

〈논문〉

## 抵當權者의 物上代位와 不當利得\*

金 炯 錫\*\*

### 요 약

민법 제370조, 제342조에 의하면 저당권자는 저당물의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 저당권 설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여도 저당권을 행사할 수 있지만, 이 경우에는 “그 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다.” 즉 저당권은 설정자가 저당권이 설정된 토지에 갈음하여 취득한 청구권에 그 효력을 미치지만, 그것이 압류전 변제됨으로써 소멸한다. 여기서 저당채권자가 물상대위권에 기하여 설정자 또는 그의 특별승계인이 변제로 수령한 것을 부당이득으로 반환청구할 수 있는지의 문제가 제기된다.

필자는 본 논문에서 우선 비교법적으로 이 문제를 살펴본 다음, 그 결과에 기하여 당사자들의 이익상황을 분석하고, 이로써 제370조, 제342조가 압류를 요구하는 취지를 밝힌다. 이에 의하면 압류는 오로지 저당권자의 물상대위권 행사에 대한 제3채무자의 법적 불안정성을 해소하는 것만을 목적으로 한다. 그 외에는 저당권은 당연히 대위목적채권에 효력이 미친다. 이러한 인식에 기초하여 필자는 설정자 및 그의 특별승계인에 대한 저당채권자의 부당이득반환청구권을 긍정하며, 더 나아가 대위목적채권에 대한 강제집행으로 만족을 받은 채권자들에 대한 부당이득청구권도 인정하여야 한다고 제안한다. 특히 후자의 경우 다른 결론을 내릴 만한 합리적인 이유는 발견할 수 없다.

주제어: 물상대위, 저당권, 부당이득, 우선변제권, 압류

\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2009학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

\*\* 서울대학교 법과대학·법학대학원 부교수. 이 글을 읽고 비판적인 논평으로 도움을 주신 이원범 부장판사, 이환승·문정일·노태현 판사, 한국외국어대학교 이병준 교수께 감사드린다.

## I. 문제의 제기

1. 저당권은 채무자 또는 제3자가 채무의 담보로 제공한 부동산에 대하여 다른 채권자보다 우선변제를 받을 수 있는 擔保物權으로(民法 제356조<sup>1)</sup>), 그 목적물인 부동산을 환가하여 그로부터 우선변제를 받을 수 있는 권능을 채권자에게 부여한다. 그러나 저당권의 효력이 미치는 범위가 부동산 자체에 한정되는 것은 아니다. 우선 저당권의 효력은 원칙적으로 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미친다(제358조). 더 나아가 저당부동산에 대한 압류가 있는 후에 저당권설정자가 그 부동산으로부터 수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실도 원칙적으로 저당권의 효력에 따르게 된다(제359조). 이에 더하여 민법은 저당물의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 저당권설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여도 저당권을 행사할 수 있도록 하면서, 다만 이 경우에는 “그 支給 또는 引渡前에 押留”할 것을 정한다(제370조, 제342조). 이러한 物上代位(제342조의 표제 참조)에 의하여 입법자는 저당물의 멸실 등의 이유로 저당권이 소멸해야 할 경우에도 저당권설정자<sup>2)</sup>가 동일한 원인으로 취득하게 되는 권리에 저당권의 효력을 미치게 하여, 저당권자의 담보이익을 고려하고 있다.

2. 민법은 저당권자가 물상대위에 의하여 저당부동산의 소유자가 가지는 권리로부터 우선변제를 받기 위해서는 그 지급 또는 인도 전에 압류할 것을 요구한다.

(1) 이는 우선 물상대위가 미치는 대상은 설정자가 부동산의 멸실, 훼손, 공용징수 등을 이유로 하여 취득한 권리라는 것을 의미한다. 즉 저당권의 효력은 설정자가 취득하게 되는 현실적 금전 또는 물건이 아니라, 지급 또는 인도를 구하는 청구권 내지 채권(손해배상청구권, 보험금청구권, 수용보상금청구권 등)에 미치는 것이다(아래에서는 이를 ‘대위목적채권’이라고 지칭하기로 한다).<sup>3)</sup>

1) 이하에서 법률의 명칭 없이 인용하는 조문은 민법의 조문이다.

2) 法文은 ‘저당권설정자’라고 표현하고 있으나, 이후 저당권설정자로부터의 제3취득자 등도 이에 해당할 수 있으므로 보다 정확하게는 저당부동산의 소유자라고 하는 것이 적절하다. 그러나 아래에서는 편의상 법률의 표현을 사용하여 ‘설정자’라고 지칭하기로 한다.

그런데 이는 더 나아가 저당부동산의 멸실 등으로 설정자에 대하여 채무를 부담하는 불법행위자, 보험자, 사업시행자<sup>4)</sup> 등이 저당권자의 압류가 있기 전에 지급 또는 인도에 의하여 채무를 이행하는 때에는 저당권자는 더 이상 물상대위권을 행사할 수 없다는 의미이기도 하다. 민사집행법은 이러한 취지를 받아 물상대위권을 행사하고자 하는 저당권자는 저당권의 존재를 증명하는 서류를 제출하여 실행을 개시하도록 하면서, 이에겐 채권 기타 재산권에 대한 강제집행에 관한 제223조 이하의 규정을 준용하도록 하고 있다(동법 제273조 제2항, 제3항). 이는 저당권자의 물상대위권은, 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집행법원에 제출하여, 채권압류 및 전부명령을 신청하거나 민사집행법 제247조 제1항이 규정하는 배당요구의 종기까지 배당요구를 하는 방법에 의하여 행사할 수 있다는 것을 의미한다(아래 III 1. (4) (c) 참조).<sup>5)</sup> 그러므로 저당권자가 이러한 방법으로 물상대위권을 행사하지 않는 동안 제3채무자가 설정자나 당해 채권을 양도받은 양수인 내지 전부채권자에게 변제한 때에는 대위목적채권에 대한 물상대위는 더 이상 고려되지 아니한다.

(2) 그런데 이렇게 제3채무자가 지급 또는 인도에 의하여 자신의 채무를 변제한 경우, 저당권자가 변제를 수령한 자를 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있는지(제741조)의 문제가 제기될 수 있다. 물론 채무자와 설정자가 동일한 사람인 때에는 저당채권자로서는 채무자에 대하여 기존의 피담보채권에 더하여 이와 유사한 내용의 금전청구권을 획득하는 것에 지나지 않으므로 부당이득반환청구가 추가적인 담보로 기능하지 않는다. 그러나 설정자와 채무자가 동일한 사람이 아닌 경우(물상보증인, 저당부동산의 제3취득자)에는 저당권자는 부당이득반환에 의하여 설정자의 일반재산으로부터도 채권을 회수할 수 있는 가능성을 가지게 되므로, 부당이득반환의 여부는 적지 않은 의미를 가지게 된다. 이 문제에 대한 대법원의 재판례를 살펴보면 다음과 같다.

(a) 대법원은 제3채무자가 저당권자의 압류가 있기 전에 설정자에게 변제를

3) 우선 郭潤直, **物權法**, 제7판, 2002, 303면 참조.

4) 아래에서는 저당채권자의 채무자와 구별하는 의미에서 저당부동산의 소유자에 대하여 지급 또는 인도의무를 부담하는 채무자를 일률적으로 ‘제3채무자’라고 지칭하기로 한다.

5) 大判 1994.11.22., 94다25728, 공보 1995, 71; 大決 1995.9.18., 95마684, 공보 1995. 3504; 大判 1998.9.22., 98다12812, 집 46-2, 137; 1999.5.14., 98다62688, 공보 1999, 1159 등.

한 경우에, 저당권자는 설정자에 대하여 부당이득반환을 청구할 수 있다는 태도를 취한다. 大判 1975.4.8., 73다29 (집 23-1, 165)에서는, 선박에 대한 근저당권이 실행되는 동안 저당목적물인 선박이 일본 선박의 충돌에 의하여 멸실되었고, 선박의 소유자는 근저당권자의 압류가 있기 전에 한일어업협정에 기한 보상금을 수령한 사안이 문제되었다. 보상금을 수령한 선박소유자에 대한 근저당권자(제2순위)의 부당이득반환청구에 대하여, 원심은 선박소유자의 보상금 수령은 그의 정당한 손해배상청구권에 기하여 지급 또는 인도받은 것이므로 이것을 법률상 원인 없는 이득이라 해석할 수 없다고 하여 부당이득을 부정하였다. 그러나 대법원은 다음과 같은 이유로 원심을 파기하고 부당이득반환을 인정하였다.

“침몰사고로 인하여 원고는 그 근저당권을 상실하고 따라서 저당채권의 변제를 못 받게 된 손해를 보았는데 반하여 피고는 침몰선박의 대가로 금 39,000,000 원에 해당하는 금품을 받아 위와 같은 부담(근저당권)이 없었던 것과 같은 대가를 취득하게 되었으니 피고가 취득한 금품 중에서 적어도 원고의 손실에 해당하는 한도에서는 이익을 얻었다 할 것이니 원고의 손실과 피고의 이득 사이에 인과관계가 있고 피고의 이 이득은 법률상 원인 없는 것이라 할 것이므로 여기에 부당이득이 있다고 봄이 타당할 것이다. 그 이유로는 이렇게 보는 것이 공평 관념에 위배되는 재산적 가치의 이동이 있는 경우 수익자로부터 그 이득을 되돌려 받아 손실자와의 사이에 재산상태의 조정을 꾀하는 부당이득제도의 목적에 합당하다고 보기 때문이다. 한편 원고가 가해자에 대한 손해배상청구권이 있다 하여 피고에 대한 부당이득반환청구를 하지 못하는 것도 아니며 민법 제370조에 의한 물상대위는 저당권자가 저당권의 효력으로서의 우선변제를 받기 위한 규정이므로 이 규정 때문에 부당이득의 성립에 무슨 지장을 줄 바 아니라 할 것이다. (다만 물상대위로 추급하여 채권변제를 받았으면 그 한도에서 부당이득이 성립되지 않을 뿐이다).”

(b) 반면 저당권자가 물상대위권을 실행하지 아니하는 동안 설정자의 다른 채권자들이 대위목적채권에 대하여 강제집행을 하여 배당으로 만족을 받은 경우, 대법원은 저당권자의 다른 채권자들에 대한 부당이득반환청구는 인정하지 아니한다. 大判 2002.10.11., 2002다33137 (공보 2002, 2704)의 사실관계는 다음과 같다. 저당권이 설정된 토지가 수용되고 수용보상금이 공탁되었는데, 저당권자가 압류를 하고 있지 않는 동안 후순위인 대한민국이 국세채납을 이유로

공탁물출급청구권을 압류하고 이를 추심하였다(국세징수법 제41조 제1항, 제2항). 이에 저당권자는 자신의 우선변제권이 침해되었음을 이유로 대한민국에 대하여 부당이득반환을 청구하였으나 원심은 이를 부정하였고, 대법원도 원심의 판단을 지지하였다.

“민법 제370조, 제342조 단서가 저당권자는 물상대위권을 행사하기 위하여 저당권설정자가 받은 금전 기타 물건의 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다고 규정한 것은 물상대위의 목적인 채권의 특정성을 유지하여 그 효력을 보전함과 동시에 제3자에게 불측의 손해를 입히지 않으려는데 있는 것이므로, 저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건에 대하여 이미 제3자가 압류하여 그 금전 또는 물건이 특정된 이상 저당권자가 스스로 이를 압류하지 않고서도 물상대위권을 행사하여 일반 채권자보다 우선변제를 받을 수 있으나, 그 행사방법으로는 민사집행법 제273조(구 민사소송법 제733조)에 의하여 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집행법원에 제출하여 채권압류 및 전부명령을 신청하는 것이거나 민사집행법 제247조 제1항(구 민사소송법 제580조 제1항)에 의하여 배당요구를 하는 것이므로, 이러한 물상대위권의 행사에 나아가지 아니한 채 단지 수용대상토지에 대하여 담보물권의 등기가 된 것만으로는 그 보상금으로부터 우선변제를 받을 수 없고(대법원 1998. 9. 22. 선고 98다12812 판결 참조), 저당권자가 물상대위권의 행사에 나아가지 아니하여 우선변제권을 상실한 이상 다른 채권자가 그 보상금 또는 이에 관한 변제공탁금으로부터 이득을 얻었다고 하더라도 저당권자는 이를 부당이득으로서 반환청구할 수 없다 할 것이다(대법원 1994. 11. 22. 선고 94다25728 판결 참조).

원고의 근저당권의 목적물로 되어 있던 甲[설정자]의 토지 지분이 수용되어 이에 관한 보상금이 변제공탁되었는데 원고가 이에 관하여 저당권자로서 물상대위권을 전혀 행사하지 아니한 이 사건에서, 원심이 위와 같은 법리에 따라 피고가 그 판시와 같은 절차에 의해 공탁금을 출급받았다고 하더라도 원고가 물상대위권의 행사에 나아가지 아니하여 우선변제권을 상실한 이상 피고에 대하여 그 금원을 부당이득으로서 반환청구할 수 없다고 판단한 것은 수긍이 되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 부당이득의 성립요건에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없다.”

(3) 이상의 내용을 요약하면 다음과 같다. 즉 압류가 있기 전에 제3채무자가 설정자에게 변제를 한 경우에는 저당권자가 그에게 부당이득반환을 청구할 수 있으나, 저당권자의 압류가 있기 전에 설정자의 채권자가 대위목적채권을 현금

화하는 절차로부터 만족을 받은 때에는 저당권자는 만족을 받은 채권자에 대하여 부당이득반환을 청구할 수 없다는 것이다.

3. 아래에서는 이러한 대법원의 판례를 계기로 하여 저당권자의 물상대위와 관련된 부당이득반환의 문제를 살펴보기로 한다. 특히 대법원이 이 문제를 취급한 판결들이 서로 모순되는 것인지 아니면 서로 다른 사안과 관련된 것이어서 서로 조화를 이루고 있는 것인지의 여부가 검토되어야 할 것이다. 그러나 이러한 시도는 필연적으로 물상대위에 의하여 발생하는 저당권자의 지위가 어떠한 법적 성질을 가지는 것인지에 관한 일반적인 문제의 해명을 수반할 수밖에 없다. 따라서 본 연구는 동시에 물상대위에 의한 저당권자의 지위라는 보다 일반적인 문제의 해결에도 기여하고자 하며, 이로써 저당권자의 물상대위 전반에 대하여 새로운 이해를 시도해 보고자 한다.

## II. 물상대위에 기한 저당권자의 지위와 부당이득

### 1. 우리나라의 학설상황

저당권자의 물상대위로 인한 부당이득반환에 관해서 종래 우리 문헌에서 이를 집중적으로 다루는 것은 찾아보기 어렵다. 다만 앞서 인용한 大判 1975.4.8. (I. 2. (2) (a))을 평석하면서 이를 손실과 이득의 인과관계의 문제로만 접근하여 “그 因果關係가 直接的인 것이 아니어도 상관없다는 解釋上의 추세에 비추어 大法院의 見解에 찬동한다”는 설명에 그치거나,<sup>6)</sup> 상세한 논의 없이 “제3자로서는 담보권자의 압류 이전에 제3채무자로부터 지불을 받은 경우 그 반환을 청구당하지 않는다는 선에서 만족하게 할 수밖에 없는 것”이라고 언급하는 정도이다.<sup>7)</sup> 이들 문헌을 제외한다면 우리 학설이 이 문제에 대해서 어떠한 입장을 취하고 있는지는 분명하지 아니하며, 물상대위의 법적 성질에 관한 논의로부터 어떠한 결론을 취하게 될 것인지를 추측할 수 있을 뿐이다.

종래 학설에서는 물상대위의 법적 성질 특히 압류의 의미에 대하여 이른바

6) 金顯泰, “民法(財産編)”, 서울大學校 法學研究所 判例回顧, 제4호, 1976, 91-92면

7) 劉承政, “物上代位權의 行使”, 民事裁判의 諸問題, 제10권, 2000, 188, 189-190면.

특정성유지설, 우선권보전설, 제3채무자보호설 등이 주장되어 물상대위에 기한 저당권자의 지위에 관하여 서로 다른 결론을 개진해 왔다.<sup>8)</sup> 그런데 이러한 학설상황은 일본 학설·판례의 추이에 영향을 받아 전개되고 있는 것으로 보이고, 참조의 전거들도 주로 일본의 문헌으로 이루어져 있다. 그러므로 물상대위와 부당이득이라는 우리의 주제를 살펴보기 위해서는 우선 일본의 학설·판례를 검토할 필요가 있다(아래 II. 2.). 이 과정에서 일본에서 물상대위에 관하여 전개되는 논의를 비판적으로 평가한 다음, 독일(II. 3.), 스위스(II. 4.), 프랑스(II. 5.)의 제도와 비교하여 비교법적인 시각을 확보하기로 한다. 그리고 나서 우리 민법의 해석으로 타당한 결론을 탐색하기로 한다(III).

## 2. 일본

### (1) 일본에서 학설과 판례의 전개

일본 민법은 선취특권을 규정하는 제2편 제8장의 제304조 제1항에서 “선취특권은 그 목적물의 매각, 임대, 멸실 또는 손상에 의하여 채무자가 받을 금전 기타의 물건에 대하여도 행사할 수 있다. 다만 선취특권자는 그 지급 또는 인도[拂渡] 전에 압류를 해야 한다”고 규정하고, 동법 제372조는 이를 저당권에 준용하고 있다.

이 규정에 관해서는 종래부터 많은 논의가 있었는데, 특히 지급 또는 인도 전에 해야 하는 압류의 의미에 관해서 초기에는 크게 두 견해가 대립하고 있었다.

(a) 하나의 견해는 이른바 특정성유지설이라고 불리는 견해로서, 저당권은 물건의 교환가치를 파악하는 물건이므로 그 목적물이 멸실하여도 그 교환가치를 대표하는 다른 목적물이 있는 경우에는 저당권의 효력이 당연히 그 가치대표자에도 미친다는 전제(價値權說)에서 출발한다. 이 견해에 의하면 저당권의 효력이 당연히 대위목적채권에도 미침에도 불구하고 지급 또는 인도 전에 압류가 있을 것을 법률이 요구하는 이유는 압류에 의하여 설정자의 제3채무자에 대한 청구권의 특정성을 유지하여 설정자의 재산에 혼입되는 결과를 방지한다

<sup>8)</sup> 학설의 개관으로는 우선 姜東世, “抵當權의 物上代位”, 法曹, 제528호, 2000, 82면 이하; 李承翰, “物上代위에 있어서의 ‘支給 또는 引渡前 押留’에 관하여”, 民事判例研究 [XXII], 2000, 92면 이하; 이준현, “저당권의 물상대위와 채권양도·전부명령”, 比較私法, 제14권 제1호, 2007, 298면 이하 등 참조.

는 것에 국한된다. 즉 제3채무자가 자신의 채무를 변제하게 되면 급부목적물(특히 금전)이 설정자의 일반재산에 혼입하여 특정성을 상실하여 우선변제권이 인정되는 물권을 인정할 수가 없다는 당연한 결과를 확인하는 것에 그치는 것이다.<sup>9)</sup> 이 견해는 이로부터 다음과 같은 결론을 도출한다.<sup>10)</sup> ① 압류의 취지는 물상대위의 목적인 권리의 특정성을 유지한다는 것이므로 필요한 것은 “압류 자체”이다. 따라서 압류는 반드시 저당권자가 할 필요는 없고 다른 채권자 등에 의해서 이루어지면 충분하고, 그 경우에도 저당권자는 물상대위를 할 수 있다. ② 물상대위의 목적인 권리의 특정성이 유지되고 있는 이상 저당권의 효력은 당연히 대위목적채권에 미치는 것이므로, 설정자의 채권자가 이를 압류하여 전부받은 경우에도 저당권자는 여전히 물상대위에 기하여 우선변제를 받을 수 있다. 마찬가지로 대위목적채권이 양도되거나 입질된 경우에도 저당권자는 양수인이나 질권자에게 물상대위권을 주장할 수 있다. 우선순위는 저당권 등기의 시점과 전부명령·양도의 대항요건의 시점의 선후에 의해 결정된다.

이에 대하여 우선권보전설이라고 불리는 견해는 물상대위는 저당권의 효력에 의하여 당연히 인정되는 것은 아니며 오히려 저당권의 소멸이라는 원칙에 대하여 입법자의 특별한 규정에 의하여 인정되는 일종의 특권이라고 이해한다(特權說).<sup>11)</sup> 이 입장에 따르면 물상대위의 행사를 위해 저당권자의 압류를 요구하는 것은 그러한 물상대위를 압류에 의하여 공시하여 우선적 지위를 확보하도록 하는 것을 의미하며, 그 결과 압류는 실질에 있어 대항요건으로 기능한다. 그러므로 ① 압류는 반드시 물상대위를 실행하고자 하는 저당권자 자신이 해야 하며, 다른 방식으로 해당 청구권의 특정성이 유지되었다는 것만으로는 충분하지 아니하다. ② 압류에 의하여 비로소 물상대위권이 보전되는 것이므로, 저당권자의 압류가 있기 전에 설정자의 다른 채권자가 당해 채권을 압류하여 전부받은 경우에는 더 이상 물상대위를 행사할 수 없다. 채권양도나 입질이 있었던 경우에 우열은 이들 대항요건과 저당권자의 압류의 선후에 따라 결정된다.

(b) 일본 관례는 이 두 견해 사이에서 변동하였다.<sup>12)</sup> 초기 大審院은 특별법

9) 柚木馨·高木多喜男, 擔保物權法, 第三版, 1982, 270-271면.

10) 柚木·高木 (주 9), 272면 이하.

11) 近江幸治, 擔保物權法, 新版, 1992, 44-45면 참조.

12) 아래의 서술은 기본적으로 生熊長幸, 物上代位と收益管理, 2003, 26면 이하를 참조하였다.

상의 물상대위에 관하여 특정성유지설의 입장에서 판결을 한 바 있으나,<sup>13)</sup> 곧 민법상의 물상대위를 판단하면서 우선권보전설로 전환하였다. 즉 우선권보전설의 논리를 받아들여 저당권자의 압류가 없는 동안 설정자가 취득한 보험금 청구권이 그의 채권자에 의하여 압류·전부된 사안에서, 대심원은 물상대위의 추급력을 부정하였던 것이다.<sup>14)</sup> 이러한 입장은 이후에도 계승되는데 예컨대 이후의 판례는 특정성유지의 관점을 함께 고려하면서도 기본적으로는 우선권보전설의 입장에서 저당권자의 압류는 물상대위의 요건이므로 압류가 있기 전에 당해 채권이 양도되어 대항요건이 구비된 경우에는 더 이상 물상대위를 행사할 수 없다고 하였다.<sup>15)</sup> 다만 문제가 되는 채권이 전부되기 전에 압류명령만이 있는 상태에서 저당권자가 압류한 사안에 대해서는, 압류의 취지를 특정성유지, 우선권보전, 제3채무자 및 전부채권자의 보호 등 다면적으로 파악하면서 목적채권에 대한 압류 또는 가압류의 집행만으로는 아직 저당권자의 물상대위를 방해하지 않는다고 판시하였다.<sup>16)</sup>

(c) 따라서 일본의 판례는 전반적으로 우선권보전설을 중심으로 하는 절충적 견해를 채택하여 유지되어 왔다고 말할 수 있다. 학설에서는 상당기간 특정성유지설이 우세한 위치를 점하고 있었으나, 이후 점차로 판례의 견해를 따라 우선권보전설을 중심으로 하는 절충설이 다수설화되는 경향을 보이고 있었다.<sup>17)</sup>

그런데 70년대 후반부터 저당권자의 압류의 의미에 관하여 새로운 학설이 대두하기 시작하였다. 이 학설은 무엇보다도 물상대위 규정의 연원을 보아소나드가 제정한 일본 구민법 및 그 이유서에 소급하여 압류의 의미를 추적하고자 하였고, 그로부터 결론에 있어서는 특정성유지설과 우선권보전설의 절충적인 결과에 도달하게 되었다. 이 견해는 압류의 의미를 다음과 같이 설명한다. 담보목적물의 멸실 등과 동시에 대위목적채권에는 물상대위에 의하여 저당권의 효력이 당연히 미치는 것이고, 그 결과 제3채무자는 저당권자에 대하여 지급의

13) 日大判 1915.6.30., 民錄 21, 1157.

