

금전소비대차계약공정증서상 보증조항의 해석문제

한 정 화
공증인 · 변호사

I. 들어가는 말

금전소비대차계약공정증서는 어음공정증서와 함께 공증사무소에서 가장 흔하게 작성되는 공정증서 중 하나다. 어음공정증서와는 달리 이자, 지연손해금, 기한이익의 상실, 분할금 약정 등 다양한 사항에 관해 약정내용을 기재할 수 있다는 점에서 자주 이용되고 있다. 금전소비대차계약공정증서에는 채권자와 채무자 외의 보증인에 관한 조항도 집어넣을 수 있다. 공증서식의 사용 등에 관한 규칙(이하 ‘서식규칙’이라 한다) 별지 제25호의2 서식에는, 금전소비대차계약공정증서를 작성함에 있어서 보증문구와 함께 보증채무의 최고액과 보증채무의 기간 등을 정할 수 있도록 서식을 마련해 두고 있다.

서식규칙에 보증문구 가운데 보증채무의 최고액과 보증채무의 기간을 함께 정하도록 한 것은 2008년 「보증인보호에관한특별법」(이하 ‘보증인보호법’이라 한다)이 제정된 이후의 일이다. 법무부는 이에 따라 금전소비대차계약공정증서의 기본 서식을 위 법률의 취지에 맞게 정비하였는데, 그 이후 공증인들은 보증인이 있는 금전소비대차계약을 공정증서로 작성할 때 필수적으로 보증채무최고액과 보증채무기간을 기재하고 있다.

이 글에서는 보증인보호법에 따라 도입된 위 보증채무 관련 조항의 법률적 의미를 명확히 이해함과 아울러 현재 공증의 일선에서 논란이 끊이지 않고 있는 보증채무기간의 해석을 둘러싼 문제에 관해 논의를 해보고자 한다.

II. 보증 조항의 내용

1. 서식규칙의 변화 과정

원래 보증인보호법이 제정되기 전에는 서식규칙상 금전소비대차계약공정증서 중 보증채무에 관한 조항은 다음과 같이 규정되어 있었다.

제8조(연대보증) 보증인은 이 계약에 의한 채무자의 채무를 보증하고 채무자와 연대하여 채무를 이행하기로 약정하였다.

그런데 2008년 보증인보호법에 제정되자, 법무부에서는 서식규칙상의 보증채무 관련 조항을 다음과 같이 개정하였다.

제8조(연대보증)

1. 보증인은 이 계약에 의한 채무자의 채무를 보증하고 채무자와 연대하여 채무를 이행하기로 약정하였다.
2. 보증인의 보증채무 최고액은 금 10,000,000원이다.
3. 보증채무의 기간은 3년간으로 한다.

하지만 보증채무기간을 위와 같이 “(몇) 년간”으로 기재하다 보니 실무자들 사이에서는 그 기간이 계약일자 또는 공증일자로부터 “(몇) 년간”인지, 아니면 변제기로부터

“(몇) 년간”인지에 관하여 잦은 혼선이 발생했다. 법무부는 그 후 2010년 서식규정을 개정하면서 보증채무기간을 보다 명확히 한다는 차원에서 다음과 같이 조항을 정비하였다.

제8조(연대보증)

1. 보증인은 이 계약에 의한 채무자의 채무를 보증하고 채무자와 연대하여 채무를 이행하기로 약정하였다.
2. 보증인의 보증채무 최고액은 금 10,000,000원이다.
3. 보증채무의 기간은 2018년 2월 10일까지로 한다.

2. 문제의 소재

위와 같이 서식이 정비되었지만 보증채무기간이 공증일자 또는 계약일자로부터 시작되는 것인지 아니면 변제기로부터 시작되는 것인지에 관해 여전히 논란이 계속되고 있다. 이 같은 논란은 근본적으로 보증채무기간의 법률적 성격과 연결된 것이었기 때문에 서식상의 문구만 살짝 바꾼다고 해결될 문제는 아니었기 때문이다. 보증채무기간을 법률적으로 어떻게 볼 것인가에 관해서는 두 가지 견해가 있는 듯하다.

첫 번째 견해는 보증채무기간이 보증채무의 존속기간 내지 시효기간이라고 주장한다. 이에 따르면 보증채무기간이 도과하면 그 기간 중 발생한 채무가 여전히 잔존하고 있더라도 보증인의 책임은 소멸되는 것이라고 한다. 이와 같은 주장이 제기되는 이유는 위 서식규칙 상의 조항이 “보증채무의 기간은 (언제)까지로 한다”와 같이 단정적으로 되어 있으며 보증인보호법의 입법취지가 보증인 책임의 금액 범위나 시간적 범위를 명백히 확정함으로써 그 범위를 넘어선 보증인의 책임을 면제시켜 주는 데 있기 때문이라고 주장한다.¹⁾

1) 참고로 스위스법은 보증기간이 정하여진 경우 그 기간의 최종일이 도과한 후 4주 내 채권자가 법적으로 그의 권리를 행사하고 중대한 지체 없이 소송 등 법적 조치를 취하지 않을 경우 보증책임이 소멸하는 것으로 규정되어 있다. 2008. 2.경 국회 전문위원회에 의해 작성된 ‘보증인보호를위한특별법안 심사보고서’ 참조.

다른 견해는 보증채무기간을 보증인이 보증책임을 부담하는 기간으로 이해한다. 즉 종전에 판례가 계속적 보증에 관한 사안에 있어서 보증기간을 해석하는 방식과 마찬가지로 보증채무기간에 발생한 채무에 대해서만 보증인의 책임을 인정하고, 그 이후에 발생한 채무에 대해서는 보증인의 책임을 인정하지 않는다는 것이다.

보증채무기간이 공증일 또는 계약일부터 시작한다는 견해는 위 두 번째 견해와 연결되어 있고, 반면 보증채무기간이 변제기에 시작된다는 견해는 보증채무를 시효기간으로 보는 위 첫 번째 견해와 궤를 같이 한다.

III. 계속적 보증에 있어서의 보증인 보호

1. 보증인 책임의 일반적 원칙

보증인의 책임을 어느 범위까지 인정할 것인가는 매우 어려운 문제다. 계약자유 원칙에 따르면 보증인은 주채무와 동일한 책임을 져야 하며 이는 어떤 경우에도 무제한적으로 인정되어야 한다. 하지만 가까운 친족이나 친구, 선후배 등의 부탁이나 강권에 의하여 보증책임을 지게 되는 우리 사회의 현실을 고려할 때 단순히 호의로 대가 없이 하는 보증에 대해서까지 그와 같은 엄격한 책임을 인정하여야 하는가 하는 의문을 갖게 된다.

그렇지만 보증채무에 관하여 일반적으로 적용되는 원칙은 특별한 법규정이 없는 한 어디까지나 ‘사적자치’에서 찾을 수밖에 없다. 보증인 보호의 필요성은 충분히 공감할 수 있지만 이는 단지 예외적 논리일 뿐이다. 대법원도 “보증인인 피고들이 원고가 주채무자가 제공한 담보물의 가치를 과다하게 평가한 다음 대출을 계속함으로써 채권회수가 곤란한 상태에 이르게 되고 담보물을 처분하여 얻은 대금을 불량채권에 변제충당한 다음 피고들에게 보증채무의 이행을 구하는 것은 신의칙에 위반된다고 항변한 데 대하여 자금을 대출하여 이자수입을 얻는 것은 은행 본래의 영업이고, 담보가 보장되는 이상 대출규모를 확장하여 수익을 도모하는 것은 영리기업인 은행으로서 당연한 일이며, 인적 담보란 채권의 회수불능에 대비한 은행 자신의 보호책인데 보증인의 이익을 고려하여 대출을 삼가함으로써 채권회수불능상태에 빠지지 않도록 조치하여야 한다는 신

의칙상의 의무가 은행에게 있다고 할 수 없다”라고 판시하는²⁾ 등 보증채무와 관련하여 사적자치의 원칙이 우선함을 밝힌 판결들을 다수 내놓고 있다.

