

물상보증인의 변제자대위와 후순위저당권자대위의 충돌 문제

- 민법 제368조 제2항 후문에 대한 고찰 -

임 국 희 · 정 지 윤*

목 차

- | | |
|---|-----------------------------------|
| I. 서론 | IV. 구체적 사례의 해결 |
| II. 공동저당제도와 후순위저당권자 보호문제 | 1. 공동저당물이 채무자 소유의 것과 물상보증인 소유인 경우 |
| 1. 공동저당의 의의 | 2. 공동저당물이 모두 물상대위자 소유인 경우 |
| 2. 공동저당권 설정과 후순위저당권자의 보호 | V. 실무에서의 처리방법 |
| III. 민법 제368조 제2항의 의미(변제자대위와 후순위저당권자대위의 충돌문제) | VI. 결론 |
| 1. 문제의 소재 | |
| 2. 견해의 대립 | |
| 3. 판례의 태도 | |

I. 서론

현대사회에서는 타인의 자본을 활용하는 일이 빈번하고 이를 담보하기 위한 수단으로 저당권이 널리 사용된다. 신용제공자는 필요에 따라 채무자가 제공하는 수개의 목적물에 저당권을 설정할 수 있는데, 이러한 경우 저당목적물간의 공평한 책임 분담의 문제가 발생하게 된다. 우리

* 건국대학교 법학전문대학원 법학전문석사과정.

민법은 제368조를 두어 이러한 문제를 해결하고자 하는데, 복수의 저당 목적물이 모두 채무자 소유일 경우에는 저당권이 시차를 두고 실행되더라도 문제가 비교적 간이하게 해결되나 저당목적물에 제3자 소유의 것이 포함되고 저당권이 시차를 두고 실행되는 경우에는 동 조문이 다른 법률 규정과 충돌을 일으켜 문제의 해결을 두고 학설이 대립하고 있다. 본고에서는 이 문제에 관한 견해의 대립과 판례의 태도 및 구체적인 사례의 해결 방안에 대해 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 공동저당제도와 후순위저당권자 보호문제

1. 공동저당의 의의

저당권은 채무자 또는 제3자(물상보증인)가 점유를 이전하지 않고 채무의 담보로 제공한 목적물로부터 채권자가 우선변제를 받을 수 있도록 하기 위하여 설정한 담보 물권을 말한다. 저당권은 하나의 채무를 담보하기 위하여 하나의 목적물에 설정될 수도 있고, 동일한 채권을 담보하기 위하여 여러 개의 부동산에 설정될 수도 있다. 특히 후자의 경우를 공동저당이라 한다.

2. 공동저당권 설정과 후순위저당권자의 보호

가. 보호의 필요성

공동저당권자는 공동저당관계에 있는 수개의 저당권을 동시에 실행할 수도 있고, 그 일부만을 순차로 실행할 수도 있다. 공동저당권의 일부만이 실행되어 그 경매 대가를 먼저 배당하는 경우에도 공동저당권자는 민법

제368조 제2항 전문의 규정에 의하여 그 경매대가로부터 피담보채권의 전부를 변제받을 수 있다.¹⁾ 이 경우에 그 부동산에 후순위저당권을 가진 자는 공동저당물의 경매대가가 동시에 배당되는 경우에 비하여 배당상의 불이익을 입게 되는 반면에 다른 부동산의 후순위저당권자는 그 부동산에 대한 공동저당권이 소멸되기 때문에 뜻하지 않은 이익을 보게 된다. 이 경우를 대비하여 우리 민법은 제368조 제2항을 규정하여 그 경매된 부동산의 후순위 저당권자는 공동저당권을 동시에 실행하여 배당하였다면 공동저당권자가 다른 부동산에서 변제받을 수 있었던 금액의 한도 내에서 공동저당권에 대위하여 그 저당권을 실행할 수 있도록 하고 있다.

나. 규정의 취지

(1) 이해관계의 조정

공동저당권자는 공동저당관계에 있는 수개의 저당권을 동시에 실행할 수도, 일부만을 순차로 실행할 수도 있고, 또 일부만 먼저 배당하는 경우 그 경매가액에서 피담보채권의 전부를 변제받을 수 있다. 때문에 후순위저당권자나 소유자 등의 이해관계인들은 공동저당권자가 어떤 저당권을 먼저 실행하느냐에 따라서 배당 상 뜻하지 않은 이익이나 불이익을 보게 된다. 이러한 이해관계를 공평하게 조절하기 위해 민법은 본조 2항 후문에서 이시배당의 경우에도 공동저당물의 후순위저당권자들 사이의 공평을 도모하도록 한 것이다.²⁾

(2) 잉여담보가치의 활용보호

공동저당의 경우 각 부동산에 피담보채권액 전액에 대한 저당권이登記되기 때문에 실제 피담보채권가액 이상의 담보가치가 구속당하게 되

1) 이상태, 「물권법」, 법원사, 2009, 467면.