14) 日大判(連) 1923.4.7., 民集 2, 209.

15) 日大判 1930.9.23., 民集 9, 918.

16) 日最判 1985.7.19., 民集 39-5, 1326. 설정자가 파산한 경우도 마찬가지이다(日最判 1984.2.2., 民集 38-3, 431). 이들 판결은 모두 선취특권자의 물상대위에 관한 것이다.

17) 학설상황의 개관으로 新田宗吉, “物上代位”, 星野英一 編輯代表, 民法講座 3, 1984, 111면 이하; 吉野衛, “物上代位における差押の意義”, 内田貴·大村敦志 編, 民法の争点, 2007, 139면 참조.

무를 부담한다.<sup>18)</sup> 그러나 그러한 경우 제3채무자는 설정자 또는 그로부터의 양수인·전부채권자를 자신의 채권자로 인식하는 것이 통상이며, 이러한 상황을 방지한다면 제3채무자는 설정자 등에게 변제한 후에 다시 저당권자에게 변제를 해야 하는 이중변제의 위험을 부담하게 된다. 따라서 민법은 저당권자로 하여금 압류에 의하여 자신의 존재를 제3채무자에게 알림으로써 물상대위권을 확보하도록 하면서, 압류가 없는 동안 제3채무자가 지급 또는 인도에 의하여 변제를 하면 면책되는 것으로 정하여 제3채무자의 신뢰를 보호한다는 것이다. 그러한 의미에서 압류의 취지는 제3채무자의 이중변제위험을 방지함에 그친다고 한다.<sup>19)</sup> 이 견해는 이러한 해석이 입법자의 의사에 부합한다고 강조한다.<sup>20)</sup> 이러한 전제에 따른다면 ① 압류는 저당권자가 자신의 물상대위권의 존재를 제3채무자에게 알리는 것을 목적으로 하므로 저당권자가 스스로 압류해야 한다. 그러나 ② 제3채무자의 이중변제위험이 없는 한에서는 저당권의 효력은 당연히 멸실 등으로 설정자에게 귀속하는 채권에 미치는 것이므로, 당해 채권이 양도·입질되거나 전부된 경우에도 제3채무자의 변제가 없는 한 저당권자는 압류에 의하여 물상대위권을 행사할 수 있다. 여기서 우선순위는 저당권의 압

18) 이 견해는 가치권설과 특권설이 선형적인 대립관계에 있는 것은 아니라고 파악한다. 즉 물상대위가 논리필연적으로 당연히 인정되는 것은 아니지만, 입법자가 담보권자의 보호를 위하여 이를 인정하는 한에서 그 근거로 가치권설의 관점이 고려되어야 한다는 것이다. 清原泰司, *物上代位の法理*, 1997, 28-29면; 吉野 (주 17), 140면.

19) 清原 (주 18), 31-32면, 74면 이하.

20) 이 견해에 의하면 일본 민법 제304조 제1항은 일본 구민법 채권담보편 제133조로 소급하며, 이는 다시 이탈리아 구민법 제1951조를 받아들인 것이라고 한다. 그런데 이들 규정은 채권자가 물상대위를 하기 위해서는 제3채무자에 대하여 異議(opposition, opposizione)를 하여야 한다고 하는데, 이는 독일법상의 압류가 아니라 제3채무자에 대하여 타인에 대한 변제를 금지하는 보전적 제도에 불과하고, 그 취지는 결국 제3채무자의 이중변제위험을 방지하기 위한 것이라고 한다(吉野 (주 17), 139-140면; 清原 (주 18), 14면 이하, 58면 이하). 실제로 이러한 해석은 일본 구민법의 입법자료에 비추어 보면 타당한 것으로 보인다(“물건을 대표하는 가치에 선취특권을 이전하게 하는 것은 다른 채권자들을 해하지 않는다. 왜냐하면 물건이 그들의 책임재산이 아니게 된 순간부터 그들은 그 가치를 고려에 넣을 수 없었기 때문이다. 문제되는 대위로부터 보호되어야 할 유일한 자는 그 가치에 대한 채무자이다. 이들이 잘못 변제하는 상황에 가지 않도록 하기 위하여 법률은 그들이 선취특권자의 이익에 의하여 고지받을 것을 요구함으로써 이를 규율한다”; *Code civil de l'empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs*, tome 4, 1891, p. 155). 다만 이러한 주장에 대해서는 이는 구민법 기초자의 의견에 불과하고, 이후 현행 일본민법의 제정과정에서 다양한 견해가 입법관여자에 의하여 표명되었기 때문에 입법자의 의사를 제3채무자보호설로 추단하는 것은 타당하지 않다는 비판도 유력하다(生熊 (주 12), 15면 이하).

류 시점이 아니라 저당권의 등기시점을 기준으로 하며, 이것이 양도·입질의 대항요건이나 전부명령보다 앞선 한에서 물상대위가 우선한다.<sup>21)</sup> 이 견해에는 결론에 있어 ①에 있어서는 우선권보전설과 유사하지만, ②에 있어서는 특정성 유지설과 유사한 결과에 도달한다.

## (2) 최고재판소 판례의 전환

이러한 제3채무자보호설은 처음에는 그다지 넓은 지지를 받고 있지는 못하였다. 그런데 80년대 후반 이후 일본경제가 장기불황에 직면하게 되자 저당채권자의 채권회수 역시 여러 가지 불리한 상황에 처하게 되었고, 이는 이후 판례에 영향을 주어 담보권자에게 유리한 해석 경향을 촉진하였다.<sup>22)</sup> 이러한 현상은 물상대위와 관련해서도 그러하다.

(a) 먼저 우리의 주제와 관련하여 언급할 첫 번째 판례는 차임채권에 대한 물상대위성에 관한 것이다. 일본 민법 제304조 제1항이 “임대[···]에 의하여 채무자가 받을 금전”을 언급하고 있었기 때문에, 이전에도 과연 저당권자가 설정자의 임대차계약에 기한 차임채권에 대하여 물상대위를 할 수 있는 것인지 여부 및 더 나아가 있다면 어떠한 요건 하에서 가능한 것인지에 대하여 논의가 있었다.<sup>23)</sup> 최고재판소는 1989년에 이 문제에 명확한 입장을 취하여 물상대위를

21) 清原 (주 18), 75면 이하.

22) 특정이행에 관련된 해석론의 변화를 필자는 이전에 “強制履行 —특히 間接強制的 補充性を 중심으로—”, 서울대학교 法學, 제46권 제4호, 2005, 262면 이하에서 간략하게 서술한 바 있다.

23) 近江 (주 11), 138면 이하; 新版 注釋民法, 1998, 155면(小杉茂雄) 이하 등 참조. 압류가 있는 후에는 저당권의 효력이 과실에도 미친다고 하는 일본 민법 제371조(2003년 개정 전의 규정)와 물상대위를 준용하는 제372조의 어느 것이 설정자의 차임채권에 적용될 것인가가 다투어졌다. 전자에 의하는 경우에는 저당권자가 저당권을 실행한 이후의 차임채권에 대해서 저당권의 효력이 미치는 것임에 반해서, 물상대위에 의하는 때에는 “부동산의 압류 또는 저당권실행통지의 전후를 묻지 않고” 일본 민법 제304조 제1항의 압류에 의하여 차임채권으로부터 우선변제를 받을 수 있다(我妻榮, 新訂 擔保物權法, 1968, 275면)는 점에서 차이가 있었다. 그런데 본문에서 서술한 최고재판소의 판결이 있는 후, 2003년 일본 입법자는 일본 민법 제371조를 개정하여 채무불이행이 있는 경우 저당권자는 저당권을 실행하지 않고 저당물의 果實로부터 만족을 받을 수 있도록 하였고, 이를 가능하게 하는 절차적 수단으로 담보부동산수익집행(일본 민사집행법 제188조에 의하여 강제관리규정이 준용)을 도입하게 되었다. 그러한 의미에서 이제 일본 민법 제371조의 과실은 법정과실을 포함하는 것으로 해석된다. 담보부동산수익집행과 물상대위의 관계를 본다면, 전자의 인정으로 후자는 이론적으로 불필요하다

긍정하였다. 즉 저당권의 목적부동산이 임대된 경우 저당권자는 물상대위 규정의 취지에 좇아 차임채권에 저당권을 행사할 수 있는 것이고, 이는 목적부동산에 대하여 저당권이 실행되고 있는 경우에도 그 실행의 결과 저당권이 소멸할 때까지는 차임채권에 대하여 물상대위로 저당권을 행사할 수 있다고 하였던 것이다.<sup>24)</sup> 이로써 물상대위는 단순히 저당목적물을 갈음하는 대위물에 대한 물상대위뿐만 아니라(이른바 代替的 物上代位) 차임채권이나 지료 등 저당목적물로부터 파생한 재산가치에 대한 물상대위(이른바 附加的 物上代位)를 포괄하게 되었다. 그리고 실무에서는 오히려 (상대적으로 빈번하게 문제될 수밖에 없는) 차임채권에 대한 부가적 물상대위의 문제가 보다 집중적으로 제기되는 결과가 발생하였다.

(b) 이러한 상황에서 최고재판소는 압류의 의미에 관해서도 종래의 입장을 변경하여 제3채무자보호설을 채택하기에 이르렀다.<sup>25)</sup> 이 사건에서는 설정자가 자신의 차임채권을 포괄적으로 양도한 이후 저당권자가 이를 압류하여 임차인에게 차임을 청구한 사안이 문제되었는데, 최고재판소는 물상대위를 부정한 원심을 파기하고 저당권자의 상고를 인용하였다. 이 판결은 저당권의 효력이 대위목적채권에 미치는 결과 제3채무자로서는 이중변제의 위험이라는 불안정한 지위에 있게 될 가능성이 있기 때문에 압류를 물상대위권행사의 요건으로 하여 그러한 위험으로부터 제3채무자를 보호하는 것이 법률의 취지라고 판시한 다음, 일본 민법 제304조 제1항의 “지급 또는 인도”는 문언상 채권양도를 포함하고 있지 않다는 점, 제3채무자로서는 저당권자의 압류 전에는 변제함으로써 저당권자에게 대항할 수 있고 압류 후에는 공탁에 의하여 면책될 수 있으므로

---

고 볼 여지도 있으나, 입법자는 소규모 부동산의 경우 물상대위의 간편성을 고려하여 양자를 병존하는 것으로 하었다고 한다. 즉 일본 민사집행법 제93조의4가 적용되어 저당권에 기한 물상대위로서 행해진 차임채권에 대한 압류명령은 강제관리·담보부동산수익집행이 개시된 때에는 그 효력을 정지하지만, 이미 압류를 행한 저당권자는 수익집행의 절차 중에 배당을 받을 수 있다는 것이다. 입법경과에 대해서는 우선 道垣内弘人·山本和彦·古賀政治·小林明彦, **新しい擔保・執行制度**, 2003, 33면 이하 참조.

24) 日最判 1989.10.27., 民集 43-9, 1070. 이 사건에서는 엄밀하게는 공탁된 차임채권에 대한 환급청구권에 물상대위할 수 있는지가 문제되었다. 그러나 이후 최고재판소는 전대차임채권에 대한 저당권자의 물상대위는 원칙적으로 부정하는 입장을 취한다(日最判 2000.4.14., 民集 54-4, 1552).

25) 日最判 1998.1.30., 民集 52-1, 1. 이후 최고재판소는 차임채권이 양도된 유사한 사건에서 동일한 법리를 재확인하였다. 日最判 1998.2.10., **判例タイムズ**, 964號, 1998, 73면 = **金融法務事情** 1508號, 1998, 67면.

불이익이 없다는 점, 저당권의 효력이 목적채권에도 미친다는 것은 저당권설정 등기에 의하여 공시되어 있다는 점, 이러한 결론을 인정하지 않는 경우 설정자는 채권양도에 의하여 용이하게 저당권자를 해할 수 있다는 점 등을 근거로 하여, 저당권자는 물상대위의 목적채권이 양도되어 제3자에 대한 대항요건을 구비한 후에도 스스로 목적채권을 압류하여 물상대위권을 행사할 수 있다고 하였다. 그리고 최고재판소는 이러한 법리를 압류채권자와의 관계에 대해서도 그대로 인정하였다.<sup>26)</sup> 이 판결들은 이전의 우선권보전설을 포기하고 제3채무자 보호설로 전환한 것이며, 그러한 의미에서 당시 우선권보전설로 안정화하고 있던 학설에 큰 충격을 준 것이었다.<sup>27)</sup> 현재에도 저당권등기가 대위목적채권의 공시로는 불충분하기 때문에 압류공시라는 관점에서 우선권보전의 관점의 원용이 필요하다고 하면서 제3채무자보호만으로는 압류의 의미를 설명할 수 없다는 비판적 입장<sup>28)</sup>과 판례의 입장을 지지하는 견해<sup>29)</sup>가 서로 백중세를 이루고 있다.

(c) 그런데 최고재판소는 이후 제3채무자보호설을 명시적으로 포기한 것은 아니지만 처음의 예상과는 달리 여러 가지 다른 고려(특히 절차법적인 고려)에 의하여 同說의 결론을 수미일관하게 관철하고 있지는 않은 것으로 보인다.<sup>30)</sup>

26) 日最判 1998.3.26., 民集 52-2, 483: “채권에 관한 일반채권자의 압류와 저당권자의 물상대위권에 기한 압류가 경합한 경우에는 양자의 우열은 일반채권자의 신청에 의한 압류명령의 제3채무자에의 송달과 저당권설정등기의 선후에 의하여 결정”.

27) 예를 들어 松岡久和, “賃料債權の讓渡と物上代位の優劣”, 民商法雜誌, 120卷 6號, 1999, 1010면은 이 판결이 이전 판례와의 관계에 대하여 언급하지 않은 채로 “다소 뜻밖(唐突)에 제3채무자보호를 同條의 주목적이라고 하는 理解를 보이고 있다”고 말한다.

28) 예컨대 道垣内弘人, 擔保物權法, 第3版, 2008, 150-151면; 近江幸治, 民法講義 III: 擔保物權, 2004, 65, 148면; 高橋眞, 抵當法改正と擔保の法理, 2008, 88면 이하; 松岡(주 27), 1011면 이하; 内田貴, 民法 III: 債權總論・擔保物權, 第3版, 2005, 413-414면; 生熊(주 12), 190-191면; 山本克己, “抵當權に基づく賃料債權に對する物上代位の效果と手續についての覺書”, 京都大學法學會, 法學論叢, 142卷 5・6號, 1998, 115면 이하. 松尾弘・古積建三郎, 物權・擔保物權法, 第2版, 2008, 328-329면은 사안유형을 나누어 차임채권에 대한 물상대위의 경우에는 우선권보전설적인 결론을 취한다. 高木多喜男, 擔保物權法, 第4版, 2005, 150면은 절충적인 결론을 내리고 있다.

29) 清原泰司, “抵當權者による物上代位權の行使と目的債權の讓渡”, 判例時報 1643號, 1998, 218면 이하; 秦光昭, “目的債權の讓渡と物上代位權の行使の可否”, 金融法務事情, 1514號, 1998, 5면; 平野裕之, 民法總論 3: 擔保物權法, 2007, 106면 이하. 또한 伊藤進, 抵當權制度論, 2005, 92면 이하도 대체로 판례를 수긍하는 태도이다. 제3채무자보호설을 취하는 것은 아니지만 이익형량에 의하여 판례의 결론을 지지하는 것으로 鈴木祿彌, 物的擔保制度をめぐる論集, 2000, 264면 이하.

일본 민사집행법 제193조에 의하면 물상대위권을 행사하려는 담보권자는 담보권의 존재를 증명하는 문서를 제출함으로써 집행이 개시되고, 이에 채권집행의 규정이 준용된다. 따라서 일본 민법 제304조 제1항이 상정하는 대로 저당권자는 물상대위권에 기하여 압류를 하고 채권을 전부받아 만족을 받을 수 있는 것이지만, 그 외에 다른 채권자의 압류가 있는 경우 저당권자가 선취특권자에 준하여(준용되는 일본 민사집행법 제154조 제1항) 물상대위에 기한 배당요구를 함으로써 만족을 받을 수 있는지가 문제된다. 우선권보전설에 따른다면 압류 없이는 물상대위권이 보전되지 않으므로 배당요구에 의한 만족을 인정하기 어려울 것이지만, 제3채무자보호설에 의한다면 이러한 경우 제3채무자의 이중변제위험은 존재하지 않는 것이므로 이를 부정할 이유는 없을 것이다.<sup>31)</sup> 여기서 최고재판소는, 일본 민법 제304조 제1항의 ‘압류’에는 배당요구가 포함되지 않고, 민사집행법의 배당요구가 저당권에 대해서도 적용되는 것으로 해석할 수 없다는 간단한 이유로 저당권자의 배당요구를 부정하였다.<sup>32)</sup>

더 나아가 제3채무자보호설에 의하면 채권이 양도된 경우와 전부된 경우를 달리 취급할 이유가 없음에도 불구하고, 최고재판소는 설정자의 채권자가 대위 목적채권을 전부받은 사안에 대해서는 전부명령이 제3채무자에게 송달되는 때까지 저당권자가 피전부채권의 압류를 하지 않았다면 전부명령의 효력을 방해할 수 없고, 그 결과 저당권의 효력을 주장할 수 없다고 판시하였다.<sup>33)</sup> 그 이유는 전부명령은 다른 채권자의 압류가 없음을 조건으로 압류채권자에게 우선적인 만족을 주는 집행방법이고, 저당권자의 압류 역시 일반 채권압류의 규정에 따를 수밖에 없는 것이어서 전부명령 후에는 더 이상 저당권자의 압류는 허용되지 않는다는 것을 들고 있다. 그러나 이 판결은 이러한 결론이 제3채무자보호설과 상충한다는 점에 대해서는 특별한 언급을 하고 있지 않다. 이 판결이 이전의 大審院의 판례와는 달리 실체법적인 논점을 언급하지 않고 절차법적인 고려만을 하고 있다는 점에서 제3채무자보호설을 포기하였다고 보기는 어렵겠지만, 과연 결론에 있어 1998년의 일련의 판결들과 조화를 이룰 수 있는

30) 森田修, 債權回收法講義, 2006, 213-214면(“판례법리의 조정국면”); 松岡久和・上原敏夫・甲斐哲彦, “物上代位”, 鎌田薫 外編, 民事法 II, 2005, 68면(“제3채무자보호설을 제도 수정하는 내용을 포함”).

31) 平野 (주 29), 120면.

32) 日最判 2001.10.25., 民集 55-6, 975.

33) 日最判 2002.3.12., 民集 56-3, 555.

것인지에 대해서는 의문이 남는다.<sup>34)</sup>

### (3) 물상대위와 부당이득

물상대위와 관련된 부당이득반환의 문제는 1998년의 일련의 최고재판소의 판례를 배경으로 논의되었다. 판례에 의하면 설정자가 차임채권을 양도한 후에도 저당권자는 여전히 이를 압류하여 물상대위권을 행사할 수 있지만, 압류가 있기 전에 제3채무자(여기서는 임차인)가 변제를 한 경우에는 이중변제위험을 막기 위하여 더 이상 물상대위권을 행사할 수는 없다. 그렇다면 그러한 경우 저당권자가 변제를 수령한 양수인에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 있는가? 이 문제는 우선권보전설과 제3채무자보호설을 비교하는 시금석으로서 학설에서 다루어졌다.

종래 이 문제는 우선권보전설에 의해서는 부정되었다. 저당권자가 압류에 의하여 물상대위권을 보전해 두지 않으면 물상대위권자의 가치피약은 구체화되어 있지 않아 부당이득반환청구(침해이득반환)의 전제로서의 割當内容(Zuweisungsgehalt)을 결여하기 때문에 부당이득의 문제는 발생하지 않는다고 해석되었던 것이다.<sup>35)</sup> 반면 제3채무자보호설에 의하면 저당권의 효력은 당연히 대위목적채권에 미치지만 제3채무자의 이중변제위험이 문제되는 한에서 제3채무자는 저당권자에 대하여 면책의 효과가 있는 변제를 할 수 있는 것이므로, 양수인의 변제수령에 의하여 저당권자는 우선변제권을 상실하게 되어 부당이득의 요건은 충족된다고 볼 것이다.<sup>36)</sup>

이러한 배경에서 1998년의 일련의 최고재판소 판결 이후 우선권보전설의 관점을 유지하는 문헌들은 저당권자는 물상대위권을 행사할 것인지 여부를 선택할 수 있음에도 불구하고 변제가 있는 후 일률적으로 부당이득을 인정하는 것은 양수인의 지위를 불안정하게 한다는 이유로 부당이득을 부정하면서, 제3채무자보호설은 압류의 의미를 완전히 설명할 수 없다는 비판을 제기하고 있었다.<sup>37)</sup> 실제로 판례의 입장을 수용하는 문헌 중에서도 부당이득에 관해서는 이

34) 森田 (주 30), 216면; 龜井洋一, “物上代位と轉付命令の優劣”, 銀行法務21, 617號, 2003, 87-88면.

35) 松岡久和, “物上代位權の成否と限界(3)”, 金融法務事情, 1506號, 1998, 26면 주 47 참조.

36) 清原 (주 29), 221면 참조: “제3채무자의 이중변제위험이라는 발상은 예컨대 가치변형물이 채무자의 일반재산 중에 혼입하였다고 하여도, 결국 가치변형물의 특정성이 상실되었다고 하여도, 물상대위권은 소멸하지 않는다는 것을 대전제로 하는 것이다.”

를 인정하기 어렵다고 하는 것이 적지 않다.<sup>38)</sup> 그러나 제3채무자보호설의 관점에서 저당권자의 부당이득반환청구를 지지하는 견해도 존재한다. 제3채무자가 보호되는 이상 그것으로 압류의 의미는 다하는 것이기 때문에, “채권양도의 사례에서 대항요건을 구비하기 전에 양도인이 지급을 받은 경우와 같이 그 지급은 유효하지만 양수인에 대하여 대항할 수 없기 때문에 양수인은 양도인에 부당이득반환청구를 할 수 있는 것과 마찬가지로, 지급을 받은 양수인이나 채권질권자에게는 부당이득반환청구를 할 수 있어야 한다.”<sup>39)</sup> 그리고 이러한 논의는 전부채권자에게 변제가 행해진 경우<sup>40)</sup>나 설정자에게 변제가 행해진 경우<sup>41)</sup>에 대해서도 마찬가지이다.

이 문제에 대한 판례는 적어도 필자가 조사한 한에서는 찾을 수 없다. 다만 차임채권의 양도가 있는 후에 양도에 우선하는 저당권자의 물상대위권에 기한 압류가 있었지만 제3채무자(임차인)가 양수인에게 차임을 지급한 경우, 제3채무자의 무자력에 직면하여 저당권자가 양수인에 대하여 부당이득을 청구한 사안이 문제된 바는 있었다. 東京地方裁判所는 제3채무자보호설을 전제로, 양수인이 저당권자와의 관계에서 劣後하여 차임을 수령할 권한을 가지고 있지 않음에도 불구하고 차임을 수령하게 되었기 때문에 양수인의 차임수령은 원고에 대한 관계에서는 법률상 원인이 없이 이득한 것이고, 제3채무자가 무자력인 이상 저당권자는 손실을 입었고 그 손실은 양수인의 이득과 사회관념상 인과관계가 있다고 판시하여 저당권자의 청구를 받아들였다.<sup>42)</sup> 그러나 이는 저당권자

37) 道垣内 (주 28), 151면; 松岡 (주 27), 1012-1013면; 山本 (주 28), 117면. 高橋 (주 28), 86면은 그러한 부당이득반환은 대체적 물상대위의 경우에는 불합리하다고 볼 수는 없겠으나 차임채권과 같이 파생적 가치가 문제되는 부가적 물상대위의 경우에는 설정자의 사용·수익권과의 관계에서 의문이 있다고 한다.

