악하여 그에 적합한 투자방식을 선택하여 투자하도록 권유하여야 하고, 조사된 투자목적에 비추어 볼 때 고객에게 과도한 위험을 초래하는 거래행위를 감행하도록 하여 고객의 재산에 손실을 가한 때에는 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 투자자가 금융기관의 권유를 받고 어느 특정한 상품에 투자하거나 어떠한 투자전략을 채택한 데에 단지 높은 위험이 수반된다는 사정만으로 일률적으로 금융기관이 적합성의 원칙을 위반하여 부당하게 투자를 권유한 것이라고 단정할 수는 없으며, 투자자로서도 예상 가능한 모든 위험을 회피하면서 동시에 높은 수익률이 실현될 것을 기대할 수는 없고 위험과 수익률의 조합을 스스로 투자목적에 비추어 선택할 수 밖에 없는 것이다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다55699 판결 등 참조).

(2) 판 단

위 기초사실, 갑 제14 내지 16, 21, 22호증, 을 제14 내지 17호증의 각 기재, L은행, H회사, P증권에 대한 각 금융거래정보회신결과 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거만으로는 원고가 피고에게 자본시장법상 적합성원칙을 위반하여 투자권유를 하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 피고의 랩 투자성향 분석결과에 의하면, 피고의 투자경험은 'ELW, 선

물옵션, 시장수익률 이상의 수익을 추구하는 주식형펀드, 파생상품에 투자하는 펀드, 주식신용거래 등', 기대수익은 '적극적 매매를 통한 수익 및 원금 초과손실위험 감내 가능', 감내할 수 있는 손실 수준은 '기대수익이 높다면 위험이 높아도 상관하지 않겠다', 금융상품에 대한 이해수준은 '파생상품등(선물옵션, ELW, 파생결합증권 등)의 구조 및 위험 대부분 이해'란에 표시되어 있고, 피고의 투자유형은 '공격투자형'으로 판단되었다. 그리고 그 아래 피고의 서명이 있다.

② 피고는 2018.경 및 2019.경 이미 두 차례에 걸쳐 H회사과 사이에 투자일임계약을 체결하여 이 사건 상품과 유사한 상품인 'I'에 40억 원 및 50억 원을 투자한 경험이 있다. 위 ①의 랩 투자성향 분석결과는 위와 같은 피고의 투자경험 등에 부합한다.

③ 피고가 주장하는 이 사건 상품 투자목적에 비추어 보면, 피고가 운영하는 G회사의 부동산 매매자금으로 적시에 활용할 수 있도록 유동성이 확보되는 것을 주된 조건으로 삼되 부수적으로 이 사건 상품 투자원금의 출처인 L은행 대출금의 대출이자를 상회하는 정도의 이익을 얻을 상품을 찾으려던 것으로 보이고(대출금리 이상의 이익을 얻기 위해서 어느 정도 위험은 감수할 수밖에 없다), 피고는 이 사건 상품의 투자원금 손실 위험이 있다고 하더라도 사실상 관리될 수 있다고 판단하여 이 사건 상품에 투자한 것으로 보인다. 피고는 경영학을 전공하였고, 현재 경영대학 교수로 재직하고 있다.

④ 피고는 L은행, P증권 등 다른 금융기관의 투자자정보 확인서에 의하면 안정형 또는 위험중립형으로 평가되었으므로 피고의 투자성향을 공격투자형으로 볼 수 없다고 주장한다. 그러나 다음과 같은 사정들, 즉 ㉠ 피고는 2015. 5. 11.경부터 주식

투자를 해온 사실이 인정되는데, 그 후에 작성된 투자자정보 확인서에 의하면 피고의 투자경험란에 '안정형 상품' 내지 '안정추구형 상품'에만 투자해온 것으로 기재되어 있는 점, ㉔ 원고는 2018. 및 2019. H회사와 투자일임계약을 체결하여 옵션 투자를 해왔는데, 이러한 원고의 옵션 투자경험 및 금융지식에 관한 정보가 반영되지 않은 점 등에 비추어 보면, 위 투자자정보 확인서가 원고의 실제 투자성향에 부합하는 자료라고 보기 어렵다.

