

Chapter 6 The Auction of Mortgage

제5장 저당권의 실행

I. 총설

1. 저당권의 실행 : 우선변제를 실행하는 방법으로서 저당권자 자신이 스스로의 발의로 주도권을 취하여 저당물을 환가하고 그 대가로부터 피담보채권의 변제를 받는 것을 말함.
2. 저당권의 실행은 원칙적으로 민사집행법에 의하지만 유저당계약에 의하여 사적으로 실행되기도 한다.

[대결] 전세권을 목적으로 하는 저당권의 실행 방법

대법원 1995. 9. 18. 자 95마684 결정 【임의경매취소결정】

【결정요지】 전세권에 대하여 설정된 저당권은 민사소송법 제724조 소정의 부동산경매절차에 의하여 실행하는 것이나, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능이 소멸하기 때문에 더 이상 전세권 자체에 대하여 저당권을 실행할 수 없게 되고, 이러한 경우는 민법 제370조, 제342조 및 민사소송법 제733조에 의하여 저당권의 목적물인 전세권에 갈음하여 존속하는 것으로 볼 수 있는 전세금반환채권에 대하여 추심명령 또는 전부명령을 받거나(이 경우 저당권의 존재를 증명하는 등기부등본을 집행법원에 제출하면 되고 별도의 채무명령이 필요한 것이 아니다), 제3자가 전세금반환채권에 대하여 실시한 강제집행절차에서 배당요구를 하는 등의 방법으로 자신의 권리를 행사할 수 있을 뿐이다.

3. 임의경매와 강제경매의 차이

구 분	담보권실행을 위한 경매절차 (임의 경매)	강제집행 절차 (강제경매)
1. 의의	국가공권력을 행사하여 저당권, 가등기담보권, 질권, 전세권 등 담보권에 내재된 환가권(경매권)을 실행하여 피담보채권의 만족을 얻는 절차	강제집행은 국가의 강제력에 의하여 집행권원(채무명령)에 표시된 집행청구권을 실현하는 절차로서 집행권원은 확정판결, 집행증서 등에 기초하여 실시됨.
2.주체	가. 집행권원이 없는 담보권자에 의해 행해짐 나.담보권 존재 증명 서류제출	가. 집행권원을 가진 채권자에 의해 행해짐 나.집행력있는 정보가 필요함 .
3.경매개시	집행문이 필요 없음 (저당권의 경우 등기부 등본제출)	집행문 부여
4.경매개시 이의 절차	채무자 등은 담보권의 부존재, 소멸 또는 변제의 연기를 경매개시결정에 대한 이의신청 등 간단한 절차로 다룸	집행채권의 부존재, 소멸, 변제의 연기 등 실제법상 사유로 다룸
5. 집행정지 취소문서	가.재판정보 이외에 저당권설정등기말소등기를 제출해도 됨.	가.재판의 정보가 중심

	나. 즉시항고를 인정 않 함(266조3항)	나. 즉시항고를 인정 함 (17조)
6.절차 종결	가. 담보권증명서류에 표시된 담보권의 부존재, 원인무효 등의 사유가 있으면 매수인이 대금완납을 하여도 소유권 취득 못함.--부분적 공신력 나. 담보권이 소멸된 경우에만은 매수인이 대금을 완납했을 때 목적물 소유권 취득함(267조)	가. 유효한 집행권원에 의하여 경매가 끝난 경우 전면적 공신력 인정함 나. 집행권원에 표시된 집행채권의 부존재, 소멸되었다 하더라도 매수인이 대금 완납시 유효하게 목적물 취득함

II. 민사집행법상 저당권실행(임의경매)

1. 담보권절차의 규율

가. 저당권을 실행하는 통상의 절차는 민사집행법 제3편 ‘담보권의 실행 등을 위한 경매’규정(제264조)에 의거하여 행해짐.

나. 통상의 강제경매는 경매신청시 집행권원이 반드시 요구되나(민집법80조)

다. 담보권실행을 위한 경매는 집행권원이 요구되지 **않**음(민집법 264조)

2. 저당권의 실행요건

가. 유효한 채권과 저당권이 존재할 것

--> 저당권의 존재는 경매신청시 이를 증명하는 서류를 첨부(민집법264조1항)

나. 피담보채권이 존재할 것

저당권을 실행함에는 피담보채권이 존재하여야 한다.

다. 이행지체 -- 피담보채권의 이행기가 도래할 것.

3. 경매절차

경매의 신청 --> 경매개시 결정과 송달 --> 현황조사(부동산의 감정평가 등)

--> 매각 --> 매각허가 결정 --> 매각대금의 배당

가. 경매신청

1) 저당권의 실행은 경매신청서를 경매법원에 제출함으로써 시작(민집법365조1항)

2) 경매신청인은 당사자 능력, 소송능력을 구비해야 함.

나. 경매개시 결정

1) 집행법원은 경매신청이 적법하다고 인정되면 경매개시 결정을 하고

그 부동산의 압류를 명해야 함(민집법268조, 83조).