38) 北秀昭, “抵當權者の賃料債權に對する物上代位”, **銀行法務**21, 560號, 1999, 12-13면; 小磯武男, “抵當權者による物上代位權の行使と目的債權の讓渡”, **金融法務事情**, 1536號, 1999, 32면; 秦 (주 29), 5면.

39) 平野 (주 29), 113면.

40) 平野 (주 29), 1181면 주 153은 전부채권자가 제3채무자로부터 만족을 받은 경우에도 부당이득반환의 가능성을 시사하지만, 松岡·上原·甲斐 (주 30), 68면은 이를 부정한다.

41) 山本 (주 28), 127면 주 43 참조.

42) 東京地判 1998.7.30., **金融·商事判例**, 1055號, 1998, 20면 이하. 반면 설정자가 타인에게 임대권한을 부여하여 그 타인이 임차인으로부터 차임을 수령한 경우 우선하는 저당권자의 물상대위를 부정한 것으로 東京高判 1999.3.31., **金融·商事判例**, 1064號, 1999, 5면 이하.

의 압류가 있는 후에 변제가 행해진 사안이어서, 그 결론에 있어서는 그다지 의문의 여지가 없다.<sup>43)</sup>

#### (4) 小結

이상에서 일본의 논의상황을 살펴보았다. 요약한다면 우선권보전설과 제3채무자보호설의 대립이 여전히 진행 중이며, 그에 따라 물상대위권자의 압류가 있기 전 행해진 변제를 이유로 하는 부당이득반환에 대해서도 각각 상이한 입장이 전개되고 있음을 확인하였다.

그런데 이러한 논의의 과정에서 일본의 학설에서는 점차로 물상대위가 문제 되는 사안유형들을 구별하지 아니한 채로 포괄적·일률적인 해법을 추구하는 것에 대한 의문이 발생하게 되었다.<sup>44)</sup> 저당권자가 수용보상금에 대하여 물상대위를 시도하는 사안이 있을 수 있지만(일본 민법 제372조, 제304조 제1항), 아직 대금을 지급받지 못한 동산 매도인이 전매로 인한 매수인의 대금채권에 대하여 물상대위를 할 수도 있다(동산매매의 선취특권, 일본 민법 제311조 제4호, 제321조, 제304조 제1항). 이러한 경우 ‘압류’의 의미를 동일하게 해석할 수 있는 것인가? 전자와 같이 등기에 의해 공시되고 있었던 저당권의 물상대위와 후자와 같이 공시도 없고 추급력도 없는 선취특권의 경우 압류공시라는 우선권보전의 관점이나 제3채무자보호라는 관점이 동일한 비중을 가질 수 있는 것인가?<sup>45)</sup> 저당권자의 물상대위가 문제가 되는 경우에도 저당물의 멸실·공용징수에서와 같이 담보물의 대상적 가치에 대한 대체적 물상대위와 설정자의 차임채권과 같은 파생적 가치에 대한 부가적 물상대위를 동등하게 취급하는 것이 타당한 것일까? 전자의 경우에는 저당권자의 이해관계를 고려할 때 저당권의 효력이 “당연히” 미친다고 해도 무방하겠지만, 후자의 경우 설정자의 경제활동

43) 峯崎二郎, “抵當權の物上代位による金融機關の債權回収上の諸問題”, **金融・商事判例**, 1055號, 1998, 19면. 다만 東京地裁의 법률구성은 현저한 公平說의 논거를 사용하고 있어 설득력이 있다고 하기 어렵다. 이후 저당권자가 전부명령을 획득하는 것을 전제로 저당권자가 제3채무자의 변제를 추인함으로써 수령자에 대하여 침해이득반환청구권을 가진다고 해석하면 충분하다.

44) 교과서 차원에서 이러한 문제의식이 반영된 서술로 예컨대 高橋眞, **擔保物權法**, 2007, 135면 이하; 松尾・古積 (주 28), 328면 이하 참조.

45) 이른바 기초담보권의 공시문제라는 관점에서 각각의 사안유형을 나누어 이익형량을 시도하는 鈴木 (주 29), 260면 이하 참조. 松尾・古積 (주 28), 328면도 손해배상청구권, 보험금청구권, 차임채권 등에 대한 물상대위를 구별하여 접근한다.

의 자유를 고려하여 물상대위의 효력을 제한할 필요가 있지 않을까?<sup>46)</sup>

이러한 의문은 기본적으로 정당한 것으로 평가된다. 종래 일본의 해석론은 선취특권의 물상대위가 “準用”(entsprechende Anwendung)되는 저당권의 물상대위에서 그 “準”(entsprechend = *mutatis mutandis*)의 射程을 반드시 충분히 고려하고 있지 않았던 것이다. 이러한 점들을 고려할 때, 公示가 구비된 저당권·질권의 경우에 물상대위를 인정하면서 그 내용을 담보물의 멸실·훼손·공용징수 등 대체적 물상대위에 한정하고 있는 우리 민법(제342조, 제370조)의 해석론에 있어서 일본의 학설과 판례를 평면적으로 참고하는 것에는 주의할 필요가 있다는 사실이 나타난다.<sup>47)</sup> 그리고 이러한 인식은 아래에서 독일, 스위스, 프랑스의 법제를 살펴봄으로써 보다 더 분명한 형태로 확인할 수 있다.

### 3. 독일

#### (1) 독일 민법의 물상대위제도 개관

독일 민법(아래에서는 ‘獨民’이라고 약칭한다)에서 우리 민법 제370조, 제342조에 상응하는 일반적인 물상대위규정은 없다. 즉 저당목적물의 멸실·훼손·공용징수가 있다라도 물상대위를 인정하는 법률의 규정이 없는 한 물상대위는 인정되지 않는다.<sup>48)</sup> 예컨대 저당물이 제3자의 불법행위로 훼손되는 경우에도 저당권자가 설정자의 손해배상청구권에 물상대위를 할 수는 없다.

앞서 서술한 일본의 논의상황과 비교하기 위하여, 독일 민법에서 그에 상응하는 법률규정들의 내용을 요약하면 아래와 같다.

(a) 저당권은 설정자가 사용임대차 내지 용익임대차에 기하여 가지는 차임채권에 미친다(獨民 제1123조 제1항). 그러나 차임채권의 이행기가 도래한 이후 1년 이내에 저당권자의 압류(Beschlagnahme)가 없으면 책임에서 벗어난다(獨民 제1123조 제2항 제1문; 차임이 선급되는 경우에 대한 특칙이 있다, 제2문).<sup>49)</sup>

46) 内田 (주 28), 407-408면; 鈴木 (주 29), 235면 이하; 高橋 (주 28), 86면; 松尾·古積 (주 28), 328-329면 참조.

47) 단초에 있어 비슷한 취지로 劉承政 (주 7), 183-184면; 이준현 (주 8), 317-318면.

48) Wolff/Raiser, *Sachenrecht*, 10. Bearbeitung, 1957, S. 558f.; Reinicke/Tiedtke, *Kreditsicherung*, 5. Aufl., 2006, Rn. 1130; Rink, *Die Sicherheit von Grundpfandrechten in Deutschland und England*, 2006, S. 77.

49) 압류는 저당권자의 강제관리신청일 수도 있고, 개별 채권에 대한 압류일 수도 있다. Bassenge in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 66. Aufl., 2007, § 1123 Rn. 3.

압류가 있기 전에 차임이 추심되거나 그에 대하여 처분이 있는 경우에는, 그러한 처분은 저당권자에게 유효하다(獨民 제1124조 제1항 제1문). 그 결과 그 처분이 채권양도인 경우에 그 채권은 책임이 소멸하고, 채권에 물권을 설정하는 행위인 경우에는 그 물권은 저당권에 대하여 순위에서 앞선다(동항 제2문). 그러나 처분이 압류가 행해진 시점 이후의 차임채권에 대한 것인 한에서는 이는 저당채권자에게 효력이 없다(동조 제2항 제1문).

(b) 저당권의 효력이 미치는 목적물(주로 토지의 산출물, 구성부분, 從物 등; 獨民 제1120조 참조)이 부동산의 소유자 또는 자주점유자를 위하여 보험의 목적이 된 때에는 저당권의 효력은 보험자에 대한 채권에 미친다(獨民 제1127조 제1항). 그런데 이러한 보험금채권에 대해서는 차임채권에 대한 獨民 제1123조 제2항 제1문 및 제1124조 제1항, 제3항이 준용된다. 따라서 이들 채권에 저당권의 효력이 미치기 위해서는 이행기가 도래한 후 한 달이 지나기 전에 압류가 있어야 하고, 그 이전에 행해진 처분은 저당권자에 대하여 유효하다.

(c) 반면 건물이 보험의 목적인 경우에는 법률관계가 다르다.<sup>50)</sup> 이때에는 저당권의 효력은 당연히 보험금채권에 미친다. 법률은 그러한 경우 저당권자를 보험금채권에 대한 채권질권자에 준하여 취급하여, 채권질권의 규정을 준용하도록 한다(獨民 제1128조 제3항 전단). 따라서 보험자는 피담보채권의 이행기 전에는 피보험자와 저당권자에게 공동으로만 급부할 수 있고(獨民 제1281조), 이행기가 도래한 후에는 저당권자에게만 급부해야 한다(獨民 제1282조). 이러한 법률관계에서 보험자는 등기부로부터 그 존재를 알 수 있는 저당권을 알지 못하였다는 사정을 원용할 수 없다(獨民 제1128조 제3항 후단). 즉 항상 惡意로 취급된다.

다만 보험자나 피보험자가 손해의 발생을 저당권자에게 통지하고 그 도달로부터 한 달이 도과한 이후에는 보험자는 보험금을 저당권자에 대한 관계에서 유효하게 피보험자에게 지급할 수 있으나(獨民 제1128조 제1항 제1문, 예외는 제3문), 저당권자는 그 기간이 도과하기 전에 보험자에 대하여 지급에 대한 이의를 함으로써 이를 저지할 수 있다(獨民 동항 제2문). 더 나아가 저당권자가 보험자에 대하여 자신의 저당권을 신고한 때에는 보험자는 저당권자의 서면의 동의가 없으면 저당권자와의 관계에서 유효하게 피보험자에게 보험금을 지급

50) 여기서 독일 민법상 건물은 토지와 구별되는 독립의 물건이 아니라 토지의 본질적 구성부분임을 주의할 필요가 있다(獨民 제94조).

할 수 없다(獨民 제1128조 제2항).

(d) 그러나 (b), (c)의 경우 모두 저당권자로서는 목적물이나 건물이 원상회복 되는 것에 대한 이해관계를 가진다. 그렇게 보험의 목적된 목적물이 원상회복 되거나 그에 갈음하는 물건이 조달된 경우에는 보험자에 대한 채권은 책임이 소멸한다(獨民 제1127조 제2항).

## (2) 보험금채권에 대한 물상대위: 입법취지

(a) 이상의 내용에 의하면 독일 민법은 건물과 관련해서는 저당권의 효력이 당연히 보험금채권에 미치도록 하면서, 그러한 사실이 보험자(제3채무자)에 대해서는 저당권 등기에 의하여 공시된다는 입장을 취한다. 보험자가 피보험자에게 지급함으로써 저당권자에 대한 관계에서 책임을 면할 가능성은 ① 저당권자가 저당권을 신고하지 아니한 상태에서, ② 보험자나 피보험자가 손해의 발생을 통지하였으나, ③ 통지의 도달로부터 한 달 이내에 저당권자가 이의를 제기하지 않는다는 세 가지 요건이 충족된 이후에야 가능하다. 반면 저당권의 효력이 미치는 다른 목적물 즉 토지의 산출물, 구성부분, 종물 등과 관련해서는 보험금채권에 저당권의 효력이 미치기는 하지만, 압류가 있기 전에는 그것은 확정적이지 아니하고 오히려 피보험자의 보험금수령 내지 처분(양도, 입질 등)에 의하여 저당권의 효력에서 벗어나게 된다.

건물에 대한 보험금채권과 다른 목적물에 대한 보험금채권을 달리 취급하는 것에 대하여 독일 민법 제1초안의 이유서는 다음과 같이 그 취지를 밝히고 있다. 우선 보험금채권에 대하여 저당권의 효력이 미친다는 원칙은 그것이 반드시 논리적으로 필연적인 것은 아니지만, 담보권자가 가지는 이해관계는 그러한 물상대위를 요청한다고 한다.<sup>51)</sup> 물론 물상대위는 일정한 한도에서 제한이 되는 경우가 있는데, 예컨대 훼손된 물건이 원상회복되는 경우가 그러하다. 그러나 더 나아가 피보험자의 처분과 관련하여 그러한 제한이 인정될 수 있는지 여부가 문제된다.

“초안은 건물보험의 경우와 다른 목적물의 보험의 경우를 구별한다. [...] <sup>52)</sup> 건물보험의 경우, 만약 피보험자가 압류 전에 보험금액을 저당권자에 대한 관계

<sup>51)</sup> Motive III, 660 = Mugdan III, 368.

<sup>52)</sup> [ ] 안의 내용은 필자의 보충 또는 생략이다. 이하 같다.

에서 유효하게 추심하거나 제3자를 위하여 그 채권을 처분할 수 있다고 한다면, 저당권의 효력을 보험금채권에 미치게 하는 것은 그 실제적 목적을 달성할 수 없을 것이다. 이는 어차피 이론적으로도 정당화될 수 없다. 왜냐하면 저당권자에게 불이익하게 토지 따라서 건물을 처분할 수 없는 피보험자에게는 보험금의 처분도 금지되어야 한다는 결론이 건물의 代位物로서 보험금의 성질로부터 필연적으로 도출되기 때문이다. 권리의 내용이 상이하다는 사실은 단지 善意를 이유로 보험자의 책임을 제한하는 것만을 요청할 뿐이다. 즉 저당권의 존재를 알지 못하고 보험금채무를 변제하거나 보험금채무와 관련하여 법률행위를 하는 보험자를 채권양도 사실을 알지 못하는 제3채무자와 같이 취급하는 것을 요청할 뿐이다. 그러므로 초안 제303조 내지 제306조의 규정[현행 독일 민법 제406조 내지 제409조]은 보험자를 위하여 준용되어야 한다. [초안] 제1070조는 이점을 제2항에서 명시적으로 규정하는데, 왜냐하면 저당권은 그 존재를 등기부로부터 알 수 있기 때문에 보험자가 이를 알고 있는 것으로 간주되어야 한다는 사실로부터 반대의 결론이 도출될 수 있기 때문이다. [...]

건물 아닌 다른 목적물의 경우에 법률관계는 건물보험의 경우와 본질적으로 다르다. [...] 현실적으로 특히 문제되는 목적물은 과실과 종물이다. 이 두 종류의 물건은 일부는 양도하도록 정해져 있고, 일부는 소비하도록 되어 있으며, 따라서 [초안] 제1068조에 따라 소유자의 자유로운 처분에 따른다. 이들이 보험사고의 발생에 의하여 멸실되거나 훼손된 경우, 피보험자에게 보험금의 추심 및 채권에 대한 기타의 처분을 허용하는 것이 논리적이다. 그러나 이는 경제적인 고려로부터도 요청되는 것인데, 왜냐하면 피보험자는 종종 이러한 방법에 의해서만 문제되고 있는 목적물을 갈음하는 물건을 조달할 수 있을 것이기 때문이다. 따라서 저당권자는 여기서 과실에서와 같이 압류의 방법에 의해야 한다.”<sup>53)</sup>

여기서 제1위원회는 과실·종물에 대한 보험의 경우 설정자의 처분의 자유를 고려하여 보험금채권이 압류된 때에 비로소 저당권의 효력이 미치는 것으로 하지만, 건물에 대한 보험의 경우 담보권자의 이해관계를 기초로 당연히 물상대위가 일어나는 것으로 이해하면서, 다만 제3채무자의 신뢰보호를 위하여 설정자에게 선의로 변제한 경우 저당권자와의 관계에서 면책되는 것으로 규정하고 있다.

(b) 이후 제2위원회에서 제1초안의 규정은 세부적인 점에서 수정을 받았지만, 기본적인 구상은 변경되지 않았다.<sup>54)</sup> 그러나 무엇보다 우리의 관심을 끄는 수

<sup>53)</sup> Motive III, 667 = Mugdan III, 372f.

정은 제1초안은 저당권이 등기되어 있더라도 보험자가 선의일 가능성을 고려하고 있었지만, 제2위원회는 이를 부정하였다는 것이다.

“다수의견은 등기된 내용의 公示가 보험자에 대해서도 적용되어야 한다는 것이었다. 일반적으로 저당권자는 스스로 [...] 저당권을 관계 보험회사에 신고한다. 그러나 한편으로 그러한 신고가 규정되어 있는 것이 아니고, 다른 한편으로 보험회사는 자신이 보험을 하는 부동산이 통상 저당권의 부담을 받고 있어 보험금청구권이 채권자에게 물권의 효력으로 책임재산이 되어 있다는 사실을 알고 있어야 하기 때문에, 보험금을 지급하기 전에 등기부를 열람하여 등기된 저당권의 존재를 확인할 것을 보험자에게 요구한다고 하여 보험자에게 무슨 不法이 발생하는 것은 아니다. [...] 따라서 보험자는 등기된 저당권의 존재를 자신이 알지 못하였다는 사실을 주장할 수 없다.”<sup>55)</sup>

더 나아가 저당권자의 서면에 의한 지급동의를 없는 경우에도 거래의 안전을 위하여 일정한 요건이 충족되는 경우에는 보험자가 피보험자에게 지급할 방법을 마련해 두어야 한다는 안이 채택되었다.

“다수의견은 [보험자의 피보험자의 지급은 저당권자의 동의가 필요하다는 초안] 제1217조 제4항의 규정을 일정부분 완화하는 것이 거래의 안전에 필요하다는 것이었다. 채권자의 명시적 동의는 대부분의 경우 얻기 어려우며, 이는 채권자가 지급에 이의를 제기하거나 보험금채권에 대한 자신의 권리를 행사할 의도가 없는 경우에도 그러하다. 그러므로 보험금채권에 대한 처분의 자유를 명시적 동의에 의존하도록 하는 것이 아니라, 저당권자가 자신에게 손해발생이 통지되었음에도 상당한 기간 내에 보험금으로부터 만족을 받겠다는 의사를 알리지 않는 경우에도 처분의 자유를 허용하는 것이 보다 올바르고 타당하다.”<sup>56)</sup>

### (3) 보험금채권에 대한 물상대위: 해석론

그러므로 付保된 건물이 멸실·훼손된 경우에 저당권은 보험금청구권에 당연히 미치는 것이고, 저당권자의 지위는 채권질권자와 동등하다. 저당권이 등기에 의하여 공시되어 있는 이상, 제3채무자인 보험자는 피보험자나 보험금채

54) Protokolle der 2. Kommission, 4409 = Mugdan III, 810.

55) Protokolle der 2. Kommission, 4410 = Mugdan III, 811.

56) Protokolle der 2. Kommission, 4411 = Mugdan III, 811.

권의 양수인에 대해서 지급하여도 저당권자에게 대항할 수 없어<sup>57)</sup> 이중변제의 위험을 부담한다. 저당권이 등기되어 있는 이상 그는 善意를 주장할 수도 없다(獨民 제407조 참조). 보험자가 저당권자와의 관계에서 유효하게 피보험자에게 변제할 수 있는 것은 獨民 제1128조의 엄격한 요건 하에 즉 실질적으로 저당권자가 변제에 명시적으로 동의하거나 물상대위권 행사를 묵시적으로 포기한 경우에만 가능하다. 따라서 보험자의 변제에 의한 부당이득반환의 문제는 매우 드물게 나타날 수밖에 없다. 특히 보험계약에서 건물의 원상회복약정이 행해지는 것이 일반적이기 때문에, 獨民 제1128조의 실무상 의의는 거의 없다고 한다.<sup>58)</sup> 그래서 물상대위권에 기한 부당이득반환에 관한 판례는, 필자가 조사한 한에서는, 찾아볼 수 없었다. 다만 법률의 규정에 기하여 결과를 추론해 볼 수는 있을 것이다. 예컨대 보험자가 獨民 제1128조의 요건이 충족된 상태에서 피보험자에게 변제하여 저당권자와의 관계에서 면책된 경우, 저당권자가 피보험자에게 부당이득을 청구할 수 있을까? 적어도 저당권자가 채권질권에 준하는 지위를 가지고 있다고 인정하는 한에서 이를 부정할 수는 없을 것이다. 채권질권자의 동의 하에 설정자에게 변제가 이루어진 사안 내지 채권자의 동의 하에 무권리자에게 변제가 이루어진 사안과 달리 볼 이유는 없을 것이기 때문이다.<sup>59)</sup>

피보험자의 채권자가 보험금채권을 압류하는 경우에는 어떠한가? 압류채권자는 압류명령이 보험자에게 송달되는 시점을 기준으로 압류질권(Pfändungspfandrecht)을 취득한다. 그러나 저당권자가 가지는 채권질권적 지위는 압류채권자의 압류질권

57) Eickmann in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 6, 4. Aufl., 2004, § 1128 Rn. 20.

58) *MünchKomm/Eickmann* (주 57), § 1128 Rn. 2.

59) 한 견해에 따르면 그러한 경우 채권질권에 관한 제1287조가 준용되는 결과 저당권자는 피보험자가 수령한 금전에 대하여 질권을 취득한다고 한다(Wolff/Raiser (주 48), S. 557 Fn. 43; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 2. Band, 1905, S. 866; Wolfsteiner in Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2002, § 1128 Rn. 32). 그렇다면 이후 그 금전이 피보험자의 재산에 혼화됨으로써 저당권자는 피보험자에 대하여 부당이득반환청구권을 가지게 될 것이다(獨民 제948조, 제951조; 우리 민법 제258조, 제261조 참조). 물론 저당권자가 피보험자가 수령한 보험금에 질권을 취득한다는 것에는 반대하는 견해도 있으나(Strecker in Planck, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band III/2, 5. Aufl., 1938, § 1128 3 a β; Palandt/Bassenge (주 49), § 1128 Rn. 8), 이는 보험금채권에 대해 존재하는 채권질권적 지위가 소멸한다는 것만을 의미한다. 후자의 견해에 입각하더라도 현재의 침해부당이득의 법리에 비추어 보면 질권자의 할당 내용 침해가 있기 때문에 부당이득을 인정하는 것에는 문제가 없을 것이다(獨民 제816조 제2항 참조).

에 선순위이다. 따라서 저당권자는 압류채권자에 대하여 제3자이의의 소(獨民訴 제771조)를 제기하여 집행을 배제하거나, 우선변제의 소(獨民訴 제805조)를 제기하여 우선변제를 받을 수 있다.<sup>60)</sup> 만일 저당권자가 그러한 구제수단을 행사하지 아니하여 압류채권자가 추심명령이나 전부명령에 기하여 만족을 받은 경우<sup>61)</sup> 저당권자가 그에 대하여 부당이득반환을 할 수 있는지 여부가 문제될 것인데, 독일의 통설적 입장에 의한다면 이는 별 문제 없이 인정될 것으로 생각된다. 즉 우선하는 타인의 권리가 존재함에도 불구하고 압류채권자가 금전채권에 대한 강제집행으로 만족을 받았다면, 제3자이의의 소나 우선변제의 소를 제기할 기회를 상실한 우선권자는 부당이득반환을 청구할 수 있으며, 이는 제3채무자가 집행채권자에 대한 변제로 우선권자에 대하여 책임을 면한 경우에도 마찬가지라고 한다.<sup>62)</sup>

#### (4) 수용보상금에 대한 몰상대위

그 밖에 독일의 법제에서 몰상대위가 문제될 수 있는 예로 부동산의 수용이 있는 경우 수용보상금을 생각해 볼 수 있을 것이다. 그러나 이러한 사안유형에서는 대개 수용의 근거가 되는 법률이 저당권자의 이해관계를 보호하는 규정을 두어 문제를 해결하기 때문에, 우리 민법에서와 같은 문제는 발생하지 않는 것으로 보인다. 예컨대 토지수용에 대하여 가장 활용빈도가 높은 법률인 연방 건축법(Baugesetzbuch)의 규정을 살펴보면 다음과 같다. 수용되는 부동산에 대한 권리가 수용목적과 합치하지 않아 수용으로써 소멸해야 하는 경우, 그에 갈음하는 다른 부동산에 동일한 권리를 설정하는 방법(동법 제97조 제2항)이 가능하지 않다면, 법률이 정하는 일정한 권리는 별도로 보상을 받지만(동조 제3항) 나머지 권리들은 부동산 소유권에 대한 금전보상으로부터 자신의 권리의 가액에 해당하는 배상청구권을 부여 받는다(동조 제4항). 부동산 담보권은 이 범주에 해당한다.<sup>63)</sup> 저당권자는 수용되는 부동산에 등기된 권리를 가진 자로서 절

<sup>60)</sup> *MünchKomm/Eickmann* (주 57), § 1128 Rn. 21; *Wenzel in Ermann, Bürgerliches Gesetzbuch*, Band II, 12. Aufl., 2008, § 1128 Rn. 8.

