

# 물상보증인의 사전구상권

- 대법원 2009. 7. 23. 선고, 2009다19802,19819 판결 -

이 상 태\*

## 목 차

|                            |                      |
|----------------------------|----------------------|
| [기본적 사실관계] [제1심][제2심][제3심] | 2. 우리의 학설과 판례        |
| I. 서 론                     | 3. 일본의 학설과 판례        |
| II. 보증인의 사전구상권             | 4. 검토                |
| 1. 발생사유                    | 5. 소결                |
| 2. 연혁                      | IV. 물상보증인의 사전구상권과 상계 |
| 3. 법적 성질                   | 1. 문제의 제기            |
| 4. 행사의 범위                  | 2. 보증인의 사전구상권과 상계    |
| 5. 주채무자의 보호                | 3. 물상보증인의 사전구상권과 상계  |
| III. 물상보증인에 사전구상권의 인정 여부   | 4. 소결                |
| 1. 문제의 제기                  | V. 결 론               |

본고는 대법원 2009. 7. 23. 선고, 2009다19802,19819 판결을 연구대상 판결로 하고 있다. 먼저 기본적 사실관계와 소송의 경과가 상당히 복잡하지만 본고의 주제와 관련이 있는 부분을 중심으로 하여 그 요지만을 살펴보도록 한다.

## [기본적 사실관계]

이 사건 토지를 부동산경매절차에서 낙찰받고 소유권을 취득한 A 주식회사는 2001년 12월 18일 피고 2에게 이 사건 토지를 매도(제1매매

---

\* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

계약)하고 매매대금을 지급받지 않은 상태에서 2002년 11월 4일 소유권 이전등기(제1이전등기)를 경료해 주었다. 그 후 소유권을 이전받은 피고 2는 소외 1과의 사이에 이 사건 토지에 관하여 채무자를 A로 하는 내용의 근저당권설정계약을 체결하고 2002년 12월 3일 근저당권설정등기를 경료하였다. 다시 피고 2는 소외 2와의 사이에 위 토지에 관하여, 채무자를 피고 2로 하는 내용의 근저당권설정계약을 체결하고 2003년 3월 5일 근저당권설정등기를 경료해 주었다. 이후 소외 1은 소외5에게, 소외 2는 소외 7에게 위 각 근저당권을 이전하였다.

한편 A의 채권자인 소외 2가 A에 대한 파산선고를 법원에 신청하여, A는 2005년 3월 4일 파산선고를 받았고, 원고 X가 A의 파산관재인으로 선임되었다.

그런데 피고 2는 역시 A에 대하여 부담하고 있는 이 사건 토지의 매매대금을 전혀 지급하지 않은 상태에서 다시 피고 1에게 이 사건 토지를 매도(제2매매계약)하고, 2005년 5월 13일 소유권이전등기(제2이전등기)를 경료하였다.

소외 1로부터 근저당권을 이전받은 소외 5는 대전지방법원 서산지원에 이 사건 토지에 대하여 임의경매를 신청하여 2005년 8월 24일 위 법원으로부터 경매개시결정을 받았고, 위 경매는 제1심 판결 당시 진행 중이었다.

[제1심 : 대전지방법원 서산지원 2007. 12. 6. 선고  
2005가합1192, 2007가합421(병합) 판결  
(사해행위취소 · 소유권말소등기)]

## 1. 주위적 청구

이러한 사안에서 A의 파산관재인인 원고 X는 주위적 청구로서, 이 사건 토지에 관한 제1매매계약 및 제2매매계약은 A가 파산채권자를 해함을 알고 한 사해행위로서 파산법 규정에 기하여 각 부인하고, 피고 2 및 피고 1은 각 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라는 판결을 구하는 소송을 제기하였다.

이에 대하여 1심법원은, 구 파산법 제64조 제1호 소정의 부인권의 대상이 되는 것은 파산자와 수익자 사이의 법률행위만이고, 수익자와 전득자 사이의 법률행위는 위 부인권의 대상이 될 수 없다고 설시하면서, 제2매매계약에 대한 부인청구 부분은 부적법하므로 각하한다는 결론을 내렸다.

나아가 1심법원은, 구 파산법 제64조 제1호는 부인의 주관적 요건으로서 파산자가 파산채권자를 해함을 알 것을 요구하고 있는바, 이를 인정할 증거가 없다고 판단하면서, 원고 X의 제1매매계약에 대한 부인청구 및 제1, 2 이전등기의 각 말소등기 청구는 이유 없어, 모두 기각한다는 결론을 내렸다.

## 2. 예비적 청구

한편 원고 X는 예비적 청구로서, 이 사건 토지에 관한 제2매매계약은 피고 2가 매매대금을 전혀 지급하지 않은 채로 유일한 재산을 매도한

것이므로 민법의 채권자취소권 규정에 의하여 취소하고, 그 결과로서 피고 1은 피고 2에게 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하고, 또한 피고 2는 원고 X에게 토지매매대금 및 이에 대한 지연배상을 지급하라는 판결을 구하는 소송을 제기하였다.

피고들은 다음과 같이 상계의 항변과 사해행위가 아니라는 항변을 주장하였다. 즉, 먼저 피고들은, 피고 2가 A의 부탁에 따라 A의 소외 1에 대한 61억 여만 원 상당의 소외 4 주식회사주식의 매매대금채무를 보증하고 이를 담보하기 위하여 소외 1에게 근저당권을 설정해 주었는데, A가 소외 1에게 위 채무를 변제하지 않아 소외 1로부터 A에 대한 채권과 위 근저당권을 양수받은 소외 5가 이 사건 토지에 대한 임의경매를 신청하여 경매개시결정을 받음으로써, 피고 2는 A에 대하여 수탁보증인의 사전구상권을 취득하였고, 이를 자동채권으로 A에 대한 매매대금채무와 상계함으로써 위 매매대금채무는 모두 소멸하였으므로, 피고 2의 A에 대한 매매대금채무는 더 이상 존재하지 아니하고, 피고 2와 피고 1 사이의 제2매매계약은 원고 X에 대한 관계에서 사해행위가 되지 아니하므로, 원고 X의 예비적 청구는 모두 이유 없다고 주장하였다.

또한 피고들은, 제2매매계약 당시 이 사건 토지에는 그 가액을 초과하는 채권최고액 80억 원의 근저당권이 설정되어 있었으므로, 위 매매계약은 원고 X에 대한 관계에서 사해행위가 되지 아니한다고 주장하였다.

이에 대하여 1심법원은 피고 2가 소외 1에 대한 채무를 보증하였다는 증거가 없으므로 피고의 상계주장은 이유가 없다고 하면서 배척하였다. 그러나 1심법원은, 피고 2는 A에게 매매대금을 전혀 지급하지 않은 채로 그 유일한 재산인 위 토지를 피고 1에게 매도한 것은 사해행위에 해당하므로, 피고 2와 피고 1 사이의 제2매매계약은 사해행위로서 취소되어야 하며, 피고 1은 피고 2에게 제2이전등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단하였다. 그 결과, 1심법원은, 다른 특별한 사정이 없는 한, 피고 2는 원고 X에게 위 매매대금 및 이에 대한 지연배상을 지급하여

야 한다는 판단을 내렸다. 다만 지연배상에 관하여는 원고 X가 주장하는 피고 2의 지체책임의 발생일을 수정하여 판단하였다.

**[제2심 : 대전고등법원 2009. 1. 21. 선고  
2008나960, 2008나977(병합) 판결  
(사해행위취소 · 소유권말소등기)]**

**1. 항소의 취지**

제1심 판결에 대하여 피고들만이 예비적 청구에서 자신들이 패소한 부분에 대하여 항소하였다. 즉, 피고들은, “제1심 판결 중 피고 1에 대한 예비적 청구에 관한 부분 및 피고 2에 대한 예비적 청구에 관한 피고 2의 패소부분을 취소하고, 위 취소부분에 해당하는 원고 X의 청구를 모두 기각한다.”라는 판결을 구하였다.

**2. 항소인인 피고들의 주장**

피고들은 제1심에서 행한 것과 같은 취지의 주장을 하였다. 즉, 피고 2는 A에 대하여 수탁보증인 또는 물상보증인으로서 사전구상권을 취득하였고, 피고 2는 이를 자동채권으로 하여 제1매매계약에 따른 이 사건 토지에 대한 매매대금채권과 대등액에서 상계하였으므로 매매대금채권이 존재하지 않는다는 취지의 주장을 하였다. 그리고 제2매매계약은 사해행위가 될 수 없다고 주장하였다.

### 3. 법원의 판단

제2심법원은, 항소인들의 주장을 이유 없다고 하면서 모두 배척하고, 제1심 판결 중 예비적 청구에 대한 부분은 정당하므로, 이에 대한 피고들의 항소는 이유 없어 이를 모두 기각하였다.

[제3심 : 대법원 2009. 7. 23. 선고  
2009다19802,19819 판결  
(사해행위취소·소유권말소등기)]

#### 1. 상고취지

제2심 판결에 대하여 제2심에서 패소한 피고들만이 상고하였다.

#### 2. 상고인인 피고들의 상고이유와 대법원의 판단

##### 2.1 상고이유 제1점 및 제2점에 대한 판단

원심이 판시와 같은 이유로 파산 전 A가 소외 1에게 판시 주식매매대금채무를 부담하였고 피고 2는 이를 연대보증 하였음을 전제로 한 피고들의 주장을 배척하고, 피고 2가 A의 소외 2에 대한 채무를 연대보증하였다고 인정할 증거가 없다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유로 주장하는 채증법칙 위반이나 심리미진 등의 위법이 없다.

## 2.2 상고이유 제3점에 대한 판단

(가) 앞서 본 바와 같이 피고 2가 위 각 채무를 연대보증 하였음을 인정할 수 없다면, 피고 2에게 수탁보증인으로서 사전구상권을 인정할 여지도 없다고 할 것이므로, 원심이, 피고 2가 수탁보증인으로서 사전구상채권을 자동채권으로 하여 상계함으로써 이 사건 매매대금채무가 대등액에서 소멸하였다는 피고들의 주장을 배척한 것은 정당하고, 원심이 나아가 수탁보증인이 사전구상권을 행사할 수 있는 민법 제442조 제1항 각 호의 경우에 해당함을 인정할 증거가 없다고 판단한 것은 가정한 판단에 불과하여 이 사건 판결 결과에 영향이 없다.

(나) 민법 제370조에 의하여 동법 제341조가 저장권에 준용되는데, 동법 제341조는 타인의 채무를 담보하기 위한 저장권설정자가 그 채무를 변제하거나 저장권의 실행으로 인하여 저장물의 소유권을 잃은 때에 채무자에 대하여 구상권을 취득한다고 규정하여 물상보증인의 구상권 발생 요건을 보증인의 경우와 달리 규정하고 있는 점, 물상보증은 채무자 아닌 사람이 채무자를 위하여 담보물권을 설정하는 행위이고 채무자를 대신해서 채무를 이행하는 사무의 처리를 위탁받는 것이 아니므로 물상보증인은 담보물으로써 물적 유한책임만을 부담할 뿐 채권자에 대하여 채무를 부담하는 것이 아닌 점, 물상보증인이 채무자에게 구상할 구상권의 범위는 특별한 사정이 없는 한 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 담보물의 소유권을 상실하게 된 시점에 확정된다는 점 등을 종합하면, 원칙적으로 수탁보증인의 사전구상권에 관한 민법 제442조는 물상보증인에게 적용되지 아니하고 물상보증인은 사전구상권을 행사할 수 없다고 해석하는 것이 상당하다.

원심이, 물상보증인의 채무자에 대한 구상권은 물상보증인이 채무를 변제하거나 저장권의 실행으로 인하여 저장물의 소유권을 잃은 때에 발생할 뿐이라는 이유로 피고 2가 물상보증인으로 사전구상권을 행사할

수 있다는 피고들의 주장을 배척한 것은 위 법리에 따른 것으로 정당하고, 거기에 물상보증인의 사전구상권에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

### 2.3 상고이유 제4점에 대한 판단

저당권이 설정되어 있는 부동산이 사해행위로 양도된 경우에 그 사해행위는 부동산의 가액, 즉 시가(공시지가와 일치하는 것은 아님)에서 저당권의 피담보채권액을 공제한 잔액의 범위 내에서 성립하고, 피담보채권액이 부동산의 가액을 초과하는 때에는 당해 부동산의 양도는 사해행위에 해당한다고 할 수 없는바, 여기서 피담보채권액이라 함은 근저당권의 경우 채권최고액이 아니라 실제로 이미 발생하여 있는 채권금액이라고 할 것이다(대법원 2001. 10. 9. 선고, 2000다42618 판결 등 참조). 그리고 사해행위의 취소에 따른 원상회복은 원칙적으로 그 목적물 자체의 반환에 의하여야 하고, 그것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에만 한하여 예외적으로 가액배상에 의하여야 할 것이다(대법원 2006. 12. 7. 선고, 2006다43620 판결 등 참조).

원심이 제2매매계약 당시 이 사건 토지에 설정된 근저당권의 피담보채권이 시가를 초과한다고 인정할 증거가 없고, 피고들 주장의 판시와 같은 사정은 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 해당하지 않는다고 판단한 것은 위 법리에 따른 것으로 정당하고, 거기에 사해행위취소의 범위 및 방법에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

### 3. 대법원의 판단

대법원은, 이상과 같은 이유로, 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자인 피고들이 부담한다는 결론을 내렸다.

## [연구]

### I. 서론

본고의 연구대상판결인 위 대법원의 판결과 관련된 사실관계와 문제된 논점을 정리하면 다음과 같다.

이 사건 토지를 소유한 A 주식회사는 피고 2에게 이 사건 토지를 매도(제1매매계약)하고 매매대금을 지급받지 않은 상태에서 소유권이 전등기(제1이전등기)를 경료해 주었다. 그 후 소유권을 이전받은 피고 2는 소외 1과의 사이에 이 사건 토지에 관하여 채무자를 A로 하는 내용의 근저당권설정계약을 체결하고 근저당권설정등기를 경료하였다. 다시 피고 2는 소외 2와의 사이에 위 토지에 관하여, 채무자를 피고 2로 하는 내용의 근저당권설정계약을 체결하고 근저당권설정등기를 경료해 주었다.

한편 A는 파산선고를 받았고, 원고 X가 A의 파산관재인으로 선임되었다.

그런데 피고 2는 역시 A에 대하여 부담하고 있는 이 사건 토지의 매매대금을 전혀 지급하지 않은 상태에서 다시 피고 1에게 이 사건 토지를 매도(제2매매계약)하고, 소유권이전등기(제2이전등기)를 경료하였다.

이와 같은 사안에서 원고의 주위적 청구의 논점은 제1매매계약과 제2매매계약의 파산법상 부인예의 해당 여부 및 그에 따른 원상회복으로서의 각 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행 여부이고, 예비적 청구의 논점은 제2매매계약의 민법상 사해행위예의 해당 여부 및 그리고 원상회복으로서의 매매대금의 반환 여부이다. 그런데 피고 2는 A에 대한 토지매매대금의 반환 여부와 관련하여, 자신이 물상보증인(수탁보증인 또는 연대보증인)으로서 주채무자 A에 대하여 사전구상권을 취득하였고 이것을 가지고 A에 대한 토지매매대금과 상계하였음을 주장하고 있다.

이상에서 보듯이 본 연구대상판결에 관련된 법적 문제점들이 여러 가지가 있으나, 본고에서는 물상보증인의 사전구상권 인정 여부와 아울러 그것을 가지고 채무자에 대한 채무와 상계할 수 있는지 여부에 관한 논의에 한정하기로 한다. 왜냐 하면 그동안 물상보증인에게 사전구상권이 인정되는가에 대하여 의문이 있었는데, 연구대상판결인 대법원의 판결은 그에 대한 최초의 판결로서 큰 의의가 있기 때문이다.

본고에서는 먼저 민법상 인정되고 있는 보증인의 사전구상권에 관한 내용을 개관해 보고(Ⅱ), 이어서 이것을 물상보증인에게 인정할 수 있는지 여부에 관하여 학설과 판례의 내용을 바탕으로 하여 고찰한 후(Ⅲ), 물상보증인의 사전구상권과 상계에 관한 문제도 아울러 고찰해 보기로 한다(Ⅳ). 마지막으로 이러한 검토를 종합하여 결론(Ⅴ)을 맺기로 한다.

## Ⅱ. 보증인의 사전구상권

우리 민법은 물상보증인의 채무자에 대한 구상권의 내용을 보증채무에 관한 규정에 의하도록 하고 있기 때문에(제341조, 제355조, 제370조, 제441조~제447조 참조), 물상보증인의 사전구상권에 관하여 고찰하기 전에 먼저 보증인의 사전구상권에 관한 내용을 개략적으로 살펴보기로 한다.

### 1. 발생사유

보증인이 채권자에 대하여 보증채무를 이행하는 것은, 채권자에 대한 관계(외부관계)에 있어서는 자신의 채무(보증채무)를 이행하는 것이지만, 주채무자에 대한 관계(내부관계)에 있어서는 타인의 채무를 이행하는 실질을 가진다. 따라서 보증채무를 이행한 보증인은 주채무자의 채무

를 대신 변제한 것이므로, 보증인은 주채무자에 대하여 구상권을 가지게 된다(민법 제428조 제1항 참조. 이하에서 달리 법명을 언급하지 아니하는 경우에는 민법을 말한다).

