

## 예탁금반환

[서울고등법원 2013. 2. 8. 2011나93683]



### 【전문】

【원고, 항소인】 상도4동새마을금고 (소송대리인 변호사 강경구)

【피고, 피항소인】 주식회사 경남은행 (소송대리인 법무법인 (유) 율촌 담당변호사 이희중 외 1인)

【제1심판결】 서울중앙지방법원 2011. 10. 20. 선고 2010가합105940 판결

【변론종결】2012. 12. 21.

### 【주문】

】

1. 당심에서 교환적으로 변경된 청구 및 추가된 청구에 따라,

피고는 원고에게 313,500,504원 및 그 중 286,769,170원에 대하여 2009. 2. 22.부터 2013. 2. 8.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을, 나머지 26,731,334원에 대하여 2012. 6. 8.부터 2013. 2. 8.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 당심에서 교환적으로 변경된 원고의 나머지 청구와 당심에서 추가된 원고의 나머지 청구를 각 기각한다.

3. 소송총비용 중 70%는 원고가, 나머지 30%는 피고가 각 부담한다.

4. 제1항 중 금원지급부분은 가집행할 수 있다.

【청구취지 및 항소취지】 제1심판결을 취소한다. 피고는 원고에게 1,031,430,056원 및 그 중 983,894,339원에 대하여 2009. 2. 20.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을, 나머지 47,535,717원에 대하여 이 사건 2012. 6. 7.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라{원고는 제1심에서는 주위적으로 신탁계약 종료를 원인으로 한 신탁금반환청구로 1,025,806,910원을, 제1 예비적으로 기망을 이유로 한 신탁계약 취소에 따른 부당이득반환청구(원상회복청구) 또는 불법행위를 이유로 한 손해배상청구로 1,000,000,000원을, 제2 예비적으로 수탁자로서의 선관주의의무 위반을 이유로 한 손해배상청구로 716,469,279원을, 제3 예비적으로 제2 예비적 청구와 같은 이유로 1,000,000,000원에 대한 2008. 3. 2.부터 다 갚는 날까지 연 4.5%의 비율로 계산한 돈의 지급을 구하다가, 당심에 이르러 제1심의 주위적 청구, 제1 예비적 청구 중 기망을 이유로 한 신탁계약 취소에 따른 부당이득반환청구(원상회복청구), 제2 및 제3 예비적 청구를 각 신탁계약상의 선관주의의무 위반을 이유로 한 손해배상청구(주위적으로 구하고 있다)로 983,894,339원을 구하는 것으로 교환적으로 변경하고(제1심에서의 제1 예비적 청구 중 불법행위를 이유로 한 손해배상청구는 예비적으로 구하고 있다), 피고에게 지급한 신탁보수와 법률비용(법률 자문료 및 소송비용)에 대하여 부당이득반환으로 47,535,717원을 구하는 청구를 추가하였다. 한편 원고가 당심에 이르러 위와 같이 주위적 청구취지를 감축함으로써 항소취지도 그 범위 내에서 감축되었다고 봄이 상당하다}.

### 【이유】

#### 】1. 기초사실

가. 피고의 ○○○○○팀에서 근무하던 소외 1은 2008. 2.경 원고에게 주식회사 제주퓨렉스(변경 후 상호는 주식회사 제이에프에너지이다.

이하 '제주퓨렉스'라고 한다)가 발행하는 신주인수권부사채 10억 원을 인수하는 것을 목적으로 하는 특정금전신탁계약을 체결할 것을 권유하였는데, 당시 소외 1이 원고에게 발송한 투자제안서(갑 제4호증의 기재 참조)에는 제주퓨렉스에 대한 투자금 상환을 담보할 수 있는 장치로 ①유상증자대금으로 유입될 100억 ~ 150억 원, ②제주시와 체결한 독점적인 사업협약에 따라 제주도로부터 지원받을 예정인 120억 원, ③제주퓨렉스가 아래에서 보는 조기상환청구권 행사에 따른 의무를 이행하지 아니하거나 사채만기일에 사채대금을 상환하지 아니하는 경우, 코스닥 상장사인 주식회사 케이에스피(이하 '케이에스피'라고 한다)가 피고로부터 신주인수권부사채를 매입하기로 하는 사채매입약정 체결, ④제주퓨렉스 대표이사의 주식에 대한 담보 설정, ⑤제주퓨렉스 대표이사 개인의 연대보증 등이 포함되어 있었다.

나. 원고는 소외 1의 투자제안을 받아들여 2008. 2. 22. 피고와 사이에, 원고가 피고의 □□지점에 10억 원을 신탁기간 2008. 2. 22.부터 2009. 2. 20.까지, 이율 연 9.2%로 정하여 신탁하는 내용의 계약(이하 '이 사건 신탁계약'이라 한다)을 체결하였는데, 그 주요내용은 다음과 같다.

