

**채무자의 임의변제와 저당권포기가
우선변제권에 미치는 영향**
- 대법원 2018. 7. 11. 선고 2017다292756 판결 -
**Effect of a Debtor's Repayment and
Mortgage Renunciation to the Scope of the
Preferential Reimbursement Right**
- Supreme Court Decision 2017
Da 292756 Decided July 11, 2018 -

홍 봉 주*

Hong, Bong-Joo

목 차

I. 판결개요

II. 연구

대상판결은 공동근저당의 이시배당에서 최고액의 감액을 인정한 대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체판결의 따름판결이지만, 채무자가 그 소유 저당목적물을 임의로 매매하여 그 대금으로 임의로 변제한 경우에도 최고액의 감액을 긍정함으로써 동일 유사한 사안

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2021..22.107>

투고일: 2020. 12. 30. / 심사외뢰일: 2021. 2. 5. / 게재확정일: 2021. 2. 15.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Law School of Konkuk University

에서 최고액을 감액을 부정한 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다3681 판결과의 정합성의 문제가 제기된다. 대상판결의 제1심판결도 2010다3681 판결의 법리를 이유로 하였기 때문이다.

공동근저당권에도 제368조의 적용이 학설과 판례에서 모두 인정되므로, 제368조 제1항에 따른 동시배당 사안에서는 최고액이 경매대가의 비례로 할당됨에는 이론이 없으나, 이시배당 사안에서 선행경매절차에서 변제받으면 그로 인하여 후행경매절차에서 최고액이 감소되어 우선변제권이 제한되는지 여부에 관한 학설대립은 근저당권의 본질적 특징인 부종성의 완화법리를 토대로 이루어졌다. 즉, 근저당권은 피담보채권이 확정되기 전까지는 피담보채권이 증감변동할 수 있으므로 채무자가 임의로 변제하더라도 근저당권에 영향을 미치지 않게 되는바, 근저당권자가 경매신청한 이시배당에서는 최고액의 감액에 관한 다툼이 없으나 제3자가 경매신청한 이시배당의 사안에서는 선행경매절차에서 배당받은 것을 임의변제와 마찬가지로 이해하느냐 여부에 따라 견해가 나뉘었다. 또한 경매와 같은 저당권 실행에 의한 변제와 임의변제를 구별하는 감액긍정설은 최고액의 감액여부를 피담보채권의 확정여부와 별개의 문제로 보느냐에 따라 견해가 나뉘었다.

반면에 판례는 학설과 달리 근저당에 관한 법리가 아니라 공동저당에 관한 특유의 법리에서 최고액감액의 근거를 찾아왔다. 제368조 제2항 후단에 규정된 후순위저당권자의 대위에 대한 기대권 보호와 물상보증인의 변제자 대위에 대한 기대권 보호 또는 채무자 소유 부동산의 담보력을 기대하며 최고액을 책임의 한도로 믿은 담보제공의사로 인한 기대이익 때문에 최고액을 감액하지 않으면 불합리한 결과가 된다고 한다. 대상판결 이전에는 학설의 영향으로 수용보상금배당이나 회생절차에서의 변제가 임의변제와 마찬가지로 여부가 다루어졌지만, 대상판결에서는 임의변제도 물상보증인의 기대이익을 박탈하는 결과가 된다면 최고액의 감액사유가 될 수 있다고 판시함으로써 최고액의 감액사유는 근저당의 부종성 완화법리가 아닌 공동저당의 특유한 법리에 의해 결정될 수 있게 된다.

[주제어] 채무자의 임의변제, 저당권의 포기, 우선변제권, 공동근저당, 채권 최고액

I. 판결개요

1. 사건의 개요

1.1 피고 주식회사 부림저축은행은 2009. 3. 9. 채무자 우양주택건설주식회사에 30억원을 대출하고 그에 대한 담보로 채무자 소유 부동산들과 물상보증인 소외 1과 소외 2 두 명의 소유 부동산들¹⁾에 관하여 채권최고액 39억원²⁾의 공동근저당권을 설정받았다. (이하에서 대출채권과 공동근저당을 ‘1번 채권’ ‘1번 근저당권’ 이라고 한다)

1.2 원고는 2009. 10. 14. 소외 1 소유 부동산들³⁾에 관하여 채권최고액 9억 1천만원의 후순위공동근저당권을 설정받았다.

1.3 피고는 2010. 5. 9. 채무자 위 같은 회사에 5억원을 대출하면서 (이하에서 ‘2번 채권’이라 한다) 채무자 소유 부동산들⁴⁾에 관하여 채권최고액 6억 5천만원으로 2번 공동근저당권을 설정받고, 2010. 12. 23. 위 같은 회사에 4억원을 대출하면서 (이하에서 ‘3번 채권’이라 한다) 채무자 소유 부동산들 중 일부⁵⁾에 관하여 채권최고액을 5억 2천만원으로 정하여 3번 공동근저당권을 설정받았다.

1.4 피고가 채무자소유 부동산들 중 일부 (14-18번 부동산)에 대한

1) 원심판결에는 공동근저당이 설정된 부동산표시와 권리관계가 표로 작성되어 있는데, 물상보증인 소외1이 1-9번 부동산 소유자이고 물상보증인 소외2가 10-13번 부동산소유자이며 채무자는 14-22부동산 소유자이다.

2) 채권최고액이 최초에는 65억원이었으나 39억원으로 변경되었다.

3) 주1 기재 1-9번 부동산.

4) 주1 기재 14-22번 부동산.

5) 주1 기재 14-18번 부동산.

임의경매개시신청을 하고 집행법원이 2012. 11. 9. 임의경매개시결정을 하였는데, 피고는 2014. 7. 18. 15번과 17번 부동산에 관하여는 경매를 취하하였지만 14번과 16번 및 18번 부동산에 관하여는 경매가 계속 진행되어 매각되었고, 피고는 1번 채권의 전부를 청구하여 2014. 11. 17. 2,349,438,592원을 배당받아 1번 채권에 충당하였다.

1.5 채무자 우양주택건설주식회사는 위 경매 취하된 15번과 17번 부동산을 매각하여 2015. 4. 21. 피고에게 21억원을 변제하였는데, 피고와 채무자는 “그 21억원으로 2, 3번 채권의 원리금 전부인 1,282,429,004원과 1번 채권 중 원금 전부와 연체이자 일부인 817,570,996원의 변제에 충당하여 1번 채권의 연체이자만 1,614,876,677원이 남게 되었다.” 피고는 위와 같이 변제를 받고 채무자 소유 부동산 전부에 대하여 1번 근저당권을 포기하였고 그 등기는 말소하였다.

1.6 원고는 1번 근저당권의 공동담보인 물상보증인 소외 1 소유 부동산들에 대하여 임의경매개시신청을 하였고, 피고도 1번 근저당권에 기하여 위 부동산들을 포함하여 임의경매개시신청을 하여 위 경매절차에 병합되었다(이하에서 ‘이 사건 경매’라 한다).

1.7 이 사건 경매절차에서 2016. 10. 26. 배당기일에 소외 1 소유 “부동산들의 경매대가 348,379,309원 전부가 피고및 피고의 승계인들인 나머지 피고들에게 배당되고, 원고에게는 배당되지 않는 것으로 배당표가 작성되자”, 원고는 피고들에 대한 각 배당액에 대하여 이의를 하고 2016. 10. 31. 이 사건 소를 제기하였다.