위 판례는 아무리 채권자가 주채무자의 재정상태 등에 관해 쉽게 알 수 있는 지위에 있다 하더라도 주채무자의 재정상태가 심각한 위험에 처해 있다는 사정을 보증인에게 알려주는 등 보증인을 배려하거나 보호할 일반적 의무를 부담하지 않는다는 것을 의미한다. 보증인 스스로 보증채무를 부담하기로 한 이상 자신의 결정으로 인한 모든 책임을 부담하여야 한다는 것이다.

2. 계속적 보증에 있어서 보증인 보호의 필요성

이처럼 보증인은 주채무자와 같은 채무를 제한 없이 부담하여야 하는 것이 원칙이지만, 판례는 계속적 보증에 관해서는 예외를 인정하고 있다.

그 이유는 계속적 보증의 성질상 보증계약을 체결할 당시 장차 발생될 주채무와 관련된 보증위험을 모두 정확하게 판단하는 것이 현저히 곤란하다는 점에 있다. 계속적 보증에 있어서는 주채무가 채권자와 주채무자 사이의 법률관계로부터 계속적으로 발생·변동하기 때문에 보증인이 보증 당시 미리 예측할 수 없었던 위험이 현실화 되어 손해를 입었을 때 사적자치의 원칙을 그대로 적용하는 것은 가혹한 처사가 될 수 있기 때문이다.

따라서 단순히 채무의 발생이나 이행에 있어서 시간적인 계속성을 가진다고 하더라도 보증위험을 사전에 미리 예측할 수 있다면 ‘계속적 보증관계’라 할 수는 없다. 계속적 보증관계라고 하려면 기본적으로 수회 반복적으로 채권채무가 발생하는 관계이어야 하며, 나아가 각각의 채무발생이 처음부터 확정적인 경우가 아니어야 한다. 예컨대 신용보증의 경우는 시간적으로 지속되고 채무의 내용이 불확정적이지만 반복적으로 발생·변동하지 않으므로 계속적 보증에 해당하지 않는다. 또 임대차계약에 따른 차임 지급의 경우도 차임지급채무가 지속적으로 반복되지만 각각의 채무가 처음부터 확정되어 있으므로 이에 해당하지 않는다.

판례도 확정된 채무의 보증에 대해서는 계속적 보증과 관련된 법리를 적용할 수 없

2) 대법원 1987. 1. 20. 선고 86다카1262 판결.

다는 점을 명시하였다. 즉 “이 사건 보증계약은 보증 당시 채무액과 변제기가 특정되어 있었고 다만 채무의 이행기만이 수년에 걸쳐 있는 것에 불과하므로 계속적 보증이나 포괄근보증과는 달리 이사직 사임이라는 사정변경을 이유로 연대보증인이 일방적으로 계약을 해지할 수 없다”고 판시하였다.³⁾

3. 판례에 의한 보증인의 책임제한

가. 계속적 보증에 있어서 보증기간 및 보증한도액

계속적 보증이라 하더라도 보증계약시 보증기간이나 보증한도액을 미리 정한 경우라면 정해진 보증기간 및 보증한도액의 범위 내에서 보증인의 책임범위가 정해지므로 책임제한 문제는 발생하지 않는다.

판례는 보증기간과 관련하여, “보증계약에 있어서 그 기간이 정하여진 때에는 채권자와 주된 채무자의 계약으로 기간이 연장되어도 다른 사정이 없는 한 보증인을 구속하지 아니하므로 그 연장기간 중에 생긴 채무에 관하여는 보증인이 책임질 바 아니며 이 이치는 기간경과 후 소위 묵시의 갱신이 있는 경우도 마찬가지”라고 판시하여 보증인의 책임이 보증기간 내에 발생한 것에 제한된다는 점을 분명히 하였다.⁴⁾ 또 보증인이 보증채무의 한도액이 미리 정해져 있는 경우에는 변제기, 즉 보증기간이 만료하거나 보증계약이 해지될 때 또는 보증의 대상인 기본계약이 종료한 때에 존재하는 주채무에 관하여 보증인이 부담할 책임한도액의 범위 내에서 책임을 부담하면 되므로 보증인의 책임제한이 문제될 수 없다.⁵⁾

따라서 판례에 의해 보증책임의 제한이 문제된 사안들은 대부분 보증책임의 한도액이나 보증기간이 정해지지 않은 경우이다.⁶⁾ 판례는 그 동안 꾸준히 계속적 보증과 관련하여 보증인 책임제한에 관한 법리를 형성해 왔는데, 신의칙에 의한 보증책임의 감경 내지 면제의 경우와 사정변경에 의한 보증계약의 해지의 경우가 대표적인 사례이다.

3) 대법원 1991. 7. 9. 선고 90다15501 판결.

4) 대법원 1974. 11. 26. 선고 74다310 판결.

5) 이순동, “보증한도액이 정하여진 계속적 보증계약에 있어서 보증인의 책임”, 대법원판례해설 1995년 하반기, 60면.

나. 신의칙에 따른 보증책임의 제한

계속적 보증이라도 보증인이 장차 채권자와 주채무자 사이에 발생할 불확정적 채무에 관하여 보증한도액을 정하지 않았다면, 보증인이 발생한 주채무 전액에 대해 책임을 부담하는 게 원칙이다. 하지만 보증인이 주채무의 내용에 의해 미리 예상할 수 있었던 범위를 훨씬 초과하는 보증위험이 현실화된 경우까지 보증인에게 책임을 묻는 것은 다소 지나친 측면이 있다. 이에 판례는, “보증당시 주채무의 액수를 보증인이 예상하였거나 예상할 수 있었을 경우에는 그 예상범위로 보증책임을 제한할 수 있다 할 것이나 그 예상범위를 상회하는 주채무 과다발생의 원인이 채권자가 주채무자의 자산상태가 현저히 악화된 사실을 잘 알면서도(중대한 과실로 알지 못한 경우도 같다) 이를 모르는 보증인에게 아무런 통보나 의사타진 없이 고의로 거래규모를 확대함에 연유하는 등 신의칙에 반하는 경우”에는 합리적인 범위 내로 보증책임을 제한할 수 있다고 판시하고 있다.⁷⁾

다. 사정변경에 따른 보증책임의 제한

판례는 계속적 보증계약이라 하더라도 보증기간에 관해 별도의 정함이 없었다면 “보증인은 원칙적으로 변제기에 있는 주채무 전체에 관하여 보증책임을 부담하는 것이고 채권자와 주채무자 사이의 계약기간이 자동갱신되는 것으로 약정되어 있고 보증인이 이에 대하여 이의나 유보 없이 보증계약을 체결하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 계약에는 연장 또는 갱신되는 전 거래기간 동안 발생한 채무에 대하여 책임을 부담하기로 하는 의사표시가 포함되어 있거나 위 계약기간의 연장에 관한 동의나 묵시적 승낙이 있었다고 보아야 할 것이다”라고 판시하였다.

6) 판례 가운데는 보증한도액이 정해져 있지만 그 이하로 보증책임을 인정한 사례도 일부 있는데, 주로 신용카드와 관련된 사안이었다. 이는 카드회사의 무리한 카드발급이나 채권의 허술한 관리 등의 과실로 보증채무가 부당하게 늘어난 경우 이를 그대로 보증인에게 전가하는 것에 제동을 건 것으로 보인다. 대법원 1986. 2. 25. 선고 84다카1587 판결; 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다3871 판결; 대법원 1989. 5. 9. 선고 88다카8330 판결; 대법원 1986. 2. 25. 선고 84다카1587 판결; 대법원 1989. 11. 28. 선고 89다카8252 판결; 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다5871 판결 등.

7) 대법원 1984. 10. 10. 선고 84다카453 판결.

