

수탁보증인의 사전구상권과 민법 제443조 전단의 주채무자의 담보제공청구권 -대법원 2023. 2. 2. 선고 2020다283578 판결의 검토-

이승현*

【목 차】

I. 대상 판결의 분석	3. 쟁점 2에 대한 검토
1. 사실관계	4. 쟁점 3에 대한 검토
2. 소송의 경과	5. 기타 피고의 상고이유에 대한 검토
II. 연구	III. 결 어
1. 서 언	
2. 쟁점 1에 대한 검토	

【국 문 요 약】

대법원 2023. 2. 2. 선고 2020다283578 판결 사안에서는 다음과 같은 점이 문제되었다.

첫째, 수탁보증인의 주채무자에 대한 사전구상권의 행사로 장래의 지연손해금을 청구할 수 있는지 여부, 둘째, 민법 제443조에 의한 주채무자의 수탁보증인에 대한 담보제공청구권이 수탁보증인의 주채무자에 대한 사전구상권과 동시이행관계에 있는지 여부, 셋째, 수탁보증인이 과실로 채권자에게 변제할 재판을 받았는지 여부 및 수탁보증인의 주채무자에 대한 사전구상권 행사가 신의칙에 반하는지 여부, 넷째, 수탁보증인의 주채무자에 대한 사전구상권을 자동채권으로 하는 상계가 허용되는지 여

* 대법원 재판연구원 · 법학 박사.

부가 문제되었다.

이 판결은 두 번째 쟁점에 대하여 주채무자의 수탁보증인에 대한 사전구상금 지급의무가 수탁보증인의 주채무자에 대한 담보제공의무보다 선이행의무라고 판단한 원심 판결의 판단을 파기하고 양(兩) 의무가 동시이행관계에 있다는 명시적 판단을 내렸을 뿐 다른 쟁점에 대해서는 아무런 판단을 내리지 않았다. 추측컨대 대법원 2023. 2. 2. 선고 2020다283578 판결은 원심 판결이 피고의 원고에 대한 담보제공청구권에 따른 이행거절권을 인정하지 않은 부분에서 잘못이 있음을 이유로 원심 판결을 전부 파기하였으므로, 그 밖의 쟁점에 대한 원심 판결의 입장을 별도로 판단할 필요성이 적었기 때문이었을 것이다.

그러나 전술한 쟁점 중 첫 번째 쟁점인 수탁보증인의 사전구상권에 대해서 지연손해금이 발생하는지 여부와 수탁보증인이 주채무자에게 청구할 수 있는 사전구상금의 범위를 어떻게 보아야 하는가라는 문제는 대법원 2023. 2. 2. 선고 2020다283578 판결 이후에 선고될 후속 판례에서도 계속해서 문제될 가능성이 있다. 따라서 주채무자의 수탁보증인에 대한 사전구상금 지급의무와 수탁보증인의 주채무자에 대한 담보제공의무가 동시이행관계에 있다고 판시한 대법원 2023. 2. 2. 선고 2020다283578 판결의 타당성 여부와 함께 첫 번째 쟁점에 대해서도 고찰할 필요가 있다.

이에 따라 이 글은 대법원 2023. 2. 2. 선고 2020다283578 판결의 쟁점 중 두 번째 쟁점에 대한 이 판결의 입장의 타당성 여부를 집중적으로 고찰하였지만, 첫 번째 쟁점에 대해서도 검토하였고, 나머지 쟁점에 대해서도 간략하게나마 검토하면서 필자의 사건을 제시하였다.

대법원 2023. 2. 2. 선고 2020다283578 판결은 두 번째 쟁점에 대하여 주채무자의 수탁보증인에 대한 사전구상금 지급의무와 수탁보증인의 주채무자에 대한 담보제공의무가 동시이행관계에 있는 점을 처음으로 명시적으로 밝힘으로써 그 동안 이 문제에 대하여 착종된 논의 상황을 일단락 지은 점에 의의가 있다. 이 판결을 계기로 주채무자의 수탁보증인에 대한 사전구상금 지급의무와 수탁보증인의 주채무자에 대한 담보제공의무의 관계를 둘러싼 여러 가지 쟁점에 대하여 학계와 실무 차원의 심도 있는 논의와 함께 판례의 발전적 모습이 나타나기를 기대한다.

I. 대상 판결의 분석

1. 사실관계

가. 당사자들 사이의 관계

피고는 2014년 1월 17일 국내여행업, 국외여행업, 전세버스 운송사업 등을 목적으로 설립된 법인이며, 원고는 피고의 대표이사로 재직하다가 2017년 4월경 퇴임한 자이다.

나. 원고의 연대보증채무의 발생

1) 채권자 甲 새마을금고에 대한 채무

피고는 2015년경 甲 새마을금고로부터 합계 1억 9,900만 원을 각 대출받았으며, 원고가 위 채무를 연대보증하였다(이른바 ‘이 사건 제1대출금 및 제1연대보증’ 성립). 그 후 甲 새마을금고는 원고를 상대로 보증금의 지급을 구하는 소를 제기하여 2018년 8월 29일 전부승소판결을 받았다(이하에서는 ‘이 사건 제1판결’이라고 한다).¹⁾

2) 채권자 주식회사 乙 자산관리대부에 대한 채무

2014년 12월 24일 피고는 丙 캐피탈 주식회사로부터 5,000만 원을 대출받았으며, 원고가 위 채무를 연대보증하였다(이른바 ‘이 사건 제2대출금 및 제2연대보증’ 성립). 그 후 2017년 12월 20일 주식회사 乙 자산관리대부는 丙 캐피탈 주식회사로부터 상술한 대출금 및 보증금 채권을 양수한 후 원고와 피고를 상대로 그 양수금의 지급을 구하는 지급명령을 신청하였으며, 2018년 11월 30일 그 신청을 전부 인용하는 지급명령이 발령되었다(이하에서는 ‘이 사건 제1지급명령’이라고 한다).²⁾

1) 전주지방법원 남원지원 2018. 8. 29. 선고 2018가단450 판결. 이 판결은 “1. 원고는 甲 새마을금고에게, 가. 39,000,000원을 초과하지 않는 범위 내에서 17,008,634원과 그 중 14,964,570원에 대하여는 2018. 3. 27.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을, 나. 35,000,000원을 초과하지 않는 범위 내에서 20,659,435원과 그 중 17,385,400원에 대하여는 2018. 3. 27.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을, 다. 95,000,000원을 초과하지 않는 범위 내에서 71,233,499원과 그 중 62,164,453원에 대하여는 2018. 3. 27.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을, 라. 30,000,000원을 초과하지 않는 범위 내에서 13,015,575원과 그 중 11,511,315원에 대하여는 2018. 3. 27.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을, 각 지급하라”는 주문을 내렸다.

3) 채권자 丙 캐피탈 주식회사에 대한 채무

2014년 12월 24일 피고는 丙 캐피탈 주식회사로부터 6,080만 원을 대출받았으며, 원고는 위 채무를 연대보증하였다(이른바 ‘이 사건 제3대출금 및 제3연대보증’ 성립). 그 후 丙 캐피탈 주식회사는 원고를 상대로 위 보증금의 지급을 구하는 지급명령을 신청하였으며, 2017년 8월 26일 그 신청 전부를 인용하는 지급명령이 발령되었다(이하에서는 ‘이 사건 제2지급명령’이라고 한다).³⁾

다. 피고의 연대보증채무의 발생

한편 원고는 丁 커머셜 주식회사로부터 1억 2,000만 원을 대출받았으며, 피고가 위 채무를 연대보증하였다. 그 후 위 대출금 및 보증금채권은 丙 캐피탈 주식회사, 주식회사 戊 파이너스 대부에 순차적으로 양도되었는데, 주식회사 戊 파이너스 대부에 위 대출금 및 보증금 채권이 양도될 당시에는 이미 그 이행기가 도래된 상태였다.

그 후 주식회사 戊 파이너스 대부는 원고를 상대로 위 양수금의 지급을 구하는 소를 제기하였고, 2018년 5월 18일 그 청구를 전부 인용하는 판결이 선고되었다(이하에서는 ‘이 사건 제2판결’이라고 한다).⁴⁾

2. 소송의 경과

가. 제1심 및 원심 법원의 판단

1) 원고의 청구원인에 대한 판단

이 사건의 제1심 판결⁵⁾과 원심 판결⁶⁾은 전술한 보증금(또는 양수금)

2) 서울북부지방법원 2018. 11. 30.자 2018차전98214 결정(2019년 1월 3일 확정). 이에 따르면 “원고와 피고는 연대하여 주식회사 乙 자산관리대부에게 47,194,371원 및 그 중 37,426,916원에 대하여 2018. 11. 13.부터 다 갚는 날까지 연 24%의 비율로 계산한 돈과 독촉절차비용 100,100원을 지급하라”는 내용의 지급명령이 발령되었다.

3) 서울북부지방법원 2017. 8. 16.자 2017차전40252 결정(2017년 9월 8일 확정). 이에 따르면 “원고는 丙 캐피탈에게 38,125,663원 및 그 중 37,598,663원에 대하여 2017. 8. 5.부터 다 갚는 날까지 연 24%의 비율로 계산한 돈과 독촉절차비용 60,000원을 지급하라”는 내용의 지급명령이 발령되었다.

4) 서울중앙지방법원 2018. 5. 18. 선고 2018가단5025086 판결(2018년 6월 12일 확정).

5) 의정부지방법원 고양지원 2019. 7. 12. 선고 2019가합71601 판결.

지급청구 사건들 중에서 이 사건 제1 내지 제3대출금 채무가 존재하지 않거나 원고가 보증금 지급을 거절할 수 있는 사유가 있었음에도 불구하고 원고가 과실로 그러한 주장을 하지 않아서 채권자들의 청구를 인용하는 판결 또는 지급명령이 내려졌다는 등의 사정을 인정할 별다른 증거가 없으므로, 원고는 과실 없이 채권자에게 변제할 재판을 받았다고 판단하였다. 이에 따라 원고의 피고에 대한 사전구상권이 인정되었고, 따라서 피고는 원고에게 사전구상금으로 이 사건 제1판결, 이 사건 제1지급명령, 이 사건 제2지급명령에 따라 채권자들에게 지급할 의무를 부담하는 금액 중 원고가 청구하는 총 합계 181,051,317원⁷⁾ 및 이에 대한 지연손해금⁸⁾을 지급할 의무가 있다고 판시하였다.

2) 피고의 주장 또는 항변에 관한 판단

첫째, 이 사건에서 피고는 “원고는 피고의 부탁을 받아 이 사건 제1 내지 제3연대보증을 한 것이 아니므로, 민법 제442조 제1항 제1호⁹⁾의

6) 서울고등법원 2020. 10. 15. 선고 2020나2004278 판결.

7) 원고가 청구하는 총 합계 181,051,317원은 이 사건 제1판결에서 지급을 명한 원금 106,025,738원, 이 사건 제1지급명령에서 지급을 명한 원금 37,426,916원, 이 사건 제2지급명령에서 지급을 명한 원금 37,598,663원이 합산된 금액이다.

8) 서울고등법원 2020. 10. 15. 선고 2020나2004278 판결 주2에 의하면 “이 사건 제1 내지 제3연대보증으로 인한 사전구상권은 각 해당 판결 또는 지급명령의 확정으로 성립하고, 기한이 없는 채무로서 그 성립과 동시에 이행기가 도래하므로, 제1연대보증으로 인한 사전구상금 지급채무의 이행기는 이 사건 제1판결의 확정일인 2018. 9. 28, 이 사건 제2연대보증으로 인한 사전구상금 지급채무의 이행기는 이 사건 제1지급명령의 확정일인 2019. 1. 3, 이 사건 제3연대보증으로 인한 사전구상금 지급채무의 이행기는 이 사건 제2지급명령의 확정일인 2017. 9. 8.로 봄이 타당하다”고 한다.

9) 민법 제442조(수탁보증인의 사전구상권)

① 주채무자의 부탁으로 보증인이 된 자는 다음 각 호의 경우에 주채무자에 대하여 미리 구상권을 행사할 수 있다.

1. 보증인이 과실없이 채권자에게 변제할 재판을 받은 때(하선은 가독성을 높이거나 강조할 목적으로 필자가 임의로 부가한 것이다. 이하의 하선도 같다)
2. 주채무자가 파산선고를 받은 경우에 채권자가 파산재단에 가입하지 아니한 때
3. 채무의 이행기가 확정되지 아니하고 그 최장기도 확정할 수 없는 경우에 보증계약 후 5년을 경과한 때
4. 채무의 이행기가 도래한 때

② 전항 제4호의 경우에는 보증계약 후에 채권자가 주채무자에게 허여한 기한으로 보증인에게 대항하지 못한다.

적용대상인 수탁보증인이 아니다”라고 주장하였다(이하에서는 ‘피고의 제1주장’이라고 한다). 이에 대하여 원심 판결은 ‘원고는 위임계약에 의하여 위탁받은 사무를 처리하는 과정에서 이 사건 제1 내지 제3연대보증을 한 것이므로, 원고는 피고의 수탁보증인’이라고 판시하여 피고의 주장을 받아들이지 않았다.¹⁰⁾

둘째, 이 사건에서 피고는 자신의 실질적 사주(社主)인 소외 A의 부탁을 받고 피고의 형식상 대표이사로 취임한 원고가 대표이사로 재직하게 된 것을 기화로 불법적인 방법을 동원하여 소외 A의 경영권을 탈취한 후 원고의 동생인 소외 B가 운영하고 있던 주식회사 ○○○ 관광에 피고 소유의 자동차와 거래처를 무상으로 양도한 점, 원고는 제1심 가집행선고부 판결을 집행권원으로 하여 소외 B가 형사사건에서 피고를 위하여 공탁한 공탁금 회수채권을 압류하기도 한 점 등을 근거로 피고의 이익에 반하는 행동을 한 원고가 피고를 상대로 수탁보증인의 사전구상권을 행사하는 것은 ‘보증인이 과실 없이 채권자에게 변제할 재판을 받은 때’라는 요건을 충족하지 못할 뿐만 아니라 신의성실의 원칙에도 반한다고 주장하였다(이하에서는 ‘피고의 제2주장’이라고 한다).

이에 대하여 원심 판결은 피고가 주장한 사실에 대하여 ① 피고의 대표이사였던 원고와 그 동생이자 재정 및 경리업무를 총괄하는 업무를 담당하였던 소외 B가 공모하여 피고 소유의 차량 및 거래처를 소외 B가

10) 즉 원심 판결은 피고의 제1주장에 대하여 “원고가 이 사건 제1 내지 3 연대보증 당시 피고의 대표이사였음은 앞서 인정된 사실과 같고, 회사의 대표이사와 회사 사이에는 법률상 위임계약 관계가 존재하므로, 위 각 연대보증 당시 원고와 피고 사이에도 위임계약 관계가 존재하였던 것으로 볼 수 있다. 원고는 피고의 수입인으로서 선량한 관리자의 주의의무로 피고의 업무를 처리하여야 하는데, 피고가 금융기관으로부터 대출을 받는 데 필요한 연대보증을 하는 것 또한 원고가 위임받은 사무의 범위에 포함된다. 이처럼 원고는 위임계약에 의하여 위탁받은 사무를 처리하는 과정에서 이 사건 제1 내지 3 연대보증을 한 것이므로, 원고는 피고의 수탁보증인으로 봄이 타당하다. 설령, 피고와 원고 사이에 체결된 위임계약상 위임사무에 피고가 대출을 받는 데에 필요한 연대보증을 하는 것이 포함되어 있지 않다고 하더라도, 회사는 대표이사라는 기관을 통해 행위를 하게 되므로, 원고가 이 사건 제1 내지 3 연대보증을 한 것은 원고가 피고의 대표이사로서 원고 자신에게 보증을 부탁하였고, 원고가 이에 응하여 보증을 한 것이므로, 원고는 피고의 부탁으로 위 각 연대보증을 한 것으로 볼 수 있다. 따라서 원고는 피고의 수탁보증인에 해당하므로, 이와 다른 전제에 선 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다”라고 판시하였다.

운영하던 주식회사 ○○○ 관광에 무상으로 양도한 사실을 이유로 2020년 2월 7일 업무상 배임 등으로 유죄판결을 선고받은 점¹¹⁾, ② 소외 B가 위 형사사건이 진행 중이었던 2019년 12월 30일 피고를 피공탁자로 하여 형사합의금 3,000만 원을 공탁한 점, ③ 원고가 이 사건 제1심 가집행 선고부 판결을 집행권원으로 하여 피고의 위 공탁금 청구채권에 대해서 채권압류 및 추심명령 신청을 하여 2020년 1월 3일 채권압류 및 추심명령¹²⁾을 받은 점 등의 사실을 인정하였다. 그러나 원심 판결은 다음과 같은 이유로 피고의 주장을 받아들이지 않았다.

우선 위와 같은 사정들은 원고가 이 사건 제1 내지 제3연대보증을 한 후 위 각 연대보증과는 별개로 일어난 것들로서 위 연대보증에 따른 법률관계와 직접적인 관련이 없다.¹³⁾

다음으로 피고에게 불법행위에 기한 손해배상청구 등 별도의 구제수단이 마련되어 있음에도 불구하고 이를 따져보지도 않은 채 원고의 사전구상금 전액에 대하여 일반조항인 신의성실의 원칙을 적용하여 이행거절권을 부여하는 것은 이른바 ‘일반조항으로의 도피’에 해당되는 것으로서 타당하지 않다.¹⁴⁾

셋째, 사전구상권 행사의 상대방인 주채무자는 수탁보증인에게 민법 제443조¹⁵⁾에 따라 담보제공을 청구할 수 있으므로, 이 사건에서 피고는

11) 의정부지방법원 고양지원 2020. 2. 7. 선고 2018고단549, 3275 판결. 서울고등법원 2020. 10. 15. 선고 2020나2004278 판결 주1에 의하면 ‘이 사건 의정부지방법원 2020노512호로 항소심 소송계속 중’이라고 한다.

12) 수원지방법원 2020. 1. 3.자 2019타채130924 결정.

13) 즉 비록 수탁보증인의 본질이 위임이며, 원고와 피고 사이의 신뢰관계 훼손으로 그러한 위임관계가 종료되었다고 하더라도 위 각 연대보증계약은 연대보증인인 원고와 채권자 사이에 체결된 것이므로, 위 위임관계의 종료는 위 각 연대보증계약에 기한 원고와 채권자 사이의 법률관계에 영향을 미치지 못하고, 따라서 원고와 채권자 사이에 보증계약이 유효하게 존속하고 있는 이상 보증인 보호의 필요성은 여전히 존재한다는 것이다.