1.8 원고의 주장 요지는, 2015. 4. 21. 15번과 17번 부동산을 임의환가

6) 주1 기재 물상보증인 소외1과 소외2 소유 1-13번 부동산.

하여 변제한 21억원이 모두 1번 채권에 먼저 변제충당됨으로써 1번 근저당권부 채권은 모두 변제되어 소멸되었어야 한다. 그런데도 피고는 별도 약정 없이 임의로 위 금원들을 2, 3번 채권에 우선 변제충당한 뒤 이 사건 경매절차에서 잔존 1번 채권이 존재한다고 주장하여 피고들에게 배당이 이루어지는 내용으로 이 사건 배당표가 작성되었으므로, 이 사건 배당표는 변제충당을 잘못된 나머지 원고의 근저당권을 침해하여 위법하게 작성된 것이다.

2. 판결요지

2.1 제1심판결⁷⁾

원고의 청구를 기각하였다.

“채무자가 공동저당 목적물을 임의로 매매하여 그 대금으로 피담보채권을 변제함으로써 일부 만족을 얻게 되었다고 하더라도 이를 근저당권자가 채권최고액 범위의 채권에 대하여 우선변제를 받은 것과 동일하게 볼 수는 없다. 근저당권자로서는 피담보채권 중 나머지 채권에 대하여 여전히 채권최고액 범위 내에서 우선변제권을 가진다고 보아야 한다. 공동근저당권자가 채무자 겸 근저당권설정자로부터 공동근저당 목적물 등의 매매대금으로 피담보채권을 일부 임의변제 받았다 하더라도, 그 변제된 금원을 우선변제권이 있는 피담보채권에 우선 충당하여야 하는 것이 아니고, 변제충당의 일반 법리에 따라 공동근저당권자의 채무자에 대한 채권 전부의 변제에 충당하여야 한다. 채무자가 변제한 금액의 구체적인 변제충당에 관하여는 변제충당에 관한 채권자·채무자 사이의 합의나 채무자의 지정이 있으면 이에 따르고, 이에 관한 합의나 지정이 없으면 민법 제479조 제1항에 따라 이를 각 피담보채무의 비용, 이자,

7) 수원지방법원 안양지원 2017. 4. 6. 선고 2016가합104185 판결.

원본의 순서로 변제에 충당하여야 한다”(대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다 3681 판결 등 참조).

“위 법리에 비추어 이 사건을 살피건대, 이 사건 경매절차 외에서 여러 채무에 대한 일부 변제가 이루어진 이 사건에서는 변제충당의 일반 법리에 따라 소멸할 채무를 정할 것이지 당연히 선순위 근저당권 설정 시에 발생한 채무에 우선적으로 변제충당하여야 하는 것은 아니다.” 피고가 우양주택건설로부터 변제받은 금원으로 채무 전부를 소멸시키기에 부족하여, 피고와 우양주택건설 사이에 2, 3번 채권 전부 및 1번 채권의 “원금 전부와 일부 연체이자 채권에 우선 변제충당하기로 묵시적으로 합의하였거나 채권자인 피고가 그 순서를 지정한 사실을 인정할 수 있으며, 달리 우양주택건설이 그 충당에 대하여 즉시 이의를 하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없다. 결국 피고의 변제충당은 변제충당의 일반 법리에 따라 적법하게 이루어졌다 할 것이고, 이러한 변제충당에 불구하고 1번 근저당권부 채권 중 연체이자 잔존한다는 것을 전제로 피고들에게 배당액을 지급하도록 작성된 이 사건 배당표에는 아무런 잘못이 없다. 이와 다른 전제에 선 원고의 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.”

2.2 원심판결⁸⁾

원심은 제1심판결을 일부 취소하여 일부 승소 판결을 했다.

결국 피고가 채권최고액 39억원으로 설정한 1번 근저당권의 목적물 중 일부인 14·18번 부동산을 통하여 변제받은 금액은 합계 4,454,487,417 원(= 2,354,487,417원 + 2,100,000,000원)이므로, 이미 채권최고액을 초과하였음이 계산상 명백하다.

앞서 본 바와 같이 피고는 이미 1번 근저당권과 관련하여 채권최고액

8) 서울고등법원 2017. 12. 1. 선고 2017나2022702 판결.

을 초과하는 금액을 변제받았으므로, 원고와 피고의 공동저당목적물인 1-9번 부동산에 관하여는 더 이상 원고에 대하여 1번 근저당권에 기한 우선변제권을 행사할 수 없게 된다.

이 사건 경매절차에서 원고가 배당받을 수 있는 금액은, 1-9번 부동산의 경매대가인 1,352,000,000원에 매각대금 이자를 더하고 집행비용을 공제한 금액에서 원고 및 피고들의 선순위 채권자들에게 배당된 금액인 986,404,630원이 우선배당된 후 원고가 원고 근저당권에 기하여 채권최고액의 범위 내에서 배당받을 수 있는 금액은 348,379,309원이다.

따라서 원고의 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있으므로 이 사건 배당표 중 원고에 대한 배당액 0원을 348,379,309원으로 경정하여야 한다.

2.3 대법원 판결요지

다음의 판결요지와 같은 논리로 피고의 상고를 기각하였다.

2.3.1 “공동근저당권자가 스스로 근저당권을 실행하거나 타인에 의하여 개시된 경매 등의 환가절차를 통하여 공동담보의 목적 부동산 중 일부에 대한 환가대금 등으로부터 다른 권리자에 우선하여 피담보채권의 일부를 배당받은 경우, 그와 같이 우선변제 받은 금액에 관하여는 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대한 경매 등의 환가절차에서 다시 공동근저당권자로서 우선변제권을 행사할 수 없다.

이러한 법리는 채무자 소유 부동산과 물상보증인 소유 부동산에 공동 근저당권이 설정된 후 공동담보의 목적 부동산 중 채무자 소유 부동산을 임의환가하여 청산하는 경우, 즉 공동담보의 목적 부동산 중 채무자 소유 부동산을 제3자에게 매각하여 그 대가로 피담보채권의 일부를 변제하는 경우에도 적용되어, 공동근저당권자는 그와 같이 변제받은 금액

에 관하여는 더 이상 물상보증인 소유 부동산에 대한 경매 등의 환가절차에서 우선변제권을 행사할 수 없다.

만일 위와 달리 공동근저당권자가 임의환가 방식을 통해 채무자 소유 부동산의 대가로부터 피담보채권의 일부를 변제받았음에도, 이후 공동근저당권의 다른 목적 부동산인 물상보증인 소유 부동산에 대한 경매 등의 환가절차에서 우선변제권을 행사할 수 있다고 보게 되면, 채무자 소유 부동산의 담보력을 기대하고 자기의 부동산을 담보로 제공한 물상보증인의 기대이익을 박탈하게 되는 것일 뿐만 아니라, 공동근저당권자가 담보 목적물로부터 변제받는 방법으로 임의환가 방식을 선택하였다는 이유만으로 물상보증인의 책임 범위가 달라지게 되어 형평에 어긋나기 때문이다.”

