

## 구상금

[서울중앙지법 2014. 8. 26. 2013나52997]



### 【판시사항】

甲 주식회사가 기술신용보증기금과 제1신용보증약정을 체결하고 乙 은행에서 제1대출을 받은 후 최장여신기간 초과로 제1신용보증약정을 해지한 것으로 처리한 다음 기술신용보증기금과 제2신용보증약정을 체결하고 乙 은행에서 제2대출을 받아 제1대출금채무를 변제하였는데, 甲 회사가 제2대출금채무를 연체하여 대위변제한 기술신용보증기금이 제2신용보증약정이 있기 전 甲 회사의 사업 부문을 분할합병한 丙 주식회사를 상대로 구상금을 구한 사안에서, 丙 회사는 甲 회사의 기술신용보증기금에 대한 구상금채무에 관하여 부진정연대책임을 부담하지 아니하고, 기술신용보증기금이 丙 회사를 상대로 구상권을 행사할 수 없다고 한 사례

### 【판결요지】

甲 주식회사가 기술신용보증기금과 제1신용보증약정을 체결하고 乙 은행에서 제1대출을 받은 후 최장여신기간을 초과하게 되자 제1신용보증약정을 해지한 것으로 처리한 다음 기술신용보증기금과 제2신용보증약정을 체결하고 乙 은행에서 제2대출을 받아 그 대출금으로 제1대출금채무를 변제하였는데, 甲 회사가 제2대출금채무를 연체하여 乙 은행의 보증채무 이행청구에 따라 대위변제를 한 기술신용보증기금이 제2신용보증약정이 있기 전 甲 회사의 정보통신공사업 부문을 분할합병한 丙 주식회사를 상대로 구상금을 구한 사안에서, 대환처리에 의하여 기술신용보증기금의 제1신용보증약정에 기한 보증책임은 확정적으로 소멸하여 기술신용보증기금은 제1신용보증약정과 동일성이 인정되지 않는 제2신용보증약정에 기하여 대위변제를 한 것으로 보이고, 제2신용보증약정은 분할합병의 효력이 발생한 후 체결되었으므로 丙 회사는 甲 회사의 기술신용보증기금에 대한 구상금채무에 관하여 부진정연대책임을 부담하지 아니하고, 기술신용보증기금이 제2대출금채무의 부진정연대채무자 중 1인인 甲 회사의 보증인으로서 대위변제를 하였더라도 다른 부진정연대채무자인 丙 회사를 상대로 구상권을 행사할 수는 없다고 한 사례.

### 【참조조문】

상법 제232조 제2항, 제3항, 제527조의5 제1항, 제3항, 제530조의6 제1항 제7호, 제530조의9, 제530조의11 제2항, 민법 제447조, 제605조

### 【전문】

【원고, 항소인】 기술신용보증기금 (소송대리인 변호사 소동기 외 1인)

【피고, 피항소인】 주식회사 거성에너지 (소송대리인 변호사 박충규)

【제1심판결】 서울중앙지법 2013. 9. 25. 선고 2012가단5116164 판결

【변론종결】 2014. 7. 15.

【주문】

】

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

【청구취지 및 항소취지】 제1심판결을 취소한다. 피고는 원고에게 255,963,350원 및 이에 대하여 2012. 6. 25.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

【이유】

】 1. 인정 사실

가. 원고의 신용보증에 따른 대출

1) 광성씨앤아이 주식회사(이하 '소외 회사'라 한다)와 원고는 2006. 2. 23. 다음과 같은 내용의 개별거래용 신용보증(이하 '이 사건 제1신용보증'이라 한다)약정을 체결하였다.

- 채권자: 주식회사 국민은행(이하 '국민은행'이라 한다)
- 신용보증인: 원고
- 피보증인: 소외 회사
- 대출과목: 기업일반자금대출

○ 대출예정금액: 300,000,000원

○ 보증방법: 개별보증

○ 보증비율: 85%

○ 보증원금: 255,000,000원

○ 보증기한: 2007. 2. 23.까지

○ 원고가 보증채무를 이행한 경우, 소외 회사는 원고에 대하여 구상금채무를 부담하고, 소외 회사의 대표이사인 소외인은 소외 회사의 위 구상금채무를 연대보증한다.

2) 소외 회사는 2006. 2. 23. 원고로부터 이 사건 제1신용보증약정에 기한 신용보증서(보증번호: 105060019, 이하 '이 사건 제1신용보증서'라 한다)를 발급받아 이를 국민은행에 제출한 다음, 2006. 2. 24. 국민은행으로부터 대출과목을 기업일반자금대출로 하고, 변제기를 2007. 2. 23.로 하여 300,000,000원을 대출(이하 '이 사건 제1대출'이라 한다)받았는데, 이 사건 제1신용보증서에 첨부된 보증약관(이하 '이 사건 보증약관'이라 한다)에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있었다.

