

공동저당에 있어서 후순위저당권자와 물상보증인의 대위권

- 대법원 1994년 5월 10일 판결 93다25417¹⁾에 대한 비판적 평가 -

명 순 구*

》 차 례 《

- | | |
|--------------------|-------------------|
| I. 사실관계와 원심판결 | 2. 민법 제368조의 효력범위 |
| 1. 사실관계 | 3. 물상대위의 문제 |
| 2. 사실심의 경과 | 4. 물상보증인의 변제자대위 |
| II. 대법원의 판시내용 | 와 후순위저당권자의 대 |
| III. 대법원 판결에 대한 평가 | 위의 관계 |
| 1. 논의의 방향 | IV. 맺음말 |

I. 사실관계와 원심판결

1. 사실관계

B은행은 K에게 금 1,218,979,822원을 대여하면서 그의 대여금채권을 담보하기 위하여 소의 K 소유의 부동산 ㉑, 원고 A 소유 부동산 ㉒, 소의 X 소유의 부동산 ㉓, 소의 Y 소유의 부동산 ㉔, 소의 Z 소유의 부동산 ㉕에 대하여 각각 1, 2, 3번 공동근저당권설정등기를 경료하고, 그 후 ㉕부동산에 대하여는 추가로 5번근저당권까지 설정받음으로써 공동근저당권자가 되었다. 또한 소의 G는 소의 K에게 금

* 高麗大學校 法科大學 助敎授

1) 대법원판례집, 제42권 1집, 1994, 법원행정처, pp.344~350.

7,022,460원을 대여하면서 ㉑, ㉒, ㉓, ㉔, ㉕ 5개의 부동산에 대하여 4번근저당권설정등기를 완료하였다. 한편, 피고보조참가인 W는 소외 Y에게 금 300,000,000원을 대여하면서 ㉓, ㉔ 및 ㉑ 3부동산에 대하여 각각 5번근저당권설정등기를 하였다. 그리고 피고보조참가인 U는 V에게 금 291,695,643원을 대여하면서 ㉕부동산에 대하여 6번근저당권설정등기를 완료하였다.

그 후 소외 K가 대출금상환을 연체하기에 이르자 피고 B는 공동담보물인 ㉑, ㉒, ㉓, ㉔, ㉕ 5부동산에 대하여 따로 따로 임의경매를 신청하여 그 경매절차가 각각 별도로 진행되었는데, ㉑, ㉓, ㉔, ㉕ 4부동산에 대한 경매절차가 먼저 종료되어 B는 그 배당절차에서 피담보채권 전액을 변제받고 ㉒부동산에 대한 경매신청은 이를 취하하였다. 한편, G는 ㉕부동산에 대한 경매절차에서 피담보채권 전액을 변제받았으나 각 부동산에 대한 경매절차가 동시에 이루어지지 않고 각각 다른 시기에 이루어짐에 따라 후순위근저당권자인 W는 ㉑, ㉓, ㉔ 3부동산에 대한 경매절차에서 전혀 배당을 받지 못하였고, U는 ㉕부동산에 대한 경매절차에서 그의 근저당권의 피담보채권의 일부인 금 23,528,860원만을 배당받게 되었다.²⁾

2. 사실심의 경과

원고 A는 피고 B와 소외 G의 K에 대한 대여금채권을 담보하기

- 2) 사안에서 문제된 근저당권자들의 권리내용과 배당상황을 도표로 나타내면 다음과 같다.

| 근저당권자 | 채무자 | 근저당권의 목적물 | | | | | 배당상황 |
|-------|-----|-----------|--------|--------|--------|----------|---------------|
| | | ㉑ (K) | ㉒ (A) | ㉓ (X) | ㉔ (Y) | ㉕ (Z) | |
| B | K | 1,2,3번 | 1,2,3번 | 1,2,3번 | 1,2,3번 | 1,2,3,5번 | ㉑,㉓,㉔,㉕로부터 전액 |
| G | K | 4번 | 4번 | 4번 | 4번 | 4번 | ㉕로부터 전액 |
| W | Y | 5번 | | 5번 | 5번 | | 배당액 전혀 없음 |
| U | V | | | | | 6번 | ㉕로부터 일부 |

위하여 자신 소유의 부동산 ㉠에 근저당권을 설정한 물상보증인이다. K의 채권자이며 동시에 ㉠부동산에 대한 근저당권자인 B는 그의 공동담보물 모두에 대하여 각각 다른 시기에 임의경매를 신청하여 경매절차가 진행되던 중 ㉠부동산을 제외한 ㉡, ㉢, ㉣, ㉤ 4부동산에 대한 배당절차에서 피담보채권 전액을 변제받고 ㉠부동산에 대한 경매신청을 취하하였다. 이에 물상보증인인 원고 A는 자신 소유 부동산 ㉠에 대한 근저당권자인 B의 피담보채권이 소멸하였음을 이유로 B를 피고로 하여 근저당권등기의 말소를 청구하였다.

원고 A의 주장에 대하여 원심³⁾은 다음과 같은 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

공동저당의 목적물 중 물상보증인 소유의 부동산이 있는 경우에도 민법 제368조 제2항은 적용되어야 하므로 먼저 경매된 ㉡, ㉢, ㉣, ㉤ 부동산의 후순위근저당권자인 G, U, W는 동시배당이 되었더라면 피고 B가 ㉠부동산의 경매대가에서 배당받을 수 있었던 금액의 범위 내에서 선순위근저당권자인 피고 B를 대위하여 근저당권을 행사할 수 있으며, 그 범위 내에서 ㉠부동산에 대한 1, 2, 3번 근저당권은 후순위근저당권자인 G, U, W에게 이전되었으므로, 원고는 근저당권 이전의 기초가 되는 피고 B의 ㉠부동산에 대한 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 없다고 판시하였다. 또한 원심은 원고 A의 청구에 대한 부가적 판단으로서, 만일 물상보증인의 변제자대위가 후순위저당권자의 대위권에 우선한다 하더라도 피고 B의 근저당권 실행의 대상이 된 ㉡, ㉢, ㉤ 부동산의 소유자 X, Y, Z도 모두 물상보증인으로서 변제자대위에 의하여 피고의 위 각 근저당권을 대위할 수 있다는 이유였다.

3) 서울민사지방법원 1993년 4월 13일 선고 92나35812 판결.

Ⅱ. 대법원의 판시내용

1994년 5월 10일의 판결을 통하여 대법원은 A의 상고를 기각하였다.

대법원의 판결이유 중 법리적 측면에서의 핵심사항은 다음의 두 가지로 요약될 수 있다.

(1) 첫째는, 공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위가 상충하는 경우에 관한 것이다. 이에 대하여 대법원은, 공동저당의 목적물인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 각각 채권자를 달리하는 후순위저당권이 설정되어 있는 경우에, 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져 그 결과 1순위저당권자가 피담보채권의 만족을 얻었다면 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함은 물론 민법 제481조, 제482조에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 1번저당권을 취득한다고 보아야 한다고 판시하고 있다. 왜냐하면 물상보증인은 공동저당권자의 다른 담보물인 채무자 소유의 부동산의 담보력을 기대하고 자기의 부동산을 담보로 제공하였으므로 그 후에 채무자 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정되었다는 사정에 의하여 그 기대이익을 박탈할 수 없기 때문이라는 것이다.

(2) 둘째로, 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자의 법적 지위에 관한 것이다. 이에 대하여 대법원은, 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산이 공동저당의 목적물로 되어있고 이들 부동산에 각각 채권자를 달리하는 후순위저당권이 설정되어 있었는데, 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져 그 결과 1순위저당권자가 피담보채권의 만족을 얻게 되어 물상보증인이 민법 제481조, 제482조에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소

유의 부동산에 대한 1번저당권을 취득하는 경우에 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 변제자대위에 의하여 물상보증인에게 이전한 1번저당권으로부터 우선하여 변제를 받을 수 있다고 보아야 한다고 판시하고 있다. 왜냐하면 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자로서는 공동저당의 목적물 중 채무자 소유의 부동산에 대한 담보가치 뿐만 아니라 물상보증인 소유의 담보가치도 함께 고려하여 저당권을 설정받았고, 한편 물상보증인으로서의 자기 소유의 부동산에 설정된 후순위저당권에 의한 부담을 애초부터 감수하고 있었다고 보아야 하기 때문이라는 것이다. 특히 대법원은 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자가 물상보증인에게 이전한 1번저당권으로부터 우선변제를 받을 수 있는 법리적 근거로서 물상대위를 들고 있다.⁴⁾

이상과 같은 이유⁵⁾를 적시한 다음, 대법원은 이 법리는 물상보증인이 수인인 경우에 대하여도 마찬가지로 할 것이므로 물상보증인에 의한 대위취득의 대상이 된 선순위저당권등기⁶⁾는 말소등기가 경료될 것이 아니라 물상보증인 명의로 대위에 의한 저당권이전의 부기등기(부동산등기법 제148조)가 경료되어야 할 성질의 것이므로 아직 경매되지 않은 공동저당물의 소유자로서는 선순위저당권에 대한 피담보채권이 소멸하였다는 사정만으로 그 말소등기를 청구할 수 없다는

4) 이 부분에 대하여 대법원은 “물상보증인 소유의 부동산이 먼저 경매된 경우에 있어서는 민법 제368조 제2항 후단이 후순위저당권자의 보호를 기하고 있는 취지를 고려하여 물상보증인에게 이전한 1번저당권은 위 후순위저당권자의 피담보채권을 담보하는 것으로 되어, 위 후순위저당권자는 마치 위 1번저당권상에 민법 제370조, 제342조의 규정에 의하여 물상대위를 하는 것과 같이 그 순위에 따라 물상보증인이 취득한 1번저당권으로부터 우선변제를 받을 수 있다고 보아야 하기 때문이다”라고 판시하고 있다.

