

〈논문〉

민법 제368조에 대한 단상* - 이탈리아·오스트리아의 공동저당법리와의 비교 -

金炯錫**

요약

민법 제368조는 공동저당의 경우 공동저당권자와 후순위저당권자의 이해관계를 조정하는 규정을 두고 있다. 이 규정은 한편으로는 공동저당권자가 자신의 채권의 만족을 받을 목적물을 자유롭게 선택할 권한을 인정하면서도, 다른 한편으로는 그로 인하여 후순위저당권자가 불이익을 받지 않도록 배려하는 법기술을 정하고 있다(후순위저당권자의 대위). 그런데 공동저당의 목적물의 일부가 채무자가 아닌 물상보증인의 소유일 때, 주지하는 바와 같이 후순위저당권자의 대위(제368조)와 물상보증인의 변제자대위(제481조)의 충돌이라는 문제가 발생한다.

본고는 민법 제368조가 어떠한 연원을 가진 규정인지, 그리고 그것과 유사한 규정을 가진 다른 나라들은 존재하는지, 그리고 존재한다면 어떠한 내용으로 운영되고 있는지 등에 관한 내용을 소개하고 우리 민법의 해석에 대한 시사점을 음미하고자 한다. 결론적으로 민법 제368조는 공동저당이 설정된 부동산이 동일한 한 사람의 소유자에게 귀속하는 사안에만 적용되는 규정으로, 후순위저당권자의 대위는 변제자대위에 의하여 인정되는 다른 관계인의 구상권을 침해하지 않는 한도에서 인정된다는 것이 확인된다. 마찬가지로 선순위 일반우선특권이 행사되는 경우에 민법 제368조를 유추하는 판례의 태도도 연혁적·비교법적으로 검토할 때 충분히 지지할 만한 점이 있다는 점이 제시된다.

주제어: 공동저당, 변제자대위, 후순위저당권자의 대위, 일반우선특권

* 이 글은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2010학년도 학술연구비의 보조를 받았다.

** 서울대학교 법과대학·법학대학원 부교수.

I. 서 론

1. 공동저당과 민법 제368조

민법¹⁾ 제368조는 공동저당의 경우 공동저당권자와 후순위저당권자의 이해관계를 조정하는 규정을 두고 있다. 이 규정은 한편으로는 공동저당권자가 피담보채권의 만족을 받을 목적물을 자유롭게 선택할 권한을 인정하면서도, 다른 한편으로는 그로 인하여 후순위저당권자가 불이익을 받지 않도록 배려하는 법기술을 정하고 있다. 이에 의하면 동시배당의 경우에는 공동저당의 목적인 각 부동산의 경매대가에 비례하여 공동저당권자의 채권의 분담을 정하도록 하고, 이시배당의 경우에는 그 경매한 부동산의 후순위저당권자가 동시배당의 경우 선순위저당권자보다 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위저당권자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있도록 한다(후순위저당권자의 대위).

2. 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 대위의 충돌

(1) 그런데 공동저당의 목적물의 일부가 채무자가 아닌 물상보증인의 소유일 때, 주지하는 바와 같이 이시배당의 경우 후순위저당권자의 대위(제368조)와 물상보증인의 변제자대위(제481조)의 충돌이라는 문제가 발생한다. 공동저당권자가 행사하지 아니한 나머지 저당권들이 각각의 대위의 목적이 되기 때문이다. 즉 간단한 예로 채권자(G)가 채무자(S) 소유 甲 부동산과 물상보증인(K) 소유 乙 부동산에 각각 1순위 공동저당권을 가지고 있고 후순위저당권자(N)가 甲 부동산에 2순위 저당권을 가지고 있는 경우,²⁾ ① 선순위인 공동저당권자(G)가 이시배당에 의하여 甲 부동산으로부터 만족을 받은 경우 동시배당에 비하여 불이익을 받은 후순위저당권자(N)가 乙 부동산에 설정된 공동저당권자(G)의 저당권에 대위를 할 수 있는지 아니면 대위할 수 없어 물상보증인(K) 소유 부동산의 부담은 그 한도에서 소멸하는지, 아니면 ② 선순위인 공동저당권자(G)가 이시배당에 의하여 乙 부동산으로부터 만족을 받은 경우 물상보증인(K)이 구상권 확보를 위하여 공동저당권자(G)의 甲 부동산에 대한 저당권에 변제자대위를 할 수 있는지 아니면 그

1) 이하에서 法名의 지시 없이 인용하는 조문은 民法의 조문이다.

2) 간단하게 도표로 나타내면 다음과 같다.

	甲 (S 소유)	乙 (K 소유)
제1순위	G	G
제2순위	N	

저당권은 만족을 받은 한도에서 소멸하여 후순위저당권자(N)의 이익으로 돌아가야 할 것인지 여부가 문제되는 것이다. 여기서 단순히 각각 제368조와 제481조를 적용한다면 선순위인 공동저당권자의 선택에 따라 후순위저당권자(N)와 물상보증인(K)의 지위가 정면으로 충돌하므로 해석상 이를 조정할 필요가 있다.

더 나아가 후순위저당권자의 대위와 변제자대위의 충돌은 乙 부동산이 채무자(S) 또는 물상보증인(K)으로부터 소유권을 취득한 제3취득자(D)의 소유인 경우에도 나타날 수 있어서, 문제를 더욱 복잡하게 한다.

(2) 학설에서는 이 문제에 대하여 변제자대위우선설과 후순위저당권자대위우선설이 대립하고 있었다.³⁾ 이에 대하여 대법원은 1994년에 이 문제에 대하여 입장을 표명할 기회를 가지게 되었고, 여기서 명시적으로 변제자대위우선설을 수용하였다.⁴⁾ 즉 “공동저당의 목적인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 각각 채권자를 달리하는 후순위저당권이 설정되어 있는 경우에 있어서, 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져 그 경매대금의 교부에 의하여 1번저당권자가 변제를 받은 때에는 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에, 민법 제481조, 제482조의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 1번저당권을 취득한다고 봄이 상당”한데, 왜냐하면 “이는 물상보증인은 다른 공동담보물인 채무자 소유의 부동산의 담보력을 기대하고 자기의 부동산을 담보로 제공하였으므로, 그 후에 채무자 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정되었다는 사정에 의하여 그 기대이익을 박탈할 수 없기 때문”이다. 그러나 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자가 있는 때에는 그는 물상대위에 의하여 물상보증인에게 이전한 위 1번저당권으로부터 우선하여 변제를 받을 수 있다고 한다.

이후 학설에서는 이러한 대법원 판례를 둘러싸고 찬반양론이 전개되고 있다. 이를 찬성하는 측에서는 기본적으로 대법원이 채택한 논리를 지지한다. 즉 물상보증인은 공동저당을 설정하면서 채무자가 제공한 다른 목적물에 대하여 변제자대위를 하여 구상권을 확보할 수 있다는 정당한 기대를 가지고 있고, 채무자가 자신의 부동산에 후순위저당권을 설정하였다는 사정에 의하여 그러한 기대가 침해될 이유는 없다는 것을 근거로 한다.⁵⁾ 그리고 제3취득자가 있는 경우에도 소유

3) 자세한 전거는 梁彰洙, “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”, *民法研究*, 제4권, 1997, 288면 이하 참조.

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

5) 梁彰洙(주 3), 311면 이하; 徐基錫, “共同抵當에 있어서 後順位根抵當權者の 代位와 物

권 이전 당시에 각 이해관계인이 가지는 대위가능성에 대한 기대에는 영향이 없는 방향으로 해석해야 한다고 한다.⁶⁾ 결국 판례이론과 이에 찬성하는 견해에 따르면 제368조는 공동저당의 목적물이 모두 동일한 소유자에게 귀속하는 경우에만 적용이 있게 된다.

