

공동근저당에서 피담보채권의 확정과 채권최고액의 감액

-대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다50637 판결-

The Determination of the Debt and the Scope of the Right to Preferential Reimbursement in Joint Floating Sum Mortgage

-Supreme Court Decision 2015Da50637 Decided
September 21, 2017-

홍 봉 주*

Hong, Bong-Joo

목 차

- | | |
|-----------|----------------------|
| I. 판결개요 | 2. 공동근저당에서 피담보채권의 확정 |
| 1. 사건의 개요 | 3. 채권최고액의 감액 |
| 2. 판결요지 | 4. 결론 |
| II. 연구 | |
| 1. 서론 | |

공동근저당권자가 타인에 의하여 개시된 경매절차를 통하여 목적 부동산 중 일부에 대한 환가대금으로부터 다른 권리자에 우선하여 피담보채권의 일부배당을 받은 경우, 나머지 부동산들에 대한 피담보채권도 확정되는지에 관하여 대법원 판결은 없었고 학설은 개별확정설(일부확정설)과 동시확정설로 대립되고 있었는데, 대상판결은 이에 관하여 전자

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2020.47.207>

투고일: 2020. 8. 31. / 심사외뢰일: 2020. 9. 23. / 게재확정일: 2020. 10. 14.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Law School of Konkuk University

를 실시한 최초의 판결로서 의미가 있다.

다른 쟁점인 위와 같은 공동근저당권의 이시배당의 경우 선순위 공동근저당권의 우선변제권의 범위가 다시 최초의 채권최고액 범위 내인지(감액부정설) 아니면 최초의 채권최고액에서 우선변제 받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액인지(감액긍정설)에 관한 대법원 판례는 양쪽 모두 공존하고 있었지만 후자의 견해를 실시하고, 대상판결이 선고된 후 정확히 3개월 후에 선고된 2013다16992 전원합의체 판결에서 전자의 견해를 취한 종전 판결인 2008다72318 판결을 변경하고 후자의 견해로 정리하도록 하는데 징검다리 역할을 한 것으로 평가된다. 이른바 피담보채권의 확정에 관한 개별확정설과 이시배당에서의 채권최고액의 감액긍정설을 모두 실시한 유일한 판결이다. 공동근저당의 이시배당에서 우선변제권의 범위에 관한 감액부정설은 근저당권의 채권최고액이나 우선변제권에 관한 일반 법리에도 부합하기 어렵다.

대상판결은 보통저당권의 공동저당에서의 피담보채권의 확정에 관한 법리가 공동근저당에는 그대로 적용되지 않고 공동근저당에는 특유한 법리가 있음을 확인한 최초의 판결이다. 그러나 대상판결에서 동시확정의 사유 중 하나로 언급한 ‘물상보증인의 파산’의 경우에도 개별확정을 주장하는 학설에 설득력이 있으므로, 향후 ‘물상보증인의 파산’의 경우에도 공동저당과 다르게 공동근저당의 피담보채권 확정에 관한 특유한 법리를 추가해 주기를 기대해본다.

[주제어] 공동근저당, 피담보채권의 확정, 피담보채무의 범위, 채권최고액, 우선변제권

I. 판결개요

1. 사건의 개요

1.1 공동근저당권자 북삼농협협동조합 (이하 ‘북삼농협’이라 한다)은 2005. 12. 23. 채무자에게 3억 5천만원을 대출하면서 채무자 소유 부동산과 물상보증인 소유 부동산에 관하여 채권최고액을 4억 9천만원으로 정하여 공동근저당설정등기를 마쳤다.

1.2 물상보증인 소유 부동산의 후순위근저당권자가 2006. 8. 18. 임의경매를 신청함에 따라 진행된 경매절차에서 북삼농협은 2007. 3. 26. 채무자에 대한 대출원리금 합계 367,602,969원을 전액 우선배당 받았고, 경매목적물인 물상보증인 소유 부동산에 관한 근저당설정등기는 말소되었다.¹⁾

1) 물상보증인의 변제자대위와 후순위저당권자의 물상대위의 문제가 남으나, 실질적 채무자인 물상보증인은 내부관계에서 실질적 물상보증인인 채무자에게 구상권이 없으므로 실질적 채무자인 물상보증인이 채권자를

1.3 원고는 2007. 1. 23. 채무자 소유 부동산에 관하여 담보기등기를 설정하였다.

1.4 북삼농협은 위 1.1 기재 근저당권을 담보로 2007. 10. 31. 채무자에게 추가로 8천만 원을 대출하였는데, 2011. 3. 25. 피고들로부터 위 8천만원 대출에 따른 원리금 및 비용 등 합계 111,883,586원을 대위 변제받음에 따라 2011. 3. 28. 피고들에게 위 근저당권을 양도하여 피고들 명의로 근저당권 이전의 부기등기를 마쳤다.

1.5 원고의 주장요지는, 이 사건 경매절차에서 근저당권설정등기의 피담보채무가 모두 변제되었으므로 근저당권설정등기는 무효임에도 이를 유용하여 근저당권이전의 부기등기가 경료되었다. 이 사건 토지의 담보기등기권자인 원고는 물권적 권리의 성질인 담보기등기권에 기한 방해배제청구권의 행사로써 또는 채권자대위권의 행사로써 무효인 근저당권설정등기의 말소를 구한다.

