

繼續的 保證契約에서의 保證人の 解止權

김 세 진*

一. 연구대상 판결

대법원 1996. 12. 10. 선고 96다27858 판결 [구상금]¹⁾

1. 사실관계

원고(신용보증기금)는 소의 한신열기기 주식회사(이하 소의 회사라고 한다)의 보증위탁을 받고 1993. 9. 22. 소의 회사가 같은 날부터 1994. 9. 21.까지 1년 동안 어음할인거래로 인하여 소의 중소기업은행에게 부담하게 될 대출금채무를 550,000,000원을 한도로 신용보증을 하였다.

원고기금은 신용보증구상채권에 대하여 피보증회사의 대표이사, 과점주주인 이사, 경영실권자 및 그들이 사실상 지배하는 국내 소재 관계기업 등으로부터 필수적으로 연대보증을 받도록 되어 있었던 관계로, 소의 회사의 주식 21.3%를 소유한 주주이자 그 대표이사의 지위에 있던 피고 이은영과 소의 회사의 주식 32.9%를 소유한 대주주이자 경영실권자의 지위에 있던 피고 이규환 및 피고 이규환이 그 주식의 40%를 소유하고 있던 피

* 대구고등법원 판사

1) 판례공보 1997. 2. 1. 제27호 311면

고 삼진환경 주식회사로부터 장차 원고가 중소기업은행에게 위 신용보증에 기한 보증채무를 이행할 경우 소외 회사가 원고에게 부담하게 될 구상금채무채무에 관하여 연대보증(이하 이 사건 보증계약이라고 한다)을 받았다.

그 후 소외 회사는 1993. 9. 28. 중소기업은행과 사이에 여신과목을 할인어음으로 하고 여신한도를 550,000,000원으로 한 여신한도거래약정을 하고 그 약정에 기하여 1994. 8. 12. 31,000,000원의, 같은 달 19. 63,300,000원의, 같은 해 9. 12. 36,500,000원의 각 어음할인대출을 받았다.

그런데 피고 이은영, 이규환 등 소외 회사의 주주들은 위 어음할인대출이 실행되기 훨씬 전인 1994. 3. 28. 소외 회사의 주식 전부를 제1심 공동피고 정을호에게 양도하였고 소외 회사의 대표이사직도 같은 해 4. 8. 피고 이은영에서 위 정을호로 교체됨으로써 위 피고들은 소외 회사의 경영에서 완전히 배제된 상태에 있었던 관계로 같은 달 12. 원고에게 찾아가 위와 같은 사정변경을 설명하면서 이 사건 보증계약을 해지하는 의사표시를 하였다.

2. 원심(서울지방법원 1996. 5. 10. 선고 96나11944 판결)의 판단

‘원고가 위 중소기업은행과 맺은 신용보증계약은 소외 회사가 위 은행으로부터 어음할인대출을 받는 계속적 거래관계로 인하여 발생하는 불확정한 채무를 보증한 계속적 보증에 해당한다 할 것이고, 또한 피고들이 원고와 맺은 이 사건 보증계약도 원고가 위와 같은 계속적 보증계약을 이행함에 따른 소외 회사의 불확정한 구상채무를 보증하는 것이어서 역시 계속적 보증계약에 해당한다’고 하면서, ‘피고들은 앞서 인정한 바와 같은 관계 때문에 위 보증을 하게 된 것으로서 그 후 소외 회사의 주식을 전부 양도하고 경영에서 손을 뗔으로써 이 사건 보증계약 성립 당시의 사정에 현저한 변경이 생겼다면 피고들은 이를 이유로 이 사건 보증계약을 해지할 수 있다’고 판시.

3. 상고이유

제1점 : 원고가 위 중소기업은행에게 한 신용보증은 소의 회사가 위 은행과의 사이에서 장래 어음할인대출을 받는 계속적인 거래관계로 인하여 장래 발생할 채무에 대한 계속적 보증에 해당한다 할지라도, 소의 회사가 원고에게 부담하는 구상금채무는 신용보증은행금 및 이에 대한 지연손해금, 보증료 및 과태료, 채당지급비용 등으로서 계속적 거래관계로 인한 채무가 아니고, 따라서 위 채무에 대한 피고들의 이 사건 보증계약도 계속적 보증계약이 아니다.

원고의 신용보증을 받는 기업 경영자가 원고의 신용보증을 받은 후 기업을 제3자에게 양도했다거나 주식을 팔았다거나, 기업 임원직을 사임했다는 이유로 그 기업의 원고에 대한 연대보증책임을 면하게 된다면 신용보증기금법에 의한 신용보증체계에 근본적인 혼란을 초래하게 된다.

제2점 : 피고 삼진환경 주식회사는 이 사건 보증계약 당시 소의 회사의 주주이거나 임원도 아니었던 법인이었으므로 그 후 소의 회사의 주주 변동이나 임원 변경이 있었다는 사유는 같은 피고의 이 사건 보증계약을 해지할 권리를 발생시키는 중대한 사정변경에 해당하지 않는다.

4. 대법원 판결(상고기각)

원고가 중소기업은행에게 한 신용보증은, 소의 회사가 장차 1년간의 계속적인 할인어음거래로 인하여 중소기업은행에 부담하게 될 불확정한 채무를 보증하는 것으로서 이른바 계속적 보증에 해당한다 할 것이고, 피고들이 원고에게 한 이 사건 보증도 원고가 위 계속적 보증계약을 이행함으로써 인하여 갖게 될 불확정한 구상금채권에 대한 보증이어서 역시 계속적 보증에 해당한다.

계속적인 보증에 있어서는 보증계약 후 당초 예기하지 못한 사정변경

이 생겨 보증인에게 계속하여 보증책임을 지우는 것이 당사자의 의사해석 내지 신의칙에 비추어 상당하지 못하다고 인정되는 경우에는 상대방인 채권자에게 신의칙상 묵과할 수 없는 손해를 입게 하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 보증인의 일방적인 보증계약해지의 의사표시에 의하여 보증계약을 해지할 수 있다.

위 사실관계에 의하면 이 사건 보증계약 성립 후에 현저한 사정변경이 생겼다고 할 것이고, 이 점은 피고 삼진환경 주식회사에 대하여도 마찬가지라고 할 것이므로 이와 같은 사정변경을 이유로 한 피고들의 보증계약해지의 의사표시에 의하여 이 사건 보증계약은 해지되었다.

二. 검토 사항

연구대상 판결은 일정기간 계속적인 거래로 인하여 발생하게 될 불확정한 채무를 보증하는 것이 이른바 계속적 보증에 해당하는 것임은 물론 계속적 보증의 이행이 있을 경우 발생하게 될 피보증인의 구상금채무도 불확정하기 때문에 이에 대한 보증도 계속적 보증에 해당한다고 하고 있는 바, 불확정적인 채무에 대하여 보증한 보증인의 책임을 제한 내지 감면하기 위하여 개발된 개념인 계속적 보증이라는 개념을 어느 범위에서 인정할 것이며, 이에 따라 이 사건 보증계약이 과연 계속적 보증계약에 해당되는가가 먼저 문제로 된다.

다음 이 사건 보증계약이 계속적 보증계약에 해당할 경우 보증인의 해지권을 인정함으로써 그 책임을 면제하는 것이 타당한가, 타당하다면 그 근거는 어디에서 찾을 것인가, 보증인의 해지권 인정여부를 결정함에 있어 채권자의 사정은 고려되어야 하는가, 고려되어야 한다면 어느 정도 고려되어야 할 것인가 등이 문제로 될 것이다.

