

5) 근저당권설정등기 말소등기청구

가) 근저당권설정등기 말소등기청구의 요건사실

‘소유권’에 기한 근저당권설정등기 말소등기청구의 요건사실은, ① ‘원고의 소유’ 사실, ② ‘피고 명의의 근저당권설정등기의 경료’ 사실,¹⁷²⁵⁾ ③ ‘근저당권등기 원인 무효’의 근거 사실¹⁷²⁶⁾이고, ‘근저당권설정계약’에 기한 경우에는 ①이 ‘원·피고 간의 근저당권설정계약 체결’ 사실로 대체된다.

소유권 대신에 ‘근저당권’에 기한 방해배제청구로서 무효인 선순위 근저당권설정등기나 가등기의 말소등기를 구할 수도 있는데,¹⁷²⁷⁾ 이 경우에는 ① 요건이 ‘원고가 근저당권자’인 사실로 대체된다. 토지 소유권에 기한 가등기말소청구소송에서 청구기각된 확정판

1725) 이는 소송요건으로서 직권조사사함이다(73다252). 근저당권설정등기의 말소등기절차 이행을 구하는 소송 중 그 근저당권설정등기가 경락을 원인으로 하여 말소된 경우에는 더 이상 근저당권설정등기의 말소를 구할 법률상 이익이 없다(2007다34135). 상고심 계속 중에 말소된 경우에도 말소등기를 구할 법률상 이익이 없게 되어 소는 부적법하여 각하된다(2002다57904).

1726) 피담보채무의 소멸 등 근저당권의 무효사유는 주요사실로서 자백의 대상이 된다(대법원 2000. 10. 10. 선고 2000다19526 판결; ‘근저당권설정등기의 채무자인 소외 1로부터 채무를 변제받고, 소외 2에게 새로이 대출을 하면서 근저당권설정등기의 채무자 명의를 변경한 것’이라는 피고의 진술은, 채무자를 소외 1로 한 피고 명의의 근저당권에 무효사유(피담보채무의 소멸)가 있다는 구체적인 사실로서 주요사실이므로 자백의 대상이 된다고 한 예)).

1727) 후순위 근저당권자가 선순위 근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 구한 사안(대법원 2000. 10. 10. 선고 2000다19526 판결). 근저당권자가 가등기의 말소등기절차의 이행을 구한 데 대하여 매매예약이 쌍방을 대리해서 체결한 것으로 민법 제124조에 따라 무효임을 이유로 인용한 사안(대법원 2020. 5. 14. 선고 2019다261381 판결).

결의 기판력은 위 소송의 변론종결 후 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 제3자가 근저당권에 기하여 같은 가등기에 대한 말소청구를 하는 경우에는 미치지 않는다.¹⁷²⁸⁾

나) 담보계약에 기한 말소등기청구와 소유권에 기한 말소등기청구의 관계

저당권이나 가등기담보권과 같은 담보권 설정 계약이 그 효력을 상실한 경우 그 계약에 기한 담보등기 말소등기청구와 소유권에 기한 담보등기 말소등기 청구는 청구 원인을 달리하는 것으로서 소송물을 달리하고¹⁷²⁹⁾ 서로 기판력이 미치지 아니한다.¹⁷³⁰⁾

근저당권이 설정된 후에 부동산 소유권이 제3자에게 이전된 경우에는, 현재의 소유자가 자신의 소유권에 기하여 피담보채무의 소멸을 원인으로 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있음은 물론, 근저당권설정자인 종전의 소유자도 근저당권설정계약의 당사자로서 근저당권 소멸에 따른 원상회복으로 근저당권자에게 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있는 계약상 권리가 있으므로 이러한 계약상 권리에 터잡아 근저당권자에게 피담보채무의 소멸을 이유로 하여 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있다.¹⁷³¹⁾

따라서 예컨대, 피담보채권 소멸로 인한 근저당권설정등기 말소등기 청구의 경우, 소유권에 터 잡아 원인무효로 인한 근저당권설정등기의 말소등기를 청구하는 경우이든, 근저당권설정계약상의 권리에 기하여 원상회복으로 담보물의 반환을 받기 위하여 근저

1728) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2019다261381 판결: "토지 소유권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 하는 가등기 말소청구소송의 소송물은 가등기말소청구권이므로 그 소송에서 청구기간된 확정판결의 기판력은 가등기말소 청구권의 부존재 그 자체에만 미치고, 소송물이 되지 않은 토지 소유권의 존부에 관하여는 미치지 않는다. 나아가 위 청구기간된 확정판결로 인하여 토지 소유자가 갖는 토지 소유권의 내용이나 토지 소유권에 기초한 물권적 청구권의 실체적인 내용이 변경, 소멸되는 것은 아니다. 위 가등기말소청구소송의 사실심 변론종결 후에 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 제3자는 적법하게 취득한 근저당권의 일반적 효력으로서 물권적 청구권을 갖게 되고, 위 가등기말소청구소송의 소송물인 패소자의 가등기말소청구권을 승계하여 갖는 것이 아니며, 자신이 적법하게 취득한 근저당권에 기한 물권적 청구권을 원인으로 소송상 청구를 하는 것이므로, 위 제3자는 민사소송법 제218조 제1항에서 정한 확정판결의 기판력이 미치는 '변론을 종결한 뒤의 승계인'에 해당하지 않는다. 따라서 토지 소유권에 기한 가등기말소청구소송에서 청구기간된 확정판결의 기판력은 위 소송의 변론종결 후 토지 소유자로부터 근저당권을 취득한 제3자가 근저당권에 기하여 같은 가등기에 대한 말소청구를 하는 경우에는 미치지 않는다." (대매계약이 쌍방을 대리해서 체결한 것으로 민법 제124조에 따라 무효이므로 피고는 근저당권자인 원고에게 가등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 한 예.) ◀ 이는 종전의 대법원 1984. 9. 25. 선고 84다카148 판결(전·후소 토지 인도청구), 대법원 1999. 10. 22. 선고 98다 6855 판결(전·후소 건물 인도청구), 대법원 2014. 10. 30. 선고 2013다53939 판결(전소 건물 소유권등기 말소등기청구, 후소 건물 인도청구)과 동일한 취지의 판시이다.

1729) 대법원 1988. 9. 13. 선고 86다카1332 판결: "채무자가 제3자 명의로 신탁하여 소유권등기를 마친 부동산을 채권자에게 담보로 제공하고 채권자 명의로 가등기 및 이에 기한 소유권이전등기를 마쳤다가 그 후 그 피담보 채무를 모두 변제함으로써 담보권이 소멸된 경우에, 채무자는 명의수탁자를 대위하여 위 부동산의 소유권에 터잡은 말소등기청구권을 행사할 수 있음은 물론, 담보설정계약의 당사자로서 담보권 소멸에 따른 원상회복으로 담보권자에게 담보물의 반환을 구할 수 있는 계약상 권리가 있으므로 이러한 계약상 권리에 터잡아 채권자에게 위 가등기 등 담보권등기의 말소를 청구할 수 있다."

1730) 대법원 1993. 9. 14. 선고 92다1353 판결(소유권에 기한 방해배제청구권의 행사로서 말소등기청구를 한 전소의 확정판결의 기판력이 계약해제에 따른 원상회복으로 말소등기청구를 하는 후소에 미치지 않는다고 한 사례).

1731) 대법원 1994. 1. 25. 선고 93다16338 전원합의체 판결.

당권설정등기의 말소등기청구를 하는 경우이든, 그 각 청구 안에서는 ‘피담보채권 소멸’의 사유가 근저당권설정계약의 무효,¹⁷³²⁾ 취소 등의 사유와 함께 독립된 공격방어방법의 하나에 불과하나,¹⁷³³⁾ 위 양 청구는 소송물을 달리하는 것이다.¹⁷³⁴⁾

1732) 위조 무효의 경우에는 계약상 권리는 인정될 여지가 없고 소유권에 기한 청구권만 인정될 것이다.

1733) ○ 대법원 1993. 3. 26. 선고 92다32876 판결: 원심이, 피고 회사가 피고 2, 3을 상대로 소유권이전등기 말소등기절차 이행의 소를 제기하면서, 피고 2의 소유권이전등기는 원래 담보 목적으로 경료된 것인데 그 피담보채무가 1988. 11. 4.자 변제공탁으로 소멸되었으므로 그 등기는 더 이상 원인이 없는 무효의 등기이고, 피고 3은 그 등기가 담보 목적으로 경료된 등기임을 알고서 이전등기를 마친 것이므로 그 피담보채무가 소멸된 이상 피고 3의 이전등기 역시 원인 없는 무효의 등기라고 주장하였으나, 피고 회사의 청구기간 판결이 1989. 8.경 확정된 사실을 인정한 다음, ‘말소등기청구사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권이고 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인 즉 말소등기청구권의 발생원인은 당해 등기원인의 무효에 국한되므로 전소의 변론종결 전까지 주장할 수 있었던 무효사유는 어느 것이나 말소등기청구권의 존재를 이유 있게 하는 이른바 독립된 공격방어방법에 불과하여 서로 별개의 청구원인을 구성하는 것이 아니라 할 것’인바, 피고 회사가 피고 2, 3에 대하여 말소등기청구권이 없음이 판결로 확정된 이상 그 판결의 기판력에 의하여 피고 회사는 전소의 변론종결 이전까지 주장할 수 있었던 무효사유 즉 주주총회의 특별결의 없이 피고 회사의 유일 재산인 부동산을 처분하여 원인무효라는 사유를 들어 그 이전등기의 말소등기청구권이 있음을 주장할 수 없게 되고, 따라서 피고 회사의 채권자인 원고 역시 피고 회사를 대위하여 피고 2, 3에게 그 말소등기를 청구할 수 없다 하여 원고의 각 청구를 기각한 데 대하여, 대법원은, 위와 같이 전소의 기판력에 저촉된다고 한 판단 자체에는 위법이 없다고 한 예(나아가, 원고는 채권자대위소송의 당사자적격이 없다 하여 원심판결을 파기, 자판하여 소각하함).

○ 대법원 1980. 9. 9. 선고 80다1020 판결: 전소와 후소가 동일 당사자 사이에서 동일 소송물인 소유권이전등기 말소청구에 관한 것으로, 청구원인 사실이 전소에 있어서는 소외인의 무권대리 행위를, 후소에 있어서는 무권대리로 인한 채권·채무관계의 부존재를 이유로 채권담보 조의 소유권이전등기가 원인무효라고 주장하는 경우에, 대리권 혼절이나 채권·채무의 부존재라는 주장은 위 소유권이전등기가 원인무효라는 청구원인에 대한 공격방어방법에 불과하여 후소는 전소의 기판력에 저촉된다고 한 예.

⇔ 82다카1203 판결의 ‘판결요지’로 ‘담보목적으로 경료된 소유권이전등기의 피담보채무를 변제하였음을 이유로 하여 말소를 구하는 본소청구와 소유권이전등기가 원인무효임을 이유로 하여 말소를 구하는 전소청구는 소송물이 동일하다고 볼 수 없으므로 전소에 대한 확정판결의 기판력은 본소에 미치지 아니한다.’고 기재되어 있어 자칫 오독(誤讀)될 여지가 있으나, “말소등기청구에 관하여 보전대, 이는 전소인 위 2차소송의 변론종결 후에 담보목적으로 경료된 이 사건 소유권이전등기의 피담보채무를 변제하였음을 이유로 말소등기를 청구하는 것이므로 이 사건 소유권이전등기가 원인무효임을 이유로 그 말소등기를 청구한 전소와는 소송물이 동일하다고 볼 수 없으니 전소판결의 기판력에 구속되지 않는다고 판단한 원심조치는 정당하다.”는 판시로서, 전소 기판력의 차단효과 미치지 않는 표준시 후의 새로운 사유 발생에 중점이 있는 것으로 보아야 하고, 소송물의 관점에서 보더라도 전소는 소유권에 기한 청구, 후소는 담보계약에 기한 청구로 달리 본 것으로 이해할 수 있다.

한편, 85다353 판결은, “사기에 의한 의사표시 취소를 원인으로 한 원고의 이 사건 근저당권설정등기의 말소청구는 이 사건 근저당권설정계약이 기만에 의하여 체결되었음을 이유로 이를 취소하고 이에 터잡아 경료된 이 사건 근저당권설정등기의 말소를 구한다는 취지이고, 피담보채무의 부존재를 원인으로 한 원고의 이 사건 근저당권설정등기의 말소청구는 피담보채무가 없으니 근저당권설정계약을 해지하고, 이에 터잡아 원상회복으로서 근저당권설정등기의 말소를 구한다는 취지임이 명백한 바, 위 청구들은 각 그 청구원인을 달리하는 별개의 독립된 소송물로서 선택적 병합관계에 있다고 볼 것이고, 동일한 소송물로서 그 공격방어방법을 달리하는 것에 지나지 않는 것으로 볼 것이 아니며”라고 판시하였는데, 전자는 소유권에 기한 물건적청구권, 후자는 그 판시상 “해지”, “원상회복”이라는 문언에서 보듯이 채권적청구권에 각 터잡은 청구임을 밝혀, 별개의 소송물이라고 한 것이지, 소유권에 기한 청구든 계약에 기한 청구든 그 안에서 다시 원인행위의 ‘취소’와 ‘해지’의 차이로 소송물을 달리 한다고 본 것은 아니라고 이해함이 옳다.

1734) 대법원 1982. 12. 14. 선고 82다카148 판결: “동일 당사자 사이의 소유권이전등기 말소청구 사건에 있어서는 소송물은 당해 등기의 말소청구권이고, 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인 즉 말소등기청구권의 발생원인은 당해 등기원인의 무효에 국한되므로, 전소의 변론종결 전까지 주장할 수 있었던 무효사유는 그것이 무권대리행위, 불공정한 법률행위이거나 또는 통모허위표시에 의한 매매무효를 이유로 하거나 간에 다 같이 청구원인인 등기원인이 무효임을 뒷받침하는 이른바 독립된 공격방어방법에 불과하여 서로 별개의 청구원인을 구성하는

다) 근저당권설정등기의 추정력

근저당권설정등기가 마쳐진 경우 그 등기는 적법하게 된 것으로서 진실한 권리 상태를 공시하는 것이라고 추정되므로 그 등기가 위법하게 된 것이라고 주장하는 상대방에게 그 추정력을 번복할 만한 반대사실을 증명할 책임이 있다.¹⁷³⁵⁾ 근저당권설정등기가 소유자의 직접적인 설정행위에 의한 것이 아니라 제3자가 그 설정행위에 개입한 경우, 근저당권자 등이 그 제3자를 소유자의 대리인이라고 주장하더라도 근저당권설정등기는 적법하게 이루어진 것으로 추정되므로 그 등기가 원인무효임을 이유로 말소를 청구하는 소유자로서는 그 반대사실 즉, 그 제3자에게 소유자를 대리할 권한이 없었다든가, 또는 그 제3자가 근저당권설정등기에 필요한 서류를 위조하였다는 등의 무효사실에 대한 증명책임을 진다.¹⁷³⁶⁾

하지만, 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서, 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로, 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 하고,¹⁷³⁷⁾ 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위(금전대여 등)가 있었는지 여부에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 측(근저당권자, 근저당권부 채권

것이 아니므로, 기판력 표준시인 전소의 변론종결 전에 발생한 사유로서 전소에서 주장하지 아니하여 패소한 경우라도 그 사유는 전소의 확정판결의 기판력에 의하여 후소에서 주장하여 확정판결의 내용을 다툴 수 없음은 소론과 같으나, 이 경우 기판력은 당사자와 소송물이 동일한 경우에 한한다 할 것인바” ㉠ 전소에서는 피고가 원고에 대하여 건물 소유권에 기하여 원고 명의의 소유권이전등기가 원인무효인 소외인 명의의 가등기 및 본등기를 기초로 한 무효등기임을 이유로 ‘직접’ 말소등기를 청구하였음에 대하여, 후소에서는 소외인 명의의 소유권이전등기는 피고가 채권담보의 목적으로 적법하게 경료한 등기이나 원고 명의의 등기는 소외인과 원고 사이의 가장매매를 원인으로 한 무효의 등기이고, 피고는 전소의 변론종결 후에 소외인에게 피담보채무의 원리금을 모두 변제공탁하여 채무소멸하였음을 이유로 소외인을 ‘대위’하여 그 등기의 말소를 구하는 것이어서 위 양소는 청구원인을 달리하는 별개의 소송이라고 할 것이므로 전소의 판결의 기판력은 후소에 미치지 않는다고 한 예; 이 사안 역시 소송물의 동일 여부보다는, 전소 기판력의 차단효과 미치지 않는 표준시 후의 새로운 사유 발생에 중점을 두고 이해함이 옳다.

1735) 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다72763 판결. ㉡ 2018다260565; ‘계약인수’를 원인으로 하여 채무자 명의를 소외 1로부터 소외 2로 변경하는 근저당권변경등기가 마쳐진 이상, 그 변경등기가 적법한 ‘계약인수’에 따라 마쳐진 것으로 추정되므로, 소외 1은 위 근저당권설정계약관계로부터 생기는 포괄적인 권리의무를 소외 2에게 양도함으로써 위 계약관계에서 탈퇴하게 되고, 이로써 기존에 부담하던 피담보채무 역시 소외 2에게 이전되어 소외 1의 소극재산에서 제외되었다고 봄이 타당하다고 한 예.

1736) 대법원 1993. 10. 12. 선고 93다18914 판결. ㉢ 친권자의 채무를 담보하기 위하여 미성년자 소유의 부동산에 관하여 특별대리인에 의해 타인 명의로 근저당권설정등기가 경료된 경우에도, 그 근저당권설정등기의 무효를 주장하는 자가 특별대리인이 권한 없이 그 등기를 경료한 것이라는 점을 증명하여야 한다(96다1139). 자기계약, 쌍방대리를 금지한 민법 제124조(본인과 대리인 간의 이해의 충돌이 있는 때에도 적용된다)를 위반하여 한 근저당권 설정계약은 무권대리행위로서 무효이다(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다271070 판결).

1737) 대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결(근저당권설정계약만 체결하였을 뿐, 피담보채권을 성립시키는 의사표시가 있었다고 볼 만한 자료가 없으므로 피담보채권이 존재하지 않아 근저당권이 무효라고 볼 여지가 있다고 한 예).

에 대한 압류권자 등)에 있다.¹⁷³⁸⁾

라) '근저당권설정등기 원인무효'의 주장·증명

(1) 피담보채무의 확정과 부존재

앞서 본 ③ 요건(근저당권설정등기의 원인무효)의 전형적 사유는 '피담보채무의 부존재'인데,¹⁷³⁹⁾ 근저당권의 경우 그 피담보채무가 확정될 때까지의 채무의 소멸 또는 이전은 저당권에 영향을 미치지 아니하므로(민법 제357조¹⁷⁴⁰⁾ 제1항 후단), 원고로서는 먼저 '피

1738) ① 대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다212594 판결: "원심은, 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 측에 있는데, 이 사건 제4근저당권은 그 피담보채권이 실제 존재한다고 볼 증거가 부족하다는 이유로, 피담보채권의 존재를 주장하는 피고의 항변을 배척하였다. ... 원심의 위와 같은 판단에 ... 근저당권의 피담보채권에 대한 증명책임에 관한 법리를 오해 ... 잘못이 없다." ② 甲(배당이의 피고)이 채권자들의 강제집행을 면탈할 목적으로 아무런 원인관계 없이 소유 부동산에 관하여 乙을 근저당권자로 한 근저당권설정등기를 마쳤는데, 丙(배당이의 원고)이 乙의 甲에 대한 근저당권부 채권에 관하여 채권압류 및 전부명령을 받은 사안에서, 원심이, '甲과 乙 사이에 체결된 근저당권설정계약은 통정허위표시에 해당하여 무효이고, 丙은 통정허위표시를 기초로 하여 새로이 법률상 이해관계를 가진 선의의 제3자에 해당하므로, 甲은 丙에 대하여 위 근저당권설정계약의 무효를 주장할 수 없다'고 판단한 데 대하여, 대법원은 '甲은 근저당권설정계약만을 체결하였을 뿐 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위 자체가 없었다고 다투고 있으므로, 그러한 법률행위가 존재하는지 여부가 문제된다 할 것인데, 그에 대한 증명책임은 그 존재를 주장하는 丙에게 있고, 그에 관한 丙의 증명이 부족하다면 압류는 무효라고 할 것이다. 그렇다면 원심로서는 甲과 乙 사이의 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대하여 충분한 심리를 하여야 할 것임에도 불구하고, 이에 대한 심리를 제대로 하지 아니한 채 丙의 청구를 인용하였으니, 원심판결에는 ... 위법이 있다.'고 한 예(2010다107408). ③ 원심이, '근저당권등기가 마쳐진 이상 원고가 근저당권자인 소외인으로부터 금원을 차용한 것으로 추정되고 그 추정과 다르게 원고 주장과 같이 근저당권등기가 피담보채권을 성립시키는 법률행위 없이 경료된 것이라면 그와 같은 사정을 원고가 증명하여야 한다고 전제한 후, 위와 같은 사정을 인정할 원고의 입증이 부족하다는 이유로 근저당권이 있는 채권의 압류권자인 피고들을 상대로 근저당권 말소등기에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 원고의 청구를 기각'한 데 대하여, 대법원은 '원고가 근저당권등기 당시 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 없었다고 다투는 이 사건에 있어서 원고가 근저당권자인 소외인으로부터 금전을 차용하였는지 여부에 대한 입증책임은 위 차용행위의 존재를 주장하는 피고들에게 있다고 할 것이고, 그에 관한 피고들의 입증이 부족하다면 이 사건 근저당권과 압류는 무효로 되어, 압류권자인 피고들은 근저당권의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 할 의무를 부담하는 것이라 할 것이므로, 그와 달리 원고가 주장하는 차용행위의 부존재를 인정할 만한 입증이 부족하다는 이유로 원고의 청구를 기각한 원심판결에는 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위의 존재에 대한 입증책임의 법리 ... 위법이 있다.'고 판시한 예(2009다72070).

1739) 민법 제369조(부종성) 저당권으로 담보한 채권이 시효의 완성 기타 사유로 인하여 소멸한 때에는 저당권도 소멸한다. ◀ 피담보채권이 소멸하면 저당권은 그 부종성에 의하여 당연히 소멸하게 되므로, 그 말소등기가 경료되기 전에 그 저당권부채권을 가압류하고 압류 및 전부명령을 받아 저당권 이전의 부기등기를 경료한 자라 할지라도, 그 가압류 이전에 그 저당권의 피담보채권이 소멸된 이상, 그 근저당권을 취득할 수 없고, 실체관계에 부합하지 않는 그 근저당권 설정등기를 말소할 의무를 부담한다(2002다27910).

1740) 민법 제357조(근저당) ① 저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하여 이를 설정할 수 있다. 이 경우에는 그 확정될 때까지의 채무의 소멸 또는 이전은 저당권에 영향을 미치지 아니한다. ② 전항의 경우에는 채무의 이자는 최고액 중에 산입한 것으로 본다.

