

Chapter 12 The Effect of Mortgage

제3절 저당권의 효력

I. 저당권의 효력이 미치는 범위

1. 목적물의 범위

저당권은 채무자가 채무변제를 하지 않는 경우에 저당부동산을 처분하여 대금으로부터 우선변제를 받는 권리이므로 목적물의 범위는 소유권의 범위와 일치하나 358조 및 359조의 특약이 있다.

가. 부합물

- 1) 저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건에 미친다(제358조)
예) 엘리베이터, 냉난방 시설, 건물의 부속물 내지 증축부분
주유소부지 지하에 설치된 유류저장탱크(2000마527)
- 2) 저당권설정당시 부합 또는 그 후를 불문함.
- 3) 다만, 다른 약정이나 제3자의 권원에 의한 부속물은 제외됨.
예) 지상권자가 식재한 수목, 공장저당권 등 특별법

[판례1] 저당건물에 신축된 부속건물

대법원 1990.10.12. 선고 90다카27969 판결 【가옥명도】

【판결요지】 채무자 소유의 대지와 건물에 대한 경매절차에서 경락인이 위 대지와 건물을 경락받으면서 위 대지 상에 있으나 제3자 소유인 별개의 독립된 건물을 채무자 소유 건물의 부합물로 경락을 받았다고 하더라도 그 소유권을 취득할 수 없다.

[판례2] 저당건물의 증축된 부분

대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다63110 판결 【건물명도】

【판결요지】 [3] 건물의 증축 부분이 기존건물에 부합하여 기존건물과 분리하여서는 별개의 독립물로서의 효용을 갖지 못하는 이상 기존건물에 대한 근저당권은 민법 제358조에 의하여 부합된 증축 부분에도 효력이 미치는 것이므로 기존건물에 대한 경매절차에서 경매목적물로 평가되지 아니하였다고 할지라도 경락인은 부합된 증축 부분의 소유권을 취득한다.

나. 종물(358조)

- 1) 저당권의 효력은 저당부동산의 종물에 미친다(제358조)
- 2) 저당부동산의 종물은 민법 제100조가 규정하는 종물과 같다.
예) 공장토지에 설치된 폐수처리시설, 주유소의 주유기

[판례3] 대법원 1997. 10. 10. 선고 97다3750 판결 【부당이득금반환】

【판결요지】

[1] 폐수처리시설이 공장저당법에 의하여 근저당권이 설정된 공장 토지와 그에 인접한 공장 토지가 아닌 타인 소유의 토지에 걸쳐서 설치되어 있는 경우, 그것이 설치된 토지에 부합되

었다고 보기보다는 그 구조, 형태 또는 기능 등에 비추어 볼 때, 공장저당의 목적인 공장에 속하는 토지와 건물 및 기계, 기구와 함께 일체를 이루는 기업시설로서 그 공장 소유자의 소유에 속한다고 봄이 상당하므로, 그 공장에 속하는 토지와 건물 및 기계, 기구 위에 설정된 공장저당권의 효력은 그 폐수처리시설에도 미친다.

다. 종된 권리

대지이용권(지상권, 전세권, 임차권)에 기하여 건물을 소유하는 자가 그 건물위에 저당권을 설정한 경우 저당권은 그에 미친다.

[판례1] 건물에 대한 종된 권리에 저당권의 효력이 미치는지 여부

대법원 1996. 4. 26. 선고 95다52864 판결 【건물철거등】

【판결요지】 [1] 저당권의 효력이 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미친다는 민법 제358조 본문을 유추하여 보면 건물에 대한 저당권의 효력은 그 건물에 종된 권리인 건물의 소유를 목적으로 하는 지상권에도 미치게 되므로, 건물에 대한 저당권이 실행되어 경락인이 그 건물의 소유권을 취득하였다면 경락 후 건물을 철거한다는 등의 매각조건에서 경매되었다는 등 특별한 사정이 없는 한, 경락인은 건물 소유를 위한 지상권도 민법 제187조의 규정에 따라登記 없이 당연히 취득하게 되고, 한편 이 경우에 경락인이 건물을 제3자에게 양도한 때에는, 특별한 사정이 없는 한 민법 제100조 제2항의 유추적용에 의하여 건물과 함께 종된 권리인 지상권도 양도하기로 한 것으로 봄이 상당하다.

라. 과실(359조)

- 1) 저당권의 효력은 저당부동산에 대한 압류가 있는 후에 저당권설정자가 그 부동산으로부터 수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실에 미침.
- 2) 저당부동산을 압류한 때 효력이 미치며 천연, 법정과실(다수설) 불문.
- 3) 저당권자가 그 부동산에 대한 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자에 대해 압류사실을 통지한 후가 아니면 이로써 대항하지 못함.

마. 저당부동산으로부터 부합물 또는 종물의 분리반출

- 1) 저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미침(358조)
- 2) 부합물 등이 저당권설정자의 정당한 사용에 의하여 분리된 경우는 저당권의 효력에서 벗어남.
예) 낡은 기와를 버리고 새기와로 대체함
- 3) 부합물 등이 정당한 사용권에 기하지 않은 경우에는 분리된 부합물이 통상 제3자에 있게 되며, 이런 경우 추급력이 미치는 여부
예) 저당권이 설정된 산림의 수목을 벌채하는 경우
저당건물에 부착된 냉난방시설을 분리하거나
저당건물 일부의 붕괴로 목재 등의 건축자재로 반출하는 경우

가) 학설

a) 공시원칙설(다수설, 판335) -- 분리된 종물 또는 부합물이 저당부동산과 결합하여 공시작용이 미치는 한도에서 저당권의 효력이 미친다는 견해.

b) 물상대위설(김기선 423) -- 분리된 부합물 등은 목적부동산의 가치의 일부를 대표하므로, 물상대위의 규정을 준용하여 목적물을 압류하면 저당권의 효력이 미친다는 설.

--> 민법상 매각대금을 객체로 해서는 물상대위를 인정하지 않음.

c) 사회관념적 일체설(이영준 814) -- 공시 원칙을 분리된 물건과 저당물간의 거래관념상의 일체성을 기준으로 파악하면서, 분리된 물건이 저당물건과 아직도 사회관념상 일체성을 보유하고 있으면 저당권의 불가분성에 의하여 저당권의 효력이 그 분리물에 미친다는 견해.

--> 분리된 물건이 설정자의 수중을 벗어나면 저당권의 효력이 미치지 않음

[판례] 반출된 저당목적물에 대한 방해배제 청구

대법원 1996. 3. 22. 선고 95다55184 판결 【동산인도】

【판결요지】 저당권자는 물권에 기하여 그 침해가 있는 때에는 그 제거나 예방을 청구할 수 있다고 할 것인바, 공장저당권의 목적 동산이 저당권자의 동의를 얻지 아니하고 설치된 공장으로부터 반출된 경우에는 저당권자는 점유권이 없기 때문에 설정자로부터 일탈한 저당목적물을 저당권자 자신에게 반환할 것을 청구할 수는 없지만, 저당목적물이 제3자에게 선의 취득되지 아니하는 한 원래의 설치 장소에 원상회복할 것을 청구함은 저당권의 성질에 반하지 아니함은 물론 저당권자가 가지는 방해배제권의 당연한 행사에 해당한다.

바. 물상대위(제370, 342조)

-- 질물의 물상대위에 관한 규정이 저당권에 준용됨

사. 저당 토지위의 저당물

1) 건물은 토지와 별개의 부동산이므로 토지를 목적으로 하는 저당권의 효력이 그 토지상의 건물에 미치지 않음은 당연함.

2) 다만 저당권의 실행을 용이하게 하기 위하여 법은 저당토지 위의 건물도 경매할 수 있다고 규정한다.--->저당지상의 건물에 대한 경매청구권(제365조)

3) 그러나 우선변제는 토지매각 대금에서만 적용되고 그 건물로부터의 환가는 금지된다.

[판례1] 대법원 1997. 9. 26. 선고 97다10314 판결 【건물명도】

【판결요지】 [1] 저당권은 법률에 특별한 규정이 있거나 설정행위에 다른 약정이 있는 경우를 제외하고 그 저당 부동산에 부합된 물건과 종물 이외에까지 그 효력이 미치는 것이 아니므로, 토지에 대한 경매절차에서 그 지상 건물을 토지의 부합물 내지 종물로 보아 경매법원에서 저당 토지와 함께 경매를 진행하고 경락허가를 하였다고 하여 그 건물의 소유권에 변동이 초래될 수 없다.

2. 피담보채권의 범위

가. 민법 제360조

1) 피담보채권의 범위는 원칙적으로 저당권설정계약에 의해 정해지나 민법은 이에 대한 보충 규정을 두고 있음.

2) 저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용을 담보한다. 그러나 지연배상에 대하여는 원본의 이행기일을 경과한 후의 1년분에 한하여 저당권을 행사할 수 있다.

3) 제360조의 취지

가) 360조가 지연배상에 대하여 일정한 제한을 두고 있는 점에서 제한이 없는 질권에 비하여 범위가 좁다고 할 수 있음.

