

근질권의 피담보채권의 확정시기

-대법원 2023. 7. 27. 선고 2022다242571 판결의 검토-

이 승 현*

【목 차】

I. 대상 판결의 분석

1. 사실관계
2. 원고와 피고의 주장
3. 소송의 경과

II. 연구

1. 서 언
2. 피담보채권의 확정에 대한 논의
3. 이 사건 쟁점에 대한 검토

III. 결 어

【국 문 요 약】

대법원 2023. 7. 27. 선고 2022다242571 판결의 사안에서는 근질권의 피담보채권의 확정시기가 언제인지가 문제되었다. 즉 근질권자가 강제집행개시사실을 알게 된 때인지, 그렇지 않으면 매각대금이 완납된 때인지가 문제되었다. 이 문제에 대해서 대법원 2023. 7. 27. 선고 2022다242571 판결(이하에서는 ‘대상 판결’이라고 한다)은 근질권의 피담보채권은 매수인이 매각대금을 완납한 때에 확정된다고 판시한 원심 법원의 판결을 유지하고 근질권자가 강제집행개시사실을 알게 된 때에 근질

* 대법원 재판연구원 · 법학 박사.

** 이 글에 대한 심사를 통하여 따끔한 지적과 주옥같은 가르침을 주신 익명의 심사위원님들께 고개 숙여 깊이 감사드린다. 아울러 익명의 심사위원님들의 수정요구사항을 전부 반영하여 이 글을 수정 및 보완하려고 최선을 다하였으나, 필자의 능력 부족으로 수정 요구 사항을 제대로 반영하지 못한 부분에 대해서는 익명의 심사위원님들께 널리 양해를 구하고자 한다.

권의 피담보채권이 확정된다는 원고의 상고를 기각하였다.

이 사건의 쟁점에 대한 대상 판결의 타당성 여부를 검토하기 위하여 주의하여야 할 부분은 근저당권의 피담보채권의 확정사유 및 시기에 관한 일반규정은 없으며 이는 근질권의 경우에도 마찬가지이므로, 그 확정사유 및 시기는 해석론에 맡겨져 있다는 점이다. 이에 따라 이 사건의 쟁점과 관련하여 선고된 판결은 그 수가 많고 다양하지만, 학설은 이러한 판례를 단편적으로 소개하는 데에 그치는 경우가 대부분이어서 판례의 입장을 입체적으로 이해하는 데에 어려움이 적지 않다. 그러므로 근저당권의 피담보채권의 확정시기에 대한 기존 대법원 판례의 입장을 유형화하고 각각의 유형에 따라 기존 대법원 판례가 어떠한 입장을 취하고 있는지를 파악할 필요가 있다. 그리고 이를 전제로 근질권의 피담보채권도 근저당권의 경우와 마찬가지로 유형화가 가능한지, 즉 근저당권의 피담보채권의 확정시기와 근질권의 피담보채권의 확정시기에 차이가 있는지에 대한 검토가 필요하다. 그리하여 이 글에서는 대상 판결의 타당성 여부를 검토하기 위하여 우선 기초 작업으로 다음과 같은 연구를 진행하였다.

첫째, 근저당권의 경우에 피담보채권의 확정에 대한 학설의 논의를 소개한 후, 피담보채권의 확정시기에 대한 기존 대법원 판례의 내용을 고찰하였다. 여기에서 기존 대법원 판례를 더 체계적으로 이해하기 위하여 기존 대법원 판례의 유형화를 시도해 보았다. 즉 제1유형으로는 ‘기본적 거래관계의 종료(원본채권의 발생가능성 소멸)로 인한 확정’의 경우이며, 제2유형으로는 ‘강제집행절차의 개시로 인한 확정’의 경우이고, 제3유형으로는 ‘도산절차의 개시로 인한 확정’의 경우이다.

둘째, 근질권의 경우에 피담보채권의 확정에 대한 학설의 논의와 함께 피담보채권의 확정시기에 대한 기존 대법원 판례의 내용을 고찰하였다. 여기에서도 기존 대법원 판례를 더 체계적으로 이해하기 위하여 기존 대법원 판례의 유형화를 시도해 보았다. 즉 근저당권의 피담보채권의 확정시기에 대한 기존 대법원 판례의 유형화와 마찬가지로 제1유형으로는 ‘기본적 거래관계의 종료(원본채권의 발생가능성 소멸)로 인한 확정’의 경우이며, 제2유형으로는 ‘강제집행절차의 개시로 인한 확정’의 경우이고, 제3유형으로는 ‘도산절차의 개시로 인한 확정’의 경우이다.

셋째, 근저당권자가 근저당권을 실행하기 위하여 직접 경매를 신청한 경우에는 그 경매 신청시에 피담보채권이 확정되며, 이는 당사자의 의사에 기한 확정사유로 분류될 수 있는데, 제3자에 의하여 근저당권의 목적인 부동산에 관한 경매절차가 개시된 경우에는 당사자의 의사와 무관하게 경매로 근저당권이 소멸하게 되므로 피담보채권의 확정시기를 언제로 보아야 하는지가 문제될 수 있고, 이에 대한 학설 및 판례의 입장을 살펴해보았다.

다음으로 이 글에서는 전술한 기초 작업을 토대로 대상 판결의 타당성 여부를 검토하고 사건을 제시하였다.

근질권의 피담보채권의 확정시기에 대한 법률규정이 없고 이에 대한 논의도 거의 이루어지지 않은 현재 우리나라의 상황에서 대상 판결은 근저당권의 피담보채권의 확정시기와 근질권의 피담보채권의 확정시기를 통일적으로 보아야 하는지, 양자를 다르게 본다면 그 구체적인 내용은 어떻게 이론 구성하여야 하는지 등에 대한 논의가 필요함을 환기시킨 점에 의의가 있다. 이 판결을 계기로 근질권의 피담보채권의 확정시기를 둘러싼 여러 가지 쟁점에 대하여 학계와 실무 차원의 심도 있는 논의와 함께 판례의 발전적 모습이 나타나기를 기대한다.

I. 대상 판결의 분석

1. 사실관계

가. 2015년 10월 28일 甲 수협은 A에 대한 채권을 담보하기 위하여 A 소유의 ○○시 소재 토지(이하에서는 ‘이 사건 토지’라고 한다)에 관하여 채권최고액 741,000,000원, 근저당권자 甲 수협, 채무자 A로 하는 근저당권설정계약을 체결한 후 근저당권설정등기를 마쳤다(이하에서는 ‘이 사건 근저당권등기’라고 한다).

나. 2017년 8월 3일 甲 수협은 이 사건 근저당권등기에 기하여 이 사건 토지에 관하여 임의경매를 신청하였으며, 2017년 8월 4일 임의경매 개시결정이 내려진 후 기입등기가 마쳐졌다(이하에서는 ‘이 사건 경매’라고 한다).