우리 민법은 이러한 보증인의 구상권에 관하여 상세한 규정을 두고 있다. 그런데 보증인이 구상할 수 있는 범위에 관하여는, 주채무자와 보증인 사이의 내부적 관계가 어떠한 것인가에 따라, ① 주채무자의 부탁에 의하여 보증인이 된 경우(제441조~제443조), ② 부탁 없이 보증인이 된 경우(제444조 제1항), ③ 주채무자의 의사에 반하여 보증인이 된 경우(제444조 제2항 및 제3항)를 구별하여, 그 범위를 달리 규정하고 있다(제441조~제445조).<sup>1)</sup>

여기서 주채무자의 부탁을 받아서 보증인이 된 자(즉, 수탁보증인)는 자기의 출제로 주채무의 전부 또는 일부를 소멸시킨 때에 비로소 구상권을 취득하는 것이 원칙이다(사후구상의 원칙). 그러나 보증인이 반드시 면책행위를 하지 않으면 안되는 사유가 발생한 예외적인 경우에는 사전구상이 허용된다(사전구상의 예외). 이 점이 위임계약에 있어서 수임인

1) 우리의 학설은 이와 같은 각각 경우에 인정되는 구상권의 성질에 관하여 대체로 다음과 같이 파악하고 있다. ① 먼저 주채무자의 부탁에 의하여 보증인이 된 경우에는 위임사무처리에 의한 비용상환청구권(제687조 및 제688조), ② 주채무자의 부탁 없이 보증인이 된 경우에는 사무관리에 의한 비용상환청구권(제739조), ③ 주채무자의 의사에 반하여 보증인이 된 경우에는 부당이득반환청구권(제748조 제1항)의 성질을 가지며, 우리 민법은 이러한 각각의 성질에 관한 일반규정과는 별도로 특별규정을 두어 구상권의 내용을 각각 달리 규율하고 있다고 한다[곽윤직, 채권총론 민법강의 III 제6판(박영사, 2009), 200쪽; 곽윤직 편집대표, 민법주해 X 채권3, §441(박영사, 2008), 316쪽<박병대집필>; 김상용, 채권총론(화산미디어, 2009), 335쪽; 김주수, 채권총론 제2판 민법강의 III(삼영사, 1996), 320쪽; 김준호, 채권총칙(법문사, 2007), 222쪽; 김중환/김학동, 채권총론 제6판(박영사, 1998), 262쪽; 김형배, 채권총론 제2판(박영사, 1999), 519쪽; 박준서 편집대표, 주석민법 채권총칙 2, §441(한국사법행정학회, 2000), 315-316쪽<김오섭집필>; 오시영, 채권총칙(학현사, 2009), 521쪽; 이은영, 채권총론 제4판(박영사, 2009), 549, 565-567쪽; 장재현, 채권법총론(경북대학교출판부, 2006), 319쪽].

에게 비용선급청구권(제687조)이 일반적으로 인정되는 것과 다르다. 그러나 주채무자의 부탁이 없이 보증인이 된 무수탁보증인에게는 주채무자에 대한 사전구상권은 인정되지 아니한다.

민법이 수탁보증인에게 예외적으로 사전구상권을 인정하고 있는 경우는 다음과 같다. 즉, ① 보증인이 과실 없이 채권자에게 변제할 재판을 받은 때, 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 때에 보증인은 사전구상권을 행사할 수 있다(제442조 제1항).

위 각 사유별로 사전구상권을 인정하는 이유를 보면, ①의 경우는 보증인이 변제하지 않을 수 없기 때문이고, ②의 경우는 보증인으로 하여금 사전구상권에 기하여 파산재단에 가입할 수 있도록 하기 위함이다. ③의 경우는 보증인으로서의 책임을 언제 면하게 될지 알 수 없고, 장래 주채무자의 재산상태가 어떻게 변할지 불안하기 때문이고, ④의 경우는 채권자의 보증인에 대한 이행청구가 언제든지 가능하기 때문이다.

## 2. 연혁

### 2.1 개관

보증인의 사전구상권의 연혁은 로마법까지 거슬러 올라가지만 직접적인 근원은 프랑스민법에서 찾을 수 있다. 일본민법은 프랑스민법을 모범으로 하여 보증인의 사전구상권을 입법하였고, 현행 우리 민법은 일본민법의 내용을 수정하여 보증인의 사전구상권을 입법하였다.

## 2.2 로마법

사전구상권 제도의 기원은 로마법에서 찾을 수 있다. 보증하는 것을 위임받은 자는 위임의 내용이 보증이기 때문에, 원칙적으로 채권자가 변제받기 이전에는 보증채무로부터의 면책을 위임자인 주채무자에 대하여 청구할 수가 없지만, 다만 예외적인 경우에는 사전에 보증인이 주채무자를 소구하는 것이 허용되었고, 그 내용은 면책청구권이었다.<sup>2)</sup>

2) 西村重雄, “保證人の事前求償權-民法 459條のローマ法的沿革”, 民事法學の新展開(有斐閣, 1993), 221쪽 이하에서는, 로마법에 있어서 보증인의 주채무자에 대한 면책청구권이 인정된 경위를 상세히 분석하고 있다. 또한 이 논문에서는 이것과 직접 관련되는 두 개의 법문(法文)(학설취찬, 17, 1, 38, 1 및 칙법취찬, 4, 35, 10)을 중심으로 하면서 이와 관련되는 다른 법문들도 함께 고찰하고 있다. 그러나 본고에서는 위 두 개의 법문만을 인용하는 것에 그친다.

### 1. 학설취찬 17권 1장 38법문 Marcellus, 해답록

(序項) “루키우스 티티우스(Lucius Titius)는, 자신의 아들인 푸브리우스 매비우스(Publius Mævius)에 대하여, [매비우스와] 공유(共有)하는 집(家)을, 아들의 채권자에게 담보로 제공하는 것을 허락하였지만, [자신의 지분을 아들에게] 증여하려는 의도는 없었다. 매비우스는 미성년인 딸을 남기고 사망하고, 그 미성년인 딸의 후견인이 티티우스에 대하여 법적 문제를 제기하여 심판인을 지정받고, 티티우스는 대금(貸金)반환에 대하여 [그 후견인과 소송하였다]. [여기서] 티티우스가 아들에게 담보로 제공하는 것을 허락한 집(家)의 부분을, 심판인의 판단에 의하여, [아들의 채권자의 담보권으로부터] 벗어나게 할 수 있는가가 문제된다. Marcellus(마르케루스)는 다음과 같이 해답하였다. 즉, 심판인은 [그것이 담보로부터] 벗어날 수 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 채무자의 사정, 계약당사자의 의사, 아울러 문제가 되고 있는 재산이 담보에 제공된 시간을 고려하여 판단할 것이다. 왜냐 하면, 이와 같은 종류의 법적 문제는 그러한 사법적 판단에 의하여 해결될 수 있기 때문이다.”

(1항) “보증인이 변제하기 이전(以前)에도, 자신이 면책되도록 소송을 제기할 수 있는가는 대단히 빈번히 논하여지고 있는 것으로서, 이것도 [序項과] 같은 문제이다. 보증인이 변제하는 것 혹은 법적 문제가 받아들여져서 그에게 유책판결이 내려지는 것을 항상 기대해서는 안된다; 주채무자가 변제를 오래 지체하거나, 혹은 그의 재산을 산일(散逸)시키는 때, 특히 보증인이 채권자에게 변제할 수 있는 재산을 그의 수중에 가지고 있지 아니한 때에는, 채무자에 대하여 위임소송을 제기할 수가 있다.”[S.P.Scott, *The Civil Law* vol.4(the Central Trust Company, 1973), 323쪽].

### 2. 칙법취찬 4권 35장 10법문 Diocletianus 帝 및 Maximianus 帝가 Aurelius

### 2.3 프랑스민법

프랑스민법 제2032조는 보증인의 사전구상권에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다. 즉, “보증인은 다음의 경우에는 변제하기 전이라도 주채무자로부터 배상을 받기 위하여, 주채무자에 대하여 소구를 할 수 있다. 1. 보증인이 변제를 위하여 재판상 소구를 받은 때, 2. 주채무자가 파산하거나 또는 지급불능상태에 빠진 때, 3. 주채무자가 특정 기간 중에 보증인을 면책시킬 의무를 부담한 때, 4. 주채무가 약정된 기한의 도래에 의하여 변제기에 도달한 때, 5. 주채무의 이행기가 확정되지 않는 경우로서 10년이 경과한 때, 다만 후견의 경우와 같이 주채무가 일정한 기간이 경과하기 전에는 소멸하지 않는 성질의 것인 때에는 그러하지 아니하다.”<sup>3)</sup>

Papilius에게

“당신이 당신의 신청 상대방 여성을 위하여 보증인 또는 수임자로서 개입(介入)한 경우, 이를 이유로 당신이 아직 유책판결을 받은 것이 아니고, 당신이 이해할만한 정당한 원인을 주지 않을 정도로 [개입] 후에 그의 재산을 산일(散逸)하기 시작하였다는 것을 입증할 수가 없고, 그리고 변제 이전에도 그녀에게 소를 제기할 수 있다고 당초부터 약정하여 의무를 인수한 것도 아닌 경우에는, 당신이 [채무자인] 여성을 위하여 채권자를 만족시키기 이전에 그녀로 하여금 변제를 강제하는 것은 법의 원칙이 아니다. 더구나 [위와 같은] 항변권을 가지고 있는 보증인 또는 수임자라 하더라도 심판인의 부정한 판결에 의하여 유책판결을 받고 성의(誠意)에 반하여 상소(上訴)를 소홀히 하였다면 위임소송을 제기할 수 없는 것은 명백하다.”[S.P. Scott, *The Civil Law* vol.13(the Central Trust Company, 1973), 89쪽.

- 3) 다만 프랑스의 정설적 견해 및 판례는, 제2032조가 규정하는 소권은 배상청구 내지 구상청구를 의미하는 것이 아니라, 손해방지를 위한 소권에 지나지 않으며, 주채무자에 대하여 보증인의 면책이나 후일 보증인에게 지급해야 할 금액을 공탁할 것을 청구하거나 또는 후일의 구상을 위하여 담보제공을 청구하는 것 등을 할 수 있는 특수한 소권이라고 해석하고 있다. 그리고 법문이 ‘배상을 받’는다고 규정되어 있음에도 불구하고 배상청구를 해석론적으로 부정하는 이유는, 한편에서는 프랑스 고법(古法)으로부터 로마법에 거슬러 올라가는 전통적인 제도론과 다른 한편에서는 그 구체적 타당성에 대한 강한 확신 때문이라는 점이 지적되고 있다. 여기서 그 구체적 타당성이라 함은, 보증인이 채권자에게 변제 등을 하기 전에는 보증인에게 현실의 손해는 발생하고 있지 않으며, 손해발생의 위험성에 직면하고 있는 것에 불과하며,

## 2.4 일본민법

보증인의 사전구상권을 인정하고 있는 일본민법은 제459조 제1항과 제460조이다.<sup>4)</sup> 그런데 이러한 일본의 사전구상권제도는 연혁적으로 프랑스민법 제2032조에서 유래한다고 한다.<sup>5)</sup> 즉, 일본 구 민법 채권담보편 제34조<sup>6)</sup>는 프랑스민법 제2032조에서 유래하였고, 보증인의 사전구상권

이와 같은 보증인의 보호는 면책·공탁·담보제공 등으로 충분하며, 도리어 손해배상을 인정한다면 만약 배상을 받은 보증인이 채권자에게 변제하지 않는다면 주채무자에게 이중 변제의 위험을 부담시키는 것으로 되기 때문에, 사전의 배상청구는 불필요하고 부당하다는 것을 의미한다고 한다[定塚誠, “物上保證人の事前求償權について”, 判例タイムズ 第43卷 第15號 通卷 第783號(判例タイムズ社, 1992. 7. 1), 11쪽]. 최근 2006년 프랑스민법 중 담보법 개정으로 이 제2032조의 조문은 내용의 변경 없이 제2309조로 위치만 바뀌었다.

- 4) 제459조 [위탁을 받은 보증인의 구상권] “① 보증인이 주채무자의 위탁을 받아 과실 없이 채권자에게 변제하여야 하는 재판선고를 받거나 또는 주채무자에 같음하여 변제를 행하거나 기타 자기의 출연을 하여 채무를 소멸시키는 행위를 한 때는 그 보증인은 주채무자에 대하여 구상할 수 있다.”

제460조 [위탁을 받은 보증인의 구상권의 사전행사] “보증인이 주채무자의 위탁을 받아 보증을 한 때에는 그 보증인은 다음의 경우에 주채무자에 대하여 미리 구상권을 행사할 수 있다. 1. 주채무자가 파산선고를 받고 또 채권자가 그 재단의 배당에 가입하지 아니한 때. 2. 채무가 변제기에 있는 때. 단 보증계약 후 채권자가 주채무자에게 허여한 기한은 이를 가지고 보증인에 대항할 수 있다. 3. 채무의 변제기가 불확정하고 또 그 최장기를 확정할 수 없는 경우에 보증계약 후 10년이 경과한 때.”

참고로 덧붙이면, 제462조[위탁을 받은 보증인의 구상권·주채무자의 면책 등] “① 전 2조의 규정에 의하여 주채무자가 보증인에 대하여 배상을 하는 경우에 채권자가 전부의 변제를 받지 않은 동안은 주채무자가 보증인으로 하여금 담보를 제공하게 하거나 또는 이에 대하여 자기가 면책을 얻도록 해 줄 것을 청구할 수 있다. ② 위의 경우에 주채무자는 공탁을 하거나, 담보를 제공하거나 또는 보증인을 면책시킴으로써 그 의무를 면할 수 있다.”

- 5) 國井和郎, “フランス法における支拂前の求償權に關する一考察—わが國の事前求償權との關連において—”, 大阪法學 第145・146號(大阪大學, 1988. 3), 246쪽; 定塚誠, 앞의 논문, 11쪽.
- 6) 일본 구 민법 채권담보편 제34조는 다음과 같이 규정하고 있었다. 즉, “위임을 받아서 의무를 부담하는 보증인은 변제를 하기 전 또는 소추를 받기 전에도 채무자로부터

에 관한 현행 일본민법 제459조 전단과 제460조는 위 채권담보편 제34조를 이어 받은 것이다. 다만, 일본민법 제459조 전단은 프랑스민법 제2032조 1호에 해당하고, 일본민법 제460조 1호는 프랑스민법 제2032조 2호에, 일본민법 제460조 2호는 프랑스민법 제2032조 4호에, 일본민법 제460조 3호는 프랑스민법 제2032조 5호에 대응한다.

## 2.5 우리 민법

우리 민법은 위에서 본 바와 같이 제442조에서 보증인의 사전구상권을 규정하고 있다. 그런데 우리의 민법안심의록에 의하면, 민법 제442조는 일본민법 제460조와 동일한 취지이나 제1호는 일본민법 제459조 전단에 해당하고, 제3호의 5년이 일본민법에서는 10년으로 되어 있다고 한다.<sup>7)</sup> 결국 우리 민법 제442조의 사전구상권(제442조)제도는 연혁적으로 프랑스민법 제2032조에서 유래한 일본민법 제460조에서 유래했고, 다만 제442조 제1항 1호는 일본민법 제459조에서 유래했다고 할 수 있다.

## 3. 법적 성질

종래 우리의 다수견해에 의하면, 보증인의 사전구상권은 위임의 사무처리비용의 선급청구권(제687조)의 성질을 가진다고 한다. 그러나 수임인에게는 원칙적으로 위임사무처리비용의 선급청구권이 인정되어 있

---

미리 배상을 받기 위하여 또는 미정(未定)의 손실을 담보하기 위하여 다음의 세 경우에 채무자에 대하여 소를 제기할 수 있다. 1. 채무자가 파산 또는 무자력이 되고 또한 채권자가 청산의 배당에 가입하지 아니한 때, 2. 채무의 만기가 도래한 때, 3. 만기불확정의 채무가 그 일부(日附)로부터 10년을 경과한 때.”[조준현, “물상보증인의 법적 보호 : 사전구상권과 변제자대위를 중심으로”, 서울대학교 대학원 석사학위논문(서울대학교 출판부, 2000), 24쪽 주102].

7) 민법안심의록, 상권(민의원, 법제사법위원회, 민법안소위원회, 1957), 261쪽.

나, 보증인은 반드시 주채무자를 위하여 면책행위를 한다고는 할 수 없으므로, 민법은 특별한 경우에만 수탁보증인의 사전구상권을 인정한다고 한다.<sup>8)</sup> 그러나 이와 달리 보증의 경우에 있어서 선급청구권을 인정하는 것은 보증 ‘채무’의 취지에 맞지 않을 뿐 아니라, 당사자의 의사에도 반드시 부합한다고 볼 수 없다고 하면서, 4가지 특별한 경우에만 수탁보증인의 사전구상권을 인정하는 민법 제442조는 위임과 관계없는 특별규정이라고 하는 견해도 있다.<sup>9)</sup>

판례는 다수견해와 같은 입장이다. 즉, 수탁보증인이 사전구상권을 행사하여 사전구상금을 수령한 것은 주채무자에 대하여 수임인의 지위에 있는 수탁보증인이 위탁사무의 처리를 위하여 선급 받은 비용의 성질을 가지는 것이라고 한다.<sup>10)</sup> 따라서 수탁보증인이 사전구상권을 행사하여 사전구상금을 수령한 경우에는, 이를 선량한 관리자의 주의로써 위탁사무인 주채무자의 면책에 사용하여야 할 의무가 있다고 한다.<sup>11)</sup> 그리고 판례는, 수탁보증인의 사전구상권과 사후구상권은 그 종국적 목적과 사회적 효용을 같이하는 공통성을 가지고 있으나, 사후구상권은 보증인이 채무자에 갈음하여 변제 등 자신의 출연으로 채무를 소멸시켰다고 하는 사실에 의하여 발생하는 것이고, 이에 대하여 사전구상권은 그 외의 민법 제442조 제1항 소정의 사유나 약정으로 정한 일정한 사실에

8) 박윤직, 앞의 책, 200쪽; 박윤직 편집대표, 민법주해 X 채권3, §442(박영사, 2008), 327쪽<박병대집필>; 김대정, 앞의 책, 821쪽; 김주수, 앞의 책, 321쪽; 박준서 편집대표, 앞의 책, §442, 321쪽<김오섭집필>; 이은영, 앞의 책, 565쪽.