2) 곽윤직, 「민법주해(VII)」, 박영사, 2005, 192면.

어 다른 채권의 담보로 활용하기 어렵게 된다. 때문에 본조에서 각 부동산의 책임분담액을 정하고 그 책임분담액을 넘는 잉여의 담보가치에 설정된 후순위저당권을 보호하여 공동저당물의 총담보가치가 최대한 활용될 수 있게 한다.³⁾

Ⅲ. 민법 제368조 제2항의 의미(변제자대위와 후순위저당권자대위의 충돌문제)

1. 문제의 소재

민법 제368조 제2항 후문의 후순위저당권자 대위권의 성립 요건으로는 ① 공동저당물 중 일부의 경매대가가 먼저 배당되었을 것, ② 공동저당권자가 공동저당물 중 일부의 경매대가로부터 그 부동산의 책임분담금을 초과하여 배당받았을 것, ③ 후순위저당권자가 동시배당의 경우에 비하여 불이익을 입었을 것, ④ 공동저당의 목적인 부동산 중 실행되지 않은 부동산이 있을 것, ⑤ 공동저당의 목적인 수개의 부동산이 모두 채권자의 소유일 것 등이 있고, ⑤에 관하여 견해의 대립이 있다. 즉 저당물 중 일부가 채무자의 소유가 아닌 물상보증인이나 제3취득자의 소유인 경우에도 제368조 제2항을 적용할 수 있을 것인지가 문제된다. 이것이 변제자대위와 후순위저당권자대위의 충돌문제이다.

2. 견해의 대립

가. 적용 부정설 (변제자대위 우선설)

3) 박윤직, 앞의 책, 193면.

이 견해는 후순위저당권자의 대위는 공동저당의 목적물이 모두 채무자의 소유에 속하는 경우에만 인정된다고 한다. 물상보증인은 최종적인 책임을 채무자에게 귀속시킬 수 있는 권리를 기대하고 담보를 제공하였으므로 그 후에 채무자 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정되었다고 하여 그 기대이익을 박탈할 수 없고, 채무자 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정된 후에 물상보증인 소유의 부동산이 추가로 공동저당의 목적으로 된 경우 후순위저당권자는 본 규정에 의한 보호를 기대하지 않고 저당권을 설정한 것이므로 나중에 물상보증인 소유의 부동산이 공동저당의 목적으로 추가되었다고 하여 새삼스럽게 본조 2항을 통해 보호할 필요가 없다는 이유에서이다.⁴⁾

나. 적용 긍정설 (후순위저당권자대위 우선설)

이 견해는 후순위저당권자의 대위가 채무자 소유가 아닌 부동산에 공동저당이 설정된 경우에도 적용된다는 견해로, 이 경우 민법 제481조, 제482조의 변제자대위와 본조 제2항 후문의 후순위저당권자대위가 충돌하게 되는데, 이때 후순위저당권자대위가 우선한다고 본다. 물상보증인이나 제3취득자는 적어도 각 담보물의 가액에 비례한 범위에서는 책임 질 것을 각오한 자이므로 본조 2항 후문의 규정을 무시하면서까지 보호할 필요가 없고, 각 부동산의 담보가치를 최대한 활용시키고자하는 본조의 취지를 살리기 위해서 본조 제2항 규정에 의한 후순위저당권자의 대위를 우선 시켜야 한다는 것이다.⁵⁾

4) 이우재, 「배당의 제문제」, 진원사, 2008, 1051면.

5) 이우재, 위의 책, 1054면.

3. 판례의 태도

가. 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다25417 판결

(1) 사실관계

이 문제에 관한 최초의 대법원판결을 단순화시켜 정리하면 아래와 같다.

부동산	A	B	C
소유자	물상보증인 X	채무자	물상보증인 Y
1번 저당권	甲	甲	甲
2번 저당권		乙	丙
실행결과	미경매	경매 (甲: 전부만족, 乙: 무배당, 丙: 일부만족)	

A부동산의 소유자인 X가 저당권자 甲을 상대로 피담보채권의 소멸을 이유로 1번 저당권의 말소를 청구하고, 乙, 丙은 甲을 위하여 보조참가를 하였다.

