영남대학교 법학연구소
『영남법학』 제42집 (2016.06) 149~165면.
Yeungnam Univ. Law Journal
Vol.42 (Jun. 2016) pp.149~165.

공동저당의 대위등기와 후순위저당권자의 대위
-대법원 2015.3.20. 선고 2012다99341 판결-

이 성 진*

< 목 차 >

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 대상판결의 분석
Ⅲ. 저당권의 이전
Ⅳ. 제3취득자의 보호
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을 설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정하지만, 저당부동산중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 경우에는 그 대가에서 채권 전부의 변제를 받을 수 있다. 이 경우에 그 경매한 부동산의 후순위저당권자는 선순위저당권자가 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다(민법 제368조 제1항 및 제2항). 이것은 수개의 책임재산에 관하여 선순위의 공동저당권자와 후순위저당권자 간의 배당에서의 형평의 도모를 위한 것이지, 담보가치의 극대화를 위한 것은 아닐 것이다.[1]

* 대구 가톨릭대학교 조교수, 법학박사.

1) 제철웅, "민법 제368조의 유추적용과 후순위담보권자의 보호: 대판 2002.7.12. 2001다53264; 대판 2002.10.8. 2002다34901의 비판", 「비교사법」 제11권 제2호, 한국비교사법학회, 2004, 105면.

한편, 이시배당의 경우 선순위저당권자권자 자신의 채권 전부를 변제받으면 후순위저당권자가 선순위저당권자의 다른 부동산의 저당권을 행사할 수 있다는 것과 관련하여, 공동저당의 대위등기 필요여부 등에 대하여 학설상 견해 대립이 있어왔다. 이에 관한 대법원의 판례는 존재하지 않다가 최근에 대법원 2015. 3.20. 선고 2012다99341 판결(이하 '대상판결'이라 함)에서 대법원의 입장이 제시되었다. 본 논문에서는 민법 제368조 제2항과 관련된 후순위저당권자의 대위에 관하여 변제자대위와의 비교고찰 등을 통하여, 대상판결의 의미 및 법이론과 결과적인 측면에서 그 타당성 여부에 대하여 검토하고자 한다.

Ⅱ. 대상판결의 분석

1. 사실관계

(1) 피고 乙은 소외 Y 건설 주식회사에게 대출하면서 2006. 3. 15. 소외 A 소유의 아산시 B 대 315.7㎡(이하 '이 사건 ① 부동산'이라 함) 및 Y 소유의 아산시 C 대 315.4㎡(이하 '이사건 ② 부동산'이라 함)에 관하여 채무자 Y, 채권최고액 784,000,000원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳤고, 이후 2008. 2. 15. A 소유의 대전 유성구 D아파트 3단지 311동 1401호(이하 '이 사건 ③ 부동산'이라 함)에 관하여 추가 근저당권설정계약을 체결하고 근저당권설정등기를 마친 후, 2008. 2. 20. 이 사건 ①, ② 부동산에 관하여 위 ③ 부동산을 공동담보로 추가하는 내용의 등기를 마쳤다.

(2) 원고 甲은 2006. 12. 19. Y와의 사이에 이 사건 ② 부동산에 관하여 근저당권설정계약을 체결하고, 같은 날 채무자 Y, 채권최고액 400,000,000원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳤고, 2007. 3. 26. A와의 사이에 이 사건 ① 부동산에 관하여 근저당권설정계약을 체결하고, 같은 날 채무자 A, 채권최고액 400,000,000원으로 하는 근저당권설정등기를 마쳤다(원고가 위 각 부동산에 관하여 근저당권설정등기를 마칠 당시에는 이 사건 ③ 부동산은 피고의 근저당권의 공동담보로 제공되지 않았다).

(3) 한편, 이 사건 ①, ② 부동산에 관하여 피고 乙의 임의경매신청에 따라 2007. 4. 30. 경부터 임의경매절차(대전지방법원 천안지원 E)가 진행되어 2008.

7.경 매각되었는데, 피고 乙은 2008. 8. 14. 제3순위 배당채권자로서 채권신고액 724,041,640원 중 680,919,572원을 배당받고, 원고 甲은 배당받지 못하였다.

(4) 그 후 피고 乙은 2008. 8. 29. A로부터 배당부족분 중 당시까지의 실제 미변제금액인 42,504,105원을 대위변제받고, 이 사건 ③ 부동산에 관하여 2008. 8. 29. 해지를 원인으로 근저당권설정등기를 말소해 주는 한편, 새로이 채무자를 A로 하여 채권최고액 260,000,000원의 근저당권설정등기를 마쳤고, 이후 소외 F, G를 채권자로 한 각 근저당권설정등기가 경료되었다.