三. 研究

1. 계속적 보증계약과 보증인의 보호

1) 계속적 보증계약의 개념

계속적 보증계약²⁾이라는 개념은 일시적 보증계약에 대응하는 개념으로서 계속적 채권관계³⁾의 특질을 가진 보증계약을 지칭하는 것으로, 신원보증계약을 비롯하여 계속적 금융거래, 계속적 매매거래, 기타 계속적거래에 대한 보증계약, 대리점계약의 보증계약, 임대차의 보증계약 등이 그 예로 들어진다.⁴⁾ 넓은 의미에서는 본래적 의미의 보증계약으로서의 부종적 보증계약 뿐만 아니라 손해담보계약적 성질을 가진 신원인수계약과 같은 독립적 보증계약도 포함되고 시간적 계속성을 가지고 발생하는 채무에 대한 보증이지만 그 채무가 특정되어 있는 경우도 포함되나, 독립적 보증계약의 경우는 보증인이 주채무자로부터 독립하여 채무를 부담하는 것으로서 이는 본래적 의미의 보증계약이라고 할 수 없고, 채무가 특정되어 있는 경우는 그에 대한 보증계약을 통상의 보증계약과 달리 취급할 필요나 이유가 없으므로 통상의 경우 계속적 보증계약이라고 하면 이와 같은 독립적 보증계약

2) 이 용어는 日本의 西村信雄 교수가 그의 저서 '繼續的保證の研究(昭和 27年)'에서 제창하여 사용한 용어로서(同書 56면 이하), 最高裁는 뒤에 나오는 소화 39. 12. 18. 판결에서 최초로 사용하고 있다. [椿壽夫 'いわゆる繼續的保證' 民法判例百選 II(제2판 1982. 7.) (別冊 ジュリスト No 78. 70면)] 하급심은 소화 35. 11. 25. 판결(註 19 참조)에서 이미 사용하였다.

3) 일시적 채권관계와 계속적 채권관계의 구별에 관하여 관하여 획기적인 연구를 한 학자는 독일의 Otto von Gierke이다. 그의 견해에 의하면, 일시적 채권관계에서는 채무는 일정한 시점에 있어서 실현되는 급부를 내용으로 함에 대하여, 계속적 채권관계에 있어서는 일정한 기간을 통하여 실현되는 급부가 채무의 내용을 이룬다. 따라서 전자에 있어서는 그 정상적인 소멸원인은 '이행'이고, 후자에 있어서는 '時の 경과'이며, 계속적 채권채무관계에서는 구체적으로 파생하는 개별적·지분적 청구권 외에 그 원천이 되는 통일적·종합적 청구권이 있고, 계속적 채권관계에서는 그 특유의 종료원인으로 해지권이 있다고 한다. [日本 註釋民法(11) (西村信雄 집필 부분) 144면]

4) 앞의 日本 註釋民法 144면

이나 장래특정채무의 보증계약을 모두 제외시키고 단지 '계속적 채권관계에서 발생하는 불확정 채무의 보증계약'만을 말하는 것이 일반적이다.⁵⁾

학설과 판례에서는 '계속적 보증'이라는 용어 외에도 '근보증'과 '신용보증'이라는 용어도 사용되는데 3자의 상호관계에 관하여는, 3자를 동의어로 이해하는 견해와 신용보증을 당좌대월계약, 어음할인계약, 신용카드거래계약, 할부판매계약, 계속적 공급계약 등 계속적 거래관계로부터 발생하는 현재 및 장래의 불특정 내지 불확정의 채무를 위한 보증으로 파악하고 계속적 보증은 이러한 신용보증 이외에도 신용보증과 임대차계약에서의 임차인의 채무의 보증을 포괄하는 가장 넓은 개념의 보증으로 이해하면서 계속적 보증과 근보증을 동의어로 파악하는 견해 및 신용보증과 근보증을 동일한 개념으로 파악하고 계속적 보증을 근보증, 신용보증, 임차인의 채무의 보증을 포괄하는 개념으로 이해하는 견해 등 다양하고⁶⁾, 판례도 위 용어들을 혼용해 오다가 최근에는 계속적 보증이라는 표현을 사용하는 빈도가 점점 높아지고 있는 것으로 보인다.⁷⁾

신용보증이라는 용어는 일반적으로 '受信者와 與信者 사이에 반복·계속하여 행하여지는 신용거래에 기하여 受信者가 與信者에 대하여 부담하는 채무에 대한 보증'을 경제적인 역할에 비중을 두고 사용하는 용어라 할 수 있고, 그 채무가 '증감변동하는 불특정의 채무'에 대한 보증이라는 점에서 이에 대하여 법률적인 선택이 가미된 용어로서 '근보증'이라는 용어를 사용한다고 이해한다면 신용보증과 근보증은 다른 측면에서 본 동일한 개념으로 파악할 수 있다. 이 글에서는 신용보증과 근보증을 동일한 개념으로 이해하고 신용보증, 신용보증, 임차인 채무의 보증을 포함하는 의미에서 계속적 보증이라는 용어를 사용하기로 한다.⁸⁾

5) 民法註解(10) (朴炯大 집필 부분) 375면

6) 金相容 債權總論(1996. 1.) 423 - 424면

7) 대법원 1991. 12. 24. 선고 91다9091 판결, 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다26348 판결, 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다8668 판결, 대법원 1992. 7. 28. 선고 91다35816 판결 등

8) 같은 견해로는 朴炯大 '계속적 보증에 관한 고찰' 사법논집 18집(1987년) 15면, 金相容

한편, 계속적 보증계약에 관한 논의는 당초 신원보증계약을 중심으로 보증인에게 지나치게 가혹한 책임이 돌아가는 것을 합리적으로 제한해 보고자 하는 시도에서 비롯된 것이고, 그 책임의 가혹성은 본원적으로 보증계약이 특정채무에 대한 일회적인 것이 아니라 시간적 지속성을 가지고 효력을 유지해 간다는데 기인하는 것으로 볼 수 있으나, 신원보증계약에 관하여는 일찍부터 판례상 형성된 이론을 토대로 특별법이 제정되어 있고 임대보증계약의 경우에는 통상 기초되는 임대차계약의 내용이 한정적으로 규정되어 있는 까닭에 책임의 부당한 확대나 장기화의 우려가 비교적 덜하다 할 수 있으므로 결국 오늘날 계속적 보증계약에 관한 중심적 문제영역은 금융거래 및 계속적 물품거래 등에 있어서의 신용보증계약의 문제로 옮겨졌다고 할 수 있다.⁹⁾

2) 계속적 보증계약의 특수성과 보증인의 보호의 필요성

계속적 보증의 특수성으로는 일반적으로 보증계약이 가지고 있는 利他性, 無償性, 人的責任性, 情誼性, 輕率性 외에, 추상적·기본적 보증채무로부터 구체적 보증채무가 파생하는가와, 파생하는 경우에도 그 액수가 얼마에 달할 것인가가 불확정적이라는 점(未必性), 보증기간 기타 종료원인이 미리 정하여져 있지 아니한 경우가 많다는 점(永續性), 보증인의 책임의 한도액이 미리 정하여져 있지 아니한 경우가 많다는 점(廣範性) 등을 들 수 있다.¹⁰⁾

거래의 실상을 보아도 계속적 보증계약이 주채무 발생계약과 별도로 체결되는 경우는 대단히 드물고 대개의 경우 기본계약서에 보증조항이 포함되어 있고 그것도 부동산자로 미리 인쇄되어 있는 것이 보통이므로 보증인은 계약서에 서명날인을 하면서도 자신의 책임에 관하여는 별로 신중한 고려를 하지 않는 경우가 허다하고, 설사 그 계약조항에 이의가 있더라도