(2) 대법원의 판단

대법원은 ① 공동저당의 목적인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 각각 채권자를 달리하는 후순위저당권이 설정되어 있는 경우, 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져 그 경매대가의 교부에 의하여 1번 저당권자가 변제를 받은 때에는 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에, 민법 제481조, 482조의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 1번 저당권을 취득하고, ② 물상보증인에게 이전한 1번 저당권은 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자의 피담보채권을 담보하는 것으로 되어, 그 후순위저당권자는 마치 위1번 저당권상에 민법 제370조, 342조의 규정에 의하여 물상대위를 하는 것과 같이 그 순위에 따라 물상보증인

이 취득한 1번 저당권으로부터 우선하여 변제를 받을 수 있으며, ③ 이상과 같은 법리는 물상보증인이 수인인 경우에도 마찬가지이며, 이 경우 물상보증인들 사이의 변제자 대위의 관계는 민법 제482조 제2항 3호, 4호에 의하여 규율되고, ④ 자기 소유의 부동산이 먼저 경매되어 1번 저당권자에게 대위변제를 한 물상보증인은 1번 저당권에 대위취득하고 그 물상보증인 소유의 부동산의 후순위저당권자는 1번 저당권에 대하여 물상대위를 할 수 있으므로, 그 1번 저당권설정등기는 말소등기가 경료 될 것이 아니라 그 물상보증인 앞으로 대위에 의한 저당권이전의 부기등기(부동산등기법 148조)가 경료 되어야 할 성질의 것이며, 따라서 아직 경매되지 아니한 공동저당물의 소유자로서는 1번 저당권자에 대한 피담보채무가 소멸하였다는 사정만으로는 말소등기를 청구할 수 없다고 판시하였다.

원고 청구에 관하여, 물상보증인 Y는 자기의 책임분담액을 초과하는 금액⁶⁾의 한도에서 변제자대위에 의하여 A부동산에 대한 甲의 저당권을 취득하였다고 할 것이고, Y소유의 C부동산에 대한 후순위저당권자인 丙은 Y에게 이전된 위 저당권에 대하여 물상대위를 할 수 있으므로⁷⁾ 위 저당권설정등기는 Y앞으로 대위에 의한 저당권이전의 부기등기가 경료 되어야 할 것이고, 따라서 X로서는 甲에 대한 피담보채무가 소멸하였다는 사정만으로는 그 말소등기를 청구할 수 없다고 하였다.

(3) 판결의 의미

이 판결은, 물상보증인 X, Y의 담보제공 후에 乙, 丙이 후순위저당권을 취득한 사안에 관한 것이므로, 앞서 본 학설 중 후순위저당권자대위 우선설을 취하지 않은 것은 분명하나, 변제자대위 우선설과 선등기자 우선설 중 어느 입장을 취한 것인지는 알 수 없다. 이후에도 같은 취지의 판결이 계속되고 있으며,⁸⁾ 과거의 하급심판결도 같은 입장을 취한 것이 있다.

6) 구체적인 액수는 A부동산이 경매되어야 확정될 것이다.

7) 다만 채무자 소유의 B부동산에 설정되어 있는 乙의 후순위저당권은 민법 제368조 제2항이 적용되지 않으므로 소멸되었다.

나. 대법원 1983. 3. 22. 선고 81다43 판결

(1) 판결의 요지

본 판결은 앞서 살펴본 판결보다 먼저 선고된 것으로서 물상보증인 甲 소유의 공동저당물에 대하여 저당권이 실행되어 피담보채권이 변제됨으로써 제3취득자 乙 소유의 다른 공동저당물에 대한 저당권도 소멸한 경우에, 甲은 乙에 대하여 채권자의 채권 및 그 담보에 관한 권리를 실행하여 乙의 부담부분에 관하여 변제받을 수 있을 뿐이고, 다른 공동저당물의 부담부분에 해당하는 금원의 변제청구권을 갖는 것은 아니라고 판시하였다.

(2) 판결의 의미

이 판결의 취지⁹⁾는 물상보증인 소유의 부동산에 대해서 먼저 저당권이 실행된 경우 물상보증인은 변제자대위를 할 수 있고, 이 경우 변제자대위는 자신이 대위변제한 금액 전액에 대하여 대위할 수 있음이 원칙인데,¹⁰⁾ 공동저당부동산 중 일부의 소유권이 이전되어 제3취득자가 생긴 경우에는 그 변제자대위의 범위를 그 부동산이 채무자 소유로 있을 때처럼 전액 인정하지 아니하고 제3취득자가 취득한 부동산이 본래 동시배당의 경우에 부담할 부분에 대해서만 대위를 인정한다는 것으로 보인다.

