

제3취득자의 변제자 대위

A Third Party Purchaser and Constructive Subrogation by Act of Person Who has Performed Obligation

홍 봉 주*
Hong, Bong-Joo

목 차

- | | |
|---|---------------------|
| I. 서론 | IV. 제3취득자와 대위의 부기등기 |
| II. 제3취득자의 범위 | V. 결론 |
| III. 채무자로부터의 제3취득자와
물상보증인으로부터의 제3취득자 | |

변제자대위권의 기원으로 로마법의 소권양도의 이익(beneficium cedendarum actionum)과 후순위 질권자의 변제제공권(ius offerendi)이 함께 인정되고, 두 제도의 공통점에 착안하여 프랑스 고법에서 두 제도를 결합시켜 대위(subrogation)라는 새로운 제도를 창안하였다고 한다. 법정대위자 상호간의 관계에서 그 순서와 비율 및 요건을 규정하고 있는 현행민법 제482조 제2항은 일본 민법 제501조가 원안이지만 비교법적으로는 달리 그 예를 찾아보기 어려운 규정으로 여겨지고, 그 해석과 흠결보충에 관하여 다양한 문제점이 제기된다.

제482조 제1호 내지 제3호에 규정된 제3취득자의 법적지위와 관련하여 제3취득자의 범위에 관한 논의는 채무자로부터의 제3취득자와 물상보증인으로부터의 제3취득자를 구별할 것인지 여부와 전자만으로 제한할 것인지 여부에 관하여만 논의가 있어왔을 뿐, 제3취득자의 정의와 관련해서는 대부분의 문헌이 침묵하고 있고 몇몇 문헌에서만 간단한 언급이 있을 뿐이다. 제3취득자의 변제권규정인 제364조에서 제3취득자를 ‘저당부동산에 대하여 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자’로 정의하고 있지만, 변제자대위에서 제3취득자는 제364조에 규정된 제3취득자와는 다른 범위이다.

제481조의 ‘변제할 정당한 이익이 있는 자’에는 로마법적 두 기원에 따라 ‘변제하지 않

투고일 : 2017. 8. 27. / 심사회의일 : 2017. 9. 14. / 게재확정일 : 2017. 10. 11.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, School of Law, Konkuk University

으면 채권자로부터 집행을 당할 자’(이른바 의무이행형)와 ‘변제하지 아니하면 채무자에 대한 자기의 권리를 상실한 자’(이른바 권리보전형)의 두 유형이 있는데, 전자의 경우에만 대위의 제한규정인 제482조 제2항 각호가 적용될 뿐이고 후자의 경우에는 분담조정의 문제가 없으므로 위 조항은 적용되지 아니한다. 예를 들어 후순위저당권자는 후자의 경우로 이해되므로 제3취득자에 포함되지 않는다. 따라서 제482조 제2항에서 제3취득자의 범위에는 전세권 또는 지상권의 목적이 된 부동산에 관하여 소유권, 지상권, 담보권 등을 취득한 자가 포함되지만, 후순위저당권자와 같이 ‘변제하지 아니하면 채무자에 대한 자기의 권리를 상실하는 자’(이른바 권리보전형)로서의 변제할 정당한 이익이 인정되는 경우에는 분담조정의 문제가 발생하지 아니 하므로 제외된다.

채무자로부터의 제3취득자와 물상보증인으로부터의 제3취득자를 구분하여 전자는 채무자에, 후자는 물상보증인에 준하여 다루어서 제482조 제2항 제1호 내지 제3호의 제3취득자를 모두 채무자로부터의 제3취득자를 의미하는 것으로 해석한다. 이는 몇 달 전 공포된 일본 민법에서 명문화된 내용과 일치하고 있다.

[주제어] 변제자대위, 대위자간의 관계, 제3취득자, 담보물권, 대위의 부기등기

I. 서론

제3자 또는 공동채무자의 한 사람이 채무자 또는 다른 공동채무자를 위하여 채무를 변제하거나 담보권의 실행 등 채권자로부터 집행을 당하여 채권자에게 만족을 준 경우에 그 제3자 또는 공동채무자는 원칙적으로¹⁾ 채무자 또는 다른 공동채무자에 대하여 구상권을 취득한다. “민법²⁾ 제481조, 제482조에서 규정하고 있는 변제자 대위는 제3자 또는 공동채무자의 한 사람이 채무자 또는 다른 공동채무자에 대하여 가지는 구상권의 실현을 목적으로 하는 제도이다. 이때 대위에 의한 원채권 및 담보권 행사의 범위는 구상권의 범위로 한정되는데 이는 위와 같은 제도적 취지를 반영한 것이다.”³⁾

1) 채권자에게 만족을 주었음에도 다른 사정에 의하여 구상권이 발생하지 아니하는 사안으로 대법원 2015. 11. 27. 선고 2013다41097 판결 (실질적인 채무자와 실질적인 물상보증인이 공동으로 담보를 제공하여 대출을 받으면서 실질적인 물상보증인이 저당권설정등기에 자신을 채무자로 등기하도록 한 경우, 실질적 물상보증인인 채무자는 채권자에 대하여 채무자로서의 책임을 지는지와 관계없이 내부관계에서는 실질적 채무자인 물상보증인이 변제를 하였더라도 그에 대하여 구상의무가 없다고 본 사례); 대법원 2012. 12. 23. 선고 2008다 25671 판결 (저당권이 설정된 부동산의 매수인이 저당권의 피담보채무 내지 그 이행을 인수한 경우 다른 특약이 없는 한 매수인이 저당채무를 변제하더라도 채무자에게 구상권을 행사할 수 없으므로 변제자대위도 인정되지 않는다는 사례).

2) 이하에서 법명의 언급 없이 인용하는 조문은 민법조문이다.

3) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다85861 판결. 평석은 김민기, “부진정연대채무에 있어서의 구상권 및 변제자대

변제자대위권의 기원으로 로마법의 소권양도의 이익(beneficium cedendarum actionum)과 후순위 질권자의 변제제공권(ius offerendi)이 함께 인정되고, 두 제도의 공통점에 착안하여 프랑스 고법에서 두 제도를 결합시켜 대위(subrogation)라는 새로운 제도를 창안하였다고 한다. 변제자대위 제도의 연혁으로 대부분의 문헌⁴⁾은 로마법에서의 이른바 소권양도의 이익(beneficium cedendarum actionum)만을 언급하고 있고, 일부 문헌⁵⁾에서는 로마법상 후순위 질권자의 이른바 변제제공권(ius offerendi)을 추가하고 있다. 보증인의 구상을 위하여 고안된 소권양도의 이익이 몇몇 연대채무의 사례와 제한적으로 물상보증인에게 확장되어 인정되다가, 로마법대전에서 연대채무자 또는 보증인에게도 일반적인 구상 수단으로 인정되었다. 로마법에서 보증인은 통상 위임 또는 사무관리와 같은 내부관계에 기한 구상권을 행사할 수 있었고 구상에 관한 여러 특별법⁶⁾이 존재하였음에도, 소권양도의 이익이라는 별도의 구상수단이 고안된 배경은 예를 들어 수인의 공동보증인 중에서 변제한 보증인만이 주채무자의 무자력 위험을 인수하고 다른 공동보증인은 부담에서 벗어난다면 전체적인 구상관계가 형평에 부합하지 않게 된다는 고려에서 인 것으로 여겨진다. 소권양도의 이익의 내용은 보증인이 채권자의 청구에 대하여 그가 주채무자에게 가지는 소권을 보증인에게 양도하는 경우에만 보증채무를 이행하겠다는 약의의 항변을 제출하여 이행을 거절할 수 있고 만약 채권자가 자신의 권리를 모두 보증인에게 양도하면 보증인은 양도된 권리에 의하여 주채무자 이외에도 공동보증인 또는 다른 담보설정자에게 구상을 할 수 있다는 것이다. 후순위 질권자의 변제제공권의 내용은 로마법에서는 하나의 질물에 수 개의 질권이 설정된 사안에서 제1순위 질권자만 질물을 매각하여 환가할 권리가 있었을 뿐이므로, 후순위 질권자는 제1순위 질권자에게 변제제공함으로써 그의 지위를 승계하여 환가권을 취득하여 후순위 질권자의 질권에 기하여 유효하게 질물을 매각한다는 것이다. 소권양도의 이익에서는 채권자의 소권이 변제한 보증인 또는 연대채무자에게 당연히 이전되지는 않고 양도행위를 필요로 하는 반면에

위”, 대법원 판례해설 제83호, 법원도서관, 2010, 117-136쪽.

