

〈논문〉

공동저당의 실행과 이해관계의 조정* - 민법 제368조 재론 -

金 炯 錫**

요 약

우리 민법은 제368조에서 공동저당의 경우 공동저당권자와 후순위저당권자의 이해관계를 조정하는 규정을 두고 있다. 이에 의하면 동시배당의 경우에는 공동저당의 목적인 각 부동산의 경매대가에 비례하여 공동저당권자의 채권의 분담을 정하도록 하고, 이시배당의 경우에는 그 경매한 부동산의 후순위저당권자가 동시배당의 경우 선순위저당권자가 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위저당권자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있도록 한다.

그런데 종래 제368조의 적용과 관련해서는 많은 논란이 있었다. 이에 본고는 동조의 사정범위와 규범내용을 포괄적으로 고찰하는 것을 목적으로 한다. 즉 동조의 적용과 제기될 수 있는 실무적 쟁점들을 해석론의 관점에서 개별적으로 상세히 검토하는 한편, 그에 대해 이론적으로 만족할 수 있을 만한 설명을 부여하고자 한다. 주요 결론을 요약하면 다음과 같다.

(1) 제368조의 적용범위

제368조는 공동저당이 설정된 부동산들이 한 사람의 채무자 또는 물상보증인에게 귀속하는 경우에 한해서 적용된다.

(2) 공동저당 부동산이 채무자 및 물상보증인 소유인 경우

(가) 이시배당의 경우, 물상보증인은 변제자대위할 수 있지만(제481조, 제482조 제1항) 채무자 부동산의 후순위저당권자는 제368조 제2항의 대위를 할 수 없다. 같은 이유에서, 동시배당의 경우 채무자 소유의 부동산으로부터 발생한 매각대금을 공동저당권자의 만족에 먼저 충당한다(물상보증인의 보충적 책임).

(나) 물상보증인들 사이의 관계는 변제자대위에 의해 결정된다(제482조 제2항 제3호, 제4호).

(다) 물상보증인 소유 부동산의 후순위저당권자는 물상보증인의 변제자대위에 물상대위를 함으로써(제370조, 제342조) 만족을 받는다.

* 심사과정에서 개선을 위한 유익한 지적을 해 주신 익명의 심사자분들께 감사드립니다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

(3) 제3취득자가 있는 경우

채무자로부터의 제3취득자는 채무자에 준하여 취급하고, 물상보증인으로부터의 제3취득자는 물상보증인에 준하여 취급하여, (1)과 (2)의 내용이 적용된다.

주제어: 공동저당, 변제자대위, 후순위저당권자, 물상보증인, 제3취득자

I. 서 론

1. 문제의 제기

(1) 동일한 채권의 담보로 여러 개의 부동산에 저당권이 설정된 것을 공동저당이라고 한다(민법¹⁾ 제368조 제1항). 이러한 공동저당은 무엇보다도 다수의 부동산의 담보가치를 집적하고 또 목적물 중 하나에 일어날 수 있는 가치하락의 위험을 다른 목적물에 의하여 회피함으로써 피담보채권의 만족가능성을 높이는 기능을 한다.²⁾ 이는 예컨대 파편화 등을 이유로 개별 부동산의 가치가 크지 않은 경우에 의미를 가진다. 특히 거래에서 한꺼번에 거래되는 토지와 그 지상 건물이 우리 법에서는 별개의 부동산으로 다루어지므로, 이들을 공동저당의 목적으로 함으로써 그 각각의 가치를 제대로 평가받을 수 있고 나아가 매각이 용이하게 되는 이점이 있다. 또한 공동저당권자는 자신의 임의적인 판단에 의하여 그 실행이 용이한 부동산으로부터 자기 채권의 회수를 도모할 수 있는 이점도 있다.

그런데 이러한 저당권자의 관점에서의 이익은 저당부동산 소유자 및 후순위권리자에 대하여 불이익으로 작용할 위험을 수반한다. 공동저당권자는 어떤 부동산을 어떤 순서로 실행할 것인지 아니면 동시에 저당권 전부를 실행할 것인지를 자유로이 결정할 수 있다는 점에서 자유선택권을 가진다(아래 II. 1. 참조). 그런데 저당권자가 여러 부동산의 담보가치를 집적하면서 그 중 실행할 부동산을 임의로 선택할 수 있다고 한다면, 전적으로 그의 판단에 따라 소유권을 보전하는 자와 상실하는 자 그리고 만족을 받는 자와 받지 못하는 자가 결정될 것이다. 공동저당권자의 자의에 따라 당사자들의 손익이 현격하게 달라지는 이러한 결과는 합리적이라고

1) 아래에서 별도의 범명의 지시 없이 인용하는 조문은 민법의 조문이다.

2) 양창수·김형석, **민법 III: 권리의 보전과 담보**, 제2판(2015), 450면; 곽윤직·김재형, **물권법**, 제8판(2015), 483-484면; 김용담 편집대표, **주석 민법 물권(4)**, 제4판(2011), 236-237면(김재형).

하기 어려울 뿐만 아니라, 저당부동산 소유자 및 후순위권리자로 하여금 공동저당권자와의 공모를 통해 불이익을 타인에게 전가할 유인을 발생시킨다.³⁾ 이러한 상황은 정책적으로 만족스럽다고 말하기 어렵다.

(2) 이상에서 발생하는 문제를 회피하기 위해서는 공동저당이 설정된 각 부동산에 공동저당권자를 만족시킬 분담액을 지정하는 것이 합목적적이다. 이러한 방향으로 나아갈 때 입법적으로는 공동저당권자가 각 부동산으로부터 분담액의 한도에서만 만족을 받을 수 있도록 하는 방법이 우선 고려 가능하다. 그러나 이는 공동저당권자의 자유선택권과 충돌하며 공동저당의 이점을 상당부분 감퇴시킬 우려가 있다. 이에 대해 분담액을 전제로 하면서도, 공동저당권자는 자유로이 저당권을 실행할 수 있으나 그 분담액을 기준으로 관계인이 그 지위를 대위하도록 하여 결과에 있어 분담액이 관철되도록 하는 방법도 존재한다.⁴⁾

우리 민법은 마지막의 방법을 채택하여 제368조에서 공동저당의 경우 공동저당권자와 후순위저당권자의 이해관계를 조정하는 규정을 두고 있다. 이 규정은 한편으로는 피담보채권의 만족을 받을 목적물을 자유롭게 선택할 공동저당권자의 권한을 인정하면서도, 다른 한편으로는 그로 인하여 후순위저당권자가 불이익을 받지 않도록 배려하는 대위를 정하고 있다. 이에 의하면 동시배당의 경우에는 공동저당의 목적인 각 부동산의 경매대가에 비례하여 공동저당권자의 채권의 분담을 정하도록 하고(동조 제1항), 이시배당의 경우에는 그 경매한 부동산의 후순위저당권자가 동시배당의 경우 선순위저당권자가 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위저당권자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있도록 한다(동조 제2항).

(3) 그런데 종래 제368조의 적용과 관련해서는 많은 논란이 있었다. 그 중 상당부분은 최근 학설과 판례의 노력에 의해 비교적 만족할 만한 수준으로 해명되고 있으나, 여전히 이론적·실무적으로 논의가 필요한 쟁점이 존재함은 부정하기 어렵다.

³⁾ Baur/Stürner, *Sachenrecht*, 18. Aufl. (2009), § 43 Rn. 5.

⁴⁾ 역사적·비교법적으로 공동저당의 금지 여부 및 공동저당권자의 자유선택권의 인정 또는 제한 여부와 관련해 다양한 입법례가 관찰된다. Marcusen, "Die Correalhypothek im modernen Rechte", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Band 13 (1898), 220ff. 참조. 또한 佐久間弘道, *共同抵当の理論と實務*(1995), 18면 이하; 조성민, "공동저당권에 있어서의 문제점", *부동산법학의 제문제*(김기수 교수 화갑기념)(1992), 507-508면도 참조.

필자 역시 예전에 제368조에 대한 역사적이고 비교법적인 내용을 스케치 하면서 몇 가지 의견을 표명하였지만,⁵⁾ 제368조의 규범 내용을 충분히 밝히는 정도에 이르지 못하였을 뿐만 아니라, 돌이켜 고찰할 때 수정이 필요한 부분도 관찰된다.

이러한 상황에서 본고는 민법 제368조의 적용범위와 규범내용을 포괄적으로 고찰하는 것을 목적으로 한다. 즉 동조의 적용과 제기될 수 있는 실무적 쟁점들을 해석론의 관점에서 개별적으로 상세히 검토하는 한편, 그에 대해 이론적으로 만족할 수 있을 만한 설명을 부여하고자 한다. 그 과정에서 종래 이루어지는 설명을 보다 새로운 관점에서 볼 수 있을 가능성을 제시하는 한편, 몇 가지 문제와 관련해서는 이진과는 다른 해결방법을 채택할 것을 주장하고자 한다. 이로써 공동저당과 관련한 이론과 실무에 부족하나마 기여를 할 수 있기를 희망한다.

2. 논문의 구성

민법 제368조와 관련해서는 특히 해석론상 공동저당에서 동조가 적용될 수 없는 사안유형이 존재하는지 여부가 예민하게 다투어진다. 그러므로 종래 교과서에서 행해지는 것처럼 사안유형의 구별 없이 제368조 제1항 및 제2항을 순서대로 서술하는 것은, 중간에 이질적인 내용을 포함시킬 수밖에 없어 규범의 내용에 접근하는 방법으로는 그다지 합목적적이지 아니하다고 생각된다. 그러므로 아래에서는 개별적인 사안유형을 나누어 제368조의 적용여부 및 그 내용을 검토함으로써 규범의 사정범위를 보다 명확히 서술하고자 한다. 또한 추상적인 서술만으로는 공동저당의 법률관계를 분명히 어려우므로, 항상 간단한 사례를 통해 구체적으로 법률관계가 나타나는 모습을 예시하고자 한다.

II. 공동저당의 실행에 따른 이해관계의 조정

1. 공동저당권자의 자유선택권과 그 조정

(1) 공동저당권자는 피담보채권의 만족을 받기 위해서 공동저당을 구성하는 저당권을 모두 동시에 실행할 것인지 아니면 그 중 일부만을 실행할 것인지에 대해

5) 김형석, “민법 제368조에 대한 단상”, 서울대학교 법학, 제51권 제1호(2010. 3), 191면 이하.

여 자유로운 선택권을 가진다. 채권자는 만족을 받을 때까지 저당권의 전부 또는 일부를 동시에 또는 순차적으로 행사할 수 있는 것이다. 우리 민법은 이 점을 명문으로 확인해 주고 있지는 아니하지만, 제368조는 이를 자명한 것으로 전제하고 있다. 판례도, 공동저당권자가 공동저당물 중 일부에 대해서만 저당권을 실행하는 것은 저당권자의 권리에 속하는 것으로 권리남용에 해당하지 아니하는 한 정당하므로, 공동저당물인 토지와 건물 전부에 대하여 경매절차를 진행하던 중 건물에 대한 경매신청을 취하하고 토지에 대해서만 경매를 실행하여 토지 소유자가 그에 대한 소유권을 상실하였다고 하더라도 불법행위가 되는 것은 아니라고 한다.⁶⁾ 또한 공동저당권자는 공동저당의 목적인 수개의 부동산 중 어느 것이라도 먼저 저당권을 실행하여 피담보채권의 전부나 일부를 자유롭게 우선변제받을 수 있는 것이므로, 공동저당권자가 위 수개의 부동산 중 먼저 실행된 부동산에 관한 경매절차에서 피담보채권액 중 일부만을 청구하여 이를 배당받았다고 하더라도, 이로써 나머지 피담보채권액 전부 또는 제368조 제1항에 따른 그 부동산의 책임분담액과 배당액의 차액에 해당하는 채권액에 대하여 아직 경매가 실행되지 아니한 다른 부동산에 관한 저당권을 포기한 것으로 볼 수 없다고 한다.⁷⁾

공동저당권자가 설정자와 설정계약에서 실행방법을 약정하였다고 하더라도, 공동저당권자는 설정자에 대해 그에 따를 의무를 부담할 뿐 공동저당을 자유로 실행할 권한을 제약받지는 않으며, 설정자에게 손해가 있는 경우 배상의무를 부담할 뿐이다(제390조). 의무부담행위에 의해서 물권적 권능을 대세적으로 제약할 수는 없기 때문이다(제185조). 또한 설정자들 사이에서 분담관계에 대한 약정이 있더라도 그것이 공동저당권자의 선택권 행사를 구속하는 것도 아니다. 그러나 물론 공동저당권자가 개별 저당권을 포기하여 소멸시킴으로써(제186조) 부동산을 공동의 책임에서 벗어나게 하는 것은 가능하다(그 제한에 대하여는 아래 II. 2. (2) (바) 참조).

(2) 이미 살펴본 바와 같이(앞의 I. 1. (1) 참조), 이러한 공동저당권자의 자유선택권은 후순위권리자와 저당부동산 소유자의 이해관계에 현저한 영향을 미칠 수 있다. 즉 저당권자가 이렇게 자유로이 만족을 받을 부동산을 선택한다면, 그의 자의에 의하여 저당부동산 소유자 및 후순위저당권자의 지위가 불리하게 변경될

6) 大判 1983.3.22., 81다43, 공보 1983, 727. Fournier, “Hypothèque”, *Répertoire de droit civil*, 2007/2015, n° 127 참조.

7) 大判 1997.12.23., 97다39780, 공보 1998, 377.

수 있기 때문이다. 이후 서술을 위해 다음의 사례를 출발점으로 삼는다. 채무자 S가 자신의 甲(가액 6천만 원), 乙(가액 4천만 원) 두 부동산에 G에 대한 5천만 원의 채무를 담보하기 위해 각각 1번 저당권을 설정하고, X에 대한 4천만 원의 채무를 담보하기 위해 甲에 2번 저당권을 설정한 사안을 생각해 보도록 한다. 부동산의 경매대가는 그 가액과 일치한다고 가정하며, 경매비용은 고려하지 않는다.

	甲不動産(S 소유, 6천만)	乙不動産(S 소유, 4천만)
1번	G 5천만	G 5천만
2번	X 4천만	

만일 G가 甲 부동산을 선택하여 경매를 신청한다면 G는 자신의 채권 전액의 만족을 받게 되지만, X는 1천만 원만을 변제받게 된다. 그러나 G가 먼저 乙 부동산을 선택하여 경매를 신청한다면, G는 그로부터 4천만 원을 배당받게 되고, 이후 甲 부동산의 경매로부터는 잔액인 1천만 원을 배당받게 된다. 그 결과 X는 채권 전액인 4천만 원을 배당받을 수 있게 된다. 결국 공동저당의 경우 채권자에게 경매를 실행할 부동산을 선택할 자유를 인정하면, 그의 선택에 따라서 후순위저당권자와 저당부동산 소유자 지위는 현저하게 달라진다.

이러한 이유로 민법은 관계인들의 이해관계를 원만하게 조정하기 위한 법기술을 도입하고 있다. 이는 공동저당이 설정된 부동산에 분담액을 정한 다음, 공동저당권자의 실행으로 이 분담관계에서 벗어남으로써 불이익을 입게 될 자는 대위의 방법으로 공동저당권자의 지위를 취득하여 이를 상쇄하도록 하는 것이다(앞의 I. 1. (2) 참조). 그런데 입법자는 한편으로 제368조에서는 후순위저당권자의 대위를 전제로 하여 분담관계를 정하면서, 다른 한편으로 제482조에서 채무자, 물상보증인, 제3취득자의 대위를 전제로 하여 분담관계를 정하고 있는데, 그 적용과정에서 양자 사이에서 발생할 수 있는 불일치를 조율하는 규율은 상정하지 않고 있다. 이로부터 여러 복잡한 문제가 발생한다.

