

서울고등법원 2014. 4. 16. 선고 2012나63337 판결

[대여금등]

서울 고 등 법 원

제 6 민 사 부

판 결

사건	2012나63337 대여금 등
원고,항소인	A 주식회사
원고승계참가인	1. B 주식회사 2. 주식회사 C 3. D 주식회사 4. 공증인가 법무법인 E 원고 및 원고 승계참가인 1, 2, 3의 소송대리인 법무법인 천우 담당변호사 조범제
피고,피항소인	1. F 2. G 3. H 4. I 피고들 소송대리인 법무법인(유) 태평양 담당변호사 한위수, 오정민, 이덕우
제1심판결	서울중앙지방법원 2011. 8. 12. 선고 2010가합134054 판결
환송전판결	서울고등법원 2012. 2. 3. 선고 2011나73665 판결
환송판결	대법원 2012. 7. 12. 선고 2012다20475 판결
변론종결	2014. 3. 26.
판결선고	2014. 4. 16.

주 문

1. 제1심 판결 중 손해배상청구에 관한 부분을 다음과 같이 변경한다.

가. 원고에게, 피고 F는 99,999원, 피고 G, H, I은 각 66,666원 및 위 각 금원에 대하여 2006. 12. 22.부터 2014.

4. 16.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

나. 당심에서의 승계참가신청에 기하여,

(1) 원고 승계참가인 B 주식회사에게 피고 F는 5,166,666원, 피고 G, H, I은 각 3,444,444원,

(2) 원고 승계참가인 주식회사 C에게 피고 F는 5,866,666원, 피고 G, H, I은 각 3,911,111원,

(3) 원고 승계참가인 D 주식회사에게 피고 F는 2,866,666원, 피고 G, H, I은 각 1,911,111원,

(4) 원고 승계참가인 공증인가 법무법인 E에게 피고 F는 2,666,666원, 피고 G, H, I은 각 1,777,777원

및 위 각 금원에 대하여 2006. 12. 22.부터 2014. 4. 16.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

다. 원고 및 원고승계참가인들의 피고들에 대한 각 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송총비용 중 원고와 피고들 사이에 생긴 부분의 19/20는 원고가, 나머지는 피고들이 각 부담하고, 원고승계참가인들과 피고들 사이에 생긴 부분의 19/20는 원고승계참가인들이, 나머지는 피고들이 각 부담한다.

3. 제1의 가항 및 나항은 가집행할 수 있다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

청구취지 및 승계참가취지

본소 : 원고에게, 피고 F는 1,674,004원, 피고 G, H, I은 각 1,116,003원 및 위 각 금원에 대하여 2006. 12. 22.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

승계참가 : (가) 원고 승계참가인(이하 '참가인'이라고 한다) B 주식회사에게, 피고 F는 128,666,666원, 피고 G, H, I은 각 85,777,777원, (나) 참가인 주식회사 C에게, 피고 F는 146,000,000원, 피고 G, H, I은 각 97,333,333원, (다) 참가인 D 주식회사에게, 피고 F는 71,333,333원, 피고 G, H, I은 각 47,555,555원, (라) 참가인 공증인가 법무법인 E에게, 피고 F는 66,666,666원, 피고 G, H, I은 각 44,444,444원 및 위 각 금원에 대하여 2006. 12. 22.부터 이 사건 승계참가신청서 부분 송달일(참가신청서에 기재한 "이 사건 소장 부분 송달일"은 오기로 보인다)까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(참가인은 당심에 이르러 승계참가신청을 하였다).

항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 청구취지 및 승계참가취지와 같은 판결.

이 유

1. 환송 후 당원의 심판 범위

원고는 제1심에서 대여금에 대한 이자 청구와 불법행위로 인한 손해배상 청구 모두에 관하여 청구기각 판결을 선고받고 불법행위로 인한 손해배상 청구에 관하여만 항소하였고, 환송 전 당심에서 항소가 기각되자 상고심에 상고를 제기하여 대법원에서 위 항소심 판결을 파기환송하였다.