- 4) 이인재, 민법주해 채권(3), 박영사, 1995, 188쪽; 신광열, 주석 민법 채권총칙 제4판 제4권, 한국사법행정학회, 2014, 338쪽.
- 5) 김형석, “변제자대위 제도의 연혁에 관한 소고”, 사법연구 제8집, 법영사, 2003, 9-16쪽; 제철웅, “프랑스법의 법정변제자대위”, 고시계 제48권 제3호, 고시계사, 2003.3, 35쪽. 전자는 소권양도의 ‘이익’을 소권양도의 ‘특권’으로 소개하고 있고, 후자는 ‘변제제공권’을 ‘변제권 및 대위권’으로 소개하고 있다.
- 6) 푸블리우스법(lex Publilia)은 특정요건하에 주채무자에 대하여 부여되는 구상권을 규정하고 있고, 아플레우스법(lex Apuleia)은 공동보증인간의 구상권을 규정하였으며, 이탈리아 반도에서만 적용되었던 푸리우스법(lex Furia)은 보증인의 책임기간을 2년으로 제한하면서 공동보증인들간의 분별의 이익을 규정하였다고 한다.

변제제공권에서는 변제로 인해 당연히 제1순위 질권자의 지위를 승계한다는 점에서 차이가 있었는데, 근대 민법전 제정과정에서 변제자의 양도청구를 요구하는 소권양도의 이익을 포기하고 법률상 당연히 채권이 이전하는 법정양도를 채택하게 되었다.

프랑스 고법(古法)에서 소권양도의 이익제도와 후순위 질권자의 변제제공권 제도의 공통점에 착안하여 양제도를 결합시켜 대위(subrogation)라는 새로운 제도를 창안하였다. 1804년 프랑스 민법전은 로마법의 양제도에 기반하여 관습법상 전개된 독자적인 법형성의 결과물을 입법화하므로써 변제자대위 제도에 새로운 모습을 부여하였는데,⁷⁾ 변제자대위를 약정대위(임의대위)와 법정대위로 나누어 종합적 규정⁸⁾을 두었다. 반면에 독일에서는 19세기 보통법 학설이 기본적으로 양제도의 로마법 원칙을 유지하였기 때문에, 독일 민법에는 변제자대위에 관한 종합적 규정이나 대위(subrogation)라는 표현이 사용되지 않았으며 임의대위나 법정대위도 구분하지 않고 있다. 다만 보통법상 인정되었던 사례들을 바탕으로 채권자의 채권이 이전되는 경우를 개별적⁹⁾으로 규정하는 태도를 취하였는데, 이를 법정채권양도라고 한다.¹⁰⁾

주지하는 바와 같이, 법정대위권과 상호간의 관계를 규정하고 있는 현행민법 제482조 제2항은 일본 민법 제501조¹¹⁾가 원안이지만, 비교법적으로 찾아보기 어려운 규정으로

7) 김형석, 앞의 논문(주5), 22쪽; 제철웅, 앞의 논문(주5), 36쪽.

8) 프랑스 민법 제3권 소유권을 취득하는 여러 양태, 제3편 계약 또는 합의에 의한 채권관계 일반, 제5장 채무의 소멸, 제1절 변제, 제2관 변제자대위 제1249조-제1252조.

9) 백경일, “물상보증인과 제3취득자간의 변제자대위”, 민사법학 제72호, 한국민사법학회, 2015, 67쪽; 김형석, 앞의 논문(주5), 29쪽에서는 독일 민법전의 산발적인 규정들을 두 가지 유형으로 분류하고 있다. 로마법상 소권양도의 이익에서 기인하는 규정들은 연대채무자의 제426조 제2항, 보증인의 제774조 제1항, 물상보증인의 제1143조 제1항, 질권설정자의 제1225조이고, 로마법상 변제제공권에서 기인하는 규정들은 제3자 변제권의 제268조, 저당물에 관한 권리자의 제1150조 질물에 대한 권리자의 제1249조이다.

10) 김재형, “조세채권과 변제자대위”, 저스티스 제110호, 한국법학원, 2009, 34쪽.

11) 제501조의 내용은 다음과 같다. “전2조의 규정에 의하여 채권자를 대위한자는 자기의 권리에 기초하여 구상을 할 수 있는 범위 내에서 채권의 효력 및 담보로서 그 채권자가 가지고 있던 일체의 권리를 행사할 수 있다. 이 경우에 있어서는 다음 각호가 정하는 바에 따라야 한다.

1. 보증인은 미리 선택특권, 부동산질권 또는 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 않으면 그 선택특권, 부동산 질권 또는 저당권의 목적인 부동산의 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 없다.
2. 제3취득자는 보증인에 대해서 채권자를 대위하지 않는다.
3. 제3취득자의 1인은 각 부동산의 가격에 따라 다른 제3취득자에 대해서 채권자를 대위한다.
4. 물상보증인의 일인은 각 재산의 가격에 따라 다른 물상보증인에 대해서 채권자를 대위한다.
5. 보증인과 물상보증인과의 사이에 있어서는 그 수에 따라 채권자를 대위한다. 다만, 물상보증인이 수인인 때에는 보증인의 부담부분을 제외한 잔액에서 각 재산의 가격에 따라 채권자를 대위한다.
6. 전호의 경우에 있어서 그 재산이 부동산일 때에는 제1호의 규정을 준용한다.

평가된다.¹²⁾ 일본 구민법을 기초한 보이소나드가 기본적으로는 프랑스의 변제자대위 제도를 계수하였지만, 프랑스의 학설 또는 판례에서 전개되는 내용을 바탕으로 프랑스 법에는 존재하지 않던 새로운 관점을 내용으로 하는 조문들을 추가하였는데, 대위변제자들 사이의 관계를 정하고 있는 구민법 제483조도 그중의 하나였으며 구민법의 시행이 연기된 이후 일본 민법의 기초자들이 구민법 제483조를 수정하여 수용하였고, 몇 달 전인 2017년 6월 2일 공포되고 공포일로부터 3년 이내로서 시행령에서 정하는 날에 시행될 예정인 일본 개정민법¹³⁾은 기존규정에 일정한 사안을 추가하거나 명확하게 하고 있다. 즉 제3취득자 범위를 한정하여 채무자로부터 담보의 목적으로 되어 있는 재산을 양수한 자만을 말하며, 물상보증인으로부터 담보의 목적으로 되어 있는 재산을 양수한 자는 물상보증인으로 간주함으로써 양자를 구분하고 있다. 또 제3취득자에 대한 보증인과 물상보증인의 법률상 지위를 일치시키고 있다.

제482조 제2항은 법정대위자 상호간의 요건 또는 순서와 비율을 규정하고 있다. 변제할 정당한 이익이 있는 자가 수인인 경우, 먼저 대위변제를 한 자가 아무런 제한없이 채권자를 대위한다면 먼저 변제한 자만이 이익을 얻게 되어 형평¹⁴⁾에 반하게 되거나, 또는 법정대위자의 수만큼 구상권이 행사되면 대위의 순환으로 인한 혼란이 발생하게 되어 공평을 기하기 어려울 것이다. 따라서 제482조 제2항은 제1호, 제2호에서 보증인과 제3취득자 간의 대위관계, 제3호에서 제3취득자 간의 대위관계, 제4호에서 물상보증인 간의 대위관계, 제5호에서 물상보증인과 보증인 간의 대위관계를 규율하고 있지만, 위 규정의 해석 또는 흠결보충¹⁵⁾과 관련하여 다양한 문제점이 제기되고 있다. 본 논문에서

12) 김형석, 앞의 논문(주5), 33쪽.

