

4) 보증채무

가) 보증채무 이행청구의 요건사실

보증채무의 이행을 청구하기 위해서는, ① ‘주채무의 존재, 즉 주채무의 발생원인 사실’, ② ‘그 주채무에 대한 보증계약의 성립 사실’(엄격해석의 원칙: 보증은 이를 부담할 특별한 사정이 있을 경우 이루어지는 것이므로 ‘보증의사’의 존재나 ‘보증범위’는 이를 엄격하게 제한하여 인정하여야 한다²⁴⁷⁹⁾,²⁴⁸⁰⁾ ③ ‘보증계약이 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 체결된 사실’²⁴⁸¹⁾을 주장·증명하여야 하고, 주채무자와 연대보증인, 수인의 보증인을 공동 피고로 하여 연대 지급을 구하는 경우에는, ④ ‘연대 특약의 존재 내지는 상사보증

2478) ① 대법원 2017. 5. 30. 선고 2016다34687 판결: “부진정연대채무에서는 채무자 1인에 대한 이행청구 또는 채무자 1인이 행한 채무의 승인 등 소멸시효의 중단사유나 시효이익의 포기가 다른 채무자에게 효력을 미치지 않는다. 따라서 채권자가 분할 또는 분할합병이 이루어진 후에 분할회사를 상대로 분할 또는 분할합병 전의 분할회사 채무에 관한 소를 제기하여 분할회사에 대한 관계에서 시효가 중단되거나 확정판결을 받아 소멸시효 기간이 연장된다고 하더라도 그와 같은 소멸시효 중단이나 연장의 효과는 다른 채무자인 수해회사에 효력이 미치지 않는다.” ② 대법원 2023. 12. 7. 선고 2020다225138 판결: “영업양도인의 영업으로 인한 채무와 상호를 속용하는 영업양수인의 상법 제42조 제1항에 따른 채무는 같은 경제적 목적을 가진 채무로서 서로 중첩되는 부분에 관하여는 일방의 채무가 변제 등으로 소멸하면 다른 일방의 채무도 소멸하는 이른바 부진정연대의 관계에 있다. 따라서 채권자가 영업양도인을 상대로 소를 제기하여 확정판결을 받아 소멸시효가 중단되거나 소멸시효 기간이 연장된 뒤 영업양도가 이루어졌다면 그와 같은 소멸시효 중단이나 소멸시효 연장의 효과는 상호를 속용하는 영업양수인에게 미치지 않지만, 채권자가 영업양도가 이루어진 뒤 영업양도인을 상대로 소를 제기하여 확정판결을 받았다면 영업양도인에 대한 관계에서 소멸시효가 중단되거나 소멸시효 기간이 연장된다고 하더라도 그와 같은 소멸시효 중단이나 소멸시효 연장의 효과는 상호를 속용하는 영업양수인에게 미치지 않는다.”

2479) 대법원 2006. 12. 21. 선고 2004다34134 판결: “보증계약의 성립을 인정하려면 당연히 그 전제로서 보증인의 보증의사가 있어야 하고, 이러한 보증의사의 존부는 당사자가 거래에 관여하게 된 동기와 경위, 그 관여 형식 및 내용, 당사자가 그 거래행위에 의하여 달성하려는 목적, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 판단하여야 할 당사자의 의사해석과 사실인정의 문제이지만, 보증은 이를 인정할 특별한 사정이 있을 경우 이루어지는 것이므로, 보증의사의 존재나 보증범위는 이를 엄격하게 제한하여 인정하여야 할 것이다. 한정근보증의 경우 피보증채무의 범위란에 특정한 종류의 거래계약을 한정적으로 열거하고 그 거래계약과 관련하여 발생하는 채무를 피보증채무로 하는 것이므로, 피보증채무의 범위란에 일정한 약정에 기한 채무가 기재되어 있는 경우에 특별한 사정이 없는 한 그 범위에 속하는 채무만을 피보증채무로 인정하여야 한다.” ⇨ 보증인이 한정근보증을 할 당시 보증서의 피보증채무 범위란에 ‘지급보증거래정서’라고 기재되어 있었는데 나중에 채권자가 그 범위란에 ‘수출거래정서’를 추가하여 기재한 경우, 지급보증거래정서와 수출거래정서가 서로 밀접하게 관련되어 있다고 하더라도, 근보증서가 포괄근보증서가 아닌 한정근보증서로서 채무자가 근보증서를 작성할 당시 피보증채무 범위란에 ‘수출거래정서’를 기재하지 않았고, 채권자에게 피보증채무의 범위를 보충할 권한이 있다는 점을 인정할 만한 뚜렷한 증거가 없는 이상 ‘지급보증거래’에 기한 채무만이 위 한정근보증의 피보증채무라고 본 사례.

2480) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016다239345 판결: “신용보증약관에 일정한 요건을 충족해야만 신용보증관계가 성립한다고 정해져 있고 그에 따라 신용보증기관이 발급한 신용보증서에 그러한 요건이 특약사항으로 기재되어 있는 경우에는 그 특약사항이 충족되어야만 신용보증관계가 성립한다. 신용보증약관에 신용보증기관의 면책사유로 신용보증관계가 성립되지 않는 경우를 정하고 있더라도 이는 신용보증관계가 성립하지 않아 신용보증기관이 책임을 부담하지 않는 것을 확인하는 의미라고 보아야 하고, 신용보증관계의 불성립을 단순한 면책사유로 볼 수는 없다.” ⇨ 면책사유 중 하나로 신용보증관계의 불성립을 정하고 있더라도, 신용보증관계의 성립요건은 채권자인 원고가 주장·증명해야 할 청구원인사실이, 피고가 그 부존재를 주장·증명해야 하는 면책 항변 사실이 아니다.

2481) 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다233576 판결 참조.

사실'까지 주장·증명하여야 한다.

2008. 3. 21. 법률 제8918호로 제정되어 2008. 9. 22. 시행된 '보증인 보호를 위한 특별법'은 보증에 관하여 민법에 대한 특례를 규정하고 있는데,²⁴⁸²⁾ 보증의 방식,²⁴⁸³⁾ 보증 채무 최고액의 특정,²⁴⁸⁴⁾ 채권자의 통지의무(제5조), 근보증의 특례,²⁴⁸⁵⁾ 간주 보증기간,²⁴⁸⁶⁾ 금융기관 보증계약의 특칙(제8조), 편면적 강행규정²⁴⁸⁷⁾ 등을 규정하고 있다. 그 후 2015. 2. 3. 법률 제13125호로 개정되어 2016. 2. 4. 시행된 민법에 제428조의2(보증의 방식),²⁴⁸⁸⁾ 제428조의3(근보증),²⁴⁸⁹⁾ 제436조의2(채권자의 정보제공의무와 통지의무 등)가 신설되어 법 시행 후 체결되거나 기간이 갱신된 보증계약부터 적용되게 되었고(부칙 제3조), 위 특별법 제3조는 삭제되었다.

따라서 보증은 그 의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 효력이 발생하므로(보증계약의 요식행위화), '③ 보증계약이 보증인의 '기명날인'(타인의 대행이 가능하다²⁴⁹⁰⁾) 또는 '서명'(보증인이 직접 자신의 이름을 쓰는 것을 의미하고 타인이 보증인의 이름을 대신 쓰는 것은 이에 해당하지 아니하며, 직접 서명하였다는 점에 대하여는 보증의 효력을 주장하는 채권자가 증명책임을 진다²⁴⁹¹⁾)'이 있는 '서면'으로 체결된 사실'까지 주장·증명하여야 한다.²⁴⁹²⁾ 서

2482) 보증인보호법은 타인의 채무에 대하여 그 담보물의 한도 내에서 책임을 지는 물상보증의 경우에는 적용되지 아니한다(대법원 2015. 3. 26. 선고 2014다83142 판결).

2483) 제3조(보증의 방식) ① 보증은 그 의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 효력이 발생한다. ② 보증인의 채무를 불리하게 변경하는 경우에도 제1항과 같다. ③ 보증인이 보증채무를 이행한 경우에는 그 한도에서 제1항과 제2항에 따른 방식의 하자를 이유로 무효를 주장할 수 없다.

2484) 제4조(보증채무 최고액의 특정) 보증계약을 체결할 때에는 보증채무의 최고액을 서면으로 특정하여야 한다. 보증기간을 갱신할 때에도 또한 같다.

2485) 제6조(근보증) ① 보증은 채권자와 주채무자 사이의 특정한 계속적 거래계약이나 그 밖의 일정한 종류의 거래로부터 발생하는 채무 또는 특정한 원인에 기하여 계속적으로 발생하는 채무에 대하여도 할 수 있다. 이 경우 그 보증하는 채무의 최고액을 서면으로 특정하여야 한다. ② 제1항의 경우 채무의 최고액을 서면으로 특정하지 아니한 보증계약은 효력이 없다.

2486) 제7조(보증기간 등) ① 보증기간의 약정이 없는 때에는 그 기간을 3년으로 본다. ② 보증기간은 갱신할 수 있다. 이 경우 보증기간의 약정이 없는 때에는 계약체결 시의 보증기간을 그 기간으로 본다. <개정 2010. 3. 24.> ③ 제1항 및 제2항에서 간주되는 보증기간은 계약을 체결하거나 갱신하는 때에 채권자가 보증인에게 고지하여야 한다. <신설 2010. 3. 24.> ④ 보증계약 체결 후 채권자가 보증인의 승낙 없이 채무자에 대하여 변제기를 연장하여 준 경우에는 채권자나 채무자는 보증인에게 그 사실을 알려야 한다. 이 경우 보증인은 즉시 보증채무를 이행할 수 있다. <개정 2010. 3. 24.> ─ 제7조의 '보증기간'은 보증책임을 부담하는 '주채무의 발생기간'이지, '보증채무의 존속기간'을 의미한다고 볼 수는 없다(대법원 2020. 7. 23. 선고 2018다42231 판결).

2487) 제11조(편면적 강행규정) 이 법에 위반하는 약정으로서 보증인에게 불리한 것은 효력이 없다.

2488) 제428조의2(보증의 방식) ① 보증은 그 의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 효력이 발생한다. 다만, 보증의 의사가 전자적 형태로 표시된 경우에는 효력이 없다. ② 보증채무를 보증인에게 불리하게 변경하는 경우에도 제1항과 같다. ③ 보증인이 보증채무를 이행한 경우에는 그 한도에서 제1항과 제2항에 따른 방식의 하자를 이유로 보증의 무효를 주장할 수 없다.

2489) 제428조의3(근보증) ① 보증은 불확정한 다수의 채무에 대해서도 할 수 있다. 이 경우 보증하는 채무의 최고액을 서면으로 특정하여야 한다. ② 제1항의 경우 채무의 최고액을 제428조의2 제1항에 따른 서면으로 특정하지 아니한 보증계약은 효력이 없다.

2490) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다282473 판결.

면에 반드시 '보증인' 또는 '보증한다'라는 문언의 기재가 있을 필요는 없고, 서면에 주채무자가 부담하는 원본채무의 금액이 명확하게 기재되어 있으면 족하며, 이자 또는 지연손해금 등과 같은 종된 채무에 관하여 별도로 그 액을 특정할 것이 요구되지는 아니한다.²⁴⁹³⁾ 물상보증인의 '근저당권설정계약서'를 '보증의사가 표시된 서면'으로 보기는 어

- 2491) 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다233576 판결: "일반적으로 서명은 기명날인과 달리 명의자 본인이 자신의 이름을 쓰는 것을 의미한다. 그런데 보증인의 서명에 대해 제3자가 보증인을 대신하여 이름을 쓰는 것이 포함된다면, 보증인이 직접 자신의 의사표시를 표시한다는 서명 고유의 목적은 퇴색되고 사실상 구두를 통한 보증계약 내지 보증인이 보증 내용을 구체적으로 알지 못하는 보증계약의 성립을 폭넓게 인정하는 결과를 초래하게 되며, 이는 경솔한 보증행위로부터 보증인을 보호하고자 하는 구 보증인보호법의 입법 취지를 몰각시키게 된다. 따라서 이러한 구 보증인보호법의 입법 목적과 취지, 규정 내용 등을 종합해 보면, 구 보증인보호법 제3조 제1항에서 정한 '보증인의 서명'은 원칙적으로 보증인이 직접 자신의 이름을 쓰는 것을 의미하며 타인이 보증인의 이름을 대신 쓰는 것은 이에 해당하지 아니한다고 해석함이 타당하다. ... 이 사건 연대보증계약서가 피고의 서명에 의한 보증계약서로서 보증의 효력이 발생하려면, 원칙적으로 피고 본인에 의한 서명이어야 하며 타인에 의한 서명으로는 부족하다. 따라서 막연히 이 사건 연대보증계약서의 연대보증인란에 피고의 이름으로 된 서명이 있다는 사실만 가지고 피고의 서명이 있다고 판단할 것이 아니라, 그것이 피고가 직접 서명한 것인지 아니면 타인이 피고의 이름으로 서명한 것인지를 명확히 가려야 하며, 피고가 직접 서명하였다는 점에 대하여는 보증의 효력을 주장하는 원고가 증명책임을 진다." ㉔ 피고가 직접 연대보증계약서에 서명하였다는 점에 대한 증명이 충분하다고 볼 수 있을지 의문임에도, 원심이 연대보증계약서의 작성경위가 어떠한지, 특히 피고가 이에 직접 서명하였는지에 대하여 제대로 심리하지 아니한 채, 그 연대보증인란에 피고의 이름으로 된 서명이 있어 연대보증계약으로서 유효하다는 취지로 판단한 것은 잘못이라고 직권으로 판단하여 파기환송한 사례.
- 2492) 2016. 2. 4. 개정 민법 시행 전에는 위 특별법 제2조 제1호 각 목 소정의 보증인의 경우 그 법이 적용되지 않았으므로 위 ㉔이 요건사실이 아닌 경우도 있었으나, 2016. 2. 4. 이후에는 위 ㉔이 모든 보증의 요건사실로 필요하게 되었다.

타인의 채무에 대한 담보의 목적으로 어음이나 수표를 발행하거나 배서한 경우(이를 어음·수표법이 정한 전형적인 어음보증, 수표보증과 구별하여 흔히 '숨은 어음보증', '숨은 수표보증'이라고 일컫는다), 어음·수표법상의 채무만을 부담할 뿐이지, 민사상의 보증채무까지 부담하는 것으로 추인되지 않을 뿐만 아니라(2009다44884), 더욱이 보증은 그 의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 하므로, '숨은 어음·수표 보증'만으로는 민사상 보증채무까지 부담하는 것으로 볼 여지가 없어졌다. 어음 배서인이 원인채무를 보증한 경우에는 원칙적으로 연대보증을 지는 것으로 본 과거의 판례들 역시 현재는 사실상 그 의미를 상실한 것으로 보아야 한다(제9판 572면 각주 2042 참조).