따라서 원고의 이 사건 각 청구 중 대여금에 관한 이자 청구 부분은 원고가 위와 같이 제1심 판결에 대하여 항소를 제기하지 아니하여 환송전 항소심의 심판대상이 되지 아니하였으므로, 위 환송전 당심 판결의 선고와 동시에 분리 확정됨으로써 그 이후부터는 법원의 심판대상이 될 수 없게 되었는데, 환송 후 당심의 심판대상은 불법행위로 인한 손해배상 청구 부분에 한정된다.

2. 기초사실

가. 망 J(이하 '망인'이라고 한다)은 2001. 5. 1. 원고의 대표이사에 중임되어 2009. 11. 16. 사임할 때까지 그 직에 있던 사람이고, 피고들은 망인의 상속인들이다.

나. 원고는 1995. 10. 17., 1996. 2. 10. 2회에 걸쳐 K교회의 목사인 L로부터 수원시 장안구 M 소재 K교회 노유자시설의 신축공사를 도급받아 공사에 착수하여 1997. 4.경 위 공사를 모두 완료하였다.

다. 그러나 L은 원고에게 위 공사대금을 지급하지 못하고 있던 중 2006. 12. 22. 원고에게 그 당시까지의 공사대금 약 4억 4,000만 원과 이에 대한 지연손해금 합계 1,393,022,017원 중 일부로 1억 5,000만 원을 변제하였는데, 그 당시 원고의 대표이사이던 망인은 이사회 결의 등 필요한 절차를 거치지 않은 채 L에 대한 나머지 공사대금 1,243,022,017원을 K교회에 현금하는 것으로 하여 그 채무를 모두 면제하여 주었다.

라. 참가인들은 2012. 12. 20. 당심에 이르러 자신들이 2012. 12. 11. 원고로부터 원고의 망인에 대한 위 채무면제 행위로 인한 이 사건 불법행위 손해배상채권 중, 참가인 B 주식회사는 386,000,000원을, 주식회사 C은 438,000,000원을, D 주식회사는 214,000,000원을, 공증인가 법무법인 E는 200,000,000원을 각 양수하였고, 2012. 12. 14. 망인의 상속인들인 피고들에게 내용증명우편으로 그 채권양도의 통지를 하였음을 이유로 소송승계참가 신청을 하였다.

【인정근거】다툼 없는 사실, 갑 3, 9, 10, 12, 13호증, 을 1 내지 8호증(각 가지번호 포함)의 각 기재, 증인 N의 증언, 증인 O의 일부 증언, 변론 전체의 취지

3. 불법행위로 인한 손해배상청구에 관한 판단

가. 손해배상책임의 발생 및 범위

1) 당사자의 주장

원고는 L에 대하여 1,243,022,017원의 공사대금 채권을 보유하고 있었는데, 망인은 원고 이사회 결의 등의 적법한 절차를 거치지 않고 독단적으로 위 공사대금 채무를 면제하여 줌으로써 원고에게 위 공사대금 채권을 상실케 하는 손해를 입혔으므로, 망인의 상속인인 피고들은 원고에게 위 채권액 상당의 손해를 배상할 의무가 있다고 주장함에 대하여, 피고들은 망인이 L에게 위 공사대금 채무를 면제하여 줄 당시 위 채무는 3년의 시효기간이 경과하여 이미 소멸된 상태였거나 L이나 K교회에 지불능력이 없어 위 공사대금 채무의 면제로 인하여 원고에게 어떠한 손해가 발생하였다고 볼 수 없다는 취지로 주장한다.