결국 피고는 “1번 근저당권의 공동담보물 중 채무자 소유 부동산들의 처분 대가로부터 배당금 2,349,438,592원과 임의환가 변제금 817,570,996원을 지급받아 1번 근저당권의 피담보채권에 충당한 것이다.” 따라서 피고는 “1번 근저당권의 나머지 담보 목적물에 대하여는, 당초의 채권최고액 39억원에서 위 금액을 공제한 나머지 732,990,412원에 대하여만 우선변제권을 행사할 수 있다고 할 것이다.”

2.3.2 “물상보증인의 변제자대위에 대한 기대권은 민법 제485조에 의하여 보호되어, 채권자가 고의나 과실로 담보를 상실하게 하거나 감소하게 한 때에는, 특별한 사정이 없는 한 물상보증인은 그 상실 또는 감소로 인하여 상환을 받을 수 없는 한도에서 면책 주장을 할 수 있다. 채권자가 물적 담보인 담보물권을 포기하거나 순위를 불리하게 변경하는 것은 담보의 상실 또는 감소행위에 해당한다.

따라서 채무자 소유 부동산과 물상보증인 소유 부동산에 공동근저당권을 설정한 채권자가 공동담보 중 채무자 소유 부동산에 대한 담보 일부를 포기하거나 순위를 불리하게 변경하여 담보를 상실하게 하거나

감소하게 한 경우, 물상보증인은 그로 인하여 상환받을 수 없는 한도에서 책임을 면한다. 그리고 이 경우 공동근저당권자는 나머지 공동담보 목적물인 물상보증인 소유 부동산에 관한 경매절차에서, 물상보증인이 위와 같이 담보 상실 내지 감소로 인한 면책을 주장할 수 있는 한도에서는, 물상보증인 소유 부동산의 후순위 근저당권자에 우선하여 배당받을 수 없다.”

피고가 “임의환가를 통해 변제받음에 있어, 1,282,429,004원을 합의 내지 지정 변제충당으로 2, 3번 채권의 변제에 충당하고 1번 근저당권을 포기함으로써, 위 잔존 채권최고액 732,990,412원에 대한 우선변제권을 행사하지 않은 것은, 합의 내지 지정에 의한 변제충당으로 그 충당이 유효하다고 하더라도, 선순위 근저당권을 대위할 기대권을 갖는 물상보증인 소외인 및 그 목적물의 후순위 근저당권자인 원고와의 관계에서는, 선순위 근저당권인 1번 근저당권의 잔존 채권최고액 전액에 대한 변제를 받지 않고 그 선순위 근저당권을 포기한 것으로서, 담보의 순위를 불리하게 변경하여 담보를 상실 내지 감소시킨 행위에 해당한다. 또한 피고 부림의 담보 상실 내지 감소에 대한 고의도 인정된다.

따라서 피고는 고의로 잔존 채권최고액인 732,990,412원 상당의 담보를 상실 내지 감소시켰다고 할 것이고, 그와 같은 담보 상실 내지 감소가 없었다면, 물상보증인 소외 1은 그 소유 부동산의 경매대가 348,379,309원을 한도로 그 담보를 취득하여 상환받을 수 있었을 것인데, 피고의 담보 상실 내지 감소로 이를 상환받지 못하게 된 것이므로, 위 경매대가 상당액의 면책을 주장할 수 있다.

그러므로 피고는 물상보증인 소외 1 소유 부동산에 대하여 진행된 이 사건 경매절차에서, 물상보증인 소외 1이 면책을 주장할 수 있는 한도인 위 경매대가 전액에 대하여, 물상보증인 소유 부동산의 후순위 근저당권자인 원고에 우선하여 배당받을 수 없다.

그렇다면 원심판결 이유 중 다소 적절하지 않은 부분이 있으나, 원심

이, 이 사건 경매절차에서 소외인 소유 부동산의 경매대가 348,379,309원이 원고에게 배당되어야 한다는 이유로, 그 판시와 같이 배당표를 정정한 것은 결과적으로 정당하다.”

II. 연구

1. 서론

연구대상판결은 두 가지 쟁점에 관하여 제1심판결과 원심판결이 대립되는 견해를 보였으나 대법원은 제1심판결과 원심판결에서 각각 한 가지 쟁점씩에 관한 견해를 받아들인 결론을 내리고 있다. 원심판결에서 받아들인 쟁점은 채무자소유와 물상보증인 소유 부동산들에 공동근저당권이 설정된 사안에서 채무자가 자신소유 부동산을 임의환가하여 청산하는 경우 더 이상 물상보증인 소유 부동산에 대한 경매 등 환가절차에서 우선변제권을 행사할 수 없다는 취지의 채권최고액 감액에 관한 쟁점이고, 제1심판결에서 받아들인 쟁점은 동일당사자가 동일목적물에 관하여 수 개의 거래관계에서 발생한 채무를 담보하기 위하여 순위가 다른 여러 개의 근저당을 설정한 사안에서 변제자가 임의로 변제하는 경우에 당연히 선순위 근저당 설정시에 발생된 채무에 우선적으로 변제충당하여야 하는 것은 아니고 변제충당의 일반법리에 따라 소멸할 채무를 정하므로 합의 내지 지정 변제충당은 유효하다는 쟁점이다. 따라서 대상판결은 선순위 근저당권의 채권최고액에서 공제되는 금원 계산시 임의변제금 전액이 아닌 임의변제금 중 선순위 근저당권의 피담보채권에 충당된 금액만 공제하였다.

공동근저당권은 동일한 채권을 담보하기 위하여 여러 부동산 위에 설정된 근저당권이다. 민법은 근저당과 공동저당의 내용을 규율하는

각 1개씩의 조문만을 두고 있고 공동근저당에 관한 조문은 두고 있지 않다. 공동저당에 관한 민법 제 358조가 공동근저당의 경우에도 적용되는지에 대하여 통설⁹⁾과 판례¹⁰⁾는 이를 긍정¹¹⁾한다. 근저당권의 본체적 효력으로서의 우선변제권은 저당권과 차이가 없고 공동근저당권자의 “실행선택권과 우선변제권을 침해하지 아니하는 범위 내에서 각 부동산의 책임을 안분함으로써 각 부동산의 소유자와 차순위 저당권자 기타의 채권자의 이해관계를 조절”¹²⁾할 필요성은 보통의 저당권과 마찬가지로 때문이다.

공동근저당권에 관하여 민법 제368조 제1항의 동시배당이 되는 경우에 채권최고액의 범위 내에서 피담보채권을 경매대가 비율에 따라 할당함으로써 공동저당물 전부로부터 채권최고액까지 우선변제를 받는 것이지 “각 목적부동산에 대하여 채권최고액만큼 반복하여, 이른바 누적적¹³⁾으로 배당받지 아니한다.”¹⁴⁾ 반면에 민법 제368조 제2항의 이시배당의 경우에 선행 경매 등의 환가절차에서 피담보채권의 일부로 우선변제 받은 금액을 채권최고액에서 감액하는지 여부에 관한 견해 대립이 있으나 대법원은 감액긍정설¹⁵⁾을 택하고 있다.

대상판결은 채권최고액에 대한 감액긍정설의 법리를 채무자가 임의변제한 사안에까지 확대하고 있다. 근저당권자가 채무자의 임의변제로

9) 오민석, 주석민법 제5판 물권(4), 한국사법법정학회, 2019, 225쪽.

10) 대법원 2006. 10. 27. 선고 2005다14502 판결; 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다36040 판결.