그러나 판례에 대하여 비판하는 견해도 주장된다. 이 견해는 저당권은 저당물이 가지고 있는 교환가치에 대한 직접지배를 내용으로 하는 담보물권으로서 저당물의 소유자가 누구인가에 따라 효력내용이 달라지는 것이 아니기 때문에 판례이론은 물권으로서의 저당권의 본질을 변형시키고 있고, 더 나아가 민법 제368조는 저당물의 소유자가 누구인가에 대한 명시적 구별을 하고 있지 않으므로 판례이론은 실정법적 근거가 희박하다고 비판한다.⁷⁾

(3) 판례이론 및 그것을 둘러싼 논의를 자세하게 추적하고 재평가하는 것은 이후 공동저당의 운용과 관련해서 여전히 의미를 가질 것이지만, 본고는 이를 목적으로 하여 작성된 것은 아니다. 오히려 필자는 이러한 논의를 이해해 가는 과정에서 문제의 원인이 된 제368조가 어떠한 연원을 가진 규정인지, 그리고 그것과 유사한 규정을 가진 다른 나라들은 존재하는지, 그리고 존재한다면 어떠한 내용으로 운영되고 있는지 등에 관한 소박한 의문을 가지게 되었고, 여기서는 이러한 점에 대해 필자가 연구한 한도에서 그 내용을 소개하고 우리 민법의 해석에 대한 시사점을 음미하면서 필자의 견해를 밝히는 것으로 그치고자 한다. 결과적으로 문헌의 미비와 필자의 능력부족으로 불충분한 것으로 그치고 말았다는 느낌을 지우기 어렵지만, 그럼에도 이후 논의에 참고가 되기를 희망한다.

上保證人の 辨濟者 代位の 衝突”, **대법원판례해설**, 제21호, 1994, 61-62면. 그리고 이러한 결과는 동시배당에도 그대로 관철되어야 한다고 한다(梁彰洙 (주 3), 316면 이하).

6) 梁彰洙(주 3), 318면 이하.

7) 명순구, “공동저당에 있어서 후순위저당권자와 물상보증인의 대위권”, **高麗大 判例研究**, 제8집, 1994, 262면 이하. 이 견해는 일률적 해결을 지양하고, 변제로 인한 구상권자의 법적 이익과 공동저당물의 일부에 대한 후순위저당권자의 법적 이익이 서로 조정되어야 할 문제로 접근해야 한다고 한다(同所 271면 이하).

II. 민법 제368조의 유래와 비교입법례

1. 일본 민법에서 이탈리아 민법으로

우리 민법 제368조는 그 내용에 있어 일본 민법 제392조를 거의 그대로 계수한 것이다. 따라서 민법 제368조의 연원을 알기 위해서는 일본 민법 제392조의 연혁을 살펴볼 필요가 있다.

(1) 일본 민법의 입법관계자에 의하면 일본 민법 제392조는 일본 구민법 채권담보편 제242조에 단순히 의미를 명확하게 하는 자구수정만을 가한 것이다.⁸⁾ 실제로 구민법 채권담보편 제242조의 제1항, 제2항은 현행 일본 민법 제392조의 제1항, 제2항에 내용상 서로 대응한다.

구민법의 편찬자인 보아소나드에 의하면 이러한 구민법의 규정은 프랑스 민법에는 존재하지 아니하는 것으로, 이탈리아 구민법 제2011조로부터 받아들인 것이라고 한다.⁹⁾ 보아소나드는 공동저당권자에게 자유로이 환가를 시도할 자유를 인정할 경우 나타나는 후순위저당권자의 불이익을 언급하면서, 동시배상의 경우 각 부동산 가액에 따른 분담 및 이시배당의 경우 후순위저당권자의 대위를 정당화한다.¹⁰⁾

8) 未定稿本 民法修正案理由書, 서울대 도서관 소장본, 321면.

9) Boissonade, *Projet de code civil*, tome 4^e, 1891, p. 491-492.

10) Boissonade (주 9), p. 492. 여기서 보아소나드는 변제자대위의 취지로부터 같은 결론이 나올 수 있다고 생각하며(*Code civil de l'empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs*, tome 3, 1891, p. 262-264도 참조: “본조의 규정은 법정대위의 새로운 유형이다. [...] 이러한 법정대위는 [...] 재산권 제482조 제2호에서 표현되어 있는 것과 같은 성질을 가지는 법이 부여하는 특권이다.”), 특히 프랑스 민법에서도 동법 제1251조 제1호의 해석으로 이것이 가능할 것이라고 생각한다. “어느 날 프랑스 판례가 이탈리아 법률로부터 영감을 받아 제1251조 제1호의 적용만으로 같은 결론에 도달한다고 하여도 우리는 놀라지 않을 것이다”(주 9, p. 493). 그러나 프랑스 민법 제1251조 제1호는 후순위저당권자가 자신의 권리를 보전하기 위하여 선순위권리자의 채무를 변제한 경우를 전제하므로 해석상 이로부터 후순위저당권자의 대위를 인정하기는 어려울 것이고, 프랑스 학설이나 판례도 그러한 방향으로 나아가지는 않은 것으로 보인다. 프랑스 판례는 프랑스 민법 제1251조 제1호를 - 제3호와는 달리 - 엄격하게 적용하고 있다고 하며, 그 결과 후순위저당권자가 선순위권리자에게 직접적인 변제를 한 경우에만 적용되고 선순위권리자가 채무자 자신에게 속하는 재산으로부터 만족을 받았다는 사실만으로는 충분하지 않다고 한다. Savaux, “Subrogation personnelle” (1998), *Répertoire de droit civil*, tome X, n^{os} 91, 93, 97 참조. 藤原明九, *ボワソナード抵當法の研究*, 1995, 146-148면에 의하면 변제자대위에 기하여 후순위저당권자의 대위를 인정하는

(2) 이탈리아 구민법 제2011조는 다음과 같은 내용의 규정이다.

제2011조

① 하나 또는 다수의 부동산에 저당권을 가지고 있는 채권자가, 이들 부동산의 대금이 다른 물건에 대해서도 저당권을 가지고 있는 순위에 앞서는 채권자의 변제에 사용되었기 때문에 만족을 받지 못한 경우, 만족을 받은 채권자의 저당권을 당연히 대위하고, 이들 물건에 대하여 저당소권을 행사하고 그의 등기보다 후순위 채권자들보다 우선변제를 받기 위하여 제1994조가 정하는 부기등기를 신청할 수 있다. 앞서의 대위의 결과 만족을 받지 못한 채권자에 대해서도 같은 권리가 인정된다.

② 전항의 규정은 제1962조가 정한 선취특권을 이유로 하여 만족을 받지 못한 채권자에 대해서도 적용한다.

이 규정은 사르디니아 민법 제2350조로부터 받아들인 것으로, 그 입법취지는 다수의 부동산 저당권을 가지고 있는 채권자와 채무자가 공모하여 후순위저당권자가 존재하는 부동산에 대하여 우선변제권을 행사하는 것을 저지하고자 도입한 규정이라고 한다.¹¹⁾ 이후 이 규정을 승계한 신민법의 해석론에 비추어 본다면, 후순위저당권자는 공동저당권자의 저당권에 당연히 대위하는 것은 아니고 부기등기를 함으로써 비로소 대위할 수 있는 것으로 이해되지만,¹²⁾ 기본적인 구조는 우리 제368조와 동일하다고 할 것이다.

이에 대해서는 다음의 두 가지 사항을 언급할 만하다.