- 2493) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013다23372 판결: "보증의 의사표시에 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면을 요구하는 것은, 한편으로 그 의사가 명확하게 표시되어서 보증의 존부 및 내용에 관하여 보다 분명한 확인수단이 보장되고, 다른 한편으로 보증인으로 하여금 가능한 한 경솔하게 보증에 이르지 아니하고 숙고의 결과로 보증을 하도록 하려는 취지에서 나온 것이다. 따라서 보증의 의사표시에 관하여 법률행위의 해석에 관한 일반 법리가 적용됨은 물론이나, 거기에서 더 나아가 위의 법규정이 정하는 방식이 준수되었는지 여부는 위와 같은 취지를 충족하는지 여부에 좇아 판단할 것이다. 그리고 이를 판단함에 있어서는 작성된 서면의 내용 및 그 체제 또는 형식, 보증에 이르게 된 경위, 주채무의 종류 또는 내용, 당사자 사이의 관계, 종전 거래의 내용이나 양상 등을 종합적으로 고려할 것이다. 그렇다면 위 법규정이 '보증의 의사'가 일정한 서면으로 표시되는 것을 정할 뿐이라는 점 등을 고려할 때, 작성된 서면에 반드시 '보증인' 또는 '보증한다'라는 문언의 기재가 있을 것이 요구되지는 아니한다고 봄이 상당하다. 한편 위 법률 제4조 전단은 "보증계약을 체결할 때에는 보증채무의 최고액을 서면으로 특정"할 것을 요구한다. 이는 앞서 본 위 법률 제3조 제1항과도 조응하여 보증인이 보증을 함에 있어서 자신이 지게 되는 법적 부담의 주요한 내용을 미리 예측할 수 있도록 하려는 것으로 이해된다. 따라서 확정된 주채무에 관한 채권증서에 보증인이 기명날인 또는 서명하는 방식으로 보증의 의사를 표시한 일반 보증의 경우에 그 서면에 주채무자가 부담하는 원본채무의 금액이 명확하게 기재되어 있다면 다른 특별한 사정이 없는 한 이로써 위 법률 제4조 전단의 요건은 적법하게 충족되었다고 볼 것이고, 그 외에 이자 또는 지연손해금 등과 같은 종된 채무에 관하여 별도로 그 액을 특정할 것이 요구되지는 아니한다고 할 것이다." ㉕ 소외 회사가 2010. 3. 31. 원고로부터 500만 원을 차용하면서, 그 차용의 취지 외에 원고에게 기존 차용금 1천만 원과 기계잔대금 950만 원을 합하여 합계 2,450만 원을 2010. 4. 10.까지 변제하겠다는 내용이 기재된 '차용증'이라는 제목의 문서를 작성하여 교부하였는데, 피고는 소외 회사의 대표이사인 소외 1과 처남

럽다.²⁴⁹⁴⁾

(근보증의 경우) ‘근보증’의 경우 보증하는 채무의 최고액을 서면으로 특정하여야 하고, 채무의 최고액을 서면으로 특정하지 아니한 보증계약은 효력이 없다.²⁴⁹⁵⁾ ‘한정근보증계약’인 경우, 미리 정한 기본거래의 종류에 의하여 장래 체결될 기본거래계약 또는 그에 기하여 발생하는 보증대상인 채무를 특정할 수 있다면, 비록 주채무 발생의 원인이 되는 기본거래계약이 한정근보증계약보다 먼저 체결되어 있지 아니하더라도 그 근보증계약의 성립이나 효력에는 아무런 영향이 없고, 채권자와 주채무자가 한정근보증계약 체결 이후 새로운 기본거래계약을 체결하거나 기존 기본거래계약의 기한을 갱신하고 그 거래 한도 금액을 증액하는 약정을 하였다고 하더라도, 새로운 기본거래계약 체결 등에 관하여 보증인의 동의를 받거나 보증인에게 통지하여야만 피보증채무의 범위에 속하게 되는 것은 아니다.²⁴⁹⁶⁾

매부 사이로서 소외 회사의 이사 직함을 사용하면서 영업 및 자금 마련 등 소외 회사의 경영 전반에 관여하여 왔고, 원고의 위 500만 원 대여 시에 원고의 대표자인 소외 2가 소외 회사의 기존 미변제채무 때문에 500만 원의 추가 대여를 망설이자, 피고는 소외 1의 요청으로 위 차용증 중 ‘채무자’란의 소외 회사 명판이 찍힌 자리 옆에 자신의 이름을 직접 기재하여 서명하기에 이른 사안에서, 원심이, 피고가 소외 회사 채무를 보증하는 의사로 위 차용증에 서명하였다고 봄이 상당하다고 판단하고, ‘위 차용증에는 피고의 보증의사가 표시되어 있지 아니하고 보증채무의 최고액이 특정되었다고 할 수 없으므로 그 보증은 법 위반으로 무효’라는 피고의 주장에 대하여, 피고가 보증할 의사로 위 차용증에 서명하였고 “피고의 보증채무 최고액은 소외 회사의 원고에 대한 위 차용금 등 채무액이라고 할 것”이라는 이유로 이를 배척한 것은 정당하다고 한 예.

2494) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다296120 판결: “보증은 이를 부담할 특별한 사정이 있을 경우에 이루어지는 것이므로, 보증의사의 존재나 보증범위는 이를 엄격하게 제한하여 인정하여야 한다. … 근저당권설정계약서는 근저당권설정등기의 등기원인을 증명하는 서면으로서 … 등기신청서에 첨부하기 위하여 작성되는 것으로, 근저당권설정계약 당사자인 근저당권자와 근저당권설정자 사이에 근저당권설정을 목적으로 하는 합의가 있음을 증명하는 내용인 점, 물상보증으로서 근저당권설정계약과 인적보증으로서 연대보증계약은 별개의 계약이라는 점 등을 종합적으로 고려하면, 근저당권설정계약서가 … ‘보증의사가 표시된 서면’인지 여부는 엄격하게 판단하여야 한다.”

2495) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다282473 판결: “민법 제428조의3은 … 불확정한 다수의 채무에 대하여 보증하는 경우 보증인이 부담하여야 할 보증채무의 액수가 당초 보증인이 예상하였거나 예상할 수 있었던 것보다 지나치게 확대될 우려가 있으므로, 보증인이 보증을 함에 있어 자신이 지게 되는 법적 부담의 한도액을 미리 명확하게 알 수 있도록 함으로써 보증인을 보호하려는 데에 그 입법 취지가 있다. 위와 같은 민법의 규정 및 그 입법 취지에 비추어 볼 때, 불확정한 다수의 채무에 대하여 보증하는 경우 보증채무의 최고액이 서면으로 특정되어 보증계약이 유효하다고 하기 위해서는, 보증인의 보증의사가 표시된 서면에 보증채무의 최고액이 명시적으로 기재되어 있어야 하고, 보증채무의 최고액이 명시적으로 기재되어 있지 않더라도 그 서면 자체로 보아 보증채무의 최고액이 얼마인지를 객관적으로 알 수 있는 등 보증채무의 최고액이 명시적으로 기재되어 있는 경우와 동일시할 수 있을 정도의 구체적인 기재가 필요하다고 봄이 타당하다.”

2496) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011다29987 판결: “근보증은 채권자와 주채무자 사이의 특정한 계속적 거래계약 뿐 아니라 그 밖에 일정한 종류의 거래로부터 발생하는 채무 또는 특정한 원인에 기하여 계속적으로 발생하는 채무에 대하여도 할 수 있다. 또한 근보증의 대상인 주채무는 근보증계약을 체결할 당시에 이미 발생되어 있거나 구체적으로 내용이 특정되어 있을 필요는 없고, 장래의 채무, 조건부 채무는 물론 장래 증감·변동이 예정된 불특정의 채무라도 이를 특정할 수 있는 기준이 정해져 있으면 된다. 이와 같이 근보증은 그 보증대상인 주채무의 확정을 장래 근보증관계가 종료될 시점으로 유보하여 두는 것이므로, 그 종료 시점에 이르러 비로소 보증인이 부담할 피보증채무가 구체적으로 확정된다. 한편 위와 같은 근보증의 특질에 비추어 볼 때, 근보증계약이 특정 기본거래계약에 기하여 발생하는 채무만을 보증하기로 한 것이 아니라, 기본거래의 종류만을 정하고 그 종류에 속하는 현재 또는 장래의 기본거래계약에 기하여 근보증 결산기 이전에 발생하는 채무를 보증한도액

(연대보증, 보증연대의 증명책임) 민법 제437조나 제439조, 제448조 등의 조문 체계로 보아 보증의 원칙적인 형태로 단순보증, 단순 공동보증을 상정하고 있으므로, 연대보증, 보증연대의 공동보증 또는 연대보증이 원칙인 상사보증이라는 점에 관한 증명책임은 이를 주장하는 자가 부담한다.²⁴⁹⁷⁾ 따라서 주채무자와 연대보증인을 공동 피고로 하여 연대지급을 구하는 경우, 앞서 본 세 가지 요건사실에 더하여 ‘④ 연대 특약의 존재 내지는 상사보증이라는 점’에 관하여 주장·증명하여야 한다(수인의 보증인을 공동피고로 하여 그 채무가 연대보증 또는 보증연대임을 이유로 연대 지급을 구하는 경우에도 마찬가지이다).

(‘공동보증인 간 분별의 이익’ 주장의 필요 여부) ‘공동보증인 간의 분별의 이익’은 법률상 당연히 생기는 효과이므로 변론과정에서 공동보증이라는 사실이 드러나 있으면 설사 보증인으로부터의 원용이나 항변이 없더라도 법원은 이를 직권으로 고려, 판단하여야 한다.²⁴⁹⁸⁾

범위 내에서 보증하기로 하는 이른바 ‘한정근보증계약’인 경우, 미리 정한 기본거래의 종류에 의하여 장래 체결될 기본거래계약 또는 그에 기하여 발생하는 보증대상인 채무를 특정할 수 있다면 비록 주채무 발생의 원인이 되는 기본거래계약이 한정근보증계약보다 먼저 체결되어 있지 아니하더라도 그 근보증계약의 성립이나 효력에는 아무런 영향이 없다. 또한 위와 같은 한정근보증계약은 거기에 정한 기본거래의 종류에 속하는 기본거래계약이 별도로 체결되는 것을 예정하고 있으므로, 채권자와 주채무자가 한정근보증계약 체결 이후 새로운 기본거래계약을 체결하거나 기존 기본거래계약의 기한을 갱신하고 그 거래 한도금액을 증액하는 약정을 하였다고 하더라도, 그것이 당초 정한 기본거래의 종류에 속하고 그로 인한 채무가 근보증 결산기 이전에 발생한 것으로서 근보증한도액을 넘지 않는다면, 이는 모두 한정근보증의 피보증채무 범위에 속한다고 보아야 할 것이고, 별도의 약정이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 새로운 기본거래계약 체결 등에 관하여 보증인의 동의를 받거나 보증인에게 통지하여야만 피보증채무의 범위에 속하게 되는 것은 아니다.”

2497) 민법주해 채권(3), 1995, 199-200, 218-219면(박병대 집필).

2498) 공동보증의 경우 원칙적으로 분별의 이익이 인정되는데(민법 제439조), 이에 관한 주장이 청구원인사실인가, 항변사실인가가 문제된다. 이를 청구원인사실로 보면, 원고가 수인의 보증인을 상대로 각각에게 전액의 지급을 청구할 때 설사 피고 측으로부터 분별의 이익에 관한 주장이 없더라도 법원은 주채무액을 보증인 수로 균분한 금액만을 인용하여야 할 것이고, 반대로 이를 항변사실로 보면, 피고 측의 항변이 없는 한 법원에서는 각각에 대하여 전액 지급을 명하여야 할 것이다.

항변사실설(민법주해 채권(3), 1995, 226-227면(박병대 집필))은, 보증채무는 원칙적으로 주채무와 내용의 동일성을 가지는 것이고, 분별의 이익에 관한 주장은 그러한 채권자의 기본적 권리에 대한 권리결각사유의 하나로 봄이 상당하므로, 이는 항변사실로 볼 것이라고 한다. 따라서 ① 수인의 보증인이 단순 공동보증의 관계에 있는 경우에도 피고 측으로부터의 항변이 없는 한 법원에서는 피고가 수인의 보증인 중 1인만이든 수인이든 상관없이 전액의 지급을 명할 것이고, ② 공동보증인이 연대보증인일 때 그 중 1인의 보증인만을 상대로 청구하는 경우에도 채권자로서는 단순 전액의 지급을 청구하면 족하고 전액 지급 청구의 요건으로서 연대보증임을 주장할 필요는 없으며, ③ 채권자가 애초에 수인의 보증인을 상대로 연대 지급을 청구하였는데 연대 지급에 대한 입증에 실패한 경우 법원에서는 당연히 수인의 보증인 간의 균분액을 인용할 것은 아니고, 단지 각각에게 전액의 지급을 명하는 데 그쳐야 할 것이며, 피고로부터 분별의 이익에 관한 항변이 있을 때에만 비로소 분담액의 범위 내에서 인용하는 주문을 내는 것이 타당하다고 한다.

그러나 공동보증인 간의 분별의 이익은 법률상 당연히 생기는 효과이므로 변론과정에서 공동보증이라는 사실이 드러나 있으면 설사 보증인으로부터의 원용이나 항변이 없더라도 법원은 이를 직권으로 고려, 판단하여야 한다(同條 민법주해 채권(3), 1995, 309면(박병대 집필). 이는 같은 책 226-227면(박병대 집필)과 모순되는 것이다).

따라서 채권자가 수인의 연대보증인 중 1인의 보증인만을 상대로 청구하는 경우 채권자로서는 청구원인단계에서 공동보증임을 밝힘이 없이 단순 전액의 지급을 청구하면 족하고 피고가 항변으로 공동보증임을 주장하면 그 단계에서 연대 특약의 존재 등을 재항변으로 주장·입증하여야 할 것이다. 그러나 이는 이론상 그러한 것이고 실제 소송에 있어서는 채권자가 수인의 연대보증인 중 1인의 보증인만을 상대로 청구하는 경우 청구원인단계에서 보증계약 사실을 주장·입증하면서 공동보증 관계가 드러나는 경우가 많을 것이고 그러한 때에는 민법

나) 보증채무의 범위

보증채무의 범위에 관한 민법 제429조²⁴⁹⁹⁾ 제1항은 ‘보충적 의사해석규정’(특별한 사정이 없는 한 ‘원상회복의무’도 포함한다.²⁵⁰⁰⁾)으로서 이와 다른 ‘특약 또는 특별한 사정’의 존재는 보증채무자에게 주장·증명책임이 있다.²⁵⁰¹⁾

보증인의 부담이 주채무의 목적이거나 형태보다 중한 때에는 주채무의 한도로 감축된다(민법 제430조²⁵⁰²⁾).²⁵⁰³⁾ 그러나 채권자와 주채무자 사이의 소송에서 주채무의 존부나 범위

제439조의 적용으로 채권자의 청구원인 주장 자체에서 균분 부담액을 초과하는 부분은 이유 없게 되므로 그 부분에 대한 청구를 이유 있게 하기 위해서 채권자로서는 청구원인단계에서 연대 특약의 존재 등을 주장·입증하여야 할 것이다. 그리고 채권자가 애초에 수인의 보증인을 상대로 연대 지급을 청구하였는데 연대 지급에 대한 입증에 실패한 경우 법원으로서 민법 제439조에 따라 당연히 수인의 보증인 간의 균분액만을 인용하면 되고, 피고로부터 분별의 이익에 관한 항변을 기다려 판단하여야 하는 것은 아니다.

2499) 민법 제429조(보증채무의 범위) ① 보증채무는 주채무의 이자, 위약금, 손해배상 기타 주채무에 종속한 채무를 포함한다.

2500) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2011다109586 판결: “선급금 반환의무는 수급인의 채무불이행에 따른 계약해제로 인하여 발생하는 원상회복의무의 일종이고, 보증인은 특별한 사정이 없는 한 채무자가 채무불이행으로 인하여 부담하여야 할 손해배상채무와 원상회복의무에 관하여도 보증책임을 지므로, 민간공사 도급계약에 있어 수급인의 보증인은 특별한 사정이 없다면 선급금 반환의무에 대하여도 보증책임을 진다. … 민간공사 도급계약 연대보증인의 보증책임은 … 특별한 약정이 없다면 수급인의 책임과 마찬가지로 급전채무보증과 시공보증을 포함한다고 보아야 한다.”