나) 이러한 제한은 저당물 위에 후순위 저당권이 설정되거나 또는 저당목적물에 대한 소유권이 양도되는 등 --> 제3자가 이해관계를 가지는 경우가 많아 불측의 손해를 입지 않도록 하기 위함.

[판례] 제360조 단서의 적용범위, 대법원 1992.5.12. 선고 90다8855 판결

【판결요지】 가. 저당권의 피담보채무의 범위에 관하여 민법 제360조가 지연배상에 대하여는 원본의 이행기일을 경과한 후의 1년분에 한하여 저당권을 행사할 수 있다고 규정하고 있는 것은 저당권자의 제3자에 대한 관계에서의 제한이며 채무자나 저당권설정자가 저당권자에 대하여 대항할 수 있는 것이 아니고, 민법 제360조가 양도담보의 경우에 준용된다고 하여도 마찬가지로 해석하여야 할 것인 만큼, 양도담보의 채무자가 양도담보권자에 대하여 민법 제360조에 따른 피담보채권의 제한을 주장할 수는 없는 것이다.

나. 피담보채권의 범위

당사자의 설정계약에 의해 정하나 질권보다 좁으며, 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용 등에 미침.

1) 원본

가) 원본 채권의 전액 또는 일부만을 피담보채권으로 하는 것도 가능함.

나) 담보되는 원본의 액과 변제기 및 지급장소와(부등법 75조 1항)

피담보채권이 금전채권이 아닌 경우의 그 평가액은 등기하여야 함
(부등법 제77조)

2) 이자 -- 이자발생의 특약이 있는 경우에는 이율, 발생시기, 지급장소 및 시기를 등기하여야 하며(부등법 75조1항), 등기된 약정이자는 저당권에 의해 무제한 담보됨.

3) 위약금 -- 약정이 있는 경우 손해배상액의 예정이든 위약벌(398조 4항)이든 언제나 등기하여야 효력이 생긴다(통설).

4) 손해배상청구권

가) 지연배상(지연이자)은 원본 이행기일을 경과 후 1년분에 한함.(360조단서)

--> 후순위 채권자를 보호하기 위함.

나) 1년 이상의 지연이자는 일반채권자로서 배당에서 변제를 받을 수 있음.

5) 저당권실행비용

부동산 감정비용, 경매신청 등록세 등 저당권 실행비용은

등기없이 효력 발생함.

다. 저당권의 불가분성(제370, 321조)

1) 저당권은 원칙적으로 피담보채권의 전부 위에 효력이 미친다.

2) 피담보채권이 조금이라도 남아 있는 한 그 변제를 받기 위하여 저당권을 실행할 수 있고 저당권설정자는 저당권 등기의 말소를 청구하지 못함.

3) 그러나 공동저당(제368조)에서 그 예외가 인정된다.

[판례] 근저당권의 일부말소에 관한 약정과 등기

대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다49015 판결 【근저당권말소】

【판결요지】 신축 상가건물에 대한 공사대금채권의 담보를 위하여 상가건물에 근저당권을 설정하면서 근저당권설정자와 근저당권자 사이에 분양계약자가 분양대금을 완납하는 경우 그 분양계약자가 분양 받은 지분에 관한 근저당권을 말소하여 주기로 하는 약정이 있었다 하더라도, 근저당권자는 근저당권설정자 또는 분양계약자에 대하여 그 약정에 따라 분양계약자의 분양 지분에 관한 근저당권을 말소하여 줄 채권적 의무가 발생할 뿐이지 물권인 근저당권자의 근저당권 자체가 등기에 의하여 공시된 바와 달리 위 약정에 의하여 제한되는 것은 아니고, 그 근저당권의 인수인이 당연히 위 약정에 따른 근저당권자의 채무를 인수하는 것도 아니다.

II. 우선변제적 효력(제365조)

1. 의의

가. 저당권의 본체적 효력

채무자가 변제기에 변제하지 않으면 저당권자는 저당목적물을 일정한 절차에 따라 매각, 환가하여 그 대금으로부터 우선 변제를 받음.

나. 우선변제를 받는 방법

1) 저당권에 기하여 우선변제를 받는 경우

가) 저당권자 자신이 저당권을 실행하여 우선변제를 받음.

나) 저당부동산에 대한 일반채권자의 강제집행, 전세권자의 경매신청 또는 후순위저당권자의 저당을 실행하는 경우 저당권자는 이를 막을 수 없고 그가 가지는 우선순위에 따라 매각대금으로부터 당연히 변제받을 수 있을 뿐임(민집법268, 145조).

2) 단순채권자로서 변제를 받는 경우

- 가) 저당부동산으로 완제받지 못한 잔액채권은 무담보의 채권으로 남으며,
- 나) 저당권자는 저당권 실행함이 없이 먼저 채무자의 일반재산에 대하여 일반채권자로서 집행할 수 있으나 제한 있음(370, 340조, 질권과 동일).

2. 우선변제의 순위

저당권이 저당권, 전세권, 유치권 또는 일반채권자와 경합하는 경우 우선순위

A. 일반채권자에 대한 관계

1) 원칙적으로 저당권자는 일반채권자에 대해서 언제나 우선한다.

2) 예외

가) 주택 또는 상가임대차보호법상 일정 요건을 갖춘 주택 또는 상가 임차인은 우선변제 순위에서 저당권자에 우선함.

--> 대항요건과 확정 일자,

소액보증금의 경우 담보권자의 경매신청 등기 전의 대항요건

나) 파산채권자에 대한 관계

저당부동산의 소유자가 파산하면 저당권자는 별채권 행사(채무자회생파산법411조)

다) 임금 등 우선권과의 관계

근로관계가 소멸한 경우 최종 3월분의 임금, 최종 3년간의 퇴직금 및 재해보상금에 대한 채권은 사용자의 총재산에 대하여 저당권에 의하여 담보된 채권에 우선함(근기법 37조 2항, 근로퇴직급여보장법 11조1항).

[대결] 임금 등의 우선권과 지연손해금채권

대법원 2000. 1. 28. 자 99마5143 결정 【부동산강제경매기각】

【결정요지】 근로기준법 제37조 제2항에 의하면, 근로관계로 인한 채권 중 최종 3월분의 임금, 최종 3년간의 퇴직금, 재해보상금의 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다고 규정하고 있는바, 위와 같은 임금 등 채권의 최우선변제권은 근로자의 생활안정을 위한 사회정책적 고려에서 담보물권자 등의 희생 아래 인정되고 있는 점, 민법 제334조, 제360조 등에 의하면 공시방법이 있는 민법상의 담보물권의 경우에도 우선변제권이 있는 피담보채권에 포함되는 이자 등 부채채권 및 그 범위에 관하여 별도로 규정하고 있음에 반하여, 위 근로기준법의 규정에는 최우선변제권이 있는 채권으로 원본채권만을 열거하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 임금 등에 대한 지연손해금 채권에 대하여는 최우선변제권이 인정되지 않는다고 봄이 상당하다.

[판례] 임금채권의 우선변제권의 한계

대법원 2004. 5. 27. 선고 2002다65905 판결 【배당이의】

【판결요지】 [1] 근로기준법 제37조 제2항은 근로자의 최저생활을 보장하고자 하는 공익적

요청에서 일반 담보물권의 효력을 일부 제한하고 임금채권의 우선변제권을 규정한 것으로서, 그 규정의 취지는 근로자가 최종 3월분의 임금과 최종 3년간의 퇴직금, 재해보상금에 관한 채권을 질권, 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세공과금 및 다른 채권과 동시에 사용자의 동일재산으로부터 경합하여 변제받는 경우에, 그 각 채권의 성립의 선후나 질권 또는 저당권의 설정 여부에 관계없이 그 임금, 퇴직금 등을 우선적으로 변제받을 수 있는 권리가 있음을 밝힌 것이며 사용자가 재산을 특정승계 취득하기 전에 설정된 담보권에 대하여까지 그 임금채권의 우선변제권을 인정한 것은 아니다.

[2] 개인병원 형태로 운영되던 사업을 의료법인 형태로 전환하면서 근저당권의 목적물인 부동산 등 물적 시설을 의료법인에 출자하고 그에 따라 근로자들의 근로관계도 법인에 단절 없이 승계된 경우와 같이 사업의 인적 조직·물적 시설이 그의 동일성을 유지하면서 일체로서 이전되어 형식적으로 경영주체의 변경이 있을 뿐 개인병원과 의료법인 사이에 실질적인 동일성이 인정되는 경우에는 담보된 재산만이 특정승계된 경우와는 달라서, 고용이 승계된 근로자는 물론 법인 전환 후에 신규로 채용된 근로자들도 사용자가 재산을 취득하기 전에 설정된 담보권에 대하여 임금 등의 우선변제권을 가진다.

라) 국세우선권

a) 저당부동산 소유자가 체납하고 있는 국세 또는 지방세는 그 법정기일 전에 설정된 저당권에 우선하여 징수하지 못한다.

--> 납세고지서일, 국세신고납부일

b) 다만, 당해세 즉 '그 재산에 대하여 부과되는 국세와 가산금'은 언제나 저당권에 우선한다.

