

저당권침해로 인한 손해배상청구권의 성립요건에 관한 연구

Research on the Requirement of Establishing the Right of Compensation for Infringement of Mortgage Rights

김 태 관*

Kim, Tae-Kwan

목 차

- | | |
|------------------------|------------------------|
| I. 들어가며 | III. 저당권자의 손해배상청구권과 다른 |
| II. 저당권침해로 인한 손해배상청구권의 | 권리와의 관계 |
| 성립요건에 관한 검토 | IV. 결론 |

저당권이 침해된 경우, 예컨대 저당권이 설정되어 있는 건물이 훼손되어 건물의 가치가 감소된 경우, 통설과 판례는 저당권자는 침해자에 대해 저당권 침해를 이유로 직접 손해배상청구를 할 수 있다고 한다. 다만, 저당권 침해가 있더라도 저당권의 특성상 채권자가 입게 되는 손해는 “담보목적물의 가액의 범위 내”에서 “채권최고액을 한도로 하는 피담보채권액”이라고 하고, 저당목적물이 훼손되어도 그 잔존가치가 채권액 이상으로 남아 있는 경우에는 손해가 인정되지 아니한다고 한다.

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2021..23.191>

투고일: 2021. 8. 1. / 심사외일: 2021. 8. 5. / 게재확정일: 2021. 8. 24.

* 연세대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사, 법학박사

Associate Professor, Attorney at Law, Ph.D. in Law, Law School, Yonsei University

또한 그 손해는 피담보채무의 변제기가 도래하여 그 저당권을 실행할 때 비로소 발생하는 것은 아니라고 한다.

이러한 통설과 판례의 입장에 대해 비판적 검토를 수행한 결과는 다음과 같다.

첫째, 저당권침해로 인한 손해배상청구권의 성립과 관련하여 그 위법성과 고의 또는 과실에 관한 검토가 필요하고, 특히 제3자에 의한 저당목적물의 훼손의 경우 중요한 의미를 갖는다.

둘째, 손해의 발생에서 저당물건의 가액이 피담보채권액을 상회하고 있어도 손해가 없다고는 할 수 없다. 또한 그 손해의 유형에서도 피담보채권의 미회수채권액 상당의 손해 외에도 다른 손해의 유형이 발생할 수 있다.

셋째, 손해배상액의 산정시기는 저당권실행시 또는 손해배상청구권의 행사시(소송상 행사시에는 사실심 변론종결시)를 기준으로 하지만, 이는 사실심 변론종결시가 아니라 책임원인발생시를 기준으로 한 것으로 보아야 한다.

넷째, 저당권자의 손해배상청구권은 물상대위나 소유자의 손해배상청구권과 달리 독자적인 내용을 갖는 것이기 때문에 독자적인 권리행사를 인정해야 한다.

[주제어] 저당권, 저당권침해, 손해배상청구, 손해의 발생, 손해배상액의 산정시기

I. 들어가며

저당권이 침해된 경우, 예컨대 저당권이 설정되어 있는 건물이 훼손되어 건물의 가치가 감소된 경우, 통설과 판례¹⁾는 저당권자는 침해자에 대해 저당권 침해를 이유로 직접 손해배상청구를 할 수 있다고 한다. 다만, 저당권 침해가 있더라도 저당권의 특성상 채권자가 입게 되는 손해는 “담보목적물의 가액의 범위 내”에서 “채권최고액을 한도로 하는 피담보채권액”이라고 하고, 저당목적물이 훼손되어도 그 잔존가치가 채

1) 대법원 1998. 11. 10. 선고 98다34126 판결.

권액 이상으로 남아 있는 경우에는 손해가 인정되지 않는다고 한다. 또한 그 손해는 피담보채무의 변제기가 도래하여 그 저당권을 실행할 때 비로소 발생하는 것은 아니라고 한다.

이러한 통설과 판례의 입장에 대해서는 아래와 같이 의문을 갖고 있다. 즉, 불법행위의 성립요건의 관점에서 저당권 침해는 위법성 판단의 단계로 보이는데, 어떻게 인정할 것인가? 그리고 저당권 침해시 고의나 과실의 인정은 문제가 없는가? 그리고 손해의 발생과 관련하여 통설과 판례에서 적시하듯이 저당목적물의 잔존가치가 채권액 이상으로 남아 있는 경우에는 저당권 침해에도 불구하고 손해가 인정되지 않는 것인가? 저당권 침해로 인한 손해에는 저당권 실행 후 저당목적물로부터의 미회수채권액 상당의 손해 외에는 인정될 여지가 없는가? 피담보채권의 변제기 전, 변제기 후 저당권실행 전에도 저당권 침해를 인정한다면, 이 경우에 생긴 손해는 어떤 것인가? 그리고 그 발생한 손해액은 어느 시점을 기준으로 산정할 것인가? 마지막으로 저당권자에게 손해배상청구권을 인정할 경우 저당권자의 물상대위권이나 소유자의 손해배상청구권 등과의 경합문제는 어떻게 볼 것인가? 등이다.

이하에서는 이러한 의문에 답하기 위해 먼저 저당권 침해로 인한 손해배상청구권에 대해 그 성립요건과 그 효과에 따른 손해배상액의 산정 시점에 대해 검토하고(Ⅱ), 저당권자의 손해배상청구권과 다른 권리들과의 관계를 검토한 후(Ⅲ), 마무리하도록 하겠다(Ⅳ).

Ⅱ. 저당권침해로 인한 손해배상청구권의 성립요건에 관한 검토

1. 저당권의 침해

1.1 저당권 침해의 의의와 그 태양

저당권을 침해하는 행위라 함은 강학상 일반적으로 저당권의 담보가치를 위태롭게 하는 것, 즉 저당권자가 저당목적물의 교환가치로부터 우선변제를 받는 것을 위태롭게 하는 일체의 행위²⁾ 또는 저당권의 존속과 그 실현을 방해하거나 또는 방해할 우려가 있는 일체의 행위³⁾라고 한다. 그리고 그 침해의 유형을 크게 저당목적물 자체를 법률상·사실상 멸실하는 행위와 저당목적물을 훼손하여 그 가액을 감소시키는 행위로 나누거나⁴⁾ 저당권 자체를 침해하는 행위와 저당목적물을 멸실·훼손하는 행위로 나누기도 한다.⁵⁾

1.2 저당권 침해에 대한 구제수단 일반

이러한 저당권 침해에 대한 저당권자의 구제수단으로는 ① 침해행위의 제거·예방청구나 무효등기의 말소청구, 저당목적물의 일부에 대하여 강제집행이 된 경우 저당권자의 제3자 이익의 소 제기 등의 형태로

2) 편집대표 김용덕, 주석민법 물권(4)(제5판), 한국사법행정학회, 2019, 106쪽(배형원 집필부분. 이하 주석서의 경우 편집자/집필자, 쪽수로 인용함); 김준호, 물권법(제10판), 법문사, 2017, 447쪽; 박동진, 물권법강의(초판), 법문사, 2018, 482쪽 등.

3) 문정일, “근저당권 공동담보물 중 일부를 멸실·훼손한 경우의 손해배상책임”, 대법원 판례해설 79호 (2009 상반기), 법원도서관, 2009, 191쪽.

4) 곽윤직/남효순, 민법주해[Ⅶ], 박영사, 2006, 82쪽.

5) 지원림, “담보권 침해와 손해배상”, 민사법학 18호(2000. 5.), 한국민사법학회, 351쪽 이하.

나타나는 물권적 청구권(민법 제370조, 제214조)과 ② 저당권설정자의 책임 있는 사유로 인한 담보물의 가치감소시에 행사할 수 있는 저당물보충청구권(민법 제362조) 및 ③ 채무자가 저당권을 침해한 경우에 인정되는 기한의 이익 상실(민법 제388조 제1호)과 더불어 ④ 불법행위로 인한 손해배상청구권이 인정된다고 일반적으로 설명되고 있다.⁶⁾

2. 저당권 침해로 인한 손해배상청구권의 인정 여부

통설과 판례는 불법행위의 성립에 관한 일반요건에 따라 저당권자가 저당권 자체의 침해를 이유로 그 침해자에 대하여 불법행위에 기한 손해의 배상을 청구할 수 있다고 한다(민법 제750조). 다만, 불법행위의 성립요건 중 “손해의 발생”과 관련하여, 저당부동산의 가치가 감소한 것만으로는 부족하고 나아가 그 잔존가치가 피담보채권의 우선변제를 받기에 부족하다는 사정이 필요하다고 한다.⁷⁾

이에 반해 담보권의 불성립이나 성립된 담보권이 등기말소 등으로 소멸한 경우와 담보목적물 자체가 저당권 설정자 이외의 제3자의 행위로 인하여 멸실·훼손된 경우를 구분하여 전자와 달리 후자는 그 담보목적물 소유자와 저당권자 사이의 이해관계의 적절한 조화를 위하여 원칙적으로 소유자에 대하여만 손해배상청구권을 인정하고 저당권자의 보호는 물상대위에 의하면 족하다고 하여 저당권 침해에도 저당권자에게 손해배상청구를 부정하는 견해도 있다.⁸⁾ 이 견해와 달리 통설에 의하면 저당권자의 물상대위권과 손해배상청구권이 경합하는지가 다시 문제되는데, 후술한다(II).

6) 김용덕/배형원, 앞의 책(주 2), 106-111쪽; 박동진, 앞의 책(주 2), 483-488쪽 등.

7) 김용덕/배형원, 앞의 책(주 2), 106쪽; 양창수/김형석, 권리의 보전과 담보(제2판), 박영사, 2015, 393쪽; 대법원 2009.5.28. 선고 2006다42818 판결.

8) 박윤직/이상훈, 민법주해(XVIII), 박영사, 216쪽; 지원림, 앞의 글(주 5), 358쪽.

3. 저당권의 침해, 고의와 과실, 손해의 발생(시점)과 손해액의 산정기준 시점을 둘러싼 논의

종래 저당권 자체의 침해를 이유로 그 침해자에 대하여 불법행위에 기한 손해배상청구를 긍정하는 통설은 “저당권의 침해”, “손해의 발생(시점)”과 “손해액의 산정기준시점”을 중심으로 설명하고 있지만, 여기에서는 통설이 종래 검토하지 않고 있는 “고의나 과실” 인정 문제를 포함하여 그 손해배상 여부를 검토한다.

3.1 저당권의 침해-위법성 검토

3.1.1 종래의 논의

통설은 저당권침해로 인한 손해배상청구의 논의에서 “저당권의 침해”를 먼저 설명한다. 그 예시로는 저당권설정자가 저당건물을 저당권자의 승낙 없이 임의로 철거하고 그 지상에 신축건물을 축조한 경우, 저당건물이 지하철공사를 하는 건설회사의 잘못으로 붕괴된 경우, 저당목적물의 제3취득자가 고의로 저당권의 실행을 방해하고 그러는 사이에 저당목적물의 가격이 하락한 경우 등을 들고 있다.⁹⁾ 이는 저당권 등 담보물권의 침해도 불법행위가 성립될 수 있다는 점을 설명한 것으로, 불법행위의 성립요건 중 “위법성”의 검토를 전제로 한 것이다.¹⁰⁾

통설과 판례는 저당권 침해가 인정되지 않는 전형적 예시로 “저당권 설정자의 통상적인 사용·수익으로 인한 저당목적물의 가치감소”를 들고 있다. 즉, 저당권은 저당목적물의 교환가치를 파악하고 이를 지배하는 것이고, 저당목적물의 사용·수익을 저당권설정자로부터 빼앗는 것이 아니라 저당목적물의 사용·수익은 저당권설정자에게 맡겨져 있으

9) 김용덕/배형원, 앞의 책(주 2), 108-109쪽.