첫째, 후순위저당권자의 대위의 법리는 단순한 공동저당의 사안뿐만 아니라 선순위저당권자가 일반저당권을 가지고 있고 후순위저당권자가 특별저당권을 가지고 있는 경우에도,¹³⁾ 더 나아가 선순위권리자가 저당권자가 아닌 선취특권자인 경우에도 인정된다(동조 제2항). 이는 우리 판례가 근로자의 임금채권에 기한 우선특권이나 조세우선변제권이 행사된 경우 제368조를 유추하여 후순위저당권자의

견해가 1826년 3월 14일의 루앵(Rouen) 항소법원 판결에 의하여 받아들여진 바 있으나, 이후 학설에 의해 거부되었다고 한다.

11) 피사넬리(Pisanelli) 초안 이유서를 인용하는 *Code civil italien traduit par Henri Prudhomme*, 1896, p. 437 note 1 참조.

12) Cian e Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, 4^a ed., 1992, Artt. 2856-2857, n. IV. 현재 통설은 후순위저당권자의 대위를 변제자대위도 아니고 물상대위도 아닌 독자적인 특징을 가진 이례적 제도(“una figura anomala”)로 이해한다(Barbara Cusato, *L'ipoteca*, 2007, p. 180).

13) M. Th. Huc, *Le code civil italien et le code Napoléon*, tome 1^{er}, 1868, p. 353.

대위를 인정하는 태도¹⁴⁾를 연상시킨다.

둘째, 규정의 취지가 채무자와 다수의 부동산에 저당권을 가진 채권자의 공모하여 후순위저당권자를 해하는 것을 예방하기 위한 것이라면, 공동저당의 목적물들은 채무자의 소유라는 것을 함축할 가능성이 있다. 그러한 경우에 채무자는 공동저당권자로 하여금 높은 채권액을 보유한 후순위저당권자의 저당권이 존재하는 부동산을 경매하게 하여 자신의 다른 부동산에 대한 부담을 감소시킬 수 있기 때문이다. 그러나 공동저당과 관련하여 물상보증인이 있는 경우에도, 채무자가 자신의 소유의 여러 부동산에 공동저당을 설정한 경우에는 여전히 공동저당권자와 공모할 실익이 있으므로, 앞서의 추측이 반드시 필연적인 것이라고 할 수는 없을 것이다.¹⁵⁾

그러므로 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 대위의 충돌에 대해서는 결국 이탈리아 구민법에 관한 학설·판례를 참조할 수밖에 없을 것이지만, 이에 대해서 필자로서는 충분한 자료를 찾기 쉽지 않았다. 그러나 이 규정의 내용에 대해서는 그 취지나 이후 학설·판례에 의한 해석을 짐작하게 하는 유력한 자료가 있다. 그것은 이 규정을 승계한 이탈리아新民법 제2856조, 제2857조이다.

(3) 이탈리아新民법 제2856조, 제2857조를 살펴보면 다음과 같다.

제2856조 만족을 받지 못한 채권자의 대위

① 하나 또는 다수의 부동산에 저당권을 가지고 있는 채권자가, 그 대금으로부터 동일한 채무자의 다른 물건에 대해서도 저당권을 가지고 있는 순위에 앞서는 채권자가 전부 또는 일부의 만족을 받았기 때문에, 만족을 받지 못한 경우, 그는 만족을 받은 채권자를 위하여 騰記¹⁶⁾된 저당권을 그의 騰記보다 후순위인 채권자들에 대하여 당해 물건에 대해 저당소권을 행사하기 위해 대위한다. 대위로 인하여 만족을 받지 못한 채권자들에 대해서도 같은 권리가 있다.

¹⁴⁾ 大判 1998.12.22., 97다9352, 집 46-2, 340; 2001.11.27., 99다22311, 공보 2002, 136 등.

¹⁵⁾ 예를 들어 구민법에 대한 이탈리아 법무부의 주석을 소개하고 있는 大島俊之, “イタリヤ法との關係”, 椿壽夫 編, 擔保法理の現狀と課題, 1995, 309면은 이를 공동저당권자와 다른 후순위저당권자의 공모의 관점에서 설명한다.

¹⁶⁾ 이탈리아 민법에서 대항관계에서 의미를 가지는 선언적 등기를 登記(trascrizione)라고 하는데, 이는 물건법상 등기의 원칙적인 것으로 권리변동을 발생시키는 창설적 등기와 구별된다. 그러나 물론 창설적 등기도 존재하는데, 그 대표적인 예가 바로 약정저당권을 설정하는 등기이며 이를 騰記(iscrizione)라고 표현한다. Troiano in Grundmann/Zaccaria (Hrsg.), Einführung in das italienische Recht, 2007, S. 345f., 365 참조.

② 이 규정은 부동산 선취특권(제2770조 이하)을 이유로 하여 만족을 받지 못한 채권자에도 적용한다.

제2857조 대위의 한계

① 대위는 제3자가 저당권 설정을 위해 제공한 물건이나 채무자가 양도한 물건으로 그 양도가 만족을 얻지 못한 채권자의 저당권 膾記 전에 登記된 것에 대해서는 행사될 수 없다.

② 채무자가 앞서 언급한 抵當權膾記 후에 취득한 물건의 경우, 만족을 받지 못한 채권자는 만족을 받은 채권자가 그의 司法抵當權을 그 물건에 미친 경우에는 그 물건에 대해서도 대위할 수 있다.

③ 대위의 권리를 행사하기 위해서는, 만족을 받은 채권자의 저당권에 부기등기를 해야 한다. 부기등기를 위해서는 만족을 받지 못했다는 사실이 나타나는 순위들의 사본을 등기관에게 제시해야 한다.

우리의 관심을 끄는 사항은 이탈리아 신민법 제2856조가 구민법 제2011조를 승계하면서도 대위를 제한하는 제2857조를 부가하고 있다는 것이다. 여기서는 다음과 같은 점들이 주목을 끈다.

첫째, 이탈리아 신민법은 명시적으로 물상보증인이 제공한 부동산에 대해서는 후순위저당권자가 대위할 수 없다고 정한다(동조 제1항: “대위는 제3자가 저당권 설정을 위해 제공한 물건 …에 대해서는 행사될 수 없다”). 그 이유는 물상보증인이야 말로 신민법 제1203조(제3호)에 따른 변제자대위에 의하여 만족을 받은 채권자의 저당권을 대위할 지위에 있는 자이기 때문이라고 한다.¹⁷⁾ 즉 이탈리아 신민법의 해석으로도 물상보증인의 변제자대위에 기한 구상권을 이유로 후순위저당권자의 대위가 제한되는 것이다. 그러나 원래 물상보증인의 소유였다고 하더라도 공동저당권의 실행시점에 채무자의 소유로 이전된 때에는 후순위저당권자는 대위를 할 수 있다고 한다.¹⁸⁾

둘째, 이탈리아 신민법은 채무자로부터의 제3취득자가 있는 경우에 대해서도 규정을 두고 있다(동조 제1항: “대위는 [···] 채무자가 양도한 물건으로 그 양도가 만족을 얻지 못한 채권자의 저당권 膾記 전에 登記된 것에 대해서는 행사될 수 없다”). 즉 채무자로부터의 제3취득자의 대위(신민법 제1203조 제2호)와 후순위저

17) Pietro Perlingieri, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Lib. 6, 1991, Art. 2857, p. 429.

18) Cian e Trabucchi (주 12), n. I. 3.