1.6 피고의 주장요지는, 공동근저당권자가 목적 부동산 중 일부 부동산에 대하여 제3자가 신청한 경매절차에 소극적으로 참가하여 우선배당을 받은 경우, 경매목적물이 아닌 이 사건 토지에 관하여는 근저당권설정등기의 피담보채무가 확정되지 않으므로, 피담보채무가 전액 배당되었어도 이 사건 토지의 근저당권설정등기는 유효하므로 원고의 청구는 기각되어야 한다.

2. 판결요지

2.1 원심판결(대구고등법원 2015. 7. 21. 선고 2014나4676 판결)

원심법원은 피고들의 항소심 주장에 대한 판단²⁾을 추가하는 외에는 민사소송법 제

대위하여 실질적 물상보증인인 채무자에 대한 담보권을 취득한다고 할 수 없다. 대법원 2015. 11. 27. 선고 2013다41097, 41103 판결.

2) 피고들은, 원고와 소외 2 부부 사이에는 아무런 채권채무관계가 없음에도 농지취득이 가능한 원고의 명의로 이 사건 가등기를 마친 것은 농민에게만 소유취득을 허용하려는 농지관련법의 강행규정을 잠탈하는 탈법행위로서 무효이고, 소외 4와 원고 사이에는 이 사건 가등기의 피담보채권을 원고가 아닌 소외 4에게 귀속하기로 하는 합의가 있었으므로 이 사건 가등기는 허위표시에 따른 가장행위로서 무효이므로, 원고는 무효인 이 사건 가등기를 근거로 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 없다고 주장한다.
살피건대, 앞서 본 것과 같이 이 사건 가등기는 소외 4의 양수금채권을 담보하기 위한 담보기등기에 해당하

420조 본문에 의하여 제1심판결 (대구고등법원 2014. 10. 2. 선고 2013가합6418 판결)을 그대로 인용하고 있다. 제1심판결은 제3자인 후순위근저당권자가 임의경매를 신청하였다 하더라도, 매각대금 납부로 채무자 소유 부동산에 관한 근저당권의 피담보채무까지 전부 확정됨을 전제로 그 확정된 피담보채무가 전부 변제되었으므로 공동근저당권이 소멸하고 근저당권설정등기는 무효가 되었다고 보아 원고의 청구를 인용하였다. -피담보채권의 확정에 관한 동시확정설

2.2 대법원 판결요지

공동근저당권자가 목적 부동산 중 일부 부동산에 대하여 제3자가 신청한 경매절차에 소극적으로 참가하여 우선배당을 받은 경우, 해당 부동산에 관한 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 매수인이 매각대금을 지급한 때에 확정되지만, 나머지 목적 부동산에 관한 근저당권의 피담보채권은 기본거래가 종료하거나 채무자나 물상보증인에 대하여 파산이 선고되는 등의 다른 확정사유가 발생하지 아니하는 한 확정되지 아니한다. -피담보채권의 확정에 관한 개별확정설

공동근저당권자가 제3자가 신청한 경매절차에 소극적으로 참가하여 우선배당을 받았다는 사정만으로는 당연히 채권자와 채무자 사이의 기본거래가 종료된다고 볼 수 없고, 기본거래가 계속되는 동안에는 공동근저당권자가 나머지 목적 부동산에 관한 근저당권의 담보가치를 최대한 활용할 수 있도록 피담보채권의 증감·교체를 허용할 필요가 있으며, 위와 같이 우선배당을 받은 금액은 나머지 목적 부동산에 대한 경매절차에서 다시 공동근저당권자로서 우선변제권을 행사할 수 없어 이후에 피담보채권액이 증가하더라도 나머지 목적 부동산에 관한 공동근저당권자의 우선변제권 범위는 우선배당액을 공제한 채권최고액으로 제한되므로 후순위 근저당권자나 기타 채권자들이 예측하지 못한 손해를 입게 된다고 볼 수 없기 때문이다. -채권최고액의 감액공정설

로 소유권에 대하여 규정하고 있는 농지관련 규정이 그대로 적용될 수는 없고 이 사건 가등기는 원고 원고의 사위인 소외 4, 소외 2 부부의 합의하에 이루어진 것으로서 위 합의를 하면서 소외 4는 자신의 양수금채권의 귀속과 그 행사를 실제로 농지취득자격을 갖춘 원고에게 위임하는 방법으로 위 채권을 양도하였고, 소외 2 부부는 그 양도를 승낙하였으므로 이로써 위 채권은 원고에게 실질적으로 귀속되었다고 할 것이다. 따라서 이 사건 가등기가 무효라는 피고들의 위 주장은 이유 없다.

II. 연구

1. 서론

현행 민법에는 근저당과 공동저당에 관하여 각 1개 조문만 규정되어 있을 뿐 공동근저당에 관한 규정은 별도로 없으므로 인하여, 공동근저당권의 성립요건과 법률효과에 대한 견해가 대립하여 왔고, 몇 년 사이에 공동근저당과 관련된 주요한 대법원 판결이 선고되고 있다. 몇 달 전인 2020. 4. 9.에는 그동안 통설³⁾에서 인정하던 누적적 근저당을 허용하는 2014다51756, 51763 판결까지 선고되었다.