<sup>61)</sup> 獨民 제1290조에 따르면 다수의 약정질권이 경합하는 경우에는 제1순위의 질권자만이 추심권한을 가진다고 규정하고 있으나, 이는 압류채권자의 압류질권이 있는 경우에는 적용되지 아니한다. *Palandt/Bassenge* (주 49), § 1290 Rn. 2.

<sup>62)</sup> *Gerlach, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und ungerechtfertigte Bereicherung*, 1986, S. 57.

차에서 관계인으로 취급되어(동법 제106조 제1항 제2호) 구두의 협의절차에 참가한다(동법 제108조 제1항). 저당권자와 같이 동법 제97조 제4항에 따라 행해지는 금전보상금은 수용재결에 있어 다른 금전보상금과는 구별하여 적시한다(동법 제113조 제2항 제8호). 관계인들이 해당 금액의 분배에 관하여 합의하지 못한 경우에는 공탁을 하여(동법 제118조) 재판에 의한 분배절차에 의하여 분배한다(동법 제119조). 이러한 절차를 전제로 할 때, 부당이득반환의 문제는 거의 발생할 여지가 없다고 할 것이다.

#### 4. 스위스

##### (1) 스위스 민법의 물상대위제도

스위스 민법(아래에서는 ‘瑞民’이라고 약칭한다)이 저당권자의 물상대위에 대하여 규정하는 내용도 대체로 독일 민법과 유사하다. 스위스 민법에서 일반적인 물상대위는 인정되지 않으며, 법률이 정하는 일정한 경우에 한정된다.<sup>64)</sup> 일본 및 독일의 논의와 비교할 수 있도록 엄밀한 의미에서의 물상대위에 관한 규정 외에 법정과실에 대한 저당권의 효력도 같이 살펴보기로 한다(천연과실에 대한 효력은 瑞民 제643조 제3항 참조).

(a) 저당권이 설정된 부동산이 사용임대되거나 용익임대된 경우, 저당권의 효력은 저당권의 실행을 신청하거나 채무자에 대하여 파산이 개시된 시점부터 환가시점까지 발생하는 차임채권에 미친다(瑞民 제806조 제1항). 제3채무자의 보호를 위하여 저당권의 효력확장은 그에게 저당권 실행이 통지되거나 파산이 선고된 시점부터 비로소 유효하다(동조 제2항). 그러므로 그 이전에는 제3채무자는 이중변제의 위험 없이 저당권자와의 관계에서 유효하게 설정자에게 변제할 수 있다.<sup>65)</sup>

부동산 소유자가 아직 이행기가 도래하지 아니한 차임채권에 대해 법률행위를 하거나 다른 채권자가 이를 압류하는 경우, 이는 차임채권의 이행기 전에 저당권 실행을 신청한 저당권자에 대해서는 효력이 없다(동조 제3항). 따라서

<sup>63)</sup> Battis/Krautzberger/Löhr, *Baugesetzbuch*, 9. Aufl., 2005, Rn. 6.

<sup>64)</sup> 판례와 통설이나, 학설에서는 유추를 주장하는 견해도 유력하다고 한다. Trauffer in *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Zivilgesetzbuch II*, 2. Aufl., 2003, Art. 822 ZGB Rn. 5.

<sup>65)</sup> Tuor/Schnyder/Schmid, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Aufl., 2002, S. 979.

이에 해당하지 않는 양도나 전부 등에 의하여 차입채권은 저당권의 책임으로부터 벗어난다.

(b) 법정과실과는 달리 보험금채권에 대하여 저당권은 당연히 효력을 미친다. 이러한 전제를 바탕으로 瑞民 제822조 제1항은 이행기가 도래한 보험금채권은 모든 저당권자의 동의가 있는 때에만 저당물 소유자에게 지급될 수 있다고 정한다. 다만 저당권자에게 적절한 담보가 제공된 때에는 저당물의 원상회복의 목적으로 저당물 소유자에게 지급될 수 있다(동조 제2항). 즉 저당권의 효력이 보험금채권에 미치므로, 보험자가 저당권자와의 관계에서 유효한 변제를 하기 위해서는 저당권자의 동의가 있거나 담보제공과 결합한 원상회복의 목적인 경우여야 하며, 저당물 소유자는 선택권을 가진다고 해석된다.<sup>66)</sup>

문헌에서는 이러한 원래대로 저당권의 효력이 보험금채권에 미치는 물상대위인지 아니면 보험금채권에 특별히 인정되는 법정질권인지에 대하여 학설이 나뉘지만,<sup>67)</sup> 이는 법률구성에 관한 다툼이며 실질적인 결과에서 차이는 없다. 스위스 보험계약법(Versicherungsvertragsgesetz) 제57조는, 담보권(저당권과 질권을 포괄한다)의 목적물이 付保된 때에는 담보권의 효력은 보험금청구권 및 배상액으로 조달한 대위물에 미친다고 규정하면서(제1항), 담보권의 존재가 보험자에게 신고되었다면 보험자는 담보권자의 동의가 있거나 담보제공이 있는 때에만 피보험자에게 지급할 수 있다고 정하지만(제2항), 瑞民 제822조에서는 이와 같은 신고에 관한 내용은 없다. 오히려 일치된 견해는 이러한 경우 등기부의 공시가 보험자에 대해서도 효력을 가진다고 설명한다. 즉 보험자는 등기부에 기재된 내용을 바탕으로 등기된 담보권의 존재에 대하여 조사해야 하며, 그러한 조사 없이 피보험자에게 변제하는 경우 그는 이중변제의 위험에 직면하게 된다.<sup>68)</sup>

독일 민법과는 달리 저당권자가 물상대위권을 행사하지 아니하는 채로 저당물 소유자에 대한 지급을 거절하고 있는 경우에 제3채무자인 보험자의 불안정을 해소해 주는 규정은 없다. 따라서 그러한 경우 보험자는 공탁에 의하여 자신의 불안정한 지위를 벗어날 수밖에 없다.<sup>69)</sup> 이러한 상황에서라면 물상대위를

<sup>66)</sup> Basler Kommentar/Trauffer (주 64), Art. 822 ZGB Rn. 9.

<sup>67)</sup> Basler Kommentar/Trauffer (주 64), Art. 822 ZGB Rn. 3f.

<sup>68)</sup> Basler Kommentar/Trauffer (주 64), Art. 822 ZGB Rn. 7; Schmid-Tschirren in Handkommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2006, Art. 822 N. 7.

하는 저당권자와의 관계에서 유효한 변제는 존재할 수 없으며, 따라서 부당이득반환의 문제도 발생할 여지가 없다.

(c) 스위스 민법이 규정하는 독특한 예는 행정기관의 협력 또는 감독 하에 합병되는 경우이다. 그러한 경우 병합되는 부동산에 존재하는 저당권은 대체부동산에 존속하게 되지만(瑞民 제802조), 그것이 불가능하거나 불충분한 경우에는 금전으로 보상금이 지급된다. 그러한 경우 법률관계도 보험금채권의 경우와 유사하다. 즉 저당권이 설정된 부동산에 대하여 보상금이 지급되어야 하는 때에는, 그 금액은 저당권의 순위에 따라 그리고 동순위의 경우에는 채권액에 비례하여 채권자에게 제공되어야 한다(瑞民 제804조 제1항). 그러나 실제로 저당권자가 직접청구권을 가지고 있다는 의미는 아니며, 저당권의 효력이 보상금채권에 대해서도 미친다는 의미이다.<sup>70)</sup> 따라서 보상금이 피담보채권의 1/20을 상회하는 경우, 저당권자의 동의가 있거나 새로운 부동산에 의하여 충분한 담보제공이 되지 않는 한 저당물 소유자에게 보상금을 지급할 수 없다(동조 제2항).

## (2) 수용보상금에 대한 물상대위

토지수용에 의한 저당권의 멸실에 관해서는 연방과 칸톤의 수용관련 법률이 이를 규율한다(瑞民 제801조 제2항). 연방수용법(Bundesgesetz über die Enteignung)에 의하는 경우 수용되는 물건에 갈음하여 급부되는 보상금은 “민법의 기준에 따라”(nach Massgabe des Zivilrechts) 저당권자에 대하여 책임을 지며, 저당권자는 자신의 권리에 대한 불이익이 문제되는 한에서 독자적인 신청권이 있다(동법 제24조 제1항). 즉 물상대위에 의하여 저당권자는 보상금에 대하여 물상대위를 할 수 있으나, 이는 수용자에 대하여 직접 청구권을 행사하는 방식으로 행해진다.<sup>71)</sup> 보상금의 분배를 담당하는 관청은 등기부, 공적장부 및 이를 보충하거나 정정하는 신청 등을 참조하여 분배계획을 작성한다(동법 제97조 제1항; 등기되지 아니한 저당권 등에 대해서는 공고에 의하여 신청하도록 한다, 동법 제96조 제1항). 분배계획이 확정되고 필요한 서면이 제출된 경우에 저당권자에게 해당하는 금액은 직접 저당권자에게 귀속되고(동법 제100조 제1항), 해당권

<sup>69)</sup> *Basler Kommentar/Trauffer* (주 64), Art. 822 ZGB Rn. 8; Schmid-Tschirren (주 68), Art. 822 N. 8.

<sup>70)</sup> *Basler Kommentar/Trauffer* (주 64), Art. 804 ZGB Rn. 2.

<sup>71)</sup> *Basler Kommentar/Trauffer* (주 64), Art. 801 ZGB Rn. 16.

리는 등기부에서 말소된다(동법 제101조 제1항).

### (3) 小結

이상과 같은 스위스의 법제에서는 실제로 저당권자의 물상대위를 이유로 하는 부당이득의 문제가 발생할 여지가 그다지 크지 않다. 우선 스위스의 법률에서도 토지수용의 경우에는 절차에 의하여 등기부에 공시되는 저당권자에 대하여 직접 보상금을 지급하도록 하므로, 물상대위권자 아닌 타인에게 지급되는 사안은 상정하기 어렵다. 마찬가지로 보험금채권의 경우(또는 이에 준하는 승筆의 경우)에도 저당권의 효력이 당연히 보험금채권에 미치는 결과 제3채무자는 피보험자 내지 양수인 등에 대한 지급으로 저당권자에 대항할 수 없어 부당이득의 문제는 실제로 발생하지 아니할 것으로 추측된다. 필자가 조사한 한에서 문헌에서도 이에 관한 언급은 찾아볼 수 없다.

## 5. 프랑스

### (1) 프랑스 민법의 물상대위제도 개관

프랑스 민법도 우리 민법에서와 같은 일반적인 물상대위는 규정하지 않는다. 즉 특별한 법률의 규정이 없으면 물상대위는 일어나지 않는다는 것이 확립된 판례이자 일반적 견해이다.<sup>72)</sup> 그 결과 예컨대 제3자의 불법행위로 저당물이 멸실한 경우에도 저당권자는 법률에 규정이 없어 저당물 소유자의 손해배상청구권에 물상대위할 수 없다. 그러므로 우리 민법의 물상대위와 비교될 수 있는 프랑스 사례는 보험법이 정하는 보험금청구권에 대한 물상대위와 토지수용보상금에 대한 물상대위 등 법률의 규정이 있는 경우에 한정된다. 아래에서는 이들 사안유형을 살펴보기로 하는데, 우선 앞서 살펴본 법제와의 비교를 위하여 차임채권에 대한 저당권의 효력을 간단하게 언급하기로 한다.

프랑스 민법상 저당물 소유자가 가지는 차임채권에는 원칙적으로 저당권의 효력이 미치지 않는다.<sup>73)</sup> 그 결과 소유자는 이를 자유로이 처분할 수 있다. 다만 저당권자가 이행기가 도래하여 저당권을 실행하는 경우에는, 압류가 있기 전에

<sup>72)</sup> Simler et Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 4<sup>e</sup> éd., 2004, n° 506; Ponsard, "Subrogation réelle", *Repertoire de droit civil*, 1976, n° 2; Witz, *Juris classeur civil*, Art. 2134, Fasc. K., 1986, n° 58.

<sup>73)</sup> Ferid/Sonnenberger, *Das französische Zivilrecht*, Band 2, 2. Aufl., 1986, 3D363.

행해지는 변제최고의 공고(publication du commandement)로부터 경매(adjudication)에 이르기까지 부동산으로부터 산출하는 果實은 不動産化(immobilisation des fruits)되어 저당권의 효력이 미치게 된다.<sup>74)</sup> 이에 천연과실뿐만 아니라(프랑스 구민사소송법<sup>75)</sup> 제682조), 법정과실도 포함된다(동법 제685조 제1항). 이들 과실은 부동산과 함께 경매로 매각되므로, 그 대금은 부동산에 대한 경락대금에 자동적으로 포함된 상태로 배당된다.

## (2) 보험금채권에 대한 물상대위

보험금채권에 대한 저당권자의 물상대위는 보험법(Code des assurances) 제 L121-13조에 규정되어 있다. 원래 파기원의 판례는 특별한 규정이 없으면 물상대위가 가능하지 않다는 전제에서 당시 법률에 근거가 없었던 보험금채권에 대한 물상대위를 인정하지 않았으나, 계약실무가 미리 질권 등을 설정하는 방식으로 이 문제를 대처하자 1889년 2월 19일 법률이 이를 도입하였다. 이 규정에 의하면 “화재, 우박, 동물의 사망 또는 다른 위험에 대한 보험의 결과로 발생한 배상금은 명시적인 指示(délégation expresse)가 없더라도 선취특권자나 저당권자에게 그 순위에 따라 충당된다”(제1항)고 하며, “그러나 異議(opposition)가 있기 전에 善意로 행해진 변제는 효력이 있다”(제2항)고 한다.

(a) 그러므로 등기된 저당권자는 이행기가 도래하여 담보권을 실행할 수 있는 시기가 되면 보험자에 대하여 직접 보험금의 지급을 청구할 수 있다. 즉 저당권자는 물상대위에 의하여 보험자에 대하여 직접소권(action directe)을 가진다.<sup>76)</sup> 물론 보험자는 이러한 저당권자의 보험금청구에 대하여 보험계약에 기한 대항사유로 대항할 수 있다. 이러한 이유 때문에 학설에서는 저당권자의 권리를 보험법상의 직접청구권으로 이해하는 견해도 있으나,<sup>77)</sup> 통설은 저당권의 효

<sup>74)</sup> Donier et Donier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 7<sup>e</sup> éd., 2003, n<sup>o</sup> 1287.

<sup>75)</sup> 프랑스에서는 부동산집행과 관련하여 여전히 구민사소송법이 적용되고, 신민사소송법으로의 통합이나 민사집행법의 제정에는 아직 이르지 못하고 있다. Donier et Donier (주 74), n<sup>o</sup> 28.

<sup>76)</sup> Simler et Delebecque (주 72), n<sup>o</sup> 507; Lambert-Faivre et Leveneur, *Droit des assurances*, 12<sup>e</sup> éd., 2005, n<sup>o</sup> 594.

<sup>77)</sup> Mestre, Putman et Billiau, *Traité de droit civil. Droit spécial des sûretés réelles*, 1996, n<sup>o</sup> 721.

력이 보험금채권에 미치는 물상대위의 예로 이해하고 있다.<sup>78)</sup>

(b) 그러나 저당권자가 보험자에 대하여 자신의 저당권의 존재를 알리는 이의(opposition)를 제기하기 전에 보험자가 선의로 피보험자에게 지급하면 이러한 변제는 저당권자와의 관계에서 효력이 있다. 즉 이러한 변제는 유효하게 보험금채무를 소멸시키며 저당권자는 더 이상 보험자에게 보험금의 지급을 청구할 수 없다.<sup>79)</sup> 종래에는 저당권이나 선취특권이 등기되어 있다는 사실만으로 이미 보험자는 악의로 취급되어야 하기 때문에 채권자의 이의가 없더라도 등기의 존재만으로 보험자의 피보험자에 대한 지급은 저당권자나 선취특권자에게 대항할 수 없다는 견해도 있었으나, 현재의 통설과 판례는 등기만으로는 충분하지 아니하다고 해석한다. 즉 저당권자나 선취특권자가 보험자에 대하여 행한 이의가 있는 경우에 보험자는 담보권의 존재에 대하여 유효한 인식을 가지게 된다는 것이다. 따라서 보험자의 변제를 저지하기 위해서는 저당권자는 보험자에 대하여 이의를 제기해야 한다.<sup>80)</sup> 다만 그 방식은 문제되지 아니하며, 보험자의 지급 전이라면 시기도 상관없다. 따라서 거래계는 보험계약을 체결하는 시점이나 저당권을 설정하는 시점에 저당권자가 보험자에게 저당권의 존재를 알리는 것이 흔히 있는 일이라고 한다.<sup>81)</sup>

아마도 이러한 거래계의 관행 때문일 수도 있겠지만, 보험자가 유효하게 변제를 마친 이후 저당권자가 피보험자에게 부당이득반환을 구하는 사건은 문헌에서도 논의되지 아니하고 판례도 발견할 수 없다. 또한 프랑스에서 非給付不當利得은 법률의 규정 없이 판례에 의하여 인정되어 있고 그 요건 또한 엄격하다는 것도 그 원인의 하나일지도 모른다. 결국 물상대위에 관한 통설과 판례의 입장으로부터 결론을 추측해 볼 수밖에 없다. 우리 학설의 용어를 전용하자면 저당권자가 보험자에 대하여 해야 하는 이의의 성질이 단순히 제3채무자인 보험자의 보호만을 목적으로 하는 것인지 아니면 제3자와의 관계에서 대항요

78) Simler et Delebecque (주 72), n° 506; Aynès et Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, 2° éd., 2006, n° 700; Cabrillac, Mouly, Cabrillac et Pétel, *Droit des sûretés*, 8° éd., 2007, n° 1041; Lambert-Faivre et Leveneur (주 76), n° 588 등.

79) Simler et Delebecque (주 72), n° 507; Aynès et Crocq (주 78), n° 700. 피보험자가 수령한 금전에 물상대위가 지속한다고도 할 수 없는데, 이는 피보험자의 재산에서 특정성을 상실하기 때문이다. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, 1985, p. 93.

80) 이상의 논의에 대하여 Lambert-Faivre et Leveneur (주 76), n° 592 및 同所 인용판례 참조.

81) Simler et Delebecque (주 72), n° 507.

건으로 기능하는 것을 목적으로 하는지에 따라 결론이 다르게 될 것이다.

그런데 이에 관한 프랑스 학설과 판례의 태도가 명확한 것은 아니다. 일단 보험법의 규정 자체만 본다면, 저당권자의 이익이 없더라도 보험자가 약의로 변제한 경우에는 이를 저당권자에게 대항할 수 없다는 의미로 읽을 수 있으므로, 제3채무자보호설적인 관점에서 서 있는 것으로 보이기도 한다. 파기원의 판례도 담보권자의 이익이 없더라도 다른 방법에 의하여 담보권의 존재를 알게 된 보험자가 한 변제는 담보권자에게 대항할 수 없다고 하여 그러한 태도를 보인다.<sup>82)</sup> 이러한 전제에 선다면 비록 보험자가 선의로 변제하여 담보권자와의 관계에서는 대항할 수 있다고 하여도 피보험자는 담보권자에게 이를 대항할 수 없다고 해석하여 부당이득을 인정할 여지가 있다.<sup>83)</sup>

그러나 이와는 반대로 우선권보전설적인 모습을 보이는 파기원의 판례도 존재한다. 이 사건에서는 화재에 의하여 보험금청구권이 발생하였는데, 저당권자가 보험자에 대하여 이익을 제기하기 전에 피보험자(설정자)의 다른 채권자가 당해 채권에 대하여 보전압류(*saisie conservatoire*)를 하였다. 보전압류는 긴급한 경우 채권자가 사전의 변제최고(*commandement*) 없이 단순히 법관의 허가만에 의하여 채무자의 유체 또는 무체의 재산에 대한 처분을 금지하는 조치를 말한다.<sup>84)</sup> 특히 보전압류의 목적이 채권인 경우 이는 처분할 수 없을 뿐만 아니라, “처분할 수 없는 금액의 공탁을 법률상 당연히 수반”하고, 압류채권자는 이 공탁금액에 대하여 질권자의 지위를 가진다(1991년 7월 9일 법률 제75조). 이러한 상황에 직면하여 물상대위에 기한 직접소권을 행사할 수 없게 된 저당권자는 집행법원에 채권자의 보전압류를 해소해 줄 것을 청구하였으나, 원심은 이를 받아들이지 않았다. 저당권자는 보험법의 규정에 따라 자신이 보험금채권을 행

82) Cabrillac, Mouly, Cabrillac et Pétel (주 78), n° 1044; Witz (주 72), n° 63 및 同所 인용판례 참조. 예컨대 등록질권이 설정된 자동차가 사고로 멸실·손괴한 다음 보험자가 경찰로부터 담보권의 존재를 알게 된 사안이 판례에서 다루어졌다고 한다.

83) 예컨대 채권의 준점유자에 대한 변제의 경우와 비교할 수 있다. Mazeaud et Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II/1: Obligations, théorie générale, 9<sup>e</sup> éd., 1998, n° 833 참조. 그 밖에 프랑스의 판례와 통설에 따르면 변제수령권한 없는 자에 대한 비채변제가 행해진 경우, 진정한 채권자는 변제수령자로부터 직접 부당이득으로 수령한 급부를 청구할 수 있다고 한다. 초기의 전개에 대해서는 Isenbart, *Bereicherungsansprüche beim Eingreifen Dritter in Forderungen*, Diss. Osnabrück, 2004, S. 9ff., 현재의 학설상황에 대해서는 Perruchot-Triboulet, “L’indu à trois”, *RTD civ.*, 2003, p. 431 et seq. 참조.

84) Donier et Donier (주 74), n° 507 et seq.

사할 수 있으므로 다른 채권자의 보전압류는 효력이 없다고 주장하였으나, 파기원은 이러한 주장을 배척하고 원심을 확인하였다. 즉 “보험법 제L121-13조가 선취특권자 또는 저당권자를 위하여 정하는 바와 같이, 자신의 권리로 보험금의 지급에 대항할 수 있기 위해서는 이해관계를 가지는 채권자가 자신의 권리를 이유로 하여 보험자에 대하여 지급을 요청하여야 한다”고 하면서, 저당권자가 보험자에 대하여 지급을 요구하는 내용의 이의를 제기하였음을 입증하지 못하는 이상 원심이 보전압류의 효력에 의하여 발생한 당해 채권의 처분금지 효에 영향이 없다고 한 것은 타당하다고 판시하였던 것이다.<sup>85)</sup> 이 판결은 저당권자의 이의에 의한 저당권의 주장이 마치 물상대위의 요건인 것과 같은 취지를 시사하고 있으며, 그러한 한에서 선의의 지급 후에는 부당이득의 문제는 발생하지 않는다고 볼 여지도 없지 않다.