제5조(신용보증조건의 변경)

- ① 채권자는 원고로부터 서면에 의한 신용보증조건의 변경통지를 받지 아니하고는 보증부대출기한의 연장, 대출과목의 변경, 채무자의 변경 등을 하여서는 아니 된다.
- ② 신용보증조건의 변경은 원고가 채권자에게 이를 서면으로 통지한 경우에만 성립한다.
- ③ 원고는 신용보증조건의 변경통지에 부합되도록 보증부대출의 내용이 변경된 경우에만 보증책임을 부담한다.
- ④ 보증방법이 개별보증인 경우 채권자는 보증기한을 연장하는 원고의 신용보증조건변경통지에 의하여 기존대출을 소멸시키면서 그와 동일한 내용의 새로운 대출을 발생시키는 신규대출형식으로 보증부대출의 기한을 연장하여서는 아니 된다.

제19조(면책)

- ① 원고는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 보증채무의 전부 또는 일부에 대하여 책임을 지지 않는다.
3. 원고의 동의 없이 보증부대출금의 전부 또는 일부가 채권자의 기존채권의 상환에 충당되었을 때
5. 제5조(신용보증조건의 변경)를 위반하였을 때
- 3) 원고는 국민은행에, 2007. 2. 21. "이 사건 제1신용보증약정의 보증기한을 2007. 2. 23.에서 2008. 2. 22.로 변경한다"는 내용의, 2008. 2. 19. "이 사건 제1신용보증약정의 보증기한을 2008. 2. 22.에서 2009. 2. 20.로 변경한다"는 내용의, 2009. 2. 19. "이 사건 제1신용보증의 보증기한을 2009. 2. 20.에서 2010. 2. 19.로 변경한다"는 내용의, 2010. 2. 19. "이 사건 제1신용보증약정의 보증기한을 2010. 2. 19.에서 2011. 2. 18.로 변경한다"는 내용의 각 신용보증조건 변경통지서를 보냈는데, 위 각 신용보증조건변경통지서에는 "※ 주의사항: 이 통지서는 보증부대출을 신규대출형식에 의하여 대환취급하는 경우에는 사용불가"라는 문구가 들어가 있었다.
- 4) 위 각 신용보증조건변경통지서에 따라 이 사건 제1대출금채무의 변제기는 당초 2007. 2. 23.에서 최종적으로 2011. 2. 17.로 연장되었는데, 국민은행의 여신업무지침상 기업일반자금대출의 경우 최장여신기간이 5년으로서 이 사건 제1대출금채무의 경우 2011. 2. 25.이 되면 최장여신기간을 초과하게 되어 국민은행으로서는 그 주채무자인 소외 회사와 신용보증인인 원고를 상대로 이 사건 제1대출금채권에 대한 회수조치를 취하여야 하는 상황에 이르렀다.
- 5) 이에 소외 회사와 원고는 2011. 2. 17. 다음과 같은 내용의 개별거래용 신용보증(이하 '이 사건 제2신용보증'이라 한다)약정을 체결하였는데, 원고는 같은 날 이 사건 제1신용보증에 관한 대출보증 원장에 이 사건 제1신용보증약정을 해지한 것으로 처리한 다음 이 사건 제1신용보증에 관한 대출보증 원장을 폐쇄함과 아울러 이 사건 제2신용보증에 관한 별도의 대출보증 원장을 개설하였다.
- 채권자: 국민은행
  - 신용보증인: 원고
  - 피보증인: 소외 회사
  - 대출과목: 기업일반운전자금대출
  - 대출예정금액: 300,000,000원
  - 보증방법: 개별보증
  - 보증비율: 85%
  - 보증원금: 255,000,000원
  - 보증기한: 2012. 2. 17.까지
- 원고가 보증채무를 이행한 경우, 소외 회사는 원고에 대하여 구상금채무를 부담하고, 소외 회사의 대표이사인 소외인은 소외 회사의 위 구상금채무를 연대보증한다.
- 특약: 이 사건 제2신용보증은 이 사건 제1신용보증서를 회수하는 조건임.
- 6) 소외 회사는 2011. 2. 17. 원고로부터 이 사건 제2신용보증약정에 기한 신용보증서(보증번호: 101201100020, 이하 '이 사건 제2신용보증서'라 한다)를 발급받아 이를 국민은행에 제출한 다음, 2011. 2. 18. 국민은행으로부터 대출과목을 기업일반운전자금대출로 하고, 변제기를 2012. 2. 17.(갑 제7호증의 2에 기재된 '2011. 2. 17.'은 '2012. 2. 17.'의 오키로 보인다)로 하여 300,000,000원을 대출(이하 '이 사건 제2대출'이라 한다)받고, 같은 날 이 사건 제2대출금으로 이 사건 제1대출금채무를 변제하였다.