◎ 피담보채무의 범위

① 저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용을 담보하는데(민법 제360조 본문), 이자는 민법 제357조 제2항의 명문 규정으로, 위약금·손해배상금은 해석에 의하여 최고액 중에 포함된다. 저당권의 피담보채권 범위에 관한 제360조 단서('지연배상에 대하여는 원본의 이행기일을 경과한 후의 1년분에 한하여 저당권을 행사할 수 있다')는 근저당권에 적용되지 않으므로 근저당권의 피담보채권 중 지연손해금도 근저당권의 채권최고액 한도에서 전액 담보된다(대법원 2021. 10. 14. 선고 2021다240851 판결). 따라서 지연손해금은 최고액의 범위 내인 한 1년 이상의 분도 담보되고, 최고액을 초과하는 지연손해금

담보채무 부존재'의 전제사실로서 '결산기의 합의 및 그 도래 사실'이나 '근저당권설정자가 해지의 의사표시를 한 사실', 또는 '근저당권자가 경매를 신청한 사실' 등¹⁷⁴¹⁾과 같은

은 1년분의 범위 내라도 근저당권에 의하여 담보되지 아니한다. ② 피담보채무 확정 이후에 새로운 거래관계에서 발생한 원본채권은 근저당권에 의하여 담보되지 아니하지만, 확정 전에 발생한 원본채권에 관하여 확정 후에 발생하는 이자나 지연손해금 채권은 채권최고액의 범위 내에서 근저당권에 의하여 여전히 담보된다(2005다38300). ③ 피담보채권이 확정된 이후에 비로소 발생하는 원금채권은 더 이상 근저당권에 의하여 담보될 수 없으므로, 근저당권자가 경매를 신청하면서 경매신청서의 청구금액 등에 장래 발생할 것으로 예상되는 원금채권을 기재하였거나 그 구체적인 금액을 밝혔다는 사정만으로 경매 신청 당시에 발생하지 않은 장래의 원금채권까지 피담보채권에 추가될 수 없을 뿐만 아니라 경매절차상 청구금액이 그와 같이 확장될 수 있는 것도 아니다(대법원 2023. 6. 29. 선고 2022다300248 판결; 근저당권자가 임의경매를 신청한 후 근저당목적물에 대한 경비용역비를 지출한 사안에서, 위 경비용역비 채권은 대출금 채권과 마찬가지로 일종의 원금채권인 뿐, 이미 발생한 원금채권의 '이자' 내지 '지연손해금'과 같은 부대채권이라고 볼 수는 없고, 피담보채권이 확정된 이후에 발생한 것으로서 근저당권에 의하여 담보될 수 없으며, 근저당권의 실행비용에 해당하지도 않아 우선변제받을 수 없다고 한 예). ④ 근저당권설정계약서에 금융기관의 여신거래로부터 생기는 모든 채무를 담보하기로 하는 이른바 포괄근저당권을 설정한다는 문언이 기재된 경우 그 계약서는 처분문서이므로 특별한 사정이 없는 한 그 문언에 따라 의사표시의 내용을 해석하여야 함이 원칙이나, 그 계약서가 일반거래약관의 형태로 일률적으로 부동산자로 인쇄해 두고 사용하는 것이고 계약 체결의 경위와 목적, 피담보채무액, 근저당권설정자·채무자·채권자의 상호관계 등 여러 사정에 비추어 당사자의 의사가 계약서 문언과는 달리 특정한 채무만을 피담보채무로 하려는 취지였다고 인정할 수 있는 경우에는 당사자의 의사에 따라 그 담보책임의 범위를 제한하여야 한다(대법원 2020. 10. 15. 선고 2019다222041 판결).

1741) ◎ 피담보채무의 확정

○ 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다47528 판결: "피담보채무의 확정¹⁷⁴²⁾은 근저당권설정계약에서 근저당권의 존속기간을 정하거나 근저당권으로 담보되는 기본적인 거래계약에서 결산기를 정한 경우에는 원칙적으로 존속기간이나 결산기가 도래한 때에 피담보채무가 확정된다고 할 것이지만, 이 경우에도 근저당권에 의하여 담보되는 채권이 전부 소멸하고 채무자가 채권자로부터 새로이 금원을 차용하는 등 거래를 계속할 의사가 없는 경우에는, 그 존속기간 또는 결산기가 경과하기 전이라 하더라도, 근저당권설정자는 계약을 해제하고 근저당권설정 동기의 말소를 구할 수 있다고 할 것이고, 존속기간이나 결산기의 정함이 없는 때에는 근저당권설정자가 근저당권자를 상대로 언제든지 해지의 의사표시를 함으로써 피담보채무를 확정시킬 수 있다고 할 것이며, 이러한 계약의 해제 또는 해지에 관한 권한은 근저당부동산의 소유권을 취득한 제3자도 원용할 수 있다."

○ 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001다73022 판결: "근저당권자가 피담보채무의 불이행을 이유로 경매신청을 한 경우에는 경매신청 시에 근저당 채무액이 확정되고, 그 이후부터 근저당권은 부종성을 가지게 되어 보통의 저당권과 같은 취급을 받게 되는바, 위와 같이 경매신청을 하여 경매개시결정이 있는 후에 경매신청이 취하되었다고 하더라도 채무확정의 효과가 반복되는 것은 아니라고 할 것이다." ¹⁷⁴³⁾ 경매개시결정 전에 경매신청이 각하·취하된 경우에는 확정되지 않는다.

○ 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다50637 판결: "공동근저당권자가 목적 부동산 중 일부 부동산에 대하여 제3자가 신청한 경매절차에 소극적으로 참가하여 우선배당을 받은 경우에, 해당 부동산에 관한 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 매수인이 매각대금을 지급한 때에 확정되지만, 나머지 목적 부동산에 관한 근저당권의 피담보채권은 기본거래가 종료하거나 채무자나 물상보증인에 대하여 파산이 선고되는 등의 다른 확정사유가 발생하지 아니하는 한 확정되지 아니한다. 공동근저당권자가 제3자가 신청한 경매절차에 소극적으로 참가하여 우선배당을 받았다는 사정만으로는 당연히 채권자와 채무자 사이의 기본거래가 종료된다고 볼 수 없고, 기본거래가 계속되는 동안에는 공동근저당권자가 나머지 목적 부동산에 관한 근저당권의 담보가치를 최대한 활용할 수 있도록 피담보채권의 증감·교체를 허용할 필요가 있으며, 위와 같이 우선배당을 받은 금액은 나머지 목적 부동산에 대한 경매절차에서 다시 공동근저당권자로서 우선변제권을 행사할 수 없어 이후에 피담보채권액이 증가하더라도 나머지 목적 부동산에 관한 공동근저당권자의 우선변제권 범위는 위 우선배당액을 공제한 채권최고액으로 제한되므로 후순위 근저당권자나 기타 채권자들이 예측하지 못한 손해를 입게 된다고 볼 수 없기 때문이다." [동일 취지] 99다26085("후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우 선순위 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 경락인이 경락대금을 완납한 때에 확정된다."), 2001두7329("조세채권자가 채납처분을 하는 경우에도 선순위 근저당권자의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 매수대금을 완납한 때에 확정된다."),

○ 대법원 2010. 1. 28. 선고 2008다12057 판결: "물상보증인이 설정한 근저당권의 채무자가 합병으로 소멸하는 경우 합병 후의 존속회사 또는 신설회사는 합병의 효과로서 채무자의 기본계약상 지위를 승계하지만

‘피담보채무의 확정’ 사실을 주장·증명하여야 한다.

피담보채무의 부존재는 변제, 상계, 공탁, 면제, 소멸시효의 완성 등과 같은 후발적 사유로 피담보채무가 소멸한 경우(대환,¹⁷⁴²⁾ 면책적 채무인수¹⁷⁴³⁾는 피담보채무의 소멸사유가 아니다)뿐만 아니라, 피담보채무를 발생시키는 법률행위가 성립하지 않았거나 무효이거나 취소된 경우와 같이 원시적으로 발생하지 않은 경우도 포함되는데, 그 주장·증명책임은 채권·채무의 발생, 소멸에 관한 일반적인 주장·증명책임의 분배에 따라 피담보채무의 발생에 관하여는 근저당권자 측이, 그 발생의 장애나 소멸에 관하여는 근저당권설정자 측이 각각 부담한다.

‘장래에 발생할 특정의 조건부 채권’도 피담보채권으로 확정될 수 있고, 그 확정 당시 조건이 성취되지 아니하였다는 사정만으로 근저당권이 소멸하는 것은 아니며, 경매절차는 유효하게 진행된다.¹⁷⁴⁴⁾

‘저당권부 채권양도’에서 ‘피담보채권과 저당권 귀속의 일시적인 상이(相異)’는 저당권 무효사유가 아니나,¹⁷⁴⁵⁾ 피담보채권의 처분이 있음에도 담보권의 처분이 따르지 않는 ‘특

물상보증인이 존속회사 또는 신설회사를 위하여 근저당권설정계약을 존속시키는 데 동의한 경우에 한하여 합병 후에도 기본계약에 기한 근저당거래를 계속할 수 있고, 합병 후 상당한 기간이 지나도록 그러한 동의가 없는 때에는 합병 당시를 기준으로 근저당권의 피담보채무가 확정된다고 보아야 한다. 따라서 위와 같이 근저당권의 피담보채무가 확정되면, 근저당권은 그 확정된 피담보채무로서 존속회사 또는 신설회사에 승계된 채무만을 담보하게 되므로, 합병 후 기본계약에 의하여 발생한 존속회사 또는 신설회사의 채무는 근저당권에 의하여 더 이상 담보되지 아니한다. 그리고 이러한 법리는 채무자의 합병 전에 물상보증인으로부터 저당목적물의 소유권을 취득한 제3자가 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다.”

○ 대법원 2021. 1. 28. 선고 2018다286994 판결: “근저당권이 설정된 뒤 채무자 또는 근저당권설정자에 대하여 회생절차개시결정이 내려진 경우 그 근저당권의 피담보채무는 특별한 사정이 없는 한 회생절차개시결정을 기준으로 확정되므로, 확정 이후에 발생한 새로운 거래관계에서 발생한 원본채권이 그 근저당권에 의하여 담보될 여지는 없다.”

1742) 은행이 채무자의 채무에 해당하는 금원을 신규대출하여 기존채무의 변제에 충당한 ‘대환’은 형식적으로는 별도의 대출에 해당하나 실질적으로는 기존채무의 변제기의 연장에 불과하므로 구 채무는 소멸하고 새로운 채무가 발생하였다고 볼 수 없다(90다카23271).

1743) 면책적 채무인수로 피담보채무가 소멸하는 것은 아니기 때문이다. 다만, 물상보증인을 보호하기 위하여 민법 제459조에서 제3자가 제공한 담보는 그의 동의가 없는 한 채무인수로 인하여 소멸하는 것으로 규정하고 있다(96다27476).

1744) 대법원 2015. 12. 24. 선고 2015다200531 판결: “장래에 발생할 특정의 조건부 채권을 담보하기 위하여도 저당권을 설정할 수 있으므로 그러한 채권도 근저당권의 피담보채권으로 확정될 수 있고, 그 조건이 성취될 가능성이 없게 되었다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 확정 당시 조건이 성취되지 아니하였다는 사정만으로 근저당권이 소멸하는 것은 아니다. 담보권자가 피담보채권의 조건이 성취되기 전에 담보권을 실행하여 경매절차가 개시되었다더라도 그 경매신청이나 경매개시결정이 무효로 되는 것은 아니고, 이러한 경우 채무자나 소유자는 경매개시결정에 대한 이의신청 등으로 경매절차의 진행을 저지할 수 있을 뿐이다. 따라서 이러한 조치를 취하지 아니한 채 경매절차가 진행되어 매각허가결정에 따라 매각대금이 납입되었다면, 이로써 매수인은 유효하게 매각부동산의 소유권을 취득하고 신청채권자의 담보권은 소멸하므로, 장래에 발생할 조건부 채권을 피담보채권으로 하여 임의경매를 신청한 담보권자도 배당을 받을 수 있다.”(매매를 원인으로 한 소유권이전등기의 무의 이행불능으로 인한 전보배상청구권을 근저당권의 피담보채권으로 한 예).

1745) 대법원 2003. 10. 10. 선고 2001다77888 판결: “피담보채권과 저당권을 함께 양도하는 경우에 채권양도는 당사자 사이의 의사표시만으로 양도의 효력이 발생하지만 저당권이전은 이전등기를 하여야 하므로 채권양도와 저당권이전등기 사이에 어느 정도 시차가 불가피한 이상 피담보채권이 먼저 양도되어 일시적으로 피담보채권

별한 사정'이 있는 경우에 담보권은 소멸하고, 담보권 소멸을 주장하는 사람이 특별한 사정에 대한 증명책임을 진다.¹⁷⁴⁶⁾

강제집행, 담보권 실행을 위한 경매에서 매각부동산 위의 모든 저당권은 매각으로 소멸된다(민사집행법 제91조 제2항, 제268조).¹⁷⁴⁷⁾

근저당권을 설정한 후에 근저당설정자와 근저당권자의 '합의'로 '피담보채무의 범위'를 '변경'할 수 있고, 후순위저당권자 등 이해관계인의 승낙을 받을 필요가 없다.¹⁷⁴⁸⁾

과 저당권의 귀속이 달라진다고 하여 저당권이 무효로 된다고 볼 수는 없으므로 ... 피담보채권의 양도로 인하여 이 사건 근저당권이 소멸한다고 볼 수 없다고 판단한 것은 수긍할 수 있으나, ... 원고 명의의 이 사건 근저당권은 그 피담보채권의 양수인인 참가인에게 이전되어야 할 것에 불과하고, 원고는 피담보채권을 양도하여 결국 피담보채권을 상실한 셈이므로, 집행채무자로부터 변제를 받기 위하여 배당표에 자신에게 배당하는 것으로 배당표의 경정을 구할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 없고, 또한 참가인이 이 사건 저당권을 이전받지 못할 아무런 장애도 없는에도 피담보채권을 양수하고도 단지 등록세 등의 비용을 절약하기 위하여 장기간 저당권의 이전등기를 해태한 끝에 결국 저당권이 말소된 이 사건에서 양도인인 원고가 양수인인 참가인을 대신하여 변제를 수령할 수 있다고 볼 아무런 근거도 없다고 할 것이다."

1746) ○ 대법원 1999. 2. 5. 선고 97다33997 판결: "담보물권의 수반성이란 피담보채권의 처분이 있으면 언제나 담보물권도 함께 처분된다는 것이 아니라 채권담보라고 하는 담보물권 제도의 존재 목적에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 피담보채권의 처분에는 담보물권의 처분도 당연히 포함된다고 보는 것이 합리적이라는 것일 뿐이므로, 피담보채권의 처분이 있음에도 불구하고 담보물권의 처분이 따르지 않는 특별한 사정이 있는 경우에는 채권양수인은 담보물권이 없는 무담보의 채권을 양수한 것이 되고 채권의 처분에 따르지 않은 담보물권은 소멸한다." ⇨ 담보권이 소멸하였다고 주장하는 사람이 그 특별한 사정의 존재에 대한 증명책임을 진다(2017다 17207).

○ 대법원 2020. 4. 29. 선고 2016다235411 판결: "민법 제361조는 '저당권은 그 담보한 채권과 분리하여 타인에게 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못한다.'고 정하고 있을 뿐 피담보채권을 저당권과 분리해서 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못한다고 정하고 있지 않다. 채권담보라고 하는 저당권 제도의 목적에 비추어 특별한 사정이 없는 한 피담보채권의 처분에는 저당권의 처분도 당연히 포함된다고 볼 것이지만, 피담보채권의 처분이 있으면 언제나 저당권도 함께 처분된다고는 할 수 없다. 따라서 저당권으로 담보된 채권에 질권을 설정한 경우 원칙적으로는 저당권이 피담보채권과 함께 질권의 목적이 된다고 보는 것이 합리적이지만, 질권자와 질권설정자가 피담보채권만을 질권의 목적으로 하고 저당권은 질권의 목적으로 하지 않는 것도 가능하고 이는 저당권의 부종성에 반하지 않는다. 이는 저당권과 분리해서 피담보채권만을 양도한 경우 양도인이 채권을 상실하여 양도인 앞으로 된 저당권이 소멸하게 되는 것과 구별된다."

1747) 따라서 전유부분과 함께 그 대지사용권인 토지공유지분이 일체로서 매각되고 그 대금이 완납되면, 설사 대지권 성립 전부터 토지만에 관하여 설정되어 있던 별도등기로서의 근저당권이라 할지라도 경매과정에서 이를 존속시켜 매수인이 인수하게 한다는 취지의 특별매각조건이 따로 정해지지 않았던 이상 위 근저당권은 위 토지공유지분에 대한 범위에서는 매각부동산 위의 저당권에 해당하여 매각으로 인하여 소멸한다(대법원 2021. 1. 14. 선고 2017다291319 판결).

1748) 대법원 2021. 12. 16. 선고 2021다255648 판결: "근저당권은 피담보채무의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권이다(민법 제357조 제1항 본문 참조). 근저당권을 설정한 후에 근저당설정자와 근저당권자의 합의로 채무의 범위 또는 채무자를 추가하거나 교체하는 등으로 피담보채무를 변경할 수 있다. 이러한 경우 위와 같이 변경된 채무가 근저당권에 의하여 담보된다. 후순위저당권자 등 이해관계인은 근저당권의 채권최고액에 해당하는 담보가치가 근저당권에 의하여 이미 파악되어 있는 것을 알고 이해관계를 맺었기 때문에 이러한 변경으로 예측하지 못한 손해를 입었다고 볼 수 없으므로, 피담보채무의 범위 또는 채무자를 변경할 때 이해관계인의 승낙을 받을 필요가 없다. 또한 등기사항의 변경이 있다면 변경등기를 해야 하지만(민법 제186조), 등기사항에 속하지 않는 사항은 당사자의 합의만으로 변경의 효력이 발생한다. ... 피담보채무의 범위는 부동산등기법 제48조, 제75조 제2항에서 정한 근저당권의 등기사항에 해당하지 않으므로 당사자 합의만으로 변경의 효력이 있다."

(2) 제3자 명의의 근저당권설정등기

근저당권설정계약상의 채권자가 아닌 제3자 명의로 마쳐진 근저당권설정등기는 원칙적으로 피담보채무가 존재하지 아니하여 원인이 없거나 부종성에 반하는 무효의 등기이고, 예외적으로 ㉠ 제3자를 근저당권 명의인으로 하는 데 대하여 '채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의'가 있고, ㉡ 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계¹⁷⁴⁹⁾ 형성 등의 방법으로 '채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정'이 있는 경우에 한하여 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효한데,¹⁷⁵⁰⁾ 위 ㉠, ㉡ 사실은 근저당권말소등기청구의 피고인 근저당권자가 주장·증명하여야 한다.¹⁷⁵¹⁾

(3) 피담보채무의 변제

(가) 채 무 자

채무자가 부동산의 소유자 겸 근저당설정자인 경우에 그 피담보채무는 채무자가 채권자인 근저당권자에 대하여 부담하는 채무 전액으로 보아야 하므로, 채무자로서

1749) 근저당권설정등기상 근저당권자가 다른 사람과 함께 채무자로부터 유효하게 채권을 변제받을 수 있고 채무자도 그들 중 누구에게든 채무를 유효하게 변제할 수 있는 관계, 가령 채권자와 근저당권자가 불가분적 채권자의 관계에 있다고 볼 수 있는 경우에는 그러한 근저당권설정등기도 유효하다(대법원 2020. 7. 9. 선고 2019다 212594 판결).

1750) 대법원 2001. 3. 15. 선고 99다48948 전원합의체 판결의 다수의견: "근저당권은 채권담보를 위한 것이므로 원칙적으로 채권자와 근저당권자는 동일인이 되어야 하고, 다만 제3자를 근저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정하는 경우 그 점에 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계의 형성 등 방법으로 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효하다고 보아야 할 것이다. 그리고 부동산을 매수한 자가 소유권이전등기를 마치지 아니한 상태에서 매도인인 소유자의 승낙 아래 매수 부동산을 타에 담보로 제공하면서 당사자 사이의 합의로 편의상 매수인 대신 동기부상 소유자인 매도인을 채무자로 하여 마친 근저당권설정등기는 실제 채무자인 매수인의 근저당권자에 대한 채무를 담보하는 것으로서 유효하다고 함이 이 법원의 견해이다. 그리고 이러한 견해를 취하는 이상, 그 양자의 형태가 결합된 근저당권이라 하여도, 그 자체만으로는 부종성의 관점에서 근저당권이 무효라고 보아야 할 어떤 질적인 차이를 가져오는 것은 아니라고 보아야 할 것이다." ⇨ 매매잔대금 채무를 지고 있는 부동산 매수인이 매도인과 사이에 소유권이전등기를 경료하지 아니한 상태에서 그 부동산을 담보로 하여 대출받는 돈으로 매매잔대금을 지급하기로 약정하는 한편, 매매잔대금의 지급을 위하여 당좌수표를 발행·교부하고 이를 담보하기 위하여 그 부동산에 제1 순위 근저당권을 설정하되, 그 구체적 방안으로서 채권자인 매도인과 채무자인 매수인 및 매도인이 지정하는 제3자 사이의 합의 아래 근저당권자를 제3자로, 채무자를 매도인으로 하기로 하고, 이를 위하여 매도인이 제3자로부터 매매잔대금 상당액을 차용하는 내용의 차용금증서를 작성·교부하였다면, 매도인이 매매잔대금 채권의 이전 없이 단순히 명의만을 제3자에게 신탁한 것으로 볼 것은 아니고, 채무자인 매수인의 승낙 아래 매매잔대금 채권이 제3자에게 이전되었다고 보는 것이 일련의 과정에 나타난 당사자들의 진정한 의사에 부합하는 해석일 것이므로, 제3자 명의의 근저당권설정등기는 그 피담보채무가 엄연히 존재하고 있어 그 원인이 없거나 부종성에 반하는 무효의 등기라고 볼 수 없다고 한 예.

1751) 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006다50055 판결: "원고와 피고 사이에서 소외인 명의로 근저당권설정등기를 경료하기로 하는 합의가 있었을 뿐인바, 실령 거기에 더하여 소외인도 위와 같은 합의를 하였다고 인정된다 하더라도, 피고의 원고에 대한 채권이 소외인에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있다는 점에 대한 아무런 주장·입증이 없으므로, 원고와 피고 사이에 체결된 근저당권설정계약상의 채권자인 피고가 아닌 제3자인 소외인 명의로 경료된 이 사건 근저당권설정등기는 그 피담보채무가 존재하지 아니하여 그 원인이 없거나 부종성에 반하는 무효의 등기라 할 것이다."

는 채권최고액이 아니라 확정된 피담보채무액 전액을 변제공탁하지 않는 한 적법한 변제공탁이 될 수 없고,¹⁷⁵²⁾ 채무자 겸 근저당권설정자로서는 채권최고액을 초과한 채무까지 변제하여야 근저당권설정등기를 말소시킬 수 있으며,¹⁷⁵³⁾ 채권최고액을 초과한 채무가 잔존하는 경우 채무자 겸 근저당권설정자가 그 채무 전액을 변제할 것을 조건으로 하여 근저당권자에게 근저당권설정등기의 말소를 명하게 된다.¹⁷⁵⁴⁾

(나) 제3취득자

근저당부동산에 대한 '제3취득자'¹⁷⁵⁵⁾는 '피담보채무가 확정된 이후'¹⁷⁵⁶⁾ '채권최고액의 범위 내'에서 그 확정된 피담보채무를 변제하고 근저당권의 소멸을 청구할 수 있다.¹⁷⁵⁷⁾ 경매절차 진행 중인 부동산을 매수한 제3취득자는 채무자를 대위하여 그 부동산으로 담보하는 채권최고액과 경매비용을 변제공탁하면, 그 근저당권의 소멸을 청구할 수 있다.¹⁷⁵⁸⁾

1752) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다88507 판결.

1753) 근저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 근저당권의 실행비용을 담보하는 것이며, 이것이 근저당에 있어서의 채권최고액을 초과하는 경우에 근저당권자로서는 그 채무자 겸 근저당권설정자와의 관계에 있어서는 그 채무의 일부인 채권최고액과 지연손해금 및 집행비용만을 받고 근저당권을 말소시켜야 할 이유는 없을 뿐 아니라, 채무금 전액에 미달하는 금액의 변제가 있는 경우에 이로써 우선 채권최고액 범위의 채권에 변제충당할 것으로 보아야 한다는 이유도 없으니 채권 전액의 변제가 있을 때까지 근저당의 효력은 잔존채무에 여전히 미친다고 할 것이다(2010다3681).

1754) 대법원 2001. 10. 12. 선고 2000다59081 판결.