5) 이러한 대법원의 입장은 1929년 1월 30일 이래로 일본 최고법원이 취해 온 논지와 그 맥을 같이하는 것이다. 이 판결의 내용과 그 이후의 일본 판례의 추이에 대하여는 梁彰洙, ‘後順位抵當權者있는 共同抵當不動産에 대한 競賣物上保證人の地位’, 《人權과正義》, 제234호 (1996년 2월), pp.112~117 참조.

6) 사안에서 근저당권자 B의 ㉠ 부동산에 대한 1, 2, 3번 근저당권등기를 말함.

입장에서 A의 상고를 기각하였다.

Ⅲ. 대법원 판결에 대한 평가

1. 논의의 방향

공동저당권이 가지는 일반적 이점 이외에도 특히 토지와 건물을 각각 독립된 부동산으로 다루고 있는 우리나라의 현행법 하에서는 공동저당권이 설정되는 경우가 타법제에 비하여 상대적으로 빈번하다고 할 수 있다. 그런데 일반저당의 경우와는 달리 공동저당에 있어서는 그 특성상 다양한 유형의 이해관계가 충돌하게 되는데, 1994년 5월 10일의 대법원 판결은 종래에는 학자들 사이에 뜨거운 논쟁의 대상이 되어왔던 테마의 기초적 문제에 대하여 최고법원이 최초로 자신의 입장을 정립하였다는 점에서 주목을 끌기에 충분하다고 생각되며⁷⁾, 특히 이 판결의 판시내용에 비추어 볼 때 대법원은 변제자대위와 공동저당물의 후순위저당권자의 대위 사이의 관계에 관한 확고한 입장을 설시하고자 하는 의도가 명백하다고 보여진다. 이러한 측면에서 볼 때, 이 판결이 앞으로의 법원실무에 있어서 미치게 될 파장은 매우 크다고 할 수 있다.

그런데 이 판결은 그 결론에 있어서는 정당하다고 평가되나 결론에 이르는 과정에 대하여는 비판의 여지가 있는 것으로 보여진다. 따라서 다음에서는 문제된 사안에 대한 대법원의 판시내용을 중심으

7) 이 판결에 대한 기존의 평석으로는 徐基錫, '共同抵當에 있어서 後順位根抵當權者의 代位와 物上保證人의 辨濟者代位の 衝突', 《法曹》, 1995년 1월호, pp. 132~151; - 梁彰洙, 앞의 글 '後順位抵當權者있는 共同抵當不動產에 대한 競賣와 物上保證人의 地位', pp.105~126.

로 공동저당권자가 공동저당물 중의 일부에 대하여 먼저 경매가 이루어진 경우에 나타나게 되는 후순위저당권자와 물상보증인 사이의 대위법리를 몇 가지 항목으로 나누어 분석·평가해 보고자 한다. 다만, 기존의 연구결과와의 불필요한 반복을 피하기 위하여 종래 학설에 대한 설명은 필요한 최소한의 범위내로 한정하여 논의를 진행하기로 한다.

2. 민법 제368조의 효력범위

위 대법원 판결에서 우선적으로 제기된 법리상의 문제는 민법 제368조의 적용범위에 관한 것이라고 볼 수 있다. 이 규정의 효력범위에 관한 대법원의 입장 (B)을 분석하고 판시내용에서 나타나고 있는 이론구성상의 문제점을 지적 (C)하기 위하여는 우선 이 규정의 규범적 기능 (A)을 명확히 하는 작업이 선행되어야 할 것이다.

A. 제368조의 규범적 기능

공동저당이라 함은 동일한 채권을 담보하기 위하여 수개의 부동산에 설정된 저당권을 말한다 (제368조 제1항 참조). 공동저당권의 본질에 관하여는 각각의 부동산마다 각각 하나의 독립된 저당권이 성립하는 것으로 볼 것인가 아니면 수개의 부동산 위에 하나의 저당권이 성립하는 것으로 볼 것인가의 문제가 있으나 전자로 보는 데에 학설⁸⁾이 일치하고 있으며, 일물일권주의의 원칙에 비추어 볼 때 이러한 관점은 정당한 것으로 생각한다. 공동저당권의 이러한 특질을 그대로 관철한다면 공동저당권부채권자가 저당권을 어떻게 실행하는가 하는 것은 원칙적으로 그의 자유로운 선택에 달려있다는 결과가

8) 金相容, 《物權法》, 法文社, 1995, pp.802~803; - 郭潤直, 物權法, 博英社, 1992, p.643.

된다. 공동저당에 있어서는 각각의 저당물이 채권전부를 담보하는 것이므로 채권자는 임의로 어느 목적물을 선택하여 채권의 전부나 일부의 우선변제를 요구할 수 있는 것이므로 목적물을 일괄하여 저당권을 실행하든 분리하여 실행하든 이는 저당권자의 권리라고 보아야 한다.⁹⁾ 그런데 공동저당권부채권자가 각 부동산에 대하여 그의 저당권의 내용을 실현하는 방법이 어떠한가 하는 것은 저당물과 관련한 이해관계인들의 이익에 심각한 영향을 미치게 된다. 이러한 상황은 공동저당권자와 다른 이해관계인의 이익조절장치를 필요로 하게 되는데, 민법 제368조는 한편으로는 공동저당권부채권자의 자유로운 선택권을 존중하면서 다른 한편으로는 이 공동저당권자와 각 저당물의 소유자 또는 후순위저당권자와의 이익의 조화를 꾀하고 있다.

제368조 제1항은 공동저당에 있어서 “부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 그 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다”고 규정하고 있다. 동시배당의 경우에는 공동저당권자가 자신의 자유로운 선택에 따라 어느 목적물로부터라도 채권액의 전부 또는 일부를 배당받을 수 있는 권리가 제한되는 결과가 된다. 만일 이와 같은 제한을 두지 않는다면 채권자의 임의적 선택이라는 우연한 사정에 따라 공동저당의 목적물 중 일부만이 지나친 부담을 안게 될 수 있게 되고, 따라서 일단 공동저당이 설정되게 되면 그

9) 대법원 판례도 같은 취지이다. 우선 1960년 판결을 통하여 대법원은 “1개 채권의 담보로서 수개 부동산에 저당권이 설정된 소위 공동담보가 있는 경우에 ..., 채권자는 그 목적물을 일괄하여 또는 그 중 어느 것을 분리하여 먼저 저당권을 실행한다 하더라도 이는 저당권자의 권리에 속하는 것이다”(대결 1960. 2. 27, 4292민재항307 : 《大法院判例》, 法典出版社, 1982, p.273)라고 판시하였으며, 1983년의 대법원 판결도 “공동저당권자가 공동저당물 중 일부만에 대하여 저당권을 실행하는 것은 저당권자의 권리에 속하는 것으로 권리남용에 해당하지 아니하는 한 정당하다고 할 것이므로, 공동저당물인 토지와 건물 전부에 대하여 경매절차를 진행하던 중 건물에 대한 경매신청을 취하하고 토지에 대해서만 경매를 실행하여 토지소유자가 그에 대한 소유권을 상실하였다고 하더라도 불법행위가 된다고 할 수 없다”(대판 1983. 3. 22, 81다43 : 법원공보, 제704호, p.727)고 판시하고 있다.