(3) 아래에서는 제368조와 제482조의 적용범위와 내용을 확정하는 과정에서 발생하는 법률문제를 상세하게 고찰한다. 이러한 작업을 수행하는 경우, 획일적인 고찰보다는 사안유형을 나누어 개별적인 이익상황을 배경으로 법률의 내용을 해석한 다음 이를 종합하는 원리 및 법률구성으로 나아가는 것이 바람직할 것이다. 그러므로 아래에서는 공동저당 부동산의 소유관계에 따라 사안유형을 나누어 살펴보기

로 한다. 즉 구체적으로는 공동저당 부동산이 ① 모두 채무자 소유인 경우, ② 채무자 및 물상보증인 소유인 경우, ③ 모두 물상보증인 소유인 경우, 그리고 ④ 그 중 제3취득자가 있는 경우로 구별하여 논의를 진행한다.

이러한 소유관계는 동시배당 또는 이시배당의 시점에 존재하는 것을 기준으로 한다. 공동저당 성립 시의 소유관계는 고려하지 않는다. 물론 공동저당 성립 시의 소유관계를 기초로 대위의 기대를 가지는 후순위저당권자가 이후 소유관계 변동에 의해 대위의 이익을 상실하게 되는 경우가 있을 수 있다(예컨대 아래 II. 3. (1)의 변제자대위 우선설을 전제로 할 때 물상보증인이 자신의 부동산을 채무자에게 양도하여 공동저당 부동산 전부가 채무자 소유가 된 경우 양도된 부동산의 후순위저당권자가 그러하다). 그러나 규범의 내용상 제368조는 경매의 시점을 기준으로 부동산 가액에 따른 분담을 예정하고 있고, 제481조 및 제482조는 변제의 시점에 발생하는 당사자들의 구상관계를 전제하고 있으므로, 그러한 시점 이전에 발생한 관계인의 기대를 제368조, 제481조, 제482조의 해석상 고려하기는 어렵다고 생각된다. 소유관계 변동으로 불이익을 받은 후순위저당권자는 저당권 침해의 법리에 따라 구제를 받을 수밖에 없다.⁸⁾

2. 공동저당 부동산이 모두 채무자 소유인 경우

(1) 동시배당의 경우

(가) 공동저당에서 “그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다.”(제368조 제1항). 이렇게 공동저당이 설정된 여러 부동산의 경매대가가 하나의 배당절차에서 동시에 배당되는 경우를 동시배당이라고 한다. 민법은 동시배당의 경우에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 분담하여 피담보채권을 만족시킬 것을 정하고 있다.

공동저당이 설정된 부동산의 대가가 동시에 배당되면 족하며, 경매절차가 저당권자의 신청에 의한 것인지 아니면 일반채권자의 강제집행 절차에 따른 것인지 여부는 중요하지 않다. 경매신청이 동시일 필요도 없으며 함께 배당이 이루어지면 충분하지만, 동시에 경매신청이 되었어도 다른 시점에 배당이 되면 제368조 제1항은 적용되지 않는다.⁹⁾ 또한 공동저당의 목적물이 모두 경매된 경우뿐만 아니라 그

⁸⁾ 자세한 내용은 佐久間(주 4), 560면 이하 참조.

중 일부만이 경매된 경우에도 그 일부 부동산들의 경매대가를 동시에 배당하는 이상, 그들 사이에서는 제368조 제1항에 따라 피담보채권 전부에 따른 분담이 이루어진다.¹⁰⁾ 또한 추가적 공동저당의 경우 원래는 분담을 기대할 수 없었던 기존 저당부동산의 후순위권리자를 위해서도 제368조 제1항이 적용된다.¹¹⁾

앞서의 예로 돌아가서(위의 II. 1. (2) 참조), 채무자 S가 자신의 甲(가액 6천만 원), 乙(가액 4천만 원) 두 부동산에 G에 대한 5천만 원의 채무를 담보하기 위해 각각 1번 저당권을 설정하고, X에 대한 4천만 원의 채무를 담보하기 위해 甲에 2번 저당권을 설정하였다고 상정한다.

	甲不動産(S 소유, 6천만)	乙不動産(S 소유, 4천만)
1번	G 5천만	G 5천만
2번	X 4천만	

이 예에서 甲, 乙 부동산에 대하여 동시에 경매가 진행되어 동시배당이 행해지면, 경매대가의 비율은 3:2이다. 따라서 G는 甲 부동산으로부터 3천만 원, 乙 부동산으로부터 2천만 원을 배당받게 되고, 그 결과 X는 甲 부동산으로부터 3천만 원을 배당받게 된다. 또한 예를 들어 앞의 사안에서 乙 부동산의 경매대가가 5천만 원이어서 G가 乙 부동산으로부터 채권 전부의 만족을 받을 수 있고 그 결과 X가 甲 부동산으로부터 전부의 만족을 받을 가능성이 있더라도, X가 스스로 확보한 권리 범위 및 다른 일반채권자들의 이해관계를 고려하여 마찬가지로 분담이 행해져야 한다.¹²⁾

(나) “부동산의 경매대가”를 산정할 때에는 공동저당권자의 선순위권리자(예컨대 선순위저당권자)가 배당받는 금액 및 집행비용은 이를 공제하고 산정해야 한다(오스트리아 강제집행법 제222조 제2항 참조).¹³⁾ 요컨대 부동산의 매각대금에서 공동저당권자가 담보가치로 파악할 수 있는 액수가 여기서 제368조 제1항이 말하는 경매대가가 된다.¹⁴⁾

9) 柚木馨・高木多喜男 編, 新版 注釈 民法(9), 改訂版(2015), 432면(高木多喜男).

10) 주식 물권(4)(주 2), 255면(김재형); 법원행정처, 법원실무제요 민사집행 II (2014), 782면.

11) 大判 2014.4.10., 2013다36040, 공보 2014, 1030; 강태성, 물권법, 개정5판(2015), 1210면.

12) 新釈 注釋 民法(9)(주 9), 432면(高木).

13) 大判 2003.9.5., 2001다66291, 공보 2003, 2004; 주식 물권(4)(주 2), 256-257면(김재형); 법원실무제요 민사집행 II(주 10), 783면. 경매비용의 산정에 대해서는 정종령, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위와의 관계”, 광주지법 재판실무연구(2000), 258면 참조.

14) 佐久間(주 4), 413-414면.

(a) 예컨대 앞서 II. 2. (1) (가)의 예에서 甲 부동산에 G보다 앞서는 선순위저당권자 V가 2천만 원의 피담보채권을 가지고 있었다면, 각 부동산의 경매대가의 비율은 1:1이 되어 G는 甲, 乙 부동산으로부터 각각 2천5백만 원을 배당받고, X는 甲 부동산으로부터 1천5백만 원을 배당받게 된다. 그런데 공제해야 할 선순위저당권자도 공동저당권자인 사안이 있을 수 있다. 예컨대 A가 丁, 戊, 己 부동산에 공동저당권을 가지고 있는 상태에서 丁과 戊 부동산으로부터 동시배당을 하는데, 선순위저당권자로서 丁과 己에 공동저당권을 가지고 있는 B가 있는 경우, 己 부동산에 경매가 진행되지 않아 丁 부동산이 B를 위해 분담할 금액을 확정할 수 없다는 난점이 있다. 결국 평가로 이를 정할 수밖에 없을 것이다.¹⁵⁾

(b) 다른 문제는 서로 다른 공동저당이 부동산별로 서로 교차하여 순위의 선후를 달리하는 경우의 공제방법이다. 예컨대 G가 甲 부동산에 대해 1순위 및 乙 부동산에 대해 2순위 저당권을 가지고 있는 반면, F가 甲 부동산에 대해 2순위 및 乙 부동산에 대해 1순위 저당권을 가지고 있는 경우가 그러하다. 이러한 경우의 취급에 대해서는 학설의 다툼이 있다.¹⁶⁾ 하나의 견해는 시간적으로 먼저 설정된 공동저당을 기준으로 각 부동산의 책임분담액을 정하고 추가적으로 설정된 공동저당에 대해서는 책임분담을 행하지 않는다고 해석한다.¹⁷⁾ 다른 견해는 각 공동저당권자의 관점에서 상대방의 저당권을 공동저당권이 아닌 개별적인 저당권인 것처럼 취급하여 부동산에 대해 책임분담액을 정해야 한다고 설명한다(구체적으로 아래 예시 참조).¹⁸⁾

후자의 견해는 제368조 제1항을 모든 공동저당권자의 관점에서 각각 개별적으로 적용하는 것으로, 민법에 명시적인 규정이 없는 이상 자연스럽게 고려해 볼 수 있는 해법인 것은 사실이다. 그러나 이 방법에 따를 때에는 불합리한 결과가 생길 수 있다. 예컨대 다음 사안을 생각해 본다.

	甲不動産(S 소유, 6천만)	乙不動産(S 소유, 4천만)
1번	G 5천만	F 5천만
2번	F 5천만	G 5천만

15) 我妻榮, 新訂 担保物權法(1968), 437면; 新版 注釈 民法(9)(주 8), 434면(高木).

16) 법원실무제요 민사집행 II(주 10), 789-790면.

17) 곽윤직 편집대표, 민법주해[VII](1992), 187-188면(조대현). 일본에서 주장되는 견해이다. 佐久間(주 4), 459-460면 참조.

18) 이재홍, “부동산경매와 공동저당권”, 재판자료, 제36집(1987), 253면; 주식 물권(4)(주 2), 260면(김재형).

이 경우 후자의 견해에 따르면 G는 乙 부동산의 경매대가에서 F의 5천만 원을 선순위채권으로 공제해야 하므로 甲으로부터 5천만 원(비율 1), 乙로부터 0원을 배당받으며(비율 0), F는 甲 부동산의 경매대가에서 G의 5천만 원을 선순위채권으로 공제해야 하므로 甲으로부터 1천만 원(비율 1/5), 乙로부터 4천만 원(비율 4/5)를 배당받게 된다. 이로써 G, F는 각각 5천만 원을 전부 배당받게 된다. 그런데 이 사안에서 F의 채권액을 1억 원으로 조정하면 어떠한가? 그 경우에도 G, F가 배당받게 되는 금액은 변화 없이 동일하다. 이러한 결과는 불합리하다고 생각된다. 甲, 乙의 가치 및 G의 현재 지위가 이상의 특정 조합으로 나타나는 이상, F는 일정한 피담보채권액의 구간에서 아무리 채권액이 상승해도 배당액은 동일하다는 결과가 도출되기 때문이다. 여기서 G가 무슨 근거로 일종의 우선적 지위를 누리는지에 대한 정당화를 찾을 수 없다. 이러한 예시에 비추어 보면 이 견해는 타당하기 어렵다고 보인다. 그렇다면 처음 성립한 공동저당권자의 기대를 기준으로 처리한다는 점에서 전자의 견해가 타당할 것이다. 물건 사이에서 효력의 우선은 먼저 성립한 것을 기준으로 한다는 대원칙(prior tempore potior iure)에 비추어 볼 때 충돌하는 공동저당 사이의 우열은 등기부에 따른 성립 시점을 기준으로 하는 것이 정당하다고 생각되기 때문이다. 또한 이 견해가 간명한 처리를 가능하게 한다는 장점이 있음도 부정하기 어렵다.¹⁹⁾

(c) 한편 이상의 내용은 후순위저당권자가 공동저당권자인 경우에도 마찬가지로이다. 예컨대 앞의 II. 2. (1) (가)의 예에서 X가 乙 부동산에 대해서도 2번 저당권을 가지고 있는 경우, G에 대해서 경매대가의 비율로 안분을 한 다음, X에게 남겨진 경매대가를 가지고 다시 비율을 정하여 甲, 乙 부동산의 분담액을 정해야 한다.²⁰⁾

(d) 또한 같은 법리가 어느 저당권에 동순위의 저당권이 있는 경우에도 적용된다. 저당권설정 전의 가압류가 있는 경우 등이 해당할 것이지만, 더 나아가 공동저당을 구성하는 저당권들이 서로 피담보채권액을 달리하는 경우 중첩되지 아니하는 초과부분을 담보하는 저당권도 동순위이므로 같은 내용이 타당하다(바로 아래 (e) 참조). 여기서도 공동저당권자가 담보가치로 파악할 수 있는 액수만이 분담을 결정하는 경매대가가 된다. 즉 부동산의 경매대가를 산정할 때 동순위의 저당권에

19) 佐久間(주 4), 458면.

20) 佐久間(주 4), 418-419면. 물론 일반채권자 등 다른 이해관계인이 없다면, 굳이 분담을 하지 않고 두 부동산의 경매대가를 합쳐 먼저 1순위 공동저당권자에게 배당하고 나머지를 2순위 공동저당권자에게 배당하여도 결과는 마찬가지이다. 新版 注釈 民法(9)(주 9), 432면(高木) 참조.

안분된 금액을 매각대금으로부터 공제하고 남은 액수가 제368조 제1항의 경매대가에 해당하게 된다.²¹⁾ 예컨대 앞의 II. 2. (1) (가)의 예에서 V가 甲 부동산에 동순위 5천만 원을 담보하는 1번 저당권을 가지고 있었던 경우에는, 그에게 안분될 3천만 원을 공제한 나머지 3천만 원이 甲 부동산의 G에 대한 경매대가로 파악된다 (V와 G의 채권액은 5천만 원으로 동일하므로 안분 비율은 1:1). 그렇다면 G의 피담보채권(5천만 원)은 甲 부동산에 (반올림하여) 2143만 원이 분담되고(3/7), 乙 부동산에 2857만 원(4/7)이 분담된다.

그런데 이상의 해석에 대해 일본에서는 다른 견해도 주장되고 있다. 즉 경매대금에서 동순위저당권자에 대한 안분을 하지 않은 상태로 우선 그 전체의 비율에 따라 공동저당권의 피담보채권액을 안분하여 이른바 「행사채권액」을 구한 다음, 이 행사채권액을 가지고 동순위저당권자와 안분을 해야 한다는 것이다.²²⁾ 앞서 예에서, 부동산의 경매대가의 비율에 따라 G는 甲에 대해 3천만 원, 乙에 대해 2천만 원의 행사채권액을 가지게 되고, 이제 G는 甲의 가치인 6천만 원을 자신의 행사채권액(3천만 원)과 V와 행사채권액(5천만 원)의 비율인 3:5의 비율로 안분하여 배당을 받는다는 결과가 된다. 그렇다면 G의 피담보채권은 일단 甲 부동산으로부터 2250만 원을 배당받고(6천만 × 3/8), 乙 부동산으로부터 2천만 원을 배당받는 것으로 안분되나, 甲 부동산에 관하여 행사채권액과 비교할 때 750만 원의 부족이 발생하므로 이는 乙 부동산으로부터 추가로 배당을 받는다고 한다.²³⁾ 요컨대 종래 통설은 동순위저당권이 존재하는 부동산에 관하여 우선 부동산가액을 동순위저당권의 채권액으로 안분한 다음 그 안분 후의 부동산가액과 다른 저당부동산의 가액을 가지고 공동저당권의 채권액을 안분하는 것에 대해, 이른바 행사채권설은 우선 각 공동저당 부동산의 부동산가액을 가지고 공동저당권의 채권액을 안분한 다음 그 안분 후의 채권액을 가지고 동순위저당권이 존재하는 부동산의 가액을 안분한다는 점에서 차이가 있다.²⁴⁾

종래 다수설이 타당하다고 생각된다. 제368조 제1항에서 공동저당권자의 선순위권리자가 배당받는 금액 및 집행비용을 공제한 액수 즉 부동산의 매각대금에서 공동저당권자가 담보가치로 파악할 수 있는 액수가 “부동산의 경매대가”라고 이해하

21) **주식 물권(4)**(주 2), 262면(김재형); 佐久間(주 4), 413면.

22) 이는 도쿄 지방재판소의 실무연구회 차원에서 개진되고 있는 견해라고 한다. 그 내용은 佐久間(주 4), 437면 이하의 소개 참조.

23) 佐久間(주 4), 439면.

24) 佐久間(주 4), 440면.