(c) 따라서 보험금채권에 대한 물상대위를 이유로 하는 부당이득반환과 관련하여 프랑스의 학설과 판례의 입장은 쉽게 추측하기 어렵다. 그럼에도 프랑스 보험법의 규정을 살펴봄으로써 우리 민법의 해석에 여러 가지 시사점을 얻는 바도 적지 않다. 등기의 추정력이 인정되지 아니하며<sup>86)</sup> 특히 공시가 불완전한 선취특권에 기해서도 물상대위를 인정하는 프랑스 법제에서 등기 및 담보권자의 이의 등이 가지는 의미와 기능이 독일·스위스와는 차이가 있을 수밖에 없다는 인식이 그러하다. 우리 민법 해석에 대한 구체적 함의는 후술하기로 한다 (아래 III. 참조).

### (3) 수용보상금채권에 대한 물상대위

프랑스의 토지수용법(Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique)에 의하면 수용재결에 의하여 수용되는 토지에 존재하는 채권이나 물권은 모두 소멸한다(동법 제L12-2조).<sup>87)</sup> 그러나 이로써 소멸하는 담보권의 효력은 수용되는 토지의 소유자가 받을 보상금에 미친다(동법 제L12-3조). 이를 위해서는 담보권은 재결이 공시되기 전에 등기되어야 하지만, 다만 매도인의 선취특권은 재결의 공시 이후이더라도 민법이 정하는 등기기간(프랑스 민법 제2379조, 제2380

<sup>85)</sup> Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 29 fev. 2000, Bulletin 2000 I n° 63.

<sup>86)</sup> Piedelièvre, *Traité de droit civil. La publicité foncière*, 2000, n° 32.

<sup>87)</sup> 이러한 효과는 협의취득에 있어서도 같다. Lemasurier, *Le droit de l'expropriation*, 3<sup>e</sup> éd., 2005, p. 237, 244.

조) 내에 등기가 되면 무방하다. 그런데 수용절차에 있어서는 재결이 이루어지기 전에 당해 토지의 권리관계를 조사하는 절차가 진행되어야 하는데, 여기서는 특히 등기 등을 참조하여 소유자와 그 밖의 物權者들의 목록을 작성하도록 하고 있다(프랑스 토지수용법 제R11-19조 제2호). 그리고 이로부터 저당권이나 선취특권의 등기가 확인되는 경우 이들 담보권자의 이의제기(opposition)가 존재하지 않더라도 보상금은 당연히 공탁하도록 한다(동법 제R13-65조 제4호). 다만 사업시행자가 수용되는 토지의 소유자의 청구에 의하여 부담액과 배상액의 차액 중 3/4은 지급할 수 있는 것으로 정하고 있다(동법 제R13-69조 제1항). 그러나 그밖에도 지급에 이의가 제기되는 경우에는 이의가 제기된 금액에 대해서는 공탁을 하도록 하기 때문에(동법 제R13-65조 제5호, 제R13-69조), 이해관계인이 존재하는 경우에는 공탁되는 경우가 많을 것이다. 이러한 공탁은 한편으로는 지급의 장애가 있더라도 사업시행자에게 조속히 토지의 점유를 가능하게 하는 동시에, 물상대위에 의하여 보상금에 이해관계가 있는 채권자를 보호하기 위한 것이라고 한다.<sup>88)</sup>

이러한 규정을 전제로 할 때 프랑스 법에서 토지수용의 경우에 우리 민법에서 문제되는 바와 같은 부당이득반환의 문제는 쉽게 발생하지 않을 것으로 예상되며, 그에 관한 논의도 필자가 조사한 한도에서는 찾아 볼 수 없다.

### III. 해석론의 제안

이러한 비교법적인 인식에 기초하여 우리 민법의 해석으로 타당한 결론을 탐색하기로 한다.

#### 1. 물상대위에 있어서 ‘압류’의 의미

##### (1) 관계인들의 이익상황

물상대위에 의하여 저당권의 효력은 대위목적채권에 당연히 미치는가? 아니면 압류에 의해서 비로소 우선변제권이 ‘보전’되는가? 이 문제에 접근하기 위해서는 당사자들의 이익상황을 살펴볼 필요가 있다.

<sup>88)</sup> Lemasurier (주 87), p. 523.

(a) 우선 저당권자의 관점에서 볼 때 저당권의 효력이 대위목적채권에 당연히 미치는 결과는 필연적으로 요청되는 바이다. 그는 부동산에 대하여 저당권을 취득함으로써 자신의 채권의 담보를 확실히 하였음에도 불구하고, 부동산의 멸실 등 자신이 고려할 수 없는 우연적인 사정에 의하여 담보의 전부 또는 상당한 부분을 상실하였다. 그는 예상과 달리 채무자의 무자력 위험을 부담하게 되었고, 그러한 한도에서 대위목적채권에 저당권의 효력이 미치게 할 정당한 이해관계를 가진다.

(b) 이러한 저당권자의 이해관계에 대하여 설정자가 보호받아야 할 이해관계는 존재하지 않는다. 설정자는 저당권의 효력이 대위목적채권에 미치는 결과에 의하여 기본적으로 불이익을 받지 아니한다. 설정자는 자기 소유 부동산의 일정한 가치에 해당하는 부분을 담보로 제공함으로써 채무자의 변제가 없는 때에는 해당 가치를 상실할 것을 감수하였다. 그런데 이제 부동산의 멸실·수용 등의 사정으로 설정자가 부동산에 갈음하는 채권을 취득한 경우, 이 채권이 계속 저당권자를 위한 담보가 된다고 하여도 설정자에게는 추가적인 불이익이 발생하지 아니한다.<sup>89)</sup>

물론 일본에서와 같이 물상대위가 단순히 부동산의 실체가치를 대표하는 채권에 대한 물상대위(대체적 물상대위)를 넘어 차임채권 등 파생적 가치에 대한 물상대위(부가적 물상대위)를 포괄하는 법제에서는(앞의 II. 2. (2) (a) 참조), 물상대위가 설정자에게 추가적인 불이익을 수반하므로 일률적인 결론을 내리기는 어려울 것이다. 그러한 경우 설정자는 부동산의 사용·수익에 관한 자신의 고유한 권능이 물상대위에 의하여 침해되기 때문이다. 그러나 우리 민법은 그러한 부가적 물상대위는 인정하지 않고 오로지 부동산의 멸실·손괴·수용 등을 이유로 하는 대체적 물상대위만을 인정한다. 여기서 설정자는 저당권의 효력이 당연히 대위목적채권에 미치는 결과에 반대할 어떠한 정당한 이해관계를 가지고 있다고 하기 어렵다.

(c) 반면 설정자로부터 대위목적채권을 양도받거나 전부받은 제3자의 이해관

<sup>89)</sup> 심지어 물상대위의 규정이 없더라도 설정자와 저당권자의 담보약정의 보충적 해석에 의하여 설정자가 취득하는 손해배상청구권 등에 저당권자가 질권을 취득하는 결론이 인정될 수도 있을 것이라고 생각된다. 실제로 프랑스의 계약실무가 보험금채권에 대한 물상대위를 장래채권에 대한 약정질권으로 달성한 것에 대해서는 앞의 II. 5. (2) pr. 참조.

계에 대해서는 구별해서 살펴볼 필요가 있다. 이러한 경우 저당권의 효력이 당연히 미친다는 것은 제3자의 양수나 전부가 효력을 달성할 수 없다는 것을 의미한다. 그런데 여기서 주목할 점은 제3자가 채권을 전부받을 수 없거나 양도 받을 수 없다는 사정 자체만으로 그의 기존의 이익상태에 불이익이 발생한다고 말할 수는 없다는 것이다. 양수인이나 전부채권자가 귀속받고자 하는 가치는 원래 부동산의 형태로 저당권자의 담보로 기능하고 있었던 것이고, 그러한 한에서 이는 원래 설정자의 책임재산 내지 처분가능재산에 속하지 아니하였기 때문이다. 보아소나드의 표현을 빌자면, 물건을 대표하는 가치에 저당권의 물상대위를 바로 인정한다고 하여도, 제3자로서는 “물건이 그들의 책임재산이 아니게 된 순간부터 그들은 그 가치를 고려에 넣을 수 없었기 때문”(앞의 주 20 참조)에 물상대위가 제3자의 이해관계를 해한다고는 말할 수 없는 것이다. 오히려 대위목적채권을 양수하거나 전부받을 수 있는 가능성이 창출되었다는 사정이야말로 제3자로서는 저당권자의 예상하지 못한 불이익의 결과로 발생한 塲外의 利益일 뿐이다.

그러나 물론 제3자는 저당권의 효력이 당연히 대위목적채권을 파악함으로써 받는 불이익이 있을 수 있다. 그들이 양수하거나 전부받고자 하는 채권에 저당권의 효력이 미친다는 사정을 알지 못함으로써 발생하는 불이익이 그것이다. 즉 그는 그러한 사정을 모르고 채권을 양수함으로써 이후 설정자에게 담보책임 내지 채무불이행책임을 물어야 할 것인데, 그러한 과정에서 설정자의 무자력위험을 부담할 수 있다. 전부채권자가 물상대위권의 실행 때문에 전부받은 채권의 만족을 받을 수 없게 된 결과, 적시에 설정자의 다른 재산에 집행할 수 있는 기회를 상실하였을 수도 있다. 즉 제3자가 받는 불이익은 저당권의 효력이 대위목적채권에 당연히 미친다는 사실로부터 받는 불이익이 아니라, 물상대위 사실을 알지 못하고 설정자와 거래하거나 설정자의 재산에 집행하였다는 사정으로부터 발생하는 불이익이다.

더 나아가 물상대위의 사실을 알지 못함으로써 불이익을 입을 수 있는 관계인으로서(제3채무자보호설이 지적하는 바와 같이) 대위목적채권의 제3채무자가 있을 수 있다. 따라서 양수인이나 전부채권자 같은 제3자의 이해관계나 제3채무자의 이해관계는 물상대위의 공시문제로 귀착한다.

## (2) 물상대위권의 공시

(a) 우선 제3채무자보호설은 제3채무자로서는 저당권자의 물상대위 사실을 알지 못하고 설정자 내지 양수인·전부채권자 등에 변제할 수 있기 때문에 그의 이중변제위험을 예방하기 위하여 저당권자가 압류로 물상대위의 사실을 제3채무자에게 알리는 것이 압류의 의미라고 해석한다.<sup>90)</sup> 그러나 앞서 비교법적인 고찰이 보여주는 바와 같이 이러한 의미로 파악된 제3채무자보호설은 등기의 추정력을 인정하는 법제에서는 타당하지 않다(독일에 대하여 II. 3. (1) (c), 및 (2) (b) ; 스위스에 대하여 II. 4. (1) (b)). 그리고 이는 공시되는 저당권·질권에 물상대위가 인정되는 우리 민법의 경우에도 마찬가지이다.

매도인 甲이 아직 변제되지 아니한 매매대금채권에 대한 선취특권을 근거로 하여 매수인 乙이 가지는 전매로부터 취득한 매매대금채권이나 보험자에 대한 보험금채권에 물상대위할 수 있는 법제를 상정한다면, 제3채무자보호설의 취지를 쉽게 이해할 수 있다. 이러한 경우 제3채무자인 최종매수인이나 보험자로서는 乙을 채권자로 생각할 것이어서 甲이 이의(프랑스) 내지 압류(일본)에 의하여 자신의 존재를 알리지 않는 한 물상대위의 사실을 알 수 있는 가능성은 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 그러므로 이러한 선취특권이 문제되는 사안에서는 제3채무자의 이중변제위험이 심중한 것으로 고려되어야 한다. 게다가 일본의 경우에는 부동산 등기에 의하여 공시된다고 볼 수 없는 차임채권의 물상대위도 문제되므로 더욱 그러하다(앞의 II. 2. (2) (a) 참조).

그러나 추정력을 가지는 등기에 의하여 공시되고 있는 저당권의 물상대위에 있어서는 사정이 다르다. 예컨대 甲이 失火에 의하여 乙의 건물을 소실시킨 사안을 상정해 보도록 하자. 이 경우 甲이 자신의 손해배상청구권자가 누구인지를 알고 싶다면, 다른 누구의 “말”이나 “점유”도 믿어서는 안 되고 오로지 등기부의 기재를 기준으로 판단해야 한다. 그래야만 그는 이중변제의 위험으로부터 벗어날 수 있다(제470조: “善意이며 過失 없는 때”).<sup>91)</sup> 이는 부동산의 멸실로 보험금을 지급해야 하는 보험자나 토지를 수용하는 사업시행자의 경우도

90) 李承翰 (주 8), 103면; 劉承政 (주 7), 187-188면; 裴成鎬, “物上代位와 押留”, 『民事法學』 제21호, 2002, 455-457면 등.

91) 일반적인 견해에 의하면 등기의 추정력에 의하여 등기의 내용을 신뢰한 선의·무과실로 추정되지만, 반대로 등기된 사항을 모른 자는 과실이 있는 것으로 추정된다. 郭潤直 (주 3), 100면; 金曾漢·金學東, 『物權法』 제9판, 1997, [140] 등.

마찬가지이다. 그들은 등기부의 열람에 의해서 자신의 채권자 및 그에 대한 이해관계인의 존재를 확인한 경우에만 변제에 있어서 선의·무과실이라고 말할 수 있는 것이다. 그러므로 제3채무자가 등기부를 열람하지 아니하여 저당권자의 존재를 간과하였다면 그가 이중변제의 위험에 직면한다고 해서 우리 민법의 체계 내에서 부당한 불이익을 받는다고 말하기 어렵다. 반대로 등기부의 열람에 의하여 소유자 및 제한물권의 존재 등을 확인하고 소유자에게 변제를 한 채무자로서는, 설령 공시되지 아니하는 담보권이나 우선특권에 기한 물상대위가 있다고 하더라도, 제342조를 적용할 것도 없이 이미 채권자의 준점유자에 대한 변제(제470조)로 이들에게 대항할 수 있을 것이다. 따라서 적어도 저당권의 물상대위의 사실을 모른다는 사정으로부터 제3채무자를 보호해야 한다는 기존의 제3채무자보호설의 주장은 우리 민법의 해석으로는 설득력이 없다.<sup>92)</sup> 앞서 지적한 바와 같이, 등기의 추정력을 인정하는 독일과 스위스의 법제에서 물상대위의 공시는 등기부에 의하도록 하고 있으나(앞의 II. 3. (1) (c) 및 (2) (b), II. 4. (1) (b) 참조), 등기의 추정력을 알지 못하는 프랑스에서는 반대의 태도를 취하고 있다는 사실(앞의 II. 5. (2) (b) 참조)은 이 맥락에서 특히 참조가 된다.<sup>93)</sup>

(b) 이로써 제3채무자에 대한 관계에서 저당권의 물상대위는 등기부의 존재에 의해서 공시된다고 말할 수 있다. 그런데 우선권보전설은 압류가 양수인 등 제3자에 대한 공시로서 의미를 가진다고 하여, 압류를 물상대위권 보전의 요건으로 이해한다. 여기서 과연 저당권의 등기가 양수인이나 전부채권자와 같은 제3자에 대해서도 공시의 효과를 가질 수 있는지의 문제가 제기된다.

이에 대한 해답은 우리 민법에서 채권의 귀속에 관한 공시를 어떠한 방식으로 해결하고 있는지를 살펴봄으로써 얻을 수 있다. 우리 민법은 이를 특히 채권양도와 관련해서 규정하고 있는데, 이에 의하면 채권양도의 우열관계는 확정

<sup>92)</sup> 그러한 한도에서 유사한 취지로 이준현 (주 8), 318면.

<sup>93)</sup> 더 나아가 종래의 제3채무자보호설은 제342조가 원래 규정된 질권과 관련하여 고찰할 때 더욱 설득력을 상실한다. 우리 민법상 질권자는 통상 질물의 점유자이기 때문에(제330조, 제332조), 예컨대 질물이 불법행위로 멸실된 경우 손해배상의무자인 제3채무자는 질권의 설정자가 아니라 질권자를 권리자로 간주하게 될 것이고, 또한 그러한 한도에서 그는 선의·무과실이다(제200조 참조). 이러한 상황에서 제3채무자가 설정자에게 변제함으로써 질권자에 대한 이중변제의 위험을 부담하게 되는 것을 예방하는 것이 ‘압류’(제342조)의 취지라고 설명하는 것은 쉽게 납득하기 어렵다.

일자 있는 통지 내지 승낙의 선후에 의하여 달성된다. 이는 채권의 귀속에 대한 공시는 양도되는 채권의 채무자의 인식을 매개로 하여 행해진다는 것을 함축하는 규정이다. 즉 “채권을 매수하거나 담보로 잡으려는 사람이 채권이 과연 존재하는지, 그 구체적인 내용이 무엇인지 또는 채권자가 누구인지에 관한 정보를 가장 믿음직하게 얻을 수 있는 것은 바로 채무자로부터일 것이다. 채무자가 이러한 탐문에 대하여 정확하게 응답할 수 있도록 하려면, 채권양도가 있었는지 누구에게 양도되었는지 등에 관한 정보를 그에게 집중시킬 필요가 있다. 이러한 필요를 충족하기 위하여 민법이 채택한 수단이 바로 채무자への 통지를 채권양도의 대항요건으로서 요구하는 것이다.”<sup>94)</sup>

이러한 민법의 태도를 전제로 한다면 적어도 제3채무자에 대하여 저당권의 등기가 물상대위의 공시로 기능한다면, 마찬가지로 양수인이나 전부채권자에 대해서도 공시로 기능한다고 해석해야 할 것이다. 설정자로부터 채권을 양수하거나 전부하려는 사람은 채권의 존부·내용과 관련하여 의문이 있는 경우 제3채무자에게 탐문할 수밖에 없는 것이고, 그 과정에서 스스로 문제가 되고 있는 채권의 법률적 성질을 알 수가 있다. 그러한 상황에서 제3자로서는 손해배상청구권, 보험금채권, 수용보상금청구권에 대한 명확한 법률관계를 알기 위해서는 등기부를 참조해야 할 것이고, 이를 하지 않아 발생할 수 있는 불이익은 그 자신이 부담하도록 하는 것이 타당하다. 질권이 설정된 채권에 대하여 신뢰보호를 주장할 수 없는 양수인이나 전부채권자가 물상대위에 의하여 저당권이 효력을 미치고 있는 채권에 대하여 신뢰보호를 부여받을 이유는 찾기 어렵다. 어느 경우나 채권은 담보물권의 효력 하에 있고 제3채무자의 인식에 의하여 공시되고 있는 것이다.

물론 제3채무자를 매개로 하는 물상대위의 공시가 공시의 기능이라는 측면에서 완전한 것이라고 말하기는 어려울 수도 있다. 그러나 이러한 제도는 우리 민법이 적어도 채권공시에 관하여 전제하고 있는 제도이고, 나름 권리관계의 명확화에 기여하고 있음을 부정할 수는 없다.<sup>95)</sup> 특히 앞서 지적한 바와 같이 (III. 1. (1) (c) 참조), 목적물의 멸실로 인하여 담보를 상실하는 저당권자의 이해관계에 비추어 볼 때, 제3자는 대위목적채권을 취득하지 못하였다는 사실이

94) 梁彰洙, 『民法入門』, 제5판, 2008, 50면. 더 나아가 최수정, 『채권양도론』, 2007, 67면 이하 참조. 상세한 것은 池田眞朗, 『債權讓渡の研究』, 增補版, 1997의 제1부에 실린 논고들 참조.

95) 최수정 (주 94), 70-71면 참조.

아니라 그러한 사정을 알 수 없었다는 사실에 대해서만 이해관계를 가지고 있을 뿐이다. 이러한 상황에서 제3채무자에 대한 탐문과 등기부의 열람에 의하여 권리관계의 명확화를 도모할 수 있는 양수인이나 전부채권자에 대해서 물상대위의 취급효를 인정한다고 해서 부당하다고 말할 수는 없을 것이다.<sup>96)</sup> 채권의 선의취득이 일반적으로 인정되지 않는 한 양수인이나 전부채권자는 자신에게 우선하는 담보권자(질권자, 물상대위권자 등)가 존재한다는 사실을 감수해야 하며, 그러한 결과를 예방하기 위해서는 제3채무자에 대한 탐문으로 스스로 위험을 회피해야 한다.<sup>97)</sup> 이는 독일 민법이 건물의 보험금과 같이 부동산의 실질적인 가치를 대표하는 채권에 대한 물상대위에서 저당권자를 채권질권자로 취급하여 다른 제3자에 대한 우선적 지위를 보장하는 결과와 비교할 때에도 그러하다(앞의 II. 3. (2) 및 (3) 및 II. 4. (1) (b) 참조).

### (3) 압류의 의미: 물상대위권 행사와 관련된 불안정 제거

이상의 내용을 요약하면, 물상대위에 의하여 저당권의 효력은 당연히 대위목적채권에 미치고, 이는 제3채무자나 다른 제3자(양수인, 전부채권자 등)에 대하여 저당권의 등기에 의하여 공시된다. 그렇다면 이러한 상황에서 법률이 저당권자에게 ‘압류’를 할 것을 요구하는 것은 무슨 이유에 근거한 것인지의 문제가 제기된다.

우선 특정성유지설의 설명에 의한다면 압류 요건은 입법자가 규정이 없어도 인정될 당연한 결과를 정한 것에 지나지 않아, 실질적인 의미는 없는 요건이 되어 버린다. 물론 압류에 의하여 특정성이 유지되는 것은 사실이지만, 이는 오히려 압류에 수반하는 결과의 측면이고 그것 자체만으로 압류의 취지를 설

96) 유사한 이익형량에 기초하여 일본 민법의 해석으로도 (차입채권 등에 대한 부가적 물상대위에서와는 달리) 보험금채권이나 수용보상금채권 등에 대한 대체적 물상대위의 경우에는 물상대위의 취급력을 인정할 수 있음을 시사하는 高橋 (주 28), 86면 참조 (이와 관련하여 앞의 주 37 및 관련 서술 참조).

97) 물론 채권양도법에 규정된 채무자 인식을 통한 공시라는 민법의 태도가 현실에서 공시의 기능을 원활하게 수행하지 못하므로 채권거래는 공시제도가 없거나 불완전한 것이라고 평가하는 입장도 존재할 수 있다. 그러나 그러한 입장에서 출발하더라도 본문의 서술의 타당성에는 영향이 없다. 채권양도 일반에 적절한 공시가 없어 거래의 안전이 침해될 수 있는 가능성을 우리 민법이 감수하고 있다면, 물상대위권의 부담을 안고 있는 채권을 양수하거나 전부한 사람으로서는 마찬가지로 이유로 신뢰보호를 주장할 수 없기 때문이다.

명할 수는 없다.<sup>98)</sup> 그리고 우선권보전설은 대체적 물상대위만을 인정하는 우리 민법에서 당사자들의 이익상항 및 등기의 추정력을 고려할 때 받아들이기 어렵다는 것을 이미 언급하였다.

따라서 기본적으로 압류의 의미는 물상대위를 둘러싼 법률관계의 안정이라는 관점에 의하여 설명해야 할 것으로 생각된다. 출발점은 제3채무자의 보호라는 측면이다. 물론 앞서 지적하였듯이, 제3채무자가 물상대위에도 불구하고 설정자나 양수인·전부채권자를 채권자로 믿음으로써 발생하는 이중변제의 위험에 때문에 압류가 필요하다는 설명은 타당하지 않다. 제342조가 없더라도 제3채무자는 등기를 참조하여 자신의 채권자를 확인해야 이중변제의 위험을 피할 수 있기 때문이다(제470조; 앞의 III. 1. (2) (a) 참조). 그러나 독일 민법에 대한 설명에서 이미 나타난 바와 같이(앞의 II. 3 (1) (c) 및 (2) (b) 참조), 제3채무자는 물상대위 사실을 알고 있더라도 다른 불안정한 상태에서 기인하는 이중변제의 위험에 처하게 된다. 즉 제3채무자는 저당권자가 물상대위권을 행사할 것인지 여부를 확신할 수가 없다. 예컨대 저당권자는 보험금에 대하여 물상대위를 하는 것보다는 보험금에 의하여 건물이 재건축되고 그에 새로 저당권을 취득하는 것을 기대할 수도 있다. 아니면 저당권자는 다른 담보가 확보되어 있거나 다른 담보를 채무자에게 요구함으로써 조속한 청산보다는 원래의 이행까지 이자를 수취하는 것에 관심을 가질 수도 있다. 이와 관련하여 특히 근저당권이 설정된 경우에는 물상대위권의 행사가 저당권의 확정을 초래하므로 근저당권자가 물상대위권의 행사를 회피하는 경우도 상정할 수 있다.<sup>99)</sup> 이러한 상황에서 제3채무자가 물상대위권이 행사되지 않을 것이라고 기대하고 설정자에게 변제하는 것은 이후 물상대위권의 행사에 직면하여 다시 급부할 위험을 수반하므로 위험하다. 그러나 그렇다고 제3채무자로 하여금 이러한 이중변제 위험에 직면하여 무한정하게 변제를 중지하고 기다리게 하는 것은 그의 이해관계에 반할 수 있다.<sup>100)</sup>

98) 松尾·古積 (주 28), 328면에 의하면 특정성유지설의 설명은 그러한 한에서 “2차적인 의미”를 가진다고 한다.