공동근저당에 관한 견해 대립은 ① 공동저당에 관한 민법 제368조⁴⁾가 공동근저당에도 적용되는지 여부 ② 보통근저당권의 피담보채권 확정에 관한 법리가 공동근저당권에 그대로 적용되는지 아니면 공동근저당권의 확정에 관하여는 특유한 법리가 있는지 여부⁵⁾ ③ 공동근저당권의 목적 부동산 중 일부에 관한 선행 경매등의 환가절차에서 우선변제받은 경우에는 나머지 부동산에 관한 경매 등 환가절차에서 우선변제권을 행사할 수 있는 범위, 즉 최초의 채권최고액의 감액 여부 등에 관하여 인데, 견해대립의 배경에는 일본개정민법 규정과 그 해석들이 일정부분 영향을 준 것으로 보인다.⁶⁾

주지하는 바와 같이, 일본은 근저당권에 관한 규정이 없이 학설과 판례에 의하여 그 유효성을 인정해 오다가, 1971년 민법개정으로 근저당권에 관한 21개 조문을 신설하였는데 그중 3개 조문이 공동근저당권에 관한 조문이다. 일본의 공동근저당은 일본민법 제392조⁷⁾의 공동저당규정의 적용여부에 따라 누적공동근저당과 순수공동근저당이 있

3) 조대현, 민법주해(Ⅶ) 물권(4), 박영사, 1992, 210쪽; 김재형, 주석민법 제4판 물권(4), 한국사법행정학회, 2011, 288쪽; 김석우, “공동근저당권에 관한 고찰 -일본 개정민법과 관련하여-”, 민사법과 환경법의 제문제: 송헌 안이준 박사 회갑기념 논문집, 박영사, 1986, 214쪽.

4) 이하에서 법명의 지시없이 인용하는 조문은 민법의 조문이다.

5) 양진수, “공동근저당권자가 채무자에 대한 회생절차에서 채무자 소유 부동산의 대금으로부터 우선변제받은 경우에 공동담보물인 물상보증인 소유의 다른 목적 부동산의 채권최고액 감액 여부”, 사법 제44호, 사법발전재단, 2018, 496쪽; 이준현, “공동근저당권에 대한 일부 담보목적 부동산의 우선배당과 나머지 담보목적 부동산에 대한 효력”, 최신판례분석 제67권 제1호, 법조협회, 2018, 657쪽.

6) 김석우, 앞의 논문, 209쪽; 양창수, “공동근저당권에 있어서 선행 경매절차에서의 일부 배당이 후행절차상의 우선변제권에 미치는 영향”, 민법연구 제8권, 박영사, 2005, 220쪽에서 전자의 논문이 일본문헌과 설명이 거의 같다고 하고 있고, 이준현, 앞의 논문, 643쪽에서 필자의 결론이 일본민법 제398조의17 제2항과 같은 결과라고 한다.

7) 우리민법 제368조와 같은 내용이다.

고, 전자가 원칙적 형태로서 공동저당규정의 내용인 동시배당에서의 할당과 이시배당에서의 후순위저당권자의 대위에 관한 규정이 적용되지 않으므로 그 근저당권의 채권최고액 범위에서 반복하여 우선변제 받을 수 있다. 반면에 후자는 성립요건으로 피담보채권의 범위와 채권최고액의 동일과 공동근저당권이 설정된 취지의 특별한 등기가 구비되어야 하고, 그 효과로서 피담보채권 중 원본은 목적 부동산 중 하나의 부동산에 확정될 사유가 발생하면 나머지 목적 부동산에 관하여도 피담보채권이 확정된다는 이른바 동시확정설을 규정하고 있다.

대상판결은 공동근저당권에 관한 견해가 대립하는 쟁점 중 ②에 대하여 개별확정설과 ③에 대하여 감액긍정설을 모두 실시한 최초의 판결이다.⁸⁾ 대심판결에서 청구원인이 무효등기의 유용이므로 저당권설정등기의 무효 여부 판단만 하면 되므로 쟁점은 ②에 불과함에도 그 쟁점에 관한 결론인 이른바 개별확정설의 논거 중 하나로서 쟁점 ③을 실시함으로써, 이시배당에서 피담보채권 확정에 관한 개별확정설과 채권최고액의 감액긍정설의 관계가 명확하게 언급되지 아니하여 해석의 여지를 남겼는데, 3달 뒤 2017. 12. 21. 선고된 2013다16992 전원합의체 판결에서 피담보채권의 확정과 절연하여 채권최고액의 감액을 명시적으로 선언함으로써 법원의 태도가 명확해졌다. 반면에 위 전원합의체 판결은 공동근저당권에 관한 견해대립의 쟁점 중 ③에 대하여만 판단하고 있으므로, 대상판결을 연구하여 위 ②, ③ 쟁점에 관한 내용을 검토하고자 한다. 다만 위 ① 쟁점은 공동근저당의 일반론에서 성립요건과 누적공동근저당과 관련하여 살펴보기로 한다.

2. 공동근저당에서 피담보채권의 확정

2.1 근저당

근저당은 일정한 기본계약에서 계속적으로 발생하는 불특정채권⁹⁾을 소정의 결산기

8) 양진수, 앞의 논문, 494쪽에서 대상판결의 의미에 다음 두 가지를 추가하고 있다. 선행환가대금이 채권최고액의 전액이 아닌 일부가 배당된 사안에서도 감액긍정설을 받아들였고, 선행배당된 금원을 원금에 한정되지 않는다고 보았다.