당권자의 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.¹⁹⁾

셋째, 구민법에서와 마찬가지로 이러한 후순위저당권자의 대위는 공동저당권뿐만 아니라 선취특권의 행사에 의해서 후순위저당권자가 불이익을 받은 때에도 인정된다. 학설과 판례는 이를 유추하여 보다 많은 객체를 대상으로 하는 선순위 선취특권의 행사에 의하여 그들 중 일부인 보다 적은 객체를 대상으로 하는 후순위 선취특권자가 불이익을 입은 경우에도 후자를 위해 대위를 인정한다고 한다.²⁰⁾

2. 비교를 위하여: 오스트리아 강제집행법

(1) 이상에서 후순위저당권자의 대위와 관련하여 우리 민법이 소급한다고 할 수 있는 이탈리아 민법이 우리 판례와 유사한 내용의 규정에 기초해서 이 문제에 접근하고 있는 것을 확인하였다. 여기서 이러한 입법과 비교할 만한 다른 나라의 입법이 존재하는지 의문이 제기될 수 있는데, 필자가 조사한 바에 의하면 오스트리아법이 유용한 참고가 된다.

이에 대하여 규정하고 있는 것은 오스트리아 강제집행법(Exekutionsordnung) 제 222조이다.²¹⁾ 이 규정은 문언이 난삽해서 그대로 직역하는 것에는 다소 어려움이 있으므로, 그 내용을 풀어서 살펴보기로 한다.

우선 공동저당의 피담보채권은 매각대금으로부터 지급하여 변제되어야 한다(동조 제1항). 여기서 공동저당의 목적물인 부동산 전부가 경매되는 경우(“채권에 대하여 불가분적으로 책임을 지는 부동산 전부가 경매되는 경우”)에는, 각 부동산의 매각대금에서 선순위채권을 변제하고 남은 금액이 전체 매각대금에 대하여 가지는 비율을 산출하고 그 비율에 따라 배당액을 안분한다(동조 제2항).

¹⁹⁾ Perlingieri (주 17), *op. cit.*

²⁰⁾ Cian e Trabucchi (주 12), n. II. 2.

²¹⁾ 1868년의 오스트리아 구파산법은 이와 유사한 규정을 이미 가지고 있었는데(동법 제 37조), 실무는 이 규정을 파산절차가 아닌 경우에도 유추적용하였다고 한다(Marcusen, “Die Correalhypothek im modernen Recht”, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 13. Band 1898, S. 269). 판례에 의한 유추적용의 결과 오스트리아 입법자는 강제집행법(1898)을 제정할 때 이를 동법에 수용하였고 이후 파산법의 규정을 삭제하였다. 자세한 내용은 Hans Hoyer, *Die Simultanhypothek*, 1973, S. 11ff. 참조.

그런데 공동저당권자인 “채권자가 그와는 다른 비율의 변제를 청구하는 경우” 그것이 부정되는 것은 아니다(이 점에서 우리 민법과 다르다). 다만 그 결과로서 불이익을 받게 되는 후순위저당권자는 이로써 만족을 받지 못하게 되는 금액만큼 공동저당의 다른 매각대금으로부터 배당받을 것을 청구할 수 있다(동조 제3항). 즉 후순위저당권자에게는 보상청구권(Ersatzanspruch)이 인정되고 그는 이 권리에 기해 다른 부동산의 매각대금으로부터 배당을 받을 수 있게 된다(보상배당, Ersatzzuweisung).

그러나 모든 부동산이 경매되지 아니하는 경우, 즉 이시배상의 경우에는, 부동산 전부가 경매되는 것은 아니므로 후순위권리자의 불이익을 산정함에 있어서 실제 매각대금을 기준으로 할 수는 없고 공동저당의 모든 목적물의 통일가격(이는 재화의 단위당 일반적으로 통용되거나 확정된 가격을 말한다)을 기준으로 해야 하며(동조 제4항 제1문), 세무서는 통일가격에 대한 정보제공 의무가 있다(동항 제2문). 이때 후순위권리자의 보상청구권은 공동저당의 목적물이지만 경매되지 아니한 부동산에 (전부 또는 일부의 만족을 받은) 공동저당권자의 채권의 순위로 등기되어야 한다(동항 제3문). 이 등기는 신청에 의하여 법원이 명한다(동항 제4문). 요컨대 오스트리아 강제집행법은 우리의 이시배당의 경우에 동시배당에서보다 불이익을 받는 후순위저당권자에게 보상청구권을 인정하면서 그 담보를 위하여 보상저당권(Ersatzhypothek)을 신청하여 공동저당권자의 저당권을 대위할 가능성을 인정하는 것이다.²²⁾ 구상청구권을 인정하고 보상저당권 설정에 신청이 필요하다는 점에서 우리 민법에서와 같이 당연히 공동저당권자의 저당권에 대위하는 효과를 부여하는 것은 아니지만, 대체로 동일한 기능을 수행한다고 할 수 있을 것이다.

(2) 오스트리아 강제집행법의 이 규정에서는 다음과 같은 점이 주목된다.

첫째, 우리 통설과 실무가 제368조의 “각 부동산의 경매대가”를 매각대금에서 당해 부동산이 부담할 경매비용과 선순위채권을 공제한 잔액이라고 이해하는 것²³⁾과 마찬가지로의 내용이 법률상 확인되어 있다(동조 제2항).

둘째, 이시배당의 경우 대위할 액수 등의 산정에 불명확이 발생하는데, 오스트리아 강제집행법은 이를 각 부동산의 통일가격에 의하도록 법률의 명문으로 정한다. 이러한 규정이 없는 우리 민법의 해석에서 논의가 있음은 주지하는 바이다.²⁴⁾

²²⁾ Angst/Jakusch/Pimmer, *Exekutionsordnung*, 15. Aufl., 2009, S. 425.

²³⁾ 법원행정처, **법원실무제요 민사집행**Ⅲ, 2003, 681-682면 참조.

셋째, 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위의 충돌 문제에 대해서는 이탈리아 민법과는 달리 법률이 명시적으로 언급하고 있지 않다. 그러나 오스트리아 민법 역시 우리와 유사한 형태의 변제자대위를 알고 있으므로(동법 제1358조 참조), 그러한 문제가 발생할 가능성은 존재한다.²⁵⁾ 이에 대해서 오스트리아 학설과 판례는 물상보증인의 변제자대위가 우선한다는 입장을 취하여, 물상보증인은 변제자대위에 의하여 공동저당권을 대위할 수 있지만 후순위저당권자는 물상보증인 소유 부동산에 설정된 공동저당권에 상응하는 보상저당권을 취득할 수 없다고 한다.²⁶⁾

(3) 특히 이 문제를 자세하게 논하는 한 문헌에 따라 오스트리아 학설의 논거一端을 살펴보기로 한다.²⁷⁾

(a) 우선 공동저당권자(G)의 저당권 실행에 직면하여 물상보증인(K)이 자신의 소유권을 보전하기 위하여 자발적으로 제3자로서 채무자의 채무를 이행한 경우, 그는 변제자대위에 의하여(오스트리아 민법 제1358조 이하) 공동저당권자가 가지는 권리를 승계한다. 그러므로 채무자에 대하여 구상을 할 수 있고, 공동저당권자

24) 梁彰洙(주 3), 314면 참조.

25) 이 문제는 오스트리아 강제집행법 입법자에 의하여 간과된 것으로 보인다. 구파산법에서는 파산채무자에 대한 파산절차에서 공동저당의 실행이 문제되는 것이므로 내용상 채무자에 속한 목적물의 환가만이 문제되어 물상보증인의 대위와의 충돌을 고려할 여지가 없었을 수도 있었다. 그러나 동일한 취지의 규정이 강제집행법에 위치함으로써 그러한 문제가 발생할 수 있게 되었지만, 입법자는 이 점에 생각을 미치지 못한 것이다. 이에 대해서 Hoyer(주 21), S. 12, 13, 25f. 참조.

