

보증인의 변제자대위를 위한 부기등기 필요성 검토와 민법개정 제안*

정 상 현(鄭相鉉)**

【목 차】

I. 서 설	1. 우리민법 제482조 제2항의 부기등기 규정
II. 변제자대위에 따른 법률관계와 부기등기의 관련성	2. 독일과 프랑스 민법의 부기등기
1. 변제자대위의 법률관계	3. 일본민법 제501조의 제정 및 개정과 부기등기
2. 변제자대위의 부기등기	IV. 우리민법의 부기등기 규정 해석
3. 변제자대위에서 부기등기의 역할과 구체적 의문	1. 부기등기와 관련된 민법 제482조의 해석
III. 변제자대위에 관한 부기등기 규정의 연혁과 입법례	2. 부기등기 규정 준폐론
	V. 결 어

【국 문 요 약】

변제자대위의 효과와 대위자 사이의 관계에 대한 민법 제482조에서 그 제2항 제1호는 보증인이 담보 부동산의 제3취득자에게 채권자를 대위하기 위해서는 담보권 등기에 부기등기를 해야 한다고 규정한다. 그리고 다수의 보증인과 물상보증인 사이의 대위를 규정한 동항 제5호에서 담보물이 부동산인 경우 부기등기에 관한 제1호를 준용하고 있다. 이러

* 이 논문은 2021년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 인문사회분야 중견연구자지원사업의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2021S1A5A2A01065006).

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수·법학박사.

한 부기등기는 보증인의 피담보채무 변제로 저당권이 소멸되었다고 믿고 담보 부동산을 취득한 제3자를 저당권 실행으로 인한 소유권의 상실 위험으로부터 보호하기 위한 것이다. 즉 저당권부 피담보채무의 변제 사실을 알고 담보 부동산을 취득하려는 자가 변제로 인한 저당권의 소멸을 예상하였으나, 변제자대위로 저당권이 소멸되지 않고 그 실행으로 그가 취득한 부동산의 소유권을 상실할 가능성이 있음을 부기등기를 통하여 알리기 위한 것이다.

그런데 변제자대위를 위한 부기등기는 변제자대위의 대상이 된 부동산의 제3취득자가 저당권 실행으로 소유권을 상실할 위험과 무관하다는 점에서 그 실효성에 의문이 있다. 즉 담보 부동산의 제3취득자는 보증인에 의한 주채무의 변제로 저당권이 소멸될 것이라고 신뢰하였다는 것인데, 보증인에 의하여 변제자대위가 되면 저당권이 소멸되지 않을 뿐만 아니라 저당권 설정등기가 말소되지 않은 상태가 유지되어 언제든지 그 실행 가능성이 있다. 이런 상태에서 담보 부동산을 취득한 제3자는 저당권 실행의 위험을 감수한 것으로 볼 수밖에 없어, 당초 저당권과 그 등기의 소멸을 신뢰하였다는 제3취득자를 보호할 필요가 있는지 의문이다.

주채무가 보증인에 의하여 변제되더라도 채권자의 채권 및 그 담보권은 소멸되지 않고 부동산등기부에서도 담보권의 말소등기가 되지 않아 대위변제자에 의한 담보권 실행을 막을 수 없다. 담보권이 설정된 부동산을 취득하려는 제3자도 부동산등기부의 공시기능에 비추어 이러한 사실을 알아야 한다. 부동산등기부를 확인하지 않거나 확인했음에도 대위 변제에 따라 근저당권이 말소될 것이라고 믿고 그 목적인 부동산을 취득하는 제3자는 보호할 필요가 없다. 변제자대위의 법적 성질과 관련해서도 다수설과 판례의 태도인 권리이전설에 따르는 한, 변제자대위와 동일한 구조를 가진 채권양도에서 민법은 부동산등기법과 별도로 부기등기를 규정하지 않았다. 따라서 근저당권설정등기의 부기등기를 하지 않았다는 이유로 주채무를 변제한 보증인이 담보 부동산의 제3취득자에게 채권자를 대위할 수 없도록 하는 민법규정은 삭제되어야 한다.

I. 서 설

(1) 보증인은 주채무자의 채무를 이행할 의무가 있고(제428조 제1항), 채권자의 이행청구에 대하여 최고·검색의 항변권을 행사할 수 있다(제437조). 보증인이 주채무를 변제하는 것은 실질적으로 타인 채무의 변제여서(제469조) 주채무를 변제한 보증인에게는 주채무자에 대한 구상권이 인정된다(제441조, 제444조). 이러한 구상권을 확보하기 위하여 민법은 담보 부동산의 제3취득자나 물상보증인을 상대로 채권자가 주채무자에 대하여 갖는 채권 또는 담보권을 대위하여 행사할 수 있도록 변제자대위를 규정한다(제480조, 제481조, 제482조). 다만 보증인이 변제자대위를 통하여 채권자의 담보권을 행사하는 경우 하나의 제한이 있다. 보증인은 미리 담보권 등기에 부기등기를 해야 담보 부동산의 제3취득자에게 채권자를 대위할 수 있고(제482조 제2항 제1호), 다수의 보증인과 물상보증인 사이에도 담보권 등기의 부기등기에 관한 제1호를 준용한다(제5호).

(2) 일반적으로 민법 제482조 제2항 제1호와 제5호의 부기등기는 보증인의 변제로 저당권이 소멸되었다고 믿고 담보 부동산을 취득한 제3자를 불측의 손해로부터 보호하기 위한 것으로 이해한다.¹⁾ 즉 저당권부 피담보채무의 변제 사실을 알고 담보 부동산을 취득하려는 자가 변제로 인한 저당권의 소멸을 예상하였는데, 변제자대위로 저당권이 소멸되지 않고 그 등기 역시 말소되지 않으므로 그 저당권의 실행으로 그가 취득한 부동산의 소유권을 상실할 가능성이 있음을 부기등기를 통하여 그에게 알리기 위한 것이다.²⁾

(3) 그런데 변제자대위의 대상이 된 부동산은 제3취득자가 취득하기 전부터 그 위에 이미 저당권 등 담보권이 설정되어 있어 언제든지 그 실행으로 소유권을 상실할 위험이 있다. 변제자대위를 위한 부기등기는 이

1) 곽윤직, 채권총론, 박영사, 1997, 497면; 김형배, 채권총론, 박영사, 1998, 711면; 김중환·김학동, 채권총론, 박영사, 1998, 369면; 장재현, 채권법총론, 현암사, 1998, 292면; 김상용, 채권총론, 법문사, 2000, 483면; 이은영, 채권총론, 박영사, 2000, 725면; 김대정, 채권총론, 피데스, 2006, 380면.

2) 양창수, “물상보증인의 변제자대위와 부기등기의 요부”, 사법행정 제32권 제7호, 한국사법행정학회, 1991.7, 81면.

러한 결과와 무관하다는 점에서 그 실효성에 의문이 있다. 즉 담보 부동산의 제3취득자는 보증인에 의한 주채무의 변제로 저당권이 소멸될 것이라고 신뢰하였다고 하지만, 보증인에 의한 채무변제로 변제자대위가 되면 채권자의 저당권이 소멸되지 않을 뿐만 아니라 저당권 설정등기가 말소되지 않은 상태가 유지되어 언제든지 그 저당권은 실행 가능성이 있다. 그럼에도 이런 상태에서 그 부동산을 취득한 제3자는 저당권 실행의 위험을 감수한 것으로 볼 수밖에 없어, 당초 저당권과 그 등기의 소멸을 신뢰하였다는 제3취득자를 보호할 필요가 있는지 의문이다. 이러한 근본적 의문에 근거하여 부기등기로 보증인의 변제자대위를 제한한 이유는 무엇인지, 부기등기의 역할과 기능은 무엇인지, 민법이 부기등기가 필요한 경우를 예외 없이 규정하고 있는지 재검토 여지가 있다고 생각한다.

II. 변제자대위에 따른 법률관계와 부기등기의 관련성

1. 변제자대위의 법률관계

(1) 채무자가 자신의 채무를 변제하면 그 채무뿐만 아니라 이를 담보하기 위한 보증채무나 연대채무 등 인적 담보와 저당권 등 물적 담보 역시 소멸한다. 이해관계 있는 제3자는 채무의 성질이나 당사자의 의사표시로 허용하지 않는 경우를 제외하면 타인 채무를 변제할 수 있고, 이해관계 없는 제3자도 채무자의 의사에 반하지 않는 한 유효한 변제를 할 수 있다(제469조).³⁾ 제3자가 타인의 채무를 변제하면 채무자와 사이에 위임 또는 사무관리나 부당이득의 법률관계가 성립할 수 있고, 그에 따라 제3자는 채무자에 대하여 비용상환청구권(제688조, 제739조, 제741조)의 형식으로 구상권을 취득한다. 공동채무자로서 보증인이나 연대채무자, 불가분채무자는 이해관계 있는 제3자로서 채무자의 의사에 반하더라도 채무를 변제할 수 있다. 보증인의 변제는 실질적으로 타인 채무의 변제이므로 보증인에게 구상권이 인정된다(제441조, 제444조). 연대채무자와 불가분채무자의 변제는 자기 채무에 대한 변제라고 할 수 있지만 내부적

3) 민법 제469조 제2항에서 규정하고 있는 이해관계 없는 제3자 변제의 입법론적 의문에 대해서는 양창수·김재형, 계약법, 박영사, 2015, 318면 참조.

부담부분(제424조, 제411조)에 따라 그들 중 1인이 자기 부담부분을 초과하여 변제한 경우 실질적으로 타인의 채무를 변제한 것이므로 채무자에 대한 구상권이 인정된다(제425조, 제411조).

(2) 제3자가 타인의 채무를 대신 변제하여 채무자에 대한 구상권을 취득하더라도, 그가 채권자와 같은 담보권자가 아니면 구상채권을 현실적으로 실현하여 그 이행을 받기는 쉽지 않다. 특히 보증인의 구상권은 비용상환청구권 또는 부당이득반환청구권의 성질을 가지는 금전채권일 뿐이다. 채권자의 이행청구에 대하여 보증인에게 인정되는 최고·검색의 항변권에 비추어 주채무자가 무자력일 가능성이 높아 구상채권에 대한 별도의 담보권이 설정되어 있지 않으면 보증인이 구상금을 회수할 가능성은 그리 많지 않다. 이러한 곤란을 구제하기 위하여 민법은 변제자의 구상권 실현이나 그 효력을 확보하기 위하여 특별한 제도를 마련하고 있다.⁴⁾ 즉 타인 채무를 변제한 제3자의 구상권 행사가 실질적으로 가능할 수 있도록 또는 용이하게 할 수 있도록 그 구상권의 범위 내에서 채권자가 채무자에 대하여 갖는 채권 기타 담보권 등의 권리⁵⁾를 변제자가 대위할 수 있도록 한다. 이를 ‘변제자대위’라고 하고 ‘대위변제’⁶⁾ 또는 ‘변제에 의한 대위’라고도 한다.⁷⁾

(3) 변제자대위에 관하여 민법 제482조 제1항은 “전 2조의 규정에 의하여 채권자를 대위한 자는 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권과 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다.”고 규정한다. 이때

4) 김대정·최창렬, 채권총론, 박영사, 2020, 422면; 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2022, 1006면; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2020, 981면; 양형우, 민법의 세계, 정독, 2022, 1135면; 박동진, 계약법강의, 법문사, 2020, 497면; 대법원 2021. 2. 25. 선고 2016다232597 판결; 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009다85861 판결; 대법원 1997. 5. 30. 선고 97다1556 판결; 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다38106 판결.

5) 채권자의 채무자에 대한 이행청구권, 손해배상청구권, 채권자대위권, 채권자취소권 등과 질권, 저당권 등 물적 담보 및 보증인에 대한 권리 등 인적 담보를 포함한다. 최형표(편집대표 김용덕), 주석민법 채권총칙(4), 한국사법행정학회, 2020, 293면.

6) ‘대위변제’라는 용어는 변제 후 채권자의 권리가 이전되는 특징을 잘 표현하지 못하고, 제3자가 채무자를 대신하여 변제하는 것으로 오인될 수 있어 적절한 용어가 아니라는 지적이 있다. 김대정·최창렬, 앞의 책, 423면; 최형표, 앞의 책, 272-273면; 박동진, “제3자 변제와 변제자대위권”, 민사법학 제82호, 한국민사법학회, 2018.2, 506면.

7) 이인재(편집대표 곽윤직), 민법주해[XI], 채권(4), 박영사, 2004, 187면; 곽윤직, 앞의 책, 492면.

