변제자대위에 관한 소고*

정영석 / 영업부 대리

I. 서설

우리 공사의 중요한 업무중의 하나가 바로 보증업무이고 이러한 보증제도는 다음과 같은 순기능이 있다. 즉 공적보증을 이용함으로써 서민들은 대출을 손쉽게 받을 수 있게 되고, 은행과 같은 대출기관은 공적보증을 담보로 설정함으로써 리스크가 줄어들게 되는 것이다. 그러나 피보증인이 대출금의 이자나 원금을 연체하게 되면 대출기관들은 공사에 보증채무이행을 신청하게 되고 특별한 하자가 없는 한 공사는 대출기관에 보증채무를 이행하게 된다. 이때 법률적으로 공사는 피보증인(채무자)에 대하여 구상권을 취득하게 되는데 이를 대위변제 혹은 변제자대위라고 한다.[1]

이러한 변제자대위제도에 의해 변제자인 제3자는 변제로 당연히[2] 혹은 변제와 동시에 채권자의 승낙을 얻어[3] 채권자의 채권과 그 담보권을 행사함으로써 채무자에 대해 갖는 구상권의 행사를 확보할 수 있다. 통설은 변제자대위를 채권 및 담보권의 법률상 이전으로 파악하고 있다. 아래에서는 변제자대위와 관련된 법률적인 여러 문제들을 고찰해 보고자 한다.

II. 비교법적 고찰

독일민법은 일반적인 대위변제제도를 인정하지 않고 연대채무자(독일민법 제426조), 보증인

* 본고의 내용은 필자의 개인의견으로 한국주택금융공사의 공식적인 견해와 다를 수 있습니다.

1) 대위변제와 유사한 제도로 제399조의 손해배상자대위, 상법 제682조의 보험자대위, 사회보험자 대위 등을 들 수 있다. 이에 대해 자세한 것은 제철웅, 『변제자대위』, 고시계, 2004, pp.26-29 참조.

2) 민법 제481조(변제자의 법정대위) 변제할 정당한 이익이 있는 자는 변제로 당연히 채권자를 대위한다.

3) 민법 제480조(변제자의 임의대위) ① 채무자를 위하여 변제한 자는 변제와 동시에 채권자의 승낙을 얻어 채권자를 대위할 수 있다.

(독일민법 제774조), 물상보증인(독일민법 제1143조, 제1225조) 그 밖에 채권자의 강제집행에 의하여 목적물상의 권리 또는 점유를 상실할 위험이 있는 제3자(독일민법 제268조) 등에게 법정대위만을 인정하고 있다. 스위스민법은 임의대위와 법정대위 모두 인정한다(스위스민법 제110조). 법정대위는 불가분채무(스위스민법 제70조), 연대채무(스위스민법 제149조)의 경우 이외에 담보를 제공한 제3자에 대해서도 인정된다(스위스민법 제110조).[4]

프랑스민법은 임의대위와 법정대위로 나누어 종합적으로 규정하고 있다(프랑스민법 제1249조~제1252조). 임의대위는 채권자의 동의에 의해 성립하는 경우와 채무자의 동의에 의해 성립하는 경우로 구분된다. 법정대위[5]는 후순위의 채권자, 저당부동산의 제3취득자, 보증인이나 연대채무자와 같이 채무자와 함께 변제의무를 지는 자, 유산채무를 변제한 상속인에게 인정된다. 우리 민법과 일본민법은 임의대위와 법정대위를 모두 인정하는 점에서 프랑스 민법에 가깝다고 할 수 있다.[6]

Ⅲ. 변제자대위의 성격

민법은 "제3변제자는 채권자를 대위할 수 있다고 하며, 대위의 효과로서 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다"고 규정한다. 다만, 제3변제자가 취득하는 대위권의 성질이 무엇인가에 관해서는 학설이 대립한다.

1. 채권이전설

채권자가 가지고 있었던 채권에 관한 권리가 구상권의 범위내에서 법률상 당연히 변제자에게 이전하는 것으로 해석하는 견해이다.[7] 즉 채권자의 채권은 제3자의 변제로서 소멸하지만, 그 소멸은 채권자와 채무자 사이에서의 상대적인 것으로서 채무자와 변제자 사이에는 소멸하지 않고

4) 비교법적 고찰에 관해서 자세한 것은 제철웅,『구상관계와 변제자대위 : 그 상호관계의 비교법적 검토』, 민사법학 제23호, 한국민사법학회, 2003, pp.698-739 참조.

5) 프랑스민법상의 법정변제자 대위에 대해서 자세한 것은 제철웅, 『프랑스법의 법정변제자 대위-우리 법에의 수용가능성의 모색-』, 고시계, 2003/3, pp.31-47 참조.

6) 이인재, 민법주해 제11권, 박영사, 2004, p.188

7) 곽윤직, 채권총론, 박영사, 2004. p.257, 송덕수, 『변제에 의한 대위』, 고시계, 2006/12, p.29.

채권이 변제자에게 이전한다고 설명한다. 변제자는 채무자에 대한 동일급부를 내용하는 구상권과 대위로 이전된 채권의 두 청구권을 갖게 되어 청구권경합이 생기게 된다고 한다. 통설에 대해서는 우리 민법의 해석상 임의대위의 경우에도 변제자대위가 인정된다는 점에서 이론적 문제점이 있다고 지적하는 견해도 있다.[8]

2. 대위행사설

변제자 대위에 있어서 변제자는 채권자의 권리를 이전받는 것이 아니라 그것은 채권자에게 둔 채로 변제자의 명의로 그 권리를 행사할 권한을 갖는 데 불과하다는 견해이다. 대위란 스스로 권리주체가 되는 것이 아니라 타인의 권리를 자기의 이름으로 자기목적을 위하여 대신 행사하는 것을 의미하므로 채권의 이전은 없다고 한다. 대위행사될 필요가 있는 담보권 등은 제3자 변제로 소멸하지 않고 대위목적의 범위내에서 존속한다고 해석한다. 채권이전설에 의하는 경우와 같이 변제자가 구상권과 채권자로부터 이전된 이행청구권의 두 청구권을 가짐으로써 양자가 청구권경합의 관계에 놓이는 일은 일어나지 않는다고 한다.[9]

3. 판례의 입장

판례는 제3자가 채무자를 위하여 채권자에게 채무를 변제함으로써 채무자에 대하여 구상권을 취득하는 경우, 그 구상권의 범위내에서 종래 채권자가 가지고 있던 채권 및 그 담보에 관한 권리는 법률상 당연히 변제자에게 이전되는 것이라고 판시[10]함으로서 채권이전설의 입장을 취하고 있다.

Ⅳ. 변제자대위의 요건

1. 변제 또는 기타원인으로 채권자에게 충족을 주었을 것

8) 하경효, 『변제자대위의 효과』, 고시연구, 고시연구사, 1998, p.86.
9) 이은영, 민법Ⅱ, 박영사, 2002, p.223.
10) 대판 2007.3.16. 2005다10760.

변제자가 자기의 출재와 명의로 채권자에게 만족을 주어 채무자의 채무를 면하게 하였어야 한다. 만족을 주는 방법에는 변제가 대표적일 것이나 그 밖에 대물변제, 공탁, 연대채무자의 상계, 연대채무자 또는 연대보증인 1인이 채권을 양수하거나 상속하여 혼동이 생긴 경우에도 대위변제가 발생한다. 또한 물상보증인 또는 저당부동산의 제3취득자에 대한 저당권의 실행의 경우처럼 채권자가 집행으로 만족을 얻은 경우에도 변제에 의한 때와 같이 대위가 인정된다.[11]

2. 변제자가 채무자에 대하여 구상권을 가질 것

변제에 의한 대위 또는 대위변제는 제3자 또는 공동채무자의 한 사람이 채무자 또는 다른 공동채무자에 대하여 가지는 구상권의 실현을 확보하는 것을 목적으로 하는 제도이므로, 구상권이 없으면 대위는 성립하지 않는다고 할 것이고, 위와 같은 구상권 발생의 근거로는 먼저 불가분채무자[12], 연대채무자, 보증인, 물상보증인, 담보물의 제3취득자, 후순위 담보권자가 구상권을 가짐은 민법의 개별적 규정에 의하여 분명하고, 제3자가 채무자의 부탁으로 채무자를 위하여 변제하는 경우에는 민법 제688조[13] 소정의 위임사무처리비용의 상환청구권에 의하여, 제3자가 사무관리에 의하여 채무자를 위하여 변제하는 경우에는 민법 제739조[14] 소정의 사무관리비용의 상환청구권에 의하여 구상권을 취득하는 수가 있을 수 있다.[15]

3. 임의대위와 추가적 요건

변제할 정당한 이익을 가진 자는 위 두 가지의 요건만 충족되면 변제자대위가 가능하나, 그렇지 않은 경우 즉 임의대위의 경우에는 채권자의 승낙 및 대항요건이 추가적으로 필요하다. 여기서 변제할 정당한 이익이 있는 자란 법률상 정당한 이익이 있는 자를 말하는데, 채무자와 함께

11) 노종천, 채권법론, 형설출판사, 2004, p.231.