앞의 책 425면

9) 朴炳大 앞의 논문 14면

10) 앞의 日本 註釋民法(11) 150-155면

채권자가 금융기관 등 우월적 지위에 있는 경우가 많아서 그 내용의 수정 내지 제한을 요청하는 것은 거의 불가능하다시피 한 것이 실정이다.¹¹⁾

이러한 계속적 보증의 특수성과 실정을 고려하면 계속적 보증에 있어서 구체적 법적 정의의 실현을 위해서는 우선 열악한 지위에 있는 보증인의 보호가 요청됨이 분명하다. 한편 보증인의 보호에 치우칠 경우에는 물적 담보를 소유하고 있지 아니한 자에 대한 신용매개라는 보증의 본래 기능의 수행에 지장을 초래하여 법적 규율의 적정성을 잃게 될 것이므로 충돌하는 두 개의 법익, 즉, 보증인 보호의 요청과 보증제도의 법적 안정성의 확보 곧 채권자 보호의 요청과의 조화가 필요하게 된다.

계속적 보증에 있어서의 보증인에 대한 보호문제는 보증인의 책임범위에 관한 문제와 보증계약의 해지권에 관한 문제 및 보증채무의 상속성에 관한 문제 등으로 논의가 전개되어 왔다.¹²⁾

2. 계속적 보증계약에서의 보증인의 해지권

1) 해지권 일반

민법은 제544조 내지 제546조에서 이행지체와 이행불능으로 인한 해제권의 발생에 관한 통칙적인 규정을 두고 있음에 반하여, 해지권에 관하여는 통칙적인 규정을 두지 아니하고, 임차목적물의 일부멸실로 인한 임차인의 해지권(민법 제627조), 임차인의 파산으로 인한 임대인의 해지권(민법 제637조), 부득이한 사유로 인한 고용계약의 쌍방해지권(민법 제661조), 사용자의 파산으로 인한 노무자의 고용계약 해지권(민법 제663조), 위임의 상호 자유로운 해지권(민법 제689조) 등 각종 전형계약에 관하여 시간이 흐르는 동안 계약의 기초를 이룬 제반사정에 변화가 생길 것을 고려하여 당초의 약정대로 당사자를 묶어두는 것은 형평에 맞지 않다는 배려

11) 앞의 民法註解 382면

12) 앞의 民法註解 382-383면

에서 해지권을 인정하는 산발적인 개별규정을 두고 있을 뿐이다. 그러나 그러한 명문규정이 없는 경우라고 하더라도 계약의 기틀이 된 행위기초의 변동이나 당사자간 신뢰관계의 파탄 등 중대한 사정변경¹³⁾이 있으면 일반적으로 해지권을 인정할 것이라는 데 대하여 학설¹⁴⁾ 판례¹⁵⁾상 이론이 없다.

13) 사정변경의 원칙이란 이행기까지 사이에 있어서 당사자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유에 의해서, 계약당시 당사자가 예견하지 않았고, 또 예견할 수 없었던 사정이 발생한 결과 약정된 급부를 이행시키는 것이 현저히 불공평하게 된 경우에, 그 이행을 강제시키는 것은 신의성실의 원칙에 반하는 것으로 이와 같은 경우에는 계약을 해지할 수 있거나 계약 내용을 변경해 줄 것을 요구할 수 있는 효력을 부여하는 원칙을 말하는 것으로서, 위와 같은 원리가 태동하게 된 그 근원적인 배경에는 독일에서 제1차 대전후에 생긴 경제적 붕괴는 원료의 부족과 생산장애, 극심한 화폐가치의 하락 등의 현상을 가져왔고, 이와 같은 상태에서 채무자를 당초의 계약대로 구속시키는 것이 정의와 형평에 합치하지 않는다고 인정할 정도로 경제적 사정의 근본적 변동을 야기하였고, 이에 대처하기 위한 이론으로 처음에는 경제적 불능론, 그 다음에는 중액평가론으로 발전하였다가 그후 거래기초론으로 발전되었던 바, 여기서 거래의 기초라고 하는 것은 계약체결 당시에 당사자의 결의의 기초가 된 일정한 사정의 존재에 대한 당사자의 관념으로서 이와 같은 거래의 경제적 기초가 사정변경에 의해서 소멸되어, 즉 거래기초의 소멸을 가져오거나 처음부터 그 기초에 흠결이 있었던 것이 발견된 경우 그 계약을 해지할 수 있다는 이론으로 발전 전개된 것이라고 한다.(李敦熙 '계속적 보증계약과 사정변경에 의한 해지권' 서울지방법원 판례연구 5집 231-232면)

14) 郭潤直 債權名論(전정판) 153면, 金光年 '계속적 보증계약과 보증인의 해지권' 민사판례연구 IV63면

15) 대법원 1966. 3. 22. 선고 66다68 판결은 '근저당권에 의하여 담보되는 채권이 전부 소멸하고 채무자가 채권자로부터 새로이 금원을 차용하는 등 거래를 계속할 의사가 없는 경우에는 근저당 또는 그 기초되는 계약에 존속기간의 정함이 있고 아직 그 기간 경과전이라 하더라도 근저당권설정자는 위 기초되는 계약을 해지하고 근저당권설정동기의 말소를 구할 수 있다고 해석하는 것이 조리에 합당하다'고 판시하여 사정변경에 의한 해지권을 인정하였고, 대법원 1977. 10. 11. 선고 77다948 판결은 '기간의 정함이 없는 백화점 점포 한칸 사용대차에 있어서 차주의 점포의 사용조건 및 점포관리규정위반은 위 계약의 기초가 되는 신뢰관계를 파괴하여 대주로 하여금 본건 계약을 존속케 함은 일방적 희생을 강요하는 결과가 되어 불공평하여 이런 사유는 계약관계의 존속을 기대하기 어려운 부득이한 경우에 해당되어 차주의 사용조건 및 관리규정위반은 채무불이행이라 할 것이니 이를 이유로 한 대주의 해지통고에 의하여 위 계약은 적법하게 소멸되었다'고 판시하여 신뢰관계 파괴로 인한 해지권을 인정하였다.

2) 계속적 보증계약에 있어서의 해지권

특히 계속적 보증은 피보증거래의 지속과 중단, 개별채무의 발생과 증감이 보증인의 의사와 거의 무관하게 결정되는 것이므로 다른 어떤 계약관계보다 당사자간의 신뢰관계에 의지하는 정도가 크고, 그만큼 사정변경에 의한 해지권을 인정하여야 할 필요가 강하다고 할 수 있다.

