

Chapter 4 The Establishment of Mortgage

제3장 저당권의 성립

제1절 저당권의 성립

민법상 저당권의 성립에는 당사자간 저당권설정에 관한 합의와 등기에 의하여 성립하는(186조) 약정저당권과 제666조에 의한 부동산공사 수급인의 저당권 설정청구권의 행사로 인하거나 법정저당권(제649조)이 있다.

I. 저당권설정계약

저당권은 약정담보물권이므로 물권변동의 일반원칙(186조)에 따라 당사자간의 저당권설정계약에 의해 성립한다.

1. 계약의 성질

가. 저당권의 부종성 때문에 저당권설정계약은 피담보채권의 발생을 위한 계약(금전소비대차계약)의 종된 계약이다.

나. 저당권설정계약은 불요식이며, 조건이나 기한을 붙일 수 있다.

다. 저당권설정계약의 성질

1) 채권계약과 물권계약의 합체로 보는 설

가) 저당권설정을 약정하는 채권계약과 저당권설정 그 자체를 목적으로 하는 순수한 물권적 합의 내지 물권적 계약의 두 성격을 가지며,

나) 특별한 사정이 없으면 양자는 하나의 행위로 승체되어 행하여진다는 견해(물권행위 독자성 부인; 판440).

2) 물권계약설 -- 저당권설정계약은 채권계약으로부터 분리된 즉 물권행위의 독자성을 인정하는 입장에서 물권계약으로만 보아야 한다는 견해(물권행위 독자설; 장경학 771, 김용한 550).

3) 저당권설정 의사합의설

가) 부동산소유권이전의 경우와는 달리 저당권설정계약은 처음부터 물권계약이 체결되는 경우에 해당한다.

나) 따라서 물권계약이라 할지라도 물권변동이라는 법률효과가 발생하는 것이 아니고 당사자의 저당권설정의 합의를 의미한다(고638, 김형배727).

2. 설정계약의 당사자

가. 저당권자 -- 원칙적으로 피담보채권의 채권자에 한한다.

나. 저당권설정자 : 피담보채권의 채무자 및 제3자(물상보증인)

1) 채무자 및 제3자(물상보증인) : 자기소유물에만 인정된다.

2) 목적물의 처분권능을 가진 자 :

가) 설정자는 처분권능을 가져야 함.

나) 목적물의 소유자라도 처분권이 제한된 자 즉 파산선고를 받은 자, 압류, 가압류, 가처분을 당한 자 등은 제외됨.

II. 저당권의 설정등기

1. 설정 등기

가. 저당권의 설정시 등기는 효력발생요건(제186조)

나. 등기사항(부등법 제75조 1항)

1) 채권자, 채무자(물상보증인의 경우)

2) 채권액, 변제기, 이자의 발생기 및 지급시기, 원본 또는 이자의 지급장소

3) 제358조(저당권의 효력범위)의 단서의 약정

4) 채권이 조건부인 경우 그 조건의 내용

다. 설정비용은 채무자가 부담하는 것이 종래의 관행임.

2. 불법말소 또는 탈루된 등기의 효력

가. 설정등기가 유효하게 경료되었으나 불법으로 말소 또는 탈루된 경우

저당권 소멸되는가 아니면 저당권자가 회복등기의 청구가 가능한가 여부

나. 학설

1) 회복인정설(존속설; 다수설, 판례) -- 등기가 불법으로 말소된 경우까지를 존속요건으로 본다면 부당함.

가) 원래의 권리자에게 불측의 손해를 주고

나) 사회의 물권질서에 중대한 혼란 야기

다) 부동산 거래는 동산에 비하여 정적 안정이 중요함.

2) 회복부정설(곽590) -- 등기는 물권변동의 효력발생 요건이자 동시에 효력존속 요건임을 감안하여 회복등기가 허용되지 않음.

나. 판례

[판례1] 대법원 1982.9.14. 선고 81다카923 판결 【소유권이전등기말소】

【판결요지】 가. 등기는 물권의 효력발생요건이고 효력존속요건이 아니므로 물권에 관한 등기가 원인없이 말소된 경우에 그 물권의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않는다고 봄이 타당한 바, 등기공무원이 관할지방법원의 명령에 의하여 소유권이전등기를 직권으로 말소하였으나 그 후 동 명령이 취소확정된 경우에는 말소등기는 결국 원인없이 경료된 등기와 같이 되어 말소된 소유권이전등기는 회복되어야 하고 회복등기를 마치기 전이라도 말소된 소유권

이전등기의 최종명의인은 적법한 권리자로 추정된다고 하겠으나 동 이전등기가 실제관계에 부합하지 않은 점에 대한 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다.