12) 예를 들면 수인이 공유하고 있던 가옥을 매도한 경우에 그 수인은 그 가옥의 인도에 관하여 매수인에게 불가분채무를 부담하게 되는데, 불가분채무를 부담하는 자를 불가분채무자라고 한다.

13) 제688조(수임인의 비용상환청구권등) ① 수임인이 위임사무의 처리에 관하여 필요비를 지출한 때에는 위임인에 대하여 지출한 날 이후의 이자를 청구할 수 있다.

14) 제739조(관리자의 비용상환청구권) ① 관리자가 본인을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 본인에 대하여 그 상환을 청구할 수 있다.

15) 대판 1994.12.9. 94다38106.

채무를 부담하는 자, 타인을 위하여 채무 혹은 책임을 부담하는 자, 담보물의 제3취득자, 후순위 담보권자와 일반채권자 등이 이에 해당한다.

1) 채권자의 승낙

변제할 이익을 가지지 않는 자는 변제와 동시에 채권자의 승낙을 얻어야 한다. 대위는 늦어도 제3자의 변제와 동시에 행하여져야 한다. 그렇지 않으면 제3자의 변제로 채권 및 담보권이 소멸하게 되어 그 후에 승낙하더라도 대위할 채권이 부존재하게 되고, 변제 후의 승낙은 채무자의 물상보증인이나 담보목적물의 제3취득자에게 예기치 않은 손해를 끼칠 염려가 있기 때문이다. 채권자는 정당한 이유없이 승낙을 거절할 수 없으며, 또 변제를 수령한 채권자는 승낙한 것으로 추정된다.

2) 대항요건

(1) 채무자에 대한 통지 혹은 채무자의 승낙

임의대위의 경우 채무자는 대위변제가 되는지의 여부, 누가 대위변제를 하였는지 또는 채권자의 승낙이 있었는지의 여부를 미리 알 수 없으므로 민법은 채무자를 보호하기 위하여 지명채권 양도의 대항요건과 효력에 관한 제450조 내지 제452조의 규정을 준용하고 있다. 따라서 채무자에 대하여 대위를 가지고 대항하기 위해서는 채권자에 의한 대위의 통지나 채무자의 승낙이 필요하다.

(2) 제3자에 대한 대항요건 및 제3자의 범위

채무자 이외의 제3자에 대하여는 확정일자 있는 증서로 하여야 한다. 여기서 말하는 제3자라 함은 대위변제의 목적인 그 채권 자체에 대하여 법률상 이익이 있는 자, 즉 당해 채권에 대하여 대위변제자의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득한 자에 한정된다.[16]

16) 대판 1989.1.17. 87다카1814, 대판 1996.2.23. 94다21160.

Ⅴ. 효과

1. 일반적 효력

채권자를 대위한 자는 자기의 구상권의 범위 내에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다. 법문은 권리를 행사할 수 있다라고만 규정하고 있으나, 통설은 대위에 의하여 권리가 법률상 당연히 변제자에게 이전된다고 보고 있다.

1) 이전되는 권리

(1) 개관

변제에 의하여 종래의 채권자가 갖던 채권의 이행청구권, 손해배상청구권, 채권자대위권, 채권자취소권 등은 물론 담보권과 보증인에 대한 권리도 변제자에게 이전한다. 특히 저당권과 같은 담보권은 법률상 당연히 이전되는 것이지만 대위의 부기등기를 청구할 수 있으며,[17] 저당권자가 경매를 신청한 후 대위변제한 자는 당연히 신청인의 지위를 승계하므로 경매절차는 효력을 잃지 않는다. 변제자대위에 의하여 행사할 수 있는 권리는 어디까지나 구상권의 확보를 목적으로 존재하는 권리에 지나지 않으므로, 계약의 해제권과 같이 계약당사자의 지위에 부수하는 권리는 대위의 객체가 되지 않는다.

(2) 문제되는 경우

① 근저당권의 대위

원본채권이 확정되어 일반저당권으로 전환된 근저당권의 경우에는 변제자대위가 인정된다는

17) 부동산등기법 제148조(채권의 일부양도 또는 대위변제로 인한 저당권의 이전) 채권의 일부의 양도나 대위변제로 인한 저당권의 이전의 등기를 신청하는 경우에는 신청서에 양도나 대위변제의 목적인 채권액을 적어야 한다.

점에 대해서는 별다른 의문이 없지만,[18] 피담보채권이 확정되기 전에도 변제자대위를 인정할 것인지가 문제된다. 이에 대해 다수설과 판례[19]는 이전부정설의 입장을 취하고 있다.

이에 대해 이전긍정설을 취하는 견해도 있다.[20] 그 논거로는 첫째, 저당권 양도없는 피담보채권의 양도는 저당권의 소멸을 가져올 것인데, 피담보채권을 양도하더라도 근저당권이 소멸되지 않음을 정한 것이 제357조이고, 예외규정인 동조 대신 저당권 일부와 피담보채권의 일부양도라는 원칙에 따르겠다는 당사자의 의사, 즉 근저당권에 의해 담보되는 피담보채권의 일부 양도를 존중하지 않을 이유가 없다는 점이다. 둘째, 이미 등기실무도 채권자의 계약상의 지위의 일부이전을 원인으로 한 근저당권의 이전을 인정한다. 채권의 양도라고 해서 이를 차별할 것은 아니며, 양도된 채권도 채권자에게 잔존한 채권과 더불어 근저당권에 의해 담보되며, 당사자 간에 별도의 합의가 없는 한, 배당에서의 순위는 계약상의 지위의 일부양도와 동일하게 취급하면 된다. 셋째, 근저당권의 확정전이라고 해서 대위변제자에게 근저당권이 이전되지 않도록 할 근거도 없을 뿐만 아니라 이를 인정하더라도 누구의 정당한 이익이 침해당하지 않기 때문이라는 점을 들고 있다.

② 집행권원 있는 채권의 경우

채권자가 집행권원(채무명의)을 갖고 있는 경우에는 대위자는 승계집행문을 부여 받아 이를 행사할 수 있다.[21]

③ 가압류의 피보전권리의 경우

가압류의 피보전권리에 관하여 채권자를 대위하는 변제자는 채권자의 승계인으로서, 가압류의 집행이 되기 전이라면 민사집행법 제292조 제1항에 따라 승계집행문을 부여 받아 가집행의

18) 다만 이 경우 근저당권이전의 등기를 함에 있어서 보통저당권으로의 변경등기 또는 확정등기를 할 필요가 있는지에 대하여는 학설의 다툼이 있다.

19) 대판 2000.12.26. 2000다54451, 대판 1996.6.14. 95다53812.

20) 제철웅, 『변제자대위』, pp.36-37.

21) 민사집행법 제31조(승계집행문) ① 집행문은 판결에 표시된 채권자의 승계인을 위하여 내어 주거나 판결에 표시된 채무자의 승계인에 대한 집행을 위하여 내어 줄 수 있다.

