creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

[UCI]I804:24011-200000265942

2017年 2月
碩士學位論文

共同抵當의 配當에 關한 硏究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

柳 洪 奎

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

共同抵當의 配當에 關한 硏究

A Study on the Dividend of Joint Mortgage

2017年 2月 24日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

柳 洪 奎

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

共同抵當의 配當에 關한 研究

指導敎授 金 凡 鐵

이 論文을 法學 碩士學位申請 論文으로 提出함

2016年 10月

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

柳 洪 奎

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

柳洪奎의 碩士學位 論文을 認准함

委員長 朝鮮大學校 敎 授 강 혁 신 (印)

委 員 朝鮮大學校 敎 授 정 구 태 (印)

委 員 朝鮮大學校 敎 授 김 범 철 (印)

2016年 11月

朝鮮大學校 大學院

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

목 차

ABSTRACT ..... Ⅳ

제1장 서 론 1
제1절 연구 목적 1
제2절 연구 범위와 구성 2
Ⅰ. 연구의 범위 3
Ⅱ. 연구의 구성 3

제2장 공동저당의 의의와 성립 4
제1절 공동저당의 의의 4
Ⅰ. 의의 4
Ⅱ. 공동저당의 기능 4
1. 담보가치의 합산 5
2. 위험분산 5
3. 실행 용이화 5
제2절 공동저당의 성질 6
Ⅰ. 중첩성 6
Ⅱ. 독립성 7
1. 성립의 독립성 8
2. 담보의 독립성 9
Ⅲ. 부종성 9
1. 피담보채권에 대한 각 저당권의 부종성 9
2. 각 저당권과 피담보채권 사이에 생긴 사유의 영향 10
Ⅳ. 연대성 10
1. 각 저당권 사이의 연대성 11
2. 각 저당물의 책임분담액 12
Ⅴ. 불가분성 13

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

1. 불가분성과 자유롭게 선택할 권리 ····· 13
2. 저당권의 불가분성의 원칙 ····· 14
제3절 공동저당의 성립 ····· 14
Ⅰ. 공동저당의 목적물 ····· 16
1. 목적물의 범위 ····· 16
2. 공동저당물의 동종성 ····· 16
3. 목적물의 소유자 ····· 20
Ⅱ. 공동저당의 피담보채권 ····· 20
1. 피담보채권의 동일성 ····· 20
2. 담보범위의 동일성 ····· 22
Ⅲ. 공동저당의 등기 ····· 24
1. 공동저당등기와 공동담보목록 ····· 24
2. 공동저당관계의 등기가 성립요건인지 여부 ····· 25

제3장 공동저당의 배당 ····· 28
제1절 후순위 권리자자의 보호 및 기대권 ····· 28
Ⅰ. 후순위 권리자의 보호 ····· 28
Ⅱ. 후순위 권리자의 기대권(선순위 권리자와의 관계) ····· 28
1. 선순위 공동저당자의 저당권 일부포기의 경우 ····· 29
2. 혼동의 경우 ····· 30
제2절 동시배당에서의 부담 분배 ····· 31
Ⅰ. 규정 및 공평분배의 입법취지 ····· 31
Ⅱ. 적용범위 ····· 32
1. 동시에 배당하는 경우에서의 적용 ····· 32
2. 각 부동산의 경매대가 ····· 33
3. 부동산의 책임분담액 ····· 33
Ⅲ. 구체적 사례 ····· 34
1. 선순위 공동저당권자의 경우 ····· 34
2. 후순위 공동저당권자의 경우 ····· 36

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

3. 2개의 공동저당이 순위가 서로 다른 경우 ····· 38
4. 공동저당과 동 순위의 채권자가 있는 경우 ····· 39
5. 공동저당의 담보범위가 다른 경우 ····· 40
제3절 이시배당에서의 후순위저당권자의 대위 ····· 42
Ⅰ. 규정 및 법정대위권 인정의 입법취지 ····· 42
Ⅱ. 적용 범위 ····· 43
1. 민법 제368조 제1항의 유추적용 ····· 43
2. 민법 제368조 제2항의 유추적용 ····· 44
Ⅲ. 후순위저당권자의 대위 ····· 45
1. 의 의 ····· 45
2. 요 건 ····· 45
3. 효 과 ····· 47
Ⅳ. 구체적인 사례 ····· 52
제4절 목적물이 물상보증인 또는 제3취득자 소유인 경우 ····· 54
Ⅰ. 문제의 제기 ····· 54
Ⅱ. 학 설 ····· 55
1. 변제자 대위 우선설 ····· 55
2. 후순위저당권자 대위 우선설 ····· 56
3. 선순위 등기 우선설 ····· 56
Ⅲ. 판 례 ····· 57
Ⅳ. 구체적 사례 ····· 58
1. 동시배당의 경우 ····· 58
2. 이시배당의 경우 ····· 59
Ⅴ. 검 토 ····· 61
1. 학 설 ····· 61
2. 후순위저당권자우선설이 옳다는 의견 ····· 62
제5절 민법 제368조의 문제점과 개선방안 ····· 62
Ⅰ. 구조적 문제 ····· 63
Ⅱ. 보완의 필요성 ····· 63

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Ⅲ. 개선방안 ····· 64

제4장 공동근저당 ····· 65

제1절 공동근저당의 개념 ····· 65

Ⅰ. 근저당의 의의 및 기능 ····· 65

Ⅱ. 근저당의 성립 ····· 66

1. 피담보채권의 동일성 ····· 66

2. 담보한도의 동일성 ····· 66

3. 이색 근저당의 인정여부 ····· 67

Ⅲ. 공동저당과 공동근저당의 비교 ····· 69

1. 경매 실행시 공동저당과 공동근저당의 차이 ····· 69

2. 경매의 신청과 피담보채권의 확정 ····· 70

3. 경매대가의 배당 ····· 71

제2절 공동근저당의 경매실행상의 문제점 ····· 73

Ⅰ. 구체적인 사례 ····· 73

1. 선순위공동근저당권자가 이시배당을 청구했을 경우 후순위저당권자 대위권과의 충돌사례 ····· 73

2. 공동근저당권자의 우선배당사례 ····· 74

3. 공동근저당에서 채권최고액의 감액사례 ····· 75

4. 선순위공동저당권자의 일부저당권포기와 후순위저당권자의 대위사례 ····· 77

5. 공동저당의 목적물이 채무자와 물상보증인 소유일 경우 배당사례 ····· 78

Ⅱ. 공동근저당의 누적식 배당에 대한 문제 ····· 79

Ⅲ. 개선방안 ····· 80

제5장 결 론 ····· 81

【참고문헌】 ····· 84

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

【Abstract】

A Study on the Dividend of Joint Mortgage

Rieu, Hong-Gyou

Advisor: Prof. Kim, Bum-Chul, Ph. D

Department of Law

Graduate School of Chosun University

The Civil Code has been developed by continually expanding the scope of mortgage in order to respond to the constantly changing economic development and to increase the possibility of applying the mortgage system. In particular, the Civil Code recognizes a common mortgage, which is set up with a number of real estate properties that can be set up as mortgages in order to secure the same receivables in case that the collateral value of the real estate does not match the amount of the counterclaimed receivables. In Korea, land and buildings are separate real estate, and the collateral value of land subdivided by parcel is so low that it is very difficult to give and take credit as a single real estate.

Therefore, the joint mortgage system is more commonly used than the general mortgage because its usability is great in many fields of society because of its advantages such as it has easier credibility through the accumulation of collateral and it can disperse the risk of reducing the collateral value coming from the damage and destruction of the object. In case of a joint mortgage, a creditor may freely choose a part of a number of properties that are the objects of a joint mortgage, so that some or all of the bond may be reimbursed first.

By the way, as a result of free choice, because the unfairness may arise in

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

between the holders of the object or to the subordinated mortgagee, the Civil Code sets up Article 368 of the Civil Code to adjust the interests with the subordinated mortgagee and to extend the value of the mortgage value which may arise as a result of free choice. However, it is not enough in many ways that the Korean Civil Code has only Article 368 in order to solve the problem in the joint mortgage where various problems may concretely arise. This regulation is a criterion for the important interpretation in the joint mortgage, but as many theories conflict on the interpretation of this regulation, and the precedent cases do not disclose the position on all matters that may arise, it is said that they have various interpretational problems.

Therefore, this paper studies on the dividend of joint mortgage by checking the applied scope and nature of Article 368 of the Civil Code and the legal nature of the subrogation rights of subordinate mortgage lenders through theories, precedents, and cases to solve various legal problems arising from the legal structure that joint mortgages are set on several real properties, and furthermore, it suggests the improvement plan through the interpretation in the part where there is a gap of law. In the requirements for the formation of a joint mortgage, there are some problems typically in the object of a joint mortgage, the identity of a secured bond, and the registration portion of a joint mortgage. In the case of a heterogeneous object, whether it applies Article 368 of the Civil Code or not is problematic. However, according to the economic development, since the scope of the object of the mortgage right has been expanded, if it is possible to establish a general mortgage right. it is also true to establish in between heterogeneous objects.

In order for the secured claim to be the same, the creditor and the debtor should be the same for several securities, and the cause and coverage of the bond should be the same. If the scope of the collateral is not the same, rather than denying its existence, it would be in accordance with the purpose of the system to recognize the joint mortgage within the overlapped scope if the cause of the bond is the same as the related party. There is a confrontation in between the theories on whether

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

the registration of a joint mortgage is required or not. That is because in the mortgage there is no particular reason for registering a joint mortgage, nor does it require a separate registration as a requirement for the formation of a joint mortgage in the law or document. The dividend of the joint mortgage can be divided into the simultaneous dividend and the different dividend. When distributing the auctioned value at the same time by auctioning each real estate simultaneously that is the object of the joint mortgage, the Civil Code sets up the share of the security bond in proportion to the auction price of each real estate (Article 368 Item 1 of Civil Code).

However, if a joint mortgagee auctions only a specific property among the objects of a joint mortgage and receives the first dividend at the auction price, the entire amount of the bond may be reimbursed from the proceeds. In this case, the subordinated mortgagee in the auctioned specific real estate may exercise its mortgage for the joint mortgage lender in the amount that would have been borne by another property if the joint mortgagee had been paid at the same time (Article 368 Item 2 of the Civil Code). This is to protect the subordinate mortgagee from being unfairly disadvantaged(subrogation rights of subordinated mortgage holders).

If all or a part of real estate that is the object of a joint mortgage belongs to a person other than the debtor, that is, the guarantor(hereunder indicating the person who has pledged his/her property to secure another's obligation) of the third party or the third acquirer, conflicts arise between the subrogation of subordinate and that of subordinate mortgagees, and in this case, the priority is important. In the case, theories are confronted, and in case of the precedent, the subrogation by a person who has performed obligation has the priority. However, since the guarantor or the third acquirer is interpreted as having to bear the amount of the secured claim in proportion to the value of the objects of the joint mortgage, it is not necessary to protect even under the exclusion of the application of Article 368 Item 2 and not protecting them would be consistent with the intent of Article 368 Item 2 of the Civil Code to make full use of the collateral value of each property, which is the

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

object of the joint mortgage, so the subordinated mortgagee preference is right. In this way, in order to protect the disadvantage of subordinated mortgage holders in the joint mortgage, the Civil Code recognizes the subrogation in Article 368 of the Civil Code. Therefore, it is necessary to seek the legislative measure to fill the void of the system in order to realize its purpose. It is necessary to clearly define the scope of application of Article 368 of the Civil Code, and if the purpose of the joint mortgage is not registered, it is necessary to legislate to determine whether the joint mortgage is to be regarded as a joint mortgage or not. If all or a part of the real estate as the object of a joint mortgage belongs to a person other than the debtor, a collision will occur between the subrogation of the subordinate and the subrogation of the subordinate mortgagee, so a legislative supplement on which takes the priority is needed.

In addition, the registration of the subrogation bookkeeping is an important basis for the person exercising the subrogation of the mortgage to counter a third party, but the current real estate registration law has the problem which can not register the bookkeeping due to the subrogation right at the back sentence of Article 368 of the Civil Code until all joint mortgages are auctioned. Thus it is necessary to prepare a plan that makes it easier to register the bookkeeping of the subrogation, and when the stakeholders agree to it, it should allow the registration of the change of the mortgage rights, and it also needs the supplement on the joint mortgage such as the regulation that the application of the registration of removing the joint mortgage needs the consent of the subordinated mortgagee and the regulation is differently applied in case that a part of the object of the joint mortgage is not owned by the debtor

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제1장 서 론

제1절 연구 목적

우리 민법 및 민사특별법 등은 채무자, 물상보증인, 제3취득자가 채무의 담보로 제공한 부동산 그 밖의 목적물에 대하여 채권자가 점유하지 않고 채무불이행시에 우선변제를 받을 수 있는 담보물권인 저당제도에 대한 활용 가능성을 높이기 위하여 저당권의 범위를 확대해 왔다. 특히 부동산의 담보가치가 피담보채권액에 미치지 못하는 경우 동일한 채권을 담보하기 위하여 여러 개의 부동산을 집적하여 설정한 특수한 형태의 공동저당을 인정한다. 우리나라는 토지와 건물이 별도의 부동산으로 되어 있고, 토지는 필지로 세분화되어 담보가치가 낮아 하나의 부동산으로 신용을 수수하기가 힘들다. 이런 세분화된 부동산을 집적하여 저당권을 설정할 수 있을 경우, 채무자는 쉽게 저당제도를 통하여 신용을 수수할 수 있다.

또한, 채권자의 경우에는 공동저당권의 목적물인 부동산 중 일부가 멸실·훼손·가격하락 등 가치가 감소되어 강제집행하기 어렵더라도, 공동저당권의 목적물인 다른 부동산에 대하여 강제 집행하여 만족을 얻을 수 있으므로, 특정 목적물의 담보가치의 감소에 대한 위험분산의 효과를 얻을 수 있게 된다. 이와 같이 공동저당제도는 담보물의 집적을 통하여 보다 쉬운 신용의 수수 기능과 목적물의 훼손·멸실 등에서 오는 담보가치 감소에 대한 위험성 분산이라는 장점 때문에 사회 전반에 걸친 여러 분야에서 많이 이용되고 있는 것이 현실이다.

공동저당의 특징은 채권자가 공동저당권의 목적물인 여러 개의 부동산 중 일부를 자유롭게 선택하여 채권의 일부 또는 전부를 우선 변제받을 수 있다는 점이다. 그런데 채권자 자유롭게 선택함으로 인하여 저당부동산의 소유자나 후순위저당권자의 이익을 해할 수 있기 때문에 부동산이 여러 사람의 소유일 경우 각 소유자에게는 공동저당권자가 자유롭게 선택할 권리를 어떻게 행사할 것인지가 매우 중요한 문제가 된다. 다시 말해 저당목적물인 부동산이 2개일 경우 공동저당권자가 하나의 저당목적적물만을 선택하여 그의 채권 전액을 변제 받을 경우 다른 저당목적물의 소유자는 저당권의 실행

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

을 면하게 되고, 반대의 순서로 실행되었을 경우 2명의 부동산 소유자 중 전자가 그러한 실행을 면하게 되므로 각 토지에 후순위저당권이 존재하는 경우 자유롭게 선택할 권리를 어떻게 행사하느냐에 따라 후순위저당권자에게 큰 영향이 미치게 된다. 이와 같이 공동저당에 있어서는 저당권자가 자유롭게 선택할 권리를 행사한 결과에 따라 목적물의 소유자 사이에 또는 후순위저당권자에게 불공평이 발생될 수 있기 때문에 우리 민법은 자유롭게 선택할 권리를 행사한 결과 발생될 수 있는 후순위저당권자와의 이해관계를 조정하고 담보가치를 확대하기 위해서 민법 제368조를 두고 있다.

민법 제368조는 공동저당권이 동시에 실행되는 경우에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정하도록 하여 채권자의 선택권에 대하여 일정한 제한을 두고 있고, 이시배당의 경우에는 그 경매한 부동산의 선순위저당권자가 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 후순위저당권자가 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있는 법정대위권을 인정함으로써 그 이익을 조정하고 후순위저당권자를 보호하고 있다.

이와 같이 공동저당에 있어서 중요한 해석의 기준이 되는 규정을 민법 제368조 단 하나의 규정만 두고 있는 것은 충분하지 못하다. 더구나 이 규정의 해석에 대하여 학설이 대립하고, 판례가 일어날 수 있는 모든 문제에 대하여 입장을 확실히 밝히지 못하고 있기 때문에 법 적용 및 운용에 대하여 여러 가지 해석론상의 과제를 안고 있다. 이에 본 논문에서는 공동저당이 여러 개의 부동산에 설정된다는 법적구조로 인해 발생되는 여러 가지 법률문제 해결을 위해 민법 제368조의 적용범위 및 후순위저당권자의 대위권에 대한 법적 성질을 학설과 판례 및 사례를 통해 검토함으로써, 공동저당의 성립요건과 배당에 대하여 연구하고, 법의 공백이 있다고 생각되는 부분에 있어서 해석을 통한 보충과 입법론을 제시하고자 한다.

제2절 연구의 범위와 구성

Ⅰ. 연구의 범위

제1장에서는 서론의 연구목적을 달성하기 위하여 본 논문의 구성과 연구의 범위를

dCollection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

언급한다.

제2장에서는 일반적인 공동저당에 대하여 살펴본다. 공동저당의 의의와 기능은 무엇이고, 공동저당취지의 등기는 어떤 성질을 가지는지 살펴본다.

제3장에서는 공동저당의 배당에 대해 살펴본다. 특히 공동저당을 이루는 수개의 부동산의 소유자가 물상보증인 또는 제3취득자 등 채무자 이외의 자인 경우와 같이 변제자 대위와 후순위저당권자의 대위 간에 충돌이 발생할 경우 어느 것이 우선하는가 하는 문제를 살펴봄으로써 민법 제368조의 문제점과 개선방안을 제시한다.

제4장에서는 공동근저당권의 의의는 무엇이고, 성립요건은 어떠하며, 공동저당권과 공동근저당권의 실행상의 차이는 무엇인지 살펴본다. 나아가 공동근저당권의 실행상의 문제점을 구체적인 사례별로 살펴보고, 공동근저당권의 누적식 배당에 대하여도 검토한다. 이를 통해 공동근저당권의 규정을 보다 명확하게 할 수 있는 개선방안을 제시한다.

제5장에서는 위와 같은 논의들을 정리 요약한 후, 민법 제368조의 적용범위와 관련한 논란을 불식시키고자 이를 명확히 하는 입법론을 제시한다.

Ⅱ. 연구의 구성

본 논문의 연구는 주로 문헌연구방법을 통하여 국내외 관련 논문과 연구보고서 및 관련문헌 등 자료를 중심으로 학설과 판례를 고찰하고 연구자의 실무적 경험을 가미하여 연구를 진행하였다. 공동저당권실행과 관련하여 후순위저당권자, 물상보증인, 제3취득자 등 모든 이해관계인들의 권리 사이에 조화와 형평을 바탕으로 합당한 권리에 상응할만한 구체적인 배당방법론을 채택하여 경매실행시의 이상적인 배당을 도출하고자 하였다. 본 연구결과는 문제점 개선과 해결을 위하여 해석론과 입법론을 병행하였다. 또한 대법원판례를 참고하여 공동근저당 배당제도의 문제점을 해결하기 위한 개선방안과 입법안도 제시하였다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제2장 공동저당의 의의와 성립

제1절 공동저당의 의의

Ⅰ. 의의

공동저당은 동일한 채권을 담보하기 위하여 저당권의 설정이 가능한 수개의 부동산을 목적물로 하여 설정되는 저당권을 말한다. 저당권의 설정이 가능한 재산 등이 철저하게 세분화되어 각각의 목적물만으로는 담보가치가 낮아 채권담보가 불가능할 경우에 여러 개를 집적하여 성립하는 형태이다. 부동산의 담보가치가 피담보채권액에 못 미칠 경우에는 하나의 부동산을 목적으로 하여 성립하는 전형적인 저당의 성립이 불가능하게 된다. 담보력이 약한 여러 개의 부동산을 소유한 채무자는 담보물의 집적을 통해 신용을 확보할 수 있게 되고, 채권자는 멸실·훼손·가격하락 등으로 인한 담보가치의 감소를 방지할 수 있다. 특히 우리나라가 토지와 건물을 별개의 부동산으로 취급하고 있어 토지 위에 건물이 있는 경우 필연적으로 공동저당을 설정하게 된다. 여기에서 수개의 부동산이란 여러 필의 토지 또는 토지와 그 정착건물 등이 된다.

공동저당에 관하여는 민법 제368조(공동저당과 대가의 배당, 차순위자의 대위)에서 "① 동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을 설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다. ② 전항의 저당부동산 중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 경우에는 그 대가에서 그 채권전부의 변제를 받을 수 있다. 이 경우에 그 경매한 부동산의 차순위저당권자는 선순위저당권자가 전항의 규정에 의하여 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다."고 규정되어 있다.

Ⅱ. 공동저당의 기능

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

1. 담보가치의 합산

각 부동산 가액이 피담보채권액에 미치지 못하는 경우 여러 부동산에 공동저당권을 설정할 수 있다면 피담보채권을 만족시킬 수 있다. 즉, 공동저당권은 담보가치 합산의 작용을 한다.[1] 채무자는 각각의 저당목적물의 가액이 피담보채권액에 미치지 못한다고 할지라도 일괄하여 공동저당으로 설정하는 담보가치의 집적기능을 이용하여 신용을 얻을 수 있다. 우리나라와 같이 재산권이 세분화되어 각각의 부동산이 피담보채권을 담보하기에 충분하지 않을 경우, 여러 개의 부동산을 집합하여 하나의 피담보채권을 담보하게 할 수 있는 공동저당제도는 담보가치를 증대시키는데 특히 유용한 제도이다.[2]

2. 위험분산

공동저당권의 목적물인 여러 부동산 중의 일부가 멸실·훼손·가격하락 등으로 가치가 감소되거나 경제사정의 변동으로 강제 집행하기 어렵더라도, 공동저당권의 목적물인 다른 부동산을 강제 집행하여 채권의 만족을 얻을 수 있다. 즉, 공동저당권은 위험분산의 작용도 한다.[3] 채권자는 공동저당을 이용하면 저당목적물 중 일부가 멸실되거나 훼손, 경제 사정의 변동 등으로 인해 담보가치가 하락하더라도 다른 부동산으로부터 변제를 받을 수 있으므로 위험을 분산시킬 수 있다. 특히 우리나라에서는 토지와 건물을 별개의 부동산으로 취급하고, 작은 면적의 토지가 1필지를 이루는 등 토지가 세분화되어 있어서 이로 인한 담보가치의 하락을 메우는 작용을 하는데, 이것은 부동산등기법상 공동저당권 목적물의 목록제도(부동산등기법 제78조)에 의해서 가능하다.[4]

3. 실행용이화

수개의 저당목적물 중에는 저당권의 실행을 위한 환가가 용이한 것이 있는 반면에

---

1) 강태성, 물권법, 대명출판사, 2009, 1168면.
2) 김상용, 물권법, 법문사, 2013, 719-720면; 장경학, 물권법, 법문사, 1990, 831면.
3) 강태성, 전게서, 1168면.
4) 염규석, “공동저당”, 경북대학교 박사학위 논문, 1998, 14면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그 환가가 상대적으로 곤란한 것이 있다. 수개의 저당권을 가진 채권자라면 당연히 실행이 용이한 것을 선택할 것이다. 따라서 공동저당권자는 자유롭게 선택할 권리를 행사하여 특정한 부동산을 임의로 선택하여 경매를 실행함으로써 우선변제를 받을 수 있기 때문에 공동저당제도는 저당권의 경매 실행을 용이하게 하는 작용을 한다.[5]

제2절 공동저당의 성질

공동저당권이라는 물권은 없지만 편의상 그렇게 표현하는 것이 일반적이다.[6] 이러한 공동저당권에는 일반적인 저당권과 다른 성질이나 다른 내용으로 설명되어야 할 성질이 있다. 저당권의 중첩성, 독립성, 부종성, 연대성, 불가분성 등이 그것이다. 공동저당권의 특이한 특징은 피담보채권이 동일한 관계이나, 수 개의 저당부동산에 각 저당권을 설정하고 있다는 점이다. 이들 관계가 일체의 관계로서 하나의 저당권인지 아니면 복수의 저당권인지 살펴보고자 한다.

Ⅰ. 중첩성

공동저당권은 동일한 채권을 담보하기 위하여 저당권의 설정이 가능한 여러 개의 목적물 위에 각 저당권이 설정된다. 여러 개의 목적물 위에 하나의 공동저당권이 설정된다. 아니면 각각의 목적물 위에 설정된 여러 개의 저당권이 동일한 채권을 담보하기 위해서 결합된 것인지가 문제된다.[7] 공동저당은 그 성질상 각 저당물마다 별개의 저당권이 성립한다. 또한 공동저당에서 각 저당권은 그 피담보채권으로 공시된 채권액의 전부를 담보하게 되므로 피담보채권이 중첩적으로 담보된다. 더 나아가 공동저당에서

5) 대법원 1957. 2. 2. 선고 4289民再抗70 판결; 대법원 1957. 5. 4. 선고 4290民再抗30 판결.
6) 이상태, 물권법(8정판), 법원사, 2013, 544면에서는 공동저당의 특수성이라는 제목 아래 저당권의 수, 저당권의 임의 선택, 이해관계조정의 필요성 등으로 분류하여 기술하고 있다.
7) 독일 민법(BGB), 스위스 민법(ZGB) 등에서는 공동저당을 1개의 저당권이라고 규정(독일 민법 제1132조, 스위스 민법 제816조)하고 있다. 그러나 독일에서도 공동저당권의 단수인지 복수인지에 관하여 견해대립이 있다(김상용, 근저당권 비교연구, 화산미디어, 2013, 210면).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그것을 구성하는 복수의 저당권이 각각 피담보채권 전부를 담보하고 피담보채권의 각 부분은 복수의 저당권 전부에 의해 담보된다.[8] 하나의 채권을 분할하여 각각의 분할부분에 대하여 별개의 저당권을 설정한 때에는 공동저당이 아니고 각각의 독립된 담보에 해당한다.[9] 공동저당은 수개의 저당물이 동일채권을 중첩적으로 담보하는 것이기 때문에 단일의 저당권과는 다른 경제적 기능을 가진다. 공동저당제도는 각각의 목적물이 가지는 담보가치를 합산하여 피담보채권을 충분히 담보할 수 있게 하고(담보가치합산), 어느 담보가 멸실되거나 가치가 감소되는 경우에도 다른 담보에 의하여 채권의 실현을 확보할 수 있게 하며(위험분산), 채권자로 하여금 수개의 담보 중에서 피담보채권을 쉽고도 만족스럽게 실현시킬 수 있는 담보를 골라서 실현할 수 있게 한다(실행용이화).[10] 따라서 공동저당제도는 채무자에게는 담보가치가 적은 여러 담보를 모아 많은 신용을 얻을 수 있게 하고, 채권자에게는 충분하고 완전한 담보를 확보하게 하여 안심하고 신용을 주게 한다.[11]

Ⅱ. 독립성

공동저당권은 단일한 저당권이 아니고 여러 저당권으로 구성되는 관계를 의미한다. 공동저당의 경우에는 각각의 저당물마다 별개의 저당권이 성립한다. 공동저당을 1개의 저당권으로 규정하고 있는 입법례[12]도 있지만, 그러한 특별규정을 두고 있지 않은 우리나라에서는 하나의 물건 위에 동일한 내용의 물권이 하나밖에 성립할 수 없다는 일물일권주의의 원칙에 따라 각 저당물마다 1개씩의 저당권이 성립한다는 데에 이론이 없다. 각 저당권은 별개이므로 그 성립에서도 다른 저당권과 무관하다.[13] 저당권 성립

8) 윤철홍, 물권법강의, 박영사, 1998, 482면.
9) 지원림, 민법강의, 홍문사, 2014, 807면: 공동저당에서 그를 구성하는 복수의 저당권이 각각 피담보채권 전부를 담보하고, 피담보채권의 각 부분은 복수의 저당권 전부에 의하여 담보되는 것을 공동저당의 연대성이라고 설명한다.
10) 이문용, "공동저당에 관한 연구", 숭실대학교 석사학위논문, 2010, 8면.
11) 조대현, 민법주해(Ⅶ), 박영사, 2009, 162면.
12) 독일민법 제1132조 제1항 동일한 채권을 위하여 수 개의 토지에 1개의 저당권을 설정한 때에는(공동저당) 각 토지는 전 채권에 관하여 책임을 진다. 채권자는 각 토지에서 자유로 채권의 전부 또는 일부의 변제를 받을 수 있다(양창수, 독일민법전, 박영사, 2005, 669면).
13) 이문용, 전게논문, 7면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 요건과 시기, 저당권 설정계약상의 하자가 저당권에 미치는 영향, 각 저당권의 순위 등은 공동으로 된 다른 저당권과 아무런 관계가 없다. 실무상 공동저당은 수개의 저당물을 목적으로 하므로 각각의 저당물마다 저당권설정등기를 하여야 한다(개별등기의 원칙). 그렇지만 각각의 저당권은 동일한 채권의 담보라는 공동목적에 의하여 결속되어 있으므로, 신청절차 및 등기실행절차에 관하여 보통 저당권과는 다른 창설적 공동저당권설정등기를 신청하는 경우 일괄신청이 허용된다는 특칙이 있다.[14] 각 저당권은 그 피담보채권 전부를 독자적으로 담보하고, 공동저당을 이루는 저당권의 수가 늘거나 줄어드는 변동이 있더라도 각 저당권의 효력은 달라지지 않는다. 또한 각 저당권은 하나의 피담보채권 중 담보하는 범위를 달리할 수도 있고, 여러 개의 피담보채권을 담보하는 경우에는 각 저당권이 담보하는 피담보채권이 다를 수도 있다. 이럴 경우 피담보채권을 공통으로 하는 범위에서만 공동저당 관계가 성립된다.[15]

1. 성립의 독립성

위에서 말한 바와 같이 각 저당권을 설정하는 계약은 서로 독립적이고, 각 저당권 또한 별개로 독립하여 존재한다. 이에 따라서 공동저당을 이루는 각 저당권은 성립에 있어서도 다른 저당권과 무관하고, 저당권의 성립요건과 시기 등도 개별적 독립성을 가진다.[16] 즉, 각 저당권의 성립요건은 개별적으로 갖추어야 하고, 성립의 시기나 저당권의 순위를 달리할 수 있다. 어느 저당권의 성립 상의 하자가 다른 저당권의 성립 등에 영향을 미치는 것이 아니다.[17] 일반적으로 공동저당권의 성립에 관한 설정계약을 논의하면서, 공동저당권은 그 성립에 있어서 여러 개의 저당목적물 위에 동시에 성립될 뿐만 아니라 이시에도 성립하고(추가저당: 부동산등기법 제78조 제4항), 각 목적물

14) 부동산등기법 제25조 및 부동산등기규칙 47조1항1호; 법원행정처, 부동산등기실무[II], 2015, 411면.
15) 이기택, 주석민법[물권(4)], 한국사법행정학회, 2000, 246-247면.
16) 최창렬, "공동저당대위에서의 이익조절 법리", 토지법학 제29-2호, 한국토지법학회, 2013, 98면.
17) 대법원 1967. 11. 14. 선고 67다1992 판결: "1개의 채무를 담보하기 위하여 수 개의 부동산에 근저당권설정등기를 하였을 경우에 있어서 근저당권설정 당시 목적물의 일부가 존재하지 않았거나 목적물이 될 수 없는 것이거나 또는 설정 후 일부가 멸실되었다 할지라도 근저당권 자체가 무효가 된다고 할 수 없는 것이고, 민법 제370조의 규정에 의하여 준용되는 민법 제321조 저당권의 불가분성에 의하여, 저당권자는 채권 전부의 변제를 받을 때까지 저당목적물에 대하여 채권 전부의 변제를 받을 수 있는 것이라 할 것이므로, 이 사건 근저당권의 목적물 중 무효이거나 그 비율에 의하여 근저당권의 효력도 감소된다는 논지는 이유 없다."