종래 학설은 계속적 보증에 있어서의 해지를 임의해지와 특별해지로 구분하여, 양자 공히 보증계약 성립후 세월이 경과하는 사이에는 제반의 사정에 변화가 생긴다는 것이 고려되어 인정된 것이지만, 임의해지권은 ① 보증기간을 정함이 없고, 또한 보증채무액의 한도를 정하지 아니할 것, ② 보증계약 성립후 상당한 기간의 경과를 요건으로 하여 성립하고, 해지통고 후 상당한 기간이 경과함으로써 효력이 발생하는 것으로서 그 근거는 당사자의 의사의 해석, 기간의 정함이 없는 계속적 채권관계에 관한 민법상의 해지규정의 유추적용 또는 신의칙에서 구하고, 특별해지권은 보증계약 성립후 '특별사정의 발생' 또는 '현저한 사정의 변경'을 요건으로 하여 성립하고, 해지의 효과는 즉시 발생하는 것으로서 그 근거는 사정의 변화가 있는 때에는 특별해지권을 인정하는 신원보증법의 규정(제4조, 제5조)의 유추적용, 당사자의 의사해석, 신의칙 또는 민법 제599조(파산과 소비대차의 실효)의 法意의 유추 등에서 구하는 것이 보통이다.¹⁶⁾

그러나 그에 따른 요건에 집착하게 되면 구체적 사정에 따라 탄력성있는 결론을 얻어 내는데 오히려 장애가 되므로, 각 구체적 사정에 따라서 계속적 보증계약의 기초인 신뢰관계가 파괴되어 더이상 보증계약을 존속시키는 것이 사회통념상 바람직하지 못한 경우 즉, 해지를 인정함에 상당한 이유가 있는 경우에는 해지권을 인정하는 것으로 일원적으로 파악해야 한다는 비판이 있고¹⁷⁾, 이것이 타당하다고 생각한다. 다만 일원적으로 파악할 경우 해지의 효력발생시기가 문제되나 이는 구체적 사정에 응하여 신의

16) 金光年 앞의 논문 63-72면

17) 朴炳大 앞의 논문 47면, 李載坤 '계속적 보증계약에 있어서 보증인의 해지권' 대법원판례 해설 제6호(1986년 하반기) 67-68면

칙에 비추어 개별적으로 판단해야 할 것이다. 대법원은 뒤에 나오는 ②의 판결에서 신뢰관계 파괴 등을 이유로 한 해지(종래의 학설에 의하면 특별 해지로 즉시 효력이 발생한다.)를 인정하면서 원심이 채권자의 이익보호 조치를 위한 기간으로 15일을 인정한 것을 그대로 인정하였다.

우리나라의 학설은 대체로 위 견해를 따르고 있는 것으로 보이나, 다만 보증인의 해지권을 보증기간의 약정이 없는 경우에만 인정할 것인가, 아니면 보증기간의 약정이 있는 경우에도 인정할 것인가에 관하여 견해의 대립이 있다.¹⁸⁾ 일본 판례도 초기에는 해지권 양분론적인 견해를 보여 오다가¹⁹⁾, 最高裁 昭和 39. 12. 18. 판결은 〈밀가루의 계속적 매매거래관계에 있어서 주채무자가 수차 그 대금을 지급하지 아니하므로 보증인이 다액의 대금을 지급하여 왔기 때문에 약 2, 3개월 후 보증계약을 일방적으로 해지한 사안²⁰⁾〉에서 '기간의 정함이 없는 계속적보증계약은 보증인의 주채

18) 전자의 견해로는 金曾漢 채권총론 보정판(박영사) 246면, 郭潤直 채권총론 재전정판(박영사) 321면 金基善 한국채권법총론 제2전정판(박영사) 267면이 있고, 후자의 견해로는 金容漢 채권법총론(박영사) 401면, 金嘯洙 채권총론 제2판(삼영사) 332면, 金相容 앞의 책 429면 權龍雨 '계속적 보증계약의 사장변경에 의한 해지권' 판례월보 260호 (1992. 5.) 21면이 있다.

19) 임의해지에 관한 大審院 판결로는, 장래의 어음급채무의 보증인은 보증계약체결후 상당기간을 경과한 경우에는 채무자에 대하여 보증계약해약의 의사표시를 하고 그것에 의하여 장래 주채무자가 부담하는 채무에 대하여 보증채무를 면할 수 있다는 大審院 昭和 9. 5. 15. 판결[判例體系(第2期版) 債權法 I (總則, 契約) 2012면 (4) 판결]이 있고, 하급심 판결로는 계속적보증에 있어서 보증책임의 제한액 및 보증기간의 정함이 없는 경우에는 보증인은 거래관행 및 신의칙에 비추어 상당하다고 인정되는 기간이 경과한 후에는 해약을 할 수 있다고 해석하는 것이 상당하다는 大板地裁 昭和 35. 11. 25. 판결[判例體系(第2期版) 債權法 I (總則, 契約) 2013면 (10) 판결]이 있으며, 특별해지에 관한 것으로는, 장래 성립하는 채무에 대하여 보증한 경우에 주채무자의 자산상태가 현저히 악화된 이상 이미 상당기간을 경과했는가를 묻지 않고 장래에 향하여 일방적으로 해약할 수 있다는 大審院 소화 9. 6. 8. 판결[判例體系(第2期版) 債權法 I (總則, 契約) 2012면 (6) 판결]이 있다.

20) 사안의 내용을 좀더 구체적으로 보면 다음과 같다.

X(상고인)는 제빵업자인 A와의 사이에 밀가루 매매거래를 하고 있었지만 소화 34년 가을경 A의 대금 미지급액이 194,100엔에 이르자 일단 거래를 중지하였다. 그 후 곧 A의 숙부인 Y(피상소인)의 보증으로 X와 A 사이의 거래가 재개되고 Y는 X와의 약정에

무자에 대한 신뢰가 **害**하여지게 되었다는 등 보증인으로서 **해약통고**를 함에 있어 상당한 이유가 있는 경우에는 그 **해약**에 의하여 채권자가 신의칙상 간과할 수 없는 손해를 입는 등 특단의 사정이 있는 경우를 제외하고 보증인이 일방적으로 해지할 수 있는 것으로 해석함이 상당하다'고 전제하면서 '보증인에게는 계약을 해지할 상당한 이유가 있고 채권자에게는 앞서 실시한 바와 같은 특단의 사정이 없으므로 보증인의 해지가 유효하다'고 판시한 원심을 지지함으로써²¹⁾ 일원론적 견해를 취하고 있다. 대법원 역시 뒤에서 보는 바와 같이 해지권을 일원적으로 파악하고 있다.²²⁾

가하여 신규의 거래대금에 매회 미불금 20,000원을 가산한 약속어음을 X 앞으로 발행해 왔다. 그 후 소화 35년 1월경 Y는 A에게 불신행위(위 보증시 A는 Y에 대하여 자신이 X와의 거래대금 후 그로부터 들어오는 밀가루의 대금은 그 다음달 5일까지 Y에게 지참할 것을 약속했음에도 불구하고 이것을 게을리했고 그 때문에 Y 자신의 출금이 상당한 액수에 달하였다.)가 있어서 위 약정을 해약했지만 A는 Y 발행명의의 약속어음을 위조하여 스스로 지불해 오다가 최후로 부도가 나자 X는 Y에 대하여 어음금의 지급을 청구하였다.

원심이 Y의 해약을 인정하자 X는 註 19의 대심원 소화 9. 5. 15. 판결을 들면서 '기간 및 금액의 정함이 없는 장래 발생하는 채무에 대한 보증계약에 있어서는 계약후 상당한 기간이 경과한 경우든가 그렇지 않더라도 채무자의 자산상태가 현저히 악화된 경우에만 해약할 수 있는바, 보증계약후 2, 3개월을 경과한 것만으로 해약을 인정하는 것은 경험칙에 반하고 거래의 안전을 해한다고 주장하면서 상고.

- 21) 한편, 최고재는 본건에 있어서 보증계약후 상당기간 경과후 해약의 통지가 있었음이 명백하다고 판시하면서 상고인이 들고 있는 대심원 판결에 관하여는 '채무자의 자산상태가 급격히 악화된 것과 같이 보증계약체결시 예측할 수 없었던 특별한 사정이 있으면 상당한 기간을 경과하지 않더라도 해약할 수 있다'는 것이 그 취지라고 덧붙였다.

