抵當不動產을 取得한 第3取得者의 地位에 관한 硏究

李 相 泰

(建國大學校 法科大學 法學科)

目 次

Ⅰ. 序 論
Ⅱ. 第3取得者의 地位
1. 成 立
2. 債權者와의 關係
3. 債務者에 대한 關係
4. 法定代位關係
Ⅲ. 類似한 地位에 있는 者와의 比較
1. 債務者인 抵當權設定者와의 比較
2. 保證人과의 比較
3. 物上保證人과의 比較
Ⅳ. 結 論

Ⅰ. 序 論

抵當權은 저당목적물에 대한 점유를 수반하지 아니하고서 목적물이 갖는 교환가치만을 지배하는 물권이기 때문에, 저당권 설정 후에도 抵當權設定者는 목적물을 사용·수익·처분하는 데 아무런 제한을 받지 아니한다. 따라서 저당권설정자는 저당목적물을 제3자에게 양도할 수도 있고 제3자에게 지상권·전세권 등의 용익물권을 설정할 수도 있다. 이와 같이 저당부동산에 대하여 소유권·지상권·전세권 등을 취득한 제3자를 일반적으로 抵當不動產의 第3取得者라고 한다.

그런데 이러한 第3取得者는 특이한 지위를 갖는다. 저당권이 실행되기 전에는 저당부동산 위의 저당권은 단순히 존재하고 있는 것에 불과하므로, 第3取得者가 소유권을 취득하거나 저당부동산을 용익하는 데 아무런 지장이 없다. 그리고 채무자인 양도인이나 지상권 또는 전세권 등의 설정자가 변제기에 변제를 하면, 저당권은 소멸하고, 第3取得者의 지위에는 아무런 영향이 없다. 그러나 만일 채무자가 변제를 하지 않음으로 인하여 저당권이 실행되어 경락되어 버리면, 第3取得者는 소유권·지상권·전세권 등을 상실하게 되므로, 第3取得者의 지위는 완전히 뒤집어진다.

이와 같이 第3取得者의 지위는 채무자의 변제 유무에 따라 유지 또는 소멸되는 불안정한 상태에 놓여 있다. 이러한 第3取得者의 지위를 보호하기 위하여 民法은 다음과 같은 여러 가지의 보호제도를 마련하고 있다. ① 저당권이 실행될 때에 第3取得者가 競落人이 될 수 있고(제363조 제2항), ② 第3取得者는 적극적으로 被擔保債權을 변제하고 저당권의 소멸을 청구할 수 있으며(제364조),

③ 第3取得者가 저당목적물의 보존 및 개량을 위하여 지출한 필요비 및 유익비의 우선상환을 받을 수 있다(제367조). ④ 그 외에도 第3取得者는 변제할 정당한 이익이 있는 者로서 당연히 채권자를 代位할 것이며(제481조), ⑤ 저당권의 실행으로 인하여 第3取得者가 권리를 상실하는 경우에는 매도인에 대하여 담보책임을 추궁할 수 있을 것이다(제576조 제1항).

그러나 채무자가 채무관계에 기하여 채권자인 저당권자에 대하여 주장할 수 있는 항변권을, 第3取得者도 주장 또는 원용할 수 있는가에 관하여는 물론, 第3取得者가 변제한 경우에 채무자에게 求償할 수 있는가에 관하여도 民法이 아무런 규정을 두고 있지 않다. 또 第3取得者와 비슷한 지위를 가지고 있는 물상보증인과의 상호 법정대위관계에 관하여도 民法은 규정을 두고 있지 않다.그리고 第3取得者를 보호하기 위해 民法이 마련하고 있는 上述한 制度 가운데 第3取得者가 事前的으로 자신의 지위를 보전할 수 있는 방도는 被擔保債權을 변제하는 것이라 할 수 있는데, 이 제도에 관하여도 해석상 여러 문제점이 있다.

그런데 抵當不動產의 第3取得者는 직접 채권자에 대하여 채무를 부담하지는 않고, 단지 타인의 채무를 위하여 저당부동산만으로 物的 有限責任을 질 뿐이다. 이와 같이 債務 없는 有限責任을 지는 第3取得者의 지위는 최소한 자신이 스스로 채무를 부담하고 있는 저당권설정자의 지위보다 劣位에 있어서는 안 될 것이다.

이와 같이 타인의 채무를 위하여 스스로 불이익을 부담하는 者로는 第3取得者 이외에 物上保證人과 保證人이 있다. 이들은 모두 債務者의 資力과 辨濟의 意思에 左右되는 지위에 있으며, 채무자의 변제가 없는 때에는 강제집행을 받는 지위에 있다. 따라서 이들의 지위를 상호 비교해 본다면 第3取得者의 지위가 더욱 명료해질 수 있을 것이다.

本稿에서는 第3取得者의 보호라는 관점에서 抵當不動產의 第3取得者의 地位를 債權者와의 關係·債務者에 대한 關係(주로 求償關係)·法定代位關係로 나누어 살펴본 후, 擔保權設定者인 債務者·物上保證人·保證人의 地位와 비교해 봄으로써, 第3取得者를 보호할 필요성을 고찰해 보고자 한다.

다만 本稿에서는 抵當不動產의 所有權을 취득한 第3取得者를 중심으로 하여 고찰하며, 아울러 第3取得者는 抵當不動產 取得時 債務까지 引受하지 아니한 것을 전제로 하여 고찰하기로 한다. 第3取得者가 채무자와의 계약으로 채무자의 채무를 인수하거나 또는 이행을 인수한 때에는 그는 채무자와 같은 지위에 있게 된다.

Ⅱ. 第3取得者의 地位

1. 成　　立

抵當不動產을 소유하고 있는 者로부터 抵當權이 설정되어 있는 채로 그 不動產의 所有權을

양수하면 第3取得者가 된다. 그런데 抵當不動產의 第3取得者라 하더라도 목적물의 소유권을 債務者 자신으로부터 취득한 者와 物上保證人으로부터 취득한 者가 있다. 兩者는 後述하는 바와 같이 法定代位關係에 있어서 그 취급이 다르다.

2. 債權者와의 關係

(1) 物的 有限責任

第3取得者는 債權者(抵當權者)에 대하여 채무를 부담하지 않고 다만 物的 有限責任만을 짐에 그친다. 즉 第3取得者의 경우에는 채무와 책임이 분리되어 있으며, 채무자의 이행이 없을 때에는 그가 제공한 擔保目的物만으로써 책임을 질 뿐이다.

抵當權은 저당부동산의 交換價値에 대한 지배를 본질적 내용으로 하는 물권이므로, 第3取得者가 저당목적물에 대하여 소유권 기타의 권리를 취득하였다고 하여 그 성질이 달라지는 것은 아니다. 저당권자는 被擔保債權의 변제가 없는 때에는, 第3取得者가 취득한 저당목적물의 교환가치로부터 被擔保債權의 優先辨濟에 충당할 수 있고, 第3取得者는 抵當權者의 저당권실행을 방해할 수가 없다. 우리 民法은 저당권에 追及力이 있음을 明文으로 규정하고 있지는 않으나, 民法 제364조가 저당부동산의 第3取得者에 대하여 변제권을 특별히 인정하고 있는 것은 저당권의 追及力을 전제로 하고 있는 것으로 볼 수 있다.[1]

(2) 債權者의 履行請求 不可

第3取得者는 채권자에 대하여 직접 채무를 부담하는 것이 아니므로, 債權者는 第3取得者에 대하여 이행을 청구할 수 없고, 履行의 訴도 제기할 수 없다. 따라서 時效中斷이나 遲滯에 빠지게 할 수도 없다. 또한 債權者는 第3取得者의 일반재산에 대하여는 강제집행을 할 수 없음도 물론이다.

(3) 第3取得者의 辨濟權

1) 趣旨

원래 債權은 제3자라도 변제할 수 있다(民法 제469조). 특히 저당부동산의 第3取得者는 이해관계 있는 제3자이므로, 債務者의 意思에 反하여서도 변제할 수 있다(同 제469조 제2항).

그런데 民法은 특별히 저당부동산의 第3取得者를 보호하기 위하여 제364조의 규정을 마련하고 있다. 이에 의하면 저당부동산의 第3取得者는 저당권자에게 그 부동산으로 담보된 債權을 변제하고 저당권의 소멸을 청구할 수 있도록 하고 있다. 이와 같은 제364조의 특별한 존재이유

1) 프랑스 民法 제2166조는 抵當權의 追及力을 明文으로 인정하고 있다. 즉 "부동산에 대한 등기된 先取特權 또는 抵當權을 가진 債權者는 그 債權 또는 登記의 順位에 따라 변제를 받기 위하여 그 부동산이 누구의 手中에 옮겨지더라도 이를 追及할 수 있다."

에 관하여 다음 두 가지가 거론된다.