9) 1971년 개정된 일본민법 제398조의2 제1항은 불특정채권이라는 용어를 사용하지만, 우리민법은 그 용어를 규정하고 있지 않으므로 특정채무의 경우에도 그 금액 등이 확정되어 있지 않으면 그 확정을 장래에 보류하여 근저당권을 설정할 수 있다는 견해로는 김재형, 앞의 책, 87쪽; 대법원은 불확정채무와 불특정채무의 구분을 의식하지 않으며 특정채권을 위한 근저당도 유효임을 전제로 판결하고 있다. 대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카26915 판결 등 참조.

에 일정한 한도까지 담보하는 저당권이다. 근저당권은 보통저당권과 다른 특수성¹⁰⁾이 있는데, 근저당 성립 시에 피담보채권을 발생시키는 기본계약과 채권최고액만 특정될 뿐 구체적인 피담보채권은 특정되지 아니하고 유통 교체될 수 있는데 그러한 상태가 종료되는 것이 근저당권의 확정 또는 피담보채권의 확정이며 그 이후 발생할 채권은 피담보채권에 포함될 수 없다.

즉, 근저당권의 본질적 특징은 보통저당권보다 피담보채권의 부종성이 완화되어 피담보채권의 확정 전에는 채권에 부종되는 것이 아니라¹⁾ 기본계약에 부종되므로 기본계약으로부터 발생된 피담보채권이 그 확정 전에 소멸하거나 이전되어도 근저당권에는 영향을 미치지 아니한다. 보통저당권과 달리 특정의 피담보채권이 없으므로 근저당설정자 또는 일반채권자, 후순위저당권 및 제3취득자 등 이해관계인과의 관계에서 우선변제권의 범위를 확정하여 공시할 필요에 의하여 제357조는 ‘그 담보할 채무의 최고액’(채권최고액)을 정하도록 규정하고 있다.

2.2 채권최고액

근저당권은 설정계약에서 정한 피담보채권의 범위 내에서 장래 특정되는 채권을 최고액을 한도로 담보한다. 근저당권의 피담보채권은 설정계약 시 정한 기본계약상의 거래로부터 발생하는 채권으로서 그 발생 소멸을 계속하다가 결산기의 도래 등 확정시에 잔존하는 채권이 중국의 피담보채권이 된다.

피담보채권이 확정되면 확정액과 채권최고액의 관계와 관련하여, 확정액이 채권최고액을 초과할 경우에 피담보채권은 최고액에 한정되는가 아니면 최고액을 넘는 부분까지 피담보채권에 포함되는지 여부가 문제된다. 통설을 전자이고¹²⁾ 소수설¹³⁾은 피담보채권의 총액은 근저당거래 종료 시의 현실채권 전부이지만 최고액의 액수까지 목적물이

10) 근저당권의 특질을 장래의 채권을 담보하거나 불확정의 채권을 담보하는데 있는 것이 아니라, 장래에 증감 변동하는 불확정의 채권을 담보하는 저당권이라는 데 있다. 제357조 제1항 후단의 규정이 저당권의 소멸에 있어서의 부동성 배제를 보통저당권과 구별되는 가장 뚜렷한 차이점임을 보여준다는 취지로 박해성, 민법주해(VII) 물권(4), 박영사, 1992, 13쪽; 양창수, 앞의 논문, 213쪽.

11) 대법원 2000. 12. 26. 선고 2000다 54451 판결. 피담보채권이 확정되기 전 그 채권의 일부가 대위변제 되더라도 그 근저당권이 대외변제자에게 이전되지 않는다.

12) 김재형, 앞의 책, 95쪽.

13) 권성, “제3취득자의 저당권소멸청구권”, 민사판례연구3, 민사판례연구회, 1981, 38쪽; 남효순, 민법주해(VII) 물권(4), 박영사, 1992, 61쪽.

책임을 부담할 가능성을 나타내는 것에 불과하다고 한다. 소수설은 최고액을 넘는 부분은 담보가치를 둘러싼 이해를 조절하기 위한 우선변제권이 제한된다는 의미로 이해하고, 저당권자와 제3자의 이해조절을 보통저당권의 경우에는 제360조 단서에 의하고 근저당권은 최고액을 의하여 이루어진다고 하면서, 제360조 단서는 제3자의 보호를 위한 규정이지만 1년분 초과지연이자를 피담보채권의 범위에서 제외할 필요는 없고 제3자에 대한 관계에서 우선변제권을 제한하면 충분하고 채무자 또는 물상보증인인 저당권설정자에게는 적용이 없다는 취지의 일본의 견해를 소개하고 있다. 판례는 절충적 견해로서 최고액을 초과한 부분까지 채무자에게는 피담보채권을 인정하지만 물상보증인,¹⁴⁾ 담보물의 제3자 취득자, 후순위담보권자 및 일반채권자와 관계에서는 피담보채권액이 최고액에 한정된다고 한다.¹⁵⁾

근저당권의 확정된 피담보채권액이 최고액에 한정되는지 여부에 관하여는 대립된 견해들과 판례가 일치¹⁶⁾하여 최고액을 우선변제권의 한도로 이해하지만, 우선변제권의 작동범위에 관하여는 우선변제권이 후순위담보권자와 일반채권자에 한정하여 작동된다는 견해¹⁷⁾부터 근저당설정자를 포함하여 작동된다는 견해¹⁸⁾까지 있다. 저당권자의 우선변제권은 356조에 규정된 ‘다른 채권자보다’ 자기채권의 우선변제를 받을 권리가 있다는 규정에 근거하며 저당권의 본질적 효력을 구성한다. 우선변제권은 저당채무자가 변제기에 변제하지 아니하면 저당목적물을 일정한 절차에 따라 매각 환가하여 그 대금으로부터 저당설정자의 다른 채권자보다 우선하여 변제받을 수 있는 권리이므로, 우선변제권을 실현하는 것이 저당권의 실행이다.¹⁹⁾ 그렇다면 우선변제권은 일반채권자와 후순위담보권자에 한정하여 작동될 것이다.