8) 대법원 2001. 6. 1. 선고 2001다21854 판결; 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다36596 판결.

9) 이 판결의 취지에 대해서는, 다른 공동저당물의 부담부분에 해당하는 금원의 변제청구권을 갖는 자는 공동저당권의 후순위자에 국한되고, 공동저당물의 소유자는 변제를 해도 변제자대위에 관한 일반규정(민법 제482조)에 의하여 대위할 수 있기 때문이라고 보는 견해도 있다(한웅길, 「민법판례해설II」, 경세원, 1992, 229면).

10) 따라서 이 경우에는 다른 공동저당물의 부담부분에 해당하는 금원에 대해서까지 변제청구권을 갖게 될 것이다. 타인소유의 공동저당물에 대해서는 오로지 법률상 우선변제권이 인정되는 채권범위 내에서만 물상보증인이 책임을 지게 되므로 결국 물상보증인의 변제자대위의 범위도 저당권의 우선변제권이 미치는 범위 내에서 결정되게 됨을 상기하면 이해가 쉬울 것이다.

Ⅳ. 구체적 사례의 해결

1. 공동저당물이 채무자 소유의 것과 물상보증인 소유인 경우

부동산	A	B
소유자	채무자 乙	제3자 丙
경매대가	600만원	400만원
1순위	甲 : 500만원(분담액300)	甲 : 500만원(분담액200)
2순위	丁 : 250만원	戊 : 250만원

이 경우 각 저당권자의 배당액은 어떻게 될 것인가?

가. 변제자대위 우선설

(1) A가 먼저 경매되고 B가 나중에 경매되는 경우

부동산	A	B
경매대가	600만원	400만원
배 당	甲 : 500만원	戊 : 250만원
	丁 : 100만원	
기 타	丁 : 150만원 부족	소유자 丙 : 150만원

(2) B가 먼저 경매되고 A가 나중에 경매되는 경우

부동산	A	B
경매대가	600만원	400만원
배 당	甲 : 100만원	甲 : 400만원
	丙 : 400만원 (변제자 대위) = 戊 : 250만원 (물상대위) + 丙 : 150만원 (잔액)	
	丁 : 100만원	
기 타	丁 : 150만원 부족	소유자 丙 : 400만원 변제자 대위 이에 대한 戊의 물상대위

나. 후순위저당권자대위 우선설

(1) A가 먼저 경매되고 B가 나중에 경매되는 경우

부동산	A	B
경매대가	600만원	400만원
배 당	甲 : 500만원	丁 : 150만원
	丁 : 100만원	戊 : 250만원
기 타	丁 : 150만원 부족 (후순위저당권자 대위)	소유자 丙 : 채무자 乙에 대한 무담보 구상권 가집 (150만원)

(2) B가 먼저 경매되고 A가 나중에 경매되는 경우

부동산	A	B
경매대가	600만원	400만원
배 당	甲 : 100만원	甲 : 400만원
	戊 : 200만원 (후순위저당권자대위)	
	丙 : 200만원 변제자 대위	
	丁 : 100만원	
기 타	丁 : 150만원 부족	戊 : 책임분담액 초과하는 200만원에 대한 후순위저당권자 대위 丙 : 책임분담액 200만원 에 대한 변제자 대위

2. 공동저당물이 모두 물상대위자 소유인 경우

부동산	A	B
소유자	제3자 乙	제3자 丙
경매대가	600만원	400만원
1순위	甲 : 500만원(분담액300)	甲 : 500만원(분담액200)
2순위	丁 : 250만원	무 : 250만원

이 경우 각 저당권자의 배당액은 어떻게 될 것인가?

가. 변제자대위 우선설

(1) A가 먼저 경매되고 B가 나중에 경매되는 경우

부동산	A	B
경매대가	600만원	400만원
배 당	甲 : 500만원	乙 : 200만원 (변제자 대위) = 丁 : 150만원 (물상대위) + 乙 : 50만원 (잔액)
	丁 : 100만원	戊 : 200만원
기 타	乙 : 책임분담액을 초과한 200만원에 대한 변제자대위	

(2) B가 먼저 경매되고 A가 나중에 경매되는 경우

부동산	A	B
경매대가	600만원	400만원
배 당	甲 : 100만원	甲 : 400만원
	丙 : 200만원 (변제자 대위) = 戊 : 200만원 (물상대위) + 丙 : 0만원 (잔액)	
	丁 : 250만원	
기 타	소유자 乙 : 50만원 (잔액)	소유자 丙 : 200만원 변제자 대위 (책임한도액) 이에 대한 戊의 물상대위

