

대 법 원

판 결

사 건 2018다205209 부당이득금
원고, 상고인 주식회사 케이알앤씨
소송대리인 법무법인 두현
담당변호사 박환택 외 4인
피고, 피상고인 대성목재공업 주식회사
원 심 판 결 서울고등법원 2017. 12. 21. 선고 2017나2038189 판결
판 결 선 고 2022. 8. 25.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

직권으로 판단한다.

1. 사안의 개요와 쟁점

가. 사안의 개요

피담보채권이 변제되어 이미 소멸한 피고의 근저당권에 기하여 담보권 실행을 위한 경매절차(이하 '담보권 실행을 위한 경매'를 줄여 말할 때에는 편의상 '임의경매'라 한다)가 개시되고 매각이 이루어져 매수인이 매각대금을 납부하였다. 피고는 1순위 근저

당권자로서 배당을 받고 가압류채권자의 승계인인 원고는 아무런 배당을 받지 못하였다.

원고는, 근저당권의 피담보채권이 존재하지 않으므로 피고가 배당을 받을 수 없다고 주장하며 원고가 배당받을 수 있었던 금액 상당의 부당이득반환을 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

원심은 이에 대하여 경매개시결정 전에 이미 소멸한 근저당권에 기한 경매는 무효이므로 매수인은 소유권을 취득할 수 없고 피고의 배당금은 원고가 아닌 매수인에게 반환되어야 한다는 이유로 원고의 청구를 받아들이지 않았다.

나. 쟁점

이 사건 부당이득반환 청구는 이 사건 임의경매가 유효하여 원고가 그 경매절차에서 배당을 받을 수 있었음을 전제로 하므로 먼저 이 사건 임의경매의 효력이 문제된다. 더 구체적으로 보면 이미 소멸한 근저당권에 기하여 임의경매가 개시되고 매각이 이루어진 경우 그 경매가 유효한지 여부가 이 사건의 주된 쟁점이다.

2. 소멸한 근저당권에 기하여 임의경매가 개시되고 매각이 이루어진 경우 경매의 효력

가. 민사집행법 제267조의 입법연혁과 종래 대법원 판례

(1) 담보권 실행을 위한 경매절차에 관한 민사집행법 제267조는 '대금완납에 따른 부동산취득의 효과'라는 제목 아래 "매수인의 부동산 취득은 담보권 소멸로 영향을 받지 아니한다."라고 정한다.

종래 임의경매는 구 경매법에서 별도로 규율하고 있었는데, 구 경매법에서는 임의경매의 공신력에 관한 규정을 두고 있지 않았다. 그러다가 구 민사소송법(1990. 1. 13.

법률 제4201호로 개정된 것, 이하 같다)은 구 경매법을 폐지하고 임의경매에 관한 규정을 흡수하면서 "대금의 완납에 의한 매수인의 부동산 취득은 담보권의 소멸에 의하여 방해받지 아니한다."라는 규정(제727조)을 신설하였다. 민사집행법 제267조는 2002년 민사집행법이 제정되면서 구 민사소송법 제727조의 문구만 일부 바꾼 것이다(이하 구 민사소송법 제727조와 민사집행법 제267조를 구분하지 않고 '이 사건 조항'으로 같이 부른다).

담보권의 실체적 하자는 담보권이 처음부터 유효하게 성립하지 않아 부존재하는 경우와 일단 유효하게 성립한 담보권이 변제나 담보권설정계약 해지 등과 같은 후발적인 사유로 소멸한 경우로 나누어 볼 수 있다. 이 사건 조항을 입법하는 과정에서는 이러한 사유에 대한 구별 없이 담보권에 실체적 하자가 있다면 전면적으로 경매의 공신력을 인정할 것인지가 논의되었다. 그 결과 임의경매를 개시하기 위해 담보권이 실체적으로 존재하는지 공적으로 확정하는 절차가 없고, 부동산등기에 공신력이 인정되지 않는 점과 진정한 소유자의 권리를 보호할 필요성 등을 고려하여 부분적으로만 경매의 공신력을 인정하는 취지로 이 사건 조항이 신설되었다.

(2) 종래 대법원은 이 사건 조항이 신설되기 전에도 실체상 존재하는 담보권에 기하여 경매개시결정이 이루어졌으나 그 후 경매 과정에서 담보권이 소멸한 경우에는 예외적으로 공신력을 인정하여, 경매개시결정에 대한 이의 등으로 경매절차가 취소되지 않고 매각이 이루어졌다면 경매는 유효하고 매수인이 소유권을 취득한다고 해석해 왔다(대법원 1964. 10. 13. 선고 64다588 전원합의체 판결, 대법원 1980. 10. 14. 선고 80다475 판결 등 참조).

대법원은 이 사건 조항이 신설된 후에도 같은 입장을 유지하였다(대법원 1999. 2.

9. 선고 98다51855 판결, 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다68012 판결 등 참조). 즉, 이 사건 조항은 경매개시결정이 있는 뒤에 담보권이 소멸하였음에도 경매가 계속 진행되어 매각된 경우에만 적용된다고 보는 것이 대법원의 일관된 입장이다.

나. 판례 법리의 타당성

위와 같은 현재의 판례는 타당하므로 그대로 유지되어야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 강제경매는 판결 등 공적으로 확인된 집행권원에 기초하여 실시되어 집행력 있는 정본 그 자체가 경매의 근거가 되므로, 집행채권이 실체적으로 부존재하거나 소멸한 경우에도 매수인의 소유권 취득에 영향이 없어 공신적(公信的) 효력이 인정된다. 반면 임의경매는 집행권원을 요구하지 않고 사인(私人)들이 설정한 담보권에 내재하는 실체적 환가권능에 기초하여 실시되므로, 국가가 그 환가권능에 기한 처분행위를 대행하는 것이라는 점에서 강제경매와 근본적인 차이가 있다.

임의경매의 정당성은 실체적으로 유효한 담보권의 존재에 근거하므로, 담보권에 실체적 하자가 있다면 그에 기초한 경매는 원칙적으로 무효이다. 특히 채권자가 경매를 신청할 당시 실행하고자 하는 담보권이 이미 소멸하였다면, 그 경매개시결정은 아무런 처분권한이 없는 자가 국가에 처분권을 부여한 데에 따라 이루어진 것으로서 위법하다. 반면 일단 유효한 담보권에 기하여 경매개시결정이 개시되었다면, 이는 담보권에 내재하는 실체적 환가권능에 기초하여 그 처분권이 적법하게 국가에 주어진 것이다. 이러한 점에서 담보권의 소멸은 그 소멸 시기가 경매개시결정 전인지 또는 후인지에 따라 그 법률적 의미가 본질적으로 다르다고 할 수 있다.

(2) 이 사건 조항은 매수인의 부동산 취득이 '담보권 소멸'로 영향을 받지 않는다고

규정하고 있으므로, 담보권이 애초에 존재하지 않았던 경우에는 경매의 공신력을 인정하지 않으려는 취지임은 분명하다. 그런데 경매개시결정이 있기 전에 담보권이 소멸하였다면 그 담보권은 실체가 없으므로 담보권이 부존재하는 것과 법률적으로 아무런 차이가 없고, 그러한 경매개시결정은 애초에 적법하게 개시된 것이라고 볼 수 없음은 앞서 본 바와 같다. 그러므로 이 사건 조항이 담보권의 소멸 시기를 언급하지 않고 있더라도 그것이 경매개시결정 전에 담보권이 소멸한 경우까지도 포함하여 경매의 공신력을 인정하려는 취지인지는 그 문언만으로는 분명하지 않고, 여전히 법률해석의 여지가 남아 있게 되었다. 이는 이 사건 조항을 도입할 때의 논의상황에 비추어 보더라도 그러하다.

(3) 소유자는 자신의 재산에 관하여 설정된 담보권이 유효하다는 전제 아래 그 재산을 강제로 환가하는 경매절차의 진행을 받아들이는 것이다. 그러므로 무효인 경매절차에서 소유자가 적극적인 이의 조치를 취하지 않았다는 이유로 그 권리를 상실시킬 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 다른 한편으로 경매가 국가기관이 개입하는 공적(公的) 절차라는 특수성이 있으므로 그에 대한 신뢰와 매수인의 지위 안정 및 거래안전을 특별히 보호할 필요성도 있다. 결국 이렇게 대립하는 두 가치를 비교형량하여 무엇을 근거로 하여 어느 범위에서 진정한 권리자의 소유권이 상실되는 결과를 정당화할 것인가가 결정되어야 한다.