26) Hofmann in Rummel, *ABGB. Kommentar*, 1. Band, 3. Aufl., 2000, § 451 Rn. 14(“공동저당의 목적물인 부동산의 소유자가 피담보채권을 만족시킨 경우, 후순위저당권자가 아닌 그가 다른 저당물 소유자에 대하여 그들 사이에 존재하는 채권법적 관계 또는 강제집행법 제222조를 고려한 제896조, 제1359조에 따라 구상권을 가진다”); Hinteregger in Schwimann, *ABGB. Praxiskommentar*, 3. Aufl., Band 2, 2005, § 451 Rn. 23(“채권자가 예를 들어 주채무자의 부동산을 집행하지만 보증인이나 물상보증인의 부동산은 집행하지 않은 경우, 주채무자의 후순위저당권자는 보상청구권을 가지지 아니 한다”); Koch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, *Kommentar zum ABGB*, 2005, § 451 Rn. 12; Gschnitzer, *Österreichisches Sachenrecht*, 2. Aufl., 1985, S. 222f. 및 인용 재판례 참조. 그 밖에 Hoyer (주 21), S. 27 주 11, 12에 인용된 재판례도 참조.

27) Hoyer(주 21), S. 36ff. 아래에서도 다음과 같은 관계를 상정해서 논의를 진행하기로 한다.

	甲 (S 소유)	乙 (K 소유)
제1순위	G	G
제2순위	N	(P)

가 가지는 다른 담보를 일정한 비율(우리 민법 제482조 제2항과 유사한 내용이 해석상 인정된다²⁸⁾)에 따라 행사할 수 있다. 물상보증인은 자신의 부동산에 대해서는 소유자저당권을 취득하는데, 후순위저당권자(N)는 이에 보상저당권을 신청하여 취득할 수는 없다. 이러한 결과는 타당하다. 후순위저당권자는 물상보증인이 자신의 부동산의 경매를 피하기 위해 다른 원천으로부터 조달한 자금을 대하여 어떠한 권리도 가지고 있지 않았기 때문에, 물상보증인이 부동산에 투자한 이 자금을 다시 그로부터 회수해 가는 결과를 용인해야만 하는 것이다.²⁹⁾

그렇다면 공동저당권자가 물상보증인의 부동산에 먼저 저당권을 실행하여 만족을 받은 경우, 마찬가지로 물상보증인은 공동저당권자의 권리를 대위한다고 해석해야 한다. 변제가 임의로 행해졌는지 아니면 집행에 의해 행해졌는지 여부에 따라 물상보증인의 구상권의 존부에 영향이 있다고 해석하는 것은 부당하기 때문이다. 그 결과 물상보증인은 공동저당권자가 가지는 저당권을 대위하여 구상권을 확보할 수 있다. 그런데 여기서 물상보증인의 부동산에 후순위저당권자(P)가 있었다고 상정해 보자. 그러한 경우 물상보증인이 아무런 제한 없이 구상을 할 수 있다고 생각한다면 실질적으로 후순위저당권자(P)에 대한 부담이 소멸하는 결과가 되어 타당하지 않다. 그러므로 후순위저당권자(P)는 이 경우 보상저당권을 신청하여 물상보증인이 취득한 선순위의 소유자저당권을 취득할 수 있다고 해석해야 한다.³⁰⁾ 이는 물상보증인이 소유한 부동산의 후순위저당권자(P)가 물상보증인(K)의 구상권 및 이를 담보하는 저당권에 대하여 일종의 전질권(Afterpfand)을 취득하는 것으로 이해하거나 아니면 일종의 물상대위로 이해할 수 있다.³¹⁾

(b) 이렇게 살펴본다면 후순위저당권자의 ‘대위’, 즉 보상저당권 취득도 저당부동산소유자의 구상청구권 및 그 담보인 저당권에 대한 전질권 내지 물상대위권의 취득으로 이해할 수 있다.³²⁾

공동저당의 목적부동산이 모두 한 사람의 소유자에게 귀속하는 경우에는, 물론 엄밀한 의미의 구상을 운위할 수는 없다. 그러나 그 경우에도 관념적으로 각 부

²⁸⁾ Hoyer(주 21), S. 32ff.

²⁹⁾ Hoyer(주 21), S. 41f.

³⁰⁾ 물상보증인의 후순위저당권자가 절차에서 보상저당권을 신청하지 못한 경우에도, 그는 물상보증인이 가지는 구상권을 양도받거나 전부 받을 수 있다고 한다. KBB/Koch(주 26), § 451 Rn. 12.

³¹⁾ Hoyer(주 21), S. 42(“대위된 청구권의 물적 부담도 대위된다”). 이러한 설명은 大判 1994.5.10.(주 4)가 물상보증인 소유 부동산의 후순위저당권자에게 물상보증인이 대위한 권리에 물상대위를 인정하는 태도를 상기시킨다.

³²⁾ Hoyer(주 21), S. 42-44.

동산의 소유자의 지위를 구별하여 생각해 본다면 사태는 간이하다. 공동저당이 설정된 부동산 중 어느 하나의 집행으로 다른 부동산의 부담이 소멸하는 결과가 발생하는 경우, 변제자대위 법리에 준하여 구상청구권 및 대위된 저당권이 집행을 받은 '소유자'에게 인정되고 그는 다른 부동산에 대해서 각 가액의 비율에 따라 저당권을 행사할 수 있을 것이다. 실행된 부동산의 후순위저당권자는 바로 그러한 구상청구권과 저당권에 대하여 전질권을 가지는 것이고, 그것이 강제집행법 제222조가 인정하는 보상저당권이라는 것이다.

그러므로 동시배당의 경우 부동산 가액에 따라 부담을 안분하고, 이시배당의 경우 그 비율에 따라 보상저당권을 인정하는 강제집행법 제222조의 규정은 공동저당이 설정된 부동산의 소유자가 동일한 사람인 경우에만 의미를 가진다. 그러한 경우에만 각 부동산의 가액비율에 따른 부담을 상정할 수 있기 때문이다. 반면 공동저당이 설정된 부동산의 소유자가 다른 경우에는, 후순위저당권자들의 지위는 저당부동산소유자들 사이의 구상관계에 따라 결정된다. 후순위저당권자의 대위권이 결국 저당부동산소유자가 대위로 취득하는 구상권과 대위권에 대한 전질권(또는 물상대위권)이라면, 그들 사이에 어떠한 구상관계가 존재하는지 여부에 따라 후순위저당권자가 대위할 수 있는지 여부가 판단되어야 하는 것이다. 채무자(S) 소유 부동산(甲)과 물상보증인(K) 소유 부동산(乙)에 공동저당이 설정된 경우, 물상보증인은 채무자에 대하여 전액을 구상할 수 있으므로 甲의 후순위저당권자(N)는 대위를 할 수 없지만 乙의 후순위저당권자(P)는 물상보증인의 채무자에 대한 구상권을 매개로 하여 甲에 설정된 저당권을 대위행사할 수 있는 것이다.

(c) 요컨대 결과는 “부동산소유자들 사이의 법률관계에 의하여 좌우된다.”³³⁾ 공동저당이 설정된 담보목적물의 소유자가 한 사람이라면, 후순위권리자들 사이의 이익조정은 변제자대위에서 물상보증인들 사이의 이익조정과 마찬가지로 부동산 가액비율에 의하는 것이지만, 그 밖의 경우에는 담보목적물 소유자들 사이에 존재하는 내부적 구상관계에 따라 물상보증인의 대위·후순위저당권자의 대위 여부 및 그 범위가 결정된다.³⁴⁾ 이러한 결과는 오스트리아 강제집행법 제222조의 문언과는 다소 부합하지 않는 면이 있는 것으로 보이지만, 실제로 이 규정이 (공동저당 부동산의 소유자가 파산채무자 한 사람을 전제로 하였던) 구파산법 제37조를 그대로 승계하면서 특수성을 고려하지 못하였다는 역사적 해석 및 앞서 살펴본 목적론적 해석에 의해 정당화된다.³⁵⁾

33) Hoyer(주 21), S. 44.