99) 양창수·최수정·김형석, “민사재판”, **사법부의 어제와 오늘 그리고 내일(下)**, 2008, 224면 주 645.

100) 물론 제3채무자는 공탁에 의하여 불안정을 해소할 수 있다는 사정을 들어 이러한 설명에 대하여 반론을 제기할 수도 있을 것이다. 그러나 제3채무자가 공탁을 한 경우에도 물상대위를 둘러싼 법률관계의 불안정은 해소되지 아니한다. 제3채무자의 지위가

이러한 제3채무자의 불안정에 대처하는 입법적 방법은 여러 가지를 생각할 수 있다. 독일 민법과 같이 일정한 요건이 충족된 이후에는 유효하게 변제를 할 수 있는 가능성을 제3채무자에게 인정할 수도 있을 것이고, 아니면 제3채무자가 저당권자에게 상당한 기간을 정하여 물상대위권 행사를 최고하고 응답이 없는 경우에는 이를 포기한 것으로 볼 수도 있을 것이다. 그러나 우리 민법은 이에 대하여 가장 제3채무자에게 유리한 방법을 채택하여 규정하고 있다. 즉 제3채무자는 압류에 의하여 지급이 금지되는 시점까지는 제한 없이 적법한 변제를 함으로써 면책이 된다는 것이다. 즉 제342조 단서는 변제를 금지하는 압류가 있기 전까지는 제3채무자가 설정자에게 변제할 수 있는 가능성을 인정함으로써 물상대위권의 행사여부에 따른 법적 불안정을 회피하고자 하는 것이라고 말할 수 있다.<sup>101)</sup> 그렇다면 저당권자의 압류는 물상대위권 실행의 의사를 표시함으로써 그러한 제3채무자의 면책가능성을 저지하는 기능을 수행하게 된다.<sup>102)</sup> 제342조의 압류의 의미는 —종래 일본에서 주장된 형태가 아닌— 이러한 내용을 가지는 제3채무자보호설에 의하여 이해하는 것이 타당하다.

---

공탁소에 이전하는 것뿐이기 때문이다. 즉 공탁에 의하여 제3채무자는 면책이 되겠지만, 설정자가 가지는 공탁물출급청구권에 저당권의 효력이 미치는 결과 공탁소가 제3채무자의 입장이 되고, 본문에서 설명한 물상대위 행사여부에 관련된 불안정은 여전히 존속한다. 공탁소가 설정자에게 공탁물을 출급함으로써 저당권자에 대한 관계에서 면책이 되는 법률적 근거는 여전히 필요하게 된다.

101) 大判 1999.9.17., 98다31301, 공보 1999, 2178은 전세권에 권저당권이 설정된 경우에 저당권자는 물상대위권을 실행하해야만 전세금 지급을 청구할 수 있다는 사정 등을 들면서 “전세권이 기간만료로 소멸되면 전세권설정자는 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한 전세권자에 대하여만 전세금반환의무를 부담한다고 보아야 한다”고 한다. 여기서 대법원은 저당권 등기가 전세권 설정자(제3채무자)에게 공시로 가능하고 있다는 것을 전제로 하면서, 압류가 없는 이상 제3채무자는 전세권자(설정자)에게 변제함으로써 면책될 수 있다는 것을 분명히 하고 있다.

102) 물론 이러한 서술로부터 압류는 반드시 저당권자가 스스로 해야 한다는 결론이 필연적으로 도출되는 것은 아니다. 저당권자가 물상대위권 행사의 의사를 명백히 하여 압류를 한 경우 법률관계가 안정되는 것은 명백하지만, 다른 채권자의 압류에 의해서도 변제금지효가 발생하는 결과 잠정적으로는 변제여부에 대한 불안정이 제거되기 때문이다. 후자의 경우 물상대위권자에게 압류 없이도 우선변제권을 부여할 것인지 여부는 입법정책의 문제이다. 따라서 압류의 주체 문제는 관련 법률의 해석으로부터 도출해야 하는 것이고, 법률구성으로부터 연역해서는 안 된다(아래 III. 1. (4) (c) 참조).

## (4) 구체적인 해석론

이러한 전제로부터 저당권자의 물상대위에 대한 구체적인 해석론을 도출할 수 있다.

(a) 관계인들이 이익상황을 고찰할 때 저당권은 물상대위에 의하여 당연히 대위목적채권에 효력을 미친다. 저당물의 멸실이라는 사정에 의하여 갑자기 제3자나 설정자가 예상하지 못한 이익을 받을 이유도 없고, 저당권자가 갑자기 무담보의 채권자로 되어야 할 이유도 없다. 다만 제3채무자는 물상대위권의 실행여부에 대하여 확신할 수 없으므로 압류가 있기 전까지는 언제든지 설정자에게 변제함으로써 저당권자에 대한 관계에서 책임을 면할 수 있다.

(b) 제3자의 신뢰는 등기제도의 추정력과 채권양도에 준하는 공시방법에 의하여 보호된다. 따라서 예를 들어 설정자로부터 대위목적채권을 양도받은 양수인이 있다고 하더라도, 아직 제3채무자의 변제가 없는 한 저당권자는 이를 압류하여 환가할 수 있는 권리가 있다.<sup>103)</sup> 우리 민법의 채권공시의 체계상 채권을 양수하고자 하는 사람은 제3채무자에게 탐문하여 채권의 존부 및 성질을 확인하지 아니한 불이익을 부담해야 한다. 그리고 이 점은 전부명령에 의하여 대위목적채권을 전부받은 채권자의 경우에도 다르지 않다. 일본의 판례에서와 같이 채권이 양도된 경우와 전부된 경우를 달리 취급할 이유는 찾기 어렵다.<sup>104)</sup> 이 점에 대하여 판례도 같은 견해이다. 즉 대법원은 물상대위권자가 압류를 하기 전에 제3자가 대위목적채권에 대하여 압류 및 전부명령을 받은 바 있다고 하더라도 그러한 압류 및 전부명령은 그 효력이 발생할 수 없다고 하였고,<sup>105)</sup> 이후 이를 일반화하여 물상대위권자의 압류 전에 양도 또는 전부명령 등에 의하여 보상금 채권이 타인에게 이전된 경우라도 보상금이 직접 지급되거나 보상금지급청구권에 관한 강제집행절차에 있어서 배당요구의 종기에 이르기 전에는 여전히 그 청구권에 대한 추급이 가능하다고 한다.<sup>106)</sup>

103) 특정성유지설이나 제3채무자보호설에 입각하고 있는 우리나라의 통설적 견해도 같다. 姜東世 (주 8), 93면 이하; 郭潤直 (주 3), 304면; 金曾漢·金學東 (주 91), [739]; 李承翰 (주 8), 113면; 이준현 (주 8), 320-321면; 劉承政 (주 7), 198-200면; 裴成鎬 (주 90), 478-479면 등.

104) 이준현 (주 8), 314면 이하 참조. 다만 高翔龍, “物上代位制度의 再檢討 小考”, 金洪奎 博士 華甲紀念 私法の 諸問題, 1992, 93면은 제3채무자보호설을 취하면서도 전부채권자에 대한 물상대위권자의 추급은 부정한다.

105) 大判 1987.5.26., 86다카1058, 집 35-2, 59.

이는 올바르게 이해된 제3채무자보호설에 따라 물상대위권을 일종의 채권질권적 담보권으로 파악하는 이상 당연한 결과이다(아래 III. 2. (1) (a) 참조). 즉 질권이 설정된 채권이 양도되거나 전부된 경우와 다르지 않다. 설정자가 가지는 대위목적채권은 물상대위권의 부담을 안고 있는 채권으로, 이를 양수하거나 전부받은 자는 물상대위권이 설정되어 있는 채권을 취득한 것이다. 따라서 물상대위권자는 지급 또는 인도가 있기 전에는 물상대위권을 행사하여 그로부터 우선변제를 받을 수 있다.

(c) 제342조 단서의 압류의 주체는 누구인가? 물상대위권을 주장하는 저당권자가 스스로 압류를 해야 하는가 아니면 다른 사람에 의한 압류가 있더라도 충분한가? 종래 다수설은 압류에 의하여 특정성이 유지되는 것으로 충분하므로 반드시 저당권자가 아니더라도 다른 채권자 등의 압류가 있으면 압류요건은 충족된 것으로 보았으나,<sup>107)</sup> 제3채무자보호설이나 우선권보전설은 저당권자가 스스로 자신의 물상대위권 행사를 표시해야 한다는 전제에서 압류는 저당권자가 스스로 할 것을 요구하고 있었다(앞의 II. 1. (1) (a) 및 (c) 참조).<sup>108)</sup>

그러나 이러한 견해들은 법률의 해석이 아니라 법률구성으로부터 해석론을 도출하고 있다는 점에서 따르기 어렵다. 오히려 이 문제는 우리 법률이 저당권자에게 압류 없이 물상대위권을 행사할 가능성을 부여하고 있는지에 대한 해석론의 차원에서 접근해야 한다. 만일 물상대위권자가 압류를 하지 않고서 물상대위권을 행사할 수 없다면, 법질서는 물상대위권자에게 반드시 압류를 할 것을 요구하는 것으로 보아야 한다. 그러나 반대로 물상대위권자에게 압류 없이 우선변제권을 인정하고 있다면, 법질서가 반드시 압류할 것을 요구하고 있다고 할 수는 없다.

물상대위권자는 채권집행의 규정에 따라 우선변제권을 행사하도록 규정되어 있다(민사집행법 제273조 제2항, 제3항). 이에 따라 대법원은 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집행법원에 제출하여, 채권압류 및 전부명령을 신청하거나 민사집행법 제247조 제1항이 규정하는 배당요구의 종기까지 배당요구를 하는 방

<sup>106)</sup> 大判 1998.9.22., 98다12812, 집 46-2, 137; 2003.3.28., 2002다13539, 공보 2003, 1055.

<sup>107)</sup> 郭潤直 (주 3), 303-304면; 金曾漢·金學東 (주 91), [739] 등. 판례도 특정성유지라는 관점에서 같은 결론을 인정한다. 大判 1996.7.12., 96다21058, 공보 1996, 2491.

<sup>108)</sup> 예컨대 高翔龍 (주 104), 92-93면; 劉承政 (주 7), 189-190면; 李承翰 (주 8), 113면; 裴成鎬 (주 90), 467면 등.

법에 의하여 물상대위권을 행사할 수 있다고 해석한다(앞의 주 5 참조). 전부명령을 받기 위해서는 물상대위권자의 압류가 필요하겠지만(민사집행법 제229조 제1항), 다른 채권자가 대위목적채권을 압류한 경우에 물상대위권자가 배당요구를 하고자 한다면 반드시 압류가 필요한 것은 아니다(민사집행법 제247조 제1항). 그렇다면 우리 법률의 해석상 물상대위권자는 반드시 스스로 압류를 하지 않더라도 우선변제를 받을 가능성을 가지고 있는 것이고, 그렇다면 법률이 그에게 스스로 압류할 것을 요구하고 있다고 해석하기는 어렵다(앞의 주 102 참조).<sup>109)</sup> 제247조 제1항이 물상대위권자의 배당요구를 부정하는 취지라고 볼 수 없는 한에서 더욱 그러하다.<sup>110)</sup>

## 2. 물상대위와 부당이득

이러한 해석론에 기초하여 서론에 제기한 문제 즉 제3채무자가 유효하게 지급 또는 인도하여 저당권자에 대한 관계에서 면책된 경우, 저당권자가 변제를 수령한 자에 대하여 부당이득을 청구할 수 있는지 여부에 대하여 살펴보기로 한다.

109) 물론 姜東世 (주 8), 90-91면에서와 같이 배당요구가 제340조 단서가 말하는 “압류”에 포함된다고 해석함으로써 반드시 저당권자의 압류가 필요하다는 명제를 유지할 수도 있을 것이지만, 이는 우리 법률의 규정을 억지로 일본의 어느 견해의 틀에 맞추는 것에 불과하다. 그러한 실익이 있는지는 의문이다.

110) 실제로 일본에서 물상대위권자가 스스로 압류를 하는 것이 필요하다는 결론은 압류에 의하지 않고는 물상대위권자가 만족을 받을 수 없다는 해석에 상응한다. 앞서 살펴본 바와 같이(II. 2. (c)), 최고재판소는 저당권자의 물상대위에서 그 실행은 전부명령의 방법으로 의하도록 하고 배당요구를 인정하지 않으므로, 해석론으로는 저당권자의 압류가 반드시 필요한 것으로 해석될 수밖에 없다. 일본의 경우 “집행력 있는 채무명의의 정본을 가지는 채권자 및 문서에 의하여 선취특권을 가지는 것을 증명한 채권자는 배당요구를 할 수 있다”(일본 민사집행법 제154조 제1항)고 규정하여 배당요구를 명문의 규정으로 선취특권에 한정하고 있으므로 저당권에 기한 물상대위권자가 배당요구를 할 수 없다는 해석은 법률의 문언상 수긍할 만한 점이 있다. 그러나 우리 민사집행법은 “민법[...]에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자와 집행력 있는 정본을 가진 채권자는 [...] 배당요구를 할 수 있다”(민사집행법 제247조 제1항)고 규정하고 있기 때문에 일본과는 달리 물상대위권자가 배당요구를 할 수 있는 근거가 존재하며, 대법원도 이를 인정한다. 그러므로 물상대위권의 행사에 대하여 다른 태도를 보이는 우리 법제에서는 압류의 주체에 관해서도 다른 결론이 타당하다고 생각된다.

(1) 설정자에 대한 부당이득반환청구

(a) 물상대위에 의하여 저당권의 효력이 당연히 대위목적채권에 미치며, 그 결과 대위목적채권이 가지는 교환가치로부터 우선변제를 받을 권리를 가진다. 여기서 저당권자의 지위는 엄밀하게 민법이 정하는 저당권이나 질권에 해당하지는 않는다. 목적물의 성질상 저당권이라고 하기도 어렵고, 환가방법의 특징상 민법상 채권질권도 아니다. 그러나 채권을 담보목적물로 하여 민사집행법 제273조 제2항의 환가방법에 따라 우선변제를 받을 수 있는 담보물권이라는 점에는 의문이 없다. 따라서 물상대위권자의 지위는 독자적인 환가방법을 가진 債權質權의 一種으로 이해하면 충분할 것이다.

이러한 물상대위권의 성질에 비추어 보면, 제3채무자가 설정자에게 변제를 한 경우 저당권자는 설정자에게 부당이득반환을 청구할 수 있다는 결론은 무리가 없다. 우리 민법은 대위목적채권으로부터 우선변제를 받을 대세적 권능을 물상대위권자에게 귀속시키고 있으므로, 이러한 割當內容(Zuweisungsgehalt)이 침해된 경우 물상대위권자는 법률상 원인 없이 침해로부터 이익을 받은 자에 대하여 침해이득반환청구권을 행사할 수 있다.

여기서 제3채무자가 저당권자에 대한 관계에서 유효하게 변제할 가능성을 법질서가 인정하고 있으므로 법률상 원인이 존재하여 침해부당이득이 성립하지 않는다고 의문을 제기할 수도 있겠지만, 이는 타당하지 않다. 이익의 취득을 법질서가 유효한 것으로 인정하고 있더라도 그것만으로 법률상 원인이 존재한다고 말할 수는 없으며, 오히려 수익자가 (법적으로 유효하게) 받은 이익이 법질서의 관점에서 평가할 때 중국적으로 누구에게 귀속되어야 하는지(할당내용)에 따라 법률상 원인이 판단된다. 그래서 예컨대 거래의 안전이라는 취지에 비추어 유효한 선의취득(제249조)은 양수인에게 법률상 원인을 부여하여 원래 소유자에 대한 부당이득반환의무를 성립시키지 않지만, 침부에 의하여 소유권을 유효하게 취득한 자는 그것만으로 법률상 원인이 있다고 할 수 없으므로 침부를 정당화하는 법률관계가 존재하지 않는 이상 법률상 원인이 없는 수익에 기하여 부당이득이 성립하는 것이다(제261조).<sup>111)</sup>

따라서 물상대위권자의 부당이득반환청구에 있어서도 법률상 원인의 존부는 제3채무자의 변제를 수령한 설정자의 이익이 중국적으로 그에게 귀속되어야

111) 廣中俊雄, 債權各論講義, 第六版, 1994, 398면 참조.

하는 것으로 평가될 수 있는지 여부에 의한다. 그런데 저당권이 당연히 대위목적채권에 효력을 미치고 이로써 일종의 채권질권적 지위가 발생한다고 해석해야 한다면, 그리고 압류의 의미가 우선권보전이 아니라 제3채무자의 신뢰보호를 위한 것에 그친다고 한다면, 설정자가 변제수령으로부터 받은 이익이 종국적으로 그에게 귀속되어야 한다고 말할 수는 없다. 물상대위권의 소멸은 제3채무자의 법적 안정을 위한 것으로, 설정자로 하여금 담보제공자로서의 책임을 면하게 하는 취지라고 할 수는 없기 때문이다.<sup>112)</sup> 오히려 설정자는 저당권자에 대한 유효한 변제로 그의 우선변제권을 침해하여 이익을 받은 것이고 그에는 법률상 원인이 없어 부당이득이 성립한다고 보아야 한다. 이러한 결과는 법적인 구조에 있어 채권자에 대한 관계에서 유효한 변제를 수령한 채권의 준점유자에 대하여 진정한 채권자가 침해이득반환청구하는 사안과 유사하다.

(b) 저당권자가 채권자로서 채무자에게 여전히 채권을 보유하고 있다는 사정은 설정자에 대한 침해이득반환청구권을 인정하는 결론에 아무런 영향을 미치지 아니한다. 예를 들어 저당권자는 여전히 채권을 보유하고 있으므로 손해가 없어 부당이득은 성립하지 않는다는 반론은 타당하지 않다. 침해이득반환청구권은 법질서가 배타적으로 인정하는 법적 권능으로부터 타인이 법률상 원인 없이 이익을 받으면 성립하는 것이고, 권리자 자신에 어떠한 현실적인 재산적 불이익이 발생하였을 것을 요건으로 하지 않는다. 물론 제741조는 수익자가 법률상 원인 없이 이익을 얻고 이로 인하여 “타인에게 손해를 가한” 사정을 요구하고 있어, 일견 수익자의 이익으로 인하여 원고에게 손실이 발생하였을 것으로 보이기는 한다. 그러나 침해이득반환의 특수성을 인정하는 유형론적인 접근에 의하면, 이러한 손해 내지 손실 요건이 현실적인 재산적 불이익을 의미하는 것으로 해석되어서는 안 된다. 침해이득반환청구권은 법률상 원인 없는 할당내용 침해만으로 성립하며, 여기서 손해 내지 손실 요건은 수익자가 타인의 권리로부터 그 권리내용을 자기의 것으로 하였다는 의미로 이해되어야 한다.<sup>113)</sup> 따

112) 압류 전에 행해진 “지급 또는 인도”가 설정자가 담보제공자로서의 책임을 면하게 하는 결과를 포함한다면, 이는 일본의 학설에 지적되는 바와 같이(앞의 II. 2. (3)) 압류의 목적이 단순히 제3채무자보호를 넘어 (일반적 신뢰를 보호하는 대항요건으로서) 우선권보전의 성질도 가지고 있다는 결론을 피할 수 없다. 그러나 우선권보전설을 우리 민법의 해석으로 채택할 수 없음은 이미 지적하였다(앞의 III. 1.).

113) 郭潤直 編輯代表, 『民法注解[XVII]』, 2005, 244-245면(梁彰洙). 그 밖에 金亨培, 『事務管理·不當利得』, 2003, 170-171면도 참조(“침해부당이득에 있어서 손실은 침해자가 얻은

라서 저당권자의 물상대위권에 대한 침해로 이익을 받은 설정자는 저당권자가 여전히 채무자에 대하여 채권을 보유하고 있더라도 부당이득반환의무를 부담한다. 저당권자가 여전히 채권자라는 이유로 손실이 없다고 하여 부당이득을 부정하는 결론은 타당하지 않다.

오히려 보다 정확하게 말한다면 저당권자가 채무자에 대하여 피담보채권을 보유하고 있다는 사정이야 말로 물상대위권에 기한 부당이득반환을 할 수 있는 필요조건이다. 만일 다른 사정으로 피담보채권이 존재하지 않게 되었다면, 저당권의 부종성에 의하여 저당권자는 더 이상 물상대위권 및 그에 기한 부당이득반환청구권을 행사할 수 없을 것이기 때문이다(제369조). 그러므로 설령 부당이득이 성립하려면 손실과 수익의 존재 및 그 사이의 사회관념상 인과관계가 요구된다는 종래의 공평설적 입장을 취한다고 하여도, 이 사안에서 부당이득을 인정하는 결론에는 차이가 없다. 저당권자는 피담보채권과 아울러 이를 담보하는 우선변제적 지위를 물상대위에 의하여 보유하고 있었다. 후자의 지위는 재산적 의의를 가지고 있는 담보권으로, 만일 설정자가 제3채무자로부터 변제를 받아 저당권자에 대한 관계에서 물상대위권을 소멸시켰다면 우선변제권에 상응하는 재산적 이익이 저당권자로부터 설정자에게 직접 이동한 것이다. 여기서 저당권자의 ‘손실’을 부정하기는 어렵다. 저당권자가 여전히 채권자로서 채무자에 대하여 채권을 보유하고 하더라도, 저당권자가 채권에 추가하여 가지고 있던 재산적 이익(담보권자의 지위)이 박탈되었다는 사정에는 아무런 영향이 없다. 이는 부당배당의 사례와 비교해 보면 명백하다. 판례에 의하면 배당을 받아야 할 자가 배당을 받지 못하고 배당을 받지 못할 자가 배당을 받은 경우에는 배당에 관하여 이익을 한 여부 또는 형식상 배당절차가 확정되었는

---

부당한 이득에 대한 상대적 개념”). 이는 20세기 중반 이후 독일의 일치된 견해이며 (Reuter/Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 1983, S. 237ff.), 일본의 통설화하고 있는 유력설이기도 하다. 예컨대 四宮和夫, *事務管理·不當利得·不法行爲*, 上卷, 1981, 62-63면, 184면(재산적 이익의 이동이라는 요건은 “원고의 권리의 할당내용에 반하여 피고가 수익하였다는 것에 그친다”); 廣中 (주 111), 401-402면(“손실이라는 요건은 無用하다. 수익과 손실이라는 것은 ‘법률상 원인 없이’ 수익한다는 하나의 社會事象의 兩端에 지나지 않는다”); 內田貴, *民法 II: 債權各論*, 第2版, 2007, 535면(“많은 경우 ‘손실’ 요건은 엄밀하게는 불필요하다고 하여야 할 것이다”); 大村敦志, *基本民法 II: 債權各論*, 第2版, 2005, 303면; 加藤雅信, *事務管理·不當利得·不法行爲*, 第2版, 2005, 32면; 潮見佳男, *債權各論 I*, 2005, 271면; 藤原正則, *不當利得法*, 2002, 205면 등.