하지만 회사의 이사 등이 회사의 제3자에 대한 계속적 거래관계에 관하여 보증을 썼다가 그 후 퇴사한 경우에는 사정변경을 이유로 보증계약을 해지할 수 있다고 하였다. 즉 판례는 “회사의 이사라는 지위에서 부득이 회사의 제3자에 대한 계속적 거래로 인한 채무에 대하여 연대보증인이 된 자가 그 후 퇴사하여 이사의 지위를 떠난 때에는 보증계약 성립 당시의 사정에 현저한 변경이 생긴 경우에 해당하므로 이를 이유로 보증계약을 해지할 수 있고, 그 해지의 의사표시는 반드시 서면에 의하여야 하는 것은 아니나, 채권자가 연대보증인의 퇴사 사실을 인식하고 있다 하여 연대보증인의 채권자에 대한 해지의 의사표시 없이 보증계약이 당연히 해지되는 것은 아니다”라고 판시하였다.⁸⁾

IV. 보증인보호법의 제정 과정

1. 민법 개정안의 작성 및 폐기

가. 위에서 본 것처럼 판례상 계속적 보증에 대한 다양한 책임제한의 법리가 개발되고 있었지만 민법상 이에 관한 법률적 근거는 없었다. 민법 제428조 제2항에 “보증은 장래의 채무에 대하여도 할 수 있다”고 규정하여 근보증 내지 계속적 보증이 성립할 수 있는 근거 규정만을 두고 있을 뿐이다.

이러한 상황에서 법무부는 1999년 2월 민법개정특별분과위원회를 구성해 민법의 재산편에 관한 개정작업을 진행하였다. 당시 재산편 전체에 걸쳐 많은 논의가 이루어졌지만 그 중 보증제도에 관해서는 계속적 보증에 관한 판례이론을 수용하는 한편 보증인을 보호할 수 있는 제도적 보완에 초점을 두었다. 법무부는 그와 같은 개정작업의 결과 2004년 개정안을 마련하여 법무부 공고 제25호로 입법예고하였는데, 그 중에는 보증제도에 관하여 몇 가지의 중요한 개정 조항도 포함되어 있었다. 그 구체적 내용은 다음과 같다.

8) 대법원 1996. 10. 29. 선고 95다17533 판결.

나. 민법 개정안의 주요 내용

(1) 보증을 서면계약으로 이루어지는 요식행위로 규정

개정안은 보증의 의사가 보증인의 서명 또는 기명날인이 있는 서면으로 표시되어야 하고, 주채무가 금전채무인 경우에는 그 서면에 보증인의 책임액이 기재되어야 보증의 효력이 발생한다고 규정하였고(제428조의2 제1항), 보증인의 책임을 불리하게 변경하는 경우에도 서면에 의하도록 하였다(제428조의2 제2항).

위 규정에서 주목할 점은 첫째, 보증인의 의사와 보증채무의 내용을 명확히 하기 위하여 보증계약을 서면으로 하는 요식행위로 정하고 있다는 점이다.

둘째, 주채무가 금전채무라면 일반 보증인지 근보증인지를 묻지 않고 보증인의 책임액을 서면에 기재하도록 했고 이를 위반한 보증계약을 무효로 규정하였다. 원래 근보증의 경우에는 보증인의 책임을 제한할 목적으로 보증채무한도액을 정하는 경우가 있었지만 일반 보증의 경우에는 보증채무한도액과 같은 개념 자체가 존재하지 않았다. 이 규정은 일반 보증의 경우에도 보증인이 부담하는 책임액의 범위나 한도를 명확히 함으로써 보증의사나 그 범위를 둘러싼 불필요한 분쟁을 예방하고 보증인 보호에 더 치중하려는 의도로 읽힌다.

셋째, 기존 판례들이 근보증의 경우 보증한도액을 정하지 않은 경우라도 근보증의 효력을 인정해 왔음에 반해 개정안은 보증인의 책임액을 정하지 않은 보증계약을 무효로 하고 있다.

(2) 주채무자가 채무불이행 등에 빠지는 경우 채권자가 보증인에게 통지할 의무 규정

개정안은 채권자는 주채무자가 원본, 이자 그 밖의 채무를 3개월 이상 이행하지 아니하는 경우 또는 주채무자가 이행기에 이행할 수 없음을 미리 안 경우에는 보증인에게 지체 없이 이를 통지하여야 하며, 보증인의 청구가 있으면 주채무의 내용 및 그 이행 여부를 알려야 한다고 규정하였다(제436조의2).

앞서 본 것처럼 채권자에게 보증인을 보호하거나 배려할 의무가 없다는 것이 판례의 입장이다. 이에 대해 개정안은 비록 일반적 주의 내지 배려의무는 아니라 하더라도 주

채무자가 3개월 이상 이행지체에 빠지는 등 일정한 경우에 채권자의 보증인에 대한 통지의무가 있음을 규정한 것이다.

(3) 근보증에 관한 근거 규정들을 도입

개정안은, 우선 보증은 불특정 다수의 채무에 대하여도 할 수 있다고 하여 근보증에 관한 근거 조항을 두었으며(제448조의2 제1항) 근보증에 의한 보증인의 책임의 범위는 채권자와 주채무자 사이의 계속적 거래계약, 그 밖의 일정한 종류의 거래로부터 발생하는 채무 또는 특정한 원인에 기하여 계속적으로 발생하는 채무에 한정된다고 하여 종전에 학설 및 판례에서 효력이 문제가 되었던 이른바 포괄근보증을 무효로 규정하였다(제448조의2 제2항).

둘째, 근보증의 기간은 3년을 넘지 못하도록 하고 근보증기간의 약정이 없는 때에는 그 기간을 2년으로 보도록 규정하였다(제448조의3 제1항, 제2항). 또 근보증기간은 갱신할 수 있지만 그 기간은 갱신한 때로부터 2년을 넘지 못하도록 정하였다(제448조의3 제3항). 앞서 보증시 서면으로 보증인의 책임액을 반드시 기재하도록 정한 조항(제428조의2 제1항)과 함께 놓고 보면, 이는 판례의 입장과 달리 보증기간 및 보증한도액의 정함이 없는 근보증계약의 효력을 인정하지 않겠다는 의미였다. 기간의 약정이 없는 근보증기간을 2년으로 한 것은 신원보증법상의 보증기간을 차용한 것으로 보인다.

셋째, 근보증 당시의 사정이 현저하게 변경되거나 그 밖에 부득이한 사유가 있는 경우에는 근보증인은 근보증계약을 해지할 수 있도록 정하였다(제448조의4). 판례가 사정변경의 원칙을 근거로 인정하여 오던 근보증인의 계약해지권을 명문으로 인정한 것으로 보인다.

다. 그 후 위 민법 개정안은 2004. 10. 21. 제17대 국회에 제출되었으나, 국회 법제사법위원회는 정부측의 제안설명과 전문위원의 검토보고만 들은 상태에서 본격적 심의를 하지 못하였고, 위 법률안은 2008. 5. 29. 국회의원 임기만료로 자동폐기되었다.

2. 보증인보호법의 제정 과정

위 민법 개정안이 국회에 계류 중이던 당시 정부와 시민사회에서는 서민생활을 보호하는 법제로서 보증인 보호의 필요성이 대두되고 있었다. 하지만 보증에 관한 새로운 내용을 담고 있던 위 민법 개정안이 언제 처리될지 알 수 없는 답보상태에 빠지자 정부나 정치권에서는 각자 보증인 보호를 위한 별도의 법제를 마련하기 위한 작업에 착수하였다.

법무부는 2006년경부터 보증인 보호를 위한 법안 준비의 사전작업으로 서울, 부산 등 7개 대도시에 거주하는 만 20세 이상 시민 500명을 상대로 같은 해 5월경 보증제도에 관한 개별 면접조사를 실시하였고, 이후 관계기관의 의견을 조회하고 공청회를 개최하는 등의 작업을 추진한 결과 2006. 12. 19. 보증인보호에관한특별법(안)을 입법예고하였다. 이 법안은 2007. 6. 28. 국회에 제출되었다.

한편 그 전인 2006. 9. 25.에는 심상정 의원 등이 공동발의한 보증인보호를위한특별법 법률안이 국회에 제출되었다.

국회에서는 심상정 안과 법무부의 안을 함께 심의하던 중 두 의안을 통합한 별도의 대안을 만들어 심의하고 두 의안은 폐기하기로 하였다. 대안으로 제시된 통합의안은 그 후 2008. 2. 19. 국회 본회의를 통과하였고, 2008. 8. 21. 법률 제8918호 “보증인 보호를 위한 특별법”으로 공포되어 2008. 9. 22.부터 시행되기에 이르렀다.