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

위에 순위를 달리하여 성립할 수도 있으며, 채무자뿐만 아니라 제3자 소유의 부동산(물상보증인) 위에도 성립할 수 있다고 한다.[18] 나아가 그 실행에 있어서도 공동저당권자의 선택에 따라 일부의 부동산만을 우선하여 경매를 실행할 수도 있고, 전부를 동시에 경매 실행할 수도 있다.

2. 담보의 독립성

공동저당의 일부 목적물에 대한 설정계약이 무효일지라도 나머지 부동산에 대한 저당권설정계약은 유효하다. 즉, 공동저당을 이루는 복수의 저당권은 각각 독립된 저당권으로서의 성질을 가지므로, 어느 저당권에 관하여 생긴 설정계약의 하자나 목적물의 멸실 또는 저당권의 포기 등의 사유는 공동저당관계에 있는 다른 저당권에 영향을 미치지 않는 것이다.[19] 각 저당권은 서로 동일한 채권을 담보하지만, 그 구성하는 저당권의 일부 또는 전부가 저당권인 경우, 그 채권최고액을 달리함으로써 각 담보범위를 달리할 수 있다. 각 저당권은 각 피담보채권을 독자적으로 담보하는 것이고, 공동저당관계에 있는 다른 저당권이 있다고 하여 그 담보범위가 달라지는 것이 아니다.[20] 저당권의 개수가 추가되거나 감소되는 등의 변동이 있더라도 저당권의 효력은 달라지지 않는다.

Ⅲ. 부종성

1. 피담보채권에 대한 각 저당권의 부종성

저당권은 부종성이 있어서 피담보채권이 소멸하거나 존재하지 않으면, 저당권 또한

18) 고상룡, 물권법[개정판], 법문사, 2001, 697면; 곽윤직·김재형, 물권법[민법강의Ⅱ], 박영사, 2014, 484면; 홍성재, 물권법[신정판], 동방문화사, 2014, 524면; 강태성, 전게서, 1187-1188면; 김민중, 물권법[초판], 법영사, 2014, 658면; 김상용, 전게서 720면; 송덕수, 물권법[제2판], 박영사, 2014, 520-521면; 송오식, 물권법[제3판], 전남대출판부, 2014, 474면; 윤철홍, 전게서, 520면; 이상태, 전게서 545면; 김준호, 민법강의[제20판], 법문사, 2014, 942면; 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의[제13판], 신조사, 2014, 784면; 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2014, 850면 등.

19) 양형우, 민법의 세계[제7판], 진원사, 2015, 802면; 법원행정처, 부동산등기실무[Ⅱ], 2015, 407면.

20) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 박영사, 2009, 177면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

소멸함이 원칙이다(민법 제369조). 이는 담보물권이 채권담보의 목적을 위하여 존재하는 것이라는 데서 오는 논리적 결과이다.[21] 저당권의 성립은 피담보채권의 존재를 전제로 하므로 공동저당권이 성립하려면 피담보채권이 있어야 한다.[22] 공동저당을 이루는 각 저당권은 동일한 피담보채권과의 관계에서 각각 부종성을 띤다. 공동저당의 관계에서는 그 관계를 구성하는 각 저당권이 피담보채권의 동일성으로 인하여 서로 결속된 관계이기 때문에 이러한 경우의 부종성을 '공동부종성'[23]이라고 하는데, 이러한 표현이 큰 의미가 있는지 의문이다. 공동저당관계에 있는 각 저당권은 피담보채권의 전액을 가지고 부종성을 가지는 것이지 분담액에 한하여 부종성을 띠는 것이 아니기 때문이다.[24]

2. 각 저당권과 피담보채권 사이에 생긴 사유의 영향

공동저당은 여러 개의 부동산 위에 하나의 저당권이 설정되는 것이 아니라, 저당목적물의 수만큼 저당권이 성립한다. 그러나 그러한 수 개의 저당권을 동일채권의 담보라는 단일목적에 불가분적으로 결합하고 있는 것으로서, 각 부동산이 등기된 채권의 전액에 대하여 책임을 지며, 채권자가 어느 저당권에 의하여 채권 전부의 변제를 받은 때에는 다른 저당권은 목적의 도달로 소멸한다.[25] 어느 저당권설정계약에 하자가 있어서 무효인 경우 그 계약에 의하여 설정된 저당권설정등기는 무효의 등기이다. 하지만 피담보채권의 발생원인 자체에 하자가 있어서 피담보채권의 성립이 부인되면 그를 담보하는 저당권 설정등기 전부가 부종성에 의하여 무효인 등기가 된다. 한편, 어느 저당물로부터 피담보채권이 전부 변제되면 다른 저당물 위의 저당권들도 모두 소멸하지만 민법 제368조 제2항의 예외(후순위저당권자의 대위)가 있음에 유의해야 한다.[26]

Ⅳ. 연대성

21) 곽윤직・김재형, 물권법, 371면.
22) 고상룡, 전게서 515면; 양형우, 전게서, 802면.
23) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 179면.
24) 김승래, "공동저당권의 실행에 관한 연구", 성균관대학교 박사학위논문, 2015, 79면.
25) 조성민, 물권법[제4판], 두성사, 2014, 281-282면.
26) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 179-180면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

공동저당에서 그 특성으로 언급되는 연대성이란 피담보채권의 동일성과 모순일 수 있다. 하지만 공동저당을 구성하는 복수의 각 저당권에 의해 담보되는 채권을 관념적으로 별개로 본다면, 어느 저당권의 실행에 의한 변제로 채권이 소멸되는 효과는 다른 저당권에 의하여 담보되는 채권에게도 발생한다. 즉, 한 저당권의 실행에 의한 피담보채권 소멸의 절대효는 이들 채권이 엄밀한 의미에서는 동일한 것이라고 보는 관점에서 당연한 것이므로 이러한 연대성의 언급이 무의미할 수도 있다. 그러나 저당권설정자가 상이할 수도 있는 공동저당의 구조를 생각한다면 연대성을 공동저당의 특성이라고 할 수도 있다.[27]

1. 각 저당권 사이의 연대성

공동저당을 이루는 복수의 각 저당권은 피담보채권을 분할하여 담보하는 것이 아니라 그 전부를 담보하는 것이고, 각 저당권의 피담보채권은 각 저당권의 전부에 의하여 담보되는 것이다.[28] 즉, 공동저당권자는 복수의 저당권을 동시에 모두 실행하거나 일부만을 골라서 실행할 수 있는데, 후자의 경우에 채권자가 그 경매대가로부터 피담보채권의 전액을 변제받을 수 있는 한도는 피담보채권의 한도에 그치고 이중으로 변제받는 것은 허용되지 않음은 물론이다.[29] 공동저당의 연대성은 복수의 저당권이 동일한 채권을 담보하고 각 저당권이 불가분성을 가진다는 점에서 연유하는 것[30]으로서 채권을 보다 확실하고 안전하게 담보하고자 하는 공동저당제도의 근본 목적에 일치한다.[31] 공동저당에는 동일한 채권을 담보하기 위하여 저당권 상호간에 일종의 연대채무[32]와 같은

27) 김승래, 전게논문, 79면.
28) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 180면; 유석주, 부동산등기법[제3개정판], 법원사, 2013, 990면; 대법원 1957. 5. 4. 4290민재항 30 결정: "수 개의 부동산이 동일 채권을 담보한 경우에는 피담보채권불가분의 원칙에 의하여 각 담보물이 각기 채권전부의 변제를 담보하는 것이므로, 채권자는 담보물 전부에 대하여 동시에 담보권을 실행할 수 있는 동시에 각 부분에 대하여 이시에 각기 담보권을 실행할 수 있다. 다만 일부분에 대하여 담보권을 실행함으로 인하여 채권의 변제를 받으면 그 부분에 대한 채권이 소멸되고 전부의 변제를 받으면 채권이 소멸됨으로 담보권을 상실하게 되는 것이다."
29) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 181면.
30) 이기택, 전게서, 247면.
31) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 181면.
32) 연대채무의 법적성질은 채무의 단수 복수의 문제와 연대채무자 사이의 결합관계를 검토하여야 한다(정기웅, 채권총론[전정2판], 법문사, 2014, 287-288면), 연대채무의 구조와 효력에 관한 법리는 공동저당

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

연대관계가 있다.[33] 이러한 연대성과 관련하여 복수의 저당권이 동일한 채권을 담보하고 각 저당권이 불가분성을 가진다는 점에서 연대성을 이해하는 견해[34]가 있다. 그러나 공동저당의 목적물 중 일부 부동산에서 변제되는 액만큼 다른 부동산의 채권자에 대한 책임도 감소한다는 내용 또한 연대성에 포함되어 있으므로, 그 성질은 담보권의 불가분성과 부종성의 원칙에서 도출되는 공동담보의 본질이라 하는 것이 타당할 것이다. 민법 제368조는 연대성을 전제로 하고 있다. 특히 같은 조 제2항은 '수 개의 부동산 중 일부 부동산의 경매대가만을 배당하는 경우에 그 경매대가로부터 피담보채권액 전부를 배당받을 수 있다'고 하여, 연대성을 구현하고 있다.[35] 동일채권을 담보하는 복수의 저당권 사이에 연대성을 배제시키기 위하여 각 저당권이 담보하는 범위를 구분한다면, 그것은 바로 피담보채권의 동일성이 부인되는 것이고, 공동저당관계는 종료하는 것이다. 즉, 공동저당의 연대성은 공동저당의 본질적 요소이기 때문에 복수의 저당권이 동일채권을 담보하는 이상 그 연대관계를 배제시킬 수 없을 뿐만 아니라, 일부의 저당권만 연대관계를 가진다면 그 연대성이 인정되는 저당권 사이에서만 공동저당이 성립하는 것이다. 한편 공동저당이 설정된 후에 그 목적인 부동산의 소유권이 제3자에게 이전되어도 공동저당의 연대관계는 변하지 않는다.[36]

2. 각 저당목적물의 책임분담액

민법 제368조 제1항은 공동저당물의 경매대가에 비례하여 각 부동산의 책임분담액을

권의 이해관계인 사이에 이익조정을 위한 형평성 기준의 단서가 될 것으로 생각한다. 특히 대내적 효력으로 논의되는 구상관계는 물상보증인의 변제자대위와 후순위저당권의 대위의 충돌을 해결하는 하나의 모티브가 될 것이다.

33) 김병두, "근담보 상호간의 관계", 토지법학 제23-1호, 한국토지법학회, 2007(이하, 김병두A 라고 함), 151-152면: "공동저당은 동일한 채권을 담보하기 위하여 저당권 상호간에 일종의 연대채무와 유사한 연대관계를 갖는데, 이러한 연대성은 담보권의 불가분성과 부종성의 원칙에서 도출되는 공동담보의 본질이고, 공동근저당의 경우에도 존재한다."

34) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 181면.

35) 김병두, "다수의 부동산 위에 설정된 근저당권의 법률관계"-대법원 2006. 10. 27. 선고 2005다14502 판결의 검토를 중심으로- 재산법연구[제25권 제1호], 2008. 6(이하, 김병두B 라고 함), 127면.

36) 따라서 甲소유의 A와 B부동산에 대하여 공동저당이 설정된 후에 乙이 A부동산을 매수하면서 저당채무를 인수하고 甲의 저당책임을 해소시켜 주기로 약정한 경우에는 甲은 A부동산의 연대책임을 면하기 위하여 乙에게 공동저당의 분리를 요구할 수 있고, 乙이 이를 이행할 때까지 A부동산에 대한 소유권이전등기를 거절할 수 있다(김승래, 전게논문, 80면).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

정하고 있지만, 이는 공동저당의 연대성을 부정하거나 제한하는 것이 아니다. 오히려 이 규정은 공동저당의 연대성 내지 공동저당권자의 실행선택의 권리와 불가분적 우선변제권을 존중하면서, 그로 인하여 초래되는 공동저당물의 소유자나 후순위저당권자의 이해관계를 공동저당권자의 권리를 해하지 않는 한도에서 조정하고자 하는 규정이다.[37] 이는 민법 제368조 제2항 후문이 공동저당권자는 공동저당물 중 일부를 골라서 실행할 수 있고, 그 경우에도 피담보채권의 전액을 우선 변제받을 수 있다고 규정하고 있는 점만 보아도 명백하다. 판례는 등기공무원의 과실로 인하여 공동저당권 중에 어느 저당권이 상실된 경우에 공동저당권자가 입은 손해는 공동저당물의 가액에 비례한 책임분담액 상당이라고 판시한바 있으나,[38] 이는 공동저당권자가 일부의 저당권을 상실하더라도 나머지 저당권을 행사하여 채권을 실현시킬 수 있는 점을 고려하여 손해의 공평한 부담을 도모한 것일 뿐이므로, 공동저당권 관계에 있는 각 저당권의 담보성을 부정하고 민법 제368조 제1항의 규정에 의한 책임분담액을 더 중시한 것이라고 보기는 어렵다.

Ⅴ. 불가분성

1. 불가분성과 자유롭게 선택할 권리

공동저당권에서의 자유롭게 선택할 권리라 함은 공동저당권자가 저당목적물의 일부 또는 전부에 대하여 임의적으로 선택하여 저당권을 실행할 수 있는 것으로, 이는 공동저당의 가장 본질적인 요소로 논의되고 있고, 이러한 자유로운 선택권리는 저당권의 불가분성에서 유래한다.[39] 공동저당권의 본질은 공동저당권자가 여러 개의 공동저당목적물 중 임의선택에 따라 하나 혹은 수 개의 목적물로부터 우선변제를 받을 수 있는 권리가 있고, 이러한 선택 권리의 행사에 따라 저당목적물의 소유자 및 다른 이해관계

37) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 182면.
38) 대법원 1971. 6. 22. 선고 71다513, 514 판결.
39) 김병두B, 전게논문, 127면; 박용석, "공동저당의 실행상의 문제점", 토지법학 제29-2호, 한국토지법학회, 2013, 69면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

인들에게 결정적인 영향을 주게 된다.[40]

2. 저당권의 불가분성 원칙

담보물권의 불가분성이라 함은 저당권자가 채권의 전부를 변제받을 때까지 목적물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다는 원칙을 말한다. 즉, 피담보채권의 일부가 변제·상계·혼동·경개·면제 등으로 소멸하더라도 피담보채권의 남은 금액이 있는 한 담보물의 전부에 담보물권의 효력이 미친다는 원칙이다.[41] 이는 담보물권의 효력강화의 요청에 따른 것이다.[42] 담보물권의 불가분성은 여러 가지 모습으로 나타나는바, 담보물의 일부가 불가항력 그 밖의 사유로 멸실한 경우에도 나머지 부분이 모든 채권을 담보하고, 멸실한 부분의 비율로 채권액의 일부가 감소되지 않는다. 또한 담보물이 공유자 사이에서 분할된 경우에도 담보물권자는 분할된 각 부분 위에 채권액의 전부에 관하여 그 효력을 미칠 수 있다.[43] 민법은 유치권에 관하여 불가분성을 규정하고(제321조), 이를 다른 담보물권에 준용하고 있다(제343조, 370조).

제3절 공동저당의 성립

동일한 채권을 담보하기 위해서 수개의 부동산 위에 성립하는 공동저당은 공동저당설정계약에 의해서 설정이 되며 등기를 하여야 성립한다. 공동저당은 부동산마다 하나의 저당권이 성립되어야 하므로 각 부동산마다 저당권 성립의 요건을 갖추어야 한다. 공동저당도 저당권설정계약을 하고 그 등기를 하면 성립한다는 점에서 일반적인 저당권과 마찬가지라고 할 수 있으나, 공동저당의 성립에 있어서 수개의 부동산이 동일한 채권을 담보한다는 점과 저당권설정등기 이외에 공동저당관계의 등기를 하여야 한다는 점에서 보통의 저당권과는 다르다. 공동저당설정계약은 일반적으로 동일한 당사자 간에 설정되며, 담보설정자가 복수인 경우 즉, 채무자와 물상보증인, 복수의 물상보증인

40) 김승래, 전게논문, 82-83면.
41) 곽윤직・김재형, 물권법, 372-373면.
42) 고상룡, 전게서, 515면; 지원림, 전게서, 731면.
43) 곽윤직・김재형, 물권법, 373면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

등인 경우에도 각각의 설정계약에 의한다. 또한 반드시 동일한 시기에 성립할 필요는 없으며, 추가담보에 의해 설정 시기를 달리하여 성립될 수도 있고, 공동저당권의 순위가 부동산마다 다를 수도 있다.[44] 공동저당은 공동담보라는 취지의 기재와 부동산등기법상 공동담보목록에 의해서 공시된다(부동산등기법 제78조).[45]

공동담보목록은 목적 부동산의 수가 5개 이상인 경우에 작성되는 것으로 등기의 일부를 이루며, 작성 시에는 반드시 다른 부동산과 함께 동일한 채권의 공동담보라는 취지를 기재하여야 한다. 만약 이러한 기재사항이 없을 때에는 민법 제368조가 규정하는 이익을 포기한 것으로 보아야 한다.[46]

민법 제368조는 공동저당의 목적물을 수개의 부동산이라고만 규정하고 있는데, 목적물이 이종물인 경우에도 민법 제368조를 적용 또는 유추 적용할 수 있는지 여부가 문제된다. 단지 여러 개의 부동산에 여러 개의 저당권을 설정하였다고 하여 모두 공동저당이 되지는 않는다. 수개의 부동산이 담보하는 채권이 동일할 때 비로소 이를 공동저당관계라고 할 수 있는 것이다. 즉, 수개의 저당권을 공동저당관계로 결속시키는 것은 피담보채권의 동일성에 있다. 이러한 피담보채권이 동일하기 위해서는 수개의 저당물에 대하여 채권자와 채무자의 동일성, 채권의 발생원인의 동일성 및 담보범위의 동일성이 요구되므로 이에 대하여 연구할 필요가 있다. 또한 공동저당의 경우에 각 부동산마다 저당권설정등기를 하는 것 이외에 따로 공동저당관계임을 공시하는 것이 반드시 요구되는지, 공동저당에서 특히 요구되는 공동저당관계의 등기 사항에는 무엇이 있는지를 살펴본다.

---

44) 강태성, 전게서, 1169면; 김상용, 전게서, 720면; 김증한·김학동, 물권법, 박영사, 1997, 556면; 이영준, 한국민법론(물권법), 박영사, 2004, 932면; 장경학, 전게서, 833면.

45) 부동산등기법 제78조(공동저당의 등기) ① 등기관이 동일한 채권에 관하여 여러 개의 부동산에 관한 권리를 목적으로 하는 저당권설정의 등기를 할 때에는 각 부동산의 등기기록에 그 부동산에 관한 권리가 다른 부동산에 관한 권리와 함께 저당권의 목적으로 제공된 뜻을 기록하여야 한다. ② 등기관은 제1항의 경우에 부동산이 5개 이상일 때에는 공동담보목록을 작성하여야 한다. ③ 제2항의 공동담보목록은 등기기록의 일부로 본다. ④ 등기관이 1개 또는 여러 개의 부동산에 관한 권리를 목적으로 하는 저당권설정의 등기를 한 후 동일한 채권에 대하여 다른 1개 또는 여러 개의 부동산에 관한 권리를 목적으로 하는 저당권설정의 등기를 할 때에는 그 등기와 종전의 등기에 각 부동산에 관한 권리가 함께 저당권의 목적으로 제공된 뜻을 기록하여야 한다. 이 경우 제2항 및 제3항을 준용한다. ⑤ 제4항의 경우 종전에 등기한 부동산이 다른 등기소의 관할에 속할 때에는 제71조 제2항 및 제3항을 준용한다.

46) 이영준, 전게서, 835면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Ⅰ. 공동저당의 목적물

1. 목적물의 범위

일반적인 저당권의 목적물이 될 수 있는 것은 공동저당권의 목적물이 될 수 있다. 따라서, 토지나 건물은 물론이고 1개의 부동산으로 간주되는 공장재단·광업재단, 입목, 자동차, 건설기계 등도 공동저당권의 목적물이 될 수 있다. 그리고 이러한 목적물 상호간에도 공동저당은 성립하며, 토지·건물과 특수한 동산 상호간에도 공동저당관계가 성립할 수 있다.[47] 공동저당이 성립하기 위해서는 여러 개의 부동산을 그 저당목적물로 하여야 한다. 수개의 건물, 수필의 부동산 등의 소유권 위에 설정되기 때문에 동일한 부동산에 대한 1번 저당권과 2번 저당권은 공동저당으로 되지 못한다.[48] 이러한 부동산의 개수는 등기부에 의하여 표시된다. 따라서 건물의 경우 등기부상의 개수에 의하기 때문에 여러 채의 건물이라도 등기부상 하나의 건물로 등기되어 있으면 하나의 건물이 되고, 한 개의 건물도 등기부상 구분이 되면 수개의 건물이 된다. 구분건물의 경우에 그 대지사용권에 대하여 대지권등기가 되어 구분건물과 대지사용권이 처분상의 불가분관계에 있는 동안에는 구분건물과 그 대지사용권은 하나의 저당목적물이 되므로 공동저당이 성립하지 않는다. 다만, 규약 등에 의하여 처분상의 불가분관계가 해소되면 별개의 저당목적물이 되어 공동저당이 성립할 수도 있다. 토지의 경우에는 지적법상의 필지의 개수에 의한다. 단독저당권이 설정된 1필지의 토지가 분필되면 부동산이 수개로 되기 때문에 공동저당권으로 되고, 공동저당권의 목적물인 2필지의 토지가 합필되면 그 사이의 공동저당관계는 소멸하고 단독저당권이 된다.[49]

2. 공동저당물의 동종성

(1) 문제의 소재

47) 강태성, 전게서, 1169면; 김상용, 전게서, 720면.
48) 염규석, 전게논문, 80면.
49) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 168면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

공동저당물이 부동산인 경우에는 민법 제368조가 적용되고, 동종물인 경우에는 이 규정이 준용되는 것으로 볼 수 있다. 그런데 공동저당이 부동산이나 선박과 같은 이종물을 대상으로 하여서도 성립될 수 있는지가 문제된다. 이에 관하여는 공동저당의 의의를 협의와 광의로 구분하여, 부동산이나 선박과 같은 이종물의 경우 협의의 공동저당에도 해당되지 않으므로 민법 제368조의 적용 또는 유추적용이 가능하지 않다는 부정설과 공동저당물이 이종물인 경우에도 민법 제368조를 유추 적용해야 한다는 긍정설이 대립하고 있다. 따라서 공동저당물이 이종물인 경우에 민법 제368조를 유추 적용할 수 있는지 여부에 대해 어떠한 학설의 입장이 옳은지 그 논거를 살펴보고, 판례의 경우 이를 어떻게 판시하고 있는지 검토해 본다.

(2) 학 설

1) 제368조 유추적용 부정설

부정설은 공동저당물이 이종물인 경우에 민법 제368조의 적용 또는 유추적용을 부정하는 근거를 다음과 같이 들고 있다: ①민법 제368조의 법문언상 공동저당의 목적물을 수개의 부동산으로 규정하고 있고 공동저당물이 이종물인 경우에 대해서는 아무런 규정이 없으므로, 이 경우에는 민법 제368조를 적용할 수 없다:[50] ②그리고 저당목적물의 종류가 다르면 공시절차 또는 경매절차가 달라지기 때문에 이종물 간의 공동저당에 대해서 민법 제368조를 적용한다면 실무상 해결되기 어려운 문제점이 발생할 것이기 때문에, 민법 제368조의 수개의 부동산이라는 개념을 수개의 목적물로 확대해석할 수 없다;[51] ③또한 공시법상으로 공동저당관계의 공시를 요구하고 있는데,[52] 이종물 간에는 공시방법이 서로 다르기 때문에 공동저당관계의 공시가 불가능하며,[53] 공동저당의 목적물이 동일한 절차에서 동시에 배당될 수 있다는 점이 전제 되어야 민법 제368조 제2항 후문에 의한 대위권이 인정될 수 있는데, 별개의 절차로 강제집행이 이루어진다면 이종물이 동시에 배당되기는 매우 힘들다고 할 수 있다.[54] 부정설은 공동저당물이

50) 조대현, “공동저당의 등기원리”, 재판자료 제44집: 등기에 관한 제문제(하), 법원행정처, 1988, 164면.
51) 조대현, 상게논문, 164면.
52) 최판섭, “공동저당연구”, 재산법연구 제13권 제1호, 한국재산법학회, 1996, 277면.
53) 윤경, “이종물간에 공동저당이 설정된 경우 민법 제368조 제2항 후문의 유추적용 여부”, 법조 제52권 12호, 법조협회, 2003, 186-188면.
54) 윤경, 상게논문, 184-185면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이종물인 경우에 민법 제368조의 적용 전부를 부정하는 것은 아니고, 제368조 제2항 후문 후순위저당권자 대위 규정의 적용만을 부정하는 견해이다.[55]

2) 제368조 유추적용 긍정설

긍정설은 공동저당물이 이종물인 경우에도 민법 제368조의 규정을 유추 적용하여야 한다는 견해로서,[56] 그 근거는 다음과 같이 ①민법 제368조의 취지는 공동저당권자가 자유롭게 선택할 권리의 행사로 인해 발생하는 후순위저당권자의 불공평 또는 불이익을 조정하려는 것이므로, 공동저당물이 이종물인 경우라 하더라도 후순위저당권자를 보호할 필요성이 마땅하다면 본 규정을 유추 적용하여야 한다.[57] 경제의 발전에 따라 저당목적물의 범위는 부동산에서 법률상 부동산으로, 더 나아가 특정한 동산[58]으로 확대되어 왔고, 이러한 특정 동산에 대하여 저당권의 성립이 가능할 경우, 수개의 저당권이 집적되어 있는 공동저당의 성립을 부정할 이유가 없다.[59] ②공동저당의 등기는 성립요건이 아니기 때문에, 공시하지 않는다고 해서 공동저당관계가 부정되는 것은 아니다. 따라서 그 절차가 미비함을 이유로 공동저당관계의 등기를 할 수 없다는 부정설의 논거를 들어 민법 제368조의 유추적용을 배척할 수만은 없다.[60] 또한 민법 제368조 제

---

55) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 166면; 박준서, 주식민법[물권(4)], 한국사법행정학회, 2000, 245면.