① 辨濟할 債務範圍의 限定

民法 제364조는 第3取得者가 변제하여야 할 채무의 범위를 일정범위로 한정하는 데에 그 존재의의가 있다는 점에 대하여는 學說[2]·判例[3]가 일치한다. 즉 民法 제469조 제2항에 의거하여 보통의 제3자 변제를 하려면 채무자가 저당권자에 대하여 부담하는 모든 채무를 변제하여야 하지만, 第3取得者가 제364조에 의거하여 변제를 하는 때에는 '不動產으로 擔保된 債權'만을 변제하면 되고 그 범위는 제360조가 정하는 범위의 금액만 변제하면 된다고 한다. 따라서 遲延利子는 元本의 이행기일을 경과한 후의 1년분만을 변제하면 된다.

② 辨濟期 到來前의 辨濟可能 與否

第3取得者가 변제하여야 할 채무의 범위를 일정범위로 한정하는 것 이외에, 第3取得者는 被擔保債權의 변제기의 제한을 받지 않고 변제를 할 수 있도록 하는 데에도 民法 제364조의 존재이유가 있다고 하는 見解[4]가 있다. 그 논거로는 단순한 채무자도 반대의 약정이 없으면 채권자의 손해를 배상하고 변제기 前에 변제할 수 있는데(民法 제468조), 第3取得者는 채무자로서 변제하는 것이 아니라 변제의 권리가 부여된 권리자로서 변제하는 것이므로 제468조의 제한을 받지 않고 (즉 채권자에 대한 손해배상 없이) 변제기 전에 변제할 수 있다는 점을 든다.

그러나 이에 대하여 第3取得者는 被擔保債權의 변제기 도래 후에만 변제할 수 있다는 반대견해[5]가 있다. 그 논거로는, 法文上 그렇게 해석할 명백한 근거가 없고, 변제기 후에만 변제할 수 있다고 하는 것이 저당권의 투자수단으로서의 작용에도 부합한다는 점을 든다.

또 다른 견해[6]는 第3取得者도 제468조에 따라 채권자에게 손해가 있으면 손해배상을 하고서 변제기 전에 변제하는 것은 무방하지만 제364조에 의하는 경우에는 被擔保債權의 변제기 도래 후에만 변제할 수 있다고 주장한다.

생각건대 제468조에서는 당사자 사이에 특별한 의사표시가 없는 限 債務者가 채권자의 손해를 배상한다면 변제기 前이라도 변제할 수 있음을 규정하고 있다. 여기서 문제가 되는 것은 채무자가 아닌 第3取得者에 대하여도 이 규정을 유추적용하여 채권자의 손해를 배상한다면 第3取得者가 변제기 前에도 변제를 할 수 있는가이다. 第3取得者는 비록 채무는 지지 않고 있지만 채무자가 이행을 하지 아니한다면 자신의 소유물인 저당부동산에 대하여 채권자로부터 강제집행을 당할 지위에 놓여 있다. 그는 변제기가 도래하기 前이라도 자신의 소유물에 설정되어 있는 저당

2) 郭潤直, 物權法(新訂版)(서울:博英社, 1992), 635면; 金相容, 物權法(서울:法文社, 1993), 793면; 金容漢, 物權法(再全訂版)(서울:博英社,1993), 579면; 金曾漢, 物權法(改訂版)(서울:博英社, 1983), 510면; 李英俊, 物權法(서울:博英社, 1990), 817면; 張庚鶴, 物權法(서울:法文社, 1990), 818면.

3) 大判 1974. 10. 26, 74 마 440(大法院判決集 22-3, 56); 同 1979. 8. 21, 79 다 783(大法院判決集 27-2, 262).

4) 金曾漢, 上揭書, 510-511면; 金顯泰, 新物權法(下)(서울:一潮閣, 1982), 204면.

5) 郭潤直, 前揭書, 635면; 金相容, 前揭書, 794면; 金容漢, 前揭書, 580면.

6) 李英俊, 前揭書, 818면.

권을 빨리 소멸시키고 싶은 경우도 있을 것이다. 한편 채권자의 입장에서 보더라도, 채무자가 채권자 자신의 손해를 배상하고 변제기 前에 변제할 수 있으므로 第3取得者가 채권자 자신의 손해를 배상하고 변제기 前에 변제하더라도 채권자에게 불이익을 주는 것이 아니라고 할 수 있다. 결국 第3取得者에게 제468조를 유추적용할 수 있다고 하겠다.[7]

다음으로 제364조가 과연 채권자에 대한 배상 없이도 변제기 前에 변제할 수 있는 권리를 第3取得者에게 인정한 규정인가를 살펴보기로 한다. 제364조의 法文에는 이에 관한 내용이 명시적으로 규정되어 있지 않다. 무릇 저당권은 追及力을 가지고 있기 때문에 목적물이 누구에게 있든 저당목적물에 대해 追及할 수 있는 것이다. 第3取得者는 원칙적으로 抵當權者의 追及力行使에 의해 권리를 제한받을 수밖에 없는 수동적 지위에 있다. 第3取得者를 어느 정도 보호할 필요가 있는 것은 사실이지만, 변제기 도래 前의 변제를, 더구나 채권자에게 손해배상을 하지 않더라도 허용한다면 第3取得者가 저당권의 추급효가 발생하기도 前에 이를 소멸시키는 것이 될 뿐 아니라 債權者에게도 지나친 不利益을 주는 것으로서 부당하다고 하지 않을 수 없다. 결국 제364조에 의거하여 第3取得者가 변제권을 행사하려는 경우에는 被擔保債權의 변제기 도래 後이라야 한다고 하겠다.[8]

2) 辨濟의 要件

第3取得者가 民法 제364조에 따라 변제할 수 있는 요건은 다음과 같다.

① 抵當不動産에 대한 權利取得

第3取得者는 저당부동산에 대하여 저당권이 설정된 후 권리를 취득한 者를 말함은 물론이다.[9] 그렇지만 저당목적물에 대하여 押留의 효력이 발생한 후에 권리를 취득한 경우에는, 압류의 효력을 고려하여 제364조의 변제권이 인정되지 않는다고 할 것이다. 民事訴訟法에 의하면 일반적으로 제3자가 권리를 취득할 때에 경매신청 또는 압류 있음을 몰랐을 경우에는 압류에 대항할 수 있으나(제609조 제1항), 부동산이 압류채권을 위하여 의무를 부담한 때에는 경매신청 또는 압류 있음을 알지 못한 경우에도 경매절차를 속행하여야 한다(同條 제2항). 따라서 만일 압류 후에도 第3取得者의 변제권을 인정하게 되면 경매절차를 속행할 수 없게 되므로 이 규정에 반하게 된다. 결국

7) 第3取得者는 본래 채무자가 아니므로 民法 제468조를 원용할 수 없다는 反對見解로는 郭潤直編輯代表, 民法注解 Ⅶ(서울:朴英社, 1992), 115면 註11) 참조(南孝淳執筆).

8) 大判 1979. 8. 21, 79 다 783(大法院 判決集 27-2, 262)은 "根抵當不動産의 第3取得者는 民法 제364조에 의하여 결산기에 이르러 확정되는 被擔保債務를 변제하고 根抵當設定登記의 말소를 구할 수는 있으나 근저당권설정계약 종료 전에 이를 해지하고 그 당시까지의 채무액만을 변제하는 조건으로 그 말소를 구할 수 없다"고 함으로써, 根抵當에 관하여 동일한 취지의 판결을 내리고 있다.

9) 그러나 第3取得者가 취득한 권리가 소유권이 아니고 傳貰權인 경우에, 그 전세권이 저당권이 설정되기 전에 성립되었다 하더라도 저당권의 실행에 의해 소멸하는 때에는, 제364조에 의한 변제가 가능하다. 즉 民事訴訟法 제608조 제2항에 의하면 비록 抵當權보다 앞서서 傳貰權이 설정되었더라도 그 전세권이 존속기간의 정함이 없거나 또는 경매개시 결정의 등기 후 6월 이내에 그 기간이 만료되는 것일 때에는, 저당권 실행에 의한 경락으로 인하여 전세권은 소멸하게 된다. 따라서 이러한 경우에 전세권자는 第3取得者로서 民法 제364조에 의한 변제를 통하여 저당권을 소멸시킬 수 있다.

압류의 효력이 발생한 후에는 第3取得者는 제364조의 변제권을 행사할 수 없다고 하겠다.[10]

② 被擔保債權의 辨濟

第3取得者는 '그 부동산으로 담보된 채권'만을 변제하면 되므로, 그 범위는 民法 제360조가 정하는 범위로 제한된다. 즉 第3取得者는 元本, 利子, 違約金, 債務不履行으로 인한 損害賠償, 抵當權의 實行費用을 변제하여야 한다.

債務不履行으로 인한 損害賠償(遲延利子)은 元本의 이행기일 후 1년분만을 지급하면 된다. 그리고 抵當權의 實行費用에 관하여는 第3取得者가 저당권의 실행이 있기 前에 변제권을 행사한 경우에는 이를 변제할 필요가 없고, 第3取得者가 경매신청이나 경매개시 後에 변제권을 행사한 경우에는 지급할 필요가 있다.