13) 개정민법 제501조 제3항의 내용은 다음과 같다. “제1항의 경우에는, 전항의 규정에 의한 외에 다음에 제시하는 바에 따른다.”

1. 제3취득자(채무자로부터 담보의 목적으로 되어 있는 재산을 양수한 자를 말한다. 이하 이항에서 같다)는 보증인 및 물상보증인에 대해서 채권자를 대위하지 않는다.
2. 제3취득자의 1인은 각 재산의 가격에 따라 다른 제3취득자에 대해서 채권자를 대위한다.
3. 전호의 규정은 물상보증인의 1인이 다른 물상보증인에 대해서 채권자를 대위하는 경우에 준용한다.
4. (개정 전(주11)의 제5호와 같음)
5. 제3취득자로부터 담보의 목적으로 되어 있는 재산을 양수한 자는 제3취득자로 보고 가 및 나 의 규정을 적용하고, 물상보증인으로부터 담보의 목적으로 되어 있는 재산을 양수한 자는 물상보증인으로 간주하여 가, 다 및 라의 규정을 적용한다.

14) 제철웅, 앞의 논문(주5), 36쪽에 의하면, 변제자 대위제도는 형평에 근거를 두고 있다고 한다. 채권자의 원채권과 담보권이 변제한 채무자에게 이전되는 것이 변제의 채권소멸효 원칙에 반할지라도, 이런 원채권과 담보권이 변제받은 채권자에게는 무용한 반면, 변제자 구상에 필수적이라는 점, 즉 “형평(l'équité)”에 의하여 변제의 채권소멸효에 대한 예외가 인정된다고 한다.

는 제482조 제1호, 제2호, 제3호에 규정된 제3취득자의 법적지위와 관련하여 종래 논의가 없었던 제3취득자의 범위를 제364조의 변제권규정에서 정의된 제3취득자와 대비하여 살펴보고, 종래 논의를 중심으로 채무자로부터의 제3취득자와 물상보증인으로부터의 제3취득자를 구별할 것 인지 여부와 제482조 제1호, 제5호에서 규정된 대위의 부기등기의 필요여부에 관하여 함께 살펴보고자 한다.

II. 제3취득자의 범위

1. 기존의 논의

종래 제3취득자의 범위에 관한 논의는 채무자로부터의 제3취득자와 물상보증인으로부터의 제3취득자를 차별적으로 다루어야 할 것인지 여부¹⁶⁾에 관하여만 있어왔다. 그러나 본조의 적용을 받는 제3취득자의 범위와 관련하여, 예를 들어 현행민법에서 제3취득자의 범위를 유일하게 정의하고 있는 저당물에 관한 제3취득자의 변제권규정인 제364조의 ‘소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자’와 같은 범위인지 여부에 대하여 대부분의 문헌들이 침묵하고 있고, 몇몇 문헌은 짙막하게 언급만 하고 있을 뿐이다.

제482조 제2항 제1호 내지 제3호에 규정된 제3취득자를 언급하고 있는 몇몇 문헌은, “여기서의 제3취득자는 담보나 전세권의 목적이 된 부동산에 관하여 소유권, 지상권, 지역권 등을 취득한 자를 가리키고, 담보권 예컨대 제2순위의 저당권의 취득자는 포함하지 않는다”¹⁷⁾ 또는 “여기에서는 말하는 제3취득자란 담보물권 또는 전세권의 목적인 물건에 관하여 소유권, 지상권, 지역권 등을 취득한 자를 말한다”¹⁸⁾고만 하고 있을 뿐 그 근거 등에 관한 추가적인 언급이나 부연설명을 하고 있지 아니하다. 제3취득자의 범위를 언급하고 있는 또 다른 문헌¹⁹⁾은 “제3취득자의 보증인에 대한 대위를 금하는

15) 양창수, “물상보증인의 변제자대위와 부기등기의 여부”, 사법행정 제32권 제7호, 한국사법행정학회, 1991, 78쪽.

16) 이진만, “변제자대위에 있어서 대위자 상호간의 관계”, 사법논집 제27집, 법원행정처, 1996, 75-77쪽; 명순구, “변제자대위에 있어서 이해관계인간의 이익조정”, 법학논집 제34권, 고려대학교 법학연구원, 1998, 257-259쪽; 김덕중, “제3취득자와 물상보증인 상호간의 변제자 대위”, 법학논고 제51권, 경북대학교 법학연구원, 2015, 47-50쪽.

17) 이인재, 앞의 책(주4), 203쪽.

18) 명순구, 앞의 논문(주16), 256쪽.

제482조 제2항 제2호의 ‘제3취득자’는 제364조의 정의를 따를 경우 ‘저당부동산에 대하여 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자’로 보는 것이 자연스러움으로, 이를 목적으로 확대해석하지 않는 한, 보증인에 대하여 변제자대위를 하지 못하는 ‘제3취득자’에는 후순위저당권자가 포함되지 않는다고 보는 것이 상식적이긴 하다”고 하여 제3취득자의 범위를 제364조의 제3취득자의 범위와 동일한 범위로 이해하고 있다.

두 번째 견해는 첫 번째 견해에서 후반부에 언급하고 있는 ‘담보권 예컨대 제2순위의 저당권의 취득자는 포함되지 않는다’를 공제하고 있을 뿐 전반부는 첫 번째 견해와 동일하므로, 두 번째 견해가 첫 번째 견해와는 다르게 제3취득자의 포섭범위에 담보물권자를 포함하는 것으로 이해할 수도 있으나 추가적인 논리전개가 없어 담보물권자를 포함하고자 하는 의도인지 여부를 정확하게 해석하기 어렵다. 따라서, 위 세 견해중 마지막 견해인 제482조 제2항의 제3취득자의 범위가 제364조의 변제권에 규정된 ‘저당부동산에 대하여 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자’와 일치하는 지 여부를 검토해보고, 첫 번째 견해와 두 번째 견해의 표현상 차이에 나타난 담보물권자가 제3취득자에 포함되는지 여부를 살펴보고자 한다.

2. 제364조에 정의된 제3취득자의 범위와 일치여부

저당목적물의 제3취득자는 채무자가 변제기에 변제하면 저당권이 소멸되어 제3취득자의 지위가 아무런 지장이 없이 유지된다. 그러나 만일 채무자가 변제하지 아니하여 저당권이 실행되면 저당물은 경락인에게 귀속되게 되어, 제3취득자는 일단 취득한 소유권 또는 용익권능을 상실하거나 그 소유권 또는 용익권을 취득할 수 없게 됨으로써 제3취득자의 지위는 완전히 뒤집어진다. 이처럼 제3취득자의 지위의 특징은 채무자의 변제 여부에 따라 다르게 되어 매우 불안정하다는 점이다. 그러므로 민법은 제3취득자가 불안한 지위를 보호하기 위한 규정들을 두고 있다. 예를 들어 제363조 제2항에서 저당물의 소유권을 취득한 제3자도 경매인이 될 수 있고, 제364조에서 저당부동산에 대한 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자에게 변제권을 부여하며, 또한 제367조에서 제3취득자의 비용상환청구권을 규정하고 있고, 제469조에서 제3취득자는 이해관계 있는 제3자로서 대위변제권과 변제할 정당한 이익²⁰⁾이 인정되어 법정대위가 가능하며, 제576조

19) 백경일, “보증인과 후순위저당권자간의 변제자대위”, 민사법학 제64호, 한국민사법학회, 2015, 261쪽.

20) 제469조 제2항의 ‘변제할 이해관계’의 범위와 제481조의 ‘변제할 정당한 이익’의 범위에 관하여 전자가 후자

에서 매도인의 담보책임을 규정하고 있다. 제482조 제2항 제1호 내지 제3호의 법정대위자 상호간의 관계규정과 제364조의 변제권규정은 넓은 의미에서 제3취득자 보호라는 규범목적이 중첩되고 있고 제364조에 기하여 변제한 양수인은 변제할 정당한 이익이 있는 자이므로 제481조에 의한 법정대위-제191조 혼동 규정의 요건 충족 여부에 따라 제3취득자가 변제자대위로 취득한 저당권이 혼동으로 소멸하게 되어 별도의 그 설정등기의 소멸청구가 불필요하게 되면, 제3취득자는 원채권과 당해 저당권이 아닌 다른 담보권에 채권자를 대위하게 된다-가 가능하므로 제3취득자에 관한 포섭범위를 동일하게 이해할 수도 있지만, 소박한 견해라는 비판을 넘어서기 힘들 것 같다.

