

공동저당에서 이해관계의 조정*

Adjustment of Conflicting Interest in Joint Mortgages

홍 봉 주**

Hong, Bong-Joo

목 차

- | | |
|-----------------------|------------------------|
| I. 서론 | III. 공동저당부동산의 소유자가 상이한 |
| II. 공동저당부동산의 소유자가 동일한 | 사안 유형에서의 이해조정 |
| 사안 유형에서의 이해조정 | IV. 결론 |

공동저당권자의 자유로운 실행선택권으로 인하여 후순위저당권자와 부동산 소유자 및 기타의 채권자의 이해관계가 대립하므로 그 조절방법으로 민법은 배당관계에서 공동저당권의 피담보채권액에 대한 각 공동저당부동산의 책임분담액이 경매대가에 비례하도록 하고 있다. 동시배당시 공동저당권자는 피담보채권액을 수 개 부동산의 경매대가의 비율에 의하여 배당 받고, 이시배당의 경우에도 공동저당권자는 피담보채권액 전부까지 우선변제받을 수 있으나 후순위저당권자는 미실행 저당부동산의 공동저당권을 대위하도록 함으로써 최종적인 배당의 결과가 동시배당의 경우와 같게 함으로써 공동저당권자의 실행선택권 행사로 인한 불이익을 입은 차순위저당권자를 보호하고 있다.

제368조 제2항의 적용범위 또는 부동산 소유자 요건과 관련하여 공동저당 부동산의 일부가 채무자 이외의 자 즉 물상보증인 또는 제3취득자의 소유인 사안에서 그 부동산이 경매되면 그 소유자는 채무자에 대한 구상권을 취득함과 동시에 변제자대위에 의하여 공동저당권을 취득한다. 이와 같은 변제자대위와 후순위저당권대위의 충돌 문제에 관하여 학설의 대립이 있어 왔고, 선등기자 우선설은 변제자대위 우선설을 원칙으로 하나 단 한 가지 사안 유형에서 예외적으로 후순위저당권자 대위를 우선하는 견해이다. 그 사안 유형이란 후순위저당권이 설정될 때까지 공동저당부동산이 모두 채무자 소유였으나 그 후에 일부 부동

투고일 : 2018. 12. 14. / 심사외뢰일 : 2019. 1. 16. / 게재확정일 : 2019. 2. 7.

* 이 논문은 2018학년도 건국대학교의 연구년 교원지원에 의하여 연구되었음.

** 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, School of Law, Konkuk University

산의 소유권이 제3자에게 양도된 사안이다. 선등기자 우선설 중에는 후순위저당권자 대위를 인정하는 예외범위를 일반화하는 견해도 있으나, 후순위저당권이 설정된 이후 추가 공동저당으로 물상보증인이 담보 제공하더라도 후순위저당권자는 설정 당시 물상보증인 소유 부동산을 알지 못하여 대위권 행사의 법적 기대나 법적 지위 자체가 없었으므로 후순위저당권자대위를 인정할 필요성이나 정당성이 인정되지 않는다.

본고는 제368조 제2항 후문의 적용범위를 공동저당 부동산의 소유자가 동일한 채무자, 물상보증인 또는 제3취득자인 사안 유형에 한정한다. 제368조 제2항 후문이 적용되지 않는 부동산 소유자 요건의 나머지 사안 유형에서도 변제자대위가 우선한다. 후순위저당권 설정이후에 채무자로부터 저당부동산의 일부가 양수된 사안 유형이나 물상보증인과 제3취득자 사이에서도 선등기자 우선의 예외를 인정하지 않는 변제자대위 우선설이 타당하다고 본다.

[주제어] 공동저당, 후순위저당권자대위, 변제자대위, 물상보증인, 제3취득자

I. 서론

공동저당은 동일한 채권의 담보를 위하여 여러 부동산에 저당권을 설정하는 것이고, 부동산의 소유자가 동일인이어야 하는 것은 아니다. 공동저당권자에게 실행선택권이 인정되어 공동저당권자가 어느 저당권을 어떤 범위에서 실행하느냐에 따라 저당권설정자(채무자 또는 물상보증인)나 제3취득자 또는 후순위저당권자의 이해관계에 영향을 미치므로 이러한 이해관계를 조절하기 위하여 민법 제368조¹⁾를 두고 있다. 제372조는 저당권에 관한 규정이 다른 법률에 의하여 설정된 저당권에도 준용한다고 규정하므로, 제368조에 규정된 부동산 이외의 다른 저당목적물에 설정된 공동저당에도 본조는 준용된다. 그러나 다른 법률에 의하여 성립된 저당권은 저당목적물의 종류가 서로 다른 경우에는 원칙적으로 본조는 준용되지 않는다고 해석된다.²⁾ 저당목적물의 종류가 다른 경우 경매절차가 달라지므로 본조를 준용한다면 실무상 해결하기 어려운 문제가 많게 될 것이기 때문이다. 따라서 공동저당 중에는 본조가 적용 또는 준용되는 협의의 공동저당과 그렇지 아니한 공동저당을 포함하는 모든 공동저당 또는 광의의 공동저당이 있게 된다.

1) 이하에서 법명의 지시없이 인용되는 조문은 민법의 조문이다.

2) 조대현, “공동저당의 등기원리”, 재판자료 제44집, 법원행정처, 1988, 164쪽;
조대현, 민법주해(VII) 물권 (4), 박영사, 1992, 161쪽;
김재형, 주석민법 제4판 물권(4), 한국사법행정학회, 2011, 235쪽.

협의의 공동저당과 광의의 공동저당이 본조의 적용 또는 준용여부에 차이가 있지만 실제상의 차이는 본조 제2항 후문의 적용여부뿐이다. 즉 본조 제1항은 경매대가가 동시에 배당되는 경우에는 광의의 공동저당에도 적용된다는 것이 통설³⁾이고, 본조 제2항 전문은 모든 공동저당제도의 필수적인 요청⁴⁾으로 당연한 법리를 규정한 것에 불과하기 때문이다. 본조 제2항 후문은 공동저당의 목적물이 공동저당관계를 공시하기에 적합하여야 하고 동일한 경매절차에서 경매될 수 있는 동종물인 경우에 해당하는 협의의 공동저당에만 적용되지만, 동 항 전문과는 달리 공동저당의 본질로부터 논리적으로 귀결될 수 있는 본질적 효력에서 우러나오는 것이 아니고 입법정책⁵⁾적으로 법률에 의하여 특별히 인정된 제도일 뿐이다. 즉 공동저당의 본질적인 내용인 공동저당권자의 목적물에 관한 자유로운 실행선택권을 어느 수준까지 보장할 것인가와 그로인한 이해당사자들의 이해 조절을 어떻게 할 것인지 또는 담보가치를 효율적으로 최대한 활용할 수 있도록 하는 규율방법은 각국의 입법례⁶⁾에 따라 여러 형태로 운영되고 있는 바, 이 점에 관한 민법의 태도가 제368조이다. “공동저당권의 목적인 수개의 부동산이 동시에 경매된 경우 공동저당권자로서는 어느 부동산의 경매대가로부터 배당받든 우선변제권이 충족되지만 하면 되지만, 각 부동산의 소유자나 차순위 담보권자 기타의 채권자에게는 어느 부동산의 경매대가가 공동저당권자에게 배당되는지에 관하여 중대한 이해관계를 갖게 되므로, 민법 제368조 제1항은 공동저당권의 목적물의 전체 환가대금을 동시에 배당하는 이른바 동시배당의 경우에 공동저당권자의 실행선택권과 우선변제권을 침해하지 않는 범위 내에서 각 부동산의 책임을 안분시킴으로써 각 부동산상의 소유자와 차순위 저당권자 기타의 채권자의 이해관계를 조절하고, 같은 조 제2항은 대위제도를 규정하여 공동저당권의 목적 부동산 중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 이른바 이시배당의 경우에도 최종적인 배당의 결과가 동시배당의 경우와 같게⁷⁾함으로써 공동저당권자의 실행선택권

3) 조대현, 위의 책, 162쪽; 김재형, 위의 책, 236쪽, 다만 아래 III의 서술 중 변제자대위가 우선하는 사안 유형에서는 본조 제1항은 적용되지 아니한다. 김재형, 위의 책, 256쪽.