가의 여부에 관계없이 배당을 받지 못한 우선채권자는 부당이득반환청구권이 있다고 하며,<sup>114)</sup> 그래서 예컨대 저당권자가 부당하게 배당을 받지 못한 경우 배당을 받은 후순위채권자에게 부당이득반환을 청구할 수 있다고 한다.<sup>115)</sup> 여기서 선순위인 저당권자는 우선변제권의 침해라는 사정만으로 부당이득반환청구권을 가지는 것으로, 채무자에 대하여 여전히 채권을 보유하고 있다는 사정으로부터 부당이득을 부정하는 결론은 도출되고 있지 않다. 이는 당연한 것이다. 부당배당을 주장하기 위해서는 저당권자는 부중성에 기하여 당연히 채권을 보유하고 있어야 하기 때문이다(제369조). 따라서 마찬가지로 제3채무자의 설정자에 대한 변제가 있는 경우 물상대위권을 가진 저당권자가 여전히 채권을 보유하고 있다는 사정은 (손실이 없다는 이유로) 부당이득의 성립을 부정할 사유가 아니라 오히려 (부중성의 관점에서) 부당이득반환청구의 당연한 전제조건이다. 설정자는 저당권자의 우선변제적 지위를 침해하여 법률상 원인 없이 이익을 받은 이상 이를 반환할 의무가 있다.

(c) 그리고 설정자로서는 이러한 부당이득반환을 거부할 만한 이해관계가 없다. 앞서 살펴본 바와 같이(III. 1. (1) (b)), 그는 문제가 되는 가치만큼을 저당권자에게 담보로 제공하여 그것을 상실할 것을 감수하였음에도 불구하고 담보물의 멸실이라는 우연한 사정에 의하여 그러한 가치를 다시 자신의 재산으로 환수한 것이므로, 그 가치를 다시 부당이득으로 저당권자에게 반환하는 것은 담보제공에 내재한 위험이 실현한 것으로 설정자의 이해관계를 해하지 않는다. 그가 채무자라면 채무에서 벗어나게 될 것이고, 물상보증인이라면 담보제공시 감수한 대로 채무자에 대하여 구상을 함으로써 손실을 전보해야 할 것이다.

물론 생각할 수 있는 설정자의 불이익이 아예 없다고 할 수는 없다. 무엇보다 그는 원래 저당권설정으로 특정 재산에 대한 유한책임만을 부담하였으나, 이제 채무를 부담하여 인적인 책임을 부담한다는 점에서 변화가 있다. 그러나 경제적인 관점에서 그의 재산에 대한 효과는 차이가 없으며, 그 한도에서 설정자의 채권자들에 대해서도 특별한 불이익이 있다고 하기 어렵다. 특히 부당이득을 부정할 때 저당권자가 직면하게 될 불이익(담보의 상실)과 비교하면 설정자의 불이익은 우선적으로 고려하기 어렵다. 그러한 의미에서 大判 1975.4.8. (앞의 I. 2. (2) (a))의 결론은 타당하다고 생각된다.

114) 예컨대 大判 1988.11.8., 86다카2949, 공보 1988, 1522 등.

115) 大判 1977.2.22., 76다2894, 공보 1977, 9940.

(2) 양수인 또는 전부채권자에 대한 부당이득반환청구

(a) 설정자로부터 대위목적채권을 양도받은 양수인이나 전부받은 전부채권자가 제3채무자로부터 변제를 받은 때에도 마찬가지로의 결론이 타당하다. 설정자가 보유하던 채권은 물상대위권의 부담을 안고 있는 채권이므로(앞의 III. 1. (4) (b) 참조), 전부채권자나 양수인은 그러한 물상대위권의 부담을 안고 있는 채권을 취득한 것이다. 이는 채권자의 지위가 설정자에서 양수인 또는 전부채권자에 이전한 것에 불과하여, 법률관계의 기본구조로 볼 때 설정자에 대하여 변제가 이루어진 사안과 다르지 않다. 즉 설정자에 대한 변제가 이루어진 사안에 부당이득이 인정되어야 한다면, 양수인이나 전부채권자에게 변제가 이루어진 사안에서도 부당이득이 인정되어야 한다. 양수인 또는 전부채권자는 저당권자에 대한 관계에서 유효한 변제를 수령함으로써 그의 물상대위권의 할당내용을 침해하는 것이고, 이를 정당화할 만한 법률상 원인이 없으므로 저당권자에게 침해이득반환의 의무가 있다. 물상대위권자의 압류가 없었다는 사정은 제3채무자의 이중 변제 위험이 발생하지 않는 한 물상대위권의 추급효에 영향을 주지 않는다.

(b) 물론 이익상황은 설정자에 대하여 변제가 있었던 경우와 다르다. 그러나 앞서도 살펴본 바와 같이(III. 1. (1) (c)), 대위목적채권이 체현하고 있는 가치는 저당권설정에 의하여 원래 처분가능재산이나 책임재산으로부터 제외되어 있었던 가치이다. 이제 저당물의 멸실이라는 우연한 사정에 의하여 제3자가 대위목적채권을 양수하거나 공취할 수 있게 되는 결과는 오히려 그에게 望外の 利益을 가져다주는 것이며, 담보의 상실에 직면한 저당권자의 이해에 비추어볼 때 수용할 수 없다. 특히 일반채권자의 지위에 있어 채무자의 무자력 위험을 감수해야 하는 전부채권자가 물적 담보를 확보하였던 저당권자보다 우선하여 저당권자에게 귀속되어야 하는 책임재산을 획득하는 결과는 이해하기 어렵다.

물론 채권을 양수하기 위하여 설정자에게 지급한 대가나 채권을 전부받기 위하여 지출한 비용 등에 관하여 그들의 신뢰를 보호해야 할 이해관계는 분명 존재하지만, 이와 관련해서는 그들은 제3채무자에 대한 탐문 및 등기부의 열람에 의하여 스스로의 이익을 보전해야 한다(앞의 III. 1. (2) (b) 참조). 이러한 공시가능성을 활용하지 않은 제3자의 이해관계가 담보의 상실에 직면한 저당권자의 이해관계보다 우월한 것으로 고려되어야 할 것이라고는 생각되지 않는다. 게다가 공신의 원칙이 적용되지 아니하는 채권의 양수·전부에 있어 채권의

부존재로 인하여 양도행위나 전부명령이 효력을 가지지 못하게 될 위험은 일정하게 상존하는 위험이며, 더 나아가 양수인이나 전부채권자는 제3채무자의 무자력 위험도 감수하였다는 사정도 상기할 필요가 있다.

(c) 이러한 결론은 물상대위권이 일종의 채권질권적 담보권이라는 것을 상기할 때 보다 쉽게 이해될 수 있다(앞의 III. 1. (4) (b), III. 2. (1) (a) 참조). 예를 들어 질권이 설정된 채권이 압류된 사안을 상정해 보도록 한다. 여기서 이후 전부명령이 있더라도 전부채권자는 질권의 부담이 있는 채권을 취득하는 것에 불과하여, 질권자의 추심권(제353조)에는 영향이 없다. 그러나 그러한 경우에도 제3채무자는 전부채권자를 진실한 채권자로 오인하여 변제할 가능성도 존재하고, 그러한 경우 제3채무자가 선의·무과실인 경우 전부채권자는 채권의 준점유자에 준하여 유효하게 변제를 수령할 수 있다(제470조의 유추).<sup>116)</sup> 그러한 경우 질권자가 변제를 수령한 전부채권자에게 부당이득반환을 청구하는 결론에 대하여 의문을 제기할 수는 없을 것이다. 그렇다면 물상대위권의 부담을 안고 있는 채권을 전부받아 변제를 받았고 이로써 물상대위권을 소멸시킨 전부채권자의 지위를 달리 볼 이유는 찾아볼 수 없다. 어느 경우나 전부채권자는 담보권자의 우선변제적 지위를 침해하여 이익을 받은 것이고, 제3채무자에 대한 탐문으로 위험을 예방할 수 있었던 한에서 신뢰보호를 주장할 수도 없다. 두 경우 모두 법률적 구조는 동일하며, 이를 달리 취급해서는 안 될 것이다.

그러므로 물상대위권의 법적 구조나 이익상황에 비추어 볼 때 변제를 수령한 양수인이나 전부채권자에 대한 저당권자의 침해이득반환청구는 인정하는 것이 타당하다. 이러한 결론은 제3채무자보호설(또는 이와 결론을 같이 하는 특정성유지설)을 기초로 할 때 무리 없이 정당화된다.

116) 일본 최고재판소는 채권의 이중양도의 경우 열후양수인도 채권의 준점유자가 될 수 있다고 하며(日最判 1986.4.11., 民集 40-3, 558), 학설도 이를 지지한다(中田裕康, 債權總論, 2008, 309면; 內田 (주 28), 43면 등). 그렇다면 전부채권자로서는 채권의 준점유자로 평가될 가능성이 보다 더 높다고 하겠다. 질권이 설정된 채권에 압류가 있는 경우 추심권에 영향이 없더라도 사실상 추심에 방해받을 수 있다는 이유로 질권자에게 제3자이의의 소를 인정하는 집행법상의 통설적 입장(中野貞一郎, 民事執行法, 增補新訂五版, 2006, 297면; 石川明·小島武司·佐藤歳二 編, 注解 民事執行法[上卷], 1991, 407면(伊藤眞))도 이러한 결론을 뒷받침한다.

(d) 이에 대하여 저당권자는 반드시 물상대위권을 행사한다고는 할 수 없기 때문에 그럼에도 불구하고 변제를 수령한 제3자의 부당이득반환의무를 인정한다면 그를 부당하게 불안정한 지위에 두게 된다는 이유로 반대하는 견해도 있다.<sup>117)</sup> 그러나 이는 설득력 있는 반론이라고 하기 어렵다. 우선 이러한 반론은 물상대위의 존재를 알 수 있는 가능성이 존재하지 않은 채로 채권을 양수·전부받고 만족을 받은 제3자에 대해서는 타당한 점이 있을 것이다. 제3자가 중구적인 만족을 받았다고 생각하면서 상당한 시간이 지나간 다음 부당이득의 청구를 받는다면 실제로 양도인이나 집행채권자에 대한 관계에서 중대한 불이익을 당할 수도 있기 때문이다. 그러나 물상대위가 등기 및 제3채무자의 인식에 의해서 공시된다고 보아야 하는 우리 민법(이점에서 선취특권의 물상대위도 알고 있는 일본 민법과 다르다)에서 양수인이나 전부채권자는 물상대위권의 존재를 알지 못했다는 사정으로부터 발생하는 불이익을 스스로 감수해야 한다(앞의 III. 1. (2) (b) 참조).

그리고 이러한 전제에 선다면 저당권자가 물상대위권을 행사할 것인지 여부가 불확실하다는 이유로 반환을 거절하는 것은 납득하기 어렵다. 일단 물상대위권을 소멸시키는 변제수령이 있는 이상 저당권자의 물상대위권 행사여부와 상관없이 이미 할당내용침해를 이유로 하는 부당이득반환청구권은 성립한다. 침해부당이득의 법리상 물상대위 행사여부와 부당이득의 성부는 무관하다. 여기서 부당이득반환청구권을 가지는 저당권자가 이를 행사할 것인지 여부로부터 발생하는 불안정에 대하여 양수인이나 전부채권자가 보호받을 이유는 없다. 원래 상대방으로부터 청구를 받을 것인지 여부에 대한 불안정은 모든 채무자에게 존재하는 것으로 물상대위의 사안에서만 유독 특별히 나타나는 것은 아니며, 따라서 여기서 양수인이나 전부채권자를 특별히 보호할 이유는 찾을 수 없다. 그러한 불안정을 회피하고 싶은 채무자는 변제의 제공을 함으로써 모든 불안정에서 벗어나며(제460조, 제461조, 제400조 이하), 여기서도 다르지 않다.<sup>118)</sup> 담보를 실현하여 거래관계를 청산하고자 하는 저당권자는 이를 수령할 것이고, 반대로 다른 담보를 확보하여 거래관계를 지속하고 이자를 수취하려는 저당권자는 이를 거절함으로써 물상대위의 이익을 포기할 것이다. 양수인이나

117) 道垣內 (주 28), 151면.

118) 이 점에서 물상대위권 행사여부에 따라 이중변제위험을 부담하게 되는 제3채무자의 지위와 비교할 수 없다(앞의 III. 1. (3) 참조).

전부채권자로서는 신속하게 저당권자에게 의사를 탐문함에 의하여 이후 설정자에 대한 자신의 권리를 효과적으로 확보할 수 있다. 그들에게 수동적으로 머무를 권리를 인정하기 위하여 저당권자를 무담보의 채권자로 하는 것이 타당한 것인지는 의문이다.

### (3) 배당요구 종기까지 배당요구하지 않은 저당권자의 부당이득반환청구

(a) 그런데 대법원이 물상대위권자의 추급을 부정하는 사안유형이 존재한다. 이에 의하면 저당권자는 대위목적채권에 관한 강제집행절차가 진행 중인 때에는 배당요구의 종기에 이르기 전에는 여전히 채권을 압류하거나 배당을 요구하여 우선변제를 받을 수 있지만, 민사집행법 제273조, 제247조의 취지에 비추어 배당요구 종기 이후에는 대위목적채권을 압류하여 전부받을 수도 없고 배당요구를 할 수 없어 더 이상 물상대위권을 행사할 수 없다고 한다(주 5, 주 106에 인용된 재판례 참조). 요컨대 대위목적채권에 대한 강제집행절차가 진행하는 때에는 물상대위권자는 배당요구 종기까지 압류 또는 배당요구를 하여야 하며, 그 이후에는 저당권자는 물상대위에 기한 일체의 권리를 상실한다는 취지이다. 대법원에 의하면 “물상대위권자로서의 권리행사의 방법과 시한을 위와 같이 제한하는 취지는 물상대위의 목적인 채권의 특정성을 유지하여 그 효력을 보전하고 평등배당을 기대한 다른 일반 채권자의 신뢰를 보호하는 등 제3자에게 불측의 손해를 입히지 아니함과 동시에 집행절차의 안정과 신속을 꾀하고자 함에 있다.”<sup>119)</sup> 즉 일반채권자의 신뢰보호와 집행절차의 안정·신속이 배당요구 종기를 도과한 물상대위권 실효의 근거가 된다.

그리고 이러한 법리를 전제로 하여 大判 2002.10.11. (앞의 I. 2. (2) (b) 참조)은 “저당권자가 물상대위권의 행사에 나아가지 아니하여 우선변제권을 상실한 이상 다른 채권자가 그 보상금 또는 이에 관한 변제공탁금으로부터 이득을 얻었다고 하더라도 저당권자는 이를 부당이득으로서 반환청구할 수 없다”고 하여 저당권자의 물상대위에 기한 부당이득반환청구도 부정한다.<sup>120)</sup> 이는 부동산집

<sup>119)</sup> 大判 2000.5.12., 2000다4272, 공보 2000, 1414. 大判 1999.5.14., 98다62688, 공보 1999, 1159도 참조.

<sup>120)</sup> 물론 이 사건에서는 국세징수법 제41조에 따른 추심이 문제되었으나, 법적인 구조에 있어 강제집행에 따른 추심이 이루어진 경우와 다르지 않다고 할 것이다. 大判 1985.4.9., 82다카449, 집 33-1, 140(“국세징수법에 의한 채권압류는 강제집행에 의한 경우와 같이 그 압류의 결과 피압류채권에 관해서 변제, 추심 등 일체의 처분행위를

행의 경우 당연히 배당받을 채권자가 아닌 한 우선변제권이 있음에도 배당요구 종기까지 배당을 요구하지 아니한 채권자는 배당을 받은 다른 채권자들에게 부당이득반환을 청구할 수 없다는 일련의 판례<sup>121)</sup>와 결론을 같이 한다.

(b) 우선 배당요구 종기 이후에 저당권자의 물상대위에 기한 권리를 실효시키는 판례의 논거에는 일관성이라는 관점에서 의문이 있다. 대법원은 일반채권자의 신뢰보호와 집행절차의 안정·신속이라는 두 가지 이유로 대위목적채권이 강제집행에 의하여 추심되는 경우 배당요구 종기까지 물상대위권 행사가 있을 것을 요구한다. 그런데 대법원은 대위목적채권이 강제집행에 의하여 추심되는 것이 아니라 전부되는 경우에는 전부채권자의 신뢰라든가 절차의 안정성을 고려함 없이 물상대위권자에게 압류에 의하여 환가할 가능성을 인정하고 있다(주 105의 판례 참조). 결국 대법원은 대위목적채권에 대한 강제집행이 진행되는 경우, 전부명령에 의한 현금화가 행해질 때에는 물상대위권은 절차의 종료와 무관하게 존속하여 이후에도 전부채권자에 대하여 추급할 수 있는 것으로 취급하면서도, 반면에 추심명령에 의한 현금화가 행해질 때에는 배당요구의 종기의 도과로 물상대위권은 절대적으로 소멸하여 추급은 가능하지 않은 것으로 취급하는 것이다. 여기서 채권자의 신뢰 및 절차의 안정성이라는 근거가 왜 후자의 경우에는 타당하지만 전자의 경우에는 타당하지 아니한지는 이해하기 어렵다. 모두 민사집행법이 예정한 선택적 절차에 따라 채권이 현금화됨에도 불구하고, 어느 하나의 경우에는 물상대위권의 추급이 인정되지만 다른 하나의 경우에는 물상대위권은 소멸하는 결과가 발생하는 것이다.

물론 채권이 강제집행에 의하여 추심되는 경우에는 상대적으로 다수의 채권자가 배당을 요구함으로써 이해관계가 보다 복잡하고 절차의 안정성이 보다 요청된다고 생각할 여지도 없지는 않다. 그러나 이 경우에도 배당을 요구하는 일반채권자들이 채무자의 책임재산으로부터 원래는 배제되어 있었던 가치로부터 만족을 받게 되어 望外の 利益을 받는다는 점은 전부채권자와 다르지 않다. 그리고 물상대위권의 추급을 인정할 때 다수의 일반채권자들이 입은 불이익들

---

금지하는 효력이 있기는 하나 채납자에 대신하여 추심권을 취득함에 불과한 것”); 1988.4.12., 86다카2476, 집 36-1, 148 등 참조.

121) 大判 1996.12.20., 95다28304, 공보 1997, 342; 1997.2.25., 96다10263, 공보 1997, 865; 1998.10.13., 98다12379, 공보 1998, 2660; 2002.1.22., 2001다70702, 공보 2002, 540 등.

을 합하면 이는 양적으로 결국 전부채권자가 입은 불이익과 대체로 동일하며, 이 점에서 배당을 받은 일반채권자들의 신뢰보호와 전부채권자의 신뢰보호는 질적으로 구별되지 아니한다. 이러한 사정들을 고려할 때 전부채권자의 절차에 대한 신뢰가 보호되지 않는다면, 어떠한 근거에서 다른 일반채권자들의 절차에 대한 신뢰가 보호되어야 하는지 쉽게 납득하기는 어려운 것이다. 그리고 무엇보다도 다른 일반채권자의 배당요구가 없더라도 집행채권자는 반드시 전부명령을 선택할 필요는 없고 자신의 합목적적인 고려에 따라 추심명령을 선택할 수도 있는 것인데, 이 때 집행채권자의 선택에 따라 물상대위권의 추급여부가 달라진다는 결론은 설득력이 있다고 할 수 없다.

따라서 강제집행 절차의 안정을 이유로 배당요구 종기 이후의 물상대위권 행사를 배제하는 판례에는 동의하기 어렵다.

(c) 물론 채권이 추심되는 사안은 그 현금화의 방법에서 채권이 전부되는 사안과 차이가 있으므로, 배당요구의 종기는 물상대위권의 행사와 관련하여 중요한 계기를 구성한다. 민사집행법은 배당요구 종기로 세 가지의 시점을 채택하고 있는데, 이는 제3채무자가 집행공탁의 신고를 한 때, 추심채권자가 추심의 신고를 한 때, 집행관이 현금화한 금전을 법원에 제출한 때이다(동법 제247조 제1항). 이들 시점은 모두 제3채무자가 (넓은 의미에서) 자신의 채무를 이행함으로써 채무의 목적인 금전 등이 배당을 위하여 제공되는 시점을 지시한다. 따라서 제342조 단서가 압류를 요구하는 취지에 따른다면 배당요구의 종기는 강제집행절차에서 제3채무자가 물상대위권의 행사가 있기 전에 채무를 변제함으로써 면책이 되는 시점을 의미하며, 이는 제342조 단서가 말하는 “지급 또는 인도”에 해당한다고 해석된다.

즉 배당요구의 종기가 도과하였다는 사정은 제3채무자가 설정자에 대하여 자신의 급부를 “지급 또는 인도”하였다는 것을 의미하고, 이로써 저당권자는 더 이상 제3채무자를 상대로 물상대위권을 행사할 수는 없다고 해야 한다. 우선 저당권자는 대위목적채권을 압류한 다음 전부받는 방법으로 물상대위권을 행사할 수 없다. 제3채무자는 배당요구 종기 이후에는 설정자에게 “지급 또는 인도”한 것으로 평가되어 저당권자에 대한 관계에서 면책되기 때문이다(앞의 III. 1. (3) 참조). 더 나아가 저당권자는 배당요구를 할 수 없으므로 배당을 받아 만족을 받을 가능성도 없다. 따라서 배당요구의 종기가 도과하면 저당권자는 더 이상 물상대위권을 행사할 수 없다. 이러한 결론을 지지하는 한에서 대

법원의 판례는 타당하다.

(d) 배당요구의 중기가 도과하면 저당권자는 물상대위권을 행사할 수 없으므로 이후의 배당절차를 저지할 수 없다. 그 다음에 제기되는 문제는 저당권자는 배당을 받은 채권자들을 상대로 부당이득의 반환을 청구할 수 있을 것인지 여부이다.

법적인 구조나 이익상황에 비추어보면 이는 양수인 또는 전부채권자가 제3채무자로부터 변제를 받은 사안과 다르지 않다(앞의 III. 2. (2)). 즉 만족을 받은 채권자들은 우선권자가 배제된 배당에 의하여 물상대위권의 할당내용을 침해하는 것이다. 그리고 그들은 우연한 사정에 의하여 원래 자신의 책임재산이 아닌 재산으로부터 만족을 받았으나 이로써 저당권자는 담보의 상실이라는 위험에 직면한다는 사정, 특히 일반채권자는 원래 채무자의 무자력 위험을 감수하였음에도 불구하고 담보를 확보하였던 저당권자의 불이익으로 만족을 받게 된다는 사정 등도 마찬가지이다.

따라서 문제는 채권자들이 배당절차로부터 만족을 받았다는 사실이 법률상 원인이 되어 부당이득을 배제할 수 있는지 여부이다. 판례는 부동산집행의 경우 당연히 배당에 참가하는 채권자가 아니라면 우선변제권(임금채권, 주택임대차 보증금반환채권 등)이 있더라도 배당요구를 한 채권자만이 배당에서 제외되었음을 이유로 부당이득반환을 청구할 수 있고, 배당요구가 없었다면 부당이득은 인정되지 않는다고 한다(주 121의 판례 참조). 이는 배당절차로부터 만족을 받았다는 사정에 의하여 법률상 원인이 존재하는 것으로 평가하는 것으로, 기본적으로 우선변제권도 배당절차를 통하여 실현되는 것이므로 권리행사를 보장하는 집행절차가 종료한 이후에는 법적 안정성을 위하여 우선변제권을 이유로 하는 부당이득반환은 허용되어서는 안 된다는 것을 이유로 한다.<sup>122)</sup>

이러한 판례의 정당성을 여기서 세부적으로 평가할 수는 없는 없을 것이다.<sup>123)</sup> 그러나 이를 타당한 것으로 전제하더라도 물상대위권자의 배당을 받은

122) 우선 徐基錫, “配當節次 終了 後 債權者의 不當利得返還請求”, **대법원판례해설**, 제27호, 1996, 163면 이하; 金賢錫, “不動産 競賣節次에서 配當要求를 하지 아니한 賃金債權者의 地位”, **民事判例研究**[XX], 1985, 241면 이하 등 참조.