피담보채권이 확정된 이후에 확정액이 최고액을 초과하는 경우에 그 채권의 일부인 최고액만을 변제하고 근저당권의 소멸을 청구할 수 있는지 문제가 피담보채권과 최고액

14) 대법원 1974. 12. 10. 선고 74다998 판결. 채무자 겸 저당권설정자에 관한 대법원 1972. 1. 26. 자 71마 1151 결정이 선례가 될 수 없다고 하면서 제3취득자에 관한 대법원 1971. 4. 6. 선고 71다26 판결과 1971. 5. 15. 자 71마251 결정을 인용하고 있다.

15) 김재형, 앞의 책, 96쪽.

16) 김병두, “공동근저당에 있어서의 채권최고액의 감액”, 민사법학 제33호, 한국민사법학회, 2006, 150쪽.

17) 권성, 앞의 논문, 34쪽.

18) 양창수, 앞의 논문, 213쪽.

19) 우선변제권은 저당권의 실행과 다른 채권자의 존재를 필요로 한다. 김재형, 앞의 책, 98쪽에서 제3취득자나 후순위 담보권자가 없는 한 채무자소유 부동산의 경매절차에서 근저당권자가 최고액을 초과하는 부분까지 배당받게 되는 것은 우선변제권을 행사하는 것과 마찬가지로 보고 있다.

과의 구별 가능성 여부와 관련하여 논의되고 있지만, 최고액을 우선변제권의 한도로 이해하고 우선변제권이 저당권설정자의 다른 채권자의 관계에서 작동된다면 근저당권의 말소 청구 시에 채권최고액은 의미가 없을 것이다. 판례는 채무자 겸 근저당권설정자는 피담보채권액의 일부변제에 불과한 채권최고액만을 변제하고 그 근저당권의 말소를 청구할 수 없다²⁰⁾고 하지만, 물상보증인과 제3취득자에 대하여는 피담보채권의 범위를 최고액의 한도로 축소하여 양자를 동일하게 보고 있다. 제3취득자의 경우는 제364조에 규정된 소멸청구권의 존재(미²¹⁾)와 관련하여 판례는 일관되게 긍정하지만, 물상보증인의 경우에는 판례가 상반되어 있다. 물상보증인의 책임제한과 관련하여 보통저당권 사안에서 제360조 단서의 적용을 ‘채무자나 저당권설정자’가 저당권자에 대하여 대항할 수 없다고 판시²²⁾하여 물상보증인의 책임제한에 부정적인 태도를 보였다. 근저당권 사안에서도 ‘근저당에 의하여 대금채권이 최고액을 초과한 경우에 일부 변제가 있었다면 이는 우선 최고액 범위 내에서 변제에 충당할 것이 아니라 대금채권 전액의 변제가 있기까지는 근저당의 효력은 잔존채무에 여전히 미친다고 할 것이고 소론 결산기 또는 근저당에 의하여 담보되는 채권액의 범위에 관한 문제는 차순위담보권자 또는 담보물건의 제3취득자에 대한 관계에 있어서 거론될 수 있는 것이고 이 사건에 있어서와 같이--(중략)--근저당권의 성질상 위 잔존채무도 피담보채권이 되며 담보권 설정자겸 연대보증인들인 피고들의 연대보증인으로서의 채무도 위 잔존채무와 그 범위가 같으며 따라서 이 사건 근저당권이나 연대보증채무는 소멸되는 것이 아니라 할 것’²³⁾ 이라며 부정적인 태도를 보인 판결과 이와 상반되는 피담보채권액의 범위를 최고액의 한도로 보는 판결²⁴⁾이 공존하고 있다. 후자의 판결이 학설의 지지²⁵⁾를 받고 있지만 그 근거는 설득력이 부족한데 그 이유는 입법정책의 문제²⁶⁾이기 때문이다. 1971년 개정된 일본민법 제398조의 22는 확정액이 최고액을 초과하는 경우에 물상보증인과 제3취득자는 그 최고액을 변제 또는 공탁하고 근저당권의 소멸을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.²⁷⁾

20) 대법원 1972. 1. 26. 자 71마1151 결정; 연대보증채무자 겸 물상보증인 대법원 1972. 5. 23. 선고 72다485 판결; 박해성, 앞의 책, 32쪽.

21) 권성, 앞의 논문, 30쪽.

22) 대법원 1992. 5. 12. 선고 90다8855 판결.

23) 대법원 1972. 5. 23. 선고 72다485, 486 판결.

24) 대법원 1974. 12. 10. 선고 74다998 판결.

25) 양창수/김형석, 민법III-권리의 보전과 담보(3판), 박영사, 2018, 395쪽.

26) 김재형, 앞의 책, 96쪽.

27) 권성, 앞의 논문, 32쪽.