경매개시결정 당시 유효하게 존재하는 담보권에 기하여 적법하게 경매가 개시되었으나 도중에 담보권이 소멸한 경우, 채무자 및 소유자가 경매가 진행되고 있다는 사실을 알면서도 경매개시결정에 대한 이의를 비롯한 아무런 이의제기를 하지 않음으로써 경매가 계속 진행되었다면, 자신의 권리를 상실할 구체적 위험을 현실적으로 인지하면

서도 방치한 권리자보다는 경매절차에 대한 신뢰와 거래안전을 보호할 필요가 더 크다고 할 수 있다. 즉, 원칙적으로는 경매가 무효라 하더라도 상대적으로 진정한 권리자에 대한 보호가치가 줄어드는 경우에 한하여 실권효(失權效)에 기초하여 예외적으로 경매의 공신력을 부여할지를 논할 수 있는 것이고, 이러한 논의에 애초부터 담보권이 소멸하여 위법하게 경매절차가 개시된 경우를 포함하는 것은 타당하다고 할 수 없다.

(4) 경매가 무효인 경우 이에 기초한 거래가 모두 무효가 되는 것은 근본적으로 우리 법이 부동산등기에 공신력을 인정하지 않고 있기 때문이다. 민법 제정 당시 등기의 공신력을 부정한 것은 부동산물권의 변동에서는 진정한 권리자의 보호를 중시하고, 그에 따라 거래안전이 희생되는 것을 감수하도록 하는 입법적 결단이라고 평가할 수 있다. 부동산등기의 공신력을 인정하지 않고 있는 우리 법체계 하에서 일반인들은 실체관계와 부합하지 않는 등기가 남아 있어도 그 효력이 없다고 신뢰하고 그러한 신뢰에 기하여 이미 소멸한 담보권 등기를 말소하지 않고 있었을 수도 있다. 그런데 경매개시결정이 있기 전에 담보권이 소멸한 경우에도 그 담보권에 기한 경매의 공신력을 인정한다면, 이는 소멸한 담보권 등기에 공신력을 인정하는 것과 같은 결과를 가져오므로 현재의 등기 제도와의 조화된다고 볼 수 없다.

(5) 결국 대법원이 현재에 이르기까지 이 사건 조항이 경매개시결정이 있는 뒤에 담보권이 소멸한 경우에만 적용되는 것으로 해석해 온 것은 이 사건 조항의 입법경위, 임의경매의 본질과 성격 및 부동산등기제도 등 법체계 전체와의 조화를 고려하여 다양한 해석이 가능한 법문언의 의미를 분명히 밝힌 것으로 보아야 한다.

대법원은 임의경매의 공신력을 제한적으로 인정하는 방향으로 이 사건 조항을 해석해 왔고, 이러한 판례의 태도에 따라 오랜 기간 실무례가 정착되어 왔다. 확립된 법리

는 등기의 공신력 부정과 함께 거래실무에 영향을 미치고 있고, 그에 대한 신뢰도 확보된 상태이다. 판례의 태도가 당사자의 권리 구제나 법논리적 측면에서 부당하여 이를 변경할 필요성과 당위성이 있다고 할 수 없다.

또한 현재의 판례에 따르더라도 구체적 사안에서 소유자가 경매가 유효하다는 신뢰를 부여하였거나 경매를 저지하지 않은 데 귀책사유가 있는 등 소유자가 매수인의 소유권 취득을 다투는 것이 부당하고 그를 보호할 필요성이 크지 않다고 판단되는 경우에는 금반언의 원칙 또는 신의성실의 원칙을 적용함으로써 충분히 타당한 결론을 도출할 수 있다. 이는 원칙적으로 부동산등기 및 임의경매의 공신력을 인정하지 않는 우리 법체계 하에서, 진정한 소유자의 보호와 경매절차의 적정한 운영 사이에서 조화를 도출할 수 있는 가장 바람직한 방법이다.

3. 이 사건에 대한 판단

가. 사실관계

원심판결 이유와 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

(1) 소외 1은 1997. 3. 11. 주식회사 유청실업이 피고에 대하여 물품공급 대리점계약에 따라 부담하는 물품대금, 손해배상 등 일체의 채무를 담보하기 위하여, 그 소유의 고양시 (주소 1 생략), (주소 2 생략), (주소 3 생략), (주소 4 생략) 각 토지[이하 (주소 1 생략) 토지를 '제1부동산', 나머지 토지를 '제2부동산'이라 한다]를 공동담보로 하여 피고에게 채권최고액 3억 원의 근저당권설정등기를 마쳐 주었다(이하 위 근저당권을 '이 사건 근저당권'이라 한다).

(2) 주식회사 해동신용금고(변경 전 상호는 주식회사 해동상호신용금고, 이하 '해동신용금고'라 한다)는 1995. 2. 28. 소외 2에게 12억 원을 대여하였고, 당시 소외 1은 소

외 2의 위 채무를 연대보증하였다. 소외 1 소유의 제1, 2부동산에 관하여 1997. 4. 16. 주식회사 한스건설의 가압류등기(청구금액 55,277,200원)가 이루어졌고, 해동신용금고도 소외 1에 대한 위 연대보증채권을 보전하기 위한 가압류결정을 받아 1998. 1. 30. 가압류등기(청구금액 20억 원)가 이루어졌다.

(3) 소외 1은 제1부동산을 소외 3에게, 제2부동산을 소외 4에게 각각 매도하고 1998. 4. 1. 소유권이전등기를 마쳤다. 소외 4는 2009. 1. 3. 사망하여 소외 5, 소외 6, 소외 7, 소외 8(이하 '소외 5 등'이라 한다)이 제2부동산을 상속하였다.

(4) 피고는 이 사건 근저당권에 기하여 제1부동산에 관하여 임의경매를 신청하여 2002. 4. 10. 의정부지방법원 2002타경15804호로 경매절차가 개시되었다(이하 '제1차 경매'라 한다). 경매법원은 2003. 4. 25. 배당기일에서 실제 배당할 금액 433,386,863원 중 1순위로 근저당권자인 피고에게 청구금액 220,284,680원 전액을 배당하고, 2순위로 가압류채권자인 해동신용금고에 202,065,920원(청구채권 1,012,085,169원의 19.97%), 주식회사 한스건설에 11,036,263원(청구채권 55,277,200원의 19.97%)을 각각 배당하였다.

(5) 피고는 이 사건 근저당권에 기하여 제2부동산에 관한 임의경매를 신청하여 2009. 9. 30. 의정부지방법원 고양지원 2009타경29485호로 경매절차가 개시되었다(이하 '제2차 경매'라 한다). 위 부동산은 268,000,000원에 매각되어 2010. 7. 22. 및 2010. 9. 28. 매각대금이 지급되었고, 경매법원은 2010. 10. 26. 배당기일에서 실제 배당할 금액 263,572,159원을 1순위 근저당권자인 피고에게 모두 배당하였다. 제2차 경매절차에서의 매각으로 당시 제2부동산의 소유자였던 소외 5 등에서 매수인들 앞으로 각각 소유권이전등기가 마쳐졌고, 주식회사 한스건설과 해동신용금고의 가압류등기는 모두 말

소되었다.

(6) 한편 해동신용금고(2001. 8. 27. 파산선고)의 파산관재인 예금보험공사는 2007. 5. 22. 원고에게 소외 2에 대한 대여금채권을 양도하고 그 무렵 채권양도통지를 마쳤다. 원고는 연대보증인인 소외 1(2012. 10. 31. 사망)의 상속인 소외 9를 상대로 양수금 청구의 소를 제기하여 2014. 4. 8. '소외 9는 원고에게 877,784,587원과 그중 26,000,000원에 대하여 2013. 5. 15.부터 다 갚는 날까지 연 25%의 비율로 계산한 돈을 지급하라'는 판결을 선고받아 그 무렵 위 판결이 확정되었다(서울중앙지방법원 2013가단252208호).

(7) 원고는 피고의 이 사건 근저당권의 피담보채권이 소멸하였으므로 피고는 제2차 경매절차에서 배당을 받을 수 없다고 주장하며 원고가 배당받을 수 있는 금액에 대하여 부당이득반환을 구하는 이 사건 소를 제기하였다. 피고는 제1심에서 이 사건 근저당권이 소멸하지 않아 배당받을 권리가 있다고 다투었다가 근저당권이 소멸하였다는 이유로 패소하자, 원심에서 이미 소멸한 근저당권에 기하여 이루어진 제2차 경매는 무효이므로 원고도 배당을 받을 수 없어 원고의 청구는 기각되어야 한다고 주장하였다.