V. 보증인보호법의 주요 내용

1. 보증인의 범위

가. 보증인보호법은 법의 목적을 “아무런 대가 없이 호의로 이루어지는 보증으로 인한 보증인의 경제적, 정신적 피해를 방지”하기 위한 것이라고 밝히면서(제1조), 법의 적용대상인 보증인의 구체적 범위에 관해서는, 민법 제429조 제1항에 따른 보증채무를 부담하는 자 중 법 제2조 제1호의 가. 내지 바.의 각 목에 해당하는 경우를 제외한 자로 규정하고 있다.

나. 법 제2조 제1호의 각 사유는 ① 신용보증기금법 제2조 제1호에 따른 기업이 영위

하는 사업과 관련된 타인의 채무에 대하여 보증채무를 부담하는 경우, ② 기업의 대표자, 이사, 무한책임사원, 국세기본법 제39조 제2항에 따른 과점주주 또는 기업의 경영을 사실상 지배하는 자가 그 기업의 채무에 대하여 보증채무를 부담하는 경우, ③ 기업의 대표자, 이사, 무한책임사원, 국세기본법 제39조 제2항에 따른 과점주주 또는 기업의 경영을 사실상 지배하는 자의 배우자, 직계존속·비속 등 특수한 관계에 있는 자가 기업과 경제적 이익을 공유하거나 기업의 경영에 직·간접적으로 영향을 미치면서 그 기업의 채무에 대하여 보증채무를 부담하는 경우, ④ 채무자와 동업관계에 있는 자가 동업과 관련한 동업자의 채무를 부담하는 경우, ⑤ 위 ① 내지 ④의 어느 하나에 해당하는 경우로서 기업의 채무에 대하여 그 기업의 채무를 인수한 다른 기업을 위하여 보증채무를 부담하는 경우, ⑥ 기업 또는 개인의 신용을 보증하기 위하여 법률에 따라 설치된 기금 또는 그 관리기관이 보증채무를 부담하는 경우 등 객관적으로 보증인이 주채무자와 경제적 이해가 공통되는 관계에 있기 때문에 제1조에서 말하는 ‘호의성’의 요건을 구비한다고 보기 어려운 경우를 열거하고 있다. 위 사유는 법의 보호대상에서 배제하기 위한 것이므로 한정적인 열거라고 보아야 할 것이다.

보증인보호법이 제정되기 전에 학설 가운데는 소위 ‘보증주체에 따른 보증책임의 차별화’라는 논지에 따라 무상성, 호의성, 정의성에 기한 보증의 경우에만 특별한 보증인 보호를 할 필요가 있다고 주장이 설득력을 얻고 있었는데 이것이 입법상으로 수용된 것이라고 하겠다.⁹⁾

다. 이와 관련하여 판례는 “보증인보호법 제2조 제1호 가목, 제2호는 보증인보호법의 적용 대상이 되는 보증계약에서 ‘신용보증기금법 제2조 제1호에 따른 기업이 영위하는 사업과 관련된 타인의 채무에 대하여 보증채무를 부담하는 경우’를 제외하고 있으며, 신용보증기금법 제2조 제1호에서 기업이란 ‘사업을 하는 개인 및 법인과 이들의 단체를 말한다’고 규정”하고 있으므로, “사업을 하는 개인이나 법인이 타인의 채무에 대하여 체결한 보증계약을 체결한 경우 그 타인의 채무가 자신이 영위하는 사업과 관련된 것이 라면 그 보증계약은 보증인보호법의 적용대상이 되지 아니한다”고 판시하였다.¹⁰⁾

9) 최봉경, “보증인보호를 위한 특별법에 관한 소고”, BFL 제33호, 32면.

10) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다71159 판결.

2. 보증의 방식

가. 보증인보호법 제3조에 의하면 보증은 보증의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 효력이 발생하며(제1항), 보증인의 채무를 불리하게 변경하는 경우에도 마찬가지다(제2항). 다만 서면에 의하지 않은 경우라도 보증인이 보증채무를 이행하였다면 그 하자는 치유된다고 본다(제3조).

나. 원래 보증계약은 민법상 불요식 계약이므로 서면에 의해 명시적으로 이루어지지 않아도 무방하다. 그럼에도 기존에 보증기관들은 보증약관을 담은 보증서를 교부하는 방식으로 서면에 의해 보증계약을 체결함으로써 보증의사의 유무나 범위를 명확히 해왔다. 하지만 호의적 보증인들은 사후책임에 대해 깊이 고민하지 않고 경솔하게 보증의사를 밝혔다가 나중에 과중한 보증책임에 직면하여 이를 감당하지 못하고 보증의사가 없었다고 다투는 경우가 많았다. 보증인보호법이 보증의 의사표시에 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면을 요구하는 것은, 한편으로 보증의사가 명확하게 표시되어서 보증의 존부 및 내용에 관하여 보다 분명한 확인수단이 보장되고, 다른 한편으로 보증인으로 하여금 가능한 한 경솔하게 보증에 이르지 아니하고 숙고의 결과로 보증을 하도록 하려는 취지라 하겠다.

다. 판례는 보증의 의사표시에 관하여 보증인보호법의 규정이 정하는 방식이 준수되었는지 여부를 판단함에 있어서는 “작성된 서면의 내용 및 그 체제 또는 형식, 보증에 이르게 된 경위, 주채무의 종류 또는 내용, 당사자 사이의 관계, 종전 거래의 내용이나 양상 등을 종합적으로 고려”하여야 하며, “위 법규정이 ‘보증의 의사’가 일정한 서면으로 표시되는 것을 정할 뿐이라는 점 등을 고려할 때, 작성된 서면에 반드시 ‘보증인’ 또는 ‘보증한다’라는 문언의 기재가 있을 것이 요구되지는 아니한다”고 판시한 바 있다.¹¹⁾¹²⁾

11) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013다23372 판결. 이 판결의 사안은, 주채무자 회사 대표이사와 처남 매부 사이로서 회사의 경영 전반에 관여해 온 피고가 주채무자 회사가 작성한 차용증 중 채무자란의 주채무자 회사 명판이 찍힌 자리 옆에 자신의 이름을 기재하고 서명만 한 경우였다. 대법원은 이처럼 주채무자의 명칭기재 옆에 이름을 쓰고 서명한 것만으로 보증인보호법 제3조의 요건을 구비하였다고 보았다.

3. 보증채무최고액의 특정

가. 보증인보호법은 제4조에서 보증계약을 체결하거나 보증기간을 갱신할 때 반드시 보증채무 최고액을 서면으로 특정하도록 정하고 있다.

나. 이 규정은 주채무가 금전채무인 경우에는 서면 상에 반드시 보증인의 책임액을 기재하도록 했던 종전의 민법 개정안 내용을 승계한 것으로서, 위 민법 개정안의 규정은 일반 보증과 근보증에 함께 적용되는 것이었다.

그렇다면 보증인보호법 제4조도 일반 보증과 근보증에 모두 적용되는 조항인가? 이하에서 보겠지만 보증인보호법 제6조에서는 근보증계약의 경우에 보증채무의 최고액을 서면으로 특정하도록 하는 규정을 별도로 두고 있어서 제4조와 제6조의 규정이 어떤 관계에 있는 것인지가 문제가 된다. 제4조가 민법 개정안과 마찬가지로 일반 보증 및 근보증에 함께 적용되는 규정이고, 제6조는 제4조에 포함되는 내용을 한 번 더 강조하여 규정한 것인지, 아니면 제4조는 제6조에 포함되지 아니하는 일반 보증의 경우만 적용되는 규정인지가 문제인 것이다.

원래 보증인보호법의 제정 전 검토 당시 제시된 안에서는 제4조와 제6조 중 보증채무최고액의 특정에 관한 부분이 단일 조항으로 이루어져 있었기 때문에 이와 같은 논란의 소지가 없었다.¹²⁾ 하지만 어떻게 된 연유인지 법안의 검토과정에서 위 조항은 두

12) 2014. 12.경 보증의 방식, 근보증, 채권자의 정보제공의무와 통지의무 등에 관한 조항을 포함한 소폭의 민법 개정법률안이 국회에서 통과되었다. 이 개정법률에는 민법 제428조의2를 신설하여 보증의 방식에 관한 조항을 두고 있는데, 보증의 의사가 보증인의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 표시되어야 효력이 발생하며(제1항), 보증채무를 보증인에게 불리하게 변경하는 경우에도 같고(제2항), 보증인이 보증채무를 이행한 경우에는 그 한도에서 제1항과 제2항에 따른 방식의 하자를 이유로 보증의 무효를 주장할 수 없다(제3항)고 규정되어 있는 등 보증인보호법과 거의 동일한 규정을 마련하고 있다. 다만 제1항에 “보증의 의사가 전자적 형태로 표시된 경우에는 효력이 없다”는 단서만 추가하였다. 위 개정법률은 2015. 2. 3. 법률 제13125호로 공포되어 2016. 2. 4.부터 시행된다. 그와 함께 보증인보호법 제3조는 삭제될 예정이다.

