

## 손해배상청구사건

[서울고법 1981. 3. 19. 80나4331]



### 【판시사항】

증권매매 위탁계약의 성립 요건

### 【판결요지】

증권회사의 지배인인 영업부장에게 그 영업장소에서 증권매매 대금을 지급하고 증권회사의 영업부장이라고 인쇄된 명함 뒷면과 메모지 등에 증권매매 대금을 보관한다는 취지의 보관증을 받았다면 증권매매 대금의 위탁자와 증권회사간에 증권매매 위탁계약이 성립되었다고 볼 것이다.

### 【참조조문】

민법 제126조

### 【참조판례】

1980. 5. 27. 선고, 80다418 판결(판결요지집 수록II 민법 제390조(2) 35면, 상법 제101조(1) 75면, 법원공보 636호 12875면)

### 【전문】

【원고, 항소인 겸 피항소인】 원고

【피고, 항소인 겸 피항소인】 피고 주식회사

【제 1 심】 서울민사지방법원(78가합2571 판결)

【주문】

- 】
1. 제1심 판결중 아래에서 지급을 명하는 원고 패소부분을 취소한다.  
피고는 원고에게 금 2,500,000원 및 이에 대한 1978. 6. 25.부터 완제일까지 연 5푼의 비율에 의한 금원을 지급하라.
  2. 원고의 나머지 항소와 피고의 항소를 모두 기각한다.
  3. 소송 총비용은 이를 2분하여 그 1은 원고의, 나머지는 피고의 각 부담으로 한다.
  4. 위 제1항 및 제1심 인용 각 금원은 가집행할 수 있다.

【청구취지】 피고는 원고에게 금 28,000,000원 및 이에 대한 1977. 12. 26.부터 완제일까지 연 5푼의 비율에 의한 금원을 지급하라. 소송비용은 피고의 부담으로 한다라는 판결 및 가집행의 선고.

【청구취지】 피고는 원고에게 금 28,000,000원 및 이에 대한 1977. 12. 26.부터 완제일까지 연 5푼의 비율에 의한 금원을 지급하라. 소송비용은 피고의 부담으로 한다라는 판결 및 가집행의 선고.

## 【이유】

】 각 성립에 다툼이 없는 갑 제2호증(등기부등본), 을 제9호증(판결), 제1심 증인 소외인의 증언에 의하여 성립이 인정되는 갑 제1호증의 1, 2(각 보관증)의 각 기재와 위 증인의 일부증언에 변론의 전취지를 종합하면 피고 회사는 유가증권의 매매, 위탁매매 및 그 중개 등을 영업으로 하는 증권회사이고 소외인은 1976. 3. 19.경부터 1978. 1. 21.경까지 피고 회사의 지배인 자격을 가진 영업부장으로써 증권의 매매, 위탁매매등 피고 회사의 증권업무 전반을 관장하여 온 사실, 원고는 소외인이 피고 회사에 근무하기전 소외 회사에 재직시인 1975년경부터 거래관계로 동인을 알게된 후 별다른 관계는 없었는데 1976. 10월경 소외인으로 부터 자기에게 증권매입 대금을 갖다주면 증권투자에 관하여 초심자에 불과한 원고를 위하여 자기의 판단으로 적당한 시기에 적당한 증권을 적당량 매입, 매도함으로써 이득금이 남도록 적절히 관리, 운영하여 매월 일정액의 이득금을 원고에게 전달해 주겠으니 증권투자를 시작하여 보라는 권유를 받고 주식매입 대금으로 1976. 10. 26. 금 22,000,000원, 같은해 11. 26. 금 6,000,000원의 합계 금 28,000,000원을 피고 회사의 영업부장실에서 소외인에게 교부하고 그때마다 동인으로부터 피고회사 영업부장 소외인이라고 인쇄된 동인의 명함 뒷면 및 피고 회사 영업부장 소외인이라고 인쇄된 피고 회사가 사용하는 메모지에 위 각 금원을 보관하고 있다는 취지의 보관증을 작성 교부받은 사실, 한편 소외인은 원고로부터 위 주식매입 대금을 교부받아 원고 명의의 주식거래 구좌를 개설하거나 원고 명의로 주식을 매입하여 주지도 아니한 채 동인이 평소에 수많은 고객으로부터 교부받은 증권매입 대금을 횡령하여 그 자신의 계산으로 비밀리에 운용해 오던 가공인물 명의의 구좌에다 원고의 위 주식매입 대금을 입금시켜 버린 사실을 각 인정할 수 있고 위 인정에 반하는 위 증인 소외인의 일부증언(위에서 믿는 부분은 제외)은 위 각 증거에 비추어 이를 믿기 어렵고 그밖에 위 인정과 달리할 아무런 증거가 없다.