56) 김여회, “공동저당권의 적용범위”, 비교사법 제8권 제1호, 한국비교사법학회, 2001, 208-209면; 유시동, “공동저당의 본질 및 성립요건에 관한 검토”, 재산법연구 제18권 제1호, 한국재산법학회, 2001, 327-329면; 염규석, 전게논문, 78-79면; 제철웅, “민법 제368조의 유추적용과 후순위담보권자의 보호 : 대법원 2002. 7. 12 선고 2001다53264 판결; 대법원 2002. 10. 8. 선고 2002다34901 판결의 비판, 비교사법 제11권 제2호, 한국비교사법학회, 2004, 107-109면.

57) 김여회, 전게논문, 208-209면; 유시동, 전게논문, 328-389면; 염규석, 전게논문, 78-79면; 제철웅, 전게논문, 104-105면.

58) 자동차등특정동산저당법 제3조(저당권의 목적물) 다음 각 호의 특정동산은 저당권의 목적물로 할 수 있다.

1.「건설기계관리법」에 따라 등록된 건설기계
2.「선박등기법」이 적용되지 아니하는 다음 각 목의 선박(이하 “소형선박”이라 한다), 가.「선박법」 제1조의2제2항의 소형선박 중 같은 법 제26조 각 호의 선박을 제외한 선박, 나.「어선법」 제2조제1호 각 목의 어선 중 총톤수 20톤 미만의 어선, 다.「수상레저안전법」 제2조제4호의 동력수상레저기구 중 같은 법 제30조에 따라 등록된 모터보트
3.「자동차관리법」에 따라 등록된 자동차
4. 비행기와 회전익(회전익) 항공기로서 「항공법」에 따라 등록된 항공기

59) 유시동, 전게논문, 328-329면; 염규석, 전게논문, 78면.

60) 제철웅, 전게논문, 91면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2항의 대위권은 등기와 같은 공시방법이 없다 하더라도 당연히 행사할 수 있는 것이므로 단지 공시방법이 다르다는 이유만으로 그 적용을 배제하여야 한다는 견해는 근거가 약하다.[61]

(3) 판 례

대법원은 부동산과 선박에 공동저당권이 설정된 경우, 동일한 절차로 담보권이 실행될 수 없고, 그 경매대가가 동시에 배당될 수 없기 때문에 민법 제368조 제1항이 적용될 여지가 없다는 점과 이들은 각각 그 공시 방법을 달리하고 있을 뿐만 아니라, 공동저당관계에 있음을 공시할 수 있는 아무런 규정이 없어 공동저당의 관계를 등기부에 공시할 수도 없으므로 후순위저당권자가 공동저당 목적물의 경매대가에 의한 책임부분의 분담이라는 기대를 가질 여지도 별로 없다는 점에서 동일한 채권의 담보로 부동산과 선박에 저당권이 설정된 경우 민법 제368조 제2항 후문의 규정을 유추적용 하여야 한다고 보기는 어렵다고 판시한다.[62] 이처럼 판례는 이종물 간의 공동저당에 있어서 민법 제368조의 유추적용을 부정하는 입장을 취하고 있다. 그러나 대법원이 민법 제368조 제2항 후문의 규정에 대한 유추적용을 부정하는 것은 명확하지만, 제1항의 유추적용을 부정하는지 여부에 대해서는 판시하고 있지 않아서 유추적용이 부정되는 범위에 대하여는 명확하지 않은 점이 있다.

(4) 검 토

이종물간에 공동저당의 성립을 부정하는 견해는 부동산과 자동차가 공시방법이 다르고, 이들 사이에 공동저당관계를 공시할 수 없다는 점을 그 근거로 든다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 경제가 발전함에 따라 저당권의 목적물의 범위는 부동산에서 법률상의 부동산으로, 나아가 특정한 동산에 대해서도 성립이 가능하게 되었다. 따라서 특정한 목적물에 대해서 저당권의 성립이 가능하다면, 수개의 저당권을 집적하고 있는 공동저당의 성립도 당연히 가능하다고 할 것이므로, 공동저당은 동종은 물론 이종의 목적물간에도 성립한다고 보아야 할 것이다. 그리고 전술한 것처럼 부정설이 자동차 등 특정 동산저당법 상의 자동차나 건설기계 등을 목적으로 한 공동저당의 성립을 단

61) 김여회, 전게논문, 208-209면.
62) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다53264 판결; 대법원 2002. 10. 8. 선고 2002다34901 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

순히 공시방법이 다르다는 이유로 민법상 공동저당의 성립을 부정하는 것은 옳지 않다. 자동차 등 특정동산저당법이 제정된 것은 비록 자동차나 건설기계가 민법상의 동산이지만, 그 재산적 가치 등으로 미루어 볼 때 부동산과 동등하게 보고 있으며, 나아가 그것으로부터 신용의 확보를 목적으로 한다고 볼 수 있다. 이러한 입법 취지에 비추어 이들 사이에도 공동저당의 성립을 인정하여야 할 것이므로, 부동산의 공동저당에 있어서와 같이 공동담보목록과 같은 입법적인 보완이 뒤따라야 할 것으로 보인다.[63]

3. 목적물의 소유자

공동저당권의 목적물인 여러 개의 부동산은 소유자가 동일인임을 필요로 하지 않는다. 즉, 모두가 채무자의 소유물이더라도 상관없고 채무자의 소유물과 제3자의 소유물이더라도 무방하며 제3자의 소유물만으로 구성되어도 상관없다. 우리 민법이 저당목적물의 권리자에 대하여 아무런 제한 규정을 두고 있지 않고, 소유를 달리하는 여러 개의 저당물에 대해서도 공동저당의 성립을 인정하고 있기 때문이다.[64] 한편, 저당목적물의 소유자나 권리자가 서로 다르면 공동저당권자가 어느 저당물을 경매하느냐에 따라 담보 제공자들 사이의 이해가 달라지기 때문에 수개의 부동산이 모두 동일한 소유자나 연대채무자의 소유일 경우에만 성립한다고 보는 외국 입법례도 있다.[65]

Ⅱ. 공동저당의 피담보채권

1. 피담보채권의 동일성

63) 최정윤, “공동저당의 성립요건과 효과”, 경북대학교 대학원 석사학위논문, 2014, 26면.
64) 강태성, 전게서, 1169면.
65) Code civil suisse Art. 7981. A charge may be created on two or more properties for a single debt provided the properties are all owned by the same person or by debtors who are jointly and severally liable{스위스 민법 제798조 제1항, 수개의 토지가 동일한 소유자에게 속하거나 연대채무자의 소유인 경우에는 하나의 채권을 위하여 수개의 토지에 하나의 저당권을 설정 할 수 있다. (세계법제정보센터, http://world.moleg.go.kr/World/Nation/CH/priority/38859?astSeq=1289 검색일: 2016. 8. 23.)}.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(1) 채권자와 채무자의 동일성

채권자와 채무자가 동일하여야 피담보채권의 동일성이 인정된다. 이때 채권자와 채무자는 각각의 저당목적물에 대해서 동일하기만 하다면 수인이거나 단체 또는 법인이라도 상관이 없다. 또한 채권자와 채무자의 동일성은 법인격의 동일성에 의하여 식별된다. 법인의 대표자나 상호의 변경 또는 취급지점의 이동은 법인의 동일성에 영향을 주지 않는다. 따라서 동일한 은행과 동일한 채무자 사이의 동일한 거래관계에서 발생하는 채무를 담보하기 위한 근저당권은 그 취급지점을 달리하는 경우에도 담보범위가 동일하면 모두 공동근저당이 된다.[66] 동일한 급부를 목적으로 하는 채권에 있어서도 연대채무자 甲의 채권과 연대채무자 乙의 채권은 동일하지 않고, 연대채권자 甲에 대한 채권과 연대채권자 乙에 대한 채권 역시 동일하지 않다. 따라서 이들을 담보하기 위하여 설정된 각각의 저당권의 관계가 공동저당이 되는 것은 아니다. 주채무자와 보증인이 각자 소유한 부동산에 대하여 각각 자신만의 채무를 담보하기 위한 저당권을 설정한다면 이는 공동저당이 되지 않을 것이나, 주채무자와 보증인 모두가 주채무를 담보하는 저당권을 설정하였을 경우 공동저당이 된다.[67]

(2) 채권발생원인의 동일성

채권의 동일성이 인정되기 위해서는 그 발생원인이 동일하여야 한다. 채권발생원인의 동일성은 수개의 저당권의 피담보채권 사이에서 요구되는 것이고, 1개의 저당권이 담보하는 수개의 채권 사이에 요구되는 것이 아니다. 따라서 A와 B 저당권이 모두 C_1 채권과 C_2 채권을 담보하는 경우에는 C_1 채권의 발생원인과 C_2 채권의 발생 원인이 서로 다르더라도 상관없다.[68] 채권의 발생원인은 법률행위이거나 법률사실이어도 상관이 없고, 채권을 1회적으로 발생시키는 것이든 계속적으로 다수의 채권을 발생시키는 것이든 상관이 없다. 다만, 각 저당권이 담보하는 채권의 발생 원인이 다르다면 공동저당이 될 수 없다. 계속적 상품거래계약으로부터 발생하는 불특정 다수의 채권을 장래의 일정한 시간과 한도까지 담보하는 근저당권과 그 거래계약으로부터 발생한 특정채권만을 담보하는 저당권은 피담보채권의 동일성이 인정되지 않아서 공동저당관계

66) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 170-171면.
67) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 171면.
68) 최정윤, 전게논문, 28면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가 될 수 없다. 다만 근저당권의 경우도 그 피담보채권이 확정된 후에는 특정의 채권을 담보하게 되므로, 각 피담보채권이 공통되는 한도에서는 공동저당관계로 보아도 무방할 것이다.[69]

2. 담보범위의 동일성

(1) 담보범위의 완전한 일치 여부

1) 완전동일설

공동저당이 성립하기 위해서는 수개의 저당권이 담보하는 채권이 동일 당사자 사이의 동일한 원인으로부터 발생되어야 함은 물론이고, 담보액·이자의 유무·이자율·변제조건 등이 모두 동일하여야만 한다는 견해이다. 완전동일설은 수개의 저당권이 담보하는 범위가 각각 다르고 많으면 그 공시방법이 혼란스러워지고, 경매대가를 배당하기 복잡해진다는 것을 그 논거로 든다.[70].

2) 중복공통설

동일한 당사자 사이의 동일한 원인으로부터 발생된 채권을 수개의 저당권이 담보하는 경우에 각 저당권의 담보범위가 완전히 일치되지 않더라도 그 담보범위가 중복·공통되는 범위에서는 공동저당이 성립된다고 보는 것이 민법 제368조의 취지에 부합한다는 견해로, 우리나라의 통설이다.[71] 중복공통설에 따르면, 500만 원의 채권에 대하여 그 전액을 담보하는 저당권과 200만 원만을 담보하는 저당권을 설정한 경우에 각 저당권의 담보범위가 공통되는 200만 원의 한도에서는 공동저당관계로 되어 민법 제368조의 적용을 받고, 동일한 채권에 대하여 A저당권은 원금과 이자를 전부 담보하고 B저당권은 원금만을 담보하는 경우에는 A와 B저당권이 원금채권에 관하여만 공동저당관계가 된다고 한다.[72]

---

69) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 171-172면.
70) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 172면.
71) 박준서, 전게서, 256면.
72) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 172면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

3) 검 토

담보범위가 완전히 일치하지 않으면 공시 및 그 실행이 복잡해진다는 이유로 공동저당의 성립을 부정하기보다는 당사자나 채권발생원인 등이 동일하다면 중복되는 범위에서는 공동저당을 인정하는 것이 제도의 취지에 부합한다고 생각된다.

(2) 수개의 저당권이 동일한 채권의 일부씩만 담보하는 경우

1개의 채권을 수개의 부분으로 분할하여 각 부분의 채권에 대하여 독립적인 저당권을 설정하는 것은 이론상으로도 가능하고, 저당목적물의 소유자가 다른 경우에 이를 설정할 필요성도 있다.[73] 예컨대, 50만 원의 채권을 30만 원과 20만 원의 채권으로 분할하여 A저당권은 30만 원만을 담보하고 B저당권은 20만 원만을 담보하는 경우와 같은 것이다. 이런 경우 A저당권과 B저당권은 각각 담보범위가 다르기 때문에 공동저당이 되지는 않는다.[74] 보통은 50만 원의 채권 중에서 30만 원만을 담보하는 저당권은 채무자에 대한 관계에서는 마지막 30만 원을 담보하고 20만 원까지의 임의변제는 저당권에 영향을 주지는 않는다고 해석된다.[75]

이러한 해석은 동일채권의 일부를 담보하는 저당권이 하나만 설정된 경우에 당사자의 의사에 합치된다고 볼 수 있으나, 위와 같이 동일채권을 분할하여 각 일부만을 담보하는 저당권을 여러 개 설정한 경우에는 30만 원을 담보하는 저당권과 20만 원을 담보하는 저당권의 담보범위를 중첩시키려는 의사표시가 없다면, 동일한 부동산에 대하여 추가로 저당권을 설정한 경우와 마찬가지로, 당사자의 의사는 오히려 양 저당권에 의하여 50만 원의 채권전부를 담보하고자 하는 것이라고 보게 될 것이다.

그런데 이와 같이 동일채권을 분할하여 독립적으로 담보시키는 경우에도 각 저당권

---

73) 독일 민법 제1172조 제2항은 채무자가 아닌 저당물소유자에게 피담보채권의 분할청구권을 인정한다. §1132 [Gesamthypothek] (2) Der Gläbiger ist berechtigt, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstüke in der Weise zu verteilen, dass jedes Grundstük nur fü den zugeteilten Betrag haftet. Auf die Verteilung finden die Vorschriften der §§ 875, 876, 878 entsprechende Anwendung(세계법제정보센터, http://world.moleg.go.kr/World/Nation/DE/priority/36002?astSeq=1145 검색일: 2016. 8. 23).

74) 我妻 榮, 判例コンメンタール(Ⅲ) 担保物權法, 第1版, 日本評論社, 1968, 462-463면(최정윤, 전게논문, 30면).

75) 대법원 1972. 5. 23 선고 72다485 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 담보범위의 합계가 분할 전 채권액의 범위를 넘는 경우라면 중첩적으로 담보되는 범위에서 공동저당이 된다.[76] 따라서 동일채권을 분할하여 독립적으로 담보시키는 경우 각 저당권의 담보범위를 구분할 수 있도록 담보부분의 채권을 특정하여 등기할 필요가 있다고 본다.

Ⅲ. 공동저당의 등기

1. 공동저당등기와 공동담보목록

공동저당권에만 특유한 공시방법이 있지는 않다. 따라서 각 저당부동산을 목적물로 하는 각각의 저당권을 등기하면 된다. 반드시 개별신청을 하여야 하는 것은 아니고, 동일한 등기소의 관할 내에 있는 여러 개의 부동산에 관하여 공동저당관계를 등기하는 경우에는 동일한 신청서로 일괄 신청할 수 있다.[77][78] 다만, 각각의 등기를 할 때에 다른 부동산과 함께 1개의 채권의 공동담보로 되어 있다는 것을 기재해야 한다. 그리고 부동산의 수가 5개 이상인 경우에는 이를 간소화·합리화하기 위하여 등기 신청시에 공동담보목록을 첨부하고 거기에 공동저당권의 목적물인 모든 부동산의 권리관계를 기재한다. 이 공동담보목록은 등기기록의 일부로 본다.[79][80] 이러한 공동저당관계가 요구되

76) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 172-173면.
77) 부동산등기법 제25조(신청정보의 제공방법) 등기의 신청은 1건당 1개의 부동산에 관한 신청정보를 제공하는 방법으로 하여야 한다. 다만, 등기목적과 등기원인이 동일하거나 그 밖에 대법원규칙으로 정하는 경우에는 같은 등기소의 관할 내에 있는 여러 개의 부동산에 관한 신청정보를 일괄하여 제공하는 방법으로 할 수 있다.
78) 조대현, 전게논문, 194-195면.
79) 부동산등기법 제78조 (공동저당의 등기)
① 등기관이 동일한 채권에 관하여 여러 개의 부동산에 관한 권리를 목적으로 하는 저당권설정의 등기를 할 때에는 각 부동산의 등기기록에 그 부동산에 관한 권리가 다른 부동산에 관한 권리와 함께 저당권의 목적으로 제공된 뜻을 기록하여야 한다.
② 등기관은 제1항의 경우에 부동산이 5개 이상일 때에는 공동담보목록을 작성하여야 한다.
③ 제2항의 공동담보목록은 등기기록의 일부로 본다.
④ 등기관이 1개 또는 여러 개의 부동산에 관한 권리를 목적으로 하는 저당권설정의 등기를 한 후 동일한 채권에 대하여 다른 1개 또는 여러 개의 부동산에 관한 권리를 목적으로 하는 저당권설정의 등기를 할 때에는 그 등기와 종전의 등기에 각 부동산에 관한 권리가 함께 저당권의 목적으로 제공된 뜻을

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

는 이유는 공동저당은 각 저당권의 설정 등기가 각 부동산별로 따로 이루어지기 때문에 그 상호간의 이해관계를 공시하여야 하고, 공동저당물의 잉여담보가치가 후순위저당권에 의하여 활용되도록 하기 위함이다.[81]

2. 공동저당관계의 등기가 성립요건인지 여부

(1) 성립요건설

부동산등기법상의 공동저당관계조항과 물권변동에 관하여 형식주의를 취하는 법제에서는 공동저당관계의 등기가 있어야 공동저당이 성립한다고 보는 견해이다. 성립요건설에 따르면 수개의 부동산이 동일한 채권을 담보하는 경우에도 공동저당관계의 등기가 없으면 민법 제368조가 적용되지 않게 된다.[82] 이와 유사한 학설로 공동저당의 기재를 하지 않은 경우에는 민법 제368조가 규정하는 이익을 포기하는 것으로 보는 견해[83]와 저당권설정등기는 완료하였으나 공동저당관계의 등기가 없는 때에는 공동저당의 대외적 효과는 발생하지 않으며, 단지 채권자와 채무자 사이에서 내부적으로 공동저당의 구속을 받는 것은 허용된다고 보는 견해가 있다.[84]

(2) 등기불요설

피담보채권이 존재하지 않으면 저당권의 존립 또한 허용되지 않는 우리 법제에서 수개의 저당권이 동일한 채권을 담보하는 이상 법률상 당연히 공동부종성에 의하여 결속되어 공동저당이 된다고 보는 견해이다. 등기불요설은 공동저당은 수개의 저당권이 피담보채권의 동일성으로 인하여 결속되어 있는 관계일 뿐 저당권과 다른 별개의 물권을 구성하는 것은 아니므로, 공동저당관계의 등기가 있어야 비로소 공동저당이 성립하거

기록하여야 한다. 이 경우 제2항 및 제3항을 준용한다.
⑤ 제4항의 경우 종전에 등기한 부동산이 다른 등기소의 관할에 속할 때에는 제71조제2항 및 제3항을 준용한다.

80) 강태성, 전게서, 1169-1170면.
81) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 172면.
82) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 175면.
83) 이영준, 전게서, 861면.
84) 이은영, 물권법, 박영사, 2013, 447면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나 공동저당관계를 주장할 수 있다고 볼 것은 아니라고 한다.[85] 이는 공동저당관계의 등기가 공동저당의 성립요건도 대항요건도 아니라는 견해로 볼 수 있고, 바로 통설의 견해이다. 따라서 동일한 채권을 담보하기 위하여 수개의 부동산에 각각의 저당권설정계약과 저당권설정등기를 하였다면 공동저당관계의 등기가 없더라도 당연히 민법 제368조가 적용된다고 보아야 할 것이다.

(3) 검 토

민법상 공동저당으로 다루어진다는 것은 후순위저당권자의 이해관계에는 영향을 끼칠 것이나, 그것이 바로 저당권자에게 유리한 것은 아니다. 오히려 저당권자는 공동저당관계의 등기를 할 특별한 이유가 없다.[86] 그리고 부동산등기법상 공동저당관계의 등기가 인정되고는 있지만, 우리 민법은 제368조에서 '동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을 설정한 경우'에 라고만 규정하고 있어서 형식적으로 공동저당관계의 등기를 요구하고 있지 않고, 따라서 이를 공동저당의 성립요건으로 볼지 명확하지 않다.

그럼에도 불구하고 공동저당관계의 등기를 별도로 하지 않으면 실질적으로 공동저당이 설정되었다 하더라도 공동저당이 성립하였음을 부정하고 민법 제368조의 적용을 배제한다면, 각각의 저당권은 담보가치를 과잉구속하게 되어서 저당권의 장점인 담보가치의 최대 활용이라는 부분을 사라지게 하는 결과가 도출 될 것이고, 이는 공동저당을 특별히 인정하고 있는 법제도의 취지에 부합하지 않는다.[87]

그러므로 공동저당관계의 등기는 공동저당의 성립요건이 아니라고 보는 통설의 견해가 옳다고 본다. 동일한 채권을 담보하기 위하여 수개의 부동산에 각각의 저당권설정계약과 저당권설정등기를 하였다면 공동저당관계의 등기가 없더라도 당연히 이를 공동저당으로 보아 민법 제368조가 적용되어야 한다. 따라서 이러한 경우 후순위저당권자는 공동저당이 성립하였다는 사실로부터 대위권을 주장하여 경매대가에 대한 배당을 받을 수 있을 것이다.[88]

그러나 공동저당관계의 등기가 성립요건이 아니라고 해서 그것이 필요하지 않다는 것은 아니다. 공동저당을 공시하지 않는 경우 후순위저당권을 설정하기가 어렵고, 저당

85) 조대현, 전게논문, 176면; 박준서, 전게서, 259면.
86) 內田貴, 民法Ⅲ 債權總論·担保物權, 第3版, 東京大學出版會, 2011, 462면(최정윤, 전게논문, 34면).
87) 박준서, 전게서, 259면.
88) 內田貴, 상게서, 462면(최정윤, 전게논문, 35면).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

물의 담보가치를 최대한 활용하기 어려울 뿐만 아니라, 경매법원으로서도 각 저당권이 공동저당관계인지 여부를 판단할 수 없게 되어 배당절차를 진행하는데 어려움을 겪게 될 것이다. 이러한 점에서 보면 공동저당관계의 공시는 반드시 필요하고, 공동저당관계의 등기가 성립요건이 아니라는 점과 공시가 필요하다는 점은 별개의 문제로 보아야 할 것이다.[89]

89) 윤경, 전게논문, 186-188면

dCollection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제3장 공동저당의 배당

공동저당권에서는 채권자의 자유로운 선택으로 이해관계의 조절 문제와 담보가치의 과잉 구속문제가 일어난다. 이와 같은 문제 해결을 위해 우리 민법은 채권자가 자유롭게 선택할 권리를 원칙적으로 보장하면서 각 저당부동산에 대하여 합리적인 부담을 배정하기도 하고, 부동산의 소유자와 후순위저당권자를 보호하기도 한다. 즉, 우리 민법 제368조는 경매대가의 동시배당에서의 부담분배와 이시배당에서의 후순위저당권자의 대위를 규정하고 있다.

제1절 후순위 권리자자의 보호 및 기대권

Ⅰ. 후순위 권리자의 보호

공동저당권자는 복수의 저당권 전부를 동시에 실행하거나 일부만을 우선적으로 실행할 수 있는 권리가 있으나, 이러한 권리의 행사가 사회생활상 용인될 수 없을 만큼 부당하다고 평가될 때에는 후순위저당권자의 대위에 관한 정당한 기대를 침해하는 한도에서 권리남용으로 될 수 있다.[90] 그래서 민법은 제368조를 규정하여 공동저당권자의 실행선택의 권리를 해치지 않는 범위 내에서 각 부동산의 책임분담액에 관한 합리적 비율을 규정함으로써 권리자 사이의 이해를 조절하고 있다.[91]

Ⅱ. 후순위권리자의 기대권(선순위 권리자와의 관계)

90) 지원림, 전게서, 802면; 대법원 2006. 12. 7. 선고 2005다77558 판결.
91) 박용석, 전게논문, 70면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

후순위저당권자의 대위권발생은 공동저당권자가 채권전액을 변제 받은 때에 비로소 발생하지만, 후순위저당권자는 전액변제가 있기 이전에도 대위할 수 있는 지위인 일종의 기대권을 가진다. 공동저당권자는 후순위저당권자의 이러한 기대권을 침해하여서는 안된다.[92] 그런데 공동저당권자가 후순위저당권의 목적부동산 이외의 부동산에 대하여 저당권을 포기하거나, 저당목적물에 대한 소유권을 취득하여 혼동으로 저당권이 소멸하게 되는 경우 후순위저당권자로서는 당초 저당권을 설정 받을 때 위와 같은 기대를 하면서 파악하였던 담보가치를 회수할 수 없는 문제가 발생한다.[93]

1. 선순위 공동저당권자의 저당권 일부포기의 경우

공동저당권자가 후순위저당권의 목적부동산 이외의 부동산에 대하여 저당권을 포기하면 후순위 저당권자 대위권이 상실되기 때문에 포기할 수 있는지가 문제된다. 이에 대하여 우리나라는 아직 대법원 판례가 없으나, 일본에서는 초기에는 '후순위저당권자는 단순히 대위의 기대를 가지는데 지나지 않으므로 공동저당권자의 포기를 방해할 수 없으며 포기는 자유'[94]라고 하였으나, 그 후에 입장을 바꾸어 '공동저당권자의 포기에 의해 후순위저당권자의 대위에 대한 기대권이 침해되기 때문에 공동저당권자가 후순위저당권자의 목적부동산에 대하여 저당권을 실행하여 배당받는 경우에는 포기한 목적부동산의 가격에 준하여 후순위저당권자에 대하여 우선변제를 받을 수 없다.'[95]고 하였다. 우리나라 학설은 후순위 저당권자의 보호를 주장하고 있으나 다만 그 이론 구성에서 견해가 다음과 같이 나누어지고 있다. 저당권자의 포기에 후순위저당권자의 승낙이 필요하다는 견해, 포기대상이 된 부동산의 부담부분만큼을 포기한 것으로 보아야 한다는 견해, 후순위저당권자가 여전히 대위권을 행사할 수 있다는 견해, 공동저당권자가 후순위저당권자에게 우선변제권을 행사할 수 없다는 견해, 포기가 불가능하다는 견해로 나누워지고 있다.[96]

이에 대한 우리나라의 하급심 판결을 보면 공동저당권자가 후순위대위권자의 대위권

92) 김상용, 전게서, 807면.
93) 이종기, "저당권자의 저당권 일부포기 및 혼동으로 인한 소멸 - 후순위저당권의 보호를 중심으로 -" 민사판례연구 33-1권, 박영사, 2011, 376면.
94) 일 대판 1917. 10. 22. 민록 13권 148호; 일 대판 1932. 11. 29. 민집 11집, 2297면(박용석, 전게논문, 82면).
95) 일 대판 1936. 7. 14. 민집 14권, 1409면(박용석, 전게논문, 82면).
96) 이종기, 전게논문, 379-380면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

또는 대위기대권을 침해하였으므로 불법행위책임과 부당이득반환을 동시에 인정한 경우,[97] 위와 같은 이유로 불법행위 성립을 인정한 경우,[98] 후순위저당권자가 공동담보권자의 저당권을 포기한 부동산에 대하여 여전히 공동담보권를 대위할 수 있다는 경우,[99] 공동저당권자의 불법행위 여부에 대한 판단은 하지 않은 채 공동저당권자의 저당권포기가 없었더라면 후순위저당권자가 대위할 수 있었을 한도에서는 우선변제를 받을 수 없다고 하면서 부당이득의 반환을 인정한 판결[100] 등이 있었다. 따라서 공동저당권자의 실행선택의 권리와 후순위저당권자의 기대, 그리고 후순위 공동저당권자의 저당권포기 이후에 이를 신뢰하고 새로운 이해관계를 가진 제3자들의 이익을 적절하게 조정하기 위하여 저당권 포기로 인한 효력은 그대로 인정하되, 다만 후순위저당권자가 입게 되는 불이익을 구제하기 위하여 민법 제485조를 유추 적용하여 저당권 포기로 인하여 후순위저당권자가 대위할 수 없게 된 부분에 한하여 선순위 공동저당권자의 우선변제권을 제한하는 견해가 타당하다[101][102]고 생각한다.

