

손해배상(기)

[광주고등법원 2015. 2. 5. (전주)2014나1411]



【전문】

【원고, 항소인】 원고 (소송대리인 법무법인 대한 담당변호사 이민호)

【피고, 피항소인】 신용보증기금 (소송대리인 변호사 차종선 외 1인)

【제1심판결】 전주지방법원 2014. 4. 4. 선고 2013가합4981 판결

【변론종결】2015. 1. 8.

【주문】

】

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 원고의 피고에 대한 2010. 7. 21.자 구상금 채무는 218,753,781원 및 이에 대한 2010. 12. 10.부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율에 의한 금원을 초과하여서는 존재하지 아니함을 확인한다.

나. 원고의 주위적 청구 및 나머지 예비적 청구를 각 기각한다.

2. 소송총비용 중 1/3은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

【청구취지 및 항소취지】제1심판결을 취소한다. 주위적으로, 원고의 피고에 대한 별지1 목록 기재 신용보증계약에 기한 연대보증채무는 존재하지 아니함을 확인한다. 예비적으로, 원고의 피고에 대한 2010. 7. 21.자 구상금 채무는 6,248,645원 및 이에 대한 2010. 12. 10.부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율에 의한 금원을 초과하여서는 존재하지 아니함을 확인한다.

【이유】

】1. 기초사실

가. 당사자들의 관계 및 대출

- 1) 주식회사 은산비에스앤티(변경 전 상호 '유한회사 은산기계', 이하 변경 전후를 통틀어 '소외 회사'라고 한다)는 2004. 2.경부터 2007. 4.경까지 사이에 중소기업은행으로부터 아래의 표 기재와 같이 5회에 걸쳐 합계 1,440,000,000원의 대출(이하 '이 사건 대출'이라고 하되, 대출금을 칭할 때는 '이 사건 대출금'이라고 한다)을 받았다.
- 2) 피고는 2004. 2.경부터 2007. 4.경까지 소외 회사와 사이에, 소외 회사가 이 사건 대출을 받음에 있어, 이를 보증하기 위하여 각 신용보증계약(이하 '이 사건 신용보증계약'이라고 한다)을 체결하였고, 원고는 피고와 사이에 이 사건 신용보증계약에 따라 소외 회사가 피고에게 부담할 구상금 채무에 관한 연대보증계약을 체결하였다.
- 3) 중소기업은행은 아래의 표 기재와 같이 소외 회사에게 이 사건 대출을 실행하면서 이 사건 대출금의 담보로 소외 회사와 사이에 근저당권설정계약(포괄근저당)을 체결하고, 소외 회사 소유의 별지2 목록 기재 각 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라고 한다)에 관하여 각 근저당권 설정등기(이하 '이 사건 근저당권'이라고 한다)를 마쳤으며, 그 후 피고는 이 사건 신용보증계약에서 정한 특약에 따라 보증금액을 일부 해지하였다.

순번대출일시대출금액(만 원)근저당권 설정일시근저당권 채권최고액(만 원)신용보증일시 및 기한신용보증 금액(만 원)
)일부해지후보증잔액(만 원)12004. 2. 16.38,0002004. 4. 9.45,6002003. 12. 31.34,20012,2602011. 12. 30.22004. 5. 21.25,0002004. 5. 18.25,0002004. 5. 13.22,50011,2502012. 5. 12.32005. 8. 31.22,0002005. 9. 1.22,0002005. 8. 29.19,8009,9002011. 8. 28.42006. 12. 20.39,0002006. 12. 15.39,0002006. 11. 10.27,00013,5002014. 4. 19.52007. 4.

20.20,0002007. 8. 17.108,0002007. 4. 20.17,00017,0002011. 4. 19.

※ 이하 중소기업은행의 위 대출금 채권을 '신용보증 있는 대출채권'이라 한다.

한편 소외 회사는 중소기업은행으로부터 2004. 1. 13. 120,000,000원을 대출받고 같은 날 이 사건 부동산에 관하여 채권최고액 144,000,000원의 근저당권설정등기를 마쳐주었고, 2004. 7. 27. 200,000,000원을 대출받고 2004. 8. 31. 이 사건 부동산에 관하여 채권최고액 240,000,000원의 근저당권설정등기를 마쳐주었으며, 2007. 5. 10. 700,000,000원 및 2007. 6. 11. 200,000,000원을 각 대출받고 2007. 8. 17. 이 사건 부동산에 관하여 채권최고액 1,080,000,000원의 근저당권설정등기(위 표의 순번 5번 근저당권과 동일)를 마쳐주었다(위 대출금 채권은 피고가 신용보증을 하지 아니한 채권들인바, 이하 '신용보증 없는 대출채권'이라 한다.