[특정금전신탁 계약서]

위 갑(원고)과 을(피고)은 다음과 같이 특정금전신탁 계약을 체결한다.

제1조 (신탁의 목적) 갑은 수익자의 이익증식 및 신탁재산 관리를 목적으로 금전을 신탁한다.

제2조 (신탁의 조건) 신탁의 기본조건은 다음과 같다.

- ① 신탁금액 : 금 1,000,000,000원
- ② 신탁기간 : 2008. 2. 22.부터 2009. 2. 20.까지
- ③ 신탁 원본교부일 : 2009. 2. 22.
- ④ 신탁보수 : 연 0.80%

제5조 (신탁재산의 운용)

- ① 갑은 신탁금을 [별표1]의 신탁자금 운용방법 중에서 운용방법을 선택하여 다음과 같이 운용하도록 지시하며, 을은 이 지시에 따라 신탁금을 운용한다.

제9조 (원본과 이익의 보전) 이 신탁은 원본과 이익의 보전을 하지 아니하며 경우에 따라서는 원본의 손실이 발생할 수 있다.

제10조 (손익의 귀속 등) 신탁재산 운용으로 발생하는 수익 및 손실은 전부 수익자에게 귀속된다.

제17조 (신탁의 종료)

- ① 이 신탁이 종료된 때에는 을은 최종계산서를 작성하여 수익자의 승인을 얻은 후 신탁재산을 수익자에게 교부한다.

다만, 운용신탁재산 중 환가 및 회수가 곤란한 경우, 기타 부득이한 사정이 있는 경우에는 운용신탁재산의 현상대로 교부하되 대출금으로 운용된 분은 대출약정기일까지 계약을 연장한다.

[별표 특정금전신탁 운용지시서]

신탁자금 운용방법(별표1)

25. 기타 신탁업법 및 동법 관계법령에서 정한 방법 : 금전채권(추심금전채권)

세부내용

가. 특정금전신탁 내역

- 1) 상품명 : 특정금전신탁
- 2) 편입자산 : 대출채권
- 3) 모집금액 : 10억 원
- 4) 신탁보수 : 연 0.80%
- 5) 목표수익률 : 연 9.20%
- 6) 이익지급 : 6개월마다 배당

나. 편입자산(대출채권) 내역

- 1) 차주 : (주) 한국퓨렉스
- 2) 금액 : 금 10억 원
- 3) 금리 : 10.50%
- 5) 만기일 : 기표 12개월

다.

피고는 이 사건 신탁계약에 따라 제주퓨렉스에 대한 대출채권을 신탁자산으로 편입하기로 하고, 2008. 3. 3.경 제주퓨렉스와 사이에 피고가 원고의 위 신탁계약의 신탁금 10억 원으로 제주퓨렉스의 신주인수권부사채(이하 '이 사건 신주인수권부사채'라 한다)를 인수하는 내용의 계약(이하 '이 사건 사채인수계약'이라 한다)을 체결하였는데, 그 주요내용은 다음과 같다.

[신주인수권부사채 인수계약서]

제1조 (계약의 목적)

본 계약은 "제주퓨렉스"가 자신이 영위하는 사업에 필요한 자금 조달을 위하여 발행하는 신주인수권부사채(이하 "사채"라 한다)를 "투자자(피고)"가 인수함에 있어 피고와 제주퓨렉스 사이에 발생하는 권리·의무를 확정함을 목적으로 한다.

제9조 (사채발행 및 인수)

(1) 제주퓨렉스는 본 계약 체결 즉시 제10조의 조건으로 아래의 사채를 발행하여야 한다.

1. 권면총액 : 금 일십억 원(₩1,000,000,000)
2. 발행가액 : 금 일십억 원(₩1,000,000,000)
3. 권종 : 금 일억 원권(₩100,000,000) 10매(No. ; 1~10)

(2) 피고는 제7조 각 호에서 정한 사항이 모두 충족되는 것을 선행조건으로 하여 제주퓨렉스가 발행하는 본조 제1항의 사채 중 권면총액 금 일십억 원(₩1,000,000,000)을 이 계약에 정한 바에 따라 인수하여야 한다.

(3) 제주퓨렉스는 피고가 인수금액을 납입한 후 사채권(금 일억 원권 10매(No. ; 1~10))을 발행하여 피고에 교부하여야 한다.

제10조 (사채발행 조건)

제9조에 의하여 제주퓨렉스가 발행하는 사채의 발행조건과 신주인수권 행사에 관한 사항은 다음 각 항과 같다.