③ 被擔保債權의 辨濟期 到來後의 辨濟

저당채무자가 피담보채권의 변제기가 도래하였음에도 채무를 변제하고 있지 않을 때에만 第3取得者는 제364조의 변제권이 발생한다. 그러나 이 변제권이 발생하기 위하여는 저당권자가 저당권실행에 착수하고 있을 필요는 없다.

④ 抵當不動產의 競落決定前의 辨濟

第3取得者는 대부분의 경우 저당권의 실행이 있기 前에 변제를 할 것이다. 그리고 저당목적물에 대하여 대하여 이미 저당권이 실행되어 경매가 개시된 때에도 第3取得者의 변제권이 인정된다고 할 것이다. 그것을 인정한다고 하더라도 저당권자에게 특별히 불이익을 주는 것이 아니므로, 第3取得者는 경락허가결정이 있기 前까지는 저당채무를 변제하여 저당권을 소멸시킬 수 있다고 하겠다.[11] 따라서 第3取得者는 저당권실행이 있은 후에는 民法 제363조에 의하여 競買人이 되든지, 아니면 제364조에 의하여 변제권을 행사하든지 兩者 중 어느 하나를 택할 수 있을 것이다.

⑤ 債務引受 特約의 不存在

第3取得者가 저당부동산의 소유권을 취득할 때에 목적물의 時價에서 辨濟期 未到來의 저당채무를 공제한 금액을 매매대금으로 하고 第3取得者가 저당채무를 引受한 경우에는 제364조가 적용되지 않는다. 이 경우에는 第3取得者로서 변제하는 것이 아니라 채무자로서 변제하는 것이기 때문이다.

3) 辨濟의 效果

10) 郭潤直編輯代表, 前揭書, 118면(南孝淳執筆); 李英俊, 前揭書, 818면; 그러나 大判 1971. 4. 26, 71 다 26 (大法院判決集 17-21, 320)은 경매개시결정이 내려진 후에 권리를 취득한 제3자에게 民法 제364조의 변제권을 인정하고 있다.

11) 大判 1974. 10. 26, 74 마 440(大法院判決集 22-3, 58)은 "현행 民法下에서는 저당부동산에 대하여 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자는 民法 제364조에 따라 그 부동산으로 담보된 債權을 변제하고 저당권을 소멸시킴에 있어서 그 청구가 舊民法下의 滌除의 경우처럼 경매신청 前 또는 경매개시 결정 前에 이루어져야 할 아무런 필요도 없는 것이라고 해석함이 상당하다"고 하여 동일한 취지로 판시하고 있다.

第3取得者가 피담보채권을 변제하면 저당권설정등기의 말소등기 없이도 저당권은 소멸한다. 제364조가 "저당권의 소멸을 청구할 수 있다"라고 표현한 것은 무의미하다. 법률의 규정에 의한 물권변동이기 때문이다(民法 제187조 참조).

그리고 第3取得者가 변제하면 채무자에 대하여는 求償權을 취득하며, 또한 第3取得者는 변제할 정당한 이익을 가지는 者이므로 변제를 하면 당연히 채권자인 저당권자를 대위한다(民法 제481조). 이에 관하여는 後述한다.

(4) 抵當目的物의 競買

第3取得者는 또한 경매절차에 참가하여 競買人이 되어 저당목적물을 競落받을 수 있다(民法 제363조 제2항).[12] 그런데 저당권자는 저당부동산으로부터 피담보채권의 만족을 받으면 본래의 목적을 달성하게 될 것이므로 실제 누구가 競買人이 되는가는 그에게는 아무런 상관이 없다. 따라서 이러한 규정이 없다고 하더라도 저당목적물의 소유권을 취득한 第3取得者는 競買人이 될 수 있을 것이므로, 이는 注意的 規定이라 하겠다. 굳이 이 규정의 의의를 찾는다면, 저당목적물에 대하여 이미 소유권을 취득한 者가 다시 저당목적물의 競買人이 된다는 것은 일견 기이하게 보일 것이므로, 이를 불식할 목적으로 第3取得者도 競買人이 될 수 있다는 것을 분명히 밝히려는 데에 의의가 있다고 하겠다.

第3取得者가 저당목적물을 상실하지 않기 위한 방법으로, 이처럼 第3取得者가 경매절차에서 競買人이 될 수 있는 것 이외에, 上述한 바와 같이 第3取得者가 피담보채권을 변제하여 저당권을 소멸시킬 수 있는 변제권제도(民法 제364조)도 있다. 그러나 兩 제도를 비교해 보면 상당한 차이가 있다. ① 第3取得者가 競買人이 되는 경우에는 第3取得者는 자신의 권리를 상실하고 다만 저당목적물을 보전할 뿐이지만, 第3取得者가 변제하는 경우에는 第3取得者는 저당목적물을 보전할 뿐만 아니라 저당목적물에 대한 자신의 권리도 보전할 수 있다. ② 第3取得者가 競買人이 되기 위해서는 경매절차가 개시되어야 하나, 第3取得者가 변제하기 위해서는 피담보채권의 변제기가 도래하면 되므로 경매절차가 개시되기 前이라도 第3取得者는 미리 변제권을 행사하여 자신의 권리를 보전할 수 있다. 경매가 개시된 후에는 第3取得者는 兩者 가운데 하나를 선택할 수 있게 된다. ③ 第3取得者는 자신이 원한다 해서 언제나 競買人이 될 수 있는 것은 아니므로 저당목적물을 상실할 위험이 있으나, 第3取得者가 변제권을 행사하려는 경우에는 자신이 원하기만 하면 언제나 자신의 권리를 보전할 수가 있다. 以上의 차이에서 보듯이, 第3取得者가 競買人이 되는 방법은 저당권의 행사를 受容하는 소극적 방어수단이라 할 수 있다면, 변제권을 행사하는 방법은 저당권을 소멸시키는 적극적 공격수단이라 할 수 있다. 결국 第3取得者가 선택할 수 있는

12) 民法 제363조 제2항은 競買人이 될 수 있는 者로서 저당목적물의 소유권을 취득한 者만을 규정하고 있으나, 이에 限하지 않고 지상권·전세권 등의 권리를 취득한 者도 당연히 競買人이 될 수 있을 것이다.

보다 안전한 방법은 第3取得者의 변제권을 행사하는 것이라 할 것이다.

그러나 第3取得者가 競買人이 되는 것이 언제나 소극적인 의미만을 갖는 것은 아니다. 예를 들면 第3取得者가 피담보채권을 변제할 만한 충분한 資力을 가지고 있지 않거나 또는 저당채무가 저당목적물의 價額을 초과하는 경우에는, 第3取得者는 저당채무를 변제하는 것보다 競買人이 되는 것이 더 有利할 것이다.

(5) 債務者가 가지는 抗辯權의 援用 問題

저당채무자가 저당채권자에 대하여 변제를 하지 아니하는 경우에는 채권자인 저당권자는 第3取得者의 소유인 저당목적물을 실행하여 변제를 받는다. 이와 같이 第3取得者는 저당목적물의 소유권을 상실할 위험이 있으므로, 前述한 第3取得者에게 固有한 변제권(民法 제364조)을 행사할 수도 있지만, 一般第3者의 지위에서 이해관계 있는 제3자로서 債務者의 意思에 반하여도 채무를 변제할 수 있다(民法 제469조). 이는 第3取得者가 자신의 재산을 보전하기 위하여 변제하는 것이고, 자신이 부담하는 채무의 이행으로 변제하는 것이 아님은 물론이다. 이러한 第3取得者의 변제는 고유한 의미에 있어서의 辨濟는 물론 代物辨濟·供託도 할 수 있을 것이다. 여기서 第3取得者가 抵當債權者에 대하여 가지는 債權을 가지고 債務者의 채무와 相計할 수 있는가 문제된다. 明文의 규정은 없지만, 第3取得者는 이해관계 있는 제3자로서 債務者의 意思에 反하여도 변제할 수 있는 점을 생각해 볼 때 相計를 肯定하여야 할 것이다.