2. 혼동의 경우

선순위저당권자의 일부 저당물에 대한 저당권 포기의 경우 발생하는 후순위저당권자의 보호문제는 선순위공동저당권자가 일부 저당목적물에 대한 소유권을 취득하거나, 저당목적물의 소유자가 공동저당권을 취득하여 저당권이 혼동에 의하여 소멸하는 경우에도 동일하게 발생한다. 이에 대한 일본의 판례는 후순위저당권자의 지위를 단순히 대위할 희망을 가지는 것에 불과하므로 혼동에 의하여 소멸하는 것을 막지 못한다고 하였다.[103] 그러나 우리나라 학설에 의하면 후순위저당권자는 후순위저당권의 설정당시에 대위의 기대권을 취득하므로 대위권이 발생하기 전에는 저당권이 제3자의 권리의 목적이 된 때에는 혼동으로 소멸하지 않는다는 민법 제191조 단서규정에 의하여 소멸되지 않는다[104]는 것이나, 혼동의 경우에도 저당권의 포기와 마찬가지로 저당권의 소

97) 부산지방법원 울산지원 1995. 2. 9. 선고 94가합783 판결.
98) 수원지방법원 2005. 12. 21. 선고 2005가합4617 판결; 광주지방법원 2010. 2. 4. 선고 2009가합12247 판결.
99) 수원지방법원 1996. 4. 25. 선고 96가합122 판결.
100) 서울고등법원 2006. 6. 13. 선고 2006나7824 판결.
101) 이종기, 전게논문, 389면.
102) 박용석, 전게논문, 83면.
103) 일 대판 1922. 12. 28. 민집 제1권, 865면(박용석, 전게논문, 83면).
104) 이영준, 전게서, 865면; 김상용, 전게서, 807면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

멸은 인정하고, 다만 그로인하여 후순위저당권자가 입을 수 있는 불이익은 혼동이 일어나지 않았을 경우 후순위저당권자가 대위할 수 있었던 금액의 한도 내에서 선순위저당권자가 우선변제권을 주장할 수 없도록 함으로써 충분히 조정될 수 있다고 판단된다[105]고 생각한다.

제2절 동시배당에서의 부담 분배

Ⅰ. 규정 및 공평분배의 입법취지

민법 제368조 제1항에 의하면, 공동저당권의 목적물인 각 부동산을 동시에 경매하여 그 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 피담보채권의 분담을 정한다. 예컨대, 채권자 甲이 채무자 乙에 대한 600만 원의 채권을 담보하기 위하여 乙소유의 X(시가 600만 원)· Y(시가 400만 원)· Z(시가 200만 원)라는 3개의 부동산에 1번 저당권(이들 저당권은 공동저당권이다)을, 丙은 乙에 대한 300만 원의 채권을 담보하기 위하여 X부동산에 2번 저당권을, 丁은 乙에 대한 200만 원의 채권을 담보하기 위하여 Y부동산에 2번 저당권을, 戊는 을에 대한 100만 원의 채권을 담보하기 위하여 Z부동산에 2번 저당권을 각 가질 경우, X·Y·Z를 동시에 경매하여 그 대금을 배당하는 때에는, 甲의 채권액 600만 원에 대하여 X·Y·Z의 각 부동산이 그 경매대가에 따라서 부담한다.[106]

즉, 甲은 X부동산에서는 300만 원, Y부동산에서는 200만 원, Z부동산에는 100만 원을 변제받을 수 있다. 丙은 X부동산에서의 잔액 300만 원[107]을 변제로 받을 수 있고, 丁은 Y부동산에서의 잔액 100만 원을 변제로 받을 수 있으며, 戊는 Z부동산에서의 잔액 100만 원을 변제받을 수 있다. 이 규정의 취지는, 공동저당권자의 이익을 부당하게 침해하지 않으면서 후순위저당권자 간의 공평을 유지하려는 것이다.[108]

---

105) 이종기, 전게논문, 393면.
106) 각 부동산이 시가대로 경매되었을 경우 X·Y·Z가 채권액 600만 원을 분담하는 비율은 3:2:1이다.
107) X부동산의 경매대금 600만 원에서 甲의 채권 600만 원에 대한 분담액 300만 원을 뺀 나머지.
108) 강태성, 전게서, 1170-1171면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Ⅱ. 적용범위

동시배당의 경우에는 공동저당권자의 의사에 의하여 어느 특정한 부동산의 경매대가로부터 우선변제 받는 것은 허용되지 않는다. 공동저당권자는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 피담보채권액을 안분하여 배당받아야 하고, 남은 경매대가는 후순위저당권자 등의 변제에 충당한다. 이 규정은 부동산에 관하여 후순위저당권자의 존재 유무를 묻지 않고 적용된다.[109] 예컨대, 다른 담보권자의 집행권원을 가진 배당요구권자와 가압류채권자 등이 존재하는 경우에도 적용된다. 왜냐하면, 공동저당권자의 이익을 제한하지 않으면서 다른 배당권자도 보호하는 것이 옳기 때문이다. 이에 대한 학설은 일치한다.

1. 동시에 배당하는 경우에서의 적용

민법 제368조 제1항은 공동저당의 목적인 수개의 부동산의 경매대가가 동시에 배당되는 경우에 적용된다. 동시에 배당되는 경우라는 것은 수개의 부동산에 대한 매각대금이 동일한 배당절차에서 동시에 배당되는 경우를 의미하는 것이다.[110] 공동저당권자가 아닌 다른 저당권자나 일반채권자의 신청에 의하여 경매된 경우에도 적용되고, 공동저당물 전부가 경매된 경우뿐 아니라, 공동저당물 중 일부가 경매되는 경우에도 2개 이상이 동시에 배당된다면 본조를 적용할 수 있을 것이다. 또한 수개의 부동산이 일괄경매[111][112] 된 경우뿐 아니라 개별적으로 경매되었으나 동일한 배당절차에 의해서 배당되는 경우도 여기에 해당한다. 공동저당권의 목적물인 부동산 전부에 후순위저당권

109) 곽윤직, 물권법, 박영사, 2008, 361면; 송덕수, 신민법강의, 851-852면.
110) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 186면.
111) 일괄경매는 그 요건을 갖춘 경우에 법원의 재량에 의하여 결정되는 것이므로(대법원 2003. 8. 19. 선고 2003마803 판결), 단순히 공동저당의 목적물이라는 이유로 일괄경매를 할 수 있는 것은 아니다. 수개의 부동산을 동시에 경매하는 경우에 각 부동산마다 개별적으로 경매하는 것이 원칙이지만, 법원이 여러 개의 부동산의 위치· 형태· 이용관계 등을 고려하여 이를 일괄 매수하게 하는 것이 알맞다고 인정하는 경우에는 일괄경매를 할 수 있다(민사집행법 제98조). 예컨대 공동저당의 목적물인 토지와 그 지상건물이 경매되어 서로 다른 소유자에게 매각되면 상호이용관계에 있어서 제약을 받으며, 부동산의 경제적 이용가치도 감소하게 되는 경우에는 일괄경매를 할 수 있다(대법원 1985. 7. 23. 선고 85마269 판결).
112) 이재홍, “부동산경매와 공동저당”, 재판자료 제36집, 법원도서관, 1987, 246-247면.

dCollection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

자가 존재하지 않고 동시에 그 부동산의 소유자가 동일한 경우에는 1개의 부동산의 경매대가로부터 공동저당권자의 채권전액을 변제받을 수 있으면 과잉매각금지의 원칙에 따라 다른 부동산의 매각이 허용되지 않기 때문에 안분배당의 문제는 발생할 여지가 없을 것이지만, 과잉매각으로 매각불허가 처리가 되지 않고 공동저당의 목적부동산 전부에 대하여 매각허가가 있는 때에는[113] 그 대금을 배당할 때 안분배당의 문제가 생겨 민법 제368조가 적용된다.[114]

2. 각 부동산의 경매대가

민법 제368조에서 말하는 각 부동산의 경매대가란 매각대금에서 당해 부동산이 부담할 경매비용과 선순위채권을 공제한 잔액으로서[115] 공동저당권자에게 우선적으로 배당될 수 있는 금액이다.[116] 배당할 금액은 매각대금, 지연이자, 매수보증금 및 항고보증금 등을 합한 금액이다(민사집행법 제147조). 일괄 경매된 경우에는 각 재산에 대한 최저매각가격의 비율을 정하여 총 대금액을 각 재산의 최저매각가격 비율에 따라 나눈 금액을 매각대금으로 한다(민사집행법 제101조 제2항). 경매비용이란 일괄 매각된 경우에는 총 경매비용을 각 부동산의 최저매각 가격비율에 의하여 안분한 금액이다(민사집행법 제268조, 제101조 제2항). 분할경매의 경우에는 명문의 규정은 없으나 같은 방법으로 경매비용을 산출해야 한다고 한다.[117] 공동저당물에 공동저당권보다 우선하여 담보물권, 전세권 기타 우선변제권이 있는 경우에는 그 채권액을 공제하여야 한다.[118]

3. 부동산의 책임분담액

안분의 대상인 채권은 공동저당의 피담보채권을 의미하며, 그 범위는 민법 제360조 또는 제357조 제2항에 의하여 정해진다. 이러한 공동저당권자의 피담보채권은 동시에

113) 예컨대, 토지와 그 위의 건물을 일괄매각하는 경우나 재산을 분리하여 매각하면 그 경제적 효용이 현저하게 떨어지는 경우 또는 채무자의 동의가 있는 경우(민사집행법 제101조 제3항 단서)에 해당하여 매각되는 경우이다.
114) 법원행정처, 법원실무제요 민사집행[Ⅱ]-부동산집행, 2014, 782면.
115) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다66291 판결.
116) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 186면; 법원행정처, 법원실무제요 민사집행[Ⅱ], 783면.
117) 법원행정처, 법원실무제요 민사집행[Ⅱ], 783면.
118) 박준서, 전게서, 265면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

배당되는 각 매각대금에 비례하여 각 부동산별로 안분하여 배당되는데, 이때 각 부동산별로 분담되는 배당액을 각 부동산의 책임분담액이라고 한다. 책임분담액의 안분은 다음의 공식에 의하여 이루어진다.119)

부동산의 책임 분담액 = 공동저당의 피담보채권액 ×
부동산의 경매 대가/동시배당 되는 경매대가의 총액

Ⅲ. 구체적 사례120)

1. 선순위 공동저당권자의 경우

각 경매대가의 비율대로 공동저당권자의 채권을 안분해 이를 각 부동산의 경매대가에 배정한 후, 나머지는 후순위저당권자 기타 일반채권자에게 배당한다. 만약, 그래도 배당 잉여금이 있을 경우 소유자에게 교부 또는 반환된다.

[사례 1] 채무자 乙이 소유한 가액이 각 1,000만 원과 600만 원인 A와 B부동산에 공동저당권자 甲이 800만 원의 채권을 담보하기 위하여 공동저당을 설정했고, 丙이 A부동산에 600만 원의 채권을 담보하기 위한 2번 저당권을 설정하였으며, 그 후 丁이 400만 원의 채권을 담보하기 위하여 B부동산에 2번 저당권을 설정한 사례이다

부동산	경매대가	1순위	2순위
A (소유자: 乙)	1,000만 원	甲: 800만 원	丙: 600만 원
B (소유자: 乙)	600만 원	甲: 800만 원	丁: 400만 원

119) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 190면.
120) 최정윤의 전게논문과 박용석의 전게논문에 나오는 사례를 참조하였음.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

공동저당권자 甲은 A와 B부동산의 경매대가로부터 비례하여 안분 배당받으므로 A부동산의 경매대가로부터는 500만 원[(1,000/1,000+600)×800]을, B부동산의 경매대가로부터는 300만 원[(600/1,000+600)×800]을 각 배당받게 된다. 丙은 남은 A부동산의 경매대가로부터 500만 원을 받게 되고, 丁도 마찬가지로 남은 B부동산의 경매대가로부터 300만 원을 받게 된다. 결국 담보가치의 부족으로 인해 丙과 丁은 각 100만 원씩을 배당받지 못하게 된다.[121]

[사례 2] 채무자 乙이 소유한 가액이 각 1,000만 원과 600만 원인 A와 B부동산에, 공동저당권자 甲이 800만 원의 채권을 담보하기 위하여 공동저당을 설정했고, 그 후에 丙이 A부동산에 600만 원의 채권을 담보하기 위한 2번 저당권을 설정한 사례이다.

부동산	경매대가	1순위	2순위
A (소유자: 乙)	1,000만 원	甲: 800만 원	丙: 600만 원
B (소유자: 乙)	600만 원	甲: 800만 원	

공동저당권자 甲은 A와 B부동산의 경매대가로부터 비례하여 안분 배당받으므로 A부동산의 경매대가로부터는 500만 원[(1,000/1,000+600)×800]을, B부동산의 경매대가로부터는 300만 원[(600/1,000+600)×800]을 각 배당받게 된다. 丙은 남은 A부동산의 경매대가로부터 500만 원을 받게 되는데, 丙에게는 민법 제368조 제2항의 후순위저당권자 대위가 적용되지 않기 때문에, 변제받지 못한 나머지 100만 원에 대해서 배당하고 남은 乙의 경매대가로부터는 어떠한 방법으로도 만족을 얻을 수 없다.[122] 다만, 丙은 B부동산의 소유자에 대한 채권자로써 별도로 배당요구를 하거나 혹은 위 잔여금의 반환청구권을 압류하거나 가압류하여 변제받을 수는 있을 것이다.[123] 이들에게 모두 배당하고 남은 배당 잉여금은 소유자 乙에게 교부 또는 반환된다.

2. 후순위 공동저당권자의 경우

121) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 193면.
122) 법원행정처, 법원실무제요 민사집행[Ⅱ], 785면.
123) 법원행정처, 법원실무제요 민사집행[Ⅱ], 684면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

공동저당권이 후순위인 경우에는 선순위저당권자, 전세권자, 조세채권자 등의 선순위 권자에게 먼저 배당을 하고, 그 잔여액을 기준으로 하여 각 부동산의 배당액을 정한다.

[사례 3] 채무자 乙이 소유한 가액이 각 900만 원과 600만 원인 A와 B부동산에, 채권자 丙은 300만 원의 채권을 담보하기 위하여 A부동산에 1번 저당권을, 채권자 丁은 200만 원의 채권을 담보하기 위하여 B부동산에 1번 저당권을 각 설정하였다. 그 후 공동저당권자 甲이 600만 원의 채권을 담보하기 위하여 A, B부동산에 공동저당을 설정한 사례이다.

부동산	경매대가	1순위	2순위
A (소유자: 乙)	900만 원	丙: 300만 원	甲: 600만 원
B (소유자: 乙)	600만 원	丁: 200만 원	甲: 600만 원

A와 B부동산에 대한 동시배당이 이루어지면, 丙은 A부동산의 경매대가로부터 300만 원을 배당받게 되고, 丁은 B의 경매대가로부터 200만 원을 배당받게 된다. 선순위저당권자인 丙과 丁이 채권담보액 모두를 배당받은 결과 남은 A부동산의 경매대가는 600만 원(900-300)이 되고, 남은 B부동산의 경매대가는 400만 원(600-200)이 된다. 이 잔여액을 기준으로 공동저당권자 甲은 각각의 부동산으로부터 안분하여 배당을 받게 된다. 따라서 甲은 A부동산의 경매대가로부터 360만 원[(600/600+400)×600]을, B부동산의 경매대가로부터 240만 원[(400/600+400)×600]을 각 배당 받는다. A와 B부동산의 경매대가로부터 모두 배분하고 남은 잔여액 240만 원과 160만 원은 소유자 乙에게 교부 또는 반환된다.

다음의 [사례 4]와 [사례 5]는 공동저당권 중 일부는 선순위이고, 일부는 후순위인 경우이다.

[사례 4] 채무자 乙이 소유한 가액이 각 1,800만 원과 1,200만 원인 A와 B부동산에, 먼저 공동저당권자 甲이 1,000만 원의 채권을 담보하기 위하여 A부동산에 1번으로, B

dCollection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

부동산에 1번으로 각 공동저당을 설정하였고, 그 후 공동저당권자 丙이 1,200만 원의 채권을 담보하기 위하여 A부동산에 2번으로, B부동산에 2번으로 각 공동저당을 설정한 사례이다.

부동산	경매대가	1순위	2순위
A (소유자: 乙)	1,800만 원	甲: 1,000만 원	丙: 1,200만 원
B (소유자: 乙)	1,200만 원	甲: 1,000만 원	丙: 1,200만 원

A와 B부동산에 대한 동시배당이 이루어 질 경우, 우선 공동저당권자 甲은 A부동산의 경매대가로부터 600만 원[(1,800/1,800+1,200)×1000]을, B부동산의 경매대가로부터 400만 원[(1,200/1,800+1,200)×1,000]을 각 배당받는다. 배당의 결과로 남은 A부동산의 경매대가는 1,200만 원(1,800-600)이 되고, 남은 B부동산의 경매대가는 800만 원(1,200-400)이 된다. 그러므로 2순위의 공동저당권자 丙은 남은 A부동산의 경매대가로부터 720만 원[(1,200/1,200+800)×1,200]을, 남은 B부동산의 경매대가로부터는 480만 원[(800/1,200+800)×1,200]을 각 배당받게 된다. 이 때 완전한 배당이 이루어진 후 남은 A, B 부동산에 대한 잔여액 480만 원(1,200-720)과 320만 원(800-480)은 부동산의 소유자 乙에게 교부 또는 반환된다.

[사례 5] 채무자 乙이 소유한 가액이 각 1,800만 원과 1,200만 원인 A와 B부동산이 있는데, 우선 채권자 丙이 600만 원의 채권을 담보하기 위하여 B부동산에 1번 저당권을 설정하였고, 다음으로 공동저당권자 甲이 2,100만 원의 채권을 담보하기 위하여 A부동산에는 1번으로, B부동산에는 2번으로 각 공동저당권을 설정하였다. 그 후 채권자 丁이 300만 원의 채권담보를 위하여 A부동산에 2번 저당권을 설정한 사례이다.

부동산	경매대가	1순위	2순위
A (소유자: 乙)	1,800만 원	甲: 2,100만 원	丁: 300만 원
B (소유자: 乙)	1,200만 원	丙: 600만 원	甲: 2,100만 원

dCollection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

A와 B부동산에 대한 동시배당이 이루어지면, 우선 채권자 丙이 B부동산의 경매대가로부터 600만 원을 배당받게 되고, 그 시점의 잔존 경매대가는 A부동산의 경우 1,800만 원이 되고, B부동산의 경우 600만 원(1,200-600)이 된다. 그러면 공동저당권자 甲은 A부동산의 경매대가로부터 15,750,000원[(1,800/1,800+600)×2,100]을, B부동산의 남은 경매대가로부터 5,250,000원[(600/1,800+600)×2,100]을 각 배당 받는다. 그 후, 채권자 丁은 A부동산의 남은 경매대가로부터 2,250,000원(18,000,000-15,750,000)을 배당받게 되고, 750,000원(3,000,000-2,250,000)의 부족분은 B부동산의 소유자에 대한 채권자로써 별도로 배당요구를 하거나, B부동산의 잔여금 750,000원에 대해 반환청구권을 압류 또는 가압류하여 변제받을 수 있다. 이와 같이 선순위채권도 같은 부동산의 공동저당권에 의하여 담보되는 경우에는 마치 일괄경매의 집행비용의 경우처럼 부동산의 경매대가에 따라 안분하여 부동산별로 선순위 채권액을 정한다.[124]

3. 2개의 공동저당이 순위가 다른 경우

[사례 6] 채무자 乙이 소유한 가액이 각 1,800만 원과 1,200만 원인 A와 B부동산에, 먼저 2014년 2월 甲이 1,500만 원의 채권을 담보하기 위하여 A부동산에 1번 저당권을 설정하였다. 그리고 2014년 4월 丙이 600만 원의 채권을 담보하기 위하여 A부동산에 1번으로, B부동산에 2번으로 각 공동저당을 설정하였다. 그 후 甲이 위의 채권과 동일할 채권을 담보하기 위하여 2014년 6월 B부동산에 2번으로 추가담보를 설정한 사례이다.

부동산	경매대가	1순위	2순위
A (소유자: 乙)	1,800만 원	甲: 1,500만 원	丙: 600만 원
B (소유자: 乙)	1,200만 원	丙: 600만 원	甲: 1,500만 원

위와 같이 2개의 공동저당이 서로 순위를 달리하여 설정된 후에 A와 B부동산에 대

124) 박준서, 전게서, 267면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 동시배당이 이루어진 경우 이를 어떻게 배당해야 할 것인가에 대하여 시간적으로 먼저 설정된 공동저당을 기준으로 각 부동산의 책임분담액을 정하고 추가적으로 설정된 공동저당에 대하여는 책임분담을 하지 않는다는 학설[125]과 부동산이 개별적으로 배당되는 경우에 준하여 각 부동산별로 선순위자의 피담보채권 금액을 공제하여 후순위 저당권의 분담액을 정하고 이를 기준으로 각 공동저당의 책임분담을 정하여야 한다는 학설이 대립하고 있다.[126]

후자의 견해가 보다 합리적이라 할 것이므로, 이에 따라 분담액을 산정해 보면, 甲은 A부동산의 경매대가 1,800만 원과 B부동산의 경매대가 600만 원(1,200-600)을 기준으로 하여, A부동산의 경매대가로부터 11,250,000원[(1,800/1,800+600)×1,500]을, B부동산의 경매대가로부터 3,750,000원[(600/1,800+600)×1,500]을 각 배당받는다. 그리고 丙은 A부동산의 경매대가 1300만 원(1,800-1,500), B부동산의 경매대가 1,200만 원을 기준으로 하여, A부동산의 경매대가로부터 120만 원[(300/300+1,200)×600]을, B부동산의 경매대가로부터 480만 원[(1,200/300+1,200)×600)을 각 배당받게 된다. 이 때 완전한 배당이 이루어진 후, 남은 A와 B부동산에 대한 잔여액 5,550,000원(1,800-1,245)과 3,450,000원(1,200-855)은 부동산의 소유자 乙에게 교부 또는 반환된다.

4. 공동저당과 동 순위의 채권자가 있는 경우

[사례 7] 채무자 乙이 소유한 가액이 각 1,800만 원과 1,200만 원인 A와 B부동산에, 먼저 甲이 600만 원의 채권을 담보하기 위하여 A부동산에 가압류를 설정하고, 공동저당권자 丙이 1,200만 원의 채권을 담보하기 위하여 A부동산에 1번으로, B부동산에 2번으로 각 공동저당을 설정하였다. 그 후 丁이 600만 원의 채권을 담보하기 위하여 B부동산에 2번 저당권을 설정한 사례이다.

125) 我妻榮, 전게서, 438면.(최정윤, 전게논문, 438면).
126) 박준서, 전게서, 268면; 법원행정처, 법원실무제요. 민사집행[II], 789-790면; 이재홍, 전게논문, 253면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

부동산	경매대가	1순위	2순위
A (소유자: 乙)	1,800만 원	甲: 600만 원 丙: 1,200만 원	
B (소유자: 乙)	1,200만 원	丙: 1,200만 원	丁: 600만 원

우선 丙의 배당액을 산출하기 위한 A부동산의 경매대가를 확정하여야 한다. A부동산의 경우 총 경매대가 1,800만 원을 甲의 채권 600만 원과 丙의 채권 1,200만 원의 비율로 안분하여, 이 중 1,200만 원[(1,200/600+1,200)×1,800]을 丙의 배당액을 산출하기 위한 경매대가로 본다. 이를 기준으로 하여 丙은 A부동산의 경매대가로부터 600만 원[(1,200/1,200+1,200)×1,200]을, B부동산으로부터 600만 원[(1,200/1,200+1,200)×1,200]을 배당받게 된다. 그리고 甲은 A부동산의 경매대가로부터 600만 원을 배당받고, 丁은 B부동산의 경매대가로부터 600만 원을 배당받는다. 이 때 A부동산의 경매대가 중 모두 배당하고 남은 잔여액 600만 원은 소유자 乙에게 교부 또는 반환된다.

5. 공동저당의 담보범위가 다른 경우

공동저당권의 피담보채권은 동일한 당사자 간의 동일한 발생원인에 의한 것이면 된다. 따라서, 수개의 부동산에 관하여 채권액을 달리하는 공동저당을 설정하는 것도 가능할 것이다. 각 공동저당의 담보범위가 다른 경우, 즉 하나의 피담보채권에 대하여 각 저당권이 담보하는 액이 다르다거나 복수인 피담보채권 중 담보하는 채권의 수가 다른 경우에는 피담보채권이 공통되는 범위 내에서만 공동저당으로 된다.[127]

[사례 8] 채무자 乙이 소유한 가액이 각 1,800만 원과 1,200만 원인 A와 B부동산에, 공동저당권자 甲이 2,100만 원의 채권을 담보하기 위하여, A부동산에는 1순위로 2,100만 원을 채권담보액으로 하고, B부동산에는 1순위로 1,200만 원을 채권담보액으로 하여 각 공동저당권을 설정하였다. 그 후 丙이 600만 원의 채권을 담보하기 위해 B부동산에 2순위로 저당권을 설정한 사례이다.

127) 박준서, 전게서, 270면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

부동산	경매대가	1순위	2순위
A (소유자: 乙)	1,800만 원	甲: 2,100만 원	
B (소유자: 乙)	1,200만 원	甲: 1,200만 원	丙: 600만 원

이와 같은 경우 배당을 어떻게 할 것인가에 대하여 담보범위가 공통되는 부분의 공동저당과 공통되지 않는 부분의 저당권이 별개로 동 순위에 있는 것으로 보아서 공동저당과 동 순위의 채권이 있는 경우와 같은 방법으로 부동산의 경매대가를 산정한다는 학설[128]과 각 부동산의 경매대가를 기준으로 하여 바로 각 부동산의 책임 안분액을 안분하되, 먼저 담보범위가 공통되는 부분에 대해서 민법 제368조 제1항에 따라 안분하고, 공통부분을 초과하는 액수는 잔여 경매대가로부터 배당한다는 학설이 대립한다.[129] 전자의 견해가 보다 합리적이라 할 것이므로, 이에 따라 분담액을 산정해 보면, 각 저당권의 담보범위의 합계가 분할 전 채권액의 범위를 넘는 경우 중첩적으로 담보되는 범위에서 공동저당이 성립하므로 위 사례에서는 1,200만 원의 범위에서 공동저당이 성립한다. A부동산의 1번 저당권은 실제로 1개이지만, 부담액을 산정하는 데에 있어서는 1,200만 원을 피담보채권으로 하는 저당권과 900만 원을 피담보채권으로 하는 저당권이 별개로 동순위에 있다고 보면 될 것이다. 이를 다시 표로 작성하여 보면 다음과 같다

부동산	경매대가	1순위	2순위
A (소유자: 乙)	1,800만 원	甲: 1,200만 원 甲: 900만 원	
B (소유자: 乙)	1,200만 원	甲: 1,200만 원	丙: 600만 원

먼저 담보범위가 공통되는 1,200만 원을 A와 B부동산의 경매대가에 따라 안분하면 각 720만 원[(1,800/1,800+1,200)×1,200]과 480만 원[(1,200/1,800+1,200)×1,200]의 분담액이 산출된다. 이 때 甲은 A부동산의 경매대가로부터는 공통부분인 720만 원과 그렇지

128) 이재홍, 전게논문, 251-252면.
129) 김석우, "공동저당에 관한 연구", 한양대학교 박사학위 논문, 1973, 212면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

않은 부분인 나머지 900만 원을 합산하여 총 1,620만 원을 배당받게 되고, B부동산의 경매대가로부터는 480만 원을 배당받게 된다. 그 후 丙은 B부동산의 남은 경매대가로부터 600만 원을 배당받는다. 모든 배당이 이루어진 후 남은 잔여액 180만 원(1,800-1,620)과 120만 원(1,200-1,080)은 소유자 乙에게 교부 또는 반환된다.