(5) 그 후 피고 F, G 명의의 위 각 근저당권설정등기는 2012. 2.경에서 2012. 4.경 사이에 각 해지를 원인으로 말소되었고, 한편 이 사건 ③ 부동산에 관하여, 2012. 2. 24. G 앞으로 2011. 12. 28. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가, 이어 2012. 4. 2. 서대전농업협동조합 앞으로 같은 날 근저당건설정계약을 원인으로 한 채무자 G, 채권최고액 386,400,000원의 근저당권설정등기가 각 경료되었다.[2)]

2. 원심의 판단[3)]

(1) 공동저당의 목적으로서 물상보증인인 A 소유의 이 사건 ①, ③ 부동산과 채무자인 Y의 이 사건 ② 부동산 중 먼저 이 사건 ①, ② 부동산에 대한 경매가 이루어져 그 매각대금의 교부에 의하여 피고 乙이 2008. 8. 14. 제3순위 배당채권자로서 채권신고액 724,041,640원 중 680,919,572원을 배당받고, 이어 2008. 8. 29. A로부터 배당부족분 중 당시까지의 실제 미변제금액인 42,504,105원을 대위변제 받아 피고 乙의 채권 전액이 변제되었음은 앞서 본 바와 같으므로, 이로써 이 사건 ① 부동산의 후순위근저당권자인 원고 甲은 민법 제368조 제2항 후단에 의하여 선순위근저당권자인 피고 乙이 민법 제368조 제1항에 따라 공동저당의 목적부동산 중 경매되지 않은 이 사건 ③ 부동산으로부터 변제를 받을 수 있었던 금액에 이르기까지 민법 제368조 제1항에 의한 배당이 이루어졌을 경우 원고 甲이 이 사건 ① 부동산의 경매대가로부터 배당받을 수 있었

2) 본문 (1)~(4)의 사실관계는 제1심 법원의 판결(대전지방법원 논산지원 2012.4.4. 선고 2011가합542 판결)에서 인정되었으며, (5)의 사실관계는 제2심 법원의 판결(대전고등법원 2012.9.28. 선고 2012나1847 판결)에서 추가로 인정된 것이다.

3) 대전고등법원 2012.9.28. 선고 2012나1847 판결.

던 금액의 한도 내에서 피고 乙을 대위하여 이 사건 근저당권을 행사할 수 있다고 봄이 상당하다.

그런데 원고 甲이 미처 이 사건 근저당권설정등기에 관하여 대위의 부기등기를 마치지 못한 사이에 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 권한이 없는 피고 乙과 A가 임의로 이를 말소하였으므로, 이는 원고 甲에 대하여 불법행위를 구성한다고 할 것이고, 나아가 그 후 말소된 이 사건 근저당권설정등기의 회복등기절차가 진행되지 않아 원고 甲이 이 사건 근저당권설정등기에 관하여 대위의 부기등기를 마치지 못하고 있는 상태에서 G 등이 이 사건 ③ 부동산의 소유권 등을 취득함으로써 원고 甲으로서는 제3취득자인 G 등에 대하여 위와 같은 물상대위로써 대항할 수 없게 되어 G 등이 원고에 대한 관계에서 말소된 이 사건 근저당권설정등기의 회복등기에 승낙하여야 할 실체법상의 의무를 부담하지 않는 상황이 발생하였으므로, 말소된 이 사건 근저당권설정등기의 회복등기절차의 이행은 현실적으로 불가능하게 되었다고 할 것이어서, 이로써 피고 乙과 A의 이 사건 근저당권설정등기의 불법말소로 인한 원고 甲의 손해는 확정적으로 발생하였다고 봄이 상당하다.[4)]

(2) 근저당권설정등기가 불법하게 말소된 것을 이유로 한 근저당권설정등기의 회복등기청구는 그 등기말소 당시의 소유자를 상대로 하여야 하고, 이와 같이 말소된 등기의 회복등기절차의 이행을 구하는 소에서는 회복등기의무자에게만 피고적격이 있다고 할 것인바, 위 인정사실에 의하면 이 사건 근저당권설정등기가 말소될 당시 그 목적물인 이 사건 ③ 부동산의 소유자는 피고 乙이 아니라 A이었으므로, 피고 乙은 이 사건 근저당권설정등기의 말소회복등기청구에 있어 피고적격이 없다고 할 것이어서, 원고 甲의 이 부분 주위적 청구의 소는 부적법하다.

---

4) 제1심 법원의 판결(대전지방법원 논산지원 2012.4.4. 선고 2011가합542 판결)은 “원고 甲의 손해의 확정적 발생여부에 관하여, 피고 乙이 피담보채권 전액의 변제를 받았다 하더라도, 그 근저당권설정계약을 해지하여 말소등기를 청구할 권한이 없다 할 것이어서 이 사건 ③ 부동산에 관한 피고의 근저당권설정등기가 말소되었다 하더라도 무효라 할 것이고, 위 부동산이 매각되어 원고 甲에게 현실적으로 손해가 발생하였다고 인정할 만한 사정이 없는 이상 원고 甲은 말소된 위 근저당권설정등기에 대한 회복등기절차의 이행을 구할 수 있다 할 것이어서 원고 甲의 대위권이 침해되었다거나 원고 甲에게 어떠한 손해가 발생하였다고 볼 수 없다 할 것이다.”고 판시하였다.

3. 대상판결

(1) 민법 제368조 제2항은 공동저당의 목적부동산 중에서 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 경우에는 공동저당권자가 그 대가에서 채권 전부의 변제를 받을 수 있고, 이 경우에 그 경매한 부동산의 후순위저당권자는 만일에 동시에 배당을 하였더라면 선순위의 공동저당권자가 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 그 다른 부동산에 관하여 선순위저당권자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 이와 같은 후순위저당권자의 대위는 선순위저당권자가 가지고 있던 다른 부동산에 관한 저당권이 법률상 당연히 후순위저당권자에게 일정 한도에서 이전하는 것으로서, 민법 제187조에서 말하는 법률의 규정에 의한 물권변동에 해당하여 등기 없이도 효력이 생긴다고 해석된다.