한편 채무자가 저당채권자에 대하여 債權을 가지고 있는 경우에, 第3取得者가 그 債務者의 債權을 가지고 債權者에 대하여 相計할 수 있는가도 문제된다. 民法 제434조는 "保證人은 主債務者의 債權에 의한 相計로 債權者에 대항할 수 있다"고 규정하고 있어, 保證人의 경우에는 主債務者가 債權者에 대하여 가지는 反對債權을 가지고 債權者에게 相計할 수 있도록 하고 있다. 그러나 第3取得者에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않아서, 보증인에 관한 위 규정이 第3取得者에게도 類推適用될 수 있는가의 與否가 문제된다. 第3取得者와 保證人과의 類似性(第3取得者는 채무 없는 物的 有限責任만을 지고 保證人은 債務와 無限責任을 진다고 하는 法的 構造의 面에는 차이가 있지만, 兩者는 他人의 債務를 위하여 스스로 불이익을 부담하며 또한 附從的으로만 타인의 채무를 담보하는 者이라는 점에서 서로 類似性을 가지고 있다)·法律關係의 簡易한 決濟의 必要性(채무자가 채권자에 대하여 相計할 수 있는 데도 불구하고 상계하지 않아서 부득이 第3取得者가 제3자변제를 하더라도, 第3取得者는 채무자에 대하여 求償하게 될 것이고, 그러면 채무자는 다시 채권자에 대하여 채무자 자신의 채권의 이행을 청구하게 될 것이니, 차라리 第3取得者가 채무자의 채권자에 대한 反對債權을 가지고 채권자에게 상계할 수 있다면 법률관계가 간이하게 결제될 수 있을 것이다)·第3取得者의 保護의 必要性(第3取得者가 제3자변제를 한 경우 채무자에 대하여 求償할 수 있다고 하더라도 채무자가 無資力인 때에는 求償權의 행사는 아무런 실효성이 없어지므로, 第3取得者에게 이와 같은 相

計를 허용할 필요성은 있다)이 인정되지 않는 것은 아니다. 그렇지만 아무런 明文의 規定도 없이 채무자의 채권자에 대한 反對債權을 他人인 第3取得者가 相計를 하여 消滅시키는 이른바 處分行爲를 할 수 있다고 해석하는 것은 無理인 점도 없지 않다고 하겠다. 결국 이와 같이 채무자가 채권자에 대하여 반대채권을 가지고 상계할 수 있는 경우에는, 第3取得者에게는 적어도 자신의 책임을 거절할 수 있는 抗辯權은 인정되어야 할 것으로 생각된다.

나아가 債務者가 抵當債權者에 대하여 가지고 있는 債務에 붙어 있는 抗辯權을, 第3取得者가 주장 또는 원용할 수 있는가도 문제된다. 附從性이 있는 保證債務의 경우에는 保證人이 主債務者가 가지는 抗辯權으로 債權者에게 대항할 수 있으나(民法 제433조 제1항), 明文規定이 없는 第3取得者의 경우에는 그와 똑같이 해석할 수는 없다.[13] 다만 第3取得者는 직접 債務는 부담하지 않지만 채무자의 채무를 위하여, 다시 말하면 채무자의 채무를 전제로 하여 物的 責任을 부담하는 者이므로, 최소한 債務者의 債務가 不存在·無效이거나 取消 또는 消滅된 경우에는 第3取得者도 이러한 事由를 가지고 債權者에게 대항할 수 있다고 해석하여야 할 것이다.

(6) 費用償還請求權

第3取得者는 저당부동산의 보존과 개량을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 民法 제203조 제1항 제2항의 규정에 의하여 저당물의 競賣代價에서 優先償還을 받을 수 있다(民法 제367조).

第3取得者가 저당부동산에 지출한 필요비와 유익비는 바로 '물건에 관하여 생긴 債權'에 해당되므로, 第3取得者는 그 비용을 상환받을 때까지 留置權(民法 제320조)을 행사함으로써 사실상 비용을 우선 상환받을 수 있다. 그럼에도 제367조를 특별히 둔 것은 비용의 신속한 상환을 보장하기 위해서이다. 즉 첫째, 第3取得者가 비용상환을 위해서 유치권을 행사하는 경우에는 競落人은 유치권으로 담보되는 債權을 변제하여야 저당목적물을 引渡받을 수 있음에 대하여, 제367조에 의하면 第3取得者는 저당목적물의 競落代金으로부터 비용을 직접 상환받을 수 있게 되므로, 그만큼 신속한 상환이 보장되는 것이다. 둘째, 일반적으로 유익비의 상환의 경우 民法은 상환의무자에게 法院이 유예기간을 줄 수 있도록 규정하고 있으나(民法 제203조 제3항, 제325조 제2항 단서, 제594조 제2항 단서, 제626조 제2항 단서), 제367조는 民法 제203조 제3항을 준용하지 않고 있으므로, 競賣法院은 저당권설정자에게 유익비 상환을 위하여 유예기간을 부여할 수가 없고, 第3取得者는 그만큼 비용의 신속한 상환을 보장받

13) 獨逸 民法 제137조 제1항은 "所有者(Eigentümer : 독일 민법에서는 우리 법에서와는 달리, 물상보증인과 담보목적물의 제3취득자를 구별하지 않고, 兩者를 포함하는 개념으로서 Eigentümer라는 용어를 사용하고 있다)는, 人的債務者가 債權에 대하여 가지는 抗辯權 및 保證人이 제770조에 의해 가지는 抗辯權을 抵當權에 대하여 주장할 수 있다.(제2문은 생략)"라고 규정하고 있다. 이에 기초하여 學說은 抵當債權者에 대한 所有者(Eigentümer)의 抗辯 내지 抗辯權을 4개의 類型, 즉 ① 存立否定 또는 存立變更의 抗辯(bestandsvernichtende oder -verändernde Einwendungen ② 所有者(Eigentümer)와 관련된 抗辯權(eigentümerbezogene Einreden) ③ 債務者를 위해 정하여진 抗辯權(schuldbestimmte Einreden) ④ 債務者의 形成權에 기한 抗辯權(Einreden aus Gestaltungsrechten des Schuldners)으로 나누어 고찰하고 있다. Baur, Sachenrecht(München : C. H. Beck, 1989), SS. 356-357.

을 수 있게 된다.

그런데 여기서 비용상환에 관하여 民法 제367조에서 규정하고 있는 第3取得者의 우선변제권과 民法 제356조에서 규정하고 있는 저당권자의 우선변제권 사이에 優先 與否가 문제된다. 제367조의 취지로부터 제367조가 제356조에 優先한다고 하겠다.[14, 15]

3. 債務者에 대한 關係

(1) 求償權의 發生

第3取得者는 前述한 바와 같이 債權者에 대한 관계에 있어서 債務를 부담하지는 않지만 저당목적물에 대한 物的 有限責任을 부담한다. 그러나 債務者의 변제가 없는 때에는 債權者는 第3取得者가 소유한 저당목적물에 대하여 담보권을 실행함으로써 채권의 만족을 얻을 수 있으므로, 第3取得者는 담보권의 실행을 방지하기 위해서는 利害關係 있는 제3자로서 채권자에게 변제할 수도 있다. 이와 같이 第3取得者가 債權者에게 스스로 변제하거나 또는 담보권이 실행되는 경우에 第3取得者가 競落人이 된 때(民法 제363조 제2항)에는, 自身의 出財로 채무를 소멸하였으므로, 兩者의 不公平을 청산하기 위하여 第3取得者에게 債務者에 대한 求償權이 당연히 발생한다고 해석된다.[16]

(2) 求償關係

그런데 第3取得者와 債務者 사이의 구체적인 구상관계의 내용는 債務者와 第3取得者 사이의 내부관계에 의해서 정해진다.

1) 債務者로부터 저당목적물을 취득한 경우

채무자로부터 저당목적물을 취득할 때에 第3取得者가 債務引受 또는 履行引受까지 한 경우에

14) 우리의 대부분의 學說(郭潤直, 前揭書, 636면; 金相容, 794면; 金容漢, 前揭書, 580면; 金曾漢, 前揭書, 500면; 張庚鶴, 前揭書, 819면)은 民法 제367조가 규정하는 第3取得者의 범위를 구체적으로 밝히지 않고 있어 第3取得者의 범위를 民法 제364조에서와 같은 것(즉 저당부동산의 소유권·지상권·전세권을 취득한 者)으로 파악하고 있다고 생각된다. 다만 여기서의 第3取得者의 범위를 소유권자·지상권자·전세권자 등기된 임차권취득자가 포함된다고 밝히고 있는 견해(李英俊, 前揭書, 819면)도 있다. 그러나 이에 반하여 저당목적물의 소유권을 취득한 자는 第3取得者의 범위에서 제외된다고 하는 견해(郭潤直編輯代表, 前揭書, 156-157면)가 있다. 이에 의하면, 저당목적물의 소유권을 취득한 第3取得者가 저당목적물을 위하여 지출한 비용은 곧 자신의 소유물에 대하여 지출한 것이므로, 그는 저당권설정자에 대하여 비용상환청구권을 갖지 못한다고 주장한다.

15) 舊民法은 第3取得者의 보호를 위하여 '代價辨濟'(舊民法 제377조)와 '滌除'(舊民法 제378조)의 두 제도를 두었었다. 代價辨濟는 第3取得者가 抵當權者의 청구에 응하여 저당부동산의 代價를 변제하면 저당권이 소멸되는 제도이었다. 그런데 이 제도는 저당권자의 청구가 있을 때에만 인정되는 것이므로, 第3取得者의 보호로서는 실효성이 없었다. 또 滌除는 第3取得者가 스스로 저당부동산의 代價를 평가하여 그 금액을 저당권자에게 지급함으로써 저당권의 소멸을 청구할 수 있는 제도이었다. 그러나 저당권자는 이 청구에 대하여 거절할 수는 있었지만, 그 거절로부터 오는 불이익 때문에 사실상 저당권자를 부당하게 압박하는 제도이었다. 現行民法은 이러한 두 제도를 모두 인정하지 않고 있다.