집행을 할 수 있고, 가압류의 집행이 된 후에는 승계집행문을 부여받지 않더라도 가압류에 의한 보전의 이익을 자신을 위하여 주장할 수 있다.[22]

④ 계약의 취소권 및 해제, 해지권

변제자대위에 의하여 행사할 수 있는 권리는 어디까지나 구상권의 확보를 목적으로 존재하는 권리에 지나지 않으므로, 계약의 해제권과 같이 계약당사자의 지위에 부수하는 권리는 대위의 객체가 되지 않는다. 민법은 이를 일부대위에서 규정하고 있지만, 전부의 대위변제가 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다는 점에는 견해가 일치한다.

2) 대위의 범위

변제자대위는 구상권의 효력을 담보하기 위한 제도이기 때문에 대위에 의하여 행사하는 채권 및 담보권의 범위는 구상권의 범위 내로 제한된다. 이것은 변제자대위로 인한 원채권 이전 자체가 구상권의 범위로 한정된다는 것이 아니라, 원채권은 그 담보권과 함께 전액 대위변제자에게 이전되지만 그 행사의 범위가 구상권의 범위로 한정된다는 의미이다.

3) 청구권경합

대위변제자의 구상권과 대위변제로 인하여 취득한 원채권과는 실체법상 발생근거 및 권리내용이 다르므로 별개의 채권으로서 병존하게 되어 청구권이 경합하는 결과가 된다. 따라서 구상권과 원채권은 원본액, 변제기 이자 및 지연손해금의 유무나 이율을 달리하게 되어 총채권액도 별도로 변동하고, 소멸시효도 따로 진행된다.

대위변제자가 그 중 어느 권리를 행사할 것이냐 하는 것은 그가 자유로이 정할 수 있다. 그러나 대위변제자가 행사할 수 있는 원채권과 그 담보권은 구상권을 확보하는 것을 목적으로 존재하는 부수적 성질을 가지며, 구상권이 소멸될 때에는 이에 따라 당연히 소멸하며, 그 행사도 구상권이 존재하는 한도 내에서 가능한 것이기 때문에 그 행사는 전적으로 구상권의 존재 및 그 채

22) 대판 1993.7.13. 92다33251.

권액에 종속되어 있다.[23]

4) 항변사유

채무자는 채권자에 대하여 갖는 항변사유로서 대위자에게 대항할 수 있다. 단 그 항변사유는 법정대위의 경우에는 변제시, 임의대위의 경우에는 통지 또는 승낙시까지 생긴 것이어야 하고, 그 이후에 생긴 채무자와 채권자 사이의 항변사유로서 대위자에게 대항할 수 없다. 그러나 임의대위에서 이의 없는 승낙을 한 채무자는 원칙적으로 그 항변사유로써 대위자에게 대항할 수 없음은 물론이다.[24]

2. 일부대위변제에 따른 추가적 법률효과

1) 채권자의 부기등기경료의무

채권자가 부동산에 대하여 저당권을 가지고 있는 경우, 제3자 등에 의한 일부변제가 있으면 일부대위변제자는 채권자로부터 (근)저당권의 일부를 양도 받아 채권자를 대위하게 된다. 이 경우 채권자는 일부대위변제자에게 저당권의 일부 이전의 부기등기를 경료해 주어야 한다.[25] 다만 일부 대위변제자는 담보권 이외에 채권자가 일부 대위변제자에 대해 갖는 우선변제특약에 따른 권리까지 당연히 대위하거나 이전 받는 것은 아니다.[26]

2) 채권자와 변제자의 권리행사방법

채권의 일부에 대하여 대위변제가 있는 때에는 대위자는 그 변제한 가액에 비례하여 채권자와

23) 송영곤, 기본민법강의(개정3판), 유스티니아누스, 2006, p.1164.

24) 송영곤, 위의책, pp.1164-1165.

25) 대판 1988.9.27. 88다카1797, 대판 1996.12.6. 96다35774.

26) 대판 2001.1.19. 2000다37319. 당해 판결에서는 채권자와 일부변제대위자간에 체결한 위 근저당권에 관하여는 배당일 현재 양도인의 잔존채권을 우선 변제받기로 하고 잔여가 있는 경우에 한하여 양수인이 변제받기로 한다는 내용의 채권자 우선회수특약이, 나중에 일부변제하여 채권자로부터 대위변제금 상당의 근저당권을 이전 받은 자에게도 효력이 있는지가 문제되었다.

함께 그 권리를 행사한다. 예를 들어 1억원의 저당권부채권에 관하여 보증인이 5천만원을 변제한 경우, 5천만원의 범위 내에서 채권 및 저당권의 이전이 생겨 보증인은 채권자를 대위하게 되는 데, 보증인은 채권자와 함께 대위한 권리를 행사하여 저당권의 실행을 구할 수 있는지, 그리고 저당권이 실행되었으나 경락대금이 1억원에 미달한 경우 경락대금을 어떻게 배분해야 하는지에 대해 견해가 갈리고 있다.

일부대위변제자는 단독으로 대위한 권리를 행사할 수 없고, 채권자가 그의 권리를 행사하는 경우에만 채권자와 함께 그 권리를 행사할 수 있을 뿐이며, 이러한 경우에도 나머지 채무액의 변제에 관하여 채권자가 대위변제자에게 우선한다는 채권자 우선설이 통설[27]과 판례[28]의 입장이다.[29] 아래에서는 채권자우선설의 입장에서 살펴보기로 한다.[30]

(1) 권리행사

우선 권리행사의 경우 이론적으로는 채권자와 일부변제자는 저당권을 준공유하는 관계이지만, 통설은 채권자는 일부변제자의 동의 없이 저당권을 실행하여 경매를 신청할 수 있는 반면 일부변제자는 단독으로는 경매를 신청할 수 없고 채권자의 경매신청에 부수하여서만 할 수 있다고 본다.

이에 대한 논거로는 대위변제의 목적은 구상권의 확보에 있는데, 이것은 채무자와의 관계에서만 확보되면 족하고 채권자의 고유의 권리를 침해하는 것은 그 목적을 일탈하는 것이라는 점, 채권자와 함께 권리를 행사한다는 문리해석상 일부변제자는 채권자와 공동하지 아니하면 권리를 행사할 수 없다는 취지로 해석함이 상당하다는 점, 일부변제자에게 단독으로 담보권의 행사를 인정하는 것은 채권자에게 담보물의 처분을 강요하는 것이 되어 대위변제의 목적을 벗어나는 것일 뿐만 아니라 채권자가 가지는 담보물의 불가분성에 반하는 것이며, 특히 분할채무에 있어서

27) 곽윤직, 앞의 책, p.259, 지원림, 민법강의, 홍문사, 2007, p.825. 김상용, 『변제자 대위』, 고시연구, 1994, pp.104-105, 송덕수, 앞의 논문, p.34, 김준호, 민법강의(신정5판), 법문사, 2005, p.1057.

28) 대판 1988.9.27. 88다카1797.

29) 이에 대해 반대설도 있다. 반대설은 담보권은 공동으로 행사하여야 하고 매각대금은 채권자와 대위변제자가 안분하여야 한다는 견해이다. 이은영, 앞의 책, p.226. 한편 김형배 고려대학교 명예교수는 변제대위자는 채권자와 함께 그 권리를 행사하여야 한다는 점에서는 통설의 견해에 찬성하나, 변제에 있어 채권자가 우선한다는 견해는 제483조 제1항의 조문내용과 합치되지 않으며 일부변제자는 변제한 가액에 비례하여 채권자와 함께 만족을 얻을 수 있다는 견해를 제시하고 있다. 김형배, 민법학강의(제7판), 신조사, 2008, p.1079.

30) 이하 송영곤, 민법의 쟁점 I , 유스티니아유스, 2005, p.753 참조.

는 잔여채무에 관해 변제기가 도래하지 아니한 경우가 많으므로 채권자의 잔여채권에 관한 담보권이 유명무실하게 된다는 점 등이 제시되고 있다.