2501) 대법원 1997. 8. 29. 선고 96다37879 판결: “보증채무가 주채무에 종속한 채무를 포함한다고 규정하고 있는 위 조항은 보증계약의 당사자 사이에 보증채무의 범위가 주채무의 종속채무에까지 미치는지의 여부에 관한 명시적 또는 묵시적 특약이 없고 이를 결정할 수 있는 특별한 사정도 없는 경우에 적용되는 보충적인 의사해석 규정이라고 보아야 할 것이므로, 위와 같은 명시적 또는 묵시적 특약이나 특별한 사정이 있는 경우에는 위 규정은 적용되지 않는다고 할 것인바, 기록에 의하면 피고가 위와 같은 특약 또는 특별한 사정의 존재를 주장하고 있음이 명백하다.”

2502) 보증채무의 부종성을 배제하고 있는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제250조 제2항 제1호는 민법 제430조의 예외규정이요, 2013. 5. 28. 신설된 기술보증기금법 제37조의3과 신용보증기금법 제30조의3은 위 법률 제250조 제2항의 예외규정이어서, 위 각 기금이 채권자인 경우 결국 원래로 돌아가 민법 제430조에 따라 보증채무의 부종성이 인정되어, 주채무자인 중소기업이 회생계획인가결정을 받는 시점에 주채무가 감경·면제되면 보증채무도 동일한 비율로 감경·면제된다. 지역신용보증재단이 채권자인 경우에는, 지역신용보증재단법에 같은 규정이 없고 유추적용도 허용되지 않으므로, 주채무가 회생계획 인가에 따라 감경·면제되더라도 보증채무가 동일한 비율로 감경·면제되지는 않는다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2019다226135 판결).

2503) ○ 대법원 2002. 8. 27. 선고 2000다9734 판결: “보증채무는 채권자와 보증인 간의 보증계약에 의하여 성립하고, 주채무와는 별개 독립의 채무이지만 주채무와 동일한 내용의 급부를 목적으로 함이 원칙이라고 할 것이다. 그러나 채권자와 보증인은 보증채무의 내용, 이행의 시기, 방법 등에 관하여 특약을 할 수 있고, 그 특약에 따른 보증인의 부담이 주채무의 목적이거나 형태보다 중하지 않는 한 그러한 특약이 무효라고 할 수도 없으므로(민법 제430조 참조), 주채무가 외화채무인 경우에도 채권자와 보증인 사이에 미리 약정한 환율로 환산한 원화로 보증채무를 이행하기로 약정하는 것도 허용된다 고 할 것이다.”

○ 대법원 2000. 1. 21. 선고 97다1013 판결: “보증계약이 성립한 후에 보증인이 알지도 못하는 사이에 주채무의 목적이거나 형태가 변경되었다면, ① 그 변경으로 인하여 주채무의 실질적 동일성이 상실된 경우에는 당초의 주채무는 경계로 인하여 소멸하였다고 보아야 할 것이므로 보증채무도 당연히 소멸하고, ② 그 변경으로 인하여 주채무의 실질적 동일성이 상실되지 아니하고 동시에 주채무의 부담 내용이 축소·감경된 경우에는 보증인은 그와 같이 축소·감경된 주채무의 내용에 따라 보증책임을 질 것이지만, ③ 그 변경으로 인하여 주채무의 실질적 동일성이 상실되지는 아니하고 주채무의 부담 내용이 확장·가중된 경우에는 보증인은 그와 같이 확장·가중된 주채무의 내용에 따른 보증책임을 지지 아니하고, 다만 변경되기 전의 주채무의 내용에 따른 보증책임만을 진다고 보아야 할 것이다.”

○ 대법원 1999. 9. 7. 선고 98다19578 판결: “확정채무에 대한 물상보증인이나 연대보증인은 그 채무의 이행기가 연장되고 그가 거기에 동의한 바 없더라도 물상보증인으로서의 책임이나 연대보증인으로서의 채무에

에 관하여 주채무자가 전부 또는 일부 승소하는 판결이 확정된 경우, 그 판결의 기판력이 보증인에게 미치는 미치지 아니하므로, 보증채무의 부종성 원칙에도 불구하고 보증인이 주채무자 승소판결을 원용하여 자신의 보증채무의 이행을 저절할 수는 없다.²⁵⁰⁴⁾

‘일부 보증’의 경우, 보증인으로서의 주채무자가 그의 단독 부담 부분 이상을 변제하였음을 주장·증명하여야 채무 소멸의 유효한 항변이 성립한다.²⁵⁰⁵⁾

계속적인 신용거래 관계로부터 장래 발생할 불특정 채무를 보증하기 위해 ‘근보증’을 하고 아울러 그 불특정 채무를 담보하기 위하여 동일인이 근저당권설정등기를 하여 ‘물상보증’도 한 경우에, 그 담보 범위가 서로 공통된 것인지(重疊 擔保), 아니면 상호 배타적으로 담보하는 것인지(累積 擔保)에 관하여, 판례는 원칙적으로 중첩적 담보로 본 것²⁵⁰⁶⁾과 원칙적으로 누적적 담보로 본 것²⁵⁰⁷⁾으로 나뉘어 일관되지 않는데, 전자가 근자의 것이다.

영향을 받지 아니한다.”

2504) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다228099 판결: 원고(채권자)와 주채무자 사이의 중재판정에서 주채무가 감축되고 주채무자의 동시이행항변권 주장이 받아들여졌으므로, 보증채무의 부종성 원칙과 보증인의 주채무자 항변권 원용 원칙에 따라 보증인인 피고의 보증채무를 감축하고 피고의 동시이행항변권 주장을 원심이 받아들여야 한다는 피고의 상고이유 주장에 대하여, 원고와 주채무자 간 중재판정의 기판력이 피고에게는 미치지 아니하므로, 법원은 중재판정의 기판력에 기속되지 아니하고 피고의 주장을 배척할 수 있다고 한 예.

2505) ○ 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다34017 판결: “연대보증인이 주채무자의 채무를 일정한 한도에서 보증하기로 하는 이른바 일부보증을 한 경우에는 달리 특별한 사정이 없는 한, 보증인은 보증한 한도 이상의 채무에 대하여는 그 책임이 없음은 물론이지만 주채무의 일부가 변제되었다고 하더라도 그 보증한 한도 내의 주채무가 남아 있다면 그 남아 있는 채무에 대하여는 보증책임을 면할 수 없다고 보아야”

○ 대법원 2016. 8. 25. 선고 2016다2840 판결: “연대보증인이 주채무자의 채무 중 일정 범위에 대하여 보증을 한 경우에 주채무자가 일부변제를 하면, 특별한 사정이 없는 한 그 일부변제금은 주채무자의 채무 전부를 대상으로 변제충당의 일반원칙에 따라 충당되는 것이고, 연대보증인은 이러한 변제충당 후 남은 주채무자의 채무 중 보증한 범위 내의 것에 대하여 보증책임을 부담한다.” ㉠ 甲(1심 공동피고)이 2011. 8. 18. 원고로부터 3억 원을 이율 연 18%, 변제기 2013. 8. 18.로 정하여 차용하였고, 피고는 그 중 원금 전부와 연 4%의 비율에 의한 이자 및 연 8%의 비율에 의한 지연손해금에 대하여만 연대보증을 한 사안에서, 甲이 2011. 8. 18.부터 2013. 11. 14.까지 원고에게 변제한 합계 248,500,000원은 연 18%의 비율에 의한 각 변제일까지의 이자 또는 지연손해금에 우선 충당되고 나머지가 원금에 충당되는 것이지, 피고에 대한 관계에서라도 연 4% 또는 연 8%의 비율에 의한 각 변제일까지의 이자 또는 지연손해금에만 우선 충당되고 나머지는 원금에 충당되는 것이 아니라 하고, 같은 방식으로 변제충당하면 2013. 11. 14. 현재 원금 162,781,434원이 남게 되므로, 결국 피고는 보증한 범위 내에서 위 변제충당 후의 남은 원금 전부와 이에 대한 연 8%의 비율에 의한 2013. 11. 15. 이후의 지연손해금에 대하여 연대보증책임을 부담한다고 판단한 예.

2506) ○ 대법원 2004. 7. 9. 선고 2003다27160 판결: “계속적인 신용거래 관계로부터 장래 발생할 불특정 채무를 보증하기 위해 이른바 보증한도액을 정하여 근보증을 하고 아울러 그 불특정 채무를 담보하기 위하여 동일인이 근저당권설정등기를 하여 물상보증도 한 경우에, 근보증약정과 근저당권설정계약은 별개의 계약으로서 원칙적으로 그 성립과 소멸이 따로 다루어져야 할 것이나, 근보증의 주채무와 근저당권의 피담보채무가 동일한 채무인 이상 근보증과 근저당권은 특별한 사정이 없는 한 동일한 채무를 담보하기 위한 중첩적인 담보로서 근저당권의 실행으로 변제를 받은 금액은 근보증의 보증한도액에서 공제되어야 할 것이다” ㉡ 따라서 중첩적 담보가 아닌 누적적 담보라는 특별한 사정에 대하여는 채권자가 주장·증명하여야 한다.

○ 대법원 1997. 11. 14. 선고 97다34808 판결: “물상보증과 연대보증의 피담보채무의 중첩성이 인정될 경우, 특히 근저당권이 담보하는 피담보채무와 연대보증계약상의 주채무가 동일한 것으로 보아야 할 경우에 달리 특별한 사정이 없는 한 근저당권의 소멸과 동시에 연대보증계약도 해지되어 장래에 향하여 그 효력을 상실한다고 봄이 상당하므로 연대보증인은 위 해지 이전에 발생한 보증채무에 대하여는 연대보증계약을 해지하였다고 하더라도 면제 등의 특별한 사정이 없는 한 그 책임을 면할 수는 없다고 할 것이다.”

2507) ○ 대법원 1993. 7. 13. 선고 93다17980 판결: “동일한 사람이 동일 채권의 담보를 위하여 연대보증계약과

보증한도액을 정한 근보증에 있어 보증채무는 특별한 사정이 없는 한 보증한도 범위 안에서 확정된 주채무 및 그 이자, 위약금, 손해배상 기타 주채무에 종속한 채무를 모두 포함하지만, 보증채무는 주채무와는 별개의 채무이기 때문에 보증채무 자체의 이행지체로 인한 지연손해금은 보증한도액과는 별도로 부담한다.²⁵⁰⁸⁾

계속적 채권관계에서 발생하는 주계약상 불확정 채무에 대하여 보증계약이 체결된 후 주계약상 거래기간이 연장되었으나 보증기간이 연장되지 아니함으로써 보증계약이 종료된 경우, 보증인은 보증계약 종료 시의 주계약상의 채무에 대하여만 보증책임을 지고, 보증기간 중의 채무와 보증기간 종료 후의 채무 사이에 변제이익의 점에서 차이가 없으므로, 주채무자가 변제한 금원은 이행기가 먼저 도래한 채무부터 변제충당된다.²⁵⁰⁹⁾

근저당설정계약을 체결한 경우라 하더라도, 위 두 계약은 별개의 계약이므로, 연대보증책임의 범위가 근저당권의 채권최고액의 범위 내로 제한되기 위하여는 이를 인정할 만한 특별한 사정의 존재가 입증되어야 하는 것이다.”
○ 대법원 1990. 1. 25. 선고 88다카26406 판결; “어느 한 사람이 같은 채권의 담보를 위하여 연대보증계약과 물상보증계약을 체결한 경우 부종성을 인정할 특별한 사정이 없는 한 위 두 계약은 별개의 계약이고, 따라서 보증책임의 범위가 담보부동산의 가액 범위 내로 제한된다고 할 수 없다.”

○ 대법원 1984. 12. 26. 선고 84다카1655 판결; “동일채권의 담보를 위하여 연대보증계약과 물상보증계약이 체결되었다 하더라도 연대보증계약과 물상보증계약은 엄연히 별개의 계약으로서 법률상 부종성이 없으므로 물상보증계약이 해제되었다 하더라도 특약이 없는 이상, 연대보증계약도 그와 운명을 같이하여 동시에 해제된다고 할 수 없다.”

2508) ○ 대법원 2000. 4. 11. 선고 99다12123 판결; “보증한도액을 정한 근보증에 있어 보증채무는 특별한 사정이 없는 한 보증한도 범위 안에서 확정된 주채무 및 그 이자, 위약금, 손해배상 기타 주채무에 종속한 채무를 모두 포함한다고 할 것이고, ... 보증채무는 주채무와는 별개의 채무이기 때문에 보증채무 자체의 이행지체로 인한 지연손해금은 보증한도액과는 별도로 부담하고 이 경우 보증채무의 연체이율에 관하여 특별한 약정이 없는 경우라면 그 거래행위의 성질에 따라 상법 또는 민법에서 정한 법정이율에 따라야 하며, 주채무에 관하여 약정된 연체이율이 당연히 여기에 적용되는 것은 아니지만, 특별한 약정이 있다면 이에 따라야 한다.”

○ 대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다74110 판결; “보증서의 보증금액은 보증인이 보증책임을 지게 될 주채무에 관한 한도액을 정한 것으로서 그 한도액에는 주채무자의 채권자에 대한 원금과 이자 및 지연손해금이 모두 포함되고 그 합계액이 보증의 한도액을 초과할 수 없지만, 보증채무는 주채무와는 별개의 채무이기 때문에 보증채무 자체의 이행지체로 인한 지연손해금은 보증의 한도액과는 별도로 부담하여야 하고, 이때 보증채무의 연체이율에 관하여 특별한 약정이 없는 경우라면 그 거래행위의 성질에 따라 상법 또는 민법에서 정한 법정이율에 따라야 한다.”

2509) 대법원 2021. 1. 28. 선고 2019다207141 판결; “계속적 채권관계에서 발생하는 주계약상의 불확정 채무에 대하여 보증한 경우 그 보증채무는 통상적으로 주계약상의 채무가 확정된 때에 이와 함께 확정된다. 그러나 채권자와 주채무자 사이에서 주계약상의 거래기간이 연장되었으나 보증인과 사이에서 보증기간이 연장되지 아니하는 등의 사정으로 보증계약 관계가 먼저 종료된 때에는 그 종료로 보증채무가 확정되므로, 보증인은 그 당시의 주계약상의 채무에 대하여 보증책임을 지고, 그 후의 채무에 대하여는 보증책임을 지지 아니한다. 한편 변제자가 주채무자인 경우, 보증인이 있는 채무와 보증인이 없는 채무 사이에는 변제이익의 점에서 차이가 없다고 보아야 하므로, 보증기간 중의 채무와 보증기간 종료 후의 채무 사이에서도 변제이익의 점에서 차이가 없다. 따라서 주채무자가 변제한 금원은 이행기가 먼저 도래한 채무부터 법이 정하는 바에 따라 변제충당을 하여야 한다.” ⇨ 원고는 청구원인으로, 원고와 소외인 간 청과물 거래약정에 따른 소외인의 채무를 피고가 3,000만 원 한도에서 연대보증한 이 사건 보증약정은 기간의 정함이 없는 한정근보증으로서 주계약에 따른 위 거래관계가 종료될 때까지 존속하였으므로, 피고는 위 거래관계가 종료된 2017. 2. 1.을 기준으로 확정된 주채무인 소외인의 원고에 대한 거래대금채무 84,647,938원 중 보증한도액인 3,000만 원을 지급할 의무가 있다고 주장하는 한편, 원고가 소외인으로부터 거래대금으로 2012. 9.에 79,627,272원, 같은 해 12.에 14,351,400원, 2013. 1.에 43,749,290원 등을 일괄받은 사실을 인정한 데 대하여, 피고는 “피고의 연대보증 기간은 보증인 보호를 위한 특별법 제7조 제1항(보증기간의 약정이 없는 때에는 그 기간을 3년으로 본다)에 따라 2012. 8. 6. 만료되었고, 원고의 청구는 그 이후에 발생한 주채무에 대한 것”이라는 취지로 다른 사안에