1755) 민법 제364조(제3취득자의 변제) '저당부동산에 대하여 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자'는 저당권자에게 그 부동산으로 담보된 채권을 변제하고 저당권의 소멸을 청구할 수 있다. ㉠ 이는 제3취득자의 소유의 권리에 해당한다(71마251). ㉡ 근저당 부동산에 대하여 후순위근저당권을 취득한 자는 민법 제364조에서 정한 권리를 행사할 수 있는 제3취득자에 해당하지 아니한다. 따라서 후순위근저당권자가 선순위근저당권의 피담보채무가 확정된 이후에 그 확정된 피담보채무를 변제하는 것은 민법 제469조의 규정에 의한 이해관계 있는 제3자의 변제로서 유효한 것인지 따져볼 수는 있을지언정 민법 제364조의 규정에 따라 선순위근저당권의 소멸을 청구할 수 있는 사유로는 삼을 수 없다(2005다17341). ㉢ 신탁자가 그 소유의 부동산에 채권자를 위하여 저당권을 설정하고 저당권설정등기를 마친 다음, 그 부동산에 대하여 수탁자와 부동산 신탁계약을 체결하고 수탁자 앞으로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 해 주어 대내외적으로 신탁부동산의 소유권이 수탁자에게 이전하였다면, 수탁자는 저당부동산의 제3취득자와 같은 지위를 가진다(2015다47327).

1756) ㉣ 제3취득자에 의한 피담보채무의 확정

㉠ 피담보채무를 확정시키는 근저당권설정자의 근저당권설정계약의 해제 또는 해지에 관한 권한은 근저당부동산의 소유권을 취득한 제3취득자도 원용할 수 있다(2001다47528). ㉡ 제3취득자가 명시적인 해지의 의사표시를 하지는 아니하였지만 근저당권자에게 저당목적 부동산을 취득하였음을 내세우면서 앞으로 대위변제를 통하여 채권최고액 범위 내에서 피담보채무를 소멸시키고 근저당권의 소멸을 요구할 것이라는 전제에서 채무자의 피담보채무에 대하여 채무를 일부 변제하기 시작하는 등 제3취득자가 기존 근저당권설정계약의 존속을 통한 피담보채무의 증감변동을 더 이상 용인하지 아니하겠다는 의사를 파악할 수 있는 어떤 외부적, 객관적 행위를 하고, 채권자도 그러한 사정 때문에 그 계약이 종료됨으로써 피담보채무가 확정된다고 하는 점을 객관적으로 인식할 수 있었던 경우라면, 제3취득자는 근저당권설정계약을 해지하는 묵시적인 의사표시를 한 것으로 볼 수 있으므로, 근저당권의 피담보채무는 그 설정계약에서 정한 바에 따라 확정된다(2002다7176).

1757) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2005다17341 판결. 타인의 불법행위로 인하여 부동산에 유효한 근저당권이 설정되는 경우 부동산 소유자가 입은 손해는 부동산 소유자가 근저당권자에게 대하여 당해 근저당권의 소멸을 청구하는 데 드는 비용이고(2005다74108), 이 역시 그 채권최고액의 범위 내에서 확정된 피담보채무액이다.

1758) 대법원 1971. 5. 15.자 71마251 결정(근저당권의 채권최고액은 당사자 사이의 계속적 거래관계에서 생긴

저당부동산 매매 당사자 간에 매매대금에서 피담보채무나 채권최고액을 공제한 잔액을 현실로 수수하였다는 사정만을 가지고 제3취득자의 저당권소멸청구권이 상실된다고 볼 수 없고,¹⁷⁵⁹⁾ 저당권소멸청구권 상실의 특약 내지 특별한 사정에 관하여 저당권자 측에 주장·증명책임이 있다고 보아야 한다.

(다) 물상보증인

근저당권의 물상보증인도 채권최고액만 변제하면 근저당권설정등기의 말소 청구를 할 수 있고 채권최고액 초과 부분까지 변제할 의무가 있는 것은 아니나, 근저당권 실행비용이 있으면 채권최고액과 별도로 그 비용까지 변제해야 한다.¹⁷⁶⁰⁾ 물상보증인이 근저당권자의 피담보채권에 대하여 다투고 있는 경우, 근저당권자는 물상보증인을 상대로 '피담보채권 존재 확인'의 소를 제기할 수 있다.¹⁷⁶¹⁾

(라) 변제자대위

채무자 아닌 제3자가 저당권의 피담보채무를 전부 변제하여 변제자대위 규정(민법 제481조, 제482조)¹⁷⁶²⁾ 제483조¹⁷⁶³⁾에 따라 저당권이 변제자에게 법률상 당연히 이전¹⁷⁶⁴⁾하는

채권 중 담보할 한도액을 말하는 것이므로 근저당권실행비용은 최고액에 포함되지 않는다).

1759) 대법원 2002. 5. 24. 선고 2002다7176 판결: “저당부동산의 제3취득자가 피담보채무를 인수한 경우에는 그 때부터는 제3취득자는 채권자에 대한 관계에서 채무자의 지위로 변경되므로 민법 제364조의 규정은 적용될 여지가 없다. 다만, 민법 제364조를 둔 취지가, 저당권설정자가 제3취득자로부터 매매목적물의 대가 전액을 받고서도 저당권자에 대한 피담보채무를 변제하지 않는 경우에 저당권의 실행으로 말미암아 제3취득자의 권리가 상실될 위험이 있으므로, 제3취득자로 하여금 대가 전액을 저당권설정자에 대하여 지급하고 다시 저당권설정자가 그 피담보채무를 변제하게 할 것이 아니라 저당권자에게 직접 담보된 채권을 변제하도록 하게 함으로써 제3취득자의 보호를 도모하고자 한 것이라는 점을 감안해 볼 때, 저당부동산에 관한 매매계약을 체결하는 당사자 사이에 매매대금에서 피담보채무 또는 채권최고액을 공제한 잔액만을 현실로 수수하였다는 사정만을 가지고 언제나 매수인이 매도인의 저당채권자에 대한 피담보채무를 인수한 것으로 보아 제3취득자는 채권자에 대한 관계에서 제3취득자가 아니라 채무자와 동일한 지위에 놓이게 됨으로써 저당부동산의 제3취득자가 원래 행사할 수 있었던 저당권소멸청구권을 상실한다고 볼 수는 없고, 오히려 이러한 매매대금 지급방법상의 약정은 다른 특별한 사정이 없는 한 매매당사자 사이에서는 매수인이 피담보채무 또는 채권최고액에 해당하는 매매대금 부분을 매도인에게 지급하는 것이 아니라 채권자에게 직접 지급하기로 하여 그 매매목적 부동산에 관한 저당권의 말소를 보다 확실하게 보장하겠다고 하는 취지로 그런 약정을 하게 된 것이라고 볼 것이다.”

1760) 대법원 1974. 12. 10. 선고 74다998 판결.

1761) 대법원 2004. 3. 25. 선고 2002다20742 판결.

1762) 민법 제480조(변제자의 임의대위) ① 채무자를 위하여 변제한 자는 변제와 동시에 채권자의 승낙을 얻어 채권자를 대위할 수 있다. ② 전항의 경우에 제450조 내지 제452조의 규정을 준용한다.

제481조(변제자의 법정대위) 변제할 정당한 이익이 있는 자는 변제로 당연히 채권자를 대위한다.

제482조(변제자대위의 효과, 대위자 간의 관계) ① 전2조의 규정에 의하여 채권자를 대위한 자는 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다.

② 전항의 권리행사는 다음 각 호의 규정에 의하여야 한다.

1. 보증인은 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 아니하면 전세물이나 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.
2. 제3취득자는 보증인에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.
3. 제3취득자 중의 1인은 각 부동산의 가액에 비례하여 다른 제3취득자에 대하여 채권자를 대위한다.
4. 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자가 수인인 경우에는 전항의 규정을 준용한다.
5. 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자와 보증인 간에는 그 인원 수에 비례하여 채권자를 대위한다.

경우에는, 저당권자가 대위변제자에게 저당권 이전의 부기등기를 해 주어야 할 의무가 있을 뿐, 저당권설정자가 피담보채무 소멸을 이유로 저당권의 말소등기를 구할 수는 없다(피담보채무의 일부 대위변제자는 민법 제483조 제1항에 따라 변제한 가액에 비례하여 채권자와 함께 근저당권을 행사할 수 있는데, 특별한 사정이 없는 한 채권자가 일부 대위변제자들에 대하여 우선변제권을 갖는다).¹⁷⁶⁵⁾

채권자가 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 ‘누적적 근저당권’¹⁷⁶⁶⁾

다. 그러나 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자가 수인인 때에는 보증인의 부담부분을 제외하고 그 잔액에 대하여 각 재산의 가액에 비례하여 대위한다. 이 경우에 그 재산이 부동산인 때에는 제1호의 규정을 준용한다.

1763) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017다278187 판결: “민법 제482조 제2항 제4호, 제5호가 물상보증인 상호 간에는 재산의 가액에 비례하여 부담 부분을 정하도록 하면서, 보증인과 물상보증인 상호 간에는 보증인의 총재산의 가액이나 자력 여부, 물상보증인이 담보로 제공한 재산의 가액 등을 고려하지 않고 형식적으로 인원수에 비례하여 평등하게 대위비율을 결정하도록 규정한 것은, 인적 무한책임을 부담하는 보증인과 물적 유한책임을 부담하는 물상보증인 사이에는 보증인 상호 간이나 물상보증인 상호 간과 같이 상호 이해 조정을 위한 합리적인 기준을 정하는 것이 곤란하고, 당사자 간의 특약이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 오히려 인원수에 따라 대위비율을 정하는 것이 공평하고 법률관계를 간명하게 처리할 수 있어 합리적이며 그것이 대위자의 통상의 의사 내지 기대에 부합하기 때문이다. … 이와 같이 법정대위자 상호 간의 관계에 관하여 민법 제482조 제2항 제5호가 보증인과 물상보증인 사이에 우열을 인정하지 않고 양자를 동등하게 취급하여 그에 따라 변제자 대위를 제한하거나 같은 항 제4호가 물상보증인 상호 간에 그 재산의 가액에 따라 변제자대위의 범위를 제한하거나 민법의 해석상 공동보증인 상호 간의 변제자대위가 구상권의 범위에 따라 제한된다고 보는 것은 변제자대위의 순환을 방지하여 혼란을 피하고 채무자의 무자력 위험을 보증인과 물상보증인 등 법정대위자 어느 일방이 종국적으로 부담하지 않도록 함으로써 당사자 사이의 공평을 도모하고자 하는 데 그 취지가 있다.”

1764) ① 근저당권은 거래 종료 시까지 피담보채권이 계속적으로 증감·변동하므로, 거래가 계속 중인 경우 즉, 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에는 그 채권의 일부를 양도하거나 대위변제하더라도 근저당권이 양수인이거나 대위변제자에게 이전할 여지가 없다(2001다53929). ② 대위변제자는 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다(민법 제482조①). 변제자대위는 채무를 변제함으로써 채무자에 대하여 갖게 된 구상권의 효력을 확보하기 위한 제도이므로 대위에 의한 원채권과 담보권의 행사 범위는 구상권의 범위로 한정된다(대법원 2021. 2. 25. 선고 2016다232597 판결).

1765) ◎ 일부 대위변제에 의한 저당권부 채권의 이전과 배당방법

대법원 2011. 6. 10. 선고 2011다9013 판결: “변제할 정당한 이익이 있는 사람이 채무자를 위하여 근저당권의 피담보채무의 일부를 대위변제한 경우에는 대위변제자는 근저당권 일부 이전의 부기등기의 경료 여부에 관계없이 변제한 가액의 범위 내에서 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 법률상 당연히 취득한다. 한편 수인이 시기를 달리하여 채권의 일부씩을 대위변제한 경우 그들은 각 일부 대위변제자로서 변제한 가액에 비례하여 근저당권을 준공유한다고 보아야 하나, 그 경우에도 채권자는 특별한 사정이 없는 한 채권의 일부씩을 대위변제한 일부 대위변제자들에 대하여 우선변제권을 가지고, 채권자의 우선변제권은 채권최고액을 한도로 자기가 보유하고 있는 잔존 채권액 전액에 미치므로, 결국 그 근저당권을 실행하여 배당할 때에는 채권자가 자신의 잔존 채권액을 일부 대위변제자들보다 우선하여 배당받고, 일부 대위변제자들은 채권자가 우선 배당받고 남은 한도액을 각 대위변제액에 비례하여 안분 배당받는 것이 원칙이다. 다만 채권자와 어느 일부 대위변제자 사이에 변제의 순위나 배당금의 총당에 관하여 따로 약정을 한 경우에는 그 약정에 따라 배당의 방법이 정해지는바, 이 경우에 채권자와 다른 일부 대위변제자들 사이에 동일한 내용의 약정이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 약정의 효력은 약정의 당사자에게만 미치므로, 약정의 당사자가 아닌 다른 일부 대위변제자가 대위변제액에 비례하여 안분 배당받을 권리를 침해할 수는 없다. 따라서 경매법원으로서 ① 채권자와 일부 대위변제자들 전부 사이에 변제의 순위나 배당금의 총당에 관하여 동일한 내용의 약정이 있으면 그들에게 그 약정의 내용에 따라 배당하고, ② 채권자와 어느 일부 대위변제자 사이에만 그와 같은 약정이 있는 경우에는 먼저 원칙적인 배당방법에 따라 채권자의 근저당권 채권최고액의 범위 내에서 채권자에게 그의 잔존 채권액을 우선 배당하고, 나머지 한도액을 일부 대위변제자들에게 각 대위변제액에 비례하여 안분 배당하는 방법으로 배당할 금액을 정한 다음, 약정의 당사자인 채권자와 일부 대위변제자 사이에서 그 약정 내용을 반영하여 배당액을 조정하는 방법으로 배당을 하여야 한다.”

을 설정받았는데 물상보증인 소유의 부동산이 먼저 경매되어 매각대금에서 채권자가 변제를 받은 경우, 물상보증인은 종래 채권자가 보유하던 채무자 소유 부동산에 관한 근저당권에 대하여 변제자대위를 할 수 있다(이것이 채무자 소유 부동산의 후순위저당권자의 신뢰를 침해한다고 볼 수는 없다).¹⁷⁶⁷⁾

① 보증인은 미리 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 아니하면 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하지 못하므로(민법 제482조 제2항 제1호), 보증인이 피담보채무를 변제하였으나 주채무자 소유 부동산의 저당권에 대위의 부기등기(저당권의 처분을 금하는 가처분 등기도 포함한다)를 하여 두지 아니한 동안에 그 부동산을 제3자가 취득한 경우에는, 제3취득자가 저당권의 말소를 구할 수 있으나, ② ㉠ 보증인이 피담보채무를 변제하고 위 부기등기를 한 후에 제3자가 부동산을 취득한 경우에는, 보증인은 채권자를 대위하여 저당권을 이전받고, ㉡ 보증인이 피담보채무를 변제하기 전에 제3자가 부동산을 취득한 경우에는 위 부기등기 없이도 채권자를 대위하여 저당권을 이전받으므로,¹⁷⁶⁸⁾ 제3취득자는 저당권의 말소를 구할 수 없고, ㉢ 저당물에 후순위 저당권을 취득한 제3자에 대하여는 보증인이 미리 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 않고서도 채권자를 대위할 수 있으므로,¹⁷⁶⁹⁾ 주채무자나 위 후순위 저당권자가 선순위 저당권의 말소를

1766) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2014다51756, 51763 판결: “당사자 사이에 하나의 기본계약에서 발생하는 동일한 채권을 담보하기 위하여 여러 개의 부동산에 근저당권을 설정하면서 각각의 근저당권 채권최고액을 합한 금액을 우선변제받기 위하여 공동근저당권의 형식이 아닌 개별 근저당권의 형식을 취한 경우, 이러한 근저당권은 민법 제368조가 적용되는 공동근저당권이 아니라 피담보채권을 누적적(累積的)으로 담보하는 근저당권에 해당한다. 이와 같은 누적적 근저당권은 공동근저당권과 달리 담보의 범위가 중첩되지 않으므로, 누적적 근저당권을 설정 받은 채권자는 여러 개의 근저당권을 동시에 실행할 수도 있고, 여러 개의 근저당권 중 어느 것이라도 먼저 실행하여 그 채권최고액의 범위에서 피담보채권의 전부나 일부를 우선변제받은 다음 피담보채권이 소멸할 때까지 나머지 근저당권을 실행하여 그 근저당권의 채권최고액 범위에서 반복하여 우선변제를 받을 수 있다.”

1767) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2014다51756, 51763 판결: “채권자가 ... 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 누적적 근저당권을 설정받았는데 물상보증인 소유의 부동산이 먼저 경매되어 매각대금에서 채권자가 변제를 받은 경우, 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에 민법 제481조, 제482조에 따라 종래 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다. 이때 물상보증인은 변제자대위에 의하여 종래 채권자가 보유하던 채무자 소유 부동산에 관한 근저당권을 대위취득하여 행사할 수 있다고 보아야 한다. ... 누적적 근저당권은 공동근저당권이 아니라 개별 근저당권의 형식으로 등기되므로 채무자 소유 부동산의 후순위저당권자는 해당 부동산의 교환가치에서 선순위근저당권의 채권최고액을 뺀 나머지 부분을 담보가치로 파악하고 저당권을 취득한다. 따라서 선순위근저당권의 채권최고액 범위에서 물상보증인에게 변제자대위를 허용하더라도 후순위저당권자의 보호가치 있는 신뢰를 침해한다고 볼 수 없다.”

1768) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019다222041 판결: “보증인과 제3취득자 사이의 변제자대위에 관하여 민법 제482조 제2항 제1호는 ‘보증인은 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 아니하면 전세물이나 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.’라고 정하고 있다. 이 규정은 보증인의 변제로 저당권 등이 소멸한 것으로 믿고 목적부동산에 대하여 권리를 취득한 제3취득자를 예측하지 못한 손해로부터 보호하기 위한 것이다. 따라서 보증인이 채무를 변제한 후 저당권 등의 등기에 관하여 대위의 부기등기를 하지 않고 있는 동안 제3취득자가 목적부동산에 대하여 권리를 취득한 경우 보증인은 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 없다. 그러나 제3취득자가 목적부동산에 대하여 권리를 취득한 후 채무를 변제한 보증인은 대위의 부기등기를 하지 않고도 대위할 수 있다고 보아야 한다. 보증인이 변제하기 전 목적부동산에 대하여 권리를 취득한 제3자는 등기부상 저당권 등의 존재를 알고 권리를 취득하였으므로 나중에 보증인이 대위하더라도 예측하지 못한 손해를 입을 염려가 없다.”

구할 수는 없다.

보증인과 물상보증인이 여럿 있는 경우, 먼저 대위변제를 하거나 경매를 통한 채무상환을 함으로써 다른 사람에 대하여 채권자의 권리를 대위하기 위해서는, 자신의 부담부분(대위변제 등 당시¹⁷⁷⁰⁾ 주채무액에 민법 제482조 제2항 제5호 소정의 대위비용¹⁷⁷¹⁾을 곱하여 산정한

1769) 선순위 근저당권의 피담보채무에 대한 **보증인과 후순위 근저당권자의 관계**는, ① 선순위 근저당권의 피담보채무에 대하여 직접 보증책임을 지는 보증인과 달리 선순위 근저당권의 피담보채무에 대한 직접 변제책임을 지지 않는 후순위 근저당권자는 보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 있고(즉, 민법 제482조 제2항 제2호의 제3취득자에 후순위 근저당권자는 포함되지 아니한다), ② 보증인은 미리 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 않고서도 저당물에 후순위 근저당권을 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위할 수 있다(즉, 민법 제482조 제2항 제1호의 제3자에 후순위 근저당권자는 포함되지 않는다). 요컨대, 보증인과 후순위 근저당권자는 피담보채무나 피담보채무를 변제한 한도에서 서로 채권자를 대위하여 상대방에게 권리를 행사할 수 있다. 즉, 민법 제482조에 따른 변제자대위의 상호 우열관계가 없다.

○ 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다48855 판결: “타인의 채무를 변제함으로써 당연히 채권자를 대위할 수 있는 법정대위자 간의 관계를 조정하는 규정인 **민법 제482조 제2항은 제1호에서 ‘보증인은 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 아니하면 전세물이나 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.’** … **제2호에는 ‘제3취득자는 보증인에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.’**고 규정하고 있다. 즉, 법정대위자 중 **보증인과 제3취득자 사이의 관계에 대해서는 제3취득자보다 보증인을 더 보호하려는 취지하에 제3취득자는 보증인에 대하여 채권자를 대위하지 못하게 하면서도, 보증인의 정당한 이익을 해하지 않는 범위에서 제3취득자도 최소한으로 보호하여야 할 필요성이 있어 보증인이 제3취득자에 대하여 채권자를 대위하기 위해서는 미리 대위의 부기등기를 하도록 요구하고 있는 것이다.** … 민법 제482조 제2항 제1호와 제2호에서 보증인에게 대위권을 인정하면서도 제3취득자는 보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 없다고 규정한 까닭은, 제3취득자는 등기부상 담보권의 부담이 있음을 알고 권리를 취득한 자로서 그 담보권의 실행으로 인하여 예기치 못한 손해를 입을 염려가 없고, 또한 저당부동산에 대하여 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자는 저당권자에게 그 부동산으로 담보된 채권을 변제하고 저당권의 소멸을 청구할 수 있으며(제364조), 저당물의 제3취득자가 그 부동산의 보존·개량을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 저당물의 경매대가에서 우선상환을 받을 수 있도록(제367조) 하는 등 그 이익을 보호하는 규정도 마련되어 있으므로, 변제자대위와 관련해서는 제3취득자보다는 보증인을 보호할 필요가 있기 때문이다.

그러나 저당부동산에 대하여 후순위 근저당권을 취득한 제3자는 민법 제364조에서 정한 저당권소멸청구권을 행사할 수 있는 제3취득자에 해당하지 아니하고, 달리 선순위 근저당권의 실행으로부터 그의 이익을 보호하는 규정이 없으므로 변제자대위와 관련해서 **후순위 근저당권자보다 보증인을 더 보호할 이유가 없으며, 나아가 선순위 근저당권의 피담보채무에 대하여 직접 보증책임을 지는 보증인과 달리 선순위 근저당권의 피담보채무에 대한 직접 변제책임을 지지 않는 후순위 근저당권자는 보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 있다고 봄이 타당하므로, 민법 제482조 제2항 제2호의 제3취득자에 후순위 근저당권자는 포함되지 아니한다고 해석하여야 할 것이다.**

한편, 민법 제482조 제2항 제2호의 제3취득자에 후순위 근저당권자가 포함되지 않음에도 같은 항 제1호의 제3자에는 **후순위 근저당권자가 포함된다**고 하면, 후순위 근저당권자는 보증인에 대하여 항상 채권자를 대위할 수 있지만 보증인은 후순위 근저당권자에 대하여 채권자를 대위하기 위해서는 미리 대위의 부기등기를 하여야만 하므로 **보증인보다 후순위 근저당권자를 더 보호하는 결과가 되는바, 이러한 결과는 법정대위자인 보증인과 후순위 근저당권자 간의 이해관계를 공평하고 합리적으로 조절하기 위한 민법 제482조 제2항 제1호와 제2호의 입법 취지에 부합하지 않을뿐더러 후순위 근저당권자는 통상 자신의 이익을 위하여 선순위 근저당권의 담보가치를 초과하는 담보가치만을 파악하여 담보권을 취득한 자에 불과하므로 변제자대위와 관련해서 후순위 근저당권자를 보증인보다 더 보호할 이유도 없다.**

이러한 사정들과 민법 제482조 제2항 제1호와 제2호가 상호작용하여 법정대위자 중 보증인과 제3취득자의 이해관계를 조절하는 규정인 점 등을 종합하여 보면, 보증인은 미리 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 않고서도 저당물에 후순위 근저당권을 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위할 수 있다고 할 것이므로 민법 제482조 제2항 제1호의 제3자에 후순위 근저당권자는 포함되지 않는다고 할 것이다.”

1770) 보증인이나 물상보증인이 대위변제 등 당시에 이미 주채무자의 변제나 채무 면제 등으로 주채무가 감소하거나 이자·지연손해금이 증가한 사정이 있다면, 이를 반드시 참작하여 그 대위변제 당시를 기준으로 하여 당해 보증인이나 물상보증인의 대위변제액 등이 그의 부담 부분을 초과하는 것인지 여부를 판단하여야 한다.

