

Chapter 11 Mortgage

제4장 저당권

제1절 서설

I. 저당권

1. 의의

가. 채무자 또는 제3자(物上保證人)가 점유를 이전하지 않고 채무의 담보로 제공한 부동산 기타의 목적물을 관념상으로만 지배하여, 후일 채무자의 변제가 없는 경우에 그 목적물로부터 우선하여 자기 채권의 변제를 받을 수 있는 권리이다(356조).

가. 교환가치의 실현으로서의 저당권

나. 채무불이행시 그 목적물의 교환가치로부터 우선변제받는 권리

나. 저당권이 설정되더라도 저당목적물에 대한 점유 및 사용, 수익은 저당권자에게 있지 않고 여전히 저당권 설정자에게 있다는 점에서 목적물에 대하여 유치적 효력이 인정되는 질권과는 다르다. 즉 저당권은 전향적인 가치권이다.

--> 목적물 점유를 수반하지 않는 순수한 교환가치만을 파악하는 담보권

다. 저당권자는 목적물관리의 부담을 지지 않고 우선변제권을

확보할 수 있기 때문에 현대사회에서 저당권이 담보제도로서

가장 중요한 담보물권으로 인정되는 이유이다.

2. 비점유 담보권과 공시

가. 저당권의 기본적인 성격의 하나는 비점유담보권이라는 성격(356조)인데 이것은 저당권을 어떻게 공시할 것인가가 문제임.

나. 질권은 목적물의 점유가 이전되지만, 저당권은 점유이외의 방법으로 완전한 공시가 이루어져야 함. --> 등기제도의 필요

다. 등기제도 자체가 부동산저당권의 공시를 목적으로 발전하여 왔기 때문에 공시제도에 의해 공시될 수 있으면 저당제도의 목적물이 될 수 있었다.

라. 이와 같이 저당권의 대상이 확대되어 옴

1) 민법은 부동산 및 이를 기반으로 한 이용권인 지상권, 전세권을 저당권의 대상으로 인정하고 있으며(371조)

2) 기계 등의 동산류가 고액화, 고가치화됨에 따라 등록제(공시제도)가 도입되어 동산저당을 특별법으로 인정하게 되었음.

3. 저당권의 사회, 경제적 기능

가. 금융수단으로서의 기능

- 1) 목적물을 설정자에게 남겨두어 사용, 수익권을 침해하지 않고, 교환가치만을 분리하여 담보로 제공, 금융을 얻는 수단을 의미한다.
- 2) 저당권은 기업자금을 조달하는 매개(生産信用) 역할을 한다.
- 3) 저당권은 근대 담보물권제도의 제왕적 지위에 있다.

나. 투자의 매개 기능 :

- 1) 자금을 필요로 하는 자에게는 금융을 얻는 수단이 되나 금융제공자는 이자의 형식으로 기업의 이윤분배에 참여하므로 투자를 하게 됨
- 2) 금융을 위한 저당에서 나아가 목적물에 대한 교환가치를 앞당겨 자금화의 수단으로 이용된다.
- 3) 즉 특정채권의 변제를 담보하는 保全抵當權에서 투자의 수단 내지 투자의 대상으로 이용되는 投資抵當權으로 옮겨가고 있다.

4) 저당권의 진화적 현상은 특수한 저당권이 인정되는 데서 징후를 찾게 됨.

- a) 재단저당제도(공장저당법, 광업재단저당법 등 각종 재단저당법상 저당권)
--> 기업시설을 一團으로 다루어 그 위에 저당권을 설정함.
- b) 자산유동화에 관한 법률
--> 금융기관과 일반기업의 자금조달을 원활하게 하여 재무구조의 건전성을 높이고 장기적인 주택자금의 안정적인 공급을 통하여 주택금융기반을 확충하기 위하여 자산유동화 제도를 확립하며, 자산유동화에 의하여 발행되는 유동화증권에 투자한 투자자를 보호함으로써 국민경제의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 함
- c) 주택저당채권유동화회사법
--> 주택자금의 장기적·안정적 공급으로 주택금융의 기반을 확충하기 위하여 주택저당채권유동화회사의 설립·운영과 주택저당채권담보부채권 및 주택저당증권의 발행에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 국민경제의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 함.
- d) 근로자의주거안정과목돈마련지원에관한법률
(1)근로자의 주거안정과 목돈마련을 지원하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 근로자의 생활안정에 이바지함을 목적으로 함.
(2) 법 25조에서 저당권의 부종성을 배제하고 저당채권의 발행에 대비함.