(2) 민법 제482조 제2항 제1호, 제5호는 변제자대위의 효과로 채권자가 가지고 있던 채권 및 그 담보에 관한 권리가 법률상 당연히 변제자에게 이전하는 경우에도, 변제로 인하여 저당권 등이 소멸한 것으로 믿고 목적부동산을 취득한 제3취득자를 불측의 손해로부터 보호하기 위하여 미리 저당권 등에 대위의 부기등기를 하지 아니하면 제3취득자에 대하여 채권자를 대위하지 못하도록 정하고 있다. 이에 따라 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 물상보증인이 수인일 때 그중 일부의 물상보증인이 채무를 변제한 뒤 다른 물상보증인 소유 부동산에 설정된 근저당권설정등기에 관하여 대위의 부기등기를 하여 두지 아니하고 있는 동안에 제3취득자가 위 부동산을 취득하였다면, 대위변제한 물상보증인들은 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 없다. 그런데 이와 같이 법률상 당연히 이전되는 저당권과 관련하여 그 후에 해당 부동산에 대하여 권리를 취득한 제3취득자를 보호할 필요성은 후순위저당권자의 대위의 경우에도 마찬가지로 존재한다.

(3) 후순위저당권자의 대위의 경우에도 부동산등기법 제80조에서 정한 공동저당의 대위등기를 통하여 제3취득자에게 공시할 수 있으므로, 변제자대위와 마찬가지로 일정한 경우에 대위등기를 선행하도록 요구한다고 하더라도 후순위저당권자에게 크게 불리하지 아니하다. 더욱이 변제자대위의 경우에는 저당권뿐 아니라 채권까지 이전됨에 비하여 후순위저당권자의 대위의 경우에는 채권이 이전되지 아니한다는 점까지 고려하면, 후순위저당권자를 변제자보다 항상

더 보호하여야 할 필요성이 있다고 보기는 어렵다.

(4) 후순위저당권자의 대위에 의하여 선순위저당권자가 가지고 있던 다른 부동산에 관한 저당권이 후순위저당권자에게 이전된 후에 아직 저당권이 말소되지 아니하고 부동산등기부에 존속하는 경우라면, 비록 공동저당의 대위등기를 하지 아니하더라도 제3취득자로서는 저당권이 유효하게 존재함을 알거나 적어도 저당권이 공동저당권으로서 공시되어 있는 상태에서 이를 알면서 해당 부동산을 취득할 것이므로 저당권의 이전과 관련하여 제3취득자를 보호할 필요성은 적다.

(5) 먼저 경매된 부동산의 후순위저당권자가 다른 부동산에 공동저당의 대위등기를 하지 아니하고 있는 사이에 선순위저당권자 등에 의해 그 부동산에 관한 저당권등기가 말소되고, 그와 같이 저당권등기가 말소되어 등기부상 저당권의 존재를 확인할 수 없는 상태에서 그 부동산에 관하여 소유권이나 저당권 등 새로 이해관계를 취득한 사람에 대해서는, 후순위저당권자가 민법 제368조 제2항에 의한 대위를 주장할 수 없다.

Ⅲ. 저당권의 이전

1. 저당권의 소멸여부

동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을 설정한 경우, 저당부동산중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 경우에는 그 대가에서 그 채권전부의 변제를 받을 수 있다. 이 경우에 그 경매한 부동산의 차순위저당권자는 선순위저당권자가 민법 제368조 제1항 규정의 동시배당에 의하여 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다(민법 제368조 제2항).[5]

공동저당권자인 선순위저당권자가 공동담보로 제공된 저당부동산 중 일부 또

5) 민법 제368조의 취지는 공동저당권자의 실행선택권과 우선변제권을 선순위저당권자와 후순위저당권자에게 모두 보장하여 동시배당이 되었을 때 각자가 배당받을 수 있는 총액을 이시배당의 경우에도 보장해주려는 것이다(오시영, “저당권의 운용과 집행에 관한 민법개정안 검토”, 「토지법학」 제29권 제2호, 한국토지법학회, 2013, 145면).

는 전부의 저당부동산의 경매대가로부터 자기 채권의 전부를 변제받으면,[6] 피담보채권의 소멸로 인하여 저당권 부종성의 성질상 그 일부 또는 전부의 저당부동산에 관한 저당권도 소멸할 것이다.[7] 그러나 민법 제368조 제2항은 일부의 저당부동산의 경매대가로부터 자기 채권의 전부를 변제받더라도,[8] 즉 피담보채권이 소멸하더라도 다른 부동산에 관한 저당권은 소멸되지 않고, 경매된 일부 부동산의 후순위저당권자가 선순위저당권자를 대위하여 다른 부동산에 관한 저당권을 행사할 수 있다는 것이다.[9]

따라서 피담보채권의 만족으로 인하여 경매된 일부 부동산뿐만 아니라 공동저당물인 다른 부동산에 관한 저당권이 소멸하였음에도 불구하고, 민법 제368조 제2항에 의하여 다른 부동산에 관한 저당권은 소멸하지 않은 것으로 된다. 그리고 경매된 일부 부동산의 후순위저당권자는 그 저당권을 대위행사할 수 있다는 후순위저당권자의 대위행사는 저당권의 부종성의 성질에 반하는 결과가 발생한다. 이러한 결과는 경매된 일부 부동산의 후순위저당권자가 배당의 불이익을 받은 경우 이를 보호하기 위하여 후순위저당권자의 대위행사를 인정함으로써 다른 부동산에 대한 선순위저당권자의 저당권이 소멸되지 않는 것으로 이해된다.