2) 판 단

가) 손해배상책임의 성립

불법행위로 인한 손해배상청구권은 어떠한 위법한 행위로 인하여 현실적으로 손해가 발생한 때에 성립하는 것이고 이 때 현실적으로 손해가 발생하였는지 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 하는바(대법원 1998. 8. 25. 선고 97다4760 판결 등 참조), 망인이 원고의 대표이사로서 이사회의 결의를 거치지 않고 원고의 L에 대한 1,243,022,017원 상당의 공사대금 채무를 면제하여 준 것은 일응 원고에 대하여 불법행위를 구성한다고 할 것이다.

그러나 나아가 과연 망인의 그러한 채무면제 행위로 인하여 원고에게 어떠한 현실적인 손해가 발생하였는지에 관하여 살피건대, 우선 위법한 채무면제 행위는 현금이나 유가증권과 같은 환가성 있는 재산에 대한 위법한 처분행위와는 달리 면제된 채무액 자체가 당연히 손해액이라고 단정할 수는 없고 그 채권의 현실적인 변제가능성의 여부와 정도 등에 따라서 현실적인 손해의 범위가 결정된다고 할 것이다. 그런데 망인의 이 사건 채무면제 행위의 경우, 갑 제9호증 내지 갑 제11호증, 을 제7호증(각 가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재 및 증인 N의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하여 보면, ① 원고가 L과 K교회 노유자시설 신축공사에 관한 도급계약을 체결한 시점은 1995. 10. 17. 및 1996. 2. 10.이고 위 공사를 완료한 시점은 1997년 4월경인데, 그 후 K교회는 재정 상태가 좋지 못하여 원고에 대한 미지급 공사대금 약 4억 4,000만 원을 지급하지 못한 사실, ② 이에 원고는 공사가 완료된 후부터 2006년까지 매년 4-5회 정도 L에게 미지급 공사대금의 지급을 독촉하였으나 L은 K교회의 자금사정이 개선되지 않아 2006년 12월 경까지도 위 미지급 공사대금을 지급하지 못한 사실, ③ K교회는 2000년 이래 지출이 수입보다 많고 원고에 대한 미지급 공사대금 채무 이외에도 은행에 대한 대출금채무 및 사채가 다수 있어 교회 건물이 가압류되는 등 원고에 대한 공사대금을 지급할 여력이 거의 없었던 사실, ④ L은 어느 교인으로부터 시일이 오래된 채무는 갚지 않아도 된다는 말을 들었으나 교회 장로인 망인이 대표이사로 있는 원고 회사에 대해서는 양심상 공사대금의 일부라도 갚아야겠다는 결심을 하고 2억 원을 대출받아 2006. 12. 22. 망인을 찾아가서 위 공사대금 채권은 소멸시효기간이 완성되었으니 2억 원을 지급받고 나머지 채무관계를 정리해 줄 것을 제안한 사실, ⑤ 망인은 이미 시효로 소멸된 위 공사대금 채권의 일