원고는 이건 청구원인으로서, 원고가 주식매매를 부탁하여 위 주식매입 대금을 피고의 지배인 겸 영업부장인 소외인에게 교부함으로써 원고와 피고사이에 증권매매 위탁계약이 성립되었는바, 피고는 원고 명의로 주식거래구좌를 설정해 주거나 주식을 매입하여 준 바도 없으므로 이건 솟장송달로서 위의 위탁계약을 해지하고 피고에 대하여 그가 교부받은 위의 위탁증거금의 반환을 구한다는 취지로 주장한다.

이에 대하여 피고는 ① 소외인과 원고와의 앞서본 금전수수 행위는 소외인이 피고 회사의 영업부장의 지위에서 행한 것이 아니고 원고와의 특별한 개인적 신뢰관계를 기초로 하여 원고의 대리인이 되어 원고의 이익을 위하여 주식매매거래를 하여줄 것을 약속하고 그러한 명목으로 금원을 교부받은 것으로서 이는 개인적 금전신탁 관계에 불과하므로 원. 피고사이에 증권매매 위탁계약이 성립된 것이 아니라고 주장하므로 보건대, 앞서 인정사실에서 본바와 같이 원고와 소외인은 이건 거래 이전에 소외인이 앞서본 소외 회사에 근무할 당시 거래관계로 알게된 사이에 불과할 뿐 그외에 특별한 개인적인 신뢰관계에 있었다거나 또는 원고가 소외인에 대하여 피고회사의 피용자로서의 지위를 떠나 오로지 원고의 이익만을 위하여 행동하여 줄 것을 요구하고 동인이 이에 응하였다 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로 피고의 위 주장은 그 이유없고,

② 피고는, 증권매매 위탁계약은 증권거래소 규정인 수탁계약준칙 소정의 방식에 따른 매매거래구좌 설정계약서등 서면의 작성을 요하는 요식계약이므로 이러한 적식의 절차를 거침이 없이 원고가 위 주식매입 대금을 소외인에게 교부한 것만으로서 피고 회사와의 사이에 위탁계약이 성립되었다고 볼 수 없다고 주장하므로 보건대, 증권거래법 제