대위변제자가 채권자의 권리를 ‘행사’할 수 있다고 명시하지만, 단지 채권자의 권리나 담보권을 ‘대위하여 행사’하는 것인지, 그러한 권리가 대위권자에게 ‘이전되어 행사’하는 것인지, 그 법적 성질에 관하여 견해가 나뉜다. 다수설은 권리이전설이고⁸⁾ 소수설은 대위행사설⁹⁾이다.¹⁰⁾ 판례는 권리이전설에 따른다.¹¹⁾ 변제자대위권을 행사하더라도 채무자에 대한 대위변제자의 구상권이 소멸하는 것은 아니며, 구상권과 변제자대위권은 그 성질이 서로 다른 별개의 권리로 청구권의 경합이 발생한다.¹²⁾

(4) 변제자대위의 구체적인 방법으로 민법은 채권자의 승낙을 얻어야 하는 임의대위(제480조)와 변제할 정당한 이익이 있는 자의 법정대위(제481조)를 규정한다. 대위의 범위에 관하여 부담부분을 한도로 하고(제482조 제1항), 그 부담부분을 확정하기 위하여 민법 제482조 제2항은 제1호부터 제5호까지 보증인, 물상보증인, 제3취득자의 대위 가능성과 그 범위를 규정한다.¹³⁾ 제1호에서 보증인은 담보물의 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 있고, 다만 전세권이나 저당권 등 설정된 부동산 담보권이 있으면 그 등기에 미리 대위의 부기등기를 해야 한다고 규정한다

-
- 8) 김증한, 채권총론, 박영사, 1988, 134면; 김기선, 한국채권법총론, 법문사, 1963, 349면; 이대재, 채권총론신강, 진명문화사, 1964, 380면; 김석우, 채권법총론, 박영사, 1977, 386면; 김주수, 채권총론, 삼영사, 1999, 467면; 김형배, 채권총론, 박영사, 1998, 702면; 이호정, 채권법총론, 한국방송통신대학출판부, 1993, 179면; 김준호, 민법강의, 법문사, 2022, 488면; 곽윤직, 앞의 책, 494면; 김증한·김학동, 앞의 책, 365면; 김상용, 앞의 책, 476면; 양창수·김재형, 앞의 책, 324면; 김대정, 앞의 책, 368-369면; 김대정·최창렬, 앞의 책, 428면; 송덕수, 앞의 책, 1006면; 지원림, 앞의 책, 982면; 양형우, 앞의 책, 1135면.
- 9) 장경학, 채권총론, 교육과학사, 1994, 523면; 이은영, 앞의 책, 716-717면.
- 10) 이에 대한 법사학적 연구로 자세한 것은 김형식, “변제대위 제도의 연혁에 관한 소고”, 사법연구 제8집, 2003, 7면 이하 참조.
- 11) 대법원 1996. 12. 6. 선고 96다35774 판결; 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다53929 판결; 대법원 2004. 6. 25. 선고 2001다2426 판결; 대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다2762 판결; 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다57545, 57552 판결; 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008다13623 판결; 대법원 2015. 11. 27. 선고 2014다208378 판결.
- 12) 곽윤직, 앞의 책, 495면; 김증한·김학동, 앞의 책, 365면; 장재현, 앞의 책, 290면; 김준호, 앞의 책, 488면; 양형우, 앞의 책, 1139면; 이인재, 앞의 책, 202면; 대법원 1997. 5. 30. 선고 97다1556 판결; 대법원 2015. 11. 12. 선고 2013다214970 판결.
- 13) 민법 제482조 제2항 각호의 대위범위와 관련한 비판적 검토에 대해서는 정상현, “변제자대위의 부담액 산정방식 재검토와 민법 제482조 제2항의 개정제안”, 성균관법학 제34권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2022.9, 101면 이하 참조.

다. 그리고 제5호는 다수의 보증인과 물상보증인의 변제자대위 방식을 규정하면서 담보물이 부동산인 경우 제1호의 부기등기를 준용한다. 이때 피담보채권은 원채권이 지 구상채권이 아니다.¹⁴⁾

2. 변제자대위의 부기등기

(1) 부기등기는 독립적인 등기번호를 갖지 못하고 이미 설정한 주등기에 가지번호를 덧붙여서 그 일부를 변경하는 등기를 의미한다.¹⁵⁾ 주등기인 저장권 설정등기에 변제자대위의 부기등기를 통하여 저장권 이전등기를 한다. 부동산등기법에서는 이러한 경우 ‘소유권 외의 권리의 이전등기’로 규정한다(부동산등기법 제52조 제2호). 채무의 담보를 위하여 채무자나 물상보증인이 설정한 저장권 설정등기에 부기하여 대위변제를 통한 저장권 이전등기를 하고, 종전 권리자의 표시에 관한 사항을 말소하는 표시를 기록한다(부동산등기규칙 제112조 제3항).

(2) 예를 들어 채무자 甲, 근저당권자 乙이 있는 상태에서 丙이 1억 원의 채무를 대위변제한 후 근저당권의 이전등기를 한 부기등기의 등기부 기재는 다음과 같다. 순위번호나 접수 및 등기원인 일자, 권리자의 정보 등은 모두 가상으로 기입한 것임을 밝혀둔다.

【 을 구 】 (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등기목적	접수	등기원인	권리자 및 기타사항
6	근저당권설정	2012년3월2일 제1500호	2012년3월1일 설정계약	채권최고액 1억 2,000만 원 채무자 甲 790513-1..... 서울특별시 서초구 서초로24 근저당권자 乙 700513-1... 서울특별시 강남구 논현로24
6-1	6번근저당권 이전	2012년10월5일 제2500호	2012년9월1일 확정채권 대위 변제	근저당권자 丙 680513-1... 서울특별시 용산구 한강대로

전세권 또는 저장권의 부기등기는 소유권 이외의 권리관계에 관한 것이므로 을구(乙區)에 기재한다. 순위번호는 본래의 주등기 번호 6에 가지번호 ‘6-1’을 붙인다. 등기목적은 채무자 甲이 1억 원의 채무를 담보하기 위하여 주등기로 채권자 乙에게 설정해준 근저당권을 대위변제한 丙

14) 최형표, 앞의 책, 294면.

15) 구연모, 부동산등기법, 박영사, 2022, 10면.

에게 이전하기 위한 것으로 주등기 번호 6의 ‘근저당권이전’이 된다. 등기원인은 ‘확정채권 대위변제’이다. 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에는 근저당권에 의하여 담보되어 있는 개별적 채권이 일부 대위변제 되더라도 근저당권이 이전되지 않으나,¹⁶⁾ 피담보채권이 확정된 후에는 그 확정된 채권을 담보하므로 피담보채권의 대위변제에 따라 근저당권도 함께 이전된다.¹⁷⁾ 근저당권의 피담보채권으로 채권최고액은 1억 2,000만 원이지만, 丙이 대위변제한 확정 피담보채권은 1억 원이다.

3. 변제자대위에서 부기등기의 역할과 구체적 의문

(1) 부기등기는 부동산 등기의 일종이다. 부동산에 대한 등기는 공시를 위한 것으로 부기등기를 통해 법률관계의 현상이나 변화를 다른 사람에게 알리는 기능을 한다. 보증인이 담보물의 제3취득자에게 채권자를 대위하기 위하여 미리 부기등기를 해야 하는 이유도 이러한 법률관계의 변화에 대한 공시를 위해서다. 일반적으로 물적 담보가 설정된 채무의 이행과 담보권의 운명을 보면, 피담보채무가 변제 등으로 소멸될 때 이를 담보하기 위한 저당권 등 담보물권도 부종성에 따라 소멸하고, 부동산등기부에서 저당권설정등기 역시 말소된다. 다만 변제자대위가 인정되면 피담보채무가 변제되어도 피담보채권은 소멸되지 않은 것처럼 간주되어, 담보물권이 소멸되지 않은 상태로 대위변제자에게 이전되며, 담보권 등기 역시 말소되지 않고 존속한다.

(2) 보증인의 대위변제 사실을 확인한 제3자가 그 채무를 담보하기 위하여 설정된 저당권 역시 소멸한 것으로 생각하여 담보 부동산을 양수하였는데, 후에 보증인이 채권자를 대위하여 저당권을 실행하면 제3취득자는 양수한 부동산의 소유권을 상실하는 위험에 처할 수 있다. 이때 민법 제 482조 제2항 제1호와 제5호가 부기등기를 규정한 것은 보증인이 부동산 담보권에 대하여 변제자대위를 하려면, 저당권 설정등기에 미리 대위의 부기등기를 해두도록 제한함으로써 대위변제자에 의한 담보권 실행 가능성을 공시하라는 의미이다. 이것은 저당권 등기에 대위의 부기등기를 미

16) 대법원 2000. 12. 26. 선고 2000다54451 판결; 대법원 1996. 6. 14. 선고 95다53812 판결.

17) 구연모, 앞의 책, 279면.

리 해두면, 혹시 그 담보 부동산을 취득할 의향을 가진 제3자가 이러한 부기등기를 보고 부동산의 양수를 포기함으로써, 만일 이를 취득한다면 저당권 실행으로 부동산 소유권을 상실할 수 있는 가능성을 차단할 수 있다는 취지일 것이다.

(3) 이에 비추어 변제자대위에 따른 저당권 실행의 경고로 제3자가 담보 부동산을 취득하지 않았다면, 피담보채무를 변제한 보증인이 채권자를 대위할 담보 부동산의 제3취득자가 존재하지 않으므로 부기등기의 필요성 역시 존재하지 않는다. 그런데 위 규정이 적용되는 경우는 그러한 경고에도 어떠한 사유로든 담보 부동산을 취득한 제3자가 존재하는 경우를 전제로 해야 한다. 이때 보증인에 의하여 피담보채무는 변제되었으나 저당권 설정등기가 말소되지 않은 상태에서 담보 부동산을 취득한 제3자에 대하여 보증인이 변제자대위에 의한 저당권 실행을 할 수 없도록 부기등기로 제한하는 민법 제482조 제2항 제1호와 제5호의 태도가 정당한가? 근저당권 설정등기가 말소되지 않은 상태는 그 역시 담보물권의 존재를 공시하는 것인데, 부기등기를 통하여 보증인의 저당권 실행을 제한하는 것은 그러한 공시원칙을 불신하고 스스로 저당권 실행의 위험을 자초한 자에게 보호막을 덮어주는 것은 아닌가? 부동산 등기제도의 공시기능에 비추어 저당권 실행의 위험을 감수하고 담보 부동산을 취득한 제3자의 보호 필요성과 부기등기를 통하여 변제자대위를 제한하는 민법규정의 타당성을 재검토할 여지가 있다.

III. 변제자대위에 관한 부기등기 규정의 연혁과 입법례

1. 우리민법 제482조 제2항의 부기등기 규정

(1) 변제자대위에 관한 우리민법 제480조 이하의 규정은 전통법제에서 그 유래나 근거를 찾기 어렵다.¹⁸⁾ 정부수립 후 근대적인 법전편찬 시도로 1948년 ‘법전편찬위원회’가 발족되고 6·25 전쟁 등 우여곡절을 거쳐

18) 일제강점기의 관습조사보고서에 변제자대위의 법리가 인정되었다고 하나, 이에 대해서는 견해를 달리하는 사항도 많아 그 정확성을 담보할 수는 없다. 朝鮮總督府, 慣習調査報告書, 1913, 207-208頁; 朝鮮總督府中樞院, 民事慣習回答彙集, 1933, 序 1-2頁.

1953년 민법초안이 완성되었다.¹⁹⁾ 그 과정에서 법전편찬위원회 김병로 위원장은 전쟁과 질병의 와중에도 자신이 단독으로 초안을 기초하였고,²⁰⁾ 당시 우리 관습법을 찾을 수 없어 부득이 독일과 프랑스, 중국, 일본, 만주국의 민법전을 참고하였다고 언급하였다.²¹⁾ 변제자대위 규정들에 대한 입법이유 역시 찾을 수 없다. 다만 일반적인 평가는 프랑스민법을 계수한 일본민법의 내용을 본받았다고 할 뿐이다.²²⁾

(2) 민법초안은 1954년 ‘민법안’으로서 국회에 제출되었다. 국회 법제사법위원회 민법심의회위원회는 심의방침과 관련하여 ‘민법안 각 조문을 축차적으로 빠짐없이 기초이유를 검토’하였고, 독일민법, 스위스민법, 스위스채무법, 프랑스민법, 영미법, 중화민국민법, 구만주국민법 등을 위시한 외국의 입법례와 판례, 학설을 참작한 것으로 기술하고 있다.²³⁾ 그러나 우리민법 제정에 직·간접적으로 영향을 미친 외국 민법 중 독일, 프랑스, 중국 민법에는 부기등기에 관한 규정이 없다. 오히려 당시 일본민법 제501조에 부기등기에 관한 내용이 있고, 근대 민법전의 백미로 꼽혔던 만주국 민법 제470조가 일본민법을 모범으로 하여 거의 동일한 규정을

- 19) 미군정청에서 한국 측 사법부장으로 취임한 김병로 변호사 주도로 1947. 6. 30. 남조선과도정부 행정명령 제3호에 따라 ‘법전기초위원회’가 구성되었다. 민법전을 편찬하기 위하여 총칙, 물권, 채권, 친족, 상속 5편으로 나누어 각 편마다 1인의 기초위원을 두고, 총칙과 물권의 일부 기초요강을 작성하였는데 이를 ‘조선임시민법전편찬요강’이라 한다(양창수, “민법안의 성립과정에 관한 소고”, 민법연구 제1권, 박영사, 1991, 71면). 그 후 1948. 9. 15. 대통령령 제4호 법전편찬위원회 직제의 공포로 ‘법전편찬위원회’가 성립되었는데, 위원장 김병로, 부위원장 이인, 위원 권승렬, 김용무 등 50인을 선임하고, 별도의 ‘법률안심위원회’를 두어 위원장 김병로, 부위원장 이인과 권승렬, 위원으로 김병주, 김갑수, 정윤환 등 4인이 선임되었다. 한인섭, 가인 김병로, 박영사, 2017, 463, 446, 556, 616면 이하.
- 20) 국회사무처, 제26회 국회정기회의속기록, 제30호, 3-4면; 김재형, “민법의 기초자인 가인 김병로-민법제정에 관한 그의 업적과 사상-”, 가인김병로와 21세기 사법부, 법원행정처, 2014, 169면; 한인섭, 앞의 책, 619-620면.
- 21) 국회사무처, 제26회 국회정기회의속기록, 제30호, 5-6면.
- 22) 김재형, “조세채권과 변제자대위”, 저스티스 제110호, 한국법학원, 2009, 34면.
- 23) 민의원법제사법위원회, 민법안심사보고서, 1957.10.15, 12면. 민법안심의록에서도 참고한 외국 입법례로 중국민법 제313조, 만주민법 제470조를 들고 있는데(민의원법제사법위원회민법안심소의위원회, 민법안심의록(상권), 1957, 283-284면), 민법안심사보고서에 의하면 중국민법 제313조는 1929년과 1930년 공포되고 1929년부터 1931년까지 시행된 중화민국민법을 의미하며, 만주민법은 1937년 6월 1일 공포되었다.