나. 판단

(1) 피고는 이 사건 근저당권에 기하여 제1차 경매를 신청하여 피담보채권이 확정되었고 채권 전액을 변제받아 근저당권이 소멸하였다. 피고가 이미 소멸한 이 사건 근저당권에 기하여 제2차 경매를 신청하여 경매가 개시되고 부동산이 매각되어 매수인이 매각대금을 지급하였더라도 경매가 무효이므로 매수인은 소유권을 취득할 수 없다. 이와 같이 경매가 무효인 경우 매수인은 경매 과정에서 피고가 배당받은 금액에 대하여 부당이득반환을 청구할 수 있다(대법원 1991. 10. 11. 선고 91다21640 판결 등 참조).

(2) 그러나 다음과 같은 사정을 고려하면, 피고가 제2차 경매가 무효라고 주장하는 것은 배당받을 권리가 없음에도 배당금을 계속 보유하기 위한 것으로서 금반언 또는 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다고 보아야 한다.

① 피고는 이 사건 근저당권에 기하여 제2차 경매를 신청하고 경매 과정에서 배당금을 수령하였다. 이는 모두 이 사건 근저당권이 유효함을 전제로 한 행동이다.

② 피고는 제1심에서도 이 사건 근저당권이 소멸하지 않아 배당받을 권리가 있다고 다투었다가 패소하자, 원심에서 비로소 피고 스스로 신청하여 개시된 경매가 소멸한 근저당권에 기한 것으로 무효라고 주장하기 시작하였다.

③ 원심 변론종결일을 기준으로 제2차 경매가 종료된 지 이미 7년 이상 경과하였다. 경매 종료 후 현재까지 제2부동산 소유자였던 소외 5 등과 매수인 사이에 제2부동산의 소유권 귀속에 관한 다툼이 있다는 사정은 보이지 않는다.

④ 소외 5 등이 제2부동산의 등기 명의를 회복하더라도 원고(전 소유자인 소외 1에 대한 가압류채권자의 승계인으로서 이미 집행권원을 취득하였다)가 강제경매를 신청할 것이 확실시되고 원고의 채권액만 하여도 부동산 가액을 훨씬 상회하므로, 소외 5 등이 부동산의 소유 명의를 회복함으로써 얻을 수 있는 이익이 없어 보인다. 따라서 소외 5 등이 매수인을 상대로 제2부동산의 소유권 회복을 위한 소를 제기할 가능성이나, 그 결과로서 소유권을 상실하게 된 매수인이 피고를 상대로 배당금 반환을 구할 가능성은 매우 희박하다.

⑤ 제2차 경매절차에서 원고는 첫 경매개시결정 전에 등기된 가압류채권자 해동신 용금고의 승계인으로서 배당받을 자격이 있는 반면 피고는 이 사건 근저당권이 소멸하였으므로 배당받을 자격이 없다.

(3) 결국 피고는 원고에 대하여 제2차 경매절차의 무효를 주장할 수 없고, 원고는 위 경매절차에서 배당받을 수 있었던 범위에서 피고에게 부당이득반환을 구할 수 있다고 보아야 한다. 그런데도 원심은 제2차 경매절차가 무효라는 이유만으로 피고의 원고에 대한 부당이득반환의무가 없다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 배당을 원인으로 하는 부당이득반환청구권과 금반언 또는 신의성실의 원칙에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 김재형, 대법관 안철상, 대법관 김선수, 대법관 이흥구, 대법관 오경미의 별개의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 노태악의 보충의견이 있다.

5. 담보권 실행을 위한 경매의 공신력에 관한 대법관 김재형, 대법관 안철상, 대법관 김선수, 대법관 이흥구, 대법관 오경미의 별개의견

다수의견은 민사집행법 제267조가 경매개시결정 전에 이미 담보권이 소멸하였던 경우에는 적용되지 않는다고 보아, 이미 소멸한 담보권에 기초하여 경매절차가 개시되고 부동산이 매각되어도 경매가 무효이고 매수인은 부동산의 소유권을 취득할 수 없다는 종래 판례를 유지해야 된다고 한다. 그러나 이러한 다수의견에 찬성할 수 없다.

법률은 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하여야 한다. 민사집행법 제267조는 '대금완납에 따른 부동산 취득의 효과'라는 제목으로 "매수인의 부동산 취득은 담보권 소멸로 영향을 받지 아니한다."라고 정하고 있다. 이 조항에서 '담보권 소멸'은 담보권이 유효하게 성립한 후 나중에 소멸한 경우를 가리키는 것

으로서 그 문언의 객관적 의미와 내용이 명확하므로, 여기에는 경매개시결정 이전에 담보권이 소멸한 경우도 포함된다고 해석하는 것이 법률의 문언에 부합한다. 이러한 해석은 민사집행법의 체계에도 부합한다. 이 조항보다 두 조문 앞에 있는 민사집행법 제265조는 '경매개시결정에 대한 이의신청사유'라는 제목으로 "경매절차의 개시결정에 대한 이의신청사유로 담보권이 없다는 것 또는 소멸되었다는 것을 주장할 수 있다."라고 정하고 있는데, 여기에서도 담보권 소멸을 경매개시결정 이후의 것으로 한정하고 있지 않다. 그러므로 민사집행법 제267조에서도 담보권 소멸을 제265조와 마찬가지로 경매개시결정 전후를 묻지 않고 담보권의 사후적 소멸을 모두 포함하는 것으로 보아야 한다. 이 조항의 입법과정에서 담보권의 부존재와 소멸을 가리지 않고 전면적으로 경매의 공신력을 인정할지가 논의되었는데, 담보권 소멸의 경우에만 부분적으로 공신력을 인정하는 취지로 입법이 이루어진 경위를 보더라도 위와 같은 해석이 타당하다. 나아가 경매제도에 대한 신뢰와 법적 안정성, 거래안전과 이해관계인의 이익형량을 고려하더라도 경매개시결정 당시 담보권이 이미 소멸한 경우에도 경매의 공신력을 인정할 필요가 있다.

위와 같은 민사집행법 제267조의 문언과 체계, 입법경위와 목적에 비추어, 이미 소멸한 담보권에 기초하여 경매절차가 개시되고 부동산이 매각된 경우에도 특별한 사정이 없는 한 경매는 유효하고 매각대금을 다 낸 매수인은 부동산 소유권을 적법하게 취득한다고 보아야 한다.

아래에서 좀 더 상세한 이유를 개진한다.

가. 민사집행법 제267조의 입법 취지와 경위, 문언의 통상적인 의미에 비추어 보면 이 조항은 '담보권 소멸', 즉 담보권이 유효하게 성립한 후 나중에 발생한 사유로 소멸

한 경우에는 담보권이 경매절차개시 전에 소멸한 것인지 여부를 묻지 않고 모두 적용된다고 해석하여야 한다.

(1) 통상적으로 담보권 부존재는 담보권이 처음부터 유효하게 성립하지 않았음을 뜻하고, 담보권 소멸은 일단 발생하여 유효하게 존재하던 담보권이 피담보채권 변제 또는 담보권설정계약 해지와 같은 후발적인 사유로 소멸한 것을 뜻한다. 민사집행법 제267조는 매각대금을 완납한 매수인의 소유권 취득이 담보권 소멸로 영향을 받지 않는다고 정하고 있으므로, 담보권 부존재의 경우에는 경매에 공신력이 인정되지 않아 매수인이 소유권을 취득할 수 없지만, 담보권 소멸의 경우에는 이 조항에 따라 매수인이 소유권을 취득할 수 있다고 보아야 한다. 그렇지 않고 담보권 부존재가 특정 시점, 이를테면 경매개시결정 시점을 기준으로 담보권이 이미 소멸한 경우를 포함하여 그 시점에 담보권이 존재하지 않는 것을 가리키고, 담보권 소멸은 그 시점 이후에 담보권이 소멸한 것만을 가리킨다고 보는 것은 문언의 통상적인 의미에 맞지 않는다.

(2) 임의경매는 담보권에 부존재, 무효 등 실체적 하자가 있으면 이에 기초한 경매가 무효로 되고 매수인은 소유권을 취득하지 못하게 된다. 그 결과 매수인의 지위가 불안정하고 거래안전이 저해된다. 나아가 경매절차에 대한 신뢰도를 떨어뜨리고 경매 물건이 저가에 매각되어 담보금융제도의 적정한 운영을 해치는 등 여러 문제점이 있다. 이 조항은 민사집행절차가 민사소송법에 포함되어 있을 당시에 있었던 구 민사소송법 제727조와 같은 내용인데, 그 조항은 위와 같은 문제점을 보완하기 위하여 신설되었다.