--> 존속설

[판례2] 대법원 1968.8.30. 선고 68다1187 판결

【판결요지】 말소되었던 등기에 관한 회복등기가 된 경우에 그 회복등기는 말소된 중전의 등기와 동일한 효력을 가진다.

--> 존속설

[판례3] 대법원 1998. 10. 2. 선고 98다27197 판결 【근저당권말소등기의회복등기】

【판결요지】 [1] 부동산에 관하여 근저당권설정등기가 경료되었다가 그 등기가 위조된 등기서류에 의하여 아무런 원인 없이 말소되었다는 사정만으로는 곧바로 근저당권이 소멸하는 것은 아니라고 할 것이지만, 부동산이 경매절차에서 경락되면 그 부동산에 존재하였던 근저당권은 당연히 소멸하는 것이므로, 근저당권설정등기가 원인 없이 말소된 이후에 그 근저당 목적물인 부동산에 관하여 다른 근저당권자 등 권리자의 경매신청에 따라 경매절차가 진행되어 경락허가결정이 확정되고 경락인이 경락대금을 완납하였다면, 원인 없이 말소된 근저당권은 이에 의하여 소멸한다.

--> 경매로 인한 근저당권의 등기는 회복 불가

(민집법 91조2항, 268조)

[판례4] 대법원 2002. 10. 22. 선고 2000다59678 판결 【배당이의】

【판시사항】 근저당권설정등기가 위법하게 말소되어 그 부동산에 대한 경매절차에서 배당받지 못한 근저당권자의 구제방법

【판결요지】 등기는 물권의 효력 발생 요건이고 존속 요건은 아니어서 등기가 원인 없이 말소된 경우에는 그 물권의 효력에 아무런 영향이 없고, 그 회복등기가 마쳐지기 전이라도 말소된 등기의 등기명의인은 적법한 권리자로 추정되므로, 근저당권설정등기가 위법하게 말소되어 아직 회복등기를 경료하지 못한 연유로 그 부동산에 대한 경매절차의 배당기일에서 피담보채권액에 해당하는 금액을 배당받지 못한 근저당권자는 배당기일에 출석하여 이의를 하고 배당이이의 소를 제기하여 구제를 받을 수 있고, 가사 배당기일에 출석하지 않음으로써 배당표가 확정되었다고 하더라도, 확정된 배당표에 의하여 배당을 실시하는 것은 실제법상의 권리를 확정하는 것이 아니기 때문에 위 경매절차에서 실제로 배당받은 자에 대하여 부당이득반환 청구로서 그 배당금의 한도 내에서 그 근저당권설정등기가 말소되지 아니하였다면 배당받았을 금액의 지급을 구할 수 있다.

3. 저당권등기의 流用

가. 피담보채권의 변제에 의하여 저당권이 소멸되었으나 저당권등기를 말소하지 않고 그대로 두었다가 그 후 다른 채권의 저당권을 위하여 최초의 등기를 유용할 수 있는 지 여부

나. 학설

1) 제한적 긍정설(통설, 판례) -- 저당권등기의 유용을 제한적으로 인정함.

가) 당사자간 유용합의 및

나) 합의전에 등기상에 새로운 이해관계자인 제3자의 등기가 없는 경우로 제한 -- 대항력을 갖춘 주택임차인이나 상가임차인을 포함해야 함(형730).

2) 부정설 : 저당권의 부종성을 근거로 流用을 부정한다.

다. 판례의 입장 : 등기가 무효로 된 후 당사자가 그 무효등기를 流用하기로 합의할 때까지의 사이에 등기부상 이해관계있는 제3자가 나타나지 않는 한 유효하다.

[판례1] 대법원 2002. 12. 6. 선고 2001다2846 판결 【근저당권이전등기절차이행】

【판결요지】 [2] 실질관계의 소멸로 무효로 된 등기의 유용은 그 등기를 유용하기로 하는 합의가 이루어지기 전에 등기상 이해관계가 있는 제3자가 생기지 않은 경우에는 허용된다.