- 7) 한편 원고는 소외 회사와 사이에 이 사건 제2신용보증약정을 체결하고, 소외 회사에 이 사건 제2신용보증서를 발급 하기에 앞서, 2011. 2. 10.경 소외 회사로부터 사업자등록증명, 법인등기부등본, 주주명부, 부가가치세과세표준증명, 국세납세증명서, 지방세납세증명서, 재무제표확인, 재무상태표, 손익계산서, 제조원가명세서, 공사원가명세서, 이익 잉여금처분계산서, 합계잔액시산표, 정보제공조회동의서 등을 받아 소외 회사에 대한 신용평가를 하였는데, 그 결과로 작성된 원고 담당직원의 종합의견서에 "이 사건 제1대출금의 변제기가 도래함에 따라 국민은행으로부터 이 사건 제1대출금의 대환자금 차입에 따른 담보부족분 255,000,000원에 대하여 기보증회수보증을 신청한 것으로, 소외 회사의 경우 특허사업화와 SK인천공장에 입찰하는 등 적극적인 영업활동을 통하여 매출회복이 예상되고, 금년도 중으로 본건 상환예정에 있으며, 소외 회사의 오랜 업력과 경영주의 사업의지를 감안하여 신청대로 취급하고자 함"이라는 내용이 기재되어 있으며, 2011. 2. 16.에는 국민은행으로부터 "기존대출 5년 경과로 재대출 관련하여 보증 하여 주기 바란다"는 내용의 '보증부대출 예정 확인서'를 제출받았다.
- 8) 원고는 2012. 2. 15. 국민은행에 "이 사건 제2신용보증약정의 보증기한을 2012. 2. 17.에서 2013. 2. 15.로 변경한다"는 내용의 신용보증조건변경통지서를 보냈고, 이에 국민은행은 이 사건 제2대출금채무의 변제기를 2013. 2. 15.로 연장하였다.
- 9) 이후 소외 회사는 이 사건 제2대출금채무를 연체하여 2012. 5. 19. 그 기한의 이익을 상실하였고, 이에 국민은행은 2012. 6. 20. 원고에 대하여 이 사건 제2신용보증약정에 기한 보증채무의 이행을 청구하였다.
- 10) 원고는 국민은행의 위 보증채무 이행청구에 따라 2012. 6. 25.(갑 제5호증의 '2011. 6. 25.'는 '2012. 6. 25.'의 오기로 보인다) 국민은행에 258,590,190원을 대위변제(이하 '이 사건 대위변제'라 한다)하였는데, 같은 날 미환급 보증료를 상계처리하는 방식으로 위 258,590,190원 중 2,626,840원을 회수하였고, 그에 따라 2012. 6. 25. 현재 위 대위변제금 중 255,963,350원(이하 '이 사건 대위변제금 잔액'이라 한다)이 미상환 상태에 있다.

#### 나. 소외 회사와 피고 사이의 분할합병

- 1) 소외 회사는 1999. 2. 1. 설립되어 자동제어장치 제조 및 판매시공업, 정보통신공사업 등을 영위하여 오던 주식회사 이고, 피고는 1990. 10. 26. 설립되어 전기공사업, 전기통신자재 판매업 등을 영위하여 오던 주식회사인데, 소외 회사와 피고는 2010. 1. 14. 다음과 같은 내용의 분할합병(이하 '이 사건 분할합병'이라 한다)계약서를 작성하였다.
- 소외 회사는 소외 회사의 정보통신공사업(등록번호 제110878호) 부문을 다른 영업 부문과 분할하여 이를 피고에게 합병시키되, 소외 회사는 분할합병 이후에도 자동제어장치 제조 및 판매시공업 등 잔존영업 부문을 계속하여 영위 하면서 존속하는 것으로 한다.
  - 상법 제530조의9 제3항에 의하여 피고는, 소외 회사의 정보통신공사업 부문과 관련된 채무만을 포괄적으로 승계하고, 소외 회사의 그 밖의 기존채무에 대하여는 연대책임을 부담하지 않는다.
  - 분할합병에 의하여 소외 회사가 피고에게 이전할 자산 및 부채는 2009. 12. 31. 현재 대차대조표를 기준으로 작성된 '분할로 인하여 승계되는 자산·부채의 명세'(소외 회사의 정보통신공제조합에 대한 출자지분 122좌, 소외 회사의 정보통신공제조합에 대한 대출금채무 29,000,000원, 소외 회사의 매입채무 9,371,684원)에 의하되, 정보통신공사계약 권리의무, 정보통신공사업과 관련된 권리의무, 정보통신공사업 등록에 관한 사항, 정보통신공사실적, 기술개발사항, 하도급업체와의 관계도 포함하는 것으로 하고, 정보통신공제조합에 대한 출자지분에 관한 보증채무 및 용자채무, 정보통신공사 관련 채무 일체를 피고가 승계하기로 한다.

2) 소외 회사는 2010. 1. 27. 임시주주총회를 개최하여 이 사건 분할합병계약서에 대하여 주주총회의 특별결의에 의한 승인을 받았다.

3) 소외 회사와 피고는 2010. 1. 29. 매일경제신문에 다음과 같은 내용의 이 사건 분할합병에 관한 공고를 하였다.

○ 소외 회사와 피고는 2010. 1. 17. 각각의 임시주주총회에서 소외 회사의 정보통신공사업 부문을 분할하여 피고가 이를 합병하고, 소외 회사는 존속하되, 분할되는 부문에 관한 소외 회사의 권리의무 일체는 피고가 승계하기로 각 결의하였다.

○ 분할합병의 대상: 소외 회사의 정보통신공사업 부문

○ 이해관계인은 이 공고 게재일 다음 날부터 1개월 이내에 의견서를 제출하기 바란다.

4) 위 공고에서 정한 기간 내에 이 사건 분할합병에 대하여 이의를 제출한 소외 회사의 채권자는 없었다.

5) 소외 회사는 2010. 3. 3., 피고는 2010. 3. 10. 각 이 사건 분할합병등기를 마쳤다.