(1) 사채발행조건

④ 사채의 총액 : 금 10억 원

⑧ 사채의 이율

가. 표면이율 : 사채 발행일로부터 원금상환기일 전일까지 연 6%로 한다.

나. 만기보장금리 : 신주인수권을 행사하지 않은 사채권은 연 8%(1년 복리)

⑨ 사채의 원금 상환방법과 기한 : 2011. 3. 3.(사채원금상환일)에 본 사채원금의 100%를 일시상환하되, 제10항에 따른 조기상환이 있는 경우에는 조기상환된 금액을 공제하여 상환하기로 한다.

⑩ 조기상환청구권(Call or Put Option) : i) 본 사채의 발행회사는 본 사채의 사채권자에 대해 2008. 3. 3.부터 매 6개월이 되는 날마다 본 사채원금의 100%에 해당하는 금액의 전부 또는 일부에 대하여 그 조기상환을 청구(Call Option)할 수 있다.

또한, ii) 본 사채의 사채권자는 2008. 3. 3.부터 매 6개월이 되는 날마다 본 사채원금의 100%에 해당하는 금액의 전부 또는 일부에 대하여 그 조기상환을 청구(Put Option)할 수 있다.

라. 피고는 이 사건 사채인수계약 체결일인 2008. 3. 3. 케이에스피와 사이에, 제주퓨렉스가 피고의 조기상환청구권 행사에 따른 의무를 이행하지 아니하거나 사채만기일에 사채대금을 상환하지 아니하는 경우 등에는 케이에스피가 피고로부터 이 사건 신주인수권부사채를 매입하기로 하는 내용의 사채매입약정을 체결하였다.

또한 피고는 같은 날 제주퓨렉스의 대표이사인 소외 3 및 유한회사 실카에셋(이하 '실카에셋'이라고 한다)과 사이에, 피고가 이 사건 신주인수권부사채 중 신주인수권증권을 분리하여 소외 3 및 실카에셋에 팔 수 있는 권리('풋옵션')를 피고에게 부여하는 내용의 풋옵션계약을 체결하였다.

한편 피고는 2009. 3. 5. 피고를 질권자로, 설정자를 소외 3, 소외 4로, 채무자 겸 발행회사를 제주퓨렉스로 하여 소외 3이 보유하는 제주퓨렉스 주식 146,000주 및 소외 4가 보유하는 제주퓨렉스 주식 30,600주 합계 176,600주에 대하여 근질권을 설정하였다.

마. 피고는 2009. 1. 30. 제주퓨렉스에게 이 사건 사채인수계약 제10조에서 정한 바에 따라 사채원금의 조기상환을 청구하였으나, 제주퓨렉스는 이를 이행하지 아니하던 중 2009. 3. 31. 폐업하였다.

바. 한편 이 사건 신주인수권부사채를 매입하기로 약정한 케이에스피는 2008. 7. 9. 부산지방법원 2008회합3호로 회생절차개시결정을 받았고, 2009. 1. 29. 위 법원으로부터 회생계획인가결정을 받았다.

당시 인가된 케이에스피의 회생계획안에 의하면 금융기관의 회생채권은 원금의 90%는 회생 1차년도인 2010년부터 회생 9차년도인 2018년까지 9년간 영업활동에 의한 현금으로 매년 말에 균등분할 변제하며, 변제대상채권액의 잔여금액인 10%는 면제하는 것으로 정해졌고, 이후 위 회생계획안의 수정안으로 제출된 2010. 9. 13.자 "변경회생계획안(수정안)"에서는 금융기관 회생채권에 대하여 원 회생계획안의 내용에다가 제3자 배정 유상증자에 대한 투자의 효력이 발생한 날이 속하는 달의 말일을 기준으로 현재 가치할인율 5.77%(한국은행경제통계시스템에서 제시하는 중소기업대출금리의 2009. 8. 이후 12개월간의 단순평균값)를 적용하여 일시불로 변제받을 수 있는 선택권이 추가되었다.

사. 원고는 2012. 4. 26.경 피고와 이 사건 신탁계약을 정산하기로 하고, 피고로부터 피고가 가지고 있던 이 사건 신주인수권부사채의 인수자로서의 권리, 케이에스피에 대한 사채매입청구권, 소외 3, 실카에셋에 대하여 보유하던 풋옵션 및 피고의 소외 3, 소외 4에 대한 근질권자로서의 권리를 양도받았고, 피고가 2012. 5. 21. 기준으로 작성한 특정금