공동저당의 목적 부동산 중의 일부에 후순위저당권을 설정하여 또 다른 사람으로부터 신용을 얻을 수 있는 가능성이 현저하게 제한될 수 있다.¹⁰⁾ 이는 각 부동산이 가지고 있는 교환가치를 극대화하여 신용을 얻을 수 있는 기회를 박탈하는 것이 되어 불합리하다. 그리고 이러한 현상은 비교적 경미한 교환가치의 다수의 부동산에 공동저당권을 설정하여 다액의 신용을 얻을 수 있다는 공동저당의 기능에도 합치하는 것이라 볼 수 없다. 게다가 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다 하더라도 공동저당권자에게 특별한 불이익을 주는 것도 아니다. 이상과 같은 점들에 비추어 볼 때, 제 368조 제1항은 선순위의 공동저당권자와 저당물의 소유자 또는 후순위저당권자 사이의 이익조정이라는 역할 이상의 기능을 수행하는 것으로 볼 수 있다.

제368조 제2항에 따르면, 공동저당권의 목적물 중 일부 부동산에 대한 경매가 선행되어 그 대가를 먼저 배당하는 때에 공동저당권자는 그 대가로부터 채권전부의 변제를 받을 수 있으나(제1문), 이 경우에 경매된 부동산의 후순위저당권자는 선순위의 공동저당권자가 모든 부동산을 동시에 경매하여 배당하였다더라면 다른 부동산에서 변제받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다(제2문). 공동저당권자는 각각의 부동산마다 각각 하나의 독립된 저당권을 가지고 있는 자이므로 공동저당의 목적물 중 일부에 대하여 먼저 저당권을 실행할 수 있음은 이미 살펴본 바이다. 제1문은 이러한 내용을 규정하고 있는 것이다. 그런데 이러한 경우에는 선순위의 공동저당권자의 저당권 실행양태라는 우연한 사정에 따라 실행의 대상이 된 부동산의 후순위저당권자와 실행의 대상이

10) 선순위의 공동저당권자가 자신의 채권의 만족을 얻기 위하여 임의로 어느 부동산에 대한 교환가치 전부를 지배할 수 있다는 위험요소가 있다면 일단 공동저당의 목적이 된 부동산에 후순위저당권을 취득하여 신용을 제공하고자 하는 사람은 드물 것이다.

되지 않은 부동산의 후순위저당권자의 지위 사이에 매우 불공평한 결과가 발생할 수 있다. 이러한 불공평을 시정하기 위한 조치가 바로 제368조 제2항 제2문의 규범내용인 것이다.¹¹⁾

제368조 제2항 제2문의 규정내용이 소위 '공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위'인데, 종래로부터 학설에서 특히 논의의 대상이 되어 온 것은 이 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위의 양자가 서로 충돌하는 경우에 어느 것이 우선하는가 하는 것이었다. 학설의 판도는 백중세를 유지하여 왔다고 볼 수 있다. 그런데 1994년 5월 10일의 대법원 판례는 양자가 상충하는 경우에 물상보증인의 변제자대위가 우선한다는 입장을 채택하였다. 다음에서는 향을 바꾸어 이에 관한 대법원의 입장을 보다 상세히 분석해 보기로 한다.

B. 대법원의 입장

대법원은 원고 A의 상고를 기각하였는데, 대법원이 채택한 이론구성은 원심의 그것과는 다른 것이었다.

원심이 A의 근저당권등기 말소청구를 기각한 논거는 사안에서 먼저 경매된 채무자 소유의 부동산 ㉔와 물상보증인들의 소유부동산 ㉘, ㉙, ㉚의 후순위근저당권자인 G, U, W는 민법 제368조 제2항이 정하는 바에 따라 선순위공동저당권자인 B를 대위하여 근저당권을

11) 공동저당의 목적물인 부동산의 담보가치의 산정이 문제된 사안에서 1971년 6월 22일의 대법원 판결(대판 1971. 6. 22, 71다513.514 : 《大法院判例》, 法典出版社, 1982, p.273)은 “... 수개의 부동산이 공동담보로 제공된 경우에 그 중 한 개의 부동산에 대하여 먼저 담보권이 실행되었다면 그 매득금 중에서 선순위채권자는 담보최고액의 범위내에서 채권전액에 대하여 우선변제를 받을 권리가 있다고 할지라도 공동담보가 된 부동산간에 있어서는 그 가격의 비율에 따라 피담보채권을 각 부담하고 있다 할 것이므로 공동담보가 된 부동산의 피담보채권에 대한 담보가치의 산정은 그 공동담보가 된 부동산의 가격비율에 의하여 산정함이 타당하다고 하여야 할 것이다”라고 판시하고 있다. 이 판결에 대한 평석으로는 韓雄吉, ‘共同抵當’, 《民法判例解説 II [物權法]》, 經世院, 1992, pp.225~230.

행사할 수 있으며, 그 범위 내에서 ㉠부동산에 대한 1, 2, 3번 근저당권은 후순위근저당권자인 G, U, W에게 이전되었으므로, A는 근저당권이전의 기초가 되는 B의 ㉠부동산에 대한 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 없다는 것이다.

상고심은 공동저당물 중 물상보증인 소유의 부동산이 있는 경우에는 민법 제368조 제2항이 적용되지 않는다는 것을 전제로 하고 있다는 점에서 원심의 태도와는 상반되는 것이다. 대법원에 의하면, 물상보증인인 X, Y, Z은 그들 소유의 부동산이 경매됨으로써 민법 제481조, 제482조에 따른 변제자대위의 법리에 의하여 ㉠부동산에 대한 근저당을 취득한다고 보아야 하므로 이들에 의한 대위취득의 대상이 된 원고 A 소유의 ㉠부동산에 대한 근저당등기의 말소청구는 인정될 수 없다는 것이다.

민법 제368조 제2항의 적용범위에 관한 대법원의 입장은 원심과는 전혀 다른 것이었다. 이러한 관점에서 대법원은 “원심이 공동저당물 중 물상보증인 소유의 부동산이 있는 경우에도 민법 제368조 제2항의 규정이 적용되어야 함을 전제로 원고의 이 사건 청구를 기각한 것은 후순위저당권자의 대위에 관한 법리를 오해한 위법을 범하였다 할 것이다”고 판시하고 있는 것이다.¹²⁾

C. 대법원 판결의 문제점과 대안 모색

우선 1994년 5월 10일 판결에서 대법원이 채택한 이론의 문제점 (a)을 지적하고 이에 대한 해석론적 대안 (b)을 제시해 보고자 한다.

a) 판결의 문제점

민법 제368조 제2항은 채무자 소유의 여러 부동산에 저당권이 설

12) 이러한 사정에도 불구하고 대법원이 원심을 파기하지 않은 것은 원심에서의 법리오해는 판결결과에 영향이 없기 때문이었다; 이 문제에 대하여는 뒤의 ‘물상대위의 법리’의 항에서 자세히 살펴보기로 한다(Ⅲ, 3 참조).

정된 경우에 한하여 적용된다는 것이 대법원의 입장이다.¹³⁾ 그러므로 공동저당의 목적인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 각각 채권자를 달리하는 후순위저당권이 설정되어 있는 경우에 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져 그 경매대금의 교부에 의하여 1번저당권자가 변제를 받은 때에는 경매된 부동산에 대한 후순위저당권자가 아닌 물상보증인이 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대하여 1번저당권을 대위취득하게 된다고 한다. 이에 대한 논거로서 대법원은 물상보증인은 공동저당권자의 다른 담보물인 채무자 소유의 부동산의 담보력을 기대하고 자기의 부동산을 담보로 제공하였으므로 그 후에 채무자 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정되었다는 사정에 의하여 그 기대이익을 박탈할 수 없다는 것을 들고 있다.

이 논거는 공동저당의 목적물로서 채무자와 물상보증인이 각각 그들 소유의 부동산에 저당권을 설정하고 그 이후에 채무자 소유의 부동산에 후순위의 저당권이 설정된 경우에 한정된 것으로, 예컨대, 공동저당권자가 채무자 소유의 부동산을 먼저 실행하여 이 채무자 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자가 제368조 제2항에 의하여 물상보증인 소유의 부동산에 대한 공동저당권자의 선순위저당권을 대위함으로써 물상보증인에게 불측의 손해를 입힐 수 있다는 것이다. 그러나 이러한 논리는 채무자 소유의 부동산에 이미 후순위의 저당권이 설정되어 있는 상황에서 물상보증인이 자신 소유의 부동산에 저당권을 설정한 경우에는 타당성이 없다고 보아야 할 것이다. 공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위 상

13) 이러한 입장에 있는 학설로서는 郭潤直, 앞의 책 《物權法》, p.649; - 金亨培, 《物權法 [民法要點講義 II]》, 新潮社, 1995, p.652; - 金曾漢, 《物權法講義》, 博英社, 1985, p.441; - 1994년 5월 10일 판결에 대한 앞의 두 평석인 徐基錫, '共同抵當에 있어서 後順位根抵當權者의 代位와 物上保證人의 辨濟者代位の 衝突'과 梁彰洙, '後順位抵當權者있는 共同抵當不動產에 대한 競賣와 物上保證人의 地位',도 이러한 입장이다.