2.3 공동근저당

공동근저당은 제368조 규정에 따라 동일한 채권의 담보로 여러 부동산에 보통저당권을 설정하는 것인데 반하여 공동근저당은 동일한 채권의 담보로 수 개의 부동산에 근저당권을 설정한 것으로 정의되는데, 공동근저당의 성립요건인 피담보채권의 동일성 인정 여부와 관련하여 두 가지 쟁점에 대한 견해대립이 있다. 우선 채권최고액을 공동저당과 마찬가지로 하나의 동일한 채권최고액으로 정함으로써 우선변제액을 단일하게 하여야 하느냐²⁸⁾ 아니면 최고액이 상이하더라도 공동근저당권은 최고액을 공통으로 하는 부분에 대하여만 성립하는가²⁹⁾의 견해대립이 있고, 피담보채권의 발생원인이 되는 기본계약이 동일하여야 하는가³⁰⁾ 아니면 기본계약의 일부를 공통으로 하더라도 공동근저당권이 성립하는가³¹⁾에 관한 견해대립이 있고, 판례³²⁾는 ‘동일한 기본계약에 기하여 발생한 채권을 중첩적으로 담보하기 위하여 수 개의 근저당권을 설정—(중략)—그 수 개의 근저당권 사이에는 각 채권최고액이 동일한 범위 내에서 공동근저당관계가 성립한다.’고 하여 기본계약의 동일성을 요구하고 있다.

공동근저당권에는 보통저당권의 공동저당에 관한 규정인 제368조 규정이 적용되는가에 관하여 종래 논의는 일본개정법의 영향으로 제368조의 적용을 받는 공동근저당권³³⁾과 제368조의 적용을 배제하기 위하여 공동근저당권의 형식이 아닌 개별 근저당권의 형식을 취하는 누적적 근저당³⁴⁾을 모두 인정하여 왔고, 최근 대법원에서도 누적적 근저당을 인정하였다.³⁵⁾

2.4 공동근저당에서 피담보채권의 확정

근저당권의 특질인 피담보채권의 유동교체상대가 종료되는 것을 피담보채권의 확정 또는 근저당권의 확정이라고 하며 정확히 말하면 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채

28) 양창수/김형석, 앞의 책, 489쪽; 양창수, 앞의 논문, 230쪽.

29) 김석우, 앞의 논문, 207쪽; 곽윤진/김재형, 물권법 제8판(전면개정), 박영사, 2014, 508쪽.

30) 양창수/김형석, 앞의 책, 489쪽; 양창수, 앞의 논문, 211쪽.

31) 김석우, 앞의 논문, 207쪽; 조대현, 앞의 책, 209쪽.

32) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다57746 판결; 대법원 2020. 4. 9. 선고 2014다51756 판결.

33) 일본에서 순수공동근저당이라고 하며, 협의의 공동근저당이라는 용어에는 양창수, 앞의 논문, 215쪽.

34) 용어례로 누적공동근저당은 김석우, 앞의 논문, 212쪽; 양창수, 위 논문, 215쪽.

35) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2014다51756 판결.

권의 원본의 확정이다.³⁶⁾ 근저당권이 확정되면 그 효과로 그 이후 동일한 거래관계에서 채권이 발생하더라도 그 채권은 피담보채권에 포함되지 않으므로 확정 전의 근저당권과 본질적인 차이가 나게 되므로, 확정시기가 언제이냐에 따라 후순위담보권자에게 큰 영향을 미친다. 근저당권이 확정되더라도 피담보채권을 최고액의 한도로 담보하는 성질을 변하지 않으므로, 피담보채권이 유동교체하지 않는다는 점을 제외하고는 여전히 근저당권으로서의 성질을 가질 뿐 보통저당권으로 전환하는 것은 아니다.

피담보채권의 확정사유에 관하여 2004년 민법개정안과 2013년 민법개정시안 및 1971년 일본의 개정민법에는 명문화되어 있지만 현행민법에는 규정을 두고 있지 않으므로 해석에 맡겨져 있는데, 확정사유를 당사자의 의사에 기한 확정사유와 당사자의 의사와 무관한 확정사유를 분류하는 방법이 일반적이다.³⁷⁾ 전자의 사유 중에 통설과 판례³⁸⁾는 근저당권자의 경매신청 시에 피담보채권이 확정된다고 한다. 후자의 사유 중 제3자가 경매신청을 한 경우에 통설은 경매개시결정이 있는 때에 확정된다고 하지만 소수설과 판례³⁹⁾는 매각대금 완납 시⁴⁰⁾에 근저당권이 확정된다고 보며, 채무자 또는 물상보증인이 파산한 경우에는 파산선고 시에 확정된다는 학설만 주장되고 있고, 채무자 또는 물상보증인에게 회생절차가 개시된 경우에 근저당권의 피담보채권이 확정되는 지에 관하여 견해는 대립되고 있고 판례⁴¹⁾는 구 회사정리법에 관한 사안에서 확정설의 태도를 보였으나 채무자회생법 시행 이후에는 대법원판결이 없다.

보통근저당권의 피담보채권 확정에 관한 위와 같은 법리가 공동근저당권의 경우에도 동일하게 적용될 수 있는지 아니면 공동근저당권의 경우에는 특유한 법리가 있는지 여부가 문제되며, 연구대상판결은 이 지점에 관한 답변을 제시하고 있다. 위에서 분류한 순서에 따라, 공동근저당권자가 공동담보물 중 일부 부동산의 경매를 신청한 경우에는 나머지 공동담보물도 경매신청 시에 피담보채권이 확정된다는 이른바 동시확정설이 판례⁴²⁾와 학설의 견해이다. 제3자가 공동담보물 중 일부 부동산의 경매를 신청한 경우에

36) 박해성, 앞의 책, 21쪽.