전신탁 최종계산서에 따라 피고로부터 16,465,661원(=신탁이익 14,958,904원 + 고유계정대 이자 1,506,757원)을 지급받고 피고에게 47,535,717원(=신탁보수 29,720,547원 + 법률 자문료 및 소송비용(이하 이를 합하여 '법률비용'이라고 한다) 17,815,170원)을 지급하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4호증, 갑 제15호증의 1, 2, 갑 제19, 23, 24, 27호증, 을 제1, 2호증, 을 제5호증의 1, 2, 3, 을 제6호증, 을 제7호증의 1, 2, 을 제8, 9호증, 을 제10호증의 1, 2, 을 제12, 14호증, 을 제15호증의 1, 2, 을 제16, 17호증, 을 제18, 19호증의 각 1 내지 10, 을 제21, 22, 23호증의 각 기재, 당심 증인 소외 2, 소외 1의 각 일부 증언, 변론 전체의 취지

## 2. 손해배상청구(당심에서 교환적으로 변경된 청구)에 관한 판단

### 가. 원고의 주장

원고는 이 사건 주위적 청구로서, 이 사건 신탁계약의 수탁자인 피고는 구 신탁법(2011. 7. 25. 법률 제10924호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제28조에 따라 신탁의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 신탁재산을 관리 또는 처분하여야 하는데, 피고는 이 사건 신탁계약에서 정한 연대보증계약을 체결할 의무를 이행하지 않았고, 제주퓨렉스 대출채권에 대한 운용지시를 권유함에 있어서 마땅히 이행하였어야 할 심사의무, 설명의무를 위반하였으며, 위 대출채권의 관리의무를 위반하는 등 선관주의의무를 위반하여 원고에게 손해를 가하였으므로 이를 배상할 의무가 있다는 취지로 주장한다.

### 나. 신탁계약상의 선관주의의무 위반(채무불이행) 여부에 관한 판단(주위적 청구에 대한 판단)

#### (1) 관련 법리

투자신탁회사의 임직원이 고객에게 투자신탁상품의 매입을 권유할 때에는 그 투자에 따르는 위험을 포함하여 당해 투자신탁의 특성과 주요내용을 명확히 설명함으로써 고객이 그 정보를 바탕으로 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 고객을 보호하여야 할 주의의무가 있고, 이때 고객에게 어느 정도의 설명을 하여야 하는지는 투자 대상인 상품의 특성 및 위험도의 수준, 고객의 투자 경험 및 능력 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다11802 판결 취지 등 참조).

한편, 특정금전신탁은 위탁자가 신탁재산의 운용방법을 특정하는 금전신탁으로서 수탁자는 위탁자가 지정한 방법대로 자산을 운용하여야 하고 다른 신탁상품과는 합동운용할 수 없으며 원본 보전과 이익 보족이 금지되어 있으며, 특정금전신탁은 위탁자가 지정한 운용방법에 따른 자산운용에 의하여 그 수익률이 변동함으로써 항상 위험이 따르고, 그 위험은 신탁회사가 신탁재산에 대하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하지 아니하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 수익자가 부담하여야 하므로, 그 신탁재산의 운용 결과에 대한 손익은 모두 수익자에게 귀속되는 자기책임주의와 실적배당주의를 그 본질로 한다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64552 판결 참조).

이러한 점을 고려하여 보면, 특정금전신탁상품의 매입을 권유하는 금융기관은 위탁자가 지정하는 운용방법에 따라 신탁재산을 운용하고 이에 따르는 모든 위험이 수익자에게 귀속되는 특정금전신탁의 본질적 특성을 감안하여 볼 때 당해 특정금전신탁상품을 매입하고자 하는 고객인 위탁자에게 그를 대신하여 투자 여부 및 투자 금액을 판단하기에 필요한 일체의 자료와 정보를 수집하고 이를 분석한 다음 투자에 따른 손익 가능성까지 정확하게 분석·예측하여 이를 설명할 의무까지 있다고 볼 수는 없으나, 특정금전신탁의 위험성은 신탁된 금원의 구체적 운용방법에 의하여 결정되는 것이므로, 당해 특정금전신탁의 수탁자인 금융기관이 사실상 신탁재산의 운용방법 또한 미리 특정하여 둔 상품의 매입을 위탁자에게 권유함으로써 위탁자는 수탁자에 의해 특정된 신탁재산의 운용방법을 소극적으로 승

인할 뿐 스스로 그 운용방법을 지정한다고 볼 수 없는 경우라면 수탁자인 금융기관은 위탁자에게 그러한 신탁재산의 운용에 따라 발생할 수 있는 위험성에 관한 기초 자료와 정보를 적절한 범위 내에서 수집하여 그 위험성을 파악한 후 이를 설명함으로써 위탁자가 그 정보를 바탕으로 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 위탁자를 보호하여야 할 주의의무가 있다고 할 것이다.