구 민사소송법 제727조를 입법하는 과정에서 담보권의 부존재와 소멸을 가리지 않고 전면적으로 경매의 공신력을 인정할지 논의하였는데, 담보권 소멸의 경우에만 부분

적으로 공신력을 인정하는 취지로 입법이 이루어졌다. 이 조항과 함께 신설된 구 민사소송법 제725조는 "경매절차의 개시결정에 대한 이의에서는 담보권의 부존재 또는 소멸을 주장할 수 있다."라고 정하였다. 함께 신설된 위 두 규정을 통일적으로 해석한다면 경매개시결정에 대한 이의사유로는 담보권의 부존재와 소멸 모두를 주장할 수 있고, 그중 담보권 소멸의 경우만 매수인의 소유권 취득에 영향을 미치지 않는 사유로 규정한 것이라고 볼 수 있다. 구 민사소송법 제727조에서 말하는 '소멸'을 제725조의 그것과 달리 경매개시결정 이후의 것으로 한정할 근거는 찾기 어렵다. 이것은 민사집행법 제267조에서도 마찬가지이다.

(3) 구 민사소송법 제727조가 신설되기 전에도 대법원은 경매개시결정 후 담보권이 소멸한 경우에는 예외적으로 공신력을 인정하였다(구 경매법 당시의 대법원 1964. 10. 13. 선고 64다588 전원합의체 판결, 대법원 1980. 10. 14. 선고 80다475 판결 등 참조). 만일 구 민사소송법 제727조가 경매개시결정 후 담보권이 소멸한 경우에만 적용된다고 보면, 위 조항이 신설되기 전과 후에 아무런 차이가 없게 되어 위에서 본 것처럼 경매절차에 대한 신뢰와 거래안전을 보호하기 위하여 위 조항을 신설한 입법취지가 퇴색된다. 또한 위 조항이 당시의 판례 법리를 확인하는 차원에서 입법되었다면, 그 문언을 '매수인의 부동산 취득은 경매개시결정 후 담보권 소멸로 영향을 받지 아니한다'와 같이 정함으로써 담보권 소멸의 시기를 명확히 하였을 것이다. 법률의 문언은 입법자의 의도를 발견할 수 있는 가장 중요한 징표이다. 이러한 점에서도 민사집행법 제267조는 담보권이 언제 소멸하였는지 묻지 않고 적용된다고 보는 것이 옳다.

나. 경매제도에 대한 신뢰와 법적 안정성, 거래안전과 이해관계인의 이익형량을 고려하더라도 경매개시결정 당시 담보권이 이미 소멸한 경우에도 경매의 공신력을 인정

하는 것이 타당하다.

(1) 임의경매는 당사자가 임의로 설정한 담보권을 실행하는 절차이고 집행권원이 요구되지 않는다는 점에서 강제경매와 차이가 있다. 그러나 임의경매도 국가기관이 개입하여 공적(公的)으로 환가 및 배당절차를 진행한다는 면에서 개인에 의한 사적(私的)인 담보권 실행절차와 동일하지는 않다. 임의경매와 강제경매는 개시의 원인이 다를 뿐 임의경매 절차에 강제경매에 관한 규정이 준용되어 동일한 절차로 진행된다(민사집행법 제268조). 경매에 참여하는 일반인도 국가기관이 법률에 따라 경매절차를 진행한다는 점을 신뢰하는 것이지, 경매가 집행권원에 기초한 것인지 담보권에 기초한 것인지에 따라 효력이 다르다고 생각하지 않는다. 담보권이 부존재하거나 소멸하였는지는 경매에 참여하는 이해관계인이 알 수 없는 사정이다. 일반인은 부동산을 낙찰받고 매각대금을 다 낸 매수인이 당연히 적법한 소유자임을 전제로 담보권 설정이나 매매 등 후속 거래를 한다.

경매절차가 나중에 무효가 될 수도 있다는 사정은 집행법원이 경매절차를 안정적으로 진행하는 데에도 지장을 초래한다. 채무자 및 소유자가 경매개시결정에 대한 이의를 하더라도 담보권 실행을 일시정지하도록 명한 재판의 정본(잠정처분)을 받아 이를 집행법원에 제출하여야 비로소 경매절차가 정지되는 것이 원칙이다. 그러나 현재 경매 실무에서는 이의신청이 있으면 잠정처분이 없더라도 집행법원이 사실상 남은 경매절차의 진행을 보류하는 경향이 있는데, 경매절차를 계속 진행하더라도 종국에는 그것이 무효로 될 수 있다는 부담이 있기 때문이다. 이로 말미암아 경매절차가 지연되고, 때로는 이의신청 제도가 채무자 등에 의해 경매절차를 지연시키는 수단으로 악용된다.

경매가 종료된 후 뒤늦게 경매의 기초가 된 담보권에 실체적 하자가 있음이 밝혀졌

다는 이유로 경매의 효력을 번복할 수 있다고 하면, 매수인의 소유권 취득을 전제로 한 처분행위가 소급적으로 무효가 되어 거래안전을 심각하게 저해한다. 등기의 공신력이 인정되지 않아 매수인 이후에 이루어진 부동산 매매나 담보권 설정 등 모든 거래가 전부 무효로 되고, 무효가 된 법률관계를 청산하기 위한 일련의 복잡한 분쟁이 발생한다.

이는 임의경매를 넘어서서 전체 경매절차에 대한 신뢰도와 경매참여 유인을 현저히 떨어뜨리고 경매 물건이 저가에 매각되도록 하여 경매제도와 담보금융제도의 효율적이고 적절한 운영을 해친다. 소유자의 권리를 보호한다는 이유로 경매의 공신력을 부정하고 경매의 효력을 쉽게 번복하도록 한다면, 종국적으로 소유물의 담보가치를 활용할 이익이 있는 소유자에게도 불리하게 작용할 수 있다.

(2) 담보권이 소멸한 경우 소유자나 채무자는 매각대금이 지급될 때까지 경매개시 결정에 대한 이의를 하거나(민사집행법 제268조, 제86조, 제265조), 담보권등기가 말소된 등기사항증명서 혹은 담보권 존재를 다투는 소를 제기하고 담보권 실행을 일시정지하도록 명한 재판의 정본을 받아 이를 경매법원에 제출하는 등으로 경매를 정지·취소시킬 수 있다(민사집행법 제266조 제1항). 소유자는 다양한 방법으로 어렵지 않게 경매를 저지할 수 있으므로, 소유자가 이러한 조치를 취하지 않은 채 경매가 종료되었다면 소유자보다 귀책사유 없는 매수인의 신뢰를 보호할 필요성이 훨씬 크다고 할 수 있다 [강제집행정지결정을 받기 위하여 종전에는 현금으로 담보를 제공해야 했지만, 현재는 지급보증위탁계약 체결문서를 제출하는 방식으로 담보제공이 가능하게 되었다. 대법원 재판예규인 「지급보증위탁계약 체결문서의 제출에 의한 담보제공과 관련한 사무처리 요령(재민 2003-5)」 참조].

(3) 담보권이 애초부터 부존재하거나 무효인 경우에도 소유자는 마찬가지로 경매절차를 저지할 수 있지만 이 조항은 그 경우에까지 공신력을 인정하지 않는다. 소유자에게 아무런 효력조차 발생하지 않았던 담보권에 기해 진행된 경매절차를 소유자가 적극적으로 저지할 의무는 없는데, 이러한 조치를 적시에 취하지 않았다고 하여 소유권을 상실시키는 것은 가혹하다고 여겨질 수 있다. 반면 담보권이 적법하게 성립하여 소유자에게 효력이 있었고 담보권자에게 환가권능이 부여된 경우에는 사정이 다르다. 담보권 소멸을 위해서는 채무자나 소유자가 피담보채무 변제 등 적극적인 행동을 하여야 하는 경우가 대부분이므로 그들은 그 기회에 담보권등기를 말소할 수 있다. 담보권등기가 말소되면 향후 이에 기초하여 새로운 경매가 개시될 수 없고, 이미 진행되고 있는 경매가 있다면 경매법원에 이의신청을 하거나 말소된 등기사항증명서를 제출하여 경매절차를 정지·취소시키는 등의 조치를 취할 수 있다. 담보권자가 환가권능을 가지고 있다는 외관을 스스로 형성한 소유자가 경매절차에서 아무런 이의를 제기하지 않음으로써 그러한 외관을 강화한 이상 제3자에 대한 관계에서 그로 인한 위험을 소유자에게 부담하도록 하는 것이 부당하다고 볼 수 없다. 민사집행법 제267조가 담보권 소멸의 경우에만 경매의 공신력을 인정하는 것은 이런 측면에서 이해할 수 있다.