다. 2017년 8월 24일 ① B 대부의 근저당권이전의 부기등기, ② 피고의 근질권의 부기등기, ③ 원고의 질권의 부기등기가 마쳐졌다.

①과 관련하여 甲 수협은 유한회사 B 대부자산관리(B 대부)에 이 사건 근저당권과 甲 수협이 경매를 신청하여 피담보채권이 확정된 근저당권부 확정채권(원금 570,000,000원 및 이에 대한 이자, 지연손해금 등 채권. 이하에서는 ‘이 사건 근저당권부 확정채권’이라고 한다)을 양도하고 B 대부 앞으로 근저당권이전의 부기등기를 마쳐 주었으며(순위번호 8-1), B 대부는 경매절차를 수계하였다.

②와 관련하여 피고는 B 대부에 1,540,000,000원을 약정이율 연 6.8%, 지연이율 연 9.8%로 정하여 대출하기로 하는 여신거래약정(이하에서는 ‘이 사건 1차 대출’이라고 한다)을 체결하였으며, B 대부는 일반 자금 대출거래로 말미암아 현재 및 장래에 부담하는 모든 채무를 담보(한정근담보)하기 위하여 이 사건 근저당권부 확정채권에 채권최고액을 741,000,000원으로 하는 권리근질권 설정계약을 체결하였고(이하에서는 ‘이 사건 근질권계약’이라고 한다), 이 사건 근저당권등기에 채권최고액 741,000,000원, 채권자 피고로 된 근질권의 부기등기를 마쳤다(순위번호 8-2, 이하에서는 ‘이 사건 근질권등기’라고 한다).¹⁾

1) 결산기는 정하지 않되, 계약체결일로부터 3년이 경과되면 설정자는 서면통지에 의하여

③과 관련하여 원고는 B 대부에 대한 약정금 216,000,000원의 채권을 담보하기 위하여 이 사건 근저당권부 확정채권에 권리질권 설정계약을 체결한 후 채권액 216,000,000원으로 하여 이 사건 근저당권등기에 질권의 부기등기를 마쳤지만, 피고보다 후순위로 등기되었다(순위번호 8-3).

라. 2017년 9월 5일 피고는 이 사건 경매절차에서 741,000,000원에 대하여 권리신고 및 배당요구 신청서를 제출하였으며, 2018년 8월 1일 B 대부는 이 사건 1차 대출금채무를 모두 변제하였고, 2018년 10월 31일 피고는 B 대부에 300,000,000원을 약정이율 연 6.9%, 지연이율 연 9.9%, 지급기일 2019년 10월 31일로 정하여 일반자금대출로 대출하기로 하는 여신거래약정(이하에서는 ‘이 사건 2차 대출’)을 체결하였으며, 위 채무도 이 사건 근질권계약이 담보하는 것으로 약정하면서 근저당권부 질권 유용동의서를 작성하였다.

마. 2019년 1월 31일 원고는 이 사건 경매절차에서 채권계산서를 제출하였으며, 2019년 2월 11일 피고는 원금 300,000,000원 및 이자 793,972원 합계 300,793,972원으로 된 채권계산서를 제출하였고, 2019년 2월 14일 배당법원은 실제 배당할 금액 중 당해세 교부권자인 ○○시 다음 순위인 피고에게 300,793,972원을, 그 다음 순위인 원고에게 121,828,614원, C(원고와 동순위 질권자)에게 11,506,036원을 배당하는 것으로 배당표를 작성하였으며, 위 배당표가 확정되어 원고와 피고에게 위 각 금원이 배당되었다.

2. 원고와 피고의 주장

가. 원고의 주장

원고는 근질권의 경우, 질권이 설정된 금전채권에 대하여 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우에 근질권의 피담보채권은 근질권자가 위와 같은 강제집행이 개시된 사실을 알게 된 때에 확정된다는 대법원

근질권의 결산기를 지정할 수 있으며, 그 결산기는 통지가 도달된 날로부터 14일 이후가 되어야 하고, 이에 미달하는 때에는 통지가 도달된 날로부터 14일이 되는 날로 하기로 하였다(이른바 ‘장래지정형’).

2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결을 원용하면서 피고가 이 사건 경매절차에서 권리신고 및 배당금지급청구서를 제출한 2017년 9월 5일 피고의 근질권의 피담보채권이 확정되었으며, 위 확정된 피담보채무는 변제로 소멸하여 근질권 역시 소멸되었다고 주장하였다.

또한 원고는 피고가 배당절차에서 수령한 채권은 확정 이후 발생한 것으로서, 무효인 근질권등기를 유용하기로 한 합의는 등기부상 이해관계인인 원고의 권리를 해치는 것으로서 허용될 수 없음에도 불구하고 피고는 이 사건 배당절차에서 300,793,000원을 배당받는 이익을 얻었고 원고는 89,637,667원을 배당받지 못하는 손해를 입었으므로, 이를 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 주장하였다.

나. 피고의 주장

이러한 원고의 주장에 대하여 피고는 이 사건 근질권의 결산기는 도래하지 않았으며, 피고가 아닌 제3자가 경매를 신청한 이 사건의 경우에 근질권의 피담보채무 확정시기는 이 사건 경매의 매각대금 완납시로 보아야 하므로, 그때까지 기본적 거래관계에 기초하여 발생하고 잔존한 채권은 모두 이 사건 근질권등기로 담보된다고 주장하였다. 즉 피고는 원고가 원용한 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결은 이 사건에 그대로 적용할 수 없으며, 이 사건 근질권의 피담보채권은 이 사건 경매 매각대금 완납시에 확정된다고 주장하면서 후순위 근저당권자가 경매를 신청하면 선순위 근저당권자의 피담보채권이 매각대금 완납시에 확정된다는 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결을 원용하였다.

3. 소송의 경과

가. 제1심 법원과 원심 법원의 판단

제1심 법원²⁾과 원심 법원³⁾의 판단은 원고의 패소 판결을 선고하였다. 즉 원심 판결은 이 사건 근질권의 피담보채권이 매각대금 완납시에 확정된다고 봄이 타당하다는 이유로 원고의 청구를 기각한 제1심 판결을 유

2) 서울동부지방법원 2021. 8. 17. 선고 2019가단144197 판결.

3) 서울동부지방법원 2022. 5. 18. 선고 2021나30711 판결.