비록 구 신탁법 제28조는 '신탁재산을 관리 또는 처분'함에 있어서의 선관주의의무를 규정하고 있으나, 신탁재산의 관리, 처분은 신탁계약의 체결을 그 전제로 하고 있고, 수탁자가 위탁자를 보호해야 할 의무는 신탁계약 체결단계에서부터 인정되어야 할 것이므로 수탁자의 선관주의의무는 신탁계약을 체결함에 있어서도 동일하게 적용된다.

## (2) 이 사건에서 피고의 구체적인 선관주의의무 위반 여부 검토

### (가) 이 사건 신탁계약의 특징

이 사건 신탁계약이 특정금전신탁계약에 해당함은 원고와 피고 사이에 체결된 계약서의 제목(갑 제2호증에 의하면 '특정금전신탁계약서'라고 되어 있다)이나 그 내용에 비추어 명백하다.

그러나 갑 제4, 14호증의 각 기재 및 당심 증인 소외 1의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 신탁계약을 체결함에 있어 피고의 ○○○○○팀에서 신탁자산으로 편입할 투자대상회사를 선정하고, 편입할 신탁재산의 종류와 그 내용, 구체적인 운용방법 등을 모두 설계한 후 원고에게 투자제안을 하였으며, 원고는 피고가 제시한 상품을 소극적으로 선택함으로써 피고에 의해 특정된 신탁재산의 운용방법을 소극적으로 승인하였을 뿐, 원고 스스로 신탁재산의 운용방법을 지정하지는 않은 사실을 인정할 수 있으므로, 비록 이 사건 신탁계약이 특정금전신탁계약이라고 하더라도 수탁자로서 피고의 선관주의의무를 논함에 있어 위와 같은 특수한 사정(즉 이 사건 신탁계약의 형식은 특정금전신탁계약이나, 그 실질은 피고가 원고에게 자신이 개발한 투자신탁상품을 판매하는 것과 다름없다)을 반영하여야 한다.

### (나) 연대보증계약 체결의무 위반 여부

피고가 제주퓨렉스와 이 사건 사채인수계약을 체결하면서 당초 투자설명서에서 약속하였던 제주퓨렉스의 대표이사인 소외 3으로부터 개인 연대보증을 받지 않은 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으나, 을 제28, 29호증, 을 제30호증의 1 내지 5, 을 제31호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 소외 3은 2011. 5. 현재 연대보증채무가 약 40억 원에 이름에도 아무런 재산이 없는 사실을 인정할 수 있어 설령 연대보증계약이 체결되었다고 하더라도 피고가 소외 3으로부터 제주퓨렉스에 대한 채권을 회수할 수는 없었을 것으로 보이므로 원고가 주장하는 손해가 소외 3으로부터 연대보증을 받지 않은 것에서 비롯되었다고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 피고의 위 의무불이행과 원고의 손해 발생 사이에는 상당인과관계를 인정할 수 없다.

따라서 원고는 피고의 연대보증계약 체결의무 위반을 이유로 손해배상을 청구할 수 없으므로, 이 부분에 관한 원고의 주장은 이유 없다.

### (다) 신탁재산 편입에 있어서의 심사의무 및 설명의무 위반 여부

갑 제13, 14, 33, 34호증, 을 제5호증의 3, 을 제41, 43호증의 각 기재 및 당심 증인 소외 1의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사실과 그로부터 유추할 수 있는 아래와 같은 사정 등을 종합하면, 피고는 이

사건 신탁계약을 체결함에 있어 편입할 신탁재산에 대한 심사를 소홀히 하였고, 신탁재산의 운용에 따라 발생할 수 있는 신탁재산의 위험성에 대한 설명을 게을리 하였다고 봄이 상당하다.

- ① 2006. 12. 설립된 제주퓨렉스는 2007년 회계연도(2007. 1. 1. ~ 2007. 12. 31.)에 456,626,429원의 당기순손실이 발생하였고, 신우회계법인이 2008. 1.경 작성한 제주퓨렉스 기업가치 검토보고서(을 제41호증의 제3쪽 기재 참조)에 의하면 제주퓨렉스는 2011년까지 마이너스의 현금흐름(Free Cash Flow)이 발생하는 것으로 평가되었다.

이는 이 사건 신탁계약 체결 당시에도 제주퓨렉스가 사업 초기 단계에 머무르고 있어 아직 영업이익을 창출하지 못하고 있다는 사실과 그로 인하여 다른 투자자로부터 자금을 빌리지 않고서는 만기일에 이 사건 신주인수권부사채 원리금을 변제할 수 없는 상황임을 의미한다.

- ② 그럼에도 이 사건 신탁계약을 기획한 피고 직원 소외 1은 제주퓨렉스의 재산상태를 따로 조사하지 않았고, 추상적이고 불확실한 전망만 기재된 갑 제14호증(제1심 기록 제242쪽 참조) 이외에는 달리 피고나 피고의 ○○○○○팀에서 제주퓨렉스의 재산상황이나 변제능력 등을 점검한 자료가 보이지 않는다.