위 각 근저당권도 모두 포괄근저당임).

나. 피고의 대위변제

소외 회사가 이 사건 대출금에 대한 기한의 이익을 상실하였음에도 불구하고 이를 변제하지 않자, 피고는 2009. 6. 24. 이 사건 신용보증계약에 따라 소외 회사를 대위하여 중소기업은행에게 아래의 표 기재와 같이 이 사건 대출금 중 합계 624,105,490원을 변제하였다.

대출일시대위변제액(원금+이자) = 근저당권 양도액원금이자근저당권 양도액
2004. 2. 16.자 대출 102,600,000
2004. 5. 21.자 대출 112,500,000
2005. 8. 31.자 대출 99,000,000
2006. 12. 20.자 대출 135,000,000
2007. 4. 20.자 대출 170,000,000
합계 624,105,490

다.

근저당권의 일부 이전

피고는 2009. 6. 24. 중소기업은행과 사이에 위와 같이 624,105,490원을 대위변제하고, 중소기업은행으로부터 이 사건 근저당권에 관하여 대위변제액에 상응하는 비율로 근저당권 일부를 이전받기로 하면서 아래와 같이 배당·회수금의 총당순서를 정하고(이하 '이 사건 특약'이라고 한다), 2009. 6. 25. 이 사건 부동산에 관하여 근저당권이전등기의 부기등기를 마쳤다.

제2조(배당·회수대전의 총당순서)① 근저당권(미 이전분 포함)에 의한 배당(회수)대전의 총당순서는 아래 각 호의 순서에 의한다.

1. 양도인(중소기업은행)의 여신거래약정서에 의한 보증부 대출의 잔존채권 중 원금 및 해당 종속채무, 관련 담보물 관리비용
2. 원금(피고가 이행한 보증부 대출금액)의 보증채무일까지 발생한 연체이자에서 약정이자 상당액을 차감한 금액
3. "1호" 및 "2호"에 의한 배당 후 잔여금에 대해서는 "2호" 대출 관련 잔존채권에 대하여 양수인(피고)과 양도인(중소기업은행)의 각 책임 분담비율로 안분한 금액 범위 내에서 각각 배당받기로 한다.
4. 위 "3호"의 안분한 금액이 어느 한 기관의 채권을 만족하고 잔여가 있는 경우에 그 잔여분은 다른 기관에서 배당받는다.
5. 위 "4호"에 의하여 총당하고 남은 잔액이 있을 경우 양도인(중소기업은행)의 잔존채권{보증부대출 5건(우선해지관련 대출금 포함) 및 해당종속채무 제외}에 총당하기로 한다.

라. 회생지원보증계약 체결 및 원고의 구상금채무 이행

1) 피고는 위와 같은 대위변제에 따라 이 사건 신용보증계약상 연대보증인인 원고에게 구상금채무의 이행을 요구하였는데, 원고는 피고와 사이의 합의에 따라 중소기업은행으로부터 대출을 받아 이로써 구상금채무를 이행하기로 하고, 2009. 6. 29. 소외 회사 및 소외 회사의 대표이사 소외 1의 연대보증 하에 피고와 회생지원보증계약(이하 '이 사건 회생지원보증계약'이라고 한다)을 체결한 다음, 피고로부터 발급받은 신용보증서를 이용하여 같은 날 중소기업은행으로부터 6억 2,630만 원을 대출받았다.

2) 원고는 위와 같이 대출받은 금원으로 피고에게 구상금채무를 변제한 다음, 2009. 8. 3. 피고가 중소기업은행으로부터 양수한 근저당권 지분을 이전하는데 필요한 부기등기를 마침으로써 피고로부터 그의 근저당권 지분을 전부 이전받았고, 피고는 같은 날 이 사건 회생지원보증계약에 기한 채권을 담보하기 위하여 원고에게 이전한 위 근저당권 지분에 관하여 질권설정등기를 마침으로써 질권을 취득하였다.

마. 회생지원보증계약에 따른 피고의 대위변제

그러나 원고가 위와 같이 중소기업은행으로부터 대출받은 돈을 변제하지 아니하자, 피고는 2010. 7. 21. 이 사건 회생지원보증계약에 따라 중소기업은행에게 합계 634,413,041원(= 원금 626,300,000원 + 이자 8,124,192원)을 대위변제하였다.

바. 이 사건 부동산에 관한 경매절차의 진행 및 배당

1) 중소기업은행은 2009. 8. 8. 피고에게 일부 이전하고 남은 이 사건 근저당권에 기초하여 전주지방법원 2009타경 16181호로 이 사건 부동산에 관한 임의경매를 신청하여 이 사건 부동산에 관하여 경매절차(이하 '이 사건 경매절차'라 한다)가 진행되었다.