14) 즉 피고는 이 사건 제1대출금 채무를 담보하기 위하여 피고 소유의 자동차에 저당권이 설정되어 있었는데, 피고가 이를 주식회사 ○○○ 관광에 무상으로 양도함으로써 피고의 변제자력에 부족이 발생한 사정을 지적하고 있지만, 위 자동차에 설정된 저당권은 소유권의 이전에도 불구하고 효력이 있으며, 설사 위 처분으로 인하여 피고의 변제자력에 부족이 생겼다고 하더라도 피고는 불법행위에 기한 손해배상청구를 통하여 구제받을 수 있다는 것이다.

15) **민법 제443조(주채무자의 면책청구)** 전조의 규정에 의하여 주채무자가 보증인에게 배상하

위 규정에 근거하여 원고에게 담보제공을 구한다고 주장하였다(이하에서는 ‘피고의 제3주장’이라고 한다). 즉 피고의 사전구상금 지급의무와 원고의 담보제공의무는 동시이행관계에 있으므로, 피고는 원고로부터 담보제공을 받을 때까지 사전구상금의 지급을 거절할 수 있다는 것이다.

이에 대하여 원심 판결은 민법 제443조가 규정한 보증인의 담보제공의무는 주채무자가 사전구상금을 지급한 이후에야 비로소 발생하는 것으로 해석함이 타당하므로, 주채무자인 피고의 사전구상금 지급의무와 보증인인 원고의 담보제공의무가 동시이행의 관계에 있다고 볼 수 없다고 판시하여 피고의 주장을 받아들이지 않았는데, 그 이유는 다음과 같다.

① 민법 제443조는 ‘주채무자가 보증인에게 배상하는 경우’에 해당되어야 비로소 보증인을 상대로 자신에게 담보를 제공할 것을 청구할 수 있다고 규정하므로, 주채무자의 사전구상금 지급의무와 보증인의 담보제공의무가 서로 동시이행관계에 있다고 해석하는 것은 법 문언에 반한다.

② 보증인이 위 규정에 따라 주채무자에게 제공하게 될 담보의 피담보채무에는 ‘주채무자로부터 수령한 사전구상금을 채권자에 대한 채무변제에 사용하여야 할 의무’도 포함되는데, 주채무자가 사전구상금을 지급하기 전에는 아직 위와 같은 피담보채무가 발생하였다고 볼 수 없다.

③ 주채무자로서는 보증인이 사전구상금을 채무 변제에 사용하지 아니할 위험이 있다고 판단될 경우에 민법 제443조 후단에 따른 조치(배상할 금액의 공탁, 담보 제공, 보증인 면책)를 통하여 사전구상금 지급의무를 면할 수 있다.

넷째, 이 사건에서 피고는 자신도 역시 원고의 이 사건 제4대출금 채무를 연대보증하였으며, 위 채무의 이행기가 도래하였으므로, 민법 제442조 제1항 제4호에 따라 원고를 상대로 사전구상권을 행사할 있고, 따라서 위 사전구상권이라는 채권을 자동채권으로 하여 원고에 대한 구상금 지급채무에 대하여 대등액의 범위에서 상계한다고 주장하였다(이하에서는 ‘피고의 제4주장’이라고 한다).

이에 대하여 원심 판결은 “보증인의 주채무자에 대한 사전구상채권에

는 경우에 주채무자는 자기를 면책하게 하거나 담보를 제공할 것을 보증인에게 청구할 수 있고 또는 배상할 금액을 공탁하거나 담보를 제공하거나 보증인을 면책하게 함으로써 그 배상의무를 면할 수 있다.

는 민법 제443조 소정의 이른바 면책청구권이란 항변권이 부착되어 있으므로, 이를 자동채권으로 하는, 단독행위인 민법상의 상계는 허용되지 않지만, 상계약정에 기한 상계는 허용된다”고 판시한 대법원 1982. 5. 25. 선고 81다595 판결의 판결요지를 인용한 후에 피고의 제4주장에서 나타난 피고의 상계항변은 전술한 면책청구의 항변권이 부착되어 있는 채권을 자동채권으로 삼은 것이어서 채권의 성질상 상계가 허용되지 않는 경우에 해당하여 이를 허용할 수 없으며, 피고가 주장한 상계합의를 인정할 증거도 없다¹⁶⁾고 판시하여 피고의 주장을 받아들이지 않았다.

나. 피고의 상고이유 및 대법원 판결¹⁷⁾

1) 전술한 바와 같이 원심 판결은 피고의 주장을 모두 배척하였고, 이에 대하여 피고가 상고하였다. 여기에서 피고의 상고이유는 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 사전구상금에는 지연손해금이 발생하지 않음에도 불구하고 원심 판결은 사전구상금에 지연손해금을 인정한 잘못이 있다(이하에서는 ‘제1 상고이유’라고 한다). 즉 대법원 2002. 6. 11. 선고 2001다25504 판결에 의하면 수탁보증인의 사전구상권의 범위에는 채무의 원본과 이미 발생한 이자 및 지연손해금, 피할 수 없는 비용 기타의 손해액이 포함될 뿐이다. 따라서 채무의 원본에 대한 장래 도래한 이행기까지의 이자는 사전구상권의 범위에 포함된다고 볼 수 없음에도 불구하고 원심 판결은 채무의 원본에 대하여 장래에 도래할 이행기까지의 이자를 인정한 위법이 있다.

둘째, 피고는 민법 제443조의 담보제공청구권을 근거로 동시이행항변을 하였으나 원심 판결은 이를 받아들이지 않은 잘못이 있다(이하에서는 ‘제2 상고이유’라고 한다). 즉 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다274703 판결에 의하면 수탁보증인이 주채무자에게 가지는 민법 제442조의 사전

16) 이러한 원심 판결의 판단은 피고가 상계항변의 자동채권으로 주장하는 이 사건 제4연대 보증으로 인한 사전구상권의 행사에 대해서 원고는 민법 제443조가 규정한 바에 따라 자신을 면책시킬 것을 청구할 수 있고, 이는 법률상 항변권에 해당된다고 판단한 결과로 나타난 것이다.

17) 대법원 2023. 2. 2. 선고 2020다283578 판결.

구상권에는 민법 제443조의 담보제공청구권이 항변권으로 부착되어 있는 만큼 이를 자동채권으로 하는 상계는 원칙적으로 허용될 수 없다. 이에 따르면 수탁보증인은 주채무자를 상대로 민법 제442조에 따른 사전구상권을 행사할 수 있지만, 이와 달리 주채무자는 수탁보증인을 상대로 민법 제443조의 면책청구권을 행사할 수 없다. 이러한 구조를 보면 양채무가 동일한 법률요건으로부터 발생하고 관련적으로 이행시키는 것이 공평에 적합한 경우라고 볼 수 있으므로, 위 양 청구권은 동시이행관계에 있다.

셋째, 원고의 사전구상권 행사는 신의칙에 반한다(이하에서는 ‘제3 상고이유’라고 한다). 즉 원고는 피고의 경영권을 불법적으로 탈취한 후 피고의 재산을 빼들려 피고의 재산 상태를 망가트렸고, 소외 A가 피고의 경영권을 되찾아왔을 때 피고는 빈껍데기로 아무런 재산도 없는 상태였으므로, 이와 같은 행위를 한 원고가 변제의 재판을 받은 것과 관련하여 자신에게 과실이 없다고 볼 수 없다.

넷째, 원심 판결은 피고의 상계항변을 받아들이지 않은 잘못이 있다(이하에서는 ‘제4 상고이유’라고 한다). 즉 원심 판결은 민법 제443조의 면책청구권이 동시이행항변권이 아니라고 하면서 피고의 상계항변에 대해서는 항변권이 있어서 상계가 되지 않는다는 모순되고 이중적인 논리를 보이고 있다.

2) 대법원은 피고의 상고이유 중 제2 상고이유에 대해서만 원심 판결의 ‘피고의 원고에 대한 담보제공청구권에 따른 이행거절을 인정하지 않은’ 부분에 잘못이 있으므로, 이를 파기하면서 사건을 다시 심리·판단 하도록 원심 법원에 환송하였고, 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략하였는데, 그 내용은 다음과 같다.

즉 “민법 제443조 전단은 ‘전조의 규정에 의하여 주채무자가 보증인에게 배상하는 경우에 주채무자는 자기에게 담보를 제공할 것을 보증인에게 청구할 수 있다’고 정한다. 따라서 주채무자는 수탁보증인이 민법 제442조에 정한 바에 따라 주채무자에게 사전구상의무 이행을 구하면 민법 제433조 전단을 근거로 수탁보증인에게 담보의 제공을 구할 수 있고, 그러한 담보제공이 있을 때까지 사전구상의무 이행을 거절할 수 있다.¹⁸⁾ 만약 수탁보증인이 주채무자의 담보제공청구에 응하여 구상금액에 상당

한 담보를 특정하여 제공할 의사를 표시한다면 법원은 주채무자가 수탁보증인으로부터 그 특정한 담보를 제공받음과 동시에 사전구상의무를 이행하여야 한다고 판결하여야 하지만, 수탁보증인이 주채무자의 담보제공청구를 거절하거나 구상금액에 상당한 담보를 제공하려는 의사를 표시하지 않는다면 법원은 수탁보증인의 사전구상금 청구를 기각하는 판결을 하여야 한다.

이러한 법리에 비추어 원심판결의 이유를 살펴본다. 원고의 피고에 대한 사전구상금 청구에 대해서 피고는 민법 제443조 전단에 근거하여 담보를 제공할 것을 청구하고 있으므로 피고는 원고가 구상금액에 상당한 담보를 제공할 때까지 사전구상의무 이행을 거절할 수 있다. 따라서 원심으로서의 피고의 담보제공청구에 대하여 원고가 구상금액에 상당한 담보를 제공하겠다는 의사를 표시하면 원고의 담보 제공과 동시에 피고의 사전구상금 지급을 이행할 것을 명하거나 원고가 피고의 담보제공청구에 응하지 않을 것임이 명백하다고 판단되면 원고의 사전구상금 청구를 기각하는 판결을 하였어야 했다. 그런데도 원심은 피고의 민법 제443조 전단의 담보제공청구권이 피고가 사전구상의무를 이행한 이후에 비로소 발생한다는 전제에서 피고가 담보제공청구권으로 원고의 사전구상금 청구에 대한 이행을 거절하지 못한다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 민법 제443조 전단의 담보제공청구권에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.”

II. 연 구

1. 서 언

가. 이 사건을 요약하면 다음과 같다. 즉 원고(수탁보증인)와 채권자들이 체결한 연대보증계약(이 사건에서는 원고가 상대방(채권자)을 달리하여 각각 3회의 연대보증계약을 체결하였다)에 대하여 채권자들의 보증금 지급청구를 인용하는 판결이 선고되거나 지급명령이 발령되었으므로, 민

18) 대법원 2004. 5. 28. 선고 2001다81245 판결, 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다274703 판결 등 참조.

법 제442조 제1항 제1호의 ‘보증인이 과실 없이 채권자에게 변제할 재판을 받은 때’에 해당됨을 이유로 원고는 주채무자인 피고를 상대로 사전구상권을 행사할 수 있다고 주장하면서 위 판결과 각 지급명령에서 지급을 명한 금액의 합계액 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 청구하였다. 이에 대하여 피고인 주채무자는 ① 원고는 수탁보증인이 아니며(피고의 제1주장), ② 위 판결과 각 지급명령을 받은 데에 원고의 과실이 없다고 볼 수 없고, 피고인 주채무자에게 사전구상권을 행사하는 것은 신의칙에 반하며(제3 상고이유와 관련된다), ③ 실사 원고의 사전구상권이 인정된다고 하더라도 이는 피고인 주채무자의 담보제공청구권(민법 제443조)과 동시이행관계에 있으므로 원고로부터 담보제공을 받을 때까지 사전구상금의 지급을 거절할 수 있고(제2 상고이유와 관련된다), ④ 피고도 원고에 대하여 이 사건 제4연대보증에 관한 사전구상권을 행사할 수 있으므로 이를 자동채권으로 하여 원고의 구상금채권과 상계한다고 주장(제4 상고이유와 관련된다)한 사안이다. 다만 상고심에 이르러서는 전술한 ① 내지 ④ 중 ①은 상고이유에서 주장되지 않았다. 그 대신에 상고심에서는 사전구상금에 지연손해금이 발생하는지 여부가 다투어졌다(제1 상고이유).¹⁹⁾

19) 2019년 6월 27일 원고가 법원에 제출한 청구취지 및 청구원인 변경신청서에 기재된 원고의 청구취지 및 청구원인은 다음과 같다. 즉 원고의 청구취지는 “피고는 원고에게 181,051,317원 및 그 중 106,025,738원에 대해서는 2018. 9. 29.부터 37,426,916원에 대해서는 2019. 1. 4.부터 37,598,663원에 대해서는 2017. 9. 9.부터 각 2020. 9. 8.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일까지는 연 5%의, 각 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라”고 기재되어 있었으며, 원고의 청구원인은 “원고는 민법 제442조 제1항 제1호에 따라 피고에게 사전구상권을 행사하여 각 채권자들에 대한 채무 원금 한도 내에서 구상금청구를 한 것이고 이에 따라 피고는 원고에게 구상금으로 251,781,957원(이는 2020년 9월 8일 원고가 법원에 제출한 청구취지 및 청구원인 변경신청서에 의하여 감축되었다-필자 주) 및 그 중 甲 새마을금고가 청구한 소송에 따른 잔존 대출금 106,025,738원과 판결확정일 다음날인 2018. 9. 29.부터 주식회사 乙 자산관리대부가 청구한 소송에 따른 잔존 대출금 37,426,916원과 판결확정일 다음날인 2019. 1. 4.부터, 주식회사 戊 파이너스 대부가 청구한 소송에 따른 잔존 대출금 70,730,640원과 판결확정일 다음날인 2018. 6. 13.부터(다만 이 부분은 2020년 9월 8일 원고가 법원에 제출한 청구취지 및 청구원인 변경신청서에 의하여 청구취지가 감축되면서 이 부분은 삭제되었다-필자 주), 丙 캐피탈 주식회사가 청구한 소송에 따른 잔존 대출금 37,598,663원과 판결확정일 다음날인 2017. 9. 9.부터 각 이 사건 청구취지변경신청서 부분 송달일 다음

결국 이 사건의 쟁점은 ① 수탁보증인의 주채무자에 대한 사전구상권의 행사로 장래의 지연손해금을 청구할 수 있는지 여부(제1 상고이유), ② 민법 제443조에 의한 주채무자의 수탁보증인에 대한 담보제공청구권이 수탁보증인의 주채무자에 대한 사전구상권과 동시이행관계에 있는지 여부(제2 상고이유), ③ 수탁보증인이 과실로 채권자에게 변제할 재판을 받았는지 여부 및 수탁보증인의 주채무자에 대한 사전구상권 행사가 신의칙에 반하는지 여부(제3 상고이유), ④ 수탁보증인의 주채무자에 대한 사전구상권을 자동채권으로 하는 상계가 허용되는지 여부(제4 상고이유)로 요약할 수 있다.

나. 이 중 이 글에서 중점적으로 다루고자 하는 쟁점은 제2 상고이유와 관련된 ②쟁점인 민법 제443조에 의한 주채무자의 담보제공청구권이 수탁보증인의 사전구상권과 동시이행관계에 있는지 여부인데, 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 우리나라의 경우에는 이 문제가 주채무자의 담보제공청구권이 주채무자에게 사전구상금의 지급에 대한 이행거절권을 인정했는지 여부에 대한 논의로 나타났다.²⁰⁾ 이에 대하여 우리나라의 학설은 긍정설과 부정설로 견해가 대립하며, 판례의 경우에는 그동안 이 문제를 직접적으로 다룬 대법원 판결은 선고되지 않았다. 그런데 최근 하급심 법원 판결에서는 이 문제가 소송당사자 사이에서 직접적인 쟁점이 되어 다투어졌다. 그 전형적 예로 대법원 2023. 2. 2. 선고 2020다283578 판결(이하에서는 ‘대상 판결’이라고 한다)의 제1심 판결²¹⁾ 및 원심 판결²²⁾을 들

날까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급해야 할 책임이 있다 할 것입니다”라고 기재되어 있었다.

20) 예컨대 이원범·남성민·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 주석 민법, [채권총칙3], §428-§459, 제5판, 한국사법행정학회, 2020, 249면 이하[손철우 집필], 손지열·김항식·양창수 편집 /곽윤직 편집대표, 민법주해, 제10권, 채권(3) 제408조-제459조, 박영사, 2011, 339면 이하[박병대 집필], 김기환, “사전구상권을 자동채권으로 한 상계-대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다274703 판결-”, 민사법학, 제100호, 한국민사법학회, 2022, 512면 이하 등 참조.

21) 의정부지방법원 고양지원 2019. 7. 12. 선고 2019가합71601 판결.

22) 서울고등법원 2020. 10. 15. 선고 2020나2004278 판결.

수 있다. 이들 판결은 양자의 권리의 동시이행관계를 부정하였는데, 이와 달리 동시이행관계를 긍정한 대상 판결의 타당성을 검토하기 위한 전제 작업으로 대상 판결의 하급심 판결들이 제시한 근거가 타당한지 여부에 대하여 검토할 필요가 있다.

둘째, 최근 이 문제에 대하여 직접적이고 명시적인 입장을 나타낸 대법원 판결이 선고되었는데, 그것이 바로 대상 판결이다. 대상 판결은 이 문제에 대하여 명시적으로 긍정설의 입장을 취함으로써 그동안 학설 및 하급심 판례 차원에서 다투어진 상황에 대하여 종지부를 찍었는데, 그러한 종지부가 타당한지 여부를 검토할 필요가 있다.

셋째, 민법 제443조에 의한 주채무자의 담보제공청구권이 수탁보증인의 사전구상권과 동시이행관계에 있다고 명시적으로 인정한 대상 판결에 의할 때 판결 주문의 형식은 구체적으로 어떻게 이루어져야 하는지가 문제될 수 있으므로, 이에 대한 고찰이 필요하다. 왜냐하면 대상 판결을 계기로 후속 판결 역시 대상 판결과 동일한 취지로 양자의 권리가 동시이행관계에 있음을 전제로 판결을 선고할 것으로 예상되므로, 그러한 판결 주문의 구체적 형식에 대한 일종의 가이드라인을 제시할 필요가 있기 때문이다.