10) 김용담/이연갑, 주석민법 채권각칙(6)(제4판), 한국사법행정학회, 2016, 186쪽.

므로 통상적인 사용·수익으로 인한 가치감소는 저당권 침해에 해당하지 않는다고 한다.¹¹⁾ 따라서 저당목적물이 통상의 경제적 용도에 따라 이용되고 있는 한, 저당권이 침해되고 있다고 할 수 없다고 한다. 다만, 판례는 “저당부동산에 대한 소유자 또는 제3자의 점유가 저당부동산의 본래의 용법에 따른 사용·수익의 범위를 초과하여 그 교환가치를 감소시키거나, 점유자에게 저당권의 실현을 방해하기 위하여 점유를 개시하였다는 점이 인정되는 등, 그 점유로 인하여 정상적인 점유가 있는 경우의 경락가격과 비교하여 그 가격이 하락하거나 경매절차가 진행되지 않는 등 저당권의 실현이 곤란하게 될 사정이 있는 경우에는 저당권의 침해가 인정될 수 있다”고 한다.¹²⁾ 즉, 불법행위의 위법성도 인정될 수 있다고 본다.

3.1.2 검토

저당권 침해의 태양은 다양하고, 목적물의 물질적 지배를 직접 목적으로 하는 용익물권과는 달리 저당권이 가지는 교환가치를 지배하는 가치권으로서의 특성상 불법행위의 성립에서 위법성 판단에서도 그와 같은 특성을 고려하여야 한다. 그러나 저당권의 침해행위가 불법행위의 성립요건으로서 “위법성”을 갖추는지 여부는 불법행위 일반이론에 의해 결정되어야 할 것이다. 특히 저당목적물의 일부 훼손으로 인한 교환가치 감소가 근소한 경우(저당목적물의 잔존가치가 피담보채권보다 상회하더라도) 저당권침해의 위법성을 인정할 것인가? 이는 저당권의 담보물권으로서의 성질인 불가분성의 관점, 즉 피담보채권의 전부를 변제받을 때까지 목적물 전부에 대해 그 권리를 행사할 수 있어야 한다는 관점에서 보면, 일단 저당권의 내용을 침해한 것으로 볼 수 있지만,¹³⁾

11) 김용덕/배형원, 앞의 책(주 2), 106쪽.

12) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005다3243 판결, 대법원 2008. 1. 17. 선고 2006다586 판결.

13) 즉, 저당권의 침해는 변제가 전이라도 저당목적물의 잔존가치가 피담보채권보다 상회

과연 그러한 사정만으로 저당권의 본질적 효력인 우선변제권의 침해가 없는 경우에도 위법한 행위로 볼 것인가?

생각건대, 민법 제750조의 침해행위의 위법성 판단에 관하여 통설과 판례는 불법행위책임에서 위법성이 침해된 법익의 성질과 침해행위의 모습 사이의 상관관계로부터 판단된다고 한다(상관관계설).¹⁴⁾ 즉 피침해법익이 강한 것이면 침해행위의 불법성이 적더라도 가해행위의 위법성이 인정되는 반면에 피침해법익이 그다지 강한 것이 아니면 침해행위의 불법성이 크지 않는 한 가해행위의 위법성이 인정되지 않는다고 한다. 생명, 신체, 건강, 소유권 등의 권리가 전자에 해당하고, 영업이익이나 채권에 대한 침해는 후자에 속하며, 그 침해행위가 형벌법규, 사회질서 위반, 권리남용 등의 모습을 갖추는 경우에 위법한 행위가 된다. 저당권 침해에서 그 피침해법익은 저당권이라는 등기된 담보물권이어서 위법성의 인정이 용이한 듯 보이지만, 저당권이 가지는 담보물권으로서의 특성(가치권)을 감안할 때 채권과 유사하게 제3자에 의한 저당목적물의 훼손에서는 그 저당권의 존재에 대한 인식가능성을 인정하기가 쉽지 않다. 즉, 피침해법익의 성질이나 침해행위의 태양 등을 감안해보면, 제3자에 의한 저당권침해는 채권과 물권의 침해에서 중간 정도의 단계에 있다고 볼 수 있지 않을까 생각된다. 따라서 저당목적물의 훼손만으로 당연히 그 저당권침해의 위법성을 인정하여서는 안된다고 본다.

하더라도 성립한다고 하고, 피담보채권액을 하회할 것이 요구되는 것은 아니라고 한다. 다만, 손해에 대해서는 발생하지 않은 경우가 있다고 하는 것이다. 柴原宏昭, “抵当価値權論”, 早稻田法學會誌 48卷, 早稻田法學會, 1998, 353頁.

14) 박윤직, 채권각론(제6판), 박영사, 2003, 397쪽 이하; 김기선, 한국채권법각론(제2전정판), 법문사, 1982, 284쪽 이하 등.

3.2 고의 또는 과실

3.2.1 종래의 논의

저당권 침해로 인한 불법행위 성립과 관련하여, 그 성립요건인 “고의 또는 과실”에 대해서 언급을 하고 있는 문헌을 찾기는 어렵다. 그러나 저당권 침해로 인한 불법행위의 성립을 민법 제750조에 기하여 판단하고 있다는 점에서¹⁵⁾ 이는 당연히 불법행위 일반이론에 의할 것을 전제로 한 것이라고 볼 수 있다.

3.2.2 검토

민법 제750조의 고의는 일정한 결과가 발생할 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리상태라고 하는 것이 일반적이다.¹⁶⁾ 이에 의하면 자기의 행위에 의한 결과를 인식할 것과 그 결과의 발생을 인용할 것을 요한다.¹⁷⁾ 한편, 민법 제750조의 과실의 의미에 대해서는 과실을 주의를 기울여야 함에도 이를 게을리한 심리상태로 보는 주관적 과실론¹⁸⁾과 위법한 결과의 발생을 예견하고 이를 방지하여야 했음에도 이를 다하지 않았다는 객관적 행위위무의 위반으로 보는 객관적 과실론¹⁹⁾의 견해대립이 있다.²⁰⁾ 판례는 주관적 과실론과 객관적 과실론 중 어느 한 견해를 따르고 있다고 보기는 어렵지만, 과실의 유무는 통상의 시민생활에서 불법행위가 문제되는 경우에 일반적인 시민의 주의력의 수준에 따라 판단할 수밖에 없을 것이다.²¹⁾

15) 가령 양창수/김형석, 앞의 책(주 7), 393쪽 등.

16) 박윤직, 앞의 책(주 14), 388쪽 등.

17) 김용담/이연갑, 앞의 책(주 10), 158쪽.

18) 박윤직, 앞의 책(주 14), 389쪽; 김기선, 앞의 책(주 14), 278쪽 등.

19) 김형배, 채권총론(제2판), 박영사, 1999, 170쪽.

20) 김용담/이연갑, 앞의 책(주 10), 159-160쪽.

21) 김용담/이연갑, 위의 책(주 10), 161-162쪽.

이러한 점에서 저당목적물의 훼손 등에 의한 저당권 침해시 저당권침해자가 저당권설정자나 채무자인 경우 또는 그 침해행위의 대상이 저당권 자체인 경우,²²⁾ 불법행위의 성립요건으로서 침해자의 “고의”나 “과실”을 인정하는데 큰 어려움이 없을 것으로 보인다. 그러나 앞서 본 저당권침해의 예시 중 “저당건물이 지하철공사를 하는 건설회사의 잘못으로 붕괴된 경우”와 같이 제3자에 의한 저당권침해가 문제되는 경우 제3자인 건설회사가 공사과정에서 붕괴한 건물에 저당권이 설정되어 있는 사실을 알았거나 일반적으로 예견할 수 있다고 볼 수 있을까?

이는 공사로 인한 인근 건물의 붕괴나 훼손 가능성을 인정하는 것과는 달리 볼 필요성이 있지 않을까 생각한다. 앞서 일부 견해는 저당권설정자 이외의 제3자의 행위로 인하여 멸실·훼손된 경우 그 담보목적물 소유자와 저당권자 사이의 이해관계의 적절한 조화를 위하여 원칙적으로 소유자에 대하여만 손해배상청구권을 인정하고 저당권자의 보호는 물상대위에 의하면 족하다고 하여 저당권침해에도 저당권자에게 손해배상청구를 부정하고 있는데, 불법행위의 성립요건을 갖추고 있지만, 정책적 이유로 해서 불법행위의 성립을 부정하기보다는 불법행위의 성립요건 특히 고의, 과실이나 위법성 요건의 검토에서 그 정책적 고려를 반영하는 것이 좋지 않을까 생각한다.

22) 대법원 1978. 9. 26. 선고 78다835 판결(자동차저당법에 의한 경매절차 진행 중 자동차 소유자가 고의로 자동차 정기검사를 받지 아니하여 자동차등록이 말소되어 경매개시 결정이 취소된 사안에서 “자동차저당법에 의한 저당권의 목적은 도로운송차량법에 따라 자동차등록을 받은 자동차에 한하므로 저당권이 설정되었더라도 등록이 말소되면 저당권은 목적이 없는 것이 되어 버리니 그 저당권은 권리로서 설 수 없게 되는 것이다. 따라서 … 등록말소를 고의로 빚은 자는 저당권을 침해한 것이 되는 것이다.”라고 판시).

3.3 손해의 발생과 그 시점

3.3.1 종래의 논의

저당권침해로 인한 불법행위의 성립요건 중 손해의 발생과 관련하여, 통설²³⁾은 저당권은 저당목적물의 교환가치를 파악하는 것이므로 저당권에 대한 침해가 있다고 하더라도 나머지 교환가치에 의하여 채권의 만족을 얻을 수 있으면 손해가 없으므로 아직 불법행위가 성립하지는 않는다고 본다.²⁴⁾ 따라서 손해배상청구권이 발생하는 시점은 목적물의 침해로 저당권자가 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 되는 때가 된다. 그러나 손해배상청구권의 행사를 위하여 피담보채무의 변제기 도래나 저당권의 실행을 기다려야 하는 것은 아니고 그 전이라도 손해액을 산정하는 것이 불가능한 것은 아니므로 저당권자에게 손해가 있으면 곧바로 손해배상을 청구할 수 있다고 한다.

3.3.2 검토

3.3.2.1 문제1: 저당권 침해로 인한 손해에는 피담보채권의 미회수손해만이 인정되는가?

통설과 판례에 의하면, 저당권의 침해로 인하여 저당권자가 저당목적물만으로 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없을 때 손해배상청구권이 발생하는 것이고, 저당권의 침해가 있더라도 저당목적물의 잔존 교환가치에 의해 채권의 만족을 얻을 수 있으면 손해가 없으므로 불법행위가 성립되지 않는다고 한다.²⁵⁾ 즉, 통설은 “저당권 침해로 인한 손해=피담보채권

23) 박윤직/김재형, 물권법(제8판전면보정), 박영사, 2015, 478쪽; 김상용, 물권법(제2판), 화산미디어, 2013, 713쪽; 김용한, 물권법(재전정판), 박영사, 1996, 583; 김중환/김학동, 물권법(제9판), 박영사, 1997, 548쪽; 이영준, 물권법(신정판), 박영사, 2001, 915쪽.

