

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2015다206973 손해배상(기)  
원고, 피상고인 원고  
소송대리인 대한 법무법인  
담당변호사 이민호  
피고, 상고인 신용보증기금  
소송대리인 변호사 차종선 외 2인  
원 심 판 결 광주고등법원 2015. 2. 5. 선고 (전주)2014나1411 판결  
판 결 선 고 2017. 7. 18.

주 문

원심판결 중 예비적 청구에 관한 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 광주고  
등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 이 사건 우선회수특약에 따른 권리의 이전에 관한 상고이유에 대하여

가. 변제할 정당한 이익이 있는 사람이 채무자를 위하여 채권의 일부를 대위변제할 경우에 대위변제자는 변제한 금액의 범위 내에서 종래 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 취득하므로, 채권자가 부동산에 대하여 저당권을 가지고 있는 경우에는 채권자는 대위변제자에게 일부 대위변제에 따른 저당권 일부 이전의 부기등기를 할 의무를 진다.

한편 이 경우에도 채권자는 일부 대위변제자에 대하여 우선변제권을 가진다 할 것이고, 다만 일부 대위변제자와 채권자 사이에 변제의 순위에 관하여 따로 약정(이하 '우선회수특약'이라 한다)을 하였다면 그 우선회수특약에 따라 변제의 순위가 정해진다.

그런데 변제로 채권자를 대위하는 경우에 '채권 및 그 담보에 관한 권리'가 변제자에게 이전될 뿐 계약당사자의 지위가 이전되는 것은 아니다. 그리고 변제로 채권자를 대위하는 사람이 구상권 범위에서 행사할 수 있는 '채권 및 그 담보에 관한 권리'에는 채권자와 채무자 사이에 채무의 이행을 확보하기 위한 특약이 있는 경우에 그 특약에 기하여 채권자가 가지는 권리도 포함된다고 할 것이나, 채권자와 일부 대위변제자 사이의 약정에 지나지 아니하는 '우선회수특약'이 '채권 및 그 담보에 관한 권리'에 포함된다고 보기는 어렵다. 이러한 사정들을 고려하면, 일부 대위변제자의 채무자에 대한 구상채권에 대하여 보증한 사람이 자신의 보증채무를 변제함으로써 일부 대위변제자를 다시 대위하게 되었다 하더라도, 그것만으로 채권자의 채무자에 대한 권리가 아니라 채권자와 일부 대위변제자 사이의 약정에 해당하는 '우선회수특약'에 따른 권리까지 당연히 대위하거나 이전받게 된다고 볼 수는 없다(대법원 2010. 4. 8. 선고 2009다80460 판결 참조).

그렇지만 '우선회수특약'은 일부 대위변제 후의 잔존 채권 변제 및 그 담보권 행사의

순위를 정한 약정으로서 그 일부 대위에 부수하여 이루어진 약정이라 할 수 있고, 일부 대위변제자는 자신을 다시 대위하는 보증채무 변제자를 위하여 민법 제484조 및 제485조에 따라 채권 및 그 담보권 행사에 협조하고 이에 관한 권리를 보존할 의무를 진다는 사정 등에 비추어 보면, 일부 대위변제자로서는 특별한 사정이 없는 한 그 보증채무 변제자가 대위로 이전 받은 담보에 관한 권리 행사 등과 관련하여 채권자 등을 상대로 '우선회수특약'에 따른 권리를 주장할 수 있도록 그 권리의 승계 등에 관한 절차를 해 주어야 할 의무를 지고, 이를 위반함으로써 인해 그 보증채무 변제자가 채권자 등에 대하여 그 권리를 주장할 수 없게 되어 손해를 입은 경우에는 그에 대한 손해배상책임을 진다고 봄이 타당하다.

나. 원심은 판시와 같은 이유로, (1) ① 피고가 신용보증을 한 소외 회사의 중소기업은행에 대한 원심 판시 5건의 대출(이하 '이 사건 신용보증 대출'이라 한다) 채무의 일부를 대위변제하여 그 일부 대출 채권과 함께 담보인 원심 판시 5건의 근저당권(원심 판결 [별지 3] 순번 2, 3, 5, 6, 7 기재 근저당권으로서, 이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)에 관하여 대위변제액에 상응하는 비율로 근저당권 일부를 이전받으면서, 중소기업은행과 배당·회수금의 총당순서를 정하는 특약(이하 '이 사건 우선회수특약'이라 한다)을 한 사실, ② 피고와 회생지원보증계약을 체결하여 소외 회사의 피고에 대한 구상금채무를 연대보증한 원고가 일부 대위변제자인 피고에게 그 보증채무를 변제함으로써 피고를 다시 대위하여 피고로부터 이 사건 신용보증 대출 채권 및 그에 관한 이 사건 근저당권의 일부를 이전받은 사실 등을 인정한 다음, (2) 회생지원보증계약의 체결 및 이에 따른 위와 같은 원고에 대한 근저당권 이전의 일련의 과정에 비추어 보면 피고는 신의칙상 이 사건 우선회수특약의 효력이 원고에게 미치도록 처리하여야 할 선량한 관

리자의 주의의무를 부담하며, 그럼에도 피고가 이 사건 우선회수특약에 따른 권리를 이전해 주는 절차를 취하지 아니하여 중소기업은행으로부터 이 사건 신용보증 대출 중 나머지 대출금채권과 그에 관한 이 사건 근저당권을 양수한 기은십육차유동화전문 유한회사(이하 '기은유동화'라 한다)에 대하여 이 사건 우선회수특약에 따른 권리를 주장할 수 없게 됨으로써 이 사건 경매절차 등에서 전혀 배당을 받지 못하였으므로, 피고는 그로 인한 원고의 손해를 배상할 의무가 있다는 취지로 판단하였다.