다) 설명의무 위반 여부

(1) 관련 법리

금융투자업자는 일반투자자를 상대로 투자권유를 하는 경우에는 금융투자상품의 내용, 투자에 따르는 위험, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 일반투자자가 이해할 수 있도록 설명하여야 하고, 투자자의 합리적인 투자판단 또는 해당 금융투자상품의 가치에 중대한 영향을 미칠 수 있는 중요사항을 거짓 또는 왜곡하여 설명하거나 중요사항을 누락하여서는 아니 되며, 이를 위반한 경우 이로 인하여 발생한 일반투자자의 손해를 배상할 책임이 있다(자본시장법 제47조 제1항, 제3항, 제48조 제1항). 이 경우 금융투자업자가 투자자에게 어느 정도의 설명을 하여야 하는지는 해당 금융투자상품의 특성 및 위험도의 수준, 투자자의 투자경험 및 능력 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2008다52369 판결 등 참조).

(2) 판 단

위 기초사실, 갑 제6, 12호증, 을 제2 내지 4, 10, 11호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거만으로는 원고가 피고에게 'KOSPI 200 지수의 일일변동폭이 $\pm 15\%$ 를 초과하

지 않는 이상 투자원금 손실 가능성이 없다'고 설명함으로써 설명의무를 위반하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 피고는 2020. 7. 13.경 '설명서 교부받았음', '상품의 주요내용, 핵심투자위험(신용위험, 시장위험, 환위험 등), 원금손실 가능성(예금자보호법상 보호상품 아님), 수수료, 조기상환조건, 계약의 해제·해지, 취약 금융소비자 우선 설명에 관한 사항에 대하여 설명을 듣고 이해하였음'란에 자필로 기재하고 서명하였다. 또한 '일중매매는 단기간 내에 많은 손실을 입을 수 있으며, 투자경험이 부족하거나 위험도가 낮은 금융투자상품을 선호하는 고객에게는 적합하지 않습니다. 또한 단기간에 투자원본을 모두 잃을 수도 있고, 원본초과손실의 가능성도 있습니다', '본인은 고객유의사항 및 일중매매위험고지에 대해 설명 들었으며'란에 자필로 기재하고 서명하였다. 따라서 피고는 원금손실 가능성에 대한 설명을 들었던 것으로 보이고, 이 사건 상품설명서를 교부받았던 것으로 보인다.

② 피고는 이 사건 상품과 같은 방법으로 운용되는 상품인 'I'에 투자한 경험이 있다. 위 상품제안서(갑 제12호증)에 의하면, '시장상황에 따라 콜옵션 롱숏전략과 풋옵션 롱숏전략을 한 가지 또는 동시에 모두 실행할 수 있음', '종합주가지수가 시장대응이 어려울 만큼 단기간에 순간적으로 급격하게 변동할 경우 평가손실 발생 가능'이라고 기재되어 있다. 원고는 이 사건 상품 투자권유 당시 피고에게 '구조나 포지션은 (H회사 상품과) 거의 동일하게 가져간다'고 설명하였다.

③ 이 사건 상품설명서에 의하면, '지수 등락과 무관한 연 5% 운용이익 추구'라고 기재되어 있으나, KOSPI 200 지수가 하락하는 경우에도 콜옵션과 풋옵션에 대한 매도·매수(롱숏전략)를 통하여 이익을 얻을 수 있다는 의미이지 투자원금 보장과

함께 연 5%의 운용수익을 보장한다는 의미가 아니라는 것은 문언에 비추어 분명하다. 오히려 위 상품설명서에 의하면, '시장 급변으로 인한 평가손실 일정수준 초과 시 투자 비중 축소 또는 손익분기점 확대'라거나 '월 단위 옵션만기 정산 후 원금 대비 -3% 초과 시 매매 중지 후 고객과 협의'라고 하여 로스컷에 관하여 기재되어 있는 점 등에 비추어 보면, 운용 과정에서 투자손실이 발생할 수 있고, 이러한 손실을 방지하기 위하여 매일 포지션을 조정하는 방법으로 리스크를 관리할 예정임을 설명하였다고 보아야 한다. 따라서 피고로서는 이 사건 상품 자체가 투자손실 가능성이 있고, 다만 KOSPI 200 지수의 $\pm 15\%$ 범위에 있는 옵션을 함께 거래하는 롱숏전략을 통해 그 투자위험을 최소화하려고 한다는 것임을 충분히 알고 있었다.