13) 최성경, “보증인보호를 위한 특별법(안)에 관한 소고”, 법학논총 30권 2호, 196면.

당시 검토안의 내용은 아래와 같다.

제3조(보증채무최고액의 특정) ① 보증계약을 체결한 때에는 이자, 위약금 등 주채무에 종속한 채무를 포함하여 보증하는 채무의 최고액을 서면으로 특정하여야 한다. 보증기간을 갱신할 때에도 또한 같다.

② 금액이 확정된 채무에 대한 보증계약이 제1항의 규정에 위반한 경우에는 보증인은 보증계약 당시 확정된 채무액만 이행할 의무를 부담하고 불확정 다수의 채무에 대한 보증계약이 제1항에 위반한 경우에는 효력이 없다.

개의 조항으로 나뉘게 되었는데, 추측건대 일반 보증에 대한 근보증의 특수성을 고려한 것으로 생각된다. 생각건대, 제4조의 규정 형식은 “보증계약을 체결할 때”이라고 하여 근보증을 제외한 일반 보증의 경우만을 지칭하는 것으로 해석하기 어렵다는 점, 또 “보증채무의 최고액”이라는 표현은 일반 보증의 경우에는 적합하지 않으며 오히려 근보증의 경우에 더 어울리는 표현이라는 점¹⁴⁾ 등에 비추어 보면 제4조는 일반 보증과 근보증의 경우를 함께 규정한 것이라고 판단된다. 그렇다면 제6조에서 근보증의 경우 보증채무최고액을 서면으로 특정하도록 한 것은 제4조에서 규정한 내용을 한 번 더 강조한 것이라고 보여진다. 그리고 제4조에 위반된 행위에 관하여, 근보증은 이를 무효로 보는 규정을 제6조 제2항에 두고 있지만, 일반 보증은 그 효력에 관한 규정을 전혀 두지 않았다(제4조에 위반된 일반 보증의 효력에 관해서는 후술함).

4. 채권자의 통지의무

가. 보증인보호법 제5조는 채권자가 주채무자가 원본, 이자 그 밖의 채무를 3개월 이상 이행하지 아니하는 경우 또는 주채무자가 이행기에 이행할 수 없음을 미리 안 경우에는 지체 없이 보증인에게 그 사실을 알려야 한다고 규정하고 있다(제1항). 나아가 채권자로서 보증계약을 체결한 금융기관은 주채무자가 원본, 이자 그 밖의 채무를 1개월 이상 이행하지 아니하는 경우에는 지체 없이 그 사실을 보증인에게 알려야 한다고 하고 있다(제2항). 또 위와 같은 사유가 발생한 경우가 아니더라도 채권자는 보증인의 청구가 있으면 주채무의 내용 및 그 이행 여부를 보증인에게 알려주어야 한다(제3항). 그리고 위와 같은 각 통지의무를 위반하여 보증인에게 손해가 발생하면 보증인은 그 한도에서 채무를 면하도록 되어 있다(제4항).

나. 판례가 채권자의 보증인에 대한 일반적, 포괄적 배려의무를 인정하지 않고 있다는 점은 전술한 바와 같다. 하지만 위 규정의 제정으로 보증인보호법의 적용범위 내에 있는 보증인에 대해서는 일정 정도 채권자의 배려의무가 인정되게 되었다.

③ 보증인이 보증채무를 이행한 경우에는 그 한도에서 제2항에 의한 보증계약의 무효 또는 채무액의 제한을 주장할 수 없다.

14) 종전의 민법 개정안에서는 “보증인의 책임액”이라고 표현했다(제428조의2 제1항).

제1항과 제3항의 내용은 중전의 민법 개정안 제426조의2 내용을 그대로 가져온 것이고, 제2항은 보증인보호법에서 새로 추가한 것으로, 금융기관인 채권자의 통지의무에 관하여 1개월이라도 주채무 원금, 이자 등을 지체한 경우 보증인에게 통지하도록 하여 책임을 더 강조하였다. 하지만 위 제1항 내지 제3항의 규정을 위반할 경우 채권자를 제재할 수 있는 규정이 없어 채권자가 통지에 얼마나 성실하게 응할지는 의문이다. 제4항에는 위반행위로 인하여 보증인에게 손해가 생긴 경우 그 손해액을 한도로 보증인은 채무를 면한다고 되어 있지만, 그 구체적인 위반사유의 인정여부나 보증채무의 감면 여부 및 비율은 향후 판결례의 축적을 통해 해결될 문제라 하겠다.¹⁵⁾

5. 근보증

가. 보증인보호법 제6조는 보증은 채권자와 주채무자 사이의 특정한 계속적 거래계약이나 그 밖의 일정한 종류의 거래로부터 발생하는 채무 또는 특정한 원인에 기하여 계속적으로 발생하는 채무에 대하여도 할 수 있고(제1항 제1문), 이 경우 그 보증하는 채무의 최고액을 서면으로 특정하여야 하며(제1항 제2문), 이를 위반한 보증계약은 효력이 없다고 규정하고 있다(제2항).

나. 제1항은 중전 민법 개정안의 취지를 좇아 근보증의 종류 가운데 무제한적 포괄 근보증은 인정되지 않으며 원칙적으로 한정근보증에 한해 인정된다는 취지를 밝힌 것이다. 또 제2항은 보증기간이나 보증한도액이 정해지지 않은 근보증계약도 효력상 문제가 없다는 판례의 입장과 달리, 적어도 보증인보호법이 적용되는 범위 안에서는 보증채무의 최고액을 정하지 아니한 근보증계약을 허용하지 않겠다는 뜻을 입법적으로 확고히 한 것이다. 일반 보증의 경우와는 달리 근보증의 경우에는 보증채무 최고액을

15) 최근 국회 본회의를 통과하여 2016. 2. 4.부터 시행될 예정인 민법 개정법률 중 민법 제426조의2에는 채권자의 보증인에 대한 정보제공의무나 통지의무를 계약체결 시나 갹신 시, 그리고 계약체결 후의 시점으로 나누어 상세히 규정하고 있다. 보증인보호법 제5조의 규정은 위 민법 제426조의2의 내용과 거의 중복되기 때문에 2016. 2. 4. 이후에는 그 의미를 대부분 상실할 것이다. 다만 금융기관인 채권자로 하여금 주채무 등이 1개월 이상 이행되지 않는 경우 보증인에게 통지하도록 규정한 보증인보호법 제5조 제2항은 위 민법 규정에 포괄되지 않으므로 여전히 의미를 가질 것으로 보인다.

정하지 아니하면 보증계약이 무효로 된다.¹⁶⁾

6. 보증기간

가. 보증인보호법 제7조에 따르면, 보증기간의 약정이 없는 때에는 그 기간을 3년으로 본다고 규정하고 있다. 보증기간은 갱신할 수 있으며 이 경우 보증기간의 약정이 없는 때에는 계약체결 시의 보증기간을 그 기간으로 보도록 하고 있다. 그리고 위와 같이 간주되는 보증기간은 계약을 체결하거나 갱신하는 때에 채권자가 보증인에게 고지하도록 정하고 있다. 보증계약 체결 후 채권자가 보증인의 승낙 없이 채무자에 대하여 변제기를 연장하여 준 경우에는 채권자나 채무자는 보증인에게 그 사실을 알려야 하며, 이 경우 보증인은 즉시 보증채무를 이행할 수 있다.

나. 보증기간을 정하지 않은 근보증의 효력도 인정하고 있는 판례의 입장과 달리 보증기간을 제한했던 중전 민법 개정안의 취지를 반영한 규정이라고 생각된다. 하지만 민법 개정안과는 다음과 같은 차이점이 있다.