4) 양창수, “후순위저당권자 있는 공동저당부동산에 대한 경매와 물상보증인의 지위”, 인권과 정의 제234호, 대한변호사협회, 1996, 124쪽.

5) 조대현, 앞의 논문, 163쪽.

6) 이종기, “공동저당권자의 저당권 일부 포기 및 혼동으로 인한 소멸”, 민사판례연구 제33권상, 박영사, 2011, 366-368쪽.

7) 이시배당의 배당결과가 동시배당의 경우와 항상 같은 것은 아니라는 견해로 이진만, “변제자대위에 있어서 대위자 상호간의 관계”, 사법논집, 제27집, 법원행정처, 1996, 111쪽; 양창수/김형석, 민법III-권리의 보전과 담보(제3판), 박영사, 2018, 481쪽.

행사로 인하여 불이익을 입은 차순위 저당권자를 보호하는 데에 그 취지가 있다고 할 것이다.”⁸⁾

동조 제2항 후문의 대위요건 중 부동산의 소유자요건으로 공동저당부동산들이 모두 채무자 소유여야 하는가 라는 쟁점에 관하여 견해가 대립되고, 이를 긍정하는 견해는 변제자대위 우선설⁹⁾을 취하고, 부정하는 견해는 후순위저당권자대위 우선설¹⁰⁾을 취하고 있다. 공동저당부동산 중 전부 또는 일부가 물상보증인이 제공한 경우이거나 채무자로부터 저당부동산의 소유권을 취득한 제3자의 소유인 사안에서 제481조, 제482조 규정에 의한 변제자의 대위와 제368조 제2항 후문의 규정에 의한 후순위저당권자의 대위가 충돌하게 되고, 이 충돌문제에 관하여 한때 국내 학설은 일치¹¹⁾하여 후순위저당권자대위가 우선한다는 설을 취하던 때도 있었으나, 이제는 대표적인 위 두 견해 이외에도 선등기자 우선설¹²⁾과 변제자대위전제설¹³⁾ 등이 나타나고 있다. 선행연구에 의한 국내 문헌들은 공동저당부동산의 소유자가 채무자 및 물상보증인인 사안에서 충돌문제 해결에 집중하고 있어 공동저당물의 소유자가 제3취득자인 사안 유형에 관한 언급이 없거나¹⁴⁾, 물상보증인과 제3취득자의 법률상 지위를 동일시함으로써¹⁵⁾ 추가 논의를 생략하거나 그 배당결과에 대한 오해를¹⁶⁾ 서술하는 분도 있다 또한 공동저당부동산의 소유자

8) 대법원 2006.10.27. 선고 2005다14502 판결.

9) 김증한/김학동, 물권법 제9판, 박영사, 2004, 561쪽; 박윤직, 물권법 제7판, 박영사, 2003, 364쪽; 고상룡, 물권법, 법문사, 2002, 702쪽; 홍성재, 물권법, 대영문화사, 2006, 593쪽; 서기석, “공동저당에 있어서 후순위근저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위의 충돌”, 대법원판례해설 제21호(94년 상반기), 법원도서관, 1994, 141쪽; 양창수, 앞의 논문, 311쪽; 이진만, 앞의 논문, 115쪽; 이동준, “공동저당에 있어서 물상보증인 제공 부동산의 후순위저당권자의 법적 지위”, 판례연구 제6집, 부산판례연구회, 1996, 67쪽.

10) 이영준, 물권법, 박영사, 1994, 842쪽; 김상용, 물권법 전정판증보, 법문사, 2003, 747쪽; 이상태, 물권법 9정판, 법원사, 2015, 549쪽; 조대현, 앞의 논문, 184쪽; 염규석, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위권”, 법이론과 실무 제3집, 영남민사법학회, 1999, 77쪽.

11) 양창수, 앞의 논문, 109쪽.

12) 이재홍, “부동산경매와 공동저당권”, 재판자료 제36집, 법원행정처, 1987, 260쪽; 김재형, 앞의 책, 281쪽; 송덕수, 민법강의(상), 박영사, 2004, 700쪽; 고팡식, “공동저당의 물상보증인과 차순위저당권자와의 이해관계”, 사법연구자료 제21집, 대법원 법원행정처, 1994, 150쪽; 김제식, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위와의 관계 및 물상보증인 소유부동산의 후순위저당권자의 지위”, 재판과 판례 제4집, 대구판례연구회, 1995, 59쪽.

13) 김형석, “공동저당의 실행과 이해관계의 조정”, 법학 제57권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2016, 95쪽, “제368조는 변제자대위를 전제로 하여 제482조 제2항에 따라 공동저당 부동산 사이에 분담관계가 정해지지 아니하는 경우 즉 공동저당 부동산 전부가 동일한 소유자에게 속하는 경우에만 적용되는 규범이라는 점이 분명해진다.”

14) 박윤직, 앞의 책, 363쪽; 김증한/김학동, 앞의 책, 561쪽; 이진만, 앞의 논문, 102쪽.

15) 이영준, 앞의 책, 841쪽; 조대현, 앞의 책, 199쪽. 물상보증인과 제3취득자를 “제3자”로 표현하고 있다.

16) 양창수, 앞의 논문, 125쪽에서 물상보증인과 제3취득자를 “복수의 물상보증인으로서”로 표현하고 있다, 김형

가 제3취득자인 사안 유형을 서술하는 분들도 채무자와 채무자로부터 양수한 제3취득자인 사안 유형에 관하여만 논의를 전개¹⁷⁾하고 있으므로, 저당부동산의 양도인이 물상보증인인 나머지 사안 유형에 관하여는 논의가 충분하지 못한 실정이다.

따라서 본 논문에서는 제368조 제2항 후문의 적용범위와 관련하여 선행연구를 살펴보고 공동저당부동산의 소유자가 채무자, 물상보증인, 제3취득자인 다양한 사안 유형에서 이해관계인의 이해조정을 위한 또 하나의 해석론을 제시하고자 한다. 논의의 전개는 공동저당부동산의 소유자가 동일한 사안과 서로 다른 사안으로 구별하여 살펴보고자 한다.

II. 공동저당부동산의 소유자가 동일한 사안 유형에서의 이해조정

1. 공동저당권자의 실행선택권

공동저당권자는 수 개의 저당부동산을 담보물권의 불가분성에 의하여 동시에 실행하거나 일부만을 먼저 실행할 수 있는데¹⁸⁾ 이에 대한 선택은 자유이고 공동저당권의 권리에 속하므로 그것이 특별히 권리남용에 해당하지 아니한 이상 불법행위를 구성하지 아니한다.¹⁹⁾ 따라서 공동저당권자가 수 개의 부동산 중 어느 것이라도 먼저 저당권을 실행하여 피담보채권의 전부나 일부를 자유롭게 우선변제받을 수 있는 것이므로, 수 개의 부동산 중 먼저 실행된 부동산에 관한 경매절차에서 피담보채권액 중 일부만을 청구하여 이를 배당받았다고 하더라도 이로써 아직 경매가 실행되지 아니한 다른 부동산에 관한 저당권을 포기한 것으로 볼 수 없다.²⁰⁾

석, 앞의 논문, 89쪽에서 제3취득자가 소유권을 취득하여 “물상보증인과 비슷한 지위”를 가지게 된 시점으로 표현하고 있다. 김재형, 앞의 책, 278쪽. 모든 “다른 제3자의 소유”이고 A, B 부동산 순서로 경매된 경우 아래 표에서 A가 채무자로부터의 제3취득자라면 민법 제482조 제2항 제2호의 적용 또는 유추적용에 의하여, 물상보증인인 B에게 변제자대위를 할 수 없음에도 가능한 것으로 읽힐 수 있다.

17) 김순환, “공동저당에 있어서 후순위저당권자 대위와 물상보증인의 변제자대위의 우열관계”, 고요한 정의의 울림 : 신영철 대법관 퇴임기념 논문집, 사법발전재단, 2015, 181쪽; 고상룡, 앞의 책, 103쪽; 황경웅 물권법, 도서출판오래, 2013, 286쪽; 양창수, 앞의 논문, 126쪽.

18) 대법원 1960. 2. 27. 자 4292민재향307 결정.

19) 대법원 1983. 3. 22. 선고 81다43 판결.

20) 대법원 1997. 12. 23. 선고 97다39780 판결.