6) 한편 소외 회사는 이 사건 분할합병과 관련하여 채권자에 대한 개별적인 최고절차는 거치지 않았다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 9호증, 을 제1 내지 43호증(각 가지번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 원고의 청구원인에 대한 판단을 위한 기본전제

살피건대, 현실적인 자금의 수수 없이 형식적으로만 신규대출을 하여 기존채무를 변제하는 대환은 특별한 사정이 없는 한 형식적으로는 별도의 대출에 해당하나 실질적으로는 기존채무의 변제기의 연장에 불과하므로 그 법적 성질은 기존채무가 여전히 동일성을 유지한 채 존속하는 준소비대차로 보아야 한다(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011다76426 판결 등 참조).

둘이켜 이 사건에 관하여 보건대, ① 이 사건 제1, 2대출은 대출금액이 각 300,000,000원으로 동일하고, 대출과목이 기업일반자금대출(이 사건 제1대출), 기업일반운전자금대출(이 사건 제2대출)로 실질적으로 동일한 점, ② 이 사건 제2대출은 실질적으로 이 사건 제1대출의 변제기 연장을 위하여 이루어진 점, ③ 소외 회사가 2011. 2. 18. 이 사건 제2대출을 받은 다음, 같은 날 이 사건 제2대출금을 가지고 이 사건 제1대출금채무를 변제한 점 등에 비추어, 소외 회사가 국민은행으로부터 이 사건 제2대출을 받아 그 대출금으로 이 사건 제1대출금채무를 변제한 것은 현실적인 자금의 수수 없이 형식적으로만 신규대출을 하여 기존채무를 변제하는 대환(이하 '이 사건 대환'이라 한다)에 해당한다 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 이 사건 대환에 의하여 이 사건 제1대출금채무의 변제기만 연장되었을 뿐 이 사건 제1대출금채무와 제2대출금채무는 그 동일성을 유지하고 있다고 보아야 한다.

## 3. 원고의 첫 번째 청구원인에 대한 판단(이 사건 대위변제에 따른 소외 회사의 원고에 대한 구상금채무에 관하여 피고가 부진정연대책임을 부담하는지 여부)

가. 판단의 전제[분할합병 전의 주식회사(상법상 회사의 분할은 주식회사에 대하여만 인정되는바, 이하에서 '주식회사'는 그냥 '회사'로 표시하기로 한다) 채무에 관한 부진정연대책임]

상법은 분할합병의 경우 분할되는 회사(이하에서 이를 '분할회사'로 줄여 부르기로 한다)와 그 분할된 재산(상법 제530조의9 제3항은 이를 '출자한 재산'이라고 표현하고 있다)을 합병한 다른 기존회사(상법 제530조의6은 이를 '분할합병의 상대방 회사'라고 표현하고 있는데, 이하에서는 이를 '승계회사'라고 줄여 부르기로 한다)는 분할합병 전의 회사 채무에 관하여 연대책임을 지는 것으로 규정하고 있는바(상법 제530조의9 제1항), 이는 회사분할로 인하여 채무자의 책임재산에 변동이 생기게 되어 채권회수에 불이익한 영향을 받는 채권자를 보호하기 위하여 부과된 법적

책임으로서 민법 제413조 내지 제427조가 정한 본래의 의미의 연대책임이 아니라 부진정연대책임에 해당한다고 할 것이다(대법원 2010. 8. 26. 선고 2009다95769 판결 참조).

한편 위와 같이 부진정연대하여 변제할 책임이 있는 분할합병 전의 회사 채무에는 분할합병의 효력발생 전에 발생하였으나 분할합병 당시에는 아직 그 변제기가 도래하지 아니한 채무도 포함된다고 할 것이고(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007다73321 판결 참조), 나아가 분할합병의 효력발생 전에 아직 발생하지는 아니하였으나 이미 그 성립의 기초가 되는 법률관계가 성립되어 있는 채무도 포함된다고 할 것이다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다71660 판결 참조). 돌이켜 이 사건에 관하여 보건대, 만약 이 사건 제2신용보증약정이 실질적으로 이 사건 제1신용보증약정의 보증기한을 연장한 갱신보증에 해당하여 이 사건 제1, 2신용보증약정이 그 동일성을 유지하고 있는 경우라면, 이 사건 대위변제에 따른 소외 회사의 원고에 대한 구상금채무는 이 사건 분할합병의 효력발생일인 2010. 3. 10.(분할합병의 효력은 상법 제530조의11 제1항, 제234조에 의하여 분할합병등기를 한 때 발생하는데, 이 사건 분할합병등기는 2010. 3. 10. 최종적으로 마쳐졌다) 후인 2012. 6. 25.에서야 현실적으로 발생하였지만, 그 성립의 기초가 되는 이 사건 제1신용보증약정은 2010. 3. 10. 전인 2006. 2. 23. 이루어졌으므로, 피고는 상법 제530조의9 제3항, 제530조의11 제2항, 제527조의5에 따라 연대책임의 배제 요건을 적법하게 갖추지 않는 한 상법 제530조의9 제1항에 따라 이 사건 대위변제에 따른 소외 회사의 원고에 대한 구상금채무에 관하여 부진정연대책임을 부담하게 된다.