는 입장에 서는 이상(앞의 II. 2. (1) (나) pr. 참조), 동순위권리자가 있는 경우에 달리 판단한다는 것은 논리적으로 일관성을 결여한다고 보이기 때문이다. 즉 위의 예에서 행사채권설에 따를 때 G는 甲 부동산과 관련해 자신의 우선변제권이 미치지 아니하는 부분까지 포함하는 부동산가액 전액으로 피담보채권을 안분하여 행사채권액을 먼저 구하게 되는데, 이는 G가 파악하지 아니하는 가치를 제외하지 않고 경매대가에 포함시켜 피담보채권을 안분하는 결과가 되어 제368조 제1항의 취지에 반한다고 해야 한다.²⁵⁾

(e) 공동저당은 여러 개의 부동산에 설정된 저당권이 “동일한 채권의 담보”(제368조 제1항)를 위한 것이어야 한다. 즉 저당권의 피담보채권은 서로 중첩되어 있어야 한다. 그래서 피담보채권의 범위가 서로 상이한 경우 그것이 중첩하는 범위에서만 공동저당이 성립한다.²⁶⁾ 즉 동일한 채권에 대해 담보될 액수를 달리하여 저당권을 설정한 경우, 그 작은 액수를 기준으로 공동저당이 성립하며, 나머지 부분의 저당권은 동순위의 개별 저당권으로서 존속한다. 이때에도 앞서 (d)에서 설명한 동순위저당권과의 관계에서의 분담 법리가 적용되어야 한다. 특별한 이유제시 없이 이 사안유형에 대해서는 행사채권설에 상응하는 해결이 타당하다는 견해도 있으나,²⁷⁾ 어느 경우나 결국 동순위저당권자의 취급에 관한 문제로서 이익상황이 동일하여 취급을 달리할 이유를 발견하기 어렵다.

(다) 제368조 제1항은 부동산에 관하여 후순위저당권자가 있는지의 여부를 불문하고 적용된다. 이 규정은 저당부동산 소유자나 일반채권자의 보호도 그 목적으로 하고 있기 때문이다.²⁸⁾ 예컨대 앞의 II. 2. (1) (가)의 예에서 乙 부동산의 경우 S의 일반채권자들은 대가의 안분비율에 따라 배당이 이루어지는 것에 대하여 이해관계가 있다. 또한 공동저당물이 추가되기 전에 기존 저당물에 관하여 후순위저당권자가 있었던 경우에도 다르지 않다.²⁹⁾

25) 佐久間(주 4), 442면.

26) **주식 물권(4)**(주 2), 238, 247면(김재형).

27) 김석우, “공동근저당에 관한 소고”, **법조**, 제25권 제2호(1976), 9면; **주식 물권(4)**(주 2), 263면(김재형).

28) 강태성(주 11), 1209면; 고상용, **물권법**(2002), 698면; 곽윤직·김재형(주 2), 487면; 김상용, **물권법**, 제2판(2013), 721면; 송덕수, **물권법**, 제2판(2014), 523면; 이덕환, **물권법**(2011), 827면; 이상태, **물권법**, 9정판(2015), 546면; 이영준, **물권법**, 전정신판(2009), 928-929면.

29) 大判 2014.4.10., 2013다36040, 공보 2014, 1030.

(2) 이시배당의 경우

(가) 이시배당의 경우 즉 여러 개의 부동산 중 일부의 경매대가만 배당하는 경우, 민법은 공동저당권자의 자유선택권을 존중하여 피담보채권 전액을 행사할 수 있게 하면서도 그로 인하여 발생하는 저당부동산 분담액의 교란은 후순위저당권자에게 선순위저당권자를 대위할 수 있게 하여 정정한다. 즉 “저당부동산 중 일부의 경매 대가를 먼저 배당하는 경우에는 그 대가에서 채권전부의 변제를 받을 수 있다. 이 경우에 그 경매한 부동산의 차순위 저당권자는 선순위저당권자가 전항의 규정에 의하여 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위권리자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다.”(제368조 제2항).

이미 언급한 사례(앞의 II. 2. (1) (가) 참조)를 통해 살펴본다.

	甲不動産(S 소유, 6천만)	乙不動産(S 소유, 4천만)
1번	G 5천만	G 5천만
2번	X 4천만	

G가 甲 부동산에 대해서만 경매를 신청하는 경우, G는 “그 대가에서 채권 전부의 변제를 받을 수 있다.” 즉 G는 5천만 원을 전부 배당받게 된다. 이로써 X는 동시배당의 경우에 비하여 불이익을 받게 되는데, 이러한 불이익을 회복하기 위하여 민법은 후순위저당권자인 X에게 대위를 인정한다. X는 G가 동시 배당의 경우 “다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위권리자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다.” 즉 X는 乙 부동산에 G가 가지고 있던 1번 저당권을 G가 동시배당의 경우 변제를 받았을 금액인 2천만 원의 한도에서 대위할 수 있다. 그러므로 X는 乙 부동산으로부터 2천만 원을 배당받아, 총 3천만 원의 변제를 받게 된다.

제368조 제2항에 의한 대위는 공동저당이 설정된 부동산의 일부에 대해 경매가 진행되는 경우에 적용된다. 예컨대 甲, 乙, 丙 세 개의 부동산에 대해 공동저당이 설정된 상태에서, 甲과 乙에 대해 배당이 이루어지는 경우, 甲과 乙 사이에서는 동시배당에 관한 규율이 적용될 것이지만(앞의 II. 2. (1) (가) 참조), 甲·乙과 丙 사이에서는 이시배당에 관한 규율이 적용된다.³⁰⁾ 그리고 앞서 살펴본 것처럼(앞의

³⁰⁾ 大判 2002.12.10., 2002다48399, 집 50-2, 362 참조.

II. 2. (1) (가) 참조, 동시에 경매가 신청되었더라도 동시에 배당이 이루지지 아니하는 때에는 이시배당에 해당하며, 후순위저당권자의 대위가 일어난다.³¹⁾

(나) 이상과 같은 대위에 의해 선순위의 공동저당권자에게 자유선택권을 인정함으로써 후순위저당권자에게 발생할 수 있는 불이익은 회피된다. 그러나 여기서 주의할 점은 이시배당에서 후순위저당권자에게 대위가 인정된다고 하여도 언제나 동일한 결과에 도달하는 것은 아니라는 사실이다. 그것은 공동저당 부동산의 일부에만 후순위저당권자가 있는 경우에 그러하다.

예컨대 위 사안에서 乙 부동산이 먼저 경매가 되는 경우 G는 乙 부동산에서 4천만 원, 甲 부동산에서 1천만 원을 변제받게 될 것이고, 그 결과 X는 甲 부동산으로부터 4천만 원 전액의 변제를 받을 수 있게 된다. 즉 후순위저당권자의 대위는 적어도 동시배당과 같은 결과에 도달한다는 점에서 보호를 받게 되지만, 모든 이시배당의 경우 동일한 결과가 보장되지는 아니한다.³²⁾ 이는 동시배당의 경우에는 乙 부동산에 후순위권리자가 없어도 안분배당이 행해지기 때문에 X로서는 乙 부동산의 경매대가 전부를 G의 채권에 충당할 것을 요구할 수 없다는 사정으로부터 발생하는 귀결이다.

(다) 요컨대 후순위저당권자의 대위는 동시배당의 경우 책임분담액을 기준으로 하여, 이시배당으로 공동저당권자가 이를 초과하여 만족을 받은 경우 해당 부동산의 후순위저당권자에게 인정된다.

(a) 그러므로 대위의 범위에 관해서 본다면, 후순위저당권자는 동시배당을 기준으로 자신이 배당받지 못한 금액의 범위에서 선순위저당권자의 다른 저당권을 대위할 수 있다. 이시배당이 행해지더라도 동시배당과 같은 액수의 배당을 받은 후순위권리자에게 대위는 인정되지 않는다. 즉 대위의 범위는 한편으로 선순위저당권자가 동시배당의 경우 다른 부동산의 경매대가로부터 배당받을 수 있는 금액 및 후순위저당권자가 동시배당의 경우와 비교할 때 받은 배당상 불이익 액수를 한도로 한다.

이러한 내용은 대위하는 후순위권리자가 다수인 경우에도 다를 바 없다.³³⁾ 다만

31) **주식 물권(4)**(주 2), 265면(김재형) 참조.

32) 道垣內弘人, **擔保物權法**, 第3版(2008), 204-205면.

33) 백경일, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위범위에 관한 고찰”, **법학연구**, 제53권 제1호(부산대학교 법학연구소, 2012), 19면 이하는 대위범위를 “대위저당부동산의 책임분담액에 각 대위권자의 안분비율을 곱한 금액의 한도”라고 해석하는데, 이는 동시배당을 기준으로 하여 배당불이익액만큼 대위한다는 통설과 결과에서 일치할 것이다.

대위하는 후순위저당권자들 사이에 순위의 우열이 있는 경우, 이들은 선순위저당권자를 대위한다는 점에서는 대외적으로 동순위이지만, 나중에 배당절차에서 부동산별로 순위에 따라 배당액이 차등되어야 함은 물론이다.

(b) 공동저당권자가 이시배당으로 받은 금액이 부동산의 분담액을 초과하는 이상, 공동저당권자가 일부의 만족을 받은 경우에도 대위는 일어난다.³⁴⁾ 그 경우 배당되지 아니한 저당권에 대해 선순위저당권자는 만족받지 못한 범위에서 여전히 저당권을 보유하지만, 나머지 부분은 후순위저당권자가 불이익을 받은 범위에서 그에게 이전되어, 양자는 동순위의 저당권이 된다. 그런데 이때 후순위저당권자의 이익을 위해 이전되는 권리를 정지조건부 저당권으로 이해하여 공동저당권자 완제 시점에 행사할 수 있다는 견해가 통설이다.³⁵⁾ 이는 종래 일본 판례이론으로,³⁶⁾ 그에 따르면 대위는 부기가등기에 공시되어야 한다고 설명된다. 그러나 이에 대해 저당권은 바로 현실적으로 이전한다고 해석하여 부기등기를 해야 한다는 견해도 유력하다.³⁷⁾ 우리 판례의 태도는 반드시 명확한 것은 아닌데, 차순위저당권자의 대위권은 일단 배당기일에 그 배당표에 따라 배당이 실시되어 배당기일이 종료되었을 때 발생한다고 하면서도,³⁸⁾ 대위를 이유로 부기가등기가 아닌 부기등기를 할

그렇다면 바로 배당불이익액을 대위범위로 인정하지 않고, 우회하여 전체대위금액에 안분비율을 곱하여 산정할 필요는 없다고 생각된다. 게다가 이 견해가 상정하는 예외적인 경우의 취급(21면 이하)도 통설에 의하면 자연스럽게 해결되므로 우회의 필요성은 더욱 없다고 보인다.

34) 강태성(주 11), 1212면; 고상용(주 28), 700면; 박윤직·김재형(주 2), 488면; 김상용(주 28), 722면; 김중환·김학동, **물권법**, 제9판(1997), 559면; 송덕수(주 28), 525면; 이덕환(주 28), 829면; 이상태(주 28), 547면; 이영준(주 28), 930면; 이은영, **물권법**, 제4판(2006), 825면; 이재홍(주 18), 256면; **주식 물권(4)**(주 2), 267면(김재형); 조성민(주 4), 511-512면; 최창렬, “공동저당 대위에서의 이익조절 법리”, **토지법학**, 제29-2호(2013), 101-102면; 오시정, “선순위 공동저당 부동산상의 후순위 권리자 보호”, **경영법무**, 제136호(2008), 13면; 김인섭, “공동저당에 관한 연구”, **사회과학논총**, 제10권 제2호(관동대학교 사회과학연구소, 2004), 42면; 김형수, “공동저당에 관한 연구”, **토지법학**, 제15호(2000), 71면.

35) 강태성(주 11), 1212면; 고상용(주 28), 699-700면; 박윤직·김재형(주 2), 489면; 김상용(주 28), 722면; 김중환·김학동(주 34), 560면; 송덕수(주 28), 525면; 이덕환(주 28), 829면; 이상태(주 28), 547면; 이영준(주 28), 930면; 이은영(주 34), 825-826면; 최창렬(주 34), 102면; 오시정(주 34), 13면; 김인섭(주 34), 42면; 조성민(주 4), 512면; 김형수(주 34), 71면; 염규석, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위권”, **법이론과 실무**, 제3집(1999), 53-54면; **민법주해[VII]**(주 17), 196면(조대현).

36) 日大判 1926.14.8., 民集 5, 575. 또한 **新版 注釈 民法(9)**(주 9), 436면(高木) 및 인용된 전거 참조.

37) 我妻(주 15), 452면; 道垣内(주 32), 205면.

38) 大判 2006.5.26., 2003다18401, 공보 2006, 1126.

수 있다고 한다.³⁹⁾

현실적으로 직접 이전한다는 견해가 타당하다고 보인다. 아래 II. 2. (2) (라)에서 보겠지만 대위에 의해 선순위저당권자의 저당권은 후순위저당권자에게 이전하여 후자의 피담보채권을 담보하게 된다. 그런데 만일 선순위저당권자의 완제를 정지 조건으로 하여 대위를 할 수 있다면 후순위저당권자는 자신의 저당권 실행시기가 도래하여도 이를 실행할 수 없다는 불리한 결과에 직면하게 된다. 물론 여기서 선순위에 있는 저당권자의 지위가 우선한다고 생각할 여지도 없지는 않다. 그러나 우리 민사집행법은 선순위저당권자의 환가 주도권을 보장하지 않는다(민사집행법 제91조 제2항 참조). 그러므로 예컨대 다른 모든 일반채권자의 집행을 감수해야 하는 선순위저당권자가 오로지 대위한 후순위저당권자에 대한 관계에서 아직 완제가 없다는 이유로 대위행사를 저지할 수 있다는 결과는 균형을 상실한다고 하지 않을 수 없다. 오히려 이시배당의 대상이 된 부동산에서 환가권한을 가지고 있던 후순위저당권자가 이제 일체 경매신청을 할 수 없게 되는 결과가 저당권자의 본질적 환가권한을 침해하는 것으로 부당하다고 생각된다.⁴⁰⁾ 그러므로 선순위저당권자가 완전히 만족받지 못한 경우에도 저당권은 후순위저당권자에게 현실적으로 이전된다고 보아야 한다.

(c) 더 나아가 후순위저당권자는 동시배당의 경우와 비교하여 불이익을 입은 모든 후순위의 저당권자를 의미하며, 차순위저당권자만 해당하는 것은 아니다.⁴¹⁾ 또한 동순위 저당권자도 배당상의 불이익을 입은 때에는 당연히 이에 포함된다.⁴²⁾ 더 나아가 경매절차에서 저당권에 준하여 취급되는 지위인 가등기담보권(가등기담보 등에 관한 법률 제13조, 제14조), 전세권(제303조 제1항, 제318조)의 경우 그것

³⁹⁾ 大判 1994.5.10., 93다25417, 공보 1994, 1638.

⁴⁰⁾ 道垣內(주 32), 205면. 이에 대해 대위하는 후순위저당권자는 새로 취득하는 선순위저당권에는 환가권능이 없었으므로 반드시 부당하다고 볼 수 없다는 반론이 제기될 수도 있다. 그러나 법률에 공동행사를 정하는 아무런 제한이 없는 이상, 후순위저당권자가 자신의 피담보채권의 담보를 위해 선순위저당권을 대위하였다면 그는 선순위저당권자의 권능을 그대로 승계한 것이므로 저당권자로 환가권능을 가져야 한다. 그렇지 않으면 본문에서 설명한 것처럼 특히 집행과 관련해 일반채권자보다 불리하게 되는 결과가 되는데, 이는 납득하기 어렵다.

⁴¹⁾ 강태성(주 11), 1212면; 고상용(주 28), 700면; 박윤직·김재형(주 2), 488면; 김중환·김학동(주 34), 559면; 송덕수(주 28), 523-524면; 이덕환(주 28), 828면; 이영준(주 28), 929면; **민법주해**[VII](주 17), 195면(조대현).