2) 이 사건 경매절차에서, 중소기업은행으로부터 소외 회사에 대한 대출금 채권을 양수한 기은유통차유동화전문 유한회사(이하 '기은유통화'라 한다)는 2010. 4. 28. 이 사건 신용보증계약에 의하여 담보되는 대출잔액 504,327,106원과 기타 대출 잔액 합계 772,721,487원 등 총 1,384,128,797원의 채권계산서를, 원고는 2009. 11. 16. 앞서 본 바와 같이 피고로부터 근저당권을 양수한 자의 지위에서 소외 회사를 위한 대위변제금 626,300,000원의 채권계산서를, 피고는 가압류권자 및 원고에 대한 근저당권부 질권자로서 합계 1,510,762,310원의 채권계산서를 각각 제출하였다.

3) 이 사건 부동산은 2010. 4. 2. 1,301,000,000원에 매각되었고, 배당법원이 2010. 5. 11. 집행비용 11,056,800원을 공제한 1,291,211,320원에 대하여 배당을 실시한 결과, 피고는 배당을 받지 못하였으나, 기은유통화는 선순위 채권자인 교부권자(당해세)와 임금채권자들 다음의 3순위 채권자로서 1,062,425,312원을 배당받았다.

4) 한편, 전주지방법원 군산지원은 2010타경161호 부동산임의경매 사건에서 소외 회사 소유의 다른 부동산인 군산시(주소 생략) 등 부동산에 관한 경매절차(이하 '○○ 공장에 관한 경매절차'라 한다)를 진행하였는데, 기은유통화는 위 경매절차에서 위에서 본 바와 같이 소외 회사의 임금채권자들이 기은유통화에 앞서 배당받았음을 이유로 위 임금채권자들을 대위하여 배당을 요구하였고, 위 법원은 2010. 12. 9. 위 경매절차의 배당기일에서 실제 배당할 금액 11,973,130,184원 중 기은유통화에게 1순위로 105,557,081원을 배당하는 내용의 배당표를 작성하였다.

사. 배당이의 소송의 경과

1) 피고는, 중소기업은행과 피고 사이에 이루어진 이 사건 특약에 따라 기은유통화가 배당받은 위 배당금은 신용보증 있는 대출채권 잔액, 피고의 대위변제로 발생한 구상금채권으로서 원고에게 이전된 채권, 신용보증 없는 대출채권 순으로 배당이 이루어져야 한다고 주장하면서 신용보증 없는 대출채권 부분의 배당액에 대해서는 이보다 우선하는 피고의 대위변제로 발생한 구상금채권으로서 원고에게 이전된 채권에 대한 질권자인 피고가 먼저 배당받아야 함에

도 중소기업은행의 지위를 승계한 기은유동화에게 먼저 배당하였다는 이유로 기은유동화에 대한 배당액 중 624,105,498원에 대하여 이의를 제기하고, 전주지방법원 2010가합2823호로 배당이의의 소를 제기하였다.

- 2) 위 배당이의 소송에서 법원은 이 사건 특약의 존재를 인정하면서도 채권자인 중소기업은행과 대위변제자인 피고 사이의 약정에 불과한 이 사건 특약이 원고에게 당연히 이전되는 것은 아니라는 이유로 2011. 1. 12. 피고에 대하여 패소판결을 선고하였고, 피고가 항소하지 아니함에 따라 위 판결은 그 무렵 확정되었다.

2. 주위적 청구원인에 관한 판단

가. 원고의 주장

- 1) 원고는 당초 이 사건 신용보증계약의 연대보증인으로서 피고에 대하여 연대보증책임을 부담하고 있었는데, 피고가 원고와 사이에 이 사건 회생지원보증계약을 체결하여 신용보증서를 발급하여 주고 이를 담보로 원고로 하여금 다시 중소기업은행으로부터 대출을 받아 원고의 연대보증채무를 변제하도록 하였으나, 이러한 채권 추심행위는 신용보증기금법에 반하여 위법하다.

또한, 원고는 소외 회사의 직원에 불과하고 신용보증기금법 제2조 제1호에서 규정하고 있는 '기업'에 해당하지 아니하여 신용보증기금법상 신용보증의 대상이 되지 아니함에도 피고는 원고로부터 소외 회사에 대한 구상금 채권을 변제받을 목적으로 원고와 사이에 이 사건 회생지원보증계약을 체결한 것인데 이는 신용보증기금법에 반하여 위법하다.