제3절 이시배당에서의 후순위저당권자의 대위

Ⅰ. 규정 및 법정대위권 인정의 입법취지

공동저당권자가 공동저당권의 목적물 중의 특정한 부동산만을 경매하여 그 경매대가에서 먼저 배당하는 경우, 공동저당권자는 그 대금에서 채권전액의 변제를 받을 수 있다. 이 때, 그 경매된 특정부동산에서의 후순위저당권자는 만약 공동저당권자가 동시에 배당받았을 경우 다른 부동산이 부담하였을 금액 즉, 피담보채권액 중 일부의 한도에서 공동저당권자를 대위하여 그 저당권을 실행할 수 있다(민법 제368조 제2항).[130][131] 이러한 민법규정의 취지는 공동저당권자가 동시배당에 의한 변제를 받는지, 이시배당에 의한 변제를 받는지에 따른 공동저당권자의 임의적인 사정으로 후순위저당권자가 부당하게 불리하게 되는 것을 방지하기 위한 것이다.[132]

대부분의 국가 입법례에서는 이시배당에 있어서 후순위저당권자의 이익보호의 방법으로 법정대위권을 인정하고 있는 것과는 달리 프랑스에서는 후순위저당권자의 대위권에 대해서 매우 소극적이다. 즉 후순위저당권자의 불이익의 완화를 위해 그에게 법정대위권을 인정하자는 견해와 후순위저당권자가 선순위 공동저당권자에게 우선 변제한 후에 대위하여 후순위저당권자가 배당을 받을 수 있는 부동산을 자유로이 선택할 수

130) 공동저당권의 목적물 중의 특정한 부동산에 대하여 저당권자가 스스로 경매를 실행하는 경우는 물론이고, 타인(예컨대, 그 부동산의 소유자의 채권자)이 실행하는 경매에서 우선배당을 받는 경우에도 적용된다(대법원 2006. 10. 27. 선고 2005다14502 판결).

131) 공동저당에 관한 일본 민법 제392조는 우리 민법 제368조와 거의 완전히 일치한다. 다만 후순위저당권자의 대위권 행사와 관련하여 부기등기 방식의 대위등기에 의하도록 하는 규정을 추가로 두고 있다는 점에서 다소 차이를 보일 뿐이다(일본 민법 제393조).

132) 강태성, 전게서, 1171-1172면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

있도록 하자는 견해가 있다. 그러나 전자의 견해에 있어서는 공동저당권자는 후순위저당권자의 출연으로 인해서 이익을 받는 것이 아니라, 자기의 저당권을 실행하여 채무자의 재산으로부터 배당을 받는 것이기 때문에 법정대위에 필요한 변제의 요건을 만족시키는 것은 아니며, 변제와 관계없이 법정대위권을 인정한다면 제한적으로 규정된 요건 외에 또 다른 법정대위를 인정하게 된다는 비판을 받게 된다.

후자의 견해는, 대위자는 피대위자 이상의 권리를 가질 수 없다는 일반적인 원칙에 상반되며, 후순위저당권자는 대위에 의해서 자기의 저당권 보다 먼저 등기된 저당권을 가진 다른 채권자가 존재하는 부동산으로부터 우선적으로 배당을 받을 수 있는 불합리한 결과를 낳기 때문에 옳지 않다는 비판을 받게 된다. 이와 같이 후순위저당권자의 불이익 보호에 대한 견해를 반론한 것을 볼 때 프랑스에서는 후순위저당권자의 법정대위권에 대해 부정적인 시각을 가지고 있음을 알 수 있다.[133]

Ⅱ. 적용범위

1. 민법 제368조 제1항의 유추적용

주택임대차보호법 제8조에 규정된 소액보증금반환청구권은 그 임차주택에 대한 저당권에 의하여 담보된 채권이나 임차주택에 대한 조세 등에 우선하여 변제받을 수 있는 이른바 법정담보물권이다. 주택임차인이 대지와 건물 모두로부터 배당받는 경우에는, 마치 그 대지와 건물 전부에 대한 공동저당권자와 비슷한 지위에 서게 된다. 그러므로 대지와 건물이 동시에 매각되어 주택임차인에게 그 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 민법 제368조 제1항을 유추 적용하여 대지와 건물의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정하여야 한다.[134]

민법 제368조 제1항은 저당권의 목적물이 여러 개의 부동산인 경우만이 아니라 공장저당법에 의한 저당권의 목적물인 토지와 건물 및 거기에 설치된 기계·기구의 경매대가를 동시에 배당하는 경우에도 유추 적용된다. 이러한 법리는 선순위의 근저당권자가 토지에 대하여 단독으로 근저당권을 취득한 시점과 그 단독의 근저당권을 공장저당법

133) 織田博子, 共同抵當の沿革, 擔保法理の現狀と課題, NBL 31, 1995, 285면(염규석, 전게논문, 72면).
134) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다66291 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에 의하여 공장에 속하는 동일한 토지와 그 지상의 건물 및 기계·기구에 대한 공동근저당권으로 변경하여 취득한 시점과의 사이에 후순위의 근저당권자가 토지에 대한 근저당권을 취득한 경우에도 마찬가지로 유추 적용된다.[135]

2. 민법 제368조 제2항의 유추적용

근로기준법 제38조에 의하면 일정한 임금채권은 사용자의 재산에 설정되어 있는 저당권에 우선한다.[136]) 따라서, 사용자의 소유인 여러 개의 부동산 중 일부가 먼저 경매되어 그 매각대금에서 임금채권자들이 우선 변제 받을 수 있다. 그 결과, 그 경매된 부동산의 저당권자가 민법 제368조 제1항에 의하여 위 여러 개의 부동산으로부터 임금채권이 동시에 배당되는 것보다 불이익을 받을 수 있다. 이 경우에는 민법 제368조 제2항 후문이 유추 적용된다.[137] 그러나, 근로자의 일정한 임금채권이 선박경매절차에서 행사된 후에 그 사용자의 부동산이 경매되는 경우에는 민법 제368조 제2항 후문이 유추 적용되지 않는다.[138]

납세의무자 소유의 여러 부동산 중 일부가 먼저 경매되어 과세관청이 조세 우선특권에 의하여 조세를 우선 변제받은 결과 그 경매 부동산의 저당권자가 민법 제368조 제1항에 의하여 위의 여러 부동산으로부터 조세채권이 동시 배당되는 경우보다 불이익을 받은 경우에는 같은 조 제2항 후문을 유추 적용하여, 위 저당권자는 과세관청이 위의 여러 부동산으로부터 동시에 배당받았다면 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있었던 금액의 한도 내에서 선순위자인 조세채권자를 대위하여 다른 부동산의 경매절차에서 우선하여 배당받을 수 있다.[139]

---

135) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97다51650 판결.

136) 근로기준법 제38조(임금채권의 우선변제) ① 임금, 재해보상금, 그 밖에 근로관계로 인한 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권·저당권 또는 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 담보권에 따라 담보된 채권 외에는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 다만, 질권·저당권 또는 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 담보권에 우선하는 조세·공과금에 대하여는 그러하지 아니하다. ② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권·저당권 또는 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 담보권에 따라 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 1. 최종 3개월분의 임금 2. 재해보상금.

137) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2002다48399 판결.

138) 즉, 부동산과 선박에 공동저당권이 설정된 경우에는 적용되지 않는다(대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다53264 판결; 대법원 2002. 10. 8. 선고 2002다34901 판결).

139) 대법원 2001. 11. 27. 선고 99다22311 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Ⅲ. 후순위저당권자의 대위

1. 의의

민법 제368조 제2항 후문에 의한 대위는 선순위공동저당권자의 미실행 저당권이 이미 경매된 다른 공동저당 부동산상의 후순위저당권자에게 법률상 당연히 이전되는 것을 의미한다. 이와 같은 민법 제368조 제2항 후문에 의한 대위는 선순위자의 다른 저당권이 그 피담보채권에 수반되지 않은 채 후순위저당권자에게 이전되는 것으로 생각된다.[140] 왜냐하면, 변제자대위에 관한 제482조 제1항이 채권 및 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다고 규정하고 있는 반면, 제368조 제2항 후문은 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다고 규정하기 때문이다. 즉 공동저당권자의 피담보채권은 변제에 따라 모두 소멸되지만, 대위의 목적인 공동저당권은 선순위자의 채권이 소멸된 후에도 소멸되지 않고 대위자의 채권을 담보한다. 민법 제368조 제2항 후문은 저당권의 부종성에 대한 예외규정에 해당한다고 할 수 있다.[141]

2. 요건

(1) 후순위저당권자의 범위

민법은 차순위 담보권자라고 규정하지만(제368조 제2항), 이는 공동담보권자의 바로 다음 순위의 저당권자는 물론이고 그 이하의 저당권자도 포함하는 개념이다.[142]

(2) 대위권이 발생하는 시기

140) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 194면.
141) 지원림, 전게서, 821면; 박준서, 전게서, 274면.
142) 강태성, 전게서, 1173면.

dCollection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

공동저당권자의 채권이 완제된 때이다. 공동저당권자가 어느 부동산의 경매대가 만으로 채권 전부의 변제를 받은 경우에는, 대위권은 변제의 경우에 발생한다. 공동저당권자가 어느 부동산을 경매하여 자기 채권의 일부만을 변제받은 경우에는, 바로 대위할 수는 없고 공동저당권자가 장차 다른 저당부동산을 경매하여 채권 전액을 변제받거나[143] 공동저당권자의 저당권이 소멸하여야만 대위할 수 있다.[144] 왜냐하면, 공동저당권자는 저당권의 불가분성에 의해 그의 채권의 잔액이 있는 한 여전히 저당권을 가지기 때문이다. 이처럼 바로 대위할 수 없음으로 인하여 생기는 문제도 있다. 공동저당권자가 채권의 일부는 변제받았으나 전부 변제는 받지 않고 있는 상태에서 다른 부동산을 목적물로 하는 공동저당권을 포기할 수 있는가 하는 문제이다. 일부학자는 장차 공동저당권자의 채권이 전부 변제되면 대위권을 취득한다는 기대권을 침해하는 것이므로 이로 인한 손해배상책임이 생김은 물론이고 이러한 후순위저당권자의 동의 없이 한 저당권의 포기는 이러한 후순위저당권에게 대항하지 못한다고 주장한다.[145]

물권을 포기하여 절대성을 가지는 타인의 권리를 해할 수는 없다. 후순위저당권자의 기대권은 등기된 후순위저당권에 기한 것이므로 절대성을 가진다. 그런데, 공동저당권의 포기로 공동저당권이 소멸함으로써, 후순위저당권자의 대위를 불가능하게 하기 때문에 공동저당권자의 저당권포기는 이러한 기대권을 해하게 된다. 이처럼 공동저당권의 포기가 인정되지 않으므로 포기로 인하여 후순위저당권자에게 손해가 생기지도 않고, 손해배상책임도 문제되지 않는다고 하겠다.[146]

공동저당권자가 채권의 일부는 변제받았으나 전부 변제는 받지 않고 있는 상태에서 공동저당권의 목적물인 다른 부동산의 소유권을 취득한 때와 같이 혼동이 일어난 경우도 문제가 된다. 일부학자는 혼동을 원인으로 한 말소등기가 있더라도 후순위저당권자의 대위권은 소멸하지 않지만, 대위의 부기등기를 하지 않으면 이 대위권을 가지고 말소등기를 신뢰한 새로운 저당권자 등에게 대항할 수 없다고 주장한다.[147] 이러한 경우 공동저당권은 후순위저당권자의 기대권의 목적이기 때문에 혼동으로 소멸하지 않는다

143) 판례는 "이와 같은 차순위저당권자의 대위권은 일단 배당기일에 그 배당표에 따라 배당이 실시되어 배당기일이 종료되었을 때 발생하는 것이지 배당이의 소송의 확정 등 그 배당표가 확정되는 것을 기다려 그때에 비로소 발생하는 것은 아니다."라고 한다(대법원 2006. 5. 26. 선고 2003다18401 판결.

144) 만약 대위할 수 없다면, 경매된 부동산에서의 후순위저당권자는 전혀 저당권의 이익을 받지 못하는데에 반하여 다른 부동산에서의 후순위저당권자는 유리한 배당을 받는다. 이는 후순위 저당권자 간의 불공평을 의미한다.

145) 이영준, 전게서, 864-865면.

146) 강태성, 전게서, 1175면.

147) 이태재, 물권법, 진명문화사, 1985, 409면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

고 하겠다(민법 제191조 제1항 단서).[148][149]

3. 효과

(1) 권리이전

1) 학설

후순위저당권자의 대위에 의하여 공동저당권자의 권리가 후순위저당권자에게 이전되는지, 이전한다면 어느 권리가 이전하는지에 대하여 학설이 대립한다.

① 저당권 이전설

저당권이전설은 다수설로서 공동저당권자의 채권은 소멸하고 그의 저당권만이 후순위저당권자에게 이전된다는 것이다. 즉, 공동저당권자의 피담보채권은 소멸되어 이전되지 않고, 공동저당권자의 저당권만이 후순위저당권자의 피담보채권을 담보한다.[150] 다수의 학자는 "여기서 대위한다는 것은 공동저당권자의 저당권이 후순위저당권자에게 이전하는 것을 말한다"고 주장함으로써, 공동저당권자의 피담보채권의 이전 여부에 관하여는 언급하지 않는다.[151] 다수학자의 주장은 공동저당권자의 저당권만이 이전되고 피담보채권은 이전되지 않는 것으로 이해된다.

② 저당권부 채권 이전설

148) 제191조(혼동으로 인한 물권의 소멸) ① 동일한 물건에 대한 소유권과 다른 물권이 동일한 사람에게 귀속한 때에는 다른 물권은 소멸한다. 그러나 그 물권이 제삼자의 권리의 목적이 된 때에는 소멸하지 아니한다.

149) 김증한·김학동, 전게서, 560면; 황적인·정권섭·김상용, 물권법(주석민법Ⅱ), 법원사, 1996, 746면; 이영준, 전게서, 865면.

150) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 201면; 박준서, 전게서, 277면.

151) 곽윤직, 물권법, 363면; 김증한·김학동, 전게서, 559면; 장경학, 전게서, 836면; 김용한, 물권법론, 박영사, 1996, 594면; 권용우, 물권법, 법문사, 2000, 573면; 이영준, 전게서, 837면; 김상용, 전게서, 722-723면; 이상태, 전게서, 547면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

저당권부 채권 이전설은 동시에 배당한다면 공동저당권자가 각 부동산에서 취득할 수 있는 액수의 채권과 공동저당권자의 저당권이 이전된다는 것이다. 이 학설은 변제에 정당한 이익이 있는 변제자의 법정대위에 관한 민법 제481조[152]를 유추 적용한다.[153]

③ 대위 행사설

대위 행사설은 대위에 의한 권리의 이전은 없고, 공동저당권자의 피담보채권과 저당권을 대위하여 행사하는데 지나지 않는다는 것이다. 이 설은 후순위저당권자가 대위권을 행사할 것인가를 미리 확신할 수 없으므로 저당권이 이전한다는 것은 부당하고, 후순위저당권자의 대위는 채권자대위권(제404조)의 법리와 유사하다는 것을 근거로 든다.[154]

2) 판 례

대법원 판례에 의하면, 후순위저당권자는 선순위저당권자의 저당권만을 대위할 뿐이고 선순위저당권자의 피담보채권을 대위하지는 않는다고 한다. 그러나, 이 판례는 이러한 저당권의 대위가 저당권의 이전인가 아닌가에 대하여는 언급하지 않고 있다.[155]

3) 검 토

152) 제481조(변제자의 법정대위) 변제할 정당한 이익이 있는 자는 변제로 당연히 채권자를 대위한다.
153) 이태재, 전게서, 410면.
154) 이은영, 전게서, 448면.
155) 납세의무자 소유의 여러 부동산 중 일부가 먼저 경매되어 과세관청이 조세 우선특권에 의하여 조세를 우선 변제받은 결과 그 경매 부동산의 저당권자가 민법 제368조 제1항에 의하여 여러 부동산으로부터 조세채권이 동시 배당되는 경우보다 불이익을 받은 경우에는 같은 조 제2항 후문을 유추 적용하여, 위 저당권자는 과세관청이 위의 여러 부동산으로부터 동시에 배당받았다면 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있었던 금액의 한도 내에서 선순위자인 조세채권자를 대위하여 다른 부동산의 경매절차에서 우선하여 배당받을 수 있다. 그러나 여기서 저당권자는 당해 조세 우선특권이라는 법정 담보물권을 대위하여 행사하는 것일 뿐이고, 나아가 과세관청이 갖는 기본적 조세채권이나 별개의 토지에 대하여 취득하여 둔 조세저당권까지 대위할 수는 없다(대법원 2001. 11. 27. 선고 99다22311 판결 참조). 일부학자는 대법원 1998. 12. 22. 선고 97다9352 판결을 근거로 들어 우리나라의 판례는 소수설과 같은 취지로 이해된다고 한다(이은영, 전게서, 449면). 이 판례는 "……대위하여 다른 부동산의 경매절차에서 우선하여 배당받을 수 있다."고 할 뿐, 대위가 저당권의 이전인가의 여부에 관하여는 언급하지 않는다.

dCollection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

대위행사설의 경우 후순위저당권자는 공동저당권자의 채권과 저당권을 이전받지 않고 단지 행사하는데 지나지 않으므로, 공동저당권자는 그의 채권을 완전 변제받은 경우에도 그의 채권과 저당권을 상실하지 않는 것이 되는데 이는 옳지 않다. 또한 대위행사설에 의하면 공동저당권자가 여전히 채권자이며 저당권자이기 때문에 후순위저당권자가 공동저당권자를 대위하는 경우에 그 대위의 효과는 공동저당권자에게 귀속되어야 한다. 이는 후순위저당권자가 대위에 의한 경매에 있어서 직접 변제받지 못하는 부당한 결과를 초래한다. 그리고 채권자대위권(민법 제404조)[156]에 있어서는 그 대위의 효과가 직접 채무자에게 귀속하므로, 후순위저당권자의 대위(제368조 제2항)와는 달라서 이 양자의 법리가 유사하다는 소수설은 부당하며, 후순위저당권자가 대위권을 행사할 것인가를 미리 확신할 수 없으므로, 저당권이 즉시 이전하는 것은 부당하다는 주장은 저당권이 즉시 이전된다고 하더라도 후순위저당권자가 이를 포기할 수 있으므로 문제 되지 않는다고 하겠다. 저당권은 그 부종성으로 인하여 그것이 담보하려고 했던 채권과 법적운명을 같이 하기 때문에 저당권이전설은 저당권의 부종성에 반한다. 그리고 공동저당권자의 채권과 후순위저당권자의 채권은 성질이 다를 수 있다.

예컨대, 공동저당권자의 채권은 상사채권이나 후순위저당권자의 채권은 민사채권일 수 있고, 채권들이 모두 민사채권인 경우에도 그 소멸 시효기간이 다를 수 있다. 따라서, 대위에 의하여 저당권이 종래와는 다른 채권을 담보하게 됨으로서, 공동저당권설정자나 제3취득자에게 예측 불가능한 손해 또는 이익을 발생케 할 수 있다. 민법이 후순위저당권자의 대위를 인정하는 것은 후순위저당권자를 보호하기 위한 것이다. 따라서, 후순위저당권자는 그 자신의 채권을 계속 가지고 있음은 물론이고 공동저당권자의 채권과 저당권도 이전받는다고 해석하는 것이 타당하다 할 것이므로, 저당권부 채권 이전설이 옳다고 하겠다.

(2) 공동저당 설정등기가 말소된 경우 후순위저당권자의 대위

1) 학 설

156) 제404조(채권자대위권) ① 채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다. 그러나 일신에 전속한 권리는 그러하지 아니하다. ②채권자는 그 채권의 기한이 도래하기 전에는 법원의 허가 없이 전항의 권리를 행사하지 못한다. 그러나 보전행위는 그러하지 아니하다.

dCollection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

공동저당권자의 저당권설정등기가 말소되고 타인을 위한 새로운 저당권설정등기가 된 경우에도, 후순위저당권자는 대위의 등기 없이 새로운 저당권자에게 대위를 주장할 수 있는가에 대하여 학설이 나뉘고 있다.

① 긍정설

긍정설은 공동저당권자의 저당권설정등기가 말소된 경우와 그렇지 않은 경우, 그 말소가 저당권의 법정이전에 영향을 주지 않기 때문에 이를 달리 취급할 이유가 없으므로, 후순위저당권자의 대위를 주장할 수 있다고 한다.[157]

② 부정설

공동저당권자의 저당권설정등기가 말소된 경우에 대위를 주장할 수 있다면 새로운 저당권자를 해쳐서 거래안전을 해치므로 대위를 주장할 수 없다고 하거나,[158] 저당권등기가 말소되면 대위할 저당권이 존재하지 않으므로 후순위저당권자의 대위가 불가능하다고 한다.[159]

2) 검 토

새로운 저당권을 설정하려는 자는 등기부의 열람을 통해 공동저당권이 말소된 사실과 후순위저당권이 존재한다는 사실을 알 수 있다. 이에 따라 대위를 충분히 예상할 수 있으므로 이를 특별히 보호할 필요는 없다고 생각된다. 부정설의 논리에 따르면 A 부동산을 목적물로 하는 甲의 저당권이 불법으로 말소된 후에 그 부동산을 목적물로 하는 乙의 저당권이 새로 성립한 경우 甲은 자기의 저당권을 乙에게 주장할 수 없게 된다. 그러나 이러한 결과는 부당하고, 따라서 대위를 등기하지 않아도 새로운 저당권자에 대항할 수 있다고 보아야 할 것이다.

(3) 등기 여부

157) 김증한·김학동, 전게서, 559면; 이영준, 전게서, 865면; 권용우, 전게서, 573면; 이상태, 전게서, 547면.
158) 이태재, 전게서, 408-409면; 곽윤직, 물권법, 363면; 장경학, 전게서, 837면; 김상용, 전게서, 723면.
159) 이은영, 전게서, 449면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

등기를 필요로 하느냐의 문제는 위에서 논한 대위로 저당권이 이전하는가의 여부에 따라 달라진다. 저당권이전설과 저당권부 채권 이전설에 의하면, 대위에 의한 저당권의 이전은 당사자의 의사와는 무관하게 법률의 규정에 의하여 일어나는 것으로, 법률의 규정에 의한 물권변동의 일종이므로 등기 없이도 일어난다(민법 제187조).[160] 따라서, 후순위저당권자는 등기를 하지 않더라도 이전받은 저당권을 실행할 수 있다.[161] 다만, 대위에 의하여 이전받은 저당권을 처분하려면 등기를 하여야 한다.

대위는 저당권의 이전이고, 저당권의 이전에서는 부기등기를 한다(부동산등기법 제52조).[162] 이러한 부기등기는 원칙적으로 등기권리자인 대위자(후순위저당권자)와 등기의무자인 공동저당권자였던 자가 공동으로 신청한다. 앞에서 논한 대위할 수 있는 기대권은 장래에 있어서 확정할 권리이전의 청구권에 해당한다 할 것인바, 대위의 부기등기의 가등기를 함으로써, 위 기대권을 보전할 수 있다. 대위행사설에 의하면, 저당권의 이전은 없으므로, 저당권이전의 부기등기를 할 수 없다. 이처럼 저당권이전의 등기를 하지 않고 대위권을 행사할 수 있다.

후순위저당권자에게 대위권이 발생한 후에 공동저당권자는 그의 저당권등기를 말소하는 등의 방법으로 대위권의 행사를 방해해서는 안 될 신의칙상의 의무를 진다. 만약 공동저당권등기가 말소된 경우에는 그 공동저당권도 소멸하므로 후순위저당권자가 대위할 저당권이 없게 되어 대위가 불가능하게 된다. 이러한 사태를 막기 위하여 대위권자는 공동저당권자에게 그 저당권의 이전을 청구하여 법률행위에 의한 저당권의 이전을 받을 수 있다.[163] 살피건대, 대위 행사설에 의하더라도 대위권행사의 방해는 단순히

---

160) 제187조(등기를 요하지 아니하는 부동산물권취득) 상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다.

161) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 206-207면; 송덕수, 신민법강의, 854-855면.

162) 부동산등기법 제52조(부기로 하는 등기) 등기관이 다음 각 호의 등기를 할 때에는 부기로 하여야 한다. 다만, 제5호의 등기는 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 등기명의인표시의 변경이나 경정의 등기
2. 소유권 외의 권리의 이전등기
3. 소유권 외의 권리를 목적으로 하는 권리에 관한 등기
4. 소유권 외의 권리에 대한 처분제한 등기
5. 권리의 변경이나 경정의 등기
6. 제53조의 환매특약등기
7. 제54조의 권리소멸약정등기
8. 제67조제1항 후단의 공유물 분할금지의 약정등기
9. 그 밖에 대법원규칙으로 정하는 등기.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

신의칙상의 의무위반이 아니라 절대권으로서의 대위권침해라고 하는 것이 타당하다. 또한, "이와 같은 사태를 방지하기 위하여 대위권자는 공동저당권자에게 그 저당권의 이전을 청구하여 법률행위에 의한 저당권의 이전을 받을 수 있다."는 주장은 그 이론적 근거의 타당성에 의문이 있다고 본다.

Ⅳ. 구체적인 사례[164)]

이시배당의 경우 배당액이 어떻게 산정되는지 살펴보고자 한다.

[사례 9] 채무자 乙이 소유한 가액이 1,000만 원과 600만 원인 A와 B부동산에 공동저당권자 甲이 800만 원의 채권을 담보하기 위하여 공동저당을 설정했고, 그 후에 丙이 A부동산에 600만 원의 채권을 담보하기 위한 2번 저당권을 설정하였으며, 그 후 다시 丁이 400만 원의 채권을 담보하기 위하여 B부동산에 2번 저당권을 설정한 사례이다.

부동산	경매대가	1순위	2순위
A (소유자: 乙)	1,000만 원	甲: 800만 원	丙: 600만 원
B (소유자: 乙)	600만 원	甲: 800만 원	丁: 400만 원

먼저 A부동산이 경매된 경우, 우선 甲이 A부동산의 경매대가로부터 전액 800만 원을 배당받고, 2순위인 丙이 A부동산의 경매대가로부터 200만 원을 배당받는다. 만약 동시배당 되었다면 甲은 B부동산의 경매대가로부터 300만 원[(800/1,000+600)×600]을 배당받을 수 있었을 것이므로, 丙은 이 배당액을 한도로 하여 甲의 저당권을 대위할 수 있다. 따라서 그 후 B부동산까지 경매가 이루어지면 丙은 甲의 1순위 저당권을 대위하여 B부동산의 경매대가로부터 300만 원을 받게 된다. 丁은 丙에게 300만 원이 배

163) 이은영, 전게서, 450면.
164) 최정윤의 전게논문과 박용석의 전게논문에 나오는 사례를 참조하였음.

dCollection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

당된 후에 B부동산의 남은 경매대가로부터 300만 원을 배당받는다. 담보가치의 부족으로 인해 丙과 丁은 각각 100만 원씩을 배당받지 못하게 된다.