호간의 충돌 문제를 해결하는 데에 있어서 후순위저당권자가 저당권을 취득한 시기가 물상보증인이 발생하기 이전인가 또는 이후인가에 따라 이들을 차별화하고 특히 물상보증인이 자신 소유의 부동산에 저당권을 설정해 준 이후에 채무자 소유의 부동산에 후순위저당권자가 발생한 경우에 그에게 제368조 제2항에 따라 대위를 인정한다면 물상보증인의 기대이익을 해할 수 있다는 이유로 후순위저당권자와 물상보증인의 대위권이 충돌한 경우에 물상보증인의 변제자대위가 우선한다는 주장은 문제의 일면만을 본 것으로서 이를 일반화하여 적용할 수는 없을 것으로 본다.¹⁴⁾

이러한 비판에 대하여 변제자대위를 우선시키고자 하는 입장에서의 반비판을 들어보기로 하자. 채무자 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정된 이후에 물상보증인 소유의 부동산이 공동저당의 목적물로 된 경우에는 채무자 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 제368조 제2항에 의한 대위를 기대하지 않았던 자이므로 특별한 보호의 대상이 아니라고 한다.¹⁵⁾ 그러나 제368조 제2항에 의한 대위는 후순위저당권자가 그러한 대위권이 있음을 알고 있었느냐의 여부에 따라 인정되기도 하고 부인되기도 하는 내용의 규범이 아니라 어떤 자가 공동저당의 목적물에 대하여 후순위저당권자의 지위에 있다는 사실 자체에 의하여 인정되는 것이라고 보아야 할 것이다.

민법 제368조 제2항은 채무자 소유의 여러 부동산에 저당권이 설정된 경우에 한하여 적용된다는 대법원의 입장이 내포하고 있는 보다 결정적인 문제점으로서 다음의 두 가지를 더 지적할 수 있다.

첫째로, 물권으로서의 저당권의 본질을 변형시키고 있다는 점이다.

14) 대법원의 입장은 일본의 최고법원판례와 그 입장을 같이하는 것인데, 일본에서도 일본 판례의 문제점 중의 하나로 물상보증인이 발생하기 전에 채무자 소유의 토지에 후순위저당권자가 있는 때에는 후순위저당권자의 기대에 반한다는 점이 지적되고 있다.

15) 徐基錫, 앞의 글, '共同抵當에 있어서 後順位根抵當權者の 代位와 物上保證人の 辨濟者代位の 衝突', p.140.

저당권은 저당물이 가지고 있는 교환가치에 대한 직접지배를 내용으로 하는 담보물권으로서 저당물의 소유자가 누구인가에 따라 효력내용이 달라지는 것이 아니다. 민법 제368조 제2항도 저당권의 효력에 관한 규정이다. 그런데 이 규정을 채무자 소유의 여러 부동산에 저당권이 설정된 경우에 한하여 적용되는 것으로 하여 후순위저당권자의 대위와 변제자대위가 충돌하는 경우에 변제자대위가 우선한다는 입장을 관철하게 된다면 저당물의 소유자가 누구인가에 따라 저당권의 효력내용이 달라지게 되어 저당권의 본질에 배치되는 결과가 된다.

둘째로, 대법원의 입장은 실정법적 근거가 희박하다는 점이다. 공동저당에 관한 제368조를 구성하고 있는 두 개의 항은 모두 저당물의 소유자가 누구인가에 대한 명시적 구별을 하고 있지 않다. 특히 공동저당에 있어서 동시배당의 경우를 규율하고 있는 제1항에 대한 종래의 해석론에서는 이에 관한 별다른 언급이 없으나 아마도 공동저당물이 누구의 소유이든 각 부동산의 경매대가에 비례하여 채권의 분담을 정한다는 입장인 것으로 추측된다.¹⁶⁾ 그럼에도 불구하고 공동저당의 목적물 중의 일부만에 대하여 경매가 행하여지고 그 대가를 먼저 배당하는 경우에 관한 제2항은 공동저당의 목적물이 모두 채무자 소유의 부동산이어야 한다고 주장하는 것은 실정법상의 근거가 희박할 뿐만 아니라, 특히 제1항과의 균형적 해석에 있어서도 문제가 있다고 생각된다.¹⁷⁾

16) 공동저당부동산의 일부가 물상보증인의 소유에 속하는 경우에는 제368조 제1항이 적용될 수 없다는 견해도 있다. 이에 대하여는 梁彰洙, 앞의 글 '後順位抵當權者 있는 共同抵當不動產에 대한 競賣와 物上保證人의 地位', pp.123~124 참조.

17) 1994년 5월 10일 대법원 판결의 제1심인 1992년 10월 7일 서울민사지방법원 판결 (91가단86201)도 이러한 입장을 실시하고 있다. 즉 "원고는 민법 제368조 제2항의 차순위저당권자의 대위권은 공동저당의 목적부동산이 동일한 자의 소유에 속하는 경우에 한하여 발생하는데, 별지 기재 각 부동산의 소유자나 근저당권의 채무자가 다르므로 참가인들은 선순위저당권자인 피고를 대위할 수 없다고 다투므로 살피건대 민법 제368조 제1항의 '수개의 부

b) 해석론적 대안

민법 제368조는 공동저당물의 소유권이 채무자에게 있는가 아니면 그 이외의 자에게 있는가에 따른 구별없이 적용될 수 있다고 보아야 한다. 특히 타인의 채무이행을 담보하기 위하여 물상보증인이 된 자가 저당권자의 저당권 실행에 의하여 일정한 위험을 부담한다고 해도 이는 물상보증인으로서의 당연한 부담으로 보아야 한다.¹⁸⁾ 물론 물상보증인이 부담내용은 담보물의 가액에 비례한 범위 내로 한정된다. 왜냐하면 동시배당의 경우에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 채권의 분담액을 정하게 되어있고, 이시배당에 있어서의 후순위저당권자의 대위범위도 동시에 배당하였다면 각 부동산이 부담하였을 분담액을 그 한도로 하고 있기 때문이다.

만일 제368조 제2항의 적용범위를 공동저당이 목적물 모두가 채무자 소유의 부동산인 경우로 한정하게 되면 다음과 같은 불공평한 결과가 발생되게 된다.

첫째, 공동저당의 목적물 중의 일부에 대한 소유권이 제3자에게 양도되는 경우에는 이 제3취득자의 지위가 후순위저당권자의 지위에 우선하게 되는데, 이렇게 되면 부동산의 소유권자가 달라진다는 우연한 사정에 의하여 후순위저당권자의 지위가 달라지게 된다는 이상한 결과가 된다.¹⁹⁾ 이러한 불합리한 결과를 시정하기 위하여 변제자 대위를 우선시키고자 하는 학설 중의 일부는 다음과 같이 주장한다. 즉 공동저당의 목적물이 채무자의 소유인 상태에서 후순위저당권까지 설정되었으나 그 이후에 저당물의 일부에 대한 소유권이 제3자에

동산'이란 모두 동일한 채무자의 소유이거나 동일인의 소유여야 되는 것이 아니라고 해석하는데 이설이 없고 제1항을 근거로 한 제2항의 경우 제1항과 달리 공동저당부동산이 모두 동일인의 소유여야 한다고 해석할 근거가 없고, ..."라고 설시하고 있다.

18) 李英俊, 앞의 책 《物權法》, p.841; - 金相容, 앞의 책 物權法, p.808.
 19) 이러한 지적은 이미 여러 학자에 의하여 지적되어 온 것이다. 이에 대하여는 특히 金相容, 앞의 책 《物權法》, p.808 참조.

게 넘어간 경우에도 변제자대위를 우선시킨다면 저당물 소유권자의 변경이라는 우연한 사정에 의하여 후순위저당권자의 민법 제368조 제2항에 의한 대위권이 박탈되는 결과가 되므로 이 경우에 한해서는 후순위저당권자의 대위를 우선시켜야 한다는 주장이 그것이다.²⁰⁾ 이러한 입론은 변제자대위가 후순위저당권자의 대위에 우선한다는 원칙에 대한 예외를 인정하고자 하는 것이나, 법리적 논거가 빈약하며 오히려 변제자대위우선설의 불합리성을 고백하는 것이라고 볼 수 있다.