9) 김형배, 앞의 책, 522쪽; 이덕환, 채권총론(울곡미디어, 2010), 309쪽.

10) 대법원 1989. 9. 29. 선고, 88다카10524 판결; 대법원 2002. 11. 26. 선고, 2001다833 판결. 그러나 한편 아래의 주16)에서 후술하는 대법원 2001. 4. 24. 선고, 2001다6237 판결은 물상보증인의 구상권 자체에 관하여는 다음과 같이 판단하고 있다. 즉, 물상보증인이 채무자를 면책시키는 것은 위임사무의 처리가 아니고 법적 의미에서는 의무 없이 채무자를 위하여 사무를 관리한 것에 유사하므로, 물상보증인의 채무자에 대한 구상권은 그들 사이의 물상보증위탁계약의 법적 성질과 관계없이 민법에 의하여 인정된 별개의 독립한 권리라고 한다.

11) 대법원 1989. 9. 29. 선고, 88다카10524 판결.

의하여 발생하는 등 그 발생원인을 달리하고 그 법적 성질도 달리하는 별개의 독립된 권리로 파악하고 있다. 따라서 그 소멸시효도 각각 별도로 진행되는 것이고, 사후구상권의 소멸시효는 사전구상권이 발생되었는지 여부와는 관계없이 사후구상권 그 자체가 발생되어 이를 행사할 수 있는 때로부터 진행된다고 한다.<sup>12)</sup>

#### 4. 행사의 범위

사전구상권의 범위는 원칙적으로 사후구상의 경우와 같다. 그러나 판례는, 사전구상으로서 청구할 수 있는 범위는 주채무인 원금과 사전구상에 응할 때까지 이미 발생한 이자와 기한 후의 지연손해금, 피할 수 없는 비용 기타의 손해액이 포함될 뿐이고, 주채무인 원금에 대한 완제 일까지의 지연손해금은 사전구상권의 범위에 포함될 수 없으며, 또한 사전구상권은 장래의 변제를 위하여 자금의 제공을 청구하는 것이므로 수탁보증인이 아직 지출하지 아니한 금원에 대하여 지연손해금을 청구할 수가 없다고 한다.<sup>13)</sup>

#### 5. 주채무자의 보호

보증인이 사전구상권을 행사하여 주채무자로부터 받은 구상금은 보증채무의 이행 기타 주채무자의 면책을 위하여 사용하여야 한다. 그러나 보증인이 그것을 주채무의 변제에 사용하지 않는다면 그것을 주채무자에게 반환하여야 하지만, 만약 보증인이 무자력이라면 주채무자는 선급한 금액의 반환 또는 손해의 배상을 받지 못하고 채권자에게 다시 변제해야 하는 위험도 있으므로, 민법은 보증인에게 사전구상권을 인정함과

12) 대법원 1992. 9. 25. 선고, 91다37553 판결.

13) 대법원 2004. 7. 9. 선고, 2003다46758 판결.

동시에 주채무자를 보호하기 위하여 면책청구권을 행사하거나 또는 구상의무로부터 벗어날 수 있는 길을 마련하고 있다. 즉, 먼저 보증인이 사전구상권을 행사하여 주채무자가 구상에 응한 경우에는 보증인에 대하여 ① 자기를 면책시키거나 ② 자기에게 담보를 제공할 것을 청구할 수 있다(제443조 전단). 그리고 그렇게 하지 않더라도 주채무자는 ① 공탁을 하거나 ② 담보를 제공하거나 ③ 보증인을 면책시킴으로써 자신의 보증인에 대한 구상의무를 면할 수도 있다(동조 후단).

### Ⅲ. 물상보증인에 사전구상권의 인정 여부

본 연구대상판결에서는 피고 2가 물상보증인으로서 사전구상권을 행사한다는 주장을 받아들이지 아니하면서, 위에서 살펴본 수탁보증인의 사전구상권에 관한 민법 제442조는 물상보증인에게는 적용되지 아니하고 물상보증인은 사전구상권을 행사할 수 없다고 해석하는 것이 상당하다는 결론을 내리고 있으므로, 아래에서는 물상보증인에게 과연 사전구상권을 인정할 수 있는지의 여부에 관하여 고찰해 보기로 한다.

#### 1. 문제의 제기

물상보증인은 타인의 채무를 위하여 자기의 재산 위에 질권, 저당권 또는 가등기담보권을 설정하는 사람을 말한다(제329조, 제341조 및 제356조, 제370조 및 가등기담보 등에 관한 법률 제2조 2호 참조).

담보물권설정자는 피담보채권의 채무자인 것이 보통이지만, 제3자라도 무방하다. 담보물권에 인정되고 있는 이른바 부종성의 원칙은 채무가 없으면 담보물권이 성립될 수 없다는 원칙으로서, 이는 반드시 채무자만이 담보물권을 설정할 수 있음을 의미하는 것은 아니고, 채무가 전혀

존재하지 않는데도 담보물권이 독립해서 존재하는 것을 허용하지 않는다는 것을 의미한다. 따라서 채무자가 아닌 자도 타인의 채무를 위해서 질권이나 저당권 등 담보물권을 설정하는 것은 가능하다.

그런데 이러한 물상보증인은 직접 채권자에 대하여 채무를 부담하지는 않고 단지 그가 제공한 담보목적물만 가지고 물적인 유한책임을 질뿐이다. 이와 같은 물상보증인제도를 이용함으로써 담보재산이 없는 자도 금융을 받을 수 있게 되는 장점이 있다.

이와 같이 물상보증의 경우에 있어서는 채무와 책임이 분리되어 있어서 물상보증인은 채권자에 대하여 직접 채무를 부담하는 것이 아니므로, 채권자는 물상보증인에 대하여 이행을 청구할 수가 없다. 그러나 채무자가 채권자에 대하여 변제를 하지 아니하는 경우에는 채권자는 물상보증인이 제공한 담보목적물에 대하여 담보권을 실행하여 변제를 받는다. 이처럼 물상보증인은 담보목적물에 대한 자신의 소유권을 상실할 위험을 부담하고 있기 때문에, 그는 이해관계 있는 제3자로서 채무자의 의사에 반하여서도 채무를 변제할 수 있다(제469조 참조). 이는 물론 물상보증인이 자기 재산의 보전을 위하여 채무자에게 변제하는 것이고, 자신이 부담하고 있는 채무의 이행으로서 변제하는 것이 아니다.

그러나 만일 채무자가 변제기에 이행을 하지 않아서, 물상보증인이 자신의 소유인 담보목적물에 대한 채권자의 담보권 실행을 방지하기 위하여 스스로 채권자에게 변제하거나 또는 채권자의 담보권 실행으로 담보목적물의 권리를 상실하였다면, 결국 물상보증인의 출재로 인하여 채권이 소멸된 것이기 때문에, 물상보증인에게 채무자에 대한 구상권이 인정되어야 한다. 그런데 이와 같은 물상보증인의 채무자에 대한 구상관계는 보증인의 주채무자에 대한 구상관계와 동일하다. 그리하여 우리 민법은 물상보증인의 채무자에 대한 구상권의 내용을 보증채무에 관한 규정에 의하도록 함으로써, 물상보증인에게도 구상권을 인정하고 있다(제341조, 제370조, 제441조~제447조 참조).<sup>14)</sup>

그런데 여기서 수탁물상보증인에게 사전구상권이 인정될 수 있는가에 관하여는 의문이 제기된다. 법문 상으로는 물상보증인의 채무자에 대한 구상권의 내용에 대하여 보증채무에 관한 규정에 의하도록 하고 있어서(제341조, 제370조), 수탁보증인의 사전구상권에 관한 규정(제442조 및 제443조)도 당연히 수탁물상보증인에게도 준용된다고 할 수 있다. 그러나 이에 대해서는 다음과 같은 의문이 제기될 수가 있는 것이다. 즉, 보증의 위탁이라 함은 주채무자가 채무이행을 하지 아니할 경우에 보증인이 채무를 이행하겠다는 내용의 계약을 보증인과 채권자 사이에 체결할 것을 위임하는 것이고 따라서 보증채무의 이행에 드는 비용은 위임사무처리비용의 성질을 가지기 때문에 수탁보증인에게 사전구상권이 인정되는 것이지만, 물상보증의 위탁은 저당권설정행위의 위탁에 지나지 않으며 채무부담행위를 위임하는 것은 아니기 때문에, 수탁물상보증인이 채무변제 등의 면책행위를 하였다고 하더라도 그 면책행위는 위임사무와는 별개로 변제에 대하여 정당한 이익을 가지는 제3자로서 임의로 행한 것에 지나지 않으므로 이것에 의하여 위임사무처리비용이 생기는 것은 아니라고 할 수 있을 것이며, 나아가 수탁보증인에게 사전구상권이 인정되는 제442조 제1항 각호의 사유를 살펴보면 모두 주채무자의 채무와 관련되는 것으로서 채무를 지지 아니하는 물상보증인에게 이 규정을 준용하는 것이 과연 타당한지 의문이 제기되는 것이다.

---

14) 우리 민법은, 물상보증인과 관련하여, 그의 구상권에 관하여 보증인의 구상권에 관한 규정에 의한다는 규정(제341조, 제370조에서 제341조 준용)과 법정대위관계(물상보증인 대 물상보증인, 보증인 대 물상보증인)에 관한 규정(제482조 제2항 제4호, 제5호)밖에 두지 않고 있다.

## 2. 우리의 학설과 판례

### 2.1 학설

우리의 학설은 대체로 다음과 같이 해석하고 있다. 즉, 보증인은 주채무자가 채권자에 대하여 지고 있는 채무와 같은 내용의 채무를 채권자에 대하여 지고 있으나, 물상보증인은 채권자에 대하여 직접 채무를 부담하지는 않고 책임만을 진다는 점에서는 양자가 다르지만, 그러나 물상보증인이 변제하거나 담보권의 실행으로 담보물의 소유권을 잃은 때에는, 자기의 출연으로써 타인의 채무를 소멸시킨 점에서, 보증인이 주채무자의 채무를 변제한 것과 비슷한 관계가 있게 되므로, 채무자에 대한 지위는 보증인과 비슷하다. 따라서 민법은 보증인이 가지는 것과 같은 채무자에 대한 구상권을 보증인에게 인정하고 있다. 따라서 보증인의 구상권에 관한 제441조 내지 제447조 및 제481조 내지 제485조의 규정이 모두 물상보증인에게 준용된다고 설명하고 있다.<sup>15)</sup> 그런데 이러한 설명 가운데 특별히 보증인의 사전구상권에 관한 규정인 민법 제442조가 물상보증인에게 준용되지 않는다는 해석을 하고 있지 않는 것을 보면, 보증인의 사전구상권에 관한 제442조도 당연히 물상보증인에게도 준용되는

15) 고상룡, 물권법(법문사, 2001), 569쪽; 박윤직, 물권법 민법강의 II 제7판(박영사, 2008), 298쪽; 박윤직 편집대표, 민법주해 VI 물권(3), §341(박영사, 2008), 399쪽 <양승태집필>; 김상용, 물권법(화산미디어, 2009), 581쪽; 김상찬, 물권법(제주대학교출판부, 2010), 352쪽; 김중환/김학동, 물권법 제9판(박영사, 2008), 478쪽; 박준서 편집대표, 주석민법 물권(3), §341(한국사법행정학회, 2001), 475-476쪽 <고준석집필>; 오시영, 물권법(학현사, 2009), 601쪽(다만 오시영 교수는 물상보증인의 구상권에 관한 법적 성질은, 위임사무처리가 아닌 사무관리의 한 형태로 물상보증위탁계약의 법적 성질과는 관계없이 성립하는 것으로서 민법에 의하여 인정된 별개의 권리라고 설명하고 있으나, 물상보증인에게 사전구상권은 인정되지 않는다고는 하지 않는다. 같은 책, 같은 쪽수); 이덕환, 물권법(울곡미디어, 2011), 707쪽; 이영준, 물권법 전정신판(박영사, 2009), 801쪽; 이은영, 물권법 제4판(박영사, 2006), 700쪽.

것을 전제로 하고 있다고 할 수 있다.

## 2.2 판례

그런데 위와 같은 학설의 입장과는 달리, 본고의 연구대상판결인 위의 대법원 판결은 원칙적으로 수탁보증인의 사전구상권에 관한 민법 제442조는 수탁물상보증인에게 적용되지 아니하고 그는 사전구상권을 행사할 수 없다고 한다. 그 이유로서, ① 민법 제370조에 의하여 동법 제341조가 저당권에 준용되는데, 이 규정에 의하면 타인의 채무를 담보하기 위한 저당권설정자가 그 채무를 변제하거나 저당권의 실행으로 인하여 저당물의 소유권을 잃은 때에 채무자에 대하여 구상권을 취득하는 것으로 정하고 있어서, 물상보증인의 구상권 발생 요건을 보증인의 경우와 달리 규정하고 있는 점, ② 물상보증은 채무자 아닌 사람이 채무자를 위하여 담보물권을 설정하는 행위이고 채무자를 대신해서 채무를 이행하는 사무의 처리를 위탁받는 것이 아니므로 물상보증인은 담보물로서 물적 유한책임만을 부담할 뿐 채권자에 대하여 채무를 부담하는 것이 아닌 점,<sup>16)</sup> ③ 물상보증인이 채무자에게 구상할 구상권의 범위는 특별한 사정이 없는 한 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 담보물의 소유권을 상실하게 된 시점에 확정된다는 점을 들고 있다.

그러나 상당히 오래 전의 하급심 판결이지만, 연구대상판결의 결론과

16) 대법원은 연구대상판결 이전에 이미 물상보증인은 채무자를 대신하여 채무를 이행하는 사무의 처리를 위탁받은 것은 아니라고 한 바가 있다. 즉, “물상보증은 채무자 아닌 사람이 채무자를 위하여 담보물권을 설정하는 행위이고 채무자를 대신해서 채무를 이행하는 사무의 처리를 위탁받는 것이 아니므로, 물상보증인이 변제 등에 의하여 채무자를 면책시키는 것은 위임사무의 처리가 아니고 법적 의미에서는 의무 없이 채무자를 위하여 사무를 관리한 것에 유사하다. 따라서 물상보증인의 채무자에 대한 구상권은 그들 사이의 물상보증위탁계약의 법적 성질과 관계없이 민법에 의하여 인정된 별개의 독립한 권리이고, 그 소멸시효에 있어서는 민법상 일반채권에 관한 규정이 적용된다”고 하였다(대법원 2001. 4. 24. 선고, 2001다6237 판결).

는 반대의 입장을 취한 것이 있다. 즉, 미리 채무자로부터 사전에 구상을 하여서 시급히 변제 기타의 면책행위를 하여야 할 필요가 있는 경우에는 물상보증인은 사전구상권을 행사할 수 있다고 판단하였다.<sup>17)</sup>

### 3. 일본의 학설과 판례

일본에서는 물상보증인의 사전구상권 인정 여부에 관하여 후술하는 1990년 12월 8일의 최고재판소의 판결이 나온 이후 이 문제가 본격적으로 다루어지고 있고 학설도 분분하다.

---

17) 서울고법 1967. 8. 24. 선고, 66나2894 제5민사부 판결. 이 사안의 내용을 살펴보면 아래와 같다. 즉, 피고가 1964. 10. 29. 소외 은행으로부터 금 100만원을 차용함에 있어서 피고의 부탁에 의하여 원고 소유의 부동산을 담보로 제공하였던바, 피고가 변제기일인 1965. 4. 5.을 도과함으로써 위 채무는 이행자체에 빠졌고, 위 소외 은행 으로부터의 변제최고에 의하여 원고는 1965. 4. 6.부터 1966. 4. 30.까지의 이자 금 295,519원을 대납한 바 있으며 피고의 채무불이행 때문에 1966. 5. 1.부터 계속하여 연 3할 6푼 5리의 이자를 원고가 대납하지 않으면 위 담보부동산에 대한 근저당권이 실행될 사정에 처하여 있으므로 원고는 사전구상을 받고자 한다고 주장하였다. 이에 대해 법원은 다음과 같은 이유를 들어 물상보증인인 원고의 사전구상권을 인정 하였다. 즉, 채무가 이행지체에 빠졌음에도 불구하고 채무자인 피고가 아직 변제 기타의 면책행위를 이행하지 아니할 때에는 채권자인 소외 은행은 물상보증인인 원고에게도 채무이행을 청구하여 올 것은 거의 확실할 뿐만 아니라 물상보증인인 원고로서도 이로 말미암아 여러 가지의 불이익을 받을 것이 명백하므로 시급히 변제 기타의 면책행위를 할 상당한 이익을 가진다고 보겠으며, 아울러 채무의 변제가 가 도래하면 보증인에게 곧 구상권이 발생된다고 해석하는 것이 법리상 상당한 만큼, 이러한 경우에는 미리 채무자로부터 사전에 구상을 하여 이로써 시급히 변제 기타의 면책행위를 하여야 할 필요가 있다고 할 것이므로, 따라서 물상보증인인 원고는 피고 에게 이미 소외 은행에 지급한 변제기부터 1966. 4. 30.까지의 지연이자 금 295,519 원은 물론, 차용 원금 100만원과 위 원금에 대한 1966. 5. 1.부터 완제에 이르기까지 의 은행대출 이율인 연 3할 6푼 5리의 지연이자를 미리 구상할 권리가 있다고 판단하였 다.

### 3.1 학설

#### 3.1.1 불인정설

먼저 물상보증인에게 사전구상권을 인정할 수 없다는 견해의 주장을 보면 다음과 같다.

