

Chapter 9 Joint Mortgages

제8장 공동저당(제368조)

제1관 서설

I. 의의 및 기능

1. 의의

- 가. 동일 채권의 담보로서 수개 부동산상에 저당권을 설정하는 것(총괄저당)
예) 1억의 금전채권에 대하여 토지와 건물에 저당권을 설정하는 것.
--> 부동산의 수만큼 저당권이 존재하게 됨.

나. 공동저당의 작용

- 1) 채무자측면에서 여러 개의 저당물이 갖는 담보가치를 집적하여
고액의 피담보채권을 만족시키며
- 2) 채권자의 입장에서는 담보물의 멸실이나 경제사정의 변동으로 인한
담보가치의 하락의 위험을 분산시킬 수 있어 많이 활용됨.

다. 민법의 태도

- 1) 민법 제368조의 명문규정이 있음.
- 2) 부동산등기법상 공동담보목록제도를 마련

라. 성질

- 1) 목적물의 수가 다수이다.
- 2) 부동산물건(토지, 건물)의 일괄저당이나 항공기, 선박 등에 설정가능
- 3) 담보물권의 통유성 중 불가분성이 완화됨.

2. 특수성

가. 저당권의 독립성

--> 수개의 부동산이 1개의 채권의 담보로 됨이 특색

나. 피담보채권의 중첩성 -- 공동저당에서 각 저당권은 피담보채권으로 공시
된 채권액 전부를 담보하므로 피담보채권이 중첩적으로 담보된다.

다. 공동저당의 연대성 -- 공동저당에서 그를 구성하는 복수의 저당권이
각각 피담보채권 전부를 담보하고, 피담보채권의 각 부분은 복수의
저당권 전부에 의하여 담보된다.

[판례] 선택실행권의 남용

대법원 2006.12.7. 선고 2005다77558 판결 【배당이의】

【판결요지】 [2] 근로자가 사용자의 다른 재산에 대한 권리자 등과 공모하여 오로지 후순위

저당권자의 대위에 관한 정당한 기대를 해하려는 의도 아래 후순위저당권의 목적물이 아닌 사용자의 다른 재산에 대하여 손쉽게 행사할 수 있었던 임금채권 우선변제권 행사를 포기해 버린 경우처럼, 근로자가 임금채권 우선변제권을 사용자의 일부 재산에 대하여만 선택적으로 행사하는 것이 사회생활상 용인될 수 없을 만큼 부당하여 권리남용으로 평가될 수 있는 경우에는 후순위저당권자의 대위에 관한 정당한 기대를 침해한 한도에서 임금채권 우선변제권이 배제되거나 제한될 수 있다.

II. 공동저당의 성립

1. 설정계약(물권적 합의) + 등기

가. 각 저당권은 동시 또는 추가담보로 공동담보설정이 가능.

나. 목적물은 보통저당권과 같다. 또한 목적물의 소유자나 순위는 불문함.

--> 수개의 부동산의 소유자가 달라도 무방함.

2. 등기

가. 각 목적물 위에 저당권마다 일반원칙에 따른 등기를 해야 함.

나. 다른 부동산과 함께 1개의 채권의 공동담보로 되어 있는 것을 기재해야 함(부동산법 제78조 내지 제80조).

다. 저당부동산이 5개이상인 경우 공동담보목록을 첨부 공시함(부동산법 78조)

III. 동시배당(후순위 저당권자와의 관계)

1. 부담의 안분 -- 안분경매 대가를 동시에 배당하는 때에는 각 부동산에 비례하여 그 채권의 분담을 정함(368조 1항).

2. 안분액을 초과하는 부분은 후순위저당권자의 변제에 충당함.

3. 배당에 참가하는 후순위저당권자, 다른 담보권자, 집행권원을 가지는 배당요구자, 가압류채권자 등의 그 존부에 관계없이 제368조 1항이 적용됨.

4. 공동저당권자는 어느 부동산의 경매대가로부터 배당 받든지 마찬가지로 부동산의 소유자나 후순위 담보권자 등은 중대한 이해를 갖게 되므로 공동저당권자의 실행선택권과 우선변제권을 침해하지 않는 범위에서 각 부동산의 책임을 안분하여 이해관계를 조정하고자 함.