#### 나. 원고의 주장

이 사건 제2신용보증약정은 실질적으로 이 사건 제1신용보증약정의 보증기한을 연장한 갱신보증에 해당하는 것으로서, 그에 따라 이 사건 대위변제는 실질적으로 이 사건 제1신용보증약정에 기한 보증채무를 이행한 것인데, 피고는 소외 회사의 정보통신공사업 부문을 이 사건 분할합병에 의하여 포괄적으로 승계함으로써 상법 제530조의9 제1항에 의하여 원고가 이 사건 대위변제를 한 데 따른 소외 회사의 원고에 대한 구상금채무에 관하여 부진정연대책임을 부담하므로, 피고는 원고에게 이 사건 대위변제금 잔액 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다.

#### 판단

살피건대, 비록 ① 이 사건 제1, 2신용보증약정이 그 채권자, 보증금액, 보증채무 이행 시의 구상금채무자와 그 연대보증인이 모두 동일하고, 그 보증대상이 되는 주채무가 실질적으로 그 동일성을 유지하고 있는 점, ② 국민은행은 원고의 신용보증조건변경통지서가 아니라 원고가 이 사건 대환처리가 예정되어 있음을 인식하고 있는 상태에서 스스로 소외 회사를 통하여 교부한 이 사건 제2신용보증서에 기초하여 이 사건 대환처리를 한 것으로 보이고, 그에 따라 이 사건 대환처리가 이 사건 보증약관 제19조 제1항 제3호, 제5호에 해당하지 않는 점 등의 사정은 인정되나, ① 이 사건 보증약관 제5조 제4항, 제19조 제1항 제3호, 제5호는 원고의 개별보증 대상인 주채무에 대하여 채권자가 대환처리를 한 경우 원고의 종전 보증책임의 존속 여부 등을 명확하기 위하여 마련된 것으로 보이는데, 그 전체적인 취지상 피고가 이 사건 제1대출금채무에 대하여 이 사건 대환처리를 한 때에는 그 대환의 성질이 준소비대차로서 그 후에 남게 된 이 사건 제2대출금채무가 이 사건 제1대출금채무와 동일성을 유지하는 경우에도 원고의 이 사건 제1신용보증약정에 기한 보증책임은 소멸하는 데 있는 것으로 보이는 점(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다16077 판결 등 참조), ② 원고가 이 사건 제2신용보증약정을 체결하면서 이 사건 제1신용보증에 관한 대출보증 원장에 이 사건 제1신용보증약정을 해지한 것으로 처리한 다음 이 사건 제1신용보증에 관한 대출보증 원장을 폐쇄함과 아울러 이 사건 제2신용보증에 관한 별도의 대출보증 원장을 개설한 점, ③ 원고가 소외 회사로부터 법인등기부등본 등의 자료

를 제출받아 소외 회사에 대한 신용평가를 한 다음 이 사건 제2신용보증약정을 체결하고 이 사건 제2신용보증서를 발급하였으며, 그 과정에서 소외 회사와 피고 사이에 이 사건 분할합병이 있었던 사실을 알았거나 적어도 알 수 있었던 것으로 보이는 점, ④ "지상권 또는 전세권을 목적으로 저당권을 설정한 자는 저당권자의 동의 없이 지상권 또는 전세권을 소멸하게 하는 행위를 하지 못한다"고 정한 민법 제371조 제2항, "주채무자의 항변포기는 보증인에게 효력이 없다"고 규정한 민법 제433조 제2항 등에서 발견되는 "권리의 포기는 자유로이 할 수 있으나 그로 말미암아 타인의 이익을 해하여서는 아니 된다"는 법리에 비추어, 이 사건 제1신용보증약정에 기한 원고의 보증책임의 소멸과 관련하여 법률상 이해관계 있는 제3자가 없는 경우 원고는 이 사건 제2신용보증약정을 단순히 이 사건 제1신용보증약정의 보증기한을 연장하는 갹신보증으로 취급하는 등의 방식으로 이 사건 제1신용보증약정에 기한 보증책임의 소멸 효과를 임의로 포기할 수도 있다 할 것이나, 이 사건 제1신용보증약정에 기한 원고의 보증책임이 소멸하였는지 여부, 구체적으로 원고가 이 사건 제1신용보증약정에 기하여 이 사건 대위변제를 한 것인지, 아니면 이 사건 제2신용보증약정에 기하여 이 사건 대위변제를 한 것인지 여부에 따라 이 사건 대위변제에 따른 소외 회사의 원고에 대한 구상금채무에 관하여 부진정연대책임을 지는지 여부가 결정되는 피고와 같이, 이 사건 제1신용보증약정에 기한 원고의 보증책임이 소멸하였는지 여부에 관하여 법률상 이해관계가 있는 제3자가 존재하는 경우에는, 원고가 이 사건 제1신용보증에 기한 보증책임의 소멸 효과를 임의로 포기할 수 없다고 보는 것이 적절한 것으로 보이는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 대환처리에 의하여 원고의 이 사건 제1신용보증약정에 기한 보증책임은 확정적으로 소멸하였고, 그에 따라 원고는 이 사건 제1신용보증약정과 동일한성이 인정되지 않는 이 사건 제2신용보증약정에 기하여 이 사건 대위변제를 한 것으로 봄이 타당하다.