조문에 있는 용어는 당해 조문의 규범목적 등에 의하여 해석이 제한될 수밖에 없다. 담보권 특히 저당권과 용익권의 조화라는 규범목적에서 인정되는 제3취득자의 제364조 변제권 및 제367조 비용상환청구권과, 수인의 법정대위권간에서 형평유지 또는 대위의 순환으로 인한 혼란방지를 위한 제482조 제2항에서의 제3취득자의 범위는 각각 다르게 이해될 수밖에 없게 된다. 우선 변제권에 관한 제364조에서는 제3취득자를 범문상 명백하게 ‘저당부동산에 대하여 소유권, 저당권 또는 전세권을 취득한자’로 규정하고 있으므로 제364조에 규정된 권리를 제한적 내지 열거적으로 해석하여야 하느냐의 문제이고, 반면에 비용상환청구권의 규정인 제367조에서는 제3취득자의 범위에 관한 언명이 없으므로 제364조의 정의에 따를 것인가가 문제된다. 전자에서 저당부동산에 대하여 소유권, 지상권 또는 전세권 외에 지역권이나 대항 요건을 갖춘 임차권을 취득한 제3자도 본조의 제3자에 포함되는지 여부에 대하여 견해가 대립하지만 이를 부정하는 것이 다수설이다.²¹⁾ 다수설에 의하면, 이들은 이해관계 있는 제3자로서 채무자를 대위하여 변제할

보다 넓다는 견해(이인재, 앞의 책(주4), 195쪽)와 양자는 그 관점을 달리하는데 불과하고 같은 기준으로 볼 수 있다는 견해(신광열, 앞의 책(주4), 347쪽)가 있는데, 대립하는 두 견해는 판례의 태도가 자신들의 견해와 같다고 하며 전자의 견해는 대법원 1961. 11. 9. 선고 4293민상729 판결을, 후자의 견해는 대법원 2009. 5. 28. 자 2008마109 결정을 제시하고 있다. 위 4293민상729 판결은 “연대보증인이 그 보증기간 이전에 채무를 변제한 경우에 있어 연대보증인의 변제로서 그 효력을 발생하지 아니하고 대위변제가 성립되지 아니한다 하여도 제3자의 변제는 그 자체가 채무자를 위하여 유익한 것이므로 반증이 없는 한 채무자에게 유익하고 또한 의사에 반하지 아니한 것으로 인정하여야” 한다고 판시하고 있는 반면에 2008마109 결정은 단지 “위 조항에서 말하는 ‘이해관계’ 내지 ‘변제할 정당한 이익’이 있는 자는 변제를 하지 않으면 채권자로부터 집행을 받게 되거나 또는 채무자에 대한 자기의 권리를 잃게 되는 지위에 있기 때문에 변제함으로써의 당연히 대위의 보호를 받아야 할 법률상 이익을 가지는 자를 말하고, 단지 사실상의 이해관계를 가진 자는 제외된다”고 판시하여 양자의 범위의 적극적인 동일성 여부를 판단하였다기 보다는 소극적으로 사실상 이익이 제외된다는 점만을 판단하고 있을 뿐으로 이해된다.

21) 김제형, 주석민법 물권 제4판 제4권, 한국사법행정학회, 2011, 190쪽.

수 있을 뿐이라고 한다. 판례²²⁾도 다수설과 같은 견해로서 후순위저당권자가 제364조의 저당권소멸청구권을 행사할 수 있는 제3취득자에 해당하지 않는다고 판시하였다. 후자에서 제3취득자의 범위에 관하여 다수설과 판례는, 저당부동산에 관한 필요비와 유익비는 모든 이해관계인을 위하여 부동산의 가치를 유지 중대하는 공익적 비용이라는 성격을 갖고 있는 것으로 이해하여 저당물에 대해 지상권이나 전세권을 취득한 자 뿐만 아니라 소유권을 취득한 자²³⁾도 포함하고 있다. 나아가 다수의 일반견해는 지상권이나 전세권의 취득자뿐만 아니라 타인의 저당부동산에 관하여 이러한 권리에 준하는 정도의 권리를 취득한 자까지도 포함한다. 이러한 제3취득자의 권리는 물권에 한하지 않지만 지상권, 전세권 등 물권과의 균형상 등기된 임차권과 같이 적어도 대항력을 갖춘 권리어야 하고, 대항력을 갖춘 주택임차인이나 상가임차인에게도 비용상환청구권을 인정하고 있다.

비용상환청구권 규정에서 제3취득자의 범위가 제364조 변제권에서 제한적 또는 열거적으로 한정하고 있는 제3취득자의 범위와 동일하지 아니하듯이, 수인의 법정대위자 상호간의 관계에서 제3취득자의 범위도 또한 제364조 변제권에서 규정하고 있는 범위와 동일하지 아니하다. 예를 들어 저당부동산의 제3취득자가 피담보채무를 인수한 경우, 제364조 변제권의 제3취득자 지위가 인정되는지 여부와 수인의 법정대위자 상호간의 관계에서의 제3취득자의 지위가 인정되는지 여부는 서로 달라진다. 전자에 관하여, 저당부동산의 제3취득자가 피담보채무를 인수한 경우에는 그 때부터는 제3취득자는 채권자에 대한 관계에서 채무자의 지위로 변경되므로 민법 제364조의 규정을 적용될 여지가 없지만, 저당부동산의 제3취득자가 매매대금에서 저당권의 피담보채무 또는 채권최고액을 공제한 잔액만을 현실로 수수한 경우, 그러한 사정만을 가지고 언제나 매수인이 매도인의 저당채권자에 대한 피담보채무를 인수한 것으로 볼 수는 없고, 오히려 이러한 매매대금 지급방법상의 약정은 다른 특별한 사정이 없는 한 매매당사자 사이에서는 매수인이 피담보채무 또는 채권최고액에 해당하는 매매대금 부분을 매도인에게 지급하는 것이 아니라 채권자에게 직접 지급하기로 하여 그 매매목적 부동산에 관한 저당권의 말소를 보다 확실하게 보장하겠다고 하는 취지로 그런 약정을 하게 된 것이라고 볼 것이고 이러한 이행인수의 경우에는 인수인이 채권자에게 직접 채무를 부담하는 것은 아니며 이러한 제3취득자를 채권자에 대한 관계에서 채무자로 된다고 할 수는 없고, 따라서 그는 여전히 제3취득자로서 저당권에 의해 담보된 채권만 변제하고 저당권의

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

23) 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다36604 판결.