11) 김병두, “공동근저당에 있어서의 채권최고액의 감액-서울중앙지법 2004. 5. 17. 선고 2003가합5288판결의 검토-”, 민사법학 제33호, 한국민사법학회, 156쪽에서 공동근저당권의 피담보채권의 확정 전에는 공동근저당의 연대성이 잠재화 되어 있다는 이유로 적용부정설을 주장하고 이를 채권최고액 감액부정설의 논거로 하고 있다.

12) 대법원 2006. 10. 27. 선고 2005다14502 판결.

13) 누적적 근저당을 인정한 최초의 대법원 판결로는 대법원 2020. 4. 9. 선고 2014다51756, 51763 판결.

14) 대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체판결.

15) 대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체판결.

만족을 얻는 것은 채권최고액 범위의 채권에 대하여 우선변제를 받는 것과 구별되었고, 그동안 임의변제는 채권최고액 감액부정설의 논리로 작동되어 왔다.

그런데 대상판결에서 공동근저당권자가 그 목적물 중 일부에 대한 환가대금에서 회수한 금원으로는 원심판결의 판단과 같이 채권최고액의 전부의 만족을 얻지 못하고 제1심판결의 판단과 같이 변제 총당의 유효성을 인정하여 채권최고액의 일부의 만족을 얻는 데 그친 것으로 법률판단을 하였다면 원심판결을 파기했어야 했다. 그럼에도 대상판결은 채권최고액에 대한 감액긍정설과는 별개의 법리인 민법 제485조에 의하여 보호되는 물상보증인의 변제자대위에 대한 기대권 침해로 인한 면책법리에 의하여 원심판결의 배당표를 경정한 결과를 정당하다고 판단하여 상고를 기각하였다. 대상판결은 “원심판결 이유 중 다소 적절하지 않은 부분이 있으나”로 설시함으로써 임의변제시 변제총당의 일반법리가 적용됨을 지적하였다. 따라서 대상판결에서 채권최고액의 감액문제와 물상보증인의 변제자대위에 대한 기대권 침해로 인한 면책은 별개의 쟁점이다.

본 논문에서는 임의변제에 관하여 채권최고액 감액사유로서의 인정 여부와 물상보증인의 변제자대위에 대한 기대권의 근거조문인 민법 제485조의 면책사유로 판시한 저당권포기에 관한 법리를 살펴보고자 한다.

2. 임의변제 vs 근저당권 실행에 의한 변제

2.1 근저당과 공동근저당에서 최고액의 의미

근저당권은 채권을 최고액의 범위 안에서 담보한다. 최고액의 의미에 관하여 근저당권과 공동근저당권에서 논의의 쟁점이 다르다.¹⁶⁾

근저당에서는 저당권의 소멸 청구권 문제에서 최고액의 의미가 논의되고 있는 반면 공동근저당권에서는 이시배당이 행하여진 사안에서 선행경매절차에서 우선변제를 받으면 그만큼 최고액이 감액되는지 여부에 관하여 논의되고 있다.

근저당에서는 민법 제357조 제1항에서 “그 확정될 때까지의 채무의 소멸 또는 이전은 저당권에 영향을 미치지 아니한다”고 규정하여 피담보채권의 부종성을 완화하고 있으므로 피담보채권이 확정되기 전에는 채무가 모두 변제되더라도 근저당이 소멸하지 않는다. 따라서 근저당에서의 저당권 소멸 청구권 쟁점은 피담보채권이 확정된 이후 실제 채권액이 최고액을 초과하는 경우에 그 초과 부분이 근저당권에 의하여 담보되지 않는다고 볼 것인지 아니면 근저당권에 의하여 담보되지만 우선변제권만을 주장할 수 없는 것인지 문제이다.¹⁷⁾ 통설¹⁸⁾은 전자의 견해이고 소수설¹⁹⁾은 후자의 견해이지만 최고액을 우선변제권의 한도로 이해하는 데에는 양자의 견해가 일치한다.²⁰⁾ 판례는 채무자에 대한 관계에서는 최고액을 책임의 한도로 볼 수 없지만 물상보증인, 후순위 담보권자, 제3취득자에 대한 관계에서는 우선변제권의 한도로서의 의미를 갖는 것에 불과하다고 한다. 다만 저당권 소멸청구권과 관련하여 후순위 담보권자는 민법 제364조의 제3취득자에 해당하지 않으므로 민법 제469조에 규정된 이해관계 있는 제3자의 변제로서 유효하기 위하여 채권전액을 변제하여야 선순위근저당권의 소멸을 청구할 수 있다고 한다.²¹⁾ 이와

16) 양창수, “공동근저당권에 있어서 선행경매절차에서의 일부 배당이 후행절차상의 우선변제권에 미치는 영향”, 민법연구 제8권, 박영사, 229쪽.

17) 배형원, 주석민법 제5판 물권(4), 한국사법행정학회, 2019, 57쪽.

18) 박해성, 민법주해(VII) 물권 (4), 박영사, 1992, 20쪽.

19) 권성, “제3취득자의 저당권소멸청구권”, 민사판례연구 제3권, 박영사, 1981, 39쪽; 남효순, 민법주해(VII) 물권 (4), 박영사, 1992, 59쪽 이하.

20) 김병두, 앞의 논문, 150쪽.

21) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2005다17341 판결.

같은 판례의 태도는 이론적으로는 해명이 곤란하므로 입법에 의한 해결이 필요하지만 이해관계인의 이해를 조정한다는 면에서 학계의 지지를 받고 있다.²²⁾ 입법에 의한 해결로서, 물상보증인과 제3취득자의 근저당 소멸청구권의 근거조문 신설²³⁾은 2013년 민법개정시안 제357조 12에서 제안되었다.

판례는 우선근저당권자와 채무자 겸 근저당설정자 사이에서 최고액의 의미에 관하여, “원래 저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용을 담보하는 것이며, 이것이 근저당에 있어서의 채권최고액을 초과하는 경우에 근저당권자로서는 그 채무자 겸 근저당권설정자와의 관계에 있어서는 그 채무의 일부인 채권최고액과 지연손해금 및 집행비용만을 받고 근저당권을 말소시켜야 할 이유는 없을 뿐 아니라 채무금 전액에 미달하는 금액의 변제가 있는 경우에 이로써 우선 채권최고액 범위의 채권에 변제충당한 것으로 보아야 한다는 이유도 없으니 채권 전액의 변제가 있을 때까지 근저당의 효력은 잔존채무에 여전히 미친다고 할 것이고, 근저당에 의하여 담보되는 채권액의 범위는 차순위 담보권자, 담보물의 제3취득자 및 단순한 물상보증인으로서의 근저당권설정자에 대한 관계에서 거론될 수 있을 것”²⁴⁾이라고 한다. 나아가 판례는 임의경매절차에서도 “근저당권설정자와 채무자가 동일한 경우에 근저당권의 채권최고액은 후순위 담보권자나 저당목적 부동산의 제3취득자에 대한 우선변제권의 한도로서의 의미를 갖는 것에 불과하고 그 부동산으로써는 그 최고액 범위 내의 채권에 한하여서만 변제를 받을 수 있다는 이른바 책임의 한도라고까지는 볼 수 없으므로 제3취득자나 후순위 근저당권자가 없는 한 근저당권자의 채권액이

22) 김재형, 주석민법 제4판 물권(4), 한국사법행정학회, 2011, 96쪽.