지하였다.⁴⁾

제1심 법원과 원심 법원은 다음과 같은 사정을 종합해 보면 피고의 이 사건 근질권의 피담보채권은 매수인이 매각대금을 완납한 때에 확정된다고 봄이 타당하다고 판시하였다.⁵⁾

1) 이 사건 경매절차는 근질권의 목적이 된 금전채권인 근저당권부 확정채권에 대한 것이 아니라 금전채권에 기초한 강제집행, 즉 부동산에 대한 금전집행이다. 또한 원고와 피고는 모두 이 사건 경매절차가 개시된 이후 이 사건 근저당권부 확정채권에 대하여 근질권 또는 질권 설정계약을 체결하고 부기등기를 마쳤다.

2) 피고가 이 사건 경매절차에서 권리신고 및 배당금지급청구서를 제출한 이유는 배당요구를 하여야 배당에 참가할 수 있는 채권자이기 때문이다. 또한 매각기일 전에 일응 피담보 채권액에 기재한 채권계산서를 제출하였다고 하더라도 그 후 배당표가 작성될 때까지 피담보 채권액을 보정하는 채권계산서를 다시 제출할 수 있는 점에 비추어 보면 최초의 신고를 채무자와 더 이상 거래관계를 유지하지 않겠다는 취지의 의사로 해석할 수는 없다.

3) 피고의 근질권의 피담보채권의 범위는 'B 대부가 피고에 대하여 일반자금대출 거래로 말미암아 현재 및 장래에 부담하는 모든 채무(한정근질권)'로서, 이 사건 1차 대출 및 2차 대출은 모두 여기에 포함된다. 또한 이 사건 근질권의 결산기는 정하지 않되, 계약체결일로부터 3년이 경과되면 설정자는 서면통지에 의하여 근질권의 결산기를 지정할 수 있고, 그 결산기는 통지가 도달된 날로부터 14일 이후가 되어야 하며 이에 미달할 때에는 통지 도달일로부터 14일이 되는 날로 하기로 하였는데, 피고가 따로 결산기를 지정한 바가 없다.

4) 근저당권부 근질권에 대한 부기등기가 마쳐진 부동산에 대하여 거래를 하려는 제3자로서는 근질권의 존재나 채권최고액을 명확하게 알 수 있으므로, 위 근질권의 채권최고액만큼의 담보가치는 이미 근질권자에

4) 다만 원심 판결은 원고가 든 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결을 이 사건에 원용할 수 없다고 판시하였을 뿐이며, 피고가 든 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결을 원용하지는 않았다.

5) 이 사건 2차 대출금 역시 이 사건 근질권의 피담보채권에 포함된다.

의하여 파악되어 있다고 인정하고 거래를 하는 경우가 일반적일 것이다. 따라서 경매절차가 개시되었음을 위 근질권자가 안 때 이후의 어떤 시점에 그 피담보 채무액이 증가되더라도 그와 같이 증가된 피담보 채무액이 근질권의 채권최고액의 한도 내에 있다면 다른 이해관계인이 예측하지 못한 손해를 입게 된다고 볼 수 없다.

또한 경매신청을 하지 않은 근저당권부 근질권자는 자신이 경매신청을 하지 않았으면서도 매각으로 인하여 근질권도 상실하게 되는 처지에 있으므로 거래의 안전을 해치지 않는 한도 내에서 근저당권부 근질권자가 파악한 담보가치를 최대한 활용할 수 있도록 하는 것이 타당하다.

5) 원고가 들고 있는 대법원 판결은 예금채권을 목적으로 한 근질권에 관한 사안인데, 등기에 의하여 공시되지 아니한 경우 이해관계를 공평하게 조정하기 위하여 근질권자가 강제집행이 개시된 사실을 알게 된 때 피담보채권이 확정된다고 본 것이므로, 근저당권부 확정채권을 목적으로 한 근질권에 관하여 부기등기가 마쳐진 이 사건에 원용할 것이 아니다.

근질권에 관하여 부기등기가 마쳐진 경우에도 원고 주장과 같이 선순위 근질권자가 경매절차가 개시되었음을 안 때에 피담보채권이 즉시 확정된다고 보는 것은 당초 선순위 근질권자와 근질권설정자의 의사에 부합하지도 않을뿐더러, 근질권이 소멸하는 시점인 매각대금 완납시에 피담보채권이 확정되도록 하는 것이 경매절차의 법적 안정성이나 거래의 안전을 해치는 것도 아니다.

나. 원고의 상고이유

1) 원고의 제1 상고이유는 ‘원심이 이 사건 근질권의 피담보채권은 경매 매수인이 매각대금을 완납한 때에 확정된다고 본 부분’에 관한 법리 오해가 있다는 점이었다. 이에 대한 내용은 다음과 같다.

첫째, 근질권이 설정된 금전채권에 대하여 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우에 근질권의 피담보채권은 근질권자가 강제집행이 개시된 사실을 알게 된 때에 확정된다는 것이 대법원 판례의 입장이므로⁶⁾, 피고는 늦어도 2017년 9월 5일 이 사건 경매절차에서 권리신고 및 배당

6) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결.

요구를 하면서 강제집행이 개시된 사실을 알았으므로, 그때 이 사건 근질권의 피담보채권이 확정되었다.

둘째, 후순위근저당권자가 경매를 신청한 경우에 선순위 근저당권자의 피담보채권은 매수인이 매각대금을 완납한 때에 확정된다고 판시한 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결은 근저당권에 관한 사안으로, 근질권에 관한 이 사건에 적용될 수 없다.

셋째, B 대부는 2017년 8월 24일 피고에게 이 사건 근저당권에 관한 이 사건 근질권을, 원고 및 C에게 이 사건 근저당권에 관한 질권을 각각 설정해 주었으므로, 원고는 자신의 질권에 앞서는 이 사건 근질권이 존재하는 사실을 알지 못한 반면에 피고는 이 사건 경매절차가 진행 중이라는 사실을 알면서도 B 대부에 새롭게 이 사건 2차 대출을 하였으므로, 그러한 피고를 보호할 가치가 없다.

2) 원고의 제2 상고이유는 ‘원심이 이 사건 근질권의 효력을 인정한 부분’에 관한 법리 오해가 있다는 점이었다. 이에 대한 내용은 다음과 같다.

첫째, 저당권부 채권의 입질은 채권의 입질과 저당권의 입질이 합체되어 이루어지며, 저당권의 입질은 법률행위에 의한 물건변동이므로(민법 제186조), 등기를 하여야 효력이 발생한다.

둘째, 부동산등기법에서 저당권부 채권에 대한 질권의 등기사항으로 ‘채권액’ 외에도 ‘채권최고액’을 규정하고 있는데, 피고는 B 대부와 근질권계약을 체결하였으면서도 근질권이 아닌 (일반) 질권 부기등기를 마쳤으므로, ‘질권’으로서의 효력만 발생한다. 그러므로 이 사건 근질권의 피담보채권은 이 사건 1차 대출채권으로 특정되었으며, 근질권의 효력을 갖추지 못하였다.