부라도 회수하는 것이 회사에 더 이득이 될 것이라는 다소 성급한 판단과 대출까지 받아 2억원을 마련해 온 L에 대한 고마운 마음에서 오히려 5,000만 원을 반환하고 1억 5,000만 원만을 지급받으면서, 그 당시까지의 공사대금 원금 약 4억 4,000만 원과 지연손해금 합계 1,393,022,017원 중 나머지 1,243,033,017원의 공사대금에 대해서는 현금증서를 작성하여 줌으로써 채무를 면제해준 사실, ⑥ 그러나 망인과 L은 법률지식이 충분치 못한 관계로 이 사건 공사대금 채무가 시효소멸한 것으로 오인한 것일 뿐, 사실은 이 사건 공사대금 채무는 L의 2001. 10. 27.자 및 2005. 1. 5.자 채무상환계획서 제출에 의한 채무승인으로 소멸시효가 중단되었거나 시효이익의 포기에 의해 여전히 존재하고 있던 사실, ⑦ 그런데 위 합의 당시는 물론이고 이 사건 변론종결일 당시까지도 원고가 이 사건 공사대금 채권에 관하여 L이 제시한 위 2억 원 이상을 현실적으로 변제받을 수 있을 만큼 L 또는 K교회의 재산상태가 양호하였거나 그 정도로 개선된 적이 있었다고 볼 만한 사정을 엿보기 어려운 사실, ⑧ 원고는 그 당시 사실상 망인의 1인 회사로서 만약 정상적인 이사회 결의 절차를 거쳤더라면 위와 같은 L과의 이 사건 공사대금 채무에 관한 합의에 관하여 충분히 이사회의 승인을 받을 수도 있었던 사실, ⑨ 망인이 위와 같이 나머지 공사대금채무를 면제해 주면서 현금증서를 작성하여 줌으로써 원고는 동액 상당의 기부행위로 인한 법인세액 공제 혜택도 받았을 것으로 추측되는 사실 등을 인정할 수 있는 바, 사실관계가 그러하다면, 망인의 이 사건 채무면제 행위는 비록 이사회결의를 거치지 않은 절차상의 위법은 있다고 할 것이나, 위에서 인정한 이 사건 채무면제의 동기와 경위, 그 결과, 특히 위 합의를 전후한 이 사건 공사대금 채무의 현실적인 변제가능성과 정도 등에 비추어 볼 때, 그로 인하여 원고에게 아래에서 인정하는 손해의 범위를 초과하여 어떠한 현실적, 확정적인 손해가 발생하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할만한 증거가 없다.

나) 손해배상책임의 범위

그러나 앞서 인정한 사실에 의하면, 망인은 2006. 12. 22. L과 사이의 이 사건 공사대금에 관한 위 합의 당시 L이 변제를 위해 자발적으로 마련해 온 위 위 2억 원을 전부 수령하지 않고 합리적인 이유도 없이 사적인 인정에 끌려 그 중 1억 5,000만 원만을 지급받고 나머지 5,000만 원을 L에게 반환하여 주었는바, 망인이 이사회결의를 거치지 않고 독단적으로 행한 이러한 출연행위는 회사의 이익에 정면으로 반하는 것으로서 그로 인하여 원고에게 동액 상당의 현실적이고 확정적인 손해가 발생한 것으로 평가하여야 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 망인은 원고에게 위 5,000만 원 상당의 손해를 배상할 책임이 있다.

그런데 망인이 2010. 1. 19. 사망하여 현재 망인의 법정상속인으로 망인의 처인 피고 F, 망인의 자녀들인 피고 G, H, I 등이 있으므로, 피고들은 각자의 상속분에 따라 망인의 원고에 대한 불법행위로 인한 위 손해배상채무를 포괄승계하였고, 피고들의 위 각 채무는 분할채무의 관계에 있다고 할 것인바, 피고 F는 위 손해배상채무 중 3/9의 상속분 범위에서, 피고 G, H, I은 각 2/9의 상속분 범위 내에서 각 원고에게 망인의 위 불법행위로 인한 손해배상 채무를 이행할 의무가 있다.

나. 피고들의 항변 등에 대한 판단

1) 소멸시효 항변에 대한 판단

가) 피고들은 원고의 이 사건 불법행위 손해배상청구권은 망인의 이 사건 채무면제 행위 당시 현장에 동석했던 원고의

감사 O이 이를 안 당일로부터 이미 3년이 훨씬 경과하였으므로 시효로 소멸하였다고 주장한다.