④ 피고가 2020. 8. 14.경 원고와 통화하면서 '안 난다는 거 아녜요?'라고 문자 '절대 안 납니다, 네'라고 답하였고, 이에 피고가 '마이너스는 절대 안 나고. 수수료만큼은 그런 식으로 하면 커버는 할 수 있는 거고'라고 말한 사실은 인정된다. 그러나 위 대화 내용에 의하더라도 그 앞의 설명 내용은 알 수 없고, 오히려 그 후 피고가 '가장 중요한 건 리스크 관리 잘하고 계신 거죠?'라고 문자 원고가 '매일 매일 그 포지션에 대해서 점검을 하거든요. 교수님 생각하시는 것 이상으로 저희가 통제를 잘한다고 보셔도 될 것 같다'고 답한 점에 비추어 보더라도, 원고가 이 사건 상품이 투자손실 가능성이 없다고 설명하였다고보다는 운용 과정에서 리스크 관리를 잘하여 손실이 발생하지 않도록 주의하겠다는 취지로 설명하였던 것으로 보인다.

⑤ 이 사건 사실확인서에 '가입상품은 코스피 200 지수의 주가 일일 변동 폭이 상승 및 하락 각각 15%를 벗어나지 않는다면 원금 손실은 없으며 평가수익이 발생하는 금융상품임을 설명하고 가입하였다'라고 기재되어 있고, 그 후 원고가 피고와

통화하면서 위와 같이 설명하였음을 인정하는 듯이 대화한 사실은 인정되나, 이러한 내용은 위 사실확인서의 작성 경위 및 앞서 본 인정사실에 반하므로 이를 그대로 믿기 어렵다.

라) 부당권유행위 존재 여부

위 기초사실, 갑 제3, 7호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고가 이 사건 상품에 투자하면서 건물 매매대금을 지급해야 하는 상황에 대비하여 유동성이 중요하다는 취지로 말하였던 점은 인정되나, 피고가 원고에게 원금보장이 중요한 사항이라고 설명하였다거나 원고가 피고에게 원금보장을 약속하였다고 보기 어려운 점, ② 피고가 이 사건 확약서 작성 전에 원고에게 이 사건 상품 투자계약 해지를 요청하였다거나 원고가 이를 거부하였다고 보기 어려운 점 등에 비추어 보면, 피고가 제출한 증거만으로는 원고가 투자권유를 함에 있어서 거짓의 내용 또는 불확실한 사항에 대하여 확실하다고 오인하게 할 소지가 있는 내용을 알렸다가나 피고가 투자권유를 받고 이를 거부하였음에도 투자권유를 계속하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

마) 선관의무 등의 위반 여부

(1) 관련 법리

어느 특정한 상품에 투자하거나 어떠한 투자전략을 채택한 데에 단지 높은 위험이 수반된다는 사정만으로 일률적으로 선관주의의무를 위반한 것이라고 단정할 수는 없다. 즉, 고객이 감수하여야 할 위험과 예상되는 수익은 당연히 비례하기 마련인데, 주식은 물론 가격 등락이 극심한 파생상품 투자에서 가격변동에 따른 위험은 불가피한 것으로서 포트폴리오의 구성에 의하여 예상 가능한 모든 혹은 대부분의 위험을