(2) 배당절차

다음으로, 배당절차에 있어서도 채권자가 우선하여 배당받고 그 잔액에 대하여 일부대위자가 배당받는다.[31] 그러나 이러한 법리는 대위변제자가 대위채권이 아닌 자신의 고유한 구상권을 행사할 경우에는 그 적용이 없다.[32] 채권자우선설에 따를 경우 변제한 가액에 비례하여라는 명문의 구절에 잘 맞지 않는 문제점이 있기는 하지만, 그 실질적인 측면을 고려하면 타당하다고 본다. 권리행사에 있어서 채권자를 우선시키지 아니하면 전부보증의 경우에 보증인으로부터 일부변제를 받는 채권자로서는 경매철차에서 잔여채권액 전액을 배당받지 못하는 경우에 대비하여 보증인의 경락대금교부채권에 대하여 다시 압류 및 전부명령을 받아야 하는 바, 이러한 절차는 채권자에게 지나치게 번거로운 것이고, 일부보증의 경우에 보증인이 보증채무 전액을 변제하여 보증채무를 소멸시킨 후 대등한 자격에서 배당에 참여함으로써 채권자가 경매절차에서 채권을 제대로 회수하지 못하도록 할 가능성이 있으며,[33] 채권자가 담보권을 먼저 실행하면 채권자가 채권전부를 회수할 수 있는데, 보증인으로부터 먼저 변제 받은 경우에는 채권자가 채권 전부를 회수할 수 없다면 형평에 어긋난다고 할 수 있다.

(3) 일부대위변제에 따른 법률관계

일부대위변제에 따른 법률관계와 관련하여 우리공사가 참조할만한 판례가 있어서 소개해 보기로 한다. 이 판례는 대출기관인 동시에 농림수산업자 신용보증기금의 관리기관인 농업협동조

31) 대판 1998.9.27. 88다카1797, 대판 2004.6.25. 2001다2426.

32) 대판 1995.3.3. 94다3514.

33) 예를 들어 1억원의 채권 중 3천만원에 관하여 보증을 하였는데 저당물의 시가는 7천만원에 불과하고 채무자에게는 별다른 재산이 없는 경우에 보증인이 채무자와 결탁하여 채권자의 저당권 실행에 앞서서 보증채무를 변제하면 채권자는 7천만의 채권을 가지고 경락대금 7천만원 중에서 교부 받게 되는데 채권자가 변제자와 평등하게 대금을 교부 받는다면 채권자는 4천9백만원(경락대금 7천만원 × 7 / 10)밖에 교부받지 못하게 되어 전체의 채권 중 금 7천9백만원을 변제받는 결과가 되며 이 경우에는 채권자가 보증인에 대하여 채권이 없으므로 보증인의 경락대금교부채권을 압류할 수도 없게 되어 결국 2천1백만원은 회수불능이 되게 된다.

합 중앙회가 기금의 관리기관의 지위에서 가지는 대출금채권의 일부를 대위변제한 경우에, 대위변제한 가액의 범위 내에서 대출금채권이 소멸하였으므로 농협협동조합 중앙회는 대출기관의 지위에서 다른 일부대위변제자에 우선하여 배당을 받을 수 없고, 대위변제자의 지위에서 안분배당을 받아야 한다고 한 판례[34]이다.[35]

> (1) 농림수산업자 신용보증법 제8조 제3항은 피고가 대출기관으로서 하는 농림수산업자금의 대출에 관한 신용보증에 대하여도 기금의 관리기관인 피고로 하여금 보증계약을 체결하도록 규정하고 있는바, 피고가 대출기관으로서 하는 농림수산업자금의 대출에 대하여 기금의 관리기관인 피고가 신용보증을 한 경우, 피고는 대출기관으로서의 지위와 신용보증인의 지위를 겸유한다고 할 것이고, 기금의 관리기관인 피고가 그 보증채무를 이행하였다면, 대출기관인 피고로서는 더 이상 채무자에 대한 대출금채권을 행사할 수는 없고, 피고는 기금의 관리기관으로서 그 구상금채권을 행사할 수 있을 뿐이라고 할 것이다.
>
> (2) 변제할 정당한 이익이 있는 자가 채무자를 위하여 근저당권의 피담보채무의 일부를 대위변제한 경우에는 대위변제자는 근저당권의 일부 이전의 부기등기의 경료 여부에 관계없이 변제한 가액의 범위 내에서 종래 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 법률상 당연히 취득하게 되는 것이고, 대위할 범위에 관하여 종래 채권자가 이미 배당요구를 하였거나 배당요구 없이도 당연히 배당받을 수 있었던 경우에는 대위변제자는 따로 배당요구를 하지 않아도 배당을 받을 수 있다.
>
> (3) 수인이 시기를 달리하여 채권의 일부씩을 대위변제한 경우 그들은 각 일부 대위변제자로서 그 변제한 가액에 비례하여 근저당권을 준공유하고 있다고 보아야 하고, 그 근저당권을 실행하여 배당함에 있어서는 다른 특별한 사정이 없는 한 각 변제채권액에 비례하여 안분 배당하여야 한다.

3) 해지 및 해제권의 행사

채권자가 채무자에 대하여 갖는 해제, 해지권은 채권자만이 가지며 대위의 목적이 되지 못한다. 민법은 일부대위에 대해서만 이러한 규정을 두고 있으나, 전부대위의 경우에도 마찬가지이다. 일부의 대위변제가 있은 후에 채권자가 잔액채무의 불이행을 이유로 하여 계약을 해제한 때에는 이

34) 대판 2006.2.10. 2004다2762.
35) 지원림, 앞의 책, p.826.

미 변제된 부분에 관하여도 채권은 처음부터 성립하지 않았던 것이 되므로 채권자가 받은 변제는 비채변제[36]가 된다. 그런데 민법은 이 경우에 악의의 부당이득에 준하여 채권자에게 특별한 반환의무를 부과하여 채권자는 대위자에게 그가 변제한 가액과 이자를 상환하도록 하고 있다.[37]

4) 수인이 대위변제로 근저당권을 일부 이전 받은 경우 배당방법

수인이 시기를 달리하여 채권의 일부씩을 대위변제하고 근저당권의 일부이전의 부기등기를 각각 경료한 경우 그들은 각 일부대위자로서 그 변제한 가액에 비례하여 근저당권을 준공유하고 있다고 보아야 하고, 그 근저당권을 실행하여 배당함에 있어서는, 다른 특별한 사정이 없는 한 각 변제채권액에 비례하여 안분배당하여야 한다.[38]

3. 대위자와 채권자 사이의 효과

1) 채권자의 채권증서 및 담보물의 교부의무

채권자는 변제대위자에 대하여 대위한 권리의 행사를 용이하게 해 줄 의무가 있다. 따라서 채권자는 채권에 관한 증서와 점유하고 있는 담보물을 대위자에게 교부하여야 한다. 다만 채권의 일부에 대하여 대위변제가 행하여진 경우에는 채권자는 채권증서에 그 대위를 기입하고, 자기가 점유한 담보물의 보존에 관하여 대위자의 감독을 받아야 한다. 또한 담보물이 부동산인 경우에는 대위

36) 채무가 없음에도 불구하고 채무가 있는 것으로 잘못알고 변제한 경우를 말한다. 비채변제의 경우에 변제자는 원칙적으로 수령자에게 급부한 것을 부당이득으로 반환청구할 수 있다. 그러나 민법은 변제자가 변제당시에 채무없음을 알면서 변제한 때에는 그 급부의 반환을 청구할 수 없다고 규정한다(민법 제742조).

37) 송영곤, 기본민법강의, pp.1165-1166.

38) 대판 2001.1.19. 2000다37319. 이 판례는 등기의 순위확정적 효력과 관련하여 주목할 필요가 있다. 부동산등기법 제6조 제1항 단서에 따르면 동일한 주등기에 이루어진 부기등기의 순위는 그 전후에 의한다고 규정하고 있는데, 이 대법원 판례는 위 단서 규정은 같은법 제5조 제1항(동일 부동산에 대해 등기한 수 개의 권리의 순위는 법률에 다른 규정이 없으면 등기의 전후에 의한다)의 내용을 보충하고 재확인하는 것에 지나지 않으므로, 법률에 다른 규정이 있는 경우에는 적용되지 않는다고 하였다. 그리하여 위 사안과 같이 수인이 시기를 달리하여 채권의 일부씩을 대위변제하고 근저당권 일부이전의 부기등기를 각 경료한 경우 그 근저당권을 실행하여 배당함에 있어서 부기등기의 선후에 따라 권리행사 순위를 정하는 것이 아니다. 왜냐하면 채권의 일부에 대하여 대위변제가 있는 때에는 대위자는 민법 제483조 제1항에 따라 그 변제한 가액에 비례하여 채권자의 권리를 행사할 수 있기 때문에 배당금을 배당함에 있어서도 다른 특별한 사정이 없는 한 각 변제채권액에 비례하여 안분배당 하여야 하기 때문이다. 다시 말하면 민법 제483조 제1항이 위 부동산등기법 규정에 대한 특칙에 해당하는 셈이다.