24) 박윤직/남효순, 앞의 책(주 4), 84쪽; 김용덕/배형원, 앞의 책(주 2), 109-110쪽 등.

25) 이설이 없는 것으로 보인다.

의 미회수액”이라는 정식만을 인정한다. 여기에는 다음 2가지의 의문이 생길 수 있다.

첫째, 저당권의 침해로 인한 저당목적물의 잔존교환가치에 의해 채권의 만족을 얻을 수 있더라도 저당권자에게 손해를 인정할 수 있는가?

둘째, 저당권침해로 인해 저당권자에게 생기는 손해로는 저당목적물에 의한 미회수채권액 이외의 손해는 존재할 수 없는가?

양자는 비슷하지만, 그 지향하는 바에 차이가 있으므로 각 그 의문에 대한 답을 찾아본다.

3.3.2.1.1 저당권의 침해로 인한 잔존저당목적물의 교환가치에 의해 채권의 만족을 얻을 수 있더라도 저당권자에게 손해를 인정할 수 있는가?

3.3.2.1.2 논의상황

“저당권의 침해로 인한 잔존 저당목적물의 교환가치에 의해 채권의 만족을 얻을 수 있는 한 저당권자에게는 손해가 생기지 않는다”는 명제에 대해 국내에서는 이론이 없는 듯하다. 그러나 일본에서는 국내와 마찬가지로 저당목적물이 침해된 경우 저당권의 피담보채권액과의 관계에서 저당권의 잔존목적물이 피담보채권액을 하회하게 된 경우에만 손해가 발생했다고 보는 견해가 통설과 판례의 입장이지만, 잔존목적물의 가액이 피담보채권액을 상회하더라도 손해가 발생한다는 견해도 존재한다. 이하에서는 일본에서의 논의상황을 살펴본다.

3.3.2.1.2.1 잔존물의 가격이 피담보채권액을 하회하는 것을 손해발생의 요건으로 하는 견해

일본의 통설은 저당목적물의 침해로 인해 그 목적물의 당초 가치가 낮아진 경우, “잔부의 가액이 여전히 피담보채권액을 충분히 담보하는 경우에는 손해가 없다”고 한다.²⁶⁾ 그러나 여기서 “충분히 담보한다”는

것의 의미는 “잔존물의 가액<피담보채권액”이면 되는지, “잔존물의 가액<목적물을 경매에 부쳐도 해당 피담보채권을 전액 회수할 수 있는 금액”이어야 하는지 반드시 명확하지 않다. 통상적으로 전자의 의미라고 여겨지고 있는 것 같지만, 저당목적물의 가격하락 리스크 등을 포함해서 충분히 담보되고 있다고 하려면 후자로 보아야 하는 것이 아닌지 의문을 제기하는 견해도 있다.²⁷⁾

또한 일본 판례의 입장도 통설과 마찬가지로 저당목적물이 손상된 경우 잔존물의 가액이 저당권의 피담보채권액을 상회하는 한 손해가 없으므로 저당권자에게는 손해배상이 인정되지 않는다고 한다.²⁸⁾ 또, 저당산림에서 입목이 벌채·반출된 시점에서는 담보가치가 피담보채권액을 상회하고 있었는데 그 후에 산림의 가치가 저하된 사안에서, 저당권자는 변제기 도래 후에 소유자에 대해 손해배상을 청구할 수 있지만, 손해의 산정은 불법행위사가 아니라 저당권 실행 시 또는 배상청구권 행사 시(구두변론 종결 시)를 기준으로 하여 저당물건의 멸실·손상으로 저당채무총액에서 부족한 한도에서 손해액을 산정해야 한다고 하여 입목의 시가 한도에서 손해배상청구를 인정하고 있다.²⁹⁾ 그러나 (변제 도래 전이나) 잔존물의 가격이 피담보채권액을 상회하는 경우에 손해배상청구를 전혀 인정해서는 안 되는 것인지 의문이 있다.

3.3.2.1.2.2 잔존물의 가액이 피담보채권액을 상회하더라도 손해배상청구가 가능하다는 견해

이 견해는 6,000만원의 채권을 담보하는 저당권의 목적물이 당초 가격이 9,000만원이었으나, 불법행위로 인해 6,000만원으로 낮아진 경우를

26) 我妻榮, 民法講義Ⅲ 新訂担保物權法, 岩波書店, 1968, 386頁 등.

27) 難波讓治, “抵当權侵害における損害賠償についての一試論”, 立教法學 101卷, 立教法學會, 2020.3, 116-117頁.

28) 日大判 1928(昭和3)年 8月 1日, 民集 7卷, 671頁.

29) 日大判 1932(昭和7)年 5月 27日, 民集 11卷, 1289頁.

예로 든다.³⁰⁾ 당초 저당권의 목적물이 9,000만원의 가치가 있었다면 부동산 시황의 변동에 의해 3,000만원이 저하되어도 저당권자에게 충분한 담보가치가 있지만, 불법행위로 인해 저하된 6,000만원으로는 부동산 시황의 변동에 의해 담보가치가 떨어져 저당권자에게 충분한 담보가치가 있는 것이 아니므로, 불법행위로 인해 저당권자에게 손해가 없다고 할 수 없다고 한다. 또한, 위 예에서 제1의 침해자가 9,000만원의 물건을 6,100만원으로 가치를 저하시켜도 저당권자는 손해배상청구를 할 수 없지만, 제2의 침해자가 6,100만원에서 5,800만원으로 가치를 추가로 저하시키면, 저당권자는 손해배상청구를 할 수 있다는 것은 의문이라고 한다. 따라서 위 예를 보면, 잔존물의 가격이 피담보채권액을 하회하는 것은 손해배상청구에 불필요하다는 것이다.³¹⁾

3.3.2.1.3 소결

채권 확보의 수단으로서 담보권을 설정한다는 점에서 피담보채권액과 목적물의 교환가치의 차이가 클수록 담보기능은 확실해지므로 담보물의 가치 저하는 그것만으로 저당권 침해를 성립시키는 것이다.³²⁾ 또, 만일 이러한 경우에도 저당권 침해가 되지 않는다고 하면, 후일의 경제환경의 변화나 통상의 용법에 따르는 목적물의 가치 저하가 생겨 피담보채권액을 하회하게 되는 경우, 그에 선행해서 행해진 행위에 의한 가치 저하의 부담을 저당권자가 지는 결과가 되어, 타당한 결론을 도출할 수 없게 된다.³³⁾ 즉, 통설과 판례는 저당권자가 무엇을 위해 채권액을 상회하는 담보를 취득하고 있는 것인가의 의미를 이해하지 못한 것이라

30) 田高寛貴, “担保権侵害による損害賠償請求に關する一考察: 所有權侵害に對する救済との調整の見地から”, 名古屋大學法政論集 227号, 名古屋大學大學院法學研究科, 2008, 357頁.

31) 難波讓治, 앞의 글(주 27), 117-118頁.

32) 柴原宏昭, 앞의 글(주 13), 353頁.

33) 柴原宏昭, 앞의 글(주 13), 353頁.

고 할 수 있다. 결국 담보권이 장래의 확실한 변제에 대한 기대를 보호하는 것이라면, 확실한 변제가 방해되었을 경우에는 설사 잔존물의 가액이 피담보채권액을 상회하더라도 손해가 있다고 해야 할 것이다. 그리고 이 경우의 손해는 후술하는 바와 같이 통설·판례와 같이 “채권의 미회수액=손해”가 아니라 저당권이라는 “담보권의 변제가능성의 저하=손해”이고, 그 자체를 산정할 필요가 있다. 그러나 저당목적물의 가치 저하가 경미한 경우, 과연 변제의 확실성은 저하된 것으로 볼 수 있는가? 하는 문제는 여전히 남아 있다. 예컨대, 피담보채권이 1,000만원, 담보물이 1억원이라면 담보물이 훼손되어 9,000만원이 된다 하더라도 변제의 확실성이 떨어졌다고는 할 수 없다고도 할 수 있다.

3.3.2.1.4 저당권침해로 인해 저당권자에게 생기는 손해로는 저당목적물에 의한 미회수채권액 이외의 손해는 존재할 수 없는가?

3.3.2.1.4.1 손해의 파악을 위한 다양한 기준들

대법원이 “불법행위로 인한 재산상 손해는 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재³⁴⁾의 재산상태의 차이를 말한다”라는 일반원칙을 판시한 이후³⁵⁾ 불법행위로 인한 손해배상사건에서 동일한 취지의 판시를 반복해 왔다.³⁶⁾ 이와 같은 판례의 입장은 재산상 손해의 개념에 관하여 이른바 “차액설”을 취한 것으로 평가되고 있다.³⁷⁾ 차액설은 ① 침해를 받은 개별적인 법익이 아닌 “피해자의 전체 재산 상태”를 기준으로 손해를 파악하고, ② 법익 상태의 변화

34) 판례는 이를 변론종결시가 아니라 불법행위시라고 한다. 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다91828 판결.

35) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결; 1992. 6. 23. 선고 91다43838 전원합의체 판결.

36) 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다53372 판결; 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011다25695 판결 등 다수.

37) 박윤직/지원림, 민법주해[IX], 박영사, 468-469쪽; 송덕수, 채권법총론, 박영사, 2013, 155쪽.

그 자체가 아닌 “그 금전적 평가액의 변화”를 손해로 파악하는 견해이다.³⁸⁾³⁹⁾ 이에 반해 구체적 손해설은 전체 재산 상태가 아닌 “개별적 손해 항목”을 기준으로 삼아야 하고, 금전적 평가를 거치지 않은 “법익 침해 자체”를 손해로 보아야 한다고 한다.⁴⁰⁾ 그러나 어느 견해를 취하더라도 손해를 파악하기 위해서 “가해행위가 없었더라면 존재하였을 상태”와 “가해행위가 있는 현재의 상태” 사이의 비교가 필요하다는 점에는 차이가 없다.⁴¹⁾ 따라서 “가해행위가 없었더라면 존재하였을 상태”를 판단하는 가정적 추론은 손해의 파악을 위해서는 반드시 이루어져야만 하는 작업이다.⁴²⁾ 그렇다면 “가해행위가 없었더라면 존재하였을 상태”는 어떻게 확정할 수 있는가? 이 문제에 대해 대법원은 “손해액을 산정함에 있어서는 먼저 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산 상태를 상정하여야 할 것인데, 위법행위가 없었을 경우의 재산 상태를 상정함에 있어 고려할 사정들은 위법행위 전후의 여러 정황을 종합한 합리적인 추론에 의하여 인정될 수 있어야 하고, 당사자가 주장하는 사정이 그러한 추론에 의하여 인정되지 않는 경우라면 이를 위법행위가 없었을 경우의 재산 상태를 상정하는 데에 참작할 수 없다”고 판시하여 일반론을

38) 김용담/이연갑, 앞의 책(주 10), 236-237쪽; 김용재, “기망행위에 속하 물건을 고가에 매수한 뒤 그 물건가격이 변동한 경우 손해배상의 범위 및 손해배상액 산정의 기준시점”, 민사판례연구 제39권, 민사판례연구회, 2017, 393쪽.

39) 손해배상액은 손해개념의 확정과 배상되어야 할 손해범위의 확정, 손해의 금전적 평가, 손익상계 및 과실상계라는 서로 다른 법원리가 적용되는 단계를 차례로 거쳐서 산출되는 것임에도 차액설은 손해의 개념으로부터 바로 손해액을 산정해 내려고 한다는 데 문제점이 있다는 비판으로는 양삼승, “손해배상범위에 관한 기초적 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위 논문, 1988, 128쪽; 서광민, “손해의 개념”, 서강법학연구 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2004.5, 139쪽 참조.