말소를 청구할 수 있게 된다.²⁴⁾ 반면에 채무인수인의 변제는 자기 채무의 변제이므로 구상권이나 변제자대위권이 발생할 여지가 없으므로 제3취득자의 지위를 인정받지 못하는 위와 같지만, 이행인수인은 이행인수계약의 내용에 따라 구상권의 발생여부가 달라지므로 구상권이 발생됨을 전제로 하는 변제자대위권이 인정되지 않는 제3취득자가 발생한다는 점에서 위와 이익상황이 전혀 다르다. 이행인수계약의 내용이, 매수인이 매매목적물에 관한 저당권의 피담보채무를 인수하고 이를 대금결정에 참작하여 공채하기로 한 취지인 경우에는 저당권 실행 등 담보권으로 인한 불이익에 관하여 채무불이행 책임 또는 담보책임을 물을 수 없고 -특별한 사정이 없는 한 매수인으로서 매도인에 대하여 제576조 제1항의 담보책임을 면제하여 주었거나 이를 포기한 것으로 봄이 상당하므로²⁵⁾-, 이행인수인이 저당채무를 변제하더라도 채무자와의 관계에서는 인수채무를 이행할 의무가 있으므로 다른 특약이 없는 한 채무자에게 구상권을 행사할 수 없고 변제자대위권도 발생할 여지가 없다. 그러나 원칙적으로 인수인은 채권자에 대한 관계에서는 채무자가 아니므로 이행인수인의 변제는 제3자의 변제로서 구상권이 인정될 수 있으며²⁶⁾ 이행인수약정에 따라 단지 편의적으로 채무자를 대신하여 우선 채권자에게 채무를 이행하기로 약정하였음에도 불구하고 이를 이행하지 아니하는 경우에는 채무자에 대하여 채무불이행의 책임을 지게 되어 특별한 법적 불이익을 입게 될 지위에 있다고 할 것이므로, 이행인수인은 그 변제를 할 정당한 이익이 있는자에 해당되어 법정대위가 인정된다.²⁷⁾

3. 담보권자의 포함여부

제482조 제2항의 제3취득자의 범위에 담보권자가 포함되지는 여부에 관하여 국내 문헌 중에는 근거제시 없이 포함되지 않는다고 언급한 것이 유일한 견해(소극설)임은 위에서 살펴보았다. 반면에 판례는 공동근저당의 목적의 채무자와 물상보증인 소유이고 먼저 물상보증인 소유 부동산에 경매가 이루어져 공동근저당권자가 변제를 받은 사안에서, 공동근저당권이 불법말소 된 후 새로 설정된 근저당권자를 제3취득자의 범위에 포함²⁸⁾하는 반면에 보증인의 대위변제 후 설정된 후순위근저당권자는 제3취득자에 포함

24) 대법원 2002. 5. 24. 선고 2002다7176 판결.

25) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2002다1151 판결.

26) 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다18578 판결.

27) 대법원 2012. 7. 16. 자 2009마461 결정.

하지 않고 있다.²⁹⁾ 후순위담보권의 취득자는 제482조 제2항 대위의 제한 규정의 적용대상이 아니므로, 판례의 태도는 담보권자도 제3취득자에 포함하는 적극설로 이해된다.

후순위담보권자를 제482조 제2항의 제3취득자에 포함하지 않는 것은 국내 문헌의 유일한 견해와 판례의 태도가 일치한다. 다만 위 판례의 평석에서는 제482조 제2항 제1호에서 ‘제3자’에는 후순위저당권자를 포함하지 않는 것으로 하고, 제2호에서 ‘제3취득자’에는 후순위저당권자를 포함한다는 절충적 견해이다. 서론에서 언급한 바와 같이 법제사적으로 변제자대위제도는 로마법의 소권양도의 이익제도와 후순위질권자의 변제제 공권 제도가 프랑스 고법에서 양제도의 공통점에 주목하여 결합시켜 새로이 창안되었다고 이해된다. 제481조의 ‘변제할 정당한 이익이 있는 자’를 로마법적 두 기원에 따라 ‘변제하지 않으면 채권자로부터 집행을 당할 자’(이른바 의무이행형)와 ‘변제하지 아니하면 채무자에 대한 자기의 권리를 상실한 자’(이른바 권리보전형)의 두 유형으로 분석할 수 있고,³⁰⁾ 그 실익은 전자의 경우에만 수인의 법정대위자 상호간의 분담조정의 문제

28) 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30666 판결 (공동근저당의 목적인 채무자 갑 소유 부동산과 물상보증인을 소유 부동산 중 을 소유 부동산에 먼저 경매가 이루어져 공동근저당권자인 병이 변제를 받았는데, 을 소유 부동산에 대한 후순위저당권자 정이 을 명의로 대위의 부기등기를 하지 않고 있는 동안 병이 임의로 갑 소유 부동산에 설정되어 있던 공동근저당권을 말소하였고, 그 후 갑 소유 부동산에 무 명의의 근저당권이 설정되었다가 경매로 그 부동산이 매각된 사안에서, 민법 제482조 제2항 제1호에 의하여 갑과 정은 무에게 대항할 수 없다고 한 사례); 이 판결에 대한 평석은 이언학, “변제자대위에 의하여 물상보증인이 취득한 근저당권을 공동으로 말소한 소유자 및 근저당권자가 물상보증인 소유 부동산의 후순위저당권자에 대하여 불법행위책임을 지는지 여부”, 대법원 판례해설 제89호(2011하반기), 법원도서관, 2012, 116-140쪽.

29) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다48855 판결 (선순위 근저당권의 피담보채무에 대하여 직접 보증책임을 지는 보증인과 달리 선순위 근저당권의 피담보채무에 대한 직접 변제책임을 지지 않는 후순위 근저당권자는 보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 있다고 봄이 타당하므로, 민법 제482조 제2항 제2호의 제3취득자에 후순위 근저당권자는 포함되지 아니한다고 해석하여야 할 것이다. 한편 민법 제482조 제2항 제2호의 제3취득자에 후순위 근저당권자가 포함되지 않음에도 같은 항 제1호의 제3자에는 후순위 근저당권자가 포함된다고 하면, 후순위 근저당권자는 보증인에 대하여 항상 채권자를 대위할 수 있지만 보증인은 후순위 근저당권자에 대하여 채권자를 대위하기 위해서는 미리 대위의 부기등기를 하여야만 하므로 보증인보다 후순위 근저당권자를 더 보호하는 결과가 되는데, 이러한 결과는 법정대위자인 보증인과 후순위 근저당권자 간의 이해관계를 공평하고 합리적으로 조절하기 위한 민법 제482조 제2항 제1호와 제2호의 입법 취지에 부합하지 않을뿐더러 후순위 근저당권자는 통상 자신의 이익을 위하여 선순위 근저당권의 담보가치를 초과하는 담보가치만을 파악하여 담보권을 취득한 자에 불과하므로 변제자대위와 관련해서 후순위 근저당권자를 보증인보다 더 보호할 이유도 없다. 이러한 사정들과 민법 제482조 제2항 제1호와 제2호가 상호작용 하에 법정대위자 중 보증인과 제3취득자의 이해관계를 조절하는 규정인 점 등을 종합하여 보면, 보증인은 미리 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 않고서도 저당물에 후순위 근저당권을 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위할 수 있다고 할 것이므로 민법 제482조 제2항 제1호의 제3자에 후순위 근저당권자는 포함되지 않는다고 한 사례); 이 판결에 대한 평석은 백경일, 앞의 논문(주19), 231-273쪽.

30) 김형석, 앞의 논문(주5), 37쪽.

즉 대위의 제한을 규정한 제482조 제2항이 적용되고, 후자의 경우에는 분담조정의 문제가 없으므로 제482조 제2항의 적용을 예정하고 있지 아니하다는 점이다. 판례도 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카24834 판결에서 “변제할 정당한 이익이 있는 자란 변제를 하지 않으면 채권자로부터 집행을 받게 되거나 또는 채무자에 대한 자기의 권리를 잃게 되는 지위에 있기 때문에 변제함으로써 당연히 대위의 보호를 받아야 할 법률상의 이익을 가지는 자”를 가리킨다고 판시한 이후 위와 같은 분석틀을 유지하고 있다.³¹⁾ 판례는 후순위저당권자를 제482조 제2항 제1호와 제2호의 제3취득자에 각각 포함되지 않는다고 하는데 이는 결국 후순위저당권자에게는 제482조 제2항의 수인의 법정대위자 상호간의 분담조정의 문제가 없으므로³²⁾ 당해 조항이 적용되지 않는다는 의미로 이해될 수 있다. 후순위저당권자는 선순위저당권의 실행으로 자기의 권리를 상실할 것이므로 자신의 후순위저당권을 유지 보전할 필요에 의하여 추가적인 출연으로 선순위저당권자를 만족시키게 되는데, 이는 ‘변제하지 아니하면 채무자에 대한 자기의 권리를 상실하는 자’(이른바 권리보전형)에 해당함으로써 제481조 법정대위를 할 수 있을 뿐 제482조 제2항에 의한 대위의 제한이 적용되지 않기 때문이다.