23) 법무부, 2013년 법무부 개정시안 물권편, 민법개정총서 8, 법무부, 2013, 313쪽.

24) 대법원 1981. 11. 10. 선고 80다2712 판결; 대법원 1972. 5. 23. 선고 72다485, 486 판결 (연대보증채무자 사안); 대법원 2001. 10. 12. 선고 2000다59081 판결.

근저당권의 최고액을 초과하는 경우에 경락대금 중 그 채권최고액을 초과하는 금액이 있더라도 이는 근저당권설정자에게 반환할 것은 아니고 근저당권자의 채권최고액을 초과하는 채무의 변제에 충당하여야²⁵⁾ 한다고 판시하였는데, 이 판례의 논리에 대하여 경매절차에서 배당을 받는 것은 우선변제권을 행사하는 것과 마찬가지로는 이유로 반대하는 견해²⁶⁾와 최고액을 초과하더라도 피담보채권에는 포함된다는 이유로 찬성하는 견해²⁷⁾가 있다.

반면에 판례는 물상보증인 또는 제3취득자의 임의변제로 인한 저당 소멸청구권과 관련해서는 최고액을 책임의 한도로 이해하고 있다. 우선 변제권은 저당채무자가 변제기에 변제하지 않으면 저당권자가 일정한 절차에 따라 저당목적물을 매각하고 환가하여 그 대금에서 다른 채권자에 우선하여 변제받는 권리이고, 저당권실행은 우선변제권 행사의 한 부분이라고 볼 수 있다. 그렇다면 우선변제권이 최고액에 의하여 제한된다는 것만으로는 물상보증인 또는 제3취득자가 근저당권의 말소를 청구하기 위하여 임의로 변제하여야 할 범위도 최고액에 의하여 제한된다는 결론이 당연히 도출되지 않는다.²⁸⁾ 그럼에도 대법원은 물상보증인의 임의변제에 관하여는 “근저당권의 물상보증인은 민법 357조에서 말하는 채권의 최고액만을 변제하면 근저당권설정등기의 말소청구를 할 수 있고 채권최고액을 초과하는 부분의 채권액까지 변제할 의무가 있는 것이 아니다”²⁹⁾고 판시하고, 제3취득자의 임의변제에 관하여도 경매부동산을 매수한 제3취득자가 채무자를 대위하여 그 부동산으로 담보하는 채권최고액과 경매비용을 변제공탁하면, 그 제3취득자는 민법 제364조

25) 대법원 1992. 5. 26. 선고 92다1896 판결.

26) 김재형, 앞의 책, 98쪽.

27) 권성, 앞의 논문, 33쪽.

28) 반대 견해로는 남효순, 앞의 책, 120쪽; 권성, 앞의 논문, 38쪽은 최고액을 책임부담가능성으로 이해하고 있다.

29) 대법원 1974. 12. 10. 선고 74다998 판결.

에 의하여 그 근저당권의 소멸을 청구할 수 있고 이는 그 제3취득자의 고유의 권리라고 한다.³⁰⁾ 판례를 지지하는 견해는 그 근거를 우선변제권을 행사한 결과와의 균형과 물상보증인과 근저당권자의 의사 또는 민법 제364조와 제357조 제1항의 규정 내용에서 찾고 있다.

이와 같이 근저당에서는 최고액의 의미가 피담보채권이 확정된 후에 근저당소멸청구권 또는 우선변제권과 같은 이익상황에서 논의되었다면, 공동근저당에서는 최고액의 의미가 이시배당의 사안에서 논의된다. 즉 공동저당물 일부에 대한 선행경매절차에서 우선변제 받으면 그로 인하여 후행경매절차에서 최고액에서 감액하는지 여부에 관한 논의이다. 학설에서 감액공정여부에 대한 대립의 근거는 이시배당에서 피담보채권의 확정시기와 연계되어 논의되어왔고, 이와 달리 판례는 선행절차에서 피담보채권을 변제받은 것의 법적 성질을 임의변제로 볼 것인지 우선변제권의 행사로 볼 것인지 여부로 구별하여 전자에서는 감액부정설의 견해를 보였으나 대상판결에서는 사실관계가 임의변제사안임에도 감액공정설로 태도를 변경하였다. 학설대립은 선행절차가 경매에 국한하였지만, 판례에서는 선행절차가 경매뿐만 아니라 수용보상금배당³¹⁾이나 회생절차에서의 변제³²⁾가 임의변제와 마찬가지로인지 여부가 다루어졌다.

2.2 임의변제 vs 근저당권 실행에 대한 변제

공동근저당에서 목적물 전부 환가대금을 동시에 배당하는 경우에 민법 제368조 제1항에 따라 최고액 범위 내에서 피담보채권을 각 환가대금에 비례한 액수로 각 부동산의 책임에 안분시킬 뿐이지 각 부동산에

30) 대법원 1971. 4. 6. 선고 71다26 판결. 이 판결에 대한 평석은 권성, 앞의 논문; 대법원 1971. 5. 15. 자 71마251 결정.

31) 대법원 2006. 10. 27. 선고 2005다14502 판결.

32) 대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체판결.

대하여 최고액만큼 반복하여 배당하지 아니한다. 문제는 제368조 제2항 후단의 이시배당의 경우에 동시배당의 경우처럼 최고액을 감액할 수 있는지 여부이다.

이시배당사안도 공동근저당권자가 목적물 일부를 경매 신청한 사안과 공동근저당권자가 아닌 제3자가 경매 신청한 사안을 나누어 전자의 경우에는 동시배당 사안과 마찬가지로 학설과 판례는 일치³³⁾하여 감액 긍정설이다. 학설이 대립되는 쟁점은 후자의 경우이고, 감액부정설이 먼저 주장³⁴⁾되었으나 감액긍정설을 판시한 서울중앙지방법원 2004. 5. 18. 선고 2003가합52888 판결에 대하여 찬성과 반대의 견해가 대립되었다.

위 중앙지방법원 판결은 개별확정설과 감액부정설로 운영되던 실무 관행³⁵⁾에 비판적으로 감액긍정설을 판시하였다. 이 판결의 결론에 대하여 반대하는 견해³⁶⁾는 개별확정설을 전제로, 피담보채권이 확정되어야 이를 기초로 감액이 가능하므로 확정되지 않은 공동근저당에서 다른 공동근저당의 일부에 대한 배당은 임의변제와 다름이 없다고 한다. 반면에 이 판결의 결론인 감액긍정설에 찬성하는 견해는 피담보채권의 확정과 최고액의 감액을 연계하는 관점과 양자를 분리하는 관점에서 모두 나오고 있다. 전자는 일본 민법 제398조의17 제2항 규정과 같은 동시확정설을 전제로 최고액의 감액을 긍정하는 견해³⁷⁾이고, 후자³⁸⁾는 피담보

33) 유혜주, “공동근저당권의 이시배당에 관한 연구”, 민사판례연구 제41권, 박영사, 2019, 301쪽.

34) 조대현, 민법주해(VII) 물권 (4), 박영사, 1992, 213쪽은, 경매된 부동산상의 피담보채권이 확정되더라도 나머지 담보물은 거래관계가 계속되는 동안 근저당관계를 유지할 필요가 있으므로 그 피담보채권이 확정되지 않는다는 개별확정설을 전제로, 공동근저당권자의 신청에 의한 경매절차가 아니므로 근저당 거래는 계속되고 근저당권은 채권 최고액의 범위 내에서 증감하는 피담보채권을 반복하여 담보하므로 채무자로부터 임의변제를 받은 것과 마찬가지로 보아도 무방하다고 한다.