다) 소멸시효 항변

(1) 보증채무 시효소멸의 항변; 보증채무와 주채무의 소멸시효기간

보증채무가 주채무에 부종한다 할지라도 원래 보증채무는 주채무와는 별개의 독립된 채무이므로 보증채무와 주채무의 소멸시효기간은 그 채무의 성질에 따라 각각 별개로 정해진다.²⁵¹⁰⁾

채권자와 주채무자 사이의 확정판결에 의하여 주채무가 확정되어 그 소멸시효기간이 10년으로 연장되었다 할지라도 이로 인해 그 보증채무까지 당연히 단기소멸시효의 적용이 배제되어 10년의 소멸시효기간이 적용되는 것은 아니고, 채권자와 연대보증인 사이에 있어서 연대보증채무의 소멸시효기간은 여전히 종전의 소멸시효기간에 따른다고 보아야 한다.²⁵¹¹⁾

서, 원심이, 3년의 보증기간 종료일인 2012. 8. 5.을 기준으로 소외인의 원고에 대한 거래대금채무가 피고의 보증한도액을 초과하므로, 피고는 원고에게 3,000만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단하였으나, 대법원은, “피고의 위와 같은 주장에는 피고 주장의 위 보증기간 동안 발생한 주채무는 변제 등으로 소멸하였다는 취지가 포함되어 있다고 해석할 수 있다. 설령 그렇지 않다고 하더라도 원심으로서 피고에 대하여 설명권을 행사하여 보증기간의 만료로 보증책임을 없다는 취지가 무엇인지, 즉 이 사건 연대보증약정 종료 시에 주채무가 존재하지 않았다는 것인지, 아니면 그 이후의 변제로 모두 소멸하였다는 것인지 등을 분명히 함으로써 피고 주장의 내용을 명확하게 할 필요가 있었다. … 피고의 보증기간이 주계약상의 거래기간에 앞서 만료되는 경우 소외인의 원고에 대한 이 사건 거래대금채무 중에서 피고의 보증기간 내에 발생한 부분이 그 후에 발생한 부분보다 이행기가 먼저 도래하므로 소외인이 원고에게 이 사건 거래약정에 따라 지급한 금원은 소외인의 원고에 대한 전체 거래대금채무 중에서 이행기가 먼저 도래한 피고의 보증기간 내에 발생한 채무 부분에 우선하여 변제충당되어야 하고, 그렇다면 앞서 본 사정에 비추어 볼 때 피고의 보증채무는 소멸하였을 가능성이 크다.”라고 판단한 예.

2510) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다28031 판결.

2511) 대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다26287, 26294 판결. 그 이유로서, “민법 제440조가 ‘주채무자에 대한 시효의 중단은 보증인에 대하여 그 효력이 있다.’고 정한 것은 민법 제169조에서 ‘시효의 중단은 당사자 및 그 승계인 간에만 효력이 있다.’고 정한 것에 대한 예외를 인정한 것으로, 이는 보증채무의 부종성에 기인한 당연한 법리를 선언한 것이라기보다 채권자보호 내지 채권담보의 확보를 위하여 마련한 특별 조항인바, 위 조항은 상충하는 채권자와 보증채무자의 이해관계를 조절하는 조항이라는 점을 고려하면 이를 해석함에 있어서는 가급적 문언에 충실함이 바람직하다 할 것인데, 위 조항의 문언상 의미는 주채무자에 대한 시효중단의 사유가 발생하였을 때는 그 보증인에 대한 별도의 중단조치가 이루어지지 아니하여도 동시에 시효중단의 효력이 생기도록 한 것에 불과하고 중단된 이후의 시효기간까지 당연히 보증인에게도 그 효력이 미친다고 하는 취지는 아니다. 한편, 민법 제165조 제1항이 ‘판결에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당하는 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다.’고 정한 것은 단기소멸시효가 적용되는 채권이라도 판결에 의하여 채권의 존재가 확정되면 그 성립이나 소멸에 관한 증거자료의 일실 등으로 인한 다툼의 여지가 없어지고, 법률관계를 조속히 확정할 필요성도 소멸하며, 채권자로 하여금 단기소멸시효 중단을 위해 여러 차례 중단절차를 밟도록 하는 것은 바람직하지 않기 때문이다. 그런데 보증채무가 주채무에 부종한다 할지라도 원래 보증채무는 주채무와는 별개의 독립된 채무이어서 채권자와 주채무자 사이에서 주채무가 판결에 의하여 확정되었다고 하더라도 이로 인하여 보증채무 자체의 성립 및 소멸에 관한 분쟁까지 당연히 해결되어 보증채무의 존재가 명확하게 되는 것은 아니므로, 채권자가 보증채무에 대하여 뒤늦게 권리행사에 나선 경우 보증채무 자체의 성립과 소멸에 관한 분쟁에 대하여 단기소멸시효를 적용하여야 할 필요성은 여전히 남는다.”라고 상세히 밝히고 있다. 한편, 주채무자에 대한 확정판결에 의하여 민법 제163조 각호의 단기소멸시효에 해당하는 주채무의 소멸시효기간이 10년으로 연장된 상태에서 그 주채무를 보증한 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 보증채무에 대하여는 민법 제163조 각호의 단기소멸시효가 적용될 여지가 없고, 그 성질에 따라 보증인에 대한 채권이 민사채권인 경우에는 10년, 상사채권인 경우에는 5년의 소멸시효기간이 적용된다(대법원 2014. 6. 12. 선고 2011다 76105 판결).

(2) 주채무 시효소멸의 항변

민법 제433조²⁵¹²⁾에 따라, 주채무가 시효로 소멸한 때에는 보증인도 그 시효소멸을 원용할 수 있고,²⁵¹³⁾ 주채무자가 시효의 이익을 포기하더라도 보증인에게는 그 효력이 없다.²⁵¹⁴⁾ 주채무 시효소멸의 항변에 대하여 주채무자가 시효 이익을 포기하였다는 채권자의 주장은 그 주장 자체로 이유 없는 것으로서 유효한 재항변이라 할 수 없다.

주채무에 대한 소멸시효가 완성되어 보증채무가 소멸된 상태에서 보증인이 보증채무를 이행하거나 승인하였다고 하더라도, 주채무자가 아닌 보증인의 위 행위에 의하여 주채무에 대한 소멸시효 이익 포기 효과가 발생한다고 할 수 없고, 부종성을 부정하여야 할 다른 특별한 사정(주채무의 시효소멸에도 불구하고 보증채무를 이행하겠다는 의사의 표시나 채권자와의 약정 등²⁵¹⁵⁾)이 없는 한, 보증인은 여전히 주채무의 시효소멸을 이유로 보증채무의 소멸을 주장할 수 있다.²⁵¹⁶⁾

주채무인 회생채권이 소멸시효기간 경과 전에 '면책'된 경우에는, 보증인이 주채무의 소멸시효 완성을 원용할 수 없다.²⁵¹⁷⁾

2512) 민법 제433조(보증인과 주채무자항변권) ① 보증인은 주채무자의 항변으로 채권자에게 대항할 수 있다. ② 주채무자의 항변 포기는 보증인에게 효력이 없다.

2513) 보증채무에 대한 소멸시효가 중단되는 등의 사유로 완성되지 아니하였다고 하더라도, 주채무에 대한 소멸시효가 완성된 경우에는 시효완성의 사실로써 주채무가 당연히 소멸되므로 보증채무의 부종성에 따라 보증채무 역시 당연히 소멸된다(대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다51192 판결).
주장책임과 관련하여, 2000다62476 판결은, "피고들은 ... 이 사건 각 채무 중 임OO, 조OO, 김OO가 주채무자로 되어 있는 채무에 대하여 소멸시효가 완성되었다는 항변을 하였는바, 위 항변에는 피고들의 연대보증채무가 시효로 소멸되었다는 주장 외에 피고들이 연대보증한 주채무에 대하여 소멸시효가 완성됨으로써 피고들의 연대보증채무도 아울러 소멸되었다는 취지의 주장도 포함되어 있는 것으로 보아야 한다."고 하였다.

2514) 89다카1114.

2515) 대법원 2018. 5. 15. 선고 2016다211620 판결; "특별한 사정을 인정하여 보증채무의 본질적인 속성에 해당하는 부종성을 부정하려면 보증인이 주채무의 시효소멸에도 불구하고 보증채무를 이행하겠다는 의사를 표시하거나 채권자와 그러한 내용의 약정을 하였어야 하고, 단지 보증인이 주채무의 시효소멸에 원인을 제공하였다는 것만으로는 보증채무의 부종성을 부정할 수 없다."

2516) 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다51192 판결; 甲이 주채무자 乙 주식회사의 채권자 丙 주식회사에 대한 채무를 연대보증하였는데, 乙 회사의 주채무가 소멸시효 완성으로 소멸한 상태에서 丙 회사가 甲의 보증채무에 기초하여 甲 소유 부동산에 관한 강제경매를 신청하고 그 경매절차에서 배당금을 수령하여 채권의 일부 변제에 충당함에 대하여 甲이 아무런 이의를 제기하지 않은 사안에서, 변제 충당 등에 따른 보증채무에 대한 소멸시효 이익의 포기 효과가 발생할 수 있다는 사정만으로는 주채무에 대한 소멸시효 이익의 포기 효과가 발생하였거나 甲이 주채무의 시효소멸에도 불구하고 보증채무를 이행하겠다는 의사를 표시한 것으로 보기 부족하고 달리 보증채무의 부종성을 부정하여야 할 특별한 사정도 없으므로, 甲이 여전히 보증채무의 부종성에 따라 주채무의 소멸시효 완성을 이유로 보증채무의 소멸을 주장할 수 있다고 한 사례. ◀ 즉, 보증인의 주채무 시효소멸의 항변에 대하여, 채권자로서는 ① '주채무 소멸시효 완성 후 보증인이 보증채무를 이행하거나 승인했다는 점'이나 '보증인이 주채무의 시효소멸에 원인을 제공하였다는 점'의 주장·증명만으로는 부족하고, ② '보증인이 주채무의 시효소멸에도 불구하고 보증채무를 이행하겠다는 의사를 표시하거나 채권자와 그러한 내용의 약정을 하였다는 등의 특별한 사정'까지 주장·증명하여야 유효한 재항변이 된다.

2517) 대법원 2016. 11. 9. 선고 2015다218785 판결; "주채무인 회생채권이 그 소멸시효기간 경과 전에 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제251조에 의하여 실현되었다면 더 이상 주채무의 소멸시효 진행이나 중단이 문제될 여지가 없으므로, 이러한 경우 보증인은 보증채무 자체의 소멸시효 완성만을 주장할 수 있을 뿐 주채무의 소멸시효 완성을 원용할 수 없다." ▶ [동일 취지] 대법원 2021. 6. 30. 선고 2018다290672 판결; "회생채권

(3) 주채무자에 대한 시효중단으로 인한 보증채무 시효중단의 재항변

민법 제440조²⁵¹⁸⁾는 민법 제169조²⁵¹⁹⁾의 예외 규정으로서 주채무자에 대하여 시효중단의 사유가 발생하였을 때에는 보증인에 대하여 별도의 중단조치가 이루어지지 아니하여도 동시에 시효중단의 효력이 생기도록 한 것으로서 채권자보호와 채권담보의 확보를 위한 정책적 고려에서 나온 특별규정이고, 시효중단사유를 제한하지 않고 있으므로, 주채무자에 대한 '시효중단사유가 무엇인지에 관계없이' 보증인에 대해서도 시효중단의 효력이 생긴다.²⁵²⁰⁾

'개인회생채권자목록의 제출'이나 '개인회생채권자의 개인회생절차 참가'로 인한 시효중단의 효력도 민법 제440조에 따라 개인회생채무자의 채무를 주채무로 하는 보증채무에 미치고, 그 효력은 개인회생절차가 진행되는 동안에 그대로 유지된다.²⁵²¹⁾

이 그 소멸시효기간 경과 전에 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제251조에 의하여 실권되었다면 더 이상 그 채무의 소멸시효 중단이 문제 될 여지가 없다. 따라서 회생채권자가 제3자를 상대로 한 소송 계속 중에 회생채무자를 상대로 소송고지를 하고 그 소송고지에 실린 회생채무의 이행을 청구하는 의사가 표명되어 있더라도, 회생채권자는 그로써 다른 연대채무자나 보증인에 대하여 민법 제416조 또는 제440조에 따른 소멸시효 중단을 주장할 수 없다.” cf. 위 제251조(회생채권 등의 면책 등) 회생계획인가의 결정이 있는 때에는 회생계획이나 이 법의 규정에 의하여 인정된 권리를 제외하고는 채무자는 모든 회생채권과 회생담보권에 관하여 그 책임을 면하며, 주주·지분권자의 권리와 채무자의 재산상에 있던 모든 담보권은 소멸한다.

2518) 민법 제440조(시효중단의 보증인에 대한 효력) 주채무자에 대한 시효의 중단은 보증인에 대하여 그 효력이 있다.

2519) 민법 제169조(시효중단의 효력) 시효의 중단은 당사자 및 그 승계인 간에만 효력이 있다.

2520) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2020다46663 판결(따라서 채권자가 주채무자에 대하여 이행을 최고한 후 주채무자가 6개월 내에 '채무를 승인'한 경우 최고가 주채무자에게 도달한 때 시효중단의 효력이 발생한다고 보는 이상, 그 중단의 효력은 민법 제440조에 따라 보증인에게도 미친다. 민법 제433조 제2항에 따라 주채무자가 시효완성 후 시효이익을 포기한 경우 보증인에게 효력이 없다고 보는 것은 이 부분 해석에 영향을 미치지 않는다). 즉, 주채무자의 주채무 시효완성 '전' 채무승인에 의한 시효중단은 보증인에게 효력이 있으나, 주채무자의 주채무 시효완성 '후' 채무승인에 의한 시효포기는 보증인에게 효력이 없다. ─ [동일 취지] 시효중단사유가 압류, 가압류 및 가처분이라고 하더라도 이를 보증인에게 통지하여야 비로소 시효중단의 효력이 발생하는 것은 아니다[2005다35554, 35561; 채권자인 피고(반소원고)가 차용금채무의 시효 중단을 위하여 주채무자 재산에 가압류결정을 받았으나 그 사실을 보증인인 원고에게 통지하지 않았으므로 주채무자에 대한 시효중단의 효과가 원고에게는 미치지 않는다는 원고의 주장에 대하여, 원심이 민법 제440조는 보증인이 시효중단 사실을 통지받았는지 여부와 상관없이 적용된다는 이유로 배척한 것은 정당하다고 한 예]. cf. 민법 제176조(압류, 가압류, 가처분과 시효중단) 압류, 가압류 및 가처분은 시효의 이익을 받은 자에 대하여 하지 아니한 때에는 이를 그에 통지한 후가 아니면 시효중단의 효력이 없다.