한편, B부동산이 먼저 경매된 경우에는, 우선 甲이 B부동산의 경매대가로부터 800만 원을 배당받고, 잔여액의 부족으로 공동저당권은 여전히 행사할 수 있는 상태가 된다. 그 후 A부동산까지 경매가 이루어지면 甲은 A부동산의 경매대가로부터 잔여액 200만 원을 배당받을 수 있다. 丁의 후순위권자 대위권은 이렇게 공동저당권자인 甲의 채권이 완전히 변제된 때에 발생한다. 丁은 A부동산의 경매대가로부터 甲이 배당받을 수 있었던 500만 원[(800/1,000+600)×1,000]중, 이미 배당받은 200만 원을 제외한 나머지 잔여 액 300만 원을 대위 행사하여 배당받을 수 있다. 丁에 대한 변제가 이루어진 후 마지막으로 丙은 A부동산의 경매대가로부터 500만 원을 배당받게 된다. 앞의 경우와 마찬가지로 담보가치의 부족으로 인해 丙과 丁은 각 100만 원씩을 배당받지 못하게 된다.

[사례 10] 채무자 乙이 소유한 가액이 1,000만 원과 600만 원인 A와 B부동산에, 공동저당권자 甲이 800만 원의 채권을 담보하기 위하여 공동저당을 설정했고, 그 후에 丙이 A부동산에 600만 원의 채권을 담보하기 위한 2번 저당권을 설정한 사례이다.

부동산	경매대가	1순위	2순위
A (소유자: 乙)	1,000만 원	甲: 800만 원	丙: 600만 원
B (소유자: 乙)	600만 원	甲: 800만 원	

먼저 A부동산이 경매된 경우, 저당권자는 그 대가로부터 채권의 전부를 배당받을 수 있다고 규정하는 민법 제368조 제2항 전문에 따라 甲이 800만 원 전액을 먼저 배당받고, 丙은 남은 잔여액 200만 원을 배당받게 된다. 그런데 제2항 후문에 의해서 동시배당이 되었더라면 다른 부동산의 경매대가로부터 변제받을 수 있었던 금액을 한도로 공동저당권자의 저당권을 대위하여 행사할 수 있으므로, 甲이 동시배당이 된 경우에 B부동산의 경매대가로부터 받았을 300만 원[(800/1,000+600)×600]을 한도로 하여 甲의 저당권을 대위할 수 있게 된다. 따라서 그 후에 B부동산이 경매된다면 丙은 甲의 저당권을 대위 행사하여 B부동산의 경매대가로부터 300만 원을 배당받을 수 있다. 결국 丙은 총 500만 원을 배당받게 되고, 변제받지 못한 남은 채권 100만 원에 대해서는 B부동산

dCollection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 소유자에 대한 채권자로써 별도로 배당요구를 하거나, B부동산의 잔여금 200만 원에 대해 반환청구권을 압류 또는 가압류하여 변제받을 수 있다.

한편, 먼저 B부동산이 경매된 경우, 우선 甲이 B부동산의 경매대가로부터 600만 원을 배당받는다. 그 후 A부동산까지 경매가 되면 甲은 A부동산의 경매대가로부터 남은 200만 원을 배당받게 되고, 2순위인 丙이 잔여액에서 600만 원을 배당받게 된다. 모든 배당이 이루어지고 난 후 남은 A부동산의 경매대가에 관한 잔여액 200만 원은 소유자 乙에게 교부 또는 반환된다. 위의 A부동산이 먼저 경매된 경우와 같이 이시배당이 이루어지더라도 丙은 민법 제368조 제2항 후문의 대위권을 행사하여 동시배당과 같은 지위의 확보가 가능하다. 그러나 그렇다고 해서 동시배당이든 이시배당이든 위와 같이 항상 같은 결과를 가져오는 것은 아니다.[165]

제4절 목적물이 물상보증인 또는 제3취득자 소유인 경우

Ⅰ. 문제 제기

공동저당권의 목적물인 부동산들의 전부나 일부가 채무자 이외의 자 즉, 물상보증인 또는 제3취득자의 소유에 속하는 경우에는, 대위에 있어서 다음과 같은 문제가 일어난다. 물상보증인이나 제3취득자는 그의 부동산에 대하여 공동저당권이 실행되어 채권자 즉, 공동저당권자가 변제를 받은 때에는 구상권의 범위에서 공동저당권의 목적물인 다른 부동산에서 채권자를 대위한다. 이것이 변제자 대위이다(민법 제481조·제482조).[166][167][168][169] 그런데 공동저당권이 실행된 부동산에서의 후순위저당권자도 다른 부동

165) 內田貴, 전게서, 464면(최정윤, 전게논문, 63면).
166) 제481조(변제자의 법정대위) 변제할 정당한 이익이 있는 자는 변제로 당연히 채권자를 대위한다.
167) 제482조(변제자대위의 효과, 대위자간의 관계) ① 전 2조의 규정에 의하여 채권자를 대위한 자는 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다. ② 전항의 권리행사는 다음 각 호의 규정에 의하여야 한다. 1. 보증인은 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 아니하면 전세물이나 저당물에 권리를 취득한 제삼자에 대하여 채권자를 대위하지 못한다. 2. 제삼취득자는 보증인에 대하여 채권자를 대위하지 못한다. 3. 제삼취득자 중의 1인은 각 부동산의 가액에 비례하여 다른 제삼취득자에 대하여 채권자를 대위한다. 4. 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자가 수인인 경우에는 전호의 규정을 준용한다. 5. 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

산에서 채권자를 대위한다(제368조 제2항). 여기에서, 변제자의 대위와 후순위저당권자의 대위 간에 충돌이 일어나므로, 어느 것이 우선하는지가 문제된다.[170]

Ⅱ. 학 설

1. 변제자 대위 우선설

공동저당에서 이시배당의 경우, 후순위저당권자의 대위(제368조 제2항)는 채무자 소유인 여러 부동산들 사이에서만 인정된다. 즉, 물상보증인이나 제3취득자의 부동산에서는 인정되지 않는 것이므로, 물상보증인이나 제3취득자의 부동산에서는 변제자의 대위가 인정될 뿐이다. 또한, 물상보증인이나 제3취득자는 채무자 등 자기 이외의 자가 소유하는 부동산도 저당권의 목적물로 되어 있으므로, 자기가 변제한 경우에는 자신의 구상권이 확실히 보장된다고 생각한다. 민법에서 변제자대위 규정의 취지도 이러한 물상보증인이나 제3취득자를 보호하기 위한 것이므로, 물상보증인이나 제3취득자의 대위가 후순위저당권자의 대위에 우선한다.[171] 여기서도 주채무자와 물상보증인 사이의 내

공한 자와 보증인간에는 그 인원수에 비례하여 채권자를 대위한다. 그러나 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자가 수인인 때에는 보증인의 부담부분을 제외하고 그 잔액에 대하여 각 재산의 가액에 비례하여 대위한다. 이 경우에 그 재산이 부동산인 때에는 제1호의 규정을 준용한다.

168) 공동저당의 목적인 물상보증인 소유의 부동산에 후순위 저당권이 설정되어 있는 경우, 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져 그 경매대금의 교부에 의하여 선순위공동저당권자가 변제를 받은 때에는 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에 민법 제481조, 제482조의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 선순위 저당권을 대위취득하고, 그 물상보증인 소유의 부동산의 후순위 저당권자는 위 선순위 저당권에 대하여 물상대위를 할 수 있다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2008마109 판결).

169) 대법원 2014. 12. 18. 선고 2011다50233 판결.

170) 예컨대, 채권자 甲이 채무자 乙에 대한 1,200만 원의 채권을 담보하기 위하여 乙의 소유인 X부동산(시가 1,200만 원)과 丙의 소유인 Y부동산(시가 1,200만 원)에 1번 저당권을 설정하였다. 그 후에, X부동산에 丁의 채권(600만 원)을 담보하기 위하여 2번 저당권이 설정되었다. 그런데, 甲이 Y부동산에 대하여 저당권을 실행하여 변제를 받고 丙이 변제자대위에 의하여 1,200만 원에 관하여 X부동산에서 甲을 대위하면, 丁은 배당을 받지 못한다. 그러나, 丙의 대위를 민법 제368조 2항에 의하여 600만 원으로 제한하면, 丁은 보호되지만 丙은 완전하게는 보호되지 않는다. 왜냐하면, 丙은 1,200만 원의 부동산을 상실하고 600만 원만 구상할 수 있기 때문이다.

171) 곽윤직, 물권법, 364면; 김증한・김학동, 전게서, 561면; 이은영, 전게서, 450면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

부적 구상의 문제가 물권으로서(후순위저당권자가 대위하게 될 선순위) 저당권의 가치 지배효력의 문제와 착종되어 있음이 간과되기 어렵다는 것이다. 즉, 물상보증인이 채무자에 대한 관계에서는 형식적으로만 책임을 부담한다고 할 수 있으나, 그 소유의 물건은 그 물건의 교환가치를 지배하는 저당권에 대한 관계에서 실질적으로 책임을 부담해야 하기 때문이다.[172]

2. 후순위저당권자 대위 우선설

공동저당에서 이시배당의 경우, 후순위저당권자의 대위가 채무자 소유의 부동산 사이에서만 인정된다면 공동저당권의 목적물인 부동산들의 일부가 타인에게 양도되었다는 우연한 사정으로 인하여 후순위저당권자가 불리해진다. 그리고, 물상보증인이나 제3취득자는 그의 부동산을 공동저당권의 목적물로 제공하거나 공동저당권의 목적물을 양수한 자이다. 그러므로, 이들은 공동저당권의 목적물인 부동산들의 가액에 비례한 피담보채권의 안분액 만큼은 부담할 각오를 한 자로 해석된다. 따라서 후순위저당권자의 대위를 변제자대위에 우선시키는 것이 옳다는 견해로 다수설이다.[173]

3. 선순위 등기 우선설

물상보증인의 저당권설정등기나 제3취득자의 이전등기와 후순위저당권자의 저당권설정등기 중에서 어느 것이 먼저 경료 되었는가에 따라 정한다. 즉, 선등기자의 대위가 우선한다고 한다. 예컨대, 후순위저당권이 설정될 때까지는 공동저당권의 목적물이 모두 채무자의 소유였으나 그 후에 공동저당권 목적물의 일부가 제3자에게 귀속된 경우에는, 후순위저당권자가 우선한다. 왜냐하면, 이 경우에도 변제자가 우선한다고 하면, 후순위저당권자는 자신의 저당권의 설정 후에 이루어진 우연한 사정에 의하여 자신의 대위권(제368조 제2항)을 상실하기 때문이다.[174]

---

172) 김규완 "공동저당과 후순위권리자들의 이익교량-물상보증인 특혜설에 대한 비판" 고려법학 제49호, 고려대학교 법학연구원, 2007, 18-19면.
173) 장경학, 전게서, 839면; 김용한, 전게서, 596면; 권용우, 전게서, 573면; 김상용, 전게서, 724면; 이영준, 전게서, 867면; 이상태, 전게서, 548면; 윤철홍, 전게서, 401면.
174) 박준서, 전게서, 288면; 김증한·김학동, 전게서, 562면; 송덕수, 신민법강의, 856-857면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Ⅲ. 판 례

대법원 판례에 의하면, "공동저당의 목적인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 각각 채권자를 달리하는 후순위 저당권이 설정되어 있는 경우, 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져 그 경매대금의 교부에 의하여 1번 저당권자가 변제를 받은 때에는 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에 민법 제481조, 제482조의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 1번 저당권을 취득하고, 이러한 경우 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 물상보증인에게 이전한 1번 저당권으로 우선하여 변제를 받을 수 있으며, 이러한 법리는 수인의 물상보증인이 제공한 부동산 중 일부에 대하여 경매가 실행된 경우에도 마찬가지로 적용되어야 하므로(이 경우 물상보증인들 사이의 변제자대위의 관계는 민법 제482조 제2항 제4호, 제3호에 의하여 규율될 것이다.), 자기 소유의 부동산이 먼저 경매되어 1번 저당권자에게 대위변제를 한 물상보증인은 다른 물상보증인의 부동산에 대한 1번 저당권을 대위취득하고, 그 물상보증인 소유 부동산의 후순위 저당권자는 1번 저당권에 대하여 물상대위를 할 수 있으므로 물상보증인이 대위취득한 선순위 저당권설정등기에 대하여는 말소등기가 경료될 것이 아니라 물상보증인 앞으로 대위에 의한 저당권이전의 부기등기가 경료되어야 하고, 아직 경매되지 아니한 공동저당물의 소유자로서는 1번 저당권자에 대한 피담보채무가 소멸하였다는 사정만으로 말소등기를 청구할 수 없다."[175]라고 판시하고 있는 등 우리나라 판례의 경우 변제자 대위를 우선시 하고 있다.[176]

Ⅳ. 구체적 사례[177]

1. 동시배당의 경우

175) 대법원 2001. 6. 1. 선고 2001다21854 판결.
176) 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다36596 판결.
177) 김규완의 전게논문과 최정윤의 전게논문 및 박용석의 전게논문에 나오는 사례를 참조하였음.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

[사례 11] 채무자 甲이 소유한 가액 1,000만 원의 A부동산과 물상보증인 乙이 소유한 가액 600만 원의 B부동산에, 공동저당권자 丙이 800만 원의 채권을 담보하기 위하여 공동저당을 설정했고, 丁이 A부동산에 600만 원의 채권을 담보하기 위한 2번 저당권을 설정하였다. 그 후 戊가 400만 원의 채권을 담보하기 위하여 B부동산에 2순위로 저당권을 설정한 사례이다.

부동산	경매대가	1순위	2순위
A (소유자: 甲)	1,000만 원	丙: 800만 원	丁: 600만 원
B (소유자: 乙)	600만 원	丙: 800만 원	戊: 400만 원

후순위저당권자 우선설에 의하면 A와 B부동산이 동시에 경매되었을 경우, 丙은 A부동산의 경매대가로부터는 500만 원[(800/1,000+600)×1,000]을, B부동산의 경매대가로부터는 300만 원[(800/1,000+600)×600)을 각 배당받게 되고, 丁은 남은 A부동산의 경매대가로부터 500만 원을 받게 되며, 戊는 B부동산의 남은 경매대가로부터 300만 원을 배당받게 된다. 물상보증인 우선설에 따르면 A와 B부동산이 동시에 경매되더라도 丙은 A부동산의 경매대가로부터 우선 변제받아야 하므로, A부동산의 경매대가로부터 800만 원을 배당 받고, 丁은 남은 잔여액 200만 원을 배당받게 된다. 그 후 戊는 B부동산의 경매대가로부터 400만 원을 배당받게 되고, 남은 잔여액 200만 원은 소유자인 乙에게 귀속 된다

[사례 12] 채무자 甲이 소유한 가액 1,000만 원의 A부동산과 물상보증인 乙이 소유한 가액 600만 원의 B부동산에, 공동저당권자 丙이 800만 원의 채권을 담보하기 위하여 공동저당을 설정했고, 그 후에 丁이 A부동산에 600만 원의 채권을 담보하기 위한 2번 저당권을 설정한 사례이다

부동산	경매대가	1순위	2순위
A (소유자: 甲)	1,000만 원	丙: 800만 원	丁: 600만 원

dCollection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

B (소유자: 乙)	600만 원	丙: 800만 원	

후순위저당권자 우선설에 의하면 A와 B부동산이 동시에 경매되었을 경우, 丙은 A부동산의 경매대가로부터는 500만 원[(800/1,000+600)×1,000]을, B부동산의 경매대가로부터는 300만 원[(800/1,000+600)×600]을 각 배당받게 되고, 丁은 남은 A부동산의 경매대가로부터 500만 원을 받게 된다. B부동산의 경매대가로부터 배당을 마치고 남은 잔여액 300만 원은 소유자인 乙에게 귀속된다. 물상보증인 우선설에 따르면 A와 B부동산이 동시에 경매되더라도 丙은 A부동산의 경매대가로부터 우선 변제받아야 하므로, A부동산의 경매대가로부터 800만 원을 배당 받고, 丁은 남은 잔여액 200만 원을 배당받게 된다. B부동산의 경매대가 400만 원은 소유자인 乙에게 귀속 된다.

2. 이시배당의 경우

공동저당물이 채무자와 물상보증인 소유인 경우에 있어서 이시배당이 이루어질 때, 판례가 취하는 물상대위를 인정하는 견해에 따라 구체적으로 어떻게 배당이 되는지 살펴보기로 한다.

[사례 13] 채무자 甲이 소유한 가액 1,000만 원의 A부동산과 물상보증인 乙이 소유한 가액 600만 원의 B부동산에, 공동저당권자 丙이 800만 원의 채권을 담보하기 위하여 공동저당을 설정했고, 그 후에 丁이 A부동산에 600만 원의 채권을 담보하기 위한 2번 저당권을 설정한 사례이다.

부동산	경매대가	1순위	2순위
A (소유자: 甲)	1,000만 원	丙: 800만 원	丁: 600만 원
B (소유자: 乙)	600만 원	丙: 800만 원	

먼저 A부동산이 경매되는 경우, A부동산의 경매대가로부터 丙이 800만 원을 먼저 배당받게 되고, 丁은 남은 잔여액에서 200만 원을 배당받는다. 그 후 B부동산까지 경

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

매가 이루어지면, 丁은 B부동산의 경매대가에 대해 丙이 배당받았을 부분에 대해 대위권을 행사 할 수 없으므로, B의 경매대가 600만 원은 소유자인 물상보증인 乙에게 귀속된다. 丙의 1순위 저당권은 변제가 모두 이루어져 소멸되었기 때문이다.

한편 먼저 B부동산이 경매되는 경우, 丙은 B부동산의 경매대가로부터 600만 원을 배당받는다. 그 후에 A부동산까지 경매가 이루어지면, 乙은 변제자대위를 통해 600만 원의 범위 내에서 丙의 A부동산에 대한 1순위 저당권을 행사할 수 있다. 그런데 丙이 乙보다 우선하여 A의 경매대가로부터 배당받아야 하는 것이 타당하기 때문에[178] 200만 원을 먼저 배당 받고, 이후에 乙이 300만 원에 대해서 배당받게 된다. 그리고 丁은 나머지 잔여액 200만 원을 배당받는다.

[사례 14] 채무자 甲이 소유한 가액 1,000만 원의 A부동산과 물상보증인 乙이 소유한 가액 600만 원의 B부동산에, 공동저당권자 丙이 800만 원의 채권을 담보하기 위하여 공동저당을 설정했고, 丁이 A부동산에 600만 원의 채권을 담보하기 위한 2번 저당권을 설정하였다. 그 후 戊가 400만 원의 채권을 담보하기 위하여 B부동산에 2순위로 저당권을 설정한 사례이다.

부동산	경매대가	1순위	2순위
A (소유자: 甲)	1,000만 원	丙: 800만 원	丁: 600만 원
B (소유자: 乙)	600만 원	丙: 800만 원	戊: 400만 원

178) 공동저당권자가 일부 부동산의 경매절차에서 그 채권의 일부만을 변제받은 경우, 다른 공동저당물에 대한 공동저당권은 소멸하지 않으면서 동시에 물상보증인은 다른 부동산에 대한 공동저당권을 대위 취득한다. 이때 저당권의 행사에 있어서는 대위자보다 공동저당권자가 우선한다(이기택, "공동저당에 관한 판례연구", 사법연구 4집, 청림출판, 1999, 138-139면). 변제할 정당한 이익이 있는 자가 채무자를 위하여 채권의 일부를 대위변제할 경우 대위자는 그 변제한 가액에 비례하여 채권자와 함께 그 권리를 행사하고, 변제한 가액의 범위 내에서 종래 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 취득하는 것이되, 이 경우에도 채권자는 일부 대위변제자에 대하여 우선변제권을 가지는 것이라 하겠으나, 보증인이 변제 기타의 출재로 주 채무를 소멸하게 하는 등의 사유로 주 채무자에 대하여 가지게 되는 구상권은 변제자가 갖는 고유의 권리로서 대위의 목적물이 된 권리와는 별개라 할 것이어서 당사자 사이에 다른 약정이 있다는 등의 특정한 사정이 없는 한 일부대위에 관한 위와 같은 법리가 보증인이 행사하는 구상권의 경우에 당연히 그대로 적용되는 것은 아니다(대법원 1995. 3. 3. 선고 94다33514 판결).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

먼저 A부동산이 경매되는 경우, A부동산의 경매대가로부터 丙이 800만 원을 먼저 배당받게 되고, 丁은 남은 잔여액에서 200만 원을 배당받는다. 그 후에 B부동산까지 경매가 이루어지면, 丁은 B부동산의 경매대가에 대해 丙이 배당받았을 부분에 대해 대위권을 행사 할 수 없으므로, 戊는 B의 경매대가로부터 400만 원을 우선하여 배당받고, B부동산의 잔여액 200만 원은 소유자인 물상보증인 乙에게 귀속된다. 丙의 1순위 저당권은 변제가 모두 이루어져 소멸되었기 때문이다.

한편, 먼저 B부동산이 경매되는 경우, 丙은 B부동산의 경매대가로부터 600만 원을 배당받는다. 그 후에 A부동산까지 경매가 이루어지면, 乙은 변제자대위를 통해 600만 원의 범위 내에서 丙의 A부동산에 대한 1순위 저당권을 행사할 수 있다. 그런데 丙이 乙보다 우선하여 A의 경매대가로부터 배당받아야 하는 것이 타당하기 때문에 200만 원을 먼저 배당받고, 다음으로 戊가 A부동산으로부터 400만 원을 모두 변제받으며, 乙은 잔존 부분에서 200만 원을 배당받게 된다. 그리고 丁은 나머지 잔여액 200만 원을 배당받는다.

V. 검 토

1. 학 설

공동저당권의 목적물인 부동산 중의 일부가 공동저당권에 우선하는 저당권 즉, 선순위저당권의 목적물인 경우에는, 공동저당권자는 공동저당권의 목적물인 부동산의 전부를 일괄경매(동시배당)할 수 없다는 것이 통설이다. 즉, 선순위저당권의 목적물인 부동산만을 별도로 경매(이시배당)하여야 한다. 왜냐하면, 일괄경매에 의하여 선순위저당권자가 불리해지기 때문이라고 한다.[179]

2. 후순위저당권자 우선설이 옳다는 의견

179) 장경학, 전게서, 837면; 김용한, 전게서, 595면; 권용우, 전게서, 574면; 이상태, 전게서, 548-549면; 윤철홍, 전게서, 401면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

선순위저당권자는 후순위저당권자가 후순위저당권을 실행하는 것을 막지는 못한다(민사집행법 제91조 제2항).[180] 그러므로, 공동저당권의 목적물인 부동산 중의 일부가 선순위저당권의 목적물인 경우에도 공동저당권자는 공동저당권의 목적물인 부동산들을 일괄 경매할 수도 있고 별도로 경매할 수도 있다. 다만, 일괄 경매하는 경우에도 선순위저당권 목적물의 경매대가에서 선순위저당권자가 우선하여 변제받고 그 나머지의 경매대가를 기준으로 하여, 각 부동산의 부담을 안배하는 것이 타당할 것이다.

물상보증인이나 제3취득자는 공동저당권의 목적물들의 가액에 비례한 피담보채권의 안분액 만큼은 부담할 각오를 한 것이라고 해석되므로, 민법 제368조 제2항의 적용을 배척하면서까지 보호할 필요는 없고, 이들을 보호하지 않는 것이 공동저당권의 목적물인 각 부동산의 담보가치를 최대한 활용하려는 민법 제368조 제2항의 취지에도 합치할 것이다.[181] 따라서, 후순위저당권자우선설이 옳다고 생각된다.[182]

제5절 민법 제368조의 문제점과 개선방안

Ⅰ. 구조적 문제

180) 제91조(인수주의와 잉여주의의 선택 등) ②매각부동산 위의 모든 저당권은 매각으로 소멸된다.

181) 즉, 이들을 보호하면 후순위저당권자는 보호되지 않는다. 따라서, 후순위저당권의 설정은 좀처럼 이루어지지 않게 된다. 이는 각 부동산의 담보가치의 최대한 활용을 방해한다(강태성, 전게서, 1181면).

182) 그러나 이탈리아 신민법은 명시적으로 물상보증인이 제공한 부동산에 대해서는 후순위저당권자가 대위할 수 없다고 정한다. 그 이유는 물상보증인이야 말로 신민법 제1203조 제3호에 따른 변제자대위에 의하여 만족을 받은 채권자의 저당권을 대위할 지위에 있는 자이기 때문이다. 다만 원래 물상보증인의 소유였다고 하더라도 공동저당권의 실행시점에 채무자의 소유로 이전된 때에는 후순위저당권자는 대위를 할 수 있다고 한다. 이탈리아 신민법은 채무자로부터의 제3취득자가 있는 경우에 대해서도 규정을 두고 있다. 즉 채무자로부터의 제3취득자의 대위(신민법 제1203조 제2호)와 후순위저당권자의 대위의 우열은 그 등기의 선후에 따른다. 즉 제3취득자의 소유권이전등기가 후순위저당권자의 저당권등기보다 앞선 때에는 물상보증인과 유사한 지위에 있는 것으로 평가되어 후순위저당권자가 대위할 수 없다. 이는 반대해석으로 후순위저당권자의 저당권등기가 이미 있었다면 아직 부기등기가 없더라도 그 이후의 제3취득자에 대해 대위할 수 있다는 것을 의미한다(김형석, "민법 제368조에 대한 단상 -이탈리아·오스트리아의 공동저당법리와의 비교-", 서울대학교 법학 제51권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2010, 197-199면).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

공동저당은 하나의 채권을 위하여 수개의 부동산 위에 설정된 저당권으로써 부동산 담보가치의 집적기능과 위험분산기능, 저당권실행의 용이화 등으로 그 활용도가 매우 높다. 그러나 공동저당에 있어서 각 공동저당목적물마다 저당권이 각각 1개씩 존재하기 때문에 공동저당권자의 실행선택의 권리에 따라서 그 실행이 좌우되므로 공동저당목적물 위에 후순위저당권이 존재하는 경우 이해충돌의 문제가 생긴다. 또한 공동저당은 수개의 부동산을 담보로 하여 그중 어느 부동산으로부터도 피담보채권액 전부를 우선변제 받을 수 있는 권리를 채권자에게 부여하므로 채권자의 지위는 강화되는 반면 후순위저당권자의 지위를 불안하게 하고 있다.

Ⅱ. 보완의 필요성

이와 같은 문제를 해결하기 위하여 민법 제368조 1개의 조문을 두고 있지만, 공동저당권자, 후순위저당권자, 물상보증인 등의 지위를 조화시키는 데에는 충분하지 않다고 본다. 특히 공동저당목적물의 전부 또는 일부가 채무자 이외의 물상보증인 또는 제3취득자 소유인 경우 변제자대위권(민법 제481조, 제482조)과 후순위저당권자의 대위권(민법 제368조 제2항) 사이에 대위권 순위의 선후에 관한 충돌문제가 발생된다. 이에 대하여 다수학설은 물상보증인은 채무자 소유 부동산의 담보력에 대하여 신뢰를 한 자이므로 이러한 신뢰 보호 등의 이유로 물상보증인 대위권의 우선적 효력을 주장하고 있고, 대법원 판례 또한 목적물 일부가 물상보증인 소유인 경우에는 민법 제368조가 적용 될 여지가 없다고 하면서 물상보증인 대위권 우선적용의 입장에 있다.