그러므로 제482조 제2항에서의 제3취득자의 범위는 제364조의 변제권 규정에 정의된 제3취득자의 범위와는 다르게 정하여지며, 전세권 또는 저당권의 목적이 된 부동산에 관하여 소유권, 지상권, 담보권 등을 취득한 자를 가리키지만 예를 들어 후순위저당권자와 같이 ‘변제하지 아니하면 채무자에 대한 자기의 권리를 상실하는 자’(이른바 권리보전형)로서의 변제할 정당한 이익이 인정되는 경우에는 분담조정의 문제가 발생하지 아니하므로 제3취득자에 포함되지 아니한다.

III. 채무자로부터의 제3취득자와 물상보증인으로부터의 제3취득자

제482조 제2항 제1호 내지 제3호의 제3취득자에 관하여 채무자로부터의 제3취득자와 물상보증인으로부터의 제3취득자를 구분하지 않는 견해(무제한설)가 종래의 다수설이었으나,³³⁾ 양자를 구분하는 견해(제한설)가 유력하게 제기되고 있다. 유력설인 제한설은

31) 대법원 2009. 5. 28. 자 2008마109 결정.

32) 김형석, “공동저당의 실행과 이해관계의 조정”, 법학 제57권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2016, 83쪽.

33) 이인재, 앞의 책(주4), 202-206쪽; 신광열, 앞의 책(주4), 357-360쪽; 명승구, 앞의 논문(주16), 257-259쪽.

제482조 제2항의 제1호, 제2호, 제3호의 제3취득자를 모두 채무자로부터의 제3취득자만을 의미한다고³⁴⁾ 제한적으로 이해하거나 또는 제1호에서는 물상보증인으로부터의 제3취득자만을 제2호, 제3호에서는 채무자로부터의 제3취득자만을 의미하는 것³⁵⁾으로 이해하고 있다.

무제한설의 논거는, 제3취득자가 담보부담을 각오하고 부동산을 취득하였다는 것은 채무자로부터의 제3취득자이든 물상보증인으로부터의 제3취득자이든 차이가 없다는 점과, 최후까지 채무를 부담하는 자는 채무자이고, 그 다음은 담보물의 제3취득자이며 그다음 순서는 보증인과 물상보증인이 동등한 지위이고, 기타의 제3변제자는 담보의무가 없으므로 다른 자로부터 대위의 대상이 되지 않는 가장 후순위의 가벼운 지위에 있다³⁶⁾는 점이다. 제한설의 논거는, 채무자가 종국적인 책임을 지는 자이기 때문에 ‘채무자로부터의 제3취득자’는 이를 감수하고서 소유권을 취득하였다고 봄이 상당하지만, 물상보증인은 자기 손실의 전부 또는 일부를 채무자 또는 다른 보증인 및 물상보증인에게 전가할 수 있는 지위에 있었기 때문에 ‘물상보증인으로부터의 제3취득자’에게도 그 정도의 지위를 인정하는 것이 타당하다는 점을 토대로 삼고 있다.

생각건대 무제한설에 따라 제482조 제2항 제1호 내지 제3호의 제3취득자의 범위에 물상보증인으로부터의 제3취득자를 포함하게 된다면, 첫째, 보증인이 물상보증인에 대하여 인원수에 비례하여 책임을 부담하는(같은 항 제5호) 반면에 물상보증인으로부터의 제3취득자에 대하여는 전액을 대위하게 됨으로써(같은 항 제1호), 물상보증인 소유의 부동산 양도라는 우연한 사정에 의하여 보증인이 각오한 부담이 소멸되는 불합리한 결과가 발생한다. 또한 둘째, 물상보증인은 자신이 양도한 부동산에 설정된 저당권이 실행되어 제3취득자가 소유권을 잃게 되는 경우에는 제3취득자에 대하여 담보책임을 부담하게 되므로(제576조), 물상보증인이 담보책임을 면하기 위하여 변제하기도 하고 물상보증인으로부터의 제3취득자가 스스로 변제하는 경우도 있을 수 있게 된다. 대위변제한 물상보증인은 보증인과 사이에 인원수에 비례하여 대위함(같은 항 제5호)에 반하여, 대위변제한(물상보증인으로부터의)제3취득자는 보증인과 사이에 대위할 수 없고(같은 항 제2호) 매도인인 물상보증인에 대해서만 구상을 하여야 하고(제576조 제2항), 구상당한 물상보증인이 비로서 보증인과 사이에 인원수에 따라서 대위할 수 있게 되는

34) 이진만, 앞의 논문(주16), 75-77쪽; 김덕중, 앞의 논문(주16), 47-50쪽.

35) 양창수, 앞의 논문(주15), 86쪽.

36) 이은영, 채권총론 제3판, 박영사, 2000, 719쪽.

데, 역시 불합리한 결과 -물상보증인으로부터의 제3취득자, 보증인 및 물상보증인 사이의 법률관계를 불필요하게 복잡하게 만든다-가 발생한다. 이러한 불합리한 결과들을 피하기 위하여 제한설을 지지하고, 제482조 제2항 제1호 내지 제3호의 제3취득자를 모두 채무자로부터의 제3취득자만을 의미하는 것으로 해석한다. 제한설은 몇 달 전 공포된 일본 개정민법 제501조 제3항 제1호에서 채택되어 조문화되었다.

결국 일본 개정민법 같은 항 제5호에서 물상보증인으로부터의 제3취득자를 물상보증인으로 간주하는 규정과 같은 취지에서, 현행민법 제482조 제2항 제1호, 제4호, 제5호 해석 및 적용에 있어서 물상보증인으로부터 담보목적물을 취득한 제3취득자를 대위관계에 있어서는 물상보증인과 함께 다루어야 한다. 따라서 어느 견해에 의하든 채무자로부터의 제3취득자는 보증인 또는 물상보증인에게 변제자대위를 주장하지 못하지만,³⁷⁾ 제한설에 따르면 ‘물상보증인으로부터의 제3취득자’는 물상보증인과 마찬가지로 보증인 또는 물상보증인에게 변제자대위를 주장할 수 있다고 해석하여야 한다. 그 경우 대위의 범위에 관하여는 제4호(물상보증인에 대하여) 또는 제5호(보증인에 대하여)가 유추적용된다. 반면에 ‘채무자로부터의 제3취득자’에 대하여는 어느 견해에 의하든 보증인 또는 물상보증인이 채권자를 ‘전액’ 대위하지만(보증인의 경우는 제1호의 적용, 물상보증인의 경우 제1호의 유추적용), 제한설에 따르면 ‘물상보증인으로부터 취득한 제3취득자’에 대해서는 전액대위가 아닌 ‘부분’ 대위만 할 수 있다. (보증인의 경우 제482조 제2항 제5호의 유추적용. 다만 대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카10305에 따르면 ‘부기등기’가 필요하다. 물상보증인의 경우 제482조 제2항 제4호의 유추적용)

다만 피담보채무를 변제하는 제3취득자와 물상보증인은 모두 채무자에게 구상권이 있는데, 물상보증인 소유 저장목적물의 제3취득자가 변제한 경우 채무자에 대한 구상권

37) 대법원 2014. 12. 18. 선고 2011다50233 전원합의체 판결 (물상보증인이 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소유권을 잃은 때에는 보증채무를 이행한 보증인과 마찬가지로 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자에 대하여 구상권의 범위 내에서 출제한 전액에 관하여 채권자를 대위할 수 있는 반면, 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자는 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소유권을 잃더라도 물상보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 없다고 보아야 할 것이다. 만일 물상보증인의 지위를 보증인과 다르게 보아서 물상보증인과 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자 상호 간에는 각 부동산의 가액에 비례하여 채권자를 대위할 수 있다고 한다면, 본래 채무자에 대하여 출제한 전액에 관하여 대위할 수 있었던 물상보증인은 채무자가 담보부동산의 소유권을 제3자에게 이전하였다는 우연한 사정으로 이제는 각 부동산의 가액에 비례하여서만 대위하게 되는 반면, 당초 채무 전액에 대한 담보권의 부담을 각오하고 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자는 그 범위에서 뜻하지 않은 이득을 얻게 되어 부당하다. 이와 달리 담보부동산을 매수한 제3취득자는 물상보증인에 대하여 각 부동산의 가액에 비례하여 채권자를 대위할 수 있다고 한 대법원 1974. 12. 10. 선고 74다1419 판결은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경한 사례)