[판례1] 저당권에 우선하는 당해세의 범위

대법원 1999. 3. 18. 선고 96다23184 전원합의체 판결 【부당이득금반환】

【판결요지】 [2] 국세기본법 제35조 제1항 제3호는 공시를 수반하는 담보물권과 관련하여 거래의 안전을 보장하려는 사법적(사법적) 요청과 조세채권의 실현을 확보하려는 공익적 요청을 적절하게 조화시키려는 데 그 입법의 취지가 있으므로, 당해세가 담보물권에 의하여 담보되는 채권에 우선한다고 하더라도 이로써 담보물권의 본질적 내용까지 침해되어서는 아니 되고, 따라서 같은 법 제35조 제1항 제3호 단서에서 말하는 '그 재산에 대하여 부과된 국세'라 함은 담보물권을 취득하는 사람이 장래 그 재산에 대하여 부과될 것을 상당한 정도로 예측할 수 있는 것으로서 오로지 당해 재산을 소유하고 있는 것 자체에 담세력을 인정하여 부과되는 국세만을 의미하는 것으로 보아야 한다.

[판례2] 국세특권의 한계1

대법원 2005. 3. 10. 선고 2004다51153 판결 【배당이의】

【판결요지】 국세기본법 제35조 제1항 제3호의 규정 또는 지방세법 제31조 제2항 제3호의 규정에 의하여 국세나 지방세에 대하여 우선적으로 보호되는 저당권부채권은 당해 저당권설정 당시의 저당권자와 설정자와의 관계를 기본으로 하여 그 설정자의 납세의무를 기준으로 한 취지라고 해석되고, 이러한 국세나 지방세 등의 우선징수로부터 배제되는 저당권부채권은 설정자가 저당부동산을 제3자에게 양도하고 그 양수인에게 국세나 지방세의 체납이 있었다고 하더라도 특별규정이 없는 현행법하에서는 그 보호의 적격이 상실되는 것은 아니라고 할 것이므로, 저당부동산이 저당권설정자로부터 제3자에게 양도되고 위 설정자에게 저당권에 우선하여 징수당할 아무런 조세의 체납이 없었다면 양수인인 제3자에 대하여 부과한 국

세 또는 지방세를 법정기일이 앞선다거나 당해세라 하여 우선 징수할 수 없다고 할 것이고, 이러한 법리는 저당부동산의 양도와 함께 설정자인 양도인, 양수인 및 저당권자 등 3자의 합의에 의하여 저당권자와 양도인 사이에 체결되었던 저당권설정계약상의 양도인이 가지는 계약상의 채무자 및 설정자로서의 지위를 양수인이 승계하기로 하는 내용의 계약인수가 이루어진 경우라고 하여 달리 볼 것이 아니다.

[판례3] 국세특권의 한계1, 대법원 2005.11.24. 선고 2005두9088 판결 【배분처분취소】

【판결요지】 [1] 구 국세기본법(2002. 12. 18. 법률 제6782호로 개정되기 전의 것) 제35조 제1항 제3호와 구 지방세법(2003. 12. 30. 법률 제7013호로 개정되기 전의 것) 제31조 제2항 제3호는 공시를 수반하는 담보물권과 관련하여 거래의 안전을 보장하려는 사법적 요청과 조세채권의 실현을 확보하려는 공익적 요청을 적절하게 조화시키려는 데 그 입법의 취지가 있으므로, 조세채권이 담보물권의 본질적 내용까지 침해해서는 아니 되고, 담보물권을 취득하는 사람이 장래 그 재산에 관하여 담보물권에 우선하는 조세채권의 발생을 상당한 정도로 예측할 수 있어야 그 조세채권을 담보물권에 우선하여 징수할 수 있다고 할 것이며, 구 국세기본법 제36조 제1항과 구 지방세법 제34조 제1항이 채택하고 있는 이른바 압류선착주의의 취지는 다른 조세채권자보다 조세채무자의 자산 상태에 주의를 기울이고 조세 징수에 열의를 가지고 있는 징수권자에게 우선권을 부여하고자 하는 것이므로, 압류선착주의는 조세채권 사이의 우선순위를 정하는 데 적용할 수 있을 뿐 조세채권과 공시를 수반하는 담보물권 사이의 우선순위를 정하는 데 적용할 수는 없다.

[2] 공시를 수반하는 담보물권이 설정된 부동산에 관하여 담보물권 설정일 이전에 법정기일이 도래한 조세채권과 담보물권 설정일 이후에 법정기일이 도래한 조세채권에 기한 압류가 모두 이루어진 경우, 당해세를 제외한 조세채권과 담보물권 사이의 우선순위는 그 법정기일과 담보물권 설정일의 선후에 의하여 결정하고, 이와 같은 순서에 의하여 매각대금을 배분한 후, 압류선착주의에 따라 각 조세채권 사이의 우선순위를 결정하여야 한다.

B. 유치권에 대한 관계

- 1) 유치권은 우선변제권이 없으므로 경합하거나 우열의 문제가 발생하지 않음.
- 2) 그러나 강제집행에 의한 매수인은 유치권자에게 변제하지 않으면 경매목적물을 수취할 수 없다(민집법 91조 제5항) --사실상 우선적 효력 인정

C. 전세권에 대한 관계

전세금반환청구권에 대하여 우선변제권이 있는 전세권(303조 1항)과 저당권의 순위는 등기의 선후에 의하여 결정됨.

D. 저당권 상호간의 순위

1) 순위확정의 원칙

- 가) 동일 목적물상에 수개의 저당권이 경합하는 경우 -- 설정등기의 선후에 의함(제370, 333조).
- 나) 후순위 저당권자는 선순위저당권자가 변제받고 남은 잔액에 대하여만 우선변제권 행사 가능함.

2) 순위승진의 원칙

선순위 저당권이 변제 기타의 사유로 소멸하면 후순위저당권은 순위가 승진됨.

Ⅲ. 저당권의 침해에 대한 구제

1. 저당권침해의 특수성

가. 저당권은 저당목적물의 교환가치로부터 우선변제를 받는 것을 내용으로 하는 물권이므로 저당권자의 담보를 위태롭게 하는 일체의 행위는 저당권을 침해함.

예) 저당물의 멸실, 훼손, 부당한 방치, 저당산림의 부당한 벌채
부당관리에 의한 저당건물의 붕괴, 중물의 부당한 관리

나. 목적물이 통상의 경제적 용도에 따라서 이용되는 한 침해는 없다.

다. 목적물의 교환가치가 감소하더라도 목적물의 가치가 아직 피담보채권액을 넘고 있는 때에는 저당권자에게 손해가 생겼다고 할 수 없다.

2. 각종의 구제방법

가. 물권적 청구권

1) 침해행위의 유지(정지), 제거, 예방의 청구(제370, 214조) -- 저당권의 침해가 있는 한 비록 목적부동산의 교환가치가 피담보채권을 만족시킬 수 있는 것이더라도 발생.

2) 무효 등기의 말소청구

실체적 권리관계에 부합하지 않는 무효등기가 존재하는 경우

예) 1번 저당권이 이미 변제되었으나 말소되지 않은 경우

3) 저당목적물의 일부의 강제집행에 대한 제3자 이의의 소(민집법 48조)

가) 저당목적물은 부가물, 중물, 공장건물에 비치된 동산과 일체를 이루어 채권을 담보하고 있음

나) 이에 대하여 일반채권자가 강제집행시 제3자이의의 소 제기 가능함.

[판례1] 저당권에 기한 방해배제

대법원 1996. 3. 22. 선고 95다55184 판결 【동산인도】

【판결요지】 저당권자는 물권에 기하여 그 침해가 있는 때에는 그 제거나 예방을 청구할 수 있다고 할 것인바, 공장저당권의 목적 동산이 저당권자의 동의를 얻지 아니하고 설치된 공장으로부터 반출된 경우에는 저당권자는 점유권이 없기 때문에 설정자로부터 일탈한 저당목적물을 저당권자 자신에게 반환할 것을 청구할 수는 없지만, 저당목적물이 제3자에게 선의 취득되지 아니하는 한 원래의 설치 장소에 원상회복할 것을 청구함은 저당권의 성질에 반하지 아니함은 물론 저당권자가 가지는 방해배제권의 당연한 행사에 해당한다.

[판례2] 저당부동산에 대한 점유와 저당권의 침해

대법원 2005. 4. 29. 선고 2005다3243 판결 【건물명도】

【판결요지】 [1] 저당권은 경매절차에 있어서 실현되는 저당부동산의 교환가치로부터 다른 채권자에 우선하여 피담보채권의 변제를 받는 것을 내용으로 하는 물권으로, 부동산의 점유를 저당권자에게 이전하지 않고 설정되고, 저당권자는 원칙적으로, 저당부동산의 소유자가

행하는 저당부동산의 사용 또는 수익에 관하여 간섭할 수 없고, 다만 저당부동산에 대한 점유가 저당부동산의 본래의 용법에 따른 사용·수익의 범위를 초과하여 그 교환가치를 감소시키거나, 점유자에게 저당권의 실현을 방해하기 위하여 점유를 개시하였다는 점이 인정되는 등, 그 점유로 인하여 정상적인 점유가 있는 경우의 경락가격과 비교하여 그 가격이 하락하거나 경매절차가 진행되지 않는 등 저당권의 실현이 곤란하게 될 사정이 있는 경우에는 저당권의 침해가 인정될 수 있다.