그런데도 피고의 담당 직원 소외 2는 그러한 사정을 숨긴 채 위와 같은 채권추심행위와 신용보증업무가 적법하고 정상적인 업무인 것처럼 원고를 속이고 원고에게 신용보증서를 발급하여 주는 방법을 통하여 소외 회사에 대한 피고의 구상금 채권을 회수하였다.

- 2) 나아가 피고는 원고가 대위변제하고 피고로부터 근저당권을 이전받더라도 이 사건 특약에 기한 권리를 별도로 이전받지 않는 한 이 사건 특약에 기한 권리를 취득할 수 없어서 원고의 배당순위가 불리하게 되므로, 피고로서는 위와 같은 방법으로 원고에게 대위변제를 종용하는 과정에서 신의칙상 그러한 사실을 정확하게 고지할 의무가 존재한다고 할 것이다.

그러함에도 피고는 그와 같은 사실을 전혀 고지하지 않음으로써 원고로 하여금 손해를 입게 하였다.

- 3) 결국, 원고는 피고의 불법행위로 인하여 중소기업은행으로부터 626,300,000원을 대출받아 이를 피고에게 변제하였고, 그 결과 원고는 피고의 불법행위가 없었더라면 중소기업은행에 지급하지 않아도 되는 대출금 이자를 지출하는 손해(2009. 7. 29.부터 2010. 4. 29.까지 29,767,434원)를 입게 되었으므로, 원고는 피고에 대하여 위 금원에 상당한 손해배상채권을 취득하였다.

한편, 피고는 이 사건 회생지원보증계약을 체결하지 아니하였더라면 이 사건 부동산의 경매절차에서 중소기업은행으로부터 이전받은 근저당권에 기하여 구상금 채권을 전부 변제받을 수 있었고, 이에 따라 원고에 대하여는 배당기일까지의 구상금에 관한 이자채권 29,445,959원만을 가지게 되었을 것이다.

따라서 원고의 피고에 대한 손해배상채권으로 피고의 원고에 대한 위 이자채권을 상계하면 원고가 이 사건 신용보증계약의 연대보증계약에 따라 피고에게 지급하여야 할 채무는 존재하지 아니하므로 이에 관한 확인을 구한다.

나. 판 단

1) 기망에 의한 불법행위 성립여부

가) 채권 추심행위의 위법 여부

먼저, 피고가 원고로 하여금 이 사건 회생지원보증계약에 기한 담보로 중소기업은행으로부터 대출을 받아 원고의 연대보증채무를 변제하도록 한 행위가 위법하다는 점을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 원고가 신용보증기금법상 신용보증 대상이 될 수 없는지 여부

다음으로, 원고가 소외 회사의 직원에 불과하여 신용보증기금법상 신용보증의 대상이 될 수 없는지에 관하여 보건대, 원고의 위 주장사실을 인정할 아무런 증거가 없다.

오히려, 신용보증제도는 담보능력이 미약한 기업의 채무를 보증하게 하여 기업의 자금유통을 원활히 하고, 신용정보의 효율적인 관리·운용을 통하여 건전한 신용질서를 확립함으로써 균형 있는 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하는 것인데(신용보증기금법 제1조), 신용보증기금법 제2조 제1호에 의하면, 신용보증의 대상이 되는 '기업'이란 '사업을 하는 개인 및 법인과 이들의 단체를 말한다'고 규정하고 있다.

그런데 갑 제4, 8, 9, 14호증의 각 기재 및 제1심 증인 소외 2의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고의 신용보증규정에 따라 회생지원보증 운용에 관한 사항을 정한 회생지원보증 운용기준에 의하면, 회생지원보증은 구상채권을 회수하기 위하여 취급하는 보증으로서 그 대상기업을 '채무관계자에 해당하는 기업' 또는 '채무관계자가 대표자로 되어 있는 기업'으로 규정하고 있는 점, ② 소외 회사가 대출금을 연체하는 등으로 신용보증 사고를 내고 다수 근로자들이 소외 회사로부터 임금 등을 받지 못하는 상황에 이르자, 원고는 소외 회사의 공장 기계들과 함께 이 사건 부동산을 경매절차 등을 통해 인수하여 이를 운영하려고 하였던 점, ③ 그러한 상황에서 원고는 피고 소속 담당직원 소외 2로부터 회생지원보증제도에 관한 안내를 받고 그러한 제도를 통하여 이 사건 부동산 등을 인수할 의도로 2009. 6. 18. '△△△'라는 상호로 사업자등록을 마치고, 2009. 6. 29. 피고와 사이에 이 사건 회생지원보증계약을 체결하였는데, 원고는 이 사건 회생지원보증계약 당시 위와 같이 이미 사업자등록을 마친 것으로서 신용보증기금법 제2조 제1호에 따른 '사업을 하는 개인'으로서 '기업'에 해당하였다고 볼 것인 점, ④ 그 후 피고가 발급한 신용보증서를 담보로 앞서 본 바와 같이 중소기업은행으로부터 대출을 받아 피고에 대한 구상금 채무를 변제한 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 회생지원보증제도의 내용, 원고의 이 사건 회생지원보증계약 체결 경위 등에 비추어 보면, 원고에 대한 신용보증은 관련 법령과 기준에 따라 실시된 것으로서 적법하다고 할 것이므로, 원고의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