자에 누구인가에 대하여는 물상보증인과 제3취득자 사이 이행을 인수하였느냐의 여부에 따라 달라진다. 판례는³⁸⁾ 물상보증인과 물상보증인으로부터의 제3취득자 사이에 구상관계에 있어서는 유사성을 인정하고 있으므로 일반적인 경우에는 제3취득자가 채무자에 대하여 구상권을 가진다. 즉, 특별한 사정이 없는 한 물상보증인의 구상권에 관한 제370조, 제341조의 규정을 유추 적용하여, 물상보증인으로부터 저당부동산을 양수한 제3취득자는 보증채무에 관한 규정에 의하여 채무자에 대한 구상권이 있다고 한다. 그러나 제3취득자가 피담보채무를 이행인수한 경우에는 본래의 물상보증인이 채무자에 대하여 구상권을 가진다는 것이 판례의 태도이다.³⁹⁾ 즉, 이행인수는 매매당사자 사이의 내부적인 계약에 불과하여 이로써 물상보증인의 책임이 소멸하지 않는 것이고, 따라서 담보부동산에 대한 담보권이 실행된 경우에도 제3취득자가 아닌 원래의 물상보증인이 채무자에 대한 구상권을 취득한다고 한다.

IV. 제3취득자와 대위의 부기등기

제482조 제2항 제1호는 보증인이 제3취득자에 대하여 채권자를 대위하기 위한 요건으로 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 등기할 것을 요구하고 있고, 같은 항 제5호는 위 제1호의 대위의 등기요건을 준용하고 있다. 대위등기를 요하는 근거로는 다수설⁴⁰⁾이 보증인의 변제로 저당권이 소멸한 것으로 믿고 목적부동산을 취득한 제3취득자가 불측의 손해를 입을 것이라는 점을 들고 있는 반면에, 소수설⁴¹⁾은 같은 항 제3호, 제4호에서는 대위의 등기를 요건으로 하지 않지만 보증인이 연계된 제1호와 제5호에서만 대위의 등기를 요구하는 점에 착안하여 물권법상 공시의 원칙을 관찰하기 위한 특별한 규범 조치로 이해하고 있다. 즉, 소수설은 변제자대위를 위한 요건으로 대위의 등기가 요구되는 것은 변제로 인하여 채권자를 대위하는 자의 존재가 공시되지 않는 보증인의 경우에 한한다고 하지만, 이러한 주장에 대하여 대위변제자인 물상보증인 또는 제3취득자 명의의 저당권의 공시와 대위의 객체 또는 대상이 되는 저당권의 공시를 혼동하고

38) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97다8403 판결; 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다49285 판결.

39) 대법원 1997. 5. 30. 선고 97다1556 판결.

40) 이인재, 앞의 책(주4), 203쪽.

41) 명순구, 앞의 논문(주16), 260-261쪽.

있다는 비판⁴²⁾이 있다.

대위의 부기등기를 요하는 시점에 관하여 법문에는 ‘미리’라고 규정되어 있는데 ‘미리’가 어느 시점을 의미하는지에 관하여 통설은 보증인의 변제 후 제3취득자의 권리취득 전이라고 새기는데 이는 대위등기를 요하는 근거가 제3취득자에 신뢰보호에 있기 때문이다.

변제자대위 효과를 정하고 있는 제482조 제1항에 관하여 통설과 판례는 채권자의 원채권과 담보에 관한 권리가 법의 힘으로 대위자에게 당연히 이전된다고 해석하고 있다.(권리이전설) 반면에 소수설인 대위행사설⁴³⁾은 대위변제자가 채권자의 권리를 이전받는 것이 아니라 대위자가 그 권리를 행사할 권한을 가지는데 불과하다고 하고 또 다른 소수설인 의제적 이전설⁴⁴⁾은 채권자의 원채권은 소멸하되, 다만 구상권의 확보를 위한 담보권 행사를 정당화하는 한도에서 의제적으로 변제자에게 이전된다고 한다. 통설과 판례가 취하는 권리이전설을 전제로 한다면 변제자대위는 원채권 및 담보권의 법률에 의한 이전이므로 저당권도 그 이전에 관한 대위등기를 하지 않더라도 대위자가 이를 취득할 수 있게 된다. 서론에서 살펴보았듯이 비교법적으로 찾아보기 힘든 규정인 제482조 제2항 각 호 규정은 일본 민법에서 만들어졌는데, 일본은 부동산물권변동에 관하여 대항요건주의를 취하므로 대위변제자의 변제로 인한 담보권 취득과 제3취득자의 권리 취득과를 일종의 대항관계로 파악하여 그 양자간의 우열을 등기의 선후로 정한다는 생각이 그 배경으로 여겨진다. 그렇다면, 부동산물권변동에 관하여 성립요건주의를 취하는 입장에서는 대위의 등기를 요건으로 하는 제482조 제2항 제1호, 제5호에 대하여 회의적인 견해⁴⁵⁾와 목적론적 축소해석을 하는 견해⁴⁶⁾들이 있다.

그러나 등기를 요하지 않는 물권변동규정인 제187조에서는 부동산물권변동이 발생한 후 그 등기를 하지 않는 동안에는 필연적으로 실체법상의 권리와 등기부상의 권리가 일치하지 않는 결과가 발생하고, 이로 인하여 등기의 외관만을 믿고 부동산에 관련된 법률관계를 맺은 선의의 제3자에게 예측하지 못한 손해를 입힐 우려가 있다는 점이 큰 문제점으로 지적된다. 이러한 문제가 발생하는 이유는 제187조가 스위스 민법 제656

42) 양창수, 앞의 논문(주15), 84쪽.

43) 이은영, 앞의 책(주36), 712-713쪽.

44) 양창수, 앞의 논문(주15), 7쪽; 김재형, 앞의 논문(주10), 47쪽.

45) 백경일, 앞의 논문(주19), 243쪽; 이성진, “물상보증인과 제3취득자간의 변제자대위”, 법학논집 제19권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2015, 283쪽.

46) 명순구, 앞의 논문(주16), 261쪽; 양창수, 앞의 논문(주15), 81-82쪽.

조에서 유래하였지만, 현행민법이 스위스 민법과는 달리 등기의 공신력을 인정하지 않았기 때문이다. 또한 제187조는 부동산물권변동의 시기와 권리관계를 명확하게 공시하려는 등기제도 내지 성립요건주의의 이상에 반한다. 그러므로 이 문제점을 보완하기 위하여는 첫째, 제187조에 의한 부동산물권변동이 발생하는 경우 자체를 억제할 필요가 있으며 둘째는, 제187조에 의한 부동산물권변동이 발생한 결과 실제적 권리관계와 등기부가 일치하지 아니함으로 인하여 선의의 제3자에게 불측의 손해를 줄이기 위하여 그 정정을 강제하는 절차가 마련될 필요가 있다.⁴⁷⁾ 이에 따라 제482조 제2항 제1호, 제5호는 제3취득자의 신뢰를 보호하기 위하여 미리 부기등기 할 것을 요구하고 있고, 판례의 태도⁴⁸⁾도 위 명문규정을 충실하게 따르고 있는 것으로 평가된다. 다만 근저당권확정 전에 대위변제한 사안에서 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다53929 판결⁴⁹⁾은 그 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채권이 나중에 확정되면, 그 피담보채권액이 그 근저당권의 채권최고액을 초과하지 않는 한 그 근저당권 내지 그 실행으로 인한 경락대금에 대한 권리 중 그 피담보채권액을 담보하고 남는 부분은 저당권의 일부이전의 부기등기의 경료 여부와 관계없이 대위변제자에게 당연히 이전된다고 판시하였으나, 이는 제482조 제2항 제1호, 제5호의 제3취득자에 포함되지 않는 후순위저당권자에 대한 사안으로 위 규정이 적용되지 않으므로 판례의 태도에 모순이 있다고 평가되지는 않는다.