⁴²⁾ 이영준(주 28), 929면; 이재홍(주 18), 255면; **주식 물권**(4)(주 2), 268면(김재형); 김인섭(주 34), 42면; 염규석(주 34), 49면; **민법주해**[VII](주 17), 195면(조대현).

이 공동저당의 후순위인 때에는 그 권리자에게 대위가 인정되어야 한다.⁴³⁾ 반면 후순위의 우선변제권 있는 임차권(주택임대차보호법 제3조의2 제2항, 상가건물 임대차보호법 제5조 제2항)의 경우는 어떠한가? 임차권 역시 매각대금에서 우선변제를 받을 수 있는 지위로서 배당이 이루어지는 이 맥락에서 달리 취급할 이유가 없고, 임차권자가 공동저당권자의 선택에 따라 불이익을 받아서는 안 된다고 하여 대위를 인정할 가능성도 없지는 않다. 그러나 임차권자의 우선변제권은 점유 및 주민등록으로 대항력을 유지하는 임차목적물에 대해 인정되는 권리로서, 만일 대위를 인정하게 되면 점유나 주민등록조차 요구되지 아니하는 비공시 우선특권을 인정하는 결과가 발생한다. 이는 임대차 보호법제의 체계에 비추어 문제가 있을 뿐만 아니라 거래의 안전도 해칠 우려가 있다. 그러므로 후순위 우선변제권 있는 임차인은 이시배당에 의해 불이익을 받더라도 다른 공동저당 부동산에 대위를 할 수는 없다고 하겠다.

(d) 한편 A가 1순위 공동저당권을 가지는 丁, 戊, 己 부동산 중 丁 부동산에 2순위 저당권자인 B가 있는 사안에서, A가 이시배당으로 丁 부동산으로부터 전부 만족을 받은 결과 B가 戊와 己 부동산에 있는 A의 저당권에 대위하는 경우, B는 공동저당권자로서 대위하는가 아니면 분담비율에 따라 각각 분할된 저당권을 취득하는가? 두 가지 견해 우리 민법의 해석으로 주장될 여지가 존재하지만, 분할된 저당권을 취득한다는 견해가 보다 타당하다고 생각된다.⁴⁴⁾ 공동저당을 인정하면 다시 B를 기준으로 제368조의 적용에 따른 문제가 반복될 것이다. 그런데 우리 민법은 구상의 부담을 분담하기 위해 대위의 방법을 사용하는 변제자대위에서 대위의 순환을 반복하기 위해 최초의 대위로 관계인들이 분할하여 책임을 부담하는 것으로 정하고 있으며(제482조), 이러한 사고방식은 대위로 부동산의 분담을 정하는 공동저당의 경우에도 존중할 만한 내용이라고 생각된다. 그러므로 다수의 저당권을 대위하는 후순위권리자는 제368조 제1항의 취지에 따라 분담된 비율에 따라 선순위저당권을 분할하여 취득한다고 해석하는 것이 보다 간명하고 민법의 정신에 부합할 것이다.

(e) 마지막으로 후순위저당권자의 대위의 범위는 어느 시점에 결정되어야 하는가? 이는 선순위저당권자가 일부의 부동산으로부터 이시배당으로 만족을 받은 경우 경매되지 아니하는 공동저당 목적부동산의 가액을 확정할 수 없기 때문에 받

43) **주식 물권(4)**(주 2), 268면(김재형) 참조.

44) 같은 취지로 **주식 물권(4)**(주 2), 273면(김재형); 백경일(주 33), 18면.

생하는 문제이다. 현재 우리나라에서는 이시배당에서 제외된 저당부동산의 경매를 기다려서 후순위저당권자의 대위액을 정해야 한다는 견해가 주장되며,⁴⁵⁾ 타당하다고 하겠다. 불확실한 사전적 평가에 의지하는 것보다는 현실의 경매 결과를 기다려 그 가액을 기초로 대위 범위를 판단하는 것이 적절하며 후순위저당권자에게 경매절차에서 불복의 기회를 부여한다는 점에서도 공정하다고 보이기 때문이다. 또한 부동산등기법 제80조도 부기등기에서 대위범위의 확정을 요구하지 아니하므로 그러한 입장에서 있다고 말할 수 있을 것이다. 판례도 후순위저당권자가 물상보증인의 변제자대위에 물상대위하는 하는 방식으로 선순위저당권을 취득하는 경우에 그러한 전제에 기초해 판단한 바 있다.⁴⁶⁾

(라) 제368조 제2항의 대위에 의해 공동저당권자가 가지고 있던 선순위의 저당권이 후순위저당권자에게 이전한다. 피담보채권액이 소멸한 범위에서 공동저당권자가 가지고 있던 저당권이 내용을 변경하여 이제 후순위저당권자의 채권을 담보하게 되며, 이는 피담보채권의 교체(Forderungsabwechslung)에 해당한다.⁴⁷⁾ 대위에 따른 저당권의 이전은 법률에 의한 물권변동이므로 등기 없이 효력이 발생한다(제187조 본문). 판례에 따르면 대위는 배당기일에 배당표에 따라 배당이 실시되어 배당기일이 종료한 시점에 행해지며, 배당표의 확정을 기다릴 필요는 없다.⁴⁸⁾

후순위저당권자가 대위를 하는 경우, 그는 이를 부기등기할 수 있다(등기사항에 대해 부동산등기법 제80조 참조). 그러나 이로써 대위의 효력이 발생하는 것은 아니며, 이미 발생한 대위의 효력을 등기에 반영하는 정정적 등기에 지나지 않는다. 적어도 이론적으로는 부기등기가 없더라도 대위를 입증하는 이상 저당권의 행사에

45) 양창수, “후순위저당권자 있는 공동저당 부동산에 대한 경매와 물상보증인의 지위”, **민법연구**, 제4권(1997), 314면; 엄규석(주 34), 60면; **민법주해**[VII](주 17), 196-197면(조대현).

46) 大判 1994.5.10., 93다25417, 공보 1994, 1638면: “그 구체적인 액수는 [...] 부동산이 경매되어야 확정될 것이다”.

47) 大判 2009.11.12., 2009다53017,53024, 공보 2009, 2094면: “후순위 저당권자의 대위권은 임금채권에 붙어 있는 법정담보물권적 성격을 가진 우선변제권을 공동저당과 유사한 관계에 있는 다른 부동산에 대위하여 행사하도록 허용하여 후순위 저당권자나 다른 채권자 등의 이해관계를 조절하려는 것에 불과한 것이지 임금채권 자체를 대위하는 것은 아니다”. 또한 大判 2015.3.20., 2012다99341, 공보 2015, 592: “후순위저당권자의 대위의 경우에는 채권이 이전되지 아니한다”. 반면 저당권부 채권의 이전으로 보는 견해로 강태성(주 11), 1216면. 피담보채권의 교체로 보는 것에 대해서는 부종성의 입장에서 의문이 제기될 여지도 있으나, 부종성은 법률에 의해 그 내용이 정해지는 성질이므로 법률이 그 예외를 정하는 것도 당연히 가능하며, 이 경우가 그에 해당한다.

48) 大判 2006.5.26., 2003다18401, 공보 2006, 1126.

는 영향이 없다. 이후 그 부동산에 이해관계를 취득하는 제3자가 있더라도 그는 “저당권이 유효하게 존재함을 알거나 적어도 저당권이 공동저당권으로서 공시되어 있는 상태에서 이를 알면서 해당 부동산을 취득할 것이므로 저당권의 이전과 관련하여 제3취득자를 보호할 필요성은 적다”고 말할 수 있기 때문이다.⁴⁹⁾

(마) 그런데 후순위저당권자가 대위한 저당권에 부기등기를 하기 전에 선순위저당권자에 의해 그 저당권등기가 말소되어 저당권이 대위되어 있음을 확인할 수 없는 상태에서 그 부동산에 소유권이나 저당권 등 새로운 이해관계를 취득한 사람(제3취득자)이 있는 경우에도 후순위저당권자는 대위를 주장할 수 있는가? 저당권의 이전은 이미 법률의 규정에 의해 이루어졌으므로(제187조) 등기 말소만으로는 저당권이 소멸할 이유가 없고 이해관계인은 등기부에서 대위를 인식할 수 있을 것이라는 이유로, 후순위저당권자가 여전히 대위를 주장할 수 있다는 견해가 주장된다.⁵⁰⁾ 이에 대해 종래 다수설은 거래의 안전을 이유로 대항할 수 없다고 설명하고 있었다.⁵¹⁾ 판례는 변제 이후 권리소멸을 신뢰할 제3취득자의 보호를 위한(변제자 대위에 관한) 제482조 제2항 제1호 및 제5호의 취지가 여기서도 타당하므로 이를 유추하여 그러한 제3취득자에 대해 후순위저당권자는 제368조 제2항에 따른 대위를 주장할 수 없다고 한다.⁵²⁾ 물론 그는 등기말소에 관여한 선순위저당권자와 저당물소유자에게 귀책사유가 있는 경우 이들을 상대로 손해배상을 청구할 수 있을 것이다(제750조).⁵³⁾

소수설이 지적하는 바와 같이 특별한 규정이 없는 이상 논리적으로 이전한 저당권이 말소등기만으로 소멸할 이유는 없다고 할지도 모른다. 그러나 이 경우와 이의상황이 유사한 제3취득자에 대한 변제자대위에서 민법이 대위에도 불구하고 권리 소멸을 신뢰할 수 있었던 제3취득자를 보호하는 규율을 두고 있는 이상, 이를 유추할 가능성은 충분히 고려된다. 이때에도 논리적으로는 이전한 채권 및 담보권이 소멸할 이유가 없음에도 민법은 이해관계를 맺은 제3취득자를 배려하고 있기 때문이다. 또한 소수설은 등기로부터 대위 사실을 알 수 있을 것이라고 하지만, 후

49) 大判 2015.3.20., 2012다99341, 공보 2015, 592.

50) 강태성(주 11), 1217-1218면; 이영준(주 28), 931면; 이상태(주 28), 548면; 송덕수(주 28), 526면; 윤철홍, **물권법**, 개정판(2013), 523면; 염규석(주 34), 57면.

51) 박윤직·김재형(주 2), 489면; 김상용(주 28), 723면; 이덕환(주 28), 829-830면; 오시정(주 34), 14면; 조성민, “공동저당상 이해당사자의 조절”, **고시계**, 제48권 제6호(2003), 213면; 정충령(주 13), 263면.

52) 大判 2015.3.20., 2012다99341, 공보 2015, 592.

53) 大判 2015.3.20., 2012다99341, 공보 2015, 592.

순위저당권이 변제로 소멸하였기에 대위가 없었다고 신뢰할 가능성이 있는 이상 등기만으로는 이해관계인이 충분히 보호된다고 말하기 어려우며, 거의 유사한 사안에 대해 제482조 제2항 제1호 및 제5호는 부기등기를 할 때에만 대항할 수 있다고 규정하고 있다. 그렇다면 이렇게 거의 동일한 이익충돌이 문제되고 있음에도 다른 결과를 인정하는 것이 법률의 취지에 부합한다고는 쉽게 상정하기 어렵다. 이익상환에 비추어 제482조 제2항 제1호 및 제5호의 유추가 보다 설득력 있다고 생각된다.

(바) 이상의 내용에 따를 때, 공동저당이 설정된 경우 후순위저당권자는 선순위저당권자의 다른 저당권에 대위하여 만족을 받을 수 있다는 점에 대해 정당한 기대를 가진다. 그러므로 공동저당권자가 다른 부동산에 대한 저당권을 포기한 다음 후순위저당권자가 있는 부동산에 대해 저당권을 실행하여 만족을 구하는 경우, 후순위저당권자로서는 제368조 제2항이 부여하는 대위의 이익을 받지 못하는 결과가 발생할 수 있다.

(a) 이 문제에 대해서 종래 학설에서는 후순위저당권자의 동의가 없으면 포기할 수 없다거나 대항할 수 없다고 해석하는 견해가 주장된다.⁵⁴⁾ 그러나 판례는 접근을 달리하여, “후순위저당권자의 [...] 대위에 관한 정당한 기대는 보호되어야 할 것이므로, 선순위 공동저당권자가 피담보채권을 변제받기 전에 공동저당 목적 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 것”⁵⁵⁾이라고 한다.⁵⁶⁾

판례가 타당하다고 생각된다. 후순위저당권자의 동의가 없으면 포기의 효력을 부정하는 견해에 따르면 말소 등기에도 불구하고 저당권이 존속한다는 결과를 인정하는 것이다. 그러나 이는 이후 해당 부동산이 양도되거나 새로 저당권이 설정되는 경우 거래의 안전의 문제를 발생시킨다. 또한 후순위저당권자로서는 등기가

54) 김증한·김학동(주 34), 560면; 이영준(주 28), 931면; 최창렬(주 34), 103면; 오시정(주 34), 14면. 한편 아예 포기가 불가능하다는 견해로 강태성(주 11), 1213면.

55) 大判 2009.12.10., 2009다41250, 공보 2010, 93; 2011.10.13., 2010다99132, 공보 201, 2335.

56) 판례를 지지하는 견해로 박용석, “공동저당의 실행상의 문제점”, **토지법학**, 제29-2호(2013), 82-83면; 이종기, “공동저당권자의 저당권 일부 포기 및 혼동으로 인한 소멸”, **민사판례연구**[XXX-上](2011), 385면 이하; 이정일, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위의 기대에 대한 보호”, **판례연구**, 제22집(부산판례연구회, 2011), 567면.

말소된 부동산에 대해 경매를 신청하거나 그 경매절차에서 저당권을 주장해야 할 것인데, 이는 현실적으로 상당한 난점을 수반하며, 결국 별도로 회복등기의 소를 제기하는 등의 절차적 번거로움을 감수할 수밖에 없다. 이러한 문제는 동의가 없으면 후순위저당권자에게 대항할 수 없다는 견해에서도 (그 취지가 반드시 명백한 것은 아니지만 표현 그대로 후순위저당권자가 그 포기의 효력을 부정할 선택권을 가진다는 의미라고 이해한다면) 마찬가지로 발생한다. 게다가 여기서는 상대적 법률관계가 발생하는데다가 후순위저당권자의 의사에 따라 상당기간 유동적 상태가 지속하여 더욱 법률관계를 불안정하게 한다. 결국 이들 견해는 후순위저당권자에게 강한 지위를 인정하는 것처럼 보이지만 실제 그의 이익으로 작용하는 효과는 크지 않으며 거래의 안전에는 불안요소로 작용한다. 그러므로 이때에도 변제자대위와 관련해 유사한 이익상황을 규율하는 제485조의 취지가 유추적용되는 것이 바람직하다.⁵⁷⁾ 이 규정은 포기 자체의 효력을 인정하면서도 적법한 대위 기대를 침해하는 한도에서 채권자에게 권리상실이라는 불리한 효과를 규정한다. 이러한 고려는 제 368조의 적용과 관련해서도 포기 의사표시의 효력을 존중하면서도 대위자를 보호한다는 점에서 비교적 간명하게 법률관계를 처리하는 장점이 있다. 명시적으로 이 점을 언급하지는 않지만, 판례는 같은 고려에서 있다고 생각되며, 정당하다.⁵⁸⁾

(b) 한편 공동저당권자가 공동저당 부동산의 소유권을 취득하는 경우 저당권이 혼동에 의해 소멸하게 되면 후순위저당권자의 대위 기대가 좌절될 우려가 있다. 앞서 살펴본 고려에 비추어 본다면, 그러한 기대는 혼동의 경우에도 보장되어야 한다. 그러한 의미에서 공동저당권자가 공동저당 부동산의 소유권을 취득하여도

57) 같은 취지로 이정일(주 56), 387-388면.

