

Chapter 13 Specific Mortgage

제7절 특수한 저당권

제1관 공동저당(제368조)

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 공시된 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(부등법 제78조 내지 제80조).
- 다. 저당부동산이 5개이상인 경우 공동담보목록을 첨부 공시함(부등법 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 경우에 공동저당권자로서는 어느 부동산의 경매대가로부터 배당받든 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.

제2관 根抵當

I. 서설

1. 의의

가. 계속적인 거래관계로부터 발생하는 불특정 다수의 채무를 장래의 결산기에 있어서 일정한 한도액까지 담보하기 위하여 현재에 설정하는 저당권을 말한다.

예) 상인간의 거래시 외상거래에 따른 채권의 변제 및 신규 발생이 반복됨.

나. 채권담보를 하려면 저당권의 설정, 말소를 연속적으로 해야 하는데 이러한 불편을 해소하기 위한 방법으로 근저당권이 필요함.

다. 당좌대월계약, 어음할인계약, 어음대부계약, 상인간의 계속적 상품공급계약 등 기본계약에 기하여 채권액이 증감 변동하다가 결산기에 남아있는 채권액을 최고액의 범위내에서 담보하는 저당권을 말함.

2. 특질

가. 성립에 관한 부종성의 완화

- 1) 장래의 증감, 변동하는 불특정의 채권을 담보
- 2) 현재, 장래의 특정채권을 담보하는 저당권과 구별됨 -- 보통의 저당권

나. 소멸에 관한 부종성의 완화

- 1) 소멸의 부종성은 채권이 소멸하면 저당권도 소멸한다는 원칙
- 2) 피담보채권이 변제로 일시 소멸하더라도 저당권은 소멸하지 않고 기간내 다시 채권이 발생하면 저당권은 동일성을 유지하면서 채권을 담보한다.

3) ‘~확정될 때까지 채무의 소멸 또는 이전은 저당권에 영향을 미치지 않는다’고 규정(357조 1항 후문).

다. 결산기에 있어서의 채권의 담보

라. 일정액 한도까지의 담보

II. 근저당권의 설정

1. 기본계약(물권적 합의) + 등기

2. 근저당권 설정계약

가. 당사자 -- 저당권자와 담보제공자(채무자 또는 물상보증인)

나. 설정내용 -- 담보할 채권의 최고액과 피담보채권의 범위를 정하는 기준

다. 기본계약 -- 당좌대월계약, 어음할인대부계약, 상호계산계약 등

라. 존속기간과 결산기 -- 약정여부는 당사자의 자유

[판례] 근저당권이 유효하기 위하여 근저당설정행위와 별도로 근저당권의 피담보채권을 성

립시키는 법률행위가 필요한 지 여부

대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결 【제3자이의】

【판결요지】 [3] 근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서, 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로 근저당권 설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 한다.

3. 등기

가. 필요적 등기사항(부등법 75조)

- 1) 반드시 근저당권임을 등기 -- 등기원인은 ‘근저장권설정계약’
- 2) 채권최고액은 반드시 기재 -- 이자를 포함하나(357조 2항)
부동산등기법상 이자의 등기방법이 없음.
- 3) 채무자

나. 임의적 등기사항(부등법 제75조) : 제358조 단서의 약정이 있는 경우

- 1) 기본계약에 의한 거래관계의 결산에 관한 약정
- 2) 존속기간 또는 결산기를 정한 경우
 - 가) 등기한 경우 : 기간만료후의 채권은 담보되지 않으며
기간연장은 후순위자에 대항 불가. 존속기간의 만료시가 결산기임.
 - 나) 등기 미필 : 기본계약관계에 의한 결산기의 도래로 존속기간이 만료.

III. 근저당권의 효력

1. 설정행위로 정한 피담보채권의 범위내의 채권을 최고액의 범위내에서 담보

2. 피담보채권의 범위

가. 채권의 최고액

1) 설정계약에서 정한 최고액은 목적물로부터 우선변제 받을 수 있는 최고 한도액을 말하며 결산기에 확정됨.

2) 설정계약에서 정해진 채권의 최고액을 한도로 결산기에 현실적으로 존재하는 채권의 전부에 미침.

3) 최고액과 민법 제360조(약정이 없는 경우에 적용함)

a) 원본, 이자, 위약금, 손해배상, 지연이자, 지연배상(1년분에 한하지 않고 최고액에 포함함 -- 다수설). 근저당권 실행비용은 불포함(다수설)

b) 최고액의 초과액은 담보되지 아니함.