[판례3] 저당권에 기한 방해배제 청구

대법원 2006.1.27. 선고 2003다58454 판결 【건축공사중지청구의소】

【판결요지】 [1] 저당권자는 저당권 설정 이후 환가에 이르기까지 저당물의 교환가치에 대한 지배권능을 보유하고 있으므로 저당목적물의 소유자 또는 제3자가 저당목적물을 물리적으로 멸실·훼손하는 경우는 물론 그 밖의 행위로 저당부동산의 교환가치가 하락할 우려가 있는 등 저당권자의 우선변제청구권의 행사가 방해되는 결과가 발생한다면 저당권자는 저당권에 기한 방해배제청구권을 행사하여 방해행위의 제거를 청구할 수 있다.

[2] 대지의 소유자가 나대지 상태에서 저당권을 설정한 다음 대지상에 건물을 신축하기 시작하였으나 피담보채무를 변제하지 못함으로써 저당권이 실행에 이르렀거나 실행이 예상되는 상황인데도 소유자 또는 제3자가 신축공사를 계속한다면 신축건물을 위한 법정지상권이 성립하지 않는다고 할지라도 경매절차에 의한 매수인으로서 신축건물의 소유자로 하여금 이를 철거하게 하고 대지를 인도받기까지 별도의 비용과 시간을 들여야 하므로, 저당목적 대지상에 건물신축공사가 진행되고 있다면, 이는 경매절차에서 매수희망자를 감소시키거나 매각가격을 저감시켜 결국 저당권자가 지배하는 교환가치의 실현을 방해하거나 방해할 염려가 있는 사정에 해당한다.

나. 손해배상청구권

- 1) 저당권침해시 불법행위에 기한 손해배상청구 가능(750조). 다만
- 2) 목적물 침해로 저당권자가 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없는 때 행사
- 3) 저당권 실행시를 기다릴 필요없이 불법행위 직후 행사 가능.

[판례1] 저당권 침해로 손해배상청구권이 인정된 예

대법원 1978.9.26. 선고 78다835 판결 【손해배상】

【판결요지】 자동차저당법에 의한 저당권의 목적은 자동차등록을 받은 자동차에 한하므로 근저당권의 목적이 된 자동차의 등록말소를 고의로 빚은 자는 저당권을 침해한 것이 되므로 담보권자에게 손해배상책임이 있다.

[판례2] 근저당권의 소멸로 인한 손해의 범위

대법원 1997. 11. 25. 선고 97다35771 판결 【손해배상(기)】

【판결요지】 [3] 타인의 불법행위로 인하여 근저당권이 소멸되는 경우에 있어 근저당권자로서는 근저당권이 소멸하지 아니하였더라면 그 실행으로 피담보채무의 변제를 받았을 것임에도 불구하고 근저당권의 소멸로 말미암아 이러한 변제를 받게 되는 권능을 상실하게 되는 것이므로, 그 근저당권의 소멸로 인한 근저당권자가 입게 되는 손해는 근저당 목적물인 부동산의 가액 범위 내에서 채권최고액을 한도로 하는 피담보채권액이다.

다. 채무자에 대한 특별 효과

1) 담보물 보충청구권(362조)

- 가) 저당권설정자의 책임있는 사유로 저당물 가액이 현저히 감소된 때 청구
- 나) 이를 행사한 경우 손해배상청구권이나 기한의 이익의 상실로 인한 즉시변제청구권을 행사할 수 없음(통설).

2) 즉시변제청구권(기한의 이익의 상실) (388조 1항)

- 가) 채무자의 책임있는 사유로 저당권의 침해시 기한이익을 상실함
- 나) 채권자는 즉시 변제 청구가 가능하고
채권자는 곧 저당권을 실행할 수 있게 된다.

제4절 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(채무명의)에 표시된 집행청구권을 실현하는 절차로서 집행권원은 확정판결, 집행증서 등에 기초하

		여 실시됨.
2.주체	가. 집행권원이 없는 담보권자에 의해 행해짐 나.담보권 존재 증명 서류제출	가. 집행권원을 가진 채권자에 의해 행해짐 나.집행력있는 정본이 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 저당권설정등기말소 등기를 제출해도 됨. 나.즉시항고를 인정 않함(266조3항)	가.재판의 정본이 중심 나. 즉시항고를 인정함(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 않음(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 않는 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 등기

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 채무명목이 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(부동산법3조) 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 예약당사자 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 대물변제예약의 유저당은 무효

대법원 1962.5.24. 62다67 【가옥명도】

【판시사항】 민법 제607조의 적용을 잘못 하였다고 인정된 실례

【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 예약당사자 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 당사자사이에는 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 대물변제예약 당시 그 부동산의 가액이 채무원리금의 합산액을 초과하는 경우에는 대물변제예약 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)

제5절 저당권과 용익관계 --저당권의 구속력

I. 저당부동산의 용익관계 일반

1. 저당권의 설정에 의하여 설정자의 용익권능은 원칙적으로 영향을 받지 않지만 저당권이 실행되면 저당물의 소유권이 매수인에게 이전되어 종래의 대항력없는 용익관계는 소멸됨.

2. 저당권설정전의 용익권(대항력을 갖춘 등기된 용익권) -- 저당권에 우선하게 되어 저당권이 실행되더라도 용익권자는 매수인에게 대항 가능(370조,333조).

3. 저당권설정후의 용익권 -- 선순위 저당권에 대항할 수 없어 저당권의 실행되면 매수인에게 대항할 수 없다.

4. 수개의 저당권과 용익권 -- 실행되는 저당권의 순위가 아닌 그 부동산위의 최고선순위의 저당권과 용익권 사이의 우열로 정하여 진다.

5. 따라서 첫째, 저당권과 용익권의 충돌(지상권, 전세권, 임차권) 및 이익조정 둘째, 법정지상권 문제 셋째, 제3취득자의 지위의 문제가 대두된다.

[판례1] 掃除主義에 따라 대항력을 갖춘 임차권이 소멸한 경우의 법률관계
대법원 1990.1.23. 자 89다카33043 결정 【가옥명도】

【판결요지】 후순위저당권의 실행으로 목적부동산이 경락되어 그 선 순위저당권이 함께 소멸한 경우 비록 후순위 저당권자에게는 대항할 수 있는 임차권이더라도 소멸된 선순위저당권보다 뒤에 등기되었거나 대항력을 갖춘 임차권은 함께 소멸하므로 이와 같은 경우의 경락인은 주택임대차보호법 제3조에서 말하는 임차주택의 양수인 중에 포함되지 않는다고 할 것이고, 따라서 임차인은 경락인에 대하여 그 임차권의 효력을 주장할 수 없다.

II. 법정지상권(제366조)

1. 의의

가. 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우 토지소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다.

--> 동일인 소유의 토지와 건물이 저당권 실행으로 소유자를 달리하게 된 경우 그 건물의 소유자를 위하여 대지에 대한 지상권의 성립을 인정함.

나. 인정근거

- 1) 건물철거라는 사회 경제상의 불이익 방지
- 2) 건물로 하여금 건물로서의 가치를 유지하게 하기 위함.

다. 법적성질(법정지상권의 포기가능성 여부)

- 1) 민법 제366조는 강행규정인가 여부
- 2) 판례와 다수설은 -- 강행규정이다
- 3) 즉 366조는 가치권과 이용권의 조절을 위한 공익상의 이유로 지상권의 설정을 강제하는 강행규정이므로 미리 동조의 적용을 배제하는 특약은 무효라고 봄

[판례] 대법원 1988.10.25. 선고 87다카1564 판결 【건물명도】

【판결요지】 민법 제366조는 가치권과 이용권의 조절을 위한 공익상의 이유로 지상권의 설정을 강제하는 것이므로 저당권설정 당사자간의 특약으로 저당목적물인 토지에 대하여 법정지상권을 배제하는 약정을 하더라도 그 특약은 효력이 없다.

2. 성립요건

A. 저당권 설정당시에 건물의 존재.

- 1) 먼저 최선순위의 저당권이 설정당시에 건물이 존재하여야 함.
- 2) 건축중인 건물 --최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지는 등

- 독립된 부동산으로서 건물의 요건을 갖추면 됨
- 3) 저당권 설정 후 건물을 신축한 경우 법정지상권이 성립하지 않으며
저당권자의 동의를 얻어 건물을 신축한 경우에도 성립하지 않음.
 - 4) 증, 개축된 건물간에 동일성이 인정되어야 법정지상권이 인정됨.