35) 양창수, 앞의 논문, 231쪽.

36) 김병주, 앞의 논문은 이 판결에 대한 평석에서 반대하고 있다.

채권의 확정 여부와 무관하게 최고액의 감액을 긍정하면서 일본문헌의 표현인 ‘임의의 변제와는 달리 저당권의 실행에 의한 만족은 담보가치를 손안에 넣은 것이기 때문에 그만큼 감소하는 것은 당연하다’고 한다.

대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체판결은 공동근저당권의 이시배당의 경우에 피담보채권의 확정 여부와 상관없이 최고액감액긍정설을 실시하면서 최고액감액부정설을 취했던 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008다72318 판결을 견해가 배치되는 범위 내에서 변경하였고, 대상판결은 위 전원합의체 판결의 따름판례이다. 최고액감액 여부에 관한 학설대립에서는, 근저당권의 본질적 특징인 피담보채권의 부종성이 완화됨으로 피담보채권의 확정 전까지는 피담보채권이 증감 변동할 수 있으므로 채무자의 임의변제는 근저당권에 영향을 미치지 않는다는 법리에 천착함으로써 피담보채권의 확정 여부가 하나의 쟁점이 되었고, 서울지방법원 2003가합52888 판결의 사실관계가 공동저당물 일부에 관하여 공동근저당권자가 아닌 제3자가 신청한 경매절차에서의 배당금의 성격이 채무자의 임의변제와 마찬가지로 이해될 수 있는지 여부가 다른 하나의 쟁점이었다. 그러나 판례는 학설과 달리 최고액감액 여부의 근거를 근저당권의 부종성 완화에서 구하지 아니하고 공동근저당의 법리와 물상보증인의 담보제공의사 또는 변제자대위에 대한 기대이익에서 구하고 있다. 판례의 태도에서는 피담보채권의 확정여부나 선행경매절차에서의 배당금의 성격이 임의변제와 마찬가지로인지 여부는 고려대상이 아니다. 따라서 위 대법원 2013다16992 전원합의체 판결³⁹⁾에서 최고액

37) 윤진수, “2006년도 주요 민법 관련 판례 회고”, 민법논고III, 박영사, 2008, 735쪽.

38) 김석우, “공동근저당권에 관한 고찰-일본 개정민법과 관련하여-”, 민사법과 환경법의 제문제: 송헌 안이준 박사회갑기념 논문집, 박영사, 1986, 208쪽; 양창수, 앞의 논문, 220쪽.

39) 이 판결에 대한 평석은 유혜주, 앞의 논문; 양진수, “공동근저당권자가 채무자에 대한 회생절차에서 채무자 소유 부동산의 환가대금으로부터 우선변제 받은 경우에 공동담보물인 물상보증인 소유의 다른 목적 부동산의 채권최고액 감액 여부”, 사법 제44호, 사법발전재단, 2018; 조준현, “공동근저당의 이시배당에서 공동근저당권자의 우선변

의 감액문제를 피담보채권의 확정 여부와 별개의 문제라고 판시하고, 대상판결에서 채무자가 임의의 변제를 하더라도 물상보증인의 기대이익을 침해하게 되면 최고액을 감액한다고 판시하였다.

2.3 대법원판례에서 채무자의 임의변제

대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다3681 판결은 공동근저당권자가 목적물의 일부에 대한 경매절차에서 그 피담보채권을 배당받은 경우가 아니라 채무자 겸 근저당권설정자로부터 공동근저당 목적물 등의 매매대금으로 피담보채권의 일부를 임의변제 받은 사안에서, “이를 근저당권자가 채권최고액 범위의 채권에 대하여 우선변제를 받은 것과 동일하게 볼 수는 없고”, 근저당권자로서는 피담보채권 중 나머지 채권에 대하여 여전히 채권최고액 범위 내에서 우선변제권을 가진다고 보아야 하며 채권최고액에서 변제받은 금액을 공제한 범위 내에서 우선변제권을 행사할 수 있는 것이라고 볼 수는 없다는 이유로, “공동근저당권자가 채무자 겸 근저당권설정자로부터 공동근저당 목적물 등의 매매대금으로 피담보채권을 일부 임의변제 받았다 하더라도 그 변제된 금원은 우선변제권이 있는 피담보채권에 우선 충당하여야 하는 것이 아니고 변제충당의 일반 법리에 따라 공동근저당권자의 채무자에 대한 채권 전부의 변제에 충당하여야 하며 공동근저당권자는 그 변제충당 후 나머지 채권에 대하여 채권최고액을 한도로 우선변제권을 가진다”고 판시함으로써, 선행경매절차에서 배당받은 경우는 우선변제가 되지만 임의로 변제한 것은 그러하지 아니하다며 구별하고 있다. 대상판결의 제1심판결은 위 판결의 법리에 따라 최고액감액을 부정하였지만 대상판결은 최고액감액을 긍정하였다. 위 2010다3681 판결과 대상판결 모두 사실관계는 채무자가 공동저당물의 일부를 임의환가하여 그 매매대금을 공동근저당권자에게

제권의 범위”, 외법논집 제42권 제3호, 한국외국어대학 법학연구소, 2018.

임의로 변제한 동일 유사한 사안임에도 최고액의 감액 여부에 관한 결론이 달라지는 것은, 이익상황이 2010다3681 판결은 공동근저당권자와 가압류한 일반채권자와의 관계이고 대상판결은 공동근저당권자와 공동저당물의 소유자인 물상보증인과의 관계에서 차이가 나기 때문이다. 채무자의 임의변제라 하더라도 그 자체로 최고액의 감액 여부가 결정되는 것이 아니라 또 다른 판단 준거가 필요하게 되고, 대법원 판례는 그 준거틀로서 공동저당권의 규정인 민법 제368조의 입법취지와 물상보증인의 기대이익을 제시하고 있다.

민법 제368조 제2항은 후순위저당권자 대위를 규정하고 있으므로, “선순위 공동근저당권이 설정되어 있는 부동산에 대하여 후순위로 근저당권을 취득하려는 사람은 선순위 공동근저당권의 목적물 전부의 환가대금 중 공동근저당권의 채권최고액만큼의 담보가치만을 선순위 공동근저당권자의 몫으로 고려하고 그 나머지 담보가치는 자신의 몫으로 파악하여 근저당권을 취득한다. 그런데 선순위 공동근저당권자가 공동근저당권의 각 목적물마다 최초의 채권최고액만큼 반복하여 배당받을 수 있다면, 민법 제368조 제2항의 대위가 불가능하게 되거나 대위의 범위가 축소될 수 있으므로, 이시배당의 경우에 선순위 공동저당권자의 실행선택권 행사로 불이익을 입은 후순위 저당권자를 보호하려는 민법 제368조 제2항의 취지에 어긋난다.”⁴⁰⁾ 물상보증인 소유 부동산이 공동저당에 제공된 경우에도 “물상보증인은 자신이 부담하게 될 책임의 한도가 채권최고액 상당액이라고 믿게 마련인데”⁴¹⁾, “채권최고액만큼 반복하여 배당받을 수 있게 된다면 …… 물상보증인의 책임이 그 담보제공의사와 무관하게 결정되어 물상보증인의 기대이익을 박탈하는 부당한 결과가 발생하게 된다.”⁴²⁾ 나아가 물상보증인 소유 부동산을 먼저 경매

40) 대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체판결.