5. 기준 예시

구분	구분	1번 저당권	2번 저당권
A 채무자	甲 부동산 3,000만원	B	C 1,200만원
	乙 부동산 2,000만원	3,000만원	D 800만원

가. 1번 저당권자인 B가 甲 및 乙 두 개의 부동산을 동시에 경매시

제368조 1항의 규정에 의한 각 부동산의 안분비례함

1) B는 甲 부동산으로부터 1,800만원(채권액 $3,000 \times 3,000/5000$)

乙 부동산으로부터 1,200만원(채권액 $3,000 \times 2000/5000$)

2) 후순위 저당권자는 C, D는 각각 잔여액에 대하여 우선변제를 받음.

C 1,200만원 D는 800만원을 변제 받게 됨.

나. 후순위저당권자가 없는 경우에도 이러한 비례안배(분담)은 필요함.

IV. 이시배당(異時配當) -- 순차배당, 후순위저당권자의 대위)

1. 이시배당의 순위

가. 후순위저당권자의 보호

1) 공동저당의 목적인 저당부동산중 일부의 경매대가를 먼저 배당하는 경우에는 그 대가에서 그 채권 전부의 변제를 받을 수 있으나(368조 2항 전단)

2) 이 경우에는 그 경매한 부동산의 차순위저당권자는 선순위저당권자가 제1항의 규정에 의하여 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있다(368조 2항 후단).

나. 예시

1) 1번 저당권자인 B가 甲 부동산만 경매시 B는 3,000만원 전액 변제 가능

따라서 갑부동산의 2번 저당권자 C는 甲 부동산으로부터 변제 받지 못함

2) 이 경우 C는 제368조 2항에 의거하여 乙 부동산에 대하여 1번 저당권자에게 비례 배당되어야 할 1,200만원에 대하여 B를 대위할 수 있음.

3) 즉 후순위저당권자 C는 乙 부동산에 대하여 제1순위 저당권을 가지게 됨.

2. 후순위저당권자의 대위권의 발생(368조 2항)

가. 대위권자의 범위

1) 차순위의 저당권자는 공동저당권자의 후순위 저당권자를 모두 말하고

2) 공동저당권자가 일부의 변제 밖에 받지 못한 경우에도 인정된다.

3) 대위한다는 것은 공동저당권자가 가지고 있던 저당권이 후순위 저당권자에게 이전하는 것을 말함 -- 등기없이 효력 발생(187조)

나. 발생시기 -- 대위권의 발생시기는 공동저당권자의 채권이 완제되는 때.

--> 배당기일 종료시

[판례] 후순위 저당권자 대위권의 발생 시기

대법원 2006.5.26. 선고 2003다18401 판결 【배당이의】

【판결요지】 [2] 민법 제368조는 공동저당의 목적인 여러 개의 부동산이 동시에 경매된 경

우에 공동저당권자로서는 어느 부동산의 경매대가로부터 배당받은 우선변제권이 충족되기만 하면 되지만, 각 부동산의 소유자나 차순위저당권자 기타의 채권자에게는 어느 부동산의 경매대가가 공동저당권자에게 배당되는가에 대하여 중대한 이해관계를 가지게 되므로, 같은 조 제1항은 여러 부동산의 매각대금이 동일한 배당절차에서 배당되는 이른바 동시배당(동시배당)의 경우에 공동저당권자의 실행선택권과 우선변제권을 침해하지 않는 범위 내에서 각 부동산의 책임을 안분시킴으로써 각 부동산상의 소유자와 차순위저당권자 기타의 채권자의 이해관계를 조절하고자 하는 것이고, 같은 조 제2항의 대위제도는 동시배당이 아닌 공동저당 부동산 중 일부의 경매 대가를 먼저 배당하는 경우, 이른바 이시배당(이시배당)의 경우에도 최종적인 배당의 결과가 동시배당의 경우와 같게 하기 위한 것으로서 공동저당권자의 실행선택권 행사로 인하여 불이익을 입은 차순위저당권자를 보호하기 위한 규정인바, 이와 같은 차순위저당권자의 대위권은 일단 배당기일에 그 배당표에 따라 배당이 실시되어 배당기일이 종료되었을 때 발생하는 것이지 배당이의 소송의 확정 등 그 배당표가 확정되는 것을 기다려 그때에 비로소 발생하는 것은 아니다.

다. 선순위 저당권자와의 관계

- 1) 공동저당의 목적인 부동산의 일부에 선순위저당권이 존재하는 경우 공동저당권자는 모든 부동산을 경매할 수 없으며
- 2) 선순위저당권이 존재하는 저당권만을 별도로 경매하여야 함.