둘째, 물상보증인 등에 의한 변제자대위가 후순위저당권자의 대위에 무조건적으로 우선한다고 보게 되면 동시배당에 있어서는 물상보증인 등이 당연히 부담하였을 분담액을 이시배당이라는 우연한 사정으로 인하여 면하게 되는 불공평한 결과를 초래할 수 있다. 예컨대, P는 그의 채무자 S에 대한 채권 (채권액 : 100)의 담보로서 S 소유의 부동산 ㉓ (경매대가 : 120)와 물상보증인 T 소유의 부동산 ㉔ (경매대가 : 100)에 각각 1번저당권을 설정하였고, 그 후 Q (채권액 : 60)가 ㉓부동산 위에 2번저당권을 그리고 R (채권액 : 30)는 ㉔부동산 위에 2번저당권을 취득하였다고 가정해 보자. 이 경우에 부동산이 동시에 경매되었다면, P는 민법 제368조 제1항에 따라 ㉓로부터 $54.55(=100 \cdot 120 / 120 + 100)$, ㉔로부터 $45.45(=100 \cdot 100 / 120 + 100)$ 를 배당받게 되며, Q는 P의 ㉓로부터의 배당잔액 $65.45(=120 - 54.55)$ 로부터 60을 그리고 R는 P의 ㉔로부터의 배당잔액 $54.55(=100 - 45.45)$ 로부터 30을 배당받게 된다. 결과적으로 동시배당의 경우라면 물상보증인 T 소유의 ㉔부동산은 $75.45(=45.45 + 30)$ 를 분담하게 된다. 그런데 P는 ㉓만을 경매하여 그 경매대가 120으로부터 채권전액을 변제받을 수도 있는데, 만일 이 경우에 ㉓에 대한 2번저당권자인 Q에게 제368조 제2항에 의한 대위권을 인정해 주지 않는

20) 李在洪, '不動産競賣와 共同抵當權', 《裁判資料》, 第36輯, p.260; - 金基錫, 앞의 글, '共同抵當에 있어서 後順位根抵當權者의 代位와 物上保證人의 辨濟者代位の 衝突', pp.141~142.

다면 물상보증인 T는 동시배당의 경우라면 ㉠부동산을 가지고 부담했었을 분담분으로부터 벗어나게 된다. 이러한 결과는 공동저당에 있어서 공동저당의 목적물 각각의 비율에 따라 분담액을 안분함으로써 이해관계를 조정하고자 하는 제368조의 취지에 어긋나는 것으로 보아야 한다.

요컨대, 민법 제368조 제1항과 제2항은 공동저당물의 소유권이 누구에게 있는 관계없이 적용되어야 할 규정이라고 하여야 한다. 그럼에도 불구하고 대법원이 “원심이 공동저당물 중 물상보증인 소유의 부동산이 있는 경우에도 민법 제368조 제2항의 규정이 적용되어야 함을 전제로 원고의 이 사건 청구를 기각한 것은 후순위저당권자의 대위에 관한 법리를 오해”하고 있다는 판시는 재고의 여지가 있다고 생각한다.

3. 물상대위의 문제

위에서 살펴본 바와 같이 민법 제368조 제2항의 적용범위에 관한 대법원의 입장은 원심과는 전혀 다른 것이었다. 이러한 사정에도 불구하고 대법원이 상고를 기각한 것은 원심이 제368조 제2항에 대한 해석에 있어서 대법원의 입장과 차이를 보이고 있음에도 불구하고 같은 결론에 도달하고 있기 때문이었다. 즉 대법원은 원심의 법리오해는 판결결과에 영향이 없으므로 파기의 이유가 되는 위법이라고 할 수 없다고 판시하고 있다.

원심과 상고심 양 심급은 서로 다른 방향에서 접근하여 같은 결론에 도달하고 있다. 원심은 공동저당의 목적물 중 물상보증인 소유의 부동산이 있는 경우에도 민법 제368조 제2항은 적용되어야 하므로 먼저 경매된 부동산의 후순위근저당권자인 피고보조참가인 U와 W는 이 규정에 의하여 선순위근저당권자인 피고 B가 ㉠부동산의 경매대가에서 배당받을 수 있었던 금액의 범위 내에서 B를 대위하여 근

저당권을 행사할 수 있으므로 원고 A는 근저당권이전의 기초가 되는 피고 B의 ㉠부동산에 대한 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 없다는 입장에서 원고의 청구를 기각하였다. 이에 반하여 대법원은 A의 근저당권등기의 말소가 인정되지 않는 것은 당해 근저당권이 후순위저당권자인 피고보조참가인 U와 W의 대위의 대상이 되었기 때문인 것이 아니라 민법 제481조, 제482조에 의하여 물상보증인들의 대위의 대상이 되었기 때문이라는 것이다.²¹⁾ 그런데 여기서 특히 눈길을 끄는 것은 후순위저당권자인 U와 W의 법적 지위에 관한 대법원의 판시내용이다.

물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자인 U와 W의 법적 지위에 관하여 대법원은 “물상보증인 소유의 부동산이 먼저 경매된 경우에 있어서는 민법 제368조 제2항 후단이 후순위저당권자의 보호를 기하고 있는 취지를 고려하여 물상보증인에게 이전한 1번저당권은 후순위저당권자의 피담보채권을 담보하는 것으로 되어, 후순위저당권자는 마치 위 1번저당권상에 민법 제370조, 342조의 규정에 의하여 물상대위를 하는 것과 같이 그 순위에 따라 물상보증인이 취득한 1번저당권으로부터 우선하여 변제를 받을 수 있다”고 판시하고 있다.²²⁾ 이는 U와 W는 A 소유의 ㉠부동산에 대한 선순위근저당권자

21) 이는 앞의 ‘제368조의 효력범위’의 항에서 이미 살펴본 내용이다(Ⅲ, 2 참조).

22) 대법원의 이러한 태도는 민법 제368조 2항의 적용범위를 공동저당물이 모두 채무자 소유인 경우로 한정하여 이해하고자 하는 종래의 일부 학설의 입장 과도 다른 것이다 (예컨대, 郭潤直, 《物權法》, pp.649~650). 이들 학설이 제시한 사례를 가지고 설명하면 다음과 같다.

사례 : A의 B에 대한 300만원의 채권의 담보로서 X부동산 (시가 300만원)과 Y부동산 (시가 300만원) 위에 1번저당권이 설정되었는데, X부동산은 B의 소유이나 Y부동산은 물상보증인 C의 소유라고 하자. 그런데 그 후, X 위에 D의 채권 (150만원)을 위하여 2번저당권이 설정되고 Y 위에 E의 채권 (150만원)을 위하여 2번저당권이 설정되었다.

첫째, A가 X부동산으로부터 채권 전액의 변제를 받았다면, D는 X 위의 2번저당권을 잃을 뿐만 아니라, Y에 대하여 A가 가지고 있던 1번저당권에 대하여 하지 못한다. 그 결과 E가 1번저당권자로 된다.

인 B의 권리의 범위 내에서 그들의 근저당권의 내용을 실현할 수 있다는 결과가 된다.

물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위근저당권자인 U와 W의 ㉠부동산에 대한 권리를 인정해 주는 데에 있어서 물상대위의 법리에 입각하고 있는 대법원의 태도를 타당한 것으로 볼 수 있는가? 대법원의 입장은 일본판례²³⁾와 동일한 것인데, 이러한 관점은 저당권에 있어서의 물상대위의 법리를 편의적으로 변형시켜 적용한 것으로서 이론적으로 무리한 태도로 생각된다. 질권에 관한 제342조에서 규정하고 제370조에 의하여 저당권에 준용되고 있는 물상대위는 담보목적물의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 담보권이 소멸하더라도 담보물의 교환가치를 대표하는 대상이 존재한다면 담보권은 담보권설정자가 받을 금전 기타의 물건에 대하여도 효력이 있다는 것이다. 물상대위는 목적물이 가지고 있는 교환가치의 지배를 내용으로 하는 담보물권 중 특히 우선변제적 효력이 있는 담보물권으로서의 질권과 저당권에 인정되는 효력이다. 그런데 사안에서 물상보증인 소유 부동산에 대한 후순위근저당권자인 U와 W의 법적 지위는 원천적으로 민법 제342조와 제370조에서 규정하고 물상대위의 문제와는 관련이 없는 것으로 보아야 할 것이다. U 및 W의 근저당권이 소멸한 것은 저당물의 멸실, 훼손 또는 공용징수 등과 같은 사유로

둘째, A가 Y로부터 채권 전액의 변제를 받았다면, C는 300만원의 대위변제를 한 것이 되므로 B에 대하여 300만원의 구상권을 취득하고, 제481조의 규정에 의하여 A가 X에 대하여 가지고 있던 1번저당권에 대위한다. C는 X의 대가를 전부 차지할 수 있으나, D는 아무것도 취하지 못한다. 한편, E는 Y에 대한 2번저당권을 잃고, 또한 X에 대한 A의 1번저당권에 대위하지 못한다. 1994년 5월 10일 판결에서 문제되고 있는 것은 둘째의 경우인데, 위 사실은 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자 E의 대위를 전면적으로 부정하고 있으나 대법원은 E는 물상대위에 의하여 보호된다는 입장인 것이다.