3) 원고의 제3 상고이유는 ‘원심이 B 대부의 이 사건 근질권계약의 해지를 인정하지 않은 부분’에 관한 법리 오해가 있다는 점이었다. 이에 대한 내용은 다음과 같다.

이 사건 근질권은 피담보채무의 확정 및 변제로 소멸되었고, 이에 따라 피고와 B 대부도 이 사건 2차 대출 당시 근저당권부 질권의 유용동의서를 작성하였다. 즉 B 대부는 이 사건 1차 대출 만기 전인 2018년 8월 1일 이 사건 1차 대출금채무를 모두 변제함으로써 이 사건 근질권계약을

해지한다는 목시적인 의사표시를 함으로써 피담보채무를 확정시켰다.

다. 대법원 판결⁷⁾

대법원은 원고의 상고를 기각하고 원심 판결을 유지하였는데, 이에 대한 내용은 다음과 같다.

즉 “원심은 그 판시와 같은 이유로 피고가 이 사건 경매절차에서 권리 신고를 한 뒤 발생한 대출금채권이 이 사건 근질권의 피담보채권에 포함 된다고 보아 원고의 부당이득반환청구를 받아들이지 아니하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 따라 살펴보면, 원심이 실시한 이유 중 다소 부적절한 부분이 있지만 원심의 결론은 수긍할 수 있고, 이러한 판단에 상고이유 주장과 같이 근질권의 피담보채권 확정시기, 근질권 설정계약의 목시적 해지 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다(이 사건 근질권이 단순한 질권으로서의 효력만 있다는 원고의 주장은 상고심에 이르러 비로소 내세우는 주장으로 원심판결에 대한 적법한 상고이유가 되지 못한다).

원고가 상고이유에서 드는 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결은 이 사건과 사안을 달리하는 것이어서 원용하기에 적절하지 아니 하다.”

II. 연구

1. 서 언

이 사건의 쟁점은 원고의 상고이유에 따라 제1 상고이유에서는 근질권의 피담보채권의 확정시기가 언제인지, 즉 근질권자가 강제집행개시사실을 알게 된 때인지, 그렇지 않으면 매매대금이 완납된 때인지(이하에서는 ‘이 사건 쟁점’ 내지 ‘쟁점’이라고 한다), 제2 상고이유에서는 이 사건 근저당권등기에 질권이 아닌 근질권으로서의 효력이 있는지 여부, 제3 상고이유에서는 근저당권자가 이 사건 1차 대출금을 변제함으로써 근질권 설정계약을 해지하는 목시적 의사표시로 근질권의 피담보채권이 확정되었는지 여부이다.

7) 대법원 2023. 7. 27. 선고 2022다242571 판결. 이하에서는 ‘대상 판결’이라고 한다.

이 사건 쟁점에 대한 대상 판결의 타당성 여부를 검토하기 위하여 주의하여야 할 부분은 근저당권의 피담보채권의 확정사유 및 확정시기에 관한 일반규정은 없으며 이는 근질권의 경우에도 마찬가지이므로, 그러한 확정사유 및 확정시기는 해석론에 맡겨져 있다는 점이다. 이에 따라 이 사건의 쟁점과 관련하여 선고된 판결은 그 수가 많고 다양하지만, 학설은 이러한 판례를 단편적으로 소개하는 데에 그치는 경우가 대부분이어서 판례의 입장을 입체적으로 이해하는 데에 어려움이 적지 않다. 그러므로 근저당권의 피담보채권의 확정시기에 대한 기존 대법원 판례의 입장을 유형화하고 각각의 유형에 따라 기존 대법원 판례가 어떠한 입장을 취하고 있는지를 파악할 필요가 있다. 그리고 이를 전제로 근질권의 피담보채권도 근저당권의 경우와 마찬가지로 유형화가 가능한지, 즉 근저당권의 피담보채권의 확정시기와 근질권의 피담보채권의 확정시기에 차이가 있는지에 대한 검토가 필요하다. 그리하여 이 글에서는 우선 이 사건 쟁점에 대한 대상 판결의 타당성 여부를 검토하기 위한 기초 작업으로서 다음과 같은 순서로 검토를 진행하고자 한다.

첫째, 근저당권의 경우에 피담보채권의 확정에 대한 학설의 논의를 소개한 후, 피담보채권의 확정시기에 대한 기존 대법원 판례의 내용을 파악하기로 한다. 여기에서는 기존 대법원 판례를 보다 체계적으로 이해하기 위하여 기존 대법원 판례의 유형화를 시도한다.

둘째, 근질권의 경우에 피담보채권의 확정에 대한 학설의 논의와 함께 피담보채권의 확정시기에 대한 기존 대법원 판례의 내용을 파악하기로 한다. 여기에서도 기존 대법원 판례를 보다 체계적으로 이해하기 위하여 기존 대법원 판례의 유형화를 시도한다.

셋째, 근저당권자가 근저당권을 실행하기 위하여 직접 경매를 신청한 경우에는 그 경매 신청시에 피담보채권이 확정되고, 이는 당사자의 의사에 기한 확정사유로 분류될 수 있다. 그런데 제3자에 의하여 근저당권의 목적인 부동산에 관한 경매절차가 개시된 경우에는 당사자의 의사와 무관하게 경매로 근저당권이 소멸하게 되므로 피담보채권의 확정시기를 언제로 보아야 하는지가 문제될 수 있다. 따라서 이에 대한 학설 및 판례의 입장을 살펴본다.

전술한 기초 작업을 수행한 후 이를 기초로 이 사건 쟁점에 대한 대상

판결의 타당성 여부를 검토한다. 즉 이 사건 쟁점은 이 글에서 주목하는 주된 쟁점일 뿐만 아니라 대상 판결이 실시한 부분도 “근질권의 피담보채권의 확정시기가 언제인지, 즉 근질권자가 강제집행 개시사실을 알게 된 때인지, 그렇지 않으면 매매대금이 완납된 때인지”에 대한 부분에 집중되어 있다. 따라서 이 글에서는 이 사건 쟁점에 대한 대상 판결의 타당성 여부를 검토하는 것을 목적으로 연구를 진행한다.

2. 피담보채권의 확정 일반

가. 근저당권의 경우

1) 피담보채권의 확정

근저당권이란 계속적 거래관계⁸⁾에서 발생하는 다수의 불특정 채권을 장래의 결산기에 이르러 일정한 한도(채권최고액)까지 담보하는 특수한 저당권을 말한다.⁹⁾ 다만 실제로는 계속적 거래관계가 없는 경우에도 당사자들 사이에서 근저당권이 설정되고 있어서 거래현실에서는 법률의 규정형식과 달리 근저당권이 오히려 일반적인 담보수단이 된다고 볼 수 있다.¹⁰⁾

이러한 근저당권의 피담보채권은 기본계약이 존속하는 동안 계속적으로 증감, 교체되다가 결산기가 도래하는 등 일정한 사유가 발생하면 구체적으로 확정되는데, 이를 근저당권의 확정 또는 피담보채권의 확정이라고 한다.¹¹⁾ 피담보채권이 확정되기 전에는 피담보채권이 소멸되더라도

8) 그 예로 당좌대월계약, 계속적 어음대부계약, 계속적 상품공급계약 등을 들 수 있다.