16) 民法은 物上保證人의 債務者에 대한 求償權의 내용에 관해서는 保證債務에 관한 규정을 準用한다고 함으로써 物上保證人의 求償權을 明文으로 인정하고 있으나(제341조, 제370조, 제441조 내지 제447조), 저당목적물의 第3取得者의 求償權에 관하여는 明文의 규정을 두고 있지 않다.

는, 第3取得者는 債務者에 대하여 免責義務를 지고 있으므로, 第3取得者가 변제하더라도 求償權은 발생하지 않는다. 이러한 경우에는 債務者와 第3取得者 사이에 저당목적물의 취득에 대한 관계(賣買 等)에서 채무인수 또는 이행인수에 대한 對價를 취득하고 있다고 생각되기 때문이다.

한편 채무자로부터 저당목적물을 취득할 때에 債務引受 또는 履行引受를 하지 않은 경우에는, 第3取得者의 변제가 債務者의 付託을 받은 때에는 委任事務處理費用의 償還請求權(民法 제688조)으로서, 債務者의 付託을 받지 않은 때에는 擔保權附着에 대한 賣渡人의 擔保責任(民法 제576조 제2항)에 따른 出捐의 償還請求權으로서 각각 求償權을 취득한다.

2) 物上保證人으로부터 저당목적물을 취득한 경우

물상보증인으로부터 저당목적물을 취득한 第3取得者는 채무자와는 아무런 관계도 없는 것이 보통이다. 여기서 어떤 근거규정에 의해서 第3取得者가 債務者에 대해 求償할 수 있는지가 문제된다. 後述(Ⅱ. 4. (2))하는 바와 같이 物上保證人으로부터 저당목적물을 취득한 第3取得者는 代位關係에 있어서는 物上保證人과 같게 다루어야 하므로, 이러한 第3取得者에게도 物上保證人의 求償權에 관한 규정이 類推適用된다고 하겠다.[17]

4. 法定代位關係

(1) 法定代位權의 發生

第3者(또는 共同債務者의 1人)가 債務者를 위하여 변제하여 債務者(또는 다른 共同債務者)에 대하여 求償權을 취득하는 경우에, 그 求償權의 확보를 위하여 求償權의 범위 안에서 債權者의 債權 및 그 擔保에 관한 權利를 행사할 수 있다(民法 제480조 이하). 이를 가리켜 '辨濟에 의한 代位', '辨濟者의 代位' 또는 '代位辨濟'라고 한다.[18]

'변제할 정당한 이익'을 가지는 者는 債權者의 승낙이 없어도 변제에 의하여 당연히 債權者를 대위하게 된다(民法 제481조). 여기서 '변제할 정당한 이익'이 있는 者라 함은, 변제를 하지 않으면 債權者로부터 執行을 받게 되거나, 또는 債務者에 대한 자기의 權利를 상실하게 되는 지위에 있기 때문에, 변제함으로써 債權者의 意思와는 관계없이 당연히 代位의 보호를 받아야 할 法律上 利益을 가지는 者를 말한다. 저당목적물의 第3取得者가 '변제할 정당한 이익'이 있는 者에 해당하며, 그 외에 保證人·物上保證人·後順位擔保權者·連帶債務者·不可分債務者 등이 여기에 해당한다.

17) 이에 관하여 日本에서는 賣渡人인 물상보증인에게 구상하든가 손해배상을 청구하든가 민법 567조 제2항을 청구하든가는 별론으로 하고 채무자에게는 직접 청구하지 못한다는 견해(山形地判 1964. 11. 30. 下民集 15卷 2172面), 채무자와 직접 아무런 거래관계·계약관계가 없는 第3取得者는 부당이득 또는 사무관리의 규정에 의하여야 한다는 견해(鈴木祿弥, "回收", 入門銀行取引法講座 5, 141面) 등이 있다.

18) 이러한 代位辨濟에는 任意代位와 法定代位가 있다. '변제할 정당한 이익'을 가지지 아니하는 者가 債務者를 위하여 변제한 경우에는 변제와 동시에 債權者의 승낙을 얻고 債權讓渡의 대항요건을 갖추어서 債權者의 권리를 대위할 수 있다(民法 제480조). 이를 任意代位라 한다. 한편 '변제할 정당한 이익'을 가지는 者는 債權者의 승낙이 없어도 변제에 의하여 당연히 債權者를 대위하게 된다(民法 제481조). 이를 法定代位라 한다.

이와 같이 債權者를 代位하는 者는 自己의 권리에 의하여 求償할 수 있는 범위에서 債權 및 그 擔保에 관한 權利를 행사할 수 있는 바(民法 제482조 제1항), 그 의미와 관련하여 理論의 대립이 있다. 먼저 債權者의 權利가 변제자에게 移轉하는 것으로 파악하는 이른바 債權移轉說이 있다. 우리의 多數說[19]이라 할 수 있다. 이에 의하면 債權者의 債權은 第3者(여기서는 第3取得者)의 변제로써 債權者와 債務者 사이에서는 相對的으로 소멸할 뿐이며, 債務者와 辨濟者 사이에서는 소멸하지 않고 債權이 辨濟者에게 법률상 당연히 移轉한다고 한다. 따라서 代位로 債權을 移轉받은 辨濟者는 자기의 求償權을 행사하든 債權者의 權利를 행사하든 자유라고 한다. 그러나 이에 대한 反對見解인 이른바 代位行使說[20]에 의하면, ① 辨濟者가 행사할 수 있는 權利는 債權者의 것과는 달리 求償權의 範圍로 한정되며 다른 담보제공자에 대한 행사제한이 있으므로, 債權者의 權利가 그대로 移轉된다고 보기 곤란하며, ② 辨濟者가 獨自의 求償權을 가지고 있음에도 불구하고 다시 債權者의 履行請求權을 移轉시켜 兩 請求權의 競合問題를 야기시키는 것에 의문이 있으며, ③ 民法이 債權者의 權利를 행사할 수 있다고 규정할 뿐이므로, 第3者辨濟로 債權이 소멸하지 않고 代位目的의 범위 내에서 존속하며, 辨濟者는 이러한 목적으로 존속하는 債權을 대위하여 행사할 뿐인 것으로 해석할 수 있다고 한다.

그런데 同一債權에 관하여 '변제할 정당한 이익이 있는 者', 즉 '法定代位者'가 여럿이 있는 경우에 이들 상호간의 혼란을 피하고 公平을 꾀하기 위하여 民法 제482조 제2항에서는 그들 사이의 보호의 필요에 따라 代位의 順序와 比率을 규정하고 있다. 그 제1호에서는 保證人 對 第3取得者, 제2호에서는 第3取得者 對 保證人, 제3호에서는 第3取得者 對 第3取得者, 제4호에서는 物上保證人 對 物上保證人, 제5호에서는 保證人 對 物上保證人(物上保證人 對 保證人)에 관한 규정을 두고 있다. 그러나 民法은 '第3取得者 對 物上保證人'과 '物上保證人 對 第3取得者'에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 여기서 第3取得者가 債權者에게 변제한 경우에 物上保證人에 대하여 債權者를 代位할 수 있는가, 반대로 物上保證人이 債權者에게 변제한 경우에 第3取得者에 대하여 債權者를 대위할 수 있는가라는 의문이 제기된다. 이하에서는 먼저 民法 제482조 제2항의 第3取得者에 관한 해석론을 고찰한 후에 第3取得者의 法定代位關係에 대하여 살펴보기로 한다.

(2) 民法 제482조 제2항의 第3取得者의 意味

民法 제482조 제2항의 全 내용을 통하여서 보면, 法定代位關係에 있어서는 第3取得者가 物上保證人보다 적게 보호를 받고 있다. 왜냐하면 第3取得者의 경우 그들 상호 간에는 不動產價額

19) 郭潤直, 債權總論(서울:博英社, 1994), 494면; 金疇洙, 債權總論(서울:三英社, 1988), 401면; 金曾漢, 債權總論(서울:博英社, 1983), 134면; 金亨培, 債權總論(서울:博英社, 1992), 780면.
20) 李銀榮, 債權總論(서울:博英社, 1991), 139면.

에 비례하여 債權者를 代位하지만 保證人에 대하여는 第3取得者가 債權者를 代位하지 못하는데 비하여, 物上保證人의 경우 그는 保證人에 대하여 人員數에 비례하여 債權者를 代位할 수 있도록 규정되어 있기 때문이다.