그러나 담보권 소멸의 시기가 경매개시결정 전인지 경매개시결정 후인지를 구별하여 민사집행법 제267조의 적용 여부를 달리 보는 것은 법적인 근거가 없다. 위에서 보았듯이 임의경매와 강제경매의 공신력을 달리 보는 근본적인 이유는 집행권원 유무에 있으므로, 경매개시결정 후 담보권이 소멸한 경우에만 공신력을 인정하는 해석론은 경매개시결정에 집행권원과 같이 담보권의 실체적 존재를 징표하는 어떤 법적인 의미가 있을 때 그 타당성을 인정할 수 있다. 그러나 집행법원이 담보권 실행을 위한 경매절

차를 개시할 때에는 등기사항증명서와 같이 담보권의 형식적 존재를 증명하는 서류를 조사하는 것으로 충분하고 피담보채권의 존부는 조사할 필요가 없다. 피담보채권의 존부는 이를 이유로 경매개시결정에 대한 이의가 있을 때 비로소 심리·판단될 뿐이다(대법원 2000. 10. 25. 자 2000마5110 결정 등 참조). 따라서 집행법원의 경매개시결정이 그 당시 담보권이나 피담보채권이 실체적으로 존재함을 징표한다고 볼 수 없다.

실권효의 측면에서 보더라도 담보권 소멸의 시기가 언제인지에 따라 그 취급을 달리하는 것은 부당하다. 담보권 소멸의 시기가 경매개시결정 전이든 후이든, 채무자 및 소유자는 경매개시결정을 송달받음으로써 자신이 설정한 담보권에 기초하여 현재 경매절차가 개시되어 진행된다는 사정을 구체적으로 인식하게 된다. 경매절차가 실체관계에 맞지 않게 진행된 것이라면 자신이 부여한 외관에 따른 경매절차의 진행을 막을 의무가 있고, 이는 담보권이 언제 소멸했는지에 따라 달라지지 않는다.

다수의견은 민사집행법 제267조에서 정한 '소멸'이 경매개시결정 전에 담보권이 소멸되는 경우를 포함하는 의미인지가 불분명하고 종래 판례는 그 의미를 분명히 밝힌 것이라고 한다. 그러나 이 조항은 그 의미가 명확하여 달리 해석할 여지가 없으므로, 다수의견과 같은 해석은 법규정의 가능한 범위를 넘는 목적론적 축소로서 법관에 의한 법형성에 해당한다. 그런데 담보권 소멸의 시기가 경매개시결정을 기준으로 하여 그 전인지 후인지에 따라 이 조항의 적용 여부를 달리 볼 만한 근거가 없다. 이러한 목적론적 축소는 법원의 법률해석권의 범위를 명백히 벗어난 것이다.

(4) 경매가 무효라고 할 경우 매수인은 경매부동산의 소유권을 취득할 수 없고 매각대금은 배당에 참여한 채권자로부터 부당이득으로 반환받아야 한다(대법원 1991. 10. 11. 선고 91다21640 판결 등 참조). 민사집행법이 압류선착주의가 아닌 채권자평등주

의를 채택하여 소유자의 일반채권자도 쉽게 배당에 참여하여 안분배당을 받는 점을 고려하면, 매수인이 배당을 받은 모든 채권자들을 상대로 부당이득반환 청구를 하여 집행권원을 얻고 매각대금을 회수하는 데에는 현실적으로 많은 어려움이 따른다.

반면 경매가 유효하다고 보면 소유자는 경매부동산의 소유권을 상실하지만 무효인 담보권에 기초하여 배당을 받은 경매채권자 외에 배당받은 다른 채권자에 대해서는 적법하게 채무를 변제한 효과가 있고, 경매채권자에게서만 배당금을 반환받으면 되므로 법률관계가 훨씬 간명하다. 매수인의 소유권 취득과 그에 따른 처분행위를 무효로 함으로써 오는 법적 안정성의 극심한 혼란이나 경매 및 담보제도에 미치는 악영향이 없음은 물론이다.

채무자가 경매절차를 정지·취소시킬 수 있었는데도 이러한 조치를 취하지 않은 것은 경매를 받아들이겠다는 의사일 가능성이 높다. 이러한 채무자의 의사와 달리 후순위 채권자 등 채무자의 이해관계인들이 이의를 제기하면서 경매의 무효를 주장하는 경우가 더 빈번할 수 있다.

다수의견은 진정한 소유권의 보호를 강조한다. 그러나 이 사건과 같은 쟁점이 문제되는 상황은 소유자의 의사에 기초한 진정한 소유권 회복의 국면이 아닐 여지가 크고, 그렇다면 매수인의 보호를 더 우선하는 것이 타당하다.

(5) 경매가 무효인 경우에도 소유자가 경매 진행 사실을 알면서 경매를 저지하기 위한 조치를 취하지 않고 배당금을 이의 없이 받는 등 객관적으로 경매가 유효하다는 신뢰를 부여하였다면 이후 소유자가 경매 무효를 주장하며 매수인을 상대로 소유권이 전등기 말소를 구하는 것은 금반언이나 신의성실의 원칙에 위반되어 허용될 수 없다고 한 판결들이 있다(대법원 1992. 7. 28. 선고 92다7726 판결, 대법원 1993. 12. 24. 선고

93다42603 판결, 대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다51627 판결 등 참조). 대법원은 이러한 법리를 토대로 경매가 무효인 경우에도 소유자는 매수인의 소유권 취득을 다투는 대신 무효인 담보권자에 대한 배당에 대해 이의할 수 있다고 하였다(대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다51627 판결 참조). 이 사건의 다수의견도 제2차 경매가 무효라고 하면서도 금반언과 신의성실의 원칙을 들어 원고가 부당이득반환을 청구할 수 있음을 인정한다.

이는 이미 종료된 경매를 뒤늦게 무효로 하면 구체적 타당성에 반하는 경우가 많고 법률관계에 큰 혼란을 초래한다는 점을 고려한 것이다. 그러나 실체적 법률관계에 부합하는 주장을 신의성실의 원칙과 같은 일반원칙으로 제한하는 것은 법적 안정성에 대한 중대한 위협이 될 수 있어 예외적으로만 인정하여야 한다(대법원 2004. 1. 27. 선고 2003다45410 판결, 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007다33224 판결 등 참조). 금반언이나 신의성실의 원칙과 같은 추상적 원칙을 적용하여 무효인 경매를 사실상 유효하게 취급하는 것보다 이 조항의 문언에 충실하게 '담보권 소멸'의 경우 경매에 공신력을 인정하는 것이 법적 안정성과 구체적 타당성을 함께 도모하는 길이다.

다. 임의경매와 강제경매의 차이점이나 등기 공신력에 관한 법리가 이러한 해석에 방해된다고 할 수 없다.

(1) 위에서 보았듯이 임의경매는 강제경매와 달리 집행권원을 필요로 하지 않는 반면, 임의경매의 기초가 된 담보권에 실체적 하자가 있는 경우 경매가 원칙적으로 무효라고 하였고 경매개시결정 당시 담보권이 존재하였던 경우에 한하여 공신력을 인정하였다. 그러나 집행권원의 존부와 경매의 공신력 유무는 결론을 같이하여야 할 논리필연적 관계에 있지 않다. 집행권원 가운데도 확정되지 않은 가집행선고부 판결과 같이

상소를 통해 취소될 가능성이 있는 경우에도 그에 기초한 강제경매의 공신력이 인정된다(대법원 1990. 12. 11. 선고 90다카19098, 19104, 19111 판결 등 참조). 한편 집행증서는 공증인이 법률이 정한 절차와 방식에 따라 작성한 것인데도 무권대리인의 촉탁에 따라 작성되었다는 사정이 나중에 밝혀지면 그에 기초한 강제경매는 무효로 된다(대법원 1992. 7. 28. 선고 92다7726 판결 등 참조).