V. 결론

법정대위자 상호간의 관계에서 그 순서와 비율 및 요건을 규정하고 있는 현행민법 제482조 제2항은 일본 민법 제501조가 원안이지만 비교법적으로는 달리 그 예를 찾아보기 어려운 규정으로 여겨지고, 그 해석과 흠결보충에 관하여 다양한 문제점이 제기된다. 이상의 연구에서 다음과 같은 해석론상 주장을 피력하고자 한다.

제482조 제1호 내지 제3호에 규정된 제3취득자의 법적지위와 관련하여 제3취득자의 범위에 관한 논의는 채무자로부터의 제3취득자와 물상보증인으로부터의 제3취득자를

47) 이재홍, 민법주해(IV) 물권(1), 박영사, 1992, 165쪽.

48) 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30666, 30673 판결 (채무자로부터의 제3취득자); 대법원 1990. 11. 19. 선고 90다카10305 판결 (물상보증인으로부터의 제3취득자)

49) 따름 판례로 대법원 2004. 6. 25. 선고 2001다2426 판결.

구별할 것인지 여부와 전자만으로 제한할 것인지 여부에 관하여만 논의가 있어왔을 뿐, 제3취득자의 정의와 관련해서는 대부분의 문헌이 침묵하고 있고 몇몇 문헌에서만 간단한 언급이 있을 뿐이다. 제3취득자 범위에 관하여는 제한설을 지지하고, 제3취득자의 정의에 관하여는 제3취득자의 변제권규정인 제364조에서 제3취득자를 ‘저당부동산에 대하여 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자’로 정의하고 있지만, 변제자대위에서 제3취득자는 제364조에 규정된 제3취득자와는 다른 범위로 이해되어야 한다.

제481조의 ‘변제할 정당한 이익이 있는 자’에는 로마법적 두 기원에 따라 ‘변제하지 않으면 채권자로부터 집행을 당할 자’(이른바 의무이행형)와 ‘변제하지 아니하면 채무자에 대한 자기의 권리를 상실한 자’(이른바 권리보전형)의 두 유형이 있는데, 전자의 경우에만 대위의 제한규정인 제482조 제2항 각호가 적용될 뿐이고 후자의 경우에는 분담조정의 문제가 없으므로 위 조항은 적용되지 아니한다. 예를 들어 후순위저당권자는 후자의 경우로 이해되므로 제3취득자에 포함되지 않는다. 따라서 제482조 제2항에서 제3취득자의 범위에는 전세권 또는 지상권의 목적이 된 부동산에 관하여 소유권, 지상권, 담보권 등을 취득한 자가 포함되지만, 후순위저당권자와 같이 ‘변제하지 아니하면 채무자에 대한 자기의 권리를 상실하는 자’(이른바 권리보전형)로서의 변제할 정당한 이익이 인정되는 경우에는 분담조정의 문제가 발생하지 아니하므로 제외된다.

채무자로부터의 제3취득자와 물상보증인으로부터의 제3취득자를 구분하여 전자는 채무자에, 후자는 물상보증인에 준하여 다루어서 제482조 제2항 제1호 내지 제3호의 제3취득자를 모두 채무자로부터의 제3취득자를 의미하는 것으로 해석한다. 이는 몇 달 전 공포된 일본 민법에서 명문화된 내용과 일치하고 있다.

변제자대위의 효과에 대한 권리이전설을 따른다면 제482조 제2항 제1호, 제5호에서 요구하는 대위의 부기등기에 관하여 적대적이거나, 제3취득자의 포섭범위를 목적론적으로 축소 해석하는 견해들이 있다. 그러나 제187조는 제3자에게 불측의 손해를 입힐 우려가 있는 문제점이 있고, 이러한 문제점을 보완하기 위하여 제3자에게 불측의 손해를 줄여주기 위하여 그 정정을 강제하는 절차가 요청된다고 한다. 그러한 요청에 의하여 제482조 제2항 제1호, 제5호는 보증인의 변제로 저당권이 소멸한 줄로 믿고 목적부동산을 취득한 제3취득자가 불측의 손해를 입지 않도록 미리 부기등기 할 것을 요구하고 있고, 판례의 태도도 위 규정에 충실하게 따르고 있다고 평가되고 그 태도를 지지한다.

참고문헌

1. 단행본

- 김재형, 주석민법 물권 제4판 제4권, 한국사법행정학회, 2011.
 신광열, 주석 민법 채권총칙 제4판 제4권, 한국사법행정학회, 2014.
 이은영, 채권총론 제3판, 박영사, 2000.
 이인재, 민법주해 채권(3), 박영사, 1995.
 이재홍, 민법주해(IV) 물권(1), 박영사, 1992.

2. 학술지

- 김덕중, “제3취득자와 물상보증인 상호간의 변제자 대위”, 법학논고 제51권, 경북대학교 법학연구원, 2015, 39-66쪽.
 김민기, “부진정연대채무에 있어서의 구상권 및 변제자대위”, 대법원 판례해설 제83호, 법원도서관, 2010, 117-136쪽.
 김재형, “조세채권과 변제자대위”, 저스티스 제110호, 한국법학원, 2009, 29-51쪽.
 김형석, “변제자대위 제도의 연현에 관한 소고”, 사법연구 제8집, 법영사, 2003, 7-40쪽.
 ———, “공동저당의 실행과 이해관계의 조정”, 법학 제57권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2016, 57-100쪽.
 명순구, “변제자대위에 있어서 이해관계인간의 이익조정”, 법학논집 제34권, 고려대학교 법학연구원, 1998, 251-273쪽.
 백경일, “물상보증인과 제3취득자간의 변제자대위”, 민사법학 제72호, 한국민사법학회, 2015, 49-84쪽.
 ———, “보증인과 후순위저당권자간의 변제자대위”, 민사법학 제64호, 한국민사법학회, 2015, 231-273쪽.
 양창수, “물상보증인의 변제자대위와 부기등기의 여부”, 사법행정 제32권 제7호, 한국사법행정학회, 1991, 77-87쪽.
 이성진, “물상보증인과 제3취득자간의 변제자대위”, 법학논집 제19권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2015, 273-295쪽.

이언학, “변제자대위에 의하여 물상보증인이 취득한 근저당권을 공동으로 말소한 소유자 및 근저당권자가 물상보증인 소유 부동산의 후순위저당권자에 대하여 불법행위책임을 지는지 여부”, 대법원 판례해설 제89호(2011하반기), 법원도서관, 2012, 116-140쪽.

이진만, “변제자대위에 있어서 대위자 상호간의 관계”, 사법논집 제27집, 법원행정처, 1996, 69-122쪽.

제철웅, “프랑스법의 법정변제자대위”, 고시계 제48권 제3호, 고시계사, 2003,3, 31-47쪽.

[Abstract]

A Third Party Purchaser and Constructive Subrogation by Act of Person Who has Performed Obligation

Hong, Bong-Joo*

The origin of subrogation by person who has performed obligation is the two roman law theories of *beneficium cedendarum actionum* and *ius vedendi*. In *Ancien droit* subrogation has been devised from combination of the common character of the above two roman theories. Article 482 Clause 2 of the Korean Civil Code about relations among subrogators goes back to Article 501 of the Japanese Civil Code that is peculiar in comparative laws and has some omission and flaw in interpreting the above clause.

The author examines the scope of a third party purchaser provided from Paragraph 1, 2, and 3 of the above same Clause, and the difference between a third party purchaser from debtor and one from a person who pledged one's property to secure another's obligation, and supplementary registration of subrogation provided from Paragraph 1 and 5 of the above same Clause.

The conclusion can be summarized as follows. Scope of a third party is not same area of scope of the definition stipulated in Article 364 of the Korean Civil Code. A third party purchaser of subrogation includes mortgage right holder except mortgagee next in priority. A third party purchaser of subrogation means only one from debtor. A third party from a person who pledged one's property to secure another's obligation is deemed the former.

[Key Words] Subrogation by person who has performed obligation, Relations among subrogators, A third party, Mortgage right, Supplementary registration of subrogation

* Professor, School of Law, Konkuk University