110조에 의하면 거래원(증권회사)은 유가증권 매매거래의 수탁에 관하여 증권거래소가 정하는 수탁계약준칙에 따라야 한다고 규정되어 있고 성립에 다툼이 없는 을 제2호증의 1, 2(각 수탁계약준칙)의 각 기재에 의하여 인정되는 원고가 소외인에게 위 증권매입 대금을 위탁할 당시 적용되던 증권거래소의 수탁계약준칙에 의하면 거래원이 증권 매매거래의 위탁을 받을 경우에는 사전에 소정의 동의서 및 신고서를 제출받고 매매거래의 종류, 증권의 종목, 수량 등 일정사항을 기재한 주문표에 의하여 거래의 위탁을 받도록 하는 등 적식의 절차에 관하여 규정하고 있으나 위와 같은 규정들은 일반고객들을 보호하기 위하여 증권업자인 거래원들의 거래행위를 규율할 목적으로 제정된 것으로서 이의 규제대상은 증권거래원에 국한된다고 해석함이 상당하고 달리 위 준칙의 규정이 일반고객들까지도 규율하는 법규적 성질을 가졌다거나 또는 증권매매 위탁계약이 서면의 작성등을 요하는 요식의 특수계약이라고 볼수도 없다 할 것이므로 피고의 위 주장 역시 이유없고 ③ 피고는, 원고가 소외인에게 주식매매를 위탁한 내용은 매매할 주식의 종류, 수량, 가격 및 시기 등을 특정하지 아니하고 소외인이 재량껏 위 주식매입 대금을 활용하여 이를 증식시키고 그 이득금을 매달 원고에게 전달해 주기로 한 것으로서 위와 같은 내용의 증권매매 위탁은 피고 회사의 영업범위에 속하지 아니할 뿐더러 피고 회사의 지배인인 소외인으로서도 위와 같은 내용의 위탁계약을 체결할 권한이 없으므로 원고와 소외인 사이에 이루어진 위와 같은 위탁계약은 피고 회사에 대하여 그 효력이 없는 것이라고 주장하므로 보건대 일반적으로 증권거래는 고객이 그 자신이 얻은 정보나 증권회사 직원의 의견을 참작하여 스스로 유망한 종목을 선택하여 이를 매입하거나 적당한 시기에 매각하는 등의 방식을 취하는 것이 원칙이라 할 것이나 증권투자는 투기성이 많고 잘못하면 손해 볼 우려가 많으므로 대부분의 증권투자자들이 증권회사의 임원 또는 직원의 은밀한 지도를 받아 증권투자를 하여오는 것이 실정이라 할 것인데, 앞서 인정사실에서 본바와 같이 원고도 증권투자의 초심자로서 자기 스스로 판단하여 증권거래를 하는 위험과 번잡을 피하기 위하여 증권관계의 전문가라고 할 수 있는 소외인에게 부탁하여 동인으로 하여금 그의 판단으로 유망한 종목의 주식을 대상으로 주식거래를 하고 그 결과를 원고의 계산으로 돌리기로 하였는바(위 주식매입대금 교부시에 원고가 소외인이 그 자신의 비밀구좌를 가지고서 고객들의 위탁금을 일괄 통합하여 비밀구좌에 넣어 운용하고 있었고 또 소외인이 원고의 주식매입 대금을 위 비밀구좌에 넣어 운용하리라는 사정을 알고 있었음에 부합하는 듯한 위 증인 소외인의 일부증언은 이를 믿기 어렵다) 위와 같이 원고가 피고 회사의 지배인이면 소외인에게 위 주식매수대금을 교부하면서 주식거래에 관한 일체의 사항을 위임한 것은 일임매매거래 방식에 의한 증권매매 위탁계약으로서 이러한 위탁계약도 유효하다 할 것이고 또 이득금을 매달 원고에게 교부해 주기로 한다는 약정부분이 가사 피고 회사의 영업범위에 속하지 아니한 것으로서 증권거래법 제52조 제1호가 금지하는 부당권유행위에 해당하여 위 이득금 지급약정이 피고 회사에 대한 관계에서 효력이 없다 하더라도 이는 증권매매 위탁계약의 중요부분이 아닌 부수적인 약정에 불과하고 위 이득금 지급약정이 있었다는 사유만으로는 위 증권매매 위탁계약 전부가 그 효력이 발생할 수 없는 것이라고 볼 수 없다 할 것이므로 피고의 위 주장 또한 이유없으며 ④ 피고는 가사 소외인이 피고 회사의 영업부장으로서 그 권한에 의하여 원고로부터 위 주식매입 대금을 위탁증거금 명목으로 교부받았다 하더라도 소외인은 원고와의 사이에 위 수탁계약을 맺음에 있어 금원증식의 개인적 신탁목적으로 소외인의 능력과 개인적 신임관계를 이용하여 소외인 또는 원고의 이익을 도모할 의도로 그 권한을 남용하여 이득금 지급약정 등 피고 회사의 취급업무가 아닌 사항에 관하여 형식상 그 수탁계약 사무를 취급한 행위를 하였음에 불과하고 원고도 소외인의 거래목적과 의도가 피고 회사의 영업부장으로서의 임무와 권한에 반하는 것임을 알았거나 알수 있었으므로 위 계약은 민법 제107조 소정의 진의아닌 의사표시로서 효력이 없고 또한 원고가 소외인과의 위와 같은 거래행위에 의하여 그 권리를 행사하려는 것은 권리남

용 내지 신의칙에 반하는 것이라고 주장하므로 보건대, 증권투자의 초심자인 원고가 증권관계의 전문지식을 갖는 피고 회사의 지배인 겸 영업부장인 소외인에게 부탁하여 일일매매거래 방식에 의한 증권매매 위탁계약을 맺고 위탁증거금 명목으로 위 주식매입 대금을 소외인을 통하여 피고회사에 예치하였음은 앞서본 바와 같고 소외인이 위와 같은 위탁계약을 맺음에 있어 소외인이 피고 회사의 영업부장으로서의 권한을 남용하여 원고편에 서서 원고의 이익만을 도모할 의도 아래 형식상 피고 회사가 위탁증거금을 예치받은 양 외형을 갖춘것에 불과하다고 단정할 아무런 증거가 없으며 이득금 지급약정이 있었다는 사실만 가지고는 위탁증거금 명목의 위 주식매입 대금의 예치가 진의아닌 의사표시라거나 이에기한 위탁증거금 반환청구가 권리남용 내지 신의성실의 원칙에 위배된 것이라고 볼 수 없으므로 피고의 위 주장은 더 나아가 살필것 없이 그 이유없다.

그렇다면 원고가 피고 회사의 지배인 겸 영업부장인 소외인에게 주식매매를 부탁하면서 그 위탁증거금 명목으로 위 주식매입 대금을 교부하고 소외인에게 주식거래에 관한 일체의 사항을 위임한 이상 이로써 원고와 피고사이에는 이미 증권매매 위탁계약이 성립되었다고 할 것이고 위 계약은 이건 위탁증거금의 반환을 구하는 이건 쟁점이 피고에게 송달된 날임이 기록상 명백한 1978. 6. 24.자로 적법하게 해제되었다 할 것이니 피고는 그가 예치받은 앞서본 위탁증거금을 원고에게 반환할 의무가 있다 할 것이다.