[판례1] 근저당권에서 최고액의 의미

대법원 2001. 10. 12. 선고 2000다59081 판결 【근저당권설정등기말소】

【판결요지】 원래 저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용을 담보하는 것이며, 채권최고액의 정함이 있는 근저당권에 있어서 이러한 채권의

총액이 그 채권최고액을 초과하는 경우, 적어도 근저당권자와 채무자 겸 근저당권설정자와의 관계에 있어서는 위 채권 전액의 변제가 있을 때까지 근저당권의 효력은 채권최고액과는 관계없이 잔존채무에 여전히 미친다.

[판례2] 근저당권에서 경매대금이 채무 전액을 만족시키지 못하는 경우의 변제순서

대법원 2002. 12. 10. 선고 2002다51579 판결 【보증채무금】

【판결요지】 [2] 동일한 당사자가 동일 목적물에 관하여 동일 거래관계로 인하여 발생하는 채무를 담보하기 위하여 순위가 다른 여러 개의 근저당권을 설정한 경우 각 근저당권은 그 설정계약에서 정한 거래관계로 인하여 발생된 여러 개의 채무 전액을 각 한도 범위 내에서 담보하는 것이므로, 그 담보물의 경매대금이 채무 전액을 만족시키지 못할 때에는 변제충당의 방법으로 그 대금수령으로 인하여 소멸할 채무를 정할 것이지, 위 경매대금을 당연히 선 순위 근저당권설정시에 발생한 채무에 우선적으로 변제충당할 것은 아니다.

4) 담보되는 채권액의 확정

- a) 존속기간이 있는 경우는 존속기간의 만료시
 - b) 설정계약 내지 기본계약에서 정한 결산기의 도래
 - c) 기본계약 또는 설정계약의 해지, 해제
 - d) 근저당권자가 경매를 신청하는 때
 - e) 제3자가 경매 신청한 경우는 경매 매수인이 매각대금을 완납한 때
- 5) 피담보채권의 확정시 근저당권은 보통 저당권으로 전환됨.
- 6) 담보목적물은 일반저당권의 목적물과 같음.

3. 근저당권의 실행

가. 실행 시기 -- 피담보채권의 확정과 변제기의 도래한 때

나. 실행 절차 -- 보통의 저당권의 실행절차에 의함.

다. 우선변제 받는 채권최고액의 결정시기 -- 경매개시 결정시를 기준으로 하여 그 때까지 생긴 채권에 대해 우선변제 받음.

[판례] 근저당의 피담보채권의 확정시기

대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결 【배당이의】

【판결요지】 당해 근저당권자는 저당부동산에 대하여 경매신청을 하지 아니하였는데 다른 채권자가 저당부동산에 대하여 경매신청을 한 경우 민사소송법 제608조 제2항, 제728조의 규정에 따라 경매신청을 하지 아니한 근저당권자의 근저당권도 경락으로 인하여 소멸하므로, 다른 채권자가 경매를 신청하여 경매절차가 개시된 때로부터 경락으로 인하여 당해 근저당권이 소멸하게 되기까지의 어느 시점에서인가는 당해 근저당권의 피담보채권도 확정된다고 하지 아니할 수 없는데, 그 중 어느 시기에 당해 근저당권의 피담보채권이 확정되는가 하는 점에 관하여 우리 민법은 아무런 규정을 두고 있지 아니한바, 부동산 경매절차에서 경매신청기입등기 이전에 등기되어 있는 근저당권은 경락으로 인하여 소멸되는 대신에 그 근저당권자는 민사소송법 제605조가 정하는 배당요구를 하지 아니하더라도 당연히 그 순위에 따라 배당을 받을 수 있고, 이러한 까닭으로 선순위 근저당권이 설정되어 있는 부동산에 대하여 근저당권을 취득하는 거래를 하려는 사람들은 선순위 근저당권의 채권최고액 만큼의

담보가치는 이미 선순위 근저당권자에 의하여 파악되어 있는 것으로 인정하고 거래를 하는 것이 보통이므로, 담보권 실행을 위한 경매절차가 개시되었음을 선순위 근저당권자가 안 때 이후의 어떤 시점에 선순위 근저당권의 피담보채무액이 증가하더라도 그와 같이 증가한 피담보채무액이 선순위 근저당권의 채권최고액 한도 안에 있다면 경매를 신청한 후순위 근저당권자가 예측하지 못한 손해를 입게 된다고 볼 수 없는 반면, 선순위 근저당권자는 자신이 경매신청을 하지 아니하였으면서도 경락으로 인하여 근저당권을 상실하게 되는 처지에 있으므로 거래의 안전을 해치지 아니하는 한도 안에서 선순위 근저당권자가 파악한 담보가치를 최대한 활용할 수 있도록 함이 타당하다는 관점에서 보면, 후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우 선순위 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 경락인이 경락대금을 완납한 때에 확정된다고 보아야 한다.