이 판결에 대한 평석으로는 임의해지와 특별해지를 준별하는 학설의 입장에서는 어중간한 판결로 평해지지만 제3의 범주에 속하는 판결로 볼 여지가 있다는 樁壽夫의 앞의 논문과, 종래의 판례와 비교하여 채권자에게 특단의 사정이 없을 것이 새로운 요건으로 추가되었음을 주목하는 右近健男의 논문[「いわゆる繼續的保證」 民法判例百選 II 債權(제4판 1996. 3.) (別冊 ジュリスト 64-65면)]이 있다.

- 22) 연구대상 판결과 뒤 ①, ②, ③, ④ 판결

다만 ③의 판결에 대하여는 이 판결은 '위 계속적 보증계약에서 보증기간을 정하였다 하더라도 그것이 퇴사후에도 보증채무를 부담하기로 특약한 취지라고 인정되지 않는 한 위와 같은 해지권의 발생에 영향이 없다'라고 판시하고 있는바, 이는 특별해지의 경우에는 임의해지와는 달리 기간이 없는 보증계약이나 또는 보증책임의 한도가 없다는 것 등을 그 요건으로 하지 않고 있음을 명시하고 있는 것이라고 평하는 견해가 있다.(李敦熙 앞

계속적 보증계약에서의 해지를 논함에 있어서는 임의적 해지와 특별해지의 구별보다는 해지를 인정함에 신의칙상 '상당한 이유'가 있는가에 초점이 맞추어져야 한다고 본다.

3) 판례에 나타난 '상당한 이유'

가. 보증에 이르게 된 경위

① 대법원 1978. 3. 28. 선고 77다2298 판결(치료비)²³⁾

(사안) 피고는 그의 형이 소의 A를 때려서 상처를 입힘으로써 그 치료비를 배상할 책임이 있는 것으로 알고 A가 원고(國) 산하 의료기관에 입원함에 있어 장래 발생할 입원치료비에 관하여 A를 위하여 기간 및 책임한도를 정함이 없이 연대보증을 하였다. 그러나 나중에 알고 보니 피고의 형은 A를 때린 일이 없으며, A의 부상은 순전히 자신의 부주의로 인한 것임이 밝혀졌으므로 3일후에 위 보증계약의 해지통고를 하였다. 그러나 위 의료기관은 A에 대한 치료를 그 후에도 계속하였고 원고가 피고를 상대로 입원치료비의 지급을 구하는 소송을 제기하자 피고는 위의 해지통고로서 위 보증계약은 해지되었다고 주장하였다.²⁴⁾

(대법원판결) '피고는 그 책임한도의 정함이 없이 A의 상처를 치료하는 불확정한 기간 동안 계속적으로 발생한 그 입원치료비를 보증한 것임이 분명한데, 피고는 그의 형이 A에게 가해를 한 것으로 잘못 알고 그 치료비를 보증하였으나, 그런 착오가 없었으면 그 보증을 할 아무런 까닭이 없는 본

의 논문 235면)

23) 법원공보 1978년 585호 1075면

24) 피고는 위 연대보증계약의 중요부분에 착오가 있었음을 내세워 이를 취소한다는 주장도 하였으나 원심은 이에 대하여 위와 같은 착오는 동기의 착오에 불과한 것으로 당사자 사이에 특히 그 동기를 계약의 내용으로 삼지 아니한 이상 이를 이유로 계약을 취소할 수 없다 할 것인바, 위 연대보증 당시 위 동기를 그 내용으로 하기로 하였다는 사정이 보이지 아니하므로 위 취소의 의사표시는 효력이 없다고 판시하였고, 대법원도 이를 지지하였다.

건과 같은 사정 아래서 피고로 하여금 그 보증계약을 그대로 유지 존속케 한다는 것은 사회통념상 바람직한 바 못되므로 그 계약해지로 인하여 상대방인 원고에게 신의칙상 묵과할 수 없는 손해를 입게 하는 등 특단의 사정이 있는 경우를 제외하고 피고는 일방적으로 이를 해지할 수 있다고 봄이 상당하다'고 판시하여 보증을 할만한 사정이 없음에도 그러한 사정이 있는 것으로 중대한 착각을 하여 보증하였다가 나중에 그것이 밝혀진 경우에 관하여 보증인의 해지를 인정하고 있다.

나. 주채무자에 대한 신뢰의 상실

② 1986. 9. 9. 선고 86다카792 판결(치료비)²⁵⁾

[사안] 피고 1은 소외 A가 자신의 허리디스크를 치료하여 줄 것을 사정하자 보수도 받지 아니하고 A의 허리부분에 지압 등의 시술을 하여 주었는데 그후 A는 피고 1이 치료를 잘못하여 병세가 더욱 악화되었다고 주장하면서 병원치료를 시켜주지 아니하면 피고 1의 무면허 의료행위를 수사기관에 고발하겠다고 하므로 피고 1은 부득이 A를 원고(國) 산하 병원에 입원시키고, 피고 2와 함께 A의 장래의 입원치료비 채무를 연대보증하였으나, 그후 A가 피고 1을 의료법위반 등으로 고소하기에 이르자, 피고들은 위 병원측에 대하여 위 연대보증의 1차 해지통고를 하고, 피고 1은 그로부터 15일이 지난 후 다시 2차 해지통고를 하였다.

[대법원판결] '이 사건과 같이 기간의 정함이 없는 계속적 보증계약은 보증인의 주채무자에 대한 신뢰가 깨어지는 등 보증인으로서 보증계약을 해지할 만한 상당한 이유가 있는 경우에 보증인으로 하여금 그 보증계약을 그대로 유지존속케 한다는 것은 사회통념상 바람직한 바 못되므로 그 계약해지로 인하여 상대방인 채권자에게 신의칙상 묵과할 수 없는 손해를 입게 하는 등 특단의 사정이 있는 경우를 제외하고는 보증인은 일방적으로 이를 해지할 수 있다'고 판시하여 주채무자에 대한 신뢰의 상실을 이유로 한 보

25) 법원공보 1986년 1384면

증인의 해지권을 인정하였다.

다. 보증인의 지위의 변동²⁶⁾

〈긍정한 사례〉

③ 1990. 2. 27. 선고 89다카1381 판결(물품대금)²⁷⁾

[사안] 원고(대구경북시멘트가공협동조합)의 조합원인 소외 A회사의 직원인 피고는 1985. 8. 21. 위 소외 회사와 원고조합 사이의 외상거래로 인하여 향후 3년간 발생하게 될 원고조합에 대한 위 소외 회사의 외상대금 지급채무와 이와 관련된 특별회비의 지급채무를 그 구매금액의 한도 내외를 불문하고 전액에 관하여 연대보증하였다. 피고는 그 후 위 소외회사의 계속된 다른 보증의 요청을 받아들일 수 없어 부득이 1985. 9. 3. 위 소외 회사를 퇴사한 후 같은 달 30. 원고조합의 상무이사를 찾아가 그 사정을 알리고 구두로 위 연대보증에 대한 해지통고를 하였다.