경매에 공신력을 인정할지는 경매제도에 대한 신뢰와 거래안전, 이해관계인의 이익형량 등을 고려하여 결정할 입법정책의 문제이다. 강제경매와 달리 임의경매에 공신력을 인정하지 않는 것이 반드시 논리적이고 타당하다거나, 임의경매의 공신력을 넓게 인정한다고 해서 경매절차에 관한 전체 법체계와 조화되지 않는다고 할 수 없다. 오히려 임의경매와 강제경매의 차이점에도 불구하고 임의경매에도 부분적으로 공신력을 인정하기 위하여 민사집행법 제267조가 입법된 것으로 볼 수 있다. 그러한 차이가 없다면 이 조항이 존재할 이유도 없다. 따라서 임의경매에 집행권원이 요구되지 않는다는 사정이 곧 이 조항의 적용범위를 문언의 의미보다 축소할 근거가 될 수 없다.

(2) 등기제도와 경매제도는 각자의 목적과 기능을 달리하는 별개의 제도이다. 등기와 경매의 공신력을 인정할지는 이러한 제도를 규율하는 법령의 내용, 전체 체계와 이해관계, 실무관행 등 여러 사정을 고려하여 다르게 정할 수 있다. 담보권등기의 공신력을 인정하지 않으면서 경매의 공신력을 인정하는 것이 법체계적으로 모순된다고 할 수 없다.

민사집행법 제267조는 담보권이 소멸하였는데도 경매가 이루어져 매수인이 매각대금을 다 낸 경우에 한하여 경매가 유효하다고 보는 것이다. 이와 같이 해석한다고 해서 소멸한 담보권등기 전체에 공신력을 인정하는 결과가 되는 것도 아니다. 우리나라

와 비슷한 민사집행법 체계를 갖춘 일본은 등기에 공신력을 인정하지 않으면서도 담보권 소멸은 물론 담보권 부존재의 경우까지 임의경매의 공신력을 폭넓게 인정하고 있다. 따라서 등기 공신력의 부재가 위와 같은 해석에 방해가 되지 않는다.

라. 이 사건 쟁점은 경매에 관한 제도 개선과 사회적 여건의 변화가 상당히 이루어진 현재의 시점에서 소멸된 담보권에 기초한 임의경매의 효력을 어떻게 볼 것인가라는 관점에서 판단하는 것이 바람직하다. 후발적 부실등기에 기초하여 경매절차가 진행된 경우 그에 따른 법률관계를 어떻게 정리할 것인가가 문제되고, 법원은 경매절차를 신뢰하고 매각대금을 다 낸 매수인, 그리고 그를 신뢰하고 다시 부동산을 매수한 전득자에게 부동산 소유권을 취득하도록 할 것인가를 결정하여야 한다.

대법원은 배당받을 권리 있는 채권자가 경매절차에서 배당이익을 하였는지와 상관없이 부당이득반환 청구를 할 수 있다는 종전 판례를 유지하고 있다(대법원 2019. 7. 18. 선고 2014다206983 전원합의체 판결 참조). 위 사건은 일단 경매가 유효함을 전제로 배당이익을 하지 않은 채권자의 실체법상 권리를 어떻게 취급할 것인지에 관한 것으로서, 오로지 경매절차에 참여한 채권자들 사이의 공평 및 이해관계의 조정이 문제되었다. 반면 이 사건은 경매 자체의 효력을 어떻게 볼 것인지에 관한 것으로서, 거래안전 및 경매절차에 대한 신뢰와 직결되는 문제라는 점에서 위 사건과는 그 국면이 다르다.

경매도 법원의 재판이며, 공적으로 진행되는 집행절차에 대한 국민들의 신뢰도, 경매절차를 둘러싼 현재의 상황 등에 비추어 볼 때 경매제도에 대한 신뢰를 보호하는 방향으로 나아갈 필요가 있다. 이와 같이 보는 것이 후발적 부실등기의 발생을 줄이고 이미 발생한 후발적 부실등기로 인한 사회적 거래비용을 줄이는 데 도움이 된다.

이미 경매절차가 개시된 이상 그 경매의 효력을 어떻게 볼 것인가는 집행법의 영역에 속하는 문제이고, 이를 해결하기 위해 입법자는 민사집행법 제267조를 둔 것이다. 채무자 및 소유자는 상대적으로 쉽게 등기를 말소함으로써 부실등기의 발생을 방지하거나, 등기를 말소하지는 않더라도 적어도 진행 중인 경매절차를 여러 차례에 걸쳐 정지·취소시킬 수 있다. 반면 매수인이 임의경매의 기초가 된 담보권의 소멸 여부와 그 시기를 조사하는 것은 거의 불가능하며, 훨씬 더 많은 비용과 노력을 수반한다. 이들 중 어느 쪽을 더 보호할 것인지에 관하여 이익형량을 하더라도 매수인에 대한 보호를 제한하는 쪽으로 이 조항을 해석하는 것은 바람직하지 않다.

비교법적으로 살펴보더라도 독일과 일본은 실체적 하자가 있는 담보권에 기초하여 개시된 임의경매의 공신력을 폭넓게 인정하는 방향을 채택하고 있다. 민사집행법이 규정한 내용보다 더 좁게 해석하여 임의경매의 공신력을 부정하거나 제한하는 것은 올바른 법해석의 방향이 아니다.

다시 한 번 강조하자면, 민사집행법 제267조는 매수인의 부동산 취득은 담보권 소멸로 영향을 받지 않음을 명시하고 있다. 이 조항의 의미를 기존 판례와 같이 제한적으로 해석할 이유가 없다. 판례는 특정 사건과 관련한 쟁점에 관하여 대법원이 판단한 법령의 해석·적용에 관한 의견으로서 그 후속 사건에서 존중되어야 함은 물론이다. 그러나 판례 자체가 법은 아니다. 오래된 판례라고 하더라도 정당한 근거가 없으면 변경될 수 있는 것이고, 판례가 법에 우선할 수는 없다.

마. 이 사건에 관한 판단

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 살펴본다.

피고는 이 사건 근저당권에 기초하여 제1차 경매를 신청하여 그 피담보채권이 확정

되었고 피담보채권 전액을 변제받아 근저당권이 소멸하였다. 그런데 이를 간과하고 소멸한 근저당권에 기초하여 제2차 경매절차가 개시되고 부동산이 매각되어 매수인이 매각대금을 다 냈다. 그렇다면 민사집행법 제267조에 따라 제2차 경매는 유효하고 매수인은 경매부동산의 소유권을 적법하게 취득한다.

원고는 제2차 경매절차에서 첫 경매개시결정 전에 등기된 가압류채권자(민사집행법 제148조 제3호)로서 배당을 받을 수 있는 해동신용금고로부터 피보전권리를 양수하였으므로, 배당표가 확정되기 전까지 경매법원에 피보전권리를 양수하였음을 소명하여 가압류채권자의 승계인 지위에서 배당을 받을 수 있다. 배당받을 권리 있는 원고가 배당을 받지 못하고 그로 말미암아 권리 없는 피고가 배당받았으므로, 원고는 당시 배당을 받을 수 있었던 범위에서 피고를 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있다.

그런데도 원심은 경매개시결정 전 이미 담보권이 소멸한 경우에는 민사집행법 제267조가 적용되지 않는다는 전제에서, 이미 소멸한 근저당권에 기초한 제2차 경매는 무효이므로 매수인은 소유권을 취득할 수 없고 피고가 배당받은 금액은 원고가 아닌 매수인에게 반환되어야 한다고 보아 원고의 청구를 받아들이지 않았다. 원심판단은 민사집행법 제267조의 적용범위와 경매의 효력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

이상과 같은 이유로 다수의견과는 원심을 파기한다는 점에서는 결론이 같지만, 이 사건 경매의 효력에 관하여 다수의견과 이유가 다르므로 별개의견을 개진한다.

6. 다수의견에 대한 대법관 노태악의 보충의견

다수의견에서 든 논거를 보충하면서 별개의견이 들고 있는 논거에 대하여 중복되지 않는 범위에서 반박하고자 한다.

가. 담보권이 경매개시결정 전에 소멸한 경우와 후에 소멸한 경우를 다르게 취급할 필요성

(1) 별개의견은 다음과 같이 주장한다. 이 사건 조항은 그 의미가 명확하여 달리 해석할 여지가 없으므로 다수의견과 같은 해석은 목적론적 축소해석에 해당한다. 담보권 소멸의 시기가 경매개시결정을 기준으로 그 전인지 후인지에 따라 이 사건 조항의 적용 여부를 달리 취급할 법적인 근거가 없으므로 이러한 해석은 허용될 수 없다. 또한 이는 경매절차에 대한 신뢰와 거래안전을 보호하기 위하여 이 사건 조항을 신실한 입법취지를 퇴색시킨다는 것이다.