2521) 대법원 2019. 8. 30. 선고 2019다235528 판결; “주채무자인 소외인이 상사 소멸시효기간 5년이 지나기 전인 2008. 1. 25. 개인회생 신청을 하면서 원고를 채권자로 하는 채권자목록을 제출하여 2008. 7. 15. 변제계획인가결정을 받았고, 원심 변론종결일까지도 절차가 진행 중이다. 소외인의 채무는 2008. 1. 25. 소멸시효가 중단되었고, 소외인의 개인회생절차가 폐지되지 않고 계속 진행 중인 이상 시효중단의 효력은 그대로 유지되며, 소외인에 대한 시효의 중단은 보증인인 피고에게도 효력이 있다. … 회사정리절차에서는 정리계획인가결정이 있으면 정리계획에 따른 권리변동 또는 면책의 효력이 생기고(구 회사정리법 제241조, 제242조 제1항), 화의 절차에서는 화의인가결정이 확정되면 화의조건에 따른 권리변동의 효력이 생긴다(구 화의법 제58조). 이처럼 회사정리계획인가결정이나 화의인가결정은 개인회생절차상 변제계획인가결정과 그 효력이 다르다. 따라서 상고이유에서 들고 있는 판례는 이 사건과 사안이 달라 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.” ─ 보증채무의 부종성을 배제하고 있는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제250조(회생계획의 효력범위) 제2항 규정이 있다 하여, 보증채무의 부종성에서 비롯된 당연한 규정이 아니라 채권자의 보호를 위하여 보증채무만이 따로 시효소멸하는 결과를 방지하기 위한 정책적 규정인 민법 제440조의 적용이 배제되는 것은 아니다(2007다11231

라) 보증인의 주채무자 채권에 의한 상계 항변

보증인은 주채무자의 채권에 의한 상계로 채권자에게 대항할 수 있다(민법 제434조). 이는 보증인이 주채무자의 채권으로 '직접' 상계할 수 있는 권리를 인정한 특별규정이다(보증인이 이행거절권을 갖는 것은 아니다).²⁵²²⁾ 이와 달리, 주채무자가 채권자에 대하여 취소권·해제권·해지권을 가지는 경우에는 그 동안 보증인은 채권자에 대하여 채무의 이행을 거절할 수 있는 '이행거절권'을 가질 뿐이고(민법 제435조), 직접 그 권리를 행사할 수는 없다.

마) 채권자의 담보 상실·감소행위에 따른 면책 항변

채권자의 담보 상실·감소행위에 따른 보증인(법정대위자)의 면책(민법 제485조)²⁵²³⁾ 항변의 요건사실은, ① '채권자의 고의나 과실로 담보가 상실되거나 감소된 사실', ② '그 상실·감소로 인하여 보증인(법정대위자)이 상환받을 수 없는 가액'이다('피고가 법정대위권자'라는 요건사실은 이미 청구원인 단계에서 드러나 있어 피고가 주장·증명할 필요가 없다).

여기서의 '담보'라 함은 주된 채무를 담보하기 위한 인적 담보 또는 물적 담보를 말하고, 담보의 상실 또는 감소의 전형적 예는 채권자가 인적 담보인 보증인의 채무를 면제해

참조).

2522) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2015다209347 판결: "건설산업기본법 ... 에서 정한 계약보증 ... 은 그 성질이 보증보험과 유사하나, 실질적으로 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하는 점에서 보증에 관한 민법 제434조 등의 규정이 유추적용된다. 따라서 건설공제조합은 계약자인 채무자의 채권에 의한 상계로 보증채권자에게 대항할 수 있고, 그 상계로 보증채권자의 채무자에 대한 채권이 소멸하는 만큼 건설공제조합의 보증채권자에 대한 계약보증금 지급채무도 소멸한다. ... 상계는 단독행위로서 상계를 할지는 채권자의 의사에 따른 것이고 상계적상에 있는 자동채권이 있다고 하여 반드시 상계를 해야 할 것은 아니다. 채권자가 주채무자에 대하여 상계적상에 있는 자동채권을 상계하지 않았다고 하여 이를 이유로 보증채무자가 보증한 채무의 이행을 거부할 수 없으며 나아가 보증채무자의 책임이 면책되는 것도 아니다." (주채무자에 대한 회생절차 개시로 보증인의 주채무자 상계권이 제한된 사안) ■ 한편, 공사도급계약을 해지하면서 그 동안의 기성고액을 수급인이 모두 수령한 것으로 하고, 그 대신 도급인이 수급인의 하수급인들에 대한 채무를 직접 지급하기로 정산할 의를 함으로써 수급인의 도급인에 대한 기성금청구채권이 소멸하여 수급인의 보증인이 민법 제434조에 따른 주채무자의 채권에 기한 상계권을 행사하지 못하게 된 경우, 비록 상계가 담보적 기능을 가지고 있다 할지라도 그것만으로 위와 같은 결과를 신의칙에 반하는 것으로 볼 수는 없다(2000다61435).

2523) 민법 제485조(채권자의 담보상실, 감소행위와 법정대위자의 면책) 제481조의 규정에 의하여 대위할 자가 있는 경우에 채권자의 고의나 과실로 담보가 상실되거나 감소된 때에는 대위할 자는 그 상실 또는 감소로 인하여 상환을 받을 수 없는 한도에서 그 책임을 면한다. ■ 이는 보증인 등 법정대위를 할 자가 있는 경우에 채권자에게 담보보존의무를 부담시킴으로써 대위할 자의 구상권과 대위에 대한 기대권을 보호하려는 것이다(대법원 2022. 12. 29. 선고 2017다261882 판결). 따라서 구상권의 발생이 예상되지 않는 경우에 합부로 유추적용하는 것은 적절하지 않다. 즉, 민법 제368조 제2항 후문의 유추적용으로 후순위저당권자가 사용자 소유 다른 부동산에 대한 경매절차에서 임금채권 우선변제권을 대위할 수 있는 기대를 가진다고 하더라도, 이에서 더 나아가 근로자가 후순위저당권자가 존재하는 사용자의 재산에 대하여 임금채권 우선변제권을 행사하는 경우에 바로 민법 제485조를 유추적용하여 근로자의 고의·과실로 후순위저당권자의 대위에 관한 위 기대를 침해한 한도에서 임금채권 우선변제권이 배제되거나 제한된다고 볼 수는 없고, 다만 근로자가 임금채권 우선변제권을 사용자의 일부 재산에 대하여만 선택적으로 행사하는 것이 권리남용으로 평가될 수 있는 정도에 이른 경우에 후순위저당권자의 대위에 관한 정당한 기대가 침해된 한도에서 임금채권 우선변제권이 배제되거나 제한될 수 있을 뿐이다(2005다77558).

주거나, 물적 담보인 담보물권을 포기하거나 순위를 불리하게 변경하거나, 담보물을 훼손하거나 반환하는 행위 등을 들 수 있다.^{2524) 2525)} 법정대위의 전제가 되는 보증 등의 시점 이전에 이미 소멸한 채권자의 담보에 대해서는 민법 제485조가 적용되지 않는다.²⁵²⁶⁾

면책 여부 및 그 범위의 기준시점은 '담보가 상실되거나 감소된 시점'이다.^{2527) 2528)}

2524) 대법원 2000. 12. 12. 선고 99다13669 판결.

2525) ㉠ 담보 상실·감소행위의 구체적 사례: ㉠ 2009다60527: "주채무자가 채권자에게 가등기담보권을 설정하기로 약정한 뒤 이를 이행하지 않고 있음에도 채권자가 그 약정에 기하여 가등기가처분 명령신청, 가등기설정등기 이행청구 등과 같은 담보권자로서의 지위를 보전·실행·집행하기 위한 조치를 취하지 아니하다가 당해 부동산을 제3자가 압류 또는 가압류함으로써 가등기담보권자로서의 권리를 제대로 확보하지 못한 경우도 담보가 상실되거나 감소된 경우에 해당한다고 할 것이다." ㉡ 97다28858: "양도담보로 제공된 부동산에 대하여 양도담보권자의 채권자가 가압류나 가처분의 기입등기를 경료하였다고 하더라도 그러한 사실만으로는 양도담보권자가 고의 또는 과실로 그 담보를 상실하거나 감소케 한 것이라고는 볼 수 없다." ㉢ 2000다37937: "약속어음의 소지인이 배서인에 대하여 가지는 소구권은 약속어음이 지급거절된 경우 어음금 지급에 대한 배서인의 담보책임의 이행을 구하는 권리이므로 소구권은 어음금 지급채무에 대한 담보라고 할 수 있고, 어음금 지급채무에 대한 민사상 보증인이 변제를 하게 되면 민법 제481조, 제482조에 따라 채권자인 소지인을 대위하여 담보에 관한 권리인 소구권을 행사할 수 있으며, 만일 채권자의 고의나 과실로 소구권이 상실되면 특별한 사정이 없는 한 그로 인하여 상환받을 수 없는 한도에서 위 보증인은 보증책임을 면하게 된다고 할 것" ㉣ 2000다51339: "경매절차에서 채권자가 착오로 실제 채권액보다 적은 금액을 채권채산서에 기재, 제출함으로써 배당받을 수 있었던 채권액을 배당받지 못한 경우, 그 중 연대보증인이 연대보증한 채무에 충당되었어야 할 금액에 대하여는 민법 제485조를 유추하여 면책하게 함이 상당하다"고 한 예. ㉤ 96다35774: 채권자가 일부 대위변제자에게 그가 대위변제한 비율을 넘어 근저당권 전부를 이전하여 준 경우, 결국 채권자는 근저당권의 피담보채무 중 일부를 대위변제한 다른 보증인이 법정대위권을 행사할 수 있는 채권의 담보를 고의로 상실되게 한 것이므로, 다른 보증인은 그의 보증채무를 이행함으로써 채권자에 대한 법정대위권자로서 근저당권을 실행하여 배당받을 수 있었던 금액의 한도에서 보증의 책임을 면한다고 한 사례.

2526) 대법원 2014. 10. 15. 선고 2013다91788 판결: "법정대위의 전제가 되는 보증 등의 시점 이전에 이미 소멸한 채권자의 담보에 대해서는 민법 제485조가 적용되지 않는다고 보아야 하고, 위와 같은 담보 소멸에 채권자의 고의나 과실이 있다거나 법정대위의 전제가 되는 보증 등의 시점 당시 소멸된 담보의 존재를 신뢰하였다는 등의 사정이 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다." ㉠ 원고(탈퇴)가 2004. 3. 29. 소외 회사에 9억 원을 대출(여신기한 2007. 3. 29.)함과 아울러, 그 담보로 소외 회사의 소외 공사에 대한 11억 7천만 원의 매매대금반환채권을 양도받았으나, 그 대항력을 갖추기 위해 소외 공사에 보낸 '승낙서'에 승낙의 대상인 양도채권을 특정하지 아니하였는데, 그 후 위 채권액을 초과하는 조세채권에 기한 압류결정이 소외 공사에 송달되었고, 2007. 3. 위 채무의 여신기간이 연장됨과 아울러, 피고가 위 채무에 관하여 근보증(한도 10억 8천만 원)계약을 체결한 사안에서, 원심이, ㉡ 원고(탈퇴)가 여신업무처리기준을 위반한 과실로 대항력을 갖추지 못하였고, 그 과실이 매우 중하다고 보이는 점, ㉢ 위 담보채권은 공기업에 대한 채권으로 부동산을 담보로 제공받은 경우보다 그 담보가치가 훨씬 높다고 평가되는 점, ㉣ 피고가 위 담보채권의 채권양도 및 그 대항력 취득이 정상적으로 이루어졌다고 신뢰한 상태에서 근보증하였고 이러한 피고의 신뢰는 보호되어야 하는 점, ㉤ 담보의 존재와 효력을 신용하고 보증한 보증인의 기대권 및 대위이익 보호라는 민법 제485조의 취지에 비추어, 유효한 담보가 존재하는 상황에서 보증하였다가 채권자의 고의나 과실로 담보가 상실된 경우뿐만 아니라, 담보가 이미 상실되었으나 보증인이 그와 같은 사정을 모른 채 위 담보가 보증 당시 유효하게 존재하고 자신이 보증책임을 다할 경우 변제자대위가 가능하리라고 신뢰하면서 보증한 경우도 보증인의 보호 필요성에 본질적인 차이가 없는 점 등을 들어, 피고가 담보 상실 사실을 모른 채 담보가 유효하게 존재한다고 신뢰하면서 이를 전제로 보증을 하였으나 그 담보가 원고(탈퇴)의 귀책사유로 이미 상실된 상태였던 이 사건의 경우에는 민법 제485조에 의하여 피고가 그 상실된 담보에 상응하는 보증책임을 면한다고 본 다음, 우선권 있는 조세채권에 기한 압류 무렵 위 담보채권의 담보로서의 가치가 상실되었고 담보채권액이 근보증한도액을 초과하는 이상, 피고는 보증채무를 면한다고 판단한 데 대하여, 대법원은, '위 채권이 이미 그 담보로서의 가치를 상실한 후 피고가 근보증계약을 체결한 이상, 민법 제485조가 적용될 수 없으므로 그 적용을 전제로 한 피고의 면책은 허용되지 않고, 피고가 이미 소멸한 담보채권의 존재를 신뢰하였다는 등의 사정은 근보증계약을 체결하게 된 동기 내지 경위에 불과할 뿐 민법 제485조의 적용 여부와는 무관하다.'라고 판단한 예.

근저당권설정등기의 말소등기가 마쳐진 경우, 채권자의 고의로 담보가 상실된 것으로 추정할 수 있으므로, 보증인(피고)의 면책항변에 대하여 채권자(원고)는 그 '말소등기가 자신의 의사에 기한 것이 아니라는 점'을 주장·증명하여야 한다.²⁵²⁹⁾

물상보증인의 경우 '면책'은, 채무자가 부담하는 근저당권의 피담보채무 자체의 소멸이 아니라, 피담보채무에 관한 물상보증인의 책임 소멸을 말한다.²⁵³⁰⁾

2527) ① 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007다66590 판결: "법정대위자가 면책되는지 여부 및 면책되는 범위는 담보가 상실 또는 감소된 시점을 표준시점으로 하여 판단하여야 한다." ㉠ 원고가 매매잔대금채권의 담보로 채무자 소의 1로부터 원고의 아들인 소의 2 명의로 채권최고액 1억 2천만 원의 2순위 토지 근저당권을 설정받았는데, 2003. 4. 22.경 소의 1에게 기망당하여 위 근저당권의 피담보채무를 변제받지 아니한 채 위 근저당권등기의 해지에 동의하는 바람에 등기가 말소된 사안에서, 원심이, '위 근저당권의 상실은 원고의 과실에 의한 것이어서, 그로 인하여 상환받을 수 없는 한도에서 보증인인 피고는 면책된다.'는 피고의 면책 주장을, '위 근저당권 상실로 원고가 그 채권을 상환받을 수 없게 되었다고 인정할 수 있는 증거가 없고, 토지 임의경매절차가 진행되어 실제 배당할 금액 281,903,468원 중 17,340원이 1순위로 세무서장에게, 8,863,710원이 2순위로 군수에게, 273,022,418원이 3순위로 1순위 근저당권자인 새마을금고에 각 배당된 사실을 인정할 수 있을 뿐'이라는 이유로, 배척한 데 대하여, 대법원은, '위 근저당권설정등기 말소 당시 토지의 시가가 557,856,000원인 반면, 1순위 근저당권의 채권최고액은 3억 5,100만 원에 불과하였던 사실 등을 알 수 있는바, 위 근저당권의 상실은 원고의 과실에 의한 것으로 볼 여지가 충분하고, 위 근저당권의 상실로 인하여 원고는 그 채권최고액인 1억 2,000만 원을 상환받을 수 없게 되었으므로, 피고는 위 근저당권이 말소된 때에 보증채무를 면하였다고 보아야 하고, 한편 위 근저당권이 말소된 후 임의경매절차에서 위 토지가 그 시가 이하로 매각됨으로써 위 근저당권에 기하여는 배당받을 수 없었다 하더라도, 이러한 사정은 피고가 이미 면책된 후의 사정에 불과하여 이를 참작할 수는 없다'고 한 예. ㉡ 대법원 2001. 12. 24. 선고 2001다42677 판결: 원심이, '면책의 여부 또는 면책의 액을 결정하는 표준시기는 객관적으로 보아 담보권을 실행하거나 또는 실행할 수 있었을 때'라고 한 데 대하여, '근저당권을 말소하여 준 시점'을 표준시점으로 하여야 한다고 판시. ㉢ 원심은 학설상 다수설에 따른 것이나, 그 표준시기가 구체적인 경우 불명확하므로 판례의 태도가 옳다.