이와 같이 第3取得者가 상대적으로 보호를 적게 받는 이유로서는, 第3取得者는 登記簿를 보고서 擔保權이 부착되어 있음을 알고 목적물을 취득한 者이므로, 債務者가 변제하지 아니하는 限 自己가 취득한 목적물에 담보권이 실행되는 것을 각오하여야 하며 아울러 그는 不測의 손해를 입을 염려가 없기 때문이라고 일반적으로 설명되고 있다.[21]

그러나 第3取得者라 하더라도 저당목적물의 권리를 債務者로부터 취득한 者와 物上保證人으로부터 취득한 者가 있는 바, 第3取得者의 前主인 債務者 또는 物上保證人은 法定代位에 있어서는 전혀 다른 취급을 받고 있다. 즉 債務者는 종국적으로 全責任을 지지만 物上保證人은 物的 有限責任만을 지기 때문에 債務者보다는 책임이 輕減되는 차이가 있다.

예를 들어 A가 B에게 금원을 빌려주면서 B의 債務에 대한 物的 擔保로서 債務者 B 자신의 소유인 甲 부동산 위에 抵當權을 설정하고, 아울러 物上保證人 C 소유의 乙 부동산 위 및 또 다른 物上保證人 D 소유의 丙 부동산 위에도 抵當權을 설정하였다. 이것도 부족하여 B의 債務에 대한 人的 擔保로서 保證人 E도 세웠다. 그 후 甲 부동산은 B′에게, 乙 부동산은 C′에게 소유권이 각각 移轉되었다고 가정해 보자.

위 사례에서 B′와 C′는 다같이 담보목적물의 第3取得者이지만, B′의 前主는 債務者인 B이고, C′의 前主는 物上保證人인 C이다. 여기서 保證人 E가 債權者 A에게 변제한다면 保證人 E는 債務者 B에 대하여 辨濟全額을 가지고 債權者 A를 代位하지만, 逆의 관계는 성립하지 않는다. 즉 債務者 B가 債權者 A에게 全額 辨濟한다면 債務者 B의 債務는 소멸하며 아울러 保證人 E의 保證債務도 소멸하게 되고, 債權者 A가 保證人 E에 대하여 가지는 權利를 債務者 B가 代位하게 되는 것은 아니다. 그것은 보증인과 채무자의 관계로부터 당연한 것이다.

그런데 保證人 E와 物上保證人 C와의 관계는 그러하지 아니하다. 兩者 가운데 한 사람(E)은 人的 信用을, 다른 한 사람(C)은 物的 財産을, 각각 債務者 B의 債務에 대한 擔保로서 제공하고 있어서, 이들이 債務者에게 변제한다면 債務者 B에 대한 債權者의 權利를 각각 代位할 수 있다. 따라서 이들은 債務者 B에 대하여는 상당히 강력한 地位에 있다고 할 수 있다. 그러나 代位關係에 있어서 이들 兩者 상호 간에는 누구가 더 우월하다고 말할 수는 없다. 保證人 E와 物上保證人 C 사이에는 人員數에 비례하여 債權者를 代位하기 때문이다(民法 제482조 제2항 제5호). 결국 兩者 사이에 있어서는 保證人 E도 일정 부분의 부담을 스스로 각오하지 않으면 안 된다. 그런데 物上保證人 C로부터 담보목적물이 다시 第3取得者 C′에게 移轉된 경우에, 民法 제482조 제2항 제2

21) 郭潤直, 前揭 債權總論, 497면; 金曾漢, 前揭 債權總論, 138면; 金疇洙, 前揭書, 406면; 金亨培, 前揭書, 791면; 李銀榮, 上揭書, 146면.

호가 적용된다면, 保證人 E는 第3取得者 C′와의 關係에 있어서는 辨濟 全額을 가지고 債權者 A를 代位할 수 있게 된다. 이는 처음에 保證人 E가 각오한 부담이 타인의 우연한 행위(즉 物上保證人 C의 第3取得者 C′에로의 담보목적물의 처분행위)에 의해서 소멸되어 버리는 불합리한 결과가 발생한다. 따라서 위 제2호가 적용되는 것은 債務者 B로부터 담보목적물을 취득한 B′만이고, 物上保證人 C로부터 담보목적물을 취득한 C′에 대하여는 오히려 同條 同項 제5호가 적용되어야 할 것으로 생각된다.

한편 物上保證人 C가 담보목적물을 第3取得者 C′에게 양도한 후이더라도, C는 賣渡人으로서 買受人 C′에 대하여 擔保責任을 진다(民法 제567조). 따라서 物上保證人 C는 담보목적물을 第3取得者 C′에게 양도한 후에는 債權者에 대하여 아무런 債務도 또한 責任도 지지 않게 됨에도 불구하고, 第3取得者 C′에 대하여는 擔保權을 소멸시킬 義務를 부담한다. 이러한 점을 고려하면 物上保證人 C는 담보목적물을 第3取得者 C′에게 양도하였더라도 債權者에게 변제할 정당한 이익이 있는 者이라고 하여야 할 것이고, 변제 후의 代位關係에 있어서도 任意代位가 아니라 法定代位가 일어난다고 파악하여야 할 것이다. 결국 담보목적물을 第3取得者 C′에게 양도한 物上保證人 C가 債權者 A에게 변제하면 保證人 E와의 사이에서는 人員數에 비례하여 債權者를 代位하게 되나, 이런 결과는 "第3取得者는 保證人에 대하여 債權者를 代位하지 못한다"고 하는 民法 제482조 제2항 제2호의 취지에 반하게 된다. 이를 모순 없이 해석하기 위해서는 위 제2호에서 말하는 第3取得者는 債務者로부터 담보목적물을 취득한 第3取得者만을 의미한다고 축소하여 해석할 수밖에 없다고 하겠다.

또한 民法 제482조 제2항 제5호 제2문은 "이 경우에 그 財產이 不動產인 때에는 제1호의 규정을 準用한다"고 규정하고 있는데, 이 규정을 의미 있는 것으로 해석하기 위해서도 제1호에서 말하는 第3取得者를 제한적으로 해석하지 않을 수 없다. 위 제1호에서 말하는 第3取得者에 物上保證人으로부터 담보목적물을 취득한 第3取得者도 포함된다고 해석한다면, 그러한 第3取得者에 대하여는 바로 제1호가 적용되므로, 굳이 제5호에서 제1호를 準用한다는 규정을 별도로 다시 둘 필요가 없는 것이다. 제5호를 의미가 있는 것으로 해석하기 위해서는 保證人은 物上保證人과의 사이에는 人員數에 비례하여 債權者를 代位하지만, 保證人이 변제 후 物上保證人으로부터 담보목적물을 양수받은 第3取得者에 대하여 債權者를 代位하기 위하여는 代位의 附記登記를 要한다는 취지로 해석할 수밖에 없다. 그렇다면 그 반대해석으로 위 제1호에서 말하는 第3取得者는 債務者로부터 담보목적물을 취득한 第3取得者만을 가리키며, 物上保證人으로부터 담보목적물을 취득한 第3取得者는 제외된다는 해석이 끌어내어진다.

요컨대 民法 제482조 제2항 제1호 및 제2호에서 말하는 第3取得者는 債務者로부터 담보목적물을 취득한 第3取得者만을 의미하며, 物上保證人으로부터 담보목적물을 취득한 第3取得者는 제외된다. 결국 物上保證人으로부터 담보목적물을 취득한 第3取得者는 代位關係에 있어서는 物

上保證人과 같게 다루어져야 한다.[22]

이러한 입장에서 第3取得者를 두 경우로 나누어서 다른 사람과의 代位關係를 살펴보면 다음과 같다.

(3) 債務者로부터 抵當目的物을 취득한 第3取得者

1) 保證人과의 關係

保證人은 이러한 第3取得者에 대하여는 미리 그 代位를 附記登記를 한다면 債權者를 代位하지만(民法 제482조 제2항 제1호), 第3取得者는 保證人에 대하여 債權者를 代位하지 못한다(同條 同項 제2호).

2) 第3取得者와의 關係

第3取得者 상호간에는 각 不動産의 價額에 비례하여 債權者를 代位한다(同條 同項 제3호).

3) 物上保證人과의 關係

第3取得者와 物上保證人 사이의 代位關係에 관하여는 民法은 아무런 규정을 두고 있지 않으므로, 해석을 통하여 해결할 수밖에 없다. 생각하건대 物上保證人은 債務 없는 物的 有限責任을 지고 保證人은 債務와 無限 責任을 진다는 점에서 분명히 法的 構造의 面에서는 兩者에 차이가 있지만, 타인의 債務를 위하여 담보를 제공하고 있어 스스로 불이익을 부담하고 있는 者들이고 또한 附從的으로 타인의 채무를 담보하고 있는 者들이라는 점에서는 兩者는 공통점을 가지고 있다. 그리하여 民法은 物上保證人의 債務者에 대한 求償權에 관하여는 保證人의 求償權 規定을 準用하고 있으며(民法 제341조 제370조), 兩者 상호간의 法定代位關係에 있어서는 그 人員數에 비례하여 債權者를 代位하도록 함으로써(民法 제482조 제2항 제5호), 兩者를 同列로 다루고 있다. 그렇다면 保證人이 변제한 경우에는 民法 제482조 제2항 제1호에 의하여 第3取得者에 대하여 債權者를 代位할 수 있지만, 物上保證人이 변제한 경우에는 第3取得者에 대하여 債權者를 代位할 수 없다고 한다면 衡平을 잃은 것이라 아니할 수 없다. 따라서 物上保證人은 第3取得者에 대하여도 民法 제482조 제2항 제1호를 類推適用하여 債權者를 代位한다고 해석함이 타당하다고 생각된다.