담보권 부존재와 소멸의 문언상 통상적 의미의 차이에도 불구하고 다수의견이 주목하는 것은 경매개시결정 시점을 기준으로 그 법률적 효과의 차이에 관한 것이다. 즉, 담보권이 이미 소멸한 경우는 그 담보권의 실체가 없고 그러한 담보권에 기한 경매개시결정은 환가권능의 대행이 불가능하여 애초에 적법하다고 볼 수 없다. 이와 같이 경매개시결정이 가지는 실체법적 효력에 비추어 보면, 담보권이 부존재하는 것과 경매개시결정 전 담보권이 이미 소멸한 경우는 법률적으로 아무런 차이가 없고, 오히려 경매개시결정 후 담보권이 소멸된 경우와는 분명히 구별된다. 다수의견은 이러한 측면에서 이 사건 조항에서 정한 '담보권 소멸'이라는 표현이 그 의미가 명확하여 달리 해석할 여지가 없는 경우라고 볼 수 없으며, 문언이 갖는 사실상의 의미에 대한 법률적 평가를 같이 함으로써 '법문언의 가능한 의미' 안에서 구체적인 법발견을 할 수 있다는 것이다. 설령 그렇지 않다고 하더라도 경매개시결정 후 담보권이 소멸한 경우에만 이 사건 조항을 적용하는 것은, '다른 것은 다르게' 취급하여야 한다는 정의의 요청에 따라 그 법규의 적용범위를 제한하여 해석할 필요가 있는 경우에 허용되는 목적론적 축소해

석에 해당하므로 법원의 법률해석권의 범위를 벗어난 것이 아니다.

(2) 임의경매를 개시하기 위해서는 집행권원이 요구되지 않으므로 임의경매의 정당성은 담보권의 존재 그 자체에 근거한다. 민법 제363조 제1항에서 저당권자는 그 채권의 변제를 받기 위하여 저당물의 경매를 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로 이미 저당권이 소멸한 상태라면 처음부터 담보권이 부존재·무효였던 경우와 마찬가지로 저당권자의 경매청구권 자체가 인정되지 않는다. 이때 경매개시결정 자체에 집행권원과 같이 어떠한 권리의 존부를 확인하는 의미가 있는지를 따지는 것은 임의경매의 효력과 정당성이 무엇에 근거하는지의 문제와는 관계가 없다. 임의경매에서 경매개시결정이 당시 담보권이 존재함을 확인해 주는 것은 아니나 그럼에도 경매개시결정 전후로 담보권의 소멸을 달리 취급하는 것은, 앞서 본 바와 같이 경매개시가 언제 이루어졌는지에 따라 그 경매절차가 실체법적으로 갖는 의미가 전혀 다르기 때문이다.

(3) 이 사건 조항의 입법경위를 보더라도 이러한 점을 확인할 수 있다. 이 사건 조항이 신설되기 전에는 임의경매의 공신력에 관하여 아무런 규율이 없었음에도 판례의 해석론으로서 이를 부분적으로 인정해 오고 있었다. 이러한 상황에서 구 경매법을 폐지하고 임의경매에 관한 규정을 구 민사소송법에서 흡수하면서 임의경매의 공신력을 전면적으로 인정할지가 논의되었다. 그러나 입법자는 이 사건 조항에 담보권이 부존재하는 경우를 포함시키지 않았는데, 이는 담보권이 부존재하는 경우까지 경매의 공신력을 인정하는 것은 부동산등기에 공신력이 없고 임의경매는 집행권원을 요하지 않는 우리 법체계와 어울리지 않는다고 보았기 때문이다. 경매가 개시되기 전에 담보권이 소멸한 경우는 그 담보권에 내재하는 실체적 환가권능이 없다는 점에서 담보권이 부존재하는 것과 마찬가지로라는 점은 다시 말할 필요가 없다. 결국 이 사건 조항은 우리 법체

계 하에서 매수인을 보호하기 위한 예외적인 규정으로서 경매개시 후 담보권이 소멸한 경우 제한적으로 공신력을 인정한 선례의 태도를 확인하는 의미로 입법된 것이라고 봄이 타당하다.

또한 실권효라는 측면에서도 경매개시결정 전에 담보권이 소멸된 경우와 후에 소멸된 경우는 구분된다. 보다 자세한 내용은 항을 바꾸어 살펴본다.

나. 경매의 공신력 인정근거인 실권효 측면에서의 검토

(1) 경매의 공신력을 인정하는 이론적 근거는 실권효에 있다. 즉, 소유자가 경매절차에서 경매의 효력을 다룰 수 있었는데도 다투지 않았다면 소유자의 정적 안전의 보호보다 매수인의 대금납부로 인한 소유권 취득에 대한 기대의 보호를 우선해야 한다는 것이다. 이와 같이 실권효에 근거하여 경매의 공신력을 인정하기 위해서는 집행권원이 요구되거나 실체적 하자를 이유로 경매절차의 진행을 다룰 수 있어야 하고, 다룰 기회가 보장되었음에도 이를 게을리한 데에 대하여 소유자의 귀책을 인정할 수 있어야 한다. 그러나 절차법상 불복을 하지 않았다는 이유만으로 실체법상 권리를 상실시키는 것은 어디까지나 예외적으로 그러한 취급을 할 필요성과 정당성이 있는 경우에 한하여야 한다.

비교법적으로 살펴본다. 독일은 임의경매도 강제경매와 동일하게 집행권원을 요구하고 경매의 공신력을 인정한다. 일본은 임의경매 개시를 위해 담보권의 존재에 대한 법정문서의 제출을 요구하고 담보권의 부존재, 소멸을 경매개시결정에 대한 이의사유로 규정하며, 담보권 부존재에 관한 법정서류가 제출되면 직권으로 경매절차를 정지하는 등 우리와 임의경매에 대한 규율이 유사하다. 그러나 일본은 임의경매에서의 매수인의 부동산 취득은 담보권의 부존재 또는 소멸에 의하여 방해받지 아니한다는 명문의

규정을 둠으로써 입법으로 공신력을 부여하였다.

반면 우리는 임의경매에서 집행권원을 요구하지 않고 있으며, 담보권의 부존재에 대해서는 경매의 공신력을 인정하는 규정을 두고 있지 않다. 실체적 하자를 이유로 불복할 수 있는 기회를 부여하고, 그럼에도 다투지 않은 경우에 예외적으로 그러한 귀책사유에 근거하여 공신력을 부여할 뿐이다. 그리고 이러한 입장은 이 사건 조항이 신설되기 전의 해석론부터 이 사건 조항이 신설된 후로 현재에 이르기까지 전혀 변경된 바가 없다. 명문의 규정에 대한 비교 없는 비교법적 검토는 입법할 때의 참고사항에 그치고 현행법 해석의 기준으로 삼을 것은 아니다.

(2) 채무자나 소유자는 여러 이유에서 경매절차의 진행을 다투지 못할 수 있고, 특히 이미 담보권이 소멸한 경우 그가 경매절차의 진행을 다투지 않았다 하여 그에게 귀책사유가 있다는 이유로 그 실체법상 권리를 박탈하는 것이 정당화된다고 단정하기 어려운 경우도 있다. 이를테면 소유자가 담보권의 소멸 여부와 그 시기를 항상 명백하게 인식할 수 있는 상태에 있다고 보기는 어렵다. 피담보채권의 소멸시효가 여러 차례 중단되었다가 다시 진행되는 등 시효기간이 지났는지 여부나 공동근저당권의 경우 피담보채권이 언제 확정·소멸되었는지 여부는 일반인이 쉽게 알기 어려울 수 있다. 특히 물상보증인인 소유자의 경우 채권자와 피담보채권에 관한 직접적 원인관계가 없어 피담보채권의 소멸 여부 및 경매개시 가능성에 대하여 예견하기 어려운 경우가 많을 것이다. 개정된 대법원 재판예규 「지급보증위탁계약 체결문서의 제출에 의한 담보제공과 관련한 사무처리요령(재민 2003-5)」에 따르면 매각허가결정에 대한 항고에 있어서의 보증은 여전히 현금담보를 제공할 것을 요구한다. 이러한 사정이 존재함에도 애초에 담보권이 소멸한 상태에 있어 정당한 근거 없이 경매절차가 개시된 경우까지

소유자가 적극적으로 이의하여 경매절차를 정지·취소시킬 조치를 취하지 않았다는 이유로 그 진정한 권리를 상실시키는 것이 과연 타당하다고 할 것인가.