9) 박윤직·김재형, 물권법 [민법강의 II], 제8판(전면개정), 박영사, 2014, 492면; 김준호, 물권법-이론·사례·판례-, 제17판, 법문사, 2024, 418면; 송덕수, 물권법, 제6판, 박영사, 2023, 578면; 양창수·김형석, 민법III 권리의 보전과 담보, 제5판, 박영사, 2023, 490면; 손지열·김황식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 민법주해, 제VII권, 물권(4) 제356조~제372조, 박영사, 2011, 11면[박해성 집필부분]; 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집위원, 주석 민법 [물권4] §356~§372, 제5판, 한국사법행정학회, 2019, 49-50면[배형원 집필부분]; 이은영, 물권법, 제4판, 박영사, 2006, 829면; 김증한·김학동, 물권법, 제9판, 박영사, 1998, 563면; 이영준, 물권법 [민법강의 II], 전정신판, 박영사, 2009, 935-936면; 박동진, 물권법강의, 법문사, 2018, 506면; 지원림, 민법강의, 제20판, 홍문사, 2023, 579면; 홍성재, 물권법, 개정판, 대영문화사, 2010, 569면 등.

10) 김재형, “근저당권의 피담보채권에 관한 고찰”, 민법론 I, 박영사, 2004, 235면; 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집위원, 앞의 책(주석 민법 [물권4]), 50면[배형원 집필부분].

근저당권은 계속 존속하며 피담보채권의 범위에 속하는 채권이 새롭게 발생하면 근저당권에 의하여 담보된다.¹²⁾ 또한 피담보채권이 확정되면 그 후에 발생하는 채권은 더 이상 근저당권에 의하여 담보되지 않는다.¹³⁾ 따라서 근저당권의 확정은 근저당권 실행의 전제가 되고, 근저당권이 확정된 이후에 발생하는 채권에 대해서는 근저당권에 의하여 담보될 수가 없게 되므로, 피담보채권의 확정시기는 후순위권리자의 이해관계에도 지대한 영향을 미치게 된다.¹⁴⁾

그런데 근저당권을 규정한 민법 제357조 등¹⁵⁾에서는 피담보채권의 확정사유 및 확정시기를 명확하게 규정되어 있지 않으며¹⁶⁾, 이는 해석론에

- 11) 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집위원, 앞의 책(주석 민법 [물권4]), 68면[배형원 집필부분].
 12) 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집위원, 앞의 책(주석 민법 [물권4]), 68면[배형원 집필부분].
 13) 법원행정처, 부동산등기실무[III], 법원행정처, 2015, 455면에 의하면 다수의 학설 및 판례(대법원 1963. 2. 7. 선고 62다796 판결)는 근저당권이 확정되면 일반저당권으로 전환된다고 보지만, 근저당권을 저당권으로 변경하는 등기는 하지 않는 것이 현행 실무라고 한다.
 14) 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집위원, 앞의 책(주석 민법 [물권4]), 68면[배형원 집필부분].

15) 민법 제357조(근저당)

- ① 저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하여 이를 설정할 수 있다. 이 경우에는 그 확정될 때까지의 채무의 소멸 또는 이전은 저당권에 영향을 미치지 아니한다.
 ② 전항의 경우에는 채무의 이자는 최고액 중에 산입한 것으로 본다.

부동산등기법 제75조(저당권의 등기사항)

- ① (생략)
 ② 등기관은 제1항의 저당권의 내용이 근저당권(根抵當權)인 경우에는 제48조에서 규정하는 사항 외에 다음 각 호의 사항을 기록하여야 한다. 다만 제3호 및 제4호는 등기원인에 그 약정이 있는 경우에만 기록한다.
 1. 채권의 최고액
 2. 채무자의 성명 또는 명칭과 주소 또는 사무소 소재지
 3. '민법' 제358조 단서의 약정
 4. 존속기간

- 16) 참고로 우리민법상 근저당권에 대한 규정보다 자세한 규정을 두고 있을 뿐만 아니라 우리 민법상 근저당권에 대한 해석론에 큰 영향을 미친 일본의 경우에는 일본민법 제389조의19가 근저당권의 피담보채권 확정청구권을 규정하며, 동법 제389조의20이 근저당권의 피담보채권의 확정사유 및 확정시기를 규정한다.

일본민법 제398조의19(근저당권의 원본의 확정청구)

- ① 근저당권설정자는 근저당권의 설정시부터 3년을 경과한 때에는 담보할 원본의 확정을 청구할 수 있다. 이 경우에 담보할 원본은 그 청구시부터 2주일을 경과함으로써 확정된다.

맡겨져 있다.¹⁷⁾ 물론 근저당권부 채권이 유동화자산인 경우에 근저당권의 확정사유 및 확정시기가 ‘자산유동화에 관한 법률’에 규정되어 있기는 하지만¹⁸⁾, 이는 적용범위가 제한된 특별법상의 규정에 불과하다.¹⁹⁾

한편 2013년 법무부 민법개정시안에서는 피담보채권의 확정시기에 대한 기존 대법원 판례의 입장과 일본민법 등을 참고해서 제357조의9²⁰⁾를

② 근저당권자는 언제든지 담보할 원본의 확정을 청구할 수 있다. 이 경우에 담보할 원본은 그 청구시에 확정된다.

③ 담보할 원본이 확정할 기일의 정함이 있는 때에는 전(前) 2항의 규정을 적용하지 않는다.
일본민법 제398조의20(근저당권의 원본확정사유)

① 다음에 든 경우에 근저당권이 담보할 원본은 확정된다.

一. 근저당권자가 저당부동산에 대해서 경매 또는 담보부동산수익집행이나 제372조에서 준용하는 제304조의 규정에 따른 압류를 신청한 때. 다만 경매절차 또는 담보부동산수익집행절차의 개시나 압류가 있었던 때에 한한다.

二. 근저당권자가 저당부동산에 대해서 체납처분에 의한 압류를 한 때.

三. 근저당권자가 저당부동산에 대한 경매절차의 개시 또는 체납처분에 의한 압류가 있었던 사실을 안 때부터 2주일을 경과한 때.

四. 채무자 또는 근저당권설정자가 과산절차개시결정을 받은 때.