금액)을 넘는 변제를 하여야 한다.¹⁷⁷²⁾ 채무자가 아닌 위탁자가 타인의 채무를 담보하기 위하여 채권자를 우선수익자로 하는 '부동산담보신탁'을 한 경우, 위탁자가 '물상보증인'에 해당한다고 볼 수는 없으나, 채권자의 우선수익권에 대한 '보증인의 변제자대위'의 경우 보증인과 물상보증인 상호간의 관계와 마찬가지로 그 '인원수에 비례'하여 채권자를 대위하는 제한을 받는다.¹⁷⁷³⁾

(마) 공동근저당권의 대위

공동저당권자가 공동저당(공동저당관계 등기는 공동저당권의 성립요건이나 대항요건이 아니다)¹⁷⁷⁴⁾ 부동산 중 일부의 경매대가로 피담보채권 전부의 변제를 받았다 하더라도(공동저당 부동산 전체의 환가대금을 동시에 배당하는 이른바 '동시배당'의 경우에는 민법 제368조¹⁷⁷⁵⁾ 제1항

1771) 물상보증인과 보증인 간에는 그 인원수에 비례하되, 보증인과 물상보증인의 지위를 겸하는 자도 1인으로 보고, 물상보증인이 수인인 때에는 보증인의 부담 부분을 제외하고 그 잔액에 대하여 각 재산의 가액에 비례하여 산정한다.

1772) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2007다61113, 61120 판결; "여러 보증인 또는 물상보증인 중 어느 1인이 위와 같은 방식으로 산정되는 자신의 부담 부분에 미달하는 대위변제 등을 한 경우 그 대위변제액 ... 에 위 규정 소정의 대위비용을 곱하여 산출된 금액만큼 곧바로 다른 자를 상대로 채권자의 권리를 대위할 수 있도록 한다 면, 먼저 대위변제 등을 한 자가 부당하게 이익을 얻거나 대위자들 상호간에 대위가 계속 반복되게 되고 대위관계를 공평하게 처리할 수도 없게 되므로, 민법 제482조 제2항 제5호의 규정 취지에 반하는 결과가 생기게 된다. 따라서 보증인과 물상보증인이 여럿 있는 경우 어느 누구라도 위와 같은 방식으로 산정한 각자의 부담 부분을 넘는 대위변제 등을 하지 않으면 다른 보증인과 물상보증인을 상대로 채권자의 권리를 대위할 수 없다."

1773) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017다278187 판결; "채무자가 아닌 위탁자가 타인의 채무를 담보하기 위하여 급전채권자를 우선수익자로 하는 부동산담보신탁을 설정한 경우에, 실령 경제적인 실질에 있어 위탁자가 부동산담보신탁을 통하여 신탁부동산의 처분대금을 타인의 채무의 담보로 제공한 것과 같이 볼 수 있다고 하더라도, 위탁자가 자기의 재산 그 자체를 타인의 채무의 담보로 제공한 물상보증인에 해당한다고 볼 수는 없다. ... (민법 제482조 제2항 제4호, 제5호) 취지에 비추어 볼 때, ... 채권자가 가지는 우선수익권이 민법 제481조, 제482조 제1항에 의하여 보증채무를 이행한 보증인이 법정대위할 수 있는 '담보에 관한 권리'에 해당한다고 하더라도, 먼저 보증채무를 이행한 보증인이 채권자의 우선수익권에 대하여 아무런 제한 없이 보증채무를 이행한 전액에 대하여 변제자대위를 할 수 있다고 볼 수는 없으며, 다른 기준이나 별도의 약정 등 특별한 사정이 없는 이상, 채권자의 우선수익권에 대한 보증인의 변제자대위도 인원수에 비례하여 채권자를 대위할 수 있다고 보는 것이 대위자 상호 간의 합리적이고 통상적인 기대에도 부합한다고 할 것이므로, 채권자의 우선수익권에 대한 보증인의 변제자대위도 보증인과 물상보증인 상호 간의 관계와 마찬가지로 그 인원수에 비례하여 채권자를 대위하는 제한을 받는다고 해석함이 타당하다."

1774) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다57746 판결; "부동산등기법 제149조는 ... 공동담보등기의 신청이 있는 경우 ... 부동산의 등기용지 중 해당 구 사항란에 다른 부동산에 관한 권리의 표시를 하고 그 권리가 함께 담보의 목적이란 뜻을 기재하도록 규정하고 있지만, 이는 공동저당권의 목적물이 수 개의 부동산에 관한 권리인 경우에 한하여 적용되는 등기절차에 관한 규정일 뿐만 아니라, 수 개의 저당권이 피담보채권의 동일성에 의하여 서로 결속되어 있다는 취지를 공시함으로써 권리관계를 명확히 하기 위한 것에 불과하므로, 이와 같은 공동저당관계의 등기를 공동저당권의 성립요건이나 대항요건이라고 할 수 없다. 따라서 근저당권설정자와 근저당권자 사이에서 동일한 기본계약에 기하여 발생한 채권을 중첩적으로 담보하기 위하여 수 개의 근저당권을 설정하기로 합의하고 이에 따라 수 개의 근저당권설정등기를 마친 때에는 부동산등기법 제149조에 따라 공동근저당관계의 등기를 마쳤는지 여부와 관계없이 그 수 개의 근저당권 사이에는 각 채권최고액이 동일한 범위 내에서 공동근저당관계가 성립한다." ⇨ 건물에 설정된 근저당권과 그 건물 일부분에 관한 전세권에 설정된 근저당권이 비록 공동근저당관계의 등기가 마쳐져 있지 않지만, 피담보채권과 채권최고액이 각각 동일한 점 등에 비추어, 그 동일한 채권최고액의 범위 내에서 동일한 피담보채무를 중첩적으로 담보하기 위하여 설정된 공동근저당권이라고 본 원심 판단이 정당하다고 한 예.

1775) 민법 제368조(공동저당과 대가의 배당, 차순위자의 대위) ① 동일한 채권의 담보로 수개의 부동산에 저당권을

이.¹⁷⁷⁶⁾ 공동저당 부동산 중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 이른바 '이시배당'의 경우에는 민법 제368조 제2항¹⁷⁷⁷⁾이 각 적용되는데, 두 경우 모두 공동저당의 각 부동산에 대하여 채권최고액만큼 반복하여, 이른바 '누적적'으로 배당받지는 못하고, '이시배당'의 경우 후경매의 공동저당 부동산에 대한 우선변제권의 범위는 피담보채권의 확정 여부와 상관없이 최초의 채권최고액에서 선행매의 공동저당 부동산으로부터 우선변제받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액으로 제한되며,¹⁷⁷⁸⁾ 이는 채무자 소유의 부동산과 물상보증

설정한 경우에 그 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다. ② 전항의 저당부동산 중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 경우에는 그 대가에서 그 채권 전부의 변제를 받을 수 있다. 이 경우에 그 경매한 부동산의 차순위저당권자는 선순위저당권자가 전항의 규정에 의하여 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다.

1776) ① 대법원 2010. 4. 15. 선고 2008다41475 판결: "공동저당권이 설정되어 있는 수개의 부동산 중 일부는 채무자 소유이고 일부는 물상보증인의 소유인 경우 위 각 부동산의 경매대가를 동시에 배당하는 때에는, 물상보증인이 민법 제481조, 제482조의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유 부동산에 대하여 담보권을 행사할 수 있는 지위에 있는 점 등을 고려할 때, ... 민법 제368조 제1항은 적용되지 아니한다고 봄이 상당하다. 따라서 이러한 경우 경매법원으로서의 채무자 소유 부동산의 경매대가에서 공동저당권자에게 우선적으로 배당을 하고, 부족분이 있는 경우에 한하여 물상보증인 소유 부동산의 경매대가에서 추가로 배당을 하여야 할 것이다." ② 이러한 이치는 물상보증인이 채무자를 위한 연대보증인의 지위를 겸하고 있는 경우에도 마찬가지이다 (대법원 2016. 3. 10. 선고 2014다231965 판결). ② 대법원 2024. 6. 13. 선고 2020다258893 판결: "각 부동산의 경매대가"란 일반적으로 매각대금에서 당해 부동산이 부담할 경매비용과 선순위채권을 공제한 잔액을 말하지만, 공동저당권 설정등기 전에 가압류등기가 마쳐진 경우처럼 공동저당권과 동순위로 배당받는 채권이 있는 경우에는 매각대금에서 당해 부동산이 부담할 경매비용과 선순위채권뿐만 아니라 동순위채권에 안분되어야 할 금액까지 공제한 잔액을 말한다고 봄이 타당하다. ... 공동저당권과 동순위로 배당받는 채권이 있는 경우 동시배당을 하는 때 민법 제368조 제1항에 따른 채권의 분담은, 먼저 공동저당권과 동순위로 배당받을 채권자가 존재하는 부동산의 매각대금에서 경매비용과 선순위채권을 공제한 잔여금액을 공동저당권의 피담보채권액과 동순위채권액에 비례하여 안분한 다음, 공동저당권의 피담보채권에 안분된 금액을 경매대가로 삼아 다른 부동산들과 사이에서 각 경매대가에 안분하여 채권의 분담을 정하는 방법으로 이루어진다. 이는 공동근저당의 경우에도 마찬가지이다."

1777) ① 공동근저당의 목적 부동산 중 일부에 대한 경매절차에서, 공동근저당권자가 선순위근저당권자로서의 자신의 채권 전액을 청구하였다면, 선순위근저당권자가 그 경매대가로부터 우선하여 변제받고, 후순위근저당권자는 그 잔액으로부터 변제를 받는 것이며, 이는 선순위근저당권자와 후순위근저당권자가 동일인이라고 하여 달라지는 것은 아니다(대법원 2018. 7. 11. 선고 2017다292756 판결). ② 차순위자의 대위에 관한 법리는 공동저당이 설정된 복수의 부동산에 선순위 공동근저당권이 설정되고 그 후 일부 부동산에 후순위 전채권이 설정된 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2021. 12. 16. 선고 2021다247258 판결). ③ 납세의무자 소유의 여러 부동산에 대하여 조세우선변제권이 행사된 경우, 민법 제368조가 유추적용된다(2011다47534).

1778) 대법원 2017. 12. 21. 선고 2013다16992 전원합의체 판결: "공동저당권의 목적인 수 개의 부동산이 동시에 경매된 경우에 공동저당권자로서는 어느 부동산의 경매대가로부터 배당받은 우선변제권이 충족되지만 하면 되지만, 각 부동산의 소유자나 후순위 저당권자 그 밖의 채권자는 어느 부동산의 경매대가가 공동저당권자에게 배당되는지에 관하여 중대한 이해관계를 가진다. 민법 제368조 제1항은 공동저당권 목적 부동산의 전체 환가대금을 동시에 배당하는 이른바 동시배당의 경우에 공동저당권자의 실행선택권과 우선변제권을 침해하지 아니하는 범위 내에서 각 부동산의 책임을 안분함으로써 각 부동산의 소유자와 후순위 저당권자 그 밖의 채권자의 이해관계를 조절하고, 나아가 같은 조 제2항은 대위제도를 규정하여 공동저당권의 목적 부동산 중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 이른바 이시배당의 경우에도 최종적인 배당의 결과가 동시배당의 경우와 같게 함으로써 공동저당권자의 실행선택권 행사로 인하여 불이익을 입은 후순위 저당권자를 보호하는 데에 그 취지가 있다. 민법 제368조는 공동근저당권의 경우에도 적용되고, 공동근저당권자가 스스로 근저당권을 실행한 경우는 물론이며 타인에 의하여 개시된 경매 등의 환가절차에서 그 환가대금 등으로부터 다른 권리자에 우선하여 피담보채권의 일부에 대하여 배당받은 경우에도 적용된다. 공동저당권이 설정된 목적 부동산에 대하여 동시배당이 이루어지는 경우에 공동근저당권자는 채권최고액 범위 내에서 피담보채권을 민법 제368조 제1항에 따라 부동산별로 나누어 각 환가대금에 비례한 액수로 배당받으며, 공동근저당권의 각 목적 부동산에 대하여 채권최고액만큼 반복하여, 이른바 누적적으로 배당받지 아니한다. 그렇다면 공동근저당권이 설정된 목적 부동산에 대하여 이시배당이 이루어지는 경우에도 동시배당의 경우와 마찬가지로 공동근저당권자가 공동근저당권 목적 부동산

인 소유의 부동산에 공동근저당권이 설정된 후 먼저 채무자 소유 부동산을 임의환가하여 청산한 경우에도 마찬가지이다¹⁷⁷⁹⁾), ① 공동저당 부동산 전부가 채무자 소유여서 민법 제368조 제2항 후문 소정의 '후순위저당권자 대위'가 인정되는 경우¹⁷⁸⁰⁾에는 미경매의 다른 부동산상 공동저당권은 위 후순위저당권자에게 법률상 당연히 이전하고(다만, 선경매 부동산의 후순위저당권자가 다른 부동산에 대위등기를 하지 않고 있는 사이에 그 부동산에 관한 저당권등기가 말소된 후 그 부동산을 취득한 제3자에 대해서는, 후순위저당권자 대위로 대항할 수 없다),¹⁷⁸¹⁾ 공동저당이 설정된 복수의

의 각 환가대금으로부터 채권최고액만큼 반복하여 배당받을 수는 없다고 해석하는 것이 민법 제368조 제1항 및 제2항의 취지에 부합한다. ... 그러므로 공동근저당권자가 스스로 근저당권을 실행하거나 타인에 의하여 개시된 경매 등의 환가절차를 통하여 공동담보의 목적 부동산 중 일부에 대한 환가대금 등으로부터 다른 권리자에 우선하여 피담보채권의 일부에 대하여 배당받은 경우에, 그와 같이 우선변제받은 금액에 관하여는 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대한 경매 등의 환가절차에서 다시 공동근저당권자로서 우선변제권을 행사할 수 없다고 보아야 하며, 공동담보의 나머지 목적 부동산에 대하여 공동근저당권자로서 행사할 수 있는 우선변제권의 범위는 피담보채권의 확정 여부와 상관없이 최초의 채권최고액에서 위와 같이 우선변제받은 금액을 공제한 나머지 채권최고액으로 제한된다고 해석함이 타당하다. 그리고 이러한 법리는 채권최고액을 넘는 피담보채권이 원금이 아니라 이자·지연손해금인 경우에도 마찬가지로 적용된다."

1779) 대법원 2018. 7. 11. 선고 2017다292756 판결: "공동근저당권자는 그와 같이 변제받은 금액에 관하여는 더 이상 물상보증인 소유 부동산에 대한 경매 등의 환가절차에서 우선변제권을 행사할 수 없다고 보아야 할 것이다. 만일 위와 달리 ... 우선변제권을 행사할 수 있다고 보게 되면, 채무자 소유 부동산의 담보력을 기대하고 자기의 부동산을 담보로 제공한 물상보증인의 기대이익을 박탈하게 되는 것일 뿐만 아니라, 공동근저당권자가 담보 목적물로부터 변제받는 방법으로 임의환가 방식을 선택하였다는 이유만으로 물상보증인의 책임 범위가 달라지게 되어 형평에 어긋나기 때문이다."

1780) '전부 채무자 소유'인 공동저당 부동산 중 일부의 경매대가로 피담보채권 전부의 변제를 받은 경우, 그 경매 부동산의 후순위저당권자는 선순위저당권자가 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다.

1781) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다99341 판결: "후순위저당권자의 대위는 선순위저당권자가 가지고 있던 다른 부동산에 관한 저당권이 법률상 당연히 후순위저당권자에게 일정 한도에서 이전하는 것으로서, 민법 제187조에서 말하는 법률의 규정에 의한 물건변동에 해당하여 등기 없이도 효력이 생긴다고 해석된다. 다만 제482조 제2항 제1호, 제5호는 변제자대위의 효과로 채권자가 가지고 있던 채권 및 그 담보에 관한 권리가 법률상 당연히 변제자에게 이전하는 경우에도, 변제로 인하여 저당권 등이 소멸한 것으로 믿고 그 목적부동산을 취득한 제3취득자를 불측의 손해로부터 보호하기 위하여 미리 저당권 등에 대위의 부기등기를 하지 아니하면 제3취득자에 대하여 채권자를 대위하지 못하도록 정하고 있다. 이에 따라 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 물상보증인이 수인일 때 그중 일부의 물상보증인이 채무를 변제한 뒤 다른 물상보증인 소유 부동산에 설정된 근저당권설정등기에 관하여 대위의 부기등기를 하여 두지 아니하고 있는 동안에 제3취득자가 위 부동산을 취득하였다면, 대위변제한 물상보증인들은 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 없다고 해석된다. 그런데 이와 같이 법률상 당연히 이전되는 저당권과 관련하여 그 후에 해당 부동산에 대하여 권리를 취득한 제3취득자를 보호할 필요성은 후순위저당권자의 대위의 경우에도 마찬가지로 존재한다. 그리고 후순위저당권자의 대위의 경우에도 부동산등기법 제80조에서 정한 공동저당의 대위등기를 통하여 제3취득자에게 공시할 수 있으므로, 변제자대위와 마찬가지로 일정한 경우에 그 대위등기를 선행하도록 요구한다고 하더라도 후순위저당권자에게 크게 불리하지 아니하다. 더욱이 변제자대위의 경우에는 저당권뿐 아니라 채권까지 이전됨에 비하여 후순위저당권자의 대위의 경우에는 채권이 이전되지 아니한다는 점까지 고려하면, 후순위저당권자를 변제자보다 항상 더 보호하여야 할 필요성이 있다고 보기는 어렵다. 한편 후순위저당권자의 대위에 의하여 선순위저당권자가 가지고 있던 다른 부동산에 관한 저당권이 후순위저당권자에게 이전된 후에 아직 저당권이 말소되지 아니하고 부동산등기부에 존속하는 경우라면, 비록 공동저당의 대위등기를 하지 아니하더라도 제3취득자로서는 그 저당권이 유효하게 존재함을 알거나 적어도 그 저당권이 공동저당권으로서 공시되어 있는 상태에서 이를 알면서 해당 부동산을 취득할 것이므로 저당권의 이전과 관련하여 제3취득자를 보호할 필요성은 적다. 이러한 사정들을 종합하여 보면, 먼저 경매된 부동산의 후순위저당권자가 다른 부동산에 공동저당의 대위등기를 하지 아니하고 있는 사이에 선순위저당권자 등에 의해 그 부동산에 관한 저당권등기가 말소되고, 그와 같이 저당권등기가 말소되어 등기부상 저당권의 존재를 확인할 수 없는 상태에서 그 부동산에 관하여

부동산이 같은 물상보증인의 소유에 속하고 그중 하나의 부동산에 후순위저당권이 설정되어 있는 경우에도 마찬가지이며,¹⁷⁸²⁾ ② 공동저당의 목적인 채무자 소유 부동산과 물상보증인 또는 제3취득자 소유 부동산 중 물상보증인 또는 제3취득자 소유 부동산이 먼저 경매되어 피담보채무가 변제되거나 물상보증인 또는 제3취득자가 변제한 경우, 변제자대위 규정(민법 제481조, 제482조)에 의하여 채무자 소유 부동산의 공동저당권이 변제자인 물상보증인 등에게 법률상 당연히 이전¹⁷⁸³⁾하므로(‘물상보증인 소유 부동산’에 대한 ‘후순위저당

소유권이나 저당권 등 새로 이해관계를 취득한 사람에 대해서는, 후순위저당권자가 민법 제368조 제2항에 의한 대위를 주장할 수 없다고 봄이 타당하다.”

1782) 대법원 2021. 12. 16. 선고 2021다247258 판결: “공동저당이 설정된 복수의 부동산이 같은 물상보증인의 소유에 속하고 그중 하나의 부동산에 후순위저당권이 설정되어 있는 경우에, 그 부동산의 대가만이 배당되는 때에는 후순위저당권자는 민법 제368조 제2항에 따라 선순위 공동저당권자가 같은 조 민법 제368조 제1항에 따라 공동저당이 설정된 다른 부동산으로부터 변제를 받을 수 있었던 금액에 이르기까지 선순위 공동저당권자를 대위하여 그 부동산에 대한 저당권을 행사할 수 있다. 이 경우 공동저당이 설정된 부동산이 제3자에게 양도되어 그 소유자가 다르게 되더라도 민법 제482조 제2항 제3호, 제4호에 따라 각 부동산의 소유자는 그 부동산의 가액에 비례해서만 변제자대위를 할 수 있으므로 후순위저당권자의 지위는 영향을 받지 않는다.”

1783) ○ 대법원 1990. 12. 26. 선고 90다4686 판결: “원고는 이 사건 토지와 함께 동일한 채권에 관한 공동담보물로 근저당권설정등기가 되어 있는 다른 부동산을 그 소유자 겸 채무자인 피고보조참가인으로부터 별도의 양도담보계약에 의하여 취득한 후 근저당채권자인 피고에게 당해 피담보채무를 변제하였다는 것이므로, … 원고는 제3취득자의 입장에서 이 사건 토지와 위 다른 부동산에 의하여 공동으로 담보된 위 채무를 변제할 정당한 이익이 있는 것이고, 따라서 근저당채권자인 피고로서는 당연히 대위변제자인 원고에게 위 대위변제에 따른 저당권이전의 부기등기를 마쳐주어야 할 의무가 있는 것”

○ 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다25417 판결: “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 1번 저당권자가 변제를 받은 때에는 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에, 민법 제481조, 제482조의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 1번 저당권을 취득한다고 봄이 상당한바, 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 때문이라 할 것이다. 또한 이러한 경우 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 물상보증인에게 이전한 위 1번 저당권으로부터 우선하여 변제를 받을 수 있다고 봄이 상당한바, 이는 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자로서는 공동저당의 목적물 중 채무자 소유의 부동산의 담보가치 뿐만 아니라, 물상보증인 소유의 부동산의 담보가치도 고려하여 저당권을 설정받았고, 물상보증인으로서 자기 소유의 부동산에 설정된 후순위저당권에 의한 부담을 위 후순위저당권의 설정 당초부터 이를 감수하고 있었다고 할 수 있으며, 공동저당의 목적물 중 채무자 소유의 부동산이 먼저 경매된 경우 또는 공동저당의 목적물의 전부가 일괄경매된 경우와의 균형상, 물상보증인 소유의 부동산이 먼저 경매되었다는 우연한 사정에 의하여 물상보증인이 그 구상권에 대하여 채무자 소유의 부동산으로부터 후순위저당권자보다도 우선하여 변제를 받을 수 있고, 본래 예정되어 있던 후순위저당권에 의한 부담을 면할 수 있다고 하는 것은 불합리하므로, 물상보증인 소유의 부동산이 먼저 경매된 경우에 있어서는 민법 제368조 제2항 후단이 후순위저당권자의 보호를 기하고 있는 취지를 고려하여 물상보증인에게 이전한 1번 저당권은 위 후순위저당권자의 피담보채권을 담보하는 것으로 되어, 위 후순위저당권자는 마치 위 1번저당권상에 민법 제370조, 제342조의 규정에 의하여 물상대위를 하는 것과 같이 그 순위에 따라 물상보증인의 취득한 1번저당권으로부터 우선하여 변제를 받을 수 있다고 보아야 하기 때문이다.

○ 대법원 2012. 7. 26. 선고 2010다78708 판결: “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 사실만으로 말소등기를 청구할 수 없다.”