의 부기등기에 협력해야 할 의무가 있으며, 임의대위의 경우에는 대위의 통지를 할 의무가 있다.

2) 채권자의 담보보전의무

제481조에 의한 법정대위는 대위로 인하여 자신에게 이전될 담보의 보존 여부에 대하여 이해관계를 갖는다. 이러한 변제자의 이익을 보호하기 위하여 제485조는 채권자가 담보의 보존에 관한 책임을 게을리 했을 경우에 변제자가 그로 인하여 상환을 받을 수 없는 한도에서 책임을 면하도록 규정하고 있다.

(1) 요건

① 법정대위채권자의 존재

제485조는 법정대위채권자가 존재하는 경우에만 그 적용이 있다.

② 담보의 상실 또는 감소

제485조에서 말하는 담보란 인적 또는 물적담보를 말하며,[39] 채무자의 재산으로 일반채권자의 변제에 제공되는 일반담보는 포함되지 않는다. 따라서 채무자의 일반재산을 압류한 채권자가 압류를 해제하여도 보증인은 면책되지 않으며, 주채무자의 사해행위에 대하여 채권자가 채권자취소권을 행사하지 않아 취소권이 소멸하였더라도 제485조의 담보를 소멸케 한 경우에는 해당하지 않는다.

담보의 상실 또는 감소의 전형적인 예는 채권자가 완전히 취득한 물적 담보의 전부 또는 일부를 포기하거나 그 순위를 변경한 경우, 담보로 제공된 질물을 훼손하거나 채무자에게 그 물건을

39) 판례는 약속어음 소지인이 배서인에 대하여 가지는 소구권 역시 어음금 지급채무에 대한 담보에 해당한다고 한다. 따라서 만일 채권자의 고의 또는 과실로 인해 소구권이 상실되면(예를 들어 채권자의 고의, 과실로 인해 소구권을 보존하기 위한 조치를 취하지 않음으로써 소구권이 시효로 소멸한 경우) 특별한 사정이 없는 한, 그로 인하여 상환받을 수 없는 한도에서 보증인의 보증책임은 면책된다고 한다(대판 2003.1.24. 2000다37937). 이 경우 소구권의 상실로 인하여 상환받을 수 없는 금액은 원칙적으로 약속어음의 액면금액 전액이 되는 것이지 어음상 채무자의 인원수 중 소구권이 소멸한 소구의무자의 인원수의 비율로 계산한 금액이 된다고 볼수는 없으며, 다만 소구권이 상실된 때에 그 소구의무자의 변제자력이 약속어음의 액면금액보다 부족하였다는 특별한 사정이 인정되는 경우에는 그 변제자력 상당액이 된다(대판 2004.1.16. 2001다67768).

반환하는 경우, 보증채무를 면제하는 경우 등이 있다. 그러나 담보물인 부동산의 평가가 애당초 시가보다 높게 된 경우, 결과적으로는 대위자에게 담보의 상실 또는 감소를 야기시키지만 이는 제485조가 정한 담보물의 상실 또는 감소에는 해당하지 않는다.[40]

판례에 따르면 갑이 을의 병에 대한 채무를 연대보증하였는데 채권자인 병이 을로부터 제공받은 양도담보물을 을에게 반환하고 을이 이를 매각하여 그 대금을 소비하여 버렸다면 본조의 이른바 채권자의 고의 또는 과실로 담보를 상실한 경우에 해당한다고 하며,[41] 채권자가 일부 대위변제자에게 그가 대위변제한 비율을 넘어 근저당권 전부를 이전하여 준 경우, 결국 채권자는 근저당권의 피담보채무 중 일부를 대위변제한 다른 보증인이 법정대위권을 행사할 수 있는 채권의 담보를 고의로 상실되게 한 것이므로, 다른 보증인은 그의 보증채무를 이행함으로써 채권자에 대한 법정대위권자로서 근저당권을 실행하여 배당받을 수 있었던 금액의 한도에서 보증의 책임을 면한다고 한다.[42]

채권의 일부변제를 수령하고 담보의 일부를 포기하였는데, 담보가치의 하락으로 상환 받을 수 없는 부분이 발생한 경우에는 원칙적으로 담보의 감소에 해당한다고 할 것이나, 채무 전액에 대한 변제액의 비율과 담보물 전체의 가격에 대한 해방된 담보물의 가격의 비율이 균형을 이루고 있고, 채권자의 예상이 경제계의 일반상식에 반하지 않는 경우에는 담보의 감소라고 할 수 없다.

③ 채권자의 고의 또는 과실

여기서 채권자는 본래의 채권자는 물론이고, 대위에 의한 승계인도 포함한다. 가령 연대보증인 중 1인이 변제하고, 채권자의 저당권을 대위한 후 포기한 경우에는 다른 연대보증인에게 구상을 함에 있어 제485조의 제한을 받게 된다.

채권자의 고의 또는 과실은 담보의 상실 또는 감소에 관한 것이고 대위자의 존부에 관한 것은 아니다.[43]

40) 대판 1974.7.23. 74다257.

41) 대판 1962.3.8. 4294민상637.

42) 대판 1996.12.6. 96다35774.

43) 판례에 따르면, 위조된 건설공제조합 이사장 명의의 문서에 표시된 채권질권이 진정하게 성립된 것으로 피고은행이 믿고 정당한 채권질권의 실행으로 회수한 돈을 채무자인 소외회사에 돌려주고 채권질권의 대상을 대체시킨 경우에 피고은행이 그 위조문서에 표시된 채권질권이 정당한 것인지 여부를 조회 기타 방법으로 조사하지도 아니하고 형식적 구비요건만 심사한 경우에는 과실이 있다고 한다(대판 1973.10.23. 73다1315).

④ 인과관계

담보의 상실이나 감소와 상환받을 수 없게된 것 사이에는 인과관계가 인정되어야 한다.

(2) 면책의 효과

① 효과와 범위

대위자는 담보의 상실 또는 감소로 인하여 상환을 받을 수 없는 한도에서 그 책임을 면한다. 여기서 책임을 면한다고 하는 것은 보증인, 연대채무자, 불가분채무자 등과 같이 채무를 부담하는 자가 그 한도에서 채무를 면한다는 취지이다. 그 결과 채권자로부터 전액의 청구를 받더라도 책임을 면한 한도에서는 그것에 응할 의무가 없는 것이다. 다만 물상보증인이나 제3취득자, 후순위담보권자와 같이 아무런 채무를 부담하지 않는 자는 채무를 면할 수 없으므로 법정대위자가 채권자에게 변제함에 있어서 총채무액에서 상환을 받을 수 없는 액을 공제하여 그 잔액만을 지급하면 채권자에 대한 관계에서는 채무를 완제한 것으로 다룬다는 의미로 이해하여야 할 것이다.

② 면책 및 면책의 액을 결정하는 표준시기

통설은 객관적으로 보아 담보권을 실행하거나 또는 실행할 수 있었을 때를 표준으로 한다고 본다. 채권자는 그 때에 담보권을 행사함으로써 그 액에 상당하는 변제를 받았을 것임에도 불구하고 실행하지 않음으로 인하여 그 액을 상실하여야 할 것이다.

③ 의무면제의 특약

제485조는 임의규정이므로 채권자의 담보보존의무를 면제하는 특약도 유효하다.