라. 물상보증인 및 제3취득자와의 관계

--> 변제자대위와 후순위저당권자대위와의 충돌

- 1) 공동저당의 목적물의 전부 또는 일부가 채무자 이외의 자(물상보증인 또는 제3취득자)의 소유에 속하는 경우에도 공동저당권은 영향을 받지 않으나
- 2) 물상보증인 또는 제3취득자에 의한 변제의 대위와 공동저당권의 후순위저당권자의 대위와 사이에 이해관계가 충돌 됨.

3) 학설

- a) 변제자대위 우선설 --물상보증인을 보호하는 견해(다수설, 日 판례)
물상보증인은 변제자대위에 의하여 최종적인 책임을 채무자에게 귀속시킬 수 있는 권리를 기대하고 담보를 제공한 자임
- b) 후순위저당권자 대위우선설(이영준 939)
물상보증인이나 제3취득자는 적어도 각 담보물 가액에 따른 책임을 각오한 자들이므로 이들을 후순위저당권자보다 더 보호할 필요가 없음.
- c) 선순위등기 우선설(지 679, 이기택288)
원칙적으로 변제자 대위가 우선한다고 하면서, 그 후에 일부소유권이 제3자에게 이전된 경우는 후순위저당권자의 대위를 우선시켜야 한다는 견해.

4) 판례는 기본적으로 변제자대위 우선설을 따르고 있는 것으로 판단됨

[판례1] 변제자 대위와 후순위저당권의 대위의 충돌

대법원 1996. 3. 8. 선고 95다36596 판결 【근저당권설정등기말소등】

【판결요지】 [2] 채권자가 물상보증인 소유 토지와 공동담보로 주채무자 소유 토지에 1번 근저당권을 취득한 후 이와 별도로 주채무자 소유 토지에 2번 근저당권을 취득한 사안에서, 먼저 주채무자의 토지에 대하여 피담보채무의 불이행을 이유로 근저당권이 실행되어 경매대금에서 1번 근저당권의 피담보채권액을 넘는 금액이 배당된 경우에는, 변제자 대위의 법리에 비추어 볼 때 민법 제368조 제2항은 적용되지 않으므로 후순위(2번) 저당권자인 채권자는 물상보증인 소유 토지에 대하여 자신의 1번 근저당권을 대위행사할 수 없고, 따라서 물상보증인의 근저당권설정등기는 그 피담보채무의 소멸로 인하여 말소되어야 한다.

[판례2] 물상보증인 소유의 부동산에 대한 저당권이 먼저 실행된 경우의 법률관계

대법원 2001. 6. 1. 선고 2001다21854 판결 【근저당권말소등기의회복등기절차이행청구】

【판결요지】 공동저당의 목적인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 각각 채권자를 달리하는 후순위 저당권이 설정되어 있는 경우, 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져 그 경매대금의 교부에 의하여 1번 저당권자가 변제를 받은 때에는 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에 민법 제481조, 제482조의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 1번 저당권을 취득하고, 이러한 경우 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 물상보증인에게 이전한 1번 저당권으로 우선하여 변제를 받을 수 있으며, 이러한 법리는 수인의 물상보증인이 제공한 부동산 중 일부에 대하여 경매가 실행된 경우에도 마찬가지로 적용되어야 하므로(이 경우 물상보증인들 사이의 변제자대위의 관계는 민법 제482조 제2항 제4호, 제3호에 의하여 규율될 것이다.), 자기 소유의 부동산이 먼저 경매되어 1번 저당권자에게 대위변제를 한 물상보증인은 다른 물상보증인의 부동산에 대한 1번 저당권을 대위취득하고, 그 물상보증인 소유 부동산의 후순위 저당권자는 1번 저당권에 대하여 물상대위를 할 수 있으므로 물상보증인이 대위취득한 선순위 저당권설정등기에 대하여는 말소등기가 경료될 것이 아니라 물상보증인 앞으로 대위에 의한 저당권이전의 부기등기가 경료되어야 하고, 아직 경매되지 아니한 공동저당물의 소유자로서는 1번 저당권자에 대한 피담보채무가 소멸하였다는 사정만으로 말소등기를 청구할 수 없다.

마. 제368조의 유추적용

판례는 1)소액보증금우선변제특권을 갖는 임차인이 대지와 건물이 동시에 매각되어 동시에 배당하는 경우, 2) 임금채권 등에 대한 우선특권에 따라 배당이 주어지는 경우, 조세특권 등의 경우에는 제368조를 유추적용하고 있다.