그리고 第3取得者가 物上保證人에 대하여 債權者를 代位할 수 있는가의 문제에 관하여는, 위에서 언급한 것과 동일한 이유에서 民法 제482조 제2항 제2호를 類推適用하여 債權者를 代位하지 못한다고 해석하여야 할 것이다.

22) 이와 같이 民法 제482조 제2항에서 말하는 第3取得者의 범위를 제한하여 해석하는 견해로서는 日本의 山下孝之, "物上保證人および第3取得者の地位", 金融擔保法講座(東京:筑摩書房, 1985), 164面 등이 있다. 그러나 이에 대하여는 高木多喜男 外, 債權總論(東京:靑林書院新社, 1983), 269-270面에서는 第3取得者의 범위를 제한할 필요가 없다는 反論도 주장된다. 이에 의하면 第3取得者의 입장에서 본다면 讓渡人이 債務者인가 또는 物上保證人인가에 따라서 代位關係에 차이가 생기는 것은 합리적이라 할 수 없고, 保證人의 변제 후의 附記登記 有無에 의해 第3取得者에 대한 代位 可能 與否를 결정하더라도 반드시 모순이라 할 수 없다고 한다.

(4) 物上保證人으로부터 抵當目的物을 취득한 第3取得者

物上保證人으로부터 저당목적물을 취득한 第3取得者는 法定代位關係에 있어서는 物上保證人과 같게 다루어져야 함은 前述한 바와 같다. 이러한 第3取得者와 다른 사람과의 대위관계는 다음과 같다.

1) 保證人과의 關係

保證人과 物上保證人으로부터 抵當目的物을 취득한 第3取得者 상호간에 있어서는, 그 人員數에 비례하여 債權者를 代位한다(民法 제482조 제2항 제5호 본문). 그리고 저당목적물이 부동산이므로, 保證人은 代位의 附記登記를 하여야만 변제후에 物上保證人으로부터 擔保目的物을 취득한 第3取得者에 대하여 債權者를 代位할 수 있다(同條 同項 同號 단서).

2) 第3取得者와의 關係

다른 第3取得者와 物上保證人으로부터 抵當目的物을 취득한 第3取得者 상호간에 있어서는, 不動產의 價額에 비례하여 債權者를 代位한다(民法 제482조 제2항 제3호).

3) 物上保證人과의 關係

物上保證人과 物上保證人으로부터 抵當目的物을 취득한 第3取得者 상호간에 있어서도, 不動產의 價額에 비례하여 債權者를 代位한다(民法 제482조 제2항 제4호).

Ⅲ. 類似한 地位에 있는 者와의 比較

以上에서는 第3取得者의 地位에 관하여 자세히 살펴보았다. 以下에서는 이러한 第3取得者의 地位를 좀더 명확하게 파악하기 위하여, 第3取得者와 비슷한 地位에 있는 者와 비교해 보기로 한다. 먼저 債務者인 抵當權設定者의 地位와 비교해 보고, 차례로 保證人 및 物上保證人의 地位와를 간단히 비교해 보기로 한다.

1. 債務者인 抵當權設定者와의 比較

第3取得者는 담보목적 부동산을 취득하였을 뿐이고 담보권설정행위에는 직접 關與하지 않은 者라는 점에서 自身의 부동산에 직접 담보권을 설정한 債務者와는 區別된다. 또 第3取得者는 債務는 부담하지 않으면서 物的 有限責任만을 지는 者라는 점에서도, 債務를 부담하면서 自己의 不動產에 擔保權을 설정한 債務者와 일단 區別된다. 따라서 債權者는 第3取得者에 대하여는 직접 이행청구를 할 수 없는 반면, 自身의 不動產에 擔保權을 설정한 債務者에 대하여는 직접 이행청구를 할 수 있다.

그런데 채무자의 변제가 없는 때에는 兩者는 저당권자의 저당권의 실행을 받는 地位에 있는 등 不利益을 부담하는 점에서는 同一한 地位에 있다. 다만 저당부동산의 第3取得者는 저당권자

에게 그 부동산으로 담보된 債權만을 변제하고 저당권을 소멸시킬 수 있음에 대하여(民法 제364조), 債務者는 債務를 지고 있는 者이므로 당연히 全 被擔保債權額을 변제하여야만 저당권을 소멸시킬 수 있다.

그러나 抵當權設定者인 債務者는 자신의 이익을 지키기 위해서는 被擔保債權에 관한 모든 抗辯 내지 抗辯權을 債權者에 대하여 주장할 수 있는 데 반하여, 第3取得者가 被擔保債權에 관한 抗辯 내지 抗辯權을 주장할 수 있다는 明文의 규정은 없다. 다만 前述한 바와 같이 최소한 債務者의 債務가 不存在無效이거나 取消 또는 消滅된 경우에는 第3取得者도 이러한 事由를 가지고 債權者에게 대항할 수 있다고 해석하였을 뿐이다. 이 점에서 他人의 債務를 위하여 自身의 不動産에 不利益을 입고 있는 第3取得者가 自身의 債務를 부담하고 있는 抵當權設定者보다 劣位에 있다고 할 수 있다.

2. 保證人과의 比較

第3取得者는 債務 없는 物的 有限責任을 지는 者이고, 保證人은 債務와 無限責任을 지는 者이라는 점에서, 兩者의 法的 構造上의 差異가 있다. 그러나 兩者는 他人을 위하여 不利益을 부담하고 있는 者이고, 또한 附從的으로 他人의 債務를 담보하는 者라는 점에서는 類似性이 있다.

첫째, 債權者와의 關係에서 兩者를 비교해 보면, 保證人에게는 保證債務의 附從性에 基하여 主債務의 不存在 또는 消滅의 抗辯權이 解釋上 당연히 인정되며, 主債務者의 相計權을 援用할 수 있는 權利(民法 제434조) 및 主債務者가 取消權·解除權 등을 가지는 경우에는 履行拒絶權(民法 제435조)이 인정되고 있다. 한편 保證債務의 補充性에 基하여는 催告·檢索의 抗辯權(民法 제437조), 債權者의 懈怠에 의한 保證人의 免責(民法 제438조)이 인정되고 있다.

그러나 第3取得者에게는 이러한 抗辯權 또는 權利들을 인정하는 明文의 規定이 없다. 다만 前述한 바와 같이 최소한 債務者의 債務가 不存在 無效이거나 取消 또는 消滅된 경우에는 第3取得者도 이러한 事由를 가지고 債權者에게 대항할 수 있다고 해석할 수 있을 뿐이다.

다만, 저당부동산의 第3取得者는 저당권자에게 그 부동산으로 담보된 債權만을 변제하고 저당권을 소멸시킬 수 있음에 대하여(民法 제364조), 保證人은 全 被擔保債權額을 변제하여야만 保證債務를 소멸시킬 수 있다.

둘째, 債務者에 대한 求償權은 兩者 모두에게 인정된다.

셋째, 兩者의 法定代位關係에 있어서는 第3取得者가 保證人보다 劣位에 있다. 즉 保證人은 第3取得者(債務者로부터 抵當目的物을 취득한 第3取得者)에 대하여는 변제 전액을 가지고 債權者를 代位하지만, 반대로 第3取得者는 변제하더라도 保證人에 대하여 債權者를 대위하지 못한다(民法 제482조 제2항 제1호·제2호).

以上에서 보듯이 債權者에 대한 關係에 있어서나 兩者의 法定代位關係에 있어서나 전반적으

로 第3取得者는 保證人보다 劣位에 있다고 할 수 있다.

3. 物上保證人과의 比較

第3取得者와 物上保證人은, 債務 없이 物的 有限責任을 부담함으로써 他人의 債務를 위하여 不利益을 부담하는 者들이나 附從的으로 他人의 債務를 담보하는 者라는 점에서 共通點이 있지만, 第3取得者는 저당부동산을 취득한 者이고 담보권설정행위에는 관여하지 않은 者라는 점에서는 직접 담보권설정행위에 관여한 物上保證人과 다르다.