한편 금융거래에 있어서는 보증인이나 물상보증인이 채권자인 은행의 편의상 다른 담보로 변경하거나 해제하더라도 이의를 제기하지 않겠다는 내용의 담보보존의무면제의 특약을 하는 경우가 많다. 그러나 이 경우에도 특약의 효력을 무제한하게 인정하는 것이 신의칙에 반하거나 또

는 권리남용에 해당하는 경우가 많을 것이다.[44]

4. 법정대위자 상호관의 관계

1) 보증인과 담보목적물의 제3취득자와의 관계

(1) 상호간 대위가능 여부

보증인이 변제한 때에는 전세물이나 저당물의 제3취득자에 대하여 변제한 금액으로서 채권자를 대위한다. 그러나 제3취득자는 보증인에 대하여 채권자를 대위하지 못한다. 보증인은 채무자의 재산에 설정된 저당권의 담보력을 신뢰하고 보증인이 되었을 것이지만, 제3취득자는 경우에 따라서는 담보권을 실행당할 수도 있다는 점을 각오하고 부동산을 취득하였을 것이기 때문에 이러한 차별을 둔 것이다.[45]

(2) 부기등기의 요구

보증인은 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기하여야만 변제자 대위를 주장할 수 있다. 이처럼 부기등기를 요하는 이유에 대해 통설은, 보증인의 변제로 저당권이 소멸한 줄로 믿고 목적부동산을 취득한 제3취득자를 불측의 손해로부터 보호하기 위한 데 있다고 설명한다.

① 대위등기의 보전을 위한 가처분등기의 문제

부기등기의 시기에 대하여 법문은 '미리' 라고 규정하고 있는데, 이에 대하여 통설은 보증인이 변제한 후에 제3자가 취득하기 전까지 대위의 등기를 하면 족하다고 보고 있다. 이와 관련하여 대위등기의 보전을 위한 가처분등기가 문제된다. 다시 설명하면, 보증인이 변제하였음에도 불구하고 채권자가 대위등기에 협력하지 아니하는 경우에 보증인은 대위의 부기등기 청구권을 보전

44) 송영곤, 민법의 쟁점 I , p.757.
45) 이상구, 『변제에 의한 대위』, 고시계, 2007, p.63.

하기 위하여 채권자를 상대로 저당권의 이전이나 말소 등의 처분을 금하는 처분금지가처분의 부기등기를 하는 경우가 있는데, 이 경우 이러한 부기등기도 제482조 제2항 제1호에서 말하는 부기등기에 포함시킬 수 있는지가 문제된다.

이에 대하여는 가처분의 부기등기가 있다면 비록 그 등기원인이 대위변제에 의한 것이라는 점이 표시되어 있지 아니하여도 그 후의 제3취득자로서는 그 취득시에 저당권설정등기가 말소되지 아니하고 존재하며, 이에 대하여 권리를 주장하는 자가 있다는 사실을 추측하게 된다는 점, 그 사정을 조사하여 보증인이 대위변제한 사실을 알게 되면 그에 적절한 대책도 강구할 수 있다는 점, 보증인으로서는 가처분등기를 함으로써 저당권을 대위하겠다고 의사를 밝힌 것이므로 장래 본안소송에서 승소하여 제3취득자의 소유권이전등기 후에 대위의 부기등기를 하여 채권자를 대위하는 경우에도 제3취득자로서는 불측의 손해를 입는다고 할 수 없다는 점 등에 비추어 제3취득자로서는 이를 감수하여야 한다는 견해가 주장되고 있다.[46]

② 제3취득자의 범위제한의 문제

제482조 제2항 제1호는 보증인에 대하여 규정하고 있는데, 대법원은 물상보증인과 다른 물상보증인으로부터의 제3취득자간의 대위에 대하여 부기등기를 필요로 한다고 한다.[47] 이러한 판례의 입장에 대해 양창수 교수는 다음과 같은 의견을 제시하고 있다.[48] 민법은 제482조 제2항 제5호에서 보는 대로 대위자 상호간의 관계에 관한 한 보증인과 물상보증인 사이에 우열을 인정하지 않고 양자를 동등하게 취급하는 입장을 취하고 있다. 그렇다면 제3취득자에 대한 관계에 있어서도 보증인과 물상보증인을 동등하게 취급하는 것이 상당하다. 보증인이 제3취득자에 대하여 채권자를 대위하기 위하여는 대위의 부기등기가 필요하다는 이유, 즉 제3취득자가 보증인의 변제로 저당권이 소멸하였다고 믿고 부동산을 취득함으로 인한 불측의 손해를 막아야 한다는 것은 다른 물상보증인이 변제한 경우에도 마찬가지로 타당하다. 변제자대위제도는 구상권을 확보

46) 이인재, 앞의 책, p.204.

47) 대판 1990.11.9. 90다카10305.

48) 양창수, 민법연구 제2권, 박영사, 1998, pp.174-176. 다만 양창수 서울대학교 교수는 판례가 위와 같은 결론의 근거로서 제482조 제2항 제5호를 들고 있는 점에 대해서는 반대하고 있다. 그 근거로 제482조 제2항 제5호는 어디까지나 보증인과 물상보증인 간의 관계 또는 보증인과 물상보증인으로부터의 제3취득자와의 관계를 정하는 것이고, 물상보증인과 다른 물상보증인으로부터의 제3취득자와의 사이를 정하는 것은 아니기 때문이라고 한다. 양창수, 『물상보증인의 변제자대위와 부기등기의 여부』, 사법행정, 1997, p.86.

하기 위하여 인정되는 것인바, 물상보증인은 보증채무에 관한 규정에 의하여 구상권이 있으므로(제341조, 제370조), 보증인의 변제자대위에 관한 규정은 여기서 말하는 보증채무에 관한 규정으로서 물상보증인에 대하여도 적용이 있다고 함이 상당하다.

이와 관련하여 제3취득자의 범위제한이 문제된다. 우선, 학설중에는 보증인의 대위에 부기등기를 요하는 '저당물에 권리를 취득한 제3자'에는 '채무자로부터의 제3취득자'는 포함되지 않고, 따라서 '채무자로부터의 제3취득자'에 대해서는 보증인은 부기등기 없이도 대위할 수 있다고 보는 견해가 있다.[49] 이 견해는 저당권등기가 말소되어 있지 않는 한, 채무자로부터의 제3취득자는 자기에게 목적물을 양도한 사람이 종국적인 구상채무자로서, 그 목적물에 설정된 저당권이 그 구상권의 확보를 위하여 변제자에게 이전된다는 것을 각오하고 있어야 한다는 점, 제482조 제2항 제2호가 제3취득자는 보증인에 대하여 채권자를 대위하지 못한다고 규정하고 있는 이유는 제3취득자는 이전의 소유자인 채무자가 변제하지 않는 한 담보권이 실행되는 것을 각오하여야 하고 보증인이 있다고 하여 안심할 것은 아니라는 점에 있는 바, 그렇다면 보증인 쪽에서 그러한 제3취득자에 대하여 변제자대위를 주장하는 경우에도 그 취지를 관철하여 굳이 대위의 부기등기가 없더라도 대위를 인정해야 한다는 점을 그 논거로 들고 있다.[50] 한편, 제3취득자가 저당물 등에 관한 권리를 취득한 이후에 보증인이 채무를 변제한 경우가 있을 수 있는데, 이 경우 제3취득자는 그 담보목적물에 대한 매매계약 등의 시점에 담보권의 존재를 인식하면서 권리를 취득한 반면, 보증인은 제3취득자에게 담보권이 여전히 존속함을 전제하면서 채무를 변제한 것이 되어 보증인은 부기등기를 하지 않아도 채권자의 담보권을 행사할 있다고 보는 견해도 있다.[51]

2) 제3취득자 상호관의 관계

제3취득자 중의 1인은 각 부동산의 가액에 비례하여 다른 제3취득자에 대하여 채권자를 대위한다. 예를 들어 채무자인 갑이 채권자 을에 대한 1억원의 채무를 담보하기 위하여 A토지(6천만원)와 B토지(4천만원)에 저당권을 설정하였는데, 병이 A토지를, 정이 B토지를 매수하였을 경우,

49) 양창수, 앞의 책, pp.170-172.

50) 이에 대해 채무자로부터 부동산을 취득하는 제3채무자도 저당권이 채무자의 출재로 소멸한 것으로 믿을 수도 있어 언제나 보증인의 대위를 각오하여야 하는 것은 무리가 있는 해석이라고 보는 견해도 있다. 이인재, 앞의 책, p.203.