[판례1] 건축중인 건물의 법정지상권 성립여부

대법원 2004. 6. 11. 선고 2004다13533 판결 【건물철거및토지인도등】

【판결요지】 [3] 민법 제366조의 법정지상권은 저당권 설정 당시 동일인의 소유에 속하던 토지와 건물이 경매로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에 건물의 소유자를 위하여 발생하는 것으로서, 토지에 관하여 저당권이 설정될 당시 토지 소유자에 의하여 그 지상에 건물을 건축중이었던 경우 그것이 사회관념상 독립된 건물로 볼 수 있는 정도에 이르지 않았다 하더라도 건물의 규모·종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 건축이 진전되어 있었고, 그 후 경매절차에서 매수인이 매각대금을 다 낸 때까지 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지는 등 독립된 부동산으로서 건물의 요건을 갖추면 법정지상권이 성립하며, 그 건물이 미등기라 하더라도 법정지상권의 성립에는 아무런 지장이 없는 것이다

[판례2] 저당권자의 동의하에 저당권 설정 후 신축된 건물과 법정지상권

대법원 2003. 9. 5. 선고 2003다26051 판결 【건물등철거등】

【판결요지】 민법 제366조의 법정지상권은 저당권 설정 당시부터 저당권의 목적되는 토지 위에 건물이 존재할 경우에 한하여 인정되며, 토지에 관하여 저당권이 설정될 당시 그 지상에 토지소유자에 의한 건물의 건축이 개시되기 이전이었다면, 건물이 없는 토지에 관하여 저당권이 설정될 당시 근저당권자가 토지소유자에 의한 건물의 건축에 동의하였다고 하더라도 그러한 사정은 주관적 사항이고 공시할 수도 없는 것이어서 토지를 낙찰받는 제3자로서는 알 수 없는 것이므로 그와 같은 사정을 들어 법정지상권의 성립을 인정한다면 토지 소유권을 취득하려는 제3자의 법적 안정성을 해하는 등 법률관계가 매우 불명확하게 되므로 법정지상권이 성립되지 않는다.

[판례3] 저당권 설정당시 존재하던 건물이 그 후 개축된 경우와 법정지상권

대법원 2003. 12. 18. 선고 98다43601 전원합의체 판결 【건물철거등】

【판결요지】 [1] [다수의견] 동일인의 소유에 속하는 토지 및 그 지상 건물에 관하여 공동저당권이 설정된 후 그 지상 건물이 철거되고 새로 건물이 신축된 경우에는 그 신축건물의 소유자가 토지의 소유자와 동일하고 토지의 저당권자에게 신축건물에 관하여 토지의 저당권과 동일한 순위의 공동저당권을 설정해 주는 등 특별한 사정이 없는 한 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 신축건물이 다른 소유자에 속하게 되더라도 그 신축건물을 위한 법정지상권은 성립하지 않는다고 해석하여야 하는바, 그 이유는 동일인의 소유에 속하는 토지 및 그 지상 건물에 관하여 공동저당권이 설정된 경우에는, 처음부터 지상 건물로 인하여 토지의 이용이 제한 받는 것을 용인하고 토지에 대하여만 저당권을 설정하여 법정지상권의 가치만큼 감소된 토지의 교환가치를 담보로 취득한 경우와는 달리, 공동저당권자는 토지 및 건물 각각의 교환가치 전부를 담보로 취득한 것으로서, 저당권의 목적이 된 건물이 그대로 존속하는 이상은 건물을 위한 법정지상권이 성립해도 그로 인하여 토지의 교환가치에서 제외된 법정지상권의 가액 상당 가치는 법정지상권이 성립하는 건물의 교환가치에서 되찾을 수 있어 궁극적으로 토지에 관하여 아무런 제한이 없는 나대지로서의 교환가치 전체를 실현시킬 수 있다고 기대하지만, 건물이 철거된 후 신축된 건물에 토지와 동순위의 공동저당권이 설정되지

아니 하였는데도 그 신축건물을 위한 법정지상권이 성립한다고 해석하게 되면, 공동저당권자가 법정지상권이 성립하는 신축건물의 교환가치를 취득할 수 없게 되는 결과 법정지상권의 가액 상당 가치를 되찾을 길이 막혀 위와 같이 당초 나대지로서의 토지의 교환가치 전체를 기대하여 담보를 취득한 공동저당권자에게 불측의 손해를 입게 하기 때문이다.

[판례4] 법정지상권 성립을 위한 독립된 부동산으로서의 건물의 요건

대법원 2003. 5. 30. 선고 2002다21592,21608 판결

【판결요지】 [1] 독립된 부동산으로서의 건물이라고 하기 위하여는 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 된다.

[2] 신축 건물이 경락대금 납부 당시 이미 지하 1층부터 지하 3층까지 기둥, 주벽 및 천장 슬라브 공사가 완료된 상태이었을 뿐만 아니라 지하 1층의 일부 점포가 일반에 분양되기까지 하였다면, 비록 토지가 경락될 당시 신축 건물의 지상층 부분이 골조공사만 이루어진 채 벽이나 지붕 등이 설치된 바가 없다 하더라도, 지하층 부분만으로도 구분소유권의 대상이 될 수 있는 구조라는 점에서 신축 건물은 경락 당시 미완성 상태이기는 하지만 독립된 건물로서의 요건을 갖추었다고 본 사례.

[판례5] 건물의 증,개축 및 재축 신축과 법정지상권

대법원 1990.7.10. 선고 90다카6399 판결 【건물철거등】

【판결요지】 민법 제366조 소정의 법정지상권이 성립하려면 저당권의 설정당시 저당권의 목적되는 토지 위에 건물이 존재할 경우이어야 하는 바, 저당권설정 당시 건물이 존재한 이상 그 이후 건물을 개축, 증축하는 경우는 물론이고 건물이 멸실되거나 철거된 후 재축, 신축하는 경우에도 법정지상권이 성립한다 할 것이고, 이 경우 법정지상권의 내용인 존속기간, 범위 등은 구 건물을 기준으로 하여 그 이용에 일반적으로 필요한 범위 내로 제한되는 것이다.

B. 저당권설정당시의 토지 및 건물 소유자의 동일성

- 1) 저당권설정당시의 토지 및 건물이 동일한 소유자에게 속하여야 한다.
- 2) 대지 또는 지상건물의 소유명의를 타인에게 신탁한 경우는 인정 안됨.
- 3) 토지, 건물이 설정당시 동일인에게 속하였다가 나중에 어느 한 쪽이 제3자에게 양도되어 다른 소유자에게 속하게 된 경우에도 학설과 판례는 인정하고 있음.
- 4) 토지공유자 중 다른 공유자의 동의를 얻어 그 지상에 건물을 소유한 후 토지지분에 저당권 설정 후 경매로 인하여 그 공유지분과 건물의 소유자가 달라지게 된 경우에는 법정지상권이 성립 않음.

--> 구분지상권의 경우에는 인정됨.

- 5) 미등기 건물을 대지와 같이 매수한 자가 그 대지만 소유권이전등기를 넘겨 받고 건물에 대해서는 이전받지 못한 후 경매된 경우는 법정지상권 인정 안됨.

[판례1] 대지 또는 건물의 소유명의를 타인에게 신탁한 경우와 법정지상권

대법원 1993.6.25. 선고 92다20330 판결 【건물철거등】

【판결요지】 다. 대지의 소유명의를 타인에게 신탁한 경우에 신탁자는 제3자에게 그 대지가 자기의 소유임을 주장할 수 없고 따라서 대지와 그 지상건물이 동일인의 소유임을 전제로

한 법정지상권을 취득할 수 없다.

[판례2] 대지 또는 건물의 소유명의를 타인에게 신탁한 경우와 법정지상권

대법원 2004. 2. 13. 선고 2003다29043 판결 【지장물철거】

【판결요지】 [2] 건물의 등기부상 소유명의를 타인에게 신탁한 경우에 신탁자는 제3자에게 그 건물이 자기의 소유임을 주장할 수 없고, 따라서 그 건물과 부지인 토지가 동일인의 소유임을 전제로 한 법정지상권을 취득할 수 없다.

[판례3] 저당권설정후 토지와 건물의 소유권이 분리된 경우와 법정지상권

대법원 1999. 11. 23. 선고 99다52602 판결 【부당이득금등】

【판결요지】 토지에 저당권을 설정할 당시 토지의 지상에 건물이 존재하고 있었고 그 양자가 동일 소유자에게 속하였다가 그 후 저당권의 실행으로 토지가 낙찰되기 전에 건물이 제3자에게 양도된 경우, 민법 제366조 소정의 법정지상권을 인정하는 법의 취지가 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상 건물이 각 다른 사람의 소유에 속하게 된 경우에 건물이 철거되는 것과 같은 사회경제적 손실을 방지하려는 공익상 이유에 근거하는 점, 저당권자로서는 저당권설정 당시에 법정지상권의 부담을 예상하였을 것이고 또 저당권설정자는 저당권설정 당시의 담보가치가 저당권이 실행될 때에도 최소한 그대로 유지되어 있으면 될 것이므로 위와 같은 경우 법정지상권을 인정하더라도 저당권자 또는 저당권설정자에게는 불측의 손해가 생기지 않는 반면, 법정지상권을 인정하지 않는다면 건물을 양수한 제3자는 건물을 철거하여야 하는 손해를 입게 되는 점 등에 비추어 위와 같은 경우 건물을 양수한 제3자는 민법 제366조 소정의 법정지상권을 취득한다.