[판례2] 부기등기를 경료하지 못한 저당권등기 유용의 합의 효력

대법원 1998. 3. 24. 선고 97다56242 판결 【근저당권설정등기말소】

【판결요지】 [1] 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 잔존하는 종전 채권자 명의의 저당권설정등기를 이용하여 이에 터잡아 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 그 등기 유용의 합의를 주장하여 저당권설정등기의 말소 청구에 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 유효를 주장할 수는 없다.

[2] 채무자인 부동산 소유자와 새로운 제3의 채권자와 사이에 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 그 3자 사이의 등기 유용의 합의 사실을 들어 대항할 수 있고 또한 부동산 소유자로부터 그 부동산을 양도받기로 하였으나 아직 소유권이전등기를 경료받지 아니하여 그 소유자를 대위하여 저당권설정등기의 말소를 구할 수밖에 없는 자에 대하여도 마찬가지로 대항할 수 있다.

Ⅲ. 저당권의 객체(목적물)

1. 등기, 등록으로 공시방법이 확보된 물건

가. 부동산(제356조) -- 토지, 건물

나. 부동산물권(제371조 1항) -- 지상권, 전세권(그 예가 드물다)

[판례1] 전세권에 대하여 저당권이 설정된 후 임대차계약의 변경으로 인한 전세권 일부 소멸과 전세권에 설정된 저당권의 효력

대법원 2006.2.9. 선고 2005다59864 판결 【전부금】

【판시사항】 [2] 임대차보증금 반환채권을 담보하기 위하여 전세권설정등기를 경료한 후 그 전세권에 대하여 저당권이 설정된 경우, 임대차계약의 변경으로 전세권이 일부 소멸하더라도 저당권자의 동의가 없는 한 전세권설정자가 위 전세권의 일부 소멸을 주장할 수 없다.

[판례2] 대법원 1999. 9. 17. 선고 98다31301 판결 【전세권설정등기말소】

【판결요지】 [1] 전세권이 기간만료로 종료된 경우 전세권은 전세권설정등기의 말소등기 없이도 당연히 소멸하고, 저당권의 목적물인 전세권이 소멸하면 저당권도 당연히 소멸하는 것이므로 전세권을 목적으로 한 저당권자는 전세권의 목적물인 부동산의 소유자에게 더 이상 저당권을 주장할 수 없다.

[2] 전세권에 대하여 저당권이 설정된 경우 그 저당권의 목적물은 물권인 전세권 자체이지 전세금반환채권은 그 목적물이 아니고, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권은 소멸하므로 더 이상 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없게 되고, 이러한 경우에는 민법 제370조, 제342조 및 민사소송법 제733조에 의하여 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 압류 및 추심명령 또는 전부명령을 받거나 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 자신의 권리를 행사하여 비로소 전세권설정자에 대해 전세금의 지급을 구할 수 있게 된다는 점, 원래 동시이행항변권은 공평의 관념과 신의칙에 입각하여 각 당사자가 부담하는 채무가 서로 대가적 의미를 가지고 관련되어 있을 때 그 이행에 있어서 견련관계를 인정하여 당사자 일방은 상대방이 채무를 이행하거나 이행의 제공을 하지 아니한 채 당사자 일방의 채무의 이행을 청구할 때에는 자기의 채무이행을 거절할 수 있도록 하는 제도인 점, 전세권을 목적물로 하는 저당권의 설정은 전세권의 목적물 소유자의 의사와는 상관없이 전세권자의 동의만 있으면 가능한 것이고, 원래 전세권에 있어 전세권설정자가 부담하는 전세금반환의무는 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한 전세권자에 대해 전세금을 지급함으로써 그 의무이행을 다할 뿐이라는 점에 비추어 볼 때, 전세권저당권이 설정된 경우에도 전세권이 기간만료로 소멸되면 전세권설정자는 전세금반환채권에 대한 제3자의 압류 등이 없는 한 전세권자에 대하여만 전세금반환의무를 부담한다고 보아야 한다.

--> 저당권자는 저당권등기의 말소와 전세금을 자신에게 직접 지급하도록 동시이행을 구할 수 없음.

2. 목적물 중 문제가 되는 것

가. 일필의 토지의 일부는 분필등기 후 저당권 설정 가능(부등법 제35조)

나. 공유지분을 목적으로 하는 저당권도 가능함.