다만 이와 별개로 관련 문제로 피고가 원고에게 지급한 사전구상금이 지연손해금이 발생하는지 여부가 문제될 수 있으며, 이에 대한 검토가 필요하다. 즉 수탁보증인의 사전구상권에 대해서 지연손해금이 발생하는지 여부와 수탁보증인이 주채무자에게 청구할 수 있는 사전구상금의 범위가 문제되는데, 이를 고찰할 필요가 있다. 대상 판결은 민법 제443조에 의한 주채무자의 담보제공청구권이 수탁보증인의 사전구상권과 동시이행관계에 있다고 판시하고 이에 따라 판결 주문의 형식에 대한 설시만 하였을 뿐 이 문제에 대한 명시적 판단을 내리지 않았다. 그 이유는 추측컨대 대상 판결은 원심 판결이 피고의 원고에 대한 담보제공청구권에 따른 이행거절권을 인정하지 않은 부분에 잘못이 있음을 이유로 원심 판결을 전부 파기하였으므로, 장래의 지연손해금을 인정한 원심 판결의 입장을 별도로 판단할 필요성이 적었기 때문이었을 것이다. 그러나 수탁보증인의 사전구상권에 대해서 지연손해금이 발생하는지 여부와 수탁보증인이 주채무자에게 청구할 수 있는 사전구상금의 범위를 어떻게 보아야

하는가라는 문제는 대상 판결 이후에 선고될 후속 관례에서도 문제될 수 있으므로, 이에 대하여 고찰할 필요가 있다.

다. 전술한 문제의식에 따라 이 글에서는 다음과 같은 순서로 대상 판결에 대하여 고찰하고자 한다.

첫째, 이 글에서 중점적으로 고찰하고자 하는 쟁점인 민법 제443조에 의한 주채무자의 담보제공청구권이 수탁보증인의 사전구상권과 동시이행관계에 있는지 여부에 대한 학설 및 관련 관례의 입장을 고찰한다. 그 후 이를 바탕으로 양자의 권리가 동시이행관계에 있다고 판시한 대상 판결의 입장이 타당한지 여부에 대하여 검토한다(이하에서는 ‘쟁점 1’이라고 한다).

둘째, 민법 제443조에 의한 주채무자의 담보제공청구권이 수탁보증인의 사전구상권과 동시이행관계에 있다고 명시적으로 인정한 대상 판결을 계기로 향후에 선고될 후속 판결들도 대상 판결에 따라 양자의 권리가 동시이행관계에 있음을 전제로 판결을 선고할 것으로 보인다. 그러므로 대상 판결이 판결 주문의 형식에 대하여 어떠한 입장을 취하였는지, 그리고 이러한 입장을 취하는 것이 타당한지 여부에 대하여 검토한다(이하에서는 ‘쟁점 2’라고 한다).

셋째, 관련 문제로 피고가 원고에게 지급한 사전구상금에 지연손해금이 발생하는지 여부, 즉 수탁보증인의 사전구상권에 대해서 지연손해금이 발생하는지 여부와 수탁보증인이 주채무자에게 청구할 수 있는 사전구상금의 범위에 대하여 고찰한다(이하에서는 ‘쟁점 3’이라고 한다). 왜냐하면 원심 판결이 수탁보증인의 사전구상권에 대해서 지연손해금이 발생한다고 인정하였고, 이에 대하여 대상 판결은 명시적인 판단을 하지 않은 상황이어서 혼란이 발생할 수 있기 때문이다. 따라서 향후에 이 문제가 다투어진 경우에 관례가 어떠한 판단을 내려야 하는지를 밝힘으로써 이러한 혼란을 미연에 방지하고자 한다.

넷째, 대상 판결은 피고의 제3 상고이유인 “원고의 사전구상권 행사는 신의칙에 반한다”는 주장과 피고의 제4 이유인 “원심 판결은 피고의 상계항변을 받아들이지 않은 잘못이 있다”는 주장의 타당성 여부에 대하여 판단하지 않았다. 그러나 이 역시 피고의 상고이유를 통하여 대상 판결

의 쟁점이 되었으므로, 대상 판결이 이에 대한 판단을 하지 않았다고 하더라도 그 타당성 여부에 대해서는 검토할 필요가 있다고 생각한다. 이에 따라 이 글에서는 방론으로 피고의 제3 상고이유 및 제4 상고이유의 타당성 여부에 대해서도 검토한다.

한편 비교법적 관점에서 볼 때 우리민법상 보증인의 사전구상권 제도에 직접적인 영향을 미쳤을 뿐만 아니라 우리나라와 매우 유사한 보증인의 사전구상권에 대한 규정을 가지고 있는 일본의 경우에도 전술한 쟁점들에 대한 논의가 존재한다.²³⁾ 따라서 이하에서는 대상 판결의 타당성

23) 프랑스의 경우에 2021년 개정 전 프랑스민법 제2309조(2006년 개정 전 프랑스민법 제2302조) 본문은 “보증인은 [이하의 각 호에 든 경우에 보증채무를] 지급하기 전이라도 보상하게 하기 위하여(pour être par lui indemnisée), 채무자에게 청구할 수 있다”고 규정하여 보증인의 사전구상권을 인정하였지만, 2021년 개정된 프랑스민법 제2309조는 “채무의 전부 또는 일부를 변제한 보증인은 채권자가 채무자에 대하여 가진 권리들을 대위한다”고 규정하여 보증인의 사전구상권이 삭제되었다. 2021년 개정된 프랑스민법 제2309조는 보증인의 대위적 구상권과 관련되는데, 변제자대위에 대한 제1346조(“대위는 변제의 정당한 이익이 있는 자가 변제를 하여 채무의 전부 또는 일부를 확정적으로 부담하는 채무자를 채권자에 대하여 면책시키는 때부터, 법률의 효력만으로 변제자의 이익을 위하여 발생한다”) 이하의 일반규정에 따라 보증인은 일부만 변제한 경우에 대위권도 일부에 대해서만 행사할 수 있다고 규정하였다(전술한 2021년 개정된 프랑스민법 제2309조 참조). 특히 2021년 개정된 프랑스민법 제2309조는 2021년 개정 전 프랑스민법 제2309조가 규정한 보증인의 사전구상권을 삭제하였는데, 그 취지에 대하여 대통령 보고서는 이 규정에 의해 예정되었던 많은 사례에서 실질적으로 사전구상권이 활용되지 않을 뿐만 아니라 아직 변제가 이루어지지 않았음에도 불구하고 보증인이 구상을 받을 권리에 대하여 비판적이었다고 설명하였다(Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, p.11). 하지만 이에 대하여 확실 중에는 2021년 오르도낭스에 의하여 사전구상권이 삭제되었다고 하더라도 보증인은 주채무자에 대한 보전조치로서 사전구상권을 행사할 수 있다는 견해가 주장되었다. 이 견해는 그 근거로 2020년 12월 법무부가 배포한 오르도낭스 초안 제2315조는 “보증인은 변제하기 전이라도 민사집행법전 제5권에 규정된 요건에 따라 채무자의 모든 재산에 대한 보전조치를 실행할 수 있다”고 규정하여 사전구상권을 포함하고 있었으며, 그 규정이 그대로 채택되지는 않았지만 이와 같은 사전적 규율에 대해서는 의문이 없는 점을 든다(Jean-Baptiste Seube, *Droit des sûretés*, 11^e éd., Dalloz, 2022, pp.86-88). 또한 독일의 경우에 독일민법 제775조는 보증인의 면책청구(Anspruch des Bürgen auf Befreiung)라는 표제 하에 제1항 본문에서 “주채무자의 부탁으로 보증인이 된 자 또는 보증의 인수로 주채무자에 대하여 사무관리에 관한 규정에 따라 수탁자로서의 권리를 갖는 자는 다음 각 호의 경우에 주채무자에 대하여 보증채무의 면책을 청구할 수 있다”고 규정한다. 한편 일본의 경우에는 2017년 민법을 개정하는 과정에서 기존의 보증인의 사전구

여부를 쟁점별로 고찰함에 있어서 일본의 논의를 참고할 부분이 있다고 판단되는 경우에는 일본의 논의 상황도 아울러 살펴보기로 한다.²⁴⁾

2. 쟁점 1에 대한 검토

가. 문제의 소재

쟁점 1과 관련하여 대상 판결의 사안에서 피고는 수탁보증인의 사전구상권 행사에 대해서 주채무자는 수탁보증인에게 민법 제443조에 따라 담보제공을 청구할 수 있다고 주장하면서 동조에 근거하여 원고에게 담보제공을 청구하였다. 나아가 피고의 사전구상금 지급의무와 원고의 담보제공의무는 동시이행관계에 있으므로, 원고로부터 담보제공을 받을 때까지 사전구상금의 지급을 거절한다고 주장하였다. 이에 대하여 원심 판결은 주채무자인 피고의 사전구상금 지급의무와 보증인인 원고의 담보제공의무가 동시이행관계에 있다고는 볼 수 없다고 판단하여 피고의 주장을 받아들이지 않았다.²⁵⁾ 그러나 이와 달리 대상 판결은 이러한 원심 판

상권이라는 법적 구성에서 보증인의 주채무자에 대한 면책청구권이라는 법적 구성으로 개정하자는 의견이 있었지만(法制審議會-民法(債權關係)部会, “民法(債權關係)の改正に関する論点の検討(8)”, 法制審議會民法(債權關係)部会資料36, 法務省, 平成24年(2012年), 57頁 참조), 다수의 지지를 받지 못하여 민법(채권관계)의 개정에 관한 중간시안(民法(債權關係)の改正に関する中間試案)이 결정(平成25年(2013年) 2月 26日 決定)되기 전 단계에서 폐기되었고, 결국 사전구상권 제도를 그대로 유지하기로 결정하였다. 결국 비교법적 관점에서 볼 때, 현재 보증인의 사전구상권 제도를 갖고 있는 국가는 우리나라와 일본뿐이다.

- 24) 대상 판결의 쟁점과 대응하거나 관련된 일본의 학설 및 판례에 대한 자세한 내용은 이승현, “수탁보증인의 담보제공의무와 주채무자의 사전구상금의무의 관계에 대한 고찰”, *재산법연구*, 제39권 제4호, 한국재산법학회, 2023, 82-100면 참조.
- 25) 원심 판결이 피고의 주장을 받아들이지 않은 이유는 다음의 세 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 민법 제443조는 ‘주채무자가 보증인에게 배상하는 경우’에 비로소 보증인을 상대로 자신에게 담보를 제공할 것을 청구할 수 있도록 규정하고 있으므로, 피고의 주장과 같이 주채무자의 사전구상금의 지급의무와 보증인의 담보제공의무가 서로 동시이행관계에 있다고 해석하는 것은 법 문언에 반한다. 둘째, 보증인이 민법 제443조에 따라 주채무자에게 제공하게 될 담보의 피담보채무에는 ‘주채무자로부터 수령한 사전구상금을 채권자에 대한 채무변제에 사용하여야 할 의무’도 포함되는데, 주채무자가 사전구상금을 지급하기 전에는 아직 위와 같은 피담보채무가 발생하였다고 볼 수도 없다. 셋째, 주채무자로서는 보증인이 사전구상금을 채무의 변제에 사용하지 아니할 위험이 있다고 판단될 경우에는 민법 제443조 후단에 따른 조치(배상할 금액의 공탁, 담보의 제공, 보증인 면책)를 취함으

결을 파기하고 피고의 주장을 받아들여서 피고의 사전구상금 지급의무와 원고의 담보제공의무는 동시이행관계에 있다고 판단하였다.

따라서 쟁점 1인 주채무자가 담보제공청구권으로 수탁보증인의 사전구상청구에 대한 이행을 거절할 수 있는지 여부에 대한 당사자 사이의 다툼에 대하여 원심 판결과 대상 판결이 서로 엇갈리는 판단을 한 것인데, 어느 입장을 취하는지에 따라서 결론이 달라진다.

즉 원심 판결과 같이 주채무자가 수탁보증인에게 사전구상금을 지급한 후에야 비로소 보증인에 대한 담보제공청구권이 발생한다고 보면 주채무자는 수탁보증인의 사전구상청구에 대하여 담보제공청구권으로 이행거절을 하지 못한다. 그러나 대상 판결과 같이 주채무자가 수탁보증인에게 사전구상금을 지급하지 않았더라도 주채무자에게 수탁보증인에 대한 담보제공청구권이 있다고 보면, 주채무자는 이를 근거로 수탁보증인이 담보를 제공할 때까지 수탁보증인에 대하여 사전구상금의 지급을 거절할 수 있다.

이하에서는 전술한 원심 판결의 판단과 대상 판결의 판단 중 어느 판결의 판단이 타당한지 여부를 검토하기 위해서 이 문제에 대한 우리나라의 학설 및 대상 판결이 선고되기 전의 판례의 동향을 살펴본다. 그리고 이와 함께 일본에서도 이에 대한 논의가 있으므로, 관련 부분에서 간략하게 소개하기로 한다. 그 후 이를 바탕으로 대상 판결의 타당성 여부에 대하여 검토하고자 한다.

나. 학 설

1) 동시이행설(이행거절 긍정설)

동시이행설은 주채무자가 수탁보증인의 담보제공청구권으로 수탁보증인의 사전구상청구에 대한 이행을 거절할 수 있다고 보는 견해²⁶⁾로서,

로써 사전구상금의 지급의무를 면할 수 있다.

26) 이은영, 채권총론, 제4판, 박영사, 2009, 567면; 김용한, 채권법총론, 박영사, 1983, 382면; 송순근, (법학총서) 채권법총론, 도서출판 함무라비, 2003, 357-358면; 임정평, 채권총론, 법지사, 1989, 334면; 김상용, 채권총론, 제3판, 화산미디어, 2016, 338면; 김주수, 채권총론, 제3보정판, 삼영사, 2003, 340면; 김기선, 한국채권법총론, 제3전정판, 법문사, 1987, 256면; 김현태, 신채권법총론, 일조각, 1982, 234면; 김형배, 채권총론, 제2판, 박영사, 1999, 524면; 이태재, 채권총론, 개정판, 진명문화사, 1987, 301면; 이원범 · 남성민 · 손철우 편

이 견해에 따르면 주채무자의 사전구상의무와 수탁보증인의 담보제공의무의 동시이행관계를 긍정하게 된다.

집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 251면[손철우 집필]; 현승중, 채권총론, 일신사, 1975, 282면 등. 또한 김동훈, 채권총론, 동방문화사, 2012, 93면; 김증한·김학동, 채권총론, 제6판, 박영사, 1998, 266면; 박종두, 채권법총론, 제3판, 삼영사, 2010, 365면; 박종두·박세욱, 채권법총론, 제4판, 삼영사, 2014, 354면; 윤철홍, 채권총론, 3정판, 법원사, 2018, 357면; 장재현, 채권법총론, 채권법총론, 경북대학교출판부, 2006, 320면 등은 이 문제에 대하여 주채무자는 사전구상에 응함과 동시에 수탁보증인에게 담보제공을 청구할 수 있다고 해석하는데, 이는 수탁보증인의 담보제공의무와 주채무자의 사전구상의무가 동시이행관계에 있다고 해석하는 견해로 보이고, 따라서 동시이행설을 취한 것으로 판단된다. 참고로 일본의 경우에도 동시이행설은 일본민법 제461조 제1항 소정의 수탁보증인의 주채무자에 대한 담보제공의무와 주채무자의 수탁보증인에 대한 사전구상의무의 동시이행관계를 긍정하는 견해이다(吉原省三, “保証人の事後求償權と事前求償權の關係について”, 金融法務事情, 第1145号, 金融財政事情研究会, 昭和62年(1987年), 9頁; 下出義明, “事前求償權をめぐる法律問題”, 金融法務事情, 第649号, 金融財政事情研究会, 昭和47年(1972年), 6頁; 加藤正男, “求償金請求訴訟(1)”, 裁判実務大系(13) 金銭貸借訴訟法(藤田茂正·中野哲弘 編), 青林書院, 昭和62年(1987年), 356頁; 前田陽一, “<現代担保法研究会 34> 委託を受けた保証人による事前求償權の行使と民法461条1項”, JURIST, 第1120号, 有斐閣, 平成9年(1997年), 118頁; 渡邊力, “受託保証人の事前求償權-「事前に求償する」という意義の再検討-”, 名古屋大学法政論集, 第227号, 名古屋大学法学部, 平成20年(2008年), 413頁; 内田貴, 民法III 債権総論·担保物権, 第4版, 東京大学出版会, 令和2年(2020年), 427頁 등). 이 견해를 취한 학자들 중 와타나베 리키(渡邊力)는 다음과 같이 주장하면서 동시이행설을 지지하였다. 즉 그는 “동시이행설과 같이 주채무자의 수탁보증인에 대한 사전구상의무와 수탁보증인의 주채무자에 대한 담보제공의무를 동시이행관계에 있다고 본다면 수탁보증인이 담보를 제공하지 않는 한 주채무자가 사전구상에 응하지 않아도 지연손해금은 발생하지 않게 된다. 이상의 점에 대해서 수탁보증인의 사전구상청구에 주채무자가 응할 의무를 선이행의무로 해석해도 주채무자가 갖는 대항수단이 소멸되는 것은 아니므로, 주채무자의 보호는 일정 정도 보장된다. 그러나 수탁보증인에게 사전구상권이라는 특별한 권리를 인정하는 점에서 보면 당사자 사이의 보호의 균형을 맞출 필요가 생길 것이다. 이러한 의미에서 반대 당사자인 주채무자에게 이증지급의 위험을 강요해서는 안되며, 주채무자의 보호가 강조되어야 한다”고 주장하였다(渡邊力, 上掲論文, 413頁 참조).

참고로 일본민법 제461조는 ‘주채무자가 보증인에게 상환하는 경우’라는 표제 하에 다음과 같이 규정한다.

일본민법 제461조(주채무자가 보증인에게 상환하는 경우)

- ① 전조의 규정에 따라 주채무자가 보증인에게 상환하는 경우에 채권자가 전부의 변제를 받지 않은 동안에 주채무자는 보증인에게 담보를 제공하게 하거나 보증인에 대하여 자기를 면책하게 할 것을 청구할 수 있다.
- ② 전항이 규정한 경우에 주채무자는 공탁하거나 담보를 제공하거나 보증인을 면책시킴으로써 그 상환의무를 면할 수 있다.

동시이행설에 따르면 민법 제443조 전단의 문언이 반드시 주채무자가 수탁보증인에게 사전구상금을 지급한 이후에 비로소 수탁보증인에 대하여 담보제공청구권을 행사할 수 있다는 의미로 해석되지 않는다고 한다.²⁷⁾ 또한 동시이행설은 장래의 채무를 피담보채무로 하는 담보 설정이 가능하므로, ‘수탁보증인이 사전구상금을 수령한 후 주채무의 변제에 사용하여야 할 채무’가 아직 성립하지 않았다고 하더라도 이에 대한 담보 제공이 가능하며, 나아가 수탁보증인에게 담보제공을 요구하면서 수탁보증인의 사전구상청구에 대한 이행을 거절할 수 있다고 보는 것이 주채무자의 보호에 더 충실하다고 해석한다.²⁸⁾

다만 동시이행설은 주채무자가 수탁보증인의 사전구상권 행사에 응하여 사전구상금을 지급한 경우에 주채무자의 수탁보증인에 대한 면책청구권이 발생한다고 해석하여 수탁보증인의 주채무자를 면책시킬 의무와 주채무자의 사전구상의무의 동시이행관계를 부정하고 주채무자의 사전구상의무를 선이행의무로 해석하는 견해²⁹⁾와 민법 제443조의 취지가 수탁보증인의 사전구상권을 인정함으로써 이종지급의 위험에 처한 주채무자를 보호하기 위한 점에 있다고 본다면 수탁보증인의 담보제공의무뿐만 아니라 수탁보증인의 주채무자를 면책시킬 의무도 주채무자의 사전구상의무와 동시이행관계에 있다고 해석하는 견해³⁰⁾로 세부적으로 나누어진다.