첫째, 민법 개정안은 근보증에 관해서만 보증기간에 관한 규정을 두고 있는데 반해, 보증인보호법에서는 근보증인지 여부를 묻지 않고 보증기간에 관한 규정을 적용하고 있다.

둘째, 민법 개정안은 보증기간을 최장 3년이 넘지 않도록 정하였지만 보증인보호법에서는 보증기간을 약정으로 정할 경우에는 최장기간의 제한 없이 정할 수 있다.

셋째, 민법 개정안에서는 보증기간에 관한 약정이 없을 때 2년을 보증기간으로 간주하도록 정하였지만, 보증인 보호법에서는 이를 3년으로 간주하도록 정하였다.

넷째, 민법 개정안은 보증기간의 갱신을 허용하면서도 갱신시 보증기간을 2년 이내로 제한하였지만, 보증인보호법에서는 갱신시 보증기간을 약정으로 정할 경우 제한이

16) 민법 개정법률 중 민법 제428조의3은 보증인보호법 제6조와 유사한 규정을 두고 있다. 즉 보증은 불확정한 다수의 채무에 대해서도 할 수 있고, 이 경우 보증하는 채무의 최고액을 서면으로 특정하여야 하며 이를 위반한 보증계약은 효력이 없다고 규정하고 있다. 개정된 민법 조항은 포괄근보증까지도 포함하여 제한 없이 모든 “불확정한 다수의 채무”에 관하여 근보증의 성립할 수 있는 것으로 규정하고 있는바, 보증인보호법이 적용되는 범위 내에서는 한정근보증만을 인정하는 보증인보호법 제6조가 우선하는 것으로 보아야 할 것이다.

없고, 보증기간을 정하지 않은 경우에도 계약체결 시의 보증기간을 갱신된 보증기간으로 보도록 정하고 있다.¹⁷⁾

위 차이점들을 살펴보면, 보증인보호법에서는 보증기간에 관한 규정을 근보증뿐만 아니라 일반 보증에도 확대 적용하고 있지만 반면 위 민법 개정안에 비해 기간의 제한을 대체로 완화하였다는 점을 알 수 있다. 이는 위 민법 개정안에 나타난 보증기간 제한 규정들이 너무 엄격했다는 비난을 의식했기 때문인 것 같다. 하지만 보증기간을 약정으로 정할 때 최장기간의 제한 없이 정할 수 있게 됨으로써, 채권자가 보증계약 체결당시의 우월적 지위를 이용하여 보증기간을 지나치게 장기로 정할 경우 실질적으로 보증기간의 제한이 없는 경우와 다를 바 없어 추후 입법상 보완이 필요하다고 생각된다.

보증기간에 관한 약정이 없을 때 이를 3년으로 간주하도록 규정하고 있는데, 법안 검토 당시에는 위 민법 개정안처럼 이를 2년으로 하자는 의견이 많았다고 한다. 하지만 전국은행연합회에서, 은행거래에 있어 피보증채무인 대출기간을 당초부터 3년으로 정하거나 또는 1년으로 정한 후 3년까지 변제기 연장을 하는 것이 거래관행인 점, 그리고 공정거래위원회가 승인한 표준서식인 근보증서상 보증기간에 해당하는 결산기를 정하지는 않았지만 보증약정일로부터 3년이 경과하면 보증인이 서면통지에 의하여 근보증 결산기를 지정하도록 하고 있는 점 등을 고려할 때 3년으로 보는 것이 거래관행에 부합한다는 의견을 제시하면서, 이를 반영하여 3년으로 조정되었다고 한다.¹⁸⁾

다. 판례나 종전의 민법 개정안은 보증기간을 계속적 보증의 문제로만 다루었다. 하지만 보증인보호법이 계속적 보증이 아닌 일반 보증에도 보증기간의 문제를 적용시킴으로써 일반 보증에 있어서 보증기간이란 어떤 의미를 갖는 것인지에 관해 새로운 문제가 발생하게 되었다. 이 점에 관해서는 다음에서 논하기로 한다.

7. 금융기관 보증계약의 특칙

17) 다만 2010년에 보증인보호법이 개정되기 전에는 보증기간의 갱신시 보증기간의 약정이 없는 때는 이를 3년으로 보도록 규정하고 있었다.

18) 김형진, “보증인 보호를 위한 특별법에 관한 소고”, 법무사 502호, 39면.

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

나. 판례는 종전에 보증계약에도 사적자치의 원칙이 적용되며 보증에 참여하는 당사자들은 모두 자기 책임 하에서 정보를 수집하고 판단하는 것이라는 취지에서 채권자의 보증인에 대한 일반적, 포괄적 배려의무를 인정하지 않았다.

하지만 채권자가 금융기관인 경우 채권자의 정보수집능력은 보증인을 압도할뿐만 아니라 채권자에게 보증인에게 정보를 제공하게 하더라도 채권자가 감당할 수 없는 과도한 거래비용을 초래하는 것도 아니며 그로 인해 도모할 수 있는 보증인 보호의 이익은 적지 않다고 할 수 있다. 또 채권자의 과실에 의해 유발되거나 증대된 위험이 문제가 되는 경우 채권자의 통지 내지 고지의무가 신의칙상 인정될 수 있다는 학설이나 판례도 제시된 바 있었다. 이러한 차원에서 금융기관인 채권자의 정보제공의무를 한층 무겁게 인정한 취지의 규정이라 하겠다.

8. 편면적 강행규정

이 법에 위반하는 약정으로서 보증인에게 불리한 것은 효력이 없다.

VI. 공정증서상의 보증 조항에 대한 해석

금전소비대차계약공정증서(이하 ‘공정증서’라 한다.)에 있어서의 보증 조항에 관해서는 보증인보호법의 제정 직후에 서식이 정비되었다. 즉 서식규칙 별지 제25호의2 서식 중 보증 조항에 보증채무최고액과 보증채무기간을 반드시 정하도록 바뀌었다. 이처럼 서식이 바뀐 이유는 공증인법상 공증인은 법령을 위반한 사항에 관해서는 증서를 작성할 수 없도록 규정되어 있는데 보증인보호법 제4조가 보증계약을 체결할 때에는 보증채무의 최고액을 서면으로 특정하도록 규정하고 있기 때문이다. 보증인보호법 제7조는 약정이 없는 때의 보증기간을 3년으로 간주할 뿐 보증기간을 서면에 반드시 기재하도록 요구하고 있지는 않다. 하지만 보증채무의 최고액을 공정증서상 특정하는 기회에 보증기간도 명시적으로 확정하여 두는 것이 보증인을 더 두텁게 보호하는 길일 것이다.

앞에서 살펴보았던 것처럼 보증채무의 최고액이나 보증기간은 계속적 보증관계에서 발생하는 보증위험의 불확실성으로부터 보증인의 책임을 경감시켜 주기 위해 나온 개념이다. 반면 공정증서는 민사집행법 제56조 제4호에 따라 “일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구”에 관해서만 작성할 수 있는 것이므로 공정증서 작성 당시 채권채무의 내용이 확정되어 계속적 보증의 문제는 발생하지 않는다. 계속적 보증에 관해서는 보증채무의 최고액이나 보증기간의 의미가 이미 충분히 규명되었지만, 확정된 채권채무관계를 전제로 하는 공정증서상의 보증채무최고액 조항 또는 보증기간 조항은 어떤 법률적 의미를 갖는지가 문제의 초점이라 하겠다.

1. 보증채무최고액

가. 보증채무최고액 미기재 시 보증계약의 효력

보증인보호법은 근보증의 경우에는 보증채무의 최고액을 서면상 특정하지 않으면 보증계약 자체를 무효로 한다는 규정을 두고 있지만, 일반 보증의 경우 그와 같은 규정을 두지 않았다. 따라서 만약 공정증서상 보증채무최고액을 기재하지 않았을 경우 보증의 효력은 어떻게 되는지가 문제로 된다.