41) 대법원 2006. 10. 27. 선고 2005다14502판결.

42) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다68012판결.

하여 공동저당권자가 변제를 받게 되면 변제자대위에 의하여 채무자가 소유하는 부동산에 대한 공동저당권을 대위 취득하게 되는데, 최고액이 감액되지 않는다면 물상보증인의 변제자 대위에 대한 기대이익이 박탈된다.

따라서 채무자의 임의변제라 하더라도 후순위저당권자 또는 물상보증인의 대위에 대한 기대이익을 침해하는 사안에서는 최고액의 감액이 긍정될 것이고, 대상판결이 그 취지를 실시한 최초의 판결로서 의의가 있다.

3. 저당권 포기와 우선변제권 제한

대상판결은 저당목적물의 매매대금으로 피담보채권의 일부를 임의로 변제받은 경우, 그 변제된 금원이 변제충당법리에 따라 충당된다고 함으로써 원심판결의 태도와는 달리하였다. 따라서 임의변제로 인한 최고액의 감액을 인정한다 하더라도 감액되는 금액이 최고액의 전부가 아닌 일부에 불과하여 공동근저당권자는 여전히 우선변제권을 가지고 있으므로 원심을 파기하여야 하지만, 아직 소멸되지 않은 공동근저당권자의 우선변제권 제한의 근거를 채무자 소유 담보물에 관한 저당권 포기 행위를 채권자의 담보보존의무 규정인 민법 제485조의 고의에 의한 담보의 상실 내지 감소행위로 포섭함으로써 상고를 기각하였다. 대상판결은 공동저당 사안에서 민법 제485조를 적용한 최초의 판결로서 의의가 있다.

공동근저당권자가 목적물의 일부에 대한 저당권을 포기할 수 있는가에 관하여 민법 368조 제2항 후단 규정에 의한 후순위저당권자의 보호와 관련하여 포기불가설, 후순위저당권자의 동의필요설 등 다양한 견해⁴³⁾가 제기되었으나, 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009다41250 판결⁴⁴⁾은

43) 조대현, 앞의 책, 178쪽.

후순위저당권자의 대위에 관한 정당한 기대보호설을 실시하였고 학설의 지지⁴⁵⁾를 받고 있다. 위 판결에서 “민법 제368조 제2항 후문에 의한 후순위저당권자의 대위권은 선순위 공동저당권자가 공동저당의 목적물인 부동산 중 일부의 경매대가로부터 배당받은 금액이 그 부동산의 책임분담액을 초과하는 경우에 비로소 인정되는 것이지만, 후순위저당권자로서는 선순위 공동저당권자가 피담보채권을 변제받지 않은 상태에서도 추후 공동저당 목적 부동산 중 일부에 관한 경매절차에서 선순위 공동저당권자가 그 부동산의 책임분담액을 초과하는 경매대가를 배당받는 경우 다른 공동저당 목적 부동산에 관하여 선순위 공동저당권자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다는 대위의 기대를 가진다고 보아야 하고, 후순위저당권자의 이와 같은 대위에 관한 정당한 기대는 보호되어야 하므로, 선순위 공동저당권자가 피담보채권을 변제받기 전에 공동저당 목적 부동산 중 일부에 관한 저당권을 포기한 경우에는, 후순위저당권자가 있는 부동산에 관한 경매절차에서, 저당권을 포기하지 아니하였더라면 후순위저당권자가 대위할 수 있었던 한도에서는 후순위저당권자에 우선하여 배당을 받을 수 없다고 보아야”하고, 이러한 법리는 공동근저당권의 경우에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다고 판시하였고, 동일한 법리가 대법원 2011. 10. 13. 선고 2010다99132 판결에서 반복되었다. 위 판결들에서는 민법 제485조를 명시적으로 언급하고 있지 않지만 민법 제485조를 유추적용하는 것과 같은 고려를 하고 있다.

위 판결들이 채무자 소유인 부동산에 공동저당권이 설정된 사안에 관한 것이었던 반면에 대상판결은 채무자 소유인 부동산과 물상보증인 소유인 부동산에 공동근저당권이 설정된 사안이므로 “물상보증인 소유

44) 이 판결에 대한 평석은 이종기, “공동저당권자의 저당권 일부 포기 및 혼동으로 인한 소멸”, 민사판례연구 제33권 (상), 박영사, 2011; 이정일, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위의 기대에 대한 보호”, 판례연구 제22집, 부산판례연구회, 2011.

45) 김형석, “공동저당의 실행과 이해관계의 조정”, 법학 제57권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2016, 76쪽.

부동산이 먼저 경매되어 매각대금에서 선순위 공동저당권자가 변제를 받은 때에는, 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에 변제자대위에 의하여 채무자 소유 부동산에 대한 선순위 공동저당권을 대위취득한다. 또한 물상보증인 소유 부동산에 대한 후순위 저당권자는 물상보증인이 대위취득한 채무자 소유 부동산에 대한 선순위 공동저당권에 대하여 물상대위를 할 수 있다.” 대상판결은 물상보증인의 변제자대위에 대한 기대권에 민법 제485조의 적용을 승인하고, 채무자 소유 부동산에 대한 저당권 포기 행위를 물상보증인의 면책사유인 채권자가 고의로 담보 상실 내지 감소시킨 행위로 인정한다.

4. 결론

대상판결은 공동근저당의 이시배당에서 최고액의 감액을 인정한 대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체판결의 따름판결이지만, 채무자가 그 소유 저당목적물을 임의로 매매하여 그 대금으로 임의로 변제⁴⁶⁾한 경우에도 최고액의 감액을 긍정함으로써 동일 유사한 사안에서 최고액을 감액을 부정한 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다3681 판결과의 정합성의 문제가 제기된다. 대상판결의 제1심판결도 2010다3681 판결의 법리를 이유로 하였기 때문이다.

공동근저당권에 제368조의 적용이 학설과 판례에서 모두 인정되어 제368조 제1항에 따른 동시배당사안에서는 최고액이 경매대가의 비례로 할당됨에는 이론이 없으나, 이시배당사안에서 선행경매절차에서 변제받으면 그로 인하여 후행경매절차에서 최고액이 감소되어 우선변제권이 제한되는지 여부에 관한 학설대립은 근저당권의 본질적 특징인

46) 이준현, “공동근저당권 목적부동산 매각에 의한 채무자의 변제와 채권자의 담보포기 내지 순위 변경”, 법조 제69권 제2호, 법조협회, 2020, 58쪽은 대상판결을 채무자의 임의변제사안으로 이해하지 않고 있다.

부종성의 완화법리를 토대로 이루어졌다. 즉, 근저당권은 피담보채권이 확정되기 전까지 피담보채권이 증감변동할 수 있으므로 채무자가 임의로 변제하더라도 근저당권에 영향을 미치지 않게 되는 바, 근저당권자가 경매신청한 이시배당에서는 최고액의 감액에 관한 다툼이 없으나 제3자가 경매신청한 이시배당의 사안에서는 선행경매절차에서 배당을 임의 변제와 마찬가지로 이해하느냐 여부에 따라 견해가 나뉘었다. 또한 경매와 같은 저당권 실행에 의한 변제와 임의변제를 구별하는 감액공정설은 최고액의 감액여부를 피담보채권의 확정 여부와 별개의 문제로 보느냐에 따라 견해가 나뉘었다.