123) 우리나라와 일본의 경우 배당요구를 하지 않은 채권자나 배당이의를 하지 않은 채권자의 부당이득반환청구에 대하여 권리행사 기회를 보장하는 절차의 법적 안정성을 중시하여 부정적인 입장을 보이는 견해가 많다(가령 徐基錫(주 122); 金賢錫(주 122) 등의 서술 및 인용문헌 참조). 그러나 예컨대 독일의 경우 집행절차의 종료를 이유로

채권자에 대한 부당이득반환을 부정하는 근거로 원용하기에는 충분하지 않다. 앞서 지적한 바와 같이(III. 2. (3) (b)), 대법원은 전부명령에 의하여 만족을 받은 채권자에 대하여 절차의 안정에 대한 신뢰를 보호하지 아니하고 저당권자의 추급을 인정한다. 즉 판례 스스로 채권집행의 현금화 방법의 하나에 대하여 절차의 종료 후에도 법적 안정성 내지 집행채권자의 신뢰보호를 고려하지 아니하고 물상대위권자의 이익을 우선한다. 그렇다면 채권이 추심·배당되는 경우에 물상대위권자의 이익을 후퇴시킬 이유는 무엇인지 쉽게 납득할 수 없다. 특히 전부명령의 경우에는 적극적으로 압류를 하고 채권을 전부받은 집행채권자조차도 물상대위에 우선할 수 없는데(그리고 정당한 해석에 의하면 변제수령 후 부당이득반환의무가 있는데), 채권이 추심된 경우 배당요구에 의하여 배당 절차에 참가하여 만족을 받은 일반채권자가 신뢰 내지 절차의 안정을 이유로 하는 보호를 주장할 수 있다는 결론은 일관성이 있다고 보기 어려운 것이다.

대법원에 따르면 물상대위의 효력이 미치는 채권에 대해서는 전부명령이 있더라도 효력이 없고, 그 결과 이후 물상대위권자의 추급을 저지할 수 없다. 그렇다면 원래는 같은 결과가 채권이 추심되는 경우에도 타당해야 하고, 따라서

---

하는 법적 안정성이라는 논거는 거의 고려되지 아니한다. 독일에서 이러한 문제는 주로 동산의 비점유질권과 관련하여 제기된다. 이 경우 집행목적물에 우선변제권 있는 자는 일차적으로 우선변제의 소(獨民訴 제805조)를 제기하여 만족을 받아야 하는데, 이 소가 제기되지 않은 경우에도 우선변제권자는 부당이득법과 불법행위법에 따라 권리를 행사할 수 있다(Rosenberg/Gaul/Schilken, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 11. Aufl., 1997, S. 706; Gerlach (주 62), S. 36). 채권집행에서 집행목적인 채권에 우선권자가 존재하는 경우 부당이득반환에 대해서는 이미 서술하였다(앞의 II. 2. (3) 후반부). 다만 부동산집행의 경우에는 등기부에 현출하지 아니하는 채권자는 자신의 권리를 신청해야만 배당 절차에서 고려되며, 신청하지 아니하거나 기한 이후에 신청하면 실체법적으로도 순위를 상실한다(독일 강제경매 및 강제관리에 관한 법률[ZVG] 제110조). 이러한 순위상실은 실체법적인 효력도 가지므로 이후 부당이득 등의 청구도 배제된다고 해석되어 있다(Eickmann, *Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht*, 2. Aufl., 2004, S. 253 참조). 그러나 주의할 것은 독일의 경우 부동산집행에서 채권신청(우리의 배당요구)이 필요한 비공시 우선특권은 거의 존재하지 않으며, 따라서 우리 법제에서와 같은 문제는 발생할 여지가 없다(Bötticher, *Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung*, 3. Aufl., 2000, § 114 Rn. 17ff. 이하의 고려되는 권리 목록을 참조하라; 예컨대 임금채권은 기본적으로 도산채권이며, 다만 도산절차 개시 3개월 전의 임금채권에 대해서는 노동청(Arbeitsamt)이 이를 보장한다, Hanau/Adomeit, *Arbeitsrecht*, 14. Aufl., 2007, Rn. 876f.). 이러한 비교에서 나타나는 바와 같이, 절차적 관점에서 본 법적 안정성이라는 논거가 당연한 설득력을 가지고 있는 것은 아니다. 이후 추가적인 연구가 필요하다고 생각된다.

추심명령 자체는 물상대위권에 아무런 영향이 없어야 한다. 다만 추심에 의하여 발생된 결과가 제3채무자의 보호를 위하여 물상대위권의 소멸을 발생시킨다는 점 때문에(제342조 단서) 저당권자는 더 이상 물상대위를 행사할 수 없을 뿐이다. 그렇다면 배당요구의 종기가 초과되었다는 사정이 물상대위권에 기한 부당이득반환을 배제한다고 단정할 수는 없을 것이다. 임금채권이나 보증금반환채권의 경우 이들은 오로지 배당절차에서 배당요구에 의해서 우선변제를 받을 수 있는 권리로서, 절차가 부여하는 배당요구를 하지 않는 한 실권하였다고 볼 여지가 있을지도 모른다. 그러나 물상대위권은 원래 등기된 저당권을 기초로 하는 우선변제권으로 만족방법도 원래 배당요구에 한정되지 아니하고, 오히려 압류·전부명령에 의한 환가도 할 수 있는 물권적 지위이다. 그리고 이러한 할당내용에 기하여 물상대위를 하는 저당권자는 다른 채권자의 전부명령의 효력도 좌절시킬 수 있다. 이러한 물상대위권이 배당요구의 종기를 초과한 때 소멸하는 이유는 (전부명령이 있었던 사안과 비교할 때) 집행절차에 의하여 권리가 소멸한다는 사정에 의한 것이라기보다는, 배당요구 종기의 초과가 “지급 또는 인도”(제342조 단서)에 준하는 사정이기 때문이다. 그렇다면 종래 임금채권이나 보증금반환채권 등을 전제로 하여 형성된 판례가 저당권의 물상대위에 대하여 그대로 타당하다고 말할 수는 없다.

그렇다면 물상대위권자의 배당요구 없이 집행절차가 종료하였다는 사정이 배당을 받은 채권자에게 법률상 원인을 제공한다고 말할 수는 없다고 할 것이다. 즉 그러한 경우 제3채무자의 신뢰보호 때문에 저당권자는 더 이상 물상대위권을 행사할 수는 없지만(제342조 단서), 이로써 그의 담보권은 제3채무자에 대한 관계에서만 실효한다. 대위목적채권이 추심되어 그로부터 만족을 받은 일반채권자들은 이익상황에 있어서 양수인이나 전부채권자와 달리 취급할 이유가 없다(앞의 III. 2. (2) 및 III. 2. (3) (b) 참조). 따라서 저당권자는 물상대위권의 침해를 이유로 배당을 받은 채권자들에 대하여 부당이득을 청구할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다고 생각된다.<sup>124)</sup> 이 점에서 大判 2002.10.11.의 결론

124) 본문과 같이 해석한다면 물상대위권자의 지위는 판례가 말하는 배당요구가 필요 없는 우선변제권자(예컨대 저당권자)와 배당요구가 필요한 우선변제권자(예컨대 임금채권자, 주택임차인)의 중간유형에 해당한다. 즉 배당절차에서 우선변제를 받기 위해서는 배당요구가 필요하다는 점에서 후자와 같지만, 우선변제 없이 절차가 종료한 경우 부당이득을 청구할 수 있다는 점에서는 전자와 같다. 이는 물상대위권자의 지위가 일종의 담보권으로 추급력 등 대세적 효력이 있어 법정책상의 우선특권이 인정되는 일

에는 동의하기 어렵다.

#### IV. 결론

이상의 내용을 요약하면 다음과 같다.

1. 저당권자의 물상대위에 의하여 저당권의 효력은 당연히 그 목적이 되는 채권에 미친다. 다만 제3채무자는 물상대위권의 행사여부에 대하여 불안정한 지위에 있으므로, 민법은 그의 보호를 위하여 언제든지 설정자에게 “지급 또는 인도”를 함으로써 저당권자의 관계에서 면책이 되도록 정한다. 그 결과 저당권자는 제3채무자의 적법한 변제가 있을 때까지만 물상대위권을 행사할 수 있다. 반면 제3채무자의 “지급 또는 인도”가 있기 전에는 저당권자는 채권이 양수되거나 전부된 경우에도 물상대위권을 행사할 수 있다. 양수인이나 전부채권자는 제3채무자에 대한 탐문 및 등기부를 기준으로 물상대위의 존재를 인식할 것이 기대된다.

2. 저당권자는 대위목적채권을 압류하여 전부명령을 받거나, 배당요구 종기까지 배당을 요구함으로써 물상대위권을 행사한다. 전자의 경우 당연히 저당권자의 압류가 요구되지만, 후자의 경우에는 반드시 스스로 압류할 필요는 없으며 배당요구만으로 충분하다.

3. 저당권자의 물상대위에 기한 지위는 독자적인 환가방법을 가진 채권질권이다. 따라서 제3채무자의 변제가 있는 경우, 수령자는 물상대위권의 할당내용을 침해하는 방법으로 이익을 얻은 것이고, 법률상 원인이 없는 한 부당이득반환의 의무가 있다. 따라서 저당권자는 변제를 수령한 설정자, 양수인, 전부채권자에 대하여 부당이득의 반환을 구할 수 있다. 이는 대위목적채권으로부터 배당을 받은 일반채권자에 대해서도 마찬가지이다.

---

반채권(후자)보다는 강하지만, 원래의 저당권(전자)보다는 약한 효력을 가지고 있다는 사실(지급 또는 인도가 있으면 만족이 없어도 우선변제권 자체는 소멸)에 부합한다.

[후기]

원고를 마무리하고 투고한 이후 선고된 大判 2009.5.14., 2008다17656에서 대법원은 본고에서 취급한 문제를 다시 판단하였다. 저당부동산이 제3취득자에게 이전된 후 수용되었으나 물상대위권자가 압류하기 전에 변제가 이루어진 사안이 문제되었으므로, 설정자에 대하여 변제가 행해진 사안유형에 해당한다(III. 2. (1)). 대법원은 종래의 판례를 유지하면서 다음과 같이 판시하였다.

“저당권자(질권자를 포함한다)는 저당권(질권을 포함한다)의 목적이 된 물건의 멸실, 훼손 또는 공용징수로 인하여 저당목적물의 소유자가 받을 저당목적물에 갈음하는 금전 기타 물건에 대하여 물상대위권을 행사할 수 있으나, 다만 그 지급 또는 인도 전에 이를 압류해야 하며(민법 제370조, 제342조), 저당권자가 위 금전 또는 물건의 인도청구권을 압류하기 전에 저당물의 소유자가 그 인도청구권에 기하여 금전 등을 수령한 경우에는 저당권자는 더 이상 물상대위권을 행사할 수 없게 된다. 이 경우 저당권자는 저당권의 채권최고액 범위 내에서 저당목적물의 교환가치를 지배하고 있다가 저당권을 상실하는 손해를 입게 되는 반면에, 저당목적물의 소유자는 저당권의 채권최고액 범위 내에서 저당권자에게 저당목적물의 교환가치를 양보해야 할 지위에 있다가 마치 그러한 저당권의 부담이 없었던 것과 같은 상태에서의 대가를 취득하게 되는 것이므로 그 수령한 금액 가운데 저당권의 채권최고액을 한도로 하는 피담보채권액의 범위 내에서는 이득을 얻게 된다 할 것이다. 저당목적물 소유자가 얻은 위와 같은 이익은 저당권자의 손실로 인한 것으로서 인과관계가 있을 뿐 아니라, 공평 관념에 위배되는 재산적 가치의 이동이 있는 경우 수익자로부터 그 이득을 되돌려 받아 손실자와의 사이에 재산상태의 조정을 피하는 부당이득제도의 목적에 비추어 보면 위와 같은 이익을 소유권자에게 종국적으로 귀속시키는 것은 저당권자에 대한 관계에서 공평의 관념에 위배되어 법률상 원인이 없다고 봄이 상당하므로, 저당목적물 소유자는 저당권자에게 이를 부당이득으로서 반환할 의무가 있다(대법원 1975.4.8. 선고 73다29 판결 참조).”

이 사건에서 원심은 대위목적채권에 대하여 강제집행이 이루어진 경우 배당요구를 하지 않은 물상대위권자에게 부당이득반환을 부정하던 판례(I. 2. (2) (b) 참조)를 원용하여 부당이득을 부정하였는데, 이에 대하여 대법원은 “원심이 원용한 대법원 2002.10.11. 선고 2002다33137 판결은 물상대위권자가 저당목적물의 변형물인 수용보상금채권의 배당절차에서 배당요구를 하지 아니하여 우선

변제권을 상실한 경우에는 같은 배당절차에서 배당을 받은 다른 채권자에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 없다는 것으로서, 이 사건과는 사안을 달리하여 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다”고 판시하고 있다. 이에 따르면 대법원은 배당요구를 하지 않은 물상대위권자에게 부당이득을 부정한 종래의 판례는 타당하다고 전제하면서, 다만 설정자에 대하여 변제가 있는 유형과는 사실관계가 구별되기 때문에 이 사건에서는 적용될 여지가 없다고 이해하는 것으로 보인다. 그러나 본문에서 서술한 바와 같이 배당요구를 하지 않은 물상대위권자에게도 부당이득반환을 인정하는 것이 타당하다고 생각된다(III. 2. (3) 참조). 이후 대법원이 이 문제에 대하여 재고할 것을 기대해 본다.

투고일 2009. 4. 29    심사완료일 2009. 6. 15    게재확정일 2009. 6. 16
-----------------------------------------------------------

## 참고문헌

### 1. 한국문헌

#### - 단행본

- 郭潤直, 物權法, 제7판, 2002.  
郭潤直 編輯代表, 民法注解[XVII], 2005.  
金曾漢·金學東, 物權法, 제9판, 1997.  
金亨培, 事務管理·不當利得, 2003.  
사법발전재단, 사법부의 어제와 오늘 그리고 내일(下), 2008.  
梁彰洙, 民法入門, 제5판, 2008.  
최수정, 채권양도론, 2007.

#### - 논문

- 姜東世, “抵當權의 物上代位”, 法曹, 제528호, 2000.  
高翔龍, “物上代位制度의 再檢討 小考”, 金洪奎 博士 華甲紀念 私法의 諸問題, 1992.  
金賢錫, “不動産 競賣節次에서 配當要求를 하지 아니한 賃金債權者의 地位”, 民事判例研究[XX], 1985.  
金顯泰, “民法(財産編)”, 서울대학교 法學研究所 判例回顧, 제4호, 1976.  
金炯錫, “強制履行 —특히 間接強制的 補充性을 중심으로—”, 서울대학교 法學, 제46권 제4호, 2005.  
裴成鎬, “物上代位와 押留”, 民事法學, 제21호, 2002.  
徐基錫, “配當節次 終了 後 債權者의 不當利得返還請求”, 대법원판례해설, 제27호, 1996.  
劉承政, “物上代位權의 行使”, 民事裁判의 諸問題, 제10권, 2000.  
李承翰, “物上代位에 있어서의 ‘支給 또는 引渡前 押留’에 관하여”, 民事判例研究 [XXII], 2000.  
이준현, “저당권의 物上代위와 채권양도·전부명령”, 比較私法, 제14권 제1호, 2007.

## 2. 서양문헌

### - 단행본

Aynès et Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, 2<sup>e</sup> éd., 2006.

Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Zivilgesetzbuch II, 2. Aufl., 2003.

Battis/Krautzberger/Löhr, *Baugesetzbuch*, 9. Aufl., 2005.

[Boissonnade], *Code civil de l'empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs*, tome 4, 1891.

Bötticher, *Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung*, 3. Aufl., 2000.

Cabrillac, Mouly, Cabrillac et Pétel, *Droit des sûretés*, 8<sup>e</sup> éd., 2007.

Donier et Donier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 7<sup>e</sup> éd., 2003.

Eickmann, *Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht*, 2. Aufl., 2004.

Ermann, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Band II, 12. Aufl., 2008.

Ferid/Sonnenberger, *Das französische Zivilrecht*, Band 2, 2. Aufl., 1986.

Gerlach, *Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und ungerechtfertigte Bereicherung*, 1986.

Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 2. Band, 1905.

Hanau/Adomeit, *Arbeitsrecht*, 14. Aufl., 2007.

Kostkiewicz/Schwander/Wolf, *Handkommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 2006.

Lambert-Faivre et Leveneur, *Droit des assurances*, 12<sup>e</sup> éd., 2005.

Lemasurier, *Le droit de l'expropriation*, 3<sup>e</sup> éd., 2005.

Mazeaud et Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II/1: Obligations, théorie générale, 9<sup>e</sup> éd., 1998.

Mestre, Putman et Billiau, *Traité de droit civil. Droit spécial des sûretés réelles*, 1996.

Mugdan (Hrsg.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Band 3, 1899.

*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 6, 4. Aufl., 2004.

Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 66. Aufl., 2007.

- Piedelièvre, *Traité de droit civil. La publicité foncière*, 2000.
- Planck, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band III/2, 5. Aufl., 1938.
- Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, 1985.
- Reinicke/Tiedtke, *Kreditsicherung*, 5. Aufl., 2006.
- Reuter/Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 1983.
- Rink, *Die Sicherheit von Grundpfandrechten in Deutschland und England*, 2006.
- Rosenberg/Gaul/Schilken, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 11. Aufl., 1997.
- Simler et Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 4<sup>e</sup> éd., 2004.
- Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§ 1113-1203, 2002.
- Tuor/Schnyder/Schmid, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Aufl., 2002.
- Wolff/Raiser, *Sachenrecht*, 10. Bearbeitung, 1957.

- 논문

- Isenbart, *Bereicherungsansprüche beim Eingreifen Dritter in Forderungen*, Diss. Osnabrück, 2004.
- Perruchot-Triboulet, “L'indu à trois”, *RTD civ.*, 2003, p. 427 sqq.
- Ponsard, “Subrogation réelle”, *Repertoire de droit civil*, 1976.
- Witz, *Juris classeur civil*, Art. 2134, Fasc. K., 1986.

3. 일본문헌

- 단행본

- 清原泰司, *物上代位の法理*, 1997.
- 池田眞朗, *債權讓渡の研究*, 増補版, 1997.
- 伊藤進, *抵當權制度論*, 2005.
- 石川明・小島武司・佐藤歳二 編, *注解 民事執行法[上卷]*, 1991.
- 内田貴, *民法 II: 債權各論*, 第2版, 2007.
- 内田貴, *民法 III: 債權總論・擔保物權*, 第3版, 2005.
- 生熊長幸, *物上代位と收益管理*, 2003.
- 近江幸治, *擔保物權法*, 新版, 1992.
- 近江幸治, *民法講義 III: 擔保物權*, 2004.
- 大村敦志, *基本民法 II: 債權各論*, 第2版, 2005.

- 加藤雅信, 事務管理・不當利得・不法行爲, 第2版, 2005.  
鎌田薫 外 編, 民事法 II, 2005.  
潮見佳男, 債權各論 I, 2005.  
四宮和夫, 事務管理・不當利得・不法行爲, 上卷, 1981.  
鈴木祿彌, 物的擔保制度をめぐる論集, 2000.  
高木多喜男, 擔保物權法, 第4版, 2005.  
高橋眞, 擔保物權法, 2007.  
高橋眞, 抵當法改正と擔保の法理, 2008.  
道垣内弘人・山本和彦・古賀政治・小林明彦, 新しい擔保・執行制度, 2003.  
道垣内弘人, 擔保物權法, 第3版, 2008.  
中田裕康, 債權總論, 2008.  
中野貞一郎, 民事執行法, 增補新訂五版, 2006.  
平野裕之, 民法總合 3: 擔保物權法, 2007.  
廣中俊雄, 債權各論講義, 第六版, 1994.  
藤原正則, 不當利得法, 2002.  
森田修, 債權回收法講義, 2006.  
我妻榮, 新訂 擔保物權法, 1968.  
柚木馨・高木多喜男, 擔保物權法, 第三版, 1982.  
柚木馨・高木多喜男 編, 新版 注釋民法, 1998.

- 논문

- 清原泰司, “抵當權者による物上代位權の行使と目的債權の讓渡”, 判例時報 1643 號, 1998.  
新田宗吉, “物上代位”, 星野英一 編輯代表, 民法講座 3, 1984.  
龜井洋一, “物上代位と轉付命令の優劣”, 銀行法務21, 617號, 2003.  
北秀昭, “抵當權者の賃料債權に對する物上代位”, 銀行法務21, 560號, 1999.  
小磯武男, “抵當權者による物上代位權の行使と目的債權の讓渡”, 金融法務事情, 1536號, 1999.  
秦光昭, “目的債權の讓渡と物上代位權の行使の可否”, 金融法務事情, 1514號, 1998.  
松岡久和, “物上代位權の成否と限界(3)”, 金融法務事情, 1506號, 1998.  
松岡久和, “賃料債權の讓渡と物上代位の優劣”, 民商法雜誌, 120卷 6號, 1999.  
峯崎二郎, “抵當權の物上代位による金融機關の債權回收上の諸問題”, 金融・商事

**判例**, 1055號, 1998.

山本克己, “抵當權に基づく賃料債權に對する物上代位の效果と手續についての覺書”,  
京都大學法學會, **法學論叢**, 142卷 5・6號, 1998.

吉野衛, “物上代位における差押の意義”, 内田貴・大村敦志 編, **民法の争点**, 2007.

<Zusammenfassung>

## Zur Bereicherungshaftung des Zahlungsempfängers gegenüber dem Hypothekengläubiger im Fall der dinglichen Surrogation

Hyoung Seok Kim\*

Nach §§ 370, 342 des koreanischen Zivilgesetzbuchs kann der Hypothekengläubiger seine Hypothek auch in Bezug auf das Geld bzw. die sonstigen Sachen geltend machen, die der Sicherungsgeber infolge von Zerstörung, Verschlechterung oder Enteignung des belasteten Grundstücks zu bekommen hat. Dazu aber soll die Forderung des Sicherungsgebers, zum Beispiel Versicherungs-, Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch, "vor der Zahlung oder Übergabe" gepfändet werden. Dieser Regelung zufolge erstreckt sich die Hypothek auf den an Stelle des Grundstücks tretenden Anspruch des Sicherungsgebers, erlischt jedoch mit deren Erfüllung. Hier stellt sich die Frage, ob der Gläubiger unter Berufung auf die dingliche Surrogation kondizieren kann, was der Sicherungsgeber oder sein Rechtsnachfolger vom Versicherer, Deliktstäter, Enteigner usw. als Erfüllung erhalten hat.

Der Verfasser versucht zunächst, einen rechtsvergleichenden Überblick zu geben. Aufgrund dessen Ergebnisse analysiert er sodann die Interessenlage der Beteiligten, macht dabei den Zweck der §§ 370, 342 deutlich. Er gelangt zum Resultat, dass die von § 342 erforderte Pfändung lediglich die Rechtsunsicherheit des Drittschuldners beseitigen soll, während die Hypothek im übrigen de jure die subrogierte Forderung als Haftungsobjekt erfasst. Von diesem Verständnis ausgehend bejaht der Verfasser die Bereicherungshaftung des Sicherungsgebers oder dessen Rechtsnachfolgers einerseits aus dem Grund, dass er mit der empfangenen Zahlung in den Zuweisungsgehalt der Hypothek eingegriffen hat, aber andererseits auch aus der Interessenabwägung. Dasselbe Ergebnis gilt für den Gläubiger, der aus der Zwangsvollstreckung in die subrogierte Forderung befriedigt ist; die Gründe, hier eine andere Lösung anzunehmen, sind nicht ersichtlich.

Key words: dingliche Surrogation, Hypothek, ungerechtfertigte Bereicherung, vorzugsweise Befriedigung, Pfändung

---

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