이에 관하여 중전의 민법 개정안은 주채무가 금전채무인 경우에는 근보증인지 일반 보증인지를 묻지 않고 서면상에 보증인의 책임액을 기재하여야 보증의 효력이 발생한다고 규정하였다. 반면 보증인보호법 제정 전의 법무부 검토안 제3조 제2항에는 “금액이 확정된 채무에 대한 보증계약이 제1항의 규정에 위반한 경우에는 보증인은 보증계약 당시 확정된 채무액만 이행할 의무를 부담하고, 불확정 다수의 채무에 대한 보증계약이 제1항에 위반한 경우에는 효력이 없다”고 하여 금액이 확정된 채무에 대한 보증의 경우에는 보증채무최고액을 서면으로 특정하지 않더라도 이를 무효로 하지는 않았다.¹⁹⁾

생간건대, 보증계약을 무효로 할 정도로 중한 효과를 부과하려면 근보증의 경우처럼 무효로 된다는 규정을 명시적으로 두는 것이 마땅하며 보증인보호법 제4조에 위반되는 행위의 효력에 관하여 전혀 규정을 두지 않았다면 이는 그 행위가 유효하다는 전제에 서있는 것이라고 봄이 타당하다. 즉 보증채무최고액을 기재하지 않더라도 보증계약의 효력에는 영향이 없다고 할 것이다.

하지만 이 문제에 관해서 판례의 입장은 다소 결을 달리한다. 판례는 보증인보호법 제4조의 규정취지가 “위 법률 제3조 제1항과도 조응하여 보증인이 보증을 함에 있어서 자신이 지게 되는 법적 부담의 주요한 내용을 미리 예측할 수 있도록 하려는 것으로 이해된다”고 하면서 “확정된 주채무에 관한 채권증서에 보증인이 기명날인 또는 서명하는 방식으로 보증의 의사를 표시한 일반 보증의 경우에 그 서면에 주채무자가 부담하는 원본채무의 금액이 명확하게 기재되어 있다면 다른 특별한 사정이 없는 한 이로써 위 법률 제4조 전단의 요건은 적법하게 충족되었다고 볼 것이고, 그 이외에 이자 또는 지연손해금 등과 같은 종된 채무에 관하여 별도로 그 액을 특정할 것이 요구되지는 아니한다”고 판시하였다.²⁰⁾ 판례는 일반 보증의 경우에는 보증채무의 최고액을 서면으로 특정하지 않아도 보증계약이 무효로 되지 않는다고 판시한 것이 아니라 보증계약서상 주채무의 내용이 특정되어 있는 이상 그것만으로도 보증채무의 최고액이 기재되어 있다고 보기에 충분하다는 이유로 보증계약이 무효로 되지 않는다고 판단하였다. 하지만 결국 “주채무자가 부담하는 원본채무의 금액”이 명확히 기재되어 있는 이상 별도로

19) 주 13) 참조. 법무부가 확정된 최종 법안에는 위 제2항 중 금액이 확정된 채무의 보증에 관한 제1문은 삭제되고 제2문 부분만 남았다.

20) 대법원 2013. 6. 27 선고 2013다23372 판결.

보증채무의 최고액을 기재하지 않더라도 보증계약이 무효로 되지 않는다는 점에서는 결론을 같이하고 있다 하겠다.

나. 보증채무최고액에 포함되는 채무의 범위

보증채무최고액은 주채무의 원금만을 기준으로 한정할지 아니면 원금 외에 이자나 지연손해금 등도 포함한 금액을 기준으로 한정할지의 문제이다. 이에 관하여 만약 보증채무최고액을 원금만을 기준으로 한다면 확정채무를 다루는 공정증서의 특성상 주채무 원금 외에 보증채무최고액을 별도로 정하도록 한 의미가 완전히 몰각될 것이므로 당연히 원금 외에 이자나 지연손해금도 포함되어야 하는 것이 당연한 이치가 아니냐고 반문할 수도 있지만, 보증인보호법 제4조가 일반 보증은 물론 근보증에도 함께 적용되는 조항이고 같은 조항의 해석은 경우가 달라져도 동일하게 하여야 하기 때문에 위와 같은 문제제기는 필요하다고 생각한다.

종래 보증한도액을 정한 근보증의 한도액에 관하여, 보증책임의 범위가 원본에 한정되어 그로부터 발생하는 이자, 지연손해금 등에 관해서는 무제한으로 보증책임이 미친다고 하는 원본한도설과 원본과 이자, 지연손해금 등을 포함하여 보증한도액에 한정되고 이 한도액을 넘는 부분에 대하여 보증책임이 미치지 않는다고 하는 채무한도설이 있었다.²¹⁾ 판례는 “지급보증서에 보증금액을 정하여 둔 것은 보증인이 보증책임을 지게 될 주채무에 관하여 한도액을 정한 것으로서, 그 한도액에는 주채무자의 채권자에 대한 대출금 채무의 원금과 이자 및 지연손해금이 모두 포함되고 그 합계액이 그 한도액을 초과할 수 없다”고 판시하였다.²²⁾ 따라서 공정증서상 보증채무최고액의 경우에도 원본 및 이자, 손해배상 등 기타 종된 채무의 합계액을 기준으로 한도를 정해야 할 것이다.

다. 일부변제의 경우

채권자의 대여원금이 보증채무최고액보다 많거나, 추후에 발생한 이자 및 지연손해금 등이 가산되어 보증채무최고액보다 많게 될 경우 주채무자가 일부변제를 하면 보증

21) 김대인, “보증인의 책임제한”, 법률구조 28호, 23면.

22) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다1433 판결.

인의 책임은 어떻게 되는가.

이러한 경우라도 변제시점이 보증채무기간 만료 전이라면 별다른 문제는 발생하지 않는다. 하지만 주채무자가 보증기간 만료 후 채권자에게 일부변제를 하였다면 보증인의 채무는 대여원금 등으로부터 일부변제금을 공제한 금액이 되는지 아니면 보증채무 최고액에서 일부변제금을 공제한 금액이 되는지가 문제로 될 수 있다. 이에 관하여 일반 보증에 관한 판례는 없지만, 판례는 “계속적 상거래에 기한 채무의 연대보증(근보증)계약에 있어서 연대보증인이 채무자의 채무를 일정한 한도에서 보증하는 취지의 계약을 하였을 때는 그 보증한 한도 이상의 채무에 대하여는 그 책임이 없음은 물론이나 그 보증한 한도내의 채무가 잔존하고 있는 이상 그 잔존채무가 위 한도액 범위 내의 거래로 인하여 발생한 채무이던, 또는 그 한도액을 초과한 거래로 인하여 발생한 채무중 다른 담보권의 실행으로 일부 변제되고 잔존한 채무이던 불문하고 그 보증한도에서 책임을 져야한다”고 판시한바 있다.²³⁾ 이 판례의 취지에 비추어보면 보증인은 보증채무 최고액을 한도로 하여 대여원금 등으로부터 일부변제금을 공제한 금액에 관하여 책임을 진다고 할 것이다.

2. 보증채무의 기간

가. 보증채무기간의 의미

앞에서도 살펴보았던 것처럼 보증채무의 기간에 대해서는 이를 시효기간으로 보아야 할지 아니면 보증채무의 범위를 확정하기 위한 기간으로 보아야 할지에 관해서는 논란이 있다. 이에 관해서는 아직 명확한 판례가 나와 있지 않은 상태이기는 하지만, 사견으로는 후자로 보아야 한다고 생각한다. 그 근거는 다음과 같다.

- ① 우선 보증기간이라는 개념이 계속적 보증과 관련하여 보증인의 책임범위를 제한 내지 확정하기 위한 목적으로 사용되어 왔다는 연원상의 이유를 들 수 있다. 종래 판례는 보증기간이나 보증한도액이 정해지지 아니한 계속적 보증에 있어서 보증

23) 대법원 1985. 3. 12. 선고 84다카1261 판결.