- ③ 피고가 이 사건 신주인수권부사채 원리금 상환을 담보하기 위하여 이행한 조치는 케이에스피와 체결한 사채매입약정, 소외 3 및 실카에셋과 사이에 체결한 풋옵션 계약, 소외 3 및 소외 4 소유 제주퓨렉스 주식에 대한 근질권 설정이었는데, 풋옵션 계약은 최대금액이 75,000,000원에 불과하여 이 사건 신주인수권부사채 원리금 상환을 담보하기에는 대단히 부족한 것으로 보이고, 회사가 지급불능 상황에 처할 경우 해당 회사의 주식은 그 가치를 상실하는 것이 일반적이므로 제주퓨렉스 주식에 대한 근질권 설정 역시 원리금 상환 담보로서 역할을 하기에는 부족하다.

결국 가장 유효하고 유일한 원리금 상환 담보책은 케이에스피와 체결한 사채매입약정이라고 할 것인데, 피고가 이 사건 신탁계약을 기획하고 체결할 당시 케이에스피의 재산상황 등에 대하여 충분히 심사하고 검토하였음을 인정할 만한 자료를 찾아보기 어렵다(피고는 을 제50호증 '교보증권의 2007. 12. 24.자 보고서'를 제출하면서 케이에스피의 투자 가치가 긍정적이었다는 취지로 주장하고 있으나, 위 보고서의 내용이 이 사건 신탁계약 체결 당시 고려되었음을 인정할 증거가 없다).

- ④ 소외 1은 원고의 전 이사장이던 소외 2에게 이 사건 신탁계약을 설명하면서 제주퓨렉스나 소외 3의 재무상황 등에 관하여 구체적인 설명을 하지 않은 채, 단지 '좋은 상품이 있다', '피고 은행을 믿어 달라'는 취지로만 설명하는데 그쳤다.

(라) 통지의무 및 신탁재산 관리의무 위반 여부

이 사건과 같이 특수한 사정이 있는 특정금전신탁계약에 있어서는 수탁자가 신탁의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 신탁재산을 관리하여야 할 의무까지 부담한다고 보아야 할 것인데, 갑 제9호증의 1, 2, 3, 갑 제32호증의 1, 2의 각 기재 및 당심 증인 소외 1의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 신탁재산을 관리하는 업무를 담당하고 있던 피고의 ○○○○○팀은 이 사건 신탁계약의 만기 두세 달 전에 제주퓨렉스에 전화하여 리파이낸싱을 하고 있다는 답변을 듣고 만기까지 기다리기로 하였을 뿐, 제주퓨렉스에 대한 대출채권을 이 사건 신탁계약의 신탁재산으로 편입함에 있어 예정한 이 사건 신주인수권부사채 원리금 상환 재원의 확보나 그 진행상황에 대하여는 아무런 점검을 하지 않은 사실, 피고는 케이에스피가 2008. 7. 9. 회생개시결정을 받고 회생절차에 들어갔음에도 이러한 사실을 제때에 인지하지 못하다가 이 사건 신탁계약의 만기 무렵에서야 알게 되었고, 그 때문에 피고는 케이에스피에 대한 사채매입청구권을 회생채권으로 신고조차 하지 못하여 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제251조에 따라 그

권리를 상실하여 케이에스피의 회생절차에서 전혀 변제받을 수 없게 된 사실을 인정할 수 있는바, 이러한 피고의 행위는 수탁자로서 지켜야 할 선관주의의무를 다하지 못하였다고 봄이 상당하다.

### (3) 소결

앞서 본 바와 같이 피고는 이 사건 신탁계약을 체결함에 있어 편입할 신탁재산에 대한 심사의무와 신탁재산의 운용에 따라 발생할 수 있는 신탁재산의 위험성에 대한 설명의무를 게을리 함으로써 원고로 하여금 충분한 정보를 바탕으로 한 합리적인 투자판단을 하지 못하게 한 잘못이 있으므로, 이로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있고, 이 경우 피고가 배상하여야 할 손해는 피고가 위와 같은 선관주의의무를 위반하지 않았다면 피할 수 있었을 손해, 즉 원고가 이 사건 신탁계약에 따라 투자한 신탁자금 상당액이라고 할 것이다.

한편 원고가 피고와 이 사건 신탁계약을 정산하면서 피고로부터 신탁이익으로 14,958,904원, 고유계정대 이자로 1,506,757원을 지급받은 사실은 앞서 본 바와 같고, 을 제46호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 2008. 9. 3. 피고로부터 27,637,103원의 신탁이익을 수령한 사실을 인정할 수 있으므로, 위 금액들은 피고가 배상하여야 할 손해에서 공제되어야 한다.