두었다.²⁴⁾ 만주국 민법전이 현재 일본민법학에서는 거의 존재감을 상실하였으나,²⁵⁾ 우리민법 제정에 미친 영향은 일본민법을 능가하였다. 변제자대위의 부기등기를 규정한 일본민법 제501조와 만주국민법전 제470조를 비교하더라도 내용상 큰 차이는 없지만, 우리민법 제482조에 가까운 것은 만주국민법전이다. 결국 변제자대위에 관한 민법 제482조 제2항 제1호와 제5호의 부기등기는 일본민법의 직접적인 영향에 기인하였음을 부인할 수 없다.²⁶⁾

2. 독일과 프랑스 민법의 부기등기

(1) 변제자대위제도는 로마법에서 유래하여 유럽 각국의 법제에 영향을 미쳤다.²⁷⁾ 다만 로마법은 변제자가 채권자의 권리를 대위하는 방식에 관하여 마치 채무의 변제를 매매대금으로 보고 변제자가 채권자의 권리를 매수하는 것처럼 의제하는 법리를 구성하였다.²⁸⁾ 유럽의 근대민법은 이러한 로마법의 의제적 구성이 당사자의 의사에 부합하지 않는다는 비

24) 柚木馨, 滿洲國民法總論(I), 有斐閣, 1940, 26-35頁; 柚木馨, 滿洲民法讀本, 有斐閣, 1934, 2-4頁, 7頁.

25) 鄭鐘休, 韓國民法典의比較法的研究, 創文社, 1989, 305-306頁.

26) 위에서 기술한 내용을 제외하고 우리의 전통적 법제나 민법 제정과정에 대해서는 박석일, “변제자대위에 관한 일본민법의 개정과 우리 민법의 시사점”, 법학연구 제30권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2020.6, 45-47면 참조.

27) 로마법에서는 연대채무자와 보증인이 채무변제 후 채무자에 대하여 ‘소권양도의 이익’(beneficium cedendarum actionum)을 취득할 수 있었는데(현승중·조규창, 로마법, 법문사, 1996, 885면; Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Jura & Co. Ltd., 1996, p.132-137), 이것은 구체적으로 이행의무를 부담하는 수인의 연대채무자 중 변제 등으로 공동면책을 한 자 또는 변제한 보증인은 위임이나 사무관리소권 등 내부관계에 기초하여 채무자에 대하여 구상할 수 있을 뿐만 아니라 채권자가 가진 소권의 양도를 청구할 수 있었다고 한다(제철웅, “구상관계와 변제자대위: 그 상호관계의 비교법적 검토”, 민사법학 제23호, 한국민사법학회, 2003.3, 703면). 자세한 것은 박석일, 앞의 논문, 39-44면 이하; Max Kaser, Das römisches Privatrecht, 2.Abschnitt, C.H.Beck, 1975, S.456f. 참조.

28) 홍봉주, “제3취득자의 변제자 대위”, 일감법학 제38호, 건국대학교법학연구소, 2017.10, 457면; Katharina von Koppenfels-Spies, Die cessio legis, Mohr Siebeck, 2006, S.39; Dieter Medicus, Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionsregresses, in Dieter Medicus/Hans Hermann Seiler(Hg.), Festschrift für Max Kaser zum 70.Geburtstag, C.H.Beck, 1976, S.391f.

판²⁹⁾과 함께 법률상 당연히 채권이 이전되는 법정양도의 형태를 취하게 되었다.³⁰⁾ 이는 독일민법과 프랑스민법에서 다른 양상으로 승계되었다.

(2) 독일민법은 임의대위와 법정대위를 구분하지 않고 변제자대위를 개별적으로 규정하였다. 제3자에게 변제권을 부여하고(제268조), 타인의 채무를 변제한 제3자에게 그의 고유한 권리로 법률상 당연히 채권자의 권리가 이전된다.³¹⁾ 구체적으로 연대채무자 중 1인의 변제로 인한 대위(제426조 제2항), 공동보증인의 변제로 인한 대위(제774조, 제426조 제2항 준용), 저당물 제3취득자의 변제로 인한 대위(제1143조, 제774조 제1항 준용),³²⁾ 공동저당물 제3취득자의 변제로 인한 대위(제1173조), 질권설정자의 변제로 인한 대위(제1225조, 제774조 준용)³³⁾ 등을 규정하였다. 대위자 사이의 관계나 그 대위의 범위에 대한 명시적인 규정이 없고, 보증인과 물상보증인 그리고 제3취득자 사이의 우열이 존재하지 않는다.³⁴⁾ 특히 대위변제에 따른 담보권의 부기등기를 규정한 내용은 독일 민법전 어디에서도 찾아볼 수 없다. 이러한 태도는 우리민법이나 일본민법에 비하여 내용이나 형식에서 상당한 차이를 보인다. 변제자대위를 개별적으로 규정하고 임의대위와 법정대위를 구분하지 않는 태도는 스위스채무법에서도 유사하게 나타난다.

(3) 프랑스민법은 제정 당시 일반규정으로 임의대위와 법정대위를 구

29) Katharina von Koppenfels-Spies, a. a. O. S.40.

30) 홍봉주, 앞의 논문, 458면.

31) Christian Grüneberg, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 80.Auflage, C.H.Beck, 2021, §268, Rn.5; Peter Gröschler, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.II, 1.Teilband, Mohr Siebeck, 2007, §§266-268, Rn.9; Stefan Lorenz, Beck'scher Online-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 60.Ed., C.H.Beck, Stand: 01. 11. 2021, §268, Rn.1; Wolfgang Krüger, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band2, 8.Aufl., C.H.Beck, 2019, §268, Rn.1; Wolfgang Wiegand, J. von Staudingers Kommentar, Neubearbeitung, Sellier/de Gruyter, 2019, §1249, Rn.2; Jan Wilhelm, Sachenrecht, 5.Aufl., Walter de Gruyter, 2016, Rn.1876 a.

32) 물상보증인이어도 마찬가지로 해석된다. 백경일, “보증인과 후순위저당권자 간의 변제자대위-대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다48855 판결-”, 민사법학 제64호, 한국민사법학회, 2013. 9, 67-68면.

33) 질권자와 소유자가 동일인이 되면 혼동으로 인해 질권이 소멸한다. Klaus Vieweg/Almuth Werner, Sachenrecht, 7.Aufl., Vahlen, 2015, §10, Rn.37.

34) 백경일, 앞의 논문, 70면.

분하고(제1249조),³⁵⁾ 법정대위에 관한 제1251조에서 대위 가능한 다섯 가지 경우를 열거하는 방식을 취하였다.³⁶⁾ 이들이 직접 채권자에게 변제하거나 채무자에 대한 변제비용의 대여로 채무가 변제되면 채권자의 권리가 그들에게 이전된다.³⁷⁾ 프랑스민법은 2016년 대폭적인 개정으로 변제자대위에 관하여 제1346-1조와 제1346-2조에서 임의대위, 제1346-3조부터 제1346-5조까지 법정대위를 규정하면서, 법정대위에 관한 이전의 열거주의를 버리고 일반규정을 도입하였다. 법정의 이해관계를 가지는 자는 누구나 변제자대위가 가능하도록 법정대위의 범위를 확장하고,³⁸⁾ 제2309조에서 보증인의 변제자대위를 규정하였다.³⁹⁾ 보증인과 물

35) 프랑스민법 제1249조는 “변제에 따른 제3자의 이익에 대한 채권자의 권리를 대위하는 것은 임의적이거나 법적이다.”라고 명시하고, 이어서 임의대위(제1250조), 법정대위(1251조), 보증인에 대한 대위와 일부대위(제1252조)를 규정하였다. 특히 프랑스 대심원은 법정대위에 관한 제1251조의 적용범위를 공동불법행위 등 부진정연대채무로 확장하였다(Cass. civ., 3 déc. 1888, D. P. 1890. I. 71; Cass. civ., 21 déc. 1943, D. C. 1944. 39).

36) 제1호 선취특권(채권자가 경매권과 우선변제권을 가지고 있는 법정담보물권의 하나로 저당권자보다 우선하여 변제를 받을 수 있고, 우선순위는 등기일이 아니라 채권발생일을 기준으로 한다. 자세한 것은 Philippe Simler et Philippe Delebecque, *Droit civil: Les sûretés, la publicité foncière*, 7^{éd.}, Dalloz, 2016, n°249 참조)이나 저당권을 갖고 있는 다른 채권자에게 변제한 자(자세한 것은 Gabriel Marty, Pierre Raynaud et Philippe Jestaz, *Droit civil: Les obligations*, Sirey, 1989, n°399; François Chabas et Michel de Juglart, *Leçon de droit civil, Obligation: théorie générale*, 8^{éd.}, Montchrestien, 1991, n°855; 백경일, 앞의 논문, 231면), 제2호 저당권부 채권자에게 변제한 부동산 매수인(독일 보통법에서 인정되었던 저당권 승계와 같은 유형으로 저당권의 피담보채권이 일정한 요건에 따라 다른 채권으로 교체되는 현상을 일러 지칭하는 것이다. 자세한 것은 Bernhard Windscheid · Theodor Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts Bd.II.*, 9.Aufl., Rütten & Loening, 1906, §233 b 2 참조. 이때 부동산양수인은 제3취득자 가운데서도 담보물권 설정에 관하여 선의였던 자를 말한다. 자세한 것은 William Dross, *Droit Civil: Les Choses*, L.G.D.J., 2012, n°126; François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil: Les Obligations*, 11^{éd.}, Dalloz, 2013, n°1376; 박수곤, “프랑스민법상의 저당권의 효력 개관”, *민사법학* 제49-2호, 한국민사법학회, 2010.6, 262-265면 참조), 제3호 타인과 공동으로 또는 타인을 위하여 변제의무가 있는 자(연대채무자나 보증인 등을 말한다. François Laurent, *Principes de droit civil français*, t.XVIII., 2^{éd.}, Bruylant-Christophe, 1876, n°96), 제4호 상속채무를 변제한 한정승인자(Jean Carbonnier, *Droit civil*, t.IV., *Les obligations*, 15^{éd.}, 1991, n°334; Alain Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, 10^{éd.}, Montchrestien, 2005, n°742), 제5호 상속인을 대신하여 장례식 비용을 변제한 자(이는 제정 당시에 없었던 내용으로 2006년 6월 23일 법률 n°2006-728 개정, 2007년 1월 1일 시행에 따라 신설되었다).

37) 한불민사법학회, 개정 프랑스채권법 해제, 박영사, 2021, 598면.

상보증인⁴⁰⁾의 지위는 동등하고,⁴¹⁾ 이들의 제3취득자에 대한 변제자대위는 인정하는 반면 그 반대의 경우는 부정한다.⁴²⁾ 나아가 물상보증인이 제공한 담보물 가액이 채무액보다 많은 때에는 보증인은 인원수에 비례하여 물상보증인에게 채권자를 대위하지만, 그 담보물 가액이 채무액보다 적을 경우 보증인은 그에 비례하여 감액된 한도로 물상보증인에 대하여 채권자를 대위한다.⁴³⁾ 프랑스민법 역시 변제자에게 담보권이 이전되는 경우 부기등기와 같은 내용은 전혀 규정하지 않고 있다.

3. 일본민법 제501조의 제정 및 개정과 부기등기

가. 박소나드의 일본민법전초안 제505조와 구민법 제483조의 변화

(1) 일본 명치정부 수립 후 1886년 박소나드에 의하여 ‘일본민법전초안’이 완성되었다.⁴⁴⁾ 이 초안에서 변제자대위는 제501조부터 제510조까지 10개 규정이 있는데, 현행 일본민법 제501조의 기초적인 내용을 볼 수 있는 것은 제505조이다.⁴⁵⁾ 여기서는 변제자대위를 위한 담보권 등기의 부기등기를 규정하지 않았고, 이 초안의 다른 규정에서도 부기등기와 관련된 내용은 찾을 수 없다.

(2) 이를 원안으로 1888년 ‘구민법’이 완성되었다. 구민법은 변제자대위에 관하여 재산편 제479조부터 제488조까지 10개 규정을 두었고, 이

38) Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats, Du régime général et de la preuve des obligations*, Art.1346, LexisNexis, 2016, p.751.

39) 채무의 전부 또는 일부를 변제한 보증인은 채권자가 채무자에 대하여 가진 권리들을 대위한다.

40) 개정된 프랑스민법에서 물상보증인에 대한 상제는 김태훈, “개정 프랑담보법상 물상보증에 관한 연구”, *재산법연구* 제39권 제4호, 한국재산법학회, 2023.2, 50면 이하 참조.

41) Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, *Droit civil français*, 7^{éd.}, Librairies techniques, 1968, n°240; François Grua, *Le cautionnement réel*, J.C.P., 1984, I, n°3167; Cass. civ., 23 nov. 1954, Bull. civ. I, n°331; Cass. civ. 2^e, 5 mai 1976, Bull. civ. II, n°143; Paris, 27 avr. 1936, D. H. 1936. 382.