다) 피고의 기망행위 인정 여부

피고의 담당직원 소외 2가 이 사건 회생지원보증계약에 기한 채권 회수절차가 위법하다는 사정을 숨긴 채 마치 적법하고 정상적인 업무인 것처럼 원고를 기망하였는지 여부에 대하여 살피건대, 앞서 본 바와 같이 이 사건 회생지원보증계약 절차가 위법하다고 볼 수 없는 이상 피고 담당직원이 원고를 기망한 것으로 볼 수도 없으므로, 원고의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

2) 이 사건 특약의 불고지로 인한 불법행위 여부

원고의 이 부분 주장은 피고가 이 사건 특약의 내용을 원고에게 정확하게 고지할 신의칙상 의무를 이행하지 아니함으로써 불법행위에 기한 손해배상 의무를 부담한다는 것일 뿐, 원고가 피고에 대하여 이 사건 회생지원보증계약에 따른 구상금 채무를 부담하지 아니하고 이 사건 신용보증계약의 연대보증계약에 따른 보증채무도 존재하지 아니한다는 이 사건 주위적 청구원인과 직접적으로 관련이 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 그 자체로 이유 없다.

3. 예비적 청구원인에 관한 판단

가. 원고의 주장

- 1) 원고와 피고는 이 사건 회생지원보증계약 및 이에 따른 질권설정계약 당시 피고가 원고에게 이전하여 준 근저당권을 토대로 중소기업은행의 기타 후순위 배당채권보다 우선 배당을 받을 것을 전제로 계약을 체결한 것이므로, 피고로서는 원고에게 근저당권을 이전함에 있어 이 사건 특약에 기한 권리도 함께 이전해 주어야 할 신의칙상 선량한 관리자의 주의의무가 있었다.

그러함에도 피고는 이러한 주의의무를 다하지 아니하여 원고에게 이 사건 특약에 기한 권리를 이전하여 주지 못함으로써 소외 회사 소유의 이 사건 부동산에 관한 경매절차에서 배당을 받지 못하였는바, 피고는 이로 인하여 발생한 원고의 손해를 배상할 의무가 있다고 할 것이다.

- 2) 피고는 2010. 7. 21. 원고의 중소기업은행에 대한 대출금 634,413,041원을 대위변제하였으므로, 원고에 대하여 위 일시를 기준으로 위 금원 상당의 구상금 채권을 보유하게 되었다.

따라서 상계적상일인 2010. 7. 21.을 기준으로 원고가 피고에 대하여 가지고 있던 손해배상액은 피고가 원고에게 이 사건 특약에 기한 권리를 정상적으로 이전하여 주었더라면 이 사건 경매절차에서 피고가 배당받을 수 있었던 558,098,206원 및 이에 대한 2010. 5. 12.부터 2010. 7. 21.까지 연 5%의 비율에 의한 이자 5,428,078원의 합계 563,526,284원이므로, 이를 상계하면 원고는 피고에 대하여 70,886,757원(= 634,413,041원 - 563,526,284원) 및 이에 대하여 2010. 7. 22.부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있었다.

한편, 피고가 원고에게 이 사건 특약에 기한 권리를 정상적으로 이전하여 주었더라면 피고는 ○○ 공장에 관한 경매절차의 2010. 12. 9. 배당기일에서 기은유동화의 배당액 중 66,007,284원을 배당받을 수 있었으므로, 원고는 피고에 대하여 2010. 12. 9.자로 66,007,284원의 손해배상채권을 취득하였는바, 2010. 12. 9.을 기준으로 한 피고의 원고에 대한 구상금 채권액은 72,255,929원(70,886,757원 및 이에 대한 2010. 7. 22.부터 2010. 12. 9.까지의 이자 1,369,182원의 합산액)이므로, 이를 상계하면 피고의 원고에 대한 구상금 채권액은 6,248,645원(= 72,255,929원 - 66,007,284원) 및 이에 대한 2010. 12. 10.부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율에 의한 지연손해금 채권이 남는다.