다. 저당권의 적용대상

- 1) 부동산과 부동산물권(356, 371조), 임목(임목법 3조)

- 2) 재단저당제도 --> 공장의 기업설비가 가지는 전체 交換價値를 담보화 함.
- 3) 동산이라 하더라도 등기 또는 등록에 의하여 공시가 가능한 선박, 자동차, 항공기, 건설기계 등은 질권 설정을 금지하고 저당권을 설정하도록 함.
- 4) 어업권(수산24조), 광업권(광업13조), 댐사용권(댐건설 등 30조 1항) 등은 담보권자 스스로 실시 운용하는 것이 부적당한 권리의 담보화는 정책적으로 질권 설정이 금지되고 저당권만 설정 가능하도록 함.

라. 저당제도의 문제점과 과제

가. 은행의 관행

금융실무상 나대지인 경우에는 저당권의 실행을 용이하게 하기 위하여 저당권자를 지상권자로 하는 지상권(담보지상권)을 설정하여 설정자의 이용권을 제약하고 있음.

나. 이용권의 강화 --> 저당권의 제약

부동산임차권을 강화하여 보증금 중 일정액에 대해 최우선평권을 인정(주택 8조) 함으로써 --> 소유주택의 담보가치를 충분히 활용할 수 없음

다. 기업담보

기업시설에 대한 저당권은 기업경영 실패시 경매권 실행으로 기업자체를 실행함으로써 기업을 상실함. --> 금융자본가가 산업자본을 지배하는 결과가 됨.

라. 근저당 -- 제도의 정비 필요

- 1) 실무에서는 근저당을 많이 이용하고 있는 데 관련 조문은 1개에 불과(357조).
- 2) 실무상 근저당은 많이 세분되어 있고 근저당설정계약서의 해석을 두고 논란

마. 실행비용의 과다

- 1) 저당권의 실행은 경매절차에 의하여야 하므로 그 실행절차에 시간과 비용이 많이 든다.
- 2) 재단저당제도가 마련되어 있으나 재단저당목록을 작성하여 기업설비의 변경이 있을 때마다 변경기재가 쉽지 않고, 비용도 많이 든다.

바. 부동산담보제도의 다양화 필요

- 1) 우리나라의 저당제도는 보전저당권에 머물러 있고, 저당권의 종류도 보통저당권과 근저당권뿐이다.
- 2) 가등기 담보제도도 있지만 이것도 공시방법상 담보가등기인지 청구권보전 가등기인지 전혀 구분이 안됨
- 3) 신탁의 방법에 의한 부동산담보방법의 제도화도 아직 초기 단계에 있는 등 보다 융통성있는 담보방법의 개발이 필요함.

사. 우리 민법의 저당제도는 근대적 저당제도에 비해 매우 미숙함

- 1) 근대적 저당제도가 저당권을 ‘투자를 매개하는 수단’으로 활용하는데 대하여 우리 민법의 저당권은 특정채권의 담보를 위한 수단에 불과 함.
- 2) 개선점은 저당권의 유통성을 확보할 수 있는 제도의 보완이 우선 필요함.
- 3) 우리의 현재의 경제 현실은 저당권의 유통을 요구하고 있고, 저당시장의 활성화를 요청하고 있음.

II. 근대적 저당권의 특징

1. 의의

가. 근대적 저당제도는 18세기 초 독일 프로이센의 입법을 선구로 하여 독일, 스위스에서 발달함.

--> 독일, 스위스는 저당권이 투자를 매개하는 작용을 다하기 위하여 그 전제로서 요구되는 요건을 완전히 갖추고 있는 저당제도를 실시하고 있다.

나. 원래 저당권은 특정채권의 효력을 보장하는 것을 중심으로 구성되었으므로 그 효력은 人的信用을 기초로 하는 채권에 의존하였다.

다. 근대적 저당권은 재화가 가지는 교환가치만을 중심으로 구성된다.

2. 저당권에 관한 여러 원칙

가. 공시의 원칙

1) 저당권은 비점유담보이기 때문에 일반채권자가 불측의 손해를 입지 않도록 저당권의 존재를 공시해야 함.