권자'는 물상보증인에게 이전한 채무자 소유 부동산의 공동저당권으로부터 우선하여 변제를 받을 수 있는데,¹⁷⁸⁴⁾ 채무자는 물상보증인에 대한 반대채권과 물상보증인의 구상금 채권 간의 '상계'로 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자에게 대항할 수 없다.¹⁷⁸⁵⁾ 같은 물상보증인이 소유하는 복수의 부동산에 공동저당이 설정되고 그중 한 부동산에 후순위저당권이 설정된 다음에 그 부동산이 채무자에게 양도됨으로써 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 대해 공동저당이 설정된 상태에 있게 된 경우에는 물상보증인의 변제자대위는 후순위저당권자의 지위에 영향을 주지 않는 범위에서 성립한다¹⁷⁸⁶⁾, 채무자가 피담보채무 소멸을 이유로 채무자 소유 부동산상 공동저당권의 말소등기를 구할 수는 없고, ③ 위 ②의 법리는 수인의 물상보증인 간에도 마찬가지(다만, 먼저 공동저당권의 피담보채무를 변제한 물상보증인은 민법 제482조 제2항 제4호, 제3호에 따라 각 부동산의 가액에 비례하여 다른 물상보증인에 대하여 채권자를 대위한다)이며,¹⁷⁸⁷⁾ ④ 공동저당의 목적인 제3취득자 소유

1784) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2010다78708 판결, 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다25417 판결.

1785) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2014다221777, 221784 판결: "이 경우에 채무자는 물상보증인에 대한 반대채권이 있더라도 특별한 사정이 없는 한 물상보증인의 구상금 채권과 상계함으로써 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자에게 대항할 수 없다. 채무자는 선순위공동저당권자가 물상보증인 소유의 부동산에 대해 먼저 경매를 신청한 경우에 비로소 상계할 것을 기대할 수 있는데, 이처럼 우연한 사정에 의하여 좌우되는 상계에 대한 기대가 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자가 가지는 법적 지위에 우선할 수 없다." "물상보증인 소유 부동산의 후순위저당권자(원고)가 본소청구로 공동저당권자(피고)를 상대로 변제자대위와 물상대위를 이유로 채무자 소유 부동산상 공동저당권등기의 이전등기를 구함에 대하여, 채무자가 피고를 상대로 물상보증인이 채무자에 대해 취득한 구상금 채권이 상계로 소멸하였다고 주장하며 위 공동저당권등기의 말소를 구하는 독립당사자 참가신청은, 원고의 청구와 동일한 권리관계에 관하여 주장 자체로 양립되지 않는 관계에 있지 않으므로, 권리주장참가의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 직권으로 판단한 사례.

1786) 대법원 2021. 12. 16. 선고 2021다247258 판결: "이는 물상보증인으로부터 부동산을 양수한 제3취득자가 변제자대위를 하는 경우에도 마찬가지이다. 이 경우 물상보증인이 자신이 변제한 채권 전부에 대해 변제자대위를 할 수 있다고 본다면, 후순위저당권자는 해당부동산이 채무자에게 이전되었다는 우연한 사정으로 대위를 할 수 있는 지위를 박탈당하는 반면, 물상보증인 또는 그로부터 부동산을 양수한 제3취득자는 뜻하지 않은 이득을 얻게 되어 부당하다. 같은 물상보증인이 소유하는 복수의 부동산에 공동저당이 설정된 경우 그 부동산 중 일부에 대한 후순위저당권자는 선순위 공동저당권자가 공동저당이 설정된 부동산의 가액에 비례하여 배당받는 것을 전제로 부동산의 담보가치가 남아있다고 기대하여 저당권을 설정받는 것이 일반적이고, 이러한 기대를 보호하는 것이 민법 제368조의 취지에 부합한다." "공동저당이 설정된 같은 물상보증인 소유의 1, 2 부동산 중 1 부동산에 원고의 후순위 전세권(2억 3천만 원)이 설정된 후, 2 부동산은 매매를 원인으로 한 피고(제3취득자) 명의의 소유권이전등기, 1 부동산은 채무자 명의의 소유권이전청구권 가등기가 마쳐진 다음, 피고는 근저당권 채무 5억 5천만 원을 대위변제한 뒤 2 부동산 근저당권을 말소하였고, 채무자는 1 부동산에 관하여 가등기에 기한 본등기를 마쳤으며, 피고는 1 부동산 근저당권의 이전등기를 하였고, 1 부동산 임의경매에 따른 배당금액을 피고가 전액 배당받자, 원고가 그 중 2억 3천만 원에 대해 배당이의의 소를 제기한 사안에서, 1, 2 부동산 동시 경매의 경우 1, 2 부동산 전체 가액 16억 3500만 원(= 1 부동산 경락가액 4억 8500만 + 2부동산 피고 매수가액 11억 5천만) 중 책임분담액은 1 부동산 163,149,847원(= 피담보채무 5억 5천만 × 4억 8500만/16억 3500만), 2 부동산 386,850,152원(= 5억 5천만 × 11억 5천만/16억 3500만)이므로, 원고가 전세권 설정 당시 전세금 2억 3천만 원 전액에 관하여 민법 제368조 제2항에 따라 대위를 할 수 있는 지위에 있었고, 피고는 근저당권 채무 5억 5천만 원을 대위변제한으로써 변제자대위에 의하여 제1 부동산 근저당권을 취득하게 되나, 위와 같이 원고가 대위할 수 있었던 2억 3천만 원의 범위에서는 변제자대위를 할 수 없으므로 피고 명의의 근저당권이전등기도 그 범위에서는 효력이 없으며, 따라서 피고는 위 금액의 범위에서는 원고보다 우선하여 배당받을 수 없으므로, 원고에 대한 배당액 0원은 2억 3천만 원으로 경정되어야 한다고 한 예.

1787) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다25417 판결: "이러한 법리는 물상보증인이 수인인 경우에도 마찬가지라 할 것이므로(이 경우 물상보증인들 사이의 변제자대위 관계는 민법 제482조 제2항 제4호, 제3호에 의하여 규율될 것이다), 자기 소유의 부동산이 먼저 경매되어 1번 저당권자에게 대위변제를 한 물상보증인은 위 1번 저당권을 대위취득하였고, 그 물상보증인 소유의 부동산의 후순위저당권자는 위 1번 저당권에 대하여 물상대위를 할

부동산과 물상보증인 소유 부동산 중 물상보증인 소유 부동산이 먼저 경매되어 피담보채무가 변제되거나 물상보증인이 변제한 경우, 변제자대위로 제3취득자 소유 부동산의 공동저당권이 물상보증인에게 법률상 당연히 이전하므로, 제3취득자가 피담보채무 소멸을 이유로 제3취득자 소유 부동산상 공동저당권의 말소등기를 구할 수는 없다.¹⁷⁸⁸⁾

하지만, ① 공동저당의 목적인 채무자 소유 부동산과 물상보증인 소유 부동산 중 채무자 소유 부동산이 먼저 경매되어 피담보채무가 변제된 경우, 채무자 소유 부동산에 대한 후순위 저당권자는 민법 제368조 제2항 후단에 의하여 선순위 공동저당권자를 대위하여 물상보증인 소유 부동산에 대하여 저당권을 행사할 수는 없으므로(이는 채무자 소유 부동산에 후순위 저당권이 설정된 '후'에 물상보증인 소유 부동산이 추가로 공동저당의 목적으로 된 경우에도 마찬가지이다),¹⁷⁸⁹⁾ 물상보증인 소유 부동산상 공동저당권등기는 피담보채무의 소멸로 인하여 말소되어야 하고,¹⁷⁹⁰⁾ ② 물상보증인이 공동저당권의 피담보채무를 변제한 때에도 다

수 있다 할 것이므로, 그 1번 저당권설정등기는 말소등기가 경료될 것이 아니라 위 물상보증인 앞으로 대위에 의한 저당권이전의 부기등기(부동산등기법 제148조)가 경료되어야 할 성질의 것이며, 따라서 아직 경매되지 아니한 공동저당물의 소유자로서는 위 1번 저당권자에 대한 피담보채무가 소멸하였다는 사정만으로는 그 말소등기를 청구할 수 없다고 보아야 할 것이다.”

1788) 대법원 2014. 12. 18. 선고 2011다50233 전원합의체 판결: “민법 제481조는 ‘변제할 정당한 이익이 있는 자는 변제로 당연히 채권자를 대위한다.’라고 규정하고, 민법 제482조 제1항은 ‘전2조의 규정에 의하여 채권자를 대위한 자는 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다.’라고 규정하며, 같은 조 제2항은 ‘전항의 권리행사는 다음 각 호의 규정에 의하여야 한다.’라고 규정하고 있으나, 그중 물상보증인과 제3취득자 사이의 변제자대위에 관하여는 명확한 규정이 없다. 그런데 보증인과 제3취득자 사이의 변제자대위에 관하여 민법 제482조 제2항 제1호는 ‘보증인은 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 아니하면 전세물이나 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.’라고 규정하고, 같은 항 제2호는 ‘제3취득자는 보증인에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.’라고 규정하고 있다. 한편 민법 제370조, 제341조에 의하면 물상보증인이 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소유권을 잃은 때에는 ‘보증채무’에 관한 규정에 의하여 채무자에 대한 구상권을 가지고, 민법 제482조 제2항 제5호에 따르면 물상보증인과 보증인 상호 간에는 그 인원수에 비례하여 채권자를 대위하게 되어 있을 뿐 이들 사이의 우열은 인정하고 있지 아니하다. 위와 같은 규정 내용을 종합하여 보면, 물상보증인이 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소유권을 잃은 때에는 보증채무를 이행한 보증인과 마찬가지로 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자에 대하여 구상권의 범위 내에서 출제한 전액에 관하여 채권자를 대위할 수 있는 반면, 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자는 채무를 변제하거나 담보권의 실행으로 소유권을 잃더라도 물상보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 없다고 보아야 할 것이다. 만일 물상보증인의 지위를 보증인과 다르게 보아서 물상보증인과 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자 상호 간에는 각 부동산의 가액에 비례하여 채권자를 대위할 수 있다고 한다면, 본래 채무자에 대하여 출제한 전액에 관하여 대위할 수 있었던 물상보증인은 채무자가 담보부동산의 소유권을 제3자에게 이전하였다는 우연한 사정으로 이제는 각 부동산의 가액에 비례하여서만 대위하게 되는 반면, 당초 채무 전액에 대한 담보권의 부담을 각오하고 채무자로부터 담보부동산을 취득한 제3자는 그 범위에서 뜻하지 않은 이득을 얻게 되어 부당하다. 이와 달리 담보부동산을 매수한 제3취득자는 물상보증인에 대하여 각 부동산의 가액에 비례하여 채권자를 대위할 수 있다고 한 74다1419 판결은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다.” ☞ 피고(물상보증인)가 소외인(채무자)의 대출금 채무를 변제한 이상, 소외인으로부터 근저당권이 설정되어 있는 과수원 지분을 취득한 원고들(제3취득자)에 대하여 피고가 출제한 전액의 범위에서 근저당권을 대위행사할 수 있다고 판단하고, 원고들의 근저당권설정등기말소 청구를 기각한 원심의 판단이 정당하다고 한 예.

1789) 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다207996 판결.

1790) 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다36596 판결.

이와 달리, 채무자 소유의 부동산에 대한 후순위 저당권자가 자신의 담보권을 보전할 목적으로 스스로 출연을 하여 선순위 저당권의 피담보채무를 변제한 경우에는, 선순위 저당권자의 보증인에 대한 채권 및 그 담보(저당

른 사정에 의하여 채무자에 대하여 구상권이 없는 경우에는 채권자를 대위하여 채권자의 공동저당권을 행사할 수 없어서,¹⁷⁹¹⁾ 채무자 소유 부동산의 공동저당권이 물상보증인에게 이전하지 않고 소멸하므로, 채무자는 그 저당권의 말소를 구할 수 있으며, ③ 공동저당의 목적인 제3취득자 소유 부동산과 물상보증인 소유 부동산 중 제3취득자 소유 부동산이 먼저 경매되어 피담보채무가 변제되거나 제3취득자가 변제한 경우, 제3취득자는 물상보증인에 대하여 채권자를 대위할 수 없어,¹⁷⁹²⁾ 물상보증인 소유 부동산의 공동저당권이 제3취득자에게 이전하지 않고 소멸하므로, 물상보증인은 그 저당권의 말소를 구할 수 있고, ④ 수인의 물상보증인 중 한 물상보증인이 공동저당권의 피담보채무를 변제하였으나 다른 물상보증인 소유 부동산의 공동저당권에 대위의 부기등기를 하여 두지 아니한 상태에서 그 부동산을 제3자가 취득한 경우, 제3취득자는 자신 소유 부동산상 저당권의 말소를 구할 수 있다.¹⁷⁹³⁾

권)는 모두 대위변제자인 후순위 저당권자에게 이전되고, 따라서 선순위 저당권자는 후순위 저당권자에게 대위변제로 인한 저당권 이전의 부기등기를 마쳐 주어야 할 의무가 있다(대법원 2002. 12. 6. 선고 2001다2846 판결; 甲을 주채무자로 하고, 乙을 연대보증인으로 한 채무를 담보하기 위하여 甲과 乙의 공동소유인 부동산 전부에 관하여 선순위의 저당권이 설정된 후 甲 소유의 지분에 대하여서만 후순위 저당권을 취득한 자가 자신의 담보권을 보전하기 위하여 선순위 저당권자에게 당해 피담보채무를 변제한 경우에는 종전의 채권자인 선순위 저당권자의 채권 및 그 담보는 모두 대위변제를 한 후순위 저당권자에게 이전되고, 따라서 선순위 저당권자는 대위변제자인 후순위 저당권자에게 甲과 乙의 공동소유인 부동산 전체에 대하여 대위변제로 인한 저당권이 전의 부기등기를 마쳐 주어야 할 의무가 있다고 한 예).

1791) ○ 대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다80429 판결: “타인의 채무를 담보하기 위한 저당권설정자가 그 채무를 변제하거나 저당권의 실행으로 인하여 저당물의 소유권을 잃은 때에는 보증채무에 관한 규정에 의하여 채무자에 대한 구상권이 있고(민법 제370조, 341조), 이는 근저당권의 경우에도 마찬가지로 보아야 한다. 또한 변제할 정당한 이익이 있는 자는 변제로 당연히 채권자를 대위하고, 그에 따라 채권자를 대위한 자는 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다(민법 제481조, 482조). 따라서 타인의 채무를 담보하기 위하여 근저당권을 설정한 물상보증인이 그 채무를 변제한 때에는 채무자에 대한 구상권이 있고, 그 물상보증인은 변제할 정당한 이익이 있으므로 변제로 당연히 채권자를 대위하여 채권자의 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다. 다만 물상보증인은 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 그와 같은 권리를 행사할 수 있으므로, 물상보증인이 채무를 변제한 때에도 다른 사정에 의하여 채무자에 대하여 구상권이 없는 경우에는 채권자를 대위하여 채권자의 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 없다고 해석하여야 한다.”

○ 대법원 2015. 11. 27. 선고 2013다41097, 41103 판결: “실질적인 채무자와 실질적인 물상보증인이 공동으로 담보를 제공하여 대출을 받으면서 실질적인 물상보증인이 저당권설정등기에 자신을 채무자로 등기하도록 한 경우, 실질적 물상보증인인 채무자는 채권자에 대하여 채무자로서의 책임을 지는지와 관계없이 내부관계에서는 실질적 채무자인 물상보증인이 변제를 하였더라도 그에 대하여 구상의무가 없으므로, 실질적 채무자인 물상보증인이 채권자를 대위하여 실질적 물상보증인인 채무자에 대한 담보권을 취득한다고 할 수 없다. 그리고 이러한 법리는 실질적 물상보증인인 채무자와 실질적 채무자인 물상보증인 소유의 각 부동산에 공동저당이 설정된 후에 실질적 채무자인 물상보증인 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정되었다고 하더라도 다르지 아니하다. 이와 같이 물상보증인이 채무자에 대한 구상권이 없어 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 선순위공동저당권자의 저당권을 대위취득할 수 없는 경우에는 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 물상대위할 대상이 없으므로 채무자 소유의 부동산에 대한 선순위공동저당권자의 저당권에 대하여 물상대위를 할 수 없다고 보아야 한다.”

1792) 대법원 2014. 12. 18. 선고 2011다50233 전원합의체 판결.

1793) 대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카10305 판결: “타인의 채무를 변제하고 채권자를 대위하는 대위자 상호간의 관계를 규정한 민법 제482조 제2항은 제1호에서 ‘보증인은 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기

(4) 피담보채무의 소멸시효 완성¹⁶⁶⁷⁾

(가) 제3취득자나 물상보증인의 독자적 시효원용권

저당부동산에¹⁷⁹⁴⁾ 대한 제3취득자나 물상보증인은 피담보채권의 소멸시효 완성을 독자적으로 주장할 수 있다.¹⁷⁹⁵⁾ 소멸시효 이익의 포기는 상대적 효과가 있을 뿐이어서 ‘채무자’가 시효이익을 포기하더라도 ‘물상보증인’, ‘시효이익 포기 전 제3취득자’에게는 효력이 없다.¹⁷⁹⁶⁾ 하지만, 채무자 겸 저당권설정자가 이미 피담보채권의 소멸시효 완성 이익을 포기한 ‘후’에 저당부동산을 취득한 자는 그 시효이익 포기의 효력을 부정할

하지 아니하면 전세물이나 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.’고 규정하고, 제5호에는 ‘자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자와 보증인 간에는 그 인원수에 비례하여 채권자를 대위한다. 그러나 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자가 수인인 때에는 보증인의 부담부분을 제외하고 그 잔액에 대하여 각 재산의 가액에 비례하여 대위한다. 이 경우에 그 재산이 부동산인 때에는 제1호의 규정을 준용한다.’고 규정하고 있는바, 제5호 단서에서 대위의 부기등기에 관한 제1호의 규정을 준용하도록 규정한 취지는 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 물상보증인이 수인일 때 그중 일부의 물상보증인이 채무의 변제로 다른 물상보증인에 대하여 채권자를 대위하게 될 경우에 미리 대위의 부기등기를 하여 두지 아니하면 채무를 변제한 뒤에 그 저당물을 취득한 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 없도록 하려는 것이라고 해석된다. 만약 그렇게 해석하지 아니하고 원심이 판단한 바와 같이 보증인이 물상보증인에 대하여 채권자를 대위할 경우에만 제5호 단서에 의하며 제1호의 규정이 준용되는 것으로 해석한다면, 제5호가 제1호에 규정된 똑같은 경우에 관하여 다시 제1호의 규정을 준용하도록 규정한 셈이 되어 같은 내용을 되풀이하여 규정한 이외에 아무런 의미도 가질 수 없는 것으로 되기 때문이다.” ¹⁷⁹⁴⁾ 소외 물상보증인들이 피담보채무를 변제한 뒤 다른 물상보증인인 원고의 소유 부동산에 설정된 피고 명의의 근저당권설정등기에 관하여 대위의 부기등기를 하여 두지 아니하고 있는 동안에, 원고승계참가인이 위 부동산을 취득하고 피담보채무가 소멸되었음을 이유로 피고에게 위 저당권설정등기의 말소를 구한 사안에서, 원심이, ‘수인의 물상보증인 간 대위의 경우 인적 보증인의 대위의 경우와는 달리 저당권의 등기에 미리 대위를 부기하지 아니하여도 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위할 수 있다’고 하여, 피고로서는 대위변제자들의 청구가 있으면 즉시 저당권을 이전하여 줄 의무가 있으므로 저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 없다고 판단한 것은 위법이라고 판단한 예.

1794) ○ 근저당권설정등기청구권과 그 피담보채권은 별개로 소멸시효에 걸린다(대법원 2004. 2. 13. 선고 2002다 7213 판결; ‘피담보채권인 대여금채권에 관하여 소멸시효가 완성되지 않은 이상 근저당권설정등기청구권도 소멸하지 않는다’는 주장에 대하여, 근저당권설정등기청구권은 위 대여금채권과는 별개의 청구권으로서 시효기간 또한 독자적으로 진행된다고 판단하여 위 주장을 배척한 예).

○ 담보가등기를 경료한 토지를 인도받아 점유할 경우 담보가등기의 피담보채권의 소멸시효가 중단되는 것은 아니고, 담보가등기에 기한 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 완성되기 전에 그 대상 토지를 인도받아 점유함으로써 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 중단된다 하더라도 위 담보가등기의 피담보채권이 시효로 소멸한 이상 위 담보가등기 및 그에 기한 소유권이전등기는 결국 말소되어야 한다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006다12701 판결).

○ 근저당권설정계약이나 그 기본계약상 결산기의 지정은 근저당권 피담보채무의 확정시기와 방법을 정한 것으로서 피담보채무의 이행기에 관한 약정과는 구별된다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2015다65042 판결).

1795) 저당부동산에 대한 제3취득자나 물상보증인은 피담보채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 자에 해당하므로 피담보채권에 관하여 소멸시효가 완성된 경우 이를 원용할 수 있고, 이는 채무자의 소멸시효 원용권에 기초한 것이 아닌 독자적인 것으로서 채무자를 대위하여서만 시효이익을 원용할 수 있는 것은 아니다[담보가등기된 부동산 양수인에 관한 95다12446 판결 및 물상보증인에 관한 2003다30890 판결 참조].

1796) 대법원 2018. 11. 9. 선고 2018다38782 판결; 소외인이 그 소유 부동산에 피고의 피고보조참가인에 대한 채권을 피담보채권으로 하는 근저당권을 피고에게 설정해 주었는데, 피담보채권이 성립일로부터 10년을 경과하여 소멸시효가 완성된 이후 채무자인 피고보조참가인이 일부 변제를 약정함으로써 소멸시효의 이익을 포기하였으나, 물상보증인은 독자적으로 소멸시효 완성을 주장할 수 있으므로 원고는 물상보증인인 소외인의 채권자로서 소외인을 대위하여 피담보채권의 시효소멸을 주장할 수 있다고 판단한 예. [동일 취지] 담보가등기가 경료된 부동산을 양수한 자에 관한 95다12446 판결.

수 없다.¹⁷⁹⁷⁾

(나) 제3취득자나 물상보증인에 대한 권리행사와 시효중단

채권자가 물상보증인¹⁷⁹⁸⁾에 대하여 그 피담보채권의 실행으로서 경매를 신청하여 경매법원이 경매개시결정을 하고 경매절차의 이해관계인인 채무자에게 그 결정이 송달되거나 경매기일이 통지된 경우에, 시효의 이익을 받는 채무자는 민법 제176조¹⁷⁹⁹⁾에 의하여 당해 피담보채권의 소멸시효 중단의 효과를 받는다.¹⁸⁰⁰⁾ 이 경우 소멸시효 중단을 주장하는 채권자가 경매개시결정이나 경매기일통지서가 채무자에게 교부송달된¹⁸⁰¹⁾ 사실을 주장·증명하여야 한다.¹⁸⁰³⁾

채권자 겸 저당권자의 채무자에 대한 저당권설정등기청구의 소 제기는 그 피담보채권의 재판상의 청구에 준하는 것으로서 피담보채권에 대한 소멸시효 중단의 효력이 있

1797) 대법원 2015. 6. 11. 선고 2015다200227 판결.

1798) 저당부동산의 제3취득자도 마찬가지이다(89다카32606).

1799) 민법 제176조(압류, 가압류, 가처분과 시효중단) 압류, 가압류 및 가처분은 시효의 이익을 받은 자에 대하여 하지 아니한 때에는 이를 그에게 통지한 후가 아니면 시효중단의 효력이 없다.

1800) 대법원 1997. 8. 29. 선고 97다12990 판결.