23) 이에 관한 일본 판례의 내용에 대하여는 徐基錫, 앞의 글 ‘共同抵當에 있어서 後順位根抵當權者の 代位와 物上保證人の 辨濟者代位の 衝突’, pp.146~147; - 梁彰洙, 앞의 글 ‘後順位抵當權者있는 共同抵當不動産에 대한 競賣와 物上保證人の 地位’, pp.113 등 참조.

인한 것이 아니라 선순위근저당권의 실행으로 인한 것이기 때문이다. 1994년 5월 10일의 판결문 중 “후순위저당권자는 마치 위 1번저당권상에 민법 제370조, 342조의 규정에 의하여 물상대위를 하는 것과 같이…”라는 판시부분이 보여주고 있듯이, 대법원도 이 사안이 직접적으로 물상대위에 의하여 해결될 수 있는 것이 아니라는 것을 전제로 하고 있다.

대법원 자신 및 대법원의 입장에 찬성하는 견해는 다음과 같은 사항을 그 논거로 들고 있다.²⁴⁾ 첫째, 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 공동저당의 목적물 중 채무자 소유의 담보가치뿐만 아니라 물상보증인 소유의 부동산에 대한 담보가치도 고려하여 저당권을 설정한 자이며, 둘째, 물상보증인이 그의 소유 부동산에 후순위저당권을 설정해 주었다면 애초부터 그 저당권에 의한 부담을 감수하고 있었다고 볼 수 있으며, 셋째, 공동저당의 목적물 중 채무자 소유의 부동산이 먼저 경매된 경우 또는 공동저당의 목적물이 동시에 경매된 경우와의 균형 등을 들고 있다.

그러나 이들이 제시하고 있는 논거는 모두 제368조 제2항의 적용범위를 공동저당의 목적물 모두가 채무자 소유인 경우로 한정하는 것으로부터 부수되는 불합리점을 무마하려는 노력에 불과한 것으로서 법리적 논거가 매우 궁색하다고 평가된다. 특히 공동저당물의 하나인 물상보증인 소유 부동산에 대한 후순위저당권자를 물상대위의 법리에 따라 물상보증인의 변제자대위에 우선시키고자 하는 입론으로써 물상보증인은 애초부터 그가 설정해 준 저당권의 실행을 감수하고 있는 자라는 전제에 선다면 이는 물상보증인의 변제자대위와 후순위저당권자의 대위의 관계에 있어서 전자의 대위권이 우선된다는 기본입장의 설득력을 약화시키는 요인이 될 수 있다는 점도 지적할 수 있다. 왜냐하면 종래 변제자대위우위설이 상정하고 있는 대위

24) 徐基錫, 앞의 글 ‘共同抵當에 있어서 後順位根抵當權者의 代位와 物上保證人의 辨濟者代位の 衝突’, p.147 참조.

권의 충돌은 채무자 소유 부동산에 대한 후순위저당권자의 대위권과 물상보증인의 대위권과의 관계 뿐만이 아니라 물상보증인 소유 부동산에 대한 후순위저당권자와 물상보증인 사이의 관계까지도 포함하고 있기 때문이다.

제368조 제2항은 공동저당권의 목적물에 대한 소유권이 누구에게 있는가의 문제와는 무관하게 적용되어야 할 규정이라고 하는 전제에서 출발하여야 한다.

4. 물상보증인의 변제자대위와 후순위저당권자의 대위의 관계

이상의 논의에서 제368조 제2항의 적용범위는 공동저당의 목적인 부동산의 소유권이 누구에게 있는가에 따라 판단할 수 있는 문제가 아니라는 점을 지적하였다. 그러나 그렇다고 하여, 종래의 학설 중 후순위저당권자대위우위설이 주장하는 바와 같이, 공동저당에 있어서의 후순위저당권자의 대위가 물상보증인 등의 변제자대위에 우선한다는 단순한 방향에서의 문제접근은 지양되어야 할 것으로 생각된다. 왜냐하면 변제자대위의 문제와 후순위저당권자의 대위는 서로 독립된 규범구조를 가지고 있으며, 변제로 인한 구상권자의 법적 이익과 공동저당물의 일부에 대한 후순위저당권자의 법적 이익은 어느 하나를 위하여 다른 하나가 전적으로 배척되어야 할 것이 아니라 서로 조정되어야 할 문제로 파악되어야 할 것이기 때문이다.

다음에서는 위에서 든 사례²⁵⁾를 토대로 종래 학설 및 판례이론의 문제점을 구체적으로 지적하면서 새로운 방향에서의 접근을 시도해보고자 한다.

25) 주 22에서 제시한 사례를 말함.

A. A가 X부동산을 먼저 실행하여 채권 전액의 만족을 얻은 경우

우선, 물상보증인의 변제자대위를 우선시키는 입장을 보기로 하겠는데, 이 입장에서 본 구체적 배당관계에 대하여는 이미 앞에서 보았으므로 다음에서는 특히 이 학설의 문제점에 대하여만 생각해 보기로 한다.

변제자대위우위설에 의하면, 이 경우에 물상보증인 C 소유 부동산 Y에 대한 후순위저당권자인 E는 선순위저당권자 A의 피담보채권이 소멸됨으로써 A의 Y부동산에 대한 1번저당권도 소멸되었으므로 E는 Y부동산에 대한 1번저당권자의 지위로 승격되어 그의 피담보채권 전액인 150만원 전액에 대한 만족을 얻을 수 있게 되며, 이때 X부동산에 대한 후순위저당권자 D는 제368조 제2항에 의한 대위가 인정되지 않으므로 물상보증인 C는 150만원을 유지할 수 있게 된다고 한다.

그런데 이러한 입장을 관철한다면, 물상보증인 C 소유 부동산 Y에 대한 후순위저당권자 E의 지위는 A가 X부동산을 먼저 실행함으로써 인하여 무제한적으로 상승하는 결과가 된다. 왜냐하면 E가 Y부동산으로부터 150만원을 배당받게 되는 것은 후순위저당권자의 대위에 기초한 것이 아니라 Y부동산에 대한 1번저당권자의 지위에 기초한 것이므로 후순위저당권자의 대위권의 한도에 의한 제한도 없는 것이기 때문이다. 그러므로 만일 E의 피담보채권액이 150만원이 아니라 그 이상인 300만원이라 하더라도 E는 Y부동산에 대한 1번저당권자로서 그의 피담보채권 전액을 변제받을 수 있는 지위에 있는 것으로 된다. 이러한 E의 지위는 A가 자신의 공동저당권을 동시에 실행하는 경우에 E가 처하게 되는 지위와는 현격한 차이가 있게 된다.

다음으로, 후순위저당권자대위우위설을 살펴보고자 한다. 이 입장을 채택하고 있는 학자들은 배당관계에 대하여는 구체적 설명을 하고 있지 않으나 그들의 주장내용을 고려하여 생각해 보기로 한다.

A가 X부동산으로부터 300만원의 피담보채권 전액에 대한 만족을 얻게 되면 X부동산에 대한 후순위저당권자 D는 제368조 제2항에 의하여 150만원의 한도에서 Y부동산에 대한 A의 1번저당권을 대위하므로 Y부동산의 경매대가로부터 150만원을 우선변제받을 수 있게 된다. 그리고 E도 Y부동산에 대한 2번저당권자로서 150만원을 배당받을 수 있게 된다. 한편, 이 경우에 있어서 물상보증인 C는 아무런 배당을 받지 못하고 단지 채무자 B에 대하여 구상권에 기한 일반채권자의 지위에 있게 된다.

그런데 이러한 이론구성에 의한다면, 물상보증인은 변제할 정당한 이익이 있는 자로서 변제자대위에 의한 보호를 받아야 함에도 불구하고 그의 구상권은 법적 보호의 대상으로부터 도외시 되는 결과가 된다. 바로 여기에서 물상보증인 C를 보호하면서 동시에 공동저당물의 후순위저당권자의 이익도 동시에 고려할 수 있는 이론구성은 과연 없는 것인가 하는 의문을 제기할 수 있다. 만일 이러한 방향에서의 이론구성이 가능하다면 그 내용은 물상보증인 C와 C의 이익과 상충되는 지위에 있는 자 사이의 이해관계의 조정이 될 수밖에 없을 것이다. 선순위의 공동저당권자가 그의 저당권을 실행한 경우에 저당권과 관련하여 물상보증인의 이익과 상충되는 지위에 있는 자로서 특히 고려될 수 있는 것은 이 사례에서는 D와 E이다. 그런데 E는 C로부터 저당권을 설정받은 자이므로 E는 C와의 관계에 있어서 언제나 우선적인 지위를 가진다고 보아야 하며, C와 E의 이익은 조정의 대상이 되지 않는다고 보아야 한다. 결과적으로 C와의 이익조정 관계당사자로서 고려될 수 있는 자는 D에 한정되게 된다. 이렇게 본다면, C, D간의 이익조정이 이론적으로 가능한 것인가의 문제로 귀착되게 된다.