27) 이원범·남성민·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 251면[손철우 집필].

28) 이원범·남성민·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 251면[손철우 집필].

29) 예컨대 이원범·남성민·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 249면 및 251면[손철우 집필]; 문영화, “수탁보증인의 주채무자에 대한 사전구상권을 자동채권으로 하는 상계가 허용되는 경우(2004.5.28. 선고 2001다81245 판결 : 공2004하, 1050)”, 대법원판례해설, 제49호, 법원행정처, 2004, 86면 이하; 김기환, 앞의 논문, 512면 이하 등. 특히 이원범·남성민·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 251면[손철우 집필]에 의하면 민법 제443조 전단이 주채무자의 면책청구권과 담보제공청구권을 한꺼번에 규정하였지만, 그렇다고 해서 반드시 주채무자의 담보제공청구권과 면책청구권의 발생요건을 동일하게 볼 필요는 없다고 한다. 즉 주채무자의 면책청구권이 주채무자가 수탁보증인에게 사전구상금을 지급한 이후에 발생한다고 해서 주채무자의 담보제공청구권도 반드시 그와 같다고 볼 수는 없다고 한다.

30) 예컨대 제철웅, “자동채권에 항변권이 부착되어 있는 경우의 상계”, 판례월보, 제303호, 판례월보사, 1995, 45면. 참고로 일본의 학설 중에도 주채무자의 수탁보증인에 대한 담보제공청구권과 면책청구권을 무슨 이유로 각각 다르게 취급하여야 하는지에 대하여 의문을 제기한 견해가 있다(예컨대 前田陽一, 前掲論文, 118頁 참조).

2) 선이행설(이행거절 부정설)

선이행설은 주채무자가 수탁보증인을 상대로 담보제공청구권을 행사하기 위해서는 일단 수탁보증인에게 사전구상금을 지급하여야 하므로, 만약 주채무자가 수탁보증인에게 사전구상금을 지급하지 않으면 주채무자는 담보제공청구권으로 수탁보증인의 사전구상청구에 대한 이행을 거절할 수 없다고 해석하는 견해이다.³¹⁾

선이행설에 따르면 주채무자에게 담보제공청구권으로 수탁보증인의 사전구상청구에 대하여 이행을 거절할 수 있다고 해석하는 것은 민법 제443조의 문언에 반한다고 한다.³²⁾ 또한 선이행설은 주채무자가 수탁보증인에게 사전구상금을 지급하지 않은 상태에서는 아직 수탁보증인의 수입인으로서의 채무, 즉 피담보채무 자체가 발생하지 않았음에도 불구하고 그러한 상황에서 느닷없이 수탁보증인의 주채무자에 대한 담보제공의무가 발생할 여지는 없다고 해석한다.³³⁾ 그리고 선이행설은 주채무자로서는 수탁보증인이 사전구상금을 주채무의 면책에 사용하지 않을 위험이 크다고 판단되면 민법 제443조 후단에 의한 조치(공탁, 담보 제공, 보증인 면책)를 취함으로써 수탁보증인에 대한 사전구상의무를 면할 수 있으

31) 손지열·김황식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 앞의 책, 339-340면[박병대 집필]; 지원림, 민법강의, 제19판, 홍문사, 2022, 1269면; 지원림, 민법원론, 제3판, 홍문사, 2022, 916면; 김용담 편집대표, 주식 민법, [채권총칙(3)], §428-§459, 제4판, 한국사법행정학회, 2014, 140면[박영복 집필] 등. 참고로 일본의 경우에도 선이행설은 일본민법 제461조 제1항 소정의 수탁보증인의 주채무자에 대한 담보제공의무 및 주채무자를 면책시킬 의무와 주채무자의 수탁보증인에 대한 사전구상의무의 동시이행관계를 부정하고, 후자인 주채무자의 수탁보증인에 대한 사전구상의무가 선이행의무라고 해석하는 견해이다. 이 견해에 의하면 수탁보증인이 주채무자에게 사전구상권을 행사한 경우에 주채무자는 이러한 수탁보증인의 사전구상권 행사에 응하는 것이 먼저이며(주채무자의 선이행의무), 주채무자가 수탁보증인의 사전구상청구에 응한 후에 주채무자가 수탁보증인에 대하여 행사할 수 있는 권리가 담보제공청구권 및 면책청구권이라고 한다(平井宜雄, (法律學講座双書) 債權總論, 第2版, 弘文堂, 平成6年(1994年), 317頁; 前田達明, (口述法律學シリーズ) 口述 債權總論, 第3版, 成文堂, 平成5年(1993年), 369頁; 定塚孝司 著 / 故定塚孝司判事遺稿論集刊行會編, 主張立証責任論の構造に関する一試論, 判例タイムズ社, 平成6年(1994年), 89頁; 西村信雄 編集 / 中川善之助·柚木馨·谷口知平·於保不二雄·川島武宜·加藤一郎 編集代表, 注釈民法(11) 債權(2) 多数当事者の債權·債權の讓渡 §§427-473, 有斐閣, 昭和40年(1965年), 279頁[中川淳 집필] 등).

32) 손지열·김황식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 앞의 책, 339면[박병대 집필].

33) 손지열·김황식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 앞의 책, 339면[박병대 집필].

므로, 주채무자를 보호하기 위하여 담보제공청구권으로 이행거절할 수 있다고 볼 필요성도 크지 않다고 해석한다.³⁴⁾

다. 판례

1) 수탁보증인의 담보제공의무와 주채무자의 사전구상의무의 관계에 대하여 선이행 관계에 있는지, 동시이행관계에 있는지, 즉 주채무자가 수탁보증인에 대한 담보제공청구권으로 수탁보증인의 사전구상청구에 대하여 이행을 거절할 수 있는지 여부에 대해서 대상 판결이 선고되기 전까지는 대법원 판결의 차원에서 명시적인 입장이 표명된 적이 없었다. 다만 학설 중에는 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다274703 판결(이하에서는 ‘2019년 2월 14일 대법원 판결’이라고 한다)³⁵⁾을 근거로 판례가

34) 손지열 · 김항식 · 양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 앞의 책, 339면[박병대 집필]; 김용담 편집대표, 앞의 책, 140면[박영복 집필].

35) 원고는 조합(집행채무자)을 상대로 공사대금채권을 가지고 있었으며, 조합은 피고(제3채무자)를 상대로 부당이득반환청구권을 가지고 있었다. 2015년 11월 19일 원고는 공사대금채권에 대한 확정판결로 조합의 피고에 대한 부당이득반환청구권에 관하여 압류·추심명령을 받았으며, 이는 2015년 11월 23일 피고에게 송달되었다. 한편 피고는 조합의 다른 채무에 관하여 연대보증을 하였는데, 2013년 4월 19일 연대보증채무의 이행기가 도래되었다. 그 후 피고는 2016년 9월 29일 연대보증채무를 이행하였다. 결국 이 사안은 피고가 조합에 대한 사전구상권을 취득한 다음에 원고의 조합의 피고에 대한 부당이득반환청구권에 대한 압류·추심명령을 받았고, 그 후 피고의 조합에 대한 사후구상권 취득(담보제공청구권 상실)의 순서로 사건이 진행되었다고 정리할 수 있다. 이 사건에서 피고가 조합에 대한 사전구상권을 자동채권으로 하여 조합의 피고에 대한 부당이득반환청구권과 상계한다고 항변하자 2019년 2월 14일 대법원 판결의 원심 판결은 “피고가 2016. 9. 29. 연대보증채무 변제 명목으로 금원을 이체한 사실은 앞서 본 바와 같은 바, 그로 인하여 조합의 주채무는 면책되었다. 그렇다면 피고가 조합의 주채무를 면책시킨 범위에서는 조합의 피고에 대한 담보제공청구권은 소멸하였다. 그러나 피고가 (주채무 채권자에 대한) 변제로 사전구상권에 부착된 담보제공청구권을 소멸시킨 시점은 2016. 9. 29.로서 압류·추심명령의 효력이 발생한 2015. 11. 23.보다 이후임이 기록상 분명하다. 또한 피고가 사전구상권으로 상계하려는 반대채권인 부당이득반환채권의 변제가 늦어도 압류·추심명령의 효력발생일 이전인 2013. 12. 27.에 도달하였다. 그렇다면 압류·추심명령 이후에 비로소 담보제공청구의 항변권이 일부 소멸한 이 사건 사전구상권으로, 압류·추심명령 이전에 성립하고 변제가 도래한 부당이득반환청구권과 상계하는 것은 허용되지 않는다”고 판시하였으며, 2019년 2월 14일 대법원 판결도 이러한 원심 판결의 판단을 수긍하였다. 한편 이 판결에 대하여 평석한 논문으로 이준현, “채무자에 대한 물상보증인의 구상권과 상계-대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다274703 판결-”, 비교사법, 제26권 제4호, 한국

동시이행설(이행거절 긍정설)을 취한 것으로 해석하는 견해가 있다.³⁶⁾ 이 견해는 그 이유로 판례가 만약 선이행설(이행거절 부정설)의 입장을 취하였다면 주채무자의 담보제공청구권의 존재를 이유로 수탁보증인의 상계를 제한할 이유가 없기 때문이라는 점을 든다.³⁷⁾

2) 한편 2019년 2월 14일 대법원 판결 외에도 이 판결과 동일한 취지로 판시한 대법원 판례들도 있다. 예컨대 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다55222, 55239 판결³⁸⁾(이하에서는 ‘2001년 11월 13일 대법원 판결’이라고 한다)은 “항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하여 다른 채무(수동채권)와의 상계를 허용한다면 상계자 일방의 의사표시에 의하여 상대방의 항변권 행사의 기회를 상실시키는 결과가 되므로 그러한 상계는 허용될 수 없고³⁹⁾, 특히 수탁보증인이 주채무자에 대하여 가지는 민법 제442조의 사전구상권에는 민법 제443조 소정의 이른바 면책청구권이 항변권으로 부착되어 있는 만큼 이를 자동채권으로 하는 상계는 허용될 수 없다⁴⁰⁾”고 실시한 후 “원심이 같은 견해에서 … ○○○○ 주식회사의 ◇◇◇◇에 대한 판시 어음할인 차용금 채무의 연대보증인인 피고측 정리회사(△△△△ 주식회사)가 민법 제433조에 의하여 그 주채무자인 ○○○○이 가지는 앞에서 본 사전구상채권에 기한 상계권을 행사한다는 항변을 배척한 것은 정당하고, 거기에 소론 사전구상권에 기한 상계에 관한 법리오해가 있다고 할 수 없다. 사전구상권을 상계의 자동채권으로 삼을 때에는 위 면책청구권을 행사할 수 없다거나 주채무자가 파산선고를 받은 경우에는 예외적으로 상계가 허용되어야 한다는 뜻의 상고이유는 독자적 입론에 불과하여 받아들일 수 없다”고 판시하였다.

또한 대법원 2004. 5. 28. 선고 2001다81245 판결(이하에서는 ‘2004년 5월 28일 대법원 판결’이라고 한다)은 “항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하여 다른 채무(수동채권)와의 상계를 허용한다면 상계자

비교사법학회, 2019, 175면 이하; 김기환, 앞의 논문, 479면 이하 등 참조.

36) 이원범·남성민·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 250-251면[손철우 집필].

37) 이원범·남성민·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 250-251면[손철우 집필].

38) 이 판결을 인용한 대법원 판결로는 대법원 2004. 2. 13. 선고 2003다14362 판결이 있다.

39) 대법원 1969. 10. 28. 선고 69다1084 판결.

40) 대법원 1982. 5. 25. 선고 81다595 판결.

일방의 의사표시에 의하여 상대방의 항변권 행사의 기회를 상실시키는 결과가 되므로 그러한 상계는 허용될 수 없고, 특히 수탁보증인이 주채무자에 대하여 가지는 민법 제442조의 사전구상권에는 민법 제443조 소정의 담보제공청구권이 항변권으로 부착되어 있는 만큼 이를 자동채권으로 하는 상계는 허용될 수 없으며⁴¹⁾, 다만 민법 제443조는 임의규정으로서 주채무자가 사전에 담보제공청구권의 항변권을 포기한 경우에는 보증인은 사전구상권을 자동채권으로 하여 주채무자에 대한 채무와 상계할 수 있다 할 것이다⁴²⁾”라고 판시하였다. 다만 사전구상권을 자동채권으로 하는 상계가 허용될 수 없다고 판단한 이유로 2001년 11월 13일 대법원 판결은 ‘민법 제443조 소정의 이른바 면책청구권이 항변권으로 부착’되어 있는 점을 든 반면에, 2004년 5월 28일 대법원 판결은 ‘민법 제443조 소정의 담보제공청구권이 항변권으로 부착’되어 있는 점을 들었다.

이와 같이 두 판결의 판시 내용이 다른 이유에 대하여 학설 중에는 민법 제443조 소정의 이른바 면책청구권이라는 항변권이라는 표현은 민법 제443조에서 규정된 주채무자의 담보제공청구권으로 이해하여야 하며, 보증인의 사전구상권 행사에 대하여 주채무자가 공탁, 담보제공, 보증인을 면책시키는 등의 이행을 함으로써 구상권의 행사를 저지할 수 있을 뿐이므로 이를 항변권으로 볼 수 없다고 설명하는 견해⁴³⁾가 있다.

3) 참고로 일본의 경우에는 쟁점 1에 대하여 판례의 변천이 보이는데, 이를 소개하면 다음과 같다.

S가 B를 상대로 대여금반환청구를 한 때에 B는 국가가 S에 대하여 가지고 있는 국세채권에 대해서 연대보증을 하였는데(따라서 B는 수탁보증인, S는 주채무자가 된다), 국세채납처분에 의한 S의 부동산에 대한 압류에 의해 B는 S에 대한 사전구상권을 취득하였음을 이유로 B의 S에 대한 사전구상권을 반대채권으로 하는 상계를 주장한 사안에서 1940년 11월 26일 대심원 판결⁴⁴⁾은 B의 S에 대한 사전구상권에는 구(舊) 일본민법 제461조의 항변권(S의 B에 대한 담보제공청구를 내용으로 하는 상환

41) 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다55222, 55239 판결 등 참조.

42) 대법원 1989. 1. 31. 선고 87다카594 판결 참조.

43) 문영화, 앞의 논문, 92면 참조.

44) 大判 昭和15年(1940年) 11月 26日 民集 19卷 2088頁.

급부의 항변권)이 부착되어 있기 때문에 이를 자동채권으로 하는 수탁보증인(B)의 상계는 허용되지 않는다고 판시하였다. 그 후 선고된 하급심 판결 중에는 수탁보증인이 주채무자에 대한 사전구상권을 자동채권으로 하여 상계할 수 있는지 여부가 문제된 사안에서 전술한 1940년 11월 26일 대심원 판결의 입장에 따른 판례가 다수 등장하였다.⁴⁵⁾

한편 1990년대에 이르러서는 주채무자의 수탁보증인에 대한 사전구상 의무와 수탁보증인의 주채무자에 대한 담보제공의무가 동시이행관계에 있는지 여부에 대하여 명시적인 입장을 취한 하급심 판결이 선고되기 시작하였다. 다만 이 문제에 대하여 선고된 하급심 판결 중에는 선이행설의 입장을 취한 판례⁴⁶⁾와 동시이행설을 취한 판례⁴⁷⁾가 병존하고 있으므로, 하급심 재판소 차원에서 볼 때 판례의 입장은 통일되어 있지 않은 상황이다. 나아가 일본의 경우에 주채무자의 수탁보증인에 대한 사전구상 의무와 수탁보증인의 주채무자에 대한 담보제공의무의 관계에 대한 최고재판소 판결은 현재까지도 존재하지 않는다.

라. 검토 및 사건

1) 전술한 바와 같이 쟁점 1에 대하여 제1심 및 원심 판결 모두 민법 제443조가 규정한 보증인의 담보제공의무는 주채무자가 사전구상금을

45) 예컨대 大阪高判 昭和43年(1968年) 11月 25日 判時 561号 57頁・判タ 229号 172頁; 東京高判 昭和44年(1969年) 11月 11日 判時 586号 61頁・判タ 246号 199頁; 京都地判 昭和52年(1977年) 6月 15日 判時 877号 83頁・判タ 362号 274頁; 東京高判 昭和56年(1981年) 3月 26日 判タ 446号 106頁; 京都地判 昭和58年(1983年) 2月 18日 判タ 503号 113頁 등 참조.

46) 예컨대 東京地判 平成6年(1994年) 12月 16日 平成4年(ワ) 第18436号・判タ 891号 139頁; 東京地判 平成7年(1995年) 4月 13日 平成4年(ワ) 第8791号・判時 1553号 105頁은 보증인 보호의 관점에서 주채무자의 사전구상의무를 선이행의무로 봄으로써 선이행설을 취하였다.

47) 예컨대 東京地判 平成4年(1992年) 8月 27日 金法 1376号 32頁・金判 929号 15頁; 東京高判 平成10年(1998年) 3月 18日 平成8年(ネ) 第4494号・平成8年(ネ) 第4604号・東高時報 49卷 1-12号 10頁; 東京地判 平成12年(2000年) 12月 18日 平成12年(ワ) 第1205号・判タ 1069号 180頁; 大阪地判 平成24年(2012年) 10月 30日 平成23年(ワ) 第15869号・判タ 1392号 160頁; 東京地判 平成28年(2016年) 9月 16日 平成26年(ワ) 第33601号 등은 주채무자의 이중변제의 위험을 고려하여 주채무자의 사전구상의무와 수탁보증인의 담보제공의무의 관계를 동시이행관계로 봄으로써 동시이행설을 취하였다.

지급한 이후에야 비로소 발생하는 것으로 해석함이 타당하다고 판시하여 주채무자인 피고의 사전구상금 지급의무와 수탁보증인인 원고의 담보제공의무의 동시이행관계를 부정하고 선이행설을 취하였다. 이에 불복한 피고(주채무자)가 대법원에 상고하였으며, 이에 대하여 대상 판결은 원고인 수탁보증인의 사전구상권과 피고인 주채무자의 담보제공청구권이 동시이행관계에 있다고 판시하여 동시이행설을 취하였다.

생각건대 선이행설을 취한 학설과 이에 따른 제1심 및 원심 판결, 동시이행설을 취한 학설과 이에 따른 대상 판결 모두 나름대로 타당성이 있다. 다만 두 견해 중 어느 견해가 보다 더 타당한지를 밝힐 필요는 있다. 따라서 이하에서는 선이행설이 타당한 측면과 동시이행설이 타당한 측면을 밝힌 후 양 견해를 비교해 볼 때 어느 견해가 보다 더 타당한지를 밝히고자 한다.