34) Hoyer(주 21), S. 46f.

Ⅲ. 민법 제368조에 대한 시사

1. 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위

(1) 제368조의 연원을 추적하는 과정에서 살펴본 이탈리아 민법과 오스트리아 강제집행법의 규정, 그리고 이들 해석론은 어느 것이나 변제자대위우선설적인 입장에 기초하고 있음을 확인할 수 있었다. 이들 나라에서 후순위저당권자의 대위는 공동저당권이 채무자 소유인 경우(이탈리아) 또는 부동산 소유자가 동일인인 경우(오스트리아)에 한하여 가능한 것으로 이해되고 있는 것이다. 이러한 일치는 사안유형에 내재하는 이익형량의 결과를 반영하는 것으로 생각되므로 쉽게 간과해서는 안 될 것이다. 이탈리아나 오스트리아 학설 모두 물상보증인이 설정한 저당권에 후순위저당권자의 대위를 제한하는 근거는 물상보증인이 가지고 있는 구상권 및 그에 따른 변제자대위의 가능성이었다. 그렇다면 우리 판례가 변제자대위우선설을 취하면서 “물상보증인은 다른 공동담보물인 채무자 소유의 부동산의 담보력을 기대하고 자기의 부동산을 담보로 제공하였으므로, 그 후에 채무자 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정되었다는 사정에 의하여 그 기대이익을 박탈할 수 없다”는 점을 근거로 들고 있는 것은 이러한 맥락에서 충분히 수긍할 수 있는 것이라고 생각된다.³⁵⁾

이러한 맥락에서 후순위저당권자의 대위를 부동산소유자의 구상권에 대한 전질권 내지 물상대위권으로 파악하여 변제자대위를 전제로 하는 제도로 이해하는 오스트리아 학설의 이해는 시사하는 바가 적지 않다고 보인다.

(2) 그런데 여기서 종래 우리 학설은 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위의 관계에 대하여 민법이 아무런 규율을 예정하고 있지 않은 것으로 상정하여 논의를 진행하고 있었다. 그러나 후순위저당권자 대위가 변제자대위를 전제로 하여 인정된다는 인식을 배경으로 하여 변제자대위에 대한 민법의 규정을 잘 살펴보면, 명문으로 확인되어 있는 것은 아니더라도 충분히 이러한 법률문제를 해결할 근거가 내재하고 있다고 보아야 하는 것은 아닐까 생각하게 된다.

³⁵⁾ Hoyer(주 21), S. 47.

³⁶⁾ Hoyer(주 21), S. 26: “강제집행법 제222조만을 근거로 하여 후순위저당권자에게 추가적인 책임재산이 귀속된다는 것인가? 이는 물상보증인이 주채무자 자신에 대하여 구상 의무가 있다고 하는 것만큼이나 불합리하다. [...] 공동저당의 피담보채권이 임의로 변제되는지 아니면 강제로 변제되는지의 우연한 사정이 그러한 실체법적 차이를 정당화할 수 있을 것인가?”

제482조 제2항에 의하면 기본적으로 보증인은 채무자로부터의 제3취득자³⁷⁾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),³⁸⁾ 채무자로부터의 제3취득자에 대해 물상보증인은 변제자대위를 할 수 있지만 그 역은 성립하지 않는다. 이에 따르면 채무자(S)와 물상보증인(K)의 부동산(S = 甲, K = 乙)에 공동저당이 설정된 경우 채무자로부터 저당부동산 甲의 소유권을 취득한 제3취득자(D)는, 공동저당권자(G)가 甲에 저당권을 실행한 경우 물상보증인에게는 구상을 할 수 없어 (채무자 S에게 담보책임을 묻는 외에는) 그 부담을 단독으로 지는 것이지만, 반대로 乙에 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. 그런데 사정이 그렇다면 채무자의 부동산에 대하여 소유권과 같은 전면적·포괄적 물권을 취득한 것이 아니라 교환가치만을 지배하는 저당권을 취득한 후순위저당권자(말하자면 내용적으로 제한된 부분적 제3취득자)에게 어떠한 방식으로 대위를 인정하여 이러한 무자력 위험분배에 다른 결과를 가져오는 것은 허용될 수 없다고 해석해야 한다. 전면적인 물권을 취득한 제3취득자(D)에게는 채무자의 무자력 위험을 전적으로 부담시키면서 그에 미치지 못한 권능만을 취득한 부분적 제3취득자인 후순위저당권자(N)에게는 오히려 그러한 위험을 덜어주면서 반대로 이를 물상보증인에게 전가하는 결과는 그 자체로 법률의 평가모순이라고 하지 않을 수 없다.³⁹⁾ 후순위저당권자의 대위권이 결국 부동산 소유자의 변제자대위권에 기한 구상권에 기초한 권리라고 이해하는 입장을 좇을 때에는 이는 더욱 더 그러하다.

그러므로 후순위저당권자의 대위와 물상보증인의 변제자대위 사이의 우열은 이

37) 물상보증인으로부터의 제3취득자는 물상보증인에 준하여 취급할 것이어서, 제482조 제2항이 말하는 제3취득자는 채무자로부터의 제3취득자만을 말한다고 이해할 것이다. 李鎭萬, “辨濟者代위에 있어서 代位者 상호간의 關係”, 司法論集, 제27집, 1996, 80-81면 참조.

38) 李鎭萬(주 37), 83면 참조.

39) 그러한 의미에서 가령 후순위저당권자와 물상보증인 사이의 관계를 변제자대위에 있어 물상보증인들 사이의 관계와 유사한 것으로 이해하는 명순구(주 7), 274-275면의 견해에는 동의하기 어렵다.

미 제482조 제2항에 의하여 후자가 우선하는 것으로 예정되어 있다고 볼 것이다. 이는 법률의 명문에 따른 문언해석이라고 할 수는 없겠지만, 법률의 이익형량에 기초한 확장해석 내지 목적론적 해석상(“大는 小를 포함한다”) 충분히 정당화될 수 있다고 생각된다.

(3) 그리고 이러한 결론은 채무자 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정된 이후에 물상보증인이 저당권을 설정하여 공동저당이 성립한 경우에도 다를 바 없다고 할 것이다.⁴⁰⁾ 그렇지 않으면 후순위저당권자는 채무자 소유의 부동산 가액에서 선순위저당권의 피담보채권액을 제외한 금액만큼을 담보가치로서 파악하여 담보를 취득하였음에도 불구하고, 이후 선순위저당권자가 추가로 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 제2항에서 제3취득자는 취득의 선후를 불문하고 물상보증인에게 대위할 수 없다는 취지에 비추어도 당연하다고 할 것이다.

(4) 이러한 해석은, 오스트리아의 학설이 적절하게 지적하는 바와 같이, 저당부동산들 사이의 내부적 구상관계에 따라 대위가 행해진다는 것(그리고 그에 따라 채무자 무자력 위험의 분배가 행해진다는 것)을 의미한다. 이러한 이해에 따르면 제368조가 전제하는 가액별 안분이 의미를 가지는 사안은 공동저당 부동산이 모두 한 사람의 소유자에게 귀속하고 있는 경우에 한정된다.⁴¹⁾ 따라서 제368조는 오로지 그러한 사안에 한정되어 적용되는 것으로 목적론적으로 축소해석해야 한다.⁴²⁾

40) 反對: 金濟植, “共同抵當에 있어서 後順位抵當權者의 代位와 物上保證人의 辨濟者代位와의 關係 및 物上保證人 소유 不動産의 後順位抵當權者의 地位”, 大邱判例研究會, **裁判과 判例**, 제4집, 1995 58-59면(“물상보증인과 제3취득자의 변제자대위권은 후순위저당권자와 사이의 등기의 선후관계에 따라 [...]”).