42) Joseph Soulié, *Essai sur la nature juridique et les effets du cautionnement réel sous la forme hypothécaire*, Cléder, 1913, p.104; Cass. civ., 16 mars 1938, D. P. 1939. 1. 41.

43) Philippe Simler, *Cautionnement: Garanties autonomes-garanties indemnitaires*, LexisNexis, 2008, n°622.

44) 岸上晴志, “ポアソナード時代”, *日本民法学史・通史*, 信山社, 1997, 51頁 이하.

45) Gustave-Emil Boissonade de Fontarabie, *Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire*, t.II, Des droit personnels ou obligations, 2^{éd.}, Tokio, 1883, p.576-577.

들은 앞에서 본 박소나드초안 제501조부터 제510조까지 10개 규정과 대응한다. 그런데 구민법의 위 규정 중 재산편 제483조에서 부기등기와 관련된 내용이 나타났다. 즉 구민법 재산편 제483조⁴⁶⁾는 박소나드초안 제505조와 대응하는데,⁴⁷⁾ 제2호에서 “보증인은 채무를 변제하고 채권담보편 제36조의 규정에 따른 때가 아니면 제3소지자에 대하여 대위할 수 없다.”고 규정하였다. 여기서 채권담보편 제36조가 부기등기를 규정한 것이다.⁴⁸⁾ 이는 박소나드초안에 없었던 내용으로 구민법에서 처음 등장하였다.⁴⁹⁾ 그러나 구민법은 민법전 연기논쟁의 결과 시행되지 못하였다.

46) 구민법 재산편 제483조. 전3조(채권자의 임의대위를 규정한 제480조, 채무자의 임의대위를 규정한 제481조, 법정대위를 규정한 제482조-필자)에 의하여 대위하는 자는 채권의 효력 또는 담보로서 채권자에게 속한 모든 대인 및 물건 위의 권리와 소권을 행사할 수 있다. 다만 아래에서 정한 경우는 예외로 한다. 제1. 당사자가 대위자에게 이전하는 권리 및 소권을 제한한 때에는 그 제한에 따른다. 제2. 보증인은 채무를 변제하고 채권담보편 제36조의 규정에 따른 때가 아니면 제3소지자에 대하여 대위할 수 없다. 제3. 제3소지자가 채무를 변제한 때에는 보증인에 대하여 대위할 수 없다. 제4. 1개의 채무를 저당하기 위하여 수개의 부동산이 개별적으로 수개의 제3소지자의 손에 존재하는 경우 그 1인이 채무를 변제한 때에는 각 부동산 가액의 비율에 따르지 않으면 다른 제3소지자에 대하여 대위의 권리를 행사할 수 없다. 제5. 상호 담보인인 공동채무자의 1인이 채무를 변제한 때에는 변제자는 다른 채무자가 분담할 수 있는 채무의 한도에 따르지 않으면 각자에 대하여 대위할 수 없다. 仁井田益太郎, 舊民法(法学叢書6), 日本評論社, 1943, 87-88頁.

47) 변제자대위를 제한한 규정 제1호, 제4호, 제5호는 박소나드초안 제505조의 1⁰, 3⁰, 4⁰와 동일한 내용이고, 제2호와 제3호는 박소나드초안에서 유사한 내용을 찾을 수 없으며, 박소나드초안 2⁰는 삭제되어 구민법에서는 동일한 규정이 없다.

48) 채권담보편 제36조는 제1항에서 대위의 기본원리를 규정하고, 제2항에서 “채권자가 채무자의 부동산에 붙은 선취특권 또는 저당권을 가지고 그 등기를 한 때에는 보증인은 대위를 목적으로 하여 자기의 조건부채권을 이 등기에 부기할 수 있다.”고 규정한다. 주채무를 변제한 보증인이 선취특권 또는 저당권으로 대위할 때 그 담보등기에 ‘부기등기’를 할 수 있다는 내용이다. 이어서 “양도의 경우에는 그 부동산을 소지한 제3자는 제거를 위하여 채권자 외 보증인에 대해서도 역시 제공할 것을 요한다. 채권자가 유익한 시기에 위 등기를 한 때에는 보증인은 제45조 및 재산편 제512조에 따라 채권자에 대하여 자기의 면책을 청구할 수 있다.”고 규정한 것 역시 변제자대위와는 무관하다. 채권담보편 제45조는 채권자의 고의나 과실에 의한 담보 소멸과 보증인의 면책청구에 관한 내용이고, 재산편 제512조는 채권자의 질권이나 저당권의 포기과 보증인의 면책청구에 관한 내용이다.

49) 船月隆司(編輯代表 星野英一), “弁濟者の代位”, 民法講座4 債權總論, 有斐閣, 1985, 337-338頁.

나. 법전조사회의 구민법 수정 및 일본민법 제501조의 부기등기

(1) 구민법의 시행 좌절로 ‘법전조사회’가 구성되고 구민법의 전면적인 수정과 함께 새로운 민법안 작성에 착수하였다.⁵⁰⁾ 기초위원들은 구민법 재산편의 규정과는 사뭇 다른 내용으로 변제자대위를 규정하였다. 구민법에서 부기등기를 규정한 재산편 제483조는 수정원안 제498조⁵¹⁾로 재탄생하였다. 여기서 부기등기와 관련한 제한사항으로 “2. 보증인은 제○○조의 규정에 따른 때가 아니면 제3소지자에 대하여 채권자에게 대위할 수 없다.”고 규정하였다. 이는 기초위원 호즈미 노부시게(穂積陳重, ほづみ のぶしげ)가 제안한 것으로 알려져 있다.⁵²⁾

(2) 이에 대하여 법전조사회 기초위원인 토미이 마사아키라(富井政章, とみい まさあきら)는 수정의견을 제안하였다. 수정원안 제498조 단서에서 규정된 제한사항 중 제2호에서 ‘제○○○조의 규정에 따른 때가 아니면’을 구체화하여, “보증인은 미리 선취특권이나 저당권 등기에 그 대위를 부기하지 않으면 그 선취특권 또는 저당권의 목적인 부동산의 제3취득자에 대하여 채권자에 대위할 수 없다.”로 수정하자는 견해였다.⁵³⁾ 나아가 제5호를 신설하여 다수 보증인 및 물상보증인 사이의 인원수에 따른 대위와 물상보증인 사이의 가액비례에 따른 대위를 규정하고, 담보물이 부동산인 경우 ‘제1호의 부기등기를 준용’할 수 있도록 규정할 것을 제안하였다.⁵⁴⁾ 이러한 富井위원의 수정의견이 반영되어 부기등기를 규정

50) 岡孝, “法典論爭から明治民法成立・注釋時代”, 日本民法学史・通史, 信山社, 1997, 86頁 이하.

51) 법전조사회 수정원안 제498조. 전조의 규정에 의하여 채권자에게 대위하는 자는 채권의 효력 및 담보로서 그 채권자가 가지는 모든 대인 및 물상의 권리 및 소권을 행사할 수 있다. 다만 아래의 제한에 따라야 한다. 1. 불가분채무자, 연대채무자 또는 보증인의 1인은 다른 공동채무자에 대하여 그 각자의 부담부분에 대해서만 채권자에 대위한다. 2. 보증인은 제○○○조의 규정에 따른 때가 아니면 제3소지자에 대하여 채권자에 대위할 수 없다. 3. 제3소지자는 보증인에 대하여 채권자에 대위하지 못한다. 4. 제3소지자의 1인은 각 부동산 가액에 따르지 않으면 다른 제3소지자에 대하여 채권자에 대위할 수 없다. 法務大臣官房司法法制調査部, 法務大臣官房司法法制調査部, 法典調査会 民法議事速記録(三), 日本近代立法資料叢書3, 商事法務研究会, 1984, 308頁.

52) 仁井田益太郎・穂積重遠・平野義太郎, “仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会”, 法律時報 第10卷 第7号(通卷 第110号), 日本評論社, 1938.7, 29頁.

53) 法務大臣官房司法法制調査部, 앞의 民法議事速記録(三), 308頁.

54) 法務大臣官房司法法制調査部, 앞의 民法議事速記録(三), 320-321頁.

한 제1호와 제5호를 확정하였다.⁵⁵⁾ 법전조사회 수정원안 제498조는 자구수정 등을 거치고 조문의 배열을 정리하면서 수정안 제500조로 확정되었다.⁵⁶⁾ 수정안 제500조에 관한 기초위원들의 입장은 이 규정이 구민법 재산편 제483조에 근거한 것임을 분명히 하였다.⁵⁷⁾

(3) 법전조사회는 1896년 ‘민법중수정안’을 제9회 제국의회에 제출하였다.⁵⁸⁾ 변제자대위에 관하여 법전조사회의 수정원안 제496조부터 제502조까지 7개 조문 역시 제498조부터 제503조까지의 6개 조문으로 확정되어 중의원에 제출되었다.⁵⁹⁾ 귀족원을 거친 후 조문 배열에 따라 제500조는 제501조로 재탄생하였다.⁶⁰⁾ 당시 일본민법 제501조는 규정 형

55) 法務大臣官房司法法制調査部, 앞의 民法議事速記録(三), 355頁. 부기등기와 관련하여 타카기 토요조우(高木豊三, たかぎ とよぞう) 위원이 그 규정취지를 물었고, 富井위원은 담보 부동산의 제3취득자가 보증인에게 대위할 수 없는 것과 균형상 보증인이 무조건 제3취득자에게 대위할 수 있는 것이 아니라 제3취득자에게 손해가 발생하지 않도록 제어할 필요가 있는데, 보증인이 채무를 변제한 후 담보권 등기에 부기등기를 해 놓아야 제3취득자가 안심하고 담보 부동산을 매수할 수 있을 것이라고 설명하였다.

56) 廣中俊雄, 第九回帝國會議の民法審議, 有斐閣, 1986, 342-343頁. 변제자대위 제한사항으로 규정된 제498조 단서 제1호에서 보증인이 담보 부동산의 제3취득자에게 대위할 때 미리 ‘선취특권이나 저당권’ 등기에 부기등기를 해야 한다는 내용 중 ‘부동산질권’을 추가하여, ‘선취특권, 부동산질권 또는 저당권’으로 고쳤을 뿐 다른 내용은 동일하다.

57) 廣中俊雄, 民法中修正案(第三編)の理由書, 有斐閣, 1987, 414-415頁.

58) 廣中俊雄, 앞의 民法審議, 47頁, 54頁, 78頁.

59) 이하의 규정 내용에 대해서는 廣中俊雄, 앞의 民法審議, 342-344頁 참조. 부기등기를 규정한 제500조와 관련하여 중의원에서는 법전조사회 기초위원 우메 겐지로(梅謙次郎, うめけんじろ)가 그 단서 제5호와 관련된 예를 설명하였다(223頁).

60) 일본민법 제501조(변제에 의한 대위의 효과) 전2조의 규정에 의하여 채권자에 대위하는 자는 자신의 권리에 기하여 구상할 수 있는 범위 내에서 채권의 효력 및 담보로서 그 채권자가 갖는 모든 권리를 행사할 수 있다. 이 경우에는 다음 각 호가 정하는 바에 따라야 한다. 1. 보증인은 미리 선취특권, 부동산질권 또는 저당권 등기에 그 대위를 부기하지 않으면 그 선취특권, 부동산질권 또는 저당권의 목적인 부동산의 제3취득자에 대하여 채권자에 대위할 수 없다. 2. 제3취득자는 보증인에 대하여 채권자에 대위하지 못한다. 3. 제3취득자의 1인은 각 부동산의 가액에 따라 다른 제3취득자에 대하여 채권자에 대위한다. 4. 물상보증인의 1인은 각 재산의 가액에 따라 다른 물상보증인에 대하여 채권자에 대위한다. 5. 보증인과 물상보증인 사이에는 그 수에 따라 채권자에 대위한다. 다만 물상보증인이 수인인 때에는 보증인의 부담부분을 제외한 잔액에 대하여 각 재산의 가액에 따라 채권자에 대위한다. 위 경우에 그 재산이 부동산인 때에는 제1호의 규정을 준용한다. 廣中俊雄, 앞의 民法審議, 342-343頁.

식만 다를 뿐 내용은 우리민법 제482조 및 만주국민법 제470조와 거의 동일하다.⁶¹⁾ 현행 일본민법은 1898년 7월 16일 시행되었다.⁶²⁾

다. 일본민법 제501조의 개정과 부기등기 삭제

(1) 일본민법에서 변제자대위 규정의 개정과 관련하여 일찍이 2004년 제501조 제5호 제3문을 독립시켜 제6호로 수정한 적이 있으나,⁶³⁾ 그 보다는 2018년의 개정이 훨씬 중요한 의의를 갖는다. 이를 위하여 2009년 법무성 산하의 ‘民法(債權關係)部会’가 설치되고 개정작업이 본격화되었다.⁶⁴⁾ 그 과정에서 변제자대위를 위한 부기등기 규정은 2012년 5월 22일 제47회 부회에서 변화의 조짐이 나타났다.⁶⁵⁾ 보증인이 담보 부동산의

61) 중의원은 1896년 1월 31일 개최하여 법안제출을 보고하고, 민법안에 대하여 2월 26일부터 심의하여 3월 16일 가결하고 17일 귀족원에 송부하였다. 귀족원은 민법안에 대한 심의를 위하여 특별위원회를 구성하고 1896년 3월 23일 본회의에서 특별위원회의 보고를 청취하고 질의 및 응답 후 최종적으로 민법중수정안을 통과시켰다. 귀족원을 통과한 일본민법전은 내용의 변동 없이 용어 정리와 조문 배열을 거쳤다. 廣中俊雄, 앞의 民法審議, 47-48頁, 54頁, 86頁.