(1) 일본민법 제351조(우리 민법 제341조에 해당)가 물상보증인은 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 인하여 담보물건의 소유권을 잃은 때에 구상권을 행사할 수 있다고 하는 문언을 보면, 민법은 물상보증인에게 사후구상권만을 인정하는 것을 전제로 하고 있으며, 다만 그 범위에 대하여 보증채무의 구상권에 관한 규정에 의하도록 하고 있는 것이다. 이러한 의미에서 민법상으로는 물상보증인의 사전구상권을 허용하는 명문규정은 없다.<sup>18)</sup>

(2) 수탁보증의 경우 보증인에 의한 변제는 채무자로부터 위탁된 사무처리에 해당하기 때문에 사전구상권은 위임의 경우에 있어서의 비용선급청구권에 상당하지만, 물상보증의 경우에 있어서의 위탁은 물건설정행위의 위임에 그치고 채무부담행위의 위임은 아니기 때문에, 담보물건의 매각이나 물상보증인의 변제에 의한 주채무의 소멸은 위임사무의 처리라고 할 수는 없다. 따라서 물상보증인에게는 사전구상권이 인정될 수 없다.<sup>19)</sup>

(3) 물상보증의 경우 피담보채권 소멸의 유무 또는 그 범위는 담보물의 경매대금의 배당 등에 의하여 확정되기 때문에, 사전구상권의 범위는 물론 그 존재조차 미리 확정할 수가 없다. 이와 같이 구상권이 불확정한 상태에서 사전구상권의 행사를 인정한다면 사전구상에 대한 채무자의 대항수단인 면책청구를 인정하기 어렵게 되어 합리적이지 못하다.<sup>20)</sup>

18) 國井和郎, “委託ある物上保證人の事前求償權”, 法律時報 第63卷 第6號 通卷 第775號(日本評論社, 1991), 30쪽.

19) 富越和厚, “物上保證人と求償權の事前行使の可否”, 法曹時報 第44卷 第3號(法曹會, 1993. 3), 110-111쪽.

(4) 사전구상권의 내용을 지나치게 강화한다면, 채무자의 신용보강을 위한 제도인 보증 또는 물상보증제도의 의의를 감소시키고, 채권자 등 관계자의 기대에도 반하게 되어, 결국 제도의 이용가치를 격감시킨다. 비록 이중변제의 위험에 대한 회피수단으로 채무자에게 면책청구권이 인정되어 있기는 하지만, 현행 사전구상제도의 효력이 너무 강하기 때문에, 제한적으로 해석할 필요가 있다.<sup>21)</sup>

### 3.1.2 인정설

물상보증인에게 사전구상권을 인정하여야 한다는 견해도 상당히 많다. 그러나 어떠한 법적 구성·논리에 의해서 물상보증인의 사전구상권을 설명할 것인가에 관하여는 견해가 나누어진다.

(1) 먼저 사전구상권에 관한 민법의 규정을 다음과 같이 설명한다. 즉, 민법이 물상보증과 관련하여, “타인의 채무를 담보하기 위한 담보설정자가 그 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 인하여 담보물의 소유권을 잃은 때”라고 규정하고 있는 문언은, 담보설정자가 채무자는 아니지만 담보권실행을 당한 경우는 물론 스스로 제3자 변제를 한 경우에도 구상권을 행사할 수 있다는 취지를 명백히 한 것일 뿐이고, 구체적으로 어떠한 요건 하에서 구상권을 취득하는가에 대해서는 보증채무에 관한 규정에 맡긴다는 취지라고 해석할 여지가 있다.<sup>22)</sup>

(2) 위탁의 해석과 관련하여 설명의 차이는 보이지만 그러나 물상보증인에게 사전구상권은 인정된다고 한다. 즉, ① 사전구상권을 비용선급청구권의 일종으로 파악하는 전통적 학설을 전제로 하면서도, 물상보증인에게도 이를 인정하는 견해가 있다. 이에 의하면, 수탁물상보증은 위임

20) 伊藤進, “判例批評: 物上保證人と求償權の事前行使の可否”, 民商法雜誌 第105卷 第1號(有斐閣, 1991. 10. 15), 93-94쪽.

21) 定塚誠, 앞의 논문, 11쪽.

22) 山田誠一, “判例批評: 委託を受ける物上保證人の事前求償權”, 金融法務事情 1304號(金融法務事情社, 1991. 11. 15), 53쪽.

사무로서 유한책임을 부담하여야 할 의무를 위임자인 채무자에 대하여 부담하는 것으로 파악한다. 그리하여 이것에 기하여 채권자와의 사이에 담보설정계약을 체결하고, 그 담보설정계약에 의하여 수탁물상보증인이 채권자에게 담보물을 제공하는 것도, 유한책임을 부담한다고 하는 위임사무의 처리에 객관적으로 필요한 비용으로 파악하지 않을 수 없다고 한다. 그리고 이 비용은 실제로 담보물을 제공하고 있다고 하는 점에서는 지출이 끝난 비용이라고 하는 것도 가능하겠지만, 담보권이 미실행된 단계에 있어서는 장래에 있어서 현실화할 비용으로서 선급청구권이 인정될 수 있는 비용으로 파악할 수 있다고 한다. 결국 채무부담인가 책임부담인가의 차이는 채권자와의 관계에 있어서만 문제가 되지, 위임자인 채무자와의 관계에 있어서 위임사무처리비용에 해당되는지 여부를 판단하는 때에는 의미가 없다고 한다.<sup>23)</sup>

또 다른 견해에 의하면, 물상보증의 위탁이 물권설정행위의 위탁에 지나지 않는 것을 강조한다면, 물상보증인의 임의변제의 비용을 위임사무처리비용에 준하여 다룰 수는 없게 된다고 하면서, 채무자와 물상보증인과의 사이의 계약은 담보권을 설정하는 것으로 끝나는 것이 아니며, 담보권의 부담과 실행을 참는 것까지를 포함한다고 주장한다.<sup>24)</sup> 나아가, 위임사무처리비용에는 위임된 사무 그 자체에 직접적으로 관련되는 확실한 비용뿐만 아니라, 위임사무와 상당한 관련성이 있는 비용도 포함되므로, 물상보증인에게도 사전구상권을 인정할 수 있다고 한다.<sup>25)</sup>

② 이것에 대하여, 보증인에 의한 변제는 보증위탁계약에 있어서의 위임사무의 처리에 해당하지는 않지만, 사전구상권을 사후구상권에 준

23) 淡路剛久/新美育文/春久美子, “保證法理の物上保證人等への適用可能性(4)”, 金融法務事情 1267號(金融法務事情社, 1990. 10. 15), 22쪽.

24) 山野目章夫, “判例批判: 委託を受けて物上保證人となった者の事前求償權”, 判例タイムズ 第42卷 第17號 通卷 第757號(判例タイムズ社, 1991. 8. 1), 55쪽.

25) 山野目章夫, “物上保證人の事前求償權-再検討のための覺書-”, 判例タイムズ 第44卷 第14號 通卷 第811號(判例タイムズ社, 1993. 5. 15), 29쪽.

하는 것으로 본다면, 이것을 보증인뿐 아니라 물상보증인에게도 인정할 수 있다고 하는 견해가 있다. 이에 의하면, 채무자의 보증인에 대한 위탁의 대상은 보증계약의 체결에 그치고, 보증채무의 변제 자체는 위임사무 처리가 아니라고 한다. 이러한 것은 물상보증인도 마찬가지라고 한다. 다시 말하면, 채무자의 물상보증인에 대한 위탁의 대상은 물상보증계약의 체결에 그치며, 담보물에 대한 실행의 결과 물상보증인이 소유권을 상실하거나 또는 물상보증인이 변제하는 것이 위임사무의 처리가 아닌 것은 보증인과 같다고 한다. 그러나 한편 변제비용은 보증계약의 체결이라고 하는 위임사무처리에 필요한 비용에 해당한다고 본다. 마찬가지로 담보물의 매각대금의 배당 등에 의하여 행해진 출연도 또한 위임사무의 처리에 필요한 비용에 해당한다고 한다.<sup>26)</sup> 그리고 민법 소정의 규정에 의하여 사전구상권이 인정되는 것은, 보증이 위탁된 경우 비용의 내용이 구체화하였기 때문이며, 이러한 법리는 물상보증인에게도 똑같이 적용된다고 한다.<sup>27)</sup>

또 다른 견해에 의하면, 보증의 위탁은 수탁자인 보증인으로 되는 자가 채권자와 보증계약을 체결하여서 인적 책임(보증인의 총 재산을 채무자의 채무를 위한 담보로 하는 책임)을 부담하는 것을 내용으로 하며, 물상보증의 위탁은 수탁자인 물상보증인으로 되는 자가 채권자와 담보권설정계약을 체결하여 물적 책임(물상보증인의 특정 재산을 채무자의 채무를 위한 담보로 하는 책임)을 부담하는 것으로 내용으로 하는

26) 山田誠一, 앞의 논문, 52쪽.

27) 위의 논문, 55쪽. 이와 취지를 같이하는 또 다른 견해에 의하면, 보증의 경우든 물상보증의 경우든, 보통은 위탁의 대상이 되는 것은 그 계약의 체결에 그치며, 변제 등은 위탁의 대상으로는 되지 않지만, 보증계약 또는 물상보증계약의 결과로서 생기는 부담에 관하여는 보증인과 물상보증인이 동등하게 보호되어야 한다고 한다. 다만, 사전구상권을 보증이나 물상보증의 위탁의 결과 보증인이나 물상보증인이 손실을 입지 않도록 하려는 제도로 파악하고 있다(米倉明, “最高裁判所民事判例研究: 1990年12月8日 第三小法廷判決(平成2年(オ) 第801號)”, 法學協會雜誌 第109卷 第4號(法學協會, 1992. 4), 709-712쪽).

것으로서, 무한인가 유한인가 차이는 있을지라도 어쨌든 책임을 부담하는 것을 내용으로 하기 때문에, 위탁을 받은 보증인의 사전구상권도, 위탁을 받은 물상보증인의 사전구상권도 모두 수입자의 비용상환청구권으로 파악할 수 있다는 것이다. 다만, 사전구상권의 성질을 위임에 있어서의 비용선급청구권으로 파악하는 것에 대하여는 의문을 나타내고, 이것을 단지 채무자가 사후구상 시에 채무자가 무자력으로 되어서 보증인이 손실을 입게 되는 것을 보전하기 위한 권리로 파악하면 족하다고 한다. 그 결과 이러한 보전적 권리인 사전구상권도 양자 모두에 인정된다고 한다.<sup>28)</sup>

(3) 사전구상권 범위의 불확정성에 대해서는, 사전구상액이 미리 확정적으로 정해지지 않는 것은 선급청구의 성질상 당연한 것이며, 보증인의 사전구상권의 범위도 엄밀하게 미리 확정할 수 없는 것은 물상보증인의 경우와 같고, 그리고 과부족에 대해서는 사후조정이 행해질 것이라고 한다.<sup>29)</sup> 또한 예컨대 보증연대의 경우에는 각각의 보증인의 사전구상권은 합리적으로 예측되는 개괄적인 액으로 행사할 수밖에 없는데, 이때에 과대구상을 초래할 염려가 있는 등 보증인의 사전구상권의 범위도 물상보증인의 사전구상권의 범위처럼 미리 확정할 수 없기 때문에, 보증인의 사전구상권의 불확실성을 이유로 물상보증인의 사전구상권을 부정할 수는 없다고 한다.<sup>30)</sup>

(4) 물상보증인에게 사전구상권을 인정하여야 하는 이유로서, 물상보증인의 이해상황이 보증인의 그것과 유사하다는 점을 드는 견해도 있다. 즉, 물상보증인 자신은 채무를 부담하지 않지만, 채무자가 변제하지 않는다면 자신의 재산을 잃어버릴 위험을 부담하고 있어서, 채무자의 채무

28) 竝木茂, “判例批評: 東京高裁, 平成2, 6, 28 第14民事部 判決・抗訴棄却 昭和63年(ネ)第1055號”, 金融法務事情 1288號(金融法務事情社, 1991, 5, 25), 14-15쪽.

29) 新美育文, “委託を受けた物上保證人の事前求償權”, 法律時報 別冊・私法判例 リマックス 2호(法律時報社, 1991), 39쪽.

30) 山野目章夫, 주 24)의 논문, 55쪽.

를 임의로 변제할 수 있으며, 그의 변제는 이해관계 있는 제3자의 변제로서 채무자의 의사에 반하여 변제할 수 있다. 또한 변제한 때에는 채무자에 대하여 구상을 할 수 있을 뿐만 아니라, 변제에 정당한 이익을 가지는 자로서 법정대위를 할 수 있으며, 법정대위자 상호 간의 관계에 있어서는 물상보증인과 보증인간에는 그 인원수에 비례하여 채권자를 대위하도록 민법이 규정하고 있어, 양자의 이해상황이 실질적으로 유사하다. 결국 물상보증인도 타인의 채무를 위하여 자신의 재산에 대한 경제적 불이익을 감수한다는 점과 그에게도 그 불이익을 회피할 수단이 필요하다는 점 등은 보증인과 다르지 않다고 한다.<sup>31)</sup>

또한 보증인에게는 최고·검색의 항변권이 인정되어 있어서 보증인은 이러한 수단을 가지고 자신의 재산에 대한 집행을 지연시킬 수 있으나, 물상보증인에 대하여는 이러한 최고·검색의 항변권을 인정하는 명문 규정이 없기 때문에, 물상보증인을 보호할 필요성이 있다고 주장하기도 한다.<sup>32)</sup>

### 3.1.3 제한적 인정설(항변권인정설)

물상보증인에게 사전구상권을 인정하되 그 인정에 상당한 제한을 가해야 한다는 견해도 있다. 즉, 자신의 수중에 자금이 없는 사람이 신용을 얻기 위하여 보증 또는 물상보증을 위탁하는데 사전구상권의 행사를 과도하게 허용한다면 그 의의가 없어질 것이며, 주채무자가 지급한 사전구상금이 채권자에게 변제된다는 보장도 없을 뿐 아니라 외국의 입법례와

31) 國井和郎, 주18)의 논문, 30-31쪽.

32) 山野日章夫, 앞의 논문, 54쪽. 덧붙여 이 견해는 예컨대 저당채무액이 저당부동산의 가액을 넘는 경우에는 보증인 쪽이 물상보증인 쪽보다 불리한 상황에 있다는 반론에 대하여 다음과 같이 설명한다. 즉, 저당채무액이 저당부동산의 가액을 넘는 경우는 실제로는 예외적인 경우로서 이를 가지고 일반론을 전개할 수 없을 뿐만 아니라, 그러한 경우와 하더라도 저당부동산의 가액의 한도까지에 관해서는 보증인과 물상보증인의 이익 상황을 동일시하지 않을 이유를 찾을 수 없다고 한다(같은 논문, 53쪽).

비교해 보더라도 사전구상권의 효력이 부당하게 강력하므로, 이를 인정 하되 그 내용을 제한적으로 해석해야 한다는 견해가 있다. 이에 의하면, 보증인의 사전구상에 대해 주채무자에게 인정되고 있는 항변(즉, 주채무자가 보증인에게 사전배상을 하는 경우에 주채무자는 자기를 면책하게 하거나 자기에게 담보를 제공할 것을 보증인에게 청구할 수 있는 항변)을 물상보증인에게도 인정하여 그 행사를 제한하자고 한다.<sup>33)</sup>

### 3.1.4 면책청구권설

사전구상권의 성질을 비용상환과 관련지우는 전통적 학설로부터 떠나서, 근본적으로 물상보증인의 사전구상권은 다른 시각에서 파악하여야 한다는 견해가 제기되고 있다. 다만, 이러한 주장의 배경에는 사전구상권에 대한 연혁적·비교법적 연구<sup>34)</sup>가 있었다.

#### 3.1.4.1 프랑스민법참고설

사전구상권에 대한 연혁적·비교법적 연구에 의하면, 사전구상권의 성질을 판단하는 실마리로서, 먼저 일본민법의 모법인 프랑스민법에서 이것에 대응하는 제도가 어떻게 규정되고, 또한 현재 어떻게 운용되고 있는 것인가를 분석하였다. 그 요점을 간단히 말하면 다음과 같다.

프랑스민법도 보증인에게 채무자에 대한 사전의 배상청구권[訴權]을 인정하는 규정을 두고 있는데(제2032조), 본래 배상이라 함은 실제로 불이익을 받은 후의 문제이고, 사전에 그와 같은 권리를 인정하는 것은 보증인의 보호에 심하게 기울어질 우려가 있다. 그리하여 프랑스에서의 지배적 견해는, 보증인에게 본래 인정되어야 하는 것은 오히려 자신이 책임을 면하도록 필요한 조치를 주채무자에게 대하여 청구할 수 있는 권리이고, 현행법의 배상청구권의 성질도 그와 같은 면책(담보제공·공탁 포함)청구권으로서 파악하여야 한다고 한다.<sup>35)</sup>

33) 山野目章夫, 위의 논문, 54-55쪽.

34) 國井和郎, 주 5)의 논문, 245쪽 이하.

그러나 이러한 프랑스법을 모법으로 한 일본민법은 프랑스민법의 해석론과 궤를 같이 하는 측면을 가지고는 있지만, 그러나 일본민법은 주채무자의 이중변제를 회피하는 조치를 만들어 두고 있으며(일본민법 제461조 제1항), 나아가서는 보증인의 사전구상권의 행사에 대한 주채무자의 대항수단으로서 담보의 제공이나 면책을 규정(제461조 제2항)하고 있기 때문에, 보증인의 사전구상권을 곧바로 면책청구권으로 파악하는 것은 해석론상 불가능하다고 한다.<sup>35)</sup> 다만, 프랑스학설이 사전배상청구권을 과대한 보호로 보고서 그 내용을 면책청구에 그치는 것으로 해석하고 있는 점은 참고할만하다고 한다.

