대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2021다300173 손해배상청구

원고(선정당사자), 피상고인 겸 부대상고인

원고(선정당사자)

피고, 상고인 겸 부대피상고인

○○○은행

소송대리인 법무법인(유한) 율촌

담당변호사 김능환 외 3인

원 심 판 결 서울고등법원 2021. 11. 5. 선고 2021나2014814 판결

판 결 선 고 2024. 12. 12.

주 문

원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원고(선정당사자)의 부대상고를 기각한다.

이 유

상고이유와 부대상고이유(제출기간이 지난 상고이유보충서 등은 이를 보충하는 범위

내에서)를 판단한다.

1. 사안의 개요

원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

가. 피고는 투자중개업 등을 영위하는 겸영금융투자업자로 집합투자업자인 소외 1 회사가 설정, 운용하는 (명칭 1 생략) 사모투자신탁 제15호(이하 '이 사건 제15호 펀드'라 한다), (명칭 1 생략) 사모투자신탁 제37호(이하 '이 사건 제37호 펀드'라 하고, 이 사건 제15호 펀드와 이 사건 제37호 펀드를 모두 합하여 '이 사건 각 펀드'라 한다) 등의 수익증권에 관한 위탁판매를 하였다.

나. 피고는 원고(선정당사자, 이하 '원고'라 한다)와 선정자 2에게 이 사건 각 펀드에 관한 투자권유를 하여 2018. 12. 10. 선정자 2에게 이 사건 제15호 펀드의 수익증권 1억 원 상당을 매도하고, 2019. 1. 9. 원고에게 이 사건 제37호 펀드의 수익증권 1억 5,000만 원 상당을 매도하였다(이하 이 사건 각 펀드의 수익증권을 모두 합하여 '이 사건 각 수익증권'이라 하고, 그 각 수익증권에 관한 매매계약을 '이 사건 각 매매계약'이라 한다).

다. 소외 1 회사는 이 사건 각 펀드의 집합투자재산을 외국 소재 특수목적법인인 소외 2 회사가 발행하는 사모사채(Note)에 투자하는 방식으로 운용하였다. 그리고 소외 2 회사가 수령한 사모사채 발행대금은 그 운용업무를 담당하는 소외 3 회사가 미국의 대출 플랫폼인 △△ 등을 통해 소상공인에 대한 대출채권 등에 투자하였다.

라. 그런데 소외 3 회사의 대표자인 소외 4가 2014년 무렵부터 △△와 공모하여 대출실적 자료를 부풀리는 등으로 투자자산의 가치를 조작하였다는 사실이 밝혀졌다. 이에 미국 연방캘리포니아중부지방법원의 2019. 4. 1. 자 관리명령(Receiver Order)으

로 소외 3 회사와 그 관계회사인 소외 2 회사 등의 자산과 현금흐름이 동결되었고, 결국 이 사건 각 펀드의 상환금 및 수익금 지급도 모두 중단되었다.

2. 피고의 상고에 관하여

가. 원심의 판단

원심은, 피고가 이 사건 각 수익증권 등을 판매할 때 투자자보호의무를 위반하였다는 이유로 손해배상을 구하는 원고의 주위적 청구원인에는 민법 제750조의 불법행위책임 또는 구 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(2020. 3. 24. 법률 제17112호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 자본시장법'이라 한다)에 따른 손해배상책임을 주장하는 취지가 포함되어 있다고 선해하여 불법행위에 따른 피고의 손해배상책임을 인정하였다.

나. 대법원의 판단

그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 받아들이기 어렵다.

1) 관련 법리

민사소송법 제136조 제1항은 "재판장은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 사실상 또는 법률상 사항에 대하여 질문할 수 있고, 증명을 하도록 촉구할 수 있다."라고 규정하고, 같은 조 제4항은 "법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다."라고 규정한다.

당사자의 주장이 법률상의 관점에서 보아 모순이나 불명료한 점이 있는 경우 법원은 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견 진술의 기회를 주어야 하고, 만일 이를 게을리한 경우에는 석명 또는 지적의무를 다하지 아니한 것으로서 위법한 평가를 받을 수 있다. 청구취지나 청구원인의 법적 근거에 따라 요건사실에 대한 증명책임이

달라지는 중대한 법률적 사항에 해당하는 경우라면 더욱 그러하다(대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다42765 판결, 대법원 2023. 4. 13. 선고 2021다271725 판결 등 참조).

2) 구체적인 판단

가) 앞서 본 사실관계를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴본다.