2. 저당권의 이전과 관련한 대상판결의 의미

민법 제368조 제2항은 "… 그 경매한 부동산의 차순위저당권자는 … 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다."고 규정하고 있는데,[10] 후순위저당권

---

6) 확정채권액의 일부가 잔존하는 경우라도 우선변제권의 한도가 만족되었기 때문에 다른 부동산 위의 공동근저당권도 소멸하는 것으로 된다(김병두, "다수의 부동산위에 설정된 근저당권의 법률관계 - 대법원 2006.10.27. 선고 20005다13502 판결의 검토를 중심으로 -",「재산법연구」제25권 제1호, 한국재산법학회, 2008, 148면).

7) 피담보채권이 완제되면 모든 공동저당권이 함께 소멸하고, 피담보채권이 이전되면 모든 공동저당권이 함께 이전된다. 공동저당을 이루는 각각의 저당권은 독립되어 있지만 그 피담보채권이 같기 때문에, 피담보채권의 소멸 또는 이전에 따라 공동저당권 전체가 함께 소멸하거나 이전한다{김용담, 주석 민법 - 물권법(4), 한국사법행정학회, 2011, 242면}.

8) 후순위저당권자가 있더라도 수개의 공동저당부동산을 가지고 채권전액을 만족받지 못하는 경우 등에는 민법 제368조의 적용이 제한된다(김여회, "물상보증인 소유부동산의 후순위저당권자의 지위",「비교사법」제6권 제2호, 1999, 374면).

9) 후순위저당권자의 대위에 관한 등기는 저당권의 이전에 관한 것이고, 대위등기는 부기등기에 의하여야 한다(부동산등기법 제52조 제2호; 강태성, 물권법, 대명출판사, 2015, 1216면; 송덕수, 물권법, 박영사, 2014, 526면).

자가 선순위저당권자의 다른 부동산에 관한 저당권을 행사할 수 있다는 의미와 관련하여, 대상판결은 '후순위저당권자의 대위는 선순위저당권자가 가지고 있던 다른 부동산에 관한 저당권이 법률상 당연히 후순위저당권자에게 일정 한도에서 이전하는 것으로서, 민법 제187조에서 말하는 법률의 규정에 의한 물권변동에 해당하여 등기 없이도 효력이 생긴다고 해석된다.'고 한다.[11]

위 대상판결의 판시에 의하면, 피담보채권이 소멸된 선순위저당권자의 다른 부동산에 관한 저당권만이 후순위저당권자에게 이전된다는 것이다. 피담보채권의 성립 및 존속 그리고 소멸시 저당권의 부종성의 원칙이 완화 내지 예외적으로 적용될 여지가 있다. 민법 제368조 제2항의 규정의 문언은 후순위저당권자가 선순위저당권자의 다른 부동산에 관한 저당권을 '행사'할 수 있다는 것인데, 이 '행사'의 의미를 대상판결은 선순위저당권자의 다른 부동산에 관한 저당권이 후순위저당권자에게 이전된다는 의미까지 포함하는 것으로 보며, 이러한 저당권의 이전은 민법 제187조의 법률규정에 의한 물권변동이므로 저당권 이전의 부기등기도 요하지 않는다는 것이다. 결국 공동저당의 대위등기는 저당권 이전의 성립요건 또는 효력요건이 될 수 없다는 것이다.[12]

3. 변제자대위의 경우와의 비교

보증인이나 물상보증인은 변제할 정당한 이익이 있는 자로써 변제로 당연히 채권자를 대위한다(민법 제481조). 그리고 채권자를 대위한 자는 자기의 권리에

---

10) 민법 제368조 ① 동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을 설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다.
② 전항의 저당부동산중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 경우에는 그 대가에서 그 채권전부의 변제를 받을 수 있다. 이 경우에 그 경매한 부동산의 차순위저당권자는 선순위저당권자가 전항의 규정에 의하여 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다.

11) 김용담, 앞의 책, 269면도 "대위에 의하여 선순위 공동저당권자의 미실행 저당권이 이미 경매된 부동산의 후순위저당권자에게 법률상 당연히 이전한다. 피담보채권은 이전되지 않으므로 이전되는 저당권은 후순위저당권의 피담보채권을 담보하고, 이전되는 저당권의 순위에는 변동이 없다. 이 대위는 법률의 규정에 의한 물권변동이므로 대위 또는 저당권이전의 등기가 없어도 그 효력이 생긴다. 저당권을 이전받은 후순위저당권자는 저당권자와 같은 방법으로 그 권리를 행사할 수 있다. 즉, 경매를 신청할 수 있고 그 부동산의 경매절차에서 우선 변제를 받을 수 있게 된다."고 하여, 대상판결과 동일한 입장이다.

12) 최명구, "공동저당의 대위등기에 대한 검토", 「재산법연구」 제30권 제3호, 한국재산법학회, 2013, 219면.

