

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2024다232066(본소) 구상금

2024다232073(반소) 약정금

원고(반소피고), 피상고인

원고(반소피고)

소송대리인 법무법인 원비전

담당변호사 노제설 외 1인

피고(반소원고), 상고인

피고(반소원고)

소송대리인 변호사 김도영 외 1인

원 심 판 결 수원고등법원 2024. 3. 7. 선고 2022나17672(본소), 2022나17689

(반소) 판결

판 결 선 고 2024. 10. 25.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 수원고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사건의 경위

원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거에 따르면, 다음 사실을 알 수 있다.

가. 소외 1 회사는 2014. 11. 13. 소외 2로부터 '고성 ○○리 개발사업'의 실시를 위하여 10억 원을 투자받되, 소외 1 회사가 투자금을 지급받은 날로부터 1년이 되는 날 소외 2에게 투자원금을 반환하고, 그 밖에 개발사업을 통해 수익이 발생할 경우 일정한 조건에 따라 이익을 배분하기로 하는 내용의 투자약정을 체결하였다(이하 '이 사건 투자약정'이라 한다). 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)와 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)는 소외 1 회사의 소외 2에 대한 위 투자원금 반환채무를 연대보증하였다.

나. 한편, 소외 1 회사와 원고 및 소외 2는 2014. 11. 13. 소외 1 회사가 원고에게 4억 원을 대여하되, 위 대여금은 소외 1 회사가 이 사건 투자약정에 따라 소외 2로부터 투자받은 10억 원에서 지급하며, 소외 2는 이에 동의한다는 내용의 금전소비대차계약을 체결하였다(이하 '이 사건 금전소비대차계약'이라 한다).

다. 소외 2는 2014. 11. 14. 피고의 계좌로 10억 원을 송금하는 방법으로 이 사건 투자약정에 따른 투자금을 모두 지급하고, 2014. 11. 17. 소외 1 회사 이사로 취임하였다.

라. 그런데 원고 및 피고가 소외 1 회사와 함께 이 사건 투자약정을 통하여 시행하고자 했던 고성 ○○리 개발사업은 소외 2가 위와 같이 투자금 10억 원을 지급한 지 며칠 지나지 않아 무산되었다. 그러자 소외 2는 그 무렵 원고의 권유에 따라 위 투자를 철회하기로 하고 2014. 12. 4. 소외 1 회사 이사직을 사임한 뒤 원고에게 투자금의

반환과 이자의 지급을 요구하였다.

마. 피고는 이 사건 투자약정에 따른 투자원금 반환채무를 담보하기 위하여 소외 2 앞으로 2015. 5. 21. 피고 소유의 2필지 토지를 공동담보로 하는 근저당권설정등기를 마쳐 주고, 2016. 6. 9. 피고 소유의 4필지 토지를 공동담보로 하는 근저당권설정등기를 마쳐 주었다.

바. 원고는 소외 2에게 2016. 9. 12. 3억 원, 2016. 9. 19. 5억 원, 2016. 9. 29. 2억 원 총 10억 원을 지급함으로써 이 사건 투자약정에 따른 투자원금을 변제하였다. 그러자 소외 2는 위 2015. 5. 21. 자 근저당권설정등기와 위 2016. 6. 9. 자 근저당권설정등기 중 2필지 토지에 관한 부분을 말소해 주었다.

사. 피고는 소외 2를 상대로 이 사건 투자약정에 따른 투자원금이 모두 변제되었음을 이유로 나머지 2필지 토지에 관하여 잔존하는 위 2016. 6. 9. 자 근저당권설정등기의 말소등기청구의 소를 제기하였고(수원지방법원 안산지원 2020가합7160), 이에 대하여 소외 2는 이 사건 투자약정이 해제된 2014. 12. 4.부터 원고로부터 투자원금 10억 원을 변제받은 2016. 9. 12.까지 투자원금에 대한 지연손해금 88,904,109원이 발생한 관계로 위 변제금 10억 원은 지연손해금, 원금 순으로 충당되어 결국 위 지연손해금 액수만큼의 투자원금이 남아 있다고 주장하면서, 피고를 상대로 잔존 투자원금 및 이에 대한 지연손해금을 청구하는 반소를 제기하였다(같은 법원 2021가합12503).