[대법원판결] '이른바 계속적 보증계약에 있어서 보증계약성립 당시의 사정에 현저한 변경이 생긴 경우에는 보증인은 보증계약을 해지할 수 있다고 보아야 할 것인 바, 회사의 임원이나 직원의 지위에 있기 때문에 회사

26. 이를 이유로 한 보증인의 해지권을 인정한 일본의 사례로는 내연관계의 해소를 지위의 변경의 경우에 해당하는 것으로 보아 해지권을 인정한 동경고판 소화 37. 4. 28. 판결이 있고[동 판결을 특별해지의 한 유형으로 본 평석으로는 判例タイムズ No. 664(1988. 7.) 48면 이하 참조], 대심원 판결로는 '산업조합의 이사가 기한 및 금액의 정함이 없이 장래 조합이 부담해야 할 거래대금채무를 보증한 경우 그 이사는 그 후 이사를 사임할 때 장래에 향하여 일방적으로 보증계약을 해지할 수 있다'는 소화 16. 5. 23. 판결[判例體系(第2期版) 債權法 I(總則, 契約) 2012면 (8) 판결]이 있다.

한편 회사의 이사가 채무액과 변제기가 특정되어 있고 다만 채무의 이행기만 수년에 걸쳐 있는 회사 채무에 대하여 연대보증계약을 체결한 경우에는 계속적 보증이나 포괄근보증과는 달리 이사직 사임이라는 사정변경을 이유로 한 계약의 해지를 인정하지 아니하고 있다.(대법원 1991. 7. 9. 선고 90다15501 판결)

27) 법원공보 1990년 870호 756면

의 요구로 부득이, 회사와 제3자 사이의 계속적 거래로 인한 회사의 채무에 대하여 보증인이 된 자가 그 후 회사로부터 탈퇴하여 임원이나 직원의 지위를 떠난 때에는 보증계약 성립 당시의 사정에 현저한 변경이 생긴 경우에 해당하므로 사정변경을 이유로 보증계약을 해지할 수 있다고 보아야 하며, 위 계속적 보증계약에서 보증기간을 정하였다 하더라도 그것이 특히 회사후에도 보증채무를 부담하기로 특약한 취지라고 인정되지 않는 한 해지권의 발생에 영향이 없다'고 판시하여 계속적 보증에 있어서 보증인의 지위의 변동으로 인한 사정변경에 의한 해지를 인정하였다.²⁸⁾

④ 대법원 1992. 11. 24. 선고 92다10890 판결(구상금)²⁹⁾

[사안] 원고(신용보증기금)는 소외 주식회사 만진의 부탁으로 소외 회사가 소외 한국의환은행으로부터 1984. 6. 22.부터 1985. 6. 21.까지 1년간 수출지원금융을 받는 계속적 거래상의 채무를 원금 10억원과 이에 대한 이자채무를 한도로 하여 신용보증을 하였는데 소외 회사의 이사이던 피고들은 원고와 공동으로 위 채무에 대하여 연대보증을 하였고, 또한 원고가 그 신용보증책임을 이행함으로써 인하여 소외 회사가 원고에 대하여 부담하게 될 구상채무에 관하여도 연대보증하였다. 피고들은 1984. 12. 15.과 1985. 1. 12. 소외 회사의 이사직을 사임하여 각 퇴직한 후 원고에 대하여 이를 이유로 하여 보증계약해지의 의사표시를 하였다.

[대법원판결] '원고나 피고들이 위 은행과 맺은 각 보증계약은 소외 회사가 위 은행으로부터 수출지원금융을 받는 계속적 거래관계로 인하여 발생하는 불확정한 채무를 보증한 계속적 보증에 해당한다고 할 것이고, 또 피고들이 원고와 맺은 보증계약도 원고가 위와 같은 계속적 보증계약을 이행함에 따른 소외 회사의 불확정한 구상채무를 보증하는 것이어서 계속적 보증계약으로 취급함이 상당하다(이는 '원고가 신용보증채무를 이행함으로써

28) 원심(대구고등법원 1988. 12. 7. 선고 88나2527 판결)은 '보증후의 회사 퇴사라는 한 가지 사유만으로는 계속적 보증계약을 일방적으로 해지할 수 있을 정도의 중대한 사정변경이 있는 경우에 해당되지 않는다'고 판시하여 대법원과 상반된 견해를 보였다.

29) 법원공보 1993년 218면

인하여 소외 회사의 연대보증인인 피고들이 원고에 대하여 부담하게 된 구상의무는 그 기본한도액이 10억원으로 정하여져 있고, 그 보증기간이 1년으로 제한되어 있으므로 그 구상의무의 보증은 계속적 보증계약이라고 볼 수 없다'는 상고이유에 대한 판시이다.)고 할 것이므로, 피고들이 소외 회사로부터 퇴사하여 이사의 지위를 떠난 때에는 비록 피고들이 위 은행과 체결한 보증계약에 보증한도액이 75억원으로 정하여져 있고 보증일로부터 3년 경과시에 보증채무의 원본확정을 청구할 수 있도록 약정되어 있으며, 또 원고가 위 은행과 체결한 신용보증계약에 원금의 보증한도액이 10억원으로 정하여져 있고 그 보증기간이 1년으로 제한되어 있어 원고가 그 보증계약을 이행함으로써 소외 회사나 그 연대보증인에 대하여 가지는 구상권의 범위가 한정된다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 피고들로서는 위 은행 및 원고와 맺은 위 각 보증계약을 해지할 수 있다(이는 '이 사건 보증은 보증계약상 보증한도액 및 보증기간이 한정되어 있는 등 보증한도가 제한되어 위 보증계약 체결당시 피고들이 이미 예견한 것이므로 비단 피고들이 소외 회사의 이사인 지위에서 사임한 것만으로는 보증계약 성립 당시의 사정이 현저하게 변경되어 보증인에 크게 영향이 있다고 볼 수 없다'는 상고이유에 대한 판시이다.)고 판시하여 보증인의 지위변동에 따른 해지권을 인정하였다.³⁰⁾

30) 이 판결에 대하여 반대하는 견해로는 金基洙 교수의 '소위 계속적 보증의 해지권' [법률신문 2261호(1993. 11. 1.) 15면]이 있다. 동 교수는 일본의 학설과 판례에 의하여 전래된 계속적보증의 개념이 무비판적으로 수용되어 각종 계속적 보증의 특이성이 전혀 고려되지 않고 근보증 이론에 의하여 보증인 보호(책임 축소)를 획일화하여 왔는데, 기업의 업무상 계속적보증의 중심이 되었기 때문에 계속적보증의 개념은 근보증, 신용보증을 포괄하는 개념으로 사용되었고 이에 따라 근보증상 요구되는 보증책임의 제한이론이 계속적보증에 무비판적으로 수용되어 적용되는 결과를 가져왔다고 비판하면서, 장래 확정채무를 보증하고 또한 신용보증기관과의 연대보증에 의하여 보증책임의 안정과 채권자 보호를 동시에 도모하는 특수 신용보증인 본전 신용보증에 대하여 장래 미확정채무의 보증인 근보증에 관한 종래 학설 판례의 이론인 보증인 보호의 이론을 적용하는 것은 설득력이 약하다고 주장한다.

〈부정한 사례〉

대법원 1995. 4. 25. 선고 94다37073 판결(채무부존재)³¹⁾

(사안) 단순한 고용직 이사가 아니라 회사의 대주주로서 이사로 취임한 이래 부사장 등의 직책을 맡아 회사의 경영에 관여해 오던 자가 회사 경영진 내부의 마찰이 있는데다가 다른 회사 경영에 전념하기 위하여 이자직을 사임함과 동시에 다시 감사로 취임하여 재직하면서 주주의 지위는 계속 보유하고 있었다.

(대법원 판결) 그가 이사직을 사임하였다고 하여 그것만으로 회사와의 신뢰관계가 깨어져 사회통념상 그가 이사재직시 회사를 위하여 체결한 포괄근보증계약을 유지케 함이 바람직하지 못하게 되었다고 보기 어렵고, 또한 그가 보증인이 된 것이 오로지 이사의 지위에 있었기 때문에 부득이 한 것이라고 볼 수도 없으므로, 이와 같은 상황에서 이사의 지위에서 사임하였다는 사유만으로는 보증계약을 일방적으로 해지할 수 없다.