(1) 원고는 2020. 12. 24. 자 준비서면을 통해 '③ 매도인의 채무불이행책임'이라는 소제목 하에 "피고가 투자권유 과정에서 수익증권의 위험성에 관한 언급을 하지 않았다."라고 주장하고, 2021. 7. 30. 자 준비서면을 통해 위와 같은 '매도인의 채무불이행책임'에 대한 주장을 보완한다고 하면서 "피고가 수익증권을 판매한 금융투자업자로서 투자자보호를 위한 선량한 관리자의 주의의무를 게을리하였다."라고 주장하는 등으로 피고의 투자자보호의무 등 위반에 관한 주장을 하면서 손해배상책임 발생의 법적 근거를 채무불이행책임으로 구성하였다.

그런데 원고는 2021. 9. 24. 자 준비서면을 통하여는 'A. 민법 제390조 채무불이행책임'이라는 제목 하에 주장한 내용과 별개로 'C. 선량한 관리자 주의의무와 신의성실의 의무'라는 제목으로 "피고가 안전성을 중요시하는 원고와 선정자 2의 투자성향을 알고 있었기 때문에 이 사건 각 수익증권에 대한 투자가 안전하다고 강조하고 그 위험성에 대하여 제대로 설명하지 않았다. 이는 사기의 불법행위를 구성하는 측면도 있다."라는 주장도 하였고, 이를 뒷받침하기 위해 금융투자업자의 투자권유 과정에서의 투자자보호의무 위반에 대하여 불법행위책임을 인정한 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다11802 판결을 인용하는 등으로 불법행위책임 주장으로 이해될 여지가 있는 언급을 하였다.

이처럼 원고가 투자자보호의무 등 위반과 관련한 주장을 한 것이 채무불이행으로 인한 손해배상청구만 하는 것인지 아니면 불법행위로 인한 손해배상청구도 하는 것인지

여부가 불명료하였다.

(2) 원고의 위와 같은 주장에 대하여, 피고는 2021. 9. 29. 자 준비서면을 통하여 "설명의무를 위반한 사실이 없다."라고 반박하고, 2021. 10. 28. 자 준비서면을 통하여 "원고가 피고의 투자자보호의무 등 위반과 관련한 불법행위로 인해 손해를 입었다는 주장을 하는 것으로도 보이지만, 이는 부당한 주장이다."라고 부인하였다.

한편으로 피고는 2021. 8. 12. 자 준비서면을 통하여 원고의 투자자보호의무 등 위반과 관련한 주장을 채무불이행책임 주장으로 이해하면서 이에 대해 반박하였고, 2021. 9. 29. 자 준비서면을 통하여 "수익증권을 판매한 금융투자업자로서 선량한 관리자의 주의의무를 게을리하지 않았고 해당 금융상품에 대하여 조사할 의무는 없다."라는 주장을 하면서도 '3. 원고의 채무불이행책임 주장(선택적 청구원인)의 부당성'이라는 제목 하에 그 주장을 전개하였다.

이에 비추어 보면 피고로서도 원고의 투자자보호의무 등 위반으로 인한 손해배상책임 주장에 불법행위책임 주장이 포함되어 있는지 여부를 명확하게 알지 못한 상태에서 그 주장에 대한 방어를 했던 것으로 보인다.

(3) 더욱이 원고는 투자자보호의무 등 위반으로 인한 손해배상책임 주장 외에도 선택적으로 이 사건 각 수익증권의 하자와 관련한 채무불이행책임 또는 민법 제580조, 제572조, 제574조에 따른 담보책임 주장을 하고, 예비적으로 착오를 이유로 이 사건 각 매매계약에 대한 취소 주장도 하였다. 원고가 청구원인으로 여러 다양한 주장을 펼치는 상황에서 명시적인 언급이 없는 투자자보호의무 등 위반으로 인한 불법행위책임 주장에 관하여 피고에게 적절한 방어의 기회가 제공되었다고 보기 어렵다.

(4) 앞서 본 당사자의 구체적 주장과 반박 내용 및 소송의 진행경과 등을

종합하여 보면, 원심으로서는 원고가 투자자보호의무 등 위반과 관련하여 불법행위책임 주장도 하는 것인지에 대하여 석명권을 행사하여 그 주장의 취지를 명확히 한 다음 그에 맞는 요건사실에 관한 주장·증명을 할 수 있게 하고 피고에게도 분명해진 청구원인에 대하여 충분하게 반박할 수 있는 기회를 제공하였어야 한다.