아. 위 사건에 관하여 법원은 2022. 2. 4. "피고는 소외 2에게 80,000,000원을 지급하고, 소외 2는 피고로부터 80,000,000원을 모두 지급받는 즉시 위 나머지 2필지 토지에 관한 2016. 6. 9. 자 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행한다."라는 내용의 화해권고결정을 하였고, 그 무렵 위 화해권고결정은 확정되었다(이하 '이 사건 화해권고

결정'이라 한다).

자. 피고는 2022. 2. 10.부터 2022. 10. 26. 사이에 소외 2에게 이 사건 화해권고결정에 따라 원금 80,000,000원과 지연손해금 700,000원을 지급하였다.

2. 본소청구에 대한 상계항변에 관한 상고이유에 대하여

가. 원심의 판단

원심은, 피고가 제1심에서 본소청구에 대하여 합계 10억 원(= 대여금 936,587,630원 + 구상금 40,000,000원 + 약정금 23,412,370원)의 채권을 자동채권으로 하여 원고의 피고에 대한 채권과 상계한다고 주장하면서 상계 후 남은 채권 중 3억 원 및 그에 대한 지연손해금을 반소로 구하였다가, 원심에 이르러 제1심 반소청구 중 대여금 청구금액을 145,407,630원으로 감축하고 구상금 청구금액을 80,000,000원으로 확장하되 약정금 청구는 철회하여 합계 225,407,630원의 지급을 구하는 것으로 반소 청구취지 및 청구원인을 특정하였다는 이유로, 피고가 원심에서 상계항변을 철회한 것으로 보아 이에 관하여 판단하지 아니한 채 원고의 본소청구와 피고의 반소청구의 당부를 각각 판단하였다.

나. 대법원의 판단

그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

1) 민사소송법 제136조 제4항은 "법원은 당사자가 간과하였음이 분명하다고 인정되는 법률상 사항에 관하여 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다."라고 규정하고 있으므로, 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 명백히 간과한 법률상의 사항이 있거나 당사자의 주장이 법률상의 관점에서 보아 모순이나 불명료한 점이 있는 경우 법원은 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견 진술의 기회를 주어야 하고,

만일 이를 게을리한 경우에는 석명 또는 지적의무를 다하지 아니한 것으로서 위법하다 (대법원 2009. 11. 12. 선고 2009다42765 판결 등 참조).

2) 원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음 사실을 알 수 있다.

가) 원고는 이 사건 본소를 통하여, 원고가 소외 2에게 이 사건 투자약정에 따른 투자원금 10억 원을 변제함으로써 이 사건 금전소비대차계약에 따른 원고 본인의 채무 4억 원뿐만 아니라 소외 1 회사의 소외 2에 대한 투자원금 6억 원의 반환채무 겸 피고의 위 투자원금 6억 원에 관한 연대보증채무를 변제한 이상, 원고는 피고에 대하여 6억 원의 구상금채권을 취득하였거나 소외 2가 피고에 대하여 가지는 6억 원의 연대보증채권을 변제자대위에 따라 취득하였다고 주장하면서, 피고를 상대로 6억 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하였다.

나) 이에 대하여 피고는, 이 사건 투자약정에 따른 투자원금 반환채무의 실질적 주채무자는 소외 1 회사가 아니라 원고이고, 설령 그렇지 아니하더라도 원고와 피고 사이에 위 투자원금 전액을 원고가 반환하기로 하는 약정이 있었던 이상 연대보증인인 원고와 피고 사이의 내부관계에서는 피고의 부담부분이 없으므로, 원고의 구상금 청구를 받아들일 수 없다고 주장하였다.

다) 한편, 피고는 제1심 제4차 변론기일에서 진술한 이 사건 반소장 및 2022. 4. 12. 자 준비서면을 통하여, 설령 원고의 본소청구가 전부 또는 일부 인용되더라도, 피고의 원고에 대한 합계 10억 원(= 대여금 합계 936,587,630원 + 구상금 40,000,000원 (= 피고가 연대보증인 겸 물상보증인으로서 이 사건 화해권고결정에 따라 소외 2에게 변제한 잔여 투자금 80,000,000원 $\times$ 1/2) + 약정금 23,412,370원)의 채권을 자동채권으로 하여 원고의 피고에 대한 채권과 상계하고, 상계 후 남은 채권을 반소로 구하는

금액 범위 내에서 청구한다고 주장하면서, 원고를 상대로 3억 원 및 이에 대한 지연손해금을 구하였다.