결국 일본법의 해석론으로서는 사전구상권에 관하여 명문의 규정이 있는 이상 보증인에게 이것을 인정하지 않을 수 없지만, 그러나 직접적인 명문규정이 없는 물상보증인에 대해서는 사전구상권은 부정되어야 하며, 물상보증인에게는 기껏해야 프랑스학설에서 말하는 면책청구권을 인정하는데 그쳐야 한다고 한다.<sup>37)</sup>

### 3.1.4.2 면책청구권설

그 후 위와 같은 주장에서 한 걸음 더 나아가, 사전구상권의 성질을 본격적으로 면책청구권으로 파악할 것을 주장하는 견해가 대두되었다. 이 견해에 의하면, 사전구상권을 전통적 학설처럼 비용선급청구권의 일종으로 파악하는 한, 물상보증인에게 이것을 인정하는 것은 이론적인 곤란이 수반된다고 한다. 즉, 위임사무를 오로지 이타적으로, 다시 말하면 위탁자의 이익을 위하여 행하는 것으로 본다면, 물상보증인이 이미 담보목적물을 제공하고 있는 이상, 위탁자(채무자)를 위하여 다시 제3자 변제를 하고, 그것을 위한 비용을 미리 사전에 지급해 줄 것을 채무자에게 청구하는 것에 대한 근거를 위임의 법리로부터 설명하는 것은 곤란하

35) 國井和郎, 주 5)의 논문, 248-268쪽.

36) 國井和郎, 주 5)의 논문, 270쪽.

37) 國井和郎, 주 18)의 논문, 34쪽.

다는 의문을 먼저 제기한다.<sup>38)</sup>

이어서 이 견해는 사전구상권을 오히려 면책청구권으로 보아야 한다고 주장한다. 그 근거로서는, 앞에서 언급한 바 있는 사전구상권에 대한 연혁적·비교법적 연구에서 지적하고 있듯이 사전구상권의 모법인 프랑스법<sup>39)</sup>에 있어서의 이론상황과, 이미 독일민법<sup>40)</sup>에 있어서도 명문에

38) 高橋眞, “事前求償權の法的性質”, 民商法雜誌 第108卷 第2號(有斐閣, 1993. 5. 15), 191쪽.

39) 앞의 II. 2.3 및 III. 3.1.4.(1)의 내용 참고.

40) 독일민법 제775조 [보증인의 면책청구]는 “① 주채무자의 위탁으로 보증인이 된 사람 또는 보증의 인수로 인하여 주채무자에 대하여 사무관리에 관한 규정에 따라 수임인으로서의 권리를 가지는 사람은 다음 각 호의 경우에 주채무자에 대하여 보증채무의 면책을 청구할 수 있다. 1. 주채무자의 재산상태가 현저히 악화될 때, 2. 보증인수 후에 주채무자의 주소, 영업소 또는 현재지가 변경됨으로써 주채무자에 대한 소송추행이 현저히 곤란하게 된 때, 3. 주채무자가 채무의 이행을 지체한 때, 4. 채권자가 보증인에 대하여 집행력 있는 이행판결을 얻은 때. ② 주채무의 이행기가 도래하지 아니한 때에는 주채무자는 보증인의 면책에 갈음하여 그에게 담보를 제공할 수 있다”고 규정하고 있다.

이와 같이 독일민법은 제669조의 위임에 있어서의 비용선급청구권을 위탁을 받은 보증인에게 인정하지 않고, 단지 주채무자에 대하여 보증의 책임으로부터 벗어나게 해 달라는 면책청구권만을 인정하고 있다. 이 면책청구의 내용은 보증인이 주채무자에 대하여 자신에게 금전을 지급하라는 청구를 하는 것이 아니라, 그 면책의 방법은 주채무자의 선택에 달려 있다. 예컨대 주채무자는 채권자에게 변제할 수도 있고 또는 채권자에게 다른 담보를 제공함으로써 보증인이 행한 보증을 면제시킬 수도 있다. 그렇지만, 라이히법원(RG)은, 예외적으로 ① 주채무자가 지급불능으로 되고, ② 보증인에게 지불능력이 있거나 또는 보증인이 담보를 제공하고 있기 때문에 주채무자에 갈음하여 채권자를 만족시키는 것이 확실한 경우에는, 보증인의 면책청구권은 금전지급청구권으로 전환한다고 하였다(RG 12.1. 1934, RGZ 143, 192.). 이 판결은, 이리하여 보증인이 가지는 금전지급청구권과 채무자가 보증인에 대하여 가지는 금전채권과의 상계의 주장을 인정하였다. 그러나 연방법원(BGH)은, 라이히법원이 들고 있는 2개의 사정이 인정되는 경우에도, 면책청구권은 금전의 지급청구권으로는 전환될 수 없다고 하여, 보증인이 이것을 원용하여 주채무자의 자기에 대한 채권과의 상계를 주장하는 것은 인정되지 않는다고 하였다(BGH 14.1.1999, BGZ 140, 270). 즉, 보증인이 주채무자에 대하여 금전의 지급을 청구하는 것이 가능한 것은, 어디까지나 자기에 의한 변제 등을 행한 후인 이상, 사전의 금전지급청

의하여 보증인에게는 보증의 부담으로부터 벗어나는 것을 청구하는 권리가 인정되는 것에 그친다고 하는 점, 나아가, 본래 보증의 위탁에는 채무자가 보증채무를 부담하는 것까지는 위탁하고 있다고는 할 수 있어도 변제까지 직접으로 위탁하고 있다고 하기는 어렵다고 하는 점들을 들고 있다.<sup>41)</sup> 오히려 주채무자가 보증인에게 보증의 위탁을 한 취지는 제1차적으로는 보증인이 주채무자에게 신용을 제공하는 것이라고 한다. 즉, 보증의 취지는, 채무의 이행기가 도래한다면 주채무자가 스스로 변제하는 것을 전제로 하여, 이행기까지만 보증인이 신용을 제공하겠다는 것이라고 한다. 따라서 채무의 이행기가 도래하였다면 주채무자에 대해서는 보증인은 신용제공기간의 종료로 인한 원상회복으로서 빨리 자신을 보증의 부담으로부터 벗어나도록 할 것을 채무자에게 요구할 수 있다고 하는 것이 타당하며, 그때에 자신의 변제에 의한 면책을 위하여 금전의 지급청구를 인정할 수 있다고 한다.<sup>42)</sup>

그리고 사전구상권이 보증인의 채무자에 대한 면책청구권이라고 한다면, 물상보증인도 물상보증의 위탁계약에 의하여 채무자에게 신용을 제공하고 있는 점에서는 보증과 같기 때문에, 보증인의 경우와 마찬가지로 물상보증인에게도 이러한 책임으로부터 벗어날 수 있도록 청구할 수 있는 권리를 인정할 수 있다고 한다.<sup>43)</sup>

---

구는 용인될 수 없다고 한다[Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.5, 5. Aufl., §775 Rn.11-14(C.H. Beck, 2009.), 1091쪽 이하<Habersack집필>; J. von Staudingers, Kommentar zum BGB, Buch.2, 13. Aufl., §775 Rn.4ff(Sellier-de Gruyter, 1997), 375쪽 이하<Horn집필>; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2, 62. Aufl., §775 Rn.1-2(C.H. Beck, 2003), 1147쪽<Sprau집필>].

41) 高橋眞, 앞의 논문, 202쪽.

42) 高橋眞, 위의 논문, 202-203쪽.

43) 高橋眞, 위의 논문, 203쪽.

### 3.1.4.3 면책청구권을 입법론으로 주장하는 견해

최근에는 현행법의 해석론으로는 물상보증인에게 사전구상권을 인정하기는 어렵지만, 입법론으로는 면책청구권으로 개정하여야 한다는 견해도 주장되고 있다.<sup>44)</sup> 이에 의하면, 보증의 위탁을 변제까지 위임한 것으로 보고 또한 사전구상권을 위임사무처리비용의 선급청구권으로 파악한다면, 채무를 부담하지 아니하는 물상보증인에게 변제까지를 위탁하였다고 볼 수 없기 때문에, 보증인에게 인정되는 사전구상권을 물상보증인에게 인정하기는 곤란하다. 한편 보증의 위탁에 변제까지는 위탁되어 있지 않다고 파악한다면, 보증인은 무엇 때문에 변제 전에 그 비용의 청구를 할 수 있는지 설명하기 어렵게 된다.<sup>45)</sup> 나아가 사전구상권을 면책청구권으로 파악하는 것도 해석론으로는 매우 곤란하다. 만약 채무자에 대하여 면책을 구하는 권리가 사전구상권이라 한다면, 그 권리의 내용은 먼저 채무자에 대하여 자신을 면책시켜 줄 것을 요구하는 데 그치며, 곧바로 변제를 위한 비용의 지급청구권으로 될 수는 없는 것이다. 왜냐 하면, 면책이라는 결과를 실현하는 행위나 수단은 여러 가지가 있을 수 있고, 그 선택권은 면책시킬 의무를 부담하는 자에게 있지, 사전구상권의 청구권자가 곧바로 간섭할 수 있는 것이 아니기 때문이다.<sup>46)</sup> 그런데 민법은 보증의 위탁에는 변제의 위탁도 포함되고 있음을 전제로 하여 보증인에게 채무 전액의 사전청구권을 인정하였다고 보지 않을 수 없다. 그러나 민법은 채무자와 보증인 사이에는 채권자에게 먼저 변제하여야 하는 자는 채무자라는 점도 고려하여, 사전구상권에 대해서는 특별한 사유를 그 요건으로 하였으며, 또한 채무자의 이중지급의 위험에 빠질 가능성도 고려하여 그 위험을 면하는 수단도 항변권으로 인정하고 있는 것이다. 이와 같은 점을 고려해 볼 때 보증인의 사전구상

44) 古積健三郎, “保證人の事前求償權の法的性質”, 法學新報 第113號 第7,8號(中央大學 法學會, 2007. 4), 27쪽 이하.

45) 위의 논문, 40-41쪽.

46) 위의 논문, 42쪽.

권을 면책청구권으로 보기는 곤란하다는 것이다.<sup>47)</sup> 결국 이러한 보증인의 사전구상권을 채무를 지지 아니하는 물상보증인에게는 인정할 수가 없으며, 다만 물상보증의 위탁계약 내용 중에 물상보증인이 면책청구를 할 수 있다는 취지가 들어 있다면 그것을 인정할 수 있을 뿐이라고 한다.<sup>48)</sup> 그렇지만 입법론으로서 보증인의 사전구상권은 면책청구권으로 개정되는 것이 바람직하며 그렇게 된다면 물상보증인에게도 면책청구권이 인정될 수 있다고 한다.<sup>49)</sup>

### 3.2 판례

물상보증인의 사전구상권 인정 여부를 처음으로 직접적으로 다룬 일본의 최고재판소 판결<sup>50)</sup>에서는, 채무자의 위탁을 받아서 그의 채무를

47) 위의 논문, 47쪽.

48) 위의 논문, 48쪽.

49) 위의 논문, 52-53쪽.

50) 最高裁判所 1990년12월8일 第三小法廷判決(平成2年(オ) 第801號). 이에 관한 1, 2심의 판결 내용을 살펴보면 아래와 같다.

#### 1. 사안의 개요

X(원고, 항소인, 상고인)는 Y(피고, 피항소인, 피상고인)의 위탁에 의하여, 자신의 소유인 부동산 26필지에 대하여, 소외 A신용보증협회에 대하여 Y가 부담하는 일체의 채무를 피담보채무로 하여, 최고액을 3,600만 엔으로 하는 근저당권을 A에게 설정하였다. 그런데 Y가 피담보채권의 변제를 태만히 하였기 때문에, A는 근저당권의 실행에 의한 부동산의 경매를 신청하고, 법원은 모든 부동산에 대하여 경매개시결정을 하였다. 위 부동산 가운데 5필지에 대해서는 매각이 되어서 배당도 실시되었지만, 절차비용을 제외하고는 모두 선순위저당권자인 소외 B농협에게만 배당되었다. 이에 X는 Y에 대하여, 주위적으로는 위 매각대금은 Y의 채무의 변제에 충당되어 그 금액만큼의 채무가 소멸하였기 때문에 그 금액의 구상권을 가진다고 주장하고, 또한 예비적으로는 X는 Y의 위탁을 받아 물상보증을 하였고 Y의 채무는 변제기가 도래하고 있기 때문에 일본민법 제460조 3호에 의하여 사전구상권을 행사할 수 있다고 주장하면서, 피담보채권의 일부인 700만 엔 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 청구하였다.

그런데 주위적 청구는 배당이 모두 소외 B농협에 행해졌으므로 그 이유가 없는 것이

담보하기 위하여 저당권을 설정한 자는, 피담보채권의 변제기가 도래하

명백하기 때문에, 문제는 예비적 청구이었다.

2. 제1심 판결(神戸地裁支部 1986年 5月 28日 判決)

민법은 물상보증인의 구상권에 관하여 모두 보증채무에 관한 규정을 준용하고 있고, 물상보증의 경우는 특히 보증인의 사전구상권에 관한 일본민법 제460조의 규정이 배제된다고 해석할 이유는 없지만, X가 근저당권을 설정하기 위하여 Y의 위탁을 받은 사실에 대한 입증이 없다고 하면서 X의 청구를 기각하였다.

3. 제2심 판결(大阪高裁 1980年2月28日 判決)

채무자로부터 위탁을 받은 물상보증인(X)이라도 채무자(Y)에 대하여 사전구상권을 행사할 수 없다고 판결하였다(항고기각). 그 이유의 요지는 아래와 같다.

(가) 일본민법 제351조의 해석

물상보증인의 구상권에 관하여는, 일본민법 제372조에 의하여 제351조를 준용하는 외에는 명문규정이 없고, 제351조는 사후구상권에 대한 규정이므로, 동조가 사전구상권을 인정하는 규정이라고 해석되지는 않는다.

(나) 위임의 비용선급청구권과 사전구상권과의 관계

수탁보증인과 주채무자 사이의 법률관계는, 수탁보증인이 주채무자의 위탁에 의하여 채권자와의 사이에 보증계약을 체결함과 함께, 주채무자가 채무를 이행하지 않는 때에 보증채무를 이행할 책임을 지는 것을 내용으로 하는 위임계약관계이어서, 수탁보증인이 행하는 보증채무의 이행은 위 위임계약에 기한 위임사무의 처리이기 때문에, 본래 수탁보증인은 주채무자에 대하여 일본민법 제649조의 비용선급청구를 할 수 있을 터이다. 그러나 항상 선급청구를 할 수 있다고 한다면, 신용을 제공한다고 하는 보증 본래의 취지가 무의미하고, 당사자의 의사에도 반하게 되기 때문에, 민법은 보증의 위임에는 제649조를 적용하지 않는 것으로 하고서, 제459조 제1항 전단 또는 제460조 각 호 소정의 경우에 한하여 예외적으로 보증인에게 사전구상권을 인정하였다. 물상보증의 경우에도 일반적으로 사전구상권이 인정된다면, 물상보증 본래의 취지를 잃게 되고, 당사자의 의사에도 합치하지 않는 결과를 발생하는 점에서 보증과 같다. 그 때문에 일본민법 제351조·제372조는 위임의 규정을 준용하지 않고 보증의 규정을 준용하고 있는 것이어서, 위 각 조항은 물상보증인의 구상권에 대하여는 위임의 규정은 적용을 배제하는 법의(法意)를 포함한다고 해석된다.

(다) 보증의 위탁과 물상보증의 위탁의 다른 점

민법이 수탁보증인에게 사전구상권을 인정한 것은, 보증인은 직접 채권자에 대하여 채무를 부담하고 일반재산에 의한 무한책임을 지며, 그 보증채무의 이행은 위임사무 처리의 하나의 내용이어서, 그 비용은 위임사무처리비용으로서의 성질을 가지기 때문이다. 그러나 물상보증인은 자신의 재산 위에 물적 유한책임을 부담함에 지나지 않고, 채권자에 대하여 자신의 채무를 부담하는 것은 아니므로, 채권자로부터 직접 채무의 변제를 청구 받는 지위에는 있지 아니하고, 채무자의 위탁에 의한 물상보증을

여도 채무자에 대하여 사전구상권을 행사할 수 없다고 판결하였다(상고 기각). 그 이유의 요지는 다음과 같다. 즉, (가) 일본민법 제351조의 해석 : 저당권에 관한 일본민법 제372조 · 제351조에 의하여, 물상보증인이 채무를 변제하거나 저당권의 실행에 의하여 채무가 소멸한 경우에는, 물상보증인은 주채무자에 대하여 구상권을 취득하며, 그 구상권의 범위에 관하여 보증채무의 규정이 준용되지만, 위 규정이 주채무자에 대하여 미리 구상권을 행사하는 것을 허용하는 근거가 되는 것은 아니며, 달리 이것을 허용하는 근거가 되는 규정도 없다. (나) 보증의 위탁과 물상보증의 위탁의 다른 점 : ① 보증의 위탁은, 주채무자가 채무의 이행을 하지 않는 경우에 수탁자가 그 채무의 이행을 하는 책임을 진다는 취지의 계약을 채권자와의 사이에 체결하는 것을, 주채무자가 수탁자에게 위임하는 것이기 때문에, 수탁자가 그 위임에 따른 보증을 한 때에는, 수탁자는 스스로 보증채무를 부담하게 되고, 보증채무의 변제는 위임에 관한 사무처리에 의하여 발생하는 부담이라 할 수 있다. 그러나 물상보증의 위탁은 물건설정행위의 위임에 지나지 않으며, 채무부담행위의 위임은 아니기 때문에, 수탁자가 그 위임에 따라서 저당권을 설정하여도 수탁자는 저당부동산의 가액의 한도에서 책임을 부담함에 그치고, 저당부동산의 매각에 의한 피담보채권의 소멸이나 수탁자에 의한 피담보채권의 변제를 가지고 위임사무의 처리로 해석할 수는 없다. ② 저당부동산의 매각대금에 의한 피담보채권의 소멸의 유무 · 범위는 저당부동산의 매각대금의 배당 등에 의하여 확정되는 것이므로, 구상권은 그 존재도 범위도 미리 확정할 수는 없다고 하였다.