[판례4] 구분소유적 공유관계와 법정지상권

대법원 2004. 6. 11. 선고 2004다13533 판결 【건물철거및토지인도등】

【판결요지】 [1] 공유로 등기된 토지의 소유관계가 구분소유적 공유관계에 있는 경우에는 공유자 중 1인이 소유하고 있는 건물과 그 대지는 다른 공유자와의 내부관계에 있어서는 그 공유자의 단독소유로 되었다 할 것이므로 건물을 소유하고 있는 공유자가 그 건물 또는 토지지분에 대하여 저당권을 설정하였다가 그 후 저당권의 실행으로 소유자가 달라지게 되면 건물 소유자는 그 건물의 소유를 위한 법정지상권을 취득하게 되며, 이는 구분소유적 공유관계에 있는 토지의 공유자들이 그 토지 위에 각자 독자적으로 별개의 건물을 소유하면서 그 토지 전체에 대하여 저당권을 설정하였다가 그 저당권의 실행으로 토지와 건물의 소유자가 달라지게 된 경우에도 마찬가지라 할 것이다.

[판례4] 대법원 2002. 6. 20. 선고 2002다9660 전원합의체 판결 【건물등철거】

【판결요지】 [1] 민법 제366조의 법정지상권은 저당권 설정 당시에 동일인의 소유에 속하는 토지와 건물이 저당권의 실행에 의한 경매로 인하여 각기 다른 사람의 소유에 속하게 된 경우에 건물의 소유를 위하여 인정되는 것이므로, 미등기건물을 그 대지와 함께 매수한 사람이 그 대지에 관하여만 소유권이전등기를 넘겨받고 건물에 대하여는 그 등기를 이전 받지 못하고 있다가, 대지에 대하여 저당권을 설정하고 그 저당권의 실행으로 대지가 경매되어 다른 사람의 소유로 된 경우에는, 그 저당권의 설정 당시에 이미 대지와 건물이 각각 다른 사람의 소유에 속하고 있었으므로 법정지상권이 성립될 여지가 없다.

C. 저당권의 설정

- 1) 토지와 건물 어느 한 쪽이나 양자 위에 저당권이 설정되어야 한다.
- 2) 어느 쪽에도 저당권이 설정되었으나 어떤 원인으로 인하여 토지와 건물의 소유자가 다르게 된 경우 관습법상 법정지상권은 성립이 가능하나 제366조의 법정지상권은 성립하지 않음.

D. 경매로 소유자가 달라질 것

- 저당물의 경매로 토지와 그 지상건물의 소유자가 달라져야 한다.
-->경매는 담보권실행 경매를 의미함.

[판결] 대법원 1991.4.9. 선고 89다카1305 판결 【대지인도등】

【판결요지】 나. 환지로 인하여 새로운 분할지적선이 그어진 결과 환지 전에는 동일인에게 속하였던 토지와 그 지상건물의 소유자가 달라진 경우에 환지의 성질상 건물의 부지에 관하여 소유권을 상실한 건물소유자가 그 환지된 토지(건물부지)에 대하여 건물을 위한 관습상의 법정지상권을 취득한다거나 그 환지된 토지의 소유자가 그 건물을 위한 관습상 법정지상권의 부담을 안게 된다고는 할 수 없다.

3. 성립시기와 등기

- 가. 법정지상권 성립 시기는 토지 또는 그 지상건물의 경매로 그 소유권이 매수인에게 이전한 때 즉 매수인이 매각대금을 완납한 때.
- 나. 제366조에 의한 법정지상권은 법률규정에 의한 물건변동이므로 등기 불요(제187조).

4. 법정지상권의 내용

- 가. 법정지상권은 건물로서 이용하는 데 필요한 한도에서 대지 이외의 부분에도 미친다 --> 건물의 크기와 구조, 건물의 사용목적과 주위환경을 고려하여 객관적으로 결정함.

나. 지료는 당사자의 협의로 결정되지만 협의가 이루어지지 않으면 법원이 이를 결정함.

- 다. 법정지상권의 존속기간은 제280조 1항에 의한다.

--> 존속기간을 약정한 지상권

[판례1] 법정지상권의 범위, 대법원 1997. 1. 21. 선고 96다40080 판결 【건물철거등】

【판결요지】 [3] 민법 제366조 소정의 법정지상권이나 관습상의 법정지상권이 성립한 후에 건물을 개축 또는 증축하는 경우는 물론 건물이 멸실되거나 철거된 후에 신축하는 경우에도 법정지상권은 성립하나, 다만 그 법정지상권의 범위는 구건물을 기준으로 하여 그 유지 또는 사용을 위하여 일반적으로 필요한 범위 내의 대지 부분에 한정된다.

[판례2] 대법원 1992.6.9. 선고 92다4857 판결 【대지인도등】

【판결요지】 법정지상권의 존속기간은 성립 후 그 지상목적물의 종류에 따라 규정하고 있는

민법 제280조 제1항 소정의 각 기간으로 봄이 상당하고 분묘기지권과 같이 그 지상에 건립된 건물이 존속하는 한 법정지상권도 존속하는 것이라고는 할 수 없다.

--> 존속기간을 약정한 지상권

5. 법정지상권의 소멸.

법정지상권은 토지소유자의 소멸청구(287조), 지상권자에 의한 포기 및 당사자사이의 계약에 의하여 소멸됨.

[판례1]대법원 1994.12.2. 선고 93다52297 판결 【건물철거등】

【판결요지】 법정지상권에 관한 지료가 결정된 바 없다면 법정지상권자가 지료를 지급하지 아니하였다고 하더라도 지료지급을 지체한 것으로는 볼 수 없으므로 법정지상권자가 2년 이상의 지료를 지급하지 아니하였음을 이유로 하는 토지소유자의 지상권소멸청구는 그 이유가 없다.

[판례2] 대법원 1993.3.12. 선고 92다44749 판결 【건물철거등】

【판결요지】 법정지상권이 성립되고 지료액수가 판결에 의하여 정해진 경우 지상권자가 판결확정 후 지료의 청구를 받고도 책임 있는 사유로 상당한 기간 동안 지료의 지급을 지체한 때에는 지체된 지료가 판결확정의 전후에 걸쳐 2년분 이상일 경우에도 토지소유자는 민법 제287조에 의하여 지상권의 소멸을 청구할 수 있다.

[판례3] 대법원 2005. 10. 13. 선고 2005다37208 판결 【건물철거및대지인도등】

【판시사항】 [1] 토지소유자가 법정지상권자를 상대로 특정 기간에 대한 지료의 지급을 구하기 위하여 제기한 소송에서 재판상 화해로 그 기간에 대한 지료가 결정된 경우, 그 후의 기간에 대한 지료도 종전 기간에 대한 지료를 기초로 산정하여, 지체된 지료가 2년분을 초과하는 이상 토지소유자는 법정지상권의 소멸을 청구할 수 있다고 판단한 원심판결을 수긍한 사례

Ⅲ. 저당토지상의 건물에 대한 일괄경매(제365조)

1. 의의

가. 토지를 목적으로 저당권을 설정한 후 그 설정자가 그 토지에 건물을 축조한 경우에는 법정지상권은 성립하지만 저당권자가 토지와 건물을 함께 경매(일괄 경매)할 수 있음(365조).

나. 인정 이유

1) 이 경우 법정지상권을 인정하지 않으면 건물을 철거해야 하는 바 사회경제적으로 불이익하고

2) 이 경우 법정지상권을 인정하면 저당권자는 불측의 손해를 입게 됨

3) 이해, 조정을 도모하여 저당권의 실행을 용이하게 하기 위하여 건물과 일괄 경매시 토지의 경매가격을 높게 되어 교환가치를 충분히 발휘하게 된다.

다. 일괄경매권은 저당권자의 권리이므로 토지만을 경매하여 피담보채권을 변제 받을 수 있더라도 제365조에 의한 일괄경매권에 민사집행법 제124조의 과잉경매의 제한은 적용되지 않음.

[판례] 일괄경매권의 취지와 정당한 용익권자에 의하여 건물이 신축된 경우의 법률관계

대법원 2003. 4. 11. 선고 2003다3850 판결 【원인무효에의한소유권말소등기】

【판결요지】 민법 제365조가 토지를 목적으로 한 저당권을 설정한 후 그 저당권설정자가 그 토지에 건물을 축조한 때에는 저당권자가 토지와 건물을 일괄하여 경매를 청구할 수 있도록 규정한 취지는, 저당권은 담보물의 교환가치의 취득을 목적으로 할 뿐 담보물의 이용을 제한하지 아니하여 저당권설정자로서는 저당권설정 후에도 그 지상에 건물을 신축할 수 있는데, 후에 그 저당권의 실행으로 토지가 제3자에게 경락될 경우에 건물을 철거하여야 한다면 사회경제적으로 현저한 불이익이 생기게 되어 이를 방지할 필요가 있으므로 이러한 이해관계를 조절하고, 저당권자에게도 저당토지상의 건물의 존재로 인하여 생기게 되는 경매의 어려움을 해소하여 저당권의 실행을 쉽게 할 수 있도록 한 데에 있다는 점에 비추어 볼 때, 저당지상의 건물에 대한 일괄경매청구권은 저당권설정자가 건물을 축조한 경우뿐만 아니라 저당권설정자로부터 저당토지에 대한 용익권을 설정받은 자가 그 토지에 건물을 축조한 경우라도 그 후 저당권설정자가 그 건물의 소유권을 취득한 경우에는 저당권자는 토지와 함께 그 건물에 대하여 경매를 청구할 수 있다.