라) 피고는 원심 제4차 변론기일에 진술한 2023. 8. 14. 자 준비서면 및 제5차 변론기일에 진술한 2023. 9. 22. 자 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서를 통하여서, 대여금 청구금액을 145,407,630원으로 감축하고(다만, 위 145,407,630원은 기존에 주장한 대여금 936,587,630원에 포함되어 있던 돈이다), 구상금 청구금액은 피고가 이 사건 화해권고결정에 따라 소외 2에게 변제한 잔여 투자금 80,000,000원 전액으로 확장하며, 약정금 청구는 취하하여, 결국 원고를 상대로 총 225,407,630원(= 145,407,630원 + 80,000,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 구하는 것으로 반소 청구취지 및 청구원인을 정리하였다. 그러나 피고는, 제1심에서 주장한 바 있는 본소에 대한 상계항변과 원심에서 변경한 반소청구 사이의 관계가 어떻게 되는지, 본소 상계항변을 철회하는 것인지 등에 관하여는 아무런 언급을 하지 아니하였다.

3) 위와 같은 이 사건 소송의 경과를 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다.

가) 피고는 당초 제1심에서 원고의 본소청구에 대하여 피고의 원고에 대한 대여금채권, 구상금채권, 약정금채권을 자동채권으로 삼아 원고의 피고에 대한 채권과 상계한다는 주장을 명시적으로 하였고, 그와 같이 상계한 후 남은 채권을 반소 청구금액 범위 내에서 청구하였다. 그러나 피고는 원심 제1차 변론기일에서 제1심 변론결과를 진술한 뒤, 제5차 변론기일에 이르러 청구의 기초에 변경이 없는 한도에서 대여금 및 구상금 청구만으로 반소청구를 변경하면서도, 제1심에서 주장하였던 상계항변을 철회한다는 의사는 밝힌 바 없다.

나) 따라서 원심으로서는 피고가 반소청구를 변경함으로써 제1심에서 주장한 바

있는 본소에 대한 상계항변을 철회하는 것인지, 그렇지 않다면 본소 상계항변과 반소 청구의 관계는 어떠하며 상계항변을 통해 주장하는 자동채권의 구체적인 내용과 금액은 어떻게 되는지 등에 관하여 피고에게 석명을 구하면서 의견진술의 기회를 주었어야 한다.

다) 그럼에도 원심은 적절히 석명권을 행사하거나 피고에게 의견진술의 기회를 주는 등의 조치를 취하지 아니한 채, 만연히 피고가 반소청구를 변경함으로써 상계항변을 철회하였다고 보아 그에 관하여 아무런 판단을 하지 아니하였으므로, 원심판결에는 당사자가 소송상 제출한 공격방어방법에 관한 판단을 누락하거나 석명의무를 위반하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 주채무자의 확정 및 연대보증인 간의 분담비율에 관한 상고이유에 대하여

원심은 판시와 같은 이유로, 이 사건 투자약정에 따른 투자원금 반환채무의 주채무자는 소외 1 회사이고, 원고와 피고는 각각 그 연대보증인으로 보아야 하며, 연대보증인인 원고와 피고 사이에서 주채무인 위 투자원금 반환채무에 대한 분담비율은 원고 70%, 피고 30%가 된다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 연대보증인 상호 간의 내부관계에서의 분담비율에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

4. 연대보증인의 출재로 인한 구상권 발생 범위에 관한 상고이유에 대하여

가. 원심의 판단

원심은 이 사건 본소청구에 관하여, 원고가 소외 2에게 이 사건 투자약정에 따른 투자원금 10억 원을 변제하였고, 위 주채무에 대한 원고의 부담부분은 7억 원(= 투자원금 10억 원 $\times$ 분담비율 70%)이므로, 원고는 자신의 부담부분을 초과하여 변제한 금액이자 피고의 부담부분인 3억 원(= 10억 원 - 7억 원)에 대하여 피고를 상대로 구상권을 행사할 수 있다고 판단하였다.