의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다(민법 제482조 제1항). 변제자대위로 인한 채권자의 권리의 이전 여부에 관하여 통설과 판례는 법정대위로 채권자가 가지고 있었던 채권 및 그 담보권이 법률상 당연히 변제자에게 이전된다고 한다.[13] 변제자대위로 인하여 채권자는 자신의 채권의 만족을 얻었음에도 그 권리가 그대로 채권자에게 귀속하고 있는 것으로 해석하는 것은 채권자에게 불필요한 권리를 남기는 것이므로 통설과 판례의 입장이 타당하다고 본다.[14]

한편, 언급한 바와 같이 후순위저당권자가 선순위저당권자의 다른 부동산에 관한 저당권을 대위행사하는 경우에 선순위저당권자의 피담보채권은 소멸한 것이지만, 언급한 변제자대위로 인한 저당권의 대위행사의 경우에는 그 피담보채권이 소멸하지 않은 것이다.[15] 따라서 변제자대위의 경우, 저당권의 이전은 피담보채권과 함께 이전하므로 부종성의 성질에도 반하지 않는다고 할 것이다.[16]

---

13) 곽윤직, 채권총론, 박영사, 2009, 201면·264면; 김상용, 채권총론, 화산미디어, 2009, 455면; 윤철홍, 채권총론, 법원사, 2012, 454-455면; 판례는 "변제할 정당한 이익이 있는 자가 채무자를 위하여 채권의 일부를 대위변제할 경우에 대위변제자는 변제한 가액의 범위 내에서 종래 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 법률상 당연히 취득하게 되는 것이므로, 채권자가 부동산에 대하여 근저당권을 가지고 있는 경우에는, 채권자는 대위변제자에게 일부 대위변제에 따른 저당권의 일부 이전의 부기등기를 경료해 주어야 할 의무가 있다 …… 그 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채권이 확정되게 되면, 그 피담보채권액이 그 근저당권의 채권최고액을 초과하지 않는 한 그 근저당권 내지 그 실행으로 인한 경락대금에 대한 권리 중 그 피담보채권액을 담보하고 남는 부분은 저당권의 일부이전의 부기등기의 경료 여부와 관계없이 대위변제자에게 법률상 당연히 이전된다." 고 한다(대법원 2002.7.26. 선고 2001다53929 판결; 대법원 1996.12.6. 선고 96다35774 판결). 반면, 변제자대위란 변제자가 채권자의 권리를 이전받는 것이 아니라 채권자에게 둔 채로 변제자의 명의로 그 권리를 행사할 권한을 갖는데 불과하다는 견해도 있다(이은영, 채권총론, 박영사, 2009, 712면).

14) 이성진, "물상보증인과 제3취득자 간의 변제자대위 - 대법원 2014. 12. 18. 선고 2011다50233 전원합의체 판결 -", 「법학논집」 제19권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2015, 285-286면에 의하면, 보증인이나 물상보증인은 법정대위자에 해당하므로, 피담보채권뿐만 아니라 그 저당권도 이전등기(부기등기) 없이 당연히 변제자에게 이전된다. 특히 이들 법정대위자에게 저당권이 이전하는 것은 민법 제481조와 제482조 제1항에 의한 것이고, 이는 법률규정에 의한 물권변동(민법 제187조)에 해당할 뿐만 아니라 저당권의 부종성(민법 제361조)의 성질상, 저당권의 이전등기(부기등기) 없이도 법정대위자는 저당권을 행사할 수 있다고 한다.

15) 제3자의 변제에 의하여 채권은 소멸하지만, 제3자가 채무자에 대하여 구상권을 가질 경우에는 그 구상권을 확실하게 하기 위하여 변제에 의하여 소멸하여야 할 채권 및 이에 수반하는 담보권 등은 모두 변제자에게 이전하여야 하므로, 이 한도에 있어서 제3자의 변제는 채권의 상대적 소멸의 효과만을 발생시키게 된다{김용담, 주석 민법-채권총칙(4), 한국사법행정학회, 2014, 170면}.

16) 변제자대위와 관련하여, 판례는 "물상보증인이 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소

그러나 후순위저당권자가 선순위저당권자의 다른 부동산에 관한 저당권을 '행사'하는 경우, 이미 피담보채권이 소멸하였음에도 대상판결과 같이 이 '행사'의 의미를 저당권이 후순위저당권자에게로 이전하는 것으로 해석할 수 있는지는 의문스럽다. 생각건대, 민법 제368조 제2항 규정으로 선순위저당권자의 다른 부동산에 관한 저당권은 소멸되지 않아서 존재하며, 이미 부종성의 예외로서 인정된 저당권이 후순위권리자에게 이전되는 경우 그 피담보채권이 존재하지 않는다고하여 다시 부종성의 원칙을 적용하여 이 저당권의 이전을 금지할 필요는 없을 것이다. 결국 변제자대위에서와 마찬가지로, 후순위저당권자가 선순위저당권자의 다른 부동산에 관한 저당권을 '행사'할 수 있다는 것을 법률상 당연히 후순위저당권자에게로 저당권이 이전하는 것으로 본 대상판결의 판시는 타당하다고 생각한다.