이에 대한 법리적 논거로써 공동저당에 있어서 각 저당권자 사이의 이해관계를 조정하고자 하는 민법 제368조의 규정과 법정대위자 상호간의 이해관계를 조정하고자 하는 민법 제482조 제2항의 입법취

지에 있어서의 유사성에서 구할 수 있다고 생각하며 그 내용은 다음과 같다. C와 D 사이에는 마치 변제자대위에 있어서 주채무자의 채무를 변제한 물상보증인과 보증인 사이에서 나타나는 것과 유사한 대위권의 순환관계²⁶⁾가 있게 된다. 그리고 제368조와 제482조 제2항은 특별규정과 일반규정의 관계에 있지도 않으므로, 어느 하나의 규정이 다른 것에 우선적으로 적용되는 관계에 있는 것도 아니다. 한편, 제482조 제2항은 각각의 개별적인 경우에 대위의 한도를 규정하고 있는데, 이 규정에서 나타나고 있는 규범구조가 문제의 해결에 어떠한 실마리를 제공할 수 있는가에 대하여 유의해 볼 필요가 있다고 본다. 제482조 제2항에서 규정하고 있는 변제자들과 제368조 제2항에서 규율하고 있는 후순위저당권자는 그 이익구조에 있어서 차이가 있는 것이 사실이다. 그러나 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자 대위가 어느 한쪽에 의하여 다른 한쪽이 배척되어야 할 관계가 아니라 서로의 이익이 조정되어야 할 관계라고 본다면 제482조 제2항의 규범구조를 여기에서 문제되고 있는 채무자 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위의 관계에 유추적용하는 것도 문제해결의 방법이 될 수 있다고 생각한다. 문제는 제482조 제2항이 규율하고 대위의 한도²⁷⁾가 채무자 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위의 관계에서는 어떠한 형태로 반영되어야 할 것인가 하는 것이다. 생각건대, C와 D 사이에 있어서 제482조 제2항에서의 대위한도에 대응

26) 예컨대, 주채무자 甲의 채무에 대하여 보증인 乙과 물상보증인 丙이 있는데, 만일 乙이 변제를 하면 乙은 제482조 제1항에 의하여 丙 소유의 부동산에 대한 저당권을 취득하게 되고, 丙이 변제를 하게 되면 그도 또한 제482조 제1항에 의하여 보증채권을 취득할 수 있게 되므로 먼저 변제한 자만이 이익을 보게 되는 문제가 있다.

27) 제482조 제2항이 제시하고 있는 한도는 ‘부동산의 가액에 비례하여’(제482조 제2항 제3호, 제5호 제2문) 또는 ‘인원수에 비례하여’(제482조 제2항 제5호 제1문)이다.

되는 것은 C의 경우에는 그의 부동산Y가 경매됨으로써 부담하게 될 금액(즉 300만원)이 될 것이며, D의 경우에는 제368조 제2항이 규정하고 있는 대위범위, 즉 A가 X부동산과 Y부동산을 동시에 실행했다라면 Y부동산이 분담했을 금액인 150만원이 될 것이다. D의 대위권의 한도²⁸⁾와 D의 대위권의 한도는 각각 300만원과 150만원으로써 C의 대위한도는 D의 대위한도의 2배이다. 이러한 입장에서 본다면, A가 X부동산을 먼저 실행한 경우 X부동산에 대한 후순위저당권자 D는 제368조 제2항에 의하여 Y부동산에 대한 A의 1번저당권을 대위하기는 하지만 그 1번저당권으로부터 우선변제를 받을 수 있는 범위는 1/3로 감액된 50만원(3/150)이 된다고 보아야 한다.

이러한 입장에서 A가 X부동산을 먼저 실행하여 300만원의 채권 전액의 만족을 얻고 나중에 Y부동산까지 실행된 경우에 있어서의 배당관계를 정리하면 다음과 같이 된다: A 300만원, D 50만원, E 150만원, C 100만원 유지.

B. A가 Y부동산을 먼저 실행하여 채권 전액의 만족을 얻은 경우

우선, 물상보증인의 변제자대위우위설을 보기로 하겠는데, 이 입장에서 본 구체적 배당관계에 대하여는 이미 앞에서 보았으므로 다음에서는 이 학설의 문제점에 대하여만 생각해 보기로 한다.

변제자대위우위설에 입각하고 있는 일부학설²⁹⁾에 의하면, 이 경우 E는 아무런 배당을 받을 수 없다는 결과가 되나 1994년 5월 10일 대법원 판결에 의하면 E는 물상대위에 의하여 물상보증인 C에 우선하여 X부동산으로부터 그의 피담보채권 전액인 150만원에 대한 만족을 얻을 수 있게 된다. 그리고 판례에 의하면, 이때 E가 X부동산

28) 물론 이 경우에 있어서의 C의 대위권은 현실화된 것이 아니라 잠재적인 것으로서 나중에 Y부동산이 실행되는 경우에 현실화될 것이다.

29) 郭潤直, 앞의 책 物權法, pp.649-650.

으로부터 150만원을 배당받게 되는 것은 제368조 제2항의 후순위저당권자의 대위에 기초한 것이 아닌 물상대위에 의한 것이므로 후순위저당권자의 대위권의 한도에 의한 제한이 없다. 그러므로 만일 E의 피담보채권액이 150만원이 아니라 그 이상인 300만원이라 하더라도 E는 X부동산으로부터의 경매대금으로부터 최우선적으로 변제를 받게되어 물상보증인 C의 구상권은 전혀 보호를 받지 못하는 결과가 될 수도 있게 되며, 이러한 E의 지위는 A가 자신의 공동저당권을 동시에 실행하는 경우에 E가 처하게 되는 지위와는 현격한 차이가 있게 되어 A가 X부동산을 먼저 실행하는 경우에서와 마찬가지로의 불합리점이 있게 된다. 변제자대위우위설 중 E의 대위를 부정하고 있는 학설은 A가 X부동산부터 실행하는가 아니면 Y부동산부터 실행하는가에 따라 E의 지위에 극단적인 차이가 있게 된다는 문제점을 안고 있다. 다음으로, 후순위저당권자대위우위설을 살펴보고자 한다.

이 견해에 의하면, A는 Y부동산으로부터 300만원을 배당받게 되면 Y부동산에 대한 후순위저당권자인 E는 제368조 제2항에 의하여 150만원의 한도에서 X부동산에 대한 A의 1번저당권을 대위하므로 E는 물상보증인 C에 우선하여 자기의 피담보채권 150만원 전액에 대하여 만족을 얻을 수 있다. 그리고 X부동산에 대한 후순위저당권자 D는 E가 X부동산에 대한 A의 1번저당권을 대위함으로써 배당받은 150만원을 제외한 150만원에 대하여 X부동산에 대한 2번저당권자로서 우선변제를 받게 된다.³⁰⁾ 결과적으로 물상보증인 C는 아무런

30) D의 법적 지위에 대하여 일부 학자(梁彰洙, 앞의 글 ‘後順位抵當權者 있는 共同抵當不動產에 대한 競賣와 物上保證人의 地位’, p.111)는 D가 제368조 제2항의 후순위저당권자대위에 의하여 150만원의 한도에서 배당을 받게 된다는 취지로 설명하고 있으나 이 경우에는 제368조 제2항에 의한 후순위저당권자대위 문제가 발생할 수 없다고 보아야 할 것이다. A가 실행한 것은 Y부동산이지 X부동산이 아니며 제368조 제2항에 의한 후순위저당권자대위 문제가 발생하는 것은 선순위의 공동저당권자가 후순위저당권이 있는 부동산을 먼저 실행한 경우이기 때문이다.

배당을 받지 못하게 된다.

그런데 이러한 입장에 의한다면, 공동저당권부채권자 A가 물상보증인 C 소유 부동산을 먼저 실행함으로써 피담보채권의 만족을 얻었다면 C는 채무자 B를 대신하여 변제한 자로서 변제자대위에 의한 보호를 받아야 함에도 불구하고 그의 구상권에 대한 보호는 극히 무시되는 결과가 된다. 게다가 이 경우에 있어서의 C의 대위권은 A가 X부동산을 먼저 실행한 경우와는 달리 잠재적인 것이 아닌 현실적인 것이다. 이러한 점에서 볼 때, 민법 제481조와 제482조 제1항에 의한 보호대상인 물상보증인 C의 이익이 도의시되고 있는 이 견해는 타당한 것으로 볼 수 없다.

이 경우에 있어서도 A가 X부동산을 먼저 실행한 경우에서와 마찬가지로 물상보증인 C를 보호하면서 동시에 공동저당물의 후순위저당권자의 이익도 동시에 고려할 수 있는 이론구성이 요구된다 할 것이다. 다음에서는 이러한 이론구성에 대한 법리적 근거를 모색해 보고자 한다.