62) 仁井田益太郎, 앞의 책, 26-30頁.

63) 이는 제6호가 제5호 전체를 수식하는 문장으로 바뀌 제5호 제1문의 보증인이 물상보증인을 대위할 때, 제2문의 물상보증인 사이의 대위에 부동산 담보등기에 부기등기가 필요함을 명시한 것이다.

64) 일본에서 1998년 민법 시행 100주년에 즈음하여 민법을 현대화하고 독일채무법 개정이나 EU 원칙 및 모델법 제정의 영향으로 국제사회에 합치되는 민법전의 재편이 필요하다는 주장과 함께 학계를 중심으로 민간차원의 민법개정 관련 연구가 시작되었다. 우치다 타카시(うちだ たかし, 内田貴) 교수 주도로 2006년 ‘民法(債權法)改正檢討委員會’가 활동을 개시하였고, 이 위원회가 2009년 법무대신의 자문기구인 ‘法制審議會’에 민법개정을 요청한 것이 계기가 되어 民法(債權關係)部会가 설치되었다.

65) 그보다 이전인 2011년 11월 15일 제35회 부회에 제출된 제33-3호 자료에서 일본민법 제501조의 효과를 명확하게 규정한다는 내용과 함께 부기등기의 시기와 관련하여 ‘보증인의 변제 후 제3취득자가 저장권 등의 목적이 된 부동산을 취득하고 그 등기를 하기 전’에 대위에 의하여 저장권 등이 보증인에게 이전한 것을 당해 저장권 등의 등기에 부기해야 한다는 구체적 내용을 기술한 바 있고(法制審議會, 民法(債權關係)部会資料33-3, 「民法(債權關係)の改正に関する中間的な論点整理」に対して寄せられた意見の概要(各論2), 2011.11.15, 311-313頁), 2012년 5월 8일 제46회 부회에 제출된 제39호 자료에서는 앞서 논의된 부기등기의 시기에 관한 논의는 있었으나 부기등기의 삭제 가능성에 대한 논의는 보이지 않는다(法制審議會, 民法(債權關係)部会資料39, 民法(債權關係)の改正に関する論点の検討(11), 2012.5.8, 48-54頁).

제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 때 그 부기등기를 보증인의 변제 후로 명확히 규정하자는 제안에 대하여, 마쓰오카 히사카즈(まつおか ひさかず, 松岡久和) 위원이 강력한 의문을 제기하였다.⁶⁶⁾ 그는 부기등기가 필요한 이유와 관련하여 “제3취득자로서는 변제에 의해 담보권이 소멸하였다고 신뢰하여 부동산을 매수한 경우 예기치 않은 손해를 입기 때문에 대위에 대한 부기등기를 제3자의 등장 전에 해두어야 한다는 설명이 보통”이라고 전제하였다.⁶⁷⁾ 그러면서 “제3자에 의하여 채무가 변제되고 대위절차가 취해지지 않은 상태에서 담보권 등기가 그대로 남아 있는 경우, 제3취득자는 담보권부 부동산을 매수할까?”라고 반문하였다. 이어서 그는 “담보권이 이미 소멸하고 있다면 담보권 설정등기를 말소하고 매수하는 것이 통상의 매매계약”인데, 그렇다면 “담보권 등기가 남아 있는 상태에서 제3취득자는 부기등기가 없다고 하여 더 이상 담보권이 존재하지 않는다고 기대할 수 없는 상태를 신뢰하여 행동한 것은 의문”이라고 하였다. 나아가 “오히려 제3취득자는 원래 채무자가 변제하지 않는 한 대위를 각오”해야 하는 것이고, “만일 담보권의 소멸을 믿었다고 하여도 그것은 반드시 보호할 만한 신뢰가 아니다.”라고 하면서 부기등기의 삭제를 주장하였다.⁶⁸⁾ 이러한 견해에 대하여 도가우치 히로토(どうがうち ひろと, 道垣内弘人) 간사와 나카이 야스유키(なかい やすゆき, 中井康之) 위원, 야마노메 아키오(やまのめ あきお, 山野目章夫) 간사 등 다수의 위원이 동의하였다.⁶⁹⁾

(2) 제47회 부회와 제1분과회의 논의에 따라 2013년 1월 15일 제66회 부회에서는 ‘민법개정에 관한 중간시안 원안(3)’이 자료 제55호로 제출되

66) 松岡위원에 따르면 제501조 제1호의 “입법취지가 현재의 해석과는 반대로 ‘변제 전의 대위등기’를 요구하였고, 대법원 판결로 변경되었으나 실제로 그렇게 판시한 대심원 판례도 있었다. 다만 현재의 해석은 입법취지와 다르더라도 조문이 있으므로 무시할 수 없기 때문에 변제 후 제3자가 등장하는 경우에만 부기등기를 하는 것으로 축소해석을 하고 있다.”고 한다. 法制審議會, 民法(債權關係)部會 第47回會議 議事録, 2012.5.22, 20頁.

67) 法制審議會, 民法(債權關係)部會 第47回會議 議事録, 2012.5.22, 20頁.

68) 法制審議會, 앞의 第47回會議 議事録, 20-21頁.

69) 道垣内 간사가 松岡위원의 견해에 부연하여, “변제자대위가 원 채권의 당연 이전을 전제로 하면 왜 채권양도의 경우와 달리 대위의 부기등기가 필요한지 의문”이며 “이러한 규율을 폐지”하자는 의견을 개진하였고, 中井위원과 山野目간사 역시 동의하였다(法制審議會, 民法(債權關係)部會 第47回會議 議事録, 2012.5.22, 21-25頁).

었다.⁷⁰⁾ 부기등기와 관련하여 “민법 제501조 제1호 및 제6호를 삭제하는 것으로 하고, 보증인은 채무자로부터 담보목적물을 양수한 제3취득자에게 대위할 수 있는 것으로 한다.”로 제안되었다.⁷¹⁾ 그에 따라 2013년 2월 26일 ‘민법개정에 관한 중간시안’을 확정하였는데, 여기서도 제501조 제1호의 부기등기와 제6호에서 이를 준용하고 있는 ‘부기등기’는 삭제된 상태였다.⁷²⁾

(3) 확정된 중간시안에 대하여 2013년 11월 19일 제80회 부회에서 다양한 찬반의견이 제시되었는데, 그 중 대위의 부기등기를 삭제하는 제안과 관련해서는 찬성의견이 압도적으로 많았다. 찬성하는 의견의 구체적 내용은 “부기등기가 되지 않아도 저당권이 말소되지 않는 한 제3취득자에게는 저당권부채권이 소멸했다는 신뢰는 생기지 않는 것이 통상이기 때문에 동호의 규정을 삭제하는 것은 타당”하고, “저당권부채권이 양도된 경우에 부기등기를 담보권 취득의 제3자에 대한 대항요건으로 하지 않는 것과 균형을 잃으므로 대위의 대항요건으로서는 불필요”하다는 것이다.⁷³⁾ 이에 따라 법전조사회는 2014년 6월 24일 제92회 부회에서 ‘민

70) 임의대위에 관한 제499조에서 채권자의 승낙 요건을 삭제한다. 제501조와 관련하여 제1호와 제6호의 부기등기 규정을 삭제하는 외에 제1호에 보증인 외 물상보증인은 제3자에게 대위할 수 있다. 제2호는 제3취득자는 보증인과 물상보증인에게 대위하지 못한다. 제3호와 관련하여 부동산의 가격을 재산의 가격으로 수정하고, 보증인은 상호 그 수에 따라 대위하고 구상권의 범위로 한정한다는 내용을 추가한다. 제5호에 보증인과 물상보증인을 겸하는 사람은 1인의 보증인으로 계산한다는 내용과 물상보증인으로부터 담보물을 양수한 자 역시 물상보증인으로 본다는 내용을 추가한다. 일부변제에 대한 제502조에서 제1항에 채권자의 동의를 얻어야 한다는 내용, 변제자대위가 되더라도 채권자가 단독으로 채권을 행사할 수 있다는 내용, 담보물의 매각대금이나 다른 금전에 대한 채권자의 우선권을 추가하였다. 담보 상실이나 감소에 대한 채권자의 책임규정(제504조)을 대폭 수정하는 내용이 포함되었다. 法制審議會, 民法(債權關係)部會資料55, 民法(債權關係)の改正に関する中間試案のたたき台(3)(概要付き), 2013.1.15, 40-43頁.

71) 法制審議會, 民法(債權關係)部會資料55, 民法(債權關係)の改正に関する中間試案のたたき台(3)(概要付き), 2013.1.15, 41頁.

72) 法制審議會, 民法(債權關係)の改正に関する中間試案, 2013.2.26, 43-44頁; 法制審議會, 民法(債權關係)の改正に関する中間試案の補足説明, 2013.2.26, 296頁.

73) 法制審議會, 民法(債權關係)部會資料64-8, 「民法(債權關係)の改正に関する中間試案」に対して寄せられた意見の概要(各論)【速報版(7)】, 2013.11.19, 92頁; 法制審議會, 民法(債權關係)部會資料71-4, 「民法(債權關係)の改正に関する中間試案」に対して寄せられた意見の概要(各論3), 2013.11.19, 204頁.

법개정에 관한 요강가안 원안’을 작성하였는데, 여기서 민법 제501조는 위 중간시안을 보다 구체적으로 조문화하였고 부기등기는 삭제되었다.⁷⁴⁾

(4) 2014년 12월 16일 제97회 부회에서 ‘민법개정에 관한 개정요강 원안’이 제출되었는데, 변제자대위를 위한 부기등기 내용은 삭제되었다. 부회에서도 변제자대위에 관한 논의가 있었으나 달리 중요한 변화는 보이지 않는다.⁷⁵⁾ 2015년 2월 10일 ‘민법개정에 관한 요강안’이 확정되었고 역시 부기등기는 삭제되었다.⁷⁶⁾ 이 요강안이 2015년 3월 31일 ‘민법의 일부를 개정하는 법률안’으로 확정되었다. 법률안은 수정 없이 2017년 일본 의회를 통과하여 2020년 4월 1일 시행되었다.⁷⁷⁾ 이로써 현행 일본 민법 제501조에는 보증인이 담보 부동산의 제3취득자에게 채권자를 대위하는 경우 대위의 부기등기가 필요하지 않으며, 다수의 보증인과 물상보증인 사이의 대위에서도 부기등기를 준용하는 내용 역시 삭제되었다.

IV. 우리민법의 부기등기 규정 해석

1. 부기등기와 관련된 민법 제482조의 해석

(1) 민법 제482조 제2항에서 부기등기에 관한 내용은 제1호와 제5호에 나타난다. 제1호는 “보증인은 미리 전세권이나 저당권의 등기에 그 대위를 부기하지 아니하면 전세물이나 저당물에 권리를 취득한 제3자에 대하여 채권자를 대위하지 못한다.”고 규정한다. 제5호는 다수의 보증인과 물상보증인 사이의 부담액 산정방법을 정하고(제1문과 제2문),⁷⁸⁾ “이

74) 法制審議會, 民法(債權關係)部會資料80-1, 民法(債權關係)の改正に関する要綱仮案の原案(その2), 2014.6.24, 18-19頁.

75) 法制審議會, 民法(債權關係)部會 第97回會議 議事録, 2014.12.16, 26-28頁.

76) 法制審議會, 民法(債權關係)の改正に関する要綱案, 2015.2.10, 41-43頁.

77) 민법 중 친족상속법의 개정법안 역시 2018. 5. 29. 중의원, 2018. 6. 13. 참의원을 통과하였고, 2022. 4. 1.에 시행되었다.

78) 민법 제482조 제2항 제5호 제1문 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자와 보증인간에는 그 인원수에 비례하여 채권자를 대위한다. 제2문 그러나 자기의 재산을 타인의 채무의 담보로 제공한 자가 수인인 때에는 보증인의 부담부분을 제외하고 그 잔액에 대하여 각 재산의 가액에 비례하여 대위한다.

경우에 그 재산이 부동산인 때에는 제1호의 규정을 준용한다.”(제3문)고 규정하여, 보증인이나 물상보증인이 상호 그들에게 채권자를 대위할 때 부동산의 전세권이나 저당권 등기에 부기등기를 해야 한다는 것을 명시하고 있다. 그런데 제1호에서 규정한 ‘미리’의 시기와 제5호 제3문에서 지시하는 ‘이 경우’의 불명확성으로 해석상 논란이 제기된다.

(2) 민법 제482조 제2항 제1호에서 담보등기에 대한 부기등기는 ‘미리’ 해야 하는 것으로 규정하는데, 미리 등기해야 하는 시점이 구체적으로 언제인지는 해석에 맡겨져 있다. 이에 관하여 보증인의 변제와 관계없이 제3취득자의 담보물 취득 등기 전으로 해석하는 견해⁷⁹⁾와 보증인의 변제 후 제3취득자의 담보물 취득 등기 전으로 해석하는 견해⁸⁰⁾로 나뉜다.⁸¹⁾ 후자가 다수설이고,⁸²⁾ 판례 역시 같은 입장이다.⁸³⁾ 이 규정에서

79) 김현태, 신채권법총론, 일조각, 1964, 305면; 이태재, 앞의 책, 386-387면; 김기선, 앞의 책, 353면.