반면에 판례는 학설과 달리 근저당에 관한 법리가 아니라 공동저당에 관한 특유의 법리에서 최고액감액의 근거를 찾아왔다. 제368조 제2항 후단에 규정된 후순위저당권자의 대위에 대한 기대권 보호와 물상보증인의 변제자 대위에 대한 기대권 보호 또는 채무자 소유 부동산의 담보력을 기대하며 최고액을 책임의 한도로 믿은 담보제공의사⁴⁷⁾로 인한 기대이익 때문에 최고액을 감액하지 않으면 불합리한 결과가 된다고 한다. 대상판결 이전에는 학설의 영향으로 수용보상금배당⁴⁸⁾이나 회생절차에서의 변제⁴⁹⁾가 임의변제와 마찬가지로 여부가 다루어졌지만, 대상판결에서는 임의변제도 물상보증인의 기대이익을 박탈하는 결과가 된다면 최고액의 감액사유가 될 수 있다고 판시함으로써 최고액의 감액사유는 근저당의 부종성 완화법리가 아닌 공동저당의 특유한 법리에 의해 결정될 수 있게 된다.

대상판결은 공동저당에서 민법 제485조 채권자의 담보보존의무에 관한 규정을 적용한 첫 번째 판결이다. 공동저당권자가 목적물의 일부에 대한 저당권을 포기한 사안에서 그동안의 대법원 판결은 후순위저당권

47) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다68012 판결.

48) 대법원 2006. 10. 27. 선고 2005다14502 판결.

49) 대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체판결.

자의 대위에 대한 정당한 기대 보호를 위해 민법 제485조를 명시적으로 언급하지 않은 채 유추 적용한 것과 같은 고려를 하여 왔으나, 대법판결에서는 물상보증인의 변제자대위에 대한 기대권 보호를 위해 민법 제485조의 적용을 명시적으로 승인하였다.

참고문헌

1. 단행본

- 김재형, 주석민법 제4판 물권(4), 한국사법행정학회, 2011.
- 남효순, 민법주해(VII) 물권 (4), 박영사, 1992.
- 박해성, 민법주해(VII) 물권 (4), 박영사, 1992.
- 배형원, 주석민법 제5판 물권(4), 한국사법행정학회, 2019.
- 법무부, 2013년 법무부 개정시안 물권편, 민법개정총서 8, 법무부, 2013.
- 오민석, 주석민법 제5판 물권(4), 한국사법행정학회, 2019.
- 조대현, 민법주해(VII) 물권 (4), 박영사, 1992.

2. 학술지

- 권 성, “제3취득자의 저당권소멸청구권”, 민사판례연구 제3권, 박영사, 1981, 28-44쪽.
- 김병두, “공동근저당에 있어서의 채권최고액의 감액-서울중앙지법 2004. 5. 18. 선고2003가합52888 판결의 검토-”, 민사법학 제33호, 한국민사법학회, 2006, 125-160쪽.
- 김석우, “공동근저당권에 관한 고찰-일본 개정민법과 관련하여 -”, 민사법과 환경법의 제문제: 송헌 안이준 박사회갑기념 논문집, 박영사, 1986, 199-215쪽.
- 김형석, “공동저당의 실행과 이해관계의 조정”, 법학 제57권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2016, 57-100쪽.
- 양진수, “공동근저당권자가 채무자에 대한 회생절차에서 채무자 소유 부동산의 환가대금으로부터 우선변제받은 경우에 공동담보물인 물상보증인 소유의 다른 목적 부동산의 채권최고액 감액 여

- 부”, 사법 제44호, 사법발전재단, 2018, 469-512쪽.
- 양창수, “공동근저당권에 있어서 선행경매절차에서의 일부 배당이 후행 절차상의 우선변제권에 미치는 영향”, 민법연구 제8권, 박영사, 2005, 209-302쪽.
- 유혜주, “공동근저당권의 이시배당에 관한 연구”, 민사판례연구 제41권, 박영사, 2019, 279-315쪽.
- 윤진수, “2006년도 주요 민법 관련 판례 회고”, 민법논고Ⅲ, 박영사, 2008, 731-736쪽.
- 이정일, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위의 기대에 대한 보호”, 판례연구 제22집, 부산판례연구회, 2011, 545-578쪽.
- 이종기, “공동저당권자의 저당권 일부 포기 및 혼동으로 인한 소멸”, 민사판례연구 제33권 (상), 박영사, 2011, 353-409쪽.
- 이준현, “공동근저당권 목적부동산 매각에 의한 채무자의 변제와 채권자의 담보 포기 내지 순위 변경”, 법조 제69권 제2호, 법조협회, 2020, 551-597쪽.
- 조준현, “공동근저당의 이시배당에서 공동근저당권자의 우선변제권의 범위”, 외법논집 제42권 제3호, 한국외국어대학 법학연구소, 2018, 239-262쪽.

[Abstract]

Effect of a Debtor's Repayment and Mortgage Renunciation to the Scope of the Preferential Reimbursement Right

– Supreme Court Decision 2017 Da 292756 Decided
July 11, 2018 –

Hong, Bong-Joo*

This paper examines the decision of the supreme court 2017 Da 292756 decided July 11, 2018 on effect of a debtor's repayment and mortgage renunciation to the Scope of the Preferential Reimbursement Right.

The supreme court rules that “if a joint mortgagee, who has priority over other rights-holders, is partly apportioned a secured debt out of the proceeds derived from realizing one of the immovable properties provided as joint collateral through either the enforcement of a mortgage by the mortgagee's own effort or the commencement by another party of the realization procedure, it should be deemed that the joint mortgagee cannot exercise again the right to preferential reimbursement as to the amount preferentially reimbursed during the realization of the remaining immovable properties provided as joint collateral.” Such legal doctrine is equally applicable to cases where a debtor repays a portion of a secured debt with money provided by selling off his immovable joint collateralized property. The supreme court had previously rules that a joint mortgagee could exercise the preferential reimbursement right again after the debtor's repayment (see supreme court decision 2010 Da 3681).

Whether the equivalent amount of the repayment be deducted from the

* Professor, Law School of Konkuk University

initial maximum debt amount depends on the peculiar purport of joint mortgage. Article 368 clause 2 of the Civil Act provides the protection of a subordinate mortgage holder. In a case where an immovable property owned by a debtor and one by a guarantor *in rem* are jointly mortgaged, the guarantor *in rem* obtains a joint mortgage on the debtor-owned property, by subrogation. Yet, if the joint mortgagee were to be allowed to exercise again the right of preferential reimbursement within the initial maximum debt amount on the debtor's repayment, then the guarantor *in rem* would not be able to benefit from the right of subrogation and the scope of subrogation would also narrow. If so, the guarantor *in rem*, who provided one's own property as collateral in anticipation of securing the debtor-owned property, would be deprived of expected profit.

[Key Words] A debtor's repayment, mortgage renunciation, the preferential reimbursement right, joint floating sum mortgage, the maximum amount of the debt to be secured