

대법원 2012. 7. 26 선고 2010다78708 판결 [근저당권설정등기말소등기]

판 시 사 항

공동저당의 목적인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 각각 채권자를 달리하는 후순위 저당권이 설정되어 있는데 물상보증인 소유의 부동산이 먼저 경매되어 1번 저당권자가 변제를 받은 경우, 아직 경매되지 아니한 공동저당물의 소유자가 1번 저당권자에 대한 피담보채무가 소멸하였다는 사유만으로 말소등기를 청구할 수 있는지 여부(소극)

참 조 조 문

민법 제341조, 제342조, 제368조 제2항, 제370조, 제481조, 제482조

참 조 판 례

대법원 1994. 5. 10. 선고 93다25417 판결(공1994상, 1638), 대법원 2001. 6. 1. 선고 2001다21854판결(공2001하, 1510), 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30666, 30673

판결(공2011하, 1910)

전 문

원고, 피상고인 원고

소송대리인 변호사 이◇열

피고, 상고인 oo농업협동조합

소송대리인 변호사 서◇희 외 2인

피고보조참가인, 상고인 피고보조참가인

소송대리인 변호사 서◇희 외 3인

원심판결 서울고법 2010. 9. 3. 선고 2009나68004 판결

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 피고보조참가인이 제출한 ‘상고이유보충서’의 기재는

피고보조참가인의 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 공동저당의 목적인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 각각 채권자를 달리하는 후순위 저당권이 설정되어 있는 경우, 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져 그 경매대금의 교부에 의하여 1번 저당권자가 변제를 받은 때에는 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에 민법 제481조, 제482조의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 1번 저당권을 취득하고, 이러한 경우 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위 저당권자는 물상보증인에게 이전한 1번 저당권으로부터 우선하여 변제를 받을 수 있다. 따라서 자기 소유의 부동산이 먼저 경매되어 1번 저당권자에게 대위변제를 한 물상보증인은 1번 저당권을 대위취득하고, 그 물상보증인 소유의 부동산의 후순위 저당권자는 1번 저당권에 대하여 물상대위를 할 수 있으므로, 물상보증인이 대위취득한 선순위 저당권설정등기에 대하여는 말소등기가 경료될 것이 아니라 물상보증인 앞으로 대위에 의한 저당권이전의 부기등기가 경료되어야 하고, 아직 경매되지 아니한 공동저당물의 소유자로서는 1번 저당권자에 대한 피담보채무가 소멸하였다는 사정만으로 말소등기를 청구할 수 없다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다25417 판결, 대법원 2001. 6. 1. 선고 2001다21854 판결, 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30666, 30673 판결 등 참조).

2. 원심이 적법하게 채택한 증거 및 기록에 의하면,

① 원고는 2005. 6. 13. 피고에게 10억 원의 대출을 신청하면서 대출금 채무에 대한 담보로 원고 소유의 이 사건 각 부동산과 소외인 소유의 부동산에 관하여 피고 명의의 근저당권을 설정해 주기로 약정하였고, 이에 따라 같은 달 22일 이 사건 각 부동산 및 소외인 소유의 부동산에 관하여 공동으로 채권최고액 14억 원, 채무자 원고, 근저당권자 피고로 된 근저당권설정등기를 경료한 후 피고로부터 2005. 6. 28. 9억 8,000만 원을 대출받은 사실(이하 ‘이 사건 대출’이라 한다),

② 이와 같이 소외인 소유의 부동산에 관하여 피고 명의의 근저당권설정등기가 경료된 후 2007. 4. 26. 피고보조참가인 명의로 채권최고액 3억 원, 채무자 소외인으로 된 근저당권설정등기가 경료된 사실,

③ 한편 원고 소유의 이 사건 각 부동산과 소외인 소유의 부동산에 관하여 경매절차(의정부지방법원

고양지원 2008타경9606호)가 진행되다가 소외인 소유의 부동산만 같은 해 12. 29. 매각되면서 피고 명의의 위 근저당권설정등기가 말소된 사실,

④ 피고는 2009. 4. 16. 소외인 소유의 부동산이 매각됨에 따른 배당절차에서 원고에 대한 이 사건 대출로 인한 채권원리금 전액을 배당받은 사실 등을 알 수 있다.

3. 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리를 비롯한 관련 법리에 비추어 살펴보면, 물상보증인인 소외인은 자신의 책임분담액을 초과하는 금액 범위 내에서 변제자대위에 의하여 채무자인 원고 소유의 이 사건 각 부동산에 관한 피고의 근저당권을 취득하였고, 소외인 소유의 부동산에 관한 후순위 근저당권자인 피고보조참가인은 소외인이 취득한 위 근저당권에 관하여 물상대위를 할 수 있으며, 위 근저당권설정등기는 물상보증인인 소외인 앞으로 대위에 의한 근저당권 이전의 부기등기가 경료되어야 할 것이므로, 이 사건 각 부동산의 소유자인 원고로서는 피고에 대한 피담보채무가 변제로 인하여 소멸하였다는 사정만으로는 위 근저당권설정등기의 말소등기를 구할 수 없다. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 사정만을 들어 원고와 소외인 사이에서는 실질적으로 주채무자가 소외인이고 원고는 물상보증인일 뿐이라고 보아야 한다는 이유로, 소외인이 변제자대위에 의하여 이 사건 각 근저당권을 취득할 수 없고 소외인 소유 부동산에 관한 후순위 근저당권자가 물상대위를 할 여지도 없게 된다고 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 물상보증인의 변제자대위와 후순위 저당권자의 물상대위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김용덕 양창수 이상훈(주심)