Ⅳ. 제3취득자의 보호

1. 대위등기 필요여부

후순위저당권자의 대위의 경우에도 부동산등기법 제80조[17]에서 정한 공동저당의 대위등기를 통하여 제3취득자에게 공시할 수 있다. 그러나 언급한 바와 같이, 후순위저당권자의 대위는 법률규정(민법 제368조 제2항)에 의한 것이므로 대위등기를 요하지 않는다.

유권을 잃은 때에는 보증채무를 이행한 보증인과 마찬가지로 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자에 대하여 구상권의 범위 내에서 출재한 전액에 관하여 채권자를 대위할 수 있는 반면, 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자는 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소유권을 잃더라도 물상보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 없다고 보아야 한다."고 한다(대법원 2014.12.18. 선고 2011다50233 전원합의체 판결).

17) 부동산등기법 제80조(공동저당의 대위등기) ① 등기관이 「민법」 제368조 제2항 후단의 대위등기를 할 때에는 제48조에서 규정한 사항 외에 다음 각 호의 사항을 기록하여야 한다.
1. 매각 부동산(소유권 외의 권리가 저당권의 목적일 때에는 그 권리를 말한다)
2. 매각대금
3. 선순위 저당권자가 변제받은 금액
② 제1항의 등기에는 제75조를 준용한다.
부동산등기규칙 제138조(공동저당 대위등기의 신청) 공동저당 대위등기를 신청하는 경우에는 법 제80조의 등기사항을 신청정보의 내용으로 등기소에 제공하고, 배당표 정보를 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다.

한편, 변제자대위의 경우, 보증인은 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 아니하면 전세물이나 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하지 못한다는 규정이 있다(민법 제482조 제2항 제1호).[18] 그러나 후순위저당권자의 대위의 경우 이와 같은 규정이 없어서 대상판결에서 쟁점이 된 것과 같이, 선순위저당권자의 다른 부동산에 관한 저당권이 말소된 후 이 부동산이 제3자에게 매매되거나 또는 제3자 명의의 새로운 저당권 등이 설정된 경우, 후순위저당권자의 대위의 등기가 없이도 이들 제3자에게 대위를 주장할 수 있는지가 문제된다.

이 문제와 관련하여, 저당권이 말소된 등기부를 신뢰한 제3자 보호 및 거래의 안전을 위하여 후순위저당권자는 대위의 등기 없이는 제3자에게 대항할 수 없다는 (ⅰ) 견해[19] 및 등기부상 공동저당권이 말소된 사실과 후순위저당권이 있는 사실을 확인할 수 있으므로 대위의 등기 없이도 제3자에게 대항할 수 있다는 (ⅱ) 견해[20]가 있다. 그리고 특별규정이 없는 한 새로운 이해관계인인 제3자가 나타난 경우에도 후순위권리자의 대위는 법률상 당연히 일어나므로 대위의 등기 없이도 제3자에게 대항할 수 있다는 (ⅲ) 견해[21]와 저당권등기가 말소되면 대위할 저당권이 존재하지 않으므로 대위가 불가능하다는 (ⅳ) 견해[22]도 있다. 대상판결은 (ⅰ) 견해의 입장을 취하고 있다.

생각건대, 부동산등기법 제80조 및 부동산등기규칙 제138조의 공동저당의 대위등기 절차가 마련된 점[23]과 거래의 안전 즉 새로운 이해관계인인 제3자의 보호를 위하여 후순위저당권자는 대위의 등기 없이는 제3자에게 대항할 수 없다는 (ⅰ) 견해가 타당하다. (ⅱ) 견해는 "새로 저당권을 설정하려는 자는 등기부

18) 법정대위자인 보증인이 전세물이나 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하기 위해서는 보증인이 변제 후 제3자의 권리취득 이전에 저당권이전등기를 하여야 한다. 즉 원칙적으로 법정대위자인 보증인이 제3취득자에 대하여 채권자의 저당권을 대위하기 위해서는 저당권이전등기가 필요 없지만, 이러한 원칙에 대한 예외규정으로서 민법 제482조 제2항 제1호에 의하여 미리 부기등기할 것이 요구된다(이성진, 앞의 논문, 16면).

19) 곽윤직・김재형, 물권법, 박영사, 2014, 489면; 김상용, 앞의 책, 723면.

20) 이영준, 물권법, 박영사, 2009, 931면.

21) 송덕수, 앞의 책(채권총론), 526면.

22) 이은영, 물권법, 박영사, 2006, 827면.

23) 「민법」 제368조 제2항 후단에 따르면 공동저당이 설정되어 있는 경우에 선순위 저당권자가 그 중 일부의 부동산에 관하여만 저당권을 실행하여 채권 전부를 변제받은 경우 후순위저당권자는 공동담보로 제공되어 있는 다른 부동산에 관하여 선순위저당권자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있으므로 이를 등기할 수 있도록 공동저당 대위등기 규정을 신설하였다(부동산등기법 시행 2011. 10. 13; 법률 제10580호, 2011. 4. 12, 전부개정).