--> 공유물이 분할되더라도 저당권의 효력은 공유물 전체에 미침.

[판례1] 대법원 1993.1.19. 선고 92다30603 판결 【공유물분할】

【판결요지】 라. 같은 공유지분에 대하여 근저당권이 설정되어 있고 이 근저당권은 분할 후 을의 단독소유가 될 토지에도 지분비율대로 존속하게 될 것이어서 같은 을에게 이로 인한

가액감손을 보상하여야 할 것이므로 상호보상관계가 매우 복잡해진다는 점에서 가액보상의 방법에 의한 공유물분할도 부적당하여 대금분할함이 상당하다.

다. 건물의 일부는 구분소유권이외에는 원칙적으로 저당권의 목적이 되지 못함.
구분소유권 중 공유지분만에 대해서는 저당권을 설정하지 못함.

라. 부속건물은 주된 건물과 함께 건물로 등기되어 있으므로(부등법40조 1항)
독립해서 저당권 설정등기를 함에는 분할등기를 요함(부등법 41조 1항)

3. 민법 이외의 특별법상 인정되는 저당권의 객체

- 가. 등록으로 공시되는 동산 -- 자동차, 중기, 항공기
- 나. 입목법상 일정한 요건을 갖춘 수목의 집단
- 다. 특별법상 물권 -- 광업권, 어업권
- 라. 특별법상 공장재단, 광업재단
- 마. 상법상 등기된 선박(상 871조)

IV. 피담보채권(저당권을 설정할 수 있는 채권)

1. 금전채권의 원칙

- 가. 금전채권에 한하는 것은 아니나, 저당권실행시 금전채권이 되어야 함.
- 나. 금전으로 확정된 채권 또는 손해배상채권 및 장래의 특정채권
--> 일정한 금액을 목적으로 하지 아니한 채권인 때에는 등기신청서에
'채권의 가액'을 산정하여 등기부상 이를 표기하여야 함(부등법 75조, 77조).
- 다. 최고액을 정한 장래 발생할 다수채권(근저당)
- 라. 판례(대판 1980.9.18, 80다75)
후일 채권의 실체가액이 등기된 가격을 넘는 경우에는 제3자에 대해서는
그 등기된 가액의 한도에서만 저당권의 효력 주장이 가능함.

2. 피담보채권의 태양

- 가. 채권의 일부 또는 수개의 채권에 대한 저당권설정도 가능.
예1) 일부 저당 -- 대여 채권 2억 중 1억에 대해 저당 가능
예2) 수개의 대여채권 -- 2억 + 1억 = 3억의 피담보채권에 대해서도 가능함.
--> 이 경우 물상보증인이 1개의 저당권을 설정하는 것도 가능함.
- 나. 채권자가 각각 다른 수개의 채권에 대한 1개의 저당권설정도 가능.
예) 1인의 채무자가 A은행 2억 + B은행 1억 = 3억
--> 1개의 저당권을 준공유하게 되지만 각자 피담보채권의
비율지분을 갖는데 불과함.

다. 채권발생 원인인 계약이 부존재, 무효, 취소가 된 경우

--> 이미 금원이 수수되었으므로 저당권은 유효하게 성립함.

라. 장래의 채권

1) 장래의 특정의 채권을 위한 저당권설정은 유효.

--> 부종성의 완화라는 측면에서 통설, 판례 인정함.

2) 장래의 불특정의 채권을 담보하는 근저당도 유효(357조).

--> 저당권의 효력발생시기는 설정계약과 등기가 완료된 시점.

V. 법정저당권과 저당권설정청구권

1. 임차지상의 건물에 대한 법정저당권의 성립(제649조)

가. 토지임대인이 변제기를 경과한 최후 2년의 차임채권에 의하여 그 지상에 있는 임차인 소유의 건물을 압류한 때에는 저당권과 동일한 효력이 있다.

나. 압류 등기시에 성립

다. 민법이 인정하는 유일한 법정저당권임

2. 부동산공사수급인의 저당권설정청구권(666조)

가. 수급인의 보수에 관한 채권담보

부동산공사의 수급인은 전조의 보수에 관한 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다.

나. 청구권의 행사로 당연히 저당권이 성립하는 것이 아니라 도급인이 수급인의 청구에 의하여 등기를 함으로써 비로소 저당권이 성립함.

다. 유치권의 행사가 수급인에게 더 유리할 수 있음.