나) 그럼에도 원심은 석명권 행사를 통해 원고의 주장 취지와 내용을 분명하게 밝히도록 하지 아니하여 원고와 피고 모두에게 충분한 공격과 방어의 기회가 제공되지 않은 상황에서 원고의 청구원인에 투자자보호의무 등 위반으로 인한 민법 제750조의 불법행위책임 또는 구 자본시장법에 따른 손해배상책임이 포함되어 있다고 선해한다고 한 다음 그 판시와 같은 피고의 손해배상책임을 인정하였다. 이러한 원심의 판단에는 석명 또는 지적의무를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(아울러 금융투자업자가 일반투자자와의 계약 체결 전 투자권유 과정에서 설명의무를 위반하거나 고객을 보호할 주의의무를 위반한 경우에 그 상대방이 된 투자자는 민법 제750조에 따른 손해배상 또는 불법행위책임의 성질을 가지는 구 자본시장법 제48조 제1항에 따른 손해배상을 선택적으로 청구할 수 있으므로, 환송 후 원심은 원고가 명시적으로 불법행위책임 주장을 하는 경우에도 구체적인 청구원인과 법적 근거가 무엇인지에 대하여 명확히 할 필요가 있음을 지적하여 둔다).

3. 원고의 부대상고에 관하여

원심은 그 판시와 같은 이유로, 이 사건 각 수익증권에 그 목적을 달성할 수 없는 하자가 있는 등으로 매도인인 피고가 담보책임 또는 채무불이행책임을 부담한다거나 이 사건 각 매매계약을 착오로 취소한다는 원고의 주장을 배척하면서 원심의 인용금액을 초과하는 부분에 관한 나머지 주위적·선택적 청구와 예비적 청구를 기각하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 이 부분 판단은 정당하고, 부대상고이유 주장과 같이 채증법칙 위반 등의 잘못이 없다.

4. 파기의 범위

수개의 청구가 선택적으로 병합된 사건에서 법원이 원고의 청구를 인용할 경우에는 선택적으로 병합된 수개의 청구 중 어느 하나를 임의로 선택하여 심판할 수 있다(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다12580 판결 등 참조). 원심이 수개의 선택적 청구 중 하나의 청구에 대하여 일부만 인용하고 나머지 청구는 기각하여 원고와 피고가 모두 상고 또는 부대상고를 하였고, 그중 피고의 상고가 이유 있어 원심판결을 파기할 경우, 상고심은 원심판결 중 피고 패소 부분 외에 나머지 청구 중 피고 패소 부분에 대응하는 부분까지 함께 파기하여야 한다(대법원 2024. 6. 27. 선고 2020다259100 판결 참조). 이러한 법리는 성질상 선택적 관계에 있는 청구를 당사자가 심판의 순위를 붙여 청구한다는 취지에서 예비적으로 병합한 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2024. 8. 1. 선고 2023다318154 판결 등 참조).

원심판결 이유 및 기록에 따르면, 원고는 주위적으로 민법 제580조의 담보책임 또는 채무불이행책임, 민법 제572조 또는 제574조의 담보책임에 기한 금원 지급 청구를 선택적으로 주장하였고, 이에 더하여 원심은 원고의 주위적 청구에 민법 제750조의 불법행위책임 또는 구 자본시장법에 따른 손해배상책임을 선택적으로 주장하는 취지도 포함되어 있다고 선해하였다. 또한 원고는 예비적으로 착오 취소를 원인을 한 부당이득반환책임에 기한 금원 지급 청구를 하였다. 원심은 불법행위에 따른 피고의 손해배상책임을 인정하면서 원고의 청구 중 일부를 인용하였고, 나머지 주위적·선택적 청구와 예비적 청구를 각각 기각하였다.

그런데 원심판결 중 불법행위책임에 관한 피고 패소 부분을 파기하는 이상, 이와 선택적 병합 관계에 있는 민법 제580조의 담보책임 또는 채무불이행책임 등에 기한 금원 지급 청구 중 피고 패소 부분에 대응하는 부분도 함께 파기되어야 한다. 나아가 원고의 예비적 청구는 여러 주위적 청구와 양립 가능한 관계에 있어서 성질상 선택적 병합 관계에 있다고 볼 수 있으므로, 착오 취소를 원인을 한 부당이득반환책임에 기한 금원 지급 청구 중 피고 패소 부분에 대응하는 부분도 같이 파기되어야 한다.

5. 결론

피고의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송하며, 원고의 부대상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 신숙희

주 심 대법관 노태악

대법관 서경환

대법관 노경필

(원고 선정자 명단 생략)