41) 이탈리아 민법은 공동저당이 설정된 목적부동산이 모두 채무자 소유인 사안만을 상정하여 규정하고 있는데, 이는 그러한 사안이 부동산들이 모두 한 사람의 물상보증인 소유인 경우보다 훨씬 자주 나타나는 대표적인 예이기 때문에 그런 것으로 추측된다.

42) 日最判 1992.11.6., 民集 46-8, 2625 참조.

2. 제3취득자가 있는 경우

(1) 이탈리아 민법은 공동저당이 설정된 부동산이 모두 채무자 소유인 경우를 전제로 하여 그 중 일부의 소유권을 취득한 제3취득자가 있는 경우를 규율하면서, 후순위저당권자의 대위와 제3취득자의 변제자대위의 우열을 각각의 등기의 선후에 따라 판단하도록 하고 있다. 이러한 규정은 관계인의 구상의 기대를 기준으로 한 것으로, 마찬가지로 우리 민법의 공동저당을 운용함에 있어 참고가 된다고 생각된다.

(a) 우선 후순위저당권자(N)가 공동저당이 설정된 채무자(S) 소유의 부동산(甲)에 후순위저당권을 등기한 이후에 제3취득자(D)가 공동저당이 설정된 다른 부동산(乙)의 소유권을 채무자로부터 이전받은 사안에서, 후순위저당권자로서는 저당권을 설정받은 시점에서 제368조에 따른 대위를 기대할 수 있었으므로 이러한 기대를 존중하여 그의 대위가 제3취득자의 변제자대위에 우선한다고 해석하는 것이 타당하다. 이 경우 후순위저당권자는 채무자 소유로 있는 부동산에 대하여 자신의 대위가 미칠 것을 예상할 수 있으므로, 이후에 그 소유권이 제3자에게 양도되었다고 해서 사정이 달라질 이유가 없는 것이다.⁴³⁾ 이러한 점에서 후순위저당권 설정 이후 물상보증인이 저당권을 설정하여 공동저당을 성립시키는 사안(앞의 III. 1. (3) 참조)과 구별된다. 물상보증의 경우에는 후순위저당권자가 파악하지 아니한 새로운 담보가 추가되는 것이기 때문이다.

(b) 반면에 제3취득자(D)가 채무자(S)로부터 공동저당이 설정된 부동산(乙)의 소유권을 이전받은 이후에 후순위저당권자(N)가 공동저당이 설정된 채무자 소유의 다른 부동산(甲)에 후순위저당권을 취득하였다면, 이러한 사후의 후순위저당권 설정이 제3취득자의 채무자에 대한 전면적인 변제자대위 기대를 침해할 수는 없다고 할 것이다(제481조).⁴⁴⁾ 이 한도에서는 물상보증인의 변제자대위를 우선하기 위해서 든 논거가 그대로 제3취득자에게 대해서도 타당하다. 이 때에는 제3취득자는 물상보증인과 같이 취급되어야 하며, 그의 변제자대위가 후순위저당권자의 대위에 우선한다.

(c) 이러한 내용은 후순위저당권자의 대위가 부동산 소유자들 사이의 구상관계에 기하여 인정된다는 관점에 비추어 보아도 설명될 수 있다.

제3취득자가 후순위저당권자보다 먼저 등장한 경우(앞의 (b)), 예를 들어 甲에 경매가 진행되어 후순위저당권자가 만족을 받지 못하였다더라도 채무자는 제3취득

⁴³⁾ 梁彰洙(주 3), 318면.

⁴⁴⁾ 梁彰洙(주 3), 319면.

자에 대하여 구상을 할 수 없으므로, 채무자의 제3취득자에 대한 구상권에 기초해야 하는 후순위저당권자로서는 대위를 할 수 없다고 할 것이다.

이와는 반대로 후순위저당권자가 제3취득자보다 먼저 등장한 경우(앞의 (a)), 채무자는 제3취득자에게 부동산을 처분함으로써 후순위저당권자가 이미 가지고 있는 대위의 기대를 침해한다. 물론 실체법적으로는 제3취득자는 채무자에 대하여 전면적으로 구상할 수 있고, 반대로 채무자는 제3취득자에게 구상할 수 없으므로, 후순위저당권자의 대위가 근거할 기초가 존재하지 않는다고 생각될 수도 있다. 그러나 이러한 결과는 후순위저당권자의 담보가치를 침해하는 저당물의 소유자의 처분에 의하여 발생한 것이므로 그러한 결과를 후순위저당권자에게 주장할 수는 없다고 할 것이고(제362조 등 참조), 이는 그러한 사정을 등기에 의하여 인식할 수 있는 제3취득자도 마찬가지이다.⁴⁵⁾ 그러므로 채무자와 제3취득자는 그들 내부의 구상관계를 후순위저당권자에게 주장할 수 없다고 할 것이고, 따라서 후순위저당권자로서는 이후 제3취득자가 나타났다고 하더라도 자신이 저당권을 취득했던 시점을 기준으로 대위권을 행사할 수 있다고 이해되는 것이다.

(2) 이에 대하여 공동저당이 설정된 부동산의 전부가 채무자의 소유는 아닌 사안에 대해서는 이탈리아 민법에 규정이 없다. 우리 민법에서도 이는 해석으로 처리될 수밖에 없다.

우선 공동저당이 설정된 부동산 전부가 동일한 물상보증인의 소유인 상황에서 제3취득자가 발생한 경우는 목적부동산 전부가 채무자 소유인 상황에서 제3취득자가 발생한 경우(앞의 III. 2. (1) 참조)와 마찬가지로 해결하는 것이 타당하다고 할 것이다.⁴⁶⁾

반면 공동저당이 설정된 부동산이 각각 채무자와 물상보증인 소유인 경우, 채무자로부터의 제3취득자는 채무자에 준해서 취급하면 되고, 물상보증인으로부터의 제3취득자는 물상보증인에 준하여 취급하면 될 것이다. 채무자로부터의 제3취득자는 물상보증인의 전면적 변제자대위 기대를 침해할 수 없으므로 채무자와 같이 취급되어야 하지만(제482조 제2항 제1호, 제2호 참조), 물상보증인으로부터의 제3취득자는 반대로 그러한 전면적 변제자대위를 기대할 수 있었을 뿐만 아니라 채무자는 제3취득의 사실로부터 이익을 받을 이유가 없으므로 물상보증인과 같이

45) 제3자에 의한 저당권 침해에 대한 大判 2005.4.29., 2005다3243, 공보 2005, 837 참조. 그 밖에 대위할 자의 이익을 침해하는 처분에 대하여 대위권자의 이해관계를 보호하는 제485조도 참조.

46) 道垣內弘人, 擔保物權法, 第3版, 2008, 209-210면 참조.

취급되어야 하는 것이다(제482조 제1항 참조).⁴⁷⁾

3. 우선특권의 경우 유추적용

이탈리아 민법은 보다 많은 목적물을 파악하고 있는 선순위 선취특권의 행사에 의하여 만족을 받지 못한 후순위저당권자에게도 대위를 인정하고 있다. 이러한 규정에 비추어 볼 때 임금채권이나 조세채권의 행사에 의하여 만족을 받지 못한 후순위저당권자에게 민법 제368조를 유추하여 대위를 인정하는 판례(주 14)의 태도는 연혁적·비교법적으로 정당화될 수 있는 측면이 있다고 생각된다.