분산하거나 전가하는 데에는 한계가 있을 뿐 아니라 설명 그것이 가능하다 하여도 수익률의 희생이 수반될 수밖에 없으므로, 예상 가능한 모든 위험에 완벽하게 대처하면서 동시에 높은 수익률이 실현될 것을 기대할 수는 없고, 투자목적 등에 비추어 상대적으로 높은 수익률을 기대하거나 요구하면서 동시에 가격 등락에 따른 불가피한 손실로부터 자유로울 것을 기대할 수는 없다. 결국, 어느 특정한 투자방식을 채택한 것이 선관주의의무 위반으로 평가되는지 여부는 고객이 투자목적 등에 비추어 어느 정도의 위험을 감수할 것인가 하는 측면과 투자일임을 받은 회사의 투자가 어느 정도의 위험을 내포하고 있는 것인가 하는 측면을 비교·검토하여 조사된 고객의 투자목적 등에 비추어 볼 때 과도한 위험을 초래하는 거래행위에 해당하는지 아닌지에 따라 가려져야 한다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다53856 판결 등 참조).

(2) 판 단

위 기초사실, 갑 제6, 12호증, 을 제12, 15호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 원고가 2020. 12. ~ 2021. 1.경 거래한 옵션의 매수/매도금액 차이가 0.5%를 초과한 사실은 인정되나, 위와 같은 사정만으로 원고가 선관의무, 충실의무, 투자설명서를 위반하였다거나 그로 인하여 피고의 투자손실이 발생하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 이 사건 상품설명서에 의하면, '매수/매도 금액 거의 동일 수준으로 구성(매수/매도 금액 차이 0.5% 수준)'으로 기재되어 있는데, 매수금액과 매도금액을 비슷한 금액으로 유지하는 것이 지수 상승 또는 하락에 중립적인 구조의 포지션을 구축하여 리스크 관리에 유리하기 때문으로 보인다(이에 대하여 원고는 '한 달간 투자원금

에 대한 매수/매도금액의 비중 차이가 0.5% 수준'이라는 뜻이므로 투자원금을 기준으로 판단하여야 한다고 주장한다. 그러나 위 문언, 옵션 매수/매도금액의 차이를 두지 않고 롱숏전략을 통하여 리스크를 관리하겠다는 설명 취지에 비추어 투자원금을 기준으로 판단해야 한다고 보기는 어렵다).

② 원고의 2020. 12. 17.부터 2021년 1월 옵션만기일 전날까지 옵션거래 내역은 아래와 같다. 풋옵션 매도/매수금액의 차이는 6.19%, 콜옵션 매도/매수금액의 차이는 18.03%로, 이 사건 상품설명서에 기재된 0.5%를 초과한다.

거래일자	풋옵션(KOSPI200 P202101)			콜옵션(KOSPI200 C202101)			합계(원)
	매도(원)	매수(원)	차이 (%)	매도(원)	매수(원)	차이 (%)	
2020. 12. 17.	7,362,500	7,137,500	1.55	-	-	-	14,500,000
2020. 12. 18.	2,700,000	2,437,500	5.11	-	-	-	5,137,500
2020. 12. 21.	8,185,000	7,300,000	5.72	2,100,000	2,050,000	1.20	19,635,000
2020. 12. 22.	4,250,000	4,412,500	1.88	1,125,000	1,162,500	1.64	10,950,000
2020. 12. 23.	15,375,000	13,825,000	5.31	3,405,000	3,622,500	3.09	36,227,500
2020. 12. 24.	24,325,000	21,000,000	7.34	2,310,000	2,362,500	1.12	49,997,500
2020. 12. 28.	31,885,000	27,965,000	6.55	22,177,500	20,752,500	3.32	102,780,000
2020. 12. 29.	1,440,000	1,170,000	10.34	28,215,000	27,810,000	0.72	58,635,000
2020. 12. 30.	12,432,500	9,832,500	11.68	22,162,500	20,452,500	4.01	64,880,000
2021. 1. 4.	27,270,000	23,850,000	6.69	306,290,000	324,517,500	2.89	681,927,500
2021. 1. 5.	56,430,000	52,740,000	3.38	438,247,500	627,180,000	17.73	1,174,597,500
2021. 1. 6.	68,422,500	27,720,000	42.34	73,467,500	143,235,000	32.20	312,845,000
2021. 1. 7.	19,597,500	19,710,000	0.29	48,410,000	264,572,500	69.07	352,290,000
2021. 1. 8.	31,050,000	32,332,500	2.02	281,712,500	335,140,000	8.66	680,235,000
2021. 1. 11.	181,287,500	195,620,000	3.80	-	-	-	376,907,500
2021. 1. 12.	11,925,000	9,225,000	12.77	9,742,500	11,880,000	9.89	42,772,500
2021. 1. 13.	20,645,000	7,110,000	48.77	292,500	157,500	30.00	28,205,000
합계(원)	524,582,500	463,387,500	6.19	1,239,657,500	1,784,895,000	18.03	4,012,522,500