2. 요건

가. 저당권 설정 당시에 지상에 건물이 없을 것

나. 저당권 설정자가 축조하고 소유하는 건물일 것.

1) 저당권설정 후 제3자가 건물을 축조하거나

2) 저당권설정자가 축조하였으나 경매 당시 제3자가 소유하고 있는 경우에는 일괄경매권이 인정되지 않음.

[대결] 일괄경매청구권의 행사

대법원 2001. 6. 13. 자 2001마1632 결정 【낙찰불허가】

【결정요지】 [2] 민법 제365조에 기한 일괄경매청구권은 토지의 저당권자가 토지에 대하여 경매를 신청한 후에도 그 토지상의 건물에 대하여 토지에 관한 경매기일 공고시까지의 일괄경매의 추가신청을 할 수 있고, 이 경우에 집행법원은 두 개의 경매사건을 병합하여 일괄경매절차를 진행함이 상당하다.

3. 일괄경매의 효과

가. 제365조의 취지에 따라 토지와 지상건물은 동일인에게 매각되어야 함.

나. 건물 경매시 우선변제적 효력은 건물에 미치지 않고 오직 토지 대금에만 미침(365조 단서).

[대결] 일괄경매와 법원의 재량권

대법원 2004. 11. 9. 자 2004마94 결정 【부동산낙찰허가】

【결정요지】 [1] 경매목적 부동산이 2개 이상 있는 경우 분할경매를 할 것인지 일괄경매를 할 것인지 여부는 집행법원의 자유재량에 의하여 결정할 성질의 것이나, 토지와 그 지상건물이 동시에 매각되는 경우, 토지와 건물이 하나의 기업시설을 구성하고 있는 경우, 2필지 이상의 토지를 매각하면서 분할경매에 의하여 일부 토지만 매각되면 나머지 토지가 맹지 등이 되어 값이 현저히 하락하게 될 경우 등 분할경매를 하는 것보다 일괄경매를 하는 것이 당해 물건 전체의 효용을 높이고 그 가액도 현저히 고가로 될 것이 명백히 예측되는 경우 등에는 일괄경매를 하는 것이 부당하다고 인정할 특별한 사유가 없는 한 일괄경매의 방법에 의하는 것이 타당하고, 이러한 경우에도 이를 분할경매하는 것은 그 부동산이 유기적 관계에서 갖는 가치를 무시하는 것으로써 집행법원의 재량권의 범위를 넘어 위법한 것이 된다.

IV. 제3취득자의 법적 지위

1. 제3취득자의 의의

가. 설정자는 저당권 설정 후에도 목적물을 자유로이 사용, 수익할 수 있으므로 이를 양도 등 처분하거나 지상권 또는 전세권을 설정할 수 있음.

나. 저당권설정자로부터 저당부동산의 소유권을 양도받거나 지상권, 전세권을 설정받은 자, 즉 채권자 이외의 제3자로서 저당목적물의 양수인, 지상권자, 전세권자 등을 말함.

다. 제3취득자 지위의 불안정

- 1) 저당부동산의 채무자인 양도인, 지상권설정자, 전세권설정자 등이 변제기에 변제를 하면 저당권은 소멸하여 제3취득자는 당연히 권리를 취득하게 되나,
- 2) 채무변제를 하지 않아 저당권의 실행이 있게 되면 제3취득자는 권리를 상실하므로 그 지위가 매우 불안정함.
- 3) 따라서 제3취득자의 보호 문제가 대두됨으로써 민법은 몇 개의 특칙을 둠.

라. 민법상 제3취득자의 변제(364조) 및 제3취득자의 비용상환청구권(367조)을 인정하고 또한 저당물의 소유권을 취득한 제3자도 경매인(경매 매수인)이 될 수 있도록 하여(363조2항) 제3취득자를 보호하고 있음.

마. 경매인의 자격

- 1) 채무자는 강제경매 또는 담보권실행 경매절차에서 매수신고인이 될 수 있는가에 대하여 민사집행규칙상(59조, 202조) 채무자는 경매인이 될 수 없으나
- 2) 물상보증인이나 저당부동산의 제3취득자는 채무자와는 달리 물적책임만 부담할 뿐이므로 경매절차에서 매수인이 되는 데 이론은 없음.
- 3) 민법 제363조 제2항은 이러한 법리를 규정한 注意的 규정임.

[판례] 제364조의 저당권소멸청구권을 행사할 수 있는 제3취득자의 범위

대법원 2006.1.26. 선고 2005다17341 판결 【근저당권말소】

【판결요지】 민법 제364조는 “저당부동산에 대하여 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제3자는 저당권자에게 그 부동산으로 담보된 채권을 변제하고 저당권의 소멸을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 그러므로 근저당부동산에 대하여 민법 제364조의 규정에 의한 권리를 취득한 제3자는 피담보채무가 확정된 이후에 채권최고액의 범위 내에서 그 확정된 피담보채무를 변제하고 근저당권의 소멸을 청구할 수 있으나, 근저당부동산에 대하여 후순위근저당권을 취득한 자는 민법 제364조에서 정한 권리를 행사할 수 있는 제3취득자에 해당하지 아니하므로 이러한 후순위근저당권자가 선순위근저당권의 피담보채무가 확정된 이후에 그 확정된 피담보채무를 변제한 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.

2. 제3취득자의 변제

가. 의의

1) 제3취득자는 저당권자에게 그 부동산으로 담보된 채권을 변제하고 저당권의 소멸을 청구할 수 있다(364조).

2) 저당부동산의 제3취득자는 저당채무가 변제되면 저당권이 소멸하여 저당 목적물에 대한 자신의 권리를 보전할 수 있는 지위에 있기 때문에 ‘이해관계 있는 제3자’이다 --> 채무자의 의사에 반해서도 채무변제 가능

3) 제364조의 취지와 제469조

가) 변제할 채무범위의 제한 여부

a) 제3취득자가 제469조에 의하여 채무를 변제할 경우에는 저당채무자가 부담하는 모든 채무를 변제하여야 하며(460조) 그래야 변제제공의 효과가 발생함.

b) 제3취득자가 제364조에 의하여 변제권을 행사하는 경우에는 ‘그 부동산으로 담보된 채권’ 즉 360조가 정하는 금액만을 변제하면 된다.

c) 즉 지연이자는 원본의 이행기일을 경과한 1년분만을 변제하면 되므로 --> 제360조에 따른 채무의 변제범위가 일정범위로 제한된다.

나) 변제기 도래전의 변제 가능성 여부

제3취득자는 제364조에 기하여 채권의 변제기에 상관없이 피담보채무를 변제하여 저당권의 소멸을 청구할 수 있는가에 관하여

a) 다수설과 판례는 부정적임 -- 변제기전에 제3취득자가 변제하는 것은 저당권의 투자수단으로서의 작용을 해치는 결과를 가져오며 저당권의 추급력을 부정하는 것이 되기 때문이다(남효순115).

b) 소수설(장경학818)은 이를 긍정함

[판례] 변제기 도래전의 변제 가능 여부

대법원 1979.8.21. 선고 79다783 판결 【근저당권설정등기말소】

【판결요지】 소외인이 원고 소유이던 부동산에 관하여 가등기 및 소유권이전등기를 경료하고 이어 피고공사 앞으로 근저당권설정등기를 하였는데, 그후 원고와 위 소외인 간의 전시가등기 및 본등기에 관한 말소청구소송에서 위 소외인은 원고로부터 일정한 금원을 수령함과 상환으로 그 명의의 전시가등기와 본등기를 말소하되 동 소외인은 피고 공사 앞으로 된 근저당권설정등기의 말소등기절차가 이행되도록 조치하며 원고가 만일 위 금원지급을 이행치 않을 때에는 본건 부동산은 위 소외인의 소유로 확정되고 원고가 이를 인도한다는 내용의 재판상의 화해를 하였고 그후 위 근저당권설정등기는 그대로 존속한 채 소외인 명의의 가등기와 본등기만이 위 법정화해가 원인이 되어 말소된 경우 원고는 결국 피고 공사와의 관계에 있어서는 담보목적 부동산의 제3취득자와 같은 지위에 있다.

3. 제3취득자의 변제의 효과

가. 제3취득자와 저당권자간의 법률관계

- 1) 통설에 따르면 제3취득자의 변제에 의해 피담보채권은 소멸되고, 피담보채권이 소멸되면 저당권은 부종성에 의하여 당연히 소멸되는 것이며 이는 법률의 규정에 의한 물건변동이므로 등기를 요하지 않음.
- 2) 판례는 저당권 소멸청구권으로 판단하고 있는 듯하다(2002다7176).