다만 원고가 피고와 이 사건 신탁계약을 정산하면서 피고로부터 피고가 가지고 있던 이 사건 신주인수권부사채의 인수자로서의 권리, 케이에스피에 대한 사채매입청구권, 소외 3, 실카에셋에 대하여 보유하던 풋옵션 및 피고의 소외 3, 소외 4에 대한 근질권자로서의 권리를 모두 양수한 사실은 앞서 본 바와 같은데, 을 제8, 9호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 제주퓨렉스는 2009. 3. 31.자로 폐업하였고, 달리 재산이 없는 사실을 인정할 수 있으므로 이 사건 신주인수권부사채에 대한 권리, 소외 3과 실카에셋에 대하여 보유하던 풋옵션 및 피고의 소외 3, 소외 4에 대한 근질권자로서의 권리의 가치는 전혀 없다고 할 것이고, 케이에스피에 대한 사채매입청구권 역시 앞서 본 바와 같이 실권함에 따라 그 가치를 인정할 수 없으므로 원고가 입은 손해를 산정함에 있어 위와 같은 사정은 전혀 고려할 사항이 되지 못한다.

그리고 갑 제36, 37호증, 을 제20호증의 1 내지 5의 각 기재 및 당심에서의 새마을금고중앙회 서울지역본부장에 대한 사실조회 회신결과에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 비록 이 사건의 경우 피고가 신탁재산의 운용방법을 사실상 지정하였다고는 하나 특정금전신탁은 위탁자가 지정한 운용방법에 따른 자산운용을 그 내용으로 하고 그에 따른 위험은 위탁자가 궁극적으로 부담하는 자기책임주의와 실적배당주의를 그 본질로 하는 점, 원고 역시 금융기관으로서 이 사건 신탁계약을 체결하기 이전에도 피고와 수차례 특정금전신탁계약을 체결하여 금원을 투자한 경험이 있어 특정금전신탁의 구조 및 위험성에 대하여 몰랐다고 보기 어려운 점, 이 사건 신탁상품은 새마을금고 감독기준시행세칙에서 정하고 있는 새마을금고의 여유자금 운용종목에서 제외(당심에서의 새마을금고중앙회 서울지역본부장에 대한 사실조회 회신결과 참조)됨에도 불구하고 원고는 피고의 투자제안에 대하여 충분한 자체 검토 없이 소외 1의 말만 믿고 경솔하게 투자한 것으로 보이는 점 등을 고려하여 보면, 원고의 손해가 피고의 전적인 잘못에 기인하여 발생하였다고 볼 수 없으므로, 원고의 위와 같은 과실을 고려하여 피고의 책임비율을 30%로 제한한다.

따라서 피고는 원고에게 286,769,170원[=(신탁원본 1,000,000,000원-(14,958,904원+1,506,757원+27,637,103원))×피고의 책임비율 30%, 원 미만은 버림, 이하 같음] 및 이에 대하여 이 사건 신탁계약에 따른 신탁 원본교부일인 2009. 2. 22.부터 피고가 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 당심 판결 선고일인 2013. 2. 8.까지는 상법에서



정한 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다(이와 같이 원고의 주위적 청구를 받아들이는 이상 불법행위를 이유로 한 예비적 청구를 인용하더라도 같은 비율의 과실상계가 이루어질 것이므로 원고의 이 사건 예비적 청구에 관하여는 따로 판단하지 않는다).

또한 앞에서 피고의 통지의무 및 신탁재산 관리의무 위반을 인정하였으나, 이로 인한 손해는 통지 및 관리의무 위반으로 원고가 케이에스피의 회생절차에서 회수할 수 있었음에도 회수하지 못한 금액(원고는 이 금액이 716,469,278원에 이른다고 주장하고 있다)이라고 할 것인데, 이 금액은 원고 주장에 의하더라도 이 사건 신탁계약에 따라 투자한 신탁원본에 미치지 못하므로 이 부분과 관련한 손해에 대하여는 따로 판단하지 않는다.

### 3. 부당이득반환청구(당심에서 추가된 청구)에 관한 판단

#### 가. 원고의 주장

원고는 피고와 이 사건 신탁계약을 정산하면서 피고에게 신탁보수로 29,720,547원을 지급하였고, 피고가 케이에스피와의 소송에서 지출한 법률자문비용 5,106,750원과 소송비용 12,708,420원 합계 17,815,170원을 지급하였으나, 피고가 수탁자로서의 선관주의의무를 위반하였으므로 원고는 피고에게 신탁보수를 지급할 의무가 없고, 피고의 과실로 인하여 확대된 비용에 대하여는 수탁자가 비용상환을 청구할 수 없으므로 피고는 원고에게 이를 반환할 의무가 있다고 주장한다.