---

할 때의 위탁의 취지에는 물상보증인이 채권자에 대하여 채무변제 등에 의한 면책행위를 하는 것은 포함되어 있지 않다. 따라서 위탁에 의한 물상보증인이 채무변제 등의 면책행위를 하였다고 하더라도 그것은 위탁사무와는 별개의 것이고, 그것에 의하여 위임사무처리비용이 발생하는 것은 아니다.

## 4. 검토

이상에서 물상보증인에게 사전구상권이 인정될 것인가에 관하여 견해가 분분한 것을 살펴보았다. 그리고 연구대상판결인 우리 대법원 판결은 원칙적으로 수탁보증인의 사전구상권에 관한 민법 제442조는 물상보증인에게 적용되지 아니하고 물상보증인은 사전구상권을 행사할 수 없다고 판단하면서, 그 이유로서, ① 민법 제370조에 의하여 동법 제341조가 저당권에 준용되는데, 그 법문이 타인의 채무를 담보하기 위한 담보권설정자가 그 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 인하여 담보물의 소유권을 잃은 때에 채무자에 대하여 구상권을 취득한다고 규정하고 있어서, 물상보증인의 구상권 발생 요건을 보증인의 경우와 달리 규정하고 있는 점, ② 물상보증은 채무자 아닌 사람이 채무자를 위하여 담보물권을 설정하는 행위이고 채무자를 대신해서 채무를 이행하는 사무의 처리를 위탁받는 것이 아니므로, 물상보증인은 담보물으로써 물적 유한책임만을 부담할 뿐 채권자에 대하여 채무를 부담하는 것이 아닌 점, ③ 물상보증인이 채무자에게 구상할 구상권의 범위는 특별한 사정이 없는 한 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 담보물의 소유권을 상실하게 된 시점에 확정된다는 점을 들고 있다.

아래에서는 위에서 살펴본 여러 학설과 판례를 참고하면서, 연구대상판결이 들고 있는 이러한 이유들을 차례로 검토해 보기로 한다.

### 4.1 법문의 해석

우리 민법은 동산질권설정자의 구상권과 관련하여 “제341조(물상보증인의 구상권) 타인의 채무를 담보하기 위한 질권설정자가 그 채무를 변제하거나 질권의 실행으로 인하여 질물의 소유권을 잃은 때에는 보증채무에 관한 규정에 의하여 채무자에 대한 구상권이 있다.”라는 규정을

두고 있으며, 권리질권설정자의 구상권과 관련하여 제355조가 위 제341조를 준용한다는 규정을 두고 있다. 그리고 저당권설정자의 그것과 관련하여 제370조가 제341조를 준용한다는 규정을 두고 있다.

위 조문의 “보증채무에 관한 규정”이라는 것은 민법 제441조부터 제447조까지를 의미하는 것으로 당연히 해석될 것이다. 이러한 해석에 의하면, 여기에는 보증인의 사전구상권에 관한 민법 제442조도 당연히 포함된다. 그러나 “채무를 변제하거나 질권의 실행으로 인하여 질물의 소유권을 잃은 때”에 구상권을 행사할 수 있다고 하는 제341조의 앞부분의 문언을 보면, 민법은 물상보증인에게 사후구상권만을 인정하는 것을 전제로 하고 있으며, 다만 그 범위에 대하여 보증채무의 구상권에 관한 규정에 의하도록 하고 있다고 해석되기도 한다. 이렇게 해석하는 것이 가장 솔직한 문리해석이라 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 후술하듯이 만약 물상보증인에게 사전구상권을 인정할 실질적인 필요성이 절실히 인정된다면, 이 조문은 달리 해석될 수 있을 것이다. 즉, 물상보증인은 채무를 지지 아니하는 자이므로 담보권실행을 당한 경우는 물론 스스로 제3자 변제를 한 경우에 구상권을 행사할 수 있는지 의문이 일어날 수 있기 때문에 제341조는 구상권을 행사할 수 있다는 취지를 명백히 한 것으로 볼 수 있고, 또한 제341조를 사후구상권에 관한 조항으로 보더라도 물상보증인의 사전구상권을 적극적으로 배제하는 규정은 아니라고 해석할 수가 있는 것이다. 그렇게 파악하는 경우에는 물상보증인의 사전구상권에 관해서는 법에 규정이 없는 이른바 법의 흠결로 남게 된다. 결국 구체적인 물상보증계약의 해석에 따라서는 물상보증인에게 사전구상권이 인정될 수도 있는 것이다.<sup>51)</sup>

문제는 보증인의 경우만큼 과연 물상보증인에게도 사전구상권이 인정될 필요성이 있는지에 관한 것이고, 그 필요성이 인정된다면 이러한 규정의 문리해석은 극복될 수 있을 것으로 생각된다.

51) 이와 같은 취지로는, 조준현, 앞의 주 6)의 논문, 39쪽 참조.

## 4.2 위탁의 의미

연구대상판결은 물상보증인에게 사전구상권을 인정하지 아니하는 또 하나의 이유로서, 물상보증은 채무자 아닌 사람이 채무자를 위하여 담보물권을 설정하는 행위이고 채무자를 대신해서 채무를 이행하는 사무의 처리를 위탁받는 것이 아니므로, 물상보증인은 담보물으로써 물적 유한책임만을 부담할 뿐 채권자에 대하여 채무를 부담하는 것이 아니라는 점을 들고 있다.

이것을 다시 풀이해 보면, 수탁보증의 경우 보증인에 의한 변제는 채무자로부터의 위탁된 사무처리에 해당하고, 그의 사전구상권은 위임의 경우에 있어서의 비용선급청구권에 상당하지만, 물상보증의 경우에 있어서의 위탁은 물권설정행위의 위임에 그치고 채무부담행위의 위임은 아니기 때문에, 채권자의 담보권에 기한 담보물의 실행이나 물상보증인의 변제에 의한 채무의 소멸은 위임사무의 처리라고 할 수는 없으므로 물상보증인에게는 사전구상권이 인정될 수 없다는 것을 의미하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

그런데 이와 같이 위탁의 내용을 보증의 경우와 물상보증인의 경우를 달리 파악한다면, 분명 물상보증인에게 사전구상권을 인정하는 데 어려움이 있다. 수탁보증의 경우에는 변제까지 위탁되어 있으므로 보증인의 채권자에 대한 변제는 위임사무처리비용에 해당할 것이고, 사전구상권은 그 위임사무처리비용의 선급청구권이라 할 수 있을 것이다. 그러나 물상보증의 위탁 내용은 자신의 부동산 위에 물권을 설정하는 행위에 그치고 변제까지 하는 것은 포함되지 않는다고 한다면, 담보권자에게 변제할 것인가 하지 않을 것인가는 바로 물상보증인의 자유이며, 물상보증인의 피담보채권의 변제가 바로 그 위탁의 내용을 구성한다고 말하기는 어렵다. 그 때문에 결과적으로 물상보증인이 변제 또는 이것에 준하는 행위를 한 경우에는, 그 이익조정으로서 물상보증인에게 구상권은

인정할 수 있지만, 미리 사무처리에 필요한 비용으로서 변제비용을 청구할 수는 없을 것이다.

한편 이와 달리, 보증과 물상보증의 위탁은 보증계약 또는 물상보증계약의 체결만이고 양자 모두에게 변제까지는 위탁되어 있지 않다고 하는 입장을 취한다면, 반대로 사전구상권의 근거 자체를 설명하는 것이 곤란하게 되어 버릴 것이다. 왜냐 하면, 채무자로부터 변제를 위탁받고 있지 않는 보증인 또는 물상보증인이 무엇 때문에 변제 전에 미리 그 비용의 청구를 할 수 있을 것인가를 설명하기 어렵게 되기 때문이다.

그럼에도 불구하고, 물상보증인에게 사전구상권을 인정하고자 한다면, 양자의 위탁의 내용을 책임을 부담하는 것으로 설명하면 되지 않을까 생각한다. 즉, 보증의 위탁은 수탁자인 보증인으로 되는 자가 채권자와 보증계약을 체결하여서 인적 책임(보증인의 총 재산을 채무자의 채무를 위한 담보로 하는 책임)을 부담하는 것을 내용으로 하며, 물상보증의 위탁은 수탁자인 물상보증인으로 되는 자가 채권자와 담보권설정계약을 체결하여 물적 책임(물상보증인의 특정 재산을 채무자의 채무를 위한 담보로 하는 책임)을 부담하는 것으로 내용으로 하는 것으로서, 무한인가 유한인가 차이는 있을지라도 양자가 모두 책임을 부담하는 것을 내용으로 하기 때문에, 위탁을 받은 보증인의 사전구상권도, 위탁을 받은 물상보증인의 사전구상권도 모두 수임자의 비용상환청구권으로 파악할 수 있을 것이다. 이렇게 파악한다면, 담보물의 실행 또는 임의 변제에 의한 물상보증인의 출제도 위임사무처리비용에 해당하고 그 비용의 선급청구권인 수탁보증인의 사전구상권이 물상보증인에게도 인정된다고 할 수 있을 것이다.

#### 4.3 구상권 범위의 불확정성

다음으로 연구대상판결이 들고 있는 이유 중 사전구상권의 범위의

불확정성 문제를 생각해 보기로 한다.

연구대상판결은 물상보증인에게 사전구상권을 인정할 수 없는 이유로서, “물상보증인이 채무자에게 구상할 구상권의 범위는 특별한 사정이 없는 한 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 담보물의 소유권을 상실하게 된 시점에 확정된다는 점”을 들고 있다. 이를 다시 풀이하면, 물상보증인의 출원 비용은 담보목적물이 경매된 후에 매각대금의 배당이 있어야 비로소 확정되기 때문에, 그 전에는 사전구상권의 범위는 물론 그 존재조차 확정할 수 없으므로, 물상보증인에게는 사전구상권을 인정할 수 없다는 취지로 파악된다.

그런데 사전구상의 성질상 구상금액이 객관적으로 정해지지 않는 것은 보증의 경우에도 마찬가지다. 그렇지만 우리 판례에 의하면, 수탁보증인이 민법 제442조에 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, 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 수 없다고 한다.<sup>52)</sup> 물상보증인이 사전구상권을 행사하는 경우란 보통 자신의 소유물에 대하여 담보권이 실행될 위험이 있을 때일 것이기 때문에, 위 수탁보증인의 경우에 준하여, 채무자의 채무의 원금과 사전구상에 응할 때까지 이미 발생한 이자와 기한 후의 지연손해금, 피할 수 없는 비용 기타의 손해액을 포함하여 산정하면 될 것으로 생각한다. 따라서 물상보증인의 경우 사전구상권의 범위가 확정되지 못하기 때문에 그에게 사전구상권을 인정할 수 없다는 이유도 설득력이 부족한 것으로 생각된다.

52) 주13)의 대법원 2004. 7. 9. 선고, 2003다46758 판결.

#### 4.4 사전구상권 인정의 실제적 필요성

이상에서 연구대상판결이 물상보증인의 사전구상권을 인정할 수 없다고 하면서 드는 이유들을 살펴보았으나, 이것은 모두 법문에 관한 해석으로서 반대로 물상보증인의 사전구상권을 인정할 수 있는 것으로도 해석될 수 있다는 것을 살펴보았다. 그런데 물상보증인에게 사전구상권 인정 여부와 관련하여 이러한 법문의 해석만으로는 부족한 점이 있으며, 실천적 견지에서 과연 물상보증인에게 사전구상권을 인정할 실제적 필요성이 있는지, 있다면 그 정도가 위의 반대이론을 극복할 수 있을 정도로 큰 것인지를 살펴볼 필요도 있다.

보증인은 주채무자가 그의 채무를 이행하지 않는 경우에 보증인이 그것을 이행하여야 할 채무를 지며, 주채무자가 이행하지 아니하는 경우에는 자신의 재산에 대하여 무한책임을 진다. 이에 대하여 물상보증인은 담보권자인 채권자에 대하여 채무는 부담하지 않고, 다만 채무자의 이행이 없을 때에는 자신이 제공한 담보목적물만으로 책임을 지는데 불과하다. 그런데 이 점만을 중시한다면 보증인 쪽이 물상보증인 쪽보다 불리한 상황에 있는 것처럼 볼 수도 있을 것이다. 그렇지만 이와 같은 이야기를 할 수 있는 경우란 채무액이 담보목적물의 가액을 상회하는 경우이고, 또한 그와 같은 경우는 실제로 예외에 불과하다고 할 수 있기 때문에, 이 점만을 가지고서 보증인 쪽의 부담이 물상보증인 쪽보다 무겁다는 일반론을 전개할 수는 없다.

그러나 이와 같은 법적 지위의 차이에도 불구하고 물상보증인의 이익 상황은 실질적으로 보증인의 그것과 유사하다. 즉, 물상보증인은 타인의 채무를 위하여 스스로 불이익을 부담하고, 또한 채무자가 이행을 하지 아니할 경우에 책임을 지는, 말하자면 부종적으로 타인의 채무를 담보한다는 점에서 보증인과 다르지 않다. 그리고 물상보증인은 자신은 채무를 부담하지 않지만, 채무자가 변제하지 않는다면 자신의 재산을 잃어버릴

위험을 부담하고 있어서, 어쩔 수 없이 채무자의 채무를 변제할 수밖에 없으며, 그의 변제는 이해관계 있는 제3자의 변제로서 채무자의 의사에 반하여서도 변제할 수 있다. 그렇지 않으면 자신의 소유인 담보물에 담보권자에 의한 실행을 당하여 소유권을 잃을 처지에 있게 된다. 그리고 물상보증인 스스로 변제하거나 또는 담보물에 집행을 당한 때에는 채무자에 대하여 구상할 수 있을 뿐 아니라, 변제에 상당한 이익을 가지는 자로서 법정대위를 할 수 있으며, 법정대위자 상호 간의 관계에 있어서는 물상보증인과 보증인간에는 그 인원수에 비례하여 채권자를 대위하도록 민법이 규정하고 있어, 양자의 이해상황이 실질적으로 유사하다.

그렇다고 한다면 물상보증인이 물적 유한책임, 보증인이 무한책임을 부담한다는 차이점은 간과하기는 어렵겠지만, 타인의 채무를 위하여 스스로 불이익을 부담하고 있으며 이로부터 생기는 불이익을 회피할 수 있도록 하여야 할 필요성이 존재한다는 점은 양자에 있어서 다르지 않다고 하겠다. 바로 그 때문에 사후구상권 등 출연 후의 법률관계에 있어서도 양자가 같은 순위로 다루어지고 있다고 할 수 있다. 그렇다고 한다면 이러한 불이익회피에 관련되는 제도인 사전구상권에 관해서도, 물상보증인에게 보증인과 똑같은 보호를 부여하여도 이치에 어긋나는 것이 아닐 것이다.

한편 보증인에게는 최고·검색의 항변권이 인정되어 있어서 보증인은 이러한 수단을 가지고 자신의 재산에 대한 집행을 지연시킬 수 있으나, 물상보증인에 대하여는 이러한 최고·검색의 항변권을 인정하는 명문 규정이 없기 때문에, 이 점에 한하여 본다면 오히려 물상보증인 쪽이 보증인보다 불리하여 보호의 필요성이 더 크다고 할 수 있다.

그리고 예컨대 채무를 담보하기 위하여 물상보증인이 설정한 저당권이 있고 이와 함께 보증인(또는 연대보증인)도 있는 경우라면, 채권자는 먼저 저당권을 실행하는 것이 보통일 것이고, 그것에 의해서도 변제받지 못한 부분이 있다면 다시 보증인에게 이행을 청구할 것이다. 이러한

점을 생각해 보더라도, 물상보증인을 보호할 필요성은 보증인이나 연대보증인보다도 더 크다고 할 수 있을 것이다.

또 실제적으로, 연구대상판결의 사안처럼 물상보증인이 담보권자에게 근저당권을 설정해 준 자신의 부동산들 중 일부에 대하여 담보권자에 의한 경매개시결정이 났고, 나머지 부동산에 대하여도 경매가 개시될 것이 예상되는 것과 같은 절박한 경우라면, 물상보증인에게 사전구상권을 충분히 인정할 수 있는 사정이 있다고 판단할 수 있을 것으로 사료된다. 그리고 앞에서 언급한 바가 있는 고등법원판결<sup>53)</sup>에서도 채무자가 이행지체에 빠지자 물상보증인이 이자를 대납한 바가 있고 계속하여 이자를 대납하지 않으면 근저당권자에 의한 실행의 위기에 처해 있는 경우에 물상보증인에게 사전구상권을 시급히 인정할 필요가 있다고 판단한 적이 있었음도 주목할 필요가 있다.

결국 물상보증인도 타인의 채무를 위하여 자신의 재산에 대한 경제적 불이익을 감수한다는 점과 그 불이익을 회피할 수단이 필요하다는 점 등은 보증인과 다르지 않다고 하겠다. 나아가 현실적으로도 물상보증인에게 사전구상권을 인정할 필요가 있는 경우가 발생하고 있는 것이다. 따라서 물상보증인에게도 예외적이지만 사전구상권이 인정되어야 할 것이다. 그리고 이러한 필요성은 반대론의 법문상의 해석을 충분히 극복할 수 있을 것으로 생각된다. 아울러 물상보증인에게 예외적으로나마 사전구상권이 인정되더라도 보증의 경우 주채무자의 보호를 위하여 제 443조가 인정하고 있는 면책청구권 또는 구상의무로부터 벗어날 수 있는 길(제443조)도 당연히 채무자에게 인정되어야 할 것이다.

#### 4.5 기타

한편 연구대상판결에서는 다루고 있지 않은 문제이지만, 보증인의

---

53) 앞의 주17) 참조.