나) 그러므로 살피건대, 불법행위로 인한 손해배상청구권의 단기소멸시효의 기산점은 '손해 및 가해자를 안 날'부터 진행되며, 법인의 경우에 손해 및 가해자를 안 날은 통상 대표자가 이를 안 날을 뜻한다. 그렇지만 법인의 대표자가 법인에 대하여 불법행위를 한 경우에는, 법인과 그 대표자의 이익은 상반되므로 법인의 대표자가 그로 인한 손해배상청구권을 행사하리라고 기대하기 어려울 뿐만 아니라 일반적으로 그 대표권도 부인된다고 할 것이어서, 법인의 대표자가 그 손해 및 가해자를 아는 것만으로는 부족하다. 따라서 위의 경우에는, 적어도 법인의 이익을 정당하게 보전할 권한을 가진 다른 대표자, 임원 또는 사원이나 직원 등이 손해배상청구권을 행사할 수 있을 정도로 이를 안 때에 비로소 위 단기소멸시효가 진행한다고 할 것이고, 만약 위 임원 등 이 법인의 대표자와 공동불법행위를 한 경우에는 그 임원 등을 배제하고 위 단기소멸시효 기산점을 판단하여야 한다(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002다11441 판결 등 참조). 그리고 수인이 공동하여 타인에게 손해를 가하는 민법 제760조의 공동불법행위의 경우에는 행위자 상호간의 공모는 물론 공동의 인식을 필요로 하지 아니하고 객관적으로 그 공동행위가 관련 공동되어 있기만 하면 되며, 그 관련 공동성 있는 행위에 의하여 손해가 발생함으로써 공동불법행위가 성립한다. 한편, 민법 제760조 제3항은 교사자나 방조자는 공동행위자로 본다고 규정하여 교사자나 방조자에게 공동불법행위자로서 책임을 부담시키고 있다. 여기에서 방조라 함은 불법행위를 가능하게 하거나 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서, 작위에 의한 경우뿐만 아니라 작위의무 있는 자가 그것을 방지하여야 할 제반 조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 불법행위자의 실행행위를 가능하게 하거나 용이하게 하는 경우도 포함하고 과실에 의한 방조도 가능하며, 이 경우의 과실이란 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말하고, 방조자에게 공동불법행위자로서의 책임을 지우기 위해서는 방조행위와 피방조자의 불법행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다(대법원 2007. 6. 14. 선고 2006다78329 판결 등 참조).

한편, 감사는 이사의 직무집행을 감사할 권한을 가진 주식회사의 필요적 상설기관으로서 회계감사를 비롯하여 이사의 업무집행 전반을 감사할 권한을 갖고, 업무감사를 위해서는 언제든지 이사에 대하여 영업에 관한 보고를 요구하거나 회사의 업무와 재산상태를 조사할 권한이 있으며(상법 제412조), 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하여 이로 인하여 회사에 회복할 수 없는 손해가 생길 염려가 있는 경우에는 이사에 대하여 그 행위를 유지(留止)할 것을 청구할 수 있고(상법 제402조), 이사회와 임시주주총회를 소집할 수도 있으며(상법 제412조의3, 제412조의4) 이사회에서 의견을 진술할 수 있는 권한(상법 제391조의2 제1항) 등을 가지는 반면, 회사에 대하여 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리할 의무를 부담하고, 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 행위를 할 염려가 있다고 인정할 때에는 이사회에 이를 보고하여야 하는(상법 제391조의2 제2항) 등의 의무를 부담한다. 이와 같이 상법이 규정하고 있는 감사의 권한과 의무에 비추어 볼 때 감사가 이사의 법령 또는 정관 위반행위를 발견하였음에도 위와 같은 필요 조치를 취하지 아니한 경우에는 감사로서의 주의의무를 제대로 이행하지 아니한 것으로 보아야 할 것이다.

다) 이 사건의 경우로 돌아와 살피건대, 을 제5호증, 을 제9호증의 1, 2의 각 기재, 증인 N의 증언, 증인 O의 일부 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면, 망인이 2006. 12. 22. 이사회결의를 거치지 않고 L의 원고에 대한 위 공사대금 채무를 면제하여 주면서 독단적으로 L에게 위 5,000만 원을 반환하는 이 사건 불법행위를 할 당시 원고의 감사였던 O도 그 자리에 함께 동석하고 있었던 사실, O은 망인의 이러한 불법행위에 대하여 그 행위를 유지(留止)할 것을 청구하거