나아가 이 사건 대위변제의 기초가 되는 이 사건 제2신용보증약정은 이 사건 분할합병의 효력이 발생한 2010. 3. 10. 후인 2011. 2. 17. 체결되었으므로, 피고는 이 사건 대위변제에 따른 소외 회사의 원고에 대한 구상금채무에 관하여 부진정연대책임을 부담하지 않는다고 할 것이다.

따라서 위와는 다른 전제에서 있는 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

4. 원고의 두 번째 청구원인에 대한 판단(원고가 국민은행에 대한 이 사건 제2대출금채무의 부진정연대채무자 중 1인인 소외 회사의 보증인으로서 이 사건 대위변제를 한 데 대하여 피고가 이 사건 제2대출금채무의 다른 부진정연대채무자로서 그 부담부분에 대한 구상책임을 부담하는지 여부)

#### 가. 판단의 전제

상법은 분할합병의 경우, 승계회사는 분할합병 전의 회사 채무에 관하여, 분할회사와 연대하여 변제할 책임이 있다고 규정하면서도(상법 제530조의9 제1항), 주주총회의 특별결의로써 승계회사가 분할회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담할 것을 정할 수 있고, 이 경우 분할회사가 분할합병 후에 존속하는 때에는 승계회사가 부담하지 아니하는 채무만을 부담하는 것으로 정하는 한편(제530조의9 제3항, 제2항 후단), 분할회사는 주주총회의 승인결의가 있는 날로부터 2주 내에 채권자에 대하여 분할합병에 이의가 있으면 일정한 기간 내에 이를 제출할 것을 공고함과 아울러 알고 있는 채권자에 대하여는 개별적으로 이를 최고하는 채권자보호절차를 취하여야 하고(제530조의11 제2항, 제527조의5 제1항), 채권자가 이의기간 내에 이의를 제출하지 아니한 때에는 분할합병을 승인한 것으로 보며(제530조의11 제2항, 제527조의5 제3항, 제232조 제2항), 채권자가 이의기간 내에 이의를 제출한 경우에는 분할회사는 그 채권자에 대하여 변제 또는 상당한 담보를 제공하거나 이를 목적으로 하여 상당한 재산을 신탁 회사에 신탁하여야 하는 것(제530조의11 제2항, 제527조의5 제3항, 제232조 제3항)으로 각 규정하고 있다[분할합병

이 아닌 단순분할의 경우에는 분할 전의 회사 채무에 관한 연대책임을 배제할 경우에만 위와 같은 채권자보호절차를 거칠 것이 요구된다(상법 제530조의9 제2항, 제4항, 제527조의5)].

위와 같은 상법 규정의 취지에 비추어 볼 때, 분할합병의 경우 분할회사가 주주총회의 특별결의로써 승계회사가 분할되는 회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담하는 것으로 정하였다고 하더라도, 알고 있는 채권자에 대하여 분할합병에 관한 개별적인 최고절차를 누락한 경우에는 그 채권자에 대하여 분할채무관계의 효력이 발생할 수 없고, 상법 제530조의9 제1항이 정한 원칙으로 돌아가 분할회사와 승계회사가 분할합병 전의 회사 채무에 관하여 부진정연대책임을 부담한다고 봄이 타당하고, 여기서 개별적인 최고가 필요한 '회사가 알고 있는 채권자'라 함은 채권자가 누구이고 그 채권이 어떠한 내용의 청구권인지가 대체로 회사에게 알려져 있는 채권자를 말하는 것으로서, 그 회사에 알려져 있는지 여부는 개개의 경우에 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것인데, 회사의 장부 기타 근거에 의하여 그 성명과 주소가 회사에 알려져 있는 자는 물론이고 회사 대표이사 개인이 알고 있는 채권자도 이에 포함된다고 봄이 타당하다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2011다38516 판결 참조).

#### 나. 원고의 주장

설령 원고가 이 사건 제1신용보증약정이 아니라 이것과는 별개의 이 사건 제2신용보증약정에 기하여 이 사건 대위변제를 한 것이라고 하더라도, 이 사건 대환에 의하여 이 사건 제1대출금채무와 이 사건 제2대출금채무가 실질적으로 그 동일성을 유지하고 있는 이상 피고는 상법 제530조의9 제1항에 의하여 국민은행에 대한 이 사건 제2대출금채무에 관하여 소외 회사와 부진정연대채무를 부담한다.

그런데 이 사건 제2대출금채무에 관한 부진정연대채무자 중 1인인 소외 회사를 위하여 이 사건 제2신용보증약정에 의하여 보증인이 된 원고가 피보증인인 소외 회사를 위하여 이 사건 제2대출금채무를 변제하였으므로, 원고는 이 사건 제2대출금채무에 대한 관한 다른 부진정연대채무자인 원고를 상대로 그 부담부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

따라서 피고는 원고에게 이 사건 대위변제금 잔액 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다.