51) 하경효, 앞의 논문, pp.91-92.

병이 1억원을 변제하였다면 B토지에 대해 저당권을 실행하여 우선변제 받을 수 있는 금액은 4천만원(1억원 × 2/5)이 된다.

3) 물상보증인 상호간의 관계

물상보증인이 수인인 경우에는 제482조 제2항 제3호의 규정을 준용한다.

4) 보증인과 물상보증인 상호간의 관계

(1) 개관

보증인과 물상보증인 상호간에 있어서는 그 인원수에 비례하여 채권자를 대위하며, 물상보증인이 수인인 때에는, 보증인의 부담부분을 제외하고 그 잔액에 대하여 각 재산의 가액에 비례하여 대위한다. 예를 들어 6천만원의 채무에 관하여 갑과 을이 보증인, 병이 4천만원의 부동산을, 정이 2천만원의 부동산을 각각 담보로 제공하였는데, 갑이 6천만원을 변제한 때에는 보증인 을에게는 1천5백만원, 물상보증인의 부담인 3천만원 중 병에게는 2천만원, 정에게는 1천만원에 대하여 각각 대위하게 된다. 그리고 보증인 갑은 물상보증인 병이나 정의 부동산에 대한 저당권의 등기에 그 대위를 부기하여야만 병이나 정으로부터 그 부동산을 취득한 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 있다.

(2) 보증인이 물상보증인을 겸하는 경우의 문제

우리나라의 금융거래의 실태를 보면 연대보증인이 물상보증인을 겸하는 경우가 많다. 이 경우 제482조 제3항 제5호의 그 인원수를 정함에 있어서는 그를 1인으로 셈할 것인가 아니면 2인으로 셈할 것인가 하는 점이 문제된다. 이에 대한 판례는 아직 없고 학설이 대립되고 있다.

① 단일책임설(1인설)

물상보증인 겸 보증인도 대위관계에 있어서는 1인으로 보는 견해이다. 보증인은 총재산을 일

반담보로 제공하고 있으므로 그 중 일부에 지나지 않는 특정재산에 담보권을 설정하였다고 하여 책임이 가중되어서는 안된다고 하는 것이 주된 논거이다. 단일책임설은 다시 보증인으로서의 1인으로 보는 견해, 물상보증인으로서의 1인으로 보는 견해, 보증인 또는 물상보증인의 자격을 선택할 수 있다는 견해로 나뉜다. 현재 다수설은 자격선택설을 취하고 있다. 예를 들어 1억 5천만원의 채권에 대하여 갑, 을, 병이 연대보증을 하고, 다시 갑, 을이 각각 3억원, 1억원의 재산에 근저당권을 설정하였다가 갑이 피담보채권 전액을 변제하였다면, 보증인자격설에 따르면 갑, 을이 물상보증인의 자격을 겸하고 있다는 점을 무시하고 갑, 을, 병, 3인이 모두 단순보증인인 경우와 동일하게 보아 각각 5천만원씩 부담한다고 보게 된다. 물상보증인자격설은 갑과 을은 물상보증인으로서의 자격만을 가지는 것으로 취급하게 되어 제482조 제2항 제5호 단서에 따라 갑은 7천5백만원, 을은 2천5백만원, 병은 5천만원을 부담한다고 보게 된다. 자격선택설은 누가 자격선택권을 가지느냐에 대하여 이중자격자가 선택권을 가진다고 한다.[52]

② 이중자격설(2인설)

동일인이 보증인 겸 물상보증인이 된 경우를 별개 주체의 2인이 보증과 물상보증인을 각각 한 것과 동일하게 보는 견해이다. 공동 담보제공자 중 보다 무거운 부담을 인수한 자는 다른 담보자에 대한 관계에서도 보다 무거운 출연을 부담하는 것이 공평하다는 것이다. 이 견해에 의하면 위 사례의 경우 담보제공자는 갑과 을이 각 2인 몫이 되어 총 5인으로 계산하게 되므로, 병은 인원수 비례에 따라 3천만원의 책임을 지고, 갑과 을은 연대보증인으로서 부담하는 각 3천만원과 별도로 물상보증인으로서 부담하는 합계액 6천만원을 각 담보재산의 가액에 비례하여 갑은 4천5백만원, 을은 1천5백만원을 부담하므로, 갑은 7천5백만원, 을은 4천5백만원, 병은 3천만원을 부담하게 된다.

③ 책임경합설

52) 이에 대해 단지 이중자격자가 선택권을 가진다고 하더라도 문제가 다 해결되는 것은 아니라는 비판이 있다. 위 사례의 경우 갑이 대위변제자로서 보증인 자격을 선택하면 을도 이에 구속되어 물상보증인 자격을 주장할 수 없게 되는 것인지, 아니면 갑이 어느 자격을 주장하든 상관없이 을이 자기에게 유리한 자격을 주장할 수 있는 것으로 보는지 불분명하다는 것이다. 박병대, 『물상보증인 겸 보증인의 책임범위』, 민법학논총2(곽윤직교수고희기념), 박영사, 1995, p.258.

물상보증인 겸 연대보증인은 채권자에 대한 관계에서 이중의 자격에 대한 책임을 경합적으로 부담하고 있었으므로 대위변제 후 다른 공동 담보제공자와의 관계에서도 채권자의 채권 및 담보에 관한 권리를 대위행사함에 있어서도 이중의 자격에 의한 책임이 병존한다는 견해이다. 이 견해에 의하면 위 사례의 경우 갑과 을은 연대보증인으로서는 병과 함께 인원수에 비례하여 각 5천만원의 부담을 지고, 물상보증인으로서는 병이 보증채무로서 부담하는 5천만원을 제한 나머지 1억원에 대하여 각 담보부동산의 가액에 비례하여 갑은 7천5백만원, 을은 2천5백만원의 책임을 부담한다는 것이다. 따라서 갑은 을에 대하여 채권자가 가지고 있는 보증채권을 대위행사함에 있어서는 5천만원을 청구할 수 있지만, 저당권을 실행함에 있어서는 2천5백만원의 책임만을 지게 된다.

5) 연대채무자 상호간의 관계

변제를 한 1인의 연대채무자는 다른 연대채무자에 대하여 각자 부담부분에 대하여 구상할 수 있으므로, 그 범위에 있어서 대위할 수 있다.

6) 보증인 상호간의 관계

보증인 상호간에 분별의 이익[53]이 있는 경우는 어느 보증인이 자기의 부담부분을 넘어 변제하면, 다른 보증인에 대해서는 사무관리가 되어 부탁을 받지 않는 보증인이 변제한 경우와 비슷하므로 제448조 제1항은 부탁을 받지 않은 보증인의 구상권에 관한 제444조의 규정을 준용하고 있어 그 범위에서 대위할 수 있다. 분별의 이익을 갖지 않는 경우에는 제448조 제2항에 의하여 연대채무자의 구상권에 관한 제425조 내지 제427조의 규정이 준용되므로 그 범위에서 대위할 수 있다.

7) 보증인과 연대채무자 상호관의 관계

53) 수인의 보증인이 하나의 계약으로 보증인이 된 경우에는 물론이고, 별개의 계약으로 보증인이 된 경우에도 공동보증인은 주채무를 균등한 비율로 분할한 부분에 관해서만 보증채무를 부담한다(민법 제439조, 제408조). 이를 분별의 이익이라고 한다.

(1) 보증인의 대위권

어느 연대채무자나 어느 불가분채무자를 위하여 보증인이 된 자는 다른 연대채무자나 다른 불가분채무자에 대하여 그 부담부분에 한하여 구상권이 있으므로 그 범위에서 대위할 수 있다.

(2) 연대채무자의 대위권

어느 연대채무자가 채권자에게 변제한 경우에 다른 연대채무자의 부담 부분에 대한 구상권에 기하여 대위변제자로서 그 다른 연대채무자를 위한 보증인에 대하여 보증채무이행을 구할 수 있다.