사전구상권에 관한 민법 제422조 제1항 각호의 사유를 보면 모두 주채무자의 채무와 관련되는 것으로서, 채무를 지지 아니하는 물상보증인에게 이 규정을 준용하는 것이 과연 타당한지에 관하여 생각해 보기로 한다.

여기서 보증인에게 사전구상권이 인정되는 경우로서 우리 민법 제442조 제1항이 들고 있는 사유들을 보면, ① 보증인이 과실 없이 채권자에게 변제할 재판을 받은 때, 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 때인데, 이들 사유가 모두 주채무자의 채무와 관련되는 것은 사실이다. 그러나 위 첫 번째 사유, 즉 “보증인이 과실 없이 채권자에게 변제할 재판을 받은 때”라는 사유는 채무를 부담하지 아니하는 물상보증인에게 준용된다고 보기는 어려운 점이 있다고 하겠다. 그러나 나머지 사유들은 채무자의 채무와 관련이 되는 사유로서 보증인의 지위를 위태롭게 하는 사유로서, 물상보증의 경우에도 채무자의 채무에 이러한 사유가 있다면 물상보증인이 채권자인 담보권자로부터 담보물에 대한 실행을 당할 위태로운 처지에 빠지게 된다고 하겠다. 따라서 물상보증인에게도 사전구상권을 인정할 수 있을 것으로 생각된다.

## 5. 소결

위에서 보았듯이, 연구대상판결은 물상보증인에게는 사전구상권이 인정될 수 없다고 하면서, 그 이유로서 ① 제341조의 해석, ② 위탁의 의미, ③ 구상권 범위의 불확정성 세 가지를 들고 있다. 그러나 본고에서는 이러한 이유들은 물상보증인에게 사전구상권을 인정할 수 있다는 입장에서도 얼마든지 설명할 수 있다는 것을 살펴보고, 나아가서는 물상보증인을 보호할 실제적 필요성이 매우 커서 위와 같은 세 가지 부정적인 해석사유들을 극복할 수 있음을 고찰하였다.

그런데 위 연구대상판결에서 간과해서는 안 되는 또 하나의 점이 있다. 즉, 연구대상판결은 물상보증인에게 ‘원칙적으로’ 사전구상권을 인정할 수 없다고 하고 있는 점이다. 다시 말하면, ‘예외적으로는’ 물상보증인에게 사전구상권이 인정되는 경우가 있다는 것을 전제로 하고 있는 것이다. 그렇다면 위 연구대상판결에는 다음과 같은 아쉬움을 남기고 있다고 하겠다. 즉, 어떠한 경우가 원칙적으로 물상보증인에게 사전구상권을 인정하는 경우이고, 어떠한 경우가 예외적인 경우에 해당하여 물상보증인에게 사전구상권이 인정되지 않는 경우인가를 판단하는 기준도 제시했어야 한다. 그리고 난 다음 본 사안이 어느 경우에 해당하는지도 판단하였어야 한다고 생각된다.

#### Ⅳ. 물상보증인의 사전구상권과 상계

위 연구대상판결에서 피고 2는 A의 물상보증인으로서 그가 A에 대하여 가지는 사전구상권을 가지고 A가 자신에 대하여 가지고 있는 채권과 상계한다는 주장을 하였으나, 법원은 물상보증인에게는 사전구상권 자체가 인정되지 아니한다고 판단함으로써, 결국 상계 가능 여부에 관해서는 아무런 판단을 하지 않고서 이 사건이 종결되고 말았다.<sup>54)</sup>

54) 본 연구대상판결의 사안 중 상계와 관련된 부분을 다시 한 번 정리하면 다음과 같다. 즉, 피고 2는 이 사건 제1매매계약에 따라 매매대금지급채무를 매도인인 A에게 부담하고 있던 중, A의 부탁에 의하여 A가 소외 1 및 소외 2에게 지고 있던 주식매매대금채무를 보증하고 자신의 부동산 위에 소외 1 및 소외 2에게 근저당권을 설정해 준 자로서, 소외 1로부터 근저당권을 양수받은 소외 5에 의해 자신의 부동산에 대한 경매개시결정이 내려짐으로서, 피고 2는 수탁보증인, 연대보증인 또는 물상보증인으로서 A에 대하여 사전구상권을 취득하였고, 이를 자동채권으로 이 사건 제1매매계약에 따른 매매대금채권과 대등액에서 상계한다는 의사표시를 함으로써 위 매매대금채무는 서로 대등액의 범위 내에서 소멸하였다고 주장하였다. 그러나 법원은 보증 또는 연대보증을 하였다는 증거불충분으로, 그리고 물상보증인에게는 사전구상권

그러나 본고에서는 앞에서 물상보증인에게 예외적이지만 사전구상권이 인정될 수 있는 경우가 있다는 결론을 내렸으므로, 물상보증인의 사전구상권과 상계의 문제에 대해서도 고찰해 보고자 한다.

## 1. 문제의 제기

상계란 채무자가 채권자에 대하여 자신도 역시 같은 종류의 채권을 가지고 있는 경우에 그 채권과 채무를 대등액에서 소멸시키는 채무자의 일방적 의사표시를 말한다. 이러한 상계제도를 인정하는 이유는 서로 대립하는 채권을 따로 따로 청구하는 불편을 없애며, 서로 대립하는 자들 사이의 공평을 기하고, 나아가 채권담보의 작용을 하는 데에 있다.

이러한 상계는 쌍방의 채권이 상계적상(相計適狀)에 있을 것과 상계의 의사표시를 할 것의 두 요소를 필요로 하는 법률요건이다. 여기서 상계적상이란 쌍방의 채권이 서로 대립하며 같은 종류이고, 상대방 채무의 변제기가 도래한 상황을 말하나, 채권의 성질이 상계를 허용하는 것이어야 하며 나아가 상계가 당사자의 의사표시나 법률에 의하여 상계가 금지되어 있는 경우이어서는 안된다.

여기서 채권의 성질이 상계를 허용하지 않는 경우로서는, ① 부작위 채무(예컨대 서로 경업을 하지 않는다는 채무)나 ‘하는 채무’(예컨대 서로 노무를 제공하는 채무)와 같이 현실로 이행하지 않으면 채권을 성립시킨 목적을 달성할 수 없는 경우라든지, ② 자동채권에 최고 및 검색의 항변권이나 동시이행의 항변권과 같은 항변권이 붙어 있는 경우를 들 수가 있다. 항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하는 상계를 허용하면 상대방은 항변권을 행사할 기회를 부당하게 잃게 되므로, 이와

---

이 인정되지 아니한다는 것을 이유로, 피고 2의 주장을 받아들이지 아니 함으로써, 결국 물상보증인의 사전구상권을 자동채권으로 하여 채무자의 물상보증인에 대한 채권과 상계할 수 있는가에 관한 판단은 직접적으로 하지 않고 사건이 종결되어 버렸다.

같은 상계는 그 성질상 허용될 수가 없는 것이다.<sup>55)</sup>

그러나 항변권자가 그의 항변권을 포기한다면 이러한 염려가 없으므로 상계가 가능하다. 따라서 항변권이 붙어 있는 채권을 수동채권으로 하는 경우에는, 상계를 하는 자가 자신의 항변권을 포기하는 것이므로 상계가 가능하다. 이와 같은 취지에서 항변권이 붙어 있더라도 상계약정에 의하여 상계하는 것은 무방하다.<sup>56)</sup> 그렇지만 자동채권과 수동채권이 동시이행의 관계에 있더라도 현실적으로 이행하여야 할 필요가 없는 경우라면 상계로 인한 불이익이 발생할 우려가 없으며 채권·채무관계를 간명하게 해소할 수 있으므로 상계가 허용된다.<sup>57)</sup>

그런데 우리 민법은 제442조에서 수탁보증인에게 사전구상권을 인정하면서도 제443조에서 주채무자를 보호하기 위하여 면책 또는 담보제공 청구권을 행사하거나, 아니면 구상의무로부터 벗어날 수 있는 길들을 마련하고 있다. 즉, 민법 제443조는, 보증인이 사전구상권을 행사하여 주채무자가 구상에 응한 경우에는 보증인에 대하여 ① 자기를 면책시키거나 ② 자기에게 담보를 제공할 것을 청구할 수 있고(동조 앞부분), 그리고 그렇게 하지 않더라도 주채무자는 ① 공탁을 하거나 ② 담보를 제공하거나 ③ 보증인을 면책시킴으로써 자신의 보증인에 대한 구상의무를 면할 수도 있는 것으로 규정하고 있다(동조 뒷부분).

55) 항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하여 타의 채무와의 상계를 허용한다면 상계자 일방의 의사표시에 의하여 상대방의 항변권행사의 기회를 상실케 하는 결과가 되므로 이와 같은 상계는 그 성질상 허용될 수 없다(대법원 1975. 10. 21. 선고, 75다48 판결; 대법원 2002. 8. 23. 선고, 2002다25242 판결).

56) 대법원 1982. 5. 25. 선고, 81다595 판결 참조.

57) 상계제도는 서로 대립하는 채권·채무를 간소한 방법에 의하여 결제함으로써 양자의 채권·채무관계를 원활하고 공평하게 처리함을 목적으로 하고 있으므로, 상계의 대상이 될 수 있는 자동채권과 수동채권이 동시이행관계에 있다고 하더라도 서로 현실적으로 이행하여야 할 필요가 없는 경우라면 상계로 인한 불이익이 발생할 우려가 없고 오히려 상계를 허용하는 것이 동시이행관계에 있는 채권·채무 관계를 간명하게 해소할 수 있으므로 특별한 사정이 없는 한 상계가 허용된다(대법원 2006. 7. 28. 선고, 2004다54633 판결).

그런데 후술하는 바와 같이, 우리 대법원 판례는, 항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하는 상계는 허용될 수 없다는 일반원칙을 인정한 후, 특히 수탁보증인이 주채무자에 대하여 가지는 사전구상권에는 제 443조 소정의 이른바 면책청구권이 항변권으로 부착되어 있는 만큼 이를 자동채권으로 하는 상계는 허용될 수 없다고 한다. 그런데 위에서 본 바와 같이, 제443조는 보증인의 사전구상권의 행사에 대하여 주채무자에게 여러 가지의 대응방법을 인정하고 있는데, 과연 이 모든 대응방법이 항변사유 또는 항변권으로 볼 수 있는지에 관해서는 의문이 있다. 예컨대 보증인이 사전구상권을 행사하는 경우에 주채무자는 자신을 면책시킬 것을 청구할 수 있는데, 이것은 보증인이 구상에 응한 후에야 할 수 있는 것이기 때문에, 주채무자가 면책청구권이 있음을 이유로 보증인의 사전구상권의 행사를 저지할 수 있는 것은 아니므로 이를 가지고 항변권이라 할 수 없기 때문이다.

아래에서는 민법 제443조가 정하는 사유 중 어떤 것이 주채무자의 항변권으로서 보증인의 사전구상권을 저지할 수 있는 항변권이 될 수 있는지를 살펴본 후, 물상보증인에게 사전구상권의 행사가 인정되는 경우가 있다면 물상보증인도 과연 어떤 경우가 항변권이기 때문에 사전구상권을 가지고 채무자의 자신에 대한 채권을 상계할 수 없는지를 살펴 보도록 한다.

## 2. 보증인의 사전구상권과 상계

앞에서 언급하였듯이, 항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하는 상계를 허용하면 상대방은 항변권을 행사할 기회를 부당하게 잃게 되므로, 이와 같은 상계는 그 성질상 허용될 수가 없다.

판례도 보증인의 사전구상권과 관련하여 이와 같은 취지의 판결을 하고 있다. 즉, 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 없고, 특히 수탁보증인이 주채무자에 대하여 가지는 민법 제442조의 사전구상권에는 민법 제443조 소정의 이른바 면책청구권이 항변권으로 부착되어 있는 만큼 이를 자동채권으로 하는 상계는 허용될 수 없다고 한다.<sup>58)</sup> 그리고 판례는, 여기서 한 걸음 더 나아가, 위 민법 제443조는 임의규정으로서 주채무자가 사전에 담보제공청구권의 항변권을 포기한 경우에는 보증인은 사전구상권을 자동채권으로 하여 주채무자에 대한 채무와 상계할 수 있다고 한다.<sup>59)</sup>

그런데 위 판례는 “민법 제443조 소정의 이른바 면책청구권이 항변권으로 부착”이라는 표현을 하고 있다. 여기서 이러한 표현의 의미가 위 규정이 정하는 사유가 모두 항변권이라는 취지인지, 아니면 위 규정의 표제인 ‘주채무자의 면책청구’의 표현에 따라서 사용한 표현일 뿐이고 위 규정이 정하는 사유 중에서 항변권으로 해석할 수 있는 것과 없는 것이 존재한다는 취지인지는 명확하지 않다.

우선 보증인의 사전구상권에 응하는 주채무자는 보증인에 대하여 적극적으로 변제를 할 것을 청구하거나 채무를 인수하여 주채무자인 자신을 면책하게 할 것을 보증인에게 청구할 수 있다(제443조 전단 앞부분). 이러한 면책청구권은 주채무자가 사전구상권에 응한 후에 행사할 수 있는 것이므로 항변사유라 할 수 없다. 주채무자에게 이러한 면책청구권을 인정한 것은 결코 보증인의 사전구상을 거절할 수 있게 하려고 한 것이 아니며, 만일 사전구상에 응하지 아니한 경우에도 이러한 면책청구권을 인정한다면 결국 사전구상권을 부인하는 결과가 되기 때문이다.<sup>60)</sup>

58) 대법원 2001. 11. 13. 선고, 2001다55222,55239 판결; 대법원 2004. 2. 13. 선고, 2003다14362 판결.

59) 대법원 2004. 5. 28. 선고, 2001다81245 판결.

60) 박준서 편집대표, 앞의 주석민법 채권총칙(2), §443, 329쪽<김오섭집필>. 다만, 이와 달리, 주채무자가 보증인에게 면책해 줄 것을 청구할 수 있는 것은 주채무자의

다음으로, 주채무자는 사전구상권을 행사하는 보증인으로 하여금 채무의 변제를 위하여 담보(인적담보·물적담보 불문)를 제공할 것을 청구할 수 있다(제443조 전단 뒷부분). 그런데 이와 관련하여 해석상의 다툼이 있다. 즉, 주채무자는 보증인이 담보를 제공할 때까지 구상금의 지급을 거절할 수 있다는 견해<sup>61)</sup>와 주채무자가 구상금을 선급하기 전까지 보증인의 담보제공의무가 발생할 이유가 없을 뿐만 아니라 주채무자는 제443조 후단의 조치를 함으로써 그 지급의무를 면할 수 있으므로 그 보호에 흠결이 없다는 것을 이유로 보증인의 담보제공의무는 주채무자가 사전구상금을 지급한 후에나 발생하는 것으로 보아야 한다는 소극적인 견해<sup>62)</sup>가 나뉜다. 앞의 견해를 취하는 경우만이 이 사유가 주채무자의 항변권으로 인정될 수 있을 것이다.

한편 주채무자는 ① 공탁을 하거나 ② 담보를 제공하거나 ③ 보증인을 면책시킴으로써 자신의 보증인에 대한 구상의무를 면할 수도 있다(제443조 뒷부분). 그런데 이 경우에는 주채무자가 먼저 현실적으로 공탁·담보제공·면책을 하여야 보증인의 사전구상권을 저지할 수 있기 때문에, 이를 항변권이라고 할 수 없다.<sup>63)</sup>

---

이중지급의 위험을 회피하기 위한 것이므로, 주채무자의 면책청구권과 보증인의 사전구상권은 동시이행의 관계에 있고, 따라서 보증인은 주채무자에 대한 사전구상권을 자동채권으로 하여 상계할 수가 없다고 하는 견해[제철웅, “자동채권에 항변권이 부착되어 있는 경우의 상계”, 판례월보 제303호(판례월보사, 1995. 12), 45쪽]가 있으나, 제443조가 규정하는 사유 모두를 동시이행의 관계로 파악하는 것이라면 문제가 있다고 하겠다.

61) 김상용, 주1)의 채권총론, 338쪽; 김형배, 주1)의 채권총론, 524쪽; 이은영, 주1)의 채권총론, 567쪽.

62) 박윤직 편집대표, 앞의 민법주해 X 채권(3), §443, 339-340쪽(박명대집필).

63) 다만, 주채무자로부터 담보제공의 신청이 있으면 보증인으로서의 이것을 거부하고 사전구상권을 행사할 수 없다고 할 것이므로, 그렇다면 주채무자가 다른 담보를 제공하겠다는 신청을 보증인에게 한다면 보증인은 사전구상권을 행사할 수 없다고 해석하면서, 주채무자의 담보제공의 신청은 일종의 항변권으로 볼 수 있다고 하는 견해가 있다(신성철, “은행거래와 상계”, 재판자료 제32집 은행거래·임대차사건의

이상에서 보았듯이 제443조가 규정하고 있는 사유 중 주채무자의 항변권으로 볼 수 있는 경우는 주채무자의 담보제공청구권의 경우만이며, 그것도 주채무자는 보증인이 담보를 제공할 때까지 구상금의 지급을 거절할 수 있다는 입장을 취할 때 그러하다.

여기서 판례가 수탁보증인이 주채무자에 대하여 가지는 민법 제442조의 사전구상권에는 민법 제443조 소정의 이른바 면책청구권이 항변권으로 부착되어 있는 만큼 이를 자동채권으로 하는 상계는 허용될 수 없다고 하지만, 판례의 “민법 제443조 소정의 이른바 면책청구권”이라는 표현은 민법 제443조가 규정하는 사유 중 “주채무자의 담보제공청구권”으로 이해하여야 할 것이다.<sup>64)</sup>

### 3. 물상보증인의 사전구상권과 상계

물상보증인의 경우에도 사전구상권이 인정되는 경우라고 한다면, 상계와 관련하여서는 보증인의 경우와 마찬가지로의 이론이 적용될 수 있을 것이다. 즉, 물상보증인이 채무자에 대하여 가지는 민법 제442조의 사전구상권에는 민법 제443조가 규정하고 있는 담보제공청구권이 항변권으로 부착되어 있는 만큼 이를 자동채권으로 하는 상계는 허용될 수 없다고 할 것이다. 다만 채무자가 사전에 담보제공청구권의 항변권을 포기한 경우에는, 물상보증인은 사전구상권을 자동채권으로 하여 채무자에 대한 채무와 상계할 수 있다고 할 것이다.