2) 우선 선이행설이 타당한 측면으로는 다음과 같은 점을 들 수 있을 것으로 보인다.

첫째, 민법 제443조의 문언을 보면 선이행설(이행거절 부정설)이 타당하다고 볼 여지가 있으며, 이 점이 선이행설의 유력한 논거가 될 수 있을 것으로 보인다. 왜냐하면 민법 제443조 전단은 ‘주채무자가 보증인에게 배상하는 경우’에 주채무자에게 면책청구권과 담보제공청구권이 있다고 규정하기 때문이다.

또한 주채무자가 민법 제443조 전단의 면책청구권으로 수탁보증인의 사전구상권 행사에 대하여 이행거절을 할 수 있는지 여부에 대해서는 견해가 대립한다. 그런데 선이행설을 포함하여 견해의 대립을 전체적으로 살펴보면 주채무자가 민법 제443조 전단의 면책청구권으로 수탁보증인의 사전구상권 행사에 대하여 이행거절할 수 없다는 견해가 다수설로 보인다. 이러한 다수설에 입각하면 주채무자의 수탁보증인에 대한 면책청구권은 주채무자가 수탁보증인에 대하여 사전구상의무를 이행한 후에 성립한다고 볼 수 있다. 따라서 민법 제443조 전단에서 주채무자의 면책청구권과 함께 규정된 담보제공청구권을 면책청구권과 달리 사전구상권과 동시이행관계에 있다고 해석하기는 어려울 것이다. 그리고 민법 제443조라는 동일한 조항에서 규정되어 있는 주채무자의 면책청구권은 수탁보증인에 대한 사전구상의무를 이행한 후에 발생하는데, 담보제공청구권은

사전구상의무를 이행하기 전에 발생한다고 보는 것은 민법 제443조의 문언 해석에 반할 여지가 있다.

둘째, 선이행설의 입장에서도 수탁보증인의 사전구상권을 자동채권으로 하여 상계할 수 없다는 해석이 불가능한 것은 아니다. 즉 민법 제443조 전단 소정의 주채무자의 수탁보증인에 대한 담보제공청구권이 수탁보증인에 대한 사전구상의무를 이행한 후에 발생하는 것으로 해석하더라도 수탁보증인의 사전구상권에 항변권이 부착되어 있지 않다고 단정할 수는 없다. 왜냐하면 주채무자는 민법 제443조 후단에 따라 공탁, 담보제공을 하면 주채무자의 사전구상권 행사에 대하여 그 이행을 거절할 수 있는 권능을 취득하고, 이러한 이행거절 권능을 수탁보증인의 사전구상권에 부착된 항변권으로 해석하는 것도 충분히 가능하기 때문이다. 실제로 선이행설은 민법 제443조 후단의 이행거절 권능을 근거로 수탁보증인의 사전구상권을 자동채권으로 하는 상계는 허용되지 않는다는 입장⁴⁸⁾에서 있는 점도 이를 뒷받침한다.

3) 다음으로 동시이행설이 타당한 측면으로는 다음과 같은 점을 들 수 있을 것으로 보인다.

첫째, 민법 제443조의 문언상 동시이행설로 해석하는 것이 불가능하지는 않으며, 오히려 동시이행설과 선이행설은 수탁보증인과 주채무자 중 어느 쪽의 이익을 보다 중점적으로 보호할 것인지를 선택하는 문제라고 보아야 한다. 즉 민법 제443조의 ‘주채무자가 보증인에게 배상하는 경우’를 반드시 주채무자가 보증인에게 사전구상의무를 이행한 경우로 해석할 필요는 없다. 다시 말하면 민법 제443조의 문언을 주채무자가 보증인에게 사전구상의무를 이행하여야 하는 경우나 주채무자에게 사전구상의무가 발생한 경우로 해석한다고 해서 민법 제443조의 문언에 명백하게 반하는 해석이라고는 볼 수 없다. 결국 민법 제443조는 동시이행설이나 선이행설에 따른 해석이 모두 가능하며, 이러한 상황에서 중요한 관점은

48) 손지열 · 김황식 · 양창수 편집 /곽윤직 편집대표, 앞의 책, 340면[박병대 집필]은 그 근거로 대법원 1982. 5. 25. 선고 81다595 판결을 든다. 그러나 이에 대해서는 대법원 1982. 5. 25. 선고 81다595 판결이 민법 제443조 후단의 이행거절 권능을 수탁보증인의 사전구상권에 부착된 항변권으로 본 것인지는 분명하지 않으며, 대법원 1982. 5. 25. 선고 81다595 판결은 민법 제443조 전단의 주채무자의 면책청구권을 수탁보증인의 사전구상권에 부착된 항변권으로 본 것이라고 해석하는 견해도 있다(문영화, 앞의 논문, 92면 참조).

민법 제443조의 주된 입법 취지가 무엇인가에 따라 그 해석이 달라진다는 점이다.

둘째, 전술한 2001년 11월 13일 대법원 판결, 2004년 5월 28일 대법원 판결, 2019년 2월 14일 대법원 판결 등을 종합적으로 살펴보면 판례는 주채무자가 민법 제443조 전단 소정의 담보제공청구권으로 수탁보증인의 사전구상청구에 대한 이행을 거절할 수 있음을 명확하게 선언하였다고 볼 수 있다.

즉 판례는 ‘민법 제443조 전단의 주채무자의 담보제공청구권’이 수탁보증인의 사전구상권에 부착된 항변권이라는 판단을 여러 차례 하였고, 이는 전술한 일본의 ‘1940년 11월 26일 대심원 판결’을 참고한 것으로 보이는데, 일본의 학계에서 1940년 11월 26일 대심원 판결은 동시이행설의 입장에서 서 있다고 평가되고 있다.⁴⁹⁾ 또한 주채무자의 담보제공청구권이 수탁보증인의 사전구상권에 부착된 항변권으로 해석하는 관점은 주채무자의 담보제공청구권이 수탁보증인에 대한 사전구상의무를 이행하기 전에 발생하였을 것을 전제로 한다. 다시 말하면 주채무자의 면책청구권과 달리 담보제공청구권은 수탁보증인에 대한 사전구상의무가 발생하면 함께 발생하는 권리로, 수탁보증인이 주채무자를 상대로 사전구상권을 행사하면 주채무자도 담보제공청구권을 행사하면서 이행을 거절할 수 있다고 해석하는 이행거절 긍정설과 논리를 같이 한다고 보아야 한다.

4) 생각건대 선이행설보다는 동시이행설이 보다 더 타당하다. 그 이유를 밝히면 다음과 같다.

첫째, 민법 제443조의 문언에 충실한 해석이 선이행설의 유력한 논거가 될 수 있지만, 그렇다고 해서 동시이행설에 따른 해석이 전혀 불가능하지 않다. 이러한 상황에서 중요한 것은 민법 제443조의 주된 입법 취지가 무엇인지를 밝히고 이에 따른 해석을 전개해 나가는 것이라고 생각한다. 전술한 2001년 11월 13일 대법원 판결, 2004년 5월 28일 대법원 판결, 2019년 2월 14일 대법원 판결 등을 종합적으로 살펴보면 판례는

49) 前田陽一, 前掲論文, 116頁; 潮見佳男, (法律学の森) 新債権総論II, 信山社, 平成29年(2017年), 723頁; 能見善久・加藤新太郎 編集, 論点体系 判例民法 4 債権総論 I, 第3版, 第一法規, 令和元年(2019年), 398頁[下村正明 집필]; 林良平 編, 債権法 I [債権総則・契約(1)] 注解 判例民法2, 青林書院, 昭和62年(1987年), 200頁[栗原良扶 집필] 등.

민법 제443조의 주된 입법 취지를 수탁보증인의 사전구상권의 행사로부터 주채무자의 이중지급 위험 회피로 보고 있다고 해석할 수 있다. 이에 따르면 민법 제442조는 수탁보증인의 보호를 위하여 일정한 요건을 갖춘 경우에 수탁보증인이 주채무자를 상대로 사전구상권을 행사할 수 있도록 규정한 반면에 민법 제443조는 주채무자와 수탁보증인의 형평, 주채무자의 이중지급 위험으로부터의 회피 등 주채무자의 보호를 목적으로 하는 규정으로 볼 수 있다. 주채무자를 보호하기 위한 목적에 부합되도록 민법 제443조를 해석하여야 한다는 관점에서 볼 때, 동시이행설이 선이행설보다 타당하다.

둘째, 주채무자가 민법 제443조 전단의 담보제공청구권으로 수탁보증인의 사전구상청구에 대한 이행거절이 가능하다고 해석하는 것이 주채무자를 지나치게 보호한다거나 수탁보증인의 이익을 해치는 것이라고 보기도 어렵다. 즉 수탁보증인이 채권자에게 보증채무를 이행하지 않는 상황에서 주채무자에게 구상금을 지급받기 위해서는 이에 대한 담보를 제공하여야 한다고 해석하는 것이 오히려 수탁보증인과 주채무자 간의 형평에 맞고, 따라서 수탁보증인의 이익을 해쳐서 지나치게 불합리하다고는 보기 어렵다. 이러한 해석은 수탁보증인이 주채무자에게 담보를 제공하지 못하여 주채무자로부터 사전구상금을 지급받지 못하였다고 하더라도 수탁보증인은 채권자에게 보증채무를 이행한 후 주채무자를 상대로 사후구상권을 행사함으로써 수탁보증인의 이익을 도모할 수 있는 점에서도 타당하다.

셋째, 민법 제443조 전단 소정의 주채무자의 면책청구권과 담보제공청구권을 유기적으로 연계하여 해석할 필연성은 없으며, 이러한 관점에서 민법 제443조 전단의 주채무자의 면책청구권과 담보제공청구권의 발생시기를 동일하게 해석할 필요도 없다. 민법 제443조 전단의 주채무자의 면책청구권은 주채무자가 수탁보증인에게 사전구상의무를 이행하면 이로써 주채무를 면책시켜 달라는 청구로서 법률에 규정이 없어도 당연히 발생하는 청구권이라고 볼 수 있다.⁵⁰⁾ 따라서 민법 제443조 전단에서 주

50) 김용담 편집대표, 앞의 책, 139면[박영복 집필]은 사전구상에 응하지 아니한 이상 주채무자의 면책청구권은 인정되지 않는데, 그 이유로 주채무자에게 면책청구권을 인정하는 것은 결코 보증인의 사전구상을 거절할 수 있게 하려는 것이 아니며, 만일 주채무자가 사전구

채무자에게 의미가 있는 청구권은 담보제공청구권이라고 볼 수 있다. 결국 민법 제443조 전단이 주채무자의 담보제공청구권과 면책청구권을 함께 규정하더라도 두 청구권은 그 성격이 다르므로 성립시기와 요건을 다르게 해석할 수 있다.⁵¹⁾

넷째, 선이행설에 따르면 민법 제443조 전단 소정의 주채무자의 담보제공청구권의 효용이 사실상 없어질 위험이 있으므로, 이러한 위험을 방지하기 위해서라도 동시이행설을 취하는 것이 타당하다.

즉 선이행설에 따르면 주채무자의 담보제공청구권은 주채무자가 수탁보증인에게 사전구상의무를 이행한 후에 발생하게 된다. 그런데 주채무자가 수탁보증인에게 사전구상의무를 이행한 후 담보제공청구권을 행사하더라도 목적을 이미 달성한 수탁보증인은 담보제공의무의 이행에 소극적일 가능성이 크며, 이에 따라 만약 수탁보증인이 사전구상금을 지급받고도 담보제공의무를 소홀히 하면 민법 제443조 전단 소정의 담보제공청구권의 주채무자 보호 기능은 축소될 수밖에 없다. 따라서 주채무자는 수탁보증인이 사전구상을 청구할 때 담보제공청구권을 행사하기 보다는 민법 제443조 후단의 공탁, 담보제공 등을 이행하여 사전구상청구에 대한 이행을 거절할 가능성이 클 것으로 보인다. 그리하여 결국 이 경우에 민법 제443조 전단의 주채무자의 담보제공청구권은 유명무실해질 것이고, 주채무자는 민법 제443조 후단의 공탁, 담보제공 등만을 이용하게 될 것이다. 그러나 이는 민법 제443조 전단의 담보제공청구권과 동조 후단의 공탁, 담보제공 등을 통한 이행거절을 모두 주채무자의 보호수단으로 규정한 민법의 태도와 부합되지 않는다.

상에 응하지 아니한 경우에도 이와 같은 주채무자의 면책청구권을 인정한다면 결국 수탁보증인의 사전구상권을 부인하는 결과가 되는 점을 든다.

51) 국내 문헌을 살펴본 결과 동시이행설을 취하는 학자들 중 이러한 관점에 서서 주채무자의 면책청구권과 담보제공청구권의 관계를 해석하는 견해가 상대적으로 다수인 것 같다 (예컨대 이원범·남성민·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 251면[손철우 집필], 문영화, 앞의 논문, 86면 이하, 김기환, 앞의 논문, 512면 이하 등 참조). 이에 더하여 문영화, 앞의 논문, 91-92면은 주채무자가 보증인에 대한 면책청구권으로써 보증인의 사전구상권의 행사를 저지할 수 있다고 본다면 보증인의 사전구상권은 유명무실한 권리가 되므로, 주채무자의 면책청구권과 보증인의 사전구상권을 동시이행관계에 있다고는 볼 수 없다고 한다.

결국 민법 제443조 전단 소정의 주채무자의 담보제공청구권이 주채무자에게 실효성 있게 활용될 수 있도록 하려면 주채무자에게 담보제공청구권에 따른 이행거절 권능이 인정되어야 한다. 그리고 이에 따라 주채무자의 사전구상의무와 수탁보증인의 담보제공의무의 관계를 동시이행관계로 보아야 한다. 따라서 동시이행설을 취한 대상 판결의 입장이 선이행설을 취한 제1심 및 원심 판결보다 더 타당하다고 생각한다.

3. 쟁점 2에 대한 검토

가. 대상 판결의 입장과 일본의 논의 상황

1) 우리나라의 경우, 이 문제에 대하여 최근 동시이행설을 취한 대상 판결은 “만약 수탁보증인이 주채무자의 담보제공청구에 응하여 구상금액에 상당한 담보를 특정하여 제공할 의사를 표시한다면 법원은 주채무자가 수탁보증인으로부터 그 특정한 담보를 제공받음과 동시에 사전구상의무를 이행하여야 한다고 판결하여야 하지만, 수탁보증인이 주채무자의 담보제공청구를 거절하거나 구상금액에 상당한 담보를 제공하려는 의사를 표시하지 않는다면 법원은 수탁보증인의 사전구상금 청구를 기각하는 판결을 하여야 한다. 이러한 법리에 비추어 원심판결의 이유를 살펴본다. 원고의 피고에 대한 사전구상금 청구에 대해서 피고는 민법 제443조 전단에 근거하여 담보를 제공할 것을 청구하고 있으므로 피고는 원고가 구상금액에 상당한 담보를 제공할 때까지 사전구상의무 이행을 거절할 수 있다. 따라서 원심으로서 는 피고의 담보제공청구에 대하여 원고가 구상금액에 상당한 담보를 제공하겠다는 의사를 표시하면 원고의 담보 제공과 동시에 피고의 사전구상금 지급을 이행할 것을 명하거나 원고가 피고의 담보제공청구에 응하지 않을 것임이 명백하다고 판단되면 원고의 사전구상금 청구를 기각하는 판결을 하였어야 했다”고 판시하였다. 이에 따라 동시이행설에 따른 판결 주문이 어떤 형식으로 이루어져야 하는지에 대한 대법원의 기본적인 입장이 나타났다. 다만 이 문제에 대하여 우리나라의 학설상으로는 별다른 논의가 보이지 않는다.

2) 일본의 경우, 만약 판례가 동시이행설에 입각하여 판결을 선고하면 그 판결의 주문은 어떠한 형식을 취하여야 하는지가 논의된다. 물론 일

본의 경우에도 이 문제에 대하여 언급한 학설은 그 수가 적지만, 이를 언급한 학설 중에는 동시이행설에 의하면 수탁보증인이 제공하여야 할 담보가 구체적으로 특정되어 있는 경우의 주문으로는 “1. 피고는 원고로부터 별지 물건목록 기재의 건물에 대한 저당권설정등기절차를 받는 것과 상환으로 원고에게 ○○엔을 지급하라. 2. 원고의 나머지 청구를 기각한다”와 같은 예를 고려할 수 있다고 보는 견해⁵²⁾가 있다. 다만 이 견해는 주채무자가 담보제공을 청구하는 내용의 주장을 하였음에도 불구하고 수탁보증인이 그에 즉응하는 담보제공을 하지 않은 경우에 원고의 청구를 전부 기각하여야 한다고 지적하는 정도에 그쳤다.⁵³⁾ 이 견해는 그 이유로 단지 “상당한 담보제공을 받는 것과 상환으로 금원을 지급하라”와 같은 주문이라면 무엇이 유효한 담보제공인지가 분명하지 않아서 강제집행을 개시할 수 있는 요건을 충족하는지 여부를 판단할 수 없는 점을 들었다.⁵⁴⁾ 동시이행설을 취한 일본의 하급심 판례도 이러한 학설의 입장과 동일한 태도를 취한 것으로 보인다.⁵⁵⁾

52) 塚原朋一 編著, 事例と解説 民事裁判の正文, 新日本法規, 平成18年(2006年), 78頁; 山野目章夫, “100. 主たる債務者が事前求償に応ずる義務のほうが民法四六一條一項に基づく保証人の担保提供義務よりも先履行の関係にあると判断された事例”, 判例評論, 第452号(判例時報, 第1573号(平成8年10月1日号)), 判例時報社, 平成8年(1996年), 26頁.

53) 저자미상, “受託保証人から事前求償権に基づき求償金の支払を求められた主債務者が, 受託保証人が担保を提供するまではその支払を拒絶する旨の主張をしたにもかかわらず, 受託保証人が担保の提供をしない旨主張した場合において, 受託保証人の請求を棄却した事例 (大阪地裁平成24年10月30日)”, 判例タイムズ, 第1392号, 判例タイムズ社, 平成25年(2013年), 161頁은 그러한 견해의 예로 山野目章夫, 前掲論文, 26頁을 든다.

54) 山野目章夫, 前掲論文, 26頁.