40) 박윤직/지원립, 앞의 책(주 37), 466-468쪽.

41) 다만 차액설과 그에 대한 비판론은 ① 비교의 대상이 되는 가해행위 전후의 ‘상태’가 피해자의 전체 재산 상태를 뜻하는 것인지 아니면 개별 법익을 의미하는 것인지, ② 위 ‘상태’가 금전적 평가액을 의미하는 것인지 아니면 금전적 평가를 거치지 않은 추상적 법익 상태를 의미하는 것인지에 대해서 견해를 달리할 뿐이다.

42) 박동진, “손해배상액의 산정”, 민사법학 제36호, 한국민사법학회, 2007.5, 544-545쪽.

제시한 바 있다.⁴³⁾ 결국 당사자(저당권자)는 발생가능성이 있는 수많은 연쇄적 사태 중 가해행위가 없었더라면 존재하였을 가정적 상황으로 주장할 수밖에 없고, 법원은 당사자가 당해 사건의 상황을 기초로 주장한 사정들을 기초로 합리적 추론을 할 수밖에 없다고 보는 것이다. 다만, 가해행위 전후에 총재산 상태의 변동이 없는 경우에는 차액설적 발상에 의해서는 손해의 산정이 어려움을 겪을 수밖에 없는데, 이 경우 배상을 인정하기 위해 손해를 법적 가치평가를 통해 규범적으로 파악하여야 한다는 규범적 손해설이 주장되고 있다.⁴⁴⁾

3.3.2.1.4.2 저당권 침해로 인한 다양한 손해들⁴⁵⁾

3.3.2.1.4.2.1 경매로 인해 저당물건으로부터 피담보채권을 회수하지 못한 손해

먼저 “가해행위가 있는 현재의 재산 상태”를 저당목적물의 일부 훼손으로 인하여 저당목적물의 경매에서 저당권의 피담보채권의 일부가 회수되지 못한 상태라고 할 때,⁴⁶⁾ 가장 전형적으로 가해행위(저당권 침해)가 없었을 경우의 재산 상태를 상정해보면, “피담보채권의 변제기가 도래하고 훼손되기 전의 저당목적물에 대해 저당권을 실행하여 그 목적물로부터 우선변제를 받은 상태”를 가정해 볼 수 있다. 이 경우 양 상태의 차이, 즉 “피담보채권의 회수할 수 없었던 금액=손해”라고 볼 수 있다. 이 경우의 손해는 저당물건의 가치가 저하되어 실행 시에 회수불능이 된 회수불능금액이며, 채무자의 다른 일반재산과는 관계없다. 물건가치가 떨어져도 실행에 의해 채권 전액을 회수할 수 있었을 경우는 손해가 없으므로 배상청구할 수 없게 된다.

43) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2008다37414 판결.

44) 김용담/이연갑, 앞의 책(주 10), 238쪽.

45) 손해의 여러 유형과 관련해서는 難波讓治, 앞의 글(주 27), 125-127頁에서의 논의를 참조하였다.

46) 저당권이 실행된 이후를 전제로 한다.

이에 대해서는 저당권을 실행해서 채권을 전액 회수할 수 없다고 해도 채무자가 저당목적물 외에 고액의 재산을 가지고 있으면 그쪽에서 회수할 수 있으므로 손해배상을 청구할 수 없다는 견해가 있을 수 있다. 실제로 저당권의 불성립으로 채권자가 저당권을 취득하지 못하는 손해를 입은 사안에 관한 것이지만, 대법원 1996. 9. 20. 선고 95다47923 판결에서는 회사의 영업부장이 담보목적 부동산의 소유자에 대한 확인을 하지 아니한 채 그 부동산을 매수하였다는 물품대금 채무자의 말만 믿고 그에게 근저당권설정등기 절차를 일임하고 사후에도 등기필증은 교부받지 않고 등기부등본만을 교부받음으로써 결국 근저당권이 말소된 경우, “회사가 그 명의로 근저당권설정등기를 하려는 것은 장래 공급될 물품에 대한 담보뿐만이 아니라 이미 발생한 외상대금도 적지 않은 금액이어서 그에 대한 담보도 확보할 목적이었으므로, **그 물품대금 채무자의 자력이 충분하여 그 근저당권 외에도 채권확보를 위한 충분한 수단이 있었다는 다른 특별한 사정이 없는 한**, 회사로서는 영업부장의 그와 같은 불법행위로 말미암아 하자 있는 근저당권설정등기만 믿고 물품대금채무자가 담보로 제공한 부동산 이외의 재산에 대하여 그 외상대금 채권을 보전하기 위한 조치 등을 취할 기회를 상실함으로써 손해를 입은 것이라고 하지 않을 수 없으므로, 그와 같은 손해도 영업부장이 회사에 대하여 배상하여야 할 상당인과관계 있는 손해”라고 보았는데, 저당권 외에 채무자의 자력을 특별사정으로 고려한 것도 있다.

생각건대, 위 견해에 따르면 저당권 실행 후에 저당목적물로부터 회수할 수 없는 경우라도 채무자에게 자력이 있으면 손해배상청구할 수 없는 경우도 있을 수 있게 된다. 그러나 저당권은 채무자의 일반재산에 관계없이 채권을 회수하기 위한 것으로, 저당권에 의해 회수할 수 없었음에도 불구하고 일반재산이 있다고 해서 손해가 없다는 것은 저당권의 의의를 잃게 하는 것이다. 따라서 채권을 회수할 수 없었다는 손해를 저당권 침해와 연계해서는 안 된다. 따라서 저당권 침해에서 채무자의

일반재산이 충분하다는 사정은 손해의 발생에 장애가 될 수 없다고 봄이 타당하다.⁴⁷⁾

3.3.2.1.4.2.2 부대손해

“가해행위가 있는 현재의 재산 상태”와 “가해행위가 없었을 경우의 재산 상태”에 따라 위 3.3.2.1.3.2.1의 손해 외에도 다양한 손해가 발생할 수 있고, 그 손해는 손해배상범위의 일반이론에 의해 해결되어야 할 것이다.⁴⁸⁾ 예컨대, 저당권자가 저당목적물의 훼손으로 인해 경매에서 변제를 받지 못함으로써 기업활동이 정지된 손해가 발생한 경우를 “가해행위가 있는 현재의 상태”라고 할 때, 그 가정적 상태와의 차이에 따라 그 기업정지에 따른 손해, 그리고 저당목적물의 일부 훼손으로 인해 저당목적물의 매각에 어려움을 겪게 되어 상당한 시일이 소요된 때를 “가해행위가 있는 현재의 상태”라고 할 때, 저당목적물의 훼손 전 상태로 경매매각을 진행하였을 때의 매각금액과의 단순한 차액만이 손해가 되는 것이 아니라, “가해행위가 없었을 경우의 정상적인 매각에 소요된 시간”과의 차이, 즉 그 매각에 걸린 시간의 차이로 인해 생긴 손해⁴⁹⁾도 생길 수 있을 것이다.

47) 대법원 1996. 9. 20. 선고 96다25807, 25814 판결에서는 원인무효의 “이전등기를 신뢰하여 위 토지들에 관하여 근저당권설정 등기를 경료하고 최정호 등 채무자들에게 금원을 대출한 후에 원고조합이 근저당권자인 피고를 상대로 그 등기말소등기청구소송을 제기하여 원고 승소의 판결이 선고되고 확정될 처지에 있다면, 이러한 경우 양춘석 등의 불법행위로 인하여 피고가 입은 통상의 손해는 최현창 등 명의의 이전등기가 유효하여 담보권을 취득할 수 있는 것으로 믿고 출연한 금액 즉, 근저당목적물인 이 사건 토지들의 가액범위 내에서 채권최고액을 한도로 하여 채무자들에게 대출한 금원 상당이라 할 것”이라고 판시하면서, 나아가 **대출금 채무자들에게 변제자력이 있다는 사정은 손해발생에 아무런 장애가 되지 않는다**고 하였다.

48) 前田達明, 民法VI2(不法行為法), 青林書院, 1980, 80頁.

49) 매각금액의 차액에 대한 매각지연기간에 대한 법정이자 상당액이 될 것이다.

3.3.2.1.4.2.3 저당목적물로부터 변제받을 수 없음이 명확해진 단계에서의 손해

먼저 “가해행위가 있는 현재의 재산 상태”를 저당권의 피담보채권의 일부가 회수되지 못할 정도로 저당목적물의 훼손된 상태라고 할 때,⁵⁰⁾ 가해행위(저당권 침해)가 없었을 경우의 재산 상태를 상정해보면, “피담보채권의 변제가 도래나 저당권 실행 전이지만, 그 목적물로부터 우선변제를 받기에 충분한 저당목적물이 훼손되기 전의 상태”를 가정해 볼 수 있다. 그 저당물건으로부터 피담보채권을 회수할 수 없게 되는지 여부는 저당목적물의 훼손으로 피담보채권을 담보하기에 충분한 가치가 없어지면 그 시점에서 명확해진다. 예컨대, 저당목적물이 전부 멸실되어 그 가치가 “0”이 되었을 경우에는 저당목적물로부터 피담보채권을 회수할 수 없는 것이 분명하기 때문에, 그 시점에서 저당목적물로부터 변제를 받을 수 없다는 손해가 발생했다고 할 수 있다. 그러나 저당목적물의 일부 훼손의 경우, 예컨대 1,000만원의 피담보채권이 있고, 당초 2,000만원의 가치가 있었던 저당목적물이 일부 훼손으로 인해 500만원으로 감가되었다면, 1,000만원 중 500만원에 대해서는 해당 물건으로부터의 변제를 받을 수 없을 것이 분명하므로, 저당권의 실행으로 인해 피담보채권의 회수가능성을 판단할 필요 없이 저당목적물의 훼손 시점에서 이미 적어도 500만원의 손해가 발생했다고 생각할 수 있을 것이다. 다만, 대담보의 제공이나 물건의 수리에 의해 물건의 담보가치가 오르면 그 손해는 없어질 것이다. 이 손해는 변제가 도래 후에 한하지 않고, 변제가 전이라도 발생할 수 있다. 다만, 이 경우 소유자의 손해배상청구권과의 조정이 필요하며, 채무자(혹은 물상보증인)가 저당목적물을 훼손한 경우에는 기한의 이익을 상실하므로, 현실에서는 제3자의 침해만이 문제가 되고, 뒤에서 서술하는 물상대위와의 경합이 발생한다.

50) 아직 피담보채권의 변제가 도래나 저당권의 실행이 되지 않은 상태를 말한다.