2528) ㉠ 면책 범위; ① 2001다36283: "담보가 상실된 경우 대위권자의 면책범위는 그 상실 당시의 교환가치 상당액을 기준으로 삼아야 하므로, 원심이 채권자가 담보를 취득할 당시의 교환가치 상당액을 기준으로 삼은 것은 잘못이다." ㉡ 2001다67768: "소구권의 상실로 인하여 상환을 받을 수 없는 금액은 원칙적으로 약속어음의 액면금액 전액이 되는 것이지 어음상 채무자의 인원수 중 소구권이 소멸한 소구의무자의 인원수의 비율로 계산한 금액이 된다고 볼 수는 없으며, 다만 소구권이 상실된 때에 그 소구의무자의 변제자력이 약속어음의 액면금액보다 부족하였다는 특별한 사정이 인정되는 경우에는 그 변제자력 상당액이 된다."

2529) 대법원 1994. 9. 23. 선고 94다5359 판결: "대여금채권을 담보하기 위하여 채권자 앞으로 근저당권설정등기가 경료된 경우, 근저당권의 권리명의인인 채권자는 말소등기절차상 등기신청인이 되므로 근저당권의 말소등기가 되었다면 일용 그 말소등기는 채권자의 의사에 기하여 이루어진 것이고 따라서 채권자의 고의로 담보가 상실되었다고 추정할 수 있으나, 근저당권의 말소등기가 채권자의 의사에 기하여 이루어진 것이 아니라는 입증에 있는 경우에는 위와 같이 볼 수 없다."

2530) ○ 대법원 2017. 10. 31. 선고 2015다65042 판결: "물상보증인은 근저당권의 피담보채무를 변제할 정당한 이익이 있는 자로서 그 변제로 채권자를 대위할 법정대위권이 있다. 채권자가 고의나 과실로 담보를 상실하게 하거나 감소하게 한 때에는 특별한 사정이 없는 한 물상보증인의 대위권을 침해하는 것이므로 물상보증인은 민법 제485조에 따라 그 상실 또는 감소로 인하여 상환을 받을 수 없는 한도에서 면책 주장을 할 수 있다. 여기서 물상보증인이 면책 주장을 할 수 있다는 것은 채무자가 부담하는 근저당권의 피담보채무 자체가 소멸한다는 뜻은 아니고 피담보채무에 관한 물상보증인의 책임이 소멸한다는 의미이다. ... 보증인 등 법정대위를 할 자가 있는 경우에 채권자는 민법 제485조에 따른 담보보존의무를 부담하므로, 채권자인 피고가 언제든지 자유롭게 일부 담보를 포기하고 나머지 담보로부터 채권 전부의 만족을 얻을 수 있는 것은 아니다. 또한 채권자인 피고가 공동근저당권 가운데 일부를 포기함으로써 물상보증인인 원고의 대위권을 침해하였다면, 비록 피담보채무 자체가 소멸하는 것은 아니지만 원고는 민법 제485조에 따라 상환을 받을 수 없는 한도에서 물상보증인으로서의 책임을 면한다. 안분분담권이 침해되었다는 이유로 일정한 범위에서 피담보채무가 소멸되었다는 확인을 구하는 원고의 청구에는 민법 제485조에 따른 책임 소멸의 확인을 구하는 취지도 포함되어 있다고 해석할 수 있다. 원심으로서 원고의 청구 취지를 명확히 한 다음 피고가 이 사건 근저당권을 일부 포기함으로써 물상보증인의 책임이 소멸하는 범위에 관하여 심리·판단해 보았어야 한다. ... 향후에 이 사건 근저당권이 실행

민법 제485조의 면책규정은 임의규정이므로, 채권자(원고)는 ‘면책 포기·제한의 특약’을 주장·증명하여 재항변할 수 있다.²⁵³¹⁾

(손해배상책임) ① 채권자가 제3자에 대하여 자신의 담보권을 성실하게 보존·행사하여야 할 의무를 부담하는 ‘특별한 사정’이 인정되는 경우에는 채권자의 담보권의 포기 행위가 ‘불법행위’에 해당할 수 있다.²⁵³²⁾ ② 일부 대위변제자의 채무자에 대한 구상채권에 대하여 보증한 사람이 보증채무 변제로 일부 대위변제자를 다시 대위하는 경우, 일부 대위변제자는 보증채무 변제자가 채권자 등을 상대로 채권자와 일부 대위변제자 간 ‘우선 회수 특약’에 따른 권리를 주장할 수 있도록 권리의 승계 등에 관한 절차를 이행할 의무가 있고, 이를 위반하여 보증채무 변제자가 손해를 입은 경우 손해배상책임을 진다.²⁵³³⁾

되는 등으로 경매절차에서 담보부동산이 매각되어 배당표가 작성된 때에는 위와 같은 책임소멸의 확인보다는 책임 소멸을 전제로 실제적 배당수령권의 존부나 범위에 관하여 배당이의의 소 등을 제기하는 것이 분쟁을 직접적으로 해결하는 유효·적절한 수단이 될 수 있을 것이다.”

○ 대법원 2018. 7. 11. 선고 2017다292756 판결: “채무자 소유 부동산과 물상보증인 소유 부동산에 공동근저당권을 설정한 채권자가 공동담보 중 채무자 소유 부동산에 대한 담보 일부를 포기하거나 순위를 불리하게 변경하여 담보를 상실하게 하거나 감소하게 한 경우, 물상보증인은 그로 인하여 상환받을 수 없는 한도에서 책임을 면한다. 그리고 이 경우 그 공동근저당권자는 나머지 공동담보 목적물인 물상보증인 소유 부동산에 관한 경매절차에서, 물상보증인이 위와 같이 담보 상실 내지 감소로 인한 면책을 주장할 수 있는 한도에서는, 물상보증인 소유 부동산의 후순위 근저당권자에 우선하여 배당받을 수 없다.”

2531) 대법원 1987. 4. 14. 선고 86다카520 판결: “민법 제485조의 면책규정은 법정대위권자로 하여금 구상의 실을 견을 수 있도록 하기 위하여 채권자에게 담보의 보존을 간접적으로 강제하는 취지의 규정으로서 그 규정 목적이 오로지 법정대위권자의 이익보호에 있으므로 위 규정은 그 성질상 임의규정으로 보아야 할 것이고 따라서 법정대위권자로서는 채권자와의 특약으로서 위 규정에 의한 면책이익을 포기하거나 면책의 사유와 범위를 제한 내지 축소할 수도 있다고 할 것”

2532) 대법원 2022. 12. 29. 선고 2017다261882 판결: 채무자 피고 1과 물상보증인 원고가 1/2 지분씩 소유하는 토지에 1순위 공동저당권을 보유하고 있던 채권자 피고 2가 원고 지분에 관하여만 임의경매를 신청하여 원고 지분이 매각되고 매각대금의 배당절차만이 남겨진 상태에서, 피고 2가 곧 변제자대위의 대상이 될 채무자에 대한 근저당권설정등기를 말소하여 줄으로써 저당권을 포기한 행위는, 변제자대위에 의하여 취득한 권리의 침해에 준하는 물상보증인의 변제자대위에 대한 정당한 기대를 침해하는 행위로서 불법행위에 해당하고, 이는 원고가 피고 2에 대한 배당에 관하여 배당이의를 통하여 민법 제485조에 따른 면책을 주장하지 않았거나, 그 면책을 전제로 피고 2에 대하여 면책되는 금액 상당의 배당금에 관한 부당이득반환을 청구할 수 있다고 하더라도 달라지지 않는다고 한 예. ➡ 2001다42677: “채권자가 자신의 채권이나 담보권을 행사할지 여부는 채권자가 자유롭게 선택할 수 있는 영역에 속하는 것이므로 채권자가 제3자에 대하여 자신의 채권이나 담보권을 성실하게 행사하여야 할 의무를 부담하는 특단의 사정이 없는 한 채권자가 자신의 채권이나 담보권을 행사하지 않거나 포기하였다고 하여 이를 불법행위에 해당한다고 할 수는 없는 것이고, 대위변제의 정당한 이익을 갖는 자가 채권자의 담보상실 또는 감소 행위를 들어 민법 제485조 소정의 면책을 주장할 수 있음은 별론으로 하더라도 대위변제의 정당한 이익을 갖는 자가 있다는 사실만으로 채권자가 자신의 채권이나 담보권을 성실히 행사하여야 할 의무를 부담한다고는 할 수 없다.”(불법행위 성립을 부정한 예).

2533) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2015다206973 판결: “변제할 정당한 이익이 있는 사람이 채무자를 위하여 채권의 일부를 대위변제할 경우에 대위변제자는 변제한 가액의 범위 내에서 종래 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 취득하므로, ... 채권자는 대위변제자에게 일부 대위변제에 따른 저당권 일부 이전의 부기등기를 할 의무를 진다. ... 이 경우에도 채권자는 일부 대위변제자에 대하여 우선변제권을 가진다 할 것이고, 다만 일부 대위변제자와 채권자 사이에 변제의 순위에 관하여 따로 약정(‘우선회수특약’)을 하였다면 그 우선회수특약에 따라 변제의 순위가 정해진다. ... 변제로 채권자를 대위하는 경우에 ‘채권 및 그 담보에 관한 권리’가 변제자에게 이전될 뿐 계약당사자의 지위가 이전되는 것은 아니다. ... 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

바) 단순보증인의 최고와 검색의 항변권

단순보증인은 민법 제437조²⁵³⁴⁾ 본문에 따라, '주채무자에게 변제자력이 있고 집행이 용이한 사실'을 증명함으로써 최고와 검색의 항변권을 행사할 수 있고, 단순히 주채무자에게 먼저 청구할 것을 항변할 수는 없다.²⁵³⁵⁾ 보증인의 최고와 검색의 항변권은 '권리항변'에 해당하므로 그 요건사실의 주장·증명만으로써는 부족하고 항변권을 행사하는 의사표시를 하지 않으면 안 된다.

'주채무자에게 이미 청구하고 그 재산에 대하여 집행하는 등 권리를 행사하였다'는 점은 최고·검색의 항변권의 권리발생장애사유 내지 소멸사유로서 채권자가 주장·증명하여야 할 재항변 사유이다.²⁵³⁶⁾

보증인은 ① '보증인의 항변에도 불구하고 채권자가 최고·검색을 해태한 사실' 및 ② '채권자의 해태로 미변제된 금액(면책 범위)'²⁵³⁷⁾을 주장·증명하여 항변할 수도 있다.²⁵³⁸⁾

사) 채권자 의무 위반과 신의칙에 따른 책임 제한 및 해지

채권자가 보증인에 대한 '정보제공의무'나 '통지의무'^{2539) 2540)}를 '위반'하여 보증

대위변제자 사이의 약정에 지나지 아니하는 '우선회수특약'이 '채권 및 그 담보에 관한 권리'에 포함된다고 보기는 어렵다. ... 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. ... '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 ... 보증채무 변제자가 대위로 이전받은 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 인하여 그 보증채무 변제자가 채권자 등에 대하여 그 권리를 주장할 수 없게 되어 손해를 입은 경우에는 그에 대한 손해배상책임을 진다고 봄이 타당하다."

2534) 민법 제437조(보증인의 최고, 검색의 항변) 채권자가 보증인에게 채무의 이행을 청구한 때에는 보증인은 주채무자의 변제자력이 있는 사실 및 그 집행이 용이할 것을 증명하여 먼저 주채무자에게 청구할 것과 그 재산에 대하여 집행할 것을 항변할 수 있다. 그러나 보증인이 주채무자와 면대하여 채무를 부담한 때에는 그러하지 아니하다.

2535) 대법원 1968. 9. 24. 선고 68다1271 판결.

2536) 민법주해 채권(3), 1995, 293면(박병대 집필).

2537) 민법 제438조(최고, 검색의 해태의 효과) 전조의 규정에 의한 보증인의 항변에 불구하고 채권자의 해태로 인하여 채무자로부터 전부나 일부의 변제를 받지 못한 경우에는 채권자가 해태하지 아니하였으면 변제받았을 한도에서 보증인은 그 의무를 면한다.

2538) 민법주해 채권(3), 1995, 299면(박병대 집필). 이에 대하여, 채권자가 최고와 검색을 게을리 하지 않았음을 증명하지 못하면 그 한도 내에서 보증인은 면책된다는 견해도 있다.

2539) 민법 제436조의2(채권자의 정보제공의무와 통지의무 등) ① 채권자는 보증계약을 체결할 때 보증계약의 체결 여부 또는 그 내용에 영향을 미칠 수 있는 주채무자의 채무 관련 신용정보를 보유하고 있거나 알고 있는 경우에는 보증인에게 그 정보를 알려야 한다. 보증계약을 갱신할 때에도 또한 같다.

② 채권자는 보증계약을 체결한 후에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 지체 없이 보증인에게 그 사실을 알려야 한다.

1. 주채무자가 원본, 이자, 위약금, 손해배상 또는 그 밖에 주채무에 종속한 채무를 3개월 이상 이행하지 아니

인에게 손해를 입힌 경우, 법원은 그 내용과 정도 등을 고려하여 보증채무를 감경하거나 면제할 수 있고, 금융기관이 채무관련 신용정보 제시요구에 응하지 아니하는 경우에 보증인은 보증계약의 해지를 통고할 수 있다.²⁵⁴¹⁾

채권자가 보증인에게 주채무의 전부이행을 청구하는 것이 '신의칙에 반'하는 것으로 인정될 만한 '특별한 사정'²⁵⁴²⁾이 있는 경우에는 보증인의 책임을 합리적인 범위 내에서 제한할 수 있는데(직권판단사항),²⁵⁴³⁾ 특정채무를 보증하는 '일반보증'의 경우에는 신중을 기하여 극히 예외적으로 인정하여야 한다.²⁵⁴⁴⁾

도급인은 지체상금 등 공사도급계약상 손해배상채무의 연대보증인과의 관계에서 손해

하는 경우

2. 주채무자가 이행기에 이행할 수 없음을 미리 안 경우

3. 주채무자의 채무 관련 신용정보에 중대한 변화가 생겼음을 알게 된 경우

③ 채권자는 보증인의 청구가 있으면 주채무의 내용 및 그 이행 여부를 알려야 한다.

④ 채권자가 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 의무를 위반하여 보증인에게 손해를 입힌 경우에는 법원은 그 내용과 정도 등을 고려하여 보증채무를 감경하거나 면제할 수 있다.

2540) **보증인 보호를 위한 특별법 제5조(채권자의 통지의무 등)** ① 채권자는 주채무자가 원본, 이자 그 밖의 채무를 3개월 이상 이행하지 아니하는 경우 또는 주채무자가 이행기에 이행할 수 없음을 미리 안 경우에는 지체 없이 보증인에게 그 사실을 알려야 한다. ② 채권자로서 보증계약을 체결한 금융기관은 주채무자가 원본, 이자 그 밖의 채무를 1개월 이상 이행하지 아니하는 경우에는 지체 없이 그 사실을 보증인에게 알려야 한다. ③ 채권자는 보증인의 청구가 있으면 주채무의 내용 및 그 이행 여부를 보증인에게 알려야 한다. ④ 채권자가 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 의무를 위반한 경우에는 보증인은 그로 인하여 손해를 입은 한도에서 채무를 면한다. <신설 2010. 3. 24>

2541) **보증인 보호를 위한 특별법 제8조(금융기관 보증계약의 특칙)** ① 금융기관이 채권자로서 보증계약을 체결할 때에는 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」에 따라 종합신용정보집중기관으로부터 제공받은 채무자의 채무관련 신용정보를 보증인에게 제시하고 그 서면에 보증인의 기명날인이나 서명을 받아야 한다. 보증기간을 갱신할 때에도 또한 같다. ② 금융기관이 제1항에 따라 채무자의 채무관련 신용정보를 보증인에게 제시할 때에는 채무자의 동의를 받아야 한다. ③ 금융기관이 제1항에 따라 보증인에게 채무관련 신용정보를 제시하지 아니한 경우에는 보증인은 금융기관에 대하여 보증계약 체결 당시 채무자의 채무관련 신용정보를 제시하여 줄 것을 요구할 수 있다. ④ 금융기관이 제3항에 따라 채무관련 신용정보의 제시요구를 받은 날부터 7일 이내에 그 요구에 응하지 아니하는 경우에는 보증인은 그 사실을 안 날부터 1개월 이내에 보증계약의 해지를 통고할 수 있다. 이 경우 금융기관이 해지통고를 받은 날부터 1개월이 경과하면 해지의 효력이 생긴다.