58) 이에 대해 일본에서는 비판도 없지 않다. 즉 본문에서와 같은 견해에 따른다면, 저당권을 포기한 부동산과 저당권이 남아 있는 부동산의 소유자가 다른 경우 후자의 부동산 소유자의 일반채권자에게 불이익이 발생할 수 있다는 것이다. 즉 공동저당권자는 포기를 이유로 후순위저당권자에 대해서만 우선변제권을 대항할 수 없으므로, 원래 공동저당권자에게 배당되었을 금액 중 후순위저당권자에게 배당되어 부족이 발생한 부분은 결국 일반채권자에게 배당될 금액으로부터 충당되어야 하기 때문이다(자세한 내용은 鈴木祿弥, 抵当制度の研究(1968), 239면 이하 참조). 그러나 이 비판은 그 내용에서 명백하듯 공동저당 부동산이 서로 다른 소유자에게 속하는 경우에도 제368조가 적용된다는 견해(후순위저당권자 우선설; 아래 II. 3. (1) (나) 참조)를 전제로 하므로, 이를 좇지 않는 이상 설득력이 없다. 소유자가 다른 이상 부동산 사이 분담은 변제자 대위 규정에 의하며, 결국 제485조가 적용될 것이기 때문이다. 그러나 후순위저당권자 우선설에 따른다고 하더라도, 일반채권자에게는 배당액에 대한 보호가치 있는 신뢰가 없으므로 그러한 비판은 타당하지 않다고 생각된다(道垣内(주 32), 206면 참조).

저당권은 혼동으로 소멸하지 않는다는 견해도 있으나(제191조 제1항 단서),⁵⁹⁾ 포기에서와 마찬가지로 선순위 공동저당권자에게 우선변제권을 부정하는 방법이 타당하다는 견해도 주장된다.⁶⁰⁾ 어느 편이나 후순위저당권자 보호에 큰 차이가 없다고 보일 수도 있지만, 예컨대 혼동을 이유로 저당권 등기가 말소된 사안에서는 역시 후순위저당권자는 말소된 부동산에 대한 권리 행사에 있어 어려움에 직면할 수 있고 거래안전의 문제도 발생하므로, 선순위저당권자의 우선변제권을 제한하는 방법으로 접근하는 것이 보다 간명할 수 있다. 또한 선순위저당권자가 먼저 저당권을 포기한 다음 그 소유권을 취득하는 경우와 소유권을 먼저 취득하여 혼동으로 저당권이 소멸하는 경우를 평가적으로 달리 취급할 이유가 있는지도 의문이다. 그리고 처리의 일관성이라는 관점도 무시할 수 없을 것이다. 그러므로 후자의 견해가 타당하다고 생각된다.

3. 공동저당 부동산이 채무자 및 물상보증인 소유인 경우

제368조의 적용범위에 관하여 어려운 문제는 공동저당이 설정된 부동산이 채무자 및 물상보증인에 의하여 제공된 경우에 발생한다.⁶¹⁾ 서술의 편의상 이시배당의 경우를 먼저 살펴본다.

(1) 이시배당의 경우

(가) 예를 들어 채무자 S 소유의 甲 부동산(가액 6천만 원) 및 물상보증인 L 소유의 乙 부동산(가액 4천만 원)에 S의 G에 대한 5천만 원의 채무를 담보하기 위해 각각 1번 저당권이 설정되었고, 이후 S의 X에 대한 4천만 원의 채무를 담보하기 위해 甲 부동산에 2번 저당권이 설정된 사안을 상정한다.

	甲不動産(S 소유, 6천만)	乙不動産(L 소유, 4천만)
1번	G 5천만	G 5천만
2번	X 4천만	

⁵⁹⁾ 강태성(주 11), 1214면; 김상용(주 28), 723면; 이영준(주 28), 931면; 이상태(주 28), 547면; 최창렬(주 34), 103면.

⁶⁰⁾ 이종기(주 56), 393면; 이정일(주 56), 569면; 박용석(주 56), 83면.

⁶¹⁾ 회생절차에서의 취급에 관한 논의는 양형우, “회생절차에서의 공동저당권”, **법학연구**, 제18권 제1호(연세대학교 법학연구원, 2008), 109면 이하 참조.

G가 乙 부동산으로부터 먼저 만족을 받게 된다면, L은 제481조에 따라 4천만 원의 범위에서 甲 부동산에 설정된 G의 저당권을 대위한다. 이후 甲 부동산이 경매되는 경우, G가 1천만 원, L이 4천만 원을 선순위로 배당받게 되고,⁶²⁾ X는 1천만 원을 배당받음에 그친다. 결과적으로 L은 부동산의 소유권은 상실하지만 그 가액의 전부를 구상으로 회복할 수 있게 된다. 그러나 甲 부동산에 대하여 먼저 경매가 개시된다면, G는 5천만 원 전액을 만족받는 동시에 X는 제368조 제2항에 따라 2천만 원의 한도에서 乙 부동산에 설정된 G의 저당권을 대위하게 된다. 이로써 X는 乙 부동산으로부터 2천만 원을 배당받을 수 있어 모두 3천만 원의 변제를 받는 반면, L은 乙 부동산으로부터 3천만 원만을 돌려받아 앞의 경우와 비교할 때 2천만 원에 해당하는 구상이익을 상실한다.

이러한 결과는 합리적이지 않다. 변제자대위 및 후순위권리자의 대위 제도의 취지가 선순위 채권자의 행사할 권리 선택에 따라 이해관계인의 지위가 달라지지 않도록 하기 위한 것임에도, 조정 없이 적용할 때 바로 제도가 예방하고자 하는 결과가 그대로 실현될 우려가 있기 때문이다.⁶³⁾ 그러므로 여기서 채무자 및 물상보증인의 부동산에 공동저당이 설정된 경우 물상보증인의 변제자대위를 우선시킬 것인지 아니면 후순위담보권자의 대위를 우선시킬 것인지의 문제가 발생한다. 이는 결과적으로 물상보증인의 구상에 대한 이해관계와 후순위저당권자의 담보 이해관계 사이에서 어떤 것을 보다 더 보호할 것인지에 관한 물음이라고 말할 수 있다.

(나) 이에 대해서는 주지하는 바와 같이 변제자대위 우선설과 후순위저당권자대위 우선설이 대립한다.

(a) 물상보증인의 변제자대위가 우선해야 한다는 견해는 다음과 같이 설명한다.⁶⁴⁾

62) 경매대가가 G와 L을 모두 만족시키지 못하는 경우 G의 우선 여부에 대해서는 주지하는 바와 같이 논의가 있다. 우선 송덕수, **채권법총론**, 제2판(2015), 430-431면 참조. 판례(大判 1988.9.27., 88다카1797, 집 36-2, 175 등)는 대위변제자에 대한 채권자의 우선 변제를 긍정한다.

63) 앞의 I. 1. (1), (2) 및 김형석, “변제자대위 제도의 연혁에 관한 소고”, **사법연구**, 제8집(2003), 9면 이하 참조.

64) 고상용(주 28), 701면; 강태성(주 11), 1221면; 곽윤직·김재형(주 2), 490-492면; 김중환·김학동(주 34), 561면; 송덕수(주 28), 529면; 양창수(주 45), 311-312면 이하; 이덕환(주 28), 833면; 이은영(주 34), 826면; 제철용, **담보법**, 개정판(2011), 418면; 홍성재, **물권법**, 개정판(2010), 569면; **주식 물권(4)**(주 2), 277, 280-281면(김재형); 이정일(주 56), 564면; 오시정(주 34), 16면; 조성민(주 4), 515-516면; 김상수, “공동저당의 실행”, **고시연구**, 제30권 제7호(2003), 134면; 김형수(주 34), 77-78면; 정충령(주 13), 274면; 서기석, “공동저당에 있어서 후순위근저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위의 충돌”,

물상보증인은 자신의 부동산 및 채무자 소유의 부동산에 공동저당이 설정되는 경우, 자신의 구상권이 채무자 소유 부동산에 설정된 저당권으로부터 담보될 것이라는 기대를 가지게 될 것이므로, 이러한 기대를 보호할 필요가 있다고 한다. 특히 공동저당 성립 이후에 채무자가 자신의 소유의 부동산에 후순위저당권을 설정하였다는 사정에 의하여 그러한 기대에 반하여 물상보증인의 구상을 좌절시킬 이유가 없다는 것이다. 반면 공동저당이 설정된 채무자 소유 부동산의 후순위저당권자는 물상보증인이 제공한 부동산이 공동저당 목적물로 있는 경우 그에 자신의 대위가 관철될 수 없음을 계산하고 담보를 취득할 수밖에 없으며, 물상보증인이 제공하는 담보가 후순위저당권자 등장 이후에 제공된 때에는 애초에 대위의 기대조차 없었으므로, 후순위저당권자는 보호가치 있는 신뢰가 없다고 한다. 그러므로 보호가치 있는 대위 기대가 없는 후순위저당권자보다는 정당한 구상의 기대가 인정되는 물상보증인이 대위에서 우선하는 것이 정당하다고 한다. 판례도 물상보증인의 변제자대위가 우선한다는 입장이다.⁶⁵⁾

이에 대해 후순위저당권자의 대위가 우선해야 하는 견해는 다음과 같이 설명한다.⁶⁶⁾ 타인의 채무를 담보하기 위하여 물상보증을 한 자는 적어도 각 담보부동산의 가액에 비례한 범위에서는 책임질 것을 각오한 자이므로 그 한도 내에서는 후순위저당권자에게 우선하지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 한다. 그리고 물상보증인과 후순위저당권자의 공평한 보호 및 부동산의 담보가치의 충분한 활용이라는 면에서 후순위저당권자의 대위를 우선시켜야 한다는 것이다. 특히 판례에 대해서는, 저당권은 저당물이 가지고 있는 교환가치에 대한 직접지배를 내용으로 하는 담보물권으로서 저당물의 소유자가 누구인가에 따라 효력내용이 달라지는 것이 아니기 때문에 판례는 물권으로서의 저당권의 본질을 변형시키고 있고, 더 나아가 제368조는 저당물의 소유자가 누구인가에 대한 명시적 구별을 하고 있지 않으므로 실정법적 근거가 희박하다는 비판이 있다.⁶⁷⁾ 또한 변제자대위 우선설

법조, 제44권 제1호(1995), 132면 이하.

65) 大判 1994.5.10., 93다25417, 집 42-1, 344.

66) 김상용(주 28), 724면; 이영준(주 28), 933면; 이상태(주 28), 549면; 윤철홍(주 50), 526면; 최창렬(주 34), 115-121면; 박용석(주 56), 79-80면; 김규환, “공동저당과 후순위권리자들의 이익교량”, **고려법학**, 제49호(2007), 470면 이하; 김인섭(주 34), 39, 45-46면; 염규석(주 34), 68면 이하; 어인의, “공동저당”, **고시계**, 제38권 제11호(1993), 53면.

67) 명순구, “공동저당에 있어서 후순위저당권자와 물상보증인의 대위권”, **판례연구**, 제8호, 262면 이하. 이 견해는 일률적 해결을 지양하고, 변제로 인한 구상권자의 법적 이익과 공동저당물의 일부에 대한 후순위저당권자의 법적 이익이 서로 조정되어야 할 문제로

이 물상보증인의 대위 기대를 강조하지만 이는 제368조가 적용되지 않는다는 결과를 부당전제하고 있다고 지적한다.⁶⁸⁾

(b) 변제자대위를 우선하는 견해 및 판례가 타당하다. 후순위저당권자 우선설은 물상보증인이 책임을 인수하였음을 근거로 하지만, 그는 어디까지나 민법이 인정하는 구상가능성에 따른 분담을 염두에 두고 그러한 책임을 인수한 것이다. 그러므로 물상보증인이 책임을 인수하였음을 이유로 그의 구상가능성을 박탈하는 해석은 서로 다른 두 가지 모멘트를 혼동하고 있을 뿐만 아니라 물상보증인의 이익상황을 결정적으로 간과하는 난점을 노정한다. 변제자대위 우선설이 말하는 대로, 창설적 공동보증의 경우 물상보증인은 언제나 후순위저당권자보다 앞서 변제자대위에 따른 구상가능성을 확보하는 한편, 추가적 공동저당의 경우 후순위저당권자가 애초에 기대할 수 없었던 대위 이익을 부여할 필요가 없으므로, 물상보증인의 대위 기대가 보다 우선적으로 보호할 필요가 있다고 할 것이다. 물론 이에 대해서는 이러한 결론이 이미 제368조의 부적용을 전제하므로 순환논법이라고 말할 수도 있다. 그러나 이는 후순위저당권자 대위를 우선하는 견해에 대해 동일하게 돌아가는 비판이다. 왜냐하면 이 견해는 같은 방식으로 제481조, 제482조의 부적용을 전제로 하는 순환논법을 사용하고 있기 때문이다. 문제는 서로 양립할 수 없는 두 대위 기대 사이에 어느 것이 보다 중하게 평가될 것인지 여부이며, 기대 형성의 선후를 생각하면 이익형량에 있어 후순위저당권자의 기대가 우선한다고 말하기는 어렵다고 생각된다.

또한 이상과 같은 해석은 변제자대위에 관한 제482조 제2항의 취지를 끝까지 생각해 보면 자연스럽게 도출되는 내용이다.⁶⁹⁾ 제482조 제2항에 의하면 기본적으로 보증인은 채무자로부터의 제3취득자⁷⁰⁾에 대해서 변제자대위를 할 수 있지만(제1호), 반대로 채무자로부터의 제3취득자는 보증인에게 변제자대위를 할 수 없다(제2호). 그리고 물상보증인은 이 맥락에서 보증인에 준하여 취급되는 것으로 해석되므로(제341조 참조),⁷¹⁾ 채무자로부터의 제3취득자에 대해 물상보증인은 변제자대위를

접근해야 한다고 한다(271면 이하).

68) 김규완(주 66), 452면 이하.

69) 이하의 내용은 이전에 김형석(주 5), 204면 이하에서 다소 불충분하게 서술한 바 있다. 여기서 이를 보완하여 다시 제시한다.

70) 물상보증인으로부터의 제3취득자는 물상보증인에 준하여 취급할 것이어서, 제482조 제2항이 말하는 제3취득자는 채무자로부터의 제3취득자만을 말한다고 이해할 것이다. 이진만, “변제자대위에 있어서 대위자 상호간의 관계”, **사법논집**, 제27집(1996), 80-81면 참조.

할 수 있지만 그 역은 성립하지 않는다. 이에 따르면 채무자와 물상보증인의 부동산에 공동저당이 설정된 경우 채무자로부터 저당부동산 甲의 소유권을 취득한 제3취득자는, 공동저당권자가 甲 부동산의 저당권을 실행한 경우 물상보증인에게는 구상을 할 수 없어 (채무자에게 담보책임을 묻는 외에는) 그 부담을 단독으로 지는 것이지만, 반대로 乙 부동산의 저당권이 실행된 경우 물상보증인은 제3취득자에 대하여 구상채권 전액에 대하여 공동저당권자의 저당권을 대위할 수 있다. 이렇게 우리 민법은 채무자로부터 부동산의 소유권을 취득한 제3취득자에게 변제자대위에 의한 구상가능성을 차단하고 있다. 이는 제3취득자와 물상보증인 사이에서 채무자의 무자력 위험은 제3취득자가 부담할 것을 민법이 예정함을 의미한다. 이는 왜 그러한가? 해당 규정이 연원한 프랑스 민법에서 학설은, 보증인이 변제자대위로 채권자의 저당권을 전액 행사할 수 있는 권한이 채무자의 양도로 침해되어서는 안 되기 때문에 그에게 전부 대위가 보장되어야 하고, 이를 위해서는 제3채무자의 보증인에 대한 대위가 부정되어야 한다고 설명한다.⁷¹⁾ 우리 민법에서도 제3취득자의 대위가 부정되고 있는 이유를 이렇게 이해한다면, 같은 내용이 후순위저당권자의 대위에 대해서도 그대로 인정되어야 할 것이다. 즉 채무자가 자신의 부동산 소유권을 처분함으로써 제3취득자의 변제자대위를 가능하게 하여 물상보증인의 구상가능성을 좌절시킬 수 없어야 한다면, 마찬가지로 채무자가 자신의 부동산에 후순위저당권을 설정함으로써 제368조 제2항의 대위를 가능하게 하여 물상보증인의 구상가능성을 좌절시킬 수 없어야 함은 당연한 것이기 때문이다. 채무자의 부동산에 포괄적인 물권인 소유권을 취득한 자도 방해할 수 없는 물상보증인의 구상 이익을 제한물권인 저당권을 취득한 후순위저당권자(말하자면 내용적으로 제한된 부분적 제3취득자)가 방해할 수 있다고 하여 제482조 제2항이 예정하는 무자력 위험분배에 다른 결과를 가져오는 것은 균형을 상실하며 허용될 수 없다고 해석해야 한다.⁷²⁾ 즉 제482조 제2항 제2호의 취지에 비추어 보면 물상보증인이 제공한 부동산에 있는 저당권에 대해 후순위저당권자는 제368조 제2항에 기초해 대위할 수 없다.⁷³⁾ 그렇다면 제368조의 문언이 저당부동산의 소유자를 구별하지 않는

71) 이진만(주 70), 83면 참조.