또한 원심은 이 사건 반소청구 중 구상금 청구 부분에 관하여, 피고가 소외 2에게 이 사건 투자약정의 해제로 인하여 발생한 위 투자원금에 대한 이자 8,000만 원을 변제하였고, 위 주채무에 대한 피고의 부담부분은 2,400만 원(= 이자 8,000만 원 $\times$ 분담비율 30%)이므로, 피고는 자신의 부담부분을 초과하여 변제한 금액이자 원고의 부담부분인 5,600만 원(= 8,000만 원 - 2,400만 원)에 대하여 원고를 상대로 구상권을 행사할 수 있다고 판단하였다.

나. 대법원의 판단

그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

1) 수인의 보증인이 있는 경우에는 그 사이에 분별의 이익이 있는 것이 원칙이지만, 그 수인이 연대보증인일 때에는 각자가 별개의 법률행위로 보증인이 되었고 또한 보증인 상호 간에 연대의 특약(보증연대)이 없었더라도 채권자에 대하여는 분별의 이익을 갖지 못하고 각자의 채무의 전액을 변제하여야 하나, 연대보증인들 상호 간의 내부관계에서는 주채무에 대하여 출재를 분담하는 일정한 금액을 의미하는 부담부분이 있고, 그 부담부분의 비율, 즉 분담비율에 관하여는 그들 사이에 특약이 있으면 당연히 그에 따르되 그 특약이 없는 한 각자 평등한 비율로 부담을 지게 된다. 그러므로 연대보증인 가운데 한 사람이 자기의 부담부분을 초과하여 변제하였을 때에는 다른 연대보

증인에 대하여 구상을 할 수 있는데, 다만 다른 연대보증인 가운데 이미 자기의 부담부분을 변제한 사람에 대하여는 구상을 할 수 없으므로 그를 제외하고 아직 자기의 부담부분을 변제하지 아니한 사람에 대하여만 구상권을 행사하여야 한다.

또한 연대보증인 가운데 한 사람이 자기의 부담부분을 초과하여 변제하여 다른 연대보증인에 대하여 구상을 하는 경우의 부담부분은 수인의 연대보증이 성립할 당시 주채무액에 분담비율을 적용하여 산출된 금액으로 일단 정하여지지만, 그 후 주채무자의 변제 등으로 주채무가 소멸하면 부종성에 따라 각 연대보증인의 부담부분이 그 소멸액만큼 분담비율에 따라 감소하고 또한 연대보증인의 변제가 있으면 당해 연대보증인의 부담부분이 그 변제액만큼 감소하게 된다. 그러므로 자기의 부담부분을 초과한 변제를 함으로써 그 초과 변제액에 대하여 다른 연대보증인을 상대로 구상권을 행사할 수 있는 연대보증인인지 여부는 당해 변제시를 기준으로 판단하되, 구체적으로는 우선 그때까지 발생·증가하였던 주채무의 총액에 분담비율을 적용하여 당해 연대보증인의 부담부분 총액을 산출하고 그 전에 앞서 본 바와 같은 사유 등으로 감소한 그의 부담부분이 있다면 이를 위 부담부분 총액에서 공제하는 방법으로 당해 연대보증인의 부담부분을 확정된 다음 당해 변제액이 위 확정된 부담부분을 초과하는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 한편, 이미 자기의 부담부분을 변제함으로써 위와 같은 구상권 행사의 대상에서 제외되는 다른 연대보증인인지 여부도 원칙적으로 구상의 기초가 되는 변제당시에 위와 같은 방법에 의하여 확정되는 그 연대보증인의 부담부분을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 6. 25. 선고 2007다70155 판결 참조).

2) 위 법리에 비추어 이 사건의 사실관계를 살펴본다. 원고와 피고의 연대보증이 성립할 당시 두 사람의 부담부분은 주채무인 투자원금 10억 원에 분담비율을 적용하여

산출된 금액(원고 7억 원, 피고 3억 원)으로 일단 정하여지지만, 그 후 원고가 소외 2에게 총 10억 원을 변제할 때까지 주채무자 또는 연대보증인의 변제 등으로 연대보증인인 원고와 피고의 부담부분이 감소한 바 없고, 오히려 이 사건 투자약정의 해제로 인한 원상회복으로 반환해야 할 투자원금 10억 원에 대하여 그 받은 날로부터 위 10억 원의 변제완료일인 2016. 9. 29.까지 적어도 이 사건 화해권고결정에서 지급을 명한 8,000만 원의 이자가 발생하였다(민법 제548조 제2항 참조). 그리고 보증채무는 주채무의 이자, 위약금, 손해배상 기타 주채무에 종속한 채무를 포함하므로(민법 제429조 제1항 참조), 이자 8,000만 원 역시 원고와 피고의 연대보증채무에 포함된다.