80) 강현중(편집대표 박준서), 주석민법, 채권총칙(3), 한국사법행정학회, 2000, 304면; 박윤직, 앞의 책, 497면; 김주수, 앞의 책, 473면; 김형배, 앞의 책, 711면; 김증한·김학동, 앞의 책, 369면; 김상용, 앞의 책, 483면; 이은영, 앞의 책, 725면; 장재현, 앞의 책, 292면; 지원림, 앞의 책, 988면; 송덕수, 앞의 책, 971-9782면; 김준호, 앞의 책, 1221면; 김대정, 앞의 책, 382면; 양형우, 앞의 책, 1215면; 이인재, 앞의 책, 205면.

81) 변제 전이면 대위의 가등기를 하고 변제 후면 대위의 본등기를 한다. 김상용·박수곤, 민법개론, 화산미디어, 2015, 1371면; 박윤직, 앞의 책, 497면.

82) 일본에서는 처음에 제3취득자의 담보물 취득과 무관하게 보증인의 변제 전으로 해석하는 견해(横田秀雄, 債權總論, 清水書店, 1908, 925頁; 磯谷幸次郎, 債權法總論, 巖松堂, 1925, 803頁)와 제3자의 담보물 취득 전이어야 한다는 견해(川名兼四郎, 債權法要論, 金刺芳流堂, 1915, 551頁; 鳩山秀夫, 日本債權法總論, 岩波書店, 1916, 360頁)가 주장되었고, 최초 판례는 후자의 견해에 따랐다(日本 大審院判決 1931. 10. 6, 民事判例集 第10號, 889頁). 그 후 보증인의 변제 후 제3취득자의 담보물 취득 전이라는 견해가 나타났고(我妻榮, 債權總論, 岩波書店, 1940, 138頁; 柚木馨, 判例債權法總論(下), 有斐閣, 1963, 247頁), 현재 다수설이며(船月隆司, 앞의 책, 351-352頁) 판례의 입장이다(日本最高裁判所 1966. 11. 18, 民事判例集 第20號, 1861頁). 나아가 제3취득자의 신뢰를 중시하면서 더욱 한정적으로 변제 후 담보물이 소멸하였다고 믿고 취득한 제3자에 대해서만 대위의 부기등기를 요한다는 견해(於保不二雄, 債權總論, 有斐閣, 1972, 390頁)도 있다.

83) 소외 채무자는 2004. 12. 23. 채권자 수협중앙회에 대한 채무를 담보하기 위하여 자기 소유인 부동산에 관한 채권최고액 6억 5,000만 원의 근저당권설정등기를 마쳐주었고, 채권자에게 제공하고자 피고로부터 보증금액 4억 2,300만 원인 보증서를 발급받았다. 원고는 소외 채무자로부터 부동산을 매수하고 2012. 3. 19. 자기 명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 피고는 2012. 8. 24. 채권자에 대한 보증서에 따라 소외인의 대여금채무를 변제한 후

담보물의 제3취득자에게 채권자를 대위할 수 있는 보증인에는 물상보증인도 포함된다는 것이 다수설⁸⁴⁾과 판례⁸⁵⁾의 태도이고, 일본민법의 기초자들도 같은 입장이었다.⁸⁶⁾ 또한 담보물의 제3취득자에는 후순위 담보권을 취득한 자가 포함되지 않는다는 해석이 일반적이고,⁸⁷⁾ 판례 역시 동일한 입장을 견지하고 있다.⁸⁸⁾

(3) 민법 제482조 제2항 제5호에서 제1호의 부기등기를 준용할 때 그 대상과 관련하여 제5호 제1문만 해당되는지, 제2문도 포함하는지 견해가 나뉜다. 제1문에만 해당되는 것으로 보아 보증인과 물상보증인 사이의 대위에 한정된다는 견해가 다수설이고,⁸⁹⁾ 제1문에 한정할 필요가 없이 제2문을 포함하여 물상보증인 상호간의 대위에도 부기등기가 필요하다는

2012. 9. 18. 담보 부동산의 근저당권 이전에 관한 부기등기를 마쳤다. 원고는 피고의 채무변제를 근거로 채권자 명의의 근저당권말소를 청구하였다. 이에 대하여 원심법원(서울중앙지법 2019. 2. 13. 선고 2018나32738 판결)은 원고가 2012. 3. 19. 담보 부동산의 소유권을 취득하였고, 보증인인 피고는 그 후인 2012. 8. 24. 채무를 변제하여 부기등기가 마쳐졌으므로, 제3취득자의 담보 부동산 취득 전에 부기등기가 되지 않아 이런 경우에는 피고인 보증인이 대위의 부기등기를 하지 않았더라도 담보 부동산의 제3취득자인 원고에 대하여 채권자를 대위할 수 있다고 판단하였다. 대법원(대법원 2020. 10. 15. 선고 2019다222041 판결)은 “보증인의 변제로 저당권 등이 소멸한 것으로 믿고 목적부동산에 대하여 권리를 취득한 제3취득자를 예측하지 못한 손해로부터 보호하기 위한 것”으로 “보증인이 채무를 변제한 후 저당권 등의 등기에 관하여 대위의 부기등기를 하지 않고 있는 동안 제3취득자가 목적부동산에 대하여 권리를 취득한 경우 보증인은 제3취득자에 대하여 채권자를 대위할 수 없다. 그러나 제3취득자가 목적부동산에 대하여 권리를 취득한 후 채무를 변제한 보증인은 대위의 부기등기를 하지 않고도 대위할 수 있다고 보아야 한다. 보증인이 변제하기 전 목적부동산에 대하여 권리를 취득한 제3자는 등기부상 저당권 등의 존재를 알고 권리를 취득하였으므로 나중에 보증인이 대위하더라도 예측하지 못한 손해를 입을 염려가 없다.”고 판시하여 원심법원의 판단을 인용하였다.

- 84) 지원립, 앞의 책, 988면; 김준호, 앞의 책, 1220면; 양창수, 앞의 논문 “물상보증인의 변제자대위와 부기등기의 요부”, 84면.
- 85) 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다30666·30673 판결.
- 86) 法務大臣官房司法法制調査部, 앞의 民法議事速記録(三), 350頁; 高橋眞, 求償權と代位の研究, 成文堂, 1996, 114頁.
- 87) 양형우, 앞의 책, 1215면; 박동진, 앞의 논문, 512면.
- 88) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다48855 판결. 일본 판례도 동일한 취지이다. 日本 最高裁判所判決 1964. 4. 7, 民事判例集 73號, 3頁.
- 89) 곽윤직, 앞의 책, 498면; 김주수, 앞의 책, 474면; 김형배, 앞의 책, 712면; 이은영, 앞의 책, 725면; 김대정, 앞의 책, 384면.

견해가 소수설이다.⁹⁰⁾ 이것은 담보 부동산의 제3취득자에 대한 보증인의 대위 규정, 즉 제1호에 비추어 결국 부기등기를 해야 대위할 수 있는 자를 보증인으로 한정할지, 아니면 물상보증인 나아가 제3취득자에게까지 확대할지 문제로 귀착한다.⁹¹⁾ 판례는 소수설에 따른다.⁹²⁾

-
- 90) 김상용, 앞의 책, 484면; 송덕수, 앞의 책, 972면; 양형우, 앞의 책, 1216면. 나아가 제3호와 제4호에서 제3취득자 사이와 물상보증인 사이의 대위에 관해서는 부기등기 규정이 없는데, 이 경우에도 부기등기가 필요하다는 견해가 있다(김상용, 앞의 책, 485면). 반면 제4호의 경우에는 미리 부기등기를 할 필요가 없지만, 물상보증인이 다른 물상보증인으로부터 담보물을 취득한 제3자에게 대위하려면 부기등기를 해야 한다는 견해도 있다(송덕수, 앞의 책, 974면).
- 91) 채무자로부터 담보물을 취득한 제3자는 채무자와 동일하므로 보증인이 그에게 대위할 때 부기등기는 불필요하다는 견해도 있고(양창수, 앞의 논문 “물상보증인의 변제자대위와 부기등기의 요부”, 82면), 채무자로부터 담보물을 취득한 제3자이든 물상보증인으로부터 담보물을 취득한 제3자이든 구별 없이 부기등기가 필요하다는 견해도 있다(명순구, “물상보증인의 변제자대위 요건으로서의 부기등기”, 재판의 한길, 김용준헌법재판소장화갑기념논문집, 1998, 128면).
- 92) 소의 A회사의 채권자 乙에 대한 3억 원의 차용금채무를 담보하기 위하여 물상보증인 B가 자기 소유 X부동산에 관하여 乙 명의의 근저당권설정등기를 마쳐주었고, B 외 7인의 물상보증인이 A의 乙에 대한 채무 담보를 위하여 추가로 각자 자기 소유 부동산에 관하여 乙 명의의 근저당권설정등기를 마쳐주었다. 채무자와 B 외의 물상보증인 중 5인이 1987년 12월부터 1989년 3월 사이에 분담하여 A의 채무를 변제한 후 B의 승계참가인 甲이 X부동산을 매수하여 1989년 11월 소유권이전등기를 마쳤다. 원고 B가 피고 乙 명의의 X부동산에 관한 근저당권설정등기 말소를 청구하였으나 소송 진행 중에 B는 소송에서 탈퇴하고 甲이 승계참가인으로 원고가 되었다. 원심법원(대구고등법원 1990. 2. 20. 선고 89나 34324 판결)은 수인의 물상보증인 중 1인이 채무를 변제한 경우 담보로 제공된 각 부동산의 가액에 비례하여 다른 물상보증인에게 채권자를 대위할 수 있는데, 이때에는 인적 보증인이 대위하는 경우와 달리 저당권의 등기에 미리 부기등기를 하지 않아도 저당 부동산의 제3취득자에게 채권자를 대위할 수 있으므로, 甲이 자신의 부담부분 이상으로 채무를 변제한 사정이 없고, X부동산에 대한 근저당권은 채무를 대위변제한 물상보증인 4인의 대위 목적이 되어 피고 乙은 이들에게 담보권을 이전해줄 의무가 있고, 따라서 원고의 청구에 응하여 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 없다고 판단하여, 결국 변제한 물상보증인 4인이 X부동산의 제3취득자인 원고 甲에게 변제자대위를 할 수 있으니 피고 乙의 근저당권은 그 대위변제자 4인에게 이전되므로, 원고 甲은 피고 乙을 상대로 근저당권말소청구를 할 수 없다고 하여 청구를 기각하였다. 대법원(대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카10305 판결)은 변제자대위에 관한 민법 제482조 제2항 제1호에 대하여 제5호 단서가 이를 준용하는 바, 그 취지는 수인의 물상보증인 중 일부의 물상보증인이 채무를 변제하여 다른 물상보증인에게 채권자를 대위하는 경우 미리 대위의 부기등기를 하지 않으면 저당 부동산을 취득한 제3자에게 채권자를 대위할 수 없도록 한 것인데, 만일

2. 부기등기 규정 존폐론

가. 개요

변제자대위의 부기등기와 관련하여 민법 제482조 제2항 제1호와 제5호의 해석상 많은 논란이 야기된다면, 차제에 이러한 부기등기가 반드시 존재해야 하는지에 대하여 근본적인 검토가 필요하다고 생각된다. 우리 민법의 해석론으로 이미 그에 대한 의문을 제기한 바도 있고,⁹³⁾ 앞서 본 바와 같이 우리민법과 동일한 내용 및 취지를 가진 일본민법 제501조가 최근 개정을 통하여 부기등기를 삭제한 것도 그 필요성에 대한 의문을 증폭시킨다. 부기등기 규정의 존폐 문제는 변제자대위의 법리구성, 부동산 등기제도의 공시기능, 변제자대위의 제도적 취지에 따른 보증인과 담보물 제3취득자 중 우선적 보호 대상자 결정, 부기등기를 규정한 다른 제도와의 비교 등을 통하여 구체적으로 살펴볼 수 있을 것이다.

나. 변제자대위의 법리구성과 부기등기

(1) 대위변제자가 채무자 또는 담보권 설정자에 대하여 채권자를 대위할 수 있는 법리구성은 앞에서 본 바와 같이 다수설과 판례의 입장이 채권자의 권리를 대위하여 행사하는 것이 아니라 채권자의 권리를 이전받아 행사하는 것이라고 한다. 대법원은 “대위변제자는 변제한 가액의 범위 내에서 종래의 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 법률상 당연히 취득”하는 것으로 파악한다.⁹⁴⁾ 예를 들어 甲이 乙에게 1억 원의 채무를 부담하면서 그 담보를 위하여 자기 소유 X토지에 乙 명의

원심의 해석과 같이 제5호 역시 보증인이 물상보증인에게 대위할 경우에만 부기등기를 필요로 한다면, 제5호는 단지 그 단서에서 제1호를 준용하도록 규정한 것이 제1호의 반복으로 무의미한 규정이 될 염려가 있어, 결국 A의 피고 乙에 대한 채무를 변제한 4인의 물상보증인이 미리 저당권설정등기에 부기등기를 하지 않아 X부동산의 제3취득자인 원고 甲에 대하여 채권자를 대위할 수 없으니, 피고 乙의 근저당권은 그 대위변제자 4인에게 이전되지 않으므로 원고 甲은 피고 乙을 상대로 근저당권말소청구를 할 수 있어서 원고 甲의 청구를 인용하고 원심판결을 파기, 환송하였다. 같은 취지 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다99341 판결.