55) 예컨대 大阪地判 平成24年(2012年) 10月 30日 平成23年(ワ) 第15869号·判タ 1392号 160頁은 “(2017년 개정 전) 일본민법 제460조의 규정에 근거하여 수탁보증인이 주채무자를 상대로 이른바 사전구상권을 행사한 경우에 주채무자는 (2017년 개정 전) 일본민법 제461조 제1항의 규정에 따라 수탁보증인에게 담보를 제공하게 할 권리를 가지므로, 그 담보의 제공이 있을 때까지 구상에 응하는 것을 거절할 수 있다고 보아야 한다. 그리고 수탁보증인으로부터 사전구상권을 행사 받은 주채무자가 동항의 규정에 근거하여 담보가 제공될 때까지 구상에 응하는 것을 거절한다고 주장한 경우에 수탁보증인이 상당한 담보의 제공을 신청하였다면 이른바 상환금부판결을 선고할 수 있다고 하더라도 수탁보증인이 아무런 신청을 하지 않은 때에는 상환의 대상이 되는 물건이 특정되지 않은 이상 상환금부판결을 선고할 수는 없다(만약 ‘상당한 담보제공을 받는 것과 상환으로 금원을 지급하라’라는 주문을 내리면 무엇이 유효한 담보제공인지가 분명하지 않아서 강제집행개시의 요건

요컨대 전술한 일본의 학설 및 하급심 판례는 주채무자의 담보제공청구에 수탁보증인이 응하여 상당한 담보를 제공한 경우에 주채무자의 사전구상의무와 수탁보증인의 담보제공의무를 상환으로 이행하라는 판결을 선고해야 하지만, 수탁보증인이 담보제공에 응하지 않으면 수탁보증인의 사전구상청구를 전부 기각하여야 한다는 입장에 서 있다고 정리할 수 있다.

나. 검토 및 사건

쟁점 2에 대한 대상 판결의 입장은 기본적으로 다음과 같은 논리에 따라 판결의 주문을 내린 것으로 보인다. 즉 우선 수탁보증인의 사전구상권 행사에 대하여 주채무자가 담보제공청구를 하는 상황에서 수탁보증인의 담보제공의무 이행을 수탁보증인의 사전구상청구보다 먼저 이행되어야 할 조건으로 보는 것은 수탁보증인에게 지나친 의무를 강요하게 되어서 불합리할 수 있다. 따라서 주채무자의 수탁보증인에 대한 담보제공청

을 충족하였는지 여부에 대한 판단을 할 수 없는 불합리한 사태가 초래된다). 그렇다면 수탁보증인으로부터 사전구상권을 행사 받은 주채무자가 (2017년 개정 전) 일본민법 제461조 제1항의 규정에 근거하여 담보 제공의 항변을 제출하였음에도 불구하고 수탁보증인이 상당한 담보의 제공 신청을 하지 않은 경우에는 수탁보증인의 청구를 기각할 수밖에 없다"고 판시하였다. 또한 東京地判 平成28年(2016年) 9月 16日 平成26年(7) 第33601号은 "주채무자의 사전상환의무의 이행거절에 대하여 보증인이 구체적으로 담보를 특정하여 그 제공을 신청하고 담보가 유효한 것으로 인정될 때에는 그 담보 제공과 상환으로 사전상환의무를 이행하여야 한다는 상환급부판결을 선고하여야 하지만, 보증인이 담보의 제공을 신청하지 않거나 신청해도 상당하고 유효한 담보로 인정되지 않을 때에는 재판소 또는 집행기관이 상환으로 제공하여야 할 담보를 구체적으로 특정할 수는 없기 때문에 상환급부판결이 아니라 청구기각판결을 선고하여야 한다"고 판시하였다.

참고로 일본민법 제460조는 '부탁을 받은 보증인의 사전구상권'이라는 표제 하에 다음과 같이 규정한다.

일본민법 제460조(부탁을 받은 보증인의 사전구상권)

보증인은 주채무자의 부탁을 받고 보증한 경우에 다음에 드는 때에는 주채무자에 대하여 미리 구상권을 행사할 수 있다.

- 一. 주채무자가 파산절차개시결정을 받고 또한 채권자가 파산재단의 배당에 가입하지 않은 때.
- 二. 채무가 변제기에 있는 때. 다만 보증계약을 체결한 후에 채권자가 주채무자에게 허여한 기한은 보증인에게 대항할 수 없다.
- 三. 보증인이 과실 없이 채권자에게 변제하여야 한다는 내용의 재판 선고를 받은 때.

구권의 행사에 대하여 수탁보증인이 상당한 담보를 특정하여 제공하겠다는 의사를 표시한 경우에 법원은 수탁보증인의 특정 담보 제공과 주채무자의 사전구상금 지급을 상환으로 이행하라는 판결을 선고하여야 한다. 그리고 만약 주채무자의 담보제공청구권 행사에 대하여 수탁보증인이 이에 응할 태도를 보이지 않는다면 그때는 수탁보증인의 사전구상청구를 단순 기각하여야 한다.

생각건대 우리나라에서는 쟁점 2에 대하여 비록 최근에 대상 판결을 통하여 대법원 판결의 입장이 나타나기는 하였다. 그러나 우리나라의 경우에는 일본과 달리 후속 판례의 축적이 이루어지기 전까지는 이 문제에 대하여 본격적으로 논의할 수 있는 상황은 아직 조성되어 있지 않은 것으로 보인다. 따라서 일단 동시이행설에 따른 일본의 하급심 판례의 태도를 적용해도 될 것으로 보이며, 대상 판결 역시 그러한 입장을 취한 것으로 보이므로, 타당하다고 생각한다. 다만 향후 이 문제에 대한 우리나라와 일본의 논의 상황을 예의주시할 필요는 있다.

4. 쟁점 3에 대한 검토

가. 학설 및 기존 판례의 입장

1) 수탁보증인의 구상권의 범위는 출제한 연대채무자의 구상권의 범위와 동일하다(민법 제441조 제2항 및 동조 동항에 따른 제425조 제2항의 준용). 따라서 면책된 날 이후의 법정이자 및 피할 수 없는 비용 기타 손해배상도 구상권의 범위에 포함되지만, 주채무인 원금에 대한 완제일까지의 지연손해금은 사전구상권의 범위에 포함될 수 없다.⁵⁶⁾ 그런데 여기에서 문제되는 것은 수탁보증인의 사전구상권에 대한 지연손해금이 발생하는지 여부와 수탁보증인이 주채무자에게 청구할 수 있는 사전구상금의

56) 양창수·김형석, 민법 III 권리의 보전과 담보, 제4판, 박영사, 2021, 287면; 김준호, 채권법 이론·사례·판례, 제13판, 법문사, 2022, 359면; 김동훈, 앞의 책, 93면; 노종천, 채권법, 동방문화사, 2015, 203면; 박동진, 계약법강의, 제2판, 법문사, 2020, 448면; 송덕수, 채권법총론, 제6판, 박영사, 2021, 359면; 임정평, 앞의 책, 335면; 송순근, 앞의 책, 355면; 박종두, 앞의 책, 363면; 김형배, 앞의 책, 522면; 장재현, 앞의 책, 320면; 이은영, 앞의 책, 568면; 정기웅, 채권총론, 전정2판, 법문사, 2014, 357면; 이덕환, 채권총론, 전정판, 율곡미디어, 2014, 406면; 윤철홍, 앞의 책, 356면; 지원림, 앞의 책(민법강의), 1269면은 사전구상의 범위는 구상 당시 보증인이 부담할 것이 확정된 채무의 전액이라고 한다.

범위이다.

이와 관련하여 대법원 2002. 6. 11. 선고 2001다25504 판결(이하에서는 ‘2002년 6월 11일 대법원 판결’이라고 한다)은 수탁보증인이 주채무자에게 청구할 수 있는 사전구상금의 범위에 대하여 “수탁보증인이 민법 제442조에 의하여 사전청구권으로 파산채권신고를 하는 경우 그 사전구상권의 범위에는 채무의 원본과 이미 발생한 이자 및 지연손해금, 피할 수 없는 비용 기타의 손해액이 이에 포함될 뿐(대법원 1989. 9. 29. 선고 88다카10524 판결 참조), 채무의 원본에 대한 장래 도래할 이행기까지의 이자는 사전구상권의 범위에 포함될 수 없다”고 판시하였다.

2) 그 후 대법원 2004. 7. 9. 선고 2003다46758 판결(이하에서는 ‘2004년 7월 9일 대법원 판결’이라고 한다)⁵⁷⁾은 “수탁보증인이 민법 제 442조에 의하여 주채무자에 대하여 미리 구상권을 행사하는 경우에 사전구상으로서 청구할 수 있는 범위는 주채무인 원금과 사전구상에 응할 때까지 이미 발생한 이자와 기한 후의 지연손해금, 피할 수 없는 비용 기타의 손해액이 포함될 뿐이고(대법원 2002. 6. 11. 선고 2001다 25504 판결 참조), 주채무인 원금에 대한 완제일까지의 지연손해금은 사전구상권의 범위에 포함될 수 없으며, 또한 사전구상권은 장래의 변제를 위하여 자금의 제공을 청구하는 것이므로 수탁보증인이 아직 지출하지 아니한 금원에 대하여 지연손해금을 청구할 수도 없는 것이므로 원고의 위 지연손해금청구가 사전구상권의 범위에 속하는 주채무의 지급을 구하는 것인지(사전구상금청구로서 주채무의 지연손해금을 청구하는 경우) 아니면 사전구상금채권에 대한 지연손해금을 별도로 청구하는 것인지를 석명하여 분명하게 한 다음에 그 청구의 당부에 관하여 판단하여야 할 것이다”라고 판시하였다.⁵⁸⁾ 따라서 2004년 7월 9일 대법원 판결에 따르

57) 이와 동일한 취지의 판례로 대법원 1989. 9. 29. 선고 88다카10524 판결; 대법원 2005. 1. 1. 25. 선고 2004다66834, 66841 판결 등이 있다.

58) 2004년 7월 9일 대법원 판결의 원심 판결(서울고등법원 2003. 7. 25. 선고 2002나61219 판결)은 “甲은 원고 조합과 이 사건 아파트의 공사도급계약을 체결할 때에 원고 조합이 이 사건 이주비의 연대보증채무를 지는 것을 조건으로 한 사실 등을 인정할 수 있으며, 위 인정사실에 ‘피고들은 원고 조합의 조합원이고, 원고 조합은 모든 조합원을 위하여 위와 같이 보증을 서게 된 사정’ 등을 더하여 보면, 원고 조합은 민법 제442조 소정의 수탁보증인이라고 판단된다. 이 사건 이주비 채무의 변제기는, 위 차용시의 약정에 따라 임시

면 수탁보증인이 사전구상으로 청구할 수 있는 범위는 주채무 원금, 이미 발생한 이자와 지연손해금이며, 장래의 지연손해금과 사전구상금에 관한 지연손해금은 사전구상으로 청구할 수 없다. 즉 이 판결에 의하면 사전구상금 자체에 대한 지연손해금에 대해서는 청구할 수 없다.⁵⁹⁾

3) 다만 2004년 7월 9일 대법원 판결은 전술한 2002년 6월 11일 대법원 판결을 인용하면서 “채무 원본에 대하여 이미 발생한 이자와 지연손해금은 사전구상의 범위에 포함되지만, 장래의 이자 또는 지연손해금은 사전구상금의 범위에 포함되지 않는다”를 “사전구상에 응할 때까지 이미 발생한 이자와 지연손해금은 사전구상금의 범위에 포함되지만, 주

사용승인 후 이주비 상환기간이 끝나는 2000. 9. 29.로 봄이 상당하다. 원고 조합은 피고들에 대하여 수탁보증인으로서의 사전구상권을 행사할 수 있으므로, 피고들은 원고 조합에 대하여 이 사건 이주비 원리금과 2000. 9. 29. 다음 날부터의 지체책임을 부담한다. 원고 조합은 수탁보증인으로서 주채무자인 피고들에 대하여 사전구상권을 가지므로, 피고들은甲에 대한 이주비 등 채무의 연대보증인인 원고 조합에게 사전구상채무로서 별지표 2 ⑨항 기재 대여원리금 합계액 및 그 중 별지표 2 ② 기재 각 대여원금에 대하여 별지표 2 ⑦ 연체이자 계산의 기준일인 2001. 11. 30.의 다음 날인 2001. 12. 1.부터 원고 조합이 구하는 바에 따라 2003. 5. 31.까지는 약정 연체이율 또는 시중은행 연체이자율의 범위 내로서 원고 조합이 구하는 연 18% … 그 다음 날부터 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다”고 판시하였다.

59) 2004년 7월 9일 대법원 판결에 의하여 파기 환송된 후 서울고등법원 2004. 10. 26. 선고 2004나51056 판결은 “원고 조합은 수탁보증인으로서 주채무자인 피고에 대하여 사전구상권을 가지므로, 피고는甲에 대한 이주비 등 채무의 연대보증인인 원고 조합에게 사전구상채무로서 2003. 6. 26. 기준의 미변제 원금 합계 23,475,524원(= 50,000,000원 - 26,524,476원) 및 이에 대하여 당일인 2003. 6. 26.부터 원고가 구하는 2004. 8. 12.까지 연 18%의 연체이율에 따른 금 4,792,865원(= 23,475,524원 × 0.18 × 414/365) 합계 28,268,389원(= 23,475,524원 + 4,792,865원)을 지급할 의무가 있다고 할 것이다. 그런데 원고는 2004. 8. 12.까지의 원리금 합계액 전부에 대하여 2004. 8. 13.부터 완제일까지 소송촉진 등에 관한 특례법 소정의 지연손해금도 구하고 있으나(이는 사전구상금채권 자체에 대한 지연손해금을 별도로 청구한 것으로 보인다-필자 주), 수탁보증인이 민법 제442조에 의하여 주채무자에 대하여 미리 구상권을 행사하는 경우에 사전구상으로서 청구할 수 있는 범위는 주채무인 원금과 사전 구상에 응할 때까지 이미 발생한 이자와 기한 후의 지연손해금, 피할 수 없는 비용 기타의 손해액이 포함될 뿐이고, 주채무인 원금에 대한 완제일까지의 지연손해금은 사전구상권의 범위에 포함될 수 없으며, 또한 사전구상권은 장래의 변제를 위하여 자금의 제공을 청구하는 것이므로 수탁보증인이 아직 지출하지 아니한 금원에 대하여 지연손해금을 청구할 수도 없는 것이므로, 장래의 지연손해금 청구에 관한 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다”고 판시하였다.

채무인 원금에 대한 완제일까지의 지연손해금은 사전구상권의 범위에 포함되지 않는다”로 변형하여 판시한 것으로 보인다. 이러한 점을 고려해서인지 학설은 2004년 7월 9일 대법원 판결의 ‘사전구상에 응할 때까지 이미 발생한 이자와 지연손해금’은 ‘수탁보증인이 사전구상권을 행사할 무렵이라는 특정 시점에 이미 발생한 주채무 원본의 이자 또는 지연손해금’을 의미할 뿐이며, 그 이후 주채무자가 사전구상금을 지급할 때까지 발생할 주채무 원본의 이자 또는 지연손해금을 의미한다고는 볼 수 없다고 해석한다.⁶⁰⁾

나. 일본의 논의 상황

1) 수탁보증인이 주채무자를 상대로 청구할 수 있는 사후구상금의 범위에 대해서는 일본민법 제459조 제2항(동조 동항에 따라 일본민법 제442조 제2항 준용)이 규정하는데⁶¹⁾, 이에 따르면 수탁보증인이 주채무자에게 변제한 금액, 변제일 이후의 이에 대한 법정이자 및 피할 수 없는 비용 그 밖의 손해가 수탁보증인이 주채무자에 대하여 청구할 수 있는 사후구상금의 범위에 포함된다.

이와 달리 수탁보증인의 사전구상권에 대해서는 일본민법상 명문규정이 없다. 이에 대하여 학설은 수탁보증인의 사전구상권의 범위에도 일본

60) 이원범 · 남성민 · 손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 앞의 책, 242-243면[손철우 집필]; 이혁, “지연손해금과 법정이자”, 판례연구, 제27집, 부산판례연구회, 2016, 489면.

61) 일본민법 제459조(부탁을 받은 보증인의 구상권)

① 보증인이 주채무자의 부탁을 받고 보증한 경우에 주채무자를 대신해서 변제 그 밖에 자기의 재산으로 채무를 소멸하게 하는 행위(이하에서는 ‘채무의 소멸행위’라고 한다)를 한 때에 그 보증인은 주채무자를 상대로 이를 위하여 지출한 재산액(그 재산액이 채무의 소멸행위로 소멸한 주채무액을 초과한 경우에는 그 소멸한 금액)의 구상권을 갖는다.

② 제442조 제2항의 규정은 전항의 경우에 준용한다.

일본민법 제442조(통지를 게을리 한 연대채무자의 구상 제한)

① 연대채무자 중 1인이 변제하거나 그 밖에 자기의 재산으로 공동의 면책을 받은 때에 그 연대채무자는 면책을 받은 금액이 자기의 부담부분을 초과하는지 여부에 관계없이 다른 연대채무자를 상대로 면책을 받기 위하여 지출한 재산액(그 재산액이 공동 면책을 받은 금액을 초과하는 경우에는 그 면책을 받은 금액) 중 각자의 부담부분에 따른 금액의 구상권을 갖는다.

② 전항의 규정에 따른 구상은 변제 그 밖에 채무가 있었던 날 이후의 법정이자 및 피할 수 없었던 비용 그 밖의 손해의 배상을 포함한다.

민법 제459조 제2항(동조 동항에 따라 제442조 제2항 준용)을 적용하여 수탁보증인이 주채무자에 대하여 사전구상권 행사의 의사표시를 할 당시(사전구상청구시)의 주채무액, 이미 발생한 이자, 지연손해금, 면책을 위하여 피할 수 없을 것으로 예상되는 비용 및 면책으로 인하여 입을 것이 확정된 손해배상의 합계가 수탁보증인이 주채무자에게 청구할 수 있는 사전구상금의 범위에 포함된다고 해석한다.⁶²⁾ 또한 학설은 수탁보증인의 사전구상권의 법적 성질에 비추어 볼 때 사전구상청구시의 보증채무액이 수탁보증인의 사전구상권의 범위에 포함된다고 해석한 것으로 보인다.

2) 여기에서 문제는 수탁보증인의 사전구상권에 대한 지연손해금이 발생하는지 여부와 주채무자가 수탁보증인에게 지급하여야 할 사전구상금의 범위이다.