그런데 보증인이 변제한 연대채무자가 자신을 위한 보증인도 겸하고 있는 경우가 문제된다. 대법원 판례[54]는 "연대채무자가 수인이 있는 경우에 이들 모두를 위한 연대보증인은 보증채무의 이행으로 한 출연액 전부에 대하여 어느 연대채무자에게나 구상권을 가지는 것이므로, 이와 반대로 연대채무자들 중 어느 1인이 자신의 내부부담부분을 넘어 채무를 변제함으로써 채권자의 그 다른 연대채무자에 대한 원채권을 행사하는 경우에도 그 자신의 연대보증인도 겸한 다른 연대채무자의 연대보증인에 대하여는 대위할 수 없다 할 것이다"라고 판시하고 있다.

5. 변제자대위와 공동저당에 있어서의 후순위저당권자대위와의 우열관계

공동저당의 목적물인 수 개의 부동산 중 일부가 물상보증인에 의해 제공되고 그 각 부동산에 후순위저당권자가 존재하는 데 이시배당[55]이 이루어져 선순위저당권자가 자신의 채권을 우선변제 받게 될 경우, 변제자대위를 규정한 제481조와 후순위저당권자 대위를 규정한 제368조 제2항이 서로 충돌하게 된다. 이에 대해서는 변제자대위 우선설과 후순위저당권자 우선설이 대립하고 있다.[56] 아래에서는 대법원의 입장만을 정리하기로 한다.

1) 변제자대위 우선

54) 대판 1992.5.12. 91다3062.

55) 異時配當이란 공동저당목적물 중 일부만에 대하여 경매가 진행된 경우뿐만 아니라 전부에 관하여 동시에 또는 각각 경매가 진행되었더라도 결국 일부만에 관하여 배당이 실시되는 경우를 말한다.

56) 이에 대해 자세한 것은 김여회, 『물상보증인 소유부동산의 후순위저당권자의 지위』, 비교사법 11권, 한국비교사법학회, 1999/12, pp.373-392 참조.

대법원은 변제자대위 우선설을 취하고 있다. 판례에 따르면 "공동저당의 목적인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산에 각각 채권자를 달리하는 후순위저당권이 설정되어 있는 경우에 있어서, 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져 그 경매대금의 교부에 의하여 1번저당권자가 변제를 받은 때에는 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에, 민법 제481조, 제482조의 규정에 의한 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 1번저당권을 취득한다고 봄이 상당하다"고 한다.[57] 또한 "공동저당의 목적인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산 중 채무자 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져 그 경매대금의 교부에 의하여 1번 공동저당권자가 변제를 받더라도, 채무자 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 민법 제368조 제2항 후단에 의하여 1번 공동저당권자를 대위하여 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 저당권을 행사할 수 없다"고 판시하고 있다.[58]

2) 물상보증인 소유 부동산의 후순위저당권자의 권리보호

한편 대법원은 "물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 물상보증인에게 이전한 위 1번저당권으로부터 우선하여 변제를 받을 수 있다"는 입장[59]을 취하고 있는데, 그 근거는 저당권자의 물상대위권에 있다. 즉 물상보증인에게 이전한 1번 저당권은 위 후순위저당권자의 피담보채권을 담보하는 것으로 되어, 위 후순위저당권자는 마치 위 1번 저당권상에 따라 제370조, 제342조의 규정에 의하여 물상대위를 하는 것과 같이 그 순위에 따라 물상보증인이 취득한 1번 저당권으로부터 우선하여 변제를 받을 수 있다고 보아야 한다는 것이다. 결국 위 양 대위간의 충돌문제에 대하여 원칙적으로 변제자대위 우선설의 입장을 취하면서도, 그러한 원칙이 관철되어 물상보증인이 우선 보호되는 경우는 채무자 소유의 부동산에 설정된 후순위근저당권자에 대한 관계에 한정되고, 물상보증인 소유의 부동산에 후순위근저당권자가 있는 경우에는 변제자대위 규정을 우선적용 하되 물상대위권에 관한 규정을 경유함으로써 결국 후순위근저당권자의 손을 들어주는 셈이 되게 되는 것이다.[60]

57) 대판 1994.5.10. 93다25417.
58) 대판 1995.6.13. 95마500.
59) 대판 1994.5.10. 93다25417.
60) 송영곤, 민법의 쟁점 I , p.764.

3) 적용범위

위와 같은 법리는 수인의 물상보증인이 제공한 부동산 중 일부에 대하여 경매가 실행된 경우에도 마찬가지로 적용되어야 한다. 이 경우 물상보증인들 사이의 변제자대위의 관계는 제482조 제2항 제4호와 제3호에 의하여 규율된다. 따라서 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 있다. 그러므로 물상보증인이 대위취득한 선순위 저당권 설정등기에 대하여는 말소등기가 경료될 것이 아니라 물상보증인 앞으로 대위에 의한 저당권 이전의 부기등기가 경료되어야 하고, 아직 경매되지 아니한 공동저당물의 소유자로서는 1번 저당권자에 대한 피담보채무가 소멸되었다는 사정만으로 말소등기를 청구할 수는 없다.[61]

Ⅵ. 결론

제3자 또는 연대채무자, 보증채무자, 불가분채무자 중 1인이 변제를 함으로써 채무자에 대하여 구상권을 취득한 경우, 민법은 이 구상권의 효력을 강화하기 위하여 변제로 소멸하게 될 채권자의 채권 또는 그 담보권을 변제자와 채무자 사이의 관계에서는 그대로 존속시키면서 구상권자에 의한 행사를 허용하고 있다.

변제자대위는 채무자를 위하여 채무를 변제한 변제자에 의한 채권과 그 담보권의 행사를 인정하는 제도로서, 변제자의 채무자에 대한 구상채권의 실현을 목적으로 한다. 변제자 대위제도의 핵심은 이 구상권의 총족을 확보하기 위한 것이라고 할 수 있다.[62] 변제자 대위도 이러한 제도의 의미와 내용을 기초로 그 내용을 구체화하는 방향으로 해석론을 전개해 나가야 한다.[63] 따라서 변제자대위에 의해 확보하고자 하는 변제자의 법적지위는 다른 이해관계자 특히 채권자, 담보물의 제3취득자, 후순위저당권자 등의 이익이나 권리, 그리고 이와 관련된 제도의 목적을 조화롭게 고려하는 해석론이 필요하다고 본다.

61) 대판 2001.6.1. 2001다21854.
62) 이은영, 앞의 책, p.223.
63) 하경효, 앞의 논문, p.96.

□ 참고 문헌

곽윤직, 채권총론, 박영사, 2004.
김준호, 민법강의(신정5판), 법문사, 2005.
김형배, 민법학강의(제7판), 신조사, 2008.
노종천, 채권법론, 형설출판사, 2004.
송영곤, 기본민법강의(개정3판), 유스티니아누스, 2006.
송영곤, 민법의 쟁점 Ⅰ, 유스티니아누스, 2005.
양창수, 민법연구 제2권, 박영사, 1998.
이은영, 민법 Ⅱ, 박영사, 2002.
이인재, 민법주해 제11권, 박영사, 2004.
지원림, 민법강의, 홍문사, 2007.
김상용, 『변제자 대위』, 고시연구, 1994/11.
김여회, 『물상보증인 소유부동산의 후순위저당권자의 지위』, 비교사법 11권, 한국비교사법학회, 1999/12.
박병대, 『물상보증인 겸 보증인의 책임범위』, 민법학논총2, 박영사, 1995.
송덕수, 『변제에 의한 대위』, 고시계, 2006/12.
양창수, 『물상보증인의 변제자대위와 부기등기의 여부』, 사법행정, 1997.
이상구, 『변제에 의한 대위』, 고시계, 2007/11.
제철웅, 『구상관계와 변제자대위: 그 상호관계의 비교법적 검토』, 민사법학 제23호, 한국민사법학회, 2003.
제철웅, 『변제자대위』, 고시계, 2004.
제철웅, 『프랑스법의 법정변제자 대위 -우리 법에의 수용가능성의 모색』, 고시계, 2003/3.
하경효, 『변제자대위의 효과』, 고시연구, 고시연구사, 1998/4.

□ 참고사이트

대법원(www.scourt.go.kr