나 이사회나 주주총회에 이를 보고하는 등의 필요한 조치를 전혀 취하지 않은 사실을 각 인정할 수 있는바, 위 인정 사실에 비추어 보면, O은 원고 회사의 감사로서 대표이사인 망인의 위 불법행위를 방지하여야 할 작위의무가 있음에도 불구하고 필요한 조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 망인의 불법행위를 가능하게 하거나 용이하게 하였다고 할 것이므로, 이는 고의에 의한 방조행위에 해당하거나 적어도 앞서 본 바와 같은 감사로서의 주의의무를 다하지 못한 과실에 의한 방조에 해당한다고 할 것이다. 그리고 이와 같은 O의 고의 또는 과실에 의한 방조행위와 망인의 위법행위는 객관적으로 관련 공동되어 L에 대한 위 5,000만 원의 반환이라는 단일한 결과를 발생시킨 것으로서, 그로 인한 원고의 손해와 사이에 상당인과관계도 있으므로, 공동불법행위가 성립한다고 할 것이다. 그리고 위와 같이 O이 원고의 대표이사인 망인과 공동불법행위를 한 이상 원고 회사를 대표하여 망인을 상대로 손해배상청구권을 행사하리라고 기대하기는 어려우므로, 이러한 경우에는 O이 망인의 불법행위를 안 때부터 망인에 대한 손해배상청구권의 소멸시효가 진행한다고 볼 수는 없고, 한편, 망인의 위 불법행위 당시 원고 회사에는 P이 망인과 각자 대표이사로 재임하고 있었으므로, P 등 원고 회사의 이익을 정당하게 보전할 권한을 가진 다른 임원 또는 사원이나 직원 등이 손해배상청구권을 행사할 수 있을 정도로 망인의 불법행위를 안 때를 소멸시효의 기산점으로 잡아 소멸시효의 완성 여부를 판단해야 할 것이다.

나아가 살피건대, 갑 제6호증의 기재에 의하면, P은 망인의 사망 이후 L에게 이 사건 미지급 공사대금을 청구하는 과정에서 2010. 7. 16. 비로소 망인의 이 사건 채무면제 행위에 관하여 알게 된 사실이 인정되고, 이 사건 소는 그로부터 3년이 경과하기 전인 2010. 12. 29. 제기된 것이 기록상 분명하므로, 결국 피고들의 단기소멸시효에 관한 위 주장은 이유 없다.

2) 책임제한의 주장에 대한 판단

또한 피고들은, 원고의 감사로 근무하면서 원고 회사의 업무를 사실상 총괄하던 O이 망인의 사망 이후 상속인인 피고들을 상대로 망인의 근거 없는 채무를 주장하면서 끊임없이 소를 제기하였고 이 사건 소 역시 O의 그러한 악의적인 행위의 일환이라는 사정 등을 감안하면, 피고들의 책임은 형평의 원칙에 맞게끔 상당 부분 제한되어야 한다고 주장한다.

살피건대, 손해배상청구 소송에서 피해자에게 과실이 인정되면 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 있어서 이를 참작하여야 하며, 배상의무자가 피해자의 과실에 관하여 주장하지 않는 경우에도 소송자료에 의하여 과실이 인정되는 경우에는 이를 법원이 직권으로 심리·판단하여야 할 것이지만, 피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 자가 바로 그 피해자의 부주의를 이유로 자신의 책임을 감하여 달라고 주장하는 것은 허용될 수 없고(대법원 2000. 1. 21. 선고 99다50538 판결 등 참조), 특히 그와 같은 고의적 불법행위가 영득행위에 해당하는 경우 과실상계와 같은 책임의 제한을 인정하게 되면 가해자로 하여금 불법행위로 인한 이익을 최종적으로 보유하게 하여 공평의 이념이나 신의칙에 반하는 결과를 가져오게 되므로, 과실상계와 같은 책임의 제한을 허용하여서는 아니 된다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다16758, 16765 판결 등 참조). 이 사건의 경우, 설령 망인의 이 사건 불법행위 과정에서 원고의 관리감독부실과 낙장대응 등으로 손해가 부당하게 확대된 과실이 일부 인정된다고 하더라도 고의적 불법행위를 저지른 망인에게 이를 들어 책임을 제한할 수는 없으므로 이와 다른 전제에 선 피고들의 위 주장 역시 이유 없다.