A가 Y 부동산을 먼저 실행하여 채권 전액인 300만원의 변제를 받게 된다면, 물상보증인 C는 300만원의 대위변제를 한 결과가 되므로 B에 대하여 300만원의 구상권을 취득하고 제481조 및 제482조 제1항의 규정에 의하여 A가 X에 대하여 가지고 있던 1번저당권을 대위취득하게 된다. 한편, Y부동산에 대한 2번저당권자인 E도 동시에 제386조 제2항에 의하여 A의 X부동산에 대한 1번저당권을 대위취득하게 된다고 보아야 한다. 이와 같이 물상보증인 C와 Y부동산 위의 후순위저당권자인 E가 동순위의 저당권을 취득하게 되는 특이한 현상은 변제자대위와 후순위저당권자의 대위를 인정하고 있는 법률의 규정에 의한 것으로 보아야 한다. 그리고 이들 양자가 대위에 의하여 취득한 저당권은 그 순위에 있어서 우열이 없는 것으로 보아야 한다. 그런데 C와 E가 X부동산에 대하여 동순위의 저당권을 취득한다 하더라도 이들이 대위취득한 저당권을 행사할 수 있는 범위에는

차이가 있는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 변제자대위에 의하여 취득된 C의 저당권은 그 행사범위가 원칙적으로 구상권의 최대한도인 300만원이며, 제368조 제2항에 의하여 취득된 E의 저당권은 A가 X, Y 부동산을 동시에 경매했다라면 X부동산이 부담하였을 분담액인 150만원이 그 최대한도가 되어 C의 대위한도는 E의 대위한도의 2배이며 동순위의 저당권자인 C와 E는 자신들의 채권액의 안분비례에 의하여 그들의 저당권을 행사할 수 있는 것으로 보아야 한다.

여기에서 또 하나 고려되어야 할 사항이 있다. C와 E가 X부동산에 대한 1번저당권자로서의 위치를 차지하게 된다면 그들은 X부동산의 경매대가에 대하여 무제한적으로 우선변제권이 있다고 볼 수 있는가 하는 것이 그것이다. 이 문제는 X부동산 위의 2번저당권자인 D의 이해관계에 직접적인 영향을 미치는 것이기도 하다. 공동저당에 있어서 선순위저당권자와 후순위저당권자 사이의 이해관계를 조정하고자 하는 제368조의 규범목적은 고려해 볼 때, C와 E가 X부동산에 대하여 대위취득한 1번저당권으로부터 우선변제를 받을 수 있는 범위는 일정한 한도를 가지는 것으로 보아야 한다. 그렇다면 C와 E의 1번저당권 행사의 한도는 어떻게 확정할 수 있는가 하는 문제에 접하게 된다. 생각건대, C와 E는 A가 X와 Y부동산을 동시에 실행했다라면 그가 1번저당권자로서 X부동산으로부터 우선변제를 받을 수 있었던 한도(즉 Y부동산에 대한 후순위저당권자인 E가 제368조 제2항에 의하여 대위할 수 있는 한도인 150만원)에서 A의 X부동산에 대한 1번저당권을 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다. 이렇게 본다면, C와 E는 X부동산에 대한 선순위저당권자임에도 불구하고 후순위저당권자인 D에 의하여 제한을 받게 된다는 결과가 되는데, 이와 같은 C와 E의 저당권의 내용상의 제한은 후순위저당권자 D의 권리에 의한 것은 아니며, C와 E의 대위권은 피대위자 A가 동시배당을 받았다면 그가 X부동산으로부터 우선변제를 받을 수 있었을 금액에 의하여 제한을 받기 때문인 것이다. 즉 1번 저당권을 대위취득한 C

와 E의 권리가 일정한 한도를 가지고 있다는 것의 반사적 효과로써 일정한 범위에서 D의 이익이 보호되는 결과가 된다.

이러한 방향의 해석론적 시도는 변제자대위와 공동저당에 있어서의 후순위저당권자의 대위에 관한 민법규정들의 규범목적을 고려함으로써 물상보증인과 후순위저당권자의 이익에 공평을 기하는 한편, 선순위의 공동저당권자가 공동저당물 중 어느 것을 먼저 실행하느냐 하는 우연한 사정에 의하여 관련 당사자들의 이해관계가 극단적으로 달라지는 현상을 완화시키고자 하는 의도에서 출발한 것이다.

이러한 입장에서 A가 Y부동산을 먼저 실행하여 300만원의 채권 전액의 만족을 얻고 나중에 X부동산까지 실행된 경우에 있어서의 배당관계를 정리하면 다음과 같이 된다 : A 300만원, D 150만원, E 50만원, C 100만원.

IV. 맺음말

공동저당제도는 숙고해 보아야 할 문제점이 많은 부분으로 생각된다. 그런데 위에서 살펴 본 1994년 5월 10일의 대법원 판결에서는 이러한 공동저당에 관한 기본문제들 중의 하나가 법리적 쟁점이 되고 있다.

근저당권자의 피담보채권이 만족되었다는 이유로 물상보증인인 원고에 의한 근저당권설정등기의 말소청구를 기각한 대법원의 입장은 그 결론에 있어서는 정당하다. 피고의 근저당권은 민법 제481조, 제482조에 의한 변제자대위에 의하든 또는 민법 제368조 제2항의 후순위저당권자의 대위에 의하든 타인의 대위권의 대상이 되기 때문이다. 그러나 이러한 결론에 이르는 과정까지도 정당성을 확보할 수 있는가에 대한 문제인식으로부터 출발하여 1994년 5월 10일의 대법

원 판결의 논지를 비판적 관점에서 검토해 보았다.

제368조 제2항에 의하여 인정되는 공동저당에 있어서의 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위가 서로 충돌한 사안에 대하여 이 판결은 물상보증인의 변제자대위가 우선한다는 입장을 채택하였으며, 그 이후로 대법원은 이러한 입장을 거듭 확인하고 있다.³¹⁾ 제368조 제2항은 공동저당물이 모두 채무자 소유인 경우에 한하여 적용된다는 대법원의 기본태도는 저당물이 가지고 있는 교환가치에 대한 직접적 지배를 내용으로 하는 물권으로서의 저당권의 본질 및 제368조 제1항과 제2항의 각각의 규정내용 및 두 항 사이의 균형적 해석이라는 요구에 비추어 볼 때 매우 중대한 결함이 있음을 알 수 있었다. 물상보증인의 변제자대위와 후순위저당권자의 대위의 관계에 관하여 이 글에서는 '변제자대위우위설' 또는 '후순위자대위우선설'로 대변되는 종래의 학설과는 다른 관점에서 해석론적 대안을 제시하고자 시도해 보았다. 즉 물상보증인의 변제자대위와 후순위저당권자의 법적 이익은 어느 하나를 위하여 다른 하나가 전적으로 배척되어야 할 것이 아니라 서로 조정되어야 한다는 측면에서 하나의 시론을 제시해 보았다. 문제된 사안을 해결하기 위한 법리적 논거를

31) 1995년 6월 13일에는, “공동저당의 목적인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산 중 채무자 소유의 부동산에 관하여 먼저 경매가 이루어져 그 경매대금의 교부에 의하여 1번 공동저당권자가 변제를 받더라도, 채무자 소유이 부동산에 대한 후순위저당권자는 민법 제368조 제2항 후단에 의하여 1번 공동저당권자를 대위하여 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 저당권을 행사할 수 없다”고 판시하였고(대결 1995. 6. 13, 95마500), 1996년 3월 8일 판결에서는 “채권자가 물상보증인 소유 토지와 공동담보로 주채무자 소유 토지에 1번근저당권을 취득한 후 이와 별도로 주채무자 소유 토지에 대하여 피담보채무의 불이행을 이유로 근저당권이 실행되어 경매대금에서 1번근저당권의 피담보채권액을 넘는 금액이 배당된 경우에는, 변제자대위의 법리에 비추어 볼 때 민법 제368조 제2항은 적용되지 않으므로 후순위저당권자인 채권자는 물상보증인 소유 토지에 대하여 자신의 1번근저당권을 대위행사 할 수 없고, 따라서 물상보증인의 근저당권설정등기는 그 피담보채무의 소멸로 인하여 말소되어야 한다”(대판 1996. 3. 8, 95다36596)고 판시하고 있다.

궁구함에 있어서, 서로 독자적인 규범목적 을 가지고 있는 변제자대위제도와 후순위자대위제도를 동시에 고려하여야 할 것임에도 불구하고 이러한 관점을 도외시하고 있는 1994년 5월 10일의 대법원 판결이 채택하고 있는 판례이론은 재고의 여지가 있는 것으로 생각한다.