IV. 근저당권의 변경

1. 최고액 또는 존속기간의 변경

--> 변경등기가 필요함

2. 기본 계약의 추가 또는 변경이 가능함

예) 당좌대월계약 + 어음할인계약

3. 채권자, 채무자의 변경 -- 특정승계는 3면계약을 요함(등기 필요).

예) 상속, 합병에 의해 변경 가능함.

[판례] 근저당에서 채권자와 채무자의 변경과 피담보채무의 범위

대법원 1999. 5. 14. 선고 97다15777,15784 판결 【배당이의】

【판결요지】 근저당권은 당사자 사이의 계속적인 거래관계로부터 발생하는 불특정채권을 어느 시기에 계산하여 잔존하는 채무를 일정한 한도액 범위 내에서 담보하는 저당권으로서 보통의 저당권과 달리 발생 및 소멸에 있어 피담보채무에 대한 부종성이 완화된다는 관례로 피담보채무가 확정되기 이전이라면 채무의 범위나 또는 채무자를 변경할 수 있는 것이고, 채무의 범위나 채무자가 변경된 경우에는 당연히 변경 후의 범위에 속하는 채권이나 채무자에 대한 채권만이 당해 근저당권에 의하여 담보되고, 변경 전의 범위에 속하는 채권이나 채무자에 대한 채권은 그 근저당권에 의하여 담보되는 채무의 범위에서 제외된다.

4. 근저당권의 양도

가. 피담보채권이 양도되면 저당권의 수반성에 의해 근저당권도 이전함.

1) 피담보채권과 분리하여 근저당권만의 양도는 허용되지 않음(361조).

2) 피담보채권이 없는 근저당권의 양도는 무효임.

나. 판례는 피담보채권이 확정되기 전에 일부양도의 경우 근저당권이 이전되는가에 대하여 부정적임.

다. 이에 대하여 학설은 긍정하는 견해(박해성)와 부정하는 견해(곽370)가 대립하나 근저당권은 결산기에 잔존하는 채권을 담보하는 것이므로 부정함.

V. 근저당권의 처분과 소멸

1. 근저당권의 처분

가. 근저당권은 피담보채권을 수반하지 않고는 근저당권을 처분하지 못함.

나. 근저당권에 의해 담보된 개별채권의 양도 -- 피담보채권의 범위 즉 담보에서 제외된다.

2. 근저당권의 소멸

가. 소멸사유는 저당권과 같다.

나. 근저당권 특유 소멸 사유로 피담보채권이 확정된 때에 다음의 경우 발생

1) 피담보채권의 부존재

2) 변제로 소멸

가) 확정된 피담보채권을 초과하는 경우 채권전액을 변제하여야 하는가 또는 채권최고액만 변제하여도 소멸청구할 수 있는가에 대하여 판례는 전액변제시 소멸청구 가능함.

나) 경매부동산의 제3취득자는 피담보채권의 최고액과 경매비용을 변제공탁하고 근저당권의 소멸청구 가능함(364조).

3) 근저당권이 실행된 경우

다. 피담보채권이 확정되기 전이라도 기본계약과 설정계약의 해지로 소멸

[판례] 근저당권의 피담보채권의 일부 변제와 제3취득자의 제한 여부

대법원 2007.4.26. 선고 2005다38300 판결 【청구이의】

【판결요지】 [3] 근저당권의 목적이 된 부동산의 제3취득자는 근저당권의 피담보채무에 대하여 채권최고액을 한도로 당해 부동산에 의한 담보적 책임을 부담하므로, 제3취득자로서는 채무자 또는 제3자의 변제 등으로 피담보채권이 일부 소멸하였다고 하더라도 잔존 피담보채권이 채권최고액을 초과하는 한 담보 부동산에 의한 자신의 책임이 그 변제 등으로 인하여 감축되었다고 주장할 수 없다.