--> 경매 신청이 있는 부동산에 관해서만 결정함

2) 법원은 경매신청의 기입등기를 등기관에게 촉탁하고

3) 집행관에게 부동산의 현황, 점유관계 등을 조사 명령함(민집법 268조, 85조)

4) 이해관계인은 경매개시결정에 대해 이의신청이 가능하나 이는

담보권의 부존재, 또는 소멸에 한정됨(민집법86조, 265조).

다. 매각 등

- 1) 집행법원은 먼저 감정인에게 부동산을 평가하게 하고 평가액을 참작하여 최저매각 가격을 정한 후 비용 등을 제하고 남는 것이 있는 경우 매각기일 등을 이해관계인에게 통지함(민집법104조 1, 2항).
- 2) 매각기일에서 最高價 매수신청인이 정하여지면 법원은 매각결정기일을 열어 이해관계인의 진술을 듣고 매각 결정을 함(민집법268조, 120조, 128조).
- 3) 매수인을 정하여 통지하면 매수인은 대금지급기한까지 대금을 완납함.
- 4) 대금지급을 완납하면 법원은 배당기일을 정하여 이해관계인과 배당요구 채권자를 소환하여 심문하고 배당을 실시함(민집법268, 146조, 149조, 159조)
- 5) 재매각 -- 매수인이 대금지급을 앓는 경우 재매각을 명함(민집법268조,138조)

[판례] 배당요구를 하지 않은 저당권자가 배당에서 제외되는지 여부

대법원 1996. 5. 28. 선고 95다34415 판결 【배당이의】

【판결요지】 부동산을 목적으로 하는 담보권의 실행을 위한 경매절차에서 그 개시 전의 근저당권자는 민사소송법 제728조에 의하여 준용되는 같은 법 제605조에 의한 배당요구를 하지 않았더라도 당연히 배당요구를 한 것과 동일하게 취급되므로, 그러한 근저당권자가 배당요구를 하지 아니하였다 하여도 배당에서 제외하여서는 아니된다.

4. 매각의 효과

- 가. 매수인의 소유권취득 -- 경락대금 완납시(민집법 제268조, 135조)
--> 법원의 촉탁 동기

나. 경매목적물 위의 다른 권리

- 1) 저당권자 상호간의 관계 -- 저당권의 선후 불문하고 모두 소멸(掃除主義).
- 2) 저당권과 용익권
가) 선순위의 용익권만 존속하나 후순위 용익권은 소멸함.
- 3) 유치권은 매각이 있더라도 그대로 유효함--사실상 우선변제권
- 4) 담보가등기는 순위에 관계없이 모두 말소되지만
보전가등기는 최선순위의 것이라면 말소되지 않음.

다. 경매의 하자

- 1) 절차상의 하자 -- 매각허가결정이 확정되면 절차상의 하자는 치유됨.
- 2) 실체법상의 하자
가) 피담보채권이 무효, 취소 또는 부존재 등의 사유로 저당권이 처음부터 존재하지 않는 경우에는 경매의 하자는 치유되지 않음.
--> 소유권을 취득하지 못함.

[판례] 대법원 1991.10.11. 선고 91다21640 판결 【부당이득금반환】

【판결요지】 나. 경락인이 강제경매절차를 통하여 부동산을 경락받아 대금을 납부하고 그

앞으로 소유권이전등기까지 마쳤으나, 그 후 위 강제집행의 채무명의가 된 약속어음공정증서가 위조된 것이어서 무효라는 이유로 그 소유권이전등기의 말소를 명하는 판결이 확정됨으로써 경매 부동산에 대한 소유권을 취득하지 못하게 된 경우 경락인은 경매 채권자에게 경매 대금 중 그가 배당받은 금액에 대하여 일반 부당이득의 법리에 따라 반환을 청구할 수 있을 뿐, 민법 제578조 제2항에 의한 담보책임을 물을 수는 없다.

II. 저당권의 사적실행 --담보권실행경매에 의하지 않은 담보권 실행(流抵當)

1. 서언

유질계약은 금지하지만 유저당 계약을 금지하는 규정은 없음.

2. 유저당

가. 유저당계약의 의의

- 1) 저당권설정계약에서 또는 피담보채권의 변제기 도래 전에 특약으로 저당채무의 불이행이 있는 경우
- 2) 저당목적물의 소유권을 저당권자가 그대로 취득하는 것으로 하거나 --> 대물변제의 예약(소유권이전형 유저당)
- 3) 또는 법률이 정한 방법이 아닌 기타의 임의의 방법으로 저당목적물을 환가 내지 처분함을 정하는 당사자간의 약정. --> 임의환가의 약정

나. 대물변제 예약과 가등기담보

- 1) 대물변제 예약은 담보의 구실은 하지만 등기방법이 없고 제3자에 대항할 수 없으므로 채권담보를 위하여 대물변제를 원인으로 하는 소유권이전청구권보전의 가등기를 하게 됨.
- 2) 소유권이전청구권보전의 가등기(부등법3조) 및 제소전화해(민소법 385조1항)를 한 경우에는 가등기담보등에 관한 법률이 적용됨.
- 3) 따라서 유저당은 가담법의 적용을 받지 않는 대물변제의 예약에 한정함.