그러나 민법 제368조는 공동저당 목적물 모두가 동일한 채무자 소유이든 그 일부가 물상보증인 소유 이든 간에 공동저당이 성립한 이상 저당권자의 실행선택의 권리로 야기되는 후순위저당권자의 불이익을 조정하기 위한 규정이며, 또한 당사자의 합의나 해석에 의해서 그 적용을 임의로 배재할 수 없는 강행규정이라고 볼 수 있다. 따라서 민법 제368조 제2항 후문을 적용할 경우 공동저당물이 모두 채무자 소유여야 한다는 제한을 두고 있지 않는 현행 민법의 입법취지를 충실하게 해석하면 후순위저당권자 대위권 우선설이 타당하다고 본다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Ⅲ. 개선방안

따라서 아무런 법적 근거도 없이 대법원 판례처럼 후순위저당권자를 희생시키면서까지 물상보증인을 보호하여야 할 이유가 없기 때문에 이러한 불합리를 개선하기 위해서는 차후 민법 제368조의 적용범위를 명확히 규정할 필요가 있고, 민법 제368조 제1항과 제2항에 각 단서 규정이 신설되어야 한다고 본다. 첫째, 공동저당의 취지를 등기하지 않은 경우, 이를 공동저당으로 볼지, 그렇지 않을지를 확정하는 내용의 입법이 필요하다. 둘째, 공동저당권의 목적물인 부동산의 전부나 일부가 채무자 이외의 자에게 속하는 경우, 변제자 대위와 후순위 저당권자의 대위 간에 충돌이 일어나므로, 어느 것이 우선하는가에 대한 입법적 보완이 필요하다. 셋째, 대위의 부기등기는 저당권을 대위행사하는 자가 제3자에게 대항할 수 있는 중요한 근거가 되지만, 현행 부동산등기법에서는 모든 공동저당물이 경매될 때까지 민법 제368조 후문의 대위권에 기한 부기등기를 할 수 없다는 문제점이 있으므로, 대위의 부기등기를 보다 쉽게 할 수 있는 방안 마련이 필요하다. 넷째, 이해관계자들의 동의가 있을 때 저당권변경등기를 허용해야 할 것이고, 공동저당권말소등기의 신청에 후순위저당권자의 동의를 필요로 한다는 규정이 필요하다.[183] 다섯째, 공동저당 목적물의 일부가 채무자 소유가 아닌 경우에는 달리 적용한다는 규정이 필요하다. 위와 같은 내용으로 민법 제368조를 개정하여 문제점을 해결하여야 한다고 본다.

183) 최정윤, 전게논문, 84면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제4장 공동근저당

제1절 공동근저당의 개념

Ⅰ. 근저당의 의의 및 기능

근저당이란 일정한 기본계약으로부터 계속적으로 발생하는 불특정채권을 그 결산기에 일정한 한도까지 담보하는 저당권을 말하고(민법 제357조 제1항),[184] 피담보채권의 발생원인인 기본계약과 결산기는 근저당설정계약에서 정해진다.[185] 근저당의 경우에도 공동근저당이 성립할 수 있고, 공동근저당권에 대해서도 보통의 공동저당과 마찬가지로 민법 제368조가 적용된다고 보는 것이 일반적인 견해이다.[186]

이러한 근저당권은 그 성립 당시에는 피담보채권의 발생원인이 되는 기본계약과 담보한도인 채권최고액만 정해지고, 피담보채권의 구체적인 내용은 기본계약의 결산기의 도래, 근저당권의 존속기간의 만료, 기본계약 또는 설정계약의 해지·해제 등에 의하여 확정된다. 그리고 채권최고액은 구체적인 채권별로 정해지는 것이 아니라 다수의 채권에 대하여 총액으로 정해지는 것이기 때문에 결산기에 확정된 피담보채권의 합계액이 채권최고액을 초과하는 경우에 구체적으로 어느 채권의 변제에 충당할 것이냐의 문제는 담보의 법리와는 별도로 변제충당의 법리에 따른다.[187] 결산기에 이르러 피담보채권이 구체적으로 확정되면 부종성과 수반성을 갖는 것은 당연하다.

그런데, 피담보채권이 확정되지 아니한 채 계속적으로 거래가 이루어지고 있는 동안에 이미 발생한 각각의 채권이 양도 또는 대위 변제된 경우에 이에 수반하여 근저당권이 이전되는가에 대해서는 견해가 나누어지고 있다.[188] 또한 근저당권은 피담보채권을

---

184) 제357조(근저당) ① 저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하여 이를 설정할 수 있다. 이 경우에는 그 확정될 때까지의 채무의 소멸 또는 이전은 저당권에 영향을 미치지 아니한다.
185) 이우재, 민사집행법에 따른 배당의 제문제, 진원사, 2012, 1065면.
186) 양창수, 민법연구 제8권, 박영사, 2005, 212면.
187) 대법원 1987. 5. 26. 선고 86다카2950 판결; 대법원 1990. 11. 27. 선고 89다카30112 판결.
188) 이우재, 전게서, 256-259면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그 결산기에 일정한 한도까지 담보하는 저당권이기 때문에 근저당권 설정 당시 공동저당이 성립하는지 여부를 판단할 수 없다. 민법 제368조는 피담보채권이 동일한 경우에 성립한다고 해석될 수 있으므로, 장래에 피담보채권이 확정될 때 비로소 공동저당의 성립여부를 판단할 수 있는 것이다. 그러나 이 때문에 공동근저당권의 성립을 부정할 수는 없는 것이고, 공동저당에 있어서 피담보채권의 동일성이라는 개념에 상응하는 공동근저당만의 특수한 기준을 살펴보아야 할 것이다.

Ⅱ. 근저당의 성립

1. 피담보채권의 동일성

공동근저당의 성립을 인정할 경우 피담보채권의 동일성은 채권을 발생시키는 각각의 거래행위가 아니라 근저당설정계약에서 피담보채권의 발생원인으로 정한 기본계약과 결산기를 기준으로 식별한다. 근저당은 기본계약으로부터 발생하는 채권 중에서 결산기에 존재하는 채권만을 일정한 한도에서 담보하는 것이므로 결산기 전의 채권의 존부 및 내용이나 각각의 구체적인 채권을 발생시키는 거래행위는 중요시되지 아니한다.[189]

2. 담보한도의 동일성

수개의 근저당이 동일한 기본계약으로부터 발생되는 채권을 담보하는 경우에도 각 근저당의 담보한도가 동일한 범위에서만 공동근저당관계로 된다. 일본 민법 제398조의 16, 17에서는 공동근저당의 법률관계를 단순화하기 위하여 여러 개의 근저당이 담보하는 채권의 발생원인과 담보한도가 모두 동일하지 않을 경우 공동근저당으로 될 수 없도록 하고 있으나, 우리 민법에는 그러한 제한이 없으므로 피담보채권 및 담보한도가 공통되는 한도에서 공동근저당이 성립한다고 보는 견해도 있다.[190] 그런데 현행등기법상으로는 공동저당에 제공되는 근저당권의 채권최고액 한도를 식별할 수가 없기 때문

189) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 208면.
190) 김석우, 전게논문, 212면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에 일부 공통되는 범위에서의 성립을 당연하게 생각하기는 어렵다고 할 것이다

3. 이색 근저당[191]의 인정 여부

근저당권의 담보범위는 등기된 채권최고액에 의하여 결정된다. 그 피담보채권은 소정의 기본계약으로부터 결산기에 이르기까지 발생되는 채권 중 결산기에 잔존하는 채권을 모두 포함하지만, 구체적인 담보범위는 결산기에 이르러 비로소 확정되고 결산기에 이르기 전에는 거래관계의 진전에 따라 피담보채권의 범위가 증감된다. 여기서 동일한 기본계약으로부터 발생되는 채권을 담보하기 위하여 여러 개의 근저당을 동시에 또는 추가적으로 설정하면서 거래관계의 진전 상황에 맞추기 위하여 각 근저당의 담보범위를 서로 다르게 정하고 공동근저당의 형식을 취하지 않는 경우가 있다. 이 경우에도 당연히 공동근저당이 된다고 하는 분할부정설과 각각 독립된 근저당권으로 취급하여야 한다는 분할허용설이 대립한다.[192]

이 점에 관하여 일본에서는 분할부정설을 주장하는 법무성과 분할 허용설을 주장하는 학계 및 경제계 사이에 논쟁을 벌이다가 1975년 민법을 개정하여 분할허용설을 채택하여 입법적으로 해결하였다(일본 민법 제398조의 16, 18).[193][194][195] 분할부정설은 수

191) 근저당 목적물의 담보범위를 서로 다르게 정하고 공동근저당의 형식을 취하지 않는 경우 등과 실무상으로 A 부동산에 대한 근저당권설정등기와 B 부동산에 대한 추가설정등기를 한 상태에서 A부동산에 대한 근저당권설정등기를 말소하고 C 부동산을 B 부동산과 공동담보로 추가 설정하는 등기신청(피담보채권이 동일할 경우 공동담보의 목적을 교체하는 것이 가능) 등 창설적 공동근저당 설정등기시보다 추가근저당설정등기를 할 경우 이색적인 근저당이 나타난다(법원행정처, 부동산등기실무[II], 2015, 422면).

192) 곽윤직, 민법주해[VII], 210면.

193) 柚木馨, 注釋民法(9)-物權4:抵當權·讓渡擔保·假登記擔保(§§369-398の22), 有斐閣,1983, 277-283면.

194) 第三百九十八條の十六 第三百九十二條及び第三百九十三條の規定は、根抵当權については、その設定と同時に同一の債權の担保として數個の不動産につき根抵当權が設定された旨の登記をした場合に限り、適用する。{일본민법 제398조의 16 제392조 및 제393조의 규정은 저당권에 관하여는 그 설정과 동시에 동일의 채권의 담보로서 수개의 부동산에 관해 근저당권이 설정되었다는 취지의 등기를 한 경우에 한하여 적용한다, (세계법제정보센터, http://world.moleg.go.kr/World/Nation/JP/law/11599?astSeq=447 검색일: 2016. 11. 28.)}.

195) 第三百九十八條の十八 數個の不動産につき根抵当權を有する者は、第三百九十八條の十六の場合を除き、各不動産の代価について、各極度額に至るまで優先權を行使することができる。{ 일본민법 제398조의 18 수개의 부동산에 관하여 근저당권을 가진 자는 제398조의 16의 경우를 제외하고 각 부동산의 대가에 관하여 각 극도액에 이르기까지 우선권을 행사할 수 있다, (세계법제정보센터, (http://world.moleg.go.kr/World/Nation/JP/law/11599?astSeq=447 검색일: 2016. 11. 28.)}.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

개의 근저당이 동일한 기본계약으로부터 발생되는 채권을 담보하는 이상 그 피담보채권이 동일하므로 물권법정주의의 원칙상 당연히 공동근저당으로 된다고 본다. 담보한도를 분할한다고 하여도 결산기에 이르러 구체적으로 확정된 피담보채권 중에서 어느 채권을 어느 근저당권이 담보하는지 특정할 수가 없어 저당권특정의 원칙에 어긋나며, 분할허용설은 피담보채권이 동일한 경우에 각 근저당의 담보한도가 서로 다르면 공통부분에 한하여 공동근저당으로 된다는 법리에 반하고, 피담보채권이 동일한 경우에 당사자의 의사에 의하여 담보한도의 분할을 허용하면 후순위저당권자의 이익이 당사자의 의사에 의하여 좌우되어 법 규정의 취지에 맞지 않는다는 견해이다.[196]

분할허용설은 여러 개의 저당권이 동일한 채권을 담보하는 경우에도 각 저당물의 책임범위를 달리하는 경우에는 적용되지 않는다고 본다. 근저당권은 원래 증감되는 불특정채권을 일정한도까지 담보하는 것으로서 결산기에 이르기 전에는 피담보채권의 총액을 알 수가 없고, 그 담보한도는 구체적인 피담보채권의 존재 여부를 묻지 않고 당사자의 판단에 따라 자유롭게 결정할 수 있는 것이므로, 하나의 근저당권의 담보한도를 자유롭게 정하듯이 수개의 근저당권에 대하여 각각 다른 담보한도를 정하게 하여도 무방하고, 거래관계의 진전에 맞추어 담보한도를 증액하거나 일부의 근저당권만 실행하게 할 필요가 있다.[197]

공동근저당은 결산기에 이르기 전에는 잉여담보가치의 존재여부를 알 수 없으므로 처음부터 피담보채권의 액수가 확정되어 있는 공동저당과 달리 취급하여도 규정의 취지에 어긋난다고 볼 수 없고, 담보한도의 증액을 위하여 등록상의 추가부담을 감수하면서까지 공동근저당의 형식을 취하지 않고 별개의 근저당권을 설정하는 당사자의 의사를 존중할 필요가 있으며, 근저당권설정자가 스스로 공동저당으로 하지 않고 별개의 근저당권의 형식을 취하여 등기해 준 경우에는 그 적용을 배제하여도 무방하다고 주장한다. 우리나라에서는 분할허용설만 주장되고 있다.[198]

특히 동일한 채권을 담보하기 위하여 여러 부동산에 근저당권이 설정된 경우 각 부동산 경매대가로부터 채권최고액을 반복해서 배당받는 누적식근저당이라는 개념[199]이 있다. 이는 동일한 채권의 담보로서 여러 개의 부동산위에 개별 근저당권을 설정하고 등기에 목적물인 각 부동산이 동일한 거래관계로부터 발생하는 채권을 담보하는 것임

196) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 211면.
197) 최정윤, 전게논문, 77면.
198) 김상용, 전게서, 743-744면; 김석우, 전게논문, 212면.
199) 김동옥 "근저당권실행에서 경매와 배당에 관한 연구", 한국외국어대학교 박사학위논문, 2011, 173면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

을 공시하지 아니한 경우인데, 일본에서는 민법 제398조의11[200]을 개정함으로써 공동근저당권의 등기가 있는 경우에 한하여 공동근저당권에 관한 규정을 적용시키고, 그렇지 않은 경우에는 누적식근저당권이라 하여 공동저당권에 관한 규정을 배제하고 있다. 일본 민법이 누적식공동근저당권을 원칙으로 규정한 것은 근저당권이 당사자 사이의 설정 합의만으로 성립하고 등기를 대항요건으로 하고 있기 때문이다.[201]

우리 민법은 물권변동에 있어서 성립요건주의를 취하고 있고, 부동산등기법상 수개의 부동산에 근저당권을 설정할 때에는 공동근저당권임을 등기할 것이므로 공동근저당권의 경우 원칙적으로 순수한 공동근저당권으로 해석해야 한다는 점, 후순위 담보권자는 미리 선순위근저당의 담보범위를 미리 알 수 있으므로 불측의 손해를 입지 않으며, 물권법정주의도 거래의 안전을 해하지 않는 한 당사자 자치를 배제하지 않고, 결산기 전에는 당사자로서도 피담보채권액을 알 수 없으므로, 담보범위를 확장하기 위하여 공동저당 규정의 적용을 배제할 현실적 필요성이 있고, 등기법상 공동근저당의 등기를 강제할 방법이 없다는 점 등을 들어 통설은 누적식근저당권을 인정한다.[202]

Ⅲ. 공동저당과 공동근저당의 비교

1. 경매 실행시 공동저당과 공동근저당의 차이

공동저당권은 일반저당권과 그 등기와 실행에 있어서 차이가 있고, 공동근저당권, 특히 누적근저당권은 순수공동근저당권 및 일반적인 공동저당권과 등기, 후순위저당권자의 대위 및 실행에 있어서 차이가 있다.

---

200) 第三百九十八條の十一 元本の確定前においては、根抵当權者は、第三百七十六條第一項の規定による根抵当權の處分をすることができない。ただし、その根抵当權を他の債權の担保とすることを妨げない。 2 第三百七十七條第二項の規定は、前項ただし書の場合において元本の確定前にした弁濟については、適用しない。{일본민법 제398조의 11 원본의 확정 전에는 근저당권자는 제376조 제1항의 규정에 의한 근저당권을 처분할 수 없다. 단, 그 근저당권을 다른 채무의 부담으로 하는 것을 방해하지 않는다. 2. 제377조 제2항의 규정은 전항 단서의 경우에 원본의 확정 전에 한 변제에 관하여는 적용하지 않는다, (세계법제정보센터, http://world.moleg.go.kr/World/Nation/JP/law/11599?astSeq=447 검색일: 2016. 11. 28.)}.
201) 최정윤, 전게논문 78면.
202) 이우재, 전게서, 1068-1070면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2. 경매의 신청과 피담보채권의 확정

공동근저당권의 경매실행도 '연대성'을 가지므로 각각의 근저당권이 등기된 채권최고액까지 담보하고, 채권자는 여러 개의 근저당권을 함께 또는 순차로 경매신청을 할 수 있다.[203] 연대성에 관한 논의에서 복수의 저당권이 동일한 채권을 담보하고 각 저당권이 불가분성을 가진다는 점에서 연대성을 이해하는 견해가 있다[204]. 그에 반하여 공동저당의 목적물 중 일부 부동산에서 변제되는 액만큼 다른 부동산의 채권자에 대한 책임도 감소하는 내용 또한 연대성에 포함되므로, 그 성질은 담보권의 불가분성과 부종성의 완화에서 도출되는 공동담보의 본질이라는 견해도 있다.[205]

특히 민법 제368조 제2항 본문은 수개의 부동산 중 일부 부동산의 경매대가를 배당하는 경우에 그 경매대가로부터 피담보채권액 전부를 배당받을 수 있다고 하여 연대성을 구현하고 있다.[206] 공동근저당권에서 논의되고 있는 것은 피담보채권의 확정에 따른 효과의 문제이다. 일단 근저당권의 피담보채권이 확정되면, 그 이후 동일한 기본계약에서 원금 채권이 발생하더라도, 그 채권은 피담보채권에 포함될 수 없다. 이렇게 정해진 피담보채권으로 우선변제권의 구체적인 내용이 결정되는 것이다.

그리고 피담보채권이 확정되면 확정 이후의 근저당권은 부종성과 수반성을 취득하여 보통의 저당권과 같은 취급을 받게 된다. 그렇다고 하여 피담보채권이 확정되더라도 일반적인 저당권으로 전환되는 것은 아니다.[207] 공동근저당의 실행에 있어서 문제가 되는 것은 공동저당 목적물의 일부만 경매 신청한 경우 다른 저당목적물상의 피담보채권도 확정되는지 여부이다.

대법원은 공동근저당의 목적부동산 중 일부에 대하여 제3자가 경매를 신청하여 실행되었다면, 그 부동산에 관하여만 근저당권이 확정되고, 나머지 부동산에 관하여는 근저당권이 확정되지 않는다는 일부 확정론의 당부 그 자체에 대하여 명확한 태도를 밝히

---

203) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 212면.
204) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 181면.
205) 김병두A, 전게논문, 127면.
206) 김병두A, 전게논문, 127면; 연대성으로 인해 공동저당권자는 목적 부동산의 교환가치를 파악함에 있어서 자유로이 대상을 선택할 수가 있다.
207) 곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 26면; 종전의 판례도 전환된다는 태도(대법원 1963. 2. 7. 선고 62다796 판결)였으나, 그 이후의 판결에서는 더 이상 전환된다는 표현을 사용하고 있지는 않다(대법원 1991. 9. 10. 선고 91다17979 판결).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

지 않고 있으나, 일부 확정을 전제로 한 원심판단을 파기한 것으로 보아 근저당권의 피담보채권의 확정에 대한 법리를 재해석하는 것으로 보인다.[208]

또한, 대법원은 "민법 제368조 제1항은 공동저당권의 목적물의 전체 환가대금을 동시에 배당하는 동시배당의 경우에 공동저당권자의 실행선택의 권리와 우선변제권을 침해하지 않는 범위 내에서 각 부동산의 책임을 안분시킴으로써 각 부동산상의 소유자와 후순위저당권자 기타 채권자의 이해관계를 조절하고, 같은 조 제2항은 대위제도를 규정하여 공동저당권의 목적 부동산 중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 이시배당의 경우에도 최종적인 배당의 결과가 동시배당의 경우와 같게 함으로써 공동저당권자의 실행선택의 권리 행사로 인하여 불이익을 입은 차순위저당권자를 보호하는 데 그 취지가 있다. 위 조항들은 공동저당권의 경우에도 적용되고, 공동근저당권자 스스로 경매를 실행하는 경우는 물론 타인이 실행한 경매에서 우선배당을 받는 경우에도 적용되며, 공동근저당권자가 저당부동산 중 일부의 수용보상금에 대한 배당절차에 참가하여 우선변제권 범위의 채권최고액에 해당하는 전액을 배당받은 경우 다른 저당부동산에 대한 담보권 실행을 위한 경매절차에서 우선변제권을 행사할 수 없다."고 판시하고 있다.[209]

이와 같은 대법원의 태도는 근저당권의 확정법리를 우회적인 방법으로 제시하고 있으나, 이는 공동근저당권에서의 일부 확정론을 받아들이면서 그 근거를 공동저당의 민법 제368조 규정취지에서 찾고 있다고 보아야 한다.[210]

3. 경매대가의 배당

공동저당권에 관한 민법 제368조는 공동근저당권에도 적용되고, 공동저당권자 스스로 경매를 실행하는 경우와 제3자가 실행한 경매절차에서 우선배당을 받는 경우에도 적용된다.[211] 공동근저당권자가 공동저당 목적물에 대한 경매절차에서 피담보채권을

208) 공동근저당권의 채권최고액의 감액과 관련하여 논의되고 있는 폐기된 민법개정안(2004년 법무부안)에 의하더라도 공동근저당의 연대성과 확정에 대해서는 여전히 해석론에 위임되어 있었다. 순수공동근저당은 민법 제368조가 적용되면 되므로 위 입법안에서도 입법하지 않기로 한 적이 있고, 누적공동근저당에 대해서는 입법여부를 추후 검토하기로 하는 등의 유보결정을 한 적이 있었다. 차제에 근본적인 해결책으로 공동근저당의 연대성에 관한 규정을 민법전에 신설할 것을 제안한다(김병두A, 전게논문, 155-156면).

209) 대법원 2006. 10. 27. 선고 2005다14502 판결.

210) 김승래, 전게논문, 293면.

211) 대법원 2006. 10. 27. 선고 2005다14502 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

배당받은 경우에 나중의 경매절차에서 위 배당액은 그의 우선변제액에서 당연히 공제된다.[212]

그러나 채무자가 공동저당의 목적물을 임의로 매매하여 그 대금으로 피담보채권을 변제함으로써 일부 만족을 얻게 된 경우에는 이를 근저당권자가 채권최고액 범위 채권에 대하여 우선변제를 받은 것과 동일하게 볼 수 없다. 근저당권자로서는 피담보채권 중 나머지 채권에 대하여 여전히 채권최고액 범위 내에서 우선변제권을 가진다고 보아야 하고, 채권최고액에서 변제받은 금액을 공제한 범위 내에서 우선변제권을 행사할 수 있는 것이라고 볼 수는 없다.[213]

공동근저당권에서 근저당권의 복수성의 문제는 공동근저당권이 실행되어서 대가배당을 실시하는 경우에 그 배당방법에 관한 입법주의와 결합하여 실천적 의미를 갖는다.[214] 공동저당권의 배당방법과 관련하여 우리 민법은 제368조 제1항에서 배분주의를 채택하고 있다. 그리고 이시배당의 경우 후순위저당권자 등의 이해관계를 조정하기 위하여 후순위저당권자의 대위와 경매절차를 규정하고 있는데, 여기에도 배분주의의 합의가 내포되어 있다.[215]

누적근저당권에서의 문제는 근저당권자 당사자 사이에 민법 제368조의 적용을 배제하고 각각의 채권최고액을 합한 금액을 우선변제받기 위하여 공동근저당의 형식을 취할 경우에 후순위근저당권자의 이익을 해치게 되어 그 효력을 인정할 것인가의 문제이다.[216] 이와 같은 문제는 주로 추가적인 공동담보의 경우에 발생한다.

이 경우 후순위근저당권자는 선순위근저당권이 최고액을 공제한 금액을 담보가치로 파악하고 거래하는 것이어서 민법 제368조의 적용을 부정한다고 하여 후순위저당권자

212) 양창수, 전게서, 287면.
213) 대법원 2010. 5. 15. 선고 2010다3681 판결.
214) 김병두A, 전게논문, 115면.
215) 김병두A, 전게논문, 118-119면.
216) 이러한 당사자의 배제특약에도 불구하고, 민법 제368조의 적용을 긍정하는 견해는 여러 부동산 위에 근저당이 공동으로 설정된 경우 가장 적은 최고액은 공동저당으로 취급하게 되고, 이를 초과하는 금액에 대해서는 당해 부동산만의 근저당권을 취급하게 된다. 이 견해의 주된 논거는, 당사자의 의사에도 불구하고 민법 제368조에 따라 배당이 이루어져야 하고, 이 규정은 저당권의 효력에 관한 강행규정으로서 물권법정주의의 원칙상 당사자는 이에 반하는 특약을 할 수 없다는 것이다[박준서, 전게서, 114면], 당사자의 특약에 따라 민법 제368조는 적용이 배제된다는 견해에 의하면, 여러 개의 부동산상의 공동근저당권은 각 부동산의 최고액의 한도 내에서 각각 우선변제를 받을 수 있다고 한다. 이 견해의 주된 논거는 공동근저당권의 자유롭게 선택할 수 있는 권리를 보장하면서 물권 법정주의는 물권의 거래안전을 보호하는 것으로 거래의 안전을 해하지 않는 범위 내에서는 당사자의 자치를 인정해야 한다는 점을 들고 있다(곽윤직·김재형, 물권법, 511면).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가 예견할 수 없는 이익을 침해하는 것이 아니다. 근저당권에서 거래의 안전을 침해하지 않는 범위 내에서 사적자치의 원칙상 허용될 수 있는 사안이다. 따라서 누적공동근저당권에서 당사자 간에 민법 제368조의 적용을 배제하는 특약은 유효하다고 본다.[217]

제2절 공동근저당의 경매 실행상 문제점

Ⅰ. 구체적인 사례

1. 선순위 공동근저당권자가 이시배당을 청구했을 경우 후순위저당권자 대위권과의 충돌 사례

(1) 판결요지

대법원 2009. 12. 10. 선고 2008다72318 판결은 "민법 제368조 제2항 후문에 따른 후순위저당권자의 대위권은 선순위저당권자가 현실로 경매대가에서 피담보채무를 변제받은 경우에 비로소 인정되는 것이지만, 후순위저당권자로서는 선순위공동저당권자가 변제를 받기 전이라도 장차 선순위공동저당권자에 의하여 경매가 실행되어 변제가 이루어질 경우 다른 공동저당물에 대하여 선순위공동저당권자를 대위할 수 있으리라는 기대가능성을 갖게 되며, 이러한 후순위저당권자의 기대이익은 보호받아야 한다. 또한, 공동근저당의 목적 부동산이 일부씩 나누어 순차로 경매 실행됨으로써 근저당권자가 배당받은 원금 및 지연이자의 합산금액이 결과적으로 채권최고액으로 되어 있는 금액을 초과하였다는 것만으로 책임한도 범위 내의 피담보채권이 모두 소멸하였다고 볼 수 없다."고 판시하였다.

(2) 검 토

217) 곽윤직·김재형, 물권법, 510-511면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

선순위공동근저당권자는 선행경매절차의 이시배당에서 배당받은 금액은 임의변제 받은 것이라는 이유로 거듭하여 배당을 주장하고 있다. 그러나 공동근저당권이 설정된 공동담보물 중 일부에 대한 후행경매절차의 이시배당에서 종전과 동일한 최고액까지 거듭 배당하여 줄 것을 요구하는 주장이 합당한 것인지에 대하여 쉽게 동의할 수가 없다. 우리나라의 경우 제3자인 후순위의 대립당사자뿐만 아니라 일반상식 수준에서 볼 때, 선순위인 공동근저당권자의 누적식 이시배당의 요구는 쉽게 수용하기 어려운 법리적 주장이라고 보여 진다.[218]

2. 공동근저당권자의 우선 배당사례

(1) 판결요지

대법원 2006. 10. 27. 선고 2005다14502 판결은 "민법 제368조 제1항은 공동저당권의 목적물 전체 환가대금을 동시에 배당하는 동시배당의 경우에 공동저당권자의 실행선택의 권리와 우선변제권을 침해하지 않는 범위 내에서 각 부동산의 책임을 안분시킴으로써 각 부동산상의 소유자와 차순위저당권자 기타 채권자의 이해관계를 조절하고, 같은 조 제2항은 대위제도를 규정하여 공동저당권의 목적물 부동산 중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 이시배당의 경우에도 최종적인 배당의 결과가 동시배당의 경우와 같게 함으로써 공동저당권자의 실행선택의 권리 행사로 인하여 불이익을 입은 차순위저당권자를 보호하려는데 그 취지가 있는바, 위 조항들은 공동근저당권의 경우에도 적용되고, 공동근저당권자 스스로 경매를 실행하는 경우는 물론 타인이 실행한 경매에서 우선배당을 받는 경우에도 적용된다."고 판시하였다.