- 3) 따라서 원고의 피고에 대한 구상금 채무는 6,248,645원 및 이에 대한 2010. 12. 10.부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율에 의한 지연손해금을 초과하여서는 존재하지 아니한다고 할 것이므로, 이에 관한 확인을 구한다.

나. 판 단

- 1) 이 사건 특약에 따른 채권 총당 순위

먼저 중소기업은행과 피고 사이의 이 사건 특약에 따라 이 사건 근저당권으로 담보되는 채권에 관하여 이 사건 경매절차에서의 배당순위는 ① 중소기업은행의 소외 회사에 대한 신용보증 있는 대출채권의 잔액 채권(신용보증 있는 대출채권 중 ②항에 따라 대위변제된 금액을 뺀 부분), ② 피고의 대위변제금 채권, ③ 중소기업은행의 소외 회사에 대한 신용보증 없는 대출채권 순임은 당사자 사이에 다툼이 없다.

2) 관련 법리 및 이 사건 경매절차에서의 배당 결과

변제할 정당한 이익이 있는 자가 채무자를 위하여 채권의 일부를 대위변제할 경우에 대위변제자는 변제한 가액의 범위 내에서 종래 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 취득하게 되고 따라서 채권자가 부동산에 대하여 저당권을 가지고 있는 경우에는 채권자는 대위변제자에게 일부 대위변제에 따른 저당권의 일부이전의 부기등기를 경료해 주어야 할 의무가 있다 할 것이나 이 경우에도 채권자는 일부 대위변제자에 대하여 우선변제권을 가지고 있다고 할 것이고, 다만 일부 대위변제자와 채권자 사이에 변제의 순위에 관하여 따로 우선회수특약을 한 경우에는 그 약정에 따라 변제의 순위가 정해진다고 할 것이나(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005다19958 판결 등 참조), 변제로 채권자를 대위하는 경우 '채권 및 그 담보에 관한 권리'가 변제자에게 이전될 뿐 계약당사자의 지위가 이전되는 것은 아니라는 점, 변제로 채권자를 대위하는 자가 구상권 범위에서 행사할 수 있는 '채권 및 그 담보에 관한 권리'에는 채권자와 채무자 사이에 채무의 이행을 확보하기 위한 특약이 있는 경우 그 특약에 기하여 채권자가 가지게 되는 권리도 포함된다고 할 것이나, 채권자와 일부 대위변제자 사이의 약정에 지나지 않는 '우선회수특약'이 '채권 및 그 담보에 관한 권리'에 포함된다고 보기는 어렵다는 점을 고려하면, 일부 대위변제자의 채무자에 대한 구상채권에 대하여 보증한 자가 자신의 보증채무를 변제함으로써 일부 대위변제자를 다시 대위하게 되었다 하더라도 그것만으로 채권자의 채무자에 대한 권리가 아니라 채권자와 일부 대위변제자 사이의 약정에 지나지 않는 '우선회수특약'에 따른 권리까지 당연히 대위하거나 이전받게 된다고 볼 수는 없다(대법원 2010. 4. 8. 선고 2009다80460 판결 참조).

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 살피건대, 일부 대위변제자인 피고의 소외 회사에 대한 구상채권에 대하여 연대보증한 원고가 자신의 보증채무를 변제함으로써 피고를 다시 대위하게 된 이 사안에서 중소기업은행과 피고 사이의 약정에 지나지 않는 이 사건 특약에 따른 권리까지 원고가 대위하거나 이전받게 된다고 볼 수는 없으므로, 피고로부터 이 사건 근저당권을 일부 이전받은 원고에게는 이 사건 특약의 효력이 미치지 아니하고, 위 일부 이전받은 근저당권에 대하여 다시 질권을 설정한 피고 역시 이 사건 특약의 효력을 주장할 수 없어 결국 이 사건 경매절차에서 중소기업은행으로부터 소외 회사에 대한 대출금 채권을 양수한 기은유동화는 일부 대위변제자에 불과한 피고로부터 이 사건 근저당권을 일부 이전받은 원고의 근저당권에 대한 질권자인 피고에 대하여 우선변제권을 가지고 있다고 할 것이다.

결국 이 사건 경매절차에서는 기은유동화의 소외 회사에 대한 이 사건 근저당권으로 담보되는 대출금 전액에 대하여 기은유동화에게 우선변제권이 있고, 기은유동화에게 전액 배당이 된 후 남은 금액이 없어 피고는 배당을 받지 못하였다.