VI. 공동근저당

1. 피담보채권을 공동으로 하는 근저당권을 수개의 부동산에 설정한 경우가 공동근저당권이다.

2. 공동근저당에 대해서도 민법 제368조가 적용된다.

가. 확정채권액이 최고액보다 적은 경우에는 확정채권액을 기준으로 많을 때에는 최고액을 기준으로 하여

나. 동시배당에 대하여는 민법 제368조 1항을 적용하고

다. 이시배당에 대하여는 민법 제368조 2항을 적용함.

제3관 포괄근저당

I. 의의

1. 근저당권의 일종으로 기본계약 내지 피담보채무가 한정되지 않은 저당권
2. 포괄근저당이란 기본계약의 종류가 한정되지 않은 상태로, 당사자간에 채권발생의 기초가 되는 계속적 거래관계로부터 발생하는 불특정의 채권을 장래의 확정시에 최고액까지 담보하는 저당권을 말한다.
--> 계속적 거래관계(기본계약)에 의해 발생한 채권뿐만 아니라 당사자간 발생하는 현재 및 장래의 일체의 불특정 채권
3. 특히 은행과의 거래에서 당사자간에 반복, 계속되는 다양한 거래마다 별도의 근저당권을 설정하는 번거로움을 피하기 위하여 거래실무계에서 발달한 제도

II. 유형

1. 순수한 포괄근저당 -- 기본계약의 열거없이 단순히 채권자와 채무자간의 현재 및 장래에 발생할 일체의 채권채무를 일정 한도액까지 담보하는 경우로 현재 실무상 찾아 볼 수 없음.
2. 부가적 포괄근저당 -- 유형적인 기본계약을 열거하고 그와 관련하여 거래에서 채무자가 부담하게 될 현재 또는 장래의 모든 채무를 담보하는 형식으로 주로 은행거래에서 많이 이용되고 있음.

III. 유효성 논의

1. 학설 -- 학설은 대체로 긍정하고 있으나 유효성을 인정하는 범위에 대한 차이점이 있다.
 - 가. 무효설(이순철, 배병일) -- 포괄근저당은 기본계약이 없는 까닭에 부종성의 원칙에 반하고 아울러 약관규제법에도 위반된다는 이유로 무효라고 하는 견해
 - 나. 한정적 유효설(곽494, 유력설) : 피담보채권의 발생가능성을 사실적, 객관적으로 특정할 수 있는 정도의 기초적인 관계가 있는 경우에 한하여 제한적으로 긍정하는 견해로, 불법행위채권은 제외됨.
 - 다. 확대한정적 유효설(채무제한설)(고723, 이상태 450, 이영준890)
 - 1) 포괄근저당의 유효, 무효 문제는 피담보채권의 범위문제로 된다고 하면서 거래에서 발생한 채권과 그와 밀접한 불법행위에 의한 손해배상청구권이나 부당이득반환청구권도 피담보채권으로 된다는 견해.
 - 라. 이원설(이은영836) -- 약관에 의한 포괄근저당 약정은 무효이나, 개별약정에 의한 포괄근저당 약정은 제한적으로 유효하다는 견해.

마. 무제한 유효설 -- 기본계약이 없는 포괄근저당도 유효하며, 당사자가 포괄근저당을 설정하는 것은 사적자치의 원칙상 자유이며 근저당의 설정에 관하여 민법 제357조가 존재하는 것을 전제로 하여 주장하는 견해임.

2. 판례

가. 판례는 포괄근저당권의 유효성을 인정하고 있다.

나. 다만, 경우에 따라서는 피담보채권에 관한 포괄적 기재가 예문에 불과하여 구속력이 없다고 한다.

[판례1] 대법원 1994.9.30. 선고 94다20242 판결 【근저당권설정등기말소】

【판결요지】 가. 은행과 물상보증인 사이에 근저당권설정계약을 체결할 때 작성된 근저당권설정계약서에 "주채무자가 은행에 대하여 기왕, 현재 또는 장래에 부담하는 모든 채무를 담보하기 위하여 부동산에 근저당권을 설정한다"라는 취지의 기재가 있는 경우 그 기재는 주채무의 종류나 성립시기에 관계없이 모든 채무를 담보하기로 하는 이른바 포괄근저당권을 설정한다는 문언이라 할 것이고, 계약서가 부동산자로 인쇄된 일반거래약관의 형태를 취하고 있다 하더라도 이는 처분문서라 할 것이므로 그 진정성립이 인정되는 때에는 은행의 담보취득행위가 은행대차관계에 있어서 이례에 속하거나 판례를 벗어나는 것이라고 보여지는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 계약문언대로 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다.