#### 판단

##### 1) 소외 회사와 피고의 이 사건 제2대출금채무에 관한 부진정연대책임

살피건대, 비록 이 사건 분할합병계약서에 피고가 소외 회사의 채무 중 정보통신공사업 부문에 관한 채무만을 승계하는 것으로 정하였고, 소외 회사가 임시주주총회를 열어 주주총회의 특별결의에 의하여 위와 같은 내용의 이 사건 분할합병계약서를 승인하기는 하였지만, 이 사건 분할합병계약 당시 국민은행은 이 사건 제1대출금채권자로서 소외 회사가 알고 있는 채권자로 봄이 타당한데, 소외 회사가 이 사건 분할합병등기를 마치기까지 국민은행에 대하여 이 사건 분할합병에 관한 개별적인 최고절차를 이행하지 아니하였으므로, 상법 제530조의9 제1항이 정한 원칙으로 돌아가 소외 회사와 피고는 이 사건 제1대출금채무에 관하여 부진정연대책임을 부담한다고 보아야 한다.

그런데 앞서 본 바와 같이 이 사건 제2대출금채무는 이 사건 제1대출금채무와 동일성이 유지되는 채무이므로, 결국 소외 회사와 피고는 이 사건 제2대출금채무에 관하여도 부진정연대책임을 부담한다고 봄이 타당하고, 그에 따라 원고가 이 사건 제2대출금에 대한 부진정연대채무자인 소외 회사와 피고 중 소외 회사의 보증인으로서 이 사건 제2대출금채무를 변제한 이상, 이 사건 제2대출금채무에 관하여 소외 회사와 피고 사이의 내부관계에서 피고가 부담하여야 할 부분이 있다면 피고를 상대로 그 부담부분에 대하여 구상권을 행사할 수 있기는 하다(대법원 2010. 5. 27. 선고



2009다85861 판결 등 참조).

## 2) 피고의 부담부분 유무

살피건대, 분할회사와 승계회사가 부진정연대책임을 부담하는 대상은 분할 전의 회사 채무인데, 분할합병의 경우 ① 상법 제530조의3 제1항, 제2항, 제434조에 따라 분할회사와 승계회사는 분할합병계약을 작성하여 주주총회의 특별결의에 의한 승인을 얻어야 하는 점, ② 상법 제530조의9 제3항의 정함이 있는 때에, 즉 승계회사가 분할회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담하는 것으로 정한 때에 상법 제530조의6 제1항 제7호에 따라 이를 분할합병계약서에 기재하여야 하는 점 등에 비추어, 분할합병계약서의 정함에 따라 분할회사와 승계회사 사이의 내부적 부담부분이 결정되고, 그 내부적 부담부분에 따라 구상관계도 정하여진다고 보는 것이 분할회사와 승계회사의 의사에 부합할 뿐 아니라, 분할합병계약을 토대로 하여 주주총회에서 의결권을 행사하는 주주와 분할합병에 대한 이의제출 여부를 결정하는 채권자의 의사에도 부합한다고 할 것이다.

한편 상법 제530조의9 제1항, 제3항, 제2항 후단, 제530조의11 제2항, 제527조의5에 의하면, 분할회사와 승계회사는 분할합병 전의 회사 채무에 관하여 부진정연대책임을 지는 것을 원칙으로 하고, 다만 일정한 요건하에 승계회사가 분할회사의 채무 중에서 분할회사가 출자한 재산에 관한 채무만을 부담할 수 있도록 하면서, 그 경우에는 분할회사는 승계회사가 부담하지 아니하는 채무만을 부담하게 하여 채무관계가 분할채무관계로 바뀌도록 규정하고 있으므로, 이에 위반된 합의, 가령 승계회사가 분할합병 전의 회사 채무를 전혀 승계하지 않기로 하는 내용의 합의는 상법 제530조의9에 위반된 것이어서 상법 제527조의5에 정한 채권자보호절차를 거쳤는지 여부를 불문하고 채권자에 대한 관계에서 아무런 효력이 없다고 할 것이다(대법원 2006. 10. 12. 선고 2006다26380 판결 참조). 그리고 상법 제530조의9 제3항에서 말하는 분할회사가 '출자한 재산'이라 함은 분할회사의 특정재산을 의미하는 것이 아니라 조직적 일체성을 가진 영업, 즉 특정의 영업과 그 영업에 필요한 재산을 의미하고, '출자한 재산에 관한 채무'라 함은 승계회사가 분할회사로부터 승계한 영업에 관한 채무로서 당해 영업 자체에 직접적으로 관계된 채무뿐만 아니라 그营业을 수행하기 위해 필요한 적극재산과 관련된 모든 채무가 포함된다고 봄이 타당하다(대법원 2010. 8. 19. 선고 2008다92336 판결 참조).

둘이켜 이 사건에 관하여 보건대, 소외 회사와 피고는 이 사건 분할합병계약서에 피고가 소외 회사의 채무 중 정보통신공사업 부문에 관한 채무만을 승계하는 것으로 정하였는바, 이 사건 제1, 2대출의 대출과목이 기업일반자금대출, 기업일반운전자금대출로서 소외 회사의 특정 영업과 관련한 대출이 아니라 그 영업 전반과 관련한 대출로 봄이 타당한데, 이와 같이 소외 회사의 영업 전반과 관련한 채무를 피고가 승계하는 것으로 해석할 경우 피고가 소외 회사의 정보통신공사업 부문에 관한 채무만을 승계하기로 한 취지와 부합되지 않는 점에 비추어, 이 사건 제2대출금채무는 소외 회사와 피고 사이의 내부관계에서 소외 회사가 전적으로 책임을 부담하기로 한 채무로서 피고는 그 부담부분이 없다고 봄이 타당하므로, 원고가 국민은행에 대한 이 사건 제2대출금채무의 부진정연대채무자 중 1인인 소외 회사의 보증인으로서 이 사건 대위변제를 하였더라도 다른 부진정연대채무자인 피고를 상대로 그 구상권을 행사할 수는 없다 할 것이다.