72) Mestre, *La subrogation personnelle* (1979), n° 154.

73) 그러한 의미에서 가령 후순위저당권자와 물상보증인 사이의 관계를 변제자대위에 있어 물상보증인들 사이의 관계와 유사한 것으로 이해하는 명순구(주 67), 274-275면은 제482조 제2항의 취지를 오해하는 입장으로 쉽게 동의하기 어렵다.

74) 관련하여 주의할 점이 있다. 본문의 서술은 제482조 제2항 제2호의 취지에 따를 때

다는 비판도 설득력을 상실한다. 제482조 제2항을 고려하여 체계적이고 목적론적으로 해석할 때 제368조의 적용범위가 공동저당 부동산이 동일인 소유인 경우로 자연스럽게 확장되기 때문이다(아래 III. 2. 참조).

그리고 비교법적으로 변제자대위를 우선하는 결과는 우리와 비슷한 제도를 가지고 있는 이탈리아 민법의 규정(동법 제2857조 제1항 참조) 및 오스트리아 강제

후순위저당권자가 자신의 저당권이 만족 없이 상실됨을 이유로(이 점에서 소유권을 취득한 제3취득자와 유사한 지위에 있다) 물상보증인 소유 부동산에 있는 저당권에 대위할 수 없다는 것뿐이다. 그가 만일 선순위저당권자의 피담보채권을 변제하고 이로써 선순위저당권에 변제자대위를 하는 경우, 이는 자신의 후순위저당권을 유지하면서 선순위저당권을 대위로 취득한 다음 행사하는 것이며, 이는 당연히 허용된다. 즉 제482조 제2항 제2호는 제3취득자 그리고 그에 준하는 자가 자신의 권리상실 또는 이에 준하는 변제를 이유로 채권자의 권리에 대위하는 것을 차단하고 있는 것에 그친다(법제사적으로 *beneficium cedendarum actionum*의 영역; 김형석(주 63), 9면 이하 참조). 반면 자신의 후순위저당권을 유지하면서 추가적인 출연으로 선순위저당권자를 만족시키고 그의 저당권에 변제자대위하는 경우는 분담조정 문제가 없어 제482조 제2항의 적용이 예정되어 있지 아니하므로, 변제자대위의 일반 법리에 따른 대위 가능성을 부정할 이유가 없다(법제사적으로 *ius offerendi*의 영역; 김형석(주 63), 15면 이하 참조). 두 사안유형의 구별에 대해 Mestre (주 72), n° 157 참조. 공동저당의 경우 양자의 차이는 더욱 분명하게 나타난다. 전자의 경우 대위가 허용된다면 채무자 소유 부동산의 후순위저당권자는 물상보증인 소유 부동산에 존재하는 선순위저당권자의 저당권에만 대위할 것이지만, 대위가 허용되는 후자의 경우 후순위저당권자는 선순위저당권자의 공동저당 전체를 대위하게 되기 때문이다.

같은 이유에서 제3취득자에게 인정되는 소멸청구(제364조)가 후순위저당권자에게 인정되지 않는다는 판례(大判 2006.1.26., 2005다17341, 공보 2006, 312)와 통설(예컨대 박윤직·김재형(주 2), 473면; 이영준(주 28), 909면; 송덕수(주 28), 508면 등)도 본문에서의 서술과 모순되지 않는다. 후순위저당권자가 제482조 제2항의 취지상 대위를 할 수 없다는 것은 전자의 영역과 관련된 문제임에 반해 제364조에 따른 소멸청구를 할 수 없다는 것은 후자의 영역과 관련된 문제이기 때문이다.

그러한 의미에서 이 두 사안유형을 혼동하여 극히 혼란스러운 논증을 방편으로 제시하고 있는 大判 2013.2.15., 2012다48855, 공보 2013, 466의 설명은 이론적으로는 부당하다. 후자의 영역에서의 해석론에 전자의 영역을 규율하는 제482조 제2항을 원용하고 있기 때문이다. 그러나 결론에 있어 후자의 경우 후순위저당권자의 대위 가능성을 긍정한 것 자체는 정당하다. 한편 이 판결에 반대하는 평석인 백경일, “보증인과 후순위저당권자 간의 변제자대위”, **민사법학**, 제64호(2013), 258면 이하도 두 사안유형을 구별하지 않고 전자의 경우의 이익형량을 들어 후자의 경우의 변제자대위를 부정하는데, 위에서 서술한 이유에 비추어 타당하지 않다고 생각된다. 양자를 구별해야 함은 실제로 프랑스 민법의 해석에서 제482조 제2항과 같은 대위의 제한은 전자의 사안유형에 적용되는 동법 제1251조 제3호와 관련해서만 논의되고 있으며 후자의 사안유형을 규율하는 동조 제1호에 대해서는 그러한 논의가 없다는 사실에서도 그대로 확인된다. Mestre (주 72), n° 471-474, 541 sqq. 참조.

집행법 제222조의 해석으로도 인정되고 있다.⁷⁵⁾ 이러한 일치는 사안유형에 내재하는 이익형량의 결과를 반영하는 것으로 생각되므로 쉽게 간과해서는 안 될 것이다.

(c) 그리고 이러한 결론은 채무자 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정된 이후에 물상보증인이 저당권을 설정하여 공동저당이 성립한 경우에도 다를 바 없다고 할 것이다.⁷⁶⁾ 그렇지 않으면 후순위저당권자는 채무자 소유의 부동산 가액에서 선순위저당권의 피담보채권액을 제외한 금액만큼을 담보가치로서 파악하여 담보를 취득하였음에도 불구하고, 이후 선순위저당권자가 추가로 물상보증인 소유 부동산에 저당권을 취득하였다는 사정에 의하여 자신도 추가로 담보를 취득한다는 결과가 되는데, 이를 정당화할 근거는 찾기 어렵다. 물상보증인이 그러한 후순위저당권자의 존재를 알면서 공동저당을 성립시켰다고 하더라도, 그가 변제자대위의 법리에 따라 채무자에 대한 구상을 할 수 있는 이상 물상보증인의 구상의 기대를 보호해야 한다는 점에서는 어떠한 차이를 인정할 수는 없다. 이는 제482조 제2항 제2호에서 제3취득자는 취득의 선후를 불문하고 물상보증인에게 대위할 수 없다는 취지에 비추어도 당연하다고 할 것이다. 판례도 같은 입장이다.⁷⁷⁾

(다) 그런데 물상보증인이 담보로 제공한 부동산에 후순위저당권자가 있는 경우에는 어떠한가? 앞서의 사례에서 乙 부동산에 피담보채권 3천만 원의 후순위저당권자 Y가 존재한다고 가정한다.

	甲不動産(S 소유, 6천만)	乙不動産(L 소유, 4천만)
1번	G 5천만	G 5천만
2번	X 4천만	Y 3천만

75) 이에 대해 김형석(주 4), 198, 201면 참조.

76) Hoyer, *Die Simultanhypothek* (1973), S. 26: “강제집행법 제222조만을 근거로 하여 후순위저당권자에게 추가적인 책임재산이 귀속된다는 것인가? 이는 물상보증인이 주채무자 자신에 대하여 구상의무가 있다고 하는 것만큼이나 불합리하다. [...] 공동저당의 피담보채권이 임의로 변제되는지 아니면 강제로 변제되는지의 우연한 사정이 그러한 실제법적 차이를 정당화할 수 있을 것인가?” 그러나 반대 견해로 예컨대 김제식, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위와의 관계 및 물상보증인 소유 부동산의 후순위저당권자의 지위”, **재판과 판례**, 제14집(대구관례연구회, 1995), 58-59면(“물상보증인과 제3취득자의 변제자대위권은 후순위저당권자와 사이의 등기의 선후관계에 따라 [...]”).

77) 大判 2014.1.28., 2013다207996, 공보 2014, 482.

乙 부동산이 먼저 경매되는 경우, L은 4천만 원의 한도에서 甲 부동산에 설정된 G의 저당권을 대위한다. 그렇다면 L은 4천만 원 전액을 구상받게 된다. 이러한 결과는 타당하지 않다. 乙 부동산의 후순위저당권자 Y는 L이 담보로 제공한 부동산으로부터 만족을 받도록 되어 있음에도 불구하고, L이 Y에 우선하여 4천만 원을 보유하게 되는 결과는 인정할 수 없기 때문이다. 물상보증인은 구상으로 회복할 가능성이 있는 부동산 가치 부분도 후순위저당권자에게 담보로 제공한 것이므로, 이를 물상보증인이 종국적으로 보유하는 것은 부당하다. 그러므로 이 경우 판례는 Y가 L이 변제자대위에 의하여 취득하는 甲 부동산의 저당권을 물상대위(제370조 제342조)에 의하여 행사할 수 있다고 하여 문제를 해결한다.⁷⁸⁾ 그리고 이때 등기에 의하여 객체의 특정성이 유지되고 있으므로 제370조, 제342조가 정하는 압류는 필요하지 않다고 해석되고 있다.⁷⁹⁾ 즉 Y는 L이 변제자대위한 저당권으로부터 3천만 원을 우선변제 받고, L은 나머지 1천만 원만을 배당받게 된다. 다만 L과 Y가 甲 부동산에 대한 1번 저당권에 부기등기를 하지 않고 있다가 경매가 진행되어 부동산이 매각된 때에는 제3취득자에 해당하는 경락인에게는 대항할 수 없을 것이다(제482조 제2항 제1호).⁸⁰⁾

(라) 그런데 현실에서는 물상보증인이 실질적으로 채무자이고 채무자가 실질적으로 물상보증인인 상황에서 공동저당이 설정되는 경우가 있다. 이때에는 당사자들의 약정에 따라 L은 S에 대해 구상권을 가지지 못하고, 그에 따라 변제자대위도 할 수 없다(제482조 제1항). 그렇다면 Y는 물상대위할 대상이 없으므로 채무자 소유의 부동산에 대한 선순위저당권자의 저당권에 대해 물상대위를 할 수 없게 된다.⁸¹⁾ Y의 입장에서는 일견 가혹하게 보일 수도 있지만, 그는 어디까지나 물상보증인의 구상권 범위에서만 담보가치를 확보한 것이어서 그 한도에서 대위가 가능하다는 것을 감수하는 지위에 있으므로(아래 III. 2.도 참조) 특별히 보호가치가 있다고 할 수는 없을 것이다. 그는 등기에 대한 신뢰를 주장할 수도 없는데, 구상권은 등기에 의해 공시되는 내용이 아니기 때문이다. 또한 저당권 등기가 저당물의 가치를 보장하는 것도 아니며, 그 평가는 담보권자가 될 채권자의 일이다. 결국 후순위저당

78) 大判 1994.5.10., 93다25417, 집 42-1, 344. Hoyer (주 76), S 42 참조.

79) 양창수(주 45), 315면 참조.

80) 大判 2011.8.18., 2011다30666,30673, 공보 2011, 1910. 이 사안에서는 甲 부동산에 존재하는 자신의 저당권설정등기를 부당하게 말소해 부기등기를 방해한 G에게 불법행위 책임이 인정되었다.

81) 大判 2015.11.27., 2013다41097,41103, 공보 2016, 26.

권자는 가치 없는 담보를 제공한 것을 이유로 물상보증인을 상대로 담보제공의무 등의 불이행으로 인한 책임을 묻는 것에 그친다. 잘못된 채무자를 선택한 위험은 원칙적으로 채권자에게 돌아가는 것이다.

(2) 동시배당의 경우

(가) 이상에서 채무자 및 물상보증인 소유의 부동산에 공동저당이 성립한 경우, 이시배당에 관한 제368조 제2항 제2문은 적용되지 않고, 물상보증인의 변제자대위가 언제나 우선함을 보았다. 그런데 이러한 해석은 동시배당의 경우에도 영향을 미치지 않을 수 없다. 동일한 사안유형에서 동시배당의 경우에 제368조 제1항을 그대로 적용한다면, 동시배당과 이시배당의 경우 물상보증인 및 관계인의 지위가 달라지는 문제점이 발생하기 때문이다. 예컨대 앞의 II. 3. (1) (다)의 사안에서 동시배당의 경우 제368조 제1항을 적용하면, X는 3천만 원, Y는 3천만 원을 배당받았을 것이다. 이는 이시배당과는 다른 결과가 발생하는 것으로 그대로 인정하기 어렵다.

따라서 채무자 및 물상보증인 소유의 부동산에 공동저당이 성립한 경우, 이시배당에서 인정될 결과가 동시배당에서도 마찬가지로 보장되어야 한다. 즉 물상보증인이 이시배당의 경우 언제나 변제자대위를 통해 그 부담을 채무자 부동산에 전가할 수 있다면, 그는 동시배당의 경우에도 변제의 부담을 채무자 부동산에 전가할 수 있어야 한다. 이는 동시배당의 경우 우선 채무자 소유 부동산의 경매대가를 우선 변제에 충당해야 함을 의미한다.⁸²⁾ 판례도 “공동저당권이 설정되어 있는 수개의 부동산 중 일부는 채무자 소유이고 일부는 물상보증인의 소유인 경우 위 각 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는, [...] 제368조 제1항은 적용되지 아니 한다”고 하며, “이러한 경우 경매법원으로서의 채무자 소유 부동산의 경매대가에서 공동저당권자에게 우선적으로 배당을 하고, 부족분이 있는 경우에 한하여 물상보증인 소유 부동산의 경매대가에서 추가로 배당을 하여야 할 것”이라고 하여 같은 태도이다.⁸³⁾ 그 결과 동시배당의 경우 물상보증인 책임에 대해 일종의 보충성이

82) 양창수(주 45), 316-318면; 송덕수(주 28), 529면; 이광영, “공동저당권의 목적물인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산이 함께 경매되어 그 경매대가를 동시에 배당하는 경우, 민법 제368조 제1항이 적용되는지 여부 및 그 경우의 배당 방법”, **특별법연구**, 제10권(2012), 968면 이하; 정총명(주 13), 281-282면.

83) 大判 2010.4.15., 2008다41475, 공보 2010, 874; 담보신탁의 경우에 대해 大判 2014.2.27.,

인정된다. 그러한 결과는 물상보증인이 채무자에 대한 연대보증인의 지위를 겸하고 있다고 하여도 마찬가지이다.⁸⁴⁾

그러므로 앞의 사안에서 동시배당이 되는 경우, 甲 부동산으로부터 G에게 5천만 원, X는 1천만 원, 乙 부동산으로부터 Y에게 3천만 원을 배당해야 한다. 이로써 이시배당의 결과가 동시배당과 일치하게 된다.

4. 공동저당 부동산이 모두 물상보증인 소유인 경우

이상의 서술(앞의 II. 3. 참조)로부터 채무자 및 물상보증인 소유의 부동산에 공동저당이 성립한 경우 제368조는 적용되지 않는다는 결과가 확인된다. 그런데 공동저당이 성립한 부동산이 모두 물상보증인 소유인 경우에는 어떠한가?