③ 그러나 2020. 12.말경까지만 하더라도 매도금액과 매수금액의 차이가

그리 크지 않았던 점에 비추어 원고는 대체로 매도금액과 매수금액을 균등하게 유지하고자 하였던 것으로 보인다. 그런데 그 차이가 급격히 벌어진 것은 2021. 1. 6. ~ 7. 옵션거래로 인한 것인데, 원고는 2021. 1. 11. 피고에게 투자손실 경위를 설명하면서 '상승에 대한 리스크를 없애기 위해 수~금요일 상승포지션을 전량 정리했다. 추가 상승 시 손실이 확대되는 것을 방어하기 위한 전략이었으나 포지션 정리 과정에서 손실이 발생했다'고 메시지를 보냈고, '목요일에 정리가 다 안 됐다면, 금요일도 시장이 사실은 80~90p가 올랐고, 오늘도 장중에 120p가 올랐기 때문에 어찌됐든 손실을 최소화하기 위해서 포지션 정리를 했던 거고요. 그래서 이제 오늘 장이 올라갔다가 다시 꺾였기 때문에 내일부터는 저희가 손실을 만회할 수 있는 포지션하고 그리고 나서 플러스가 원금이 되는 수준으로 하려고 지금 진행하고 있다'고 설명하였다.

④ 원고의 위와 같은 조치는 KOSPI 200 지수가 급격히 상승함에 따라 이에 대응하기 위한 투자 판단으로 손실을 최소화하기 위한 것으로 보이고, 원고가 입은 손실규모는 투자원금 대비 5.39%(= 754,895,522원 ÷ 140억 원)이므로, 어느 정도 투자 손실을 방지하였다고 볼 여지도 있다. KOSPI 200 지수 변동에 대한 원고의 예측이 잘못되어 결과적으로 피고에게 투자손실이 발생하였다고 하더라도, 이는 본질적으로 주가의 불가예측성과 변동성에 기인한 것으로 보이므로, 원고가 선관의무, 충실의무를 위반하였다고 보기 어렵다.

⑤ 원고가 매도/매수금액 비율을 0.5% 이내로 유지하였다면, 피고 측이 입은 투자손실을 피할 수 있었을 것이라고 단정하기도 어렵다.

바) 원고의 사기 또는 착오를 이유로 한 취소 여부

피고가 제출한 증거만으로는 이 사건 상품 투자계약이 원고의 기망 또는 피고

가 착오에 빠져 체결한 것임을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다(또한 이 사건 상품 투자계약 당사자는 C회사이므로, 위 계약이 취소된다고 하더라도 부당이득반환의무는 C회사가 부담할 뿐이다). 피고의 위 주장은 이유 없다.

5) 소결론

이 사건 약정은 강행규정인 자본시장법 제55조를 위반한 사후손실보전약정으로서 그 효력이 없고, 그 정당한 사유도 인정되지 않는다. 따라서 이 사건 약정금 지급의무는 존재하지 않는다.