93) 이영준, 한국민법론[물권법], 박영사, 2004, 865면; 김중환·김학동, 물권법, 박영사, 2004, 559-560면 주65; 이상태, 물권법, 법원사, 2015, 548면; 이은영, 물권법, 박영사, 2000, 799면; 양창수, 앞의 논문 “물상보증인의 변제자대위와 부기등기의 요부”, 82면.

94) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다53929 판결.

근저당권을 설정하는 한편, 丙이 그 채무에 대하여 乙과 연대보증채무를 지기로 약정한 경우를 보자. 만일 丙이 甲의 채무를 전액 변제하였다면, 乙의 甲에 대한 근저당권부 채권 1억 원을 丙이 넘겨받아 이를 행사할 수 있다. 이러한 상황은 乙이 甲에 대한 근저당권부 채권을 丙에게 양도한 결과와 동일하고, 근저당권의 목적물인 X토지가 물상보증인 丁의 소유이거나 이를 취득한 제3자의 戊의 소유이더라도 마찬가지이다.

(2) 이때 채권자의 승낙을 얻어야 하는 임의대위는 채권양도에 관한 제450조 내지 제452조를 준용하지만(제480조), 법정대위는 이러한 준용 규정이 없다(제481조). 그런데 부기등기를 규정한 제482조는 ‘전2조의 규정에 의하여 채권자를 대위한 자’에게 모두 적용되므로, 채권양도 방식에 따르는 임의대위이건 법률상 당연히 대위하는 법정대위이건 부동산에 대한 담보권의 대위에는 부기등기가 필요하다. 이를 근저당권부 채권의 양도와 비교하면, 예를 들어 甲이 乙에 대한 1억 원의 채무를 담보하기 위하여 X토지에 근저당권을 설정해주고 乙이 그 근저당권부 채권을 丙에게 양도한 경우, 丙은 채무자 甲에 대하여 양수금의 지급을 청구할 수 있을 뿐만 아니라 X토지에 대한 근저당권을 실행할 수 있다는 점에서 결과는 동일하다.

(3) 채권양도는 채권자가 양도인으로서 채무자에 대한 채권의 동일성을 유지한 채 새로운 채권자인 양수인에게 ‘이전’하는 처분행위로서 준물권행위임에 의문이 없다. 변제자대위의 경우 다수설과 판례의 입장인 채권자의 권리가 변제자에게 ‘이전’한다는 점에서 채권양도와 다를 바 없다. 그런데 우리 민법은 채권양도의 경우 채권에 수반하는 근저당권 이전의 부기등기를 규정하지 않은 반면,⁹⁵⁾ 변제자대위의 경우에는 제482조에 따라 임의대위이건 법정대위이건 부기등기를 하지 않으면 채권자를 대위할 수 없도록 규정하고 있다.

다. 부기등기를 규정한 다른 제도와의 비교

(1) 우리 민법에서 부기등기는 변제자대위에 관한 민법 제482조 외에 저당권부 채권에 대한 질권 설정에서도 나타난다. 즉 민법 제348조는

95) 실제로는 근저당권의 이전등기를 하거나(대법원 2003. 10. 10. 선고 2001다77888 판결) 부동산등기법에 따른 근저당권 이전의 부기등기를 해야 한다(동법 제52조 제2호).

“저당권으로 담보한 채권을 질권의 목적으로 한 때에는 그 저당권등기에 질권의 부기등기를 하여야 그 효력이 저당권에 미친다.”라고 규정하였다. 그런데 이 규정에서 부기등기는 저당권의 피담보채권과 그 부종성으로 인한 저당권 자체에도 질권의 효력을 미치게 하기 위한 조치일 뿐,⁹⁶⁾ 변제자대위에서 부기등기를 규정한 취지와는 사뭇 다르다.

(2) 민법 제368조 제2항 후단은 공동저당의 이시배당에서 먼저 경매된 부동산의 후순위저당권자는 선순위저당권자가 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위자를 ‘대위’하여 다른 부동산에 대한 저당권을 행사할 수 있다고 규정한다. 예를 들어 甲의 乙에 대한 1억 원의 채무를 담보하기 위하여 甲 소유인 X토지와 Y건물에 각각 乙을 1번 근저당권자로 하는 근저당권을 설정하였다. X토지에 2번 근저당권자 丙이 있는 경우, 乙이 X토지에 대한 근저당권을 실행하여 자기 채권 1억 원을 모두 변제받은 후, Y건물이 근저당권 실행으로 경매되면, 丙은 Y건물에 대한 乙의 1번 근저당권을 대위하여 배당에 참가할 수 있게 된다. 이때 후순위저당권자의 대위에 의하여 공동저당권자가 가지고 있던 저당권은 법률의 규정에 따른 물건변동으로서 후순위저당권자에게 이전된다.⁹⁷⁾ 결과적으로 丙은 Y건물에 대한 근저당권이 없음에도 乙의 선순위근저당권을 이전받아 행사할 수 있으며, 그 취지에 비추어 보면 변제자대위와 같이 Y건물에 대한 乙의 선순위근저당권에 부기등기를 한다. 그러나 민법 제368조 제2항에는 부기등기에 관한 규정이 없다.⁹⁸⁾

(3) 민법은 공동저당권에 대한 부기등기를 규정하지 않았으나 부동산 등기법에는 규정되어 있다. 종래 이러한 부기등기가 민법 제482조 제2항의 부기등기와 다를 바 없음에도 이를 규정하지 않았다고 하여 그 등기 가능성에 대한 논란이 있었다. 실무상으로도 후순위저당권자가 취득한

96) 지원립, 앞의 책, 776면.

97) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다99341 판결.

98) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다99341 판결은 공동저당의 목적부동산 중 먼저 경매된 부동산의 후순위저당권자가 다른 부동산에 공동저당의 대위등기를 하지 아니하고 있는 사이에 선순위저당권자 등에 의해 그 부동산에 관한 저당권등기가 말소된 경우, 그와 같이 저당권등기가 말소되어 등기부상 저당권의 존재를 확인할 수 없는 상태에서 그 부동산에 관하여 소유권이나 저당권 등 새로 이해관계를 취득한 사람에 대해서는 후순위저당권자가 민법 제368조 제2항에 의한 대위를 주장할 수 없다고 판시한다.

선순위저당권등기에 대해서는 말소등기가 아니라 대위에 의한 저당권이전의 부기등기를 하였다.⁹⁹⁾ 그러다가 2011년 부동산등기법의 개정¹⁰⁰⁾으로 민법 제368조 제2항 후단의 대위를 위한 등기 규정을 신설하였다(제80조).¹⁰¹⁾ 채무자 甲, 근저당권자 乙인 상태에서 丙이 대위변제한 후 근저당권의 대위등기를 한 부기등기의 실제 모습은 다음과 같다.

【 을 구 】 (소유권 이외의 권리에 관한 사항)				
순위번호	등기목적	접수	등기원인	권리자 및 기타사항
2	근저당권설정	2014년3월12일 제1100호	2014년3월11일 설정계약	채권최고액 금50,000,000원 채무자 甲 781012-1 서울특별시 서초구 서초로24 근저당권자 乙 700513-1 서울특별시 강남구 논현로21
2-1	2번근저당권이전	2014년11월5일 제2200호	2012년10월12일 민법 제368조 제2항에 의한 대위	매각부동산 토지 서울특별시 서초구 서초로23 매각대금 80,000,000원 변제액 45,000,000원 채권최고액 40,000,000원 대위자 丙 690623-1 서울특별시 용산구 한강대로

공동저당의 대위등기는 선순위저당권자를 등기의무자로, 대위자인 후순위저당권자를 등기권리자로 하고, 대위등기의 목적이 된 저당권등기에 부기등기로 한다.¹⁰²⁾ 등기의 목적은 ‘○번 저당권대위’로 하고, 등기원인은 ‘민법 제368조 제2항에 의한 대위’로, 그 연월일은 선순위근저당권자에 대한 경매대가의 배당기일을 기재하고, 일반적인 등기사항 외에 매각 부동산, 매각대금, 선순위저당권자가 변제받은 금액, 매각 부동산 위에 존재하는 후순위저당권자의 피담보채권에 관한 내용을 기재한다.

(4) 공동저당의 대위등기는 등기할 내용 중에 매각부동산에 관한 표시가 추가되었을 뿐 변제자대위를 위한 부기등기와 차이가 거의 없다. 그럼에도 민법 제368조에는 부기등기를 규정하지 않고 부동산등기법에 규정할 뿐이다. 한편 공동저당의 배당에 관하여 우리 민법과 동일한 규정을 둔 일본민법(제392조 제2항 후단)은 제393조에서 “전조 제2항 후단의 규정에 의하여 대위에 따라 저당권을 행사하는 자는 그 저당권의 등

99) 구연모, 앞의 책, 288면.

100) 2011. 4. 12. 법률 제10580호 전부개정, 2011. 10. 13. 시행.

101) 구체적인 등기절차는 ‘공동저당 대위등기에 관한 업무처리지침’(등기예규 제1407호) 참조.

102) 구연모, 앞의 책, 289면.

기에 그 대위를 부기할 수 있다.”고 규정한다. 그 내용이 선순위저당권의 대위를 위하여 반드시 부기등기를 해야 하는 것은 아니지만 이를 ‘할 수 있다’고 규정하였다. 이러한 내용을 보면 부기등기에 관한 각 규정이 논리적으로 일관된 태도를 취하지 못하고 있다. 부기등기에 대한 통일을 기하거나 적어도 민법에서 변제자대위의 부기등기를 삭제 또는 부동산등기법에 “부기등기를 할 수 있다.”는 정도로 규정하는 방안을 고려할 수 있을 것이다.

V. 결 어

(1) 부동산 등기제도의 궁극적인 목적은 등기 대상인 부동산과 관련된 법률관계의 공시이다. 채무를 담보하기 위하여 부동산에 근저당권을 설정하였다면 부동산등기부에는 근저당권 설정등기가 되고, 이를 통하여 누구라도 특정 부동산에 근저당권이 설정되어 있음을 알 수 있으며, 아울러 피담보채무가 변제되지 못하면 근저당권의 실행으로 그 부동산이 경매될 수 있다는 것도 알 수 있다. 한편 피담보채무가 변제되면 근저당권이 소멸되고 근저당권 설정등기 역시 말소등기를 통하여 등기부에서 삭제되고 근저당권의 실행을 피할 수 있다는 사실 역시 알 수 있다. 다만 피담보채무의 변제는 근저당권의 소멸을 가져오지만 근저당권 말소등기와는 시간의 간격이 있다. 그렇더라도 실제 권리관계와 등기부 기재의 시간적 차이는 권리 취득자가 당연히 고려해야 한다.

(2) 더욱이 채무자와 달리 보증인 등 담보제공자가 변제하는 경우에는 근저당권에 대한 변제자대위가 가능하므로 근저당권이 소멸되지 않고 근저당권 설정등기 역시 말소되지 않는다. 변제자대위의 경우 채무의 변제와 관계없이 근저당권 설정등기가 말소되지 않으므로, 그 근저당권의 목적 부동산을 취득한 제3자는 근저당권의 실행으로 인한 소유권의 상실 위험을 각오해야 한다. 근저당권의 목적이 된 부동산의 소유권을 취득하려는 제3자는 부동산등기부를 통하여 담보권의 존재를 확인해야 한다. 단지 채무가 변제되었다는 사실만으로 부동산등기부의 담보권 말소를 확인하지 않은 채 담보권의 대상이 된 부동산을 취득한 제3자는 그 담보권

의 실행으로 소유권을 상실하더라도 어쩔 수 없다. 부동산등기의 공시기능을 무시하고 담보권이 붙은 부동산의 소유권을 취득한 자에게 법률상 보호막을 씌워줄 필요가 없다. 응당 예상해야 할 법적 규율을 소홀히 한 제3취득자를 보호할 필요는 없다. 법의 부지는 보호받지 못한다(Error iuris non nocet).

(3) 변제자대위에 관한 민법 제482조 제2항 제1호와 제5호에서 ‘부기등기’를 하지 않으면 변제자대위를 허용하지 않도록 규정한 것은 부동산등기제도의 공시기능에 부합하지 않는다. 앞에서 본 바와 같이 부기등기는 독립적인 등기번호를 갖지 못하고 이미 설정한 주등기에 가지번호를 덧붙여서 그 일부를 변경하는 등기이다. 변제자대위의 경우 주등기인 근저당권 설정등기에 대위의 부기등기를 붙여 저당권 이전등기를 할 뿐이다. 민법 제480조의 임의대위는 채권자의 승낙과 채권양도의 대항요건에 의하여, 그리고 제481조의 법정대위는 법률상 당연히 채권의 이전이라는 효과를 가져 오므로, 그 채권에 붙은 근저당권은 수반하여 변제자에게 이전되는 효력이 발생한다. 이로써 변제자는 이전받은 채권에 붙은 근저당권을 실행할 수 있고, 반드시 부기등기를 해야만 근저당권을 실행할 수 있는 것은 아니라고 해야 한다. 따라서 부기등기를 언제 해야 하는가를 고민할 것이 아니라 변제자대위를 위한 부기등기 자체의 삭제를 고려해야 할 것이다.

(논문투고일: 2023.2.21., 심사개시일: 2023.3.9., 게재확정일: 2023.3.24.)