(1) 동일한 물상보증인 소유인 경우

공동저당이 성립한 부동산 전부가 동일한 물상보증인 소유인 경우, 그는 구상을 통해 다른 부동산에 분담을 전가한다는 것을 기대할 수 없다. 그러므로 이러한 사안유형에서 물상보증인은 변제자대위의 기대를 가지지 않는다. 반면 후순위권리자의 이해관계를 위해 공동저당 부동산 사이에서 책임을 분담할 필요는 그대로 인정된다. 그러므로 공동저당 부동산이 모두 동일한 물상보증인 소유인 경우, 그의 이익상황은 채무자 소유의 부동산에 공동저당이 설정된 경우와 동일하다. 그러므로 이때에는 제368조가 그대로 적용된다. 예컨대 물상보증인 소유 甲, 丙 부동산과 채무자 소유 乙 부동산에 공동저당이 성립하고 공동저당권자가 甲, 乙 부동산으로부터 먼저 배당을 받은 경우,⁸⁵⁾ 甲 부동산의 후순위권리자는 丙 부동산이 동일한 물상보증인의 소유이므로, 제368조 제2항에 따라 丙 부동산의 선순위저당권에 대위할 수 있다. 물론 乙 부동산의 후순위저당권자가 있었다라면 그는 甲, 丙 부동산에 대위할 수 없을 것이다.

(2) 서로 다른 물상보증인의 소유인 경우

반면 공동저당이 성립한 부동산이 서로 다른 물상보증인 소유인 경우, 이들은 서로 제482조 제2항 제3호, 제4호에 따라 가액의 비율로 책임을 분담할 구상의 기

2011다59797,59803, 공보 2014, 691도 참조.

⁸⁴⁾ 大判 2016.3.10., 2014다231965, 공보 2016, 573.

⁸⁵⁾ 大判 2015.3.20., 2012다99341, 공보 2015, 592의 사안.

대를 가진다. 그러므로 이때에는 제368조가 적용될 수 없고, 제482조 제2항 제3호, 제4호 따라 변제자대위 법리에 따라 각 부동산의 부담을 정해야 한다. 그 부담비율에 따라 변제자대위가 일어나고, 후순위저당권자들은 그에 물상대위를 함으로써 만족을 받는다. 판례도 같은 태도이다.⁸⁶⁾

앞의 II. 3. (1) (다)의 사례에서 甲 부동산이 물상보증인 K의 소유라고 상정한다.

	甲不動産(K 소유, 6천만)	乙不動産(L 소유, 4천만)
1번	G 5천만	G 5천만
2번	X 4천만	Y 3천만

甲 부동산에 대하여 경매가 먼저 개시되면 G는 5천만 원, X는 1천만 원을 배당 받는다. 이와 동시에 K는 G가 乙 부동산에 대하여 가지는 저당권을 2천만 원 범위에서 변제자대위한다. X는 K의 저당권에 대하여 물상대위권을 행사할 수 있어, 이로부터 2천만 원을 변제받을 수 있다. 그 결과 G는 5천만 원, X는 3천만 원, Y는 2천만 원을 배당받는다. 이러한 결과는 동시배당의 경우에도 그대로 인정되어야 한다.

5. 제3취득자가 존재하는 경우

제3취득자가 있는 경우는 어떠한가? 이 경우에도 변제자대위자 상호간의 관계를 정하는 법리에 따라 제3취득자가 가질 수 있는 구상기대를 기준으로 하여 제3취득자 및 후순위저당권자의 대위가능성을 판단해야 한다.

(1) 공동저당이 서로 다른 소유자의 부동산에 성립했던 경우

공동저당이 채무자 및 물상보증인 소유인 부동산에 성립한 경우 또는 서로 다른 물상보증인들의 소유 부동산에 성립한 경우, 이에 대해서는 제482조 제2항이 부담 관계를 정하고 있다. 그러므로 이때에는 제482조 제2항에 따라 제3취득자가 가지는 구상기대를 기준으로 대위 여부를 판단한다. 앞서 이미 보았지만(위의 II. 3. (1) (나) (b) 참조), 제482조 제2항에서 보증인은 채무자로부터의 제3취득자에 대해서 변제자대위를 할 수 있지만(제1호), 반대로 채무자로부터의 제3취득자는 보증인에게 변제자대위를 할 수 없다(제2호). 그리고 물상보증인은 이 맥락에서 보증인에

⁸⁶⁾ 大判 1994.5.10., 93다25417, 집 42-1, 344.

준하여 취급되는 것으로 해석된다(제341조 참조).⁸⁷⁾ 그러므로 제3취득자는 전 소유자 즉 자신이 승계한 자의 법률상 지위에 따른다. 즉 채무자로부터의 제3취득자는 채무자에 준하여 취급하고, 물상보증인으로부터의 제3취득자는 물상보증인에 준하여 취급한다.⁸⁸⁾

예컨대 甲 부동산이 채무자 S, 乙 부동산이 물상보증인 L 소유인 경우, 채무자 S로부터의 제3취득자는 물상보증인의 전면적 변제자대위 기대를 침해할 수 없으므로 채무자와 같이 취급되어야 하지만(제482조 제2항 제1호, 제2호), 물상보증인 L로부터의 제3취득자는 반대로 그러한 전면적 변제자대위를 기대할 수 있었고 채무자는 제3취득의 사실로부터 이익을 받을 이유가 없으므로 여기서 제3취득자는 물상보증인과 같이 취급되어야 한다(제482조 제1항 참조). 반면 甲 부동산이 물상보증인 K, 乙 부동산이 물상보증인 L 소유인 경우, 물상보증인인 K 또는 L로부터의 제3취득자는 물상보증인과 동등한 구상기대를 가지고 있고, 다른 물상보증인 역시 제3취득의 사실로부터 이익을 받을 이유가 없으므로, 제3취득자는 다른 물상보증인들과의 사이에서 물상보증인으로 취급되는 것이다(제482조 제2항 제4호 참조).

(2) 공동저당 부동산이 모두 채무자 또는 물상보증인 소유였던 경우

저당목적 부동산이 모두 동일 채무자 또는 동일 물상보증인의 소유였던 경우는 어떠한가?

(가) 종래 다수설은 이 경우 제3취득자가 소유권을 취득하여 물상보증인과 비슷한 지위를 가지게 된 시점과 후순위저당권자가 저당권을 취득한 시점의 선후에 따라 살펴보아야 한다고 설명한다(이탈리아 민법 제2857조 제1항 참조).⁸⁹⁾ 제3취득자가 먼저 등장한 경우, 그는 채무자 소유 부동산에 설정되어 있는 저당권에 변제자대위하여 구상할 기대를 가지므로 후순위저당권의 설정으로 그 기대가 좌절되어서는 안 된다고 한다. 반대로 후순위저당권자가 먼저 등장한 경우에는, 그는 공동저당 부동산 사이에 분담을 전제로 하여 대위의 기대를 가질 것이므로(제368조)

87) 이진만(주 70), 80-81 83면 참조.

88) 제철웅(주 64), 421면.

89) 고상용(주 28), 703면; 양창수(주 45), 318-320면; 송덕수(주 28), 529면; 제철웅(주 64), 420면; 홍성재(주 64), 569면; **주석 물권(4)**(주 2), 280-281면(김재형); 이정일(주 56), 564면; 오시정(주 34), 17면; 김형수(주 34), 78면; 정총형(주 13), 274면 등 참조. 물론 후순위저당권자의 대위를 언제나 우선하는 견해도 주장되나(앞의 주 66), 이미 II. 3. (1)에서 보았듯이 타당하기 어렵다(앞의 II. 3. (1) 참조).

나중에 나타난 3취득자가 변제자대위를 주장하여 만족을 저해하는 결과는 허용될 수 없다고 한다.

이에 따라 법률관계를 살펴본다. 예컨대 앞의 II. 2. (1) (가)의 사례에서 채무자 S가 乙 부동산을 제3취득자 T에게 양도한 경우를 상정한다.

	甲不動産(S 소유, 6천만)	乙不動産(S→T 소유, 4천만)
1번	G 5천만	G 5천만
2번	X 4천만	

우선 ① 후순위저당권자 X가 甲 부동산에 후순위저당권을 취득한 이후에 채무자 S로부터 T가 乙 부동산을 취득하였다면, 후순위저당권자 X로서는 저당권을 설정받은 시점에서 제368조 제2항에 따른 대위를 기대할 수 있었으므로 이러한 기대를 존중하여 그의 대위가 제3취득자 T의 변제자대위에 우선한다고 해석한다.⁹⁰⁾ 이 경우 X는 S 소유로 있는 乙 부동산에 대하여 자신의 대위가 미칠 것을 예상할 수 있으므로, 이후에 그 소유권이 제3자에게 양도되었다고 해서 사정이 달라질 이유가 없다는 것이다.⁹¹⁾ 그러므로 동시배당을 할 때에는 제368조 제1항에 따라 경매대가에 비례하여 甲, 乙의 분담을 정한다. 이시배상의 경우 甲 부동산이 경매되면 X는 乙 부동산의 저당권에 2천만 원의 범위에서 대위를 할 수 있고(제368조 제2항), 乙 부동산이 경매되면 T는 X의 제368조에 따른 기대를 해치지 않는 범위에서 즉 甲 부동산의 저당권에 3천만 원의 한도에서 변제자대위를 할 수 있다(제482조 제1항).⁹²⁾

반면에 ② 제3취득자 T가 채무자 S로부터 공동저당이 설정된 乙 부동산의 소유권을 이전받은 이후에 후순위저당권자 X가 공동저당이 설정된 채무자 소유의 甲 부동산에 후순위저당권을 취득하였다면, 이러한 사후의 후순위저당권 설정이 T의 채무자에 대한 전면적인 변제자대위 기대를 침해할 수는 없다고 한다(제481조, 제482조 제1항).⁹³⁾ 이 한도에서는 물상보증인의 변제자대위를 우선하기 위해서 든 논거가 그대로 제3취득자에게 대해서도 타당하다는 것이다. 이때에는 제3취득자는

90) 大判 2011.10.13., 2010다99132, 공보 2011, 2335.

91) 양창수(주 45), 318면. 이러한 점에서 후순위저당권 설정 이후 물상보증인이 저당권을 설정하여 공동저당을 성립시키는 사안과 구별된다. 물상보증의 경우에는 후순위저당권자가 파악하지 아니한 새로운 담보가 추가되는 것이기 때문이다.

92) 道垣內(주 32), 210면; 佐久間(주 4), 523-524면.

93) 양창수(주 45), 319면; 佐久間(주 4), 511-512면.

물상보증인과 같이 취급되어야 하며, 그의 변제자대위가 후순위저당권자의 대위에 우선한다고 해석한다.⁹⁴⁾ 이에 따르면 T는 물상보증인과 같이 취급되어야 하므로, 이시배당의 경우 X는 대위할 수 없으나 T는 변제자대위 할 수 있고, 동시배당의 경우 S 소유의 甲 부동산이 먼저 충당되어야 한다.

(나) 이상의 견해는 타당한가? 요컨대 다수설에 따르면 후순위저당권자가 먼저 등장한 경우에는 제3취득자와의 사이에서 부동산 가액에 따른 분담이 이루어지지만(①), 반대로 제3취득자가 먼저 등장한 경우에는 그는 물상보증인과 같이 취급되어 분담이 일어나지 않고 제3취득자만이 변제자대위할 수 있다는(②) 것이다. 그러나 이러한 해석에는 동의하기 어렵다. 결론을 먼저 말한다면 ①의 경우 분담을 인정하는 결과는 타당하지만, ②의 경우 분담을 부정하는 결과는 부당하다. 오히려 다수설이 설명하는 바와 같이 제3취득자의 변제자대위에 대한 기대를 기준으로 접근한다면, 제3취득자가 먼저 등장한 ②의 경우에도 가액에 따른 분담이 이루어져야 한다.

물상보증인이 있었던 사안유형에서와 마찬가지로, 이러한 결과는 제3취득자의 변제자대위의 범위를 정하는 제482조 제2항의 내용으로부터 도출된다. 제482조 제2항 제3호는 제3취득자들 사이의 관계에 대해 가액에 비례해 부담을 분담하여 대위할 것을 정한다. 이는 예컨대 채무자가 공동저당이 설정된 자기 소유 부동산 甲과 乙을 순차로 각각 A와 B에게 양도하는 경우, 乙 부동산에 전부 대위를 할 수 있어 부담을 전액 채무자에게 돌릴 수 있다고 신뢰하는 최초 제3취득자 A의 기대가 완전히 보호받지는 못한다는 것을 의미한다. 민법은 명시적으로 그의 변제자대위의 기대를 오로지 가액에 비례한 분담액 한도에서만 보호하고 있기 때문이다(제482조 제2항 제3호). 이는 최초의 제3취득자는 이후 변제자대위를 할 수 있는 다른 제3취득자의 등장으로 전액구상에서 가액에 따른 분담으로 구상이 축소될 가능성을 언제나 감수해야 한다는 것을 의미한다. 그렇다면 이러한 취지는 채무자가 乙을 양도하는 것이 아니라 그에 후순위저당권을 설정하는 경우에도 다를 바 없다고 해야 한다. 새로운 이해관계인의 대위를 매개로 최초 제3취득자의 전부 대위에 영향을 미칠 수 있는 처분이라는 점에서 양자는 차이가 없을 뿐만 아니라, 저당권 설정 역시 결과적으로 경매를 통해 경락인의 형태로 두 번째의 제3취득자를 발생시키므로 중국에서는 최초 제3취득 후 양도의 경우와 이익상황에서 구별할 이유를 쉽게 발견할 수 없기 때문이다. 그러므로 제3취득자의 보호가치 있는 변제

⁹⁴⁾ 大判 2010.12.23., 2008다25671, 공보 2011, 194 참조.

자대위 기대는 전부 대위가 아니라 오로지 부동산 가액 비례에 따른 대위만을 내용으로 하며, 나중에 등장한 후순위저당권자 역시 그러한 변제자대위만을 고려하면 충분하다. 그렇다면 이 경우에도 제3취득자와 후순위저당권자는 제482조 제2항 제3호의 유추적용에 따라 가액에 비례하여 부담을 분담하고 대위한다고 해석해야 한다. 이러한 해법은 시간적 선후에 전부 또는 전무의 엄격한 판단을 하는 대신 가액에 따른 분담을 하도록 하여 제3취득자와 후순위저당권자 사이의 이익을 원만하게 조정할 수 있을 뿐만 아니라, 그 과정에서 최초의 제3취득자 및 후순위저당권자가 법률(제368조 제2항, 제482조 제2항 제3호)에 따라 가지는 보호가치 있는 대위 기대를 그대로 보장하는 장점이 있다.⁹⁵⁾

이는 결과적으로 후순위저당권자가 먼저 등장한 ①의 경우와도 같은 결론이며, 여기에서 제3취득자가 가액 비례로 분담하는 것과 균형을 이룬다. 이때에도 먼저 등장한 후순위권리자는 처음부터 제368조에 따라 가액에 비례하는 분담 및 대위만을 기대하고 있었으므로 그것을 보호하는 것으로 충분하다. 또한 나중에 등장한 제3취득자는 후순위저당권자가 제368조에 따라 가지는 대위 기대를 존중해야 할 뿐만 아니라, 제482조 제2항 제4호의 관점에서 제3취득자와 유사한 지위에 있는 후순위권리자가 있는 부동산에 대해 가액 분담 이상으로 구상할 수 없음을 감수해야 한다. 따라서 이때에도 부동산의 가액에 비례하여 분담을 정하는 것이 정당화되는 것이다.

이상의 설명이 타당함은 채무자 소유 공동저당 부동산이 모두 제3취득된 다음과 같은 사례를 생각해 보면 더욱 분명하게 드러난다.