3.3.2.1.4.2.4 변제의 확실성 저하 손해

전술한 바와 같이 잔존물의 가액이 피담보채권액을 상회하더라도 손해배상청구가 가능하다는 견해에 설 때, 저당목적물의 일부 훼손으로 인한 잔존물의 가액이 피담보채권액을 상회하는 경우, 저당권 침해에 의한 손해를 “변제의 확실성의 저하”라고 보면, 저당물건으로부터의 회수의 가능성이 감소한 만큼 손해가 있다고 볼 수 있다.⁵¹⁾ 그리고 그러한 손해라고 보면, 저당권 실행 전은 물론 변제기 전이라도 발생할 수 있을 것이다. 즉, 이 경우의 손해는 3.3.2.1.3.1~3.3.2.1.3.2.3의 손해와는 달리 추상적인 것으로 금전과 결부시키기가 용이하지 않다는 점에서 차액설에 의한 접근을 어렵게 하고, 구체적 손해설이나 규범적 손해설과의 친화성이 있다. 그럼에도 불구하고 저당목적물의 일부 훼손으로 인해 잔존물의 가액이 피담보채권액을 상회하더라도 변제의 확실성이 저하된 상태를 “가해행위가 있는 현재의 재산 상태”라고 할 때, 가해행위가 없었을 경우의 재산 상태와 사이에 저당권자의 법적 지위에 불이익한 변화(변제의 확실성의 저하)를 초래하였다고 볼 수 있다는 점에서 이 차이를 손해로서 인정할 수 있지 않을까 생각한다. 다만, 이 경우에 이 손해를 금전적으로 평가하는 것은 용이하지 않을 것으로 생각된다. 이러한 손해를 금전적으로 평가하기는 용이하지 않을 것 같지만, 예컨대, 6,000만원의 채권을 담보하는 저당권의 목적물이 당초 가격이 9,000만원이었으나, 불법행위로 인해 6,000만원으로 낮아진 경우, 6,000만원의 저당목적물에 대한 6,000만원의 피담보채권을 가진 저당권의 가격과 9,000만원의 저당목적물에 대한 6,000만원의 피담보채권을 가진 저당권의 가격이 과연 시장에서 동일하게 평가할 수 있을지를 생각하면 동일한 평가를 받기는 어렵지 않을까? 만일 그 가격차이를 “변제의 확실성의 저하”로 인한 손해로 파악할 수 있지 않을까 생각한다. 물론 예컨대,

51) 難波讓治, “損害の具体性と抽象性損害の段階構造に關する覺書”, 立教法務研究 1号, 立教大學大學院法務研究科, 2008, 105頁 이하 참조.

1,000만원의 피담보채권이 있고, 당초 1억원의 가치가 있었던 물건의 가치가 훼손되어 9,000만원이 된 경우에는 양자의 가격평가에 차이가 생기지 않을 가능성이 더 크다고 생각된다. 이러한 경우에는 엄밀하게는 손해가 발생하고 있다고 생각되지만, 그러한 손해는 “손해의 현실성, 확실성”이 없다고 보는 것이 옳지 않을까 생각한다. 왜냐하면, 손해는 현실적·확정적으로 발생하여야 하는 것인데, 손해가 현실화된 것인지 여부는 사회통념에 비추어 합리적으로 판단할 필요가 있는데,⁵²⁾ 이러한 정도의 훼손의 경우는 변제의 확실성 저하가 경미한 것으로 보면 족하기 때문이다.

다만, 이 경우 변제기 전의 배상을 인정하면, 저당권자가 손해배상금을 받은 후에 채무자가 채무를 전부 이행하는 문제가 지적되고 있으나,⁵³⁾ 저당권 침해로 인한 손해배상채무와 저당권의 피담보채무 사이에 동일한 경제적 목적을 갖는 것으로 볼 수 있지 않을까 생각되므로(부진 정연대관계), 변제기 전 채무자에 의한 손해배상채무의 변제가 있을 경우, 그 범위 내에서 피담보채무는 소멸한다고 보면 족하고, 제3자 변제가 된 경우에도 부당이득 등으로 조정하면 충분하므로 손해배상청구를 부정하는 이유가 되지 않는 것으로 생각된다.

3.3.2.2 문제2: 손해발생의 시점

3.3.2.2.1 문제의 제기-손해의 현실화

담보물의 멸실·훼손으로 인한 손해는 피담보채권의 불이행으로 인하여 담보권이 실행된 결과 담보물의 매각대금으로부터 피담보채권의 완전한 만족을 얻지 못하게 된 때에 비로소 명확하게 되는 것이므로 그 전에는 손해배상청구를 할 수 없는 것이 아닌가? 하는 의문이 있다.⁵⁴⁾

52) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다18349·18356 판결 등.

53) 加藤雅信, 現代民法學の展開, 有斐閣, 1993, 231頁.

54) 이러한 의문은 곽윤직/양승태, 민법주해[VI], 364쪽에서 제기된 바 있다.

3.3.2.2.2 국내의 학설과 판례의 태도

통설은 손해배상청구권의 행사를 위하여 저당권의 실행을 기다려야 하는 것은 아니며 그 전이라도 손해가 현실적으로 발생할 수 있고, 손해액을 산정하는 것이 불가능하지 아니하므로 저당권자에게 손해가 발생한 것이 분명하다면 변제기나 저당권실행 여부를 불문하고 곧바로 손해배상을 청구할 수 있다고 한다.⁵⁵⁾ 이는 피담보채권의 변제기가 도래하지 아니하였다고 하더라도 불법행위가 있으면 바로 손해배상을 청구할 수 있다는 취지라고 할 수 있다. 또한 판례도 통설과 마찬가지로의 입장이 다.⁵⁶⁾ 이에 반해 불법행위로 인한 손해배상청구권은 현실적으로 손해가 발생한 때에 성립하는 것이고 이때 현실적으로 손해가 발생하였는지 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단하여야 하는 것이지만, 아직 담보권이 실행되지 않아서 담보물의 환가금으로 피담보채권의 완전한 만족을 얻을 수 있는지 여부가 확정되지 않은 경우에는 바로 손해배상을 청구할 수 없다는 견해⁵⁷⁾와 저당권의 피담보채무의 변제기 전에는 저당권 침해에도 손해발생이 불명이므로 손해배상청구를 할 수 없고, 변제기 후에는 저당권 실행 전이라도 목적부동산의 교환가치의 하락이 있는 이상 손해가 발생하여 불법행위가 성립한다는 견해⁵⁸⁾로 나뉜다.

3.3.2.2.3 일본의 학설과 판례의 상황

일본에서 학설과 판례의 입장은 저당권에게 손해배상청구를 인정하는 경우, 그 손해배상청구가 인정되는 시기에 따라 저당권의 실행 후(1단계), 변제기 도래 후 저당권 실행 전(2단계), 변제 도래 전(3단계)으로

55) 박운직/남효순, 앞의 책(주 4), 84쪽; 김용담/이연갑, 앞의 책(주 10), 244쪽 등.

56) 대법원 1998. 11. 10. 선고 98다34126 판결.

57) 지원림, 앞의 글(주 5), 350쪽.

58) 정만조, “저당권침해 및 저당권 불성립으로 인한 손해배상액의 산정”, 대법원판례해설 제1권 제1호, 법원도서관, 1979.8, 52쪽.

나누어 설명할 수 있다.⁵⁹⁾ 즉, 1단계까지 이르면 손해가 확정, 명확해지지만, 2, 3단계에서는 손해가 불확정, 불명확한 상태이므로, 이 단계에서도 손해의 발생을 인정할 것인지의 문제이다.⁶⁰⁾

3.3.2.2.3.1 저당권 실행시 손해발생설(1단계)

이 견해는 예컨대, 피담보채권액 1,000만원, 저당목적물의 당초 가격 1,500만원이고, 제3자가 물건을 손괴했기 때문에 저당목적물의 가격이 800만원이 된 경우, 그 손괴시점에서는 손해가 발생하지 않았으므로 저당권자는 손해배상청구를 할 수 없지만, 변제기 후 저당권이 실행된 시점에서 경매에서 저당목적물의 매각금액이 800만원이라고 하면, 그 시점에서 피담보채권액과의 차액인 200만원의 손해가 발생하고, 손해배상청구를 할 수 있다는 입장이다.⁶¹⁾

판례도 저당권의 실행 절차 개시 후에 저당권의 설정자가 산림의 임목을 제3자에게 매각하여 별채시켜도 피담보채권의 만족을 얻을 수 있는 이상 손해배상청구는 인정되지 않는다고 판시하였다.⁶²⁾ 이 판례에 의하면, 저당권 실행 후에 피담보채권의 만족을 얻을 수 없는 경우에 비로소 손해배상청구를 할 수 있다고 본다. 그 이유로는 당장 손해배상청구를 할 수 없다고 해도 침해자에 대한 목적물 소유자의 손해배상청구권에 대한 물상대위, 침해자에 대한 방해배제청구권, 채무자 기한의 이익 상실 등의 수단이 있기 때문에 보호에 흠결이 있는 것은 아니라고 한다.⁶³⁾ 또, 경매 전에 손해배상을 인정하면 나중에 경매될 때까지의

59) 加藤一郎, 不法行爲(増補版), 有斐閣, 1974, 149頁; 加藤雅信, 앞의 책(주 53), 219頁 이하. 이밖에 피담보채권이 변제된 시점에서 손해배상청구가 가능해진다는 견해도 있다(潮見佳男, 不法行爲法 I(第2版), 信山社, 2009, 89頁).

60) 難波讓治, 앞의 글(주 27), 127-130頁.

61) 川島武宜, “判民昭和7年103事件”, 判例民事法, 民事法判例研究會, 昭和7年度, 348頁. 難波讓治, 앞의 글(주 27), 111頁 주5)에서 재인용.

62) 日大判 1928(昭和3)年 8月 1日, 民集 7卷, 671頁.

63) 柚木馨/高木多喜男編, 新版注釋民法(9)物權(4)(改訂版), 有斐閣, 2015, 92頁.

목적물의 가격 변동에 의한 현실의 손해액과 취득한 배상액이 다르게 되면 불편하다고 한다.⁶⁴⁾

3.3.2.2.3.2 변제기 도래시 손해발생설(2단계)

이 견해는 저당권 실행 전이라도 변제기가 도래하면 손해배상을 청구할 수 있지만, 변제기 도래 전에는 손해배상을 청구할 수 없다는 입장이다.⁶⁵⁾ 그 이유로 “저당권의 실행 이전에도 손해액의 산정은 반드시 불가능하지는 않다”는 점을 든다.⁶⁶⁾ 예컨대, 피담보채권액 1,000만원, 저당목적물의 당초 가격 1,500만원이었지만 저당목적물을 손괴했기 때문에 저당목적물의 가액은 800만원으로 내려갔으나 그 손괴시점에는 저당권자가 손해배상청구를 할 수 없고, 피담보채권의 변제기가 도래한 시점에서 잔존저당목적물의 가액이 800만원이라면, 그 변제기 시점에서의 피담보채권액과의 차액 200만원을 손해배상청구 할 수 있다고 한다. 변제기가 도래한 시점에서도 저당권을 실행하지 않는 한 최종적인 손해액은 확정되지 않는 경우라 하더라도 배상을 인정한 것이라 할 수 있을 것이다. 다만, 변제기 전에 손해배상을 인정해서는 채무자 기한의 이익이 상실되므로, 적어도 변제기가 도래하지 않으면 손해배상청구를 인정하지 않는다는 입장이다.

판례 중에서도 산림에 저당권이 설정되어 있었지만, 저당권설정자(=채무자)가 그 산림의 입목을 벌채한 사안에서, 벌채 시에는 피담보채권의 담보로서 충분한 가치가 있어서 손해가 없지만, 그 후의 가격하락에 의해 손해가 생겼다고 판시하여 저당권자가 저당채권의 변제기 도래

64) 鈴木祿弥, 物權法講義(5訂版), 創文社, 2007, 252頁.