#### 나. 신탁보수에 대한 판단

앞서 살핀 바와 같이 피고가 원고와 이 사건 신탁계약을 체결함에 있어 지켜야 할 선관주의의무를 게을리 함으로써 원고에게 손해가 발생한 점, 위와 같은 손해의 발생에 원고와 피고의 과실 모두가 그 원인이 된 점 기타 변론에 나타난 제반 사정 등을 고려하여 보면, 이 사건 신탁계약에서 정한 신탁보수 전액에 관하여 피고의 보수청구권을 인정하는 것은 그 보수액이 부당하게 과다하여 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 반한다고 할 것이어서 피고가 원고에게 구할 수 있는 신탁보수는 앞서 인정한 피고의 책임비율(30%)을 고려하여 이 사건 신탁계약에서 약정한 신탁보수의 70%로 정함이 상당하므로, 피고는 이를 초과하여 원고로부터 지급받은 신탁보수 상당액을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

따라서 피고는 원고에게 8,916,164원(=29,720,547원×30%) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다.

#### 법률비용에 대한 판단

수탁자가 신탁의 본지에 따라 신탁사업을 수행하면서 정당하게 지출하거나 부담한 신탁비용 등에 관하여는 신탁자에게 보상을 청구할 수 있는 것이지만, 수탁자가 선량한 관리자의 주의를 위반하여 신탁비용을 지출한 경우에는 이러한 과실로 인하여 확대된 비용은 신탁비용의 지출 또는 부담에 정당한 사유가 없는 경우에 해당하여 수탁자는 비용상환청구를 할 수 없다(대법원 2006. 6. 9. 선고 2004다24557 판결 등 참조).

이 사건에서 보건대, 갑 제9호증의 1, 2, 3, 을 제22, 23호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 회생채무자 케이에스피의 관리인을 상대로 사채매입금의 지급을 구하는 소송(서울중앙지방법원 2010가합19025호)을 제기하였으나, 피고가 주장하는 사채매입 채권은 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제251조에 따라 실권되었고, 케이에스피의 관리인이 회생채무자에 대하여 사채매입약정에 의한 채권을 가지고 있음을 알았거나 알 수 있었음에도 불

구하고 회생절차개시결정 당시 피고를 회생채권자로서 신고하지 아니하여 피고에게 회생절차개시의 공고 및 송달이 되지 않도록 하였다거나, 회생채권자의 목록을 작성·제출함에 있어 회생채권자인 피고를 누락하여 회생채무자의 관리인으로서 선량한 관리자의 주의의무를 위반하였다는 점을 인정할 증거가 없다는 이유로 피고 패소 판결이 선고되었고, 그 무렵 위 판결이 확정된 사실을 인정할 수 있으며, 앞서 본 바와 같이 피고의 사채매입청구권이 실권된 것은 피고가 신탁재산 관리의무를 소홀히 하였기 때문에 발생한 것이어서 피고가 케이에스피의 관리인을 상대로 소송을 제기하면서 지출한 법률비용은 그 지출에 정당한 사유가 없다고 할 것이므로 원고에게 그 비용상환을 청구할 수 없고, 부당이득으로서 원고에게 반환하여야 한다.

따라서 피고는 원고에게 원고로부터 지급받은 법률비용 17,815,170원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

#### 라. 소결

그렇다면, 피고는 원고에게 26,731,334원(=신탁보수 8,916,164원+법률비용 17,815,170원) 및 이에 대하여 원고가 피고에게 위 돈을 지급한 날 이후로서 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 2012. 6. 7.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달 다음날인 2012. 6. 8.부터 피고가 이행의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 당심 판결 선고일인 2013. 2. 8.까지는 민법에서 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

#### 4. 결론

결국 피고는 원고에게 313,500,504원(=286,769,170원+26,731,334원) 및 그 중 286,769,170원에 대하여 2009. 2. 22.부터 2013. 2. 8.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을, 나머지 26,731,334원에 대하여 2012. 6. 8.부터 2013. 2. 8.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급할 의무가 있다.

그렇다면, 당심에서 교환적으로 변경된 청구 및 추가된 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 각 기각하기로 하여(제1심에서의 신탁계약 종료를 원인으로 한 신탁금반환청구, 기망을 이유로 한 신탁계약 취소에 따른 부당이득반환청구, 수탁자로서의 선관주의의무 위반을 이유로 한 각 손해배상청구는 당심에서 이루어진 교환적 변경으로 각 취하되어 이에 대한 제1심판결은 실효되었다), 주문과 같이 판결한다.

판사 강형주(재판장) 김춘호 이진화