37) 김재형, 앞의 책, 123쪽; 유혜주, “공동근저당권의 이시배당에 관한 연구”, 민사판례연구41, 민사판례연구회, 2019, 291쪽; 양진수, 앞의 논문, 482쪽.

38) 대법원 1988. 10. 11. 선고 87다카545 판결; 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001다73022 판결.

39) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결.

40) 확정시점을 양설의 중간 시점인 선순위근저당권자가 경매개시 결정을 알게 된 시점으로 보는 견해로는 추신영, “근저당권의 피담보채권의 확정과 민사집행절차상의 제문제”, 재산법연구 제32권 제3호, 한국재산법학회, 2015, 178쪽.

41) 대법원 2001. 6. 1. 선고 99다66649 판결.

는 나머지 공동담보물의 확정 여부에 관하여 개별확정설⁴³⁾(일부확정설)과 동시확정설⁴⁴⁾이 대립하고 일본 개정민법 제398조의17 제2항은 동시확정설을 규정하고 있지만, 연구대상판결은 개별확정설을 실시한 최초의 판결이다. 동시확정설은 개별확정설이론이 자연스럽게 못하고 제368조 제2항 부분과 조화되지 않는다는 논거를 제시하지만, 대상판결이 들고 있는 논거인 거래관계가 계속되는 동안 근저당관계를 유지시킬 필요가 있고, 공동저당권자가 스스로 기본거래를 종료하였다는 의사를 표시한 것으로 볼 수 없으므로 개별확정설이 타당하다. 대상판결은 물상보증인이 파산한 경우까지 동시확정설의 견해를 보이지만, 학설⁴⁵⁾은 개별확정설의 입장이다.

3. 채권최고액의 감액

공동저당권의 이시배당의 경우에 선행 경매절차 등 환가절차에서 우선변제받은 금액을 채권최고액에서 감액할 것인지 여부에 관하여 긍정설과 부정설⁴⁶⁾의 대립이 있고, 연구대상판결은 긍정설의 입장이지만 대상판결 이전에 부정설의 견해를 실시한 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008다72318 판결과 모순되는 상태였고 3달 뒤 선고된 2013다16992 전원합의체 판결에서 위 2008다72318 판결을 변경하였다. 감액부정설의 견해도 피담보채권이 동시확정되는 사안인 공동근저당권자의 경매신청으로 인한 이시배당의 경우에는 감액을 인정하고 있으므로 위와 같은 견해대립은 대상판결과 같은 사안의 경우에서 있다. 부정설의 논거는, 채권자의 신청에 의한 선행 경매절차가 아니므로 채무자로부터 임의변제⁴⁷⁾ 받은 것과 같다는 점과 감액긍정설로 볼 법적근거가 없다는 점이다. 반면에 감액긍정설은 앞서 본 피담보채권의 확정과 연결시킨 견해⁴⁸⁾와 피담보채권의 확정과는 별도로 감액을 주장하는 견해⁴⁹⁾가 있다. 피담보채권의 확정은 채권최고액의 감액여부와

42) 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다 36596 판결.

43) 조대현, 앞의 책, 212쪽; 김재형, 앞의 책, 291쪽; 곽윤직/김재형, 앞의 책, 510쪽; 양창수/김형석, 앞의 책, 490쪽; 김병두, 앞의 논문, 145쪽; 조준현, “공동근저당의 이시배당에서 공동근저당권자의 우선변제권의 범위”, 외법논집 제42권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2018, 249쪽.

44) 윤진수, “2006년도 주요 민법 관련 판례 회고”, 민법논고III, 박영사, 2008, 735쪽; 연구대상판결에 대한 평설인 이준현, 앞의 논문, 643쪽.

45) 김재형, 앞의 책, 291쪽; 곽윤직/김재형, 앞의 책, 510쪽.

46) 조대현, 앞의 책, 213쪽; 김병두, 앞의 논문, 154쪽.

47) 채무자의 임의변제의 경우 감액부정설의 견해를 실시한 판결로는 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다 3681 판결.

48) 윤진수, 앞의 논문, 735쪽.

는 별개의 문제이며, 공동근저당에서 채권최고액은 담보목적물 전부로부터 최고액까지 우선변제를 받는다는 의미이고, 감액부정설을 취할 경우 공동근저당권자에게 부당한 이익을 주는 반면에 일반채권자와 후순위담보권자 및 물상보증인에게 근거 없는 불이익을 가할 뿐만 아니라 감액부정설은 공동근저당을 근거 없이 누적적 근저당으로 바꾸는 견해이므로, 대상판결이 감액긍정설을 실시한 것은 타당하다.

4. 결론

공동근저당권자가 타인에 의하여 개시된 경매절차를 통하여 목적 부동산 중 일부에 대한 환가대금으로부터 다른 권리자에 우선하여 피담보채권의 일부배당을 받은 경우, 나머지 부동산들에 대한 피담보채권도 확정되는지에 관하여 대법원 판결은 없었고 학설은 개별확정설(일부확정설)과 동시확정설로 대립되고 있었는데, 대상판결은 이에 관하여 전자를 실시한 최초의 판결로서 의미가 있다.