따라서 원고의 위 주장 또한 받아들일 수 없다.

## 5. 원고의 그 밖의 청구원인에 대한 판단

가. 원고가 이 사건 제2대출금채무를 변제한 것에 기하여 피고를 상대로 민법 제480조 내지 제482조가 정한 변제자대위를 할 수 있는지 여부

1) 원고의 주장

설령 원고가 이 사건 제1신용보증약정이 아니라 이것과는 별개의 이 사건 제2신용보증약정에 기하여 이 사건 대위변제를 한 것이라고 하더라도, 이 사건 대환에 의하여 이 사건 제1대출금채무와 이 사건 제2대출금채무가 실질적으로 그 동일성을 유지하고 있는 이상 피고는 상법 제530조의9 제1항에 의하여 국민은행에 대한 이 사건 제2대출금채무에 관하여 소외 회사와 부진정연대채무를 부담한다.

그런데 이 사건 제2대출금채무에 관한 부진정연대채무자 중 1인인 소외 회사를 위하여 이 사건 제2신용보증약정에 의하여 보증인이 된 원고가 피보증인인 소외 회사를 위하여 이 사건 제2대출금채무를 변제하였으므로, 원고는 민법 제480조 내지 제482조가 정한 변제자대위에 따라 이 사건 대위변제금 잔액의 범위 내에서 국민은행의 피고에 대한 이 사건 제2대출금채권을 행사할 수 있다.

따라서 피고는 원고에게 이 사건 대위변제금 잔액 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 판단

살피건대, 변제자대위는 제3자 또는 공동채무자의 한 사람이 채무자 또는 다른 공동채무자에 대하여 가지는 구상권의 실현을 확보하는 것을 목적으로 하는 제도이므로, 구상권이 없으면 변제자대위는 성립하지 않는바(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다38106 판결 참조), 앞서 본 바와 같이 이 사건 제2대출금채무에 대하여는 소외 회사와 피고 사이의 내부관계에서 피고의 부담부분이 존재하지 아니하여, 원고가 이 사건 제2대출금채무를 변제한 것에 기하여 피고를 상대로 구상권을 행사할 수 없는 이상, 원고가 민법 제480조 내지 제482조가 정한 변제자대위에 따라 이 사건 대위변제금 잔액의 범위 내에서 국민은행의 피고에 대한 이 사건 제2대출금채권을 행사할 수는 없다.

따라서 위와는 다른 전제에 서 있는 원고의 위 주장 또한 받아들일 수 없다.

나. 원고가 이 사건 제2대출금채무를 변제한 것에 기하여 피고를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있는지 여부

1) 원고의 주장

설령 원고가 이 사건 제1신용보증약정이 아니라 이것과는 별개의 이 사건 제2신용보증약정에 기하여 이 사건 대위변제를 한 것이라고 하더라도, 이 사건 대환에 의하여 이 사건 제1대출금채무와 이 사건 제2대출금채무가 실질적으로 그 동일성을 유지하고 있는 이상 피고는 상법 제530조의9 제1항에 의하여 국민은행에 대한 이 사건 제2대출금채무에 관하여 소외 회사와 부진정연대채무를 부담한다.

그런데 이 사건 제2대출금채무에 관한 부진정연대채무자 중 1인인 소외 회사를 위하여 이 사건 제2신용보증약정에 의하여 보증인이 된 원고가 피보증인인 소외 회사를 위하여 이 사건 제2대출금채무를 변제함으로써 이 사건 제2대출금채무에 대한 피고의 부진정연대채무까지 소멸시켰으므로, 부당이득의 반환으로서 피고는 원고에게 이 사건 대위변제금 잔액 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 판단

살피건대, 앞서 본 바와 같이 이 사건 제2대출금채무에 관하여 소외 회사와 피고 사이의 내부관계에서 피고의 부담부분이 존재하지 않는 이상, 원고가 국민은행에 대한 이 사건 제2대출금채무의 부진정연대채무자 중 1인인 소외 회사의 보증인으로서 이 사건 제2대출금채무를 변제하여 결과적으로 피고의 이 사건 제2대출금채무에 대한 부진정연대채무가 소멸하였다고 하더라도, 피고가 이 사건 대위변제금 잔액 상당에 관하여 법률상 원인 없이 이익을 얻고 이로 인하여 원고에게 같은 금액 상당의 손해를 가하였다고는 볼 수 없으므로(대법원 1996. 2. 9. 선고 95다47176 판결은 이러한 전제에 서 있는 것으로 판단된다), 이와는 다른 전제에 서 있는 원고의 위 주장 또한 받아들일 수 없다.

6. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각한다.

판사 박관근(재판장) 강민성 남천규