그런데 공동저당권자의 실행선택권의 자유로운 행사로 인하여 공동저당권을 분리하여 실행하는 경우 그 저당목적물의 후순위저당권자와 일반채권자 또는 저당부동산의 소유자는 불리한 취급을 받게 되고 이러한 배당결과는 공평하다고 평가되지 아니하므로²¹⁾, 제368조에서 입법적 결단으로 제1항에서 동시배당의 경우에는 가액비례주의와 제2항 후문에서 이시배당의 경우에는 차순위저당권자의 대위권에 의한 조정주의를 규정하고 있다. 제1항은 후순위 저당권자가 없는 경우에도 적용되고, ‘부동산의 경매대가’의 산정은 공동저당권자의 선순위권리자가 배당받은 금액과 집행비용을 공제하여 산정한다. 제2항의 ‘차순위저당권자’의 범위에는 동시배당시 배당결과와 비교하여 불이익을 입은 후순위저당권자를 모두 포함하고, 배당상의 불이익을 입은 경우에는 동순위의 저당권자도 포함 된다²²⁾.

제368조는 중국적으로 공동저당의 피담보채권의 부담이 각 부동산의 경매대가에 비례하여 안분되도록 요구하므로, 제370조, 제321조에 규정된 담보물권의 통유성 중 하나인 불가분성이 제한된다. 비록 제368조 전체를 불가분성의 예외로 볼 수는 없지만 동시배당의 경우에 공동저당권자는 각 부동산의 경매대가로부터 변제액을 결정할 수 없고, 이시배당의 경우에 미실행 부동산의 저당권이 차순위저당권자에게 법률상 당연히 이전된다는 한도에서 저당권의 불가분성이 제한된다.

동시배당의 기본원칙인 안분분담의 원칙을 규정한 제1항의 적용범위에 관하여 공동저당부동산의 소유자가 채무자이든 물상보증인이든 동일한 사안 유형과 모든 부동산이 서로 다른 물상보증인 소유인 사안 유형으로 제한하고, 공동저당권이 설정된 수 개의 부동산 중 일부가 채무자 소유이고 일부는 물상보증인 소유인 사안 유형에서는 제1항이 적용되지 않는다는 견해²³⁾가 있다. 아래 III에서 서술한 바와 같이 제1항의 적용범위는 모든 부동산의 소유자가 채무자이든 물상보증인이든 제3취득자이든 동일한 사안 유형에 한정되고 공동저당부동산 중 일부의 소유자가 물상보증인²⁴⁾ 또는 제3취득자인 사안

21) 공동저당권자의 자유로운 실행선택권으로 인하여 ‘담보가치의 최대한 활용을 저해’한다는 견해로는 조대현, 앞의 논문, 163쪽.

22) 이재홍, 앞의 논문, 254쪽; 공동저당제도의 취지에 따라 가등기 담보권자와 전세권자에 대하여도 대위를 인정하는 견해로는 김재형, 앞의 책, 274쪽.

23) 김재형, 위의 책, 256쪽.

24) 공동저당 부동산 중 일부가 물상보증인 소유인 사안 유형에서 제1항의 적용범위에 관한 적용공정설과 적용부정설의 학설 소개는 이광영, “공동저당권의 목적물인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산이 함께 경매되어 그 경매 대가를 동시에 배당하는 경우, 민법 제368조 제1항이 적용되는지 여부 및 그 경우의 배당 방법”, 특별법연구 제10권 전수안대법관퇴임기념, 사법발전재단, 2012, 966쪽; 김주호, “채무자와 물상보

유형에서는 그들이 제481조, 제482조의 변제자대위에 관한 규정에 의하여 채무자 소유 부동산에 관하여 담보권을 행사할 수 있는 지위에 있는 점을 고려할 때 제1항의 적용은 부정된다. 대법원도 <2010. 4. 15. 2008다41475호²⁵⁾>에서 “공동저당권이 설정된 수 개의 부동산 중 일부가 채무자 소유이고 일부는 물상보증인의 소유인 경우 위 각 부동산의 경매 대가를 동시에 배당하는 때에는 민법 제368조 제1항은 적용되지 아니한다. 따라서 이러한 경우 경매법원으로서의 채무자 소유 부동산의 경매대가에서 공동저당권에게 우선적으로 배당을 하고, 부족분이 있는 경우에 물상보증인 소유 부동산의 경매대가에 서 추가로 배당을 하여야 한다”며 제368조 제1항의 적용범위를 제한하고 있다. 또한 모든 부동산이 서로 다른 물상보증인 또는 제3취득자인 사안 유형에서도 수인의 물상보증인 상호간 또는 제3취득자 상호간의 관계도 역시 위와 같은 변제자대위규정에 의하여 각 부동산의 가액에 비례하여 다른 물상보증인 또는 제3취득자에 대하여 채권자를 대위하게 되므로, 비록 동시배당에서의 배당결과가 제368조 제1항을 적용한 배당결과와 같아지더라도 이는 제482조 제2항 제3호, 제4호의 적용으로 이해되어야 할 것이다.

제1항에 의하여 수 개의 부동산을 동시에 배당하는 경우 부동산의 경매대가에 비례하여 피담보채권에 대한 책임분담액을 정하게 되는 기초를 일괄되게 유지하여, 판례는 공동저당부동산의 일부에 대한 저당권을 등기공무원의 과실로 인하여 상실한 사안에서 손해액 산정 시 “공동담보가 된 부동산의 피담보채권에 대한 담보가치산정을 그 공동담보가 된 부동산의 가액 비용에 의하여 산정함이 타당하다”²⁶⁾고 하고, 사해행위취소의 성립여부를 판단하기 위한 피담보채권액의 산정에 관하여 공동저당물이 모두 채무자 소유인 사안 유형에서는 “공동저당권이 설정되어 있는 수 개의 부동산 중 일부가 양도된 경우에 있어서의 그 피담보채권액은 특별한 사정이 없는 한 제368조의 규정 취지에 비추어 각 부동산의 가액에 비례하여 공동저당권의 피담보채권을 안분한 금액이라고 봄이 상당하다”²⁷⁾라고 판시한 반면에, 공동저당부동산 중 일부의 소유자가 물상보증인²⁸⁾ 또는 공동저당권이 설정된 상태에서 이를 취득한 제3취득자인 사안 유형에서는

증인 소유의 공유부동산에 저당권이 설정된 후 채무자가 자신의 지분을 양도한 경우, 그 양도가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단할 때 채무자 소유의 지분이 부담하는 피담보채권액의 산정방법”, 판례연구 제26집, 부산판례연구회, 2015, 117쪽.

25) 평석은 이광영, 위의 논문, 참조.

26) 대법원 1971. 6. 22. 선고 71다513, 514 판결.

27) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003다39989 판결.

28) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다78234 판결(물상보증인); 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다25671판결(제3취득자); 대법원 2013. 7. 18. 선고 2012다5643 전원합의체판결(물상보증인) 평석은 김주호, 앞의 논문, 참조.

그들이 “민법 제481조, 제482조에서 정한 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대하여 저당권을 행사할 수 있는 지위에 있는 경우라면 채무자 소유 부동산에 관한 피담보채권액은 공동저당권의 피담보채권 전액으로 보아야 한다”고 판시하여 일반 채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산을 정하였다.

마지막으로 근저당권이 공동저당의 형태로 설정된 공동근저당²⁹⁾의 이시배당에서 공동근저당권자가 행사하는 우선변제권의 범위는, 피담보채권의 확정 여부와 상관없이 최초의 채권최고액에서 우선변제 받은 금액을 공제하는 지 여부에 관하여 학계에서는 감액긍정설³⁰⁾과 감액부정설³¹⁾의 대립이 있다. 대법원도 주류적인 판결례는³²⁾ 감액긍정설을 취하고 있었지만 감액부정설을 취한 판결도³³⁾ 있어 다소간의 혼설이 있었으나, 최근에 대법관 전원일치의 전원합의체 판결³⁴⁾에 의하여 감액긍정설로 태도를 분명히 하였다. 그 근거로 “공동근저당권이 설정된 목적 부동산에 대하여 동시배당이 이루어지는 경우에 공동근저당권자는 채권최고액 범위 내에서 피담보채권을 제368조 제1항에 따라 부동산별로 나누어 각 환가대금에 비례한 액수로 배당받으며, 공동근저당권의 각 목적 부동산에 대하여 채권최고액만큼 반복하여, 이른바 누적적으로³⁵⁾ 배당받지 아니한다. 그렇다면 공동근저당권이 설정된 목적 부동산에 대하여 이시배당이 이루어지는 경우에도 동시배당의 경우와 마찬가지로 공동근저당권자가 부동산의 각 환가대금으로부터 채권최고액만큼 반복하여 배당받을 수는 없다고 해석하는 것이 제368조 제1항 및 제2항의 취지에 부합 한다”고 하였다.