2) 저당권의 존재는 거래의 안전을 위하여 등기, 등록에 의해 공시되어야 함

3) 법정저당권은(649조)은 예외 -- 임차지상 건물(변제기를 경과한 후 2년차임)

나. 특정의 원칙

1) 저당권은 1개 또는 수개의 특정, 현존하는 목적물상에만 성립한다.

2) 저당권의 효력이 미치는 범위에 대하여 객관성의 확보와 동시에 채무자의 전재산에 인정되는 일반저당권을 배제하기 위함.

3) 특정의 원칙은 법정저당권이나 우선특권에서는 관철되지 않음.

4) 공시의 원칙은 목적물의 특정성을 요구하므로 특정의 원칙은 공시의 원칙과 표리관계에 있음.

다. 순위승진의 원칙

1) 선순위 저당권이 변제 등에 의하여 소멸한 경우 차순위 저당권의 순위가 승진하는 것을 말함. --> 민법 조문상 근거는 없음.

예) 1번 저당권이 소멸하면 2번 저당권이 1번으로 순위 승진함.

- 2) 순위확정의 원칙 : 1순위 1번 저당권이 피담보채권의 변제에 의해서도 소멸하지 않고 제1순위가 그대로 존속하는 것을 말함.
 --> 동일물상에 수개의 저당권이 설정된 경우 각각 확정된 순위를 가짐.

라. 독립의 원칙 :저당권에 유통성을 부여하고 투자의 대상으로 하기 위해 필요.

- 1) 저당권을 특정채권의 담보라는 지위에서 해방시켜 목적물의 교환가치만을 파악하여 순수한 가치취득권으로서 금융거래에서 독립된 지위를 보장하려는 원칙 --> 저당권은 투자의 대상 또는 독자의 상품으로서 유통되는 것임.

- 2) 독립의 원칙은 다음을 포함한다.

가) 추상화 원칙(부종성의 배제) -- 저당권이 특정의 피담보채권으로부터 분리되어 추상적으로 존재하여야 한다. --> 우리 민법이 채택 안함.

a) 민법은 저당권이 피담보채권과 분리되어 양도되거나 다른 채권의 담보로 제공되는 것이 금지되고(361조)

b) 피담보채권의 소멸로 저당권도 당연히 소멸되도록 함(369조)

c) 예외적으로 근저당권(357)을 인정하여 저당권의 부종성을 완화함

나) 저당목적물의 이용권으로부터 독립

--> 우리 민법이 채택함

다) 후순위저당권의 실행으로 인하여 변제받을 것을 강요당하지 않도록 하는 투자지위의 보전 --> 후순위 저당권으로부터 독립

-->민사집행법 제91조 제2항이 이른바 掃除主義를 채택함으로써 인정 안됨

라) 저당권설정자의 일반재산에 대한 집행의 제한(금지) 등이 요소를 내포함

--> 우리 민법이 일부분 채택함

예) 제370조, 제340조 1항 -- 담보물에 의해 변제받지 못한 부분에 한해 채무자의 일반재산으로부터 변제받을 수 있음.

마. 유통성의 확보

1) 저당권을 금융시장에서 유통시키도록 하기 위하여 저당권의 유통성, 즉 저당권의 저당권의 안전과 신속한 양도가 확보되어야 한다. --> 투자자본의 회수, 유통

2) 이를 위하여 公信의 原則과 저당권의 증권화가 필요함.

3) 민법은 부동산에 대하여 공신의 원칙을 채용하고 있지 않으며, 저당권의 증권화도 인정하지 않음. --> 등기부에 공신력이 없음.

4) 최근 저당권에 의하여 담보되는 채권을 기초로 발행하는 방법을 통하여 채권을 유통화하는 제도가 자산유통화에 관한 법률, 주택저당채권유통화법 등에 마련됨.

II. 저당권의 법적 성질

1. 물권

물권으로서 저당권은 우선변제적 효력에 의해 목적물의 교환가치를 직접 배타적으로 지배한다.

가. 우선변제권 : 교환가치의 배타적 지배권

나. 관념적 지배권 : 점유를 요하지 않으므로 유치적 작용은 없으나, 공시방법이 성립의 불가결한 요소이므로 공적장부에 공시방법을 갖추어야 함.

2. 타물권 -- 타인 소유의 부동산을 목적으로 함.