3) 상계 항변에 대한 판단

마지막으로 피고들은 피고 G이 원고에 대하여 갖고 있는 64억 2,000만 원 상당의 연대보증채권 또는 손해배상채권을 자동채권으로 하여 원고의 이 사건 손해배상채권과 대등액에서 상계한다고 주장한다.

살피건대, 채무가 고의의 불법행위로 인한 것인 때에는 그 채무자는 상계로 채권자에게 대항하지 못하는바(민법 제496조), 망인의 L에 대한 위 5,000만 원의 독단적인 반환행위는 원고에 대한 고의의 불법행위에 해당하는 것으로서, 그 상속인인 피고들은 원고에 대한 다른 채권을 자동채권으로 하여 상계를 주장할 수 없다고 할 것이므로, 피고들의 위 상계항변은 더 나아가 살필 필요 없이 주장 자체로 이유가 없다.

다. 소결론

그런데 위 인정사실에 의하면, 원고의 망인에 대한 이 사건 손해배상채권액 5,000만 원 중 1,550만 원(= 5,000만 원 $\times$ 386,000,000원/1,243,022,017원)은 참가인 B 주식회사에게, 1,760만 원(= 5,000만 원 $\times$ 438,000,000원/1,243,022,017원)은 참가인 주식회사 C에게, 860만 원(= 5,000만 원 $\times$ 214,000,000원/1,243,022,017원)은 참가인 D 주식회사에게, 800만 원(= 5,000만 원 $\times$ 200,000,000원/1,243,022,017원)은 참가인 공증인가 법무법인 E에게 각 양도되었으므로, 결국 피고들은 참가인들에게는 위 각 양수금에 해당하는 손해배상금에 관하여, 원고에게는 나머지 손해배상금에 관하여 각 위 상속분에 해당하는 금원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다,

따라서, 참가인 B 주식회사에게, 피고 F는 5,166,666원(1,550만 원 $\times$ 상속분 3/9), 피고 G, H, I은 각 3,444,444원(1,550만 원 $\times$ 상속분 2/9)을, 참가인 주식회사 C에게 피고 F는 5,866,666원(1,760만 원 $\times$ 상속분 3/9), 피고 G, H, I은 각 3,911,111원(1,760만 원 $\times$ 상속분 2/9)을, 참가인 D 주식회사에게 피고 F는 2,866,666원(860만 원 $\times$ 상속분 3/9), 피고 G, H, I은 각 1,911,111원(860만 원 $\times$ 상속분 2/9)을, 참가인 공증인가 법무법인 E에게 피고 F는 2,666,666원(800만 원 $\times$ 상속분 3/9), 피고 G, H, I은 각 1,777,777원(800만 원 $\times$ 상속분 2/9)을, 원고에게 피고 F는 99,999원(30만 원 $\times$ 상속분 3/9), 피고 G, H, I은 각 66,666원(30만 원 $\times$ 상속분 2/9) 및 위 각 금원에 대하여 위 불법행위일인 2006. 12. 22.부터 피고들이 이 사건 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 이 판결 선고일인 2014. 4. 16.까지는 민법 소정의 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.

4. 결 론

그렇다면 원고 및 참가인의 피고들에 대한 이 사건 손해배상청구는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하고, 각 나머지 청구는 이유 없어 이를 각 기각할 것인바, 제1심 판결 중 이 사건 손해배상청구에 관한 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 원고의 항소를 일부 받아들이고, 당심에서 참가인들이 승계참가를 하였으므로, 이 부분에 관한 제1심 판결을 주문 제1의 가. 나. 다항의 기재와 같이 변경하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사 김필곤(재판장) 이종민 박연주