라. 주채무자의 자산상태의 악화³²⁾

대법원 1994. 12. 13. 선고 94다31839 판결(근저당권설정등기말소등)³³⁾은 소외 A가 피고회사와 대리점계약을 체결한 소외 B를 위하여 피고회사와 사이에 B가 위 대리점계약에서 발생하는 피고회사에 대한 모든 채무에 관하여 연대보증계약을 체결한 이후 B와 피고회사 사이의 거래형태가 일부 변경되고 이에 따라 외상채무가 급격히 증가하여 B가 경영하는

31) 법원공보 1995년 1941면

32) 대법원은 특정채무에 대한 단일보증의 사안에 대해서는 주채무자의 자산상태의 악화에 따른 사정 변경에 의한 계약해제를 인정하지 않고 있다. 즉, 대법원은 1986. 9. 23. 선고 85다카1957 판결에서 '보증행위 당시에 있었던 계약당사자 사이의 어떤 법률관계가 아니고, 보증행위 성립후 채무자의 자산상태가 악화되고, 그리하여 보증채무를 이행한 뒤 채무자에게 구상권을 행사하여도 실효를 거둘 수 없게 되었다거나 보증인이 그러한 사정을 예측하지 못하였다는 등의 사유로써는 보증인에게 보증계약을 해제할 권리를 인정할 수 없다'고 판시하였다.[원심(서울고등법원 1985. 7. 26. 선고 84나2744 판결)은 반대]

33) 법원공보 1995년 488면

채무구조가 악화되었는데도 피고회사가 보증인인 A에게 아무런 통지도 하지 아니하고 계속하여 거래규모를 확대함으로써 B의 외상채무를 누적시켜 온 사안에 대하여 보증계약 성립 당시의 사정에 현저한 변경이 생겼다는 이유로 보증인 A의 해지를 인정하였다.

일본의 사례로는 '기간, 금액의 한도 등에 대한 정함이 없는 장래의 채무에 대한 보증인은 계약후 주채무자의 자산상태가 현저히 악화되어 후일 구상권을 행사하여도 실효를 거둘 전망이 없게 된 경우에는 장래에 향하여 보증계약을 해지할 수 있다'고 한 大審院 소화 12. 12. 20. 판결³⁴⁾이 있다.

마. 상당기간의 경과

일본의 사례로는, 어음할인거래상의 채무에 대한 보증 사안에서 약 2년반 정도의 기간 경과만을 이유로 한 해지를 인정한 대심원 소화 7. 12. 17. 판결³⁵⁾과 신용금고와 주채무자 사이의 어음거래에 있어 1년마다 약정서를 다시 작성 제출하는 관례가 있었던 경우에 해지가 허용되는 상당기간은 1년으로 인정함이 상당하다고 한 동경지방법판소 소화 35. 5. 9. 판결³⁶⁾이 있다.

바. 채권자측의 사정

해지권 인정의 기초가 되는 사정은 보통은 주채무자와 보증인 사이에 생긴 사유이지만, 다른 한편, 채권자의 입장에서부터도 해지의 허용여부는 검토되어야 한다. 즉, 채권자가 보증계약의 해지로 인하여 피할 수 없는 중대한 손해를 입을 우려는 없는가 하는 점도 해지권 인정에 마땅히 고려되어야 할 것이다.

판례는 앞서 본 일본 最高裁 昭和 39. 12. 18. 판결이 '채권자가 신의

34) 判例體系(第2期版) 債權法 I (總則, 契約) 2012면 (7) 판결

35) 判例體系(第2期版) 債權法 I (總則, 契約) 2011의 201면 (2) 판결

36) 判例體系(第2期版) 債權法 I (總則, 契約) 2012면 (9) 판결

칙상 간과할 수 없는 손해를 입는 등 특단의 사정이 있는 경우'에는 보증인의 해지권이 제외된다고 설시한 이래 대법원도 이에 따르고 있다.

위 ①, ② 판결은 채권자가 손해를 입는 특단의 사정이 있는가가 쟁점이 된 사안인데, ①의 사안에서는 원심(서울민사지방법원 1977. 11. 11. 선고 75나1144 판결)이 '원고 쪽에서 본다면 병원에서 일단 환자를 입원시킨 이상 입원치료비의 지급이 불확실하다는 이유만으로 계속 치료를 요하는 환자에 대하여 치료를 거부하고 강제퇴원시키는 것은 사실상 어려운 일인만큼 피고가 어느 시점에서 보증을 해지하고 그 이후의 입원치료비를 부담하지 아니한다면 원고로서는 부당한 손해를 입는 결과가' 되는 특단의 사정이 있다하여 해지권을 인정하지 아니하였음에 반하여 대법원은 '기록을 아무리 살펴보아도 원판시와 같이 위 해지로 인하여 원고에게 부당한 손해가 발생한다는 점에 관하여 이를 뒷받침할 자료를 찾아볼 수 없을 뿐 아니라 원심이 그 당시 환자의 용태 내지는 입원치료의 필요성 여부 치료비 지급의 불확실 여부 등 사정에 대한 심리를 한 흔적이 없'다고 설시하면서 보증인의 해지권을 인정함으로써 채권자가 보증계약의 해지로 인하여 채권자가 피할 수 없는 중대한 손해를 입는 결과가 되는 특단의 사정이 없음을 명백히 하였고, ②의 사안에서는 원심(부산지방법원 1986. 2. 2. 선고 85나715 판결)이 '피고들이 1차 해지통고로부터 15일이 경과한 후 피고 1이 2차로 해지통고를 하였는데 그 기간 동안에 원고가 그의 이익을 보호함에 필요한 다른 조치를 취할 수 있었다'는 점을 들어 특단의 사정이 없다고 하여 보증인의 해지권을 인정한데 대하여 대법원도 '계속적 보증의 경우 보증인이 그 보증계약을 해지할 만한 상당한 이유가 있다 하더라도 상대방에게 신의칙상 묵과할 수 없는 손해를 입힐 우려가 있는 경우에는 그 해지권의 행사는 배제되어야 할 것'이라고 하면서도, '위 소외인은 극빈자로서 치료비를 지불하기 어려운 형편이므로 피고들이 이를 지급하지 아니하면 원고로서는 위 소외인으로부터 치료비를 받지 못하여 불측의 손해를 입게 될 우려가 있음에도 불구하고 위 보증계약이 피고들의 일방적 해지통고로 적

법하게 해지되었다고 판단한 것은 보증인의 책임에 관한 법리를 오해한 위법이 있다'는 상고이유를 배척하고 원심의 판단을 지지함으로써 보증계약의 해지로 인하여 채권자가 피할 수 없는 중대한 손해를 입는 결과가 되는 특단의 사정이 없음을 명백히 하였다.