1801) 대법원 1990. 1. 12. 선고 89다카4946 판결: “다른 사람의 채무를 담보하기 위하여 자기소유의 부동산에 저당권을 설정한 물상보증인에 대한 임의경매의 신청은 피담보채권의 만족을 위한 강력한 권리실행 수단으로서, 채무자 본인에 대한 압류와 대비하여 소멸시효의 중단사유로서 차이를 인정할 만한 실질적인 이유가 없기 때문에, 경매개시결정에 따라 압류의 효력이 생긴 경우에는, 중단행위의 당사자나 그 승계인 이외의 시효의 이익을 받는 채무자에게도 시효중단의 효력이 미치도록 하되, 다만 채무자가 시효의 중단으로 인하여 예측하지 못한 불이익을 입게 되는 것을 막아주기 위하여 채무자에게 압류사실이 통지되어야지 시효중단의 효력이 미치게 함으로써, 채권자와 채무자간의 이익을 조화시키려는 것이, 민법 제169조에 규정된 시효중단의 상대적 효력에 대한 예외를 인정한 민법 제176조의 취지라고 해석되는 만큼, 압류사실을 채무자가 알 수 있도록 경매개시결정이나 경매기일 통지서가 교부송달의 방법으로 채무자에게 송달되어야지만 압류사실이 통지된 것으로 볼 수 있는 것이지, 경매개시결정이나 경매기일통지서가 우편송달(발송송달)이나 공시송달의 방법에 의하여 채무자에게 송달됨으로써 채무자가 압류사실을 알 수 없었던 경우까지도 압류사실이 채무자에게 통지되었다고 볼 것은 아니다. … 금융기관인 원고의 신청에 의하여 진행되는 경매법의 규정에 의한 위 경매절차에 있어서는, 금융기관의연체대출금에관한특별조치법 제3조에 따라 경매개시결정이나 경매기일통지서를 경매신청 당시 그 부동산의 등기부에 기재되어 있는 주소로 발송함으로써 송달된 것으로 보고 또 그 부동산의 등기부에 주소의 기재가 없거나 주소를 법원에 신고하지 아니한 때에는 공시송달의 방법에 의하여 송달하여야 하는 것이므로, 위와 같이 경매절차가 종료되었다고 하여 그 경매절차에서 경매개시 결정이나 경매기일 통지서가 우편송달(발송송달)이나 공시송달의 방법이 아닌 교부송달의 방법으로 이해 관계인인 채무자에게 송달되었다고 추정할 수 없다고 보는 것이 상당하다.”

1802) 은행여신저래기본약관상 도달간조항이 경매개시결정상의 압류 사실에 관한 통지에는 적용되지 아니한다(2009다69456). 2009다69456 판결은 “원고는 원심의 판단이 87다카1605 판결에 정면으로 위배된다고 주장하나, 위 대법원판결에서 다루어진 도달간조항은 앞에서 본 이 사건 약관조항과 그 내용을 달리한다.”라고 판시하였으나, 반대취지의 87다카1605 판결은 2009다69456 판결로 사실상 판례 변경된 것으로 볼 수 있다.

1803) 대법원 1994. 11. 25. 선고 94다26097 판결은, 원심이, ‘물상보증인들 소유의 부동산들에 대한 경매개시결정이나 경매기일통지서가 주채무자인 피고 회사에게 교부송달의 방법으로 송달됨으로써 압류사실이 통지되었음을 인정할 증거가 없으며(원고는 경매기록이 보존기간의 경과로 폐기되어 입증방법이 없음을 자인한다), … 경매절차가 종료되었다고 하여 그 경매절차에서 경매개시결정이나 경매기일통지서가 교부송달의 방법으로 이해관계인인 채무자에게 송달되었다고 추정할 수 없다는 이유로 원고의 재항변을 배척’한 데 대하여, 앞서 본 89다카4946 판결의 일반론과 함께 ‘압류사실이 피고 회사에 통지되었음을 전제로 하는 원고의 소멸시효 중단에 관한 재항변을 배척하였음은 옳다’라고 판시하였다.

고,¹⁸⁰⁴⁾ 채무자 겸 저당권설정자가 피담보채무의 부존재·소멸을 이유로 제기한 저당권설정등기 말소등기절차이행청구소송에서 채권자 겸 저당권자가 청구기각 판결을 구하면서 피담보채권의 존재를 주장하는 경우 이는 재판상 청구에 준하는 것으로서 피담보채권에 관하여 소멸시효중단의 효력이 생긴다,¹⁸⁰⁵⁾ 저당부동산에 대한 제3취득자나 물상보증인이 제기한 저당권설정등기 말소등기절차이행청구 소송에서의 채권자 겸 저당권자의 응소행위는 피담보채권에 관한 소멸시효 중단사유에 해당하지 아니한다.¹⁸⁰⁶⁾ 이는 담보가 등기의 경우에도 동일하다.¹⁸⁰⁷⁾

(다) 채권신고의 시효 중단효

첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 저당권을 가진 채권자가 다른 채권자의 신청에 의하여 개시된 경매절차에서 '채권신고'를 한 경우, 신고된 채권에 관하여 소멸시효 중단의 효력이 생기지만, 경매신청이 취하되면 소멸시효 중단의

1804) 대법원 2004. 2. 13. 선고 2002다7213 판결: "원고의 근저당권설정등기청구권의 행사는 그 피담보채권이 될 이 사건 금전채권의 실현을 목적으로 하는 것으로서, 근저당권설정등기청구의 소에는 그 피담보채권이 될 채권의 존재에 관한 주장이 당연히 포함되어 있는 것이고, 피고로서도 원고가 원심에 이르러 금전지급을 구하는 청구를 추가하기 전부터 피담보채권이 될 금전채권의 소멸을 항변으로 주장하여 그 채권의 존부에 관한 실질적 심리가 이루어져 그 존부가 확인된 이상, 그 피담보채권이 될 채권으로 주장되고 심리된 채권에 관하여는 근저당권설정등기청구의 소의 제기에 의하여 피담보채권이 될 채권에 관한 권리의 행사가 있는 것으로 볼 수 있으므로, 근저당권설정등기청구의 소의 제기는 그 피담보채권의 재판상의 청구에 준하는 것으로서 피담보채권에 대한 소멸시효 중단의 효력을 생기게 한다고 봄이 상당하다. ... 원심이, 원고가 이 사건 근저당권설정등기청구의 소를 제기함으로써 원고가 원심에 이르러 지급을 구한 이 사건 대여금채권 전부에 대한 소멸시효가 중단되었고, 비록 근저당권설정등기청구가 근저당권설정등기청구권의 시효소멸로 인하여 받아들여지지 않았다고 하더라도 달리 볼 것은 아니라고 하여 피고의 소멸시효항변을 배척한 것은 정당하고," ㉠ 사업자금 조달을 위하여 차용한 금액의 담보로 근저당권설정계약이 이루어진 사안에서, 근저당권설정등기청구권과 대여금채권은 모두 보조적 상행위로 인한 것으로서 5년의 시효에 걸리는데, 그 중 대여금채권만 이전에 일부 변제로 시효가 중단된 적이 있었던 사례.

1805) 다만, 그 저당권설정등기 말소소송이 청구기각판결로 확정되었다 하더라도, 피담보채권의 존부가 그 소송의 소송물이 된 것으로 볼 수 없어 위 판결에 의해 피담보채권이 확정된 것으로 볼 수는 없으므로, 민법 제165조 제1항에 따라 10년의 소멸시효가 적용될 수는 없다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다24435 판결).

1806) 대법원 2004. 1. 16. 선고 2003다30890 판결: "채무자 겸 저당권설정자가 피담보채무의 부존재 또는 소멸을 이유로 하여 제기한 저당권설정등기 말소등기절차이행청구소송에서 채권자 겸 저당권자가 청구기각의 판결을 구하면서 피담보채권의 존재를 주장하는 경우에는 그와 같은 주장은 재판상 청구에 준하는 것으로서 피담보채권에 관하여 소멸시효중단의 효력이 생긴다. 그러나 타인의 채무를 담보하기 위하여 자기의 물건에 담보권을 설정한 물상보증인은 채권자에 대하여 물적 유한책임을 지고 있어 그 피담보채권의 소멸에 의하여 직접 이익을 받는 관계에 있으므로 소멸시효의 완성을 주장할 수 있는 것이지만, 채권자에 대하여는 아무런 채무도 부담하고 있지 아니하므로, 물상보증인이 그 피담보채무의 부존재 또는 소멸을 이유로 제기한 저당권설정등기 말소등기절차이행청구소송에서 채권자 겸 저당권자가 청구기각의 판결을 구하고 피담보채권의 존재를 주장하였다고 하더라도 이로써 직접 채무자에 대하여 재판상 청구를 한 것으로 볼 수는 없는 것이므로 피담보채권의 소멸시효에 관하여 규정한 민법 제168조 제1호 소정의 '청구'에 해당하지 아니한다고 할 것이다."

1807) 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006다33364 판결: "시효를 주장하는 자의 소 제기에 대한 응소행위가 민법상 시효중단사유로서의 재판상 청구에 준하는 행위로 인정되려면 의무 있는 자가 제기한 소송에서 권리자가 의무 있는 자를 상대로 응소하여야 할 것이므로, 담보가등기가 설정된 후에 그 목적 부동산의 소유권을 취득한 제3취득자나 물상보증인 등 시효를 원용할 수 있는 지위에 있으나 직접 의무를 부담하지 아니하는 자가 제기한 소송에서의 응소행위는 권리자의 의무자에 대한 재판상 청구에 준하는 행위에 해당한다고 볼 수 없다."

효력도 소멸한다. 위 채권신고에 별도로 소멸시효 중단 사유인 '최고'의 효력은 인정되지 않고, 경매신청이 취하된 후 6개월 내에 위와 같은 채권신고를 한 채권자가 소제기 등의 재판상의 청구를 하였다고 하더라도 소멸시효 중단의 효력이 유지된다고 할 수 없다.¹⁸⁰⁸⁾

채권자가 채권신고, 배당요구 등의 방법으로 경매절차에 참가하여 소멸시효가 중단된 채권에 대한 소멸시효는 '배당표가 확정된 때'부터 다시 진행한다.¹⁸⁰⁹⁾

(5) 근저당권설정계약 자체의 무효 등

소유권에 기한 근저당권설정등기 말소등기청구의 경우에는 근저당권설정계약 자체의 부존재, 무효 등의 사유가 앞서 본 ③(근저당권의 무효)의 요건사실이 될 수 있는데, 근저당권설정등기의 추정력을 복멸하는 절차적·실체적 위법, 예컨대, 근저당권설정등기가 위조 또는 절취된 등기관제서류에 의해 마쳐졌다거나 소유자를 대리할 권한이 없는 자에 의해 마쳐진 사실이나 '근저당권설정계약 자체의 무효·취소 사실'¹⁸¹⁰⁾ 또는 '피고 명의의 근저당권설정등기가 원인무효의 소유권이전등기에 기초한 사실'¹⁸¹¹⁾을 주장·증명

1808) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다28031 판결; “저당권으로서 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자는 담보권을 실행하기 위한 경매신청을 할 수 있을뿐더러 다른 채권자의 신청에 의하여 개시된 경매절차에서 배당요구를 하지 않아도 당연히 배당에 참가할 수 있는바, 이러한 채권자가 채권의 유무, 그 원인 및 액수를 법원에 신고하여 권리를 행사하였다면 그 채권신고는 민법 제168조 제2호의 압류에 준하는 것으로서 신고된 채권에 관하여 소멸시효를 중단하는 효력이 생긴다고 할 것이다. 그러나 민법 제175조에 “압류, 가압류 및 가처분은 권리자의 청구에 의하여 또는 법률의 규정에 따르지 아니함으로 인하여 취소된 때에는 시효중단의 효력이 없다”라고 규정하고, 민사집행법 제93조 제1항에 “경매신청이 취하되면 압류의 효력은 소멸된다”라고 규정하고 있으므로 경매신청이 취하되면 특별한 사정이 없는 한 압류로 인한 소멸시효 중단의 효력이 소멸하는 것과 마찬가지로 위와 같이 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 저당권을 가진 채권자의 채권신고로 인한 소멸시효 중단의 효력도 소멸한다고 봄이 상당하다. 한편, 이러한 채권신고에 채무자에 대하여 채무의 이행을 청구하는 의사가 직접적으로 표명되어 있다고 보기 어렵고 채무자에 대한 통지 절차도 구비되어 있지 않으므로 별도의 소멸시효 중단 사유인 최고의 효력은 인정되지 않는다고 할 것이므로, 경매신청이 취하된 후 6월 내에 위와 같은 채권신고를 한 채권자가 소제기 등의 재판상의 청구를 하였다고 하더라도 민법 제170조 제2항에 의하여 소멸시효 중단의 효력이 유지된다고 할 수 없다.”

1809) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다89880 판결; “채권자가 배당요구 또는 채권신고 등의 방법으로 권리를 행사하여 강제경매절차에 참가하고, 그 권리행사로 인하여 소멸시효가 중단된 채권에 대하여 일부만 배당하는 것으로 배당표가 작성되고 다시 그 배당액 중 일부에 대하여만 배당이의가 있어 그 이의의 대상이 된 부분을 제외한 나머지 부분, 즉 배당액 중 이의가 없는 부분과 배당받지 못한 부분의 배당표가 확정되었다면, 이로써 그와 같이 배당표가 확정된 부분에 관한 권리행사는 종료되고 그 부분에 대하여 중단된 소멸시효는 위 종료 시점부터 다시 진행되며, 위 채권 중 배당이외의 대상이 된 부분은 그에 관하여 적법하게 배당이외의 소가 제기되고 그 소송이 완결된 후 그 결과에 따라 종전의 배당표가 그대로 확정 또는 경정되거나 새로 작성된 배당표가 확정되면 그 시점에서 권리행사가 종료되고 그때부터 다시 소멸시효가 진행한다.”

1810) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다67208 판결; “근저당권설정등기의 말소를 구하는 당사자로서는 그 요건사실에 해당하는 근저당권설정계약에 존재하는 무효·취소사유를 주장하면 족한 것이므로 원고가 이 사건 근저당권의 말소를 구하기 위하여 대출계약 자체는 그대로 둔 채 근저당권설정계약의 취소만을 주장하더라도 그 자체를 위법하다고 볼 수는 없다.” ㉠ 도박자금 채권의 담보로 근저당권설정등기가 경료된 경우, 그 이익은 소유권이전과 같은 종국적인 것이 아니므로, 소유자는 민법 제746조(불법원인급여)의 적용을 받음이 없이 그 말소를 청구할 수 있다(93다55234). ㉡ 근저당권설정계약상 채무자의 동일성에 관한 착오는 법률행위 내용의 중요부분에 관한 착오에 해당한다(95다37087).

1811) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결; “부동산등기에는 공신력이 인정되지 아니하므로, 부동산의 소유권이전등기가 불실등기인 경우 그 불실등기를 믿고 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 경료하였다 하더라도

하면 된다.

마) 근저당권이 이전된 경우

근저당권설정등기 말소등기청구의 ② 요건사실(피고 명의의 근저당권설정등기의 경료)과 관련하여, 원인무효인 근저당권이 양도된 경우에는,¹⁸¹²⁾ '양수인'을 상대로 주등기인 '근저당권설정등기'의 말소등기를 구하면 족하고, 양도인은 피고 적격이 없으며, 근저당권이전의 부기등기의 말소를 별도로 구할 소의 이익은 인정되지 않는다.^{1813) 1814) 1815)}

그러나 근저당권의 이전 원인만이 무효로 되거나 취소 또는 해제된 경우(즉, 근저당권의 주등기 자체는 유효한 것을 전제로 이와는 별도로 근저당권 이전의 부기등기에 한하여 무효사유가 있다는 이유로 부기등기만의 효력을 다투는 경우)에는 그 부기등기의 말소를 소구할 필요가 있으므로 예외적으로 소의 이익이 있다.¹⁸¹⁶⁾

라도 그 소유권을 취득한 것으로 될 수 없고, 부동산에 관한 소유권이전등기가 무효라면 이에 터잡아 이루어진 근저당권설정등기는 특별한 사정이 없는 한 무효이며, 무효인 근저당권에 기하여 진행된 임의경매절차에서 부동산을 경락받았다 하더라도 그 소유권을 취득할 수 없다.”

1812) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2002다15412, 15429 판결: “저당권은 피담보채권과 분리하여 양도하지 못하는 것이어서 저당권부 채권의 양도는 언제나 저당권의 양도와 채권양도가 결합되어 행해지므로 저당권부 채권의 양도는 민법 제186조의 부동산물권변동에 관한 규정과 민법 제449조 내지 제452조의 채권양도에 관한 규정에 의해 규율된다. 그러므로 저당권의 양도에 있어서도 물권변동의 일반원칙에 따라 저당권을 이전할 것을 목적으로 하는 물권적 합의와 등기가 있어야 저당권이 이전된다고 할 것이나, 이 때의 물권적 합의는 저당권의 양도·양수받는 당사자 사이에 있으면 족하고 그 외에 그 채무자나 물상보증인 사이에까지 있어야 하는 것은 아니라 할 것이고, 단지 채무자에게 채권양도의 통지나 이에 대한 채무자의 승낙이 있으면 채권양도를 가지고 채무자에게 대항할 수 있게 되는 것이다.”

1813) ① 대법원 1995. 5. 26. 선고 95다7550 판결: “근저당권의 양도에 의한 부기등기는 기존의 근저당권설정등기에 의한 권리의 승계를 등기부상 명시하는 것뿐으로, 그 등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아닌 만큼 근저당권설정등기의 말소등기청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고, 양도인은 그 말소등기청구에 있어서 피고 적격이 없는 것이고, 또한 근저당권 이전의 부기등기는 기존의 주등기인 근저당권설정등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것이어서 피담보채무가 소멸된 경우 또는 근저당권설정등기가 당초 원인무효인 경우 주등기인 근저당권설정등기의 말소만 구하면 되고 그 부기등기는 별도로 말소를 구하지 않더라도 주등기의 말소에 따라 직권으로 말소되는 것” ② 2009다21386 판결: “직권으로 살피건대, ... 피고 명의의 근저당권이전의 부기등기의 말소를 별도로 구할 소의 이익은 인정되지 않는다.”(협의분할에 의한 상속을 원인으로 피고 명의의 근저당권이전등기가 마쳐진 사안) ③ 근저당권자로부터 양수인 앞으로의 근저당권 이전이 무효라는 사유를 내세워 양수인을 상대로 근저당권설정등기의 말소를 구할 수는 없다(2003다5016).

1814) 채무자의 변경을 내용으로 하는 근저당권변경의 부기등기 역시 같은 이유로 주등기의 말소만을 구하면 되고 위 부기등기의 말소청구는 권리보호의 이익이 없는 부적법한 청구이다(2000다19526).

1815) 가등기의 이전에 의한 부기등기의 경우에도 동일한 법리가 적용된다. 즉, 가등기의 이전에 의한 부기등기는 기존의 가등기에 의한 권리의 승계관계를 등기부상에 명시하는 것뿐으로 그 등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아닌 만큼 가등기의 말소등기청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고, 양도인은 그 말소등기청구에 있어서의 피고 적격이 없고, 가등기 이전의 부기등기는 기존의 주등기인 가등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것이어서 피담보채무가 소멸된 경우에는 주등기인 가등기의 말소만 구하면 되고 위 부기등기는 별도로 말소를 구하지 않더라도 주등기의 말소에 따라 직권으로 말소된다(94다17109).

1816) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2002다15412, 15429 판결: 원고가 근저당권의 피담보채권 양도 당시 물상보증인의 동의나 승낙이 없어서 근저당권은 이전하지 않는다거나 채무자에게 양도통지를 하지 않았거나 그의 승낙을 받지 않았으므로 채권양도는 효력이 없다고 주장하면서 근저당권이 유효한 것을 전제로 근저당권 이전의 부기등기만의 말소를 구한 데 대하여, 원고의 위 각 주장은 인정되지 않는 사실에 기초한 것으로서 결국 받아들일

바) 등기유용합의·실체관계부합의 항변

피고는 등기 유용의 합의¹⁸¹⁷⁾ 등으로 실체관계에 부합함¹⁸¹⁸⁾을 주장하여 항변할 수 있다.

사) 선이행판결

원고가 피담보채무 전액을 변제하였다고 주장하면서¹⁸¹⁹⁾ 근저당권설정등기에 대한 말소등기절차의 이행을 청구하였으나, 그 원리금의 계산, 피담보채무의 범위나 그 시효소멸 여부 등에 관한 다툼 등으로 인하여 변제액이 채무 전액을 소멸시키는 데 미치지 못하고 잔존채무가 있는 것으로 밝혀진 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 원고의

수 없고, 따라서 원심이 원고의 청구를 기각하여야 할 것을 소의 이익이 없음을 전제로 각하한 것은 잘못이라고 한 예.

- 1817) ○ 대법원 1998. 3. 24. 선고 97다56242 판결: “부동산의 소유자 겸 채무자가 채권자인 저당권자에게 당해 저당권설정등기에 의하여 담보되는 채무를 모두 변제함으로써 저당권이 소멸된 경우 그 저당권설정등기 또한 효력을 상실하여 말소되어야 할 것이나, 그 부동산의 소유자가 새로운 제3의 채권자로부터 금원을 차용함에 있어 그 제3자와 사이에 새로운 차용금 채무를 담보하기 위하여 위 잔존하는 종전 채권자 명의의 저당권설정등기를 이용하여 이에 더 잡아 새로운 제3의 채권자에게 저당권 이전의 부기등기를 경료하기로 하는 내용의 저당권등기 유용의 합의를 하고 실제로 그 부기등기를 경료하였다면, 그 저당권이전등기를 경료받은 새로운 제3의 채권자로서는 언제든지 부동산의 소유자에 대하여 위 등기 유용의 합의를 주장하여 저당권설정등기의 말소청구에 대항할 수 있다고 할 것이고, 다만 그 저당권 이전의 부기등기 이전에 등기부상 이해관계를 가지게 된 자에 대하여는 위 등기 유용의 합의 사실을 들어 위 저당권설정등기 및 그 저당권 이전의 부기등기의 효력을 주장할 수는 없다고 할 것이다.

한편 채무자인 부동산 소유자와 새로운 제3의 채권자와 사이에 위와 같은 저당권등기의 유용의 합의를 하였으나 아직 종전의 채권자 겸 근저당권자의 협력을 받지 못하여 저당권 이전의 부기등기를 경료하지 못한 경우에는 부동산 소유자와 종전의 채권자 사이에서는 저당권설정등기는 여전히 등기원인이 소멸한 무효의 등기라고 할 것이므로 부동산 소유자는 종전의 채권자에 대하여 그 저당권설정등기의 말소를 구할 수 있다고 할 것이지만, 부동산 소유자와 종전의 채권자 그리고 새로운 제3의 채권자 등 3자가 합의하여 저당권설정등기를 유용하기로 합의한 경우라면 종전의 채권자는 부동산 소유자의 저당권설정등기말소청구에 대하여 위 3자 사이의 등기 유용의 합의 사실을 들어 대항할 수 있다고 할 것이고 또한 부동산 소유자로부터 그 부동산을 양도받기로 하였으나 아직 소유권이전등기를 경료받지 아니하여 그 소유자를 대위하여 저당권설정등기의 말소를 구할 수 밖에 없는 자에 대하여도 마찬가지로 대항할 수 있다고 할 것이다.”

○ 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006다50055 판결: “무효등기의 유용에 대한 합의 내지 추인은 목시적으로도 이루어질 수 있으나, 위와 같은 목시적 합의 내지 추인을 인정하려면 무효등기 사실을 알면서 장기간 이익을 제기하지 아니하고 방치한 것만으로는 부족하고, 그 등기가 무효임을 알면서도 유효함을 전제로 기대되는 행위를 하거나 용태를 보이는 등 무효등기를 유용할 의사에서 비롯되어 장기간 방치된 것이라고 볼 수 있는 특별한 사정이 있어야 한다.”

- 1818) 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006다50055 판결: “채권자가 채무자와 사이에 근저당권설정계약을 체결하였으나 그 계약에 기한 근저당권설정등기가 채권자가 아닌 제3자의 명의로 경료되고 그 후 다시 채권자가 위 근저당권설정등기에 대한 부기등기의 방법으로 위 근저당권을 이전받았다면 특별한 사정이 없는 한 그 때부터 위 근저당권설정등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기로 볼 수 있다.” ㉠ 채권자 아닌 제3자 명의의 근저당권설정등기가 마쳐진 부동산에 소유권이전청구권 가등기가 있고 그 후 다시 채권자 명의의 위 근저당권 이전의 부기등기가 된 사안에서, 채권자는 위 부기등기가 된 시점에 비로소 근저당권을 취득하는데, 부기등기의 순위가 주등기의 순위에 의하도록 되어 있는 부동산등기법 규정에 따라 등기부상으로는 채권자가 위 제3자 명의의 근저당권설정등기가 된 시점에 근저당권을 취득한 것이 되어 위 가등기보다 그 순위가 앞서게 되므로, 결국 위 근저당권설정등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기라고 볼 수 없다고 한 사례.