에 의하여 공동저당권이 말소된 사실과 후순위저당권이 있다는 사실을 알 수 있으므로 마땅히 대위를 예상할 수 있는 것이다."고 하나, 새로운 이해관계인인 제3자가 법률전문가가 아닌 이상 이러한 사실과 후순위저당권자의 대위를 예상할 수 있다고 보기는 어려우므로 (ⅱ) 견해는 타당하지 않다고 생각한다.[24] (ⅲ) 견해의 주장자도 인정하듯이, 이 견해는 거래의 안전을 해치는 문제점이 있으므로 수긍하기 어렵다.[25] 그리고 피담보채권의 변제로 저당권이 소멸하는 것이지 저당권말소등기로 저당권이 소멸하는 것은 아니므로 (ⅳ) 견해도 타당하지 않다고 본다.

결국 (ⅰ) 견해와 같이, 먼저 경매된 부동산의 후순위저당권자가 다른 부동산에 공동저당의 대위등기를 하지 않고 있는 사이에 선순위저당권자 등에 의해 그 부동산에 관한 저당권등기가 말소되고, 그와 같이 저당권등기가 말소되어 등기부상 저당권의 존재를 확인할 수 없는 상태에서 그 부동산에 관하여 소유권이나 저당권 등 새로 이해관계를 취득한 제3자에 대해서는, 후순위저당권자가 민법 제368조 제2항에 의한 대위를 주장할 수 없다는 대상판결의 결론은 타당하다고 생각한다.

2. 대상판결의 부적확한 논거

대상판결은 위와 같은 결론을 도출하기 위해 다음의 논거를 제시하지만 타당하지 않다고 생각한다. 즉 대상판결은 "변제자대위의 경우에는 저당권뿐 아니라 채권까지 이전됨에 비하여 후순위저당권자의 대위의 경우에는 채권이 이전되지 아니한다는 점까지 고려하면, 후순위저당권자를 변제자보다 항상 더 보호하여야 할 필요성이 있다고 보기는 어렵다."고 한다. 언급한 바와 같이, 변제자대위의 경우 채권은 소멸하지 않아서 채권과 저당권이 함께 변제자에게 이전되지만, 후순위저당권자의 대위의 경우에는 채권이 소멸하였음에도 이를 담보하던 저당권은 소멸하지 않고 후순위저당권자에게 이전된다. 후순위저당권자에게

24) 同旨, 송덕수, 앞의 책(채권총론), 526면; 대상판결의 원심법원도 "법률전문가가 아닌 피고 乙이나 저당부동산 소유자 A가 이 사건 근저당권설정등기가 말소됨으로 인하여 이 사건 ① 부동산의 후순위근저당권인 원고의 물상대위권이 침해된다는 사실을 알고 이를 말소하였다고 보기는 어렵고, …."라고 한다(대전고등법원 2012.9.28. 선고 2012나1847 판결).

25) 이 견해에 의하면, 거래의 안전을 해치는 문제점으로 인하여 거래의 안전을 보호하는 입법조치가 강구될 필요가 있다{송덕수, 앞의 책(채권총론), 526면}.

채권이 이전되지 아니한다는 것이 후순위저당권자를 변제자보다 항상 더 보호하여야 할 필요성이 없다라는 근거가 될 수 있는지가 의문스럽다. 즉 채권의 이전여부가 변제자와 후순위저당권자 사이의 보호 필요성의 유무의 근거가 될 수 없으며, 변제자대위의 경우 변제자는 변제자대위권 이외에 구상권도 행사할 수 있으므로,[26] 상대적으로 후순위저당권자가 더 보호받아야 할 필요성이 있다고 생각된다.

Ⅳ. 결론

원고 甲이 미처 이 사건 근저당권설정등기에 관하여 대위의 부기등기를 마치지 못한 사이에 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 권한이 없는 피고 乙과 저당부동산 소유자 A가 임의로 이를 말소하였으므로 이는 원고 甲에 대하여 불법행위를 구성한다.[27] 그러나 언급한 바와 같이, 후순위저당권자인 원고 甲이 선순위저당권자의 다른 부동산의 저당권에 관하여 대위등기를 하기 전에 그 저당부동산을 제3자에게 매도한 경우, 후순위저당권자인 원고 甲은 민법 제368조 제2항에 의한 대위를 주장할 수 없다는 대상판결은 그 논거와 결론 중 부적확한 일부 논거를 제외하고는 거래의 안전 등 결과적인 측면에서 타당하다고 생각한다.

한편, 법이론적인 측면에서 변제자대위의 경우 부기등기를 요구하는 민법 제482조 제2항 제1호와 같은 규정이 후순위저당권자의 대위의 경우에는 존재하지 않음에도 불구하고, 제3자에게 대항하기 위해서는 미리 대위등기를 하여야한다는 것은 부당한 점도 있다. 따라서 후순위저당권자의 대위의 제한과 후순위저당권자와 제3취득자 등 다른 권리자와의 충돌 등에 관하여 민법 제482조 제2항

---

26) 물상보증인이 채무자의 채무를 변제한 경우, 그는 민법 제370조에 의하여 준용되는 같은 법 제341조에 의하여 채무자에 대하여 구상권을 가짐과 동시에 민법 제481조에 의하여 당연히 채권자를 대위하고, 위 구상권과 변제자 대위권은 원본, 변제기, 이자, 지연손해금의 유무 등에 있어서 내용이 다른 별개의 권리로서, 물상보증인은 고유의 구상권을 행사하든 대위하여 채권자의 권리를 행사하든 자유이며, 다만 채권자를 대위하는 경우에는 같은 법 제482조 제1항에 의하여 고유의 구상권의 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있는 것이어서, 변제자 대위권은 고유의 구상권의 효력을 확보하는 역할을 한다(대법원 1997.5.30. 선고 97다1556 판결; 대법원 2009.2.26. 선고 2005다32418 판결).