--> 유효성 인정

[판례2] 약관의 형태를 취하고 있는 근저당설정계약서의 피담보채무의 범위에 관한 문언의 해석방법

대법원 1997. 6. 24. 선고 95다43327 판결 【배당이의】

【판결요지】 [1] 은행과 근저당권설정자와의 사이에 근저당권설정계약을 체결할 때 작성된 근저당권설정계약서에 "채무자가 채권자(본, 지점)에 대하여 현재 및 장래에 부담하는 어음대출, 어음할인, 증서대출, 당좌대출, 지급보증(사채보증 포함), 매출채권거래, 상호부금거래, 유가증권 대여, 외국환 기타의 여신거래로 말미암은 채무, 보증채무, 어음 또는 수표상의 채무, 이자채무, 지연배상금채무, 채무자나 설정자가 부담할 제 비용, 보험료의 부채채무, 기타 여신거래에 관한 채무"라는 취지의 기재가 있는 경우, 그 기재는 은행의 여신거래로부터 생기는 모든 채무를 담보하기로 하는 이른바 포괄근저당권을 설정한다는 문언이라고 할 것이고, 계약서가 부동산자로 인쇄된 약관의 형태를 취하고 있다 하더라도 이는 처분문서라고 할 것이므로, 그 진정성립이 인정되는 때에는, 은행의 담보취득행위가 은행대차관계에 있어서 이례에 속하고 판례를 벗어나는 것이라고 보여지거나 피담보채무를 제한하는 개별 약정이 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 문언대로 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다.

--> 유효성 인정

[판례] 대법원 1990.7.10. 선고 89다카12152 판결 【근저당권설정등기말소】

【판결요지】 근저당권설정계약서는 처분문서이므로 특별한 사정이 없는 한 그 계약문언대로 해석하여야 함이 원칙이긴 하나, 그 근저당권설정계약서가 금융기관 등에서 일률적으로 일반거래약관의 형태로 부동산자로 인쇄해 두고 사용하는 계약서인 경우에 그 계약조항에서 피담보채무의 범위를 그 근저당권설정으로 대출받은 당해 대출금채무 외에 기존의 채무나

장래에 부담하게 될 다른 원인에 의한 모든 채무도 포괄적으로 포함하는 것으로 기재하였다
고 하여도 당해 대출금채무와 기존채무의 각 성립 경위 및 각 채무액과 그 근저당권의 채권
최고액과의 관계 등 기타 여러 사정에 비추어 인쇄된 계약문언대로 피담보채무의 범위를 해
석하면 오히려 금융기관 등의 일반대출관례에 어긋난다고 보여지고 당사자의 의사는 당해
대출금채무만을 그 근저당권의 피담보채무로 약정한 취지라고 해석하는 것이 합리적인 때에
는 위 계약서의 피담보채무에 관한 포괄적 기재는 부동산자로 인쇄된 일반거래약관의 예문
에 불과한 것으로 보아 그 구속력을 배제하는 것이 타당하다.

--> 예문에 불과하여 구속력을 배제함.

제4관 특별법상 저당권

저당권에 관한 민법의 규정은 특별법에 의하여 설정되는 저당권에 대하여도 준용
됨(372조).

I. 입목저당(입목에 관한 법률)

가. 입목법에 따라 등기된 立木을 목적으로 하는 저당권을 입목저당이라 함.

--> 입목은 토지와 분리하여 저당권의 양도 및 저당권의 목적이 됨(동법3조2항)

나. 입목저당권의 설정

1) 입목저당권은 입목저당권설정 합의와 등기를 경로하여야 함.

2) 입목등기부에 소유권보존 등기된 입목에 설정된 저당권은 입목등기부에
의해 공시된다.

3) 입목저당권은 산림보험에 가입시켜야 함(동법 제22조).

다. 효력

1) 입목등기를 하면 독립한 부동산으로서 토지소유권이나 지상권의 처분의
효력은 입목에 미치지 않음.

2) 법정지상권 --- 토지와 지상입목이 동일 소유자에게 속하였다가 어느 한
쪽이 저당권의 목적으로 경매되어 토지와 입목의 소유권이 다르게 된 경우에 토지
소유자는 입목소유자에게 지상권을 설정한 것으로 간주됨(동법 6조).