다. 원심판결 이유를 위 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 이 부분 설시에 다소 적절하지 아니한 부분이 있으나, 피고를 다시 대위하게 된 원고를 위하여 이 사건 우선회수특약에 따른 권리를 이전해 주는 등의 절차를 제대로 취하지 아니한 피고로서는 원고가 채권자인 중소기업은행 등에게 이 사건 우선회수특약의 효력을 주장할 수 없게 됨으로 인하여 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 인정한 원심의 결론은 수긍할 수 있다. 이 부분 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 대위변제자를 위한 채권자의 주의의무 및 그 위반 등에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

## 2. 손해액 산정에 관한 상고이유에 대하여

가. 근저당권은 그 담보할 채권의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 유보하여 설정하는 저당권을 말한다. 근저당권설정계약서가 부동산자로 인쇄된 일반거래약관의 형태를 취하고 있다고 하더라도 이는 처분문서이므로 그 진정 성립이 인정되는 때에는 특별한 사정이 없는 한 그 계약서의 문언에 따라 의사표시의 내용을 해석하여야 하나, 그 근저당권설정계약 체결의 경위와 목적, 피담보채무액, 근저당권설정자와 채무자 및 채권자와의 상호관계 등 제반 사정에 비추어 당사자의 의사가 계약서 문언과는

달리 일정한 범위 내의 채무만을 피담보채무로 약정한 취지라고 해석하는 것이 합리적이라고 인정되는 경우에 당사자의 의사에 따라 그 담보책임의 범위를 제한할 수 있다(대법원 1996. 9. 20. 선고 96다27612 판결 등 참조).

그리고 판결에는 이유를 밝혀야 하며 그 이유에 모순이 있는 때에는 절대적 상고이유가 된다(민사소송법 제424조 제1항 제6호).

나. 원심은 판시와 같은 이유를 들어, 아래와 같은 취지로 판단하였다.

(1) 원고가 입은 손해액은 피고가 그와 중소기업은행 사이의 이 사건 우선회수특약의 효력이 원고에게 미치도록 처리하였더라면 이 사건 경매절차 등에서 이 사건 신용보증 대출 채권을 양수한 기은유동화의 소외 회사에 대한 신용보증 없는 대출 채권보다 우선하여 피고의 대위변제금 채권을 배당받을 수 있었던 금원 상당액이다.

(2) 이 사건 우선회수특약에 따라 이 사건 근저당권으로 담보되는 채권에 관하여 경매절차에서 배당하는 순위는 ① 이 사건 신용보증 대출 채권의 잔액 채권(이 사건 신용보증 대출 채권 중 ②항에 따라 대위변제된 금액을 뺀 부분), ② 피고의 대위변제금 채권, ③ 중소기업은행의 소외 회사에 대한 신용보증 없는 대출 채권 순임은 당사자 사이에 다툼이 없다.

(3) 이 사건 부동산에는 피고가 일부 이전받은 이 사건 근저당권을 포함하여 [별지 3]과 같이 7건의 포괄근저당권이 설정되어 있다. 그리고 ① 이 사건 신용보증 대출 채권의 잔액은 합계 454,671,896원, ② 이 사건 신용보증 대출 채권 관련 피고의 대위변제금 채권은 합계 624,105,490원, ③ 중소기업은행의 소외 회사에 대한 4건의 신용보증 없는 대출 채권은 합계 1,070,361,813원이다.

(4) 피고가 원고에게 이 사건 우선회수특약에 기한 권리를 이전하여 줌으로써 이 사

건 우선회수특약의 효력이 원고에게 미치도록 하였더라면, 이 사건 부동산에 대하여 진행된 이 사건 경매절차에서 위 7건의 근저당권에 관하여 기은유동화에 배당된 1,062,425,312원은 먼저 이 사건 신용보증 대출 채권의 잔액 합계 454,671,896원에 배당되고, 그 배당 후 잔액 607,753,416원이 피고의 대위변제금 채권 합계 624,105,490원에 배당되며, 나아가 그 배당 부족액 16,352,074원(624,105,490원 - 607,753,416원)도 ○○ 공장에 관한 경매절차에서 임금채권에 대한 대위를 통하여 배당받을 수 있었으므로, 원고가 입은 손해액은 피고의 대위변제금 채권 합계액이다.

다. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 아래와 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

(1) 원심 인정과 같이 이 사건 부동산에 설정된 위 7건의 근저당권에 관한 배당액이 피고의 대위변제금 채권에 배당될 수 있었다고 보려면, 위 7건의 근저당권 중 이 사건 근저당권뿐 아니라 다른 근저당권들([별지 3] 순번 1, 4 근저당권으로서, 이하 '다른 근저당권들'이라 한다)의 피담보채무에 이 사건 신용보증 대출 채권이 포함되어 있음이 전제가 되어야 하며, 또한 이 사건 근저당권에 관하여 근저당권별로 각 피담보채무를 구분하지 아니하고 이 사건 신용보증 대출 채권에 일괄하여 배당이 가능하다고 보기 위해서는 그 피담보채무에 이 사건 신용보증 대출 채권 전부가 포함된다는 것이 전제가 되어야 한다.

(2) 그런데 원심판결 이유에 의하더라도, 이 사건 근저당권은 이 사건 신용보증 대출을 하면서 해당 신용보증 대출별로 대응하여 설정된 반면, 다른 근저당권들은 이 사건 신용보증 대출과 별도로 대출을 하면서 각각 그 대출에 대응하여 설정되었음을 알 수 있다. 이에 따라 피고가 이 사건 신용보증 대출 채권의 일부를 대위변제하면서, 이 사건 근저당권의 일부만을 이전 받았을 뿐 다른 근저당권들은 이전받지 아니하였으며,

또한 이 사건 우선회수특약도 이와 같이 일부 이전된 이 사건 근저당권을 대상으로 하여 그에 관하여만 이루어졌다.

그뿐 아니라, 원심판결의 [별지 3] 배당액 산정표에 의하면, 이 사건 근저당권 중 순번 2, 3, 5, 6 근저당권에 관한 '대출 잔액 및 대위변제금'은 각 근저당권별 해당 신용보증에 상응하는 '이 사건 신용보증 대출 및 피고의 대위변제금'으로 되어 있는 반면, 다른 근저당권에 관한 '대출잔액 및 대위변제금'은 각 근저당권별 해당 '신용보증 없는 대출 채권'으로만 기재되어 있으며, 이에 따르면 각 근저당권별로 그 피담보채무가 서로 다르며, 특히 다른 근저당권들은 이 사건 신용보증 대출 채권과 무관하므로 이에 대한 해당 채권최고액 범위 내의 배당액은 원심 인정과 달리 피고의 대위변제금에 배당될 수 없었다고 보인다.

(3) 더욱이, (가) 원고는 원심 제2차 변론기일에서 2014. 12. 26.자 석명준비명령에 관한 답변서를 통해, "각 근저당권의 등기 선후 및 이 사건 우선회수특약상 변제충당 순위(각 해당 근저당권의 채권최고액 한도 내에서 그 피담보채권 중 미변제 잔액, 피고의 대위변제금 중 해당 근저당권과 관련하여 이전된 채권 상당액, 신용보증 없는 다른 대출 채권 등 순서)에 따라 배당하는 방법을 취하여야 하고, 위 방법에 따르면 원고의 손해액은 이 사건 경매절차에서 피고의 대위변제금에 배당되었을 것으로 예상되는 103,752,493원 및 113,015,219원과 ○○ 공장에 관한 경매절차에서 배당되었을 것으로 예상되는 31,196,845원이다"는 취지로 주장하였고, (나) 피고 역시 같은 기일에서 2015. 1. 2.자 준비서면을 통해 "원고 주장의 위와 같은 방법에 따라 배당이 이루어져야 하고, 그에 따르면 이 사건 경매절차에서 피고의 대위변제금에 배당되었을 것으로 예상되는 배당액 103,752,493원 및 113,015,219원이 원고의 손해액이며, 다만 ○○ 공장에

관한 경매절차에서 배당받을 수 있었다는 31,196,845원 부분에 관해서는 부인한다"는 취지로 주장하였는데, 이는 다른 근저당권들의 피담보채무에 이 사건 신용보증 대출이 포함되지 아니하여 다른 근저당권들에 대한 배당액이 피고의 대위변제금에 배당될 수 없다는 것과 이 사건 근저당권의 각 피담보채무가 해당 신용보증 대출별로 구분된다는 것을 전제로 하는 취지이다.

(4) 그럼에도 원심은 원심 판결의 다른 이유나 원고와 피고의 일치된 주장과 달리 이 사건 근저당권 및 다른 근저당권들이 포괄근저당으로서 다른 근저당권들의 피담보채무에 이 사건 신용보증 대출 채권이 포함되어 있고 또한 이 사건 근저당권의 각 피담보채무에 이 사건 신용보증 대출 채권 전부가 포함되어 있다고 단정하여, 그 전제에서 원고의 손해액을 인정하고 말았다.

따라서 이 부분 원심의 판단에는 상고이유 주장과 같이 근저당권의 피담보채무 및 변제자 일부 대위에 의한 근저당권의 이전 범위 등에 관한 법리를 오해하고 이유가 모순되거나 변론주의에 배치되는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략하고 원심판결 중 예비적 청구에 관한 피고 패소 부분을 파기하며, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            김소영



주 심      대법관      김용덕

            대법관      김    신

            대법관      이기택