2542) 보증인이 보증책임에 관하여 다투는 채무부존재확인소송을 진행하면서 장기간 채무이행을 하지 않아 이로 인하여 보증 당시 예상하지 못한 과도한 지연손해금이 발생하게 된 경우는 채권자의 신의칙에 반하는 행위로 인한 것이 아니라 보증인이 자초한 사정이므로 이로써 보증책임의 범위를 제한할 것은 아니다(2005다35554, 35561).

2543) 이 경우, 그와 같이 제한된 비율에 상응한 정당한 보증채무액에 대하여는 이행청구를 받은 이후부터 보증한도액과 별도로 지연손해금이 발생할 수 있으므로, 이행청구 당시의 전체 보증채무액에 대하여 먼저 책임제한 비율을 적용하여 그 중 정당한 채무액을 산정하여야지, 전체 보증채무액에 대한 이행청구 이후 판결 선고일에 이르기까지 발생한 모든 지연손해금까지를 먼저 합산하고 이에 보증한도액을 적용한 다음에 비로소 책임제한 비율을 적용하여서는 아니 된다(97다1433). 당사자의 주장이 없더라도 법원이 직권으로 판단할 수 있다(94다42129).

2544) 채권자와 채무자 사이에 계속적인 거래관계에서 발생하는 불확정한 채무를 보증하는 이른바 계속적 보증의 경우뿐만 아니라 특정채무를 보증하는 일반보증의 경우에 있어서도, 채권자의 권리행사가 신의칙에 비추어 용납할 수 없는 성질의 것인 때에는 보증인의 책임을 제한하는 것이 예외적으로 허용될 수 있을 것이나, 일단 유효하게 성립된 보증계약에 따른 책임을 신의칙과 같은 일반원칙에 의하여 제한하는 것은 자칫 잘못하면 사적 자치의 원칙이나 법적 안정성에 대한 중대한 위협이 될 수 있으므로 신중을 기하여 극히 예외적으로 인정하여야 한다(2003다45410).

배상채무의 발생이나 확대를 방지하는 도급계약상의 각종 장치가 그 취지대로 가동되도록 적절히 권한을 행사함으로써 예상 밖으로 손해배상의 범위가 확대되는 것을 방지할 신의칙상의 의무가 있고, 만일 도급인이 고의 또는 과실로 그러한 장치의 가동을 불가능하게 하여 손해배상채무가 확대되었다면 그 한도 안에서 연대보증인은 책임을 면한다.²⁵⁴⁵⁾

‘계속적 보증’에서 보증인의 주채무자에 대한 신뢰가 깨어지는 등 정당한 이유가 있는 경우에는 ‘신의칙’에 따라 보증인은 보증계약을 ‘해지’할 수 있다(예컨대, 임직원의 지위에서 부득이 회사의 계속적 거래관계로 인한 불확정한 채무에 대하여 보증인이 된 자가 그 지위를 떠난 경우 ‘사정변경’을 이유로 보증계약을 ‘해지’할 수 있다).²⁵⁴⁶⁾

2545) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2002다59764 판결: “지체상금과 같은 공사도급계약상의 손해배상채무는 그 발생이 불확실하고 범위 역시 불확정적이어서 경우에 따라서는 감당하기 어려운 정도의 거액에 달할 수도 있는 것이므로, 그러한 채무를 연대보증하는 사람으로서는 당해 도급계약을 검토하여 채무의 발생가능성과 그 범위를 미리 예측한 바탕 위에서 연대보증을 하는 것이 통상적이고, 이 경우 그 도급계약에 손해배상채무의 발생이나 확대를 방지하는 장치가 마련되어 있다면 그러한 장치는 일종의 담보적 기능을 하는 극히 중요한 사항으로서 연대보증계약을 체결함에 있어 당사자들은 그 장치가 도급계약상의 취지대로 가동될 것을 당연한 전제로 하여 예후를 가능하게 될 것이다. 그런데 일반적으로 그러한 장치는 도급계약의 직접 당사자인 도급인에게만 이를 가동할 권한이 있을 뿐 연대보증인에게서는 아무런 권한이 없는 경우가 대부분이므로, 위와 같은 거래상의 신뢰관계에 비추어 도급인으로서 연대보증인과의 관계에서 손해배상채무의 발생이나 확대를 방지하는 도급계약상의 각종 장치가 그 취지대로 가동되도록 적절히 권한을 행사함으로써 예상 밖으로 손해배상의 범위가 확대되는 것을 방지할 신의칙상의 의무가 있다고 할 것이고, 만일 도급인이 고의 또는 과실로 그러한 장치의 가동을 불가능하게 하여 손해배상채무가 확대되었다면 그 한도 안에서 연대보증인은 책임을 면한다고 해석함이 상당한바, 이러한 법리는 채권자의 고의 또는 과실로 담보가 상실 또는 감소된 경우 보증인 등의 책임을 감면하도록 한 민법 제485조로부터 유추될 수 있는 것이기도 하다.”

2546) 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015다12130 판결: “계속적 보증은 계속적 거래관계에서 발생하는 불확정한 채무를 보증하는 것으로 보증인의 주채무자에 대한 신뢰가 깨어지는 등 정당한 이유가 있는 경우에는 보증인으로 하여금 그 보증계약을 그대로 유지·존속시키는 것이 신의칙상 부당하므로 특별한 사정이 없는 한 보증인은 보증계약을 해지할 수 있다. 이때 보증계약을 해지할 정당한 이유가 있는지 여부는 보증을 하게 된 경위, 주채무자와 보증인의 관계, 보증계약의 내용과 기간, 채무증가의 구체적 경과와 채무의 규모, 주채무자의 신용상실 여부와 그 정도, 보증인의 지위 변화, 채권자와 보증인의 이익상황, 주채무자의 자력에 관한 채권자나 보증인의 인식 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 회사의 임원이나 직원의 지위에 있었기 때문에 부득이 회사와 제3자 사이의 계속적 거래에서 발생하는 회사의 채무를 연대보증한 사람이 그 후 회사에서 퇴직하여 임직원의 지위에서 떠난 때에는 연대보증계약의 기초가 된 사정이 현저히 변경되어 그가 계속 연대보증인의 지위를 유지하도록 하는 것이 사회통념상 부당하다고 볼 수 있다. 이러한 경우 연대보증인은 특별한 사정이 없는 한 연대보증계약을 일방적으로 해지할 수 있다고 보아야 한다. 보험자가 보험계약자와 현재 또는 장래에 체결하는 보증보험계약에 관하여 보증기간과 보증한도액을 정하여 보증보험 한도기대 약정을 하면서 보험계약자의 채무불이행 등 보험사고 발생으로 보험금을 지급할 경우, 보험계약자가 보험자에게 부담하게 될 불확정한 구상채무를 보증한 사람도 위와 같은 사정이 있는 경우에는 마찬가지로 해지권을 행사할 수 있다고 보아야 한다. 한편 보증보험계약에서 이행을 담보하는 주계약상의 채무가 확정되기 전에 구상채무의 보증인이 적법하게 보증계약을 해지하면 구체적인 보증채무가 발생하기 전에 보증계약관계가 종료된다. 따라서 그 이후 보험사고가 발생하여 보험자의 보험금지급채무가 확정되고 나아가 보험계약자의 구상채무까지 확정되더라도 구상채무의 보증인은 그에 관하여 보증책임을 지지 않는다. … 상고이유에서 들고 있는 … 판결은 구상채무의 보증인이 퇴사하거나 보증기간이 종료하기 전에 구상채권자가 채무액과 변제기 등이 특정되어 있는 확정채무를 보증한 사안에 관한 것으로서 이 사건과는 사안이 다르다.”

아) 회사 보증행위의 무효의 항변

채권자(원고)가 회사(피고)의 대표이사가 회사를 대표하여 한 보증계약에 기초하여 보증채무의 이행을 청구하는 경우, 회사(피고)는 권리발생의 장애사유로서, ① 대표권 남용 및 그에 대한 원고의 악의·과실, ② 상법 제398조 소정의 이사 또는 주요주주 등의 자기거래행위에 대한 이사회 승인의 부존재 및 그에 대한 원고의 악의·중과실, ③ 상법 제393조 제1항(이사회에 대한 대표권에 대한 법률상 제한) 또는 정관·이사회 규정 등(대표권에 대한 내부적 제한)에서 정한 '이사회 결의 사항'에 대한 이사회 결의의 부존재 및 그에 대한 원고의 악의·중과실, ④ 상법 제542조의9 제1항을 위반하여 '상장회사인 피고가 그 이사, 주요주주 등을 위하여 보증한 사실' 및 그에 대한 원고의 악의·중과실을 주장·증명하여 보증계약이 무효임을 항변할 수 있다.^{2547) 2548)}

자) 신원보증인의 책임

신원보증인의 책임은 피보증인이 배상해야 할 손해액을 기초로 그 책임원인이 되는 사유 발생 전후의 일체의 사정을 참작하여 정해야 하므로,²⁵⁴⁹⁾ 이미 피보증인의 배상

2547) ◎ 회사의 보증행위의 효력

① 회사가 거래관계 또는 자본관계에 있는 주채무자를 위하여 보증하는 등의 행위는, 그 행위의 객관적 성질에 비추어 특별한 사정이 없는 한 회사의 목적범위 내의 행위이지만(2005다480), ② 대표이사가 대표권의 범위 내에서 한 보증행위라도 회사의 영리목적과 관계없이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용하고 상대방이 대표이사의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 회사에 대하여 무효가 된다(2013다5091). ③ 대표이사가 회사를 대표하여 대표이사 개인을 위하여 그의 개인 채권자인 제3자와 사이에 연대보증 계약을 체결하는 것과 같이 상법 제398조 소정의 이사의 자기거래행위에 해당하여 이사회 결의를 거쳐야 함에도 이를 거치지 아니한 경우, 거래상대방이 이사회 결의가 없었음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하며, 거래상대방이 이사회 결의가 없음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 사정은 이를 주장하는 회사가 주장·증명하여야 한다(2013다16473). ④ 대표이사가 상법 제393조 제1항(법률상 제한) 또는 정관이나 이사회 규정 등(내부적 제한)에 따라 이사회 결의를 거쳐야 할 보증 등의 대외적 거래행위에 관하여 이를 거치지 않은 경우, 거래 상대방이 이사회 결의가 없었다는 점에 대하여 '선의·무중과실'이라면 그 거래행위가 '유효'하고, 거래 상대방이 '악의·중과실'이면 그 거래행위는 '무효'인데, 이는 회사가 주장·증명하여야 한다(대법원 2021. 2. 18. 선고 2015다45451 전원합의체 판결). ⑤ 상법 제542조의9 제1항을 위반한 '상장회사의 그 이사, 주요주주 등에 대한 신용공여(채무이행의 보증 등)'는 사법상 무효이고, 제3자가 그에 대해 알지 못하였고 알지 못한 데에 중대한 과실이 없는 경우(제3자의 선의·무중과실) 그 제3자에 대하여는 무효를 주장할 수 없는데, 거래의 무효를 주장하는 쪽이 제3자의 악의 또는 중과실을 증명하여야 한다(대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다261943 판결).

2548) 이사회 결의 부존재에 대한 원고의 '악의·과실'을 보증계약 무효의 요건으로 본 종전 판례 하에서는, 원고는 자신의 과실의 존재로 말미암아 피고 회사의 항변이 받아들여지는 경우에 대비하여 예비적으로 대표이사의 업무집행상 과실을 이유로 회사(주위적 피고)와 대표이사(예비적 피고)에게 불법행위에 기한 손해배상청구(회사에 대한 보증채무이행청구와는 주위적·예비적 청구의 관계에 있다)를 할 수 있었으나(2006다47677), '악의·중과실'을 보증계약 무효의 요건으로 보는 현재의 판례 하에서는, 원고에게 중대한 과실이 있으면 회사의 손해배상책임은 면책되어 인정되기 어렵다.

2549) 피용자가 업무를 수행하는 과정에서 그의 고의 또는 중과실로 인한 행위로 사용자에게 손해를 입힌 경우에 그 손해를 배상할 채무를 부담할 것을 약정하는 신원보증계약에 의한 신원보증인의 책임은, 피용자의 감독에 관한 사용자의 과실 유무, 신원보증을 하게 된 사유 및 이를 할 때 주의를 한 정도, 피용자의 업무 또는 신원의 변화, 그 밖의 사정을 고려하여 산정하여야 하고, 신원보증인이 2명 이상인 경우에는 특별한 의사표시가 없으면 각 신원보증인은 같은 비율로 의무를 부담한다(신원보증법 제2조, 제6조). ⇔ 영업책임보험의 성격을 가지

책임액 일부가 '변제'되어 신원보증인에 대하여 그 잔액의 지급이 청구된 경우라면 그 잔액을 기준으로 그 변제의 사정까지 참작하여 보증책임의 유무 및 한도를 정해야 한다.²⁵⁵⁰⁾

사용자가 고의 또는 중과실로 통지의무를 게을리 하여 신원보증인이 해지권을 행사하지 못한 경우 신원보증인은 그로 인하여 발생한 손해의 한도에서 의무를 면한다(제4조, 제5조).²⁵⁵¹⁾

차) 보증보험금 청구

보증보험의 피보험자가 보험자를 상대로 보증보험금의 지급을 청구하는 경우 그 청구원인사실로서, ① '보험자와 보험계약자 간 보증보험계약 체결' 사실, ② '보험계약자와 피보험자 간 주계약 체결' 사실,²⁵⁵²⁾ ③ '보험사고(보험계약자의 주계약상의 채무불이행 등)의 발생' 사실,²⁵⁵³⁾ ④ 이에 기한 '피보험자의 재산상 손해의 발생' 사실을 주장·증명하

는 신원보증보험계약에서 피보험자인 회사에게 피보증인인 직원에 대한 관리·감독상의 과실이 있다 하여 보험자의 보험금지급책임을 제한하는 것은 피보험자의 손해의 보상을 목적으로 하는 보험의 성격에 비추어 허용될 수 없으므로, 신원보증법 제6조 제3항 또는 신의칙에 따라 보험금을 감액할 수는 없다(2005다15949).

2550) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다59671 판결(신원보증인의 채무는 피보증인의 불법행위로 인한 손해배상채무 그 자체가 아니고 신원보증계약에 기하여 발생한 채무로서 이행기의 정함이 없는 채무이므로 채권자로부터 이행청구를 받지 않으면 지체의 책임이 생기지 않는다).

2551) 제4조(사용자의 통지의무) ① 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 지체 없이 신원보증인에게 통지하여야 한다.

1. 피용자가 업무상 부적격자이거나 불성실한 행적이 있어 이로 인하여 신원보증인의 책임을 야기할 우려가 있음을 안 경우

2. 피용자의 업무 또는 업무수행의 장소를 변경함으로써 신원보증인의 책임이 가중되거나 업무 감독이 곤란하게 될 경우

② 사용자가 고의 또는 중과실로 제1항의 통지의무를 게을리 하여 신원보증인이 제5조에 따른 해지권을 행사하지 못한 경우 신원보증인은 그로 인하여 발생한 손해의 한도에서 의무를 면한다.