65) 我妻榮, 앞의 책(주 26), 386頁; 川井健, 民法概論2 物權(第2版), 有斐閣, 2005, 390頁; 河上正二, 担保物權法講義, 日本評論社, 2015, 152頁; 高木多喜男, 担保物權法(第4版), 有斐閣, 2005, 167頁; 松岡久和, 担保物權法, 日本評論社, 2017, 114頁; 田高寬貴, 앞의 글(주 30), 364頁 등.

66) 我妻榮, 앞의 책(주 26), 386頁.

후 저당권의 실행 전에 소유자에 대한 손해배상청구를 인정한 것⁶⁷⁾과 저당권이 아니라 특허권을 목적으로 하는 질권의 사례이지만, 피담보채권이 이행지체에 빠졌을 무렵 해당 채권을 실행함으로써 회수할 수 있었던 채권액이 손해액이라고 판시한 것이 있다.⁶⁸⁾ 이 판결에 의하면, 변제기 도래 시점에서 담보가치가 감소하고 있으면, 실제로 실행되지 않아도 담보로부터의 채권회수를 할 수 없는 것은 명백하고, 손해가 발생했다고 한다.

3.3.2.2.3.3 변제기 이전(불법행위시) 손해발생설(1단계)

이 견해는 예컨대, 피담보채권액 1,000만원, 저당목적물의 당초 가격이 1,500만원이었지만 저당목적물이 손괴되었기 때문에 그 목적물의 가액이 상당히 내려 그 손괴시점의 잔존저당목적물의 가액이 800만원이라고 하면 그 시점에서의 채권액과의 차액인 200만원을 손해배상청구를 할 수 있다는 입장이다.⁶⁹⁾ 그 이유로 변제기가 도래하지 않아도 손해는 산정할 수 있고, 배상을 인정하지 않으면 담보권자의 보호가 불충분한 점을 든다. 이 견해를 지지하는 입장 중에는 이 경우의 손해를 “변제의 확실성의 저하”라고 지적하기도 한다.⁷⁰⁾

3.3.2.2.3.4 소결

저당권 실행시 손해발생설은 손해를 너무 좁게 본다는 점에서 문제가 있다. 또, 저당권 실행 후에만 인정하는 것으로는 충분한 구제가 될 수

67) 日大判 1932(昭和7)年 5月 27日, 民集 11卷, 1289頁. 판지에 의하면, 저당권 침해에 의한 손해는 저당권에 의해 담보된 채권이 완제되지 않는 경우에만 발생하므로, 변제기 이전에는 손해의 발생이 불분명하고, 변제기 후에도 손해액은 저당권 실행 시 또는 저당채권의 변제기 후 저당권 실행 전의 손해배상청구권 행사 시를 기준으로 산정해야 한다고 한 것이다.

68) 日最判 2006(平成18)年 1月 24日, 訟月 54卷 12号, 2953頁.

69) 加藤一郎, 앞의 책(주 54), 149頁; 河上正二, 앞의 책(주 65), 152頁.

70) 加藤雅信, 앞의 책(주 53), 232頁; 田高寬貴, 앞의 글(주 30), 357頁.

없다.⁷¹⁾ 우선 물상대위에 의하면 된다는 견해에 대해서는 물상대위가 저당물소유자 자신의 침해가 될 수 없으며 채무자와 제3자의 공동불법행위에 의한 경우에도 물상대위가 아니기 때문에 그것만으로는 구제가 불충분하다. 채무자가 침해한 경우에는 기한의 이익 상실에 의해 저당권의 실행절차로 진행할 수 있으며, 그 결과 담보로부터 회수할 수 없었던 금액에 대해 손해배상청구 하면 좋으나, 채무자가 아닌 물상보증인, 제3자에 의한 침해의 경우에는 채무자는 기한을 상실하지 않기 때문에 즉시 저당권을 실행할 수 없는 문제점이 있다. 변제기 도래시 손해발생설에 대해서는 저당권을 실행하지 않으면 손해의 발생 자체가 확정되지 않는 점이 비판의 대상이 되고 있다.⁷²⁾ 특히 저당권 실행 전에 손해배상청구를 인정하므로 저당권자가 손해배상금을 수령했을 경우의 뒤처리 문제가 발생한다. 그 점에 대해 손해배상청구 시점에서 훼손 전의 목적물 가액과 잔존물 가액의 평가를 통해 저당권자의 손해액을 산정해 두고, 저당권 실행 후에 확정하는 현실 손해액과의 차이는 배당 단계나 그 이후에 조정할 수 있다는 점에서 문제가 되지 않는다.⁷³⁾ 마지막으로 변제기 이전(불법행위시) 손해발생설에 대해서는 수령한 손해배상금은 채권에 충당된다고 하므로, 변제기가 도래하지도 않았음에도 채권을 회수할 수 있게 되어 담보물권의 목적에 반한다고 하는 비판이 있다.⁷⁴⁾ 그러나 만일 채권의 회수를 인정하지 않아서 담보물이 감축된 사태에서

71) 田高寛貴, 앞의 글(주 30), 350頁 등.

72) 川島武宜, 앞의 글(주 61), 349頁.

73) 高木多喜男, 앞의 책(주 65), 166頁. 이 경우의 구체적인 조정에 대해서는 다음 예를 들고 있다. 채권액 100만원, 훼손되지 않은 상태의 당초의 저당목적물 가액 150만원, 훼손 후의 잔존물가액 50만원이라고 하면, 배상액이 50만원이 되고, 잔존저당목적물이 저당권의 실행으로 30만원에 매각되었을 경우, 추가로 20만원의 손해가 남아 있다고 하여 20만원의 배상청구가 가능하지만, 반대로 80만원에 매각되었을 경우에는 50만원의 배당만을 받고, 잔액은 후순위저당권자 또는 설정자에게 배당 내지 교부하면 된다고 한다.

74) 道垣内弘人編, 新注釋民法(6)物權(3), 有斐閣, 2019, 705頁(古積健三郎 집필부분); 松岡久和, 앞의 책(주 65), 114頁.

당초의 피담보채권을 변제기까지 행사할 수 없다면, 그 사이에 채무자의 일반재산이 감소해 버렸을 경우에는 저당권자로서는 손해를 회복할 수 없게 되는 문제가 생길 수 있다는 점에서 타당한 지적은 아니다.

따라서 위 각 단계별로 손해의 발생을 인정함에는 큰 문제가 없다고 보아야 하므로, 변제기 이전(불법행위시) 손해발생설이 타당하고 생각한다.

3.4 손해액의 산정기준시점

손해액의 산정시기 문제는 결국 피담보채권액의 확정시기와 멸실된(또는 일부 멸실된 경우라면 멸실 및 잔존) 저당목적물의 가액산정시기와 관련된다.

3.4.1 국내의 학설과 판례

통설에 따르면 손해배상청구권의 행사를 위하여 저당권의 실행을 기다려야 하는 것은 아니며 그 전이라도 손해액을 산정하는 것이 불가능하지 아니하므로 저당권자에게 손해가 발생한 것이 분명하다면 곧바로 손해배상을 청구할 수 있다고 한다.⁷⁵⁾ 이에 따르면 손해액의 산정기준시점은 저당권침해로 인하여 손해가 발생한 시점이 될 것이다. 이에 대하여 기본적으로 통설의 입장을 따르면서도 손해액의 산정기준시점을 저당권의 실행이 있는 경우에는 저당권실행시점을, 저당권의 실행 전에 손해배상청구권을 행사한 경우에는 원칙적으로 침해행위가 있었던 때를 기준으로 하고 침해자가 저당목적물의 가격의 등기 등을 알았거나 알 수 있었다는 입증이 가능한 때에는 사실심의 변론종결시를 기준으로 하여야 한다는 견해,⁷⁶⁾ 불법행위로 인하여 타인의 소유물을 멸실시

75) 박윤직/남효순, 앞의 책(주 4), 84쪽; 김용담/이연갑, 앞의 책(주 10), 244쪽 등.

76) 이영준, 앞의 책(주 24), 915쪽.

킨 경우와는 달리 불법행위 당시를 표준으로 할 것은 아니고 저당권실행의 시 또는 저당권실행 전(물론 피담보채권의 변제기 후)에 있어서는 그 손해배상청구권의 행사시 다만 소송절차에 의하여 그 권리를 행사하는 경우에는 사실심의 구두변론종결시를 표준으로 하여 산정하여야 한다는 견해⁷⁷⁾도 보인다.

반면, 판례는 불법행위로 인한 손해배상청구의 경우 일관하여 책임발생시설의 입장에서 불법행위시를 기준으로 손해배상액을 산정한다.⁷⁸⁾ 그러나 담보권의 침해와 관련된 불법행위에 대해서는 사실심 변론종결시를 손해액 산정의 기준시점으로 언급하고 있다. 담보권의 침해와 관련된 사건 유형은 크게 두 가지, 즉 ① 일단 유효하게 담보권을 취득한 상태에서 위법행위로 담보권이 소멸되거나 그 담보권의 목적물이 멸실되는 경우와 ② 실제로는 유효한 담보권을 취득할 수 없음에도 기망행위 등 위법행위로 인해 유효하게 담보권을 취득할 수 있으리라고 믿고 금원을 대여한 경우로 나누어 볼 수 있는데,⁷⁹⁾ 저당권 자체가 소멸된 사안에서 저당목적물 가액을 침해행위 당시의 가액으로 산정한 것⁸⁰⁾도 있지만 위 각 유형에서 손해배상액의 산정을 위한 담보물의 가액은 담보권의 실행이 예상되는 시기 또는 손해배상청구소송의 사실심 변론종결시를 기준으로 산정하여야 한다고 판시하고 있다.⁸¹⁾ 이러한 판례의 입장에

77) 정만조, 앞의 글(주 58), 52-53쪽.

78) 대법원 1995. 10. 12. 선고 94다16786 판결; 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다34426 판결; 대법원 2015. 11. 27. 선고 2013다211032 판결 등 다수.

79) 담보권 침해와 관련된 불법행위 유형의 분류 및 그에 관한 대법원 판례에 관하여는 문정일, 앞의 글(주 3), 195-201쪽 참조.

80) 대법원 1978. 9. 26. 선고 78다835 판결(자동차저당법에 의한 경매절차 진행 중 자동차 소유자가 고의로 자동차 정기검사를 받지 아니하여 자동차등록이 말소되어 경매개시 결정이 취소된 사안에서, 손해액의 산정에 관하여는 원심의 판단이 정당하다고 하였는바, 원심은 근저당권설정 목적물인 자동차에 대한 등록말소 당시의 시가의 범위 안에서 피담보채무액으로 손해액을 산정하였다.)

81) 담보권 소멸의 경우는 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다41386 판결; 담보물 멸실의 경우는 위 대법원 2009. 5. 28. 선고 2006다42818 판결; 담보권이 유효하다고 믿고

대해서는 사실심 변론종결시를 기준으로 산정한다고 이해하는 견해⁸²⁾와 위와 같은 대법원 판례의 취지는 사실심 변론종결시를 손해배상액 산정의 기준시점으로 삼은 것이 아니라 위와 같은 유형의 사건에서는 피해자가 입은 구체적인 손해액이 장래 담보권이 실행되어 담보권자의 배당액이 결정될 때 확정되고, 손해액은 실제 담보권이 실행될 당시의 담보물의 가액을 초과할 수 없다는 특수한 사정이 있으므로, 피해자 구제를 위해 손해배상채권의 성립요건인 “손해의 현실적 발생”을 완화하여 손해액이 실제로 확정되지 않은 시점에서도 손해배상책임의 성립은 인정하되, 손해액의 확정 시점에 최대한 가까운 사실심 변론종결시의 담보가액을 한도로 설정하는 취지로 보아야 한다는 견해⁸³⁾로 나뉜다.