29) 공동근저당의 의의에서 공동근저당목적물에 채권최고액을 일치시키느냐 여부에 관하여 긍정설과 부정설이 대립하는데 전자는 양창수/김형석, 앞의 책, 489쪽, 후자는 김재형, 앞의 책, 208쪽.

30) 양창수, “공동근저당권에 있어서 선행경매절차에서의 일부배당이 집행절차상의 우선변제권에 미치는 영향”, 민법연구 제8권, 박영사, 2005, 198쪽; 윤진수, “2006년도 주요 민법 관련 판례 회고”, 민법논고III, 박영사, 2008, 734쪽.

31) 조대현, 앞의 책, 213쪽.

32) 대법원 2006. 10. 27. 선고 2005다14502 판결, 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다68012 판결; 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다50637 판결. 평석은 이준현, “공동근저당권에 대한 일부 담보목적 부동산의 우선배당과 나머지 담보목적 부동산에 대한 효력”, 최신판례분석 제67권 제1호, 법조협회, 2018 참조.

33) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008다72318 판결.

34) 대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체판결. 평석은 조준현, “공동근저당의 이시배당에서 공동근저당권자의 우선변제권의 범위”, 외법논집 제42권 제3호, 한국외국어대학 법학연구소, 2018 참조.

35) 1971년 민법개정으로 공동근저당에 관한 규정 22개조를 추가한 일본에서는 누적공동근저당이 원칙이고 우리 민법에서 인정되는 공동근저당은 예외적으로 일정한 조건을 충족하면서 그 취지를 등기한 경우에 순수공동근저당으로 인정된다. 양창수, 앞의 논문, 215쪽.

2. 후순위저당권자의 대위

공동저당권자의 자유로운 실행선택권으로 어느 부동산이 경매되느냐에 따라 각 부동산의 소유자, 후순위저당권자 기타의 채권자의 이해관계가 대립된다. 제368조 제1항은 이른바 동시배당의 경우에 각 부동산의 책임을 안분시킴으로써 이해관계를 조절하는 취지이지만, 이른바 이시배당의 경우에는 제2항 전문에 의하여 공동저당권자는 우선변제권이 제한되지 아니하며 피담보채권의 전부를 변제받을 수 있게 되어 그 부동산의 후순위저당권자는 동시배당의 경우에 비하여 배당상의 불이익을 입게 된다. 반면에 미실행 부동산의 후순위저당권자는 공동저당권이 소멸되어 그 부담이 없는 상태에서 배당을 받게 되어 뜻하지 않는 이익³⁶⁾을 보게 된다. 제2항 후문은 이시배당의 경우에도 공동저당부동산의 후순위저당권자들 사이의 공평을 도모하거나, 공동저당권자가 동시배당시의 책임분담액을 초과하여 배당받음으로써 손해를 입은 후순위저당권자라도 최종적인 배당의 결과가 동시배당의 경우와 같게 하기 위하여, 미실행 저당부동산에 설정된 공동저당권의 대위를 규정하고 있다.

후순위저당권자의 대위는 피담보채권이 수반되지 않는 저당권만의 이전³⁷⁾이므로 저당권의 부종성과 수반성에 대한 예외이고, 제187조에 규정된 법률에 의한 물권변동이므로 대위의 등기 없이도 효력이 발생하고 후순위저당권자는 미실행 공동저당권을 행사할 수 있다. 부동산등기법 제80조에 규정된 공동저당의 대위등기는 이미 발생한 대위의 효력에 부합되도록 등기에 반영시키는 정정적 등기이다.

대위의 요건은 첫째, 이시배당일 것 둘째, 공동저당권자가 공동저당부동산의 일부의 경매대가로부터 그 부동산의 책임분담액을 초과하여 배당받았을 것 셋째, 후순위저당권자가 동시배당의 경우와 비교하여 배당상의 불이익을 받았을 것 넷째, 공동저당부동산이 모두 동일한 소유자일 것이다. 둘째 요건과 관련하여 공동저당권자가 피담보채권을 전부 변제받지 않고 일부만 변제받은 경우에도 후순위저당권자의 대위권은 발생하고, 통설은³⁸⁾ 대위권의 법적 성질에 관하여 정지조건부 권리로 이해하여 공동저당권자의

36) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97다51650 판결은 단독저당권에 저당물을 추가하여 공동저당권으로 변경되는 사이에 기존의 저당물에 관하여 후순위저당권이 설정된 경우에는 각 부동산의 책임안분을 기대할 수 없었던 후순위저당권자라는 예상하지 못한 이득을 보게 되는 결과가 된다고 하더라도 추가적 공동저당에서 제368조 제1항에 의한 배당이 위법하지 않다고 하였다.

37) 피담보채권의 교체에 해당한다는 견해로는 김형석, 앞의 논문, 742쪽.

38) 조대현, 앞의 논문, 182쪽; 김재형, 앞의 책, 269쪽.

피담보채권 전액이 변제된 때에 비로소 후순위저당권자가 미실행 부동산에 대한 공동저당권을 대위하여 행사할 수 있다고 한다. 정치조건부 권리로 이해한다면 대위의 공시방법은 부동산등기법 제88조 후문과 같이 부기가등기가 논리 정합적이지만, 판례는³⁹⁾ 부기등기를 할 수 있다고 한다.⁴⁰⁾

둘째 요건과 관련하여 대위권은 선순위공동저당권자가 이시배당에서 배당받은 금액이 그 부동산의 책임분담액을 초과하는 경우에 비로소 인정되지만, 선순위공동저당권자가 피담보채권을 변제받지 않은 상태에서도 후순위저당권자는 장차 대위권을 취득할 수 있는 지위, 즉 일종의 대위기대권⁴¹⁾을 가지며 이와 같은 대위에 관한 정당한 기대는 보호된다. 이러한 대위기대권을 침해하는 행위, 즉 선순위공동저당권자가 일부 저당목적물에 대한 공동저당권을 포기하는 경우나 공동저당권자가 그 저당목적물의 소유권을 취득하는 혼동의 경우에, 저당권의 포기나 혼동으로 인한 저당권 소멸의 효력을 인정하지 않는 것이 통설⁴²⁾이었으나 판례는 저당권의 포기⁴³⁾나 혼동⁴⁴⁾의 효력을 인정하되, 선순위공동저당권자의 우선변제권 제한설을 따르고 있다. 즉 공동저당목적부동산에 설정된 저당권이 선순위공동저당권자의 포기나 혼동으로 소멸되지 않았다면 후순위저당권자가 당해 저당목적물에 대하여 대위할 수 있었던 한도에서는 선순위공동저당권자가 후순위저당권자에 우선하여 배정을 받을 수 없다.

셋째 요건과 관련하여 공동저당권자가 어느 부동산의 경매대가로부터 그 부동산의 책임분담액을 넘어 배당받음으로 인하여 그 부동산의 후순위저당권자가 공동저당물 전부의 경매대가가 동시에 배당되는 경우보다 더 적게 배당받은 경우라야 하지만, 후순위저당권자가 미실행 부동산에 이미 공동저당권을 가지고 있는 사안 유형에서는 그 후순위저당권자의 저당권의 순위가 승진하기 때문에 대위를 인정할 필요가 없다.⁴⁵⁾ 대위의 범위는 동시배당 시 각 부동산의 책임분담액을 넘지 못할 뿐 아니라 후순위저당권자가 동시배당 시 배당결과와 비교하여 배당액이 감소된 금액, 즉 배당 불이익액을 한도

39) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다25417 판결.

40) 공동저당권의 피담보채권의 일부변제 시 발생하는 대위권을 기성의 권리로 이해하는 견해로는 이정일, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위의 기대에 대한 보호”, 판례연구 제22집, 부산판례연구회, 2011, 554쪽; 김형석, 앞의 논문, 72쪽.

41) 김중환/김학동, 앞의 책, 560쪽; 이영준, 앞의 책, 839쪽; 조대현, 앞의 책, 206쪽.

