

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2013다41097(본소) 근저당권말소

2013다41103(반소) 근저당권말소

원고(반소피고), 피상고인

원고(반소피고)

소송대리인 변호사 오승현

피고(반소원고), 상고인

피고(반소원고)

소송대리인 변호사 임종윤 외 1인

원 심 판 결 수원지방법원 2013. 4. 25. 선고 2012나31823(본소), 2012나

31830(반소) 판결

판 결 선 고 2015. 11. 27.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 피고(반소원고)가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공동저당의 목적인 물상보증인 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정되어 있는 경우에 물상보증인 소유의 부동산이 먼저 경매되어 그 경매대금에서 선순위공동저당권자가 변제를 받은 때에는 특별한 사정이 없는 한 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에 변제자대위에 관한 민법 제481조, 제482조의 규정에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 선순위공동저당권자의 저당권을 대위취득하고, 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 물상보증인이 대위취득한 채무자 소유의 부동산에 대한 선순위공동저당권자의 저당권에 대하여 물상대위를 할 수 있다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다25417 판결, 대법원 2009. 5. 28.자 2008마109 결정 참조).

그런데 변제자대위에 관한 민법 제481조, 제482조의 규정에 의하면 물상보증인은 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있는 것이므로, 물상보증인이 채무를 변제하거나 저당권의 실행으로 인하여 저당물의 소유권을 잃었더라도 다른 사정에 의하여 채무자에 대하여 구상권이 없는 경우에는 채권자를 대위하여 채권자의 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 없다(대법원 2014. 4. 30. 선고 2013다80429·80436 판결 참조). 따라서 실질적인 채무자와 실질적인 물상보증인이 공동으로 담보를 제공하여 대출을 받으면서 실질적인 물상보증인이 저당권설정등기에 자신을 채무자로 등기하도록 한 경우, 실질적 물상보증인인 채무자는 채권자에 대하여 채무자로서의 책임을 지는지와 관계없이 내부관계에서는 실질적 채무자인 물상보증인이 변제를 하였더라도 그에 대하여 구상 의무가 없으므로, 실질적 채무자인 물상보증인이 채권자를 대위하여 실질적 물상보증인인 채무자에 대한 담보권

을 취득한다고 할 수 없다. 그리고 이러한 법리는 실질적 물상보증인인 채무자와 실질적 채무자인 물상보증인 소유의 각 부동산에 공동저당이 설정된 후에 실질적 채무자인 물상보증인 소유의 부동산에 후순위저당권이 설정되었다고 하더라도 다르지 아니하다.

이와 같이 물상보증인이 채무자에 대한 구상권이 없어 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 선순위공동저당권자의 저당권을 대위취득할 수 없는 경우에는 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 물상대위할 대상이 없으므로 채무자 소유의 부동산에 대한 선순위공동저당권자의 저당권에 대하여 물상대위를 할 수 없다고 보아야 한다.

2. 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 사실과 사정을 종합하여 볼 때 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)와 소외인이 공유하는 이 사건 부동산에 관하여 근저당권자를 안산농업협동조합, 채무자를 원고, 채권최고액을 2억 6,000만 원으로 하여 설정된 이 사건 9번 근저당권의 피담보채무의 실질적인 채무자는 원고와 소외인의 내부관계에서는 대출명의인인 원고가 아니라 소외인이라고 보아야 하므로, 이 사건 부동산 중 소외인 지분에 대한 이 사건 9번 근저당권의 실행으로 소외인이 그 소유권을 잃었더라도 대출명의인인 원고가 실질적인 채무자인 소외인에 대하여 구상 의무를 부담하지 아니한다고 판단하였다.

나아가 원심은, 원고에 대하여 구상권이 없는 소외인으로서 이 사건 부동산 중 원고 지분에 대한 선순위공동저당권자인 안산농업협동조합의 근저당권에 대하여 민법 제 481조, 제482조의 규정에 의한 변제자대위를 할 수 없고, 따라서 이 사건 부동산 중 소외인 지분에 대한 후순위저당권자인 피고(반소원고)는 이 사건 부동산 중 원고 지분에 대한 안산농업협동조합의 근저당권에 대하여 어떠한 권리를 취득하거나 물상대위를

할 수 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 의하여 살펴보면 원심의 위와 같은 인정과 판단은 정당하다. 거기에 민법 제368조 제2항의 후순위저당권자의 대위, 물상보증인의 변제자대위와 물상대위에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이상훈

 대법관 김창석

주 심 대법관 조희대

 대법관 박상욱