---

제문제(법원행정처, 1986), 172쪽.

64) 문영화, “수탁보증인의 주채무자에 대한 사전구상권을 자동채권으로 하는 상계가 허용되는 경우(2004. 5. 28. 선고, 2001다81245 판결: 공2004하, 1050)”, 대법원판례해설 제49호(2004 상반기)(법원행정처, 2004. 12), 92쪽.

#### 4. 소결

본 연구대상판결에서는, 법원이 물상보증인에게는 사전구상권이 인정되지 아니한다고 판단함으로써, 더 나아가 피고 2의 상계주장에 관해서는 판단을 할 필요가 없었다. 그런데 만일 예외적이지만 본 사안이 물상보증인의 사전구상권을 인정할 수 있는 것이라고 판단되었다면 이와 같은 피고 2의 상계에 관한 항변도 판단하지 않을 수 없었을 것이다. 그때 민법 제443조가 정하는 사유 중 어떤 것이 채무자의 항변권으로서 물상보증인의 사전구상권을 저지할 수 있는 항변권이 될 수 있는지도 판단하여야 할 것이다.

### V. 결 론

본고는 대법원 2009. 7. 23. 선고, 2009다19802,19819 판결을 연구대상판결로 삼았다. 본 연구대상판결에 관련된 법적 문제점들이 여러 가지가 있으나, 본고에서는 물상보증인의 사전구상권 인정 여부와 아울러 그것을 가지고 주채무자에 대한 채무와 상계할 수 있는지 여부에 관한 논의에 한정하여 고찰하였다.

위 연구대상판결은 피고 2가 물상보증인으로서 사전구상권을 행사한다는 주장을 받아들이지 아니하였다. 이에 의하면 물상보증인에게 사전구상권이 인정될 수 없는 이유로서 세 가지 점을 들고 있다. 즉, ① 민법은 물상보증인의 구상권에 관하여 제341조와 제370조에서 규정하고 있는데, 그 법문이 ‘타인의 채무를 담보하기 위한 담보권설정자가 그 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 인하여 담보물의 소유권을 잃은 때’에 채무자에 대하여 구상권을 취득하는 것으로 규정하고 있어서, 물상보증인의 구상권 발생 요건을 보증인의 경우와 달리 규정하고 있는 점,

② 물상보증은 채무자 아닌 사람이 채무자를 위하여 담보물권을 설정하는 행위이고 채무자를 대신해서 채무를 이행하는 사무의 처리를 위탁받는 것이 아니므로, 물상보증인은 담보물으로써 물적 유한책임만을 부담할 뿐 채권자에 대하여 채무를 부담하는 것이 아닌 점, ③ 물상보증인이 채무자에게 구상할 구상권의 범위는, 특별한 사정이 없는 한, 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 담보물의 소유권을 상실하게 된 시점에 확정된다는 점을 들고 있다.

그러나 이러한 현행 법규정의 단순한 해석론보다 더 중요한 것은 과연 물상보증인에게 사전구상권을 인정할 실질적 필요성이 있는가에 관한 가치판단이라고 하겠다. 그러한 판단이 선다면 규정상의 해석론을 긍정적으로 전개함으로써 물상보증인에게 사전구상권을 인정할 수 있다는 결론이 도출될 수 있을 것이다.

본고에서는 물상보증인이 물적 유한책임, 보증인이 무한책임을 부담하는 현저한 차이가 있음에도 불구하고, 물상보증인도 타인의 채무를 위하여 부담을 지고 있는 자로서 보증인 못지않게 보호할 필요성이 있음을 고찰하고, 그 불이익회피제도인 사전구상권도 보증인과 마찬가지로 물상보증인에게 부여하는 것이 사리에 적합한 것으로 판단하였다. 그리고 이러한 긍정적 입장에 서서 연구대상판결에서 제시하고 있는 세 가지의 부정적인 이유도 다시 구성해 보았다. 즉, 첫째, 제341조가 비록 사후 구상권에 관한 규정이라 하더라도, 물상보증인의 사전구상권을 적극적으로 배제하는 규정이 아니라고 해석할 수 있을 것이며, 둘째, 위탁의 의미를 책임을 부담하는 것으로 파악한다면, 수탁보증인의 사전구상권이 물상보증인에게도 인정될 수 있는 것으로 설명하는 데 지장이 없을 것이고, 셋째, 물상보증인의 사전구상권의 존재와 범위의 불확정성 문제는 현재 보증의 경우 우리 판례가 제시하고 있는 사전구상권의 범위를 참작한다면 해결될 수 있음을 고찰해 보았다.

그런데 위 연구대상판결에서 간과할 수 없는 것은 물상보증인에게

‘원칙적으로’ 사전구상권을 인정할 수 없다고 하고 있는 점이다. 그것은 ‘예외적으로는’ 물상보증인에게 사전구상권이 인정되는 경우가 있다는 이야기가 된다. 그렇다면 위 연구대상판결에는 다음과 같은 아쉬움을 남기고 있다고 하겠다. 즉, 어떠한 경우가 원칙적인 경우이고, 어떠한 경우가 예외적인 경우에 해당하는지 그 판단기준도 제시했어야 한다. 그리고 난 다음 본 연구대상판결의 사안이 그 중 어느 경우에 해당하는지도 판단하였어야 한다고 생각된다.

연구대상판결의 사안처럼 물상보증인이 담보권자에게 근저당권을 설정해 준 자신의 부동산들 중 일부에 대하여 담보권자에 의한 경매개시 결정이 났고, 나머지 부동산에 대하여도 경매가 개시될 것이 예상되는 것과 같은 절박한 경우라면, 물상보증인에게 사전구상권을 충분히 인정할 수 있는 예외적인 경우가 아닌지 판단하였어야 한다고 본다.

그리고 또 다른 논점인 물상보증인인 피고 2의 상계 주장과 관련하여서는, 본 연구대상판결이 물상보증인의 사전구상권을 인정하지 않음으로써 더 이상 상계 문제에 관하여는 판단하지 않고 끝나 버렸다. 그런데 만일 본 사안이 예외적이지만 피고 2의 사전구상권을 인정할 수 있는 경우라고 판단되는 경우이라면, 이와 같은 피고 2의 상계에 관한 항변도 판단하지 않을 수 없었을 것이다. 그리고 그러한 판단을 함에 있어서는, 민법 제443조가 정하는 사유 중 어떤 것이 채무자의 항변권으로서 물상보증인의 사전구상권을 저지할 수 있는 것이 될 수 있는지도 함께 판단하여야 할 것이다.

(투고일 2011년 12월 20일, 심사(의뢰)일 2012년 1월 12일, 게재확정일 2012년 2월 8일)

**주제어:** 물상보증인, 보증인, 사후구상권, 상계, 위임, 주채무자, 항변권

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 고상용, 물권법, 법문사, 2001.
- 곽윤직, 물권법 민법강의 II 제7판, 박영사, 2008.
- \_\_\_\_\_, 채권총론 민법강의 III 제6판, 박영사, 2009.
- 곽윤직 편집대표, 민법주해 VI 물권(3) §341, 박영사, 2008<양승태집필>.
- \_\_\_\_\_, 민법주해 X 채권(3) §441~443, 박영사, 2008<박병대집필>.
- 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009.
- \_\_\_\_\_, 채권총론, 화산미디어, 2009.
- 김상찬, 물권법, 제주대학교출판부, 2010.
- 김주수, 채권총론 민법강의 III 제2판, 삼영사, 1996.
- 김준호, 채권총칙, 법문사, 2007.
- 김증한/김학동, 물권법 제9판, 박영사, 2008.
- \_\_\_\_\_, 채권총론 제6판, 박영사, 1998.
- 김형배, 채권총론 제2판, 박영사, 1999.
- 명순구, 프랑스민법전, 법문사, 2004.
- 박준서 편집대표, 주식민법[물권(3)] §341, 한국사법행정학회, 2001<고준석집필>.
- \_\_\_\_\_, 주식민법[채권총칙(2)] §411~443, 한국사법행정학회, 2000<김오섭집필>.
- 양창수, 독일민법전, 박영사, 2008.
- 오시영, 물권법, 학현사, 2009.
- \_\_\_\_\_, 채권총칙, 학현사, 2009.
- 이덕환, 채권총론, 율곡미디어, 2010.

- \_\_\_\_\_, 물권법, 율곡미디어, 2011.
- 이영준, 물권법 전정신판, 박영사, 2009.
- 이은영, 물권법 제4판, 박영사, 2006.
- \_\_\_\_\_, 채권총론 제4판, 박영사, 2009.
- 장재현, 채권법총론, 경북대학교출판부, 2006.
- 高橋眞, 求償權と代位の研究, 成文堂, 1996.
- 渡邊力, 求償權の基本構造-統一의求償制度の展望, 關西學院大學出版會, 2006.
- J. von Staudingers, *Kommentar zum BGB, Buch.2, 13. Aufl.*, 1997, §775, Sellier-de Gruyter 1997<Horn 집필>.
- Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2, 62. Aufl.*, §775, C.H. Beck, 2003<Sprau 집필>.
- S. P. Scott, *The Civil Law* vol. 4, the Central Trust Company, 1973.
- \_\_\_\_\_, *The Civil Law* vol. 13, the Central Trust Company, 1973.

## 2. 논문

- 문영화, “서울보증보험의 사채보증보험계약상의 사전구상권을 자동채권으로 한 상계권 행사(대법원 2004. 5. 28. 선고, 2001다81245 판결: 공2004. 7. 1.(205), 1050)”, BFL 제7호, 서울대학교금융법센터, 2004.
- \_\_\_\_\_, “수탁보증인의 주채무자에 대한 사전구상권을 자동채권으로 하는 상계가 허용되는 경우(2004. 5. 28. 선고, 2001다81245 판결: 공2004하, 1050)”, 대법원판례해설 제49호, 법원행정처, 2004.
- 신성철, “은행거래와 상계”, 재판자료 제32집, 법원행정처, 1986.
- 제철웅, “자동채권에 항변권이 부착되어 있는 경우의 상계”, 판례월보

제303호, 판례월보사, 1995.

조준현, “물상보증인의 법적 보호 : 사전구상권과 변제자대위를 중심으로”, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 서울대학교 출판부, 2000.

國井和郎, “フランス法における支拂前の求償權に關する一考察-わが國の事前求償權との關連において-”, 大阪法學 第145・146號, 大阪大學, 1988.

淡路剛久/新美育文/春久美子, “保證法理の物上保證人等への適用可能性(1)”, 金融法務事情 1263號, 金融法務事情社, 1990.

\_\_\_\_\_, “保證法理の物上保證人等への適用可能性(2)”, 金融法務事情 1264號, 金融法務事情社, 1990.

\_\_\_\_\_, “保證法理の物上保證人等への適用可能性(3)”, 金融法務事情 1266號, 金融法務事情社, 1990.

\_\_\_\_\_, “保證法理の物上保證人等への適用可能性(4)”, 金融法務事情 1267號, 金融法務事情社, 1990.

\_\_\_\_\_, “保證法理の物上保證人等への適用可能性(5)”, 金融法務事情 1268號, 金融法務事情社, 1990.

國井和郎, “委託ある物上保證人の事前求償權”, 法律時報 第63卷 第6號(通卷 第775號), 日本評論社, 1991.

新美育文, “委託を受けた物上保證人の事前求償權”, 法律時報 別冊・私法判例 リマ-クス 2號, 法律時報社, 1991.

竝木茂, “判例批評 : 東京高裁, 平成2.6.28 第14民事部 判決・抗訴棄却 昭和63年(ネ)第1055號”, 金融法務事情 1288號, 金融法務事情社, 1991.

山野目章夫, “判例批判 : 委託を受けて物上保證人となった者の事前求償權”, 判例タイムズ 第42卷 第17號(通卷 第757號), 判例タイムズ社, 1991.

- 伊藤進, “判例批評: 物上保證人と求償權の事前行使の可否”, 民商法雜誌 第105卷 第1號, 有斐閣, 1991.
- 山田誠一, “判例批評: 委託を受ける物上保證人の事前求償權”, 金融法務事情 1304號, 金融法務事情社, 1991.
- 米倉明, “最高裁判所民事判例研究: 1990年12月8日 第三小法廷判決(平成2年(オ) 第801號)” 法學協會雜誌 第109卷 第4號, 1992.
- 定塚誠, “物上保證人の事前求償權について”, 判例タイムズ 第43卷 第15號(通卷 第783號), 判例タイムズ社, 1992.
- 富越和厚, “物上保證人と求償權の事前行使の可否”, 法曹時報 第44卷 第3號, 法曹會, 1993.
- 山野目章夫, “物上保證人の事前求償權-再検討のための覺書-”, 判例タイムズ 第44卷 第 14號(通卷 第811號), 判例タイムズ社, 1993.
- 高橋眞, “事前求償權の法的性質”, 民商法雜誌 第108卷 第2號, 有斐閣, 1993.
- 西村重雄, “保證人の事前求償權-民法 459條のロー法的沿革”, 民法法學の新展開, 有斐閣, 1993.
- 鳥谷部茂, “物上保證人と事前求償權”, 民法判例百選Ⅱ[債權 第5版], 別冊ジュリスト No.160, 有斐閣, 2001.
- 古積健三郎, “保證人の事前求償權の法的性質”, 法學新報 第113號 第7,8號, 中央大學 法學會, 2007.

[ Abstract ]

# The Pre-Reimbursement of the Person who has furnished his own Property as Security for the Obligation of Another's Obligation

Sang-Tae Lee\*

The purpose of this theses is to commentate the Supreme Court Decision 2009Da19802 · 19819 Decided July 23, 2009. Although in this decision are several legal issues involved, this study is limited to the discussion whether the right of pre-reimbursement might be recognized to the person who has furnished his own property as security for the obligation of another's obligation(hereafter he is called the *Mulsang*-surety in this theses) as well as whether he might set-off his right of pre-reimbursement against the obligation which he has against the principal obligor.

The above Supreme Court Decision does not accept the defendant 2's defence that he exercises the right of pre-reimbursement as the *Mulsang*-surety. This Decision is holding three reasons to that conclusion. That is, ① From the Article 341 & 370 which stipulate as "the *Mulsang*-surety is able to obtain the right of reimbursement when he has discharged the obligor's debt or has lost the ownership of the secured thing in consequence of the enforcement", it might be read that the requisite of the right of reimbursement of the *Mulsang*-surety is prescribed unlikely from that of the surety. ② Unlike the surety, the *Mulsang*-surety takes limited responsibility

---

\* Professor of Law School, Konkuk University, Ph.D.

only with the secured thing, not undertaking the obligation to the oblgree.

③ Unless there are special circumstances, the scope of the *Mulsang*-surety's right of reimbursement can be determined only at the time when he discharges the obligor's debt or loses the ownership of the secured thing.

However, the value judgments on whether necessity for recognizing the pre-reimbursement to the *Mulsang*-surety exists is more important than a simple interpretation on provisions. If positive judgment for that necessity has been done, the conclusion that the right of reimbursement might be recognized to the *Mulsang*-surety could be drawn by interpreting current provisions to the positive direction.

In this theses, it is considered that the need to protect the *Mulsang*-surety is no less necessary than the surety even though there is a significant difference in the legal position between the surety and the *Mulsang*-surety, and it comes to the conclusion that the pre-reimbursement to the *Mulsang*-surety should be recognized to the *Mulsang*-surety in order to make him avoid his disadvantageous position, by reinterpreting the negative reasons which the above Decision presents as follows. That is, first, if the Article 341 is to be construed as optional provision, it could be interpreted as that provision does not directly exclude the right of reimbursement from the *Mulsang*-surety. Second, if the meaning of consignment is interpreted as entrusting the responsibility, then there will be no hindrance in recognizing the pre-reimbursement to the *Mulsang*-surety. Third, the problem of uncertainty about existence and scope of the *Mulsang*-surety's right of pre-reimbursement could be resolved, if the scope of the right of pre-reimbursement which our judicial precedents have shown in the suretyship.

By the way, it should not be overlooked that the above Decision says

‘in principle’ the right of pre-reimbursement is not recognized to the *Mulsang*-surety. That means the case where the above right can be recognized to the *Mulsang*-surety exists exceptionally. If so, the above Decision leaves some following regrets. Namely, this Decision should have to present the criteria which instances come into the principle case and which instances come into the exceptional case. And after that, it should be also judged that to which case the instance of this Decision is pertaining.

Such as the instance of this Decision, where a decision on commencement of auction has been rendered upon a part of the secured things of the *Mulsang*-surety by the person holding the security right, and a prompt commencement of auction upon the remaining secured things is expected, then it could be judged as the exceptional case where the right of pre-reimbursement might be recognized.

And concerning with an other issue of the defendant 2’s defence of set-off, this Decision has ended up without judging it futhermore, by not recognizing the right of pre-reimbursement to him. If the instance of this Decision could be judged as the exceptional case where the right of pre-reimbursement might be recognized to the defendant 2, then his defence of set-off should be judged. And in doing so, it should be also judged which one is the matter of defence that hinders the right of pre-reimbursement among the matters which are provided in Article 443 of the Civil Act.

**Key Words :** Person who has furnished his own Property as Security for the Obligation of Another, Surety, Right of Pre-Reimbursement, Set-off, Mandate, Principal Obligor, Right of Defence