인의 책임을 제한하는 데 주력하였다. 반면 일반 보증에 대해서는 당연히 기간의 제한 없이 주채무와 동일한 책임을 부담하는 것으로 이해하였다. 2004년도에 국회에 제출된 민법 개정안 역시 근보증에 관해서만 보증기간에 관한 규정을 두어 보증인 보호를 도모하였다. 보증인보호법은 발의될 때 당시 국회에 계류 중이던 민법 개정안의 내용으로부터 많은 영향을 받았는데, 민법 개정안에서는 근보증에 관해서만 정해졌던 보증기간에 관한 규정이 보증인보호법에서는 일반 보증에까지 확대 적용되었다. 그리고 보증기간을 정하지 않은 경우 이를 3년으로 간주하도록 한 것도, 금융권의 대출기간이나 대출연장기간 등 계속적 보증의 보증기간에 관한 거래관행을 고려할 필요가 있다고 촉구한 전국은행연합회의 의견이 주로 반영된 결과이다. 즉 보증인보호법상 보증기간에 관한 규정은 위와 같이 법제정에 이르게 된 경위 속에서 종전에 계속적 보증에 있어서 보증인의 책임을 제한하기 위한 수단으로서의 보증기간 개념을 승계하였다고 할 수밖에 없다.

- ② 둘째, 보증기간이란 개념은 근보증과 관련해서는 여전히 “보증채무의 범위를 확정하기 위한 기간”의 의미로 이해되고 있다는 점이다. 판례는 앞에서도 본 것처럼 근보증에 있어서 보증기간이 정해진 때에는 그 기간 중에 생긴 채무에 대해서만 보증인이 책임을 지게 된다는 취지를 밝힌 바 있고,²⁴⁾ 이러한 취지에 따라 보증인 보호법이 제정된 이후에도 실무에서는 보증기간을 “근보증계약의 체결에 따른 보증책임의 개시일로부터 보증채무의 확정기일, 즉 원본의 확정기일(결산기)까지의 기간”이라고 한다.²⁵⁾ 보증인보호법 제7조는 일반 보증과 근보증에 대해 모두 적용되는 조항이다. 하나의 조항이 근보증에 관해서는 보증채무의 확정을 위한 기간으로 사용되고 일반 보증에 관해서는 다른 의미로 사용된다는 것은 있을 수 없는 일이다.

- ③ 셋째, 보증인보호법은 보증기간을 정하지 않았을 때 이를 3년으로 간주하도록 규정하고 있다. 만약 보증기간을 소멸시효로 이해한다면, 보증채무는 3년 정도의 단

24) 대법원 1974. 11. 26. 선고 74다310 판결.

25) 양경승, “계속적 보증채무의 확정과 보증인의 책임”, 사법논집 제50집, 417면. 근저당권에 있어서 근저당권의 확정이 필요한 것처럼 근보증의 경우에도 보증책임의 대상이 되는 주채무의 범위를 확정해야 되는데, 보증기간의 정함이 있었다면 그 기간 내에 발생하여 만료시 잔존하고 있는 채무로 확정하여야 한다는 것이다.

기간 내에 행사하지 않으면 소멸된다는 의미가 된다. 주채무에 대해서는 여전히 10년의 소멸시효가 적용됨에도 불구하고 단기의 보증기간이 종료하여 보증채무가 소멸되는 것으로 한다면 보증채무의 효용성은 크게 훼손될 것이고, 그 결과 인적 담보를 활용하여 채무자의 신용을 확대하고자 하는 보증제도의 존립기반을 흔들 것이다.

- ④ 넷째, 보증기간이 도과함으로써 보증채무가 소멸되도록 정한 외국의 입법례도 찾아보기 어렵다. 그나마 가장 유사한 경우로 보이는 스위스법의 경우에도 보증기간이 도과한 후 4주 내 채권자가 법적으로 그의 권리를 행사하고 중대한 지체 없이 소송 등 법적 조치를 취하지 않을 경우에만 보증책임이 소멸되는 것으로 정하고 있을 뿐 보증기간의 도과로 보증채무를 당연히 소멸시킨다는 취지는 아니다.²⁶⁾
- ⑤ 마지막으로, 당사자 간의 법률행위로 시효의 연장을 인정하는 것은 강행규정에 반한다는 점에서 갱신이 인정되는(보증인보호법 제7조 제2항) 보증기간을 소멸시효로 해석하는 데는 무리가 따른다는 점이다. 시효를 인정하는 것은 불안정한 법률관계를 조속하게 확정하여 법적 안정성을 도모하려는 데 있으므로 시효에 관한 규정은 기본적으로 강행규정이다. 민법에 의하면 시효를 배제, 연장 또는 가중하는 것은 허용되지 않는다(제184조 제2항).

따라서 보증기간은 시효기간이 아니라 그 기간 중에 발생한 채무에 관해 보증인에게 책임을 부과하기 위한, 즉 보증인의 보증채무를 확정하기 위한 기간으로 보아야 할 것이다. 법무부 법무심의관실의 질의회신 내용 중에도 “보증기간이란 보증인이 보증 책임을 부담하는 기간으로 그 기간 안에 주채무자의 채무가 발생하고 이행기가 되어야지만 보증인은 보증채무를 부담하게 됩니다. 보증기간 안에 이미 주채무자의 채무가 발생하고 이행기가 된 경우에는 보증기간이 종료하여도 보증인이 보증채무를 면하는 것은 아닙니다.”라고 한 것이 있는데, 같은 취지를 밝힌 것이라 하겠다.²⁷⁾

26) 2008. 2. 작성된 ‘보증인보호를위한특별법안 심사보고서’ 참조.

27) 하지만 보증기간 조항의 표현이 단정적이다 보니(“보증채무의 기간은 2015. 8. 10.까지로 한다”) 공중 일선에서는 보조자들이 이 조항의 효력에 관련해 소멸시효와 같은 의미로 설명하기도 하고 촉탁인들이 그와 같이 오해하기도 한다. 그러다 보니 위 조항을 둘러싸고 불필요한 잡음이 끊이지 않고 발생하는게 현실이다. 차제에 서식규칙을 개정하여 위 조항의 표현을 소멸시효로 오해받지 않게끔 명확하게 수정할 필요가 있을 것이다(예컨대, “보증채무는 2015. 8. 10.까지 발생한 것에 한한다”).

나. 변제기 도래 여부와 보증기간

위 질의회신에서는 보증기간 안에 주채무자의 채무가 발생하고 이행기가 된 경우에는 보증기간이 경과되어도 계속 보증채무를 부담한다고 표현하고 있다. 또 대법원 판례 중에는 계속적 보증에 관한 것이기는 하지만, “이른바 계속적 보증계약에 있어 보증책임의 한도나 보증기간에 관하여 아무런 정함이 없고 기왕에 발생한 채무까지 보증책임을 지기로 한 경우에는 보증인은 원칙적으로 변제기에 있는 주채무 전체에 관하여 보증책임을 부담하는 것이”라고 판시한 것도 있다.²⁸⁾

그렇다면 보증기간 중에 변제기에 이르지 않은 채무에 관해서는 보증인에게 책임을 물을 수 없는 것인가가 문제로 된다. 예컨대, 2015. 2. 10. 공정증서를 작성하면서 같은 날 금 1,000만 원을 대여하였는데, 변제기를 6개월 후인 같은 해 8. 10.로 정하고, 보증기간은 3개월 후인 같은 해 5. 10.까지로 하였다면, 보증기간 중에 원본채무의 변제기가 도래하지 않았으므로 보증인은 원본채무에 관하여 보증채무를 지지 않는가 하는 문제이다.

그러므로 살펴보면, 위 판례에서 “변제기에 있는 주채무 전체”에 대해 보증책임을 진다고 한 것은, 보증기간 중에 변제기에 도래해야만 보증채무로 확정된다는 의미로 그렇게 표현한 것은 아니라고 생각된다. 이는, 주채무가 변제기에 도래하여야만 채권자가 보증인에게도 청구할 수 있는 의미에 불과하다. 주채무가 변제기에 도래하지 않으면 보증인은 주채무자가 갖는 기한미도래의 항변권을 원용하여 행사할 수 있기 때문이다. 하지만 주채무의 변제기 도래여부는 보증채무의 범위에는 영향을 미치지 않는다.²⁹⁾ 변제기에 도래하였는지 불문하고 보증기간 중에 발생하였다면 당연히 보증인이 책임을 부담하여야 하는 것이다. 위 사안에서 주채무 원금은 보증계약 당시 이미 확정되어 있던 것이므로 보증인은 책임을 면할 수 없다. 

28) 대법원 1991. 12. 24. 선고 91다9091 판결.

29) 양경승, “계속적 보증채무의 확정과 보증인의 책임”, 사법논집 제50집, 459면.