다. 유저당과 민법 제607조와 608조

1) 의의

- 가) 유저당의 경우 채권액에 비하여 현저하게 가액이 큰 부동산에 관한 소유권을 채권자가 취득하게 되므로 폭리 발생
- 나) 폭리를 금지하기 위하여 민법 제104조 외에 목적부동산의 예약 당시의 가액이 원리금합산액을 초과하지 못하며(607조), 이에 위반하여 채무자에게 불리한 예약은 무효임(608조).

2) 판례의 태도

- 가) 초기에는 원리금합산을 초과하는 대물변제예약의 유저당은 무효라고 판단
- 나) 그 후 대물반환의 예약이 민법 제607조 제608조의 적용을 받아서 그

효력이 없는 경우라도 특별한 사정이 없으면 그 계약당사자 간에는 소위 약한 의미의 양도담보계약으로 봄

--> 제607, 608조 규정상 정산의무를 부과(귀속청산이 원칙)

3) 학설은 판례의 결론을 지지하고 있으나

가) 그 이론구성은 일부무효의 법리에 따라--> 607조에 위반되는 초과부분을 채무자에게 반환하여야 한다는 견해(곽346)와 --부당이득반환청구권(송덕676).

나) 무효행위의 전환이론(138조)에 따라 -->제607조와 제608조에 의하여 전부무효로 된 경우에 당사자가 이를 알았다라면 약한 의미의 양도담보를 설정하였으리라고 인정되므로 담보계약으로서 효력이 발생한다는 견해(고상룡674, 이영준898) --계약상의 청구권(송덕676)

<유저당의 무효라고 판단> : 초기

[판례1] 원리금합산을 초과하는 대물변제계약의 유저당은 무효

대법원 1962.5.24. 62다67 【가옥명도】

【판시사항】 민법 제607조의 적용을 잘못 하였다고 인정된 사례

【판결요지】 본조는 소비대차의 경우는 물론 준소비대차의 경우에도 적용이 있다

<약한의미의 양도담보라고 판단> : 그 후 입장을 바꿈

[판례1]대법원 1968.10.22. 선고 68다1654 판결 【소유권이전등기말소】

【판결요지】 대물반환의 예약이 민법 제607조 제608조의 적용을 받아서 그 효력이 없는 경우라도 특별한 사정이 없으면 그 계약당사자 간에는 소위 약한 의미의 양도담보계약을 함께 맺은 취지로 볼 것이다.

[판례2] 대법원 1972.11.14. 선고 72다1633 판결 【부당이득금반환】

【판결요지】 대물반환의 예약이 본법 제607조, 제608조에 의하여 무효가 되는 경우라 할지라도 그 당사자사이에 양도담보의 효력이 있어 채권자는 변제기간 이후에 담보권을 실행하기 위하여 그 목적물을 처분할 수 있고 채무자는 위 처분가격에서 차용금의 원리금과 비용을 공여한 잔액의 반환을 청구할 수 있을 뿐이므로 피고가 반환하여 하는 이득액은 실제 그 목적물을 환매처분하여 얻은 가액을 기준으로 하여 산정하여야 할 것이다.

[판례3] 대법원 1980.7.22. 선고 80다998 판결 【소유권이전등기말소】

【판결요지】 부동산에 관한 대물변제계약 당시 그 부동산의 가액이 채무원리금의 합산액을 초과하는 경우에는 대물변제계약 자체는 무효라고 하더라도 소위 약한 의미의 양도담보계약이 된 것으로 볼 수 있다.

3. 임의환가의 계약

1) 저당목적물의 현금화를 담보권실행경매가 아닌 임의의 방법 즉 제3자에게 매각하여 청산하기로 하는 약정은 유효함. 이 경우에

2) 저당권자는 미리 자기 앞으로 소유권이전등기 후 제3자에게 매각하여

- 처분대금에서 피담보채권액을 공제한 후 설정자에게 반환하여 청산함.
- 3) 목적물을 처분하여 제3자에게 그 소유권이전등기를 하는 때에
피담보채권은 소멸함(고675, 지722).
- > 등기전까지는 피담보채무를 변제하고 저당목적물을 되찾을 수 있음.

[판례] 대법원 1986.2.25. 선고 85다카1882 판결 【대여금】

【판결요지】 부동산을 환가처분함에 있어서 그 부동산 위에 설정된 근저당권을 실행하여 경매의 방법으로 매각할 경우에는 일반매매의 방법에 의하여 매각할 경우보다 적정한 시가 상당의 대가를 받지 못하는 때가 흔히 있으므로 이와 같은 경우를 고려하여 저당부동산을 근저당권의 실행에 의한 방법보다 일반매매의 방법으로 처분하여 대여금변제에 충당하기로 약정한 경우, 위 근저당권보다 후순위로 경료된 가압류등기는 그것이 후순위라는 사실만으로 사실상 아무런 장애가 되지 못한다고 단정할 수는 없다.

4. 저당목적물에 대하여 피담보채권의 변제기 이후에 이루어진 유저당은 제607조와 608조의 적용을 받지 않음(질권도 동일)