27) 대전고등법원 2012.9.28. 선고 2012나1847 판결.

과 유사한 규정을 신설하여 이러한 부당한 점을 입법적으로 해결하는 것이 타당할 것이다.

투고일 : 2016.05.11. / 심사완료일 : 2016.06.07. / 게재확정일 : 2016.06.20.

[참고문헌]

강태성, 「물권법」, 대명출판사, 2015.
곽윤직 · 김재형, 「물권법」, 박영사, 2014.
곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2009.
김상용, 「채권총론」, 화산미디어, 2009.
김용담, 「주석 민법 - 물권법(4)」, 한국사법행정학회, 2011.
_____, 「주석 민법-채권총칙(4)」, 한국사법행정학회, 2014.
송덕수, 「물권법」, 박영사, 2014.
윤철홍, 「채권총론」, 법원사, 2012.
이영준, 「물권법」, 박영사, 2009.
이은영, 「물권법」, 박영사, 2006.
_____, 「채권총론」, 박영사, 2009.

김병두, "다수의 부동산위에 설정된 근저당권의 법률관계 - 대법원 2006. 10. 27. 선고 20005다13502 판결의 검토를 중심으로 -", 「재산법연구」 제25권 제1호, 한국재산법학회, 2008.
김여회, "물상보증인 소유부동산의 후순위저당권자의 지위", 「비교사법」 제6권 제2호, 한국비교사법학회, 1999.
오시영, "저당권의 운용과 집행에 관한 민법개정안 검토", 「토지법학」 제29권 제2호, 한국토지법학회, 2013.
이성진, "물상보증인과 제3취득자 간의 변제자대위 - 대법원 2014. 12. 18. 선고 2011다50233 전원합의체 판결 -", 「법학논집」 제19권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2015.
제철웅, "민법 제368조의 유추적용과 후순위담보권자의 보호: 대판 2002. 7. 12. 2001다53264; 대판 2002. 10. 8, 2002다34901의 비판", 「비교사법」 제11권 제2호, 한국비교사법학회, 2004.
최명구, "공동저당의 대위등기에 대한 검토", 「재산법연구」 제30권 제3호, 한국재산법학회, 2013.

[국문초록]

공동저당의 대위등기와 후순위저당권자의 대위
-대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다99341 판결-

이 성 진*

동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을 설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정하지만, 저당부동산중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 경우에는 그 대가에서 그 채권전부의 변제를 받을 수 있다. 이 경우에 그 경매한 부동산의 후순위저당권자는 선순위저당권자가 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다(민법 제368조 제1항 및 제2항).

후순위저당권자인 원고 甲이 선순위저당권자의 다른 부동산의 저당권에 관하여 대위등기를 하기 전에 그 저당부동산을 제3자에게 매도한 경우, 후순위저당권자인 원고 甲은 민법 제368조 제2항에 의한 대위를 주장할 수 없다는 대상판결은 그 논거와 결론 중 부적확한 일부 논거를 제외하고는 거래의 안전 등 결과적인 측면에서 타당하다고 생각한다.

한편, 법이론적인 측면에서 변제자대위의 경우 부기등기를 요구하는 민법 제482조 제2항 제1호와 같은 규정이 후순위저당권자의 대위의 경우에는 존재하지 않음에도 불구하고, 제3자에게 대항하기 위해서는 미리 대위등기를 하여야한다는 것은 부당한 점도 있다. 따라서 후순위저당권자의 대위의 제한과 후순위저당권자와 제3취득자 등 다른 권리자와의 충돌 등에 관하여 민법 제482조 제2항과 유사한 규정을 신설하여 이러한 부당한 점을 입법적으로 해결하는 것이 타당할 것이다.

주제어 : 후순위저당권자, 공동저당권, 대위등기, 변제자대위, 부기등기

* 대구 가톨릭대학교 조교수, 법학박사.

[Abstract]

The Subrogated Registration of a Joint Mortgage and Subrogation of the Mortgagee Next in Priority

Lee, Sung-Jin*

Civil Act Article 368 (1) Where two or more immovables are mortgaged to secure one claim and the proceeds of the auction are to be applied simultaneously to its satisfaction, the burdens in respect of the obligation shall be divided in proportion to the proceeds of the auction sale of each immovable. (2) If the proceeds of the auction sale of part of the immovables mentioned in the preceding paragraph are to be applied, the mortgagee may obtain full satisfaction of his claim out of the same; in such case the mortgagee next in priority may exercise the right of the prior mortgages by subrogation to the extent of the amount which the latter would have received out of other immovables in accordance with the provisions of the preceding paragraph.

In connection with this provisions, the Supreme Court decision judges as follows. When mortgage property owner sells the real estate before the mortgagee next in priority registrates by subrogation on mortgage of the other real estate, mortgagee next in priority can't argue the Civil Act 368 (2). This decision is correct except some basis of an argument.

Key words : the mortgagee next in priority, joint mortgage, subrogated registration, subrogation by a person who has performed obligation, additional registration

* Assistant Professor, Catholic University of Deagu