이에 대하여 일본의 학설 중에는 사전구상권은 일단 기한의 정함이 없는 채권이므로, 주채무자의 채무는 수탁보증인의 최고(사전구상청구)에 의해서 이행지체가 되고, 따라서 사전구상권에 대하여 지연손해금이 발생할 것으로 보이지만, 사전구상권은 장래의 변제를 위한 자금의 제공을 청구하는 권리이므로, 수탁보증인이 아직 지출하지 않은 금원에 대해서 지연손해금을 청구할 수는 없다고 해석하는 견해⁶³⁾가 있다. 따라서 이 견해는 수탁보증인이 주채무자를 상대로 사전구상금으로 청구할 있는 범위를 사전구상청구시의 보증채무의 범위로 한정해야 하지만, 주채무가 이자부인 경우에 보증채무의 범위는 그만큼 늘어나므로, 결국 주채무 원금과 사전구상에 응하기 전까지의 이자(및 기한 후 사전구상에 응하기 전까지 발생한 지연손해금)를 청구할 수 있다고 해석한다.⁶⁴⁾

62) 西村信雄 編集 / 中川善之助・柚木馨・谷口知平・於保不二雄・川島武宜・加藤一郎 編集代表, 前掲書, 277頁[中川淳 집필]; 柴田保幸, “[3] 主たる債務者に対しいわゆる事前求償権を取得した保証人が主たる債務の弁済等により取得する求償権の消滅時効の起算点”, 最高裁判所判例解説 民事篇 昭和60年度, 法曹会, 平成元年(1989年), 34頁; 中田裕康, 債権総論, 第4版, 岩波書店, 令和2年(2020年), 592頁.

63) 吉原省三, 前掲論文, 10頁.

64) 吉原省三, 前掲論文, 10頁. 나아가 이 견해는 수탁보증인의 사후구상권과 사전구상권을 비교해 볼 때 변제비용에 대해서는 사전구상의 대상이 되지 않으므로, 그 범위가 다른 당연하며, 이를 제외한 부분에 대해서 사후구상권은 변제한 원리금에 법정이자자가 붙으므로, 사전구상권을 상회하게 되는 경우가 일반적이지만, 변제액이 적게 결제되었기 때문에 사후구상권이 작아진 때에는 그 차액이 항변이 되며, 사후구상권도 그 범위로 감축된다고

또한 일본의 학설 중에는 이와 유사한 취지로 사전구상을 한 수탁보증인은 주채무의 변제기가 도래한 경우에 사전구상에 의해서 얻은 금액을 즉시 변제할 의무를 부담하므로, 변제가 지체되었기 때문에 구상액을 초과하여 보증채무를 이행하게 되어도 주채무자에게 구상할 수는 없다고 해석하는 견해도 있다.⁶⁵⁾

다. 대상 판결 사안에서의 원심 판결의 입장

대상 판결의 사안에서 원심 판결은 원고가 2020년 9월 8일 청구취지 및 청구원인 변경신청서에서 주장한 청구취지를 그대로 인정하면서 지연손해금 부분에 대해서 다음과 같이 판시하였다.

즉 “피고는 특별한 사정이 없는 한, 원고에게 사전구상금으로 이 사건 제1판결, 이 사건 제1지급명령, 제2지급명령에 따라 채권자들에게 지급할 의무를 부담하는 금액 중 원고가 구하는 총 합계 181,051,317원(= 이 사건 제1판결에서 지급을 명한 원금 106,025,738원 + 이 사건 제1지급명령에서 지급을 명한 원금 37,426,916원 + 이 사건 제2지급명령에서 지급을 명한 원금 37,598,663원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다. 결국, 피고는 원고에게 사전구상금으로 위 181,051,317원 및 그중 106,025,738원(이 사건 제1연대보증으로 인한 사전구상금)에 대하여는 그 이행기 다음 날인 2018. 9. 29.부터, 37,426,916원(이 사건 제2연대보증으로 인한 사전구상금)에 대하여는 그 이행기 다음 날인 2019. 1. 4.부터, 37,598,663원(이 사건 제3연대보증으로 인한 사전구상금)에 대하여는 그 이행기 다음 날인 2017. 9. 9.부터 각 2020. 9. 8.자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일인 2020. 9. 8.까지는 민법이 정한 연 5%의, 각 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다”고 판시하였다.

해석한다(吉原省三, 前掲論文, 10頁 참조).

65) 水田耕一, “[管理·回収関係](特集 銀行取引法の論点と実務の再評価) 保証人による求償権の事前行使と相殺”, 金融法務事情, 第400号, 金融財政事情研究会, 昭和40年(1965年), 43頁.

라. 검토 및 사건

1) 수탁보증인의 사전구상권에 대한 지연손해금이 발생하는지 여부에 대하여 동시이행설(이행거절 긍정설)이나 선이행설(이행거절 부정설)에 따라 결론이 달라지는지가 문제될 수 있다.

생각건대 주채무자의 사전구상의무와 수탁보증인의 담보제공의무의 관계를 동시이행관계에 있는지, 주채무자의 사전구상의무가 선이행의무인지에 따라서 수탁보증인의 사전구상권에 대한 지연손해금이 발생하는지 여부에 대한 결론이 달라지는 않는다. 왜냐하면 동시이행설(이행거절 긍정설)이든 선이행설(이행거절 부정설)이든 2004년 7월 9일 대법원 판결이 실시한 부분 중 ‘사전구상에 응할 때까지 이미 발생한 이자와 지연손해금’에서의 ‘사전구상에 응할 때까지’의 의미를 사전구상금을 모두 지급할 때까지로 해석하지는 않기 때문이다. 이는 판례를 비롯하여 두 견해 모두 사전구상금의 범위는 구상 당시 보증인이 부담할 것이 확정된 채무의 전액이어야 한다는 인식, 즉 사전구상권이 장래의 변제를 위하여 자금의 제공을 청구하는 것이어서 수탁보증인이 아직 지출하지 아니한 금원에 대해서 지연손해금을 청구할 수도 없다는 인식을 공유하고 있다고 볼 수 있다.⁶⁶⁾ 따라서 동시이행설(이행거절 긍정설)을 취하든 선이행설(이행거절 부정설)을 취하든 수탁보증인의 사전구상권에 대한 지연손해금은 발생하지 않는다고 보아야 한다.

2) 다음으로 수탁보증인이 주채무자를 상대로 청구할 수 있는 사전구상금의 범위를 어떻게 보아야 하는지가 문제된다.

생각건대 수탁보증인의 사전구상권에 대한 지연손해금의 범위를 정할 때에는 민법 제443조의 주된 입법 취지가 주채무자의 보호에 있는 점을 고려하여야 한다. 즉 주채무자 보호의 관점에서 수탁보증인의 사전구상권에 대한 지연손해금의 범위를 합리적으로 제한할 필요가 있다. 이러한 관점에서 볼 때, 2004년 7월 9일 대법원 판결의 ‘사전구상에 응할 때까지 이미 발생한 이자와 지연손해금’은 ‘수탁보증인이 사전구상권을 행사할 무렵이라는 특정 시점에 이미 발생한 주채무 원본의 이자 또는 지연손해금’으로 범위를 한정하여 해석하는 학설의 입장이 타당하다고 생각

66) 대법원 2004. 7. 9. 선고 2003다46758 판결; 지원림, 앞의 책(민법강의), 1269면; 지원림, 앞의 책(민법원론), 915-916면 등.

한다. 따라서 수탁보증인의 사전구상권의 범위에 주채무자가 사전구상금을 모두 갚을 때까지 발생할 주채무의 지연손해금은 포함되지 않는다고 해석하는 것이 타당하다.

결국 이 견해에 따르면 수탁보증인이 사전구상권을 행사할 특정 시점을 지정한 경우에는 그 시점을 기준으로 지연손해금을 산정하며, 수탁보증인이 사전구상권을 행사할 특정 시점을 지정하지 않은 경우에는 사실심변론종결시를 기준으로 지연손해금을 산정하고 그 이후 발생할 지연손해금은 사전구상금의 범위에서 제외될 것이다. 다만 이러한 해석은 계약 자유의 원칙상 수탁보증인과 주채무자 사이의 특약이나 약관으로 사전구상권의 범위를 확장하는 경우와는 구별되어서 논의되어야 할 것이다.⁶⁷⁾

3) 전술한 검토 및 사건에 비추어서 쟁점 3에 대한 원심 판결을 검토하면 원심 판결의 입장은 2004년 7월 9일 대법원 판결에 저촉되는 측면이 있어서 타당하지 않은데, 그 이유는 다음과 같다.

가) 2004년 7월 9일 대법원 판결에 의하면 수탁보증인이 주채무자를 상대로 사전구상금으로 청구할 수 있는 범위는 주채무 원금, 이미 발생한 이자와 지연손해금이고, 장래의 지연손해금과 사전구상금에 관한 지연손해금은 사전구상금으로 청구할 수 없다. 이에 따라 대상 판결의 사건에 대한 원심 판결을 살펴보면 원심 판결은 피고에게 지급을 명한 지연손해금이 주채무에 대하여 이미 발생한 지연손해금인지, 사전구상금에 관한 지연손해금인지 명확하게 판단한 것으로 보기는 어렵다. 다만 원심 판결문에 비추어 보면⁶⁸⁾ 원심 판결은 피고에게 사전구상금에 대한 지연

67) 수탁보증인과 주채무자가 보증계약 등을 체결하면서 수탁보증인이 행사할 사전구상권의 범위를 특약, 약관 등으로 달리 정하는 경우가 있을 수 있다. 예컨대 수탁보증인과 주채무자 사이에 “사전구상의 사유가 발생하였을 때 보증인은 주채무자에 대하여 사전구상을 할 수 있는 범위는 주채무자가 사전구상금을 지급할 때까지 발생하는 이자와 지연손해금으로 한다” 등과 같은 특약을 맺을 수 있다. 이와 같이 수탁보증인과 주채무자 사이에 이러한 별개의 약정이 있으면 보증인이 일반적으로 청구할 수 있는 사전구상의 범위를 넘어서 사전구상을 할 수 있는 경우도 있을 것이다.

68) 서울고등법원 2020. 10. 15. 선고 2020나2004278 판결의 판결문, 14면 각주2에서는 “이 사건 제1 내지 제3연대보증으로 인한 사전구상권은 각 해당 판결 또는 지급명령의 확정으로 성립하고, 기한이 없는 채무로서 그 성립과 동시에 이행기가 도래하므로, 제1연대보증으로 인한 사전구상금 지급채무의 이행기는 이 사건 제1판결의 확정일인 2018. 9. 28. 이 사건 제2연대보증으로 인한 사전구상금 지급채무의 이행기는 이 사건 제1지급명령의

손해금으로 지급을 명한 것으로 보인다. 왜냐하면 원심 판결은 사전구상금채무의 이행기를 확정된 다음 그때부터 지연손해금을 산정하여야 한다고 판단하였기 때문이다.

그런데 대상 판결의 원심 판결이 피고에게 지급을 명한 지연손해금을 사전구상금에 관한 지연손해금으로 판단한 것은 기존 판례의 취지에 반할 수 있다. 왜냐하면 2004년 7월 9일 대법원 판결은 사전구상금 자체에 대한 지연손해금에 대해서는 청구할 수 없다는 입장을 취하였기 때문이다.

나) 물론 다음과 같은 점을 이유로 대상 판결의 원심 판결이 인정한 지연손해금은 사전구상금의 범위에 포함된다고 해석될 여지도 있다.

즉 2004년 7월 9일 대법원 판결은 주채무자가 ‘사전구상에 응할 때’까지 이미 발생한 주채무의 이자와 지연손해금이 사전구상권의 범위에 포함되고, ‘주채무인 원금에 대한 완제일까지’의 지연손해금은 사전구상권의 범위에 포함되지 않는다고 판단하였다. 이러한 2004년 7월 9일 대법원 판결의 문언에 대해서 “주채무자가 수탁보증인에게 사전구상금을 지급할 때까지 발생한 주채무의 지연손해금은 사전구상의 범위에 포함되지만, 주채무자가 사전구상금을 지급한 후 수탁보증인이 채권자에게 주채무를 지급할 때까지 발생한 주채무의 지연손해금은 사전구상의 범위에 포함되지 않는다”라는 해석이 가능할 수 있다.

이러한 해석에 따르면 원고가 청구하고 대상 판결의 원심 판결이 인정한 지연손해금은 사전구상에 포함되는 지연손해금으로 볼 수는 있다. 또한 원고가 청구하고 원심 판결이 인정한 지연손해금은 주채무 원금에 대한 각 판결확정일 다음 날부터 피고가 사전구상금을 다 갚는 날까지의 지연손해금이며, 그 이율도 연 5%와 연 12%로 채권자들이 원고를 상대로 청구한 지연손해금 이율(연 20%, 연 24%)보다 낮다. 그렇다면 원고가 피고를 상대로 청구한 지연손해금은 주채무 원금에 대하여 피고가 사전구상에 응할 때까지 발생한 이자 또는 지연손해금으로 볼 여지가 있다.

다) 그러나 전술한 ‘나)’의 해석은 사전구상금의 범위에 대하여 ‘사전구

확정일인 2019. 1. 3. 이 사건 제3연대보증으로 인한 사전구상금 지급채무의 이행기는 이 사건 제2지급명령의 확정일인 2017. 9. 8.로 봄이 타당하다”고 기재되어 있다.

상에 응할 때까지 이미 발생한 이자와 지연손해금'을 '수탁보증인이 사전구상권을 행사할 무렵 특정 시점에 이미 발생한 주채무 원본의 이자 또는 지연손해금'을 의미한다고 해석되는 2004년 7월 9일 대법원 판결을 비롯한 기존 판례 및 학설의 입장과 부합되지 않는다.⁶⁹⁾ 왜냐하면 전술한 대법원 2004년 7월 9일 대법원 판결을 비롯한 기존 판례 및 학설의 입장에 따르면 대상 판결의 사안에서 원고가 사전구상금으로 청구할 수 있는 범위는 사전구상권을 행사할 무렵의 특정 시점에 이미 발생한 주채무의 지연손해금으로 한정되어야 한다고 보아야 하기 때문이다.

그럼에도 불구하고 대상 판결의 원심 판결은 주채무 원본에 대한 피고(주채무자)가 다 갚는 날까지 지연손해금을 원고(수탁보증인)에게 지급하라는 취지로 판단하였는데, 이는 장래의 지연손해금을 사전구상의 범위에 포함시킨 것이어서 타당하지 않다. 그렇다면 대상 판결의 원심 판결로서는 원고가 사전구상권을 행사할 무렵의 특정 시점을 기준으로 이미 발생한 지연손해금만을 특정하여 사전구상권의 범위에 포함시켰어야 할 것이다. 이에 따르면 원고가 특정 시점을 지정한 경우에는 그 시점을 기준으로 지연손해금을 산정하며, 원고가 특정 시점을 지정하지 않은 경우에는 사실심변론종결시를 기준으로 지연손해금을 산정하고 그 이후 발생할 지연손해금은 사전구상금의 범위에서 제외될 것이다.

결국 대상 판결의 원심 판결이 인정한 지연손해금은 ① 사전구상금 자체에 대한 지연손해금이거나 ② 이미 발생한 지연손해금이 아닌 장래의 지연손해금으로서 사전구상금의 범위에 포함되지 않는 부분임에도 이에 대하여 사전구상을 인정한 원심 판결의 판단은 타당하지 않다.

5. 기타 피고의 상고이유에 대한 검토

이하에서는 전술한 쟁점 1 내지 3 이외에 피고가 상고이유로 주장한 부분의 타당성 여부를 검토한다.

우선 피고의 제3 상고이유인 “원고의 사전구상권 행사는 신의칙에 반한다”는 주장의 타당성 여부에 대해서 검토한다.

69) 또한 2004년 7월 9일 대법원 판결에 의하여 파기 환송된 후 서울고등법원 2004. 10. 26. 선고 2004나51056 판결도 피고가 지급할 때까지 발생하는 지연손해금을 지급하라고 판단하지는 않았다.

피고의 주장에 따르면 원고의 피고에 대한 사전구상권의 행사가 신의칙에 반한다는 주장에 대한 근거는 원고가 피고의 대표이사로 있으면서 피고의 재산 상태를 악화시켰다는 점이다. 그러나 이는 원고의 피고에 대한 사전구상권 행사와 관련이 없는 주장으로서 이를 근거로 원고의 피고에 대한 사전구상권 행사가 신의칙에 반한다고 보기는 어렵다. 따라서 피고의 제3 상고이유는 타당하지 않다.

다음으로 피고의 제4 상고이유인 “원심 판결은 피고의 상계항변을 받아들이지 않은 잘못이 있다”는 주장의 타당성 여부에 대해서 검토한다.

피고의 주장은 피고의 원고에 대한 담보제공청구권에 대하여 이행거절 권능을 인정하지 않으면서 피고의 사전구상권에 따른 상계에 대해서는 항변권이 부작되어 있다는 이유로 상계의 항변을 받아들이지 않은 원심 판결의 판단은 모순된다는 것이다. 그러나 원심 판결은 선이행설(이행거절 부정설)의 입장에서 판단한 것이고, 피고는 동시이행설(이행거절 긍정설)의 입장에서 주장한 것이므로, 서로가 인식한 이행의 측면이 다르다.

전술한 바와 같이 원심 판결과 같은 선이행설(이행거절 부정설)의 입장에서 보더라도 원고의 피고에 대한 사전구상권에는 민법 제443조 소정의 담보제공청구권이 항변권으로 부작되어 있으므로, 이를 자동채권으로 하여 상계할 수는 없다. 나아가 원심 판결의 이 부분에 대한 판단은 기존 대법원 판례의 입장에 부합된다. 따라서 “선이행설(이행거절 부정설)의 입장에서 판단한 원심 판결이 원고의 피고에 대한 사전구상권으로 상계를 허용하지 않는 것이 모순된다”고 주장하는 피고의 제4 상고이유도 타당하지 않다.

III. 결 어

1. 이 글은 대상 판결의 타당성 여부를 각 쟁점별로 나누어서 고찰해 보았다. 그 중 쟁점 1에 대한 대상 판결의 입장이 타당한지 여부를 중점적으로 고찰해 보았는데, 그 내용을 정리하면 다음과 같다.

대상 판결의 사안에서 제1심 판결과 원심 판결은 선이행설의 입장(이행거절 부정설)에서 주채무자인 피고의 사전구상금 지급의무와 수탁보증

인인 원고의 담보제공의무의 동시이행관계를 부정하였지만, 대상 판결은 동시이행설의 입장(이행거절 긍정설)에서 양 의무의 동시이행관계를 긍정하였다. 이러한 상황에서 필자는 제1심 판결 및 원심 판결과 대상 판결의 입장 모두 나름대로 타당한 측면이 있지만, 다음과 같은 점을 고려하면 동시이행설을 취한 대상 판결의 입장이 보다 더 타당하다고 보았다.

첫째, 민법 제443조의 문언에 충실한 해석이 선이행설의 유력한 논거가 될 수 있지만, 그렇다고 해서 동시이행설에 따른 해석이 전혀 불가능하지는 않다. 이러한 상황에서는 민법 제443조의 주된 입법 취지가 무엇인지를 밝히고 이에 따른 해석을 하는 것이 보다 더 중요하다. 전술한 바와 같이 민법 제443조는 주채무자와 수탁보증인의 형평, 주채무자의 이중지급 위험으로부터의 회피 등 주채무자의 보호를 목적으로 하는 규정으로 볼 수 있다. 따라서 민법 제443조를 이러한 목적에 부합하게 해석하는 동시이행설을 취한 대상 판결이 보다 더 타당하다.