42) 조대현, 위의 책, 198쪽에서 저당권의 포기 시 후순위저당권자의 동의를 요한다; 김재형, 앞의 책, 275쪽.

43) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009다41250 판결. 평석은 이정일, 앞의 논문 참조.

44) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008다72318 판결. 평석은 이종기, 앞의 논문 참조.

45) 조대현, 앞의 책, 197쪽; 김재형, 앞의 책, 269쪽.

로 한다.⁴⁶⁾

공동저당권이 설정된 수 개의 부동산의 소유자 요건인 넷째 요건에서 전부 채무자 소유인 경우에 제368조 제2항 후문이 적용된다는 점에 대하여 의문이 없다. 공동저당목 적물의 전부와 일부가 물상보증인 또는 제3취득자의 소유인 사안 유형에 관하여는 공동저당물 모두 동일한 소유자 — 물상보증인이건 제3취득자이건 — 인 사안 유형과 공동저당물의 소유자가 서로 다른 소유자 — 물상보증인이건 제3취득자이건 — 인 사안 유형으로 분류할 수 있는데, 제368조 제2항의 적용여부에 관하여 전자는 긍정되나 (아래 II. 3 참조) 후자에 관하여는 견해의 대립이 있다. (아래 III 참조).

3. 공동저당물이 모두 동일한 물상보증인 또는 제3취득자인 사안 유형

선행연구들은 공동저당권의 목적물의 소유자가 전부 동일한 물상보증인 사안 유형만 대상으로 하고 있고, 한 사람의 제3취득자가 공동저당부동산 모두를 소유하는 사안 유형은 국내문헌에서는 보이지 않는다. 전자의 사안 유형에서 학설⁴⁷⁾과 판례⁴⁸⁾는 일치하여 제368조 제2항 후문의 적용을 긍정하고 있다. 동일한 물상보증인 소유의 공동저당물의 이시배당에서 먼저 실행된 부동산의 소유권을 상실한 물상보증인이 채무자에 대하여 취득한 구상권의 범위 내에서 제481조, 제482조의 규정에 의한 변제자대위권을 취득하기는 하나, 자기 소유인 미실행 부동산에 대하여는 변제자대위가 발생할 여지가 없을 뿐만 아니라 후순위저당권자가 가지는 대위의 기대가 손상되는 경우 그 기대를 보호하여야 할 필요성은 공동저당물이 모두 채무자 소유인 사안 유형과 마찬가지로, 제368조 제2항을 적용하더라도 물상보증인이 불측의 손해를 입지 않는다는 점을 논거로 하고 있다.

공동저당물의 소유자가 전부 동일한 제3취득자인 사안 유형에서도 위와 같은 논리는 정확하게 일치하여 타당하므로 후순위저당권자 대위의 공동저당부동산에 관한 소유자 요건은 공동저당물의 전부가 동일한 소유자일 것을 요구하고, 그 한 사람이 채무자이건

46) 대위의 범위를 각 저당부동산의 책임분담액과 후순위저당권자의 피담보채권액 가운데 더 적은 금액의 한도로 이해하는 견해로는 백경일, “공동저당에 있어서 후순위 저당권자의 대위범위에 관한 고찰”, 법학연구 제53권 제1집 통권71호, 부산대학교 법학연구소, 2012, 285쪽.

47) 김재형, 앞의 책, 284쪽; 김주호, 앞의 논문, 115쪽; 염규석, 앞의 논문, 68쪽; 최명구, “개정된 부동산등기법의 주요사항에 대한 검토”, 토지법학 제28권 제1호, 한국토지법학회, 2012, 75쪽; 황경웅, 앞의 책, 285쪽.

48) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다99341 판결.

물상보증인이건 제3취득자이건 관계없이 제368조 제2항 후문이 적용된다.

III. 공동저당부동산의 소유자가 상이한 사안 유형에서의 이해조정

공동저당부동산의 소유자가 상이한 사안 유형은 다양하다. 후순위저당권자 대위의 요건 중 공동저당부동산에 관한 소유자요건이 모두 채무자 소유인 사안 유형에 한정되느냐 아니면 공동저당부동산의 전부나 일부가 물상보증인 또는 제3취득자의 소유인 사안 유형에도 제368조 제2항 후문이 적용되는지 여부에 관한 쟁점에 관하여 선행연구들이 만족할만한 수준으로 해명하고 있는 것 같지는 않다.

공동저당부동산의 소유자가 서로 다른 사안 유형에는, 물상보증인, 제3취득자 중 한 종류의 소유자인 사안 유형과 채무자를 포함하여 두 종류의 소유자인 사안 유형 및 세 종류의 소유자인 사안 유형으로 분류할 수 있는데, 첫 번째 사안 유형에는 공동저당목적물이 서로 다른 물상보증인의 소유인 사안 유형과 서로 다른 제3취득자인 사안 유형으로 분류할 수 있고, 두 번째 사안 유형에는 채무자와 물상보증인, 채무자와 제3취득자, 물상보증인과 제3취득자의 조합으로 공동저당목적물을 소유하는 사안 유형으로 나누어 살펴볼 수 있으며, 세 번째 사안 유형은 그 한 가지 사안 유형만 나타난다. 만약 제3취득자를 채무자로부터 양수한 제3자와 물상보증인으로부터 양수한 제3자로 나누어 보면 위에서 분류한 사안 유형보다 더 많은 경우의 수가 얻어질 것이다.

선행연구들은 두 번째 사안 유형 중 채무자와 물상보증인 또는 제3취득자가 공동저당물을 소유하는 사안 유형에서 변제자대위 우선설, 후순위저당권자대위 우선설, 선등기자우선설 등의 견해 대립이 있었고, 물상보증인과 제3취득자의 법적지위를 채무자에게 구상권과 변제자대위권을 행사한다는 점에서 동일하게 이해하는 연구들과⁴⁹⁾ 양자를 차별화하여 이해하는 연구들로⁵⁰⁾ 나뉜다. 첫 번째 사안 유형 중 공동저당목적물의 소유자가 서로 다른 물상보증인 소유인 사안 유형⁵¹⁾과 두 번째 유형 중 물상보증인과 제3취득자가 공동저당목적물의 소유자인 사안 유형⁵²⁾에 관하여는 선행연구가 있다. 이하에서

49) 김증한/김학동, 앞의 책, 560쪽; 박윤직, 앞의 책, 363쪽; 이영준, 앞의 책, 841쪽; 조대현, 앞의 책, 198쪽.

50) 고상룡, 앞의 책, 703쪽; 김순한, 앞의 논문, 181쪽; 황경웅, 앞의 책, 283쪽; 최명구, 앞의 논문, 72쪽.

51) 서기석, 앞의 논문; 이동준, 앞의 논문; 김제식, 앞의 논문 참조.

52) 양창수, 앞의 논문, 24쪽.

위에서 제시한 사안 유형을 모두 연구하고자 하며, 다만 동일한 법리가 적용되는 사안 유형은 함께 살펴본다.

1. 공동저당부동산의 소유자가 채무자와 물상보증인인 사안 유형

주류적인 선행연구들은 공동저당부동산의 소유자가 채무자 이외의 자, 즉 물상보증인 또는 제3취득자인 경우에 그 소유의 부동산이 경매되면 제481조, 제482조에 의하여 채무자에 대한 구상권을 취득함과 동시에 변제자대위에 의하여 공동저당권을 취득함으로써 발생하는 변제자대위와 후순위저당권자 대위의 충돌 문제에 관하여 전개되었다. 아래와 같은 논의의 전개과정에서, 대립되는 견해인 변제자대위우선설과 후순위저당권자 우선설이 한 가지 사안 유형에서 후순위저당권자의 대위를 우선 시켜야 한다고 의견이 수렴되었다. 그 사안 유형은 후순위저당권이 설정될 때까지 공동저당물이 모두 채무자의 소유였다가 그 후에 일부의 소유권을 제3자에게 이전한 사안 유형이다. 따라서 본고에서는 선행연구들과 달리 채무자 이외의 자인 물상보증인과 제3취득자의 사안 유형을 분리하여 살펴보고자 한다.