첫째, 債權者와의 關係를 비교해 본다. 第3取得者와 物上保證人은 채권자에 대하여 직접 채무를 부담하는 것이 아니므로, 債權者는 第3取得者 또는 物上保證人에 대하여 이행을 청구할 수 없고, 履行의 訴도 제기할 수 없는 점에서는 兩者 같다. 그러나 債務者의 변제가 없는 때에는 자신들의 所有 不動產에 대하여 抵當權者의 강제집행을 당할 위치에 있으므로, 兩者는 利害關係 있는 第3者로서 債務者의 意思에 反하여도 債權者에게 변제할 수 있다(民法 제469조). 다만 第3取得者는 저당권자에게 그 부동산으로 담보된 債務만을 변제하면 저당권을 소멸시킬 수 있으나(民法 제364조), 이러한 규정이 없는 物上保證人은 被擔保債權額 全部를 변제하여야 저당권을 소멸시킬 수 있다.

그리고 債務者가 抵當債權者에 대하여 가지고 있는 債務에 붙어 있는 抗辯權을, 第3取得者 또는 物上保證人이 주장 또는 원용할 수 있는가의 문제가 兩者에게 똑같이 일어난다. 이들 兩者는 직접 債務는 부담하지 않지만 채무자의 채무를 위하여, 다시 말하면 채무자의 채무를 전제로 하여 物的 責任을 부담하는 者이므로, 최소한 債務者의 債務가 不存在 無效이거나 取消 또는 消滅된 경우에는 이들도 이러한 事由를 가지고 債權者에게 대항할 수 있다고 해석하여야 할 것이다. 이 점에 있어서는 兩者가 같다고 하겠다.

그 外 第3取得者는 저당권이 실행되면 競買人이 될 수 있는 競買權(民法 제363조), 費用償還請求權(民法 제367조)을 가지고 있으나, 物上保證人에 관하여는 明文規定이 없다. 다만 判例[23]는 담보권이 실행되는 경우에 物上保證人은 競落人이 될 수 있다고 한다.

둘째, 債務者에 대한 求償權에 대해서 비교하여 보면, 物上保證人의 求償權에는 保證人의 求償權에 관한 규정이 準用되고 있지만(民法 제370조 제341조), 第3取得者의 求償權에 관한 규정은 특별히 없고 일반이론에 의하여 해결할 수밖에 없다.

셋째, 兩者는 債務者에게 변제하는 것에 正當한 利益이 있는 者이므로 변제를 하면 당연히 債權者를 代位하게 된다(民法 제481조). 다만 兩者의 相互 代位關係에 관하여는 民法은 규정을 두고 있지 않아서 문제가 된다. 위의 Ⅱ. 4. (3) (다)에서 物上保證人은 債務者로부터 저당부동산을 취득한 第3取得者에 대하여는 民法 제482조 제2항 제1호를 類推適用하여 債權者를 代位한다고 해석하였다. 반대로 債務者로부터 저당목적물을 취득한 第3取得者가 物上保證人에 대하여 債權者

23) 大判 1978. 2. 28, 77 다 2314.

를 代位할 수 있는가의 문제에 관하여는, 民法 제482조 제2항 제2호를 類推適用하여 債權者를 代位하지 못한다고 해석하였다. 한편 위의 Ⅱ. 4. (4) (다)에서 物上保證人과 物上保證人으로부터 抵當目的物을 취득한 第3取得者 상호간에 있어서는, 不動産의 價額에 비례하여 債權者를 代位한다고 해석하였다(民法 제482조 제2항 제4호).

以上에서 보듯이 對外關係인 債權者와의 關係에 있어서는 第3取得者가 物上保證人보다 다소 優位에 있다고 하겠으나, 代位關係에 있어서는 第3取得者가 物上保證人보다 劣位에 있다고 하겠다.

Ⅳ. 結 論

以上에서 저당목적물을 취득한 第3取得者의 地位를 고찰하고, 類似한 地位에 있는 者들과의 비교를 해보았다.

저당권이 실행되기 前에는 그 저당권은 단순히 존재하고 있는 데 지나지 아니하므로, 第3取得者는 소유권을 취득하거나 저당부동산을 용익함에 있어서 아무런 제한도 받지 않는다. 특히 債務者인 抵當權設定者가 변제기에 債權者에게 변제하면 저당권은 소멸하고, 第3取得者가 저당권으로 인하여 어떠한 영향을 받는 일은 일어나지 아니한다.

그러나 만일 債務者가 債權者에게 변제하지 않아서 저당권이 실행되게 되면, 第3取得者는 목적물에 대한 權利를 상실하게 된다. 따라서 저당권이 실행되기 前에 있어서도 그의 地位의 安否가 결국 債務者의 辨濟 有無에 달려 있어서, 第3取得者의 地位는 매우 不安定하다고 할 수 있다. 우리 民法은 이러한 점을 고려하여 第3取得者의 辨濟權(제364조)·競買權(제363조 제2항)·費用償還請求權(제367조)을 인정하여 第3取得者를 보호하고는 있다.

그렇지만 다같이 他人의 債務을 위해 不利益을 부담하는 者임에도 불구하고 第3取得者의 地位가 債權者에 대한 關係에 있어서나 兩者의 法定代位關係에 있어서나 전반적으로 保證人보다 劣位에 있다. 그리고 第3取得者와 物上保證人과를 비교해 본다면, 對外關係인 債權者와의 關係에 있어서는 第3取得者가 物上保證人보다 다소 優位에 있다고 하겠으나, 代位關係에 있어서는 第3取得者가 物上保證人보다 상당히 劣位에 있다.

결론적으로 이와 같은 이들 사이의 利益衡量에 관한 現行法上의 不均衡은 是正되어야 한다고 하겠다. 더구나 他人의 債務를 위해 不利益을 부담하고 있는 第3取得者가 自身의 債務를 부담하고 있는 抵當權設定者보다 劣位에 있는 것이 과연 타당한가 의문이 있다. 物上保證人을 포함한 第3取得者의 防禦利益을 보장하기 위하여 그들에게 抗辯 및 抗辯權을 적극적으로 인정하는 것에 인색하지 말아야 할 것이다.

參 考 文 獻

郭潤直編輯代表, 民法注解 Ⅶ, 서울, 博英社, 1992.
郭潤直, 物權法(新訂版), 서울, 博英社, 1992.
郭潤直, 債權總論, 서울, 博英社, 1994.
金相容, 物權法, 서울, 法文社, 1993.
金容漢, 物權法(再全訂版), 서울 博英社, 1993.
金疇洙, 債權總論, 서울, 三英社, 1988.
金曾漢, 物權法(改訂版), 서울, 博英社, 1983.
金曾漢, 債權總論, 서울, 博英社, 1983.
金顯泰, 新物權法(下), 서울, 一潮閣, 1982.
金亨培, 債權總論, 서울, 博英社, 1992.
李英俊, 物權法, 서울, 博英社, 1990.
李銀榮, 債權總論, 서울, 博英社, 1991.
張庚鶴, 物權法, 서울, 法文社, 1990.
Baur, Sachenrecht, München, C. H. Beck, 1989.
Wieling, Sachenrecht, Berlin, Spring-Verlag, 1994.
高木多喜男 外, 債權總論, 東京, 青林書院新社, 1983.
山下孝之, "物上保證人および第3取得者の地位", 金融擔保法講座, 東京, 筑摩書房, 1985.

SUMMARY

Legal Status of the Person Who Obtained the Ownership of the Immovable Mortgaged

Lee, Sang-Tae

(Department of Law, College of Law, Kon-Kuk University)

In this thesis the legal status of the person who obtained the owership of the immovable mortgaged is examined from three points of view, *i. e.* relationship with the obligee, relationship with the obligor and constructive subrogation by law, and furthermore comparision of this person with those who bear a burden for the sake of the other person's obligation, *i. e.* the surety and the real surety who furnished his immovable as security for the sake of the other person's obligation.

There is not any restriction for the person who obtained the ownership of the immovable mortgaged to exercise his ownership or to use his immovable, because the mortgage is nothing but a mere existence before execution of mortgage. Especially any influence is not imposed on that person, for mortgage become extinct when the obligor pays his debt at the time of performance.

But that person loses his ownership of the immovable, when the mortgage executes his mortgage, on the ground that the obligor does not pay his debt at the time of performance. So the status of that person is very unstable, because safety of that status is dependent on the obligor's performance. In consideration of this point in order to protect that person, the Civil Code of Korea gives that person the right to pay to the mortgagee(Art. 364), the right to bid at the official auction(Subsection 2 of Art. 363) and the right to obtain reimbursement of his defrayed necessary or useful expenses out of the proceeds of the auction sale of the property in preference to all others.

However the status of that person is generally inferior to that of the surety in the aspect of relationship with the obligee and constructive subrogation by law, in spite that two all bear a burden for the sake of the other person's obligation. And if compared the status of that person

with the real surety, the status of that person is a little superior to that of the real surety in the aspect of realationship with the obligee, but the status of that person is far inferior to that of the real surety in the aspect of constructive subrogation by law.

In conclusion this diseqilibrium in interests between these persons should be redressed.