3. 연구대상 판결의 검토

1) 계속적 보증에 해당하는가

'계속적 채권관계에서 발생하는 불확정 채무의 보증'이 계속적 보증이라 할 것인바, 대상판결 사안의 경우 원고가 위 은행에게 부담하는 신용보증채무는 주채무자인 소외 회사가 채권자인 위 은행과의 사이에서 장래 어음할인대출을 받는 계속적인 거래관계로 인하여 장래 발생할 채무에 대한 것으로서 그 채무의 발생과 액수가 불확정적이어서 위 보증이 계속적 보증에 해당함은 명백하고, 따라서 소외 회사가 원고에게 부담하는 구상채무가 원고의 신용보증은행금 및 이에 대한 지연손해금, 보증료 및 과태료, 채당지 급비용 등으로서 그것 자체가 계속적 거래관계에서 발생하는 것이 아니고 하더라도 결국은 그 채무의 발생과 액수가 소외 회사와 위 은행간의 계속적인 거래관계에 따라 불확정적으로 발생하는 채무에 의존하는 것이어서 이에 대한 피고들의 보증채무 역시 보증인 보호의 필요성이 인정되는 계속적 보증의 개념으로 파악함이 상당하고, 계속적 보증에 있어서 보증인의 해지권을 일원적으로 파악하는 입장에서는 보증기간의 약정이 있는 경우에도 마찬가지일 것이다.(위 ④의 판결에서 이 점을 명시적으로 판시한 바 있다.) 따라서 연구대상 판결의 사안이 보여주는 보증도 계속적 보증에 해당한다 할 것이다.

2) 보증인의 해지권을 인정함이 상당한가

연구대상 판결의 사안은 보증인의 지위의 변동이 보증인에게 해지권을

인정하는 '상당한 이유'에 해당되는가가 문제되는 사안이다. 대법원은 이미 신용보증에 있어 피보증회사의 임원이나 직원의 지위에 있다는 이유로 피보증회사의 구상채무에 관하여 보증을 하였다가 임원이나 직원의 지위를 떠난 경우에는 현저한 사정변경이 생긴 경우에 해당한다고 하여 보증인의 해지권을 인정한 선례를 남기고 있다.(위 ③, ④ 판결)

연구대상 판결의 경우에는 피고 이은영, 이규환이 自意로 원고에 대한 소외 회사의 구상채무에 대하여 연대보증을 한 것이 아니라 원고기금이 신용보증구상채권에 대하여 피보증회사의 대표이사, 과점주주인 이사, 경영실권자로부터 필수적으로 연대보증을 받도록 되어 있었던 관계로 그러한 지위에 있었던 위 피고들이 부득이 하게 연대보증을 하게 된 것이므로 그러한 경우에는 보증인이 그 지위를 벗어난 경우에는 그 보증채무로부터도 벗어날 수 있도록 함이 상당하다 할 것이고 그 근거는 당사자 의사의 해석이나 신의칙에서 구할 수 있을 것이다.

한편 연구대상 판결은 피보증회사의 주주나 임원의 지위에 변동이 있었다는 사유가 주주나 임원 아닌 법인인 피고 삼진환경 주식회사에 대하여서까지 해지권을 인정할 '상당한 이유'에 해당하지 않는다는 상고이유에 대하여 상세한 답변이 없으나, 위 피고회사는 원고기금이 신용보증구상채권에 대하여 피보증회사의 대주주나 경영실권자가 사실상 지배하는 국내 소재 관계기업으로부터 필수적으로 연대보증을 받도록 되어 있었던 관계로 그러한 지위에 있었던 위 피고회사가 부득이 하게 연대보증을 하게 된 것인데, 그 후 피고회사 주식의 40%를 소유하던 피고 이규환이 소유 주식전부를 타인에게 양도함으로써 피고회사는 피보증회사의 대주주인 피고 이규환이 사실상 지배하는 기업에서 벗어난 것이므로 이러한 경우에까지 보증인으로서의 책임을 존속시킴은 신의칙상 상당하지 않고, 보증인이 법인이라 하여 달리 볼 것은 아니므로 위 피고회사에 대하여도 해지권을 인정한 것은 타당하다고 보여진다.

3) 채권자 보호는 어떻게 되는가

연구대상 판결은 채권자에게 신의칙상 묵과할 수 없는 손해를 입게 하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 보증인의 해지권을 인정할 수 없다는 점을 실시하면서도 결국은 보증인의 해지권을 인정함으로써, '보증인의 해지권을 인정하게 되면 신용보증기금법에 의한 신용보증체계에 근본적인 혼란을 초래하게 되어 채권자인 신용보증기금에게 묵과할 수 없는 손해를 입히게 된다'는 상고이유를 배척하고 있는바, 이 점에 관한 구체적인 실시는 없다.

채권자에게 묵과할 수 없는 손해를 입게하는 등의 특별한 사정이 있는가가 쟁점이 된 위 ①, ② 판결의 사안 중 ①의 사안에서는 원심이 채권자인 원고에게 부당한 손해가 발생한다는 점에 관하여 심리를 다하지 아니하였음을 탓함으로써 간접적으로 특별한 사정이 없었다는 점을 나타내고 있고, ②의 사안에서는 보증인인 피고들이 1차 해지통고로부터 15일이 경과한 후 피고 1이 2차로 해지통고를 하였는데 그 기간 동안이면 채권자인 원고가 그의 이익을 보호함에 필요한 다른 조치를 취할 수 있었다고 보아 그러한 경우에는 특별한 사정이 없다고 본 원심을 지지함으로써 특별한 사정에 관하여 약간의 실시를 하고 있으나³⁷⁾ 연구대상 판결에서는 이 점에 관한 구체적인 실시가 없는바, 아마도 채권자가 신용보증기금으로서 보증인들보다 우월적 지위에 있다는 점이 그러한 특별한 사정이 없었다는 판단을 가능하게 하였을 것으로 짐작은 되나 이를 좀더 구체적으로 실시하여 보증인 보호와 채권자 보호라는 두 법익의 비교형량을 충분히 고려하였음

37) '이 판결이 상당한 이유가 있는 경우에 보증인의 해지를 인정하면서도 그 계약해지로 인하여 상대방인 채권자에게 신의칙상 묵과할 수 없는 손해를 입게하는 등의 특단의 사정이 있는 경우를 제외한다고 명시함과 아울러 이 사건에 있어서 채권자인 원고병원은 피고들의 1차 해지통고일로부터 15일 정도의 기간이면 그의 이익을 보호함에 필요한 다른 조치를 취할 수 있었다고 본 원심의 판단을 지지함으로써 보증인과 채권자 쌍방의 이익과 입장을 형량하여 최대한 조화롭게 하고자 배려하고 있다'는 평석으로는 李載坤 '계속적 보증계약에 있어서 보증인의 해지권(대법원 1986. 9. 9. 선고 86다카792 판결)' 대법원 판례 해설 1986년 하반기(통권 6호) 68면.

을 명확히 나타내어 주었으면 하는 아쉬움이 남는다.

四. 맺는말

계속적 보증계약에서는 보증인에게 가혹한 결과를 초래할 우려가 많은 특수성으로 인하여 보증인의 해지권이 인정되어야 한다는 것은 말할 필요도 없으나 문제는 그 해지권의 발생요건에 관한 기준을 어디에 둘 것인가에 있다고 할 수 있다. 보증인의 보호에 치우치다 보면 채권자의 이익을 해쳐 인적담보로서의 기능이 상실될 우려가 있으므로 계속적 보증에 있어서 해지를 논함에 있어서는 이 두개의 법익을 어느 선에서 조화시킬 것인가를 항상 염두에 두지 않으면 안될 것이다. 판례는 그 해결의 열쇠를 신의칙에서 구하면서도 조화의 기준을 명확히 하지 아니하고 있어 아쉬움을 남기고 있는바, 신의칙은 그 개념이 광범하여 자칫 그 기준이 애매하여질 우려가 있으므로 이를 유형화할 필요가 있다고 할 것인데 이는 더 많은 판례의 집적을 기다리는 수 밖에 없을 것이다.