주지하는 바와 같이, 충돌 문제에서 변제자대위를 우선하여 제368조 제2항 후단의 적용을 부정하는 변제자대위 우선설의 논리로는 첫째, 물상보증인은 변제자대위에 의하여 최종적인 책임을 채무자에 귀속시킨다는 기대에서 담보를 제공하는 것이므로, 그 후에 채무자 소유 부동산에 후순위저당권이 설정되었다하여 그 기대이익을 박탈할 수 없고 둘째, 물상보증인이 담보를 제공하기 전에 채무자 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정된 추가적 공동저당에서는, 후순위저당권자가 제368조 제2항 후단의 대위를 기대하지 않았으므로 새삼스럽게 후순위저당권자대위를 인정할 필요가 없으며 셋째, 물상보증인의 담보제공 뒤의 후순위저당권자는 등기를 통하여 선순위 공동담보권자가 장래 변제자대위에 의하여 공동저당권을 취득할 수도 있음을 예상할 수 있었으므로 후순위저당권자에게 불측의 손해를 입힐 우려가 없고 넷째, 만약 후순위저당권자를 우선시킨다면, 채무자가 마음대로 후순위저당권을 설정함으로써 물상보증인 소유 부동산이 먼저 경매될 때 책임분담액만큼 물상보증인의 구상권을 축소시키게 되어, 물상보증인이 책임분담액만큼 채무자 소유 부동산의 후순위저당권자에서도 물상보증을 한 것과 같은 지위에 놓이게 되어 부당하다. 또한 채무자 소유의 부동산이 먼저 경매되는 경우에도 후순위저당권자가 물상보증인 소유의 부동산으로부터 채권의 만족을 얻게 되는데 이는 물상보

증인이 채무자가 아닌 후순위저당권자의 채권을 담보하는 부당한 결과⁵³⁾가 된다.

후순위저당권자대위 우선설의 논리는 첫째, 타인의 채무를 담보하는 물상보증인이거나 공동저당의 목적인 부동산을 취득한 제3취득자는 적어도 각 담보부동산의 가액에 비례한 범위에서 책임을 각오하였으므로, 그 한도 내에서는 후순위저당권자에 우선하여 보호할 필요가 없으므로 후순위저당권자에게 우선하지 않는 것으로 해석함이 타당하고 둘째, 이와 같이 해석하는 것이 물상보증인과 후순위저당권자를 공평하게 보호할 뿐만 아니라 담보가치를 최대한 활용하고자 하는 제368조의 취지에도 부합하며 셋째, 채무자 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정된 후에 공동저당물의 일부가 제3자에게 양도된 경우에는 이러한 우연한 사정에 의하여 후순위저당권자의 대위의 기대가 박탈되는 결과가 되어 부당하고 넷째, 제368조는 저당물의 소유자가 누구인가에 관한 명시적 규정을 하지 않으므로 변제자대위 우선설은 실정법적 근거가 희박하고, 저당권은 저당물의 소유자가 누구인가에 따라 효력내용이 달라지지 않음에도 그 저당권의 본질에 배치되는 결과가 되며⁵⁴⁾ 다섯째, 변제자대위 우선설은 제368조가 적용되지 않는다는 결과를 부당하게 선취하고 있다는⁵⁵⁾ 것이다.

후순위저당권자대위 우선설의 내용은, 제368조 제2항 후단의 적용을 긍정하여 채무자 소유 부동산이 경매된 뒤 그 부동산의 후순위저당권자가 물상보증인 소유 부동산의 공동저당권을 대위 행사하고, 물상보증인 소유 부동산이 먼저 경매되고 채무자 소유 부동산에 후순위저당권자가 있으면 물상보증인이 행사하는 변제자대위권 범위가 각 담보가액에 비례한 물상보증인 소유의 부동산의 채권분담액을 초과하는 부분으로 제한되며, 이 경우에 물상보증인 소유 부동산의 후순위저당권자는 채무자 소유 부동산의 공동저당권을 대위하여 물상보증인보다 우선하여 변제받는다.⁵⁶⁾

변제자대위 우선설은 제368조 제2항 후문 뿐만 아니라 동조 제1항의 적용도 부정하여, 동시배당의 경우라도 공동저당권자는 채무자 소유 부동산의 경매대가에서 우선적으로 배당받고 부족분이 있는 경우에 한하여 물상보증인 소유 부동산의 경매대가에서 배당을 추가로 받는다.⁵⁷⁾

53) 김중환/김학동, 앞의 책, 591쪽; 이진만, 앞의 논문, 111쪽.

54) 명순구, “공동저당에 있어서 후순위저당권자와 물상보증인의 대위권”, 판례연구 제8호, 고려대학교 법학연구원, 1994, 264쪽.

55) 김규완, “공동저당과 후순위저당권자들의 이익교량”, 고려법학 제49호, 고려대학교 법학연구소, 2007, 454쪽.

56) 김순한, 앞의 논문, 174쪽.

57) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2008다41475 판결. 평석은 이광영, 앞의 논문 참조.

후순위저당권자대위 우선설의 첫째 논리는 물상보증인이 담보목적물의 가액에 비례한 안분액에 관하여 이를 부담할 각오를 한 것이라고 단정할 수는 없고,⁵⁸⁾ 둘째 논리는 이에 따라 이들 둘 사이의 공평을 도모할 이유가 없고 담보가치의 최대한 활용 면에서 양설의 차이는 없다. 즉, 변제자대위 우선설에서는 채무자 소유 부동산의 담보가치가 줄어들지만 반면에 물상보증인 소유 부동산의 담보가치는 증가하게 되어 공동저당물 전체적으로는 담보가치의 변화가 없다. 또한 넷째 논리는 표면적이고 형식적인 비판에 불과하고, 다섯째 논리는 후순위저당권자대위 우선설에게도 제368조의 적용을 부당전제하고 있다는 비판이 가능하다.

다만 셋째 논리는 채무자로부터 소유권을 양도받은 제3취득자는 등기를 통하여 후순위저당권자의 대위를 충분히 예상할 수 있었으므로 설득력이 있다. 따라서 변제자대위 우선설을 취하면서도 예외적으로 셋째 논리의 사안 유형에서만 후순위저당권자의 대위를 우선하는 견해가 변제자대위 우선설과 구별하여 선등기자 우선설⁵⁹⁾로 나타났다. 선등기자 우선설 중에는 제3취득자만을 대상으로 하는 견해와 일반화하며 물상보증인까지 포함하는 견해로⁶⁰⁾ 나뉜다. 그러나 물상보증인까지 포함하여 물상보증인과 제3취득자의 등기시점이 후순위저당권의 설정등기 시점보다 늦은 경우에는 후순위저당권자의 대위를 인정하는 견해는 변제자대위 우선설의 둘째 논리와 물상보증인은 후순위저당권의 존재를 알더라도 최종적인 책임을 채무자에게 귀속시킨다는 기대 자체에는 차이가 없으므로 받아들이기 어렵다. 따라서, 아래에서 제3취득자가 후순위로 등기를 경료한 사안 유형에서만 후순위저당권자의 대위를 예외적으로 인정하는 선등기자 우선설을 검토하고자 한다.

2. 공동저당부동산의 소유자가 채무자와 제3취득자인 사안 유형

이 사안 유형에 관한 주류적인 선행연구와 판례⁶¹⁾는 제3취득자가 부동산 등기를 경료한 시점과 후순위저당권의 취득시점의 선후에 따라 변제자대위와 후순위저당권자대위 사이의 우열을 정하고 있다. 전자의 등기가 선순위이면 제3취득자의 변제자대위가 우선

58) 이진만, 앞의 논문, 109쪽.

59) 선등기자우선설을 독자전 견해로 파악하지 않고 변제자대위우선설의 한 내용으로 보는 견해로는 김순한, 앞의 논문, 176쪽.

60) 김중환/김학동, 앞의 책, 562쪽; 김재형, 앞의 책, 281쪽; 김제식, 앞의 논문, 58쪽.

61) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2010다99132 판결.

하고 후자의 등기가 우선하면 후순위저당권자대위가 우선한다고 하며, 그 근거로서 등기의 선순위자가 가지는 대위의 기대를 그 이후의 우연한 사정에 의하여 침해하여 대위권을 박탈하는 것은 허용될 수 없다고 한다.