- 1819) 채무자가 피담보채무의 일부가 남아 있음을 시인하면서 그 변제와 상환으로 담보목적으로 경료된 소유권이전등기의 회복을 구하고 채권자는 그 소유권이전등기가 담보목적으로 경료된 것임을 다투고 있는 경우에도 마찬가지로(96다33938).

청구에는 확정된 잔존채무를 변제하고 그 다음에 위 등기의 말소를 구한다는 취지도 포함되어 있는 것으로 해석함이 상당하고, 이는 장래이행의 소로서 미리 청구할 이익도 인정되므로, 피담보채무가 전액 변제되지 않았다는 이유만으로 원고의 청구를 기각할 것이 아니라 근저당권설정등기의 피담보채무 중 잔존원금 및 지연손해금의 액수를 심리·확정한 후 그 변제를 조건으로 근저당권설정등기의 말소를 명하여야 한다.¹⁸²⁰⁾

선이행판결에 대한 원고의 반대 의사표시가 있는 경우 원고의 근저당권설정등기 말소등기 청구는 전부 기각될 수밖에 없으나, 그 판결이 확정되더라도 그 사실심 변론종결 후에 피담보채무를 변제하고 또는 변제를 조건으로 하여 다시 제기한 근저당권설정등기 말소등기 청구의 후소에 전소의 확정판결의 기판력이 미치지 않는 아니한다.¹⁸²¹⁾

아) 피담보채무 부존재 확인 청구

(1) 채무 부존재 확인 청구의 일반론

(가) 확인의 이익(= 소송요건, 직권조사사항)

확인소(권리·의무나 법률관계의 존재·부존재의 확인을 구하는 소)에 있어서는 권리보호요건으로서 확인의 이익이 있어야 한다.¹⁸²²⁾

확인소는 반드시 당사자 간의 법률관계에 한하지 않고, 당사자의 일방과 제3자 사이 또는 제3자 상호 간의 법률관계도 그 대상으로 할 수 있지만, 그 확인의 이익이 긍정

1820) 대법원 2023. 11. 16. 선고 2023다266390 판결. 한편, 91다6009는 “원심이 원고의 청구는 피담보채무가 발생하지 아니한 것을 전제로 근저당권설정등기의 말소등기절차의 이행을 청구하는 것이므로, 원고의 청구 중에 피담보채무의 변제를 조건으로 장래의 이행을 청구하는 취지가 포함된 것으로는 보여지지 않는다고 판단한 것은, 정당한 것으로 수긍이 된다.”라고 하였다.

1821) ① 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다64793 판결: “전소에서 피담보채무의 변제로 양도담보권이 소멸하였음을 원인으로 한 소유권이전등기의 회복 청구가 기각되었다고 하더라도, 장래 잔존 피담보채무의 변제를 조건으로 소유권이전등기의 회복을 청구하는 것은 전소의 확정판결의 기판력에 저촉되지 아니한다.” ② 80다56: 전소나 후소가 같은 부동산에 대한 같은 매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구 사건이나 전소는 대금감액을 주장하였다가 그 사실이 인정되지 아니하여 원고의 청구가 배척된 것이고 후소는 감액을 주장하였던 대금을 변제공탁한 후 제기한 것이면 후소가 전소의 기판력에 저촉되지 아니한다고 한 예.

1822) ① 대법원 2021. 6. 17. 선고 2018다257958, 257965 전원합의체 판결의 다수의견: “확인소에서는 권리보호요건으로서 확인의 이익이 있어야 하고 **확인의 이익은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 그 불안·위험을 제거하는 데 피고를 상대로 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때에만 인정된다고 할 것**이므로 원고의 권리 또는 법률관계를 다툼으로써 원고의 법률상 지위에 불안·위험을 초래할 **염려가 있다면 확인의 이익이 있다**. 그러므로 보험계약의 당사자 사이에 계약상 채무의 존부나 범위에 관하여 다툼이 있는 경우 그로 인한 법적 불안을 제거하기 위하여 보험회사는 먼저 보험수익자를 상대로 소극적 확인의 소를 제기할 **확인소**의 이익이 있다.” ② 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다67399 판결: “확인소의 피고는 원고의 권리 또는 법률관계를 다툼으로써 원고의 법률적 지위에 불안을 초래할 염려가 있는 자, 다시 말하면 원고의 보호법익과 대립 저촉되는 이익을 주장하고 있는 자이어야 하고 그와 같은 피고를 상대로 하여야 확인의 이익이 있게 된다.” ㉠ 원고(보험회사)의 피보험차량으로 인한 교통사고로 피해자가 피고(렌트카회사)로부터 대차하고 그 요금을 지급한 사안에서, 피고가 피해자로부터 보험금청구권을 양도받아 원고에게 대차요금의 전부 또는 일부를 보험금으로 청구할 위험성이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 대차요금과 관련하여 원고의 보호법익과 대립 저촉되는 이익을 주장하고 있는 자에 해당한다고 보기 어려우므로, 원고가 피고에게 대차요금 관련 보험금 지급채무가 일정액을 초과하여서는 존재하지 아니한다는 확인을 구할 이익은 없다고 한 예.

된 예¹⁸²³⁾는 드물다(하나의 채권에 관하여 2인 이상이 서로 채권자라고 주장하고 있는 경우 어느 한쪽이 상대방에 대하여 '채권의 귀속에 관한 확인'을 구할 이익은 긍정된다).¹⁸²⁴⁾

확인 소는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 관한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 허용되는 것이므로, 원칙적으로 '과거의 법률관계'는 확인 소의 대상이 될 수 없다.¹⁸²⁵⁾

1823) ① 근저당권자가 물상보증인을 상대로 피담보채무의 확정을 위한 확인 소를 제기할 확인 소의 이익이 있다(대법원 2004. 3. 25. 선고 2002다20742 판결). ② 담보신탁계약에서 정한 신탁재산의 처분사유가 발생하여 신탁재산이 공매 또는 수의계약 절차에 따라 처분되는 경우, 그 처분절차에 참여하여 입찰자 또는 매수제안자의 지위에 있었던 자(이후의 처분절차에서 반드시 매수인이 된다거나 될 개연성이 있다는 요건까지 갖추어야 하는 것은 아니다)는 매수인으로 결정된 사람과 신탁회사 간 매매계약의 무효 확인을 구할 이익이 있다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2021다201320 판결).

1824) ○ 대법원 2015. 6. 11. 선고 2015다206492 판결: "확인 소는 반드시 당사자 간의 법률관계에 한하지 아니하고 당사자의 일방과 제3자 사이 또는 제3자 상호 간의 법률관계도 그 대상으로 할 수 있지만, 그 법률관계의 확인을 구할 이익이 있기 위해서는 그 법률관계에 따라 제소자의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험·불안을 제거하기 위하여 확인판결에 의하여 그 법률관계를 즉시 확정할 필요가 있고 나아가 그것이 가장 유효·적절한 수단이어야 한다." ⇨ 소외 회사(수급인)가 피고(도급인)에 대한 선급금 반환채무를 보증하기 위하여 소외 보증보험회사와 체결한 선급금 이행보증보험계약에 따라, 보증보험회사가 피고에게 보험금을 지급하자 소외 회사의 보증보험회사에 대한 구상금 채무를 연대보증한 원고가 피고를 상대로 보증보험회사의 피고에 대한 보험금 지급채무 부존재 확인을 구한 사안에서, 원고가 주장하는 법적 지위의 불안은 원고의 보증보험회사에 대한 구상금 채무의 존부이므로 원고는 이미 소멸한 보증보험회사의 피고에 대한 보험금 채무의 부존재 확인이라는 우회적인 방법으로 원고와 보증보험회사 사이의 분쟁을 해결할 것이 아니라 직접적으로 보증보험회사를 상대로 현재의 법률관계인 구상금 채무의 부존재 확인을 구하는 것이 분쟁 해결에 가장 유효·적절한 방법이라 하여, 원고의 위 청구를 직권으로 각하한 예. ⇨ 2014다208255도 확인 소의 이익을 부정한 예이다.
○ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009다71312 판결: "독립당사자참가인의 권리 또는 법률상의 지위가 원고로부터 부인당하거나 또는 그와 저촉되는 주장을 당함으로써 위험을 받거나 방해 받는 경우에는 독립당사자참가인은 원고를 상대로 자기의 권리 또는 법률관계의 확인을 구하여야 할 것이고, 자기의 권리 또는 법률상의 지위를 부인하는 원고가 자기의 주장과는 양립할 수 없는 제3자에 대한 권리 또는 법률관계를 주장한다고 하여 원고 주장의 그 제3자에 대한 권리 또는 법률관계가 부존재한다는 것만의 확인을 구하는 것은, 설령 그 확인 소에서 독립당사자참가인이 승소판결을 받는다고 하더라도 그 판결로 인하여 원고에 대한 관계에서 자기의 권리가 확정되는 것도 아니고 그 판결의 효력이 제3자에게 미치는 것도 아니어서, 그와 같은 부존재확인 소는 자기의 권리 또는 법률적 지위에 현존하는 불안, 위험을 해소시키기 위한 유효적절한 수단이 될 수 없어서 확인 소의 이익이 없다."

○ 대법원 2004. 3. 12. 선고 2003다49092 판결: "하나의 채권에 관하여 2인 이상이 서로 채권자라고 주장하고 있는 경우에 있어서는 그 채권의 귀속에 관한 분쟁은 채무자와의 사이에 생기는 것이 아니라 스스로 채권자라고 주장하는 사람들 사이에 발생하는 것으로서 참칭채권자가 채무자로부터 변제를 받아버리게 되면 진정한 채권자는 그 때문에 자기의 권리가 침해될 우려가 있어 그 참칭채권자와의 사이에서 그 채권의 귀속에 관하여 즉시 확정을 받을 필요가 있고, 또 그들 사이의 분쟁을 해결하기 위하여는 그 채권의 귀속에 관한 확인판결을 받는 것이 가장 유효 적절한 권리구제 수단으로 용인되어야 할 것이므로 스스로 채권자라고 주장하는 어느 한쪽이 상대방에 대하여 그 채권이 자기에게 속한다는 채권의 귀속에 관한 확인을 구하는 청구는 그 확인 소의 이익이 있으나, 자기의 권리 또는 법률상의 지위를 부인하는 상대방이 자기 주장과는 양립할 수 없는 제3자에 대한 권리 또는 법률관계를 주장한다고 하여 상대방 주장의 그 제3자에 대한 권리 또는 법률관계가 부존재한다는 것만의 확인을 구하는 것은, 설령 그 확인 소에서 승소판결을 받는다고 하더라도 그 판결로 인하여 상대방에 대한 관계에서 자기의 권리가 확정되는 것도 아니고 그 판결의 효력이 제3자에게 미치는 것도 아니어서 그와 같은 부존재확인 소는 자기의 권리 또는 법률적 지위에 현존하는 불안·위험을 해소시키기 위한 유효 적절한 수단이 될 수 없으므로 확인 소의 이익이 없다." ⇨ 압류 및 전부명령을 받은 양 당사자 중 어느 한 쪽이 상대방에 대하여 제3채무자의 상대방에 대한 전부금채무 부존재 확인을 구하는 소는 확인 소의 이익이 없어 부적법하다고 한 예.

1825) ① 과거의 특정 시점을 기준으로 한 채무부존재 확인 청구는 과거의 법률관계의 확인을 구하는 것에 불과하여 확인 소의 이익을 인정할 수 없다(근저당권설정계약상 피담보채무 및 소비대차계약상 대여금채무가 '1992. 3. 19. 현재' 11,748,547원 이외에는 존재하지 아니함의 확인을 구하는 청구는, 채무부존재의 기준시점을 '1992.

권리관계에 대하여 당사자 사이에 아무런 다툼이 없으면 확인의 이익이 없는데,¹⁸²⁶⁾ 당사자가 주장하는 ‘법률효과’가 동일하다고 하더라도 그 주장하는 ‘법률요건’이 다를 때에는 ‘법률관계’에 관한 다툼이 없다고 볼 수 없다.¹⁸²⁷⁾ 현재 ‘금전채무’가 없다는 점에 대하여 다툼이 없다면 원고의 법적 지위에 어떠한 불안·위험이 있다고 할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 그 채무의 부존재확인을 구할 확인의 이익이 없다.¹⁸²⁸⁾

① 긍정례

계약의 부존재·무효 확인을 구하는 소는 계약에 터 잡아 이루어진 현재 법률관계의 부존재·무효 확인을 구하는 취지로서 확인의 이익이 있다.¹⁸²⁹⁾

손해배상채무의 부존재확인을 구하는 본소에 대하여 그 채무의 이행을 구하는 반소가 제기된 경우, 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸하는 것은 아니다.¹⁸³⁰⁾

3. 19. 현재'로 하고 있는 이상 과거의 법률관계의 확인을 구하는 것에 불과하여 확인의 이익을 인정할 수 없다고 하여 직권으로 파기한 예(94다35565, 35572)). ● 대법원 2013. 8. 23. 선고 2012다17585 판결은, “근저당권의 피담보채무에 관한 부존재확인 소는 근저당권이 말소되면 과거의 권리 또는 법률관계의 존부에 관한 것으로서 확인 이익이 없게 된다.”라고 직권으로 판단하였으나, 이는 의문이고, 채무의 존부에 대하여 다툼이 있는 이상 채무부존재확인 소의 소익을 부정할 것은 아니라고 생각한다.

1826) ○ 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다74130 판결: “권리관계에 대하여 당사자 사이에 아무런 다툼이 없어 법적 불안이 없으면 원칙적으로 확인의 이익이 없다고 할 것이나, 피고가 권리관계를 다투어 원고가 확인의 소를 제기하였고 당해 소송에서 피고가 권리관계를 다투는 바 있다면 특별한 사정이 없는 한 항소심에 이르러 피고가 권리관계를 다투지 않는다는 사유만으로 확인의 이익이 없다고 할 수 없다.”

○ 대법원 1983. 6. 14. 선고 83다카37 판결: “권리 또는 법률관계의 존부확인은 다툼이 있는 범위내에 대하여서만 청구하면 되는 것이므로 채무자가 채권자의 주장하는 채무 중 일부의 채무가 있음을 인정하고 이를 초과하는 채무는 없다고 다투는 경우 채무자가 인정하는 채무 부분에 대하여는 그 존재에 대하여 다툼이 없으므로 이 부분 채무의 존재에 대하여는 확인의 이익이 없다 할 것이고 이를 초과하는 채무의 존부에 대하여서만 다툼이 있으므로 채무자로서는 이 부분에 대하여서만 채무부존재의 확인을 구할 이익이 있다고 할 것이다.”

1827) 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016다256968, 256975 판결: 원고가 피고의 계약위반을 이유로 전속계약을 해지하였으므로 원·피고 간 전속계약의 효력이 존재하지 아니함의 확인을 구함에 대하여, 원심이, 피고가 소송 중에 원고의 계약위반을 이유로 전속계약을 해지한다고 통지하였으니 전속계약의 효력이 존재하지 않는다는 점에 관하여는 다툼이 없게 되었으므로, 전속계약의 효력의 존부에 관한 한 원고의 권리·법률상 지위에 현존하는 위험·불안이 있다고 볼 수 없다는 이유로 확인 이익이 없어 부적법하다고 판단하였으나, 대법원은, 원고 주장은 피고의 계약위반을 이유로 한 전속계약 해지를 전제로 전속계약의 효력이 존재하지 않는다는 것인데 비하여, 피고는 피고의 계약위반을 부인하며 원고의 계약위반을 주장하고 있으므로, 원고가 주장하는 바와 같은 경위로 전속계약의 효력이 존재하지 않게 되었다는 데에 다툼이 없다고 할 수 없다고 한 사례.

1828) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2021다277525 판결: 원고와 피고 모두 현재 공사대금채무가 소멸하여 없다는 점에 대하여는 다툼이 없으나, 원고는 ‘변제 또는 소멸시효 완성’으로 소멸하였다는 입장인 반면, 피고는 ‘경계계약’인 묘지사용관리권 양도계약이 체결됨에 따라 기존 채무인 위 채무가 소멸하였다는 입장인 사안에서, 원심이, ‘공사대금채권의 소멸이라는 법률효과에 대하여 원고와 피고가 주장하는 법률요건이 다르므로 원고와 피고 사이에 법률관계에 관한 다툼이 없다고 볼 수는 없다’라고 한 데 대하여, 대법원은, 위 판시와 함께 원심이 들고 있는 2016다256968, 256975 판결은 사안이 달라서 원용하기에 적절하지 않다고 하고 원심을 파기한 예.

1829) 대법원 1987. 7. 7. 선고 86다카2675 판결: “주식양도·양수계약의 부존재 또는 무효확인을 구하는 소는 과거의 법률행위인 주식양도계약자체의 부존재 또는 무효확인을 구하는 것으로 볼 것이 아니라, 그 계약이 존재하지 아니하거나 무효임을 내세워 그 계약에 터 잡아 이루어진 현재의 법률관계의 부존재 내지 무효의 확인을 구하는 취지라고 보아야” ⇔ [동일 취지] 66다17(매매계약 무효 확인)

1830) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다2428, 2435 판결: “소송요건을 구비하여 적법하게 제기된 본소가 그 후에 상대방이 제기한 반소로 인하여 소송요건에 흠결이 생겨 다시 부적법하게 되는 것은 아니므로, 원고가 피고에 대하여 손해배상채무의 부존재확인을 구할 이익이 있어 본소로 그 확인을 구하였다면, 피고가 그 후에 그 손해

강제집행승낙문구가 기재된 공정증서의 채무자가 청구이의의 소가 아니라 공정증서의 작성원인이 된 채무의 부존재확인의 소를 제기하더라도 그 확인의 이익이 인정된다.¹⁸³¹⁾ 회생절차 종료 후에 제기된 회생채권자표 기재 무효 확인의 소도 그 확인의 이익이 인정된다.¹⁸³²⁾

② 부 정 례

이행청구를 할 수 있는 경우에 별도로 그 '이행의무 또는 권리의 존재 확인', '권리의 부존재 확인'을 구¹⁸³³⁾하는 것은 확인의 이익이 없으나,¹⁸³⁴⁾ '이행청구를 할 수

배상채무의 이행을 구하는 반소를 제기하였다 하더라도 그러한 사정만으로 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸하여 본소가 부적법하게 된다고 볼 수는 없다. ... 민사소송법 제271조는 본소가 취하된 때에는 피고는 원고의 동의 없이 반소를 취할 수 있다고 규정하고 있고, 이에 따라 원고가 반소가 제기되었다는 이유로 본소를 취하한 경우 피고가 일방적으로 반소를 취함으로써 원고가 당초 추구한 기판력을 취득할 수 없는 사태가 발생할 수 있는 점을 고려하면, 위 법리와 같이 반소가 제기되었다는 사정만으로 본소청구에 대한 확인의 이익이 소멸한다고 볼 수 없고, 달리 판례변경의 필요가 있다고 보이지 아니한다." ⇨ 원심이, 채무부존재 확인소송의 제소강제적 기능이 채권자의 반소에 의하여 이행의 소 제기라는 형태로 현실화된 경우에는 본소인 채무부존재확인소송은 당초의 기능상의 목적을 다하는 것인 점, 피고가 이행의 소를 반소로 제기한 경우에 반소청구를 기각하는 판결의 기판력은 원칙적으로 본소 원고가 채무부존재확인소송에 의하여 달성하려는 목적과 동일한 점 등의 이유를 들어 판례는 변경되어야 하고, 소송실무의 운용도 이와 같은 경우에 채무부존재의 확인을 구하는 원고의 본소를 취하하도록 권고하는 방향으로 개선할 필요가 있으며, 따라서 원고가 채무부존재 확인 소송을 제기하면 중 피고가 그 채무의 이행을 구하는 반소를 제기한 이상, 원고의 본소는 결과적으로 확인의 이익이 없어 부적법하다고 판단한 것은 잘못이라고 한 예.

1831) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다108863 판결: "청구이의의 소는 집행권원이 가지는 집행력의 배제를 목적으로 하는 것으로서 그 판결이 확정되더라도 당해 집행권원의 원인이 된 실체법상 권리관계에 기판력이 미치지 않는다. 따라서 채무자가 채권자에 대하여 채무부담행위를 하고 그에 관하여 강제집행승낙문구가 기재된 공정증서를 작성하여 준 후, 그 공정증서에 대한 청구이의의 소를 제기하지 않고 그 공정증서의 작성원인이 된 채무에 관하여 채무부존재확인의 소를 제기한 경우, 그 목적이 오로지 공정증서의 집행력 배제에 있는 것이 아닌 이상 청구이의의 소를 제기할 수 있다는 사정만으로 채무부존재확인소송이 확인의 이익이 없어 부적법하다고 할 것은 아니다." ⇨ '목적이 오로지 공정증서의 집행력 배제에 있는 것이 아닌 이상' 부분 판시는 불필요한 것으로 보인다. 소제기자의 주관적 목적에 의하여 확인의 이익의 존부가 좌우될 수 있는지 의문이고, 위 판시의 목적이 실제 인정될 가능성도 거의 없을 것으로 보이기 때문이다.

1832) 대법원 2024. 3. 28. 선고 2019다253700 판결: "존재하지 아니하거나 이미 소멸한 회생채권이 이익 없이 확정되어 회생채권자표에 기재되어 있더라도 이로 인하여 권리가 있는 것으로 확정되는 것은 아니므로, 이것이 명백한 오류인 경우에는 회생법원의 경정결정에 의하여 이를 바로잡을 수 있고, 회생절차 내부에서는 더 이상 다룰 수 없다고 하여도 채무자회생법에서 마련하고 있는 절차 외의 다른 절차에 의해 다루는 것까지 금지되는 것은 아니어서 무효 확인의 판결을 얻어 이를 바로잡을 수 있다. 회생채권자표가 작성된 회생절차가 종료된 후라도 채무자가 회생채권자표 기재에 관한 무효 확인의 소를 제기하는 것이 그 회생채권자표 기재 회생채권에 관한 권리관계의 불안이나 위험을 제거하기 위하여 유효적절한 수단이 되는 경우에는 이를 허용할 수 있다." (나아가, 원고가 '회생채권자표 기재 채권의 진정한 권리자는 피고가 아니다.'라고 주장하는 것은 신의칙에 반하여 허용되지 아니한다고 볼 여지가 많다고 판시한 사안)

1833) ① 원고들 주장의 피고에 대한 수수료 반환청구권은 그 채권액수가 확정되어 있고 이행기도 도래하였다고 주장하고 있으므로, 피고에게 직접 그 이행을 청구하는 것은 별론으로 하고, 다른 특별한 사정이 없는 한 피고를 상대로 그 '채권 존재의 확인'을 청구하는 것은 확인의 이익이 없어 허용될 수 없다고 적된 판단한 예(2001다30469). ② 손해배상 청구를 할 수 있는 경우에 별도로 그 침해되는 '권리의 존재 확인'을 구하는 것은 분쟁의 종국적인 해결 방법이 아니어서 확인의 이익이 없다고 한 예(95다5622). ③ "원고가 이 사건 자동차들이 이 사건 아파트 단지 내로 출입·통행 및 주차할 수 있음의 확인을 청구하는 부분은 원고가 위 확인청구와 별도로 이 사건 자동차들의 이 사건 아파트 단지 내로 출입·통행 및 주차에 대한 방해 금지를 청구하고 있어 위 이행청구로써 위 확인청구의 목적을 직접 달성할 수 있는 이상 확인의 이익이 없어 부적법하다고 판단하여 이를 각하한 것은 정당하다."라고 한 예(2005다60239). ④ 국가와 수의계약체결 약정을 한 후 관계 법령의

없는 예외적인 사정'이 있는 경우에는 확인의 이익이 인정될 수 있다.¹⁸³⁵⁾

채무 이행청구의 본소에 대하여 채무부존재확인인 반소를 제기하는 것,¹⁸³⁶⁾ 채무인수자를 상대로 한 채무이행청구소송의 계속 중에 채무인수자가 별도로 그 채무의 부존재 확인을 구하는 것,¹⁸³⁷⁾ 파산채무자에 대한 면책결정의 확정으로 면책된 채무에 관한 집행권원을 가진 채권자를 상대로 청구이익의 소가 아닌 면책 확인을 구하는 소,¹⁸³⁸⁾ 파산·회

개정으로 수의계약이 금지된 경우, 그 계약의 불이행이 국가의 귀책사유에 의한 채무불이행이라 하여 손해배상을 구할 수 있음은 별론으로 하고, 법령상 허용되지 아니하는 수의계약 체결의무의 확인을 구하는 것은 현존하는 법적인 불안, 위험을 해소할 수 있는 유효적절한 방법이라고는 볼 수 없으므로 확인의 이익이 없다고 한 예(95다12071). ⑤ 중중총회 결의 중 원고에 대한 종금의 지급을 정지한 결의 부분에 대하여 원고로서는 바로 이행의 소를 제기할 수 있는데도 그 결의의 부존재 또는 무효의 확인을 구하는 것은 법률상 권리보호의 이익이 없다고 한 예(93다40089). ⑥ 가장 임차인의 배당요구가 받아 들여져 제1순위로 허위의 임차보증금에 대한 배당이 이루어졌으나 이해관계인들의 배당이익이 없어 그대로 배당표가 확정된 후 그 사실을 알게 된 후순위 진정 채권자에 의해 그 배당금지청구권이 가압류되어 가장 임차인이 현실적으로 배당금을 추심하지 못한 경우, 배당을 받지 못한 후순위 진정 채권자로서는 배당금지청구권을 부당이득한 가장 임차인을 상대로 그 부당이득 채권의 반환을 구하는 것이 손실자로서의 권리 또는 지위의 불안·위험을 근본적으로 해소할 수 있는 유효·적절한 방법이므로, 후순위 진정 채권자가 가장 임차인을 상대로 '배당금지청구권 부존재 확인'을 구하는 것은 확인의 이익이 없다고 한 예(96다34009).