3.4.2 소결

저당권의 목적물이 일부 멸실된 경우에 관한 대법원 2009. 5. 28. 선고 2006다42818 판결이 “저당권의 목적물의 가액은 경매절차에서 근저당권자가 배당받을 금액이 확정되었거나 확정될 수 있는 때에는 그 금액을 기준으로 하고, 그렇지 아니한 경우라면 손해배상청구소송의 사실심 변론종결시를 기준으로 해야 한다”고 밝히고 있는 점에 비추어 후자의 입장이 타당하다. 다만, 일본의 판례⁸⁴⁾도 손해배상 범위를 정함에 있어 저당권 실행 시 또는 저당권 실행 전의 배상청구권 행사 시(소송의 경우에는 구두변론 종결 시)로 보고 있다. 이에 대해, 저당권자가 잔여목적물에 대한 저당권 실행과 손해배상 청구를 선택할 수 있음을 고려하면,

금원을 출연한 경우는 대법원 1999. 4. 9. 선고 98다27623, 27630 판결; 대법원 1978. 7. 11. 선고 78다626 판결 참조.

82) 담보권 침해에 관한 대법원판결들을 근거로 사실심 변론종결시를 기초로 손해의 발생 여부 및 손해액을 산정해야 한다고 주장하는 견해로 성증탁, “불법행위에 기한 손해배상청구 사건에서 손해발생 여부 판단시점”, 판례연구 제24집, 서울지방변호사회, 2010.9, 298쪽 참조.

83) 김용재, 앞의 글(주 38), 419쪽.

84) 日大判 1932(昭和7)年 5月 27日, 民集 11卷 13号, 1289頁.

손해배상의 산정기준시를 배상청구 시로 통일해야 한다는 비판이 있다.⁸⁵⁾ 그러나 저당권을 실행한 경우에도 손해배상청구 시까지 손해배상의 산정기준시를 늦추는 것은 타당하지 않다.

Ⅲ. 저당권자의 손해배상청구권과 다른 권리와 의 관계

1. 물상대위와의 관계

1.1 문제상황

저당권침해자가 제3자인 경우, 저당권설정자(채무자)가 제3자에 대해 손해배상청구권을 취득하고, 채권자(저당권자)는 그의 손해배상청구권에 물상대위할 수 있다. 이 경우에도 저당권자는 제3자에 대해 직접 손해배상을 청구할 수 있는가? 의 문제이다.

1.2 국내에서의 논의상황

이에 대해 상세한 논의를 진행하고 있는 문헌을 찾기는 쉽지 않다. 그러나 이에 대한 논의를 하고 있는 문헌에서는 대체로 담보목적물 자체가 저당권설정자 이외의 제3자의 행위로 인하여 멸실·훼손된 경우, 소유자에 대하여만 손해배상청구권을 인정하고 저당권자의 보호는 물상대위에 의하면 족하다고 하여 저당권 침해에도 저당권자에게 손해배상청구를 부정한다.⁸⁶⁾ 그 이유로는 판례의 태도에 따라 일률적으로 채권최고액을 한도로 하는 피담보채권액으로 손해가 확정되고, 저당권자

85) 道垣内弘人/古積健三郎, 앞의 책(주 74), 705頁.

86) 박운직/이상훈, 앞의 책(주 8), 216쪽; 김용덕/오민석, 주석민법(물권4)(제5판), 한국사법행정학회, 2019, 284-285쪽; 지원림, 앞의 글(주 5), 358쪽.

가 그 손해를 청구할 수 있다면, 소유자의 손해배상청구권은 그만큼 감축되고, 물상대위에 관한 “押留”의 요건이 무의미해지는 점, 채무자 아닌 제3자에 의하여 저당물이 멸실·훼손된 경우에 채무자는 기한의 이익을 상실하지 않음에도 불구하고(민법 제388조 참조), 저당권자의 손해 상당액이 공제되어야 하므로, 채무자가 즉시변제를 강요당하는 결과가 초래되는 점 등을 들거나⁸⁷⁾ 저당권 침해로 인한 손해배상액은 목적물의 교환가치를 넘을 수 없는데, 소유자의 배상청구권에 대한 물상대위권만으로도 저당권자는 충분한 배상을 확보할 수 있는 점, 타인의 물건을 훼손한 제3자는 소유자에게 그 교환가치를 배상하는 것 이상의 법적 부담을 지게 하는 것은 이중배상은 아니라고 하더라도 부당한 절차적 부담이 될 수 있는 점을 들기도 한다.⁸⁸⁾

1.3 일본에서의 논의상황

학설상으로는 저당권자에게 손해배상청구권과 물상대위권의 경합을 인정하면 복잡한 법률관계가 발생하게 된다는 이유로, 소유자에 대한 손해배상청구를 인정하는 견해에서도 제3자에 대한 손해배상청구는 부정하는 것이 다수설로 보인다(비경합설).⁸⁹⁾⁹⁰⁾ 이에 반해 소유자의 제3자에 대한 손해배상청구권은 시효로 소멸하였으나, 저당권자의 제3자에 대한 손해배상청구권은 시효로 소멸하지 않은 경우에는 저당권자의 손해배상청구권을 인정할 의미가 있으며, 제3자가 저당권자와의 개인적

87) 지원림, 앞의 글(주 5), 357-358쪽.

88) 김용덕/오민석, 앞의 책(주 86), 284-285쪽.

89) 加藤一郎, 앞의 책(주 54), 111頁; 道垣内弘人(주 1), 308頁; 道垣内弘人/古積健三郎, 앞의 책(주 73), 703頁; 生熊長幸, 担保物權法(第2版), 三省堂, 2018, 162頁 등. 鈴木祿弥, 앞의 책(주 64), 253頁은 물상대위권을 취득했으므로 저당권자는 손해를 입지 않은 것이 된다고 한다.

90) 다만, 저당권자의 물상대위권이 성립하지 않는 경우에는 당연히 저당권자의 손해배상청구를 인정한다. 道垣内弘人(주 42), 188頁; 田高寛貴, 앞의 글(주 30), 345頁.

관계 때문에 저당권의 실행을 할 수 없게 하기 위해 목적물을 멸실시킨 경우, 저당권자에게는 위자료 청구권이 생기지만, 이는 물상대위에 의해서 커버되지 않는 것이므로, 제3자에 대한 손해배상청구권을 인정해야 한다거나⁹¹⁾ 물상대위권이 인정되기 때문에 손해가 없다고 하는 것이 비경합설의 근거인데, 물상대위권을 행사할지는 자유이므로 손해가 없다고는 할 수 없다⁹²⁾는 등의 이유로 물상대위권과 함께 손해배상청구권도 인정하는 견해(경합설)가 대립한다. 다만, 경합설의 일부는 채권침해의 불법행위와의 균형 때문에 저당권 침해자의 고의를 요구한다.⁹³⁾

한편, 판례는 소유자의 침해사례⁹⁴⁾ 뿐만 아니라, 제3자의 침해사례에서도 저당권자의 손해배상청구를 인정하고 있다(경합설).⁹⁵⁾ 즉, 저당부동산의 제3취득자가 전후 2회 경매절차 정지의 가치분을 신청하고 경매절차를 지연시켰기 때문에 저당부동산의 가격이 하락한 사안에서, 저당권자는 이 제3취득자에 대해 손해배상을 청구할 수 있다고 판시하였다.⁹⁶⁾

1.4 소결

물상대위에 의해 저당권자가 실제로 변제를 받으면 손해는 없지만 그 전 단계에서는 적어도 손해배상청구권 자체는 성립한다. 다만 저당권 침해로 인한 손해배상청구권과 물상대위가 같은 목적을 가질 뿐이다. 이 경우에 비경합설과 같이 물상대위에만 수렴시켜 불법행위에 기한

91) 石田穰, 担保物權法, 信山社, 2010, 403頁.

92) 平野裕之, 担保物權法(第2版), 信山社, 2009, 81頁.

93) 山野目章夫, 物權法(第5版), 日本評論社, 2012, 300頁; 窪田充晃, 不法行爲(第2版), 有斐閣, 2018, 104頁 등.

94) 日大判 1932(昭和7)年 5月 27日, 民集 11卷, 1289頁.

95) 日大判 1936(昭和11)年 4月 13日, 民集 15卷, 630頁.

96) 하급심에서도 인정한 사례로는 日東京高判 1972(昭和47)年 2月 18日, 判時 661号, 42頁.

손해배상청구권을 인정하지 않는 것은 그 성립요건상의 문제(위법성이나 고의나 과실의 불인정)로 접근하는 것이 아니라 정책적으로 판단하는 것은 옳지 않다. 양자는 그 성립 근거나 효과에서도 차이가 있기 때문이다.

이상에서 보면, 경합설이 타당하다.

2. 소유자의 손해배상청구권과의 관계

2.1 문제상황

경합설의 입장에서 물상대위와 관계없이 저당권자의 손해배상청구권을 인정한다면, 소유자의 손해배상청구권과의 조정을 고려할 필요가 있다. 이에 대해 상세히 논하고 있는 문헌은 찾기 쉽지 않은데, 위 비경합설의 입장에서 대법원 1998. 11. 10. 선고 98다34126 판결의 논지⁹⁷⁾를 관철할 경우, 제3자의 불법행위로 인하여 저당권의 목적인 건물이 멸실된 경우에 그에 따른 저당권설정자의 손해는, 변제기 도래 여부와는 무관하게, 저당권의 제한을 받지 아니하는 상태에서의 건물의 가액에서 저당권의 피담보채권액을 공제하는 방법으로 산정하여야 할 것이라고 하면서, 이러한 조정에 대해서는 부정적 견해⁹⁸⁾와 저당권이 아닌 양도담보권에 관한 사안을 전제로 한 것이지만, 이러한 조정을 긍정하는 견해⁹⁹⁾가 보인다.

97) “담보물을 권한 없이 멸실·훼손하거나 담보가치를 감소시키는 행위는 위법한 행위로서 불법행위를 구성하며, 이때 채권자가 입게 되는 손해는 담보목적물의 가액의 범위 내에서 채권최고액을 한도로 하는 피담보채권액으로 확정될 뿐 그 피담보채무의 변제기가 도래하여 그 담보권을 실행할 때 비로소 발생하는 것은 아니다.”

98) 지원림, 앞의 글(주 5), 348쪽. 그러나 이러한 논증은 부당하다고 한다.

99) 박윤직, 물권법(신정판), 박영사, 1992, 744쪽에서는 제3자가 양도담보의 목적물을 멸실·훼손한 경우에 양도담보권자와 설정자의 쌍방이 그 제3자에 대하여 손해배상청구권을 취득한다고 하면서, 이때 양도담보권자가 청구할 수 있는 배상액은 피담보채

2.2 일본에서의 논의상황

일본의 하급심 판례에서는 저당권자가 손해 전액을 청구할 수 있고, 소유자는 그 손해액에서 저당권자에게 배상해야 하는 금액을 공제한 잔액에 대해서만 청구할 수 있다고 한 것이 있지만,¹⁰⁰⁾ 학설은 다음과 같이 나뉘고 있다.