이에 대해 최근 유력한 견해는⁶²⁾ 후순위저당권도 제3취득자로 포섭하여 채무자 소유 부동산의 후순위저당권자와 또 다른 공동저당 부동산의 소유권을 채무자로부터 양수받은 제3자 사이에 변제자 대위자 상호관계에 관한 규정인 제482조 제2항 제3호를 적용하는 견해이다. 다수설은 선등기자의 전액대위를 인정하는 반면 유력설은 가액비례 대위를 인정한다. 제482조 제2항 제1, 2호의 제3취득자의 범위에 후순위저당권자를 포함하지 않은 판례와 달리 제3호의 제3취득자의 범위에는 후순위저당권자가 포함되는 지에 관한 새로운 쟁점이 전제되지만, 그 전제된 쟁점에서 포함설을 받아들인다면 유력설은 설득력이 있게 된다. 위 유력설은 공동저당부동산이 모두 동일한 채무자 소유였다가 그 일부의 저당물이 양도된 위와 같은 사안 유형에서의 법리가, 공동저당이 모두 동일한 물상보증인 소유의 부동산에 성립하였다가 그 일부의 저당물이 양도된 사안 유형에도 마찬가지로 적용되어, 물상보증인과 물상보증인으로부터의 제3취득자 사이에도 변제자대위 규정에 의한 가액비례대위가 성립한다고 한다. 그러나 물상보증인과 물상보증인 소유의 담보물의 제3취득자의 상호간에 변제자대위의 부기등기 요건에 관하여는 언급이 없다.

3. 공동저당부동산의 소유자가 서로 다른 나머지 사안 유형

공동저당부동산의 소유자가 서로 다른 유형을 물상보증인, 제3취득자 중 한 종류의 소유자인 사안 유형, 두 종류의 소유자인 사안 유형, 세 종류의 소유자인 사안 유형으로 분류하여 살펴보고자 한다. 공동저당에서 충돌 문제에 관하여 변제자대위 우선설을 따를 때에, 법정대위자 상호간의 순서, 비율과 요건을 규정한 제482조 제2항은 흠결로 인하여 해석상의 다양한 문제점을 낳고 있다. 예를 들어 물상보증인과 제3취득자 사이의 관계나, 채무자로부터의 제3취득자와 물상보증인으로부터의 제3취득자의 차별화 여부는 침묵하고 있다. 아래에서 대법원 판례⁶³⁾에 따라 물상보증인의 지위를 보증인과 대등하게 보고, 물상보증인으로부터 담보목적물을 양수한 제3취득자의 지위는 물상보증인에 준하는 것으로 한다.⁶⁴⁾

62) 김형석, 앞의 논문, 91쪽.

63) 대법원 2014. 12. 18. 선고 2011다50233 전원합의체 판결.

공동저당이 서로 다른 물상보증인들 또는 서로 다른 제3취득자들 소유 부동산에 성립한 사안 유형에서는 제482조 제2항 제3호⁶⁵⁾ 또는 제4호에 의한 가액비례 대위가 성립하고, 공동저당물이 있는 후순위저당권자는 물상대위를 할 수 있다. 공동저당부동산의 소유자가 두 종류의 소유자인 사안 유형 중에서 채무자와 물상보증인 또는 제3취득자의 조합은 위에서 이미 검토하였으므로 물상보증인과 제3취득자의 조합을 살펴보면, 그 사안 유형은 다시 제3취득자가 채무자로부터의 제3취득자인 경우와 물상보증인으로부터의 제3취득자인 경우로 나누어 볼 수 있고, 전자의 사안에 대해 연구된 유일한 문헌⁶⁶⁾에서는 저당물의 이전 당시 또는 후순위저당권 설정 당시의 상태에서 각 이해관계인이 가지는 법적 지위는 그 후의 사정에 의하여 영향이 없고 불리하게 변동되지 않는 법리에 의하여, 물상보증인 소유 부동산에 후순위저당권이 설정된 이후 채무자 소유 부동산이 양수된 사안 유형에서 후순위저당권자는 물상보증인의 제3취득자에 대한 가액비례 대위의 범위에서만 물상대위가 가능하다고 한다. 이 견해는 물상보증인과 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자 상호 간에는 각 부동산의 가액에 비례하여 채권자를 대위할 수 있다고 판시한 대법원 1974. 12. 10. 선고 74다1419 판결에 따르고 있는 것으로 추측되나, 이 판결이 대법원 2014. 12. 18. 선고 2011다50233 전원합의체판결에 의하여 폐기되었으므로 유지될 수 없고, 변경된 판결취지에 따르면 후순위저당권자는 물상보증인이 전액 변제자대위를 한 범위 내에서 물상대위를 하게 되거나 또는 제3취득자 소유 부동산의 환가금으로부터 아무런 만족도 얻지 못하게 될 것이다. 살펴건대 물상보증인의 법적 지위를 보증인의 지위와 대등하게 보아 제482조 제2항 제2호를 적용 또는 유추적용하면 제3취득자는 물상보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 없게 되고, 후순위저당권자는 이러한 변제자대위의 법률관계를 예상하고 물상보증인 소유 부동산에 대한 가치지배를 하였으므로 그 기대이익을 박탈할 수 없을 것이므로 전자의 견해를 따른다.

마지막 사안 유형인 세 종류의 소유자가 모두 포함된 사안 유형에서도 변제자대위 우선설에 따라 변제자대위 법리에 따른 이해관계의 조절을 하게 된다. 앞서본 바와 같이 물상보증인은 보증인에 준하여 다루고, 물상보증인으로부터의 제3취득자는 물상보증인에 준하여 취급한다. 제482조 제2항 제1호 내지 제3호의 제3취득자는 채무자로부터의 제3취득자만을 의미하는 것으로 제한적으로 이해한다.⁶⁷⁾

64) 대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카103505 판결. 김형석, 앞의 논문, 89쪽, 양창수, 앞의 논문, 86쪽에서 ‘채무자로부터의 제3취득자는 채무자에 준하여 취급’한다는 언명은 공동저당법리와 어울리지 않는 것 같다.

65) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다25417 판결.

66) 양창수, 위의 논문, 124쪽.

IV. 결론

공동저당권자의 자유로운 실행선택권으로 인하여 후순위저당권자와 부동산 소유자 및 기타의 채권자의 이해관계가 대립하므로 그 조절방법으로 민법은 배당관계에서 공동저당권의 피담보채권액에 대한 각 공동저당부동산의 책임분담액이 경매대가에 비례하도록 하고 있다. 동시배당시 공동저당권자는 피담보채권액을 수 개 부동산의 경매대가의 비율에 의하여 배당 받고, 이시배당의 경우에도 공동저당권자는 피담보채권액 전부까지 우선변제 받을 수 있으나 후순위저당권자는 미실행 저당부동산의 공동저당권을 대위하도록 함으로써 최종적인 배당의 결과가 동시배당의 경우와 같게 함으로써 공동저당권자의 실행선택권 행사로 인한 불이익을 입은 차순위저당권자를 보호하고 있다.

제368조 제2항의 적용범위 또는 부동산 소유자 요건과 관련하여 공동저당 부동산의 일부가 채무자 이외의 자 즉 물상보증인 또는 제3취득자의 소유인 사안에서 그 부동산이 경매되면 그 소유자는 채무자에 대한 구상권을 취득함과 동시에 변제자대위에 의하여 공동저당권을 취득한다. 이와 같은 변제자대위와 후순위저당권대위의 충돌 문제에 관하여 학설의 대립이 있어 왔고, 선등기자 우선설은 변제자대위 우선을 원칙으로 하나 단 한 가지 사안 유형에서 예외적으로 후순위저당권자 대위를 우선하는 견해이다. 그 사안 유형이란 후순위저당권이 설정될 때까지 공동저당부동산이 모두 채무자 소유였으나 그 후에 일부 부동산의 소유권이 제3자에게 양도된 사안이다. 선등기자 우선설 중에는 후순위저당권자 대위를 인정하는 예외범위를 일반화하는 견해도 있으나, 후순위저당권이 설정된 이후 추가 공동저당으로 물상보증인이 담보 제공하더라도 후순위저당권자는 설정 당시 물상보증인 소유 부동산을 알지 못하여 대위권 행사의 법적 기대나 법적 지위 자체가 없었으므로 후순위저당권자대위를 인정할 필요성이나 정당성이 인정되지 않는다.