▶ 정 상 현(鄭相鉉)

변제자대위, 보증인, 물상보증인, 담보 부동산 제3취득자, 부기등기

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

- 강현중(편집대표 박준서), 주석민법, 채권총칙(3), 한국사법행정학회, 2000
- 곽윤직, 채권총론, 박영사, 1997
- 구연모, 부동산등기법, 박영사, 2022
- 국회사무처, 제26회 국회정기회의속기록, 제30호
- 김기선, 한국채권법총론, 법문사, 1963
- 김대정, 채권총론, 피데스, 2006
- 김대정·최창렬, 채권총론, 박영사, 2020
- 김상용, 채권총론, 법문사, 2000
- 김상용·박수근, 민법개론, 화산미디어, 2015
- 김석우, 채권법총론, 박영사, 1977
- 김재형, “민법의 기초자인 가인 김병로-민법제정에 관한 그의 업적과 사상-”,
가인김병로와 21세기 사법부, 법원행정처, 2014
- 김재형, “조세채권과 변제자대위”, 저스티스 제110호, 한국법학원, 2009
- 김주수, 채권총론, 삼영사, 1999
- 김증한, 채권총론, 박영사, 1988
- 김증한·김학동, 채권총론, 박영사, 1998
- 김증한·김학동, 물권법, 박영사, 2004
- 김태훈, “개정 프랑스담보법상 물상보증에 관한 연구”, 재산법연구 제39권
제4호, 한국재산법학회, 2023.2
- 김현태, 신채권법총론, 일조각, 1964
- 김형배, 채권총론, 박영사, 1998
- 김형석, “변제대위 제도의 연혁에 관한 소고”, 사법연구 제8집, 2003
- 명순구, “물상보증인의 변제자대위 요건으로서의 부기등기”, 재판의 한길,
김용준헌법재판소장화갑기념논문집, 1998
- 민의원법제사법위원회, 민법안심사보고서, 1957.10.15
- 민의원법제사법위원회민법안심의소위원회, 민법안심의록(상권), 1957
- 박동진, 계약법강의, 법문사, 2020
- 박동진, “제3자 변제와 변제자대위권”, 민사법학 제82호, 한국민사법학회, 2018.2

- 박석일, “변제자대위에 관한 일본민법의 개정과 우리 민법의 시사점”, 법학연구 제30권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2020.6
- 박수곤, “프랑스민법상의 저당권의 효력 개관”, 민사법학 제49-2호, 한국민사법학회, 2010.6
- 백경일, “보증인과 후순위저당권자 간의 변제자대위-대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다48855 판결-”, 민사법학 제64호, 한국민사법학회, 2013.9
- 법무부, 2013년 법무부 민법개정시안(조문편), 민법개정총서6, 민법개정자료발간팀, 2013
- 법무부, 민법(재산편) 개정 자료집, 법무자료 제260집, 2004.11
- 서희석, 일본 “민법(채권관계) 개정요강안”의 검토, 2014년도 법무부연구용역과제보고서
- 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2022
- 양창수, “물상보증인의 변제자대위와 부기등기의 요부”, 사법행정 제32권 제7호, 한국사법행정학회, 1991.7
- 양창수, “민법안의 성립과정에 관한 소고”, 민법연구 제1권, 박영사, 1991
- 양창수·김재형, 계약법, 박영사, 2015
- 양형우, 민법의 세계, 정독, 2022
- 이상태, 물권법, 법원사, 2015
- 이영준, 한국민법론[물권법], 박영사, 2004
- 이은영, 물권법, 박영사, 2000
- 이은영, 채권총론, 박영사, 2000
- 이인재(편집대표 곽윤직), 민법주해[XI], 채권(4), 박영사, 2004
- 이태재, 채권총론신강, 진명문화사, 1964
- 이호정, 채권법총론, 한국방송통신대학출판부, 1993
- 장경학, 채권총론, 교육과학사, 1994
- 장재현, 채권법총론, 현암사, 1998
- 정상현, “변제자대위의 부담액 산정방식 재검토와 민법 제482조 제2항의 개정제안”, 성균관법학 제34권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2022.9
- 제철웅, “구상관계와 변제자대위: 그 상호관계의 비교법적 검토”, 민사법학 제23호, 한국민사법학회, 2003.3

- 지원림, 민법강의, 홍문사, 2020
최형표(편집대표 김용덕), 주석민법 채권총칙(4), 한국사법행정학회, 2020
한불민사법학회, 개정 프랑스채권법 해제, 박영사, 2021
한인섭, 가인 김병로, 박영사, 2017
현승중·조규창, 로마법, 법문사, 1996
홍봉주, “제3취득자의 변제자 대위”, 일감법학 제38호, 건국대학교법학
연구소, 2017.10

II. 일본문헌

- 岡孝, “法典論爭から明治民法成立・注釋時代”, 日本民法学史・通史, 信山社, 1997
高橋眞, 求償權と代位の研究, 成文堂, 1996
廣中俊雄, 民法中修正案(第三編)の理由書, 有斐閣, 1987
廣中俊雄, 第九回帝國會議の民法審議, 有斐閣, 1986
鳩山秀夫, 日本債權法總論, 岩波書店, 1916
磯谷幸次郎, 債權法總論, 巖松堂, 1925
梅謙次郎, 民法要義(卷之三) 債權編, 有斐閣書房, 1912
法務大臣官房司法法制調査部, 法典調査會 民法議事速記録(三), 日本近代
立法資料叢書3, 商事法務研究会, 1984
法制審議會, 民法(債權關係)の改正に関する中間試案, 2013.2.26
法制審議會, 民法(債權關係)の改正に関する中間試案の補足説明, 2013.2.26
法制審議會, 民法(債權關係)部會 第1分科會 第5回會議 議事録, 2012.7.24
法制審議會, 民法(債權關係)部會 第47回會議 議事録, 2012.5.22
法制審議會, 民法(債權關係)部會 第97回會議 議事録, 2014.12.16
法制審議會, 民法(債權關係)部會 第97回會議 議事録, 2014.12.16
法制審議會, 民法(債權關係)の改正に関する要綱案, 2015.2.10
法制審議會, 民法(債權關係)部會資料10-2, 民法(債權關係)の改正に関する
検討事項(5) 詳細版, 2010.4.27
法制審議會, 民法(債權關係)部會資料33-3, 「民法(債權關係)の改正に関する
中間的な論点整理」に対して寄せられた意見の概要(各論2),
2011.11.15.
法制審議會, 民法(債權關係)部會資料39, 民法(債權關係)の改正に関する論
点の検討(11), 2012.5.8

- 法制審議會, 民法(債權關係)部會資料55, 民法(債權關係)の改正に関する中間試案のたたき台(3)(概要付き), 2013.1.15
- 法制審議會, 民法(債權關係)部會資料64-8, 「民法(債權關係)の改正に関する中間試案」に対して寄せられた意見の概要(各論)【速報版(7)】, 2013.11.19
- 法制審議會, 民法(債權關係)部會資料71-4, 「民法(債權關係)の改正に関する中間試案」に対して寄せられた意見の概要(各論3), 2013.11.19
- 法制審議會, 民法(債權關係)部會資料80-1, 民法(債權關係)の改正に関する要綱仮案の原案(その2), 2014.6.24
- 船月隆司(編輯代表 星野英一), “弁済者の代位”, 民法講座4 債權總論, 有斐閣, 1985
- 我妻榮, 債權總論, 岩波書店, 1940
- 岸上晴志, “ポアソナード時代”, 日本民法学史・通史, 信山社, 1997
- 於保不二雄, 債權總論, 有斐閣, 1972
- 柚木馨, 滿洲國民法總論(I), 有斐閣, 1940
- 柚木馨, 滿洲民法讀本, 有斐閣, 1934
- 柚木馨, 判例債權法總論(下), 有斐閣, 1963
- 仁井田益太郎, 舊民法(法学叢書6), 日本評論社, 1943
- 仁井田益太郎・穗積重遠・平野義太郎, “仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会”, 法律時報 第10卷 第7号(通卷 第110号), 日本評論社, 1938.7
- 鄭鐘休, 韓國民法典の比較法的研究, 創文社, 1989
- 朝鮮總督府, 慣習調査報告書, 1913
- 朝鮮總督府中樞院, 民事慣習回答彙集, 1933
- 川名兼四郎, 債權法要論, 金刺芳流堂, 1915
- 横田秀雄, 債權總論, 清水書店, 1908

III. 서구문헌

- Alain Bénabent, Droit civil, Les obligations, 10eéd., Montchrestien, 2005
- Bernhard Windscheid / Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.II., 9.Aufl., Rütten & Loening, 1906

- Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, *Droit civil français*, 7^eéd.,
Librairies techniques, 1968
- Christian Grüneberg, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 80.Auflage,
C.H.Beck, 2021
- Dieter Medicus, *Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung
des Zessionsregresses*, in Dieter Medicus/Hans Hermann Seiler(Hg.),
Festschrift für Max Kaser zum 70.Geburtstag, C.H.Beck, 1976
- François Chabas et Michel de Juglart, *Leçon de droit civil, Obligation:
théorie générale*, 8^eéd., Montchrestien, 1991
- François Grua, *Le cautionnement réel*, J.C.P., 1984
- François Laurent, *Principes de droit civil français*, t.XVIII., 2^eéd.,
Bruylant-Christophe, 1876
- François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil: Les
Obligations*, 11^eéd., Dalloz, 2013
- Gabriel Marty, Pierre Raynaud et Philippe Jestaz, *Droit civil: Les
obligations*, Sirey, 1989
- Gustave-Émil Boissonade de Fontarabie, *Projet de Code civil pour
l'empire du Japon accompagné d'un commentaire*, t.II, *Des
droit personnels ou obligations*, 2^eéd., Tokio, 1883
- Jan Wilhelm, *Sachenrecht*, 5.Aufl., Walter de Gruyter, 2016
- Jean Carbonnier, *Droit civil*, t.IV., *Les obligations*, 15^eéd., 1991
- Joseph Soulié, *Essai sur la nature juridique et les effets du
cautionnement réel sous la forme hypothécaire*, Cléder, 1913
- Katharina von Koppenfels-Spies, *Die cessio legis*, Mohr Siebeck, 2006
- Klaus Vieweg/Almuth Werner, *Sachenrecht*, 7.Aufl., Vahlen, 2015
- Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2.Abschnitt, C.H.Beck, 1975
- Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, *Réforme du
droit des contrats, Du régime général et de la preuve des
obligations*, Art.1346, LexisNexis, 2016
- Peter Gröschler, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd.II,
1.Teilband, Mohr Siebeck, 2007

- Philippe Simler et Philippe Delebecque, Droit civil: Les sûretés, la publicité foncière, 7^eéd., Dalloz, 2016
- Philippe Simler, Cautionnement: Garanties autonomes-garanties indemnitaires, LexisNexis, 2008
- Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co. Ltd., 1996
- Stepfan Lorenz, Beck'scher Online-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 60.Ed., C.H.Beck, Stand: 01. 11. 2021
- William Dross, Droit Civil: Les Choses, L.G.D.J., 2012
- Wolfgang Krüger, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band2, 8.Aufl., C.H.Beck, 2019
- Wolfgang Wiegand, J. von Staudingers Kommentar, Neubearbeitung, Sellier/de Gruyter, 2019

Abstract

Review of the Need for Supplementary Registration for Subrogation of the Guarantor and Proposal for Amendment of the Civil Law*

Sang Hyun JUNG**

Regarding the effect of subrogation and the relationship between the subrogator, Article 482, Paragraph 2, Items 1 and 5 of the Korean Civil Code provide. Subparagraph 1 of the same paragraph stipulates that in order for a guarantor to subrogate a creditor to a third acquirer of secured real estate, he must make an additional registration in the security right registration. Subparagraph 5 stipulates that subrogation between multiple guarantors and property guarantors shall be applied *mutatis mutandis* when the collateral is real estate. It is understood that such additional registration is intended to protect a third party who has acquired the real estate secured by believing that the mortgage right has been extinguished by the payment of the guarantor from unexpected damages that may result in the loss of ownership due to the exercise of the security right by the subrogator. This is to notify through additional registration that the mortgage right does not expire due to the subrogation of the payee and there is a possibility of losing the ownership of the real estate acquired through the execution.

However, there are doubts about its effectiveness in that the risk of a third acquirer of the real estate subject to subrogation of the perpetrator

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea(NRF-2021S1A5A2A01065006).

** Professor, SungKyunKwan University Law School · Dr. Jur.

losing ownership due to the execution of the mortgage is irrelevant to the supplementary registration for subrogation of the perpetrator. In other words, the third acquirer of the secured real estate trusted that the mortgage right would be extinguished by the guarantor's payment of the principal debt, but the mortgage right would not be extinguished if the guarantor subrogated the debtor. As a result, the state in which the mortgage establishment registration has not been canceled is maintained, and the execution of the mortgage is possible at any time. In this situation, the third party who acquired the collateralized real estate cannot help but be regarded as taking the risk of executing the mortgage.

Even if the main debt is paid by the guarantor, the third party who intends to acquire it through the public disclosure function of the real estate register should know that the right of the maximum mortgage does not expire and the exercise of the right of the maximum mortgage of the subrogator cannot be prevented. A third party who acquires real estate for the purpose of believing that the mortgage right will be canceled according to subrogation even though the real estate register has not been confirmed or has been confirmed does not need to be protected. As long as the subrogation of the obligee is regarded as the transfer of rights, there is no reason to stipulate supplementary registration, which is not regulated in the transfer of rights, in the subrogation of the obligee, which has the same structure as the transfer of rights. Therefore, the provision that prevents a guarantor from substituting a creditor to a third-party acquirer of collateralized real estate on the grounds that the additional registration of the mortgage right must be deleted.



Sang Hyun JUNG

subrogation, additional registration, third acquirer, extinction of the mortgage, collateralized real estate