	甲不動産(S→P 소유)	乙不動産(S→Q 소유)
1번	G	G
2번	X	Y

95) 물론 이에 대해 최초의 제3취득자의 전부 대위 기대가 감축되는 것은 오로지 소유권을 취득한 제2의 제3취득자에 대한 관계에서이고 나머지 이해관계인과의 관계에서는 그렇지 않다고 해석하여, 후순위저당권자에 대한 관계에서는 전부 대위의 기대를 가진다고 주장할 여지는 존재한다. 그러나 이는 그렇지 않다. 우리나라에서는 잘 논의되지 않는 문제이나, 채무자가 용익물권을 설정한 경우 용익물권자도 경매로 인해 그 용익물권을 상실하거나 그에 상응하는 변제를 한 경우 제3취득자로서 변제자대위를 할 수 있다고 해석되기 때문이다(프랑스 민법의 해석으로 *Mestre* (주 72), n° 158; 우리 민법 제359조 단서, 제364조도 참조). 그렇다면 최초의 제3취득자가 일반적인 전부 대위의 기대를 가진다고 말하기는 어렵다고 생각된다. 게다가 민법이 명시적으로 대위의 이익을 부여하는 후순위저당권자에 대한 관계에서는 더욱 그러할 것이다.

여기서 X, Y에 대한 후순위저당권 설정 시점 및 P, Q에 대한 양도시점의 선후를 개별적으로 따져서 우열을 결정하는 것은 번잡할 뿐만 아니라, 때로는 우연적인 사정에 따라 다른 결과를 인정하는 것이 되어 타당하지 않다. 당연히 이때에는 제3취득자인 P와 Q의 분담 관계가 제482조 제2항 제3호에 따라 결정되어야 하고, X와 Y에 그에 따른 변제자대위에 물상대위를 하는 방법으로 만족을 받아야 한다.⁹⁶⁾ 그것이 물상보증인이 있는 경우 판례 법리와도 부합할 뿐 아니라, 간명하고 합리적이다. 이 장면에서도 제482조 제2항이 정하는 분담관계가 우선적인 의미를 가지고 있음이 잘 나타난다(아래 III. 2. 참조).

그러므로 채무자로부터의 제3취득자가 있는 경우, 그와 후순위저당권자 사이에서는 제368조 제2항, 제482조 제2항 제3호의 취지에 따라 부동산 가액에 비례하여 분담을 정해야 한다. 즉 동시배당의 경우 경매대가의 비율에 따라 배당액을 정해야 하고, 이시배당의 경우 그 분담액수의 범위에서 서로 대위할 수 있다.⁹⁷⁾ 제3취득과 후순위저당권 설정의 선후는 판단할 필요가 없다. 결과적으로 이때에도 제3취득자는 채무자의 지위를 승계하는 것이라고 할 수 있다.

(다) 물론 이상의 논의는 제3취득자가 양도인인 채무자에 대하여 매매계약 등을 이유로 구상을 할 수 있다는 것을 전제로 한다.⁹⁸⁾ 만일 제3취득자가 피담보채무의 변제를 인수하는 등으로 채무자에 대해 구상을 할 수 없는 지위에 있다면, 그는 변제자대위를 할 수 없을 것이고(제482조 제1항 참조) 경매에 따른 소유권 상실을 감수해야 한다. 또한 내부적 분담에 따라 채무자가 제3취득자에게 변제자대위를 할 수 있는 경우라면 후순위저당권자는 그에 물상대위하여 만족을 받을 수 있을 것이다.

(라) 이상의 내용은 공동저당이 설정된 부동산 전부가 동일한 물상보증인의 소유인 상황에서 제3취득자가 발생한 경우에도 마찬가지로 적용될 것이다.⁹⁹⁾

96) 生熊長幸, 担保物權法(2013), 114면 참조.

97) 소략하지만 같은 취지로 보이는 松岡久和, “弁済による代位”, 内田貴・大村敦志 編, 民法の争点(2007), 186면 참조. 이로써 김형석(주 5), 207-209면의 설명은 포기하기로 한다.

98) 아래 III. 2. 및 물상보증의 경우에 대한 대판 2015.11.27., 2013다41097,41103, 공보 2016, 26 참조. 또한 佐久間(주 4), 502-504면도 참조.

99) 道垣内(주 32), 210면.

Ⅲ. 결 론

1. 요약

지금까지 공동저당에서 나타날 수 있는 여러 사안유형을 배경으로 제368조의 적용범위 및 규범내용을 상세히 살펴보았다. 이를 요약하면 다음과 같다.

(1) 제368조의 적용범위

제368조는 공동저당이 설정된 부동산들이 한 사람의 채무자 또는 물상보증인에게 귀속하는 경우에 한해서 적용된다.

(2) 공동저당 부동산이 채무자 및 물상보증인 소유인 경우

(가) 이시배당의 경우, 물상보증인은 변제자대위할 수 있지만(제481조, 제482조 제1항) 채무자 부동산의 후순위저당권자는 제368조 제2항의 대위를 할 수 없다. 같은 이유에서, 동시배당의 경우 채무자 소유의 부동산으로부터 발생한 매각대금을 공동저당권자의 만족에 먼저 충당한다(물상보증인의 보충적 책임).

(나) 물상보증인들 사이의 관계는 변제자대위에 의해 결정된다(제482조 제2항 제3호, 제4호).

(다) 물상보증인 소유 부동산의 후순위저당권자는 물상보증인의 변제자대위에 물상대위를 함으로써(제370조, 제342조) 만족을 받는다.

(3) 제3취득자가 있는 경우

채무자로부터의 제3취득자는 채무자에 준하여 취급하고, 물상보증인으로부터의 제3취득자는 물상보증인에 준하여 취급하여, (1)과 (2)의 내용이 적용된다.

2. 원리적 고찰

이상의 요약으로부터 민법 제368조를 둘러싼 논의가 최종적으로는 비교적 간단한 결과로 종합될 수 있음을 확인할 수 있다. 그렇다면 이러한 결과를 합리적으로 설명할 수 있는 내재적 원리 또는 내적 체계는 존재하는가?

본론의 논증과정에서 일관하여 드러난 바이지만, 이는 공동저당에서 관계인 사이의 대위 여부는 “부동산소유자들 사이의 법률관계에 의하여 좌우된다”¹⁰⁰⁾는 것

100) 제368조와 유사한 법리를 정하는 오스트리아 강제집행법 제222조에 대해 Hoyer (주 76), S. 44.

임을 알 수 있다. 즉 일차적으로 제482조 제2항에 의해 담보목적물 소유자들 사이에 존재하는 내부적 구상관계에 따라 부동산의 책임분담이 정해지고, 그 분담의 범위에서 변제자대위가 일어난다. 후순위저당권자는 자신이 저당권을 취득한 부동산 소유자가 다른 선순위저당권에 대해 변제자대위를 하는 것에 물상대위를 함으로써 채권의 만족을 받을 수 있다.¹⁰¹⁾ 그런데 공동저당 부동산이 한 사람의 소유에 속하는 경우, 이때에는 제482조 제2항이 적용될 수 없어 공동저당 부동산들 사이의 분담을 정할 수 없고 그 결과 물상대위도 불가능하다. 그러므로 민법은 후순위저당권자를 위해 제368조를 두어 그러한 경우 내부적으로 분담관계를 창출한다.¹⁰²⁾ 물론 공동저당의 목적부동산이 모두 한 사람의 소유자에게 귀속하는 경우에는, 엄밀한 의미의 구상을 운위할 수는 없다. 그러나 그 경우에도 관념적으로 각 부동산의 소유자의 지위를 구별하여 생각해 본다면 사태는 간이하다.¹⁰³⁾ 공동저당이 설정된 채무자 소유 甲 부동산과 乙 부동산 중 甲의 경매로 乙의 부담이 소멸하는 결과가 발생하는 경우, 채무자가 甲 소유자의 자격에서 乙에 설정된 저당권을 대위행사함으로써 채무액을 각 부동산에 분담해야 한다고 상정할 수 있다면 (일종의 「자기대위」), 甲의 후순위권리자는 그러한 대위에 물상대위하여 만족을 받을 수 있을 것이다. 제368조 제2항이 정하는 후순위저당권자의 대위가 바로 이것에 다름 아니다. 그러므로 제368조는 변제자대위를 전제로 하여 제482조 제2항에 따라 공동저당 부동산 사이에 분담관계가 정해지지 아니하는 경우 즉 공동저당 부동산 전부가 동일한 소유자에게 속하는 경우에만 적용되는 규범이라는 점이 분명해진다. 이로써 변제자대위와 후순위저당권자의 대위는 하나의 관점에서 일관된 내용으로 설명될 수 있다. 이렇게 본다면 실제로 제368조가 적용되는 과정에서 변제자대위 규정의 유추가 설득력 있는 결과로 나아가는 현상도 우연은 아닐 것이다 (앞의 II. 2. (2) (마) 및 (바) 참조).

투고일 2016. 10. 4	심사완료일 2016. 11. 23	계재확정일 2016. 11. 25
-----------------	--------------------	--------------------

¹⁰¹⁾ Hoyer (주 76), S. 42.

¹⁰²⁾ 佐久間(주 4), 319면도 참조.

¹⁰³⁾ 김형석(주 5), 202-203면 참조.

참고문헌

- 강태성, **물권법**, 개정5판(2015).
- 고상용, **물권법**(2002).
- 곽윤직 편집대표, **민법주해**[VII](1992).
- 곽윤직·김제형, **물권법**, 제8판(2015).
- 김규완, “공동저당과 후순위권리자들의 이익교량”, **고려법학**, 제49호(2007).
- 김상수, “공동저당의 실행”, **고시연구**, 제30권 제7호(2003).
- 김상용, **물권법**, 제2판(2013).
- 김석우, “공동근저당에 관한 소고”, **법조**, 제25권 제2호(1976).
- 김용담 편집대표, **주식 민법 물권(4)**, 제4판(2011).
- 김인섭, “공동저당에 관한 연구”, **사회과학논총**, 제10권 제2호(관동대학교 사회과학 연구소, 2004).
- 김제식, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위와의 관계 및 물상보증인 소유 부동산의 후순위저당권자의 지위”, **재판과 판례**, 제14집(대구판례연구회, 1995).
- 김중환·김학동, **물권법**, 제9판(1997).
- 김형석, “민법 제368조에 대한 단상”, **서울대학교 법학**, 제51권 제1호(2010. 3).
- _____, “변제자대위 제도의 연혁에 관한 소고”, **사법연구**, 제8집(2003).
- 김형수, “공동저당에 관한 연구”, **토지법학**, 제15호(2000).
- 명순구, “공동저당에 있어서 후순위저당권자와 물상보증인의 대위권”, **판례연구**, 제8호(고려대학교 법학연구원, 1994).
- 박용석, “공동저당의 실행상의 문제점”, **토지법학**, 제29-2호(2013).
- 백경일, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위범위에 관한 고찰”, **법학연구**, 제53권 제1호(부산대학교 법학연구소, 2012).
- _____, “보증인과 후순위저당권자 간의 변제자대위”, **민사법학**, 제64호(2013).
- 법원행정처, **법원실무제요 민사집행 II** (2014).
- 서기석, “공동저당에 있어서 후순위근저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위의 충돌”, **법조**, 제44권 제1호(1995).
- 송덕수, **물권법**, 제2판(2014).
- _____, **채권법총론**, 제2판(2015).

- 양창수, “후순위저당권자 있는 공동저당 부동산에 대한 경매와 물상보증인의 지위”, **민법연구**, 제4권(1997).
- 양창수·김형석, **민법 III: 권리의 보전과 담보**, 제2판(2015).
- 양형우, “회생절차에서의 공동저당권”, **법학연구**, 제18권 제1호(연세대학교 법학연구원, 2008).
- 어인의, “공동저당”, **고시계**, 제38권 제11호(1993).
- 염규석, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위권”, **법이론과 실무**, 제3집(1999).
- 오시정, “선순위 공동저당 부동산상의 후순위 권리자 보호”, **경영법무**, 제136호(2008).
- 윤철홍, **물권법**, 개정판(2013).
- 이광영, “공동저당권의 목적물인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산이 함께 경매되어 그 경매대가를 동시에 배당하는 경우, 민법 제368조 제1항이 적용되는지 여부 및 그 경우의 배당 방법”, **특별법연구**, 제10권(2012).
- 이덕환, **물권법**(2011).
- 이상태, **물권법**, 9정판(2015).
- 이영준, **물권법**, 전정신판(2009).
- 이은영, **물권법**, 제4판(2006).
- 이재홍, “부동산경매와 공동저당권”, **재판자료**, 제36집(1987).
- 이정일, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위의 기대에 대한 보호”, **판례연구**, 제22집(2011).
- 이종기, “공동저당권자의 저당권 일부 포기 및 혼동으로 인한 소멸”, **민사판례연구** [XXX-上](2011).
- 이진만, “변제자대위에 있어서 대위자 상호간의 관계”, **사법논집**, 제27집(1996).
- 정총령, “공동저당에 있어서 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위와의 관계”, **재판실무연구**(2000).
- 제철웅, **담보법**, 개정판(2011).
- 조성민, “공동저당권에 있어서의 문제점”, **부동산법학의 제문제**(김기수 교수 화갑기념)(1992).
- _____, “공동저당상 이해당사자의 조절”, **고시계**, 제48권 제6호(2003).
- 최창렬, “공동저당 대위에서의 이익조절 법리”, **토지법학**, 제29-2호(2013).

홍성재, **물권법**, 개정판(2010).

Baur/Stürner, *Sachenrecht*, 18. Aufl. (2009).

Fournier, “Hypothèque”, *Répertoire de droit civil*, 2007/2015.

Hoyer, *Die Simultanhypothek* (1973).

Marcusen, “Die Correalhypothek im modernen Rechte”, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Band 13 (1898), 220.

Mestre, *La subrogation personnelle* (1979).

生熊長幸, **担保物權法**(2013).

松岡久和, “弁済による代位”, 内田貴・大村敦志 編, **民法の争点**(2007).

佐久間弘道, **共同抵当の理論と実務**(1995).

鈴木祿弥, **抵当制度の研究**(1968).

道垣内弘人, **担保物權法**, 第3版(2008).

我妻榮, **新訂 担保物權法**(1968).

柚木馨・高木多喜男 編, **新版 注釈 民法(9)**, 改訂版(2015).

<Abstract>

Conflicting Interests in Blanket Mortgage's Realization: An Analysis

Kim, Hyoung Seok*

The blanket mortgage is only once mentioned in the Korean Civil Code, namely in its art. 368. Where two or more immovables are mortgaged to secure one claim and the proceeds of the auction sale are to be distributed simultaneously, says its paragraph 1, the burdens in respect of the obligation shall be divided in proportion to the proceeds of the auction sale of each immovable; if the proceeds of part of the mortgaged immovables are to be distributed at first, the blanket mortgagee may obtain full satisfaction of his claim, whereas the mortgagee in lower priority may be subrogated into the former's mortgages to the extent of the amount which the latter would have received according to the preceding paragraph.

It is well known that there are many disputes concerning this article's scope and meaning. Against this background, the author tries to give a detailed analysis of questions which arise from realizing the blanket mortgage. His main conclusions can be summarized as follow.

A. The article 368 is to be applied only when the immovables burdened by a blanket mortgage are owned by one and same person.

B. In case that at least one mortgagor is not debtor, her personal subrogation by payment (art. 481, 482) prevails over the subrogation of the mortgagee in lower priority when the proceeds of part of the mortgaged immovables are to distributed at first. The same result has to be achieved in case of the proceeds' simultaneous distribution. Between mortgagors who are not debtor themselves, the rules of personal subrogation are to be applied (art. 481, 482). Their mortgagee-creditors in lower priority can get satisfaction by relying on their rights based on personal

* Professor, College of Law / School of Law, Seoul National University.

subrogation.

C. A third party purchaser must be treated as same as her predecessor.

Keywords: blanket mortgage, personal subrogation by payment, mortgagee in lower priority, mortgagor who are not debtor, third party purchaser