나. 제3취득자와 저당채무자간의 법률관계

- 1) 제3취득자는 당연히 변제자를 대위함(481조)
- 2) 제3취득자가 변제하면 채무자에 대해 구상권을 갖는다.

[판례]대법원 1997. 7. 25. 선고 97다8403 판결 【구상금】

【판결요지】 [2] 타인의 채무를 담보하기 위하여 저당권을 설정한 부동산의 소유자(물상보증인)로부터 소유권을 양수한 제3자는 채권자에 의하여 저당권이 실행되게 되면 저당부동산에 대한 소유권을 상실한다는 점에서 물상보증인과 유사한 지위에 있다고 할 것이므로, 물상보증의 목적물인 저당부동산의 제3취득자가 채무를 변제하거나 저당권의 실행으로 저당물의 소유권을 잃은 때에는 물상보증인의 구상권에 관한 민법 제370조, 제341조의 규정을 유추적용하여 보증채무에 관한 규정에 의하여 채무자에 대한 구상권이 있다.

다. 양도계약을 통한 피담보채무의 인수

- 1) 제3취득자인 양수인이 양도인과 양도계약시 피담보채무를 인수하기로 한 경우(364조 적용안됨) 이는 면책적 채무인수이므로 채권자의 승낙을 받지 않는 한 채무인수 효과가 발생하지 않는다.

[판례] 대법원 2002. 5. 24. 선고 2002다7176 판결 【근저당권말소】

【판결요지】 [3] 저당부동산의 제3취득자가 피담보채무를 인수한 경우에는 그 때부터는 제3취득자는 채권자에 대한 관계에서 채무자의 지위로 변경되므로 민법 제364조의 규정은 적용

될 여지가 없을 것이다. 다만, 민법 제364조를 든 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.

4. 제3취득자의 비용상환청구권(367조)

가. 제3취득자가 그 부동산의 보존, 개량을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 경우 점유자의 비용상환청구권 규정(203조)에 의하여 저당물의 경매대가에서 우선공제 받을 수 있음.

나. 지상권자의 비용상환에 관한 명문규정이 없을 뿐 아니라 지상권이나 전세권에는 필요비상환청구권이 인정되지 않는다. 그러나 367조는 이를 인정하고 있음.

--> 제3취득자는 저당부동산에 대하여 지상권이나 전세권을 취득한 자 뿐만 아니라 소유권을 취득한 자를 포함함. 또한 등기된 임차권자에게도 367조가 유추적용되어야 할 것이다.(지 734)

[판례] 제3취득자의 비용상환청구의 대상인지 여부

대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다36604 판결 【배당이의】

【판결요지】 [1] 민법 제367조가 저당물의 제3취득자가 그 부동산에 관한 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 저당물의 경매대가에서 우선상환을 받을 수 있다고 규정한 취지는 저당권설정자가 아닌 제3취득자가 저당물에 관한 필요비 또는 유익비를 지출하여 저당물의 가치가 유지·증가된 경우, 매각대금 중 그로 인한 부분은 일종의 공익비용과 같이 보아 제3취득자가 경매대가에서 우선상환을 받을 수 있도록 한 것이므로 저당물에 관한 지상권, 전세권을 취득한 자만이 아니고 소유권을 취득한 자도 민법 제367조 소정의 제3취득자에 해당한다.

[2] 건물의 증축비용을 투자한 대가로 건물에 대한 지분이전등기를 경료받았으나 저당권의 실행으로 그 권리를 상실한 자는 건물에 관한 제3취득자로서 필요비 또는 유익비를 지출한 것이 아니므로 저당물의 경매대가에서 우선상환을 받을 수 없다.

제6절 저당권의 처분 및 소멸

I. 저당권의 처분

1. 저당권처분의 자유의 제한

가. 저당권자는 피담보채권의 변제기전에 자금이 급히 필요한 경우에는 저당권을 처분하는 길밖에 없다.

나. 민법은 피담보채권과 저당권의 분리처분 금지(361조)하므로 채권과 분리하여 양도 불가함.

다. 저당권자가 피담보채권과 함께 투하자본을 회수하려면 반드시 피담보채권과 같이 저당권을 양도하거나 입질하는 수밖에 없음.

2. 저당권부채권의 양도

가. 일체 양도

1) 저당권양도의 물권적 합의와 등기(186조)

2) 저당권과 피담보채권은 일체로만 처분할 수 있으므로 채권양도에 대해서 채권양도에 관한 규정이 적용되고(449조 이하) 저당권의 양도에 대해서는 등기하여야 효력이 생긴.

나. 대항요건

1) 피담보채권의 양도에 450조의 규정이 적용됨. 따라서 저당권부 채권의 양도의 효력을 채무자 기타 제3자에게 대항하기 위하여는 양도인의 통지 또는 채무자의 승낙이 있어야 함.

2) 채무자에 대한 통지

채무자는 채권양도의 통지를 받을 때까지 양도인에 대하여 생긴 변제, 취소권, 항변권 등의 사유로써 양수인에게 대항할 수 있다(451조2항).

3) 채무자의 승낙

채무자가 이의를 유보하여 승낙한 경우에는 그 승낙의 효력은 통지의 경우와 같다. 그러나 이의를 유보하지 않은 승낙을 한 경우에 채무자는 그 양도인에 대하여 대항할 수 있는 사유를 가지고 양수인에게 대항하지 못한다(451조 본문)

4) 피담보채권의 일부의 양도

피담보채권의 일부가 양도 또는 이전되는 경우에는 양 채권자는 그 채권액에 비율로 저당권을 준공유(통설) 한다 --저당권의 불가분성에 따른 결과임.

다. 채권양도의 대항요건을 갖추지 못한 경우

- 1) 피담보채권을 저당권과 함께 양수한 자는 저당권이전의 부기등기를 마치고 저당권 실행의 요건을 갖추고 있는 한 채권양도의 대항요건을 갖추고 있지 아니하더라도 경매신청을 할 수 있다.
- 2) 이 경우 채무자는 이해관계인으로서 경매개시결정에 대한 이의제기를 할 수 있다.

[판례] 저당권부 채권의 양도와 대항요건

대법원 2005. 6. 10. 선고 2002다15412,15429 판결 【근저당권말소】

【판결요지】 [1] 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 규율되므로 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.

[판례] 근저당권이전의 부기등기만의 말소를 구하는 소의 이익이 인정되는 경우

[2] 근저당권이전의 부기등기가 기존의 주등기인 근저당권설정등기에 종속되어 주등기와 일체를 이룬 경우에는 부기등기만의 말소를 따로 인정할 아무런 실익이 없지만, 근저당권의 이전원인만이 무효로 되거나 취소 또는 해제된 경우, 즉 근저당권의 주등기 자체는 유효한 것을 전제로 이와는 별도로 근저당권이전의 부기등기에 한하여 무효사유가 있다는 이유로 부기등기만의 효력을 다투는 경우에는 그 부기등기의 말소를 소구할 필요가 있으므로 예외적으로 소의 이익이 있다.

3. 저당권부 채권의 입질

가. 저당권은 피담보채권과 분리하여서는 타인에게 담보로 제공하지 못하므로 저당권부채권의 입질만이 가능함.

나. 피담보채권의 입질과 저당권의 입질의 결합

이에는 권리질권의 규정이 준용되고(349조),
저당권등기에 질권의 부기등기를 하여야 함(348조).

다. 저당권부채권의 입질의 효과

- 1) 질권자는 입질된 채권의 추심권을 갖으며(353조).
- 2) 입질채권이 변제되지 않으면 저당권을 실행할 수 있다.

- 3) 저당권부채권액이 질권부채권액을 초과하는 경우 질권설정자,
즉 입질채권의 채권자는 그 차액에 대하여 스스로 추심할 수 없다.
--> 질권은 그 불가분성에 의하여 입질채권의 전액을 구속하기 때문임.

II. 저당권의 소멸

1. 물권 및 담보물권에 공통되는 소멸원인
목적물의 멸실, 공용징수, 혼동, 피담보채권의 소멸,
경매, 제3취득자에 의한 변제
2. 경매(363조), 제3취득자의 변제(364조), 피담보채권의 소멸시효(369조)
3. 타인의 권리를 해하지 않는 저당권의 포기 -- 말소등기를 하여야 효력 발생
4. 지상권, 전세권을 목적으로 저당권을 설정한 자는 저당권자의 동의없이 지상권, 전세권의 소멸행위가 불가(371조 2항).

[판례] 근저당권설정 후 부동산 소유권이 이전된 경우 근저당권설정자인 종전의 소유자도 피담보채무의 소멸을 이유로 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있는지 여부

대법원 1994.1.25. 선고 93다16338 판결 【근저당권말소】

【판결요지】 근저당권이 설정된 후에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에는 현재의 소유자가 자신의 소유권에 기하여 피담보채무의 소멸을 원인으로 그 근저당권설정등기의 말소를 청구할 수 있음은 물론이지만, 근저당권설정자인 종전의 소유자도 근저당권설정계약의 당사자로서 근저당권소멸에 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 있다고 봄이 상당하고, 목적물의 소유권을 상실하였다는 이유만으로 그러한 권리를 행사할 수 없다고 볼 것은 아니다.