최근 선등기자 우선설에 대하여, 제482조 제2항 제1호와 제2호의 제3취득자의 범위에 후순위저당권자가 포함되지 않음에도 제3호의 제3취득자의 범위에는 후순위저당권자를 포함함으로써 변제자대위 우선을 관찰시키는 견해가 제기되었다. 또한 선행연구 중 공동저당부동산의 소유자가 물상보증인과 제3취득자인 사안 유형에서 선등기자 우선설과 같은 취지의 주장이 전개되었으나, 그 주장의 근거로 보이는 제3취득자와 물상보증인

67) 김덕중, “제3취득자와 물상보증인 상호간의 변제자 대위”, 법학논고 제51권 제51호, 경북대학교 법학연구원, 2015, 50쪽; 이진만, 앞의 논문, 77쪽.

사이에는 가액비례 대위를 인정하는 대법원 판결이 폐기되었으므로, 변제자대위 우선의 논리대로 하면 물상보증인 소유 부동산의 후순위저당권자는 물상보증인이 전액 변제자 대위한 범위 안에서 물상대위를 할 수 있다.

본고는 제368조 제2항 후문의 적용범위를 공동저당 부동산의 소유자가 동일한 채무자, 물상보증인 또는 제3취득자인 사안 유형에 한정한다. 제368조 제2항 후문이 적용되지 않는 부동산 소유자 요건의 나머지 사안 유형에서도 변제자대위가 우선한다. 후순위저당권 설정이후에 채무자로부터 저당부동산의 일부가 양수된 사안 유형이나 물상보증인과 제3취득자 사이에서도 선등기자 우선의 예외를 인정하지 않는 변제자대위 우선설이 타당하다고 본다.

참고문헌

1. 단행본

- 고상룡, 물권법, 법문사, 2002.
- 곽윤직, 물권법 제7판, 박영사, 2003.
- 김상용, 물권법 전정판증보, 법문사, 2003.
- 김재형, 주석민법 제4판 물권(4), 한국사법행정학회, 2011.
- 김증한/김학동, 물권법 제9판, 박영사, 2004.
- 송덕수, 민법강의(상), 박영사, 2004.
- 양창수/김형석, 민법III-권리의 보전과 담보(3판), 박영사, 2018.
- 이상태, 물권법 9정판, 법원사, 2015.
- 이영준, 물권법, 박영사, 1994.
- 조대현, 민법주해(VII) 물권 (4), 박영사, 1992.
- 홍성재, 물권법, 대영문화사, 2006.
- 황경웅, 물권법, 도서출판오래, 2013.

2. 학술지

- 고광식, “공동저당의 물상보증인과 차순위저당권자와의 이해관계”, 사법연구자료 제21집, 대법원 법원행정처, 1994, 77-99쪽.
- 김규완, “공동저당과 후순위저당권자들의 이익교량”, 고려법학 제49호, 고려대학교 법학연구소, 2007, 439-476쪽.
- 김덕중, “제3취득자와 물상보증인 상호간의 변제자 대위”, 법학논고 제51권 제51호, 경북대학교 법학연구원, 2015, 39-66쪽.
- 김순한, “공동저당에 있어서 후순위저당권자 대위와 물상보증인의 변제자대위의 우열관계”, 고요한 정의의 울림 : 신영철 대법관 퇴임기념 논문집, 사법발전재단, 2015, 181쪽.
- 김제식, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위와의 관계 및 물상보증인 소유부동산의 후순위저당권자의 지위”, 재판과 판례 제4집,

- 대구판례연구회, 1995, 43-70쪽.
- 김주호, “채무자와 물상보증인 소유의 공유부동산에 저당권이 설정된 후 채무자가 자신의 지분을 양도한 경우, 그 양도가 사해행위에 해당하는지 여부를 판단할 때 채무자 소유의 지분이 부담하는 피담보채권액의 산정방법”, 판례연구 제26집, 부산판례연구회, 2015, 89-133쪽.
- 김형석, “공동저당의 실행과 이해관계의 조정”, 법학 제57권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2016, 57-100쪽.
- 명순구, “공동저당에 있어서 후순위저당권자와 물상보증인의 대위권”, 판례연구 제8호, 고려대학교 법학연구원, 1994, 251-281쪽.
- 백경일, “공동저당에 있어서 후순위 저당권자의 대위범위에 관한 고찰”, 법학연구 제53권 제1집 통권71호, 부산대학교 법학연구소, 2012, 277-305쪽.
- 서기석, “공동저당에 있어서 후순위근저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위의 충돌”, 대법원판례해설 제21호(94년 상반기), 법원도서관, 1994, 52-71쪽.
- 양창수, “후순위저당권자 있는 공동저당부동산에 대한 경매와 물상보증인의 지위”, 인권과 정의 제234호, 대한변호사협회, 1996, 105-126쪽.
- _____, “공동근저당권에 있어서 선행경매절차에서의 일부배당이 집행절차상의 우선변제권에 미치는 영향”, 민법연구 제8권, 박영사, 2005, 209-232쪽.
- 염규석, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위권”, 법이론과 실무 제3집, 영남민사법학회, 1999, 33-66쪽.
- 윤진수, “2006년도 주요 민법 관련 판례 회고”, 민법논고Ⅲ, 박영사, 2008, 731-736쪽.
- 이광영, “공동저당권의 목적물인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산이 함께 경매되어 그 경매 대가를 동시에 배당하는 경우, 민법 제368조 제1항이 적용되는지 여부 및 그 경우의 배당 방법”, 특별법연구 제10권 전수안대법관퇴 임기념, 사법발전재단, 2012, 966쪽.
- 이동준, “공동저당에 있어서 물상보증인 제공 부동산의 후순위저당권자의 법적 지위”, 판례연구 제6집, 부산판례연구회, 1996, 47-83쪽.
- 이정일, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위의 기대에 대한 보호”, 판례연구 제22집, 부산판례연구회, 2011, 545-578쪽.
- 이종기, “공동저당권자의 저당권 일부 포기 및 혼동으로 인한 소멸”, 민사판례연구 제33권상, 박영사, 2011, 353-409쪽.

- 이준현, “공동근저당권에 대한 일부 담보목적 부동산의 우선배당과 나머지 담보목적 부동산에 대한 효력”, 최신판례분석 제67권 제1호, 법조협회, 2018, 642-685쪽.
- 이재홍, “부동산경매와 공동저당권”, 재판자료 제36집, 법원행정처, 1987, 239-273쪽.
- 이진만, “변제자대위에 있어서 대위자 상호간의 관계”, 사법논집 제27집, 법원행정처, 1996, 69-122쪽.
- 조대현, “공동저당의 등기원리”, 재판자료 제44집, 법원행정처, 1988, 157-213쪽.
- 조준현, “공동근저당의 이시배당에서 공동근저당권자의 우선변제권의 범위”, 외법논집 제42권 제3호, 한국외국어대학 법학연구소, 2018, 239-262쪽.
- 최명구, “개정된 부동산등기법의 주요사항에 대한 검토”, 토지법학 제28권 제1호, 한국토지법학회, 2012, 63-90쪽.

[Abstract]

Adjustment of Conflicting Interest in Joint Mortgages

Hong, Bong-Joo*

Joint Mortgage has the right to be preferentially paid from any mortgaged immovables but mortgagee in next can not be fully repaid. To solve this conflicting interest between the joint mortgagee and mortgagee in next, Article 368 Clause 1 of the Korean Civil Code provides that where two or more immovables are mortgaged to secure one claim and the proceeds of the auction are to be applied simultaneously to its satisfaction, the burdens in respect of the obligation shall be divided in proportion to the proceeds of the auction sale of each immovable. Clause 2 of the above same article states that in the proceeds of the auction sale of part of the joint mortgaged immovables the mortgagee next in priority may exercise the right of the prior mortgages by subrogation to the extent of the amount which the latter would have received out of other immovables in accordance with the provisions of the preceding paragraph.

The Article 368 is not enough to solve the problem of the conflicting interest when the mortgaged object belongs fully or partly to a person who has furnished his own property as security for the obligation of another and a third party purchaser.

The conclusion can be summarized as follows. The Article 368 is to be applied when the mortgaged object are owned by one and same person. In case that at least one mortgagee is not debtor, his personal subrogation by payment prevails over the subrogation of mortgagee next in priority.

[Key Words] Joint mortgage, a person who has furnished his own property as security for the obligation of another, a third party purchaser, subrogation of mortgagee next in priority, subrogation by person who has performed obligation

* Professor, School of Law, Konkuk University