② 전항 제3호의 경매절차개시 또는 압류나 동항 제4호의 과산절차개시결정의 효력이 소멸된 때에 담보할 원본은 확정되지 않은 것으로 본다. 다만 원본이 확정된 것으로서 그 근저당권 또는 이를 목적으로 하는 권리를 취득한 자가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

17) 즉 현행 민법은 근저당권의 확정사유에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않지만, 이론상 (i) 근저당권의 존속기간의 도래 또는 설정계약에서 정한 확정시기(결산기)의 도래, (ii) 존속기간이 정하여지지 않은 경우에는 기본계약의 종료(기본계약의 해제·해지 등), (iii) 채권자의 경매신청, (iv) 채무자 또는 물상보증인에 대한 과산선고 등을 근저당권의 확정사유로 볼 수 있다(법원행정처, 앞의 책, 454-455면 참조).

18) 자산유동화에 관한 법률 제7조의2는 “자산유동화계획에 의하여 양도 또는 신탁하고자 하는 유동화자산이 근저당권에 의하여 담보된 채권인 경우에는 자산보유자가 채무자에게 근저당권에 의하여 담보된 채권의 금액을 정하여 추가로 채권을 발생시키지 아니하고 그 채권의 전부를 양도 또는 신탁하겠다는 의사를 기재한 통지서를 내용증명우편으로 발송한 때에는 통지서를 발송한 날의 다음날에 당해 채권은 확정된 것으로 본다. 다만 채무자가 10일 이내에 이의를 제기한 때에는 그러하지 아니하다”라고 규정한다.

19) 전술한 자산유동화에 관한 법률 제7조의2는 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에는 채권양도에 따라 근저당권이 이전되지 않기 때문에 근저당권을 유동화하기 위하여 피담보채권을 확정하는 절차를 마련한 규정이다(한승·손철우 편집 / 김용덕 편집위원, 앞의 책(주석 민법 [물권4]), 70면[배형원 집필부분] 참조). 또한 주택저당채권유동화회사법 제6조의2, 한국주택금융공사법 제27조 제1항도 근저당권을 유동화하고자 할 때에는 원본의 확정시기에 관한 약정 유무를 불문하고 근저당권자가 확정을 청구할 수 있다고 규정한다.

신설하여 근저당권의 피담보채권의 확정청구권을 도입하고, 제357조의10²¹⁾

20) 2013년 법무부 민법개정시안 제357조의9(원본의 확정청구)

- ① 근저당권설정자는 근저당권설정시부터 3년이 경과한 때에는 피담보채권의 확정을 청구할 수 있다. 이 경우에 피담보채권은 그 청구시부터 2주일이 경과한 때에 확정된다.
 - ② 근저당권자는 언제든지 피담보채권의 확정을 청구할 수 있다. 이 경우 피담보채권은 그 청구시에 확정된다.
 - ③ 제1항의 확정청구권은 미리 포기하지 못한다.
 - ④ 제1항, 제2항은 원본의 확정시기를 약정한 경우에는 적용하지 아니한다.
- 권영준, 민법개정총서[11] 2014년 법무부 민법개정시안 해설-민법총칙·물권편-, 법무부, 2017, 643면에 의하면 원본의 확정시기에 관한 정함이 없는 경우에 근저당권 설정자로서는 장기간에 걸쳐 근저당권에 의한 구속을 받게 되는 불이익이 생기므로 일정한 기간이 경과된 후에는 원본을 확정하여 이와 같은 구속으로부터 벗어날 길을 마련해 줄 필요가 있고, 근저당권자의 입장에서 원본이 확정되기 전에는 근저당권을 이전할 수 없는 문제가 있으므로 원본확정청구를 통하여 근저당권의 이전을 용이하게 해 줄 필요가 있기 때문에 2013년 법무부 민법개정시안 제357조의9를 신설하였다고 한다.

21) 2013년 법무부 민법개정시안 제357조의10(원본의 확정사유)

- ① 근저당권의 피담보채권은 다음 각호의 경우에 확정된다.
 1. 근저당권자가 저당부동산에 대하여 경매 또는 제370조에 의하여 준용되는 제342조에 의한 압류를 신청한 때. 다만 경매절차의 개시 또는 압류가 있는 때에 한한다.
 2. 근저당권자가 저당부동산에 대하여 체납처분으로 인한 압류를 한 때
 3. 근저당권자가 저당부동산에 대한 경매절차의 개시 또는 체납처분으로 인한 압류가 있음을 안 날부터 2주일이 경과한 때
 4. 채무자 또는 근저당권설정자가 파산선고 또는 회생절차의 개시결정을 받은 때
- ② 제1항 제3호의 경매절차의 개시 또는 압류나 제4호의 파산선고 또는 회생절차의 개시 결정이 그 효력을 잃은 때에는 원본은 확정되지 않은 것으로 본다. 그러나 원본이 확정된 것으로 하여 그 근저당권을 취득한 자가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

권영준, 민법개정총서[11] 2014년 법무부 민법개정시안 해설-민법총칙·물권편-, 법무부, 2017, 649면에 의하면 “근저당권의 피담보채무는 일반적인 저당권의 피담보채무와는 다르게 그 확정이 장래에 보류된다. 그러므로 근저당권의 피담보채무의 확정사유와 시기는 중요한 의미를 갖는다. 하지만 현행 민법은 그 확정사유와 시기에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 이 문제는 학설과 판례에 맡겨져 왔고, 그 확정사유와 시기에 대해서는 다양한 의견이 존재하여 왔다. 개정시안은 입법을 통하여 원본의 확정사유와 시기를 명확하게 하였다”고 한다. 또한 2013년 법무부 민법개정시안 제357조의10 제1항 제3호와 관련하여 매각대금의 완납시를 피담보채권의 확정시기로 보는 판례의 태도와 다르므로 논의가 있어야 한다는 윤진수 위원장의 발언에 대하여 피담보채권의 확정시기로 경매개시시는 너무 빠르고 매각대금 완납시는 너무 느리므로 이를 절충하여 동조 동항 제3호와 같이 규정하였다고 설명된다(법무부 민법개정자료발간팀 편, 민법개정총서[8] 2013년 법무부 민법개정시안-물권편-, 법무부, 2013, 336면, 권영준, 위의 책, 656면 참조).

을 신설하여 근저당권의 피담보채권의 확정사유 및 확정시기를 규정하였다.

2) 피담보채권의 확정시기에 대한 판례

근저당권의 피담보채권의 확정시기에 대한 대표적인 대법원 판례의 예로 다음과 같은 대법원 판결을 들 수 있다.