둘째, 주채무자가 민법 제443조 전단의 담보제공청구권으로 수탁보증인의 사전구상청구에 대한 이행거절이 가능하다고 해석하는 것이 주채무자를 지나치게 보호한다거나 수탁보증인의 이익을 해치는 것이라고 보기도 어렵다. 즉 수탁보증인이 채권자에게 보증채무를 이행하지 않는 상황에서 주채무자에게 구상금을 지급받기 위해서는 이에 대한 담보를 제공하여야 한다고 해석하는 것이 오히려 수탁보증인과 주채무자 간의 형평에 맞고, 따라서 수탁보증인의 이익을 해쳐서 지나치게 불합리하다고는 보기 어렵다.

셋째, 민법 제443조 전단 소정의 주채무자의 면책청구권과 담보제공청구권을 유기적으로 연계하여 해석할 필연성은 없으며, 이러한 관점에서 민법 제443조 전단의 주채무자의 면책청구권과 담보제공청구권의 발생 시기를 동일하게 해석할 필요도 없다. 민법 제443조 전단의 주채무자의 면책청구권은 주채무자가 수탁보증인에게 사전구상의무를 이행하면 이로써 주채무를 면책시켜 달라는 청구로서 법률에 규정이 없어도 당연히 발생하는 청구권이라고 볼 수 있다. 따라서 민법 제443조 전단에서 주채무자에게 의미가 있는 청구권은 담보제공청구권이라고 볼 수 있다. 결국 민법 제443조 전단이 주채무자의 담보제공청구권과 면책청구권을 함께

규정하더라도 두 청구권은 그 성격이 다르므로 성립시기와 요건을 다르게 해석할 수 있다.

넷째, 선이행설에 따르면 민법 제443조 전단 소정의 주채무자의 담보제공청구권의 효용이 사실상 없어질 위험이 있으므로, 이러한 위험을 방지하기 위해서라도 동시이행설을 취하는 것이 보다 더 타당하다. 즉 민법은 제443조의 전단과 후단을 통하여 주채무자를 보호하기 위한 수단을 다양하게 마련하였다. 그런데 만약 원심 판결과 같이 선이행설을 취하면 민법 제443조 전단의 주채무자의 담보제공청구권은 유명무실하게 된다. 이는 민법 제443조 전단의 담보제공청구권과 동조 후단의 공탁, 담보제공 등을 통한 이행거절을 모두 주채무자의 보호수단으로 실효성 있게 활용될 것을 의도하고 규정한 것으로 보이는 민법의 태도와 부합되지 않는다.

2. 대상 판결은 주채무자의 수탁보증인에 대한 사전구상금 지급의무와 수탁보증인의 주채무자에 대한 담보제공의무가 동시이행관계에 있는 점을 처음으로 명시적으로 밝힘으로써 그 동안 이 문제에 대하여 착종된 논의 상황을 일단락 지은 점에서 의의가 있다. 즉 이 글에서 중점적으로 다룬 쟁점 1에 대하여 대상 판결은 원심 판결이 선이행설에 따라 피고의 원고에 대한 담보제공청구권에 따른 이행거절을 인정하지 않은 부분에 잘못이 있다고 판단하였다. 그리고 대상 판결은 원고가 피고에게 상당한 담보를 제공하겠다는 의사표시를 하지 않은 이상 원고의 청구를 전부 기각하여야 함에도 불구하고, 원심 판결은 원고의 청구를 모두 인정하였기 때문에 대상 판결은 피고의 나머지 상고이유에 대하여 명시적인 판단을 하지 않고 원심 판결을 전부 파기하고 환송하였다.

추측컨대 대상 판결은 원심 판결이 피고의 원고에 대한 담보제공청구권에 따른 이행거절권을 인정하지 않은 부분에서 잘못이 있음을 이유로 원심 판결을 전부 파기하였으므로, 나머지 쟁점에 대한 원심 판결의 입장, 특히 장래의 지연손해금을 인정한 원심 판결의 입장을 별도로 판단할 필요성이 적었기 때문이었을 것이다.⁷⁰⁾ 이러한 대상 판결의 판단은

70) 참고로 대법원 2022. 4. 22. 선고 2020다271926 판결의 사안에서는 지연손해금이 사전구상금에 포함되는지 여부가 문제되었는데, 이 판결은 사전구상권 자체가 인정되지 않는다는 취지로 파기환송하면서, 지연손해금이 사전구상금에 포함되는지 여부는 별도로 판단하

기본적으로 타당하다고 생각한다.

3. 그럼에도 불구하고 수탁보증인의 사전구상권에 대해서 지연손해금이 발생하는지 여부와 수탁보증인이 주채무자에게 청구할 수 있는 사전구상금의 범위를 어떻게 보아야 하는가라는 문제에 대하여 대상 판결이 명시적인 판단을 내리지 않은 점에 대해서는 다소 아쉬움이 남는다. 왜냐하면 이 문제는 대상 판결 이후에 선고될 후속 판례에서도 문제될 수 있는데, 이에 대하여 대상 판결이 명시적인 판단을 하지 않음⁷¹⁾으로 인하여 후속 판례에서 혼란이 생길 가능성은 여전히 남아 있기 때문이다.⁷²⁾

물론 이 문제에 대하여 필자는 주채무자를 보호하기 위하여 수탁보증인의 사전구상권에 대한 지연손해금의 범위를 합리적으로 제한할 필요가 있다는 관점에서 다음과 같은 사건을 제시하였다. 즉 수탁보증인이 사전구상권을 행사할 특정 시점을 지정한 경우에는 그 시점을 기준으로 지연손해금을 산정하며, 수탁보증인이 사전구상권을 행사할 특정 시점을 지정하지 않은 경우에는 사실심변론종결시를 기준으로 지연손해금을 산정하고 그 이후 발생할 지연손해금은 사전구상금의 범위에서 제외하여야 한다는 입장을 제시하였다.

그러나 이 문제를 비롯하여 전술한 주채무자의 수탁보증인에 대한 사전구상금 지급의무와 수탁보증인의 주채무자에 대한 담보제공의무의 관계, 그리고 이를 둘러싼 여러 가지 쟁점에 대해서는 학계 및 실무의 심

지 않았다.

71) 대상 판결의 사건에서 피고는 상고이유에서 장래의 지연손해금 부분이 사전구상에 포함시킨 원심 판결의 판단이 잘못이라고 주장하였는데, 피고는 이 주장을 원심에서 한 적이 없고 상고심에서 처음으로 하였으므로, 부적법 상고이유에 해당될 여지도 있다. 다만 원심에서 피고는 원고의 사전구상권 자체를 부정하는 취지로 주장하였으므로, 이러한 주장에 지연손해금 부분에 대한 주장도 포함되어 있다고 해석할 여지도 있다고 여겨진다.

72) 즉 2004년 7월 9일 대법원 판결의 ‘주채무인 원금과 사전구상에 응할 때까지 이미 발생한 이자와 지연손해금’의 의미가 다소 명확하지 않다. 그리하여 2004년 7월 9일 대법원 판결을 어떻게 해석하느냐에 따라서 이 사건의 원심 판결이 인정한 지연손해금이 사전구상금의 범위에 포함되는지 여부가 달라질 가능성이 있을 뿐만 아니라 이 사건의 원심 판결이 어떠한 명목으로 지연손해금을 인정한 것인지도 명확하지 않으므로, 그 의미에 대하여 대상 판결이 명시적 입장을 밝혔다면, 이 문제에 대하여 후속 판례에서 혼란이 발생할 가능성은 대폭 줄어들거나 사라졌을 것으로 생각한다.

도 있는 논의가 필요할 것이다.

이 글이 고찰한 대상 판결을 계기로 주채무자의 수탁보증인에 대한 사전구상금 지급의무와 수탁보증인의 주채무자에 대한 담보제공의무의 관계를 둘러싼 여러 가지 쟁점에 대하여 학계와 실무 차원의 심도 있는 논의와 함께 판례의 발전적 모습이 나타나기를 기대한다.

(논문투고일: 2023.3.5., 심사개시일: 2023.3.9., 게재확정일: 2023.3.24.)



이 승 현

수탁보증인의 주채무자에 대한 담보제공의무, 수탁보증인의 주채무자를 면책시킬 의무, 주채무자의 수탁보증인에 대한 사전구상금의무, 동시이행관계, 수탁보증인의 사전구상금에 대한 지연손해금, 사전구상금의 범위

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

1. 단행본

- 김기선, 한국채권법총론, 제3전정판, 법문사, 1987.
- 김동훈, 채권총론, 동방문화사, 2012.
- 김상용, 채권총론, 제3판, 화산미디어, 2016.
- 김용담 편집대표, 주식 민법, [채권총칙(3)], §428-§459, 제4판, 한국사법행정학회, 2014.
- 김용한, 채권법총론, 박영사, 1983.
- 김주수, 채권총론, 제3보정판, 삼영사, 2003.
- 김준호, 채권법 이론·사례·판례, 제13판, 법문사, 2022.
- 김증한·김학동, 채권총론, 제6판, 박영사, 1998.
- 김현태, 신채권법총론, 일조각, 1982.
- 김형배, 채권총론, 제2판, 박영사, 1999.
- 노종천, 채권법, 동방문화사, 2015.
- 박동진, 계약법강의, 제2판, 법문사, 2020.
- 박종두, 채권법총론, 제3판, 삼영사, 2010.
- 박종두·박세욱, 채권법총론, 제4판, 삼영사, 2014.
- 손지열·김황식·양창수 편집 / 곽윤직 편집대표, 민법주해, 제10권, 채권(3) 제408조-제459조, 박영사, 2011.
- 송덕수, 채권법총론, 제6판, 박영사, 2021.
- 송순근, (법학총서) 채권법총론, 도서출판 함무라비, 2003.
- 양창수·김형석, 민법 III 권리의 보전과 담보, 제4판, 박영사, 2021.
- 윤철홍, 채권총론, 3정판, 법원사, 2018.
- 이덕환, 채권총론, 전정판, 울곡미디어, 2014.
- 이원범·남성민·손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 주식 민법, [채권총칙 3], §428-§459, 제5판, 한국사법행정학회, 2020.
- 이은영, 채권총론, 제4판, 박영사, 2009.

- 이태재, 채권총론, 개정판, 진명문화사, 1987.
임정평, 채권총론, 법지사, 1989.
장재현, 채권법총론, 채권법총론, 경북대학교출판부, 2006.
정기웅, 채권총론, 전정2판, 법문사, 2014.
지원림, 민법강의, 제19판, 홍문사, 2022.
지원림, 민법원론, 제3판, 홍문사, 2022.
현승중, 채권총론, 일신사, 1975.

2. 논문

- 김기환, “사전구상권을 자동채권으로 한 상계-대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다274703 판결-”, 민사법학, 제100호, 한국민사법학회, 2022.
- 문영화, “수탁보증인의 주채무자에 대한 사전구상권을 자동채권으로 하는 상계가 허용되는 경우(2004.5.28. 선고 2001다81245 판결 : 공2004하, 1050)”, 대법원판례해설, 제49호, 법원행정처, 2004.
- 이승현, “수탁보증인의 담보제공의무와 주채무자의 사전구상의무의 관계에 대한 고찰”, 재산법연구, 제39권 제4호, 한국재산법학회, 2023.
- 이준현, “채무자에 대한 물상보증인의 구상권과 상계-대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다274703 판결-”, 비교사법, 제26권 제4호, 한국비교사법학회, 2019.
- 이혁, “지연손해금과 법정이자”, 판례연구, 제27집, 부산판례연구회, 2016.
- 제철웅, “자동채권에 항변권이 부착되어 있는 경우의 상계”, 판례월보, 제303호, 판례월보사, 1995.

II. 외국 문헌

1. 일본문헌

- 加藤正男, “求償金請求訴訟(1)”, 裁判実務大系(13) 金銭貸借訴訟法(薦田

茂正・中野哲弘 編), 青林書院, 昭和62年(1987年).

吉原省三, “保証人の事後求償権と事前求償権の關係について”, 金融法務事情, 第1145号, 金融財政事情研究会, 昭和62年(1987年).

内田貴, 民法III 債権総論・担保物権, 第4版, 東京大学出版会, 令和2年(2020年).

能見善久・加藤新太郎 編集, 論点体系 判例民法 4 債権総論 I, 第3版, 第一法規, 令和元年(2019年).

渡邊力, “受託保証人の事前求償権-「事前に求償する」という意義の再検討-”, 名古屋大学法政論集, 第227号, 名古屋大学法学部, 平成20年(2008年).

山野目章夫, “100. 主たる債務者が事前求償に応ずる義務のほうが民法四六一条一項に基づく保証人の担保提供義務よりも先履行の關係にあると判断された事例”, 判例評論, 第452号(判例時報, 第1573号(平成8年10月1日号)), 判例時報社, 平成8年(1996年).

西村信雄 編集 / 中川善之助・柚木馨・谷口知平・於保不二雄・川島武宜・加藤一郎 編集代表, 注釈民法(11) 債権(2) 多数当事者の債権・債権の譲渡 §§427-473, 有斐閣, 昭和40年(1965年).

水田耕一, “[管理・回収關係](特集 銀行取引法の論点と実務の再評価) 保証人による求償権の事前行使と相殺”, 金融法務事情, 第400号, 金融財政事情研究会, 昭和40年(1965年).

柴田保幸, “[3] 主たる債務者に対しいわゆる事前求償権を取得した保証人が主たる債務の弁済等により取得する求償権の消滅時効の起算点”, 最高裁判所判例解説 民事篇 昭和60年度, 法曹会, 平成元年(1989年).

林良平 編, 債権法 I [債権総則・契約(1)] 注解 判例民法2, 青林書院, 昭和62年(1987年).

저자미상, “受託保証人から事前求償権に基づき求償金の支払を求められた主債務者が, 受託保証人が担保を提供するまではその支払を拒絶する旨の主張をしたにもかかわらず, 受託保証人が担保の提供をしない旨主張した場合において, 受託保証人の請求を棄却した事例 (大阪地裁平成24年10月30日)”, 判例タイムズ, 第1392号, 判例タイム

ズ社, 平成25年(2013年).

前田達明, (口述法律学シリーズ) 口述 債権総論, 第3版, 成文堂, 平成5年(1993年).

前田陽一, “<現代担保法研究会 34> 委託を受けた保証人による事前求償権の行使と民法461条1項”, ジュリスト, 第1120号, 有斐閣, 平成9年(1997年).

定塚孝司 著 / 故定塚孝司判事遺稿論集刊行会 編, 主張立証責任論の構造に関する一試論, 判例タイムズ社, 平成6年(1994年).

潮見佳男, (法律学の森) 新債権総論II, 信山社, 平成29年(2017年).

中田裕康, 債権総論, 第4版, 岩波書店, 令和2年(2020年).

塚原朋一 編著, 事例と解説 民事裁判の正文, 新日本法規, 平成18年(2006年).

平井宜雄, (法律学講座双書) 債権総論, 第2版, 弘文堂, 平成6年(1994年).

下出義明, “事前求償権をめぐる法律問題”, 金融法務事情, 第649号, 金融財政事情研究会, 昭和47年(1972年).

2. 프랑스 문헌

Jean-Baptiste Seube, *Droit des sûretés*, 11^e éd., Dalloz, 2022.

III. 기타 문헌

法制審議會-民法(債権関係)部会, “民法(債権関係)の改正に関する論点の検討(8)”, 法制審議會民法(債権関係)部会資料36, 法務省, 平成24年(2012年).

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

Abstract

Right of Preliminary Reimbursement of Fiduciary
Surety, and a Principal Obligor's Right to
Request Security specified in the former part of
Article 443 of the Civil Act

– Review of Supreme Court Decision 2020Da283578 decided
on February 2, 2023 –

Seung Hyun LEE*

In the case of the Supreme Court Decision 2020Da283578 delivered on February 2, 2023, the following matters were at issue in the case. First, whether the fiduciary surety could claim damages for future delay by exercising his right of reimbursement against the principal obligor; second, whether the principal obligor's Right to Request Security against the fiduciary surety under Article 443 of the Civil Code has a concurrent performance relationship with the fiduciary surety's right of preliminary reimbursement against the principal obligor; third, whether the fiduciary surety has been judged to be liable to the creditor due to negligence; whether the fiduciary surety's exercise of the right of preliminary reimbursement against principal obligor violates the principle of good faith; fourth, whether the fiduciary surety's right of preliminary reimbursement against the principal obligor was permissible to set off as an automatic claim.

Regarding the second issue, this decision reversed the judgment of the

* Supreme Court of Korea(Judicial Researcher), Ph. D.

trial court that the principal obligor's obligation to pay the advance indemnity to the fiduciary surety was a pre-performance obligation rather than the fiduciary surety's obligation to provide security to the principal obligor, and expressly held that the two obligations were in a concurrent performance relationship, but made no judgment on the other issues. In Supreme Court Decision 2020Da283578 decided on February 2, 2023, appears to have been because the trial court failed to recognize Defendant's right to refuse performance under Plaintiff's right to provide security, and, therefore there was little need to separately judge the position of the trial court on other issues.

However, the first of the aforesaid issues, whether delay damages, are awarded in respect of the fiduciary surety's right of preliminary reimbursement, and how to view the scope of the advance indemnity that the fiduciary surety may claim against the principal obligor, is likely to be a problem in subsequent precedents to be rendered after the Supreme Court Decision 2020Da283578 delivered on February 2, 2023.

Accordingly, it is necessary to consider the first issue, along with the validity of the Supreme Court Decision 2020Da283578 delivered on February 2, 2023, that the principal obligor's obligation to pay advance indemnity to the fiduciary surety and the fiduciary surety's obligation to provide security to the principal obligor is in a simultaneous performance relationship, which also needs to be considered.

Therefore, this article focused on the validity of the two issues of the Supreme Court Decision 2020Da2878 delivered on February 2, 2023. However, the first issue was reviewed, other remaining issues were briefly reviewed and the author's opinions were described.

Supreme Court Decision 2020Da283578 decided on February 22, 2023, is meaningful in that it clearly states for the first time that the principal obligor's obligation to pay the advance indemnity to the fiduciary surety and the fiduciary surety's obligation to provide security to the principal obligor is in a simultaneous relationship.

As a result of this decision, it is expected that various issues surrounding the relationship between the obligation to pay the advance indemnity to the fiduciary surety and the fiduciary surety's obligation to provide security for the principal obligor will be developed along with in-depth discussions at the academic level.



▶ **Seung Hyun LEE**

Duty of the trust surety to provide security to the principal obligor, duty of the trust surety to discharge the principal obligor from liability, principal obligor's duty of advance reimbursement for the trust surety, concurrent performance relationship, damages for delay to advance reimbursement of the trust surety, scope of the amount for advance reimbursement