3) 수목의 별채

가) 입목저당권 설정시 입목소유자는 입목을 약정한 방법에 따라 입목을
조성, 육립하여야 함(동법 5조1항).

나) 설정자는 저당권자의 동의를 얻어 수목을 별채할 수 있고, 별채된 입목
에 저당권의 효력이 미침(동법 4조).

II. 재단저당

1. 기업 활동을 위하여 결합되어 있는 토지, 건물, 기계, 기구, 재료 등의 물적 설비시설이나 기업에 관한 면허, 지적재산권 등을 묶어 유기적으로 일체로 되어 있는 것을 재단으로 구성하여 이 재단을 일괄하여 저당권의 목적으로 함.

2. 재단저당권은 민법의 원칙인 일물일권주의의 예외로서 일종의 집합물을 형성하여 1개의 부동산 또는 1개의 물건으로 보아 저당권의 목적물로 함.
--> 설정 및 실행절차를 간소화 함.

3. 종류

가. 공장저당(공장 및 광업재단저당법)

1) 공장재단저당

가) 공장저당은 1개 또는 수개의 공장에 관하여 설정되고 공장에 속하는 토지, 공작물, 기계, 기구, 전주, 전선, 기타의 부속물이나 지상권, 전세권, 임차권, 산업재산권 등으로 구성됨(동법 제10조 이하).

--> 한 개의 부동산으로 간주됨.

나) 저당권의 공시방법

- a) 재단을 구성하는 개개의 물건 또는 권리를 표시한 공장재단목록 작성
- b) 이를 공장재단등기부에 소유권보존등기 후 공장저당권 설정 등기를 함

2) 협의의 공장저당(동법 제3조, 제4조).

가) 공장소유자가 공장재단저당과 별도로 재단을 구성하지 않으며, 전체공장을 담보로 제공하지 않고

나) 공장에 속하는 개개의 토지나 건물 및 기계, 기구 기타의 공장공여물을 일체로 하는 방법으로 함.

다) 협의의 공장저당은 토지나 건물, 그 부가물 및 중물뿐만 아니라 그에 설치된 기계, 기구 기타의 공장 공용물에 까지 효력이 미치므로 민법상 일반저당권과 다름.

[판례] 제3자 소유물에 대한 공장저당권의 효력

대법원 1998. 10. 12. 자 98그64 결정 【강제집행정지】

【결정요지】 공장저당법 제4조, 제5조의 규정에 의하여 저당권의 목적이 되는 것으로 목록에 기재되어 있는 동산이라고 하더라도 그것이 저당권설정자가 아닌 제3자의 소유인 경우에는 위 저당권의 효력이 미칠 수 없다고 할 것이고, 그 목록에 기재되어 있는 동산이 점유개정의 방법에 의하여 이미 양도담보에 제공되어 있는 것인 경우에도 그 동산은 제3자인 저당권자와의 관계에 있어서는 양도담보권자의 소유에 속하므로, 마찬가지로 공장저당법에 의한 저당권의 효력이 미칠 수 없다고 보아야 한다.

나. 광업재단저당(공장 및 광업재단저당법)

광업재단은 광업권, 토지와 공작물, 지상권 기타 토지사용권, 임차권, 기계, 기구, 차량, 선박 기타 부속물로서 광업에 관하여 동일 광업자에게 속하는

것의 전부 또는 일부로서 구성됨(동법 제52조 이하).

Ⅲ. 동산저당

1. 민법은 동산저당을 인정하지 않으나 신용거래상 생산용구나 영업용구와 같은 동산에 대해서도 점유의 이전없이 담보하는 것이 강하게 요구됨.
2. 이러한 것으로 양도담보와 동산저당제도가 있음.
3. 동산저당의 목적물이 되는 동산은 등기, 등록의 공시방법이 있는 경우에 저당권설정을 인정하고 있음.
4. 종류
 - 가. 자동차저당권(자동차저당법 2조)
 - 나. 항공기저당권(항공기저당법 1조, 3조)
 - 다. 건설기계저당권(건설기계저당법 2조, 3조)
 - 라. 선박저당권(상법 817조, 874조)
 - 마. 기타 2012년 6월 11일부터 시행되고 있는 동산 채권 등의 담보에 관한 법률에 따라 등기 또는 등록으로 공시하는 경우가 있다.