대법원 2002. 5. 24. 선고 2002다7176 판결은 “근저당권이라 함은 그 담보할 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 유보하여 설정하는 저당권을 말하고, 이 경우 그 피담보채무가 확정될 때까지의 채무의 소멸 또는 이전은 근저당권에 영향을 미치지 아니하므로, 근저당부동산에 대하여 소유권을 취득한 제3자는 피담보채무가 확정된 이후에 그 확정된 피담보채무를 채권최고액의 범위 내에서 변제하고 근저당권의 소멸을 청구할 수 있다고 할 것이며, 피담보채무는 근저당권설정계약에서 근저당권의 존속기간을 정하거나 근저당권으로 담보되는 기본적인 거래계약에서 결산기를 정한 경우에는 원칙적으로 존속기간이나 결산기가 도래한 때에 확정되지만22), 이 경우에도 근저당권에 의하여 담보되는 채권이 전부 소멸하고 채무자가 채권자로부터 새로이 금원을 차용하는 등 거래를 계속할 의사가 없는 경우에는, 그 존속기간 또는 결산기가 경과하기 전이라 하더라도 근저당권설정자는 계약을 해지하고 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있고, 한편 존속기간이나 결산기의 정함이 없는 때에는 근저당권의 피담보채무의 확정방법에 관한 다른 약정이 있으면 그에 따르되 이러한 약정이 없는 경우라면 근저당권설정자가 근저당권자를 상대로 언제든지 해지의 의사표시를 함으로써 피담보채무를 확정시킬 수 있다고 할 것이다23)”라고 판시하였다.

대법원 1996. 10. 29. 선고 95다2494 판결은 “계속적 거래계약에 기한 채무를 담보하기 위하여 존속기간의 약정이 없는 근저당권을 설정한 경우에 그 거래관계가 종료됨으로써 피담보채무로 예정된 원본채무가 더 이상 발생할 가능성이 없게 된 때에는 그 때까지 잔존하는 채무가 근저당권에 의하여 담보되는 채무로 확정되는 것이며, 이 때에 근저당권을

22) 하선은 가독성을 높이거나 강조할 목적으로 필자가 임의로 부가한 것이다. 이하의 하선도 같다.

23) 대법원 1962. 3. 22. 선고 4294민상1149 판결; 대법원 1966. 3. 22 선고 66다68 판결; 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다19047 판결; 대법원 1996. 10. 29. 선고 95다2494 판결; 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다47528 판결; 대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다48265 판결 등 참조.

설정한 채무자나 물상보증인은 근저당권자에 대한 의사표시으로써 피담보채무의 확정을 구할 수 있고 그 확정 당시에 그것이 존재하지 아니하게 되었다면 근저당권의 말소를 구할 수 있다²⁴⁾”고 판시하였다.

대법원 1997. 12. 9. 선고 97다25521 판결은 “근저당권자가 피담보채무의 불이행을 이유로 경매신청을 한 경우에는 경매신청시에 근저당권의 피담보채권액이 확정되고²⁵⁾, 그 이후부터 근저당권은 부종성을 가지게 되어 보통의 저당권과 같은 취급을 받게 되는 것이다”라고 판시하였다.

대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결은 “당해 근저당권자는 저당부동산에 대하여 경매신청을 하지 아니하였는데 다른 채권자가 저당부동산에 대하여 경매신청을 한 경우 민사소송법 제608조 제2항, 제728조의 규정에 따라 경매신청을 하지 아니한 근저당권자의 근저당권도 경락으로 인하여 소멸한다. 그러므로 다른 채권자가 경매를 신청하여 경매절차가 개시된 때로부터 경락으로 인하여 당해 근저당권이 소멸하게 되기까지의 어느 시점에서인가는 당해 근저당권의 피담보채권도 확정된다고 하지 아니할 수 없다. 그런데 그 중 어느 시기에 당해 근저당권의 피담보채권이 확정되는가 하는 점에 관하여 우리 민법은 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. …… 부동산 경매절차에서 경매신청기입등기 이전에 등기되어 있는 근저당권은 경락으로 인하여 소멸되는 대신에 그 근저당권자는 민사소송법 제605조가 정하는 배당요구를 하지 아니하더라도 당연히 그 순위에 따라 배당을 받을 수 있고²⁶⁾, 이러한 까닭으로 선순위 근저당권이 설정되어 있는 부동산에 대하여 근저당권을 취득하는 거래를 하려는 사람들은 선순위 근저당권의 채권최고액 만큼의 담보가치는 이미 선순위 근저당권자에 의하여 파악되어 있는 것으로 인정하고 거래를 하는 것이 보통이므로 담보권 실행을 위한 경매절차가 개시되었음을 선순위 근저당권자가 안 때 이후의 어떤 시점에 선순위 근저당권의 피담보채무액이 증가하더라도 그와 같이 증가한 피담보채무액이 선순위 근저당권

24) 대법원 1996. 4. 26. 선고 96다2286 판결; 대법원 1993. 12. 14. 선고 93다17959 판결; 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다19047 판결 등 참조.

25) 대법원 1993. 3. 12. 선고 92다48567 판결; 대법원 1989. 11. 28. 선고 89다카15601 판결; 대법원 1988. 10. 11. 선고 87다카545 판결 등 참조.

26) 대법원 1998. 7. 28. 선고 98다7179 판결 참조.

의 채권최고액의 한도 안에 있다면 경매를 신청한 후순위 근저당권자가 예측하지 못한 손해를 입게 된다고 볼 수 없다. 반면 선순위 근저당권자는 자신이 경매신청을 하지 아니하였으면서도 경락으로 인하여 근저당권을 상실하게 되는 처지에 있으므로 거래의 안전을 해치지 아니하는 한도 안에서 선순위 근저당권자가 파악한 담보가치를 최대한 활용할 수 있도록 함이 타당하다. 이와 같은 관점에서 보면 후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우 선순위 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 경락인이 경락대금을 완납한 때에 확정된다고 보아야 할 것이다”라고 판시하였다.²⁷⁾

대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다50637 판결은 “공동근저당권자가 목적 부동산 중 일부 부동산에 대하여 제3자가 신청한 경매절차에 소극적으로 참가하여 우선배당을 받은 경우에, 해당 부동산에 관한 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 매수인이 매각대금을 지급한 때에 확정되지만²⁸⁾, 나머지 목적 부동산에 관한 근저당권의 피담보채권은 기본거래가 종료하거나 채무자나 물상보증인에 대하여 파산이 선고되는 등의 다른 확정사유가 발생하지 아니하는 한 확정되지 아니한다”고 판시하였다.

대법원 2021. 1. 28. 선고 2018다286994 판결은 “근저당권이 설정된 뒤 채무자 또는 근저당권설정자에 대하여 회생절차개시결정이 내려진 경우 그 근저당권의 피담보채무는 특별한 사정이 없는 한 회생절차개시결정을 기준으로 확정되므로, 확정 이후에 발생한 새로운 거래관계에서 발생한 원본채권이 그 근저당권에 의하여 담보될 여지는 없다²⁹⁾”고 판시하였다.