3) 손해배상책임의 발생

피고가 원고와 사이에 이 사건 회생지원보증계약을 체결하고 원고로 하여금 중소기업은행으로부터 대출을 받아 피고에 대한 이 사건 신용보증계약에 따른 구상금 채무를 이행하게 하면서 원고로 하여금 피고가 중소기업은행으로부터 양수한 각 근저당권 지분을 이전하는 데에 필요한 부기등기를 마치게 함으로써 피고로부터 근저당권 지분을 전부 이전받게 하고, 이 사건 회생지원보증계약에 기한 채권을 담보하기 위하여 원고에게 이전한 위 각 근저당권에 관하여 질권설정등기를 마침으로써 질권을 취득한 점은 위 기초사실에서 본 바와 같다.

그런데 이 사건 회생지원보증계약의 체결 및 이에 따른 원고에게의 근저당권 이전의 일련의 과정에 있어 원고와 피고의 의사는 종전의 피고의 대위변제에 따른 피고와 중소기업은행과 사이의 배당순위를 그대로 유지하는 것이라

고 할 것이므로, 피고는 신의칙상 피고와 중소기업은행 사이의 이 사건 특약의 효력이 원고에게 미치도록 조치하여야 할 선량한 관리자의 주의의무를 부담한다고 할 것이다.

그러함에도 피고가 원고에게 이 사건 특약에 기한 권리를 이전하는 조치를 취하지 아니함으로 인하여 이 사건 경매절차에서 피고가 원고의 근저당권에 대한 질권자로서 중소기업은행으로부터 소외 회사에 대한 채권을 양수한 기은유동화의 소외 회사에 대한 신용보증 없는 대출채권보다 우선하여 피고의 대위변제금 채권을 배당받지 못하였으므로, 피고는 그로 인한 원고의 손해를 배상할 의무가 있다고 할 것이다.

4) 손해배상의 범위

가) 원고의 손해액 산정

나아가, 원고가 입은 손해액은 피고가 그와 중소기업은행 사이의 이 사건 특약의 효력이 원고에게 미치도록 조치하였다면 이 사건 경매절차 등에서 피고가 원고의 근저당권에 대한 질권자로서 중소기업은행으로부터 소외 회사에 대한 채권을 양수한 기은유동화의 소외 회사에 대한 신용보증 없는 대출채권보다 우선하여 피고의 대위변제금 채권을 배당받을 수 있었던 금원 상당액이라고 할 것이고, 한편 동일한 당사자가 동일한 목적물에 관하여 동일거래관계로 인하여 발생하는 채무를 담보하기 위하여 순위가 다른 여러 개의 근저당권을 설정한 경우에 있어서 그 각 근저당권은 모두 그 설정계약에서 정한 거래관계로 인하여 발생한 여러 개의 채권 전액을 각 그 한도범위 안에서 담보하는 것인바(대법원 1990. 11. 27. 선고 89다카30112 판결 등 참조), 이 사건 특약 및 위 법리에 따른 구체적인 계산은 아래와 같고(갑 제16호증 참조), 이를 도식화한 결과는 별지3 배당액 산정표 기재와 같다.

이 사건 특약에 따른 배당순위에 관하여 보건대, ① 중소기업은행의 소외 회사에 대한 신용보증 있는 대출채권의 잔액 채권은 합계 454,671,896원(= 108,891,216원(2004. 2. 16.자 대출) + 88,255,708원(2004. 5. 21.자 대출) + 58,415,778원(2005. 8. 31.자 대출) + 168,663,260원(2006. 12. 20.자 대출) + 30,445,934원(2007. 4. 20.자 대출))이고, ② 피고의 대위변제금 채권은 합계 624,105,490원(= 103,752,493원(2004. 2. 16.자 대출) + 113,015,219원(2004. 5. 21.자 대출) + 100,143,734원(2005. 8. 31.자 대출) + 136,516,438원(2006. 12. 20.자 대출) + 170,677,606원(2007. 4. 20.자 대출))이며, ③ 중소기업은행의 소외 회사에 대한 신용보증 없는 대출채권은 합계 1,070,361,813원(= 67,545,304원(2004. 1. 13.자 대출) + 206,139,170원(2004. 7. 27.자 대출) + 694,538,958원(2007. 5. 10.자 대출) + 102,138,381원(2007. 6. 11.자 대출))인바, 피고가 원고에게 이 사건 특약에 기한 권리를 이전하여 줌으로써 이 사건 특약의 효력이 원고에게 미치도록 조치하였더라면 이 사건 경매절차에서의 기은유동화에 대한 배당액 1,062,425,312원은 먼저 중소기업은행의 소외 회사에 대한 신용보증 있는 대출채권의 잔액 채권 합계 454,671,896원에 배당되고, 다음으로 피고의 대위변제금 채권 합계 624,105,490원 중 607,753,416원(= 1,062,425,312원 - 454,671,896원)에 배당될 것이므로, 피고는 이 사건 경매절차에서 607,753,416원을 배당받을 수 있었다고 할 것이다.