다른 쟁점인 위와 같은 공동근저당권의 이시배당의 경우 선순위 공동근저당권의 우선변제권의 범위가 다시 최초의 채권최고액 범위 내인지 (감액부정설) 아니면 최초의 채권최고액에서 우선변제 받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액인지 (감액긍정설)에 관한 대법원 판례는 양쪽 모두 공존하고 있었지만 후자의 견해를 실시하고, 대상판결이 선고된 후 정확히 3개월 후에 선고된 2013다16992 전원합의체 판결에서 전자의 견해를 취한 종전 판결인 2008다72318 판결을 변경하고 후자의 견해로 정리하도록 하는데 징검다리 역할을 한 것으로 평가된다. 이른바 피담보채권의 확정에 관한 개별확정설과 이시배당에서의 채권최고액의 감액긍정설을 모두 실시한 유일한 판결이다. 공동근저당의 이시배당에서 우선변제권의 범위에 관한 감액부정설은 근저당권의 채권최고액이나 우선변제권에 관한 일반 법리에도 부합하기 어렵다.

대상판결은 보통저당권의 공동저당에서의 피담보채권의 확정에 관한 법리가 공동근저당에는 그대로 적용되지 않고 공동근저당에는 특유한 법리가 있음을 확인한 최초의 판결이다. 그러나 대상판결에서 동시확정의 사유 중 하나로 언급한 ‘물상보증인의 파산’의 경우에도 개별확정을 주장하는 학설에 설득력이 있으므로, 향후 ‘물상보증인의 파산’의 경우에도 공동저당과 다르게 공동근저당의 피담보채권 확정에 관한 특유한 법리를 추가해 주기를 기대해본다.

49) 양창수, 앞의 논문, 229쪽; 김재형, 앞의 책, 287쪽; 박윤직/김재형, 앞의 책, 510쪽; 양창수/김형석, 앞의 책, 491쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직/김재형, 물권법 제8판(전면개정), 박영사, 2014.
김재형, 주석민법 제4판 물권(4), 한국사법행정학회, 2011.
남효순, 민법주해(VII) 물권(4), 박영사, 1992.
박해성, 민법주해(VII) 물권(4), 박영사, 1992.
양창수/김형석, 민법III-권리의 보전과 담보(3판), 박영사, 2018.
조대현, 민법주해(VII) 물권(4), 박영사, 1992.

2. 학술지

- 권 성, “제3취득자의 저당권소멸청구권”, 민사판례연구3, 민사판례연구회, 1981, 28-44쪽.
김병두, “공동근저당에 있어서의 채권최고액의 감액”, 민사법학 제33호, 한국민사법학회, 2006, 125-160쪽.
김석우, “공동근저당권에 관한 고찰 -일본 개정민법과 관련하여-”, 민사법과 환경법의 제문제: 송헌 안이준 박사회갑기념 논문집, 박영사, 1986, 199-215쪽.
양진수, “공동근저당권자가 채무자에 대한 회생절차에서 채무자소유 부동산의 환가대금 으로부터 우선변제받은 경우에 공동담보물인 물상보증인 소유의 다른 목적 부동산의 채권최고액 감액 여부”, 사법 제44호, 사법발전재단, 2018, 469-512쪽.
양창수, “공동근저당권에 있어서 선행경매절차에서의 일부 배당이 후행절차상의 우선변 제권에 미치는 영향”, 민법연구 제8권, 박영사, 2005, 209-302쪽.
유혜주, “공동근저당권의 이시배당에 관한 연구”, 민사판례연구41, 민사판례연구회, 2019, 279-315쪽.
윤진수, “2006년도 주요 민법 관련 판례 회고”, 민법논고III, 박영사, 2008, 731-736쪽.
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.
조대현, “공동저당의 등기원리”, 재판자료 제44집, 법원행정처, 1988, 157-213쪽.
조준현, “공동근저당의 이시배당에서 공동근저당권자의 우선변제권의 범위”, 외법논집 제42권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2018, 239-262쪽.

추신영, “근저당권의 피담보채권의 확정과 민사집행절차상의 제문제”, 재산법연구 제32권 제3호, 한국재산법학회, 2015, 177-206쪽.

[Abstract]

The Determination of the Debt and the Scope of the Right to Preferential Reimbursement in Joint Floating Sum Mortgage

—Supreme Court Decision 2015Da50637 Decided September 21, 2017—

Hong, Bong-Joo*

This study examines the decision of the supreme court 2015Da50637 decided September 21, 2017 on the determination of the debt and the scope of the right to preferential reimbursement in joint floating sum mortgage.

The supreme court rules that ① the determination of the debt concerning the remaining immovables is not made simultaneously when a third party requests the auction procedure and the joint mortgage exercises a right to preferential reimbursement. ② the scope of right to preferential reimbursement that is exercisable by a joint mortgagee against the remainder of immovable properties provided as joint collateral should be construed as limited to the outstanding maximum debt amount after deducting the preferentially reimbursed amount from the initial maximum debt amount regardless of the settlement of the secured debt.

Author agrees the ruling of the court, and expects another decision on the determination of the debt in the sequential apportionment concerning the bankruptcy of the person who pledged one's property to secure another's obligation.

[Key Words] Joint Floating Sum Mortgage, the Determination of the Debt, Scope of Claim Secured, the Maximum Amount of the Debt to be Secured, the Scope of the Right to Preferential Reimbursement

* Professor, Law School of Konkuk University