따라서 원고가 소외 2에게 10억 원의 변제를 완료한 2016. 9. 29.까지 발생·증가하였던 주채무의 총액은 투자원금 10억 원에 위 변제 당시까지 발생한 최소 8,000만 원의 이자를 더한 액수가 되므로, 원고가 자기의 부담부분을 초과한 변제를 함으로써 그 초과 변제액에 대하여 피고를 상대로 구상권을 행사할 수 있는지를 판단하려면, 위와 같이 산출된 주채무의 총액에 원고의 부담비율을 적용하여 원고의 부담부분 총액을 확정하는 다음, 원고의 위 변제액 10억 원이 위와 같이 확정된 부담부분을 초과하는지를 따져 보아야 한다.

3) 그런데 피고는 위 투자원금 반환채무에 대하여는 자신의 부담부분이 존재하지 않으므로 원고의 본소청구에 응할 수 없다고 주장하는 한편 자신이 소외 2에게 변제한 8,000만 원에 대하여는 반소로 원고에게 구상금을 청구하고 있다. 그러나 원고는 위 8,000만 원에 관하여는 별다른 언급 없이 자신의 변제액인 10억 원에 자신의 부담비율을 적용하여 산출한 금액을 자신의 부담부분이라 주장하면서, 그 부담부분을 초과하여 변제한 부분에 대하여 피고를 상대로 구상권을 행사하고 있을 뿐이다.

그럼에도 원심은 원고의 변제 완료일을 기준으로 할 때 주채무의 총액이 얼마인지, 피고가 소외 2에게 변제한 위 8,000만 원은 주채무의 총액에 포함되지 않는 것인지에 관하여 적절히 석명하는 등의 조치를 취하지 아니한 채, 위 투자원금 10억 원에 원고의 분담비율을 적용하여 산출한 금액을 원고의 부담부분이라고 보고 이를 기준으로 그 부담부분을 초과하는 변제를 하였는지 여부를 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 수인의 연대보증인 간 구상관계에서의 부담부분 산정에 관한 법리를 오해한 나머지 석명의무를 위반하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장도 이유 있다.

5. 파기의 범위

원심판결의 본소에 관한 피고 패소 부분에는 앞에서 본 바와 같이 상계항변 등에 관한 석명의무 위반 및 심리미진의 파기사유가 있다. 그런데 피고가 당초 제1심에서 원고에 대한 대여금채권 등을 자동채권으로 하는 상계항변을 하면서 그와 같이 상계한 후 남은 채권을 반소로써 청구하였던 점을 고려하면, 환송 후 원심에서 위와 같은 파기취지에 따라 본소청구의 인용 범위가 달라질 경우 반소청구의 인용 범위 역시 달라질 여지가 있다.

또한 원심판결의 본소에 관한 피고 패소 부분에는 앞에서 본 바와 같이 수인의 연대보증인 간 구상관계에서의 부담부분 산정에 관한 법리오해, 석명의무 위반 및 심리미진의 파기사유도 있는데, 환송 후 원심에서 위와 같은 파기취지에 따라 원고의 변제 시까지 발생·증가하였던 주채무의 총액을 산출하고 여기에 원고의 분담비율을 적용하여 원고의 부담부분 총액을 확정할 경우, 본소청구의 인용 범위뿐만 아니라 반소청구 중 구상금 청구 부분의 인용 범위도 달라질 여지가 있다.

결국 앞에서 본 각 파기사유는 원고의 본소청구와 피고의 반소청구 전체에 영향을 미치므로, 비록 원고가 원심판결에 대하여 상고하지 아니하였고, 피고의 반소청구 중 대여금 청구 부분에 대한 상고에 관하여 상고장이나 상고이유서에 아무런 상고이유의 기재가 없다 하더라도, 원심판결을 전부 파기하여야 한다.

6. 결론

원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	노태악
-----	-----	-----

	대법관	서경환
--	-----	-----

주심	대법관	신숙희
----	-----	-----

	대법관	노경필
--	-----	-----