한편 피고는, 원고가 피고 회사에 위 주식매입 대금을 위탁증거금 명목으로 예치하면서 소외인과의 사이에 앞서본 이득금 지급약정을 한 관계로 소외인으로부터 1976. 10. 26.부터 1977. 11. 26.까지 13개월간 매월 위 금 22,000,000원에 대한 월 5푼 상당의 합계금 14,300,000원과 1976. 11. 26.부터 1977. 11. 26.까지 12개월간 매월 위 금 6,000,000원에 대한 월5푼 상당의 합계금 3,600,000원을 이득금 명목으로 지급받아 법률상 원인없이 이득을 얻었으므로 피고는 원고에 대하여 합계금 1,790,000원 상당의 부당이득 반환채권을 가지고 있으니 피고의 원고에 대한 위탁금 반환채무와 대등액에서 상계한다고 주장하므로 살피건대, 제1심 및 환송후의 당심증인 소외인의 증언에 변론의 전취지를 종합하면 원고가 피고 회사에 앞서본 위탁증거금을 예치한 후 이득금 명목으로 소외인으로부터 그 예치일로부터 1976. 12. 26.까지 2개월동안 매월 금 1,000,000원씩, 그 다음날부터 1977. 11. 26.까지는 2개월을 제외한 9개월동안 매월 금 1,500,000원씩의 합계금 15,500,000원을 수령한 사실과 소외인이 원고에게 위와 같은 이득금을 지급한 것은 피고 회사에 대한 위탁증거금으로 원고로부터 교부받은 위 주식매입대금을 원고의 구좌를 개설하여 입금시키지 아니하고 이를 횡령하여 그가 가명으로 개설한 구좌에 넣어 개인적으로 증권투자를 하면서 그 돈의 일부로 손익간에 일정액의 금원을 지급한 사실을 각 인정할 수 있고 달리 반증없으므로 원고에게 지급한 위 금원상당의 이득은 피고 회사의 손실에 기한 것이라고 할 것이고 피고 회사의 영업부장직에 있던 소외인이 원고가 피고 회사에 증권투자를 위하여 위탁증거금을 예치할 때 매월 일정액의 이득금을 지급하기로 한 것은 증권거래법 제52조 제1호가 금지하는 증권회사의 임원 또는 직원이 유가증권의 매매거래에 있어서 고객에 대하여 당해 거래에서 발생하는 손실의 전부 또는 일부를 부담할 것을 약속하는 행위에 해당한다고 보여지는 바 증권거래법은 공정한 증권거래 질서의 확립을 위하여 제정된 강행법규라 할 것이므로 이러한 약정은 강행법규에 위배되는 무효의 것이라 할 것이니 이러한 무효인 약정에 기하여 원고가 받은 위 이득금액은 피고의 손실에 기한 부당이득이라 할 것인즉 피고는 원고에 대하여 위 금원상당의 부당이득금 반환채권을 갖는다 할 것이고 원고의 위탁증거금 반환채권과 피고의 위 부당이득금 반환채권은 모두 상계적상에 있음이 명백하니 원고의 위탁증거금 반환채권은 피고의 위 부당이득금 반환채권과 대등

액에서 상계되어 소멸되었다 할 것이므로 피고의 위 상계항변은 위 금 15,500,000원의 한도에서 그 이유있다 할 것이다.

따라서 피고는 원고에게 위 인정의 위탁증거금 28,000,000원에서 위 부당이득 반환채권과 상계되어 소멸한 위 금 15,500,000원을 공제한 금 12,500,000원 및 이에 대한 위 증권매매 위탁계약이 해지된 다음날인 1978. 6. 25.부터 완제일까지 원고가 구하는 연 5푼의 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다 할 것이므로 원고의 이권 청구는 위 인정범위내에서 이유있어 이를 인용하고 나머지는 이유없어 기각하여야 할 것인바, 위와 결론을 일부 달리한 제1심 판결중 원고 패소부분은 부당하므로 이를 취소하여 주문 제1항과 같이 그 차액의 지급을 명하고 원고의 나머지 항소와 피고의 항소는 모두 이유없어 이를 기각하기로 하며 소송비용의 부담에 관하여는 민사소송법 제96조, 제89조, 제92를 가집행의 선고에 관하여는 같은법 제199조, 민사소송에 관한 임시조치법 제3조를 각 적용하여 주문과 같이 판결한다.

판사 윤승영(재판장) 유지담 제차룡