(3) 결국 부동산등기의 공신력을 인정하지 않고 있는 현행 법체계 하에서 임의경매의 공신력을 원칙적으로 부정하더라도 예외적으로 인정할 필요성이 있는 경우가 분명히 존재한다. 임의경매 절차에서는 실체적 하자를 이유로 들어 불복할 수 있도록 하되 그럼에도 다투지 않았다면 경우에 따라 실권효를 인정할 수 있다. 그러나 경매개시결정 전 담보권이 소멸하였다면 애초에 유효한 담보권에 기하여 절차가 개시되었다고 할 수 없으므로 실권효를 근거로는 공신력을 인정할 수 없다. 판례는 이러한 사정을 종합적으로 고려하여 대립되는 이익을 형량하여 경매개시결정 후 담보권이 소멸한 경우에만 공신력을 인정하는 것이다. 이러한 해석론을 변경하여야 할 아무런 이유가 없다.

다. 현행법 체계 하에서 종전 판례를 유지할 필요성

(1) 대법원은, 경매절차에서 배당받을 수 있었던 채권자가 배당이의를 하지 않아 배당표가 확정되었다도 배당금을 수령한 다른 채권자를 상대로 부당이득반환 청구를 할 수 있는지가 문제된 사건에서, 채권자의 배당이의 없이 배당절차가 종료되었다도 그의 몫을 배당받은 다른 채권자에게 그 이득을 보유할 정당한 권원이 없는 이상 잘못된 배당의 결과를 바로잡을 수 있도록 하는 것이 실체법 질서에 부합한다는 종전 판례의 타당성을 재확인하고 부당이득반환 청구를 할 수 있다고 한 종전 판례를 유지하였다(대법원 2019. 7. 18. 선고 2014다206983 전원합의체 판결 참조). 별개의견은 위 판례의 의미에 대하여 오로지 경매절차에 참여한 채권자들 사이의 실체적 권리관계에 대한 이해를 조정하는 것이라 한다. 그러나 위 전원합의체 판결을 그와 같이 제한적으로 해석하려는 별개의견의 입장은 쉽게 동의하기 어렵고, 오히려 대법원은 위 판결을 통

해 배당절차의 조속한 확정과 집행제도의 안정 및 효율적 운영의 필요성에도 불구하고 경매절차의 종결을 이유로 실체법상 권리를 소멸시킬 수 없다는 입장을 명확히 한 것이라고 할 수 있다. 이 사건에서 임의경매의 공신력 확대를 위해 판례를 변경할 필요가 있다는 별개의견의 기본인식도 실권효에 기초하여 경매절차의 안정성을 확보하자는 데에 있는 것으로, 이러한 접근은 경매절차에서 절차의 종결을 이유로 실체적 권리를 소멸시킬 수 없다는 점을 확인한 대법원의 입장과 배치되는 방향임이 분명하다.

(2) 경매절차의 적정한 운영과 거래안전, 경매제도에 대한 신뢰를 보호할 필요성이 크다는 점에는 별다른 의문이 없다. 그러나 부동산등기의 공신력을 인정하지 않고 있는 현재 선불리 경매의 공신력만을 확대하는 것은 예상치 못한 부작용을 가져올 염려도 있다. 부동산등기의 공신력을 부정하고 있는 법체계 하에서, 사람들이 이를 신뢰하여 이미 소멸한 등기를 말소하지 않음으로써 후발적 부실등기가 발생할 수 있다는 점은 앞서 다수의견에서 언급한 바와 같다. 또한 근저당권 말소등기를 할 때에도 등기비용이 발생하고 말소등기도 근저당권자와 근저당권설정자 쌍방의 신청이 있어야 한다. 소유자가 말소등기를 하려면 근저당권자의 협조가 필요하고 협조를 받지 못하면 재판으로 할 수밖에 없다. 이러한 절차와 비용의 번거로운 문제 때문에 거래계에서는 해당 부동산에 대하여 처분행위를 하는 등 반드시 그 등기를 말소할 필요가 있을 때 비로소 그 근저당권설정등기를 말소하게 되는 사정이 있다. 따라서 말소등기 절차와 관련하여 그 절차와 비용을 간이화함으로써 부실등기를 줄여나가는 노력을 기울여야 한다. 채무자 및 소유자에 대한 송달을 제대로 시행하고 그 적법성을 엄격히 판단함으로써 그 절차적 권리를 보장하여야 할 필요가 있음은 물론이다. 소유자에게 경매를 저지하지 않은 데 귀책사유가 있다면 경매의 효력이 문제되는 소송과정에서 충실한 심리와 판단을

통해 금반언이나 신의성실의 원칙 등을 적용함으로써 구체적으로 타당한 결론을 도출하는 것이 대립되는 이익 사이의 조화를 도모할 수 있는 합리적인 제도운영이라고 할 수 있다.

(3) 현재의 판례를 유지하더라도 별개의견이 지적하는 바와 같이 매수인의 법적 지위에 미칠 영향이 크다고 볼 수 없다.

이 사건과 같은 쟁점이 문제되는 상황에서 경매를 무효라고 보더라도 배당에 참여한 채권자들 입장에서는 경매의 무효를 실제 주장하지 않을 가능성이 높다. 경매가 무효가 될 경우에는 배당 자체도 무효가 되어 채권자들은 매수인에게 배당액을 부당이득으로 반환해야 하기 때문이다. 채무자나 소유자의 입장에서도 통상 채무초과 상태에서 경매가 진행되는 것이 일반적일 것인데, 이미 배당을 통해 채무변제의 이익을 얻었고, 설령 경매가 무효가 되어 부동산의 소유권을 회복하더라도 다시 강제집행이 이루어져 소유권을 상실할 가능성이 크므로 소유권을 회복할 이유가 크지 않아 보이는 것이다.

한편 경매를 무효로 보아 채무자나 소유자에게 소유권이 회복되고 다시 강제집행이 이루어질 경우에 소멸된 근저당권에 기하여 배당을 받은 채권자만 배당에서 제외되어 그 배당액에 대한 조정만 이루어질 뿐 종전과 동일한 내용의 배당이 이루어질 것이다. 이러한 결과는 배당에 참여하였지만 배당을 받지 못한 채권자들이 소멸된 근저당권에 기하여 배당을 받은 채권자를 상대로 배당이의의 소를 제기하는 것과 동일하다. 결국 경매를 무효로 보더라도 실제 집행절차에 있어서는 위와 같이 배당이의를 통해 권리관계의 조절이 이루어질 가능성이 높다. 이 사건의 경우에도 원고는 경매가 무효라고 주장하지 않고 근저당권자인 피고를 상대로 배당이의를 소를 제기하여 실체적 권리를 실현하고자 하였다. 이때 근저당권자가 경매의 무효를 주장하더라도 이는 경매의

유효를 주장하면서 배당까지 받았던 근저당권자가 돌연 입장을 바꿔 경매의 무효를 주장하는 것이므로 금반언의 원칙이나 신의성실의 원칙을 들어 그 주장을 배척하여 경매 절차의 안정을 유지할 수 있다.

이와 같이 경매개시결정 전에 소멸한 담보권에 기한 경매를 무효로 보더라도 현실적으로 매수인의 소유권 취득이 다투어질 가능성은 낮다. 설령 다투어지더라도 매수인의 법적 지위에 불안이 생길 가능성은 크지 않을 수 있고, 이러한 사례가 빈번하게 발생할 가능성도 없어 보인다. 나아가 실제 이러한 분쟁이 발생하더라도 앞서 본 바와 같이 현재의 제도 안에서 충분히 해결이 가능한데도 그 해결을 위하여 부동산등기의 공신력이나 경매의 공신력 등 법체계 근간에 영향을 미치는 종래의 확립된 판례를 변경하는 데에는 신중을 기할 필요가 있다는 점을 다시 한 번 강조하고자 한다(오랫동안 큰 틀에서 법리를 유지하면서 구체적인 사실관계에 따라 합리적인 해석을 통해 공평을 기하여 온 선례와 이러한 선례를 신뢰하고 거래관계를 유지한 당사자의 의사를 존중하여야 한다는 최근의 위약벌에 관한 대법원 2022. 7. 21. 선고 2018다248855, 248862 전원합의체 판결 중 다수의견에 대한 보충의견 참조).

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 개진한다.

재판장 대법원장 김명수

주 심 대법관 김재형

대법관 조재연

대법관 박정화

대법관 안철상

대법관 민유숙

대법관 김선수

대법관 이동원

대법관 노정희

대법관 노태악

대법관 이흥구

대법관 천대엽

대법관 오경미