1834) [사건] 흔히 일반론으로 "이행을 청구하는 소를 제기할 수 있는데도 불구하고 확인의 소를 제기하는 것은 분쟁의 종국적인 해결방법이 아니어서 확인의 이익이 없다."라고 판시(2016다240338 등)하고 있으나, '이행청구로써 확인청구의 목적을 직접 달성할 수 있는 경우'에는 확인의 이익이 없는(2005다60239) 것으로 보다 제한적으로 봄이 옳다고 생각한다. 따라서 이행청구를 할 수 있는 경우에 별도로 그 이행의무 또는 권리의 존재나 부존재의 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 없다.

1835) 교통사고 피해자들이 손해배상을 청구하지 아니하는 등의 사유로 보험금채권의 전제가 되는 손해배상액이 확정되지 아니하여 불분명한 상태이고, 피고는 보험계약이 적법히 해지되었다고 주장하여 보험금채권의 존재 자체를 다투면서 교통사고 피해자들에게 치료비 지급을 거절하고 있으며, 원고는 교통사고로 입건되어 형사절차가 진행되고 있는 사정이라면, 원고는 당장 피고에게 보험금 지급을 청구하는 소를 제기하기 어려운 상태에 있어 원고가 그의 권리 또는 지위의 불안을 해소시키기 위하여는 보험금채권의 존재에 대하여 확인판결을 받는 이외에 다른 유효·적절한 수단이 있다고 볼 수 없으므로, 원고의 보험금채권 존재 확인 청구는 확인의 이익이 있다고 한 예(2004다36215).

1836) 대법원 2007. 4. 13. 선고 2005다40709, 40716 판결: "반소청구에 본소청구의 기각을 구하는 것 이상의 적극적 내용이 포함되어 있지 않다면 반소청구로서의 이익이 없다고 할 것인바, 어떤 채권에 기한 이행의 소에 대하여 동일 채권에 관한 채무부존재확인인 반소를 제기하는 것은 그 청구의 내용이 실질적으로 본소청구의 기각을 구하는 데 그치는 것이므로 부적법하다."

1837) 대법원 2001. 7. 24. 선고 2001다22246 판결: "이 사건 소는 소외 2의 피고에 대한 채무가 존재하지 아니한다는 확인의 소이고, 피고가 원고를 상대로 제기한 위 채권확정의 소는 원고가 소외 2의 피고에 대한 채무를 병존적으로 인수하였음을 이유로 한 금전채무 이행의 소로서, 그 청구취지와 청구원인이 서로 다르므로, ... 중복제소에 해당한다고 판단한 것은 잘못이다. ... 원고를 상대로 1억 원의 지급을 구하는 피고의 채권확정의 소가 이미 계속되어 있고, 원고는 그 소송에서 청구기각의 판결을 구함으로써 피고가 원고나 소외 2에 대하여 1억 원의 채권을 가지고 있지 아니함을 다룰 수 있으므로, 이와는 별도로 피고를 상대로 소외 2의 원고에 대한 1억 원의 채무가 존재하지 아니한다는 확인을 구할 이익이 없다."

1838) 대법원 2017. 10. 12. 선고 2017다17771 판결: "파산채무자에 대한 면책결정의 확정에도 불구하고 어떠한 채권이 비면책채권에 해당하는지 여부 등이 다투어지는 경우에 채무자는 면책확인인 소를 제기함으로써 그 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험을 제거할 수 있다. 그러나 면책된 채무에 관한 집행권원을 가지고 있는 채권자에 대한 관계에서 채무자는 청구이익의 소를 제기하여 면책의 효력에 기한 집행력의 배제를 구하는 것이 그 법률상 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 유효적절한 수단이 된다. 따라서 이러한 경우에도 면책 확인을 구하는 것은 분쟁의 종국적인 해결 방법이 아니므로 확인의 이익이 없어 부적법하다." ⇨ 반면에 "청구 이익의 소를 제기할 수 있다는 사정만으로 채무부존재확인소송이 확인의 이익이 없어 부적법하다고 할 것은 아니다."라고 한 예로는 2012다108863 판결이 있다.

생절차에서 면책된 채무 그 자체의 부존재확인을 구하는 소,¹⁸³⁹⁾ 토지 저당권 담보가치 확보 목적의 지상권설정등기에 관한 피담보채무의 범위 확인을 구하는 소¹⁸⁴⁰⁾도 모두 확인의 이익이 없다.

(나) 주장·증명책임의 분배

채무자인 원고가 먼저 '청구의 특정'을 위해 '특정 채무'의 존재를 부정하는 주장을 하면, 채권자인 피고는 그 채무 발생의 요건사실에 관하여 주장·증명책임을 부담한다.¹⁸⁴¹⁾ 원고가 피고의 권리 발생 사실을 인정하는 경우 그 권리 발생의 장애·소멸 사실을 청구원인사실로 주장·증명하여야 한다.

(다) 일정액 초과 채무의 부존재 확인 청구

원고가 상한을 표시하지 않고 일정액을 초과하는 채무의 부존재의 확인을 청구하는 사건에서 그 일정액을 초과하는 채무의 존재가 인정되는 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 법원은 그 청구의 전부를 기각할 것이 아니라, 존재하는 채무 부분에 대하여 일부패소의 판결을 하여야 한다.¹⁸⁴²⁾

1839) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다281159 판결: "채무자가 채무자회생법 제251조에 따라 회생채권에 관하여 책임을 면한 경우에는, 그 면책된 회생채권의 존부나 효력이 다투어지고 그것이 채무자의 해당 회생채권자에 대한 법률상 지위에 영향을 미칠 수 있는 특별한 사정이 없는 한, 채무자의 회생채권자에 대한 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있다고 할 수 없어 그 회생채권자를 상대로 면책된 채무 그 자체의 부존재확인을 구할 확인의 이익을 인정할 수 없다(다만 채무자의 다른 법률상 지위와 관련하여 면책된 채무의 부존재확인을 구할 확인의 이익이 있는지는 별도로 살펴보아야 한다)."

1840) 대법원 2017. 10. 31. 선고 2015다65042 판결: "지상권은 용익물권으로서 담보물권이 아니므로 피담보채무라는 것이 존재할 수 없다. 근저당권 등 담보권 설정의 당사자들이 담보로 제공된 토지에 추후 용익권이 설정되거나 건물 또는 공작물이 축조·설치되는 등으로 그 토지의 담보가치가 줄어드는 것을 막기 위하여 담보권과 아울러 설정하는 지상권을 이른바 담보지상권이라고 하는데, 이는 당사자의 약정에 따라 담보권의 존속과 지상권의 존속이 서로 연계되어 있을 뿐이고, 이러한 경우에도 지상권의 피담보채무가 존재하는 것은 아니다. 따라서 지상권설정등기에 관한 피담보채무의 범위 확인을 구하는 원고의 청구 부분은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 관한 청구라고 보기 어려우므로, 확인의 이익이 없어 이 부분 소는 부적법하다."

1841) ① 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다45259 판결 등은, "금전채무부존재확인소송에 있어서는, 채무자인 원고가 먼저 청구를 특정하여 채무발생원인사실을 부정하는 주장을 하면 채권자인 피고는 그 권리관계의 요건사실에 관하여 주장·입증책임을 부담한다."고 하는데, 원고로서는 청구의 특정을 위해 '특정 채무'의 존재를 부정하는 주장을 하는 것으로 족하고, '채무발생원인 사실'의 존재를 부정하는 주장까지 반드시 할 필요는 없다고 생각한다. ② 채무부존재확인 소에 있어서 채무발생요건사실에 관한 주장·증명책임이 피고에게 있는 이상 채무가 발생하지 않았다는 원고의 주장은 피고에게 주장·증명책임이 있는 사실에 대한 단순부인에 해당할 뿐이므로 채무가 발생하였음을 인정하는 이상 원고의 채무 불발생에 관한 주장에 대하여는 이를 따로 판단할 필요가 없다(87다카1115).

1842) 대법원 1994. 1. 25. 선고 93다9422 판결. ① 이 경우 법원으로서의 잔존채무액이 원고 주장의 금액보다 상회하고 있다고 보는 이상, 설사 그 채무의 구체적인 수액에 관한 증명이 부족하더라도 그 이유만으로 청구 전부를 배척할 것이 아니라 석명권을 행사하는 등으로 그 수액을 심리 확정된 다음 청구의 일부 인용 여부에 관하여 판단하여야 한다(81다393). ② 금전채무에 관하여 채무자가 채권자를 상대로 채무부존재확인소송을 제기하였을 뿐 이에 대한 채권자의 이행소송이 없는 경우에는, 사실심의 심리 결과 채무의 존재가 일부 인정되어 이에 대한 확인판결을 선고하더라도 이는 금전채무의 전부 또는 일부의 이행을 명하는 판결을 선고한 것은 아니므로, 이 경우 지연손해금 산정에 대하여 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조의 법정이율을 적용할 수 없다(대법원 2021. 6. 3. 선고 2018다276768 판결).

(라) 기 판 력

채무부존재확인 청구를 기각한 확정판결이 있으면, 그 채무의 존재 자체에 대하여 기판력이 미친다.¹⁸⁴³⁾

(2) 근저당권설정등기 말소등기 청구와의 관계

부동산 담보권 실행을 위한 경매절차를 정지하려면 그 담보권의 효력을 다투는 소를 제기하고 경매절차정지 결정을 받아 그 절차의 진행을 정지시킬 수 있는데(민사집행법 제275조, 제46조), 그 본안의 소로서 근저당권설정등기 말소등기청구의 소나 피담보채무 부존재확인의 소가 제기된다.^{1844) 1845)}

1843) 대법원 2018. 5. 15. 선고 2018다203692 판결; 원고(피보험자)의 보험금청구에 대하여, 피고(보험회사)가, '원고의 고의·중과실로 발생한 보험사고이므로 면책되어야 하고, 피고의 이 항변은 선행의 보험금지급채무부존재확인 소송에서 심리되지 않았으므로 그 기판력이 미치지 않는다.'고 주장한 데 대하여, 원심이, '확정판결의 기판력은 동일한 당사자 사이의 소송에서 변론종결 전에 당사자가 주장하였거나 주장할 수 있었던 모든 공격방어방법에 미치고, 보험금지급채무 부존재 확인의 청구를 기각한 확정판결이 있으면 보험금지급채무의 존재 자체에 대하여 기판력이 미친다.'고 판단하면서, 피고의 위 주장을 배척한 것은 잘못이 없다고 한 예. ■ 채무자 제소의 채무부존재확인소송(전소)의 청구기각 확정판결의 기판력으로 말미암아, 채권자 제소의 채무이행청구(후소)에서 채무자가 전소 변론종결 전에 주장하였거나 주장할 수 있었던 주장으로 항변하는 것은 허용되지 않는다.

1844) 대법원 2012. 8. 14.자 2012그173 결정; "민사집행법 제44조, 제46조 제2항에 기한 강제집행정지의 잠정처분은 청구에 관한 이의의 소에 부수된 절차에 불과하므로 그 잠정처분은 청구에 관한 이의의 소가 제기되어 있을 것을 전제로 한다. 한편 부동산을 목적으로 하는 담보권을 실행하기 위한 경매절차를 정지하려면 그 담보권의 효력을 다투는 소를 제기하고 민사집행법 제46조에 준하는 강제집행정지 결정을 받아 그 절차의 진행을 정지시킬 수 있는바(민사집행법 제275조), 이러한 강제집행정지 신청도 근저당권말소청구의 소나 피담보채무 부존재확인의 소와 같은 본안의 소가 제기되어 있을 것을 전제로 한다." ⇨ ① 신청인 소유 건물에 관하여 2011. 11. 11. 채권최고액 3억 5,000만 원, 채무자 신청인, 근저당권자 소외인인 근저당권설정등기가 마쳐지고, 2011. 12. 12. 계약양도를 원인으로 하여 특별항고인 명의의 근저당권이전등기가 마쳐진 후, ② 특별항고인이 건물에 관하여 청구금액을 3억 5,000만 원으로 한 임의경매신청을 하여, 2011. 12. 22. 경매개시결정을 받자, ③ 신청인은 위 근저당권의 피담보채무가 9,100만 원에 불과하다고 주장하면서, 2012. 1. 경 소외인에 대하여 채무부존재확인소송을 제기하고, 2012. 2. 2. 특별항고인에 대하여 위 경매절차의 정지를 신청하였고, ④ 이에 원심법원은 2012. 2. 17. 피신청인을 소외인으로 한 경매절차정지 결정을 하였다가, 2012. 6. 15. 위 경매절차정지 결정의 피신청인을 특별항고인으로 경정하는 결정을 한 사안에서, "원심은 신청인이 소외인에 대하여 채무부존재확인소송을 제기하였을 뿐 특별항고인에 대하여는 그 담보권의 효력을 다투는 소를 제기한 바 없음에도 불구하고 특별항고인의 경매절차를 정지하는 잠정처분을 하였는바, 이는 특별항고인이 적법한 절차에 따른 재판을 받을 권리를 침해한 것으로서 재판에 영향을 미친 헌법 위반에 해당한다."고 하고, "나아가 신청인은 특별항고인이 임의경매신청을 할 때 채권액으로 표시한 3억 5,000만 원의 채무가 없다는 것이 아니고, 저당채무는 9,100만 원에 불과하다는 취지로 채무 일부의 부존재확인 청구를 한 것인데, 저당채무의 일부라도 잔존하는 한 저당권의 실행으로서 저당목적물 전부에 대하여 경매절차를 진행할 수 있으므로, 민사집행법 제46조 제2항을 준용하여 경매절차를 정지하는 결정을 할 수도 없음에도 불구하고, 이를 허용한 원심결정은 이 점에서도 잘못이다."라고 판시한 예.

1845) 채무부존재확인의 소가 민사집행법 제46조 제2항 소정의 잠정처분의 본안의 소에는 해당하지 아니한다(대법원 2015. 1. 30.자 2014그553 결정; "민사집행법 제46조 제2항의 잠정처분은 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 있는 집행권원의 실효를 구하거나 집행력 있는 정본의 효력을 다투거나 목적물의 소유권을 다투는 구제절차 등에서 소수법원이 종국판결을 선고할 때까지 잠정적인 처분을 하도록 하는 것으로서, 청구이의 판결 등의 종국재판이 해당 물건에 대한 강제집행을 최종적으로 불허할 수 있음을 전제로 그 강제집행을 일시정지시키는 것이다. 따라서 승소하더라도 그와 같은 효력이 인정되지 않는 채무부존재확인의 소를 제기한 것만으로는 위 조항에 의한 잠정처분을 할 요건이 갖추어졌다고 할 수 없다. 같은 취지에서 원심이, 특별항고인은 원심판시 채무변제(준소비대차) 공정증서에 기한 채무의 부존재확인을 구하는 소만 제기하였을 뿐 청구이이의 소를 제기

그런데 대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다5640 판결은, “원고(=근저당권설정자)가 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구함과 함께 그 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우에 원고로서는 피담보채무가 존재하지 않음을 이유로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것이 분쟁을 유효·적절하게 해결하는 직접적인 수단이 될 것이므로 별도로 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 있다고 할 수 없다.”라고 판시한 바 있다.

그러나 위 판시는 타당치 않은 것이고, 주류적 대법원 판결들¹⁸⁴⁶⁾에 비추어 보면 위 2000다5640 판결은 비주류적 판례로 취급하여 그 적용을 배제함이 옳다.¹⁸⁴⁷⁾ 근저당권설정등기 말소등기청구의 소와 함께 제기된 피담보채무 부존재확인 소는 확인의 이익

하지 아니하였다는 이유로 위 공정증서에 의한 강제집행의 정지를 구하는 이 사건 신청이 부적법하다고 판단한 것은 정당하고”.

1846) ○ 대법원 1982. 11. 23. 선고 81다393 판결; “이 사건 채무부존재확인청구는 이 사건 부동산들에 의하여 담보되는 위 차용금채무에 대하여 원고들이 자인하는 금액을 제외한 나머지 채무의 부존재확인을 구한다는 것이고, 이와 같은 소극적 확인소송에 있어서 그 부존재확인을 구하는 목적인 법률관계가 가분하고 또 분량적으로 그 일부만이 존재하는 경우에는 그 청구 전부를 기각할 것이 아니고 그 존재하는 법률관계의 부분에 대하여 일부폐소의 판결을 하여야 한다 할 것이며, 다음으로 원고들의 이 사건 근저당권설정등기의 말소등기절차이행 청구는 원고들이 이 사건 피담보채무 중 잔존채무라고 주장하는 그 채무를 변제하는 것을 조건으로 하여 그 담보로 경료된 위 각 등기의 말소등기절차이행을 구한다는 것이나 그 청구 중에는 이 사건에 있어서와 같이 잔존채무액이 원고 주장의 금액을 초과하는 경우에 그 확정된 잔존채무의 변제를 조건으로 위 각 등기의 말소등기절차이행을 구하는 취지가 포함되어 있는 것으로 해석하여야 할 것이므로, 이와 같은 경우에는 법원은 원고들 청구의 일부를 배척하여 그 확정된 채무의 변제를 조건으로 그 등기의 말소절차이행을 명하여야 할 것이다.”

○ 대법원 1983. 6. 14. 선고 83다카37 판결; “원심으로서 ‘원고의 피고들에 대한 … 근저당권설정등기 및 … 지상권설정등기로서 담보된 채권액이 10,693,425원임을 확인한다’라는 원고의 이 사건 예비적 청구취지에 대하여 석명을 구하여 그 취지가 원고의 피고들에 대한 채무액이 10,693,425원임을 확인을 구하는 것이라 면 이는 다툼이 없는 사실에 대한 것으로서 확인의 이익이 없다 하여 배척하여야 할 것이고, 피고들이 주장하는 32,500,000원 중 원고가 자인하는 10,693,425원을 초과한 21,806,575원의 채무의 부존재확인을 구하는 것이라면 그 청구의 취지를 정리토록 할 것이며, 소극적 확인소송에 있어서 그 부존재확인을 구하는 목적인 법률관계가 가분하고 또 분량적으로 그 일부만이 존재하는 경우에는 그 청구 전부를 기각할 것이 아니고 그 존재하는 법률관계의 부분에 대하여 일부폐소의 판결을 하여야 할 것이므로, 원심이 위 부동산에 의하여 담보되는 원고의 채무액이 원고 주장의 금액보다 상회하는 21,559,650원이라고 보는 이상 그 청구의 일부인용에 관하여 판단하여야 할 것임에도 이에 이르지 아니하고 원고의 예비적 청구 전부를 배척한 원심판결은 필경 확인의 이익과 소송의 대상인 원고 신청의 범위를 오해하여 …”

○ 대법원 1987. 10. 28. 선고 87다카1115 판결; 납품계약에 따른 물품대금채무를 담보하기 위하여 설정된 근저당권의 피담보채무 부존재확인을 구한 사안.

○ 대법원 1994. 1. 25. 선고 93다9422 판결; “담보권 실행을 위한 경매가 진행 중인 원고 소유 부동산에 의하여 담보되는 피담보채무 원리금의 범위에 관한 다툼이 있어 원고가 상환을 표시하지 않고 일정액을 초과하는 채무의 부존재의 확인을 청구하는 사건에 있어서 일정액을 초과하는 채무의 존재가 인정되는 경우에는, 특단의 사정이 없는 한, 법원은 그 청구의 전부를 기각할 것이 아니라 존재하는 채무 부분에 대하여 일부 폐소의 판결을 하여야 할 것 …”

○ 대법원 2003. 1. 10. 선고 2001다45201 판결; 위탁증거금 채무를 담보하기 위해 설정된 근저당권 등기의 말소청구와 함께 피담보채무의 부존재확인을 구한 원고의 청구를 원심이 둘 다 인용한 데 대하여, 채무부존재확인청구 부분의 소의 이익에 관해 직권으로 판단하지 않고 있는 사안.

1847) “근저당권의 피담보채무에 관한 부존재확인 소는 ‘근저당권이 말소되면’ 과거의 권리 또는 법률관계의 존부에 관한 것으로서 확인의 이익이 없게 된다.”고 한 대법원 2013. 8. 23. 선고 2012다17585 판결도 이를 반대해석해 보면 원칙적으로 피담보채무 부존재확인 소의 이익을 인정할 것임을 알 수 있다.

이 있다고 보아야 한다. 위 주류적 대법원 판결들은 근저당권설정등기 말소등기청구의 소와 함께 제기된 피담보채무 부존재확인 소가 확인의 이익이 있음을 전제로 한 것들인데, 만일 그 확인의 이익을 부정하는 입장을 취하였다면 확인의 이익의 존부는 직권으로 판단하여야 할 사항이므로 피담보채무 부존재확인 소는 직권으로 각하되었어야 하기 때문이다.¹⁸⁴⁸⁾

1848) 원고가 피담보채무 전부가 소멸하였다고 주장하면서 근저당권설정등기의 말소등기의 소를 구하는 경우 그 소송물은 근저당권설정등기 말소등기청구권의 존부이고 피담보채무의 존부가 아니어서 그에 따른 판결은 피담보채무의 존부나 범위를 확정짓는 효력이 없어 그 후에 피담보채무의 존부나 범위에 대하여 다툼이 있을 수 있지만, 근저당권설정등기의 말소등기의 소와 함께 피담보채무 부존재확인청구의 소를 병합하여 제기하면 근저당권설정등기의 말소등기청구권의 존부 및 피담보채무의 존부에 관하여 가판력이 발생하므로 향후 채무자는 불안정한 지위에서 완전히 벗어날 수 있게 된다. 소송물의 측면에서나 분쟁의 종국적인 해결의 측면에서 볼 때 주류적 판례와 같이 근저당권설정등기 말소등기청구의 소와 함께 제기된 피담보채무 부존재확인 소는 확인의 이익이 있다고 보아야 한다. 그리고 확인의 이익 문제는 당해 확인의 소 자체만으로 판단되어야 하고, 근저당권의 피담보채무 부존재확인 소가 단독으로 제기되든, 별도로 제기되든, 근저당권설정등기 말소등기청구와 병합하여 제기되든, 부존재확인 소의 범위가 피담보채무 전체이든 일부이든 확인의 이익 유무 판단에 차이가 있다고 볼 것은 아니다.