제5조(신원보증인의 계약해지권) 신원보증인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 계약을 해지할 수 있다.

1. 사용자로부터 제4조 제1항의 통지를 받거나 신원보증인이 스스로 제4조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있음을 안 경우

2. 피용자의 고의 또는 과실로 인한 행위로 발생한 손해를 신원보증인이 배상한 경우

3. 그 밖에 계약의 기초가 되는 사정에 중대한 변경이 있는 경우

2552) 보증보험이란 피보험자와 어떠한 법률관계를 가진 보험계약자(주계약상의 채무자)의 채무불이행으로 인하여 피보험자(주계약상의 채권자)가 입게 될 손해의 진보를 보험자가 인수하는 것을 내용으로 하는 손해보험으로서, 형식적으로는 채무자의 채무불이행을 보험사고로 하는 보험계약이나 실질적으로는 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하는 것이므로, 보증보험계약은 주계약 등의 법률관계를 전제로 하고 보험계약자가 주계약 등에 따른 채무를 이행하지 아니함으로써 피보험자가 입게 되는 손해를 보험약관이 정하는 바에 따라 그리고 그 보험계약금액의 범위 내에서 보상하는 것이다. 따라서 보증보험계약이 효력을 가지려면 보험계약자와 피보험자 사이에 주계약 등이 유효하게 존재하여야 한다. 그리고 보증보험계약의 전제가 되는 주계약이 무엇이고 피보험자가 누구인지는 보험계약서와 그 보험계약의 내용으로 삼은 보험약관의 내용, 당사자가 보험계약을 체결하게 된 경위와 그 과정 등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다. 보증보험회사는 보증보험계약을 체결함에 있어서 일반적으로 보증 대상인 주계약의 부존재나 무효 여부 등에 관하여 조사·확인할 의무가 없다. 다만 보증보험청약서 등 보험계약자가 제출하는 서류에 보증 대상인 주계약의 부존재나 무효 등을 의심할 만한 점이 발견되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 위와 같은 조사·확인 의무가 면제되지 않는다(대법원 2014. 9. 25. 선고 2011다30949 판결).

여야 한다.²⁵⁵⁴⁾

보증보험은 '보증'의 성격과 '보험'의 성격을 함께 가지고 '그 성질에 반하지 않는 범위'에서 보험과 보증의 규정이 모두 적용된다.²⁵⁵⁵⁾ 2014. 3. 11. 상법 개정(2015. 3. 12. 시행) 시 제726조의 5, 6, 7에 '보증보험' 규정이 신설되었고, 이는 시행일 전에 체결된 보험계약의 보험기간이 시행일 이후에도 계속되는 경우에도 적용한다(부칙 제2조 제2항).²⁵⁵⁶⁾

보증보험계약이나 주계약의 무효·취소 사유는 '보험자'가 주장·증명하여야 할 '합변 사유'이다. 보험자가 보험계약자의 기망을 이유로 계약을 취소하는 경우, 그 취소로써

2553) 보험사고란 보험계약에서 보험자의 보험금 지급책임을 구체화하는 불확정한 사고를 의미하는 것으로서, 보증보험에서 보험사고가 구체적으로 무엇인지는 당사자 사이의 약정으로 계약내용에 편입된 보험약관과 보험약관이 인용하고 있는 보험증권 및 주계약의 구체적인 내용 등을 종합하여 결정하여야 한다. 보증보험증권에 보험기간이 정해져 있는 경우에는 보험사고가 그 기간 내에 발생한 때에 한하여 보험자가 보험계약상의 책임을 지는 것이 원칙이지만, 보증보험계약의 목적이 주계약의 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여 보험계약자의 하자보수의무 불이행으로 인한 손해를 보상하기 위한 것임에도 보험기간을 주계약의 하자담보책임기간과 동일하게 정한 경우 특단의 사정이 없으면 위 보증보험계약은 그 계약의 보험기간, 즉 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여는 비록 보험기간이 종료한 후 보험사고가 발생하였다고 하더라도 보험자로서 책임을 지기로 하는 내용의 계약이라고 해석함이 상당하다(대법원 2021. 2. 25. 선고 2020다248698 판결). 피보험자와 보험계약자 사이의 주계약의 이행기간이 당초 보험기간 내이던 것이 보험기간 이후로 연장되었다 하여 보험기간도 연장된 주계약의 이행기간에 맞추어 연장되는 것은 아니고 보험자로서는 당초 정해진 보험기간 내에 발생한 보험사고에 대해서만 보험책임을 부담할 뿐이므로 그러한 주계약의 이행기간 연장이 보험자의 동의 없이 이루어졌다 하여 당초 약정한 보험기간 내에 발생한 보험사고를 대상으로 하는 보험계약의 효력이 당연히 소멸된다고 볼 수는 없다(2004다16976).

2554) ③, ④의 두 요건은 별개의 문제이므로, 보상하지 아니하는 보험사고에 관한 규정과 보상하지 아니하는 피보험자의 재산상 손해에 관한 규정은 별개의 요건에 관한 것으로서 서로 저촉 여부의 문제가 발생할 수 없다(99다3693).

2555) 보증보험은 보증의 성격과 보험의 성격을 함께 가지고 그 성질에 반하지 않는 범위에서 보험과 보증의 규정이 모두 적용된다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2014다232784 판결). 이는 성질상 보증보험과 유사한 주택분양보증계약에서도 마찬가지이다. 보증보험이 담보하는 채권이 양도되면 당사자 사이에 다른 약정이 없는 한 보험금 청구권도 그에 수반하여 채권양수인에게 함께 이전되고(2000다70156), 보증인의 주채무자 채권에 의한 상계권에 관한 민법 제434조(2000다16251), 주채무자에 대한 시효중단의 효과에 관한 민법 제440조(2011다62090), 보증인의 구상권에 관한 민법 제441조 이하의 규정(2011다62144)이 준용된다. 보험금을 지급한 리스보증보험의 보험자는 민법 제481조가 정하는 변제자대위의 범리에 따라 피보험자인 리스회사가 리스이용자에 대하여 가지는 채권 및 그 담보에 관한 권리를 대위하여 행사할 수 있다(97다1013). 성질상 허용되는 범위 내에서 보증의 법리가 보증보험에도 적용될 수 있다는 것에 불과할 뿐, 보험계약이 민법상 순수한 보증계약과 같게 된다면 보증계약으로 전환된다는 의미로 볼 수는 없으므로, 보증보험계약이 보험계약으로서 효력이 없다면 이는 그 자체로 무효이고, 이를 보증계약으로나마 유효하다고 할 수는 없다(2009다81623). 보증보험의 성질상 상법 제659조의 규정은 보증보험계약이 보험계약자의 자기행위에 피보험자가 공모하였는지 적극적으로 가답하지는 않았더라도 그러한 사실을 알면서도 묵인한 상태에서 체결되었다고 인정되는 경우를 제외하고는 원칙적으로 보증보험에는 그 적용이 없다(99다13737).

2556) 상법 제726조의6은 '적용 제외' 규정으로, 제1항에서 보증보험계약에 관하여는 제639조제2항 단서(손해보험계약의 경우에 보험계약자가 그 타인에게 보험사고의 발생으로 생긴 손해의 배상을 한 때에는 보험계약자는 그 타인의 권리를 해하지 아니하는 범위 안에서 보험자에게 보험금액의 지급을 청구할 수 있다)를 적용하지 않도록 하고, 제2항에서 "보증보험계약에 관하여는 보험계약자의 사기, 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에도 이에 대하여 피보험자에게 책임이 있는 사유가 없으면 제651조(고지의무위반으로 인한 계약해지), 제652조(위험변경증가의 통지와 계약해지), 제653조(보험계약자 등의 고의나 중과실로 인한 위험증가와 계약해지) 및 제659조제1항(보험사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 생긴 때에는 보험자는 보험금액을 지급할 책임이 없다)을 적용하지 아니한다."라고 규정하는 한편, 제726조의7은 '성질에 반하지 아니하는 범위에서 보증채무에 관한 민법의 규정을 준용'하는 것으로 규정하고 있다.

피보험자에게 대항하기 위해서는, ① ‘피보험자가 보험계약자의 기망행위가 있었음을 알았거나 알 수 있었던 사실’(피보험자의 악의, 과실) 또는 ② 피보험자의 과실로 보험자가 구상권을 확보할 수 없게 되었다는 등의 ‘특별한 사정’을 추가적으로 주장·증명하여야 한다.²⁵⁵⁷⁾ 주계약이 통정허위표시로 무효인 보증보험계약은 상법 제644조²⁵⁵⁸⁾ 본문에 따라 무효이다.²⁵⁵⁹⁾ 보증보험금청구권의 소멸시효 기산점은 특별한 사정이 없는 한 ‘보증보

2557) ○ 대법원 1999. 7. 13. 선고 98다63162 판결; “일반적으로 타인을 위한 보험계약에서 보험계약자의 사기를 이유로 보험자가 보험계약을 취소하는 경우 보험사고가 발생하더라도 피보험자는 보험금청구권을 취득할 수 없는 것과는 달리, 보증보험계약의 경우 보험자가 이미 보증보험증권을 교부하여 피보험자가 그 보증보험증권을 수령한 후 이에 터잡아 새로운 계약을 체결하거나 혹은 이미 체결한 계약에 따른 의무를 이행하는 등으로 보증보험계약의 채권담보적 기능을 신뢰하여 새로운 이해관계를 가지게 되었다면 그와 같은 피보험자의 신뢰를 보호할 필요가 있다. 그러므로 주채무자에 해당하는 보험계약자가 보증보험계약 체결에 있어서 보험자를 기망하였고, 보험자는 그로 인하여 착오를 일으켜 보증보험계약을 체결하였다는 이유로 보증보험계약 체결의 의사표시를 취소하였다 하더라도, 이미 그 보증보험계약의 피보험자인 채권자가 보증보험계약의 채권담보적 기능을 신뢰하여 새로운 이해관계를 가지게 되었다면, 피보험자가 그와 같은 기망행위가 있었음을 알았거나 알 수 있었던 경우이거나, ... 피보험자가 보험자를 위하여 보험계약자가 제출하는 보증보험계약 체결 소요 서류들이 진정한 것인지 등을 심사할 책임을 지고 보험자는 그와 같은 심사를 거친 서류만을 확인하고 보증보험계약을 체결하도록 피보험자와 보험자 사이에 미리 약정이 되어 있는데, 피보험자가 그와 같은 서류심사에 있어서 필요한 주의의무를 다하지 아니한 과실이 있었던 탓으로 보험자가 보증책임을 이행한 후 구상권을 확보할 수 없게 되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 취소를 가지고 피보험자에게 대항할 수 없다.” ● 나아가 “원심이 ... 보증보험에 있어서 보험자의 보상책임의 성질이 본질적으로 보증책임과 같은 것이라고 하더라도 보증계약과 보증보험은 계약당사자를 달리하는 것이어서, 보증보험이 보험계약의 형태를 취하는 이상 피보험자는 보증계약에 있어서의 채권자와는 달리 보험계약자와 보험자 사이의 무효, 취소 등 보험계약상 장애사유의 영향을 받을 수밖에 없고, 한편 사기를 이유로 하는 의사표시의 취소로써 대항할 수 없는 제3자는 그 의사표시를 기초로 하여 새로운 이해관계를 맺은 제3자만을 가리키는 것인바, 제3자를 위한 보험계약의 일종인 보증보험의 피보험자는 사기에 의한 의사표시를 기초로 하여 새로운 이해관계를 맺은 자가 아니라 직접 그 의사표시에 의하여 권리를 취득하는 자라고 할 것이므로, 보증보험이 보증계약과 같다거나 보증보험의 피보험자가 보험계약의 취소로 대항할 수 없는 제3자에 해당한다는 점을 전제로 한 피고의 주장을 받아들일 수 없다고 판단하고 만 것은 보증보험계약의 특성에 관한 법리를 오해한 나머지 심리를 다하지 아니한 위법이 있다.”라고 하여 반대결해를 배척하였다.

○ 위와 같은 법리는, 공제계약에서도 동일하고 ‘공제계약에 관하여 공제가입자 또는 그 대리인의 사기가 있었을 때에는 무효로 한다.’는 공제약관에 의하여 피고가 공제계약의 무효를 주장하는 경우에도 마찬가지로 적용되며(2010다93035), 착오를 이유로 취소하는 경우에도 동일하다(2001다33000, 2013다5121; 둘 다 보증채권자의 악의·유과실이 인정된 예). 공사도급계약과 관련하여 체결되는 이행(계약)보증보험계약이나 지급계약보증보험에 있어 그 보험사고에 해당하는 수급인의 채무불이행이 있는지 여부는 그 보험계약의 대상으로 약정된 도급공사의 공사금액, 공사내용 및 공사기간과 지급된 선금금 등을 기준으로 판정하여야 하므로, 이러한 보증보험계약에 있어 공사계약 체결일이나 실제 착공일, 공사기간, 공사대금, 선금금 등은 그 계약상 중요한 사항으로서 수급인 측에서 이를 허위로 고지함으로 말미암아 보험자가 그 실제 공사의 진행상황을 알지 못한 채 보증보험계약을 체결한 경우에는 이는 법률행위의 중요한 부분에 관한 착오(2001다36450) 또는 기망행위(97다53380)에 해당하여 민법의 일반원칙에 따라 보험자가 그 보험계약을 취소할 수 있다.

2558) 상법 제644조(보험사고의 객관적 확정 효과) 보험계약 당시에 보험사고가 이미 발생하였거나 또는 발생할 수 없는 것인 때에는 그 계약은 무효로 한다. 그러나 당사자 쌍방과 피보험자가 이를 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.

2559) 소외 1, 2가 통모하여 실제 임대차계약을 체결하거나 임대차보증금을 수수함이 없이 원고 은행으로부터 대출을 받기 위하여 허위로 임대차계약서를 작성한 후, 소외 1이 피고 보증보험회사와 그 임대차계약을 주계약으로 삼아 소외 1이 임대차보증금반환의무를 불이행하는 보험사고가 발생할 경우 피고가 보험금수령권자로 지정된 원고에게 직접 보험금을 지급하기로 하는 내용의 보증보험계약을 체결하고, 원고는 소외 2로부터 보증보험계약에 따른 이행보증보험증권을 담보로 제공받고 소외 2에게 대출을 한 사안에서, 위 보증보험계약은 성립 당시 주계약인 임대차계약이 통정허위표시로 무효여서 보험사고가 발생할 수 없는 경우에 해당하므로 상법 제644조 본문에 따라 무효이고, 이는 보험계약으로서의 고유한 요건을 갖추지 못한 것이 그 원인이므로, 원고가 주계약

험사고가 발생한 때'이다.²⁵⁶⁰⁾

보증보험계약이 체결된 후 보험금이 아직 지급되지 않은 상태에서 주계약의 당사자인 보험계약자와 피보험자 사이에 주계약에 따른 채무의 존부와 범위에 관하여 다툼이 있는 경우, 보험계약자는 피보험자를 상대로 주계약에 따른 채무의 부존재 확인을 구할 이익이 있다.²⁵⁶¹⁾

인 임대차계약이 통정허위표시인 사정을 알지 못하고 대출에 이르렀다고 하더라도 피고가 원고에게 보증보험계약이 무효임을 주장할 수 없다고 볼 것은 아니라고 한 예(2009다81623).

2560) 대법원 2022. 3. 31. 선고 2021다294902, 294919 판결(보증기간을 주계약의 하자담보책임기간과 동일하게 정한 하자보수보증계약에서, 하자담보책임기간 내에 발생한 하자에 대하여 보증기간이 종료된 후 보증사고가 발생하였다면 그 보증사고가 발생한 때로부터 보증금청구권의 소멸시효가 진행된다).

2561) 대법원 2022. 12. 15. 선고 2019다269156 판결.