한편 기은유동화는 ○○ 공장에 관한 경매절차에서 소외 회사의 임금채권자들이 이 사건 경매절차의 배당기일에서 기은유동화보다 선순위로 이미 배당받았음을 이유로 위 임금채권자들을 대위하여 배당을 요구함으로써 2010. 12. 9. 배당기일에서 105,557,081원을 배당받은 점은 위 기초사실에서 본 바와 같은바, 만약 피고가 이 사건 특약의 효력이 원고에게 미치도록 조치하였더라면 피고는 이 사건 경매절차에서 배당받지 못한 대위변제금 채권 잔액 16,352,074원(= 624,105,490원 - 607,753,416원)을 ○○ 공장에 관한 경매절차에서 위와 같이 임금채권자들에 대한 대위를 통하여 배당받을 수 있었다고 할 것이다.

나) 책임의 제한

그러나, 원고 또한 피고와 사이에 이 사건 회생지원보증계약을 체결하고 피고로부터 이 사건 근저당권 중 피고의 대위변제에 상당한 부분을 이전받은 자로서 피고의 담당직원으로부터 이 사건 특약의 내용에 관하여 고지를 받았는지 여부와 관계 없이 그 스스로 위와 같이 일부 이전받은 근저당권이 담보로서의 기능을 제대로 행사할 수 있는 상태에 있는지 여부를 확인하고 필요한 조치를 강구하는 등의 주의의무가 있었다고 할 것인바, 이와 같은 사정은 피고의 손해배상의 범위를 책정함에 있어서 참작되어야 할 것이고, 피고는 금융기관의 대출과 관련한 신용보증 업무를 전문으로 하는 기관으로서 업무처리 과정에서 원고보다는 높은 주의의무가 요구되는 점 등 제반사정을 감안하면 피고의 책임 범위를 전체의 2/3 정도로 봄이 상당하다.

5) 원고의 상계 주장에 따른 계산결과

- ① 원고는 피고에 대하여 이 사건 경매절차의 배당기일인 2010. 5. 11.을 기준으로 405,168,944원(= 607,753,416원 × 2/3, 원 미만 버림, 이하 같다)의 손해배상채권을 가지고 있었다고 할 것이고, 한편 피고는 2010. 7. 21. 원고의 중소기업은행에 대한 대출금 634,413,041원을 대위변제하였으므로, 원고에 대하여 634,413,041원의 구상금 채권을 가지고 있다고 할 것인바, 피고의 원고에 대한 위 구상금 채권과 2010. 7. 21.을 기준으로 한 원고의 피고에 대한 손해배상채권 원리금 409,109,628원(= 405,168,944원 및 이에 대한 2010. 5. 12.부터 2010. 7. 21.까지 연 5%의 비율에 의한 지연손해금 3,940,684원)은 같은 날 상계적상에 있었다고 할 것이므로, 이를 상계하면 피고의 원고에 대한 구상금 채권은 원금 225,303,413원(= 634,413,041원 - 409,109,628원)이 남게 된다.
- ② 한편 원고는 피고에 대하여 ○○ 공장에 관한 경매절차의 배당기일인 2010. 12. 9. 당시 10,901,382원(= 16,352,074원 × 2/3)의 손해배상 채권을 가지고 있었다고 할 것이고, 그때까지의 피고의 원고에 대한 구상금 채권의 원리금은 합계 229,655,163원(= 225,303,413원 및 이에 대한 2010. 7. 22.부터 2010. 12. 9.까지 연 5%의 비율에 의한 지연손해금 4,351,750원)인바, 위 양 채권은 2010. 12. 9. 상계적상에 있었다고 할 것이므로, 이를 상계하면 피고의 원고에 대한 구상금 채권은 원금 218,753,781원(= 229,655,163원 - 10,901,382원)이 남게 된다.

다.

소결론

따라서, 원고의 피고에 대한 2010. 7. 21.자 구상금 채무는 218,753,781원 및 이에 대한 2010. 12. 10.부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율에 의한 금원을 초과하여서는 존재하지 아니한다.

4. 결 론

그렇다면 원고의 주위적 청구는 이유 없어 기각하고, 원고의 예비적 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 달리 하여 부당하므로, 제1심판결을 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

[별지 생략]

판사 이원형(재판장) 이영호 고권홍