---

218) 일본의 경우에도 공동근저당과 누적근저당이 실무에서 이용되는 상황은 다음과 같다. 특히 당초부터 공동담보로 할 예정인 경우는 별도로 하고, 새롭게 융자를 하여 증액할 때 마다 설정자로부터 신청한 물건에 대하여 담보에 필요한 채권최고액으로 공동담보로 하며, 공동담보의 누적식근저당권을 설정하게 되는 것도 통상 있을 수 있다. 예컨대, 신규융자에 있어서는 그 융자액을 기초로 채권최고액을 정한 공동근저당을 설정하고, 그 후 추가융자를 할 때에 담보를 추가하는 근저당권은 추가융자액을 기초로 하여 채권최고액을 정한 추가물건만을 공동담보로 하는 근저당권, 기존의 공동근저당과는 누적식으로 하는 공동담보 근저당권을 설정하여 쌓아가는 방식에 의한 사례도 자주 눈에 띈다(鈴木正和,"共同根抵當に關する問題点", 民事法と裁判(上) 貞家最高裁判事退官記念論文集, 民事法情報センタ, 1995. 12, 327-347頁, 김동옥, 전게논문, 71면).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 검 토

동시배당의 경우에는 공동담보간의 매각대금을 기준하여 최고액 범위 내에서 안분하여 배당하므로, 각 부동산상의 채권자간의 이해관계를 조절할 수 있는 기능이 있다고 보여진다. 문제는 공동근저당권이 이시배당에서 선순위배당하고 후순위자의 민법 제368조 제2항의 대위기능이 법이 의도한 취지대로 순위가 늦은 자에 대한 이해조절이 이루어지는가이다. 대위배당 자체도 인식하지 못하고 말소 되어버린 선순위 등기를 찾아 대위할 수 있도록 하여야 하는 것도 문제점이다.[219] 더구나 이 사안은 선 배당이 경매배당이 아닌 수용보상금에 대한 압류권자로서의 배당인데, 후순위 원고들이 공동담보물의 경매에서 먼저 추심 배당한 금액을 공제하도록 주장하고 있으나, 법원은 이를 배척하였다. 이는 동시불확정[220]을 근거로 판단한 것으로 보인다.

3. 공동근저당에서 채권최고액의 감액사례

(1) 판결요지

서울중앙지방법원 2004. 5. 18. 선고 2003가합52888 판결은 "공동근저당권 설정 당시 또는 추가 설정을 통하여 공동담보의 목록과 채권최고액을 공시하도록 하고 있고, 동시배당과 이시배당에 있어서의 후순위저당권자의 이익을 보호해 주는 우리의 민법에서는 공동근저당권의 채권최고액은 피담보채권의 확정이 논리 필연적으로 선행되어야 후에 배당 등을 통하여 감소되는 것이 아니며, 공동근저당권의 목적부동산의 경매절차를 통해서 배당받을 수 있는 배당액의 합계는 애초부터 채권최고액을 초과할 수는 없는 것으로 정해진 것이므로, 결국 공동근저당권자의 신청에 의한 경매절차가 아니어서 피담보채권이 확정되지 않는 경우라 하더라도 배당절차를 통하여 배당을 받은 금액만큼은 후에 이루어지는 공동근저당권의 담보부동산의 경매절차를 통해서 중복하여 다시 배당받을 수는 없는 것이다. 그럼에도 피고는 이미 공동근저당권의 다른 경매절차를 통해서 2,783,589,212원을 배당받았음에도 다시금 이 사건 토지 및 건물의 일부에 대한 이 사건 경매절차에서 채권최고액인 60억 원을 다시 배당받아, 채권최고액을

219) 김동옥, 전게논문, 74면.
220) 곽윤직, 민법주해(Ⅶ), 212면; 박준서, 전게서, 295-296면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2,783,589,212원이나 초과하여 배당받았으며, 그 중 원고의 근저당권의 목적물인 이 사건 토지로부터 초과 배당받은 금원이 2,423,114,409원이고, 피고의 초과배당으로 인하여, 배당을 받은 채권자의 직후 순위 채권자인 원고가 배당받지 못하였으므로, 피고는 원고에게 부당이득으로서 원고가 배당받지 못한 8억 원을 지급할 의무가 있다."고 판시하였다.

(2) 검 토

위 사례의 경우, 선행경매로 이미 채권최고액 중 배당요구채권에 대하여 배당액을 만족한 선순위 공동근저당권자가 다시 이시배당절차에서 동일한 채권최고액을 최고한도로 중복하여 복합적인 배당요구를 거듭함으로서 다른 공동담보물에 대한 후행경매절차상 제3자인 후순위 근저당권자의 신뢰와 기대예측을 상실하게 하였다.

그러나 피고 선순위공동근저당권자는 선행경매절차의 이시배당에서 배당받은 금액은 원고로부터 임의변제 받은 것이라는 이유로 기왕의 배당 사실 자체를 전혀 고려할 필요가 없다고 주장하였다. 이와 같이 공동근저당권이 설정된 공동담보물 중 일부에 대한 후행경매절차의 이시배당에서 종전과 동일한 최고액까지 거듭 배당하여 줄 것을 요구하는 주장이 합당한 것인지에 대하여 동의할 수가 없다.[221] 또한, 대중적인 경매시대에 제3자인 후순위의 대립당사자 뿐만 아니라 통상적인 일반인의 법적상식이나 일반시민의 법 생활의 현실에 비추어 볼 때에도 쉽게 수용하기 어렵다. 이러한 중복 배당요구가 가능한 것은 우리 민법상 공동근저당권에 대한 개념 정의가 부재한 탓이므로, 결국 사회 일반거래 관념에 따라 판단할 수 밖에 없다.

사례와 같은 누적식 최고액 배당을 주장한 피고 측의 논리는 일본의 근저당권실행에 대한 해석론을 바탕으로 하여 바로 우리 현실에서 공동근저당권의 이시배당에 원용하고자 한 것으로 보인다. 그런 의미에서 본 1심 판례는 공동근저당권 실행에 있어서 이시배당의 경우에 후순위근저당권자 등 제3자인 다른 채권자 등에게 미치는 영향을 고려할 때 현재에 있어서 불가피한 것으로 보인다. 다만 민법 제357조 1항 "근저당권의 확정을 장래에 보류한 점"과 후문의 "확정될 때까지의 채무의 소멸 또는 이전이 저당권에 영향을 미치지 아니 한다"는 점에 대하여 사안과 같이 보다 명확한 적시가 없다는 것은 역시 문제점으로 남는다.[222]

---

221) 김동옥, 전게논문, 76면.
222) 김동옥, 전게논문, 77면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

앞으로 공동근저당권의 실행에 있어서 동시배당의 경우와 같이 이시배당의 경우에도 분쟁의 소지가 있으며, 실무에서도 중복배당요구에 대하여 악의의 근저당권자에 대한 배당여부를 충분하게 고려해야 한다. 이를 위해 분쟁의 소지가 있는 공동근저당권실행에 있어서 이시배당에 대한 담보물채권최고액의 명확한 개념과 그 효력 및 배당방법 등 규정이 검토되어야 할 것이다.[223]

4. 선순위공동저당권자의 일부저당권포기와 후순위저당권자의 대위 사례

(1) 판결의 요지

대법원 2009. 12. 10. 선고 2009다41151 판결은 "채무자 소유의 수개 부동산에 관하여 공동저당권이 설정된 경우 민법 제368조 제2항 후문에 의한 후순위저당권자의 대위권은 선순위공동저당권자가 공동저당의 목적물인 부동산 중 일부의 경매대가로부터 배당받은 금액이 그 부동산의 책임분담액을 초과하는 경우에 비로소 인정되는 것이지만, 후순위저당권자로서는 선순위 공동저당권자가 피담보채권을 변제받지 않은 상태에서도 추후 공동저당목적 부동산 중 일부에 관한 경매절차에서 선순위공동저당권자가 그 부동산의 책임분담액을 초과하는 경매 대가를 배당받는 경우 다른 공동저당 목적 부동산에 관하여 선순위공동저당권자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다는 대위의 기대를 가진다고 보아야 할 것이고, 후순위저당권자의 이와 같은 대위에 관한 정당한 기대는 보호되어야 할 것이므로, 선순위공동저당권자가 피담보채권을 변제받기 전에 공동저당목적 부동산 중 일부에 관한 저당권을 포기한 경우에는, 후순위저당권자가 있는 부동산에 관한 경매절차에서, 저당권을 포기하지 아니하였더라면 후순위저당권자가 대위할 수 있었던 한도에서는 후순위저당권자에 우선하여 배당을 받을 수 없다고 보아야 할 것이고, 이러한 법리는 공동근저당권의 경우에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 할 것이다."고 판시하였다.

(2) 검 토

사례는 피고가 근저당권등기를 말소해 준 것은 이 사건 71세대의 수분양자가 납부하

223) 김동옥, 전게논문, 76면-77면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

여 피고가 수령한 금원을 다시 00건업에 대출함과 동시에 이 사건 71세대에 관한 피고의 00건업에 대한 대출금 채권을 포기한 것이 된다. 그런데 피고는 이 사건 71세대에 해당하는 근저당권등기를 말소하여 주었으나, 00건업이 위 유용금을 변제하지 못하자 다시 위 경매절차에서 이 사건 71세대에 해당하는 대출금도 변제되지 않은 것처럼 채권신고를 하였다. 이때 후순위저당권자로서는 선순위공동저당권자가 그 부동산의 책임분담액을 초과하여 배당받는 경우 다른 공동저당 목적 부동산에 관하여 선순위공동저당권자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다는 기대를 가지고 있으며, 이러한 대위에 관한 정당한 기대는 보호되어야 마땅하다.

따라서 선순위공동저당권자가 피담보채권을 변제받기 전에 공동저당 목적 부동산 중 일부에 관한 저당권을 포기한 때에는, 후순위저당권자가 있는 부동산에 관한 경매절차에서 저당권을 포기하지 않았으면 후순위저당권자가 대위할 수 있었던 한도에서는 선순위공동근저당권자가 우선 배당받는 것은 부당하다.

그러나 위와 같은 경우와 같이 선순위 자가 임의로 일부공동담보물에 대한 근저당권을 말소한 경우 후순위권자의 대위권을 보호할 장치가 불완전하다는 문제점이 있다.

5. 공동저당의 목적물이 채무자와 물상보증인 소유일 경우 배당 사례

(1) 판결요지

대법원 2010. 4. 15. 선고 2008다41475 판결은 “공동저당권이 설정되어 있는 수개의 부동산 중 일부는 채무자 소유이고 일부는 물상보증인의 소유인 경우 위 각 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는, 물상보증인이 민법 제481조, 제482조의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유 부동산에 대하여 담보권을 행사할 수 있는 지위에 있는 점 등을 고려할 때, ‘동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을 설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다.’고 규정하고 있는 민법 제368조 제1항은 적용되지 아니한다고 봄이 상당하다. 따라서 이러한 경우 경매법원으로서는 채무자 소유 부동산의 경매대가에서 공동저당권자에게 우선적으로 배당을 하고, 부족분이 있는 경우에 한하여 물상보증인 소유 부동산의 경매대가에서 추가로 배당을 하여야 한다.”고 판시하고 있다.

dCollection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 검 토

위 사례는 공동저당권의 목적물인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산이 함께 경매되어 그 경매대가를 동시에 배당하는 경우 배당방법과 민법 제368조 제1항이 적용되지 않는다고 한다.[224] 이때 법원은 채무자 소유 부동산의 경매대가에서 공동저당권자에게 우선적으로 배당하고, 부족분이 있는 경우에 한하여 물상보증인 소유 부동산의 경매대가에서 추가로 배당함으로써 물상보증인과 채무자가 공동 담보한 경우에 우선 변제의무에 차등을 두고 있다는 점이다

Ⅱ. 공동근저당의 누적식 배당에 대한 문제

공동근저당권의 이시배당에 관한 사례를 살펴보면, 선행경매로 이미 채권최고액 중 배당요구채권에 대하여 배당액을 만족한 선순위 공동근저당권자가 다시 이시배당절차에서 동일한 채권최고액을 최고한도로 중복하여 복합적인 배당요구를 거듭 청구함으로써 다른 공동담보물에 대한 후행경매절차상 제3자인 후순위 근저당권자의 신뢰와 기대예측은 크게 벗어나고 있다. 그럼에도 선순위 공동근저당권자는 선행경매절차의 이시배당에서 배당받은 금액은 임의변제 받은 것이라는 이유로 배당사실 자체를 전혀 고려할 필요가 없다고 주장하였다. 그러나 공동근저당권이 설정된 공동담보물 중 일부에 대한 후행경매절차의 이시배당에서 종전과 동일한 최고액까지 거듭 배당하여 줄 것을 요구하는 주장이 합당한 것인지에 대하여 동의할 수가 없다.[225]

이러한 누적최고액 배당을 주장하는 것은 일본의 누적공동근저당의 법리를 우리의

224) 공동저당권이 설정되어 있는 수개의 부동산 중 일부는 채무자 소유이고, 일부는 물상보증인의 소유인 경우 위 각 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는, 물상보증인이 민법 제481조, 제482조의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유 부동산에 대하여 담보권을 행사할 수 있는 지위에 있는 점 등을 고려할 때, "동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을 설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다."고 규정하고 있는 민법 제368조 제1항은 적용되지 아니한다고 봄이 상당하다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다25417 판결, 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다78234 판결).

225) 김동옥, 전게논문, 83면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

공동근저당권의 이시배당에 적용한 것으로 보인다. 이는 현행 우리 민법상 명문규정의 근거가 없고, 은행 등 실무거래에서도 검증되지 않은 상황에서 무리한 해석론으로 보인다. 따라서 서울중앙지방법원이 우리의 공동근저당권 실행에 있어서 이시배당의 경우에 후순위근저당권자 등 제3자인 다른 채권자 등에게 미치는 영향을 고려한 것은 합당한 판단으로 보인다.

다만 민법 제357조 1항의 '근저당권의 확정을 장래에 보류한 점'과 후문의 '확정될 때까지의 채무의 소멸 또는 이전이 저당권에 영향을 미치지 아니 한다'는 점에 대하여 사안과 관련하여 보다 명확한 적시가 없다는 점은 아쉬운 점이라 할 것이다.[226] 또한 물상보증인의 공동담보의 경우에 변제의 우선순위를 차등한 점에 주의를 불러일으킨다.

Ⅲ. 개선방안

공동근저당권에 현행 공동저당권에 관한 규정을 적용하는 것은 법의 공백이나 유추해석의 한계가 존재한다. 특히 공동근저당권의 실행에 있어서 이시배당의 경우에는 해석상 여러 가지 문제가 제기되고 있어 법의 흠결에 대한 제도의 보완이 절실히 필요하다고 하겠다.

따라서 법이 흠결상태에 있는 공동근저당권에 대하여 민법의 개정절차를 통한 입법이 필요하다. 즉, 민법 제357조의2 [공동근저당권] 조문을 추가하고, 공동근저당권 설정 가능성과 공동근저당권 설정시 배당금액이 중복 배당되지 않도록 하는 규정 즉, 제1항은 '하나의 채권을 담보하기 위하여 수 개의 근저당권을 설정할 수 있다.' 제2항은 '공동근저당권자는 타인이 신청한 일부경매절차에서 배당요구로 확정된 피담보채권의 배당받은 원금을 다른 공동담보목적물 경매절차의 채권최고액에서 공제하여 배당을 요구해야 한다.'[227]는 등의 내용을 둘 필요가 있다. 이러한 방법으로 근저당권의 규정을 보다 명확하게 할 필요가 있다.

226) 김동옥, 전게논문, 83면.
227) 김동옥, 전게논문, 294면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제5장 결 론

우리 민법은 끊임없이 변화하고 있는 경제발전에 대응하고, 저당제도에 대한 활용가능성을 높이기 위하여 지속적으로 저당권의 범위를 확대하는 등 발전해 오고 있다. 특히 우리 민법은 부동산의 담보가치가 피담보채권액에 미치지 못하는 경우, 동일한 채권을 담보하기 위하여 저당권의 설정이 가능한 여러 개의 부동산을 목적물로 하여 설정되는 공동저당권을 인정하고 있다. 우리나라의 경우 토지와 건물이 별개의 부동산이고, 필지로 세분화 된 토지의 담보가치가 낮아 하나의 부동산으로 신용을 수수하기가 매우 어려운 것이 현실인바, 공동저당제도는 담보물의 집적을 통한 보다 쉬운 신용의 수수 기능과, 목적물의 훼손·멸실 등에서 오는 담보가치 감소에 대한 위험성 분산이라는 장점 때문에 사회 여러 분야에서 이용가치가 커 일반적인 저당 보다 더 많이 이용되고 있다. 공동저당은 채권자가 공동저당권의 목적물인 여러 개의 부동산 중 일부를 자유롭게 선택하여 채권의 일부나 전부를 우선 변제받을 수 있다.

그런데 자유롭게 선택한 결과로 목적물의 소유자 사이에 또는 후순위저당권자에게 불공평이 발생될 수 있기 때문에, 우리 민법은 이러한 자유로운 선택의 결과 발생될 수 있는 후순위저당권자와의 이해관계를 조정하고 담보가치를 확대하기 위해서 민법 제368조를 두고 있다. 그러나 구체적으로 다양한 문제가 발생할 수 있는 공동저당에 있어서 그 문제 해결을 위해 우리 민법이 제368조만을 두고 있는 것은 여러 가지 면에서 충분하지 않다. 이 규정은 공동저당에 있어서 중요한 해석의 기준이 되지만, 이 규정의 해석에 대해서 학설이 대립하고 있으며, 일어날 수 있는 모든 문제에 대해 판례가 입장을 밝히지 못하고 있기 때문에 아직 이 규정의 적용 및 운용에 대하여 여러 가지 해석론상의 과제를 안고 있다고 할 것이다.

따라서 본 논문에서는 공동저당이 수개의 부동산 위에 설정된다는 법적구조로 인해 발생되는 여러 가지 법률문제 해결을 위해, 민법 제368조의 적용범위 및 성질, 그리고 후순위저당권자의 대위권에 대한 법적 성질을 학설과 판례를 통해 검토함으로써 공동저당권의 배당에 대하여 연구하고, 나아가 법의 공백이 있다고 생각되는 부분에 있어서 해석을 통한 개선안을 제시하였다. 공동저당의 성립요건에서는 대표적으로 공동저당의 목적물, 피담보채권의 동일성, 공동저당권의 등기 부분이 문제된다. 목적물에 있어서 이종물인 경우에도 민법 제368조가 적용될 수 있는지가 문제되는데, 경제발전에

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

따라 저당권의 목적물의 범위가 확대되어 왔으므로, 일반적인 저당권의 성립이 가능하다면, 이종물간에도 성립한다고 보는 것이 옳다고 본다.

피담보채권이 동일하기 위해서는 수개의 저당물에 대하여 채권자·채무자가 같아야 하고, 채권의 발생원인과 담보범위가 같아야 한다. 담보범위가 동일하지 않을 경우 그 성립을 부정하기 보다는 당사자와 채권발생원인이 같다면 중복되는 범위에서 공동저당을 인정하는 것이 제도의 취지에 부합할 것이다. 공동저당권의 등기가 성립요건인지 여부에 대해서 학설의 대립이 있는데, 저당권자는 공동저당권의 등기를 할 특별한 이유가 없고, 법 문언상 공동저당의 성립요건으로 별도의 등기를 요구하고 있지도 않고 있다. 공동저당의 배당에는 동시배당과 이시배당으로 나누어 살펴볼 수 있다. 공동저당권의 목적물인 각 부동산을 동시에 경매하여 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 피담보채권의 분담을 정한다(민법 제368조 제1항).

그러나 공동저당권자가 공동저당권의 목적물 중 특정한 부동산만을 경매하여 그 경매대가에서 먼저 배당받는 경우에는 그 대금에서 채권 전액의 변제를 받을 수 있다. 이 경우, 그 경매된 특정 부동산에서의 후순위저당권자는 만약 공동저당권자가 동시배당 했더라면 다른 부동산이 부담하였을 금액의 한도에서 공동저당권자를 대위하여 그 저당권을 실행할 수 있다(민법 제368조 제2항). 이는 후순위저당권자가 부당하게 불리해지는 것을 방지하기 위한 것이다(후순위저당권자의 대위권). 공동저당권의 목적물인 부동산들의 전부나 일부가 채무자 이외의 자 즉, 물상보증인 또는 제3취득자의 소유에 속하는 경우, 변제자 대위와 후순위저당권자의 대위 간에 충돌이 일어나 어느 것이 우선하는가가 문제된다. 이에 대하여 학설이 대립하고, 판례의 경우 변제자대위를 우선시키고 있다. 그러나 물상보증인이나 제3취득자는 공동저당권의 목적물들의 가액에 비례한 피담보채권의 안분액 만큼은 부담할 각오를 한 것이라고 해석되므로, 민법 제368조 제2항의 적용을 배척하면서까지 보호할 필요는 없고, 이들을 보호하지 않는 것이 공동저당권의 목적물인 각 부동산의 담보가치를 최대한 활용하려는 민법 제368조 제2항의 취지에도 부합할 것이기 때문에 후순위저당권자우선설이 옳다고 본다.

이와 같이 우리 민법이 공동저당에 있어서 후순위저당권자의 불이익을 보호하기 위하여 민법 제368조에서 대위를 인정하고 있으므로, 그 취지를 실현시키기 위하여 제도의 공백을 채울 입법조치를 모색할 필요가 있다. 민법 제368조의 적용범위를 명확하게 규정할 필요가 있고, 공동저당의 취지를 등기하지 않은 경우 이를 공동저당으로 볼 것인지, 그렇지 않을지를 확정하는 내용의 입법이 필요하며, 공동저당권의 목적물인 부동산의 전부나 일부가 채무자 이외의 자에게 속하는 경우, 변제자 대위와 후순위저당권

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

자의 대위 간에 충돌이 일어나므로, 어느 것이 우선하는가에 대한 입법적 보완이 필요하다. 또한, 대위의 부기등기는 저당권을 대위 행사하는 자가 제3자에게 대항할 수 있는 중요한 근거가 되지만, 현행 부동산등기법에서는 모든 공동저당물이 경매될 때까지 민법 제368조 후문의 대위권에 기한 부기등기를 할 수 없다는 문제점이 있으므로, 대위의 부기등기를 보다 쉽게 할 수 있는 방안 마련이 필요하고, 이해관계자들의 동의가 있을 때 저당권변경등기를 허용해야 할 것이며, 공동저당권말소등기의 신청에 후순위 저당권자의 동의를 필요로 한다는 규정 및 공동저당 목적물의 일부가 채무자 소유가 아닌 경우에는 달리 적용한다는 규정 등 공동근저당에 대한 보완이 필요하다.

dCollection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

【참고 문헌】

【국내 단행본】

강태성, 물권법, 대명출판사, 2009.

고상룡, 물권법[개정판], 법문사, 2001.

곽윤직, 물권법, 박영사, 2008.

곽윤직, 민법주해[Ⅶ], 박영사, 2009.

곽윤직·김재형, 물권법[민법강의Ⅱ], 박영사, 2014.

권용우, 물권법, 법문사, 2000.

김민중, 물권법[초판], 법영사, 2014.

김상용, 근저당권 비교연구, 화산미디어, 2013.

김상용, 물권법, 법문사, 2013.

김용한, 물권법론, 박영사, 1996.

김재형, 근저당권연구, 박영사, 2000.

김준호, 민법강의[제20판], 법문사, 2014.

김증한·김학동, 물권법, 박영사, 1997.

김형배·김규완·김명숙, 민법학강의[제13판], 신조사, 2014.

박준서, 주식민법[물권(4)], 한국사법행정학회, 2000.

법원행정처, 법원실무제요 민사집행[Ⅱ]-부동산집행, 2014.

법원행정처, 부동산등기실무[Ⅱ], 2015.

송덕수, 물권법[제2판], 박영사, 2014.

송덕수, 신민법강의, 박영사, 2014.

송오식, 물권법[제3판], 전남대출판부, 2014.

양창수, 독일민법전, 박영사, 2005.

양창수, 민법연구 제8권, 박영사, 2005.

양형우, 민법의 세계[제7판], 진원사, 2015.

유석주, 부동산등기법[제3개정판], 법원사, 2013.

윤철홍, 물권법강의, 박영사, 1998.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이기택, 주석민법[물권(4)], 한국사법행정학회, 2000.
이상태, 물권법(8정판), 법원사, 2013.
이영준, 한국민법론(물권법), 박영사, 2004.
이우재, 민사집행법에 따른 배당의 제문제, 진원사, 2012.
이은영, 물권법, 박영사, 2013.
이태재, 물권법, 진명문화사, 1985.
장경학, 물권법, 법문사, 1990.
정기웅, 채권총론[전정2판], 법문사, 2014.
조대현, 민법주해(Ⅶ), 박영사, 2009.
조성민, 물권법[제4판], 두성사, 2014.
지원림, 민법강의, 홍문사, 2014.
홍성재, 물권법[신정판], 동방문화사, 2014.
황적인·정권섭·김상용, 물권법(주석민법Ⅱ), 법원사, 1996.

【국내 논문】

김규완 "공동저당과 후순위권리자들의 이익교량-물상보증인 특혜설에 대한 비판", 고려법학 제49호, 고려대학교 법학연구원, 2007.
김동옥, "근저당권실행에서 경매와 배당에 관한 연구", 한국외국어대학교 박사학위논문, 2011.
김병두A, "근담보 상호간의 관계", 토지법학 제23-1호, 한국토지법학회, 2007.
김병두B, "다수의 부동산 위에 설정된 근저당권의 법률관계"-대법원 2006. 10. 27. 선고 2005다14502 판결의 검토를 중심으로-, 재산법연구[제25권 제1호], 2008. 6.
김상찬, "저당권의 불가분성에 관한 연구"-일본의 학설과 판례를 중심으로-, 토지법학 [제28-2호], 2012.
김석우, "공동저당에 관한 연구", 한양대학교 박사학위논문, 1973.
김승래, "공동저당권의 실행에 관한 연구", 성균관대학교 박사학위논문, 2015.
김여회, "공동저당권의 적용범위", 비교사법 제8권 제1호, 한국비교사법학회, 2001.
김형석, "민법 제368조에 대한 단상-이탈리아·오스트리아의 공동저당법리와의 비교-", 서울대학교 법학 제51권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2010.
박용석, "공동저당의 실행상의 문제점", 토지법학 제29-2호, 한국토지법학회, 2013.
염규석, "공동저당", 경북대학교 박사학위논문, 1998.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

유시동, “공동저당의 본질 및 성립요건에 관한 검토”, 재산법연구 제18권 제1호, 한국재산법학회, 2001.

윤 경, “이종물간에 공동저당이 설정된 경우 민법 제368조 제2항 후문의 유추적용 여부”, 법조 제52권 12호, 법조협회, 2003.

이기택, “공동저당에 관한 판례연구”, 사법연구 4집, 청림출판, 1999.

이문용, “공동저당에 관한 연구”, 숭실대학교 석사학위논문, 2010.

이재홍, “부동산경매와 공동저당”, 재판자료 제36집, 법원도서관, 1987.

이종기, “저당권자의 저당권 일부포기 및 혼동으로 인한 소멸-후순위저당권의 보호를 중심으로-”, 민사판례연구 33-1권, 박영사, 2011.

제철웅, “민법 제368조의 유추적용과 후순위담보권자의 보호”, 대법원 2002. 7. 12, 2001다53264; 대법원 2002. 10. 8, 2002다34901의 비판, 비교사법 제11권 제2호, 한국비교사법학회, 2004.

조대현, “공동저당의 등기원리”, 재판자료 제44집: 등기에 관한 제문제(하), 법원행정처, 1988.

최정윤, “공동저당의 성립요건과 효과”, 경북대학교 석사학위논문, 2014.

최창렬, “공동저당 대위에서의 이익조절 법리”, 토지법학 제29-2호, 한국토지법학회, 2013.

최판섭, “공동저당연구”, 재산법연구 제13권 제1호, 한국재산법학회, 1996.

【일본 문헌】

我妻 榮, 新訂 擔保物權法, 岩波書店, 1997.

我妻 榮, 判例コンメンタール(Ⅲ) 担保物權法, 第1版, 日本評論社, 1968.

內田貴, 民法Ⅲ 債權總論·担保物權, 第3版, 東京大學出版會, 2011.

織田博子, 共同抵當の沿革, 擔保法理の現狀と課題, NBL 31, 1995.

柚木馨, 注釋民法(9)-物權4:抵當權·讓渡擔保·假登記擔保(§§369-398の22), 有斐閣, 1983. 近江辛治, 民法講義Ⅲ:擔保物權[第2版], 成文當, 2005.

鈴木正和, “共同根抵當に關する問題点”, 民事法と裁判(上) 貞家最高裁判事退官記念論文集, 民事法情報センター, 1995.

Collection @ chosun