소유자 저당권의 성립은 불가능하고, 혼동의 예외로 자기소유 부동산에 성립

3. 약정담보물권 : 당사자간 물권적 합의와 등기

저당권은 목적물의 소유권 및 점유를 채권자에게 이전하지 않고 등기, 등록에 의하여 공시되며, 유치적 효력이 인정되지 않는 점에서 질권과 다름.

4. 담보물권으로서의 통유성

가. 부종성 : 피담보채권에 부종한다.

1) 성립의 부종성

가) 피담보채권이 처음부터 무효이거나 취소된 때에는
그 저당권도 무효이거나 소급하여 효력을 잃는다.

예) 채권발생원인인 소비대차계약이 불성립, 무효 또는 취소된 경우에
저당권도 성립하지 않거나 소급적으로 소멸함.

2) 소멸의 부종성

가) 채권이 변제, 포기, 혼동, 면제 기타의 사유로 소멸하면 저당권도 소멸.

나) 부종성이 엄격히 요구되며, 이를 인정하면 소유자저당을 인정하게 됨.

3) 실행의 부종성

가. 저당권의 설정당시에는 피담보채권이 존재하지 않더라도 실행할 때에는
피담보채권이 존재하여야 한다.

나. 저당권과 피담보채권을 분리하여 처분하지 못한다.

다. 근저당(357조)에서는 소멸의 부종성이 완화된다.

[판례1] 피담보채권이 소멸한 후 저당권부 채권을 가압류한 경우의 법률관계

대법원 2002. 9. 24. 선고 2002다27910 판결 【채무부존재확인】

【판결요지】 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.

[판례1] 피담보채권이 소멸한 후 저당권부 채권을 가압류한 경우의 법률관계

대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결 【제3자의의】

【판결요지】 [4] 근저당권이 있는 채권이 가압류되는 경우, 근저당권설정등기에 부기등기의 방법으로 그 피담보채권의 가압류사실을 기입등기하는 목적은 근저당권의 피담보채권이 가압류되면 담보물권의 수반성에 의하여 종된 권리인 근저당권에도 가압류의 효력이 미치게 되어 피담보채권의 가압류를 공시하기 위한 것이므로, 만일 근저당권의 피담보채권이 존재하지 않는다면 그 가압류명령은 무효라고 할 것이고, 근저당권을 말소하는 경우에 가압류권자는 등기상 이해관계 있는 제3자로서 근저당권의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 하여야 할 의무가 있다.

나. 수반성 : 피담보채권에 수반한다.

1) 저당권은 피담보채권과 분리하여 타인에게 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못함.

2) 피담보채권이 상속, 양도 등 동일성을 유지하여 승계되면 저당권도 승계됨

3) 예외 -- 당사자의 특약, 물상보증인, 저당부동산의 제3취득자인 경우
물상보증인이나 제3취득자의 동의를 요한다.

다. 불가분성(370, 321조)

1) 채권 전부의 변제를 받을 때까지 목적물 전부에 대하여 권리의 행사 가능

2) 다만 공동저당에서는 예외가 인정된다(제368조).

라. 물상대위성(370, 342조)

저당권은 목적물의 멸실, 훼손, 공용징수 등으로 인하여 저당권설정자가 받은 금전 기타 물건에 대하여도 행사 가능함.

01,02-081126-2

제2절 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 혼란야기

다) 부동산 거래는 동산에 비하여 정적 안정이 중요함.

2) 회복부정설(곽590) -- 등기는 물권변동의 효력발생 요건이자 동시에 효력존속요건임을 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 소유권이전등기의 최종명의인은 적법한 권리자로 추정된다고 하겠으니 동 이전등기가 실체관계에 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 종전의 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 배당이의의 소를 제기하여 구제를 받을 수 있고, 가사 배당기일에 출석하지 않음으로써 배당표가 확정되었다고 하더라도, 확정된 배당표에 의하여 배당을 실시하는 것은 실체법상의 권리를 확정하는 것이 아니기 때문에 위 경매절차에서 실제로 배당받은 자에 대하여 부당이득반환 청구로서 그 배당금의 한도 내에서 그 근저당권설정등기가 말소되지 아니하였더라면 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

터 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 기간만으로 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 전부에 미침.

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

【판결요지】 라. 갑의 공유지분에 대하여 근저당권이 설정되어 있고 이 근저당권은 분할 후 을의 단독소유가 될 토지에도 지분비율대로 존속하게 될 것이어서 갑은 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. 임목법상 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.