나. 후순위저당권자대위 우선설

(1) A가 먼저 경매되고 B가 나중에 경매되는 경우

부동산	A	B
경매대가	600만원	400만원
배 당	甲 : 500만원	丁 : 150만원
	丁 : 100만원	乙 : 50만원
		戊 : 200만원
기 타	丁 : 150만원 부족 (후순위저당권자 대위) 소유자 乙 : 50만원 ¹¹⁾ (변제자 대위)	

(2) B가 먼저 경매되고 A가 나중에 경매되는 경우

부동산	A	B
경매대가	600만원	400만원
배 당	甲 : 100만원	甲 : 400만원
	戊 : 200만원 (후순위저당권자대위)	
	丁 : 250만원	
	乙 : 50만원	
기 타		戊 : 책임분담액 초과하는 200만원에 대한 후순위저당권자 대위

V. 실무에서의 처리방법¹²⁾

실무에서도 공동저당은 많이 이용되는 방법이지만 동시배당이 아닌 이
시배당을 하는 경우는 흔치 않고, 특히 채무자 소유의 부동산을 두고도 채

11) 책임분담액 초과한 200만원 중 丁이 대위하는 150만원을 뺀 나머지 50만원.

12) 2010. 12. 24. 서울중앙지방법원 민사집행과 과장 이정준 서기관과의 인터뷰.

무자 소유가 아닌 물상보증인이나 제3취득자 소유의 저당물이 먼저 실행되는 것은 공평하지 않기 때문에 실제로 그러한 경우가 생기는 일은 거의 없다. 실무상으로도 채무자소유 부동산의 후순위저당권자보다 물상보증인을 더 보호하는 변제자대위 우선설이 적용되고 있는 것으로 보인다.

VI. 결 론

위에서 살펴본 바와 같이 변제자대위와 후순위저당권자대위의 충돌 문제는 결국 민법 제368조 제2항 후문이 적용되기 위해서는 공동저당목적물이 모두 채무자의 소유이어야 하는지, 다시 말해 물상보증인이나 제3취득자 소유의 부동산이 공동저당목적물 중 하나라도 포함되어 있는 경우에도 본조를 적용할 수 있는지의 문제라고 할 것이다. 이에 관해서 민법 제368조 제2항 후문이 적용되지 않는다는 견해(변제자대위 우선설)와 적용된다는 견해(후순위저당권자대위 우선설)가 대립하나, 물상보증인은 변제자의 대위에 관한 규정에 의하여 최종적인 책임을 채무자에게 귀속시킬 수 있다는 정당한 기대를 가지고 담보를 제공하였으므로 그 후에 채무자 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정되었다고 하여 그 기대이익을 박탈할 수 없으므로, 판례의 태도와 같이 이 경우 제368조 제2항 후문이 적용되지 않는다고 보는 것이 공평의 견지에서 타당하다.

주제어 : 공동저당, 변제자대위, 후순위저당권자대위

[Abstract]

**A Study on Interpretation of the clause 2,
Article 368 of Civil Code**

Kook-Hee Lim · Ji-Yoon Jung*

The article 368 of Civil Code provide rules on joint mortgage. Joint mortgage is commonly used as a way to better secure debt for a creditor while allowing full utilization of the value of mortgaged properties for a debtor. One of the most important issues surrounding joint mortgage is how to reasonably spread financial burden among jointly mortgaged properties. There are two different opinions in regard to the interpretation of the clause 2, Article 368; one argues that the provision is applied only when the jointly mortgaged properties belong to a debtor, to which the other opposes. The key issue here is whom to favor between the 3rd person who pledged his/her own property for the debtor and the mortgagee next in priority on debtor's property, when the 3rd person's property is put for auction first and the debtor's later.

It would be unfair if the mortgagee is favored in this case since it would be to unduly deprive the 3rd person who paid on behalf of the debtor of the expectation to be paid from the proceeds from the auction sales of the debtor's mortgaged property before other lower priority mortgagees are paid.

Therefore we believe that the former opinion makes more sense and there are many court rulings that found so, too. We also found out that this issue seldom

* J.D. Candidates 2012, Konkuk Law School.

matters in real life since it is a common practice to bring debtor's property for auction first before doing so for the 3rd person's property.

Key Words : joint mortgages, the 3rd person who pledged his/her own property to secure another' s obligation, the mortgagee next in priority