다만 주의할 것은 이탈리아 민법에서 대위를 발생시킬 수 있는 선순위 선취특권은 후순위저당권보다 먼저 성립한 特別先取特權(특정한 목적물에 대해서 성립하는 선취특권)이라는 사실이다(동법 제2747조 참조). 반면 이탈리아 민법에서 채무자의 총재산에 대하여 성립하는 一般先取特權은 특정 목적물에 대한 권리자에 대해서는 후순위이기 때문에⁴⁸⁾ 후순위저당권자의 대위의 문제는 발생할 여지가 없다. 예를 들어 일반우선특권인 임금우선특권(동법 제2751조의2 제1호)이 행사된 경우에도 후순위저당권자에 우선하여 만족을 받을 수는 없으므로 대위는 고려될 여지가 없는 것이다. 그러므로 우리 현행법에서처럼 우선특권자가 사용자의 총재산으로부터 동시배당을 받는다고 가정할 때 다른 재산으로부터 변제받을 수 있는 금액을 실무상 확정하기 어렵다는 난점⁴⁹⁾은 발생할 여지가 없을 것이다.

그러나 이러한 비교법적 관찰에 기초하여 우리 판례의 태도에 대하여 의문을 가질 이유는 없다고 생각된다. 중요한 것은 보다 많은 목적물을 파악하고 있는 선순위 우선변제권에 의하여 후순위저당권자가 불이익을 받은 경우 그에게 대위를 인정한다는 이탈리아 민법의 이익형량이 우리 판례의 입장과 상통한다는 사실이다. 그렇다면 일반우선특권에 대하여 이탈리아 민법과는 다른 내용의 우선순위를 정하는 우리 현행법에서 동일한 결론이 나올 수 없다는 것은 오히려 당연한 것이라고 하겠다. 이는 이탈리아 구법상 일반저당권의 행사에 의하여 후순위저당권자가 불이익을 받는 경우에도 동일한 법리가 적용되었다는 사실(주 13 참조)을 상기한다면 쉽게 확인되는 바이기도 하다.

47) 李鎭萬(주 37), 80면 주 19 참조.

48) Troiano(주 16), S. 361.

49) 梁彰洙, “優先辨濟權 있는 賃金債權의 滿足으로 인한 後順位權利者의 法的地位”, *民法散考*, 1998, 153-154면 참조.

IV. 결 론

이상에서 민법 제368조는 공동저당이 설정된 부동산이 동일한 한 사람의 소유자에게 귀속하는 사안에만 적용되는 규정으로, 후순위저당권자의 대위는 변제자 대위에 의하여 인정되는 다른 관계인의 구상권을 침해하지 않는 한도에서 인정된다는 것을 확인하였다. 그러므로 이 문제에 대한 판례의 입장은 타당한 것이며 지지되어야 한다. 마찬가지로 선순위 일반우선평권이 행사되는 경우에 제368조를 유추하는 판례의 태도도 연혁적·비교법적으로 검토할 때 충분히 지지할 만한 점이 있다고 생각된다.

이러한 결론을 재음미하는 과정에서 이탈리아와 오스트리아의 경험으로부터 여러 유용한 시사점을 얻을 수 있음을 보았다. 종래 우리나라의 비교법 연구가 몇몇 국가들의 법제에 한정되어 있다고 해도 과언은 아닐 것인데, 필자로서는 민법 제368조에 대한 단상을 통하여 비교법 연구의 지평을 넓힐 필요성을 보다 절감하게 되었다. 이후 필자를 포함하여 학계의 꾸준한 관심과 연구를 기대해 본다.

투고일 2010. 1. 25

심사완료일 2010. 3. 5

게재확정일 2010. 3. 9

참고문헌

- 金濟植, “共同抵當에 있어서 後順位抵當權者の 代位와 物上保證人의 辨濟者代位와의 關係 및 物上保證人 소유 不動産의 後順位抵當權者の 地位”, 大邱判例研究會, **裁判과 判例** 제4집, 1995.
- 명순구, “공동저당에 있어서 후순위저당권자와 물상보증인의 대위권”, **高麗大 判例研究** 제8집, 1994.
- 徐基錫, “共同抵當에 있어서 後順位根抵當權者の 代位와 物上保證人의 辨濟者 代位の 衝突”, **대법원판례해설** 제21호, 1994.
- 梁彰洙, “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의 地位”, **民法研究** 제4권, 1997.
- 梁彰洙, “優先辨濟權 있는 賃金債權의 滿足으로 인한 後順位權利者の 法的 地位”, **民法散考**, 1998.
- 李鎮萬, “辨濟者代位에 있어서 代位者 상호간의 關係”, **司法論集** 제27집, 1996.
- Angst/Jakusch/Pimmer, *Exekutionsordnung*, 15. Aufl., 2009.
- Boissonade, *Projet de code civil*, tome 4^e, 1891.
- Boissonade, *Code civil de l'empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs*, tome 3, 1891.
- Cian e Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, 4^a ed., 1992.
- Code civil italien* traduit par Henri Prudhomme, 1896.
- Cusato, Barbara, *L'ipoteca*, 2007.
- Grundmann/Zaccaria (Hrsg.), *Einführung in das italienische Recht*, 2007.
- Gschnitzer, *Österreichisches Sachenrecht*, 2. Aufl., 1985.
- Hoyer, Hans, *Die Simultanhypothek*, 1973.
- Huc, M. Th., *Le code civil italien et le code Napoléon*, tome 1^{er}, 1868.
- Kozioł/Bydlinski/Bollenberger, *Kommentar zum ABGB*, 2005.
- Perlingieri, Pietro, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Lib. 6, 1991.
- Rummel, *ABGB. Kommentar*, 1. Band, 3. Aufl., 2000.
- Schwimmann, *ABGB. Praxiskommentar*, 3. Aufl., Band 2, 2005.
- 未定稿本, **民法修正案理由書**, 서울대 도서관 소장본.
- 道垣內弘人, **擔保物權法**, 第3版, 2008.
- 藤原明九, **ボウソナード抵當法の研究**, 1995

Marcusen, “Die Correalhypothek im modernen Recht”, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 13. Band 1898.

Savaux, “Subrogation personnelle”, *Répertoire de droit civil*, tome X, 1998.

大島俊之, “イタリア法との關係”, 椿壽夫 編, *擔保法理の現狀と課題*, 1995.

<Abstract>

Article 368 of the Korean Civil Code Revisited

— Some reflections from comparative perspective —

Hyoung Seok Kim*

In practice it happens that a creditor for better security acquires a consolidated mortgage in which several immovables are charged simultaneously for a single debt. The Korean Civil Code grants him the freedom to choose from which immovables his claim will be satisfied. This freedom, however, could lead to the detriments of other creditors who have subsequent mortgages on the immovables chosen for the public auction. For their protection the Korean Civil Code let them enter the rank of mortgages which the satisfied creditor had, namely according to the value ratio of the simultaneously charged immovables (art. 368). But this subrogation of the subsequent mortgagees could collide with the subrogation of the third payer, if the liquidated mortgages were provided by the other person than the debtor himself (art. 481). According to the Supreme Court, the latter subrogation should take place in favour of the mortgage providing person. The question still stands under academic discussion of pro and contra.

The author examines this question from comparative perspective. He observes that art. 368 goes back to the Italian Civil Code and that the Austrian law foresees a similar provision. He describes the academic opinions and the case law of both countries in order to get some advises for the Korean law. In the final analysis it is shown that in Italy and Austria the courts reach the same conclusion as the Korean court, which is also supported by the author.

Key words: consolidated mortgage, subrogation of the third payer, subrogation of the subsequent mortgagee, general privilege

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