1설은 양자가 단지 (부진정)연대채권이라고만 하는 견해이다.¹⁰¹⁾ 이 견해에 따르면 소유자의 손해배상청구권과 저당권자의 손해배상청구권은 일부 중복되지만, 먼저 권리행사 하는 쪽이 우선하게 된다. 2설은 저당권자를 우선하는 견해이다. 즉, 소유권자가 손해배상금 전액을 수령해 버리면, 저당권자의 권리를 확보할 길이 없어져 버리고, 저당권의 의의를 잃어버리기 때문이다.¹⁰²⁾ 이 경우 소유자는 그 손해액에서 저당권자에게 배상해야 하는 금액을 공제한 잔액에 대해서만 청구할 수 있을 것이다. 3설은 2설과 반대로, 변제기 전을 전제로 한 것이지만 소유권자를 우선하는 견해이다. 변제기 전에 저당권자가 제3자로부터 손해배상금을 전부 가져감으로써 소유자가 재건축·보수를 위한 배상금을 수령할 수 없게 되는 것은 변제기 전에는 소유자에게 인정되어야 할 사용·수익권한을 소유자로부터 빼앗게 된다는 것이다.¹⁰³⁾ 이 견해는 저당권자의 소유자에 대한 손해배상청구권뿐 아니라, 물상대위에 대해서도 변제기 전의 청구를 인정하지 않지만, 변제기 후에는 간이한 실행방법으로서

권액을 한도로 하는 반면, 설정자는 양도담보권자가 직접 가해자로부터 배상을 받은 때에는 그 액만큼 피담보채무를 면하고 잔액만을 청구할 수 있으나, 양도담보권자가 가해자로부터 직접 배상을 받고 있지 않은 때에는 전액을 청구하고 그로부터 피담보채무를 변제하여야 한다고 한다.

100) 日東京高判 1972(昭47)年 2月 18日, 判時 661号, 51頁.

101) 平野裕之, 앞의 책(주 92), 81頁.

102) 栗田隆, “抵当權者の損害賠償請求權と所有者の損害賠償請求權—不真正連帶債務か物上代位か”, 關西大學法學論集 42卷 3=4号, 關西大學法學會, 1992, 520頁.

103) 田高寬貴, 앞의 글(주 30), 349頁; 道垣內弘人/古積健三郎, 앞의 책(주 74), 705頁.

저당권자의 소유자에 대한 손해배상청구도 인정한다.

2.3 소결

일본에서는 2설과 3설이 대립하고 있는데, 소유권자를 보호한다는 점에서 보면, 2설은 저당물건이 멸실·훼손되어 손해배상채권이라는 금전채권이 되어 버린 이상 소유권자의 사용권은 이미 소멸했다고 보는데 반해, 3설은 손해배상금을 사용권을 위해 활용해 사용권을 보호해야 한다는 것이므로, 소유권자의 보호를 우선시 한다. 한편 저당권자를 보호한다는 점에서 보면, 2설은 변제기 전이라도 소유자가 손해배상금을 수령해 버리면 저당권의 의미가 없어져 버린다고 하여 저당권을 우선하는 것에 반해, 3설은 저당권이 일정 정도 무담보의 위험을 부담해도 어쩔 수 없다고 한다. 양설은 완전히 다른 가치판단에 서 있다. 변제기 전에 귀책사유가 없는 소유자로부터 일방적으로 사용가치를 모두 빼앗아 버리는 것에는 문제가 있지만, 저당권자의 권리의 확보도 중요하다. 즉, 어느 쪽을 우선적으로 보호하여야 한다고 보기는 어렵다. 따라서 제3자가 저당목적물을 멸실·훼손하여 저당권자와 설정자의 쌍방이 그 제3자에 대하여 손해배상청구권을 취득한 경우, 이때 저당권자가 청구할 수 있는 배상액은 피담보채권액을 한도로 하는 반면, 설정자는 양도 담보권자가 직접 가해자로부터 배상을 받은 때에는 그 액만큼 피담보채무를 면하고 잔액만을 청구할 수 있으나, 저당권자가 제3자로부터 직접 배상을 받고 있지 않은 때에는 전액을 청구할 수 있다고 보는 것이 타당하다(1설).

IV. 결론

저당권침해로 인한 손해배상청구와 관련한 지금까지의 검토 결과를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 저당권침해로 인한 손해배상청구권의 성립과 관련하여 그 위법성과 고의 또는 과실에 의한 검토가 필요하고, 특히 제3자에 의한 저당목적물의 훼손의 경우 중요한 의미를 갖는다.

둘째, 손해의 발생에서 저당물건의 가액이 피담보채권액을 상회하고 있어도 손해가 없다고는 할 수 없다. 또한 그 손해의 유형에서도 피담보채권의 미회수채권액 상당의 손해 외에도 다른 손해의 유형이 발생할 수 있다.

셋째, 손해배상액의 산정시기는 저당권실행시 또는 손해배상청구권의 행사시(소송상 행사시에는 사실심 변론종결시)를 기준으로 하지만, 이는 사실심 변론종결시가 아니라 책임원인발생시를 기준으로 한 것이다.

넷째, 저당권자의 손해배상청구권은 물상대위나 소유자의 손해배상청구권과 달리 독자적인 내용을 갖는 것이기 때문에 독자적인 권리행사를 인정해야 한다.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 채권각론 제6판, 박영사, 2003.
- 곽윤직/김재형, 물권법 제8판전면보정, 박영사, 2015.
- 김준호, 물권법 제10판, 법문사, 2017.
- 김기선, 한국채권법각론 제2전정판, 법문사, 1982.
- 김상용, 물권법 제2판, 화산미디어, 2013.
- 김용한, 물권법 재전정판, 박영사, 1996.
- 김증한/김학동, 물권법 제9판, 박영사, 1997.
- 박동진, 물권법강의 초판, 법문사, 2018.
- 송덕수, 채권법총론 초판, 박영사, 2013.
- 양창수/김형석, 권리의 보전과 담보 제2판, 박영사, 2015.
- 이영준, 물권법 신정판, 박영사, 2001.
- 편집대표 김용덕, 주석민법 물권(4) 제5판, 한국사법행정학회, 2019.
- _____, 주석민법 채권각칙(6) 제4판, 한국사법행정학회, 2016.
- 편집대표 곽윤직, 민법주해[VI], 박영사, 2006.
- _____, 민법주해[VII], 박영사, 2006.
- _____, 민법주해[IX], 박영사, 2006.
- _____, 민법주해[XVIII], 박영사, 2006.
- 我妻榮, 民法講義Ⅲ 新訂担保物權法, 岩波書店, 1968.
- 鈴木祿弥, 物權法講義(5訂版), 創文社, 2007.
- 山野目章夫, 物權法(第5版), 日本評論社, 2012.
- 川井健, 民法概論2 物權(第2版), 有斐閣, 2005.
- 河上正二, 担保物權法講義, 日本評論社, 2015.

- 高木多喜男, 担保物權法(第4版), 有斐閣, 2005.
- 松岡久和, 担保物權法, 日本評論社, 2017.
- 生熊長幸, 担保物權法(第2版), 三省堂, 2018.
- 石田穰, 担保物權法, 信山社, 2010.
- 平野裕之, 担保物權法(第2版), 信山社.
- 前田達明, 民法VI2(不法行爲法), 青林書院, 1980.
- 加藤一郎, 不法行爲(增補版), 有斐閣, 1974.
- 潮見佳男, 不法行爲法 I (第2版), 信山社, 2009.
- 窪田充見, 不法行爲(第2版), 有斐閣, 2018.
- 加藤雅信, 現代民法學の展開, 有斐閣, 1993.
- 柚木馨/高木多喜男編, 新版注釋民法(9)物權(4)(改訂版), 有斐閣, 2015.
- 道垣内弘人編, 新注釋民法(6)物權(3), 有斐閣, 2019.

2. 학술지

- 김웅재, “기망행위에 속아 물건을 고가에 매수한 뒤 그 물건가격이 변동한 경우 손해배상의 범위 및 손해배상액 산정의 기준시점”, 민사판례연구 제39권, 민사판례연구회, 2017, 385-450쪽.
- 문정일, “근저당권 공동담보물 중 일부를 멸실·훼손한 경우의 손해배상책임”, 대법원판례해설 79호(2009 상반기), 법원도서관, 2009, 184-213쪽.
- 박동진, “손해배상액의 산정”, 민사법학 제36호, 한국민사법학회, 2007.5, 541-578쪽.
- 서광민, “손해의 개념”, 서강법학연구 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2004.5, 123-145쪽.
- 성중탁, “불법행위에 기한 손해배상청구 사건에서 손해발생 여부 판단시점”, 서울지방법변호사회 판례연구 제24집, 서울지방법변호사회,

2010.9, 297-298쪽.

정만조, “저당권 침해 및 저당권 불성립으로 인한 손해배상액의 산정”,
대법원판례해설 1권 1호(79.08), 법원도서관, 1979, 47-54쪽.

지원림, “담보권 침해와 손해배상”, 민사법학 제18호, 한국민사법학회,
2000.5, 342-360쪽.

柴原宏昭, “抵当価値權論”, 早稻田法學會誌 48卷, 早稻田大學法學會,
1998, 341-376頁.

難波讓治, “損害の具体性と抽象性損害の段階構造に関する覺書”, 立教
法務研究 1号, 立教大學大學院法務研究科, 2008, 105-126頁.

_____, “抵当權侵害における損害賠償についての一試論”, 立教法學
101卷, 立教法學會, 2020.3, 108-131頁.

田高寬貴, “担保權侵害による損害賠償請求に關する一考察: 所有權侵
害に對する救済との調整の見地から”, 名古屋大學法政論集
227号, 名古屋大學大學院法學研究科, 2008, 341-370頁.

栗田隆, “抵当權者の損害賠償請求權と所有者の損害賠償請求權－不眞
正連帶債務か物上代位か”, 關西大學法學論集 42卷 3=4号, 關
西大學法學會, 1992, 999-1045頁.

3. 학위논문

양삼승, “손해배상범위에 관한 기초적 연구”, 서울대학교대학원 박사학
위 논문, 1988.

[Abstract]

Research on the Requirement of Establishing the Right of Compensation for Infringement of Mortgage Rights

Kim, Tae-Kwan*

If the mortgage right is violated, traditional views and precedents show that the mortgagee can claim damages from the infringer on the grounds that the mortgage right is violated. However, even if the mortgage is infringed, the mortgagee suffers only the amount of the claim that cannot be obtained from the value of the collateral object. Even if the mortgage object is damaged, no damage will occur if the residual value of the mortgage object is equal to or greater than the amount of the claim. The damage does not occur until the repayment period of the secured debt has come and the mortgage is exercised.

The results of a critical examination of the position of such traditional views and judicial precedents are as follows.

First, it is necessary to consider the illegality and intentional or negligence of the establishment of the right to claim damages due to mortgage infringement, and it is especially important in the case of damage to the mortgage object by a third party.

Second, even if the value of the mortgage property exceeds the amount of the secured loan due to the occurrence of damage, it cannot be said that there is no damage. In addition, in the type of damage, other types of damage may occur in addition to the uncollected damage of the secured loan.

Third, the time to calculate the amount of damages is based on the time

* Associate Professor, Attorney at Law, Ph.D. in Law, Law School, Yonsei University

of mortgage execution or the time of exercising the right to claim damages, which must be regarded as based on the time of tort.

Fourth, the mortgagee's right to claim damages must be allowed to exercise his or her own rights, unlike the right to claim damages of a physical substitute or the owner.

[Key Words] Mortgage Right, Mortgage Infringement, Claim Damages, Occurrence of Damage, Calculation Standard for Damages