나. 이 사건 약속어음금 채무 부존재 확인청구에 관한 판단

1) 본안전항변에 대한 판단

피고는, 원고가 이 사건 근저당권설정등기 말소와 이 사건 약속어음채무 부존재 확인을 함께 청구하고 있는데, 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 청구하는 것이 분쟁을 유효·적절하게 해결하는 직접적인 수단이므로, 이와 별도로 이 사건 약속어음채무의 부존재 확인을 청구하는 것은 확인의 이익이 없다고 주장한다.

살피건대, 위 기초사실 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고는 이 사건 약정금채무를 담보하기 위하여 피고에게 이 사건 약속어음을 발행하면서 동시에 이 사건 근저당권을 설정한 것으로 보이므로, 이 사건 근저당권의 피담보채무는 이 사건 약정금채무 자체이지 이 사건 약속어음채무라고 보기 어려운 점, ② 이 사건 약속어음의 경우 그 무인성 및 유통성으로 인하여 원인채무인 이 사건 약정금채무의 존재 여부와 관계없이 독자적으로 행사될 가능성이 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 약속어음금 채무의 부존재 확인청구는 분쟁을 유효·적절하게 해결하기 위한 직접적인 수단으로 보이는바 그 확인을 구할 법률상 이익이 있으므로,

피고의 본안전항변은 이유 없다.

2) 본안에 대한 판단

가) 약속어음채권은 원인관계의 부존재에 영향을 받지 않는 무인성을 가지고 있으나, 어음발행인은 어음발행의 원인채무가 성립하지 아니하였거나 소멸하였다는 사유로 그 직접 상대방 또는 악의의 취득자에게 대항할 수 있다(대법원 1988. 8. 9. 선고 86다카1858 판결 등 참조).

나) 이 사건 약정은 무효인 손실보전약정이므로 이 사건 약정금채무는 존재하지 않고, 그 밖에 원고의 자본시장법 위반으로 인한 손해배상채무 또는 원고의 사기 또는 피고의 착오를 이유로 한 이 사건 상품 투자계약 취소로 인한 부당이득반환채무 또한 존재하지 않음은 앞서 본 바와 같다. 그렇다면 이 사건 약속어음채무는 그 원인채무가 존재하지 않는다. 피고는 이 사건 약속어음금 채무의 존재 여부를 다투고 있으므로, 원고로서는 이 사건 약속어음금 채무의 부존재 확인을 청구할 이익이 있다.

다. 이 사건 근저당권설정등기 말소청구에 관한 판단

1) 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서(민법 제357조 제1항), 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로, 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 하고, 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 입증책임은 그 존재를 주장하는 측에 있다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결 참조).

2) 이 사건 약정금채무, 원고의 자본시장법 위반으로 인한 손해배상채무, 원고의

사기 또는 피고의 착오를 이유로 한 이 사건 상품 투자계약 취소로 인한 부당이득반환 채무가 존재하지 않음은 앞서 본 바와 같다. 그렇다면 이 사건 근저당권설정등기는 그 피담보채무가 존재하지 않는 원인무효의 등기로서 말소되어야 한다.

4. 결 론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김성원

판사 이종찬

판사 전승환

별지

부동산의 표시

(1동의 건물의 표시)

용인시 기흥구 M에 있는 N아파트 Q동 공동주택(아파트)

1층 526.45m²

2층 468.02m²

3층 468.02m²

4층 468.02m²

5층 468.02m²

6층 468.02m²

7층 468.02m²

8층 468.02m²

9층 468.02m²

10층 468.02m²

11층 468.02m²

12층 468.02m²

13층 468.02m²

14층 468.02m²

15층 468.02m²

16층 468.02m²

17층 468.02m²

18층 468.02m²

19층 468.02m²

20층 468.02m²

21층 468.02m²

22층 468.02m²

23층 437.03m²

24층 226.64m²

25층 226.64m²

26층 199.6m²

지1층 212.84m²

지2층 180.48m²

(대지권의 목적인 토지의 표시)

용인시 기흥구 M 대 126,411m²

(전유부분의 건물의 표시)

제16층 O호 철근콘크리트구조 99.42m²

(대지권의 표시)

소유권대지권 126,411분의 66.197. 끝.