3) 피담보채권의 확정시기에 대한 판례의 유형화

근저당권의 피담보채권의 확정사유 및 확정시기에 대한 기존 대법원 판례는 전

27) 이 사건의 쟁점과 관련하여 피고가 원용한 판결로서, 후순위 근저당권자가 경매신청을 한 경우에 선순위 근저당권의 피담보채권은 선순위 근저당권자가 경매개시를 안 날의 다음 날에 확정된다고 판시한 원심 판결(대전고등법원 1999. 4. 21. 선고 98나5775 판결)을 파기하였다.

28) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결 참조.

29) 대법원 2001. 6. 1. 선고 99다66649 판결 등 참조.

술한 기존의 대법원 판결들을 기초로 하면 다음과 같은 유형으로 나눌 수 있다.

첫째, 제1유형으로 ‘기본적 거래관계의 종료(원본채권의 발생가능성 소멸)로 인한 확정’의 경우이다. 예컨대 기존 대법원 판례에 의하면 근저당권설정계약에서 근저당권의 존속기간을 정하거나 기본적 거래계약에서 결산기를 정한 경우에 원칙적으로 존속기간이나 결산기가 도래한 때에 확정되며³⁰⁾, 근저당권의 존속기간이나 결산기를 정하지 않은 경우 피담보채권의 확정방법에 관한 약정에 의하고 그러한 약정이 없다면 근저당권설정자가 해지의 의사표시를 한 때에 확정된다.³¹⁾

둘째, 제2유형으로 ‘강제집행절차의 개시로 인한 확정’의 경우이다. 예컨대 기존 대법원 판례에 의하면 근저당권자가 경매를 신청한 경우에 그러한 근저당권의 피담보채권은 경매신청시에 확정되며³²⁾, 후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우에 선순위 근저당권자의 피담보채권은 매각대금을 완납한 때에 확정된다.³³⁾

셋째, 제3유형으로 ‘도산절차의 개시로 인한 확정’의 경우이다. 예컨대 기존 대법원 판례에 의하면 근저당권의 피담보채권은 채무자나 물상보증인에 대하여 파산이 선고된 때에 확정되며³⁴⁾, 근저당권설정자나 채무자에 대하여 회생절차개시결정이 내려진 때에 그 근저당권의 피담보채권이 확정된다.³⁵⁾

30) 대법원 2002. 5. 24. 선고 2002다7176 판결.

31) 대법원 2002. 5. 24. 선고 2002다7176 판결.

32) 대법원 1997. 12. 9. 선고 97다25521 판결 등 참조. 학설 중 다수설에 의하면 이때에는 근저당권설정자가 채무불이행을 이유로 채무자와 더 이상의 거래관계를 유지하지 않겠다는 내용의 의사를 표시하였다고 봄이 타당하므로 피담보채권이 확정된다고 설명된다(손지열·김항식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 앞의 책(민법주해, 제VII권, 물권(4)), 23면[박혜성 집필부분]; 양창수·김형석, 앞의 책, 502면; 박윤직·김재형, 앞의 책, 503면; 김재형, 근저당권연구, 박영사, 2000, 246면; 권용우, 물권법, 법문사, 1995, 580면; 홍성재, 앞의 책, 577면 등 참조). 다만 학설 중에는 전술한 다수설과 달리 근저당권자가 스스로 경매신청을 하였다고 해서 이를 채무자와 더 이상 거래관계를 유지하지 않겠다는 의사표시로 볼 근거가 없으므로 근저당권자의 경매신청이 있다고 하더라도 원본이 확정되지 않는다는 소수설(하경일, 신물권법, 도서출판 가인, 1993, 943면)도 주장된다.

33) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결 등 참조.

34) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다50637 판결.

35) 대법원 2021. 1. 28. 선고 2018다286994 판결 등. 그 이론적 근거에 대한 우리나라와 일본의 학설을 아울러서 살펴보면, 기업은 회생절차를 경계로 하여 새로운 단계에 들어가므로

나. 근질권의 경우

1) 피담보채권의 확정

민법상 근질권에 관한 명문규정은 없지만³⁶⁾, 거래계의 요청과 관행을

피담보채권이 확정된다고 보는 것이 법률관계를 간명하게 하고 그렇게 하지 않으면 근저당권자에 비하여 후순위 담보권자가 현저히 불리하게 취급되는 점을 이론적 근거로 드는 견해(松田二郎, (法律學全集 39-I) 会社更生法, 有斐閣, 昭和61年(1986年), 226頁; 宮川種一郎, “(特集 新根抵当法の論点) 取引の終了等による根抵当権の確定”, 金融法務事情, 第636号, 金融財政事情研究会, 昭和47年(1972年), 49頁; 宮川種一郎·山内敏彦·下出義明, “(第50回 金融法務セミナー) 関西銀行法務研究会報告”, 金融法務事情, 第630号, 金融財政事情研究会, 昭和46年(1971年), 22-23頁[宮川種一郎 교열(校閱) 部分]; 임채홍, 회사정리법개설, 고시계사, 1989, 335면 등), 도산절차에서는 포괄적으로 채무를 정리할 필요가 있는 점을 이론적 근거로 드는 견해(양창수·김형석, 앞의 책, 503면) 등이 있다.

- 36) 참고로 2013년 법무부 민법개정시안에서도 근질권에 관한 규정은 두지 않았다. 또한 일본의 경우에도 근질에 관해서는 일본민법전에 명문의 규정이 없지만, 일본전자기록채권법(電子記録債權法) 제37조 제3항 및 제4항, 제41조 제2항, 제42조에 근질에 관한 규정이 있다.

일본전자기록채권법(電子記録債權法) 제37조(질권설정기록의 기록사항)

① 내지 ② (생략)

③ 근질권의 질권설정기록에는 다음에 든 사항을 기록하여야 한다.

- 一. 근질권을 설정하는 취지
- 二. 근질권자의 성명 또는 명칭 및 주소
- 三. 담보할 채권의 채무자의 성명 또는 명칭 및 주소
- 四. 담보할 채권의 범위 및 최고액
- 五. 질권번호
- 六. 전자기록의 연월일

④ 근질권의 질권설정기록에는 다음에 든 사항을 기록할 수 있다.

- 一. 담보할 원본이 확정되어야 하는 기일을 정할 때에는 그 정함
- 二. 근질권의 실행에 관하여 그 방법, 조건 그 밖의 사항에 대해서 정할 때에는 그 정함
- 三. 발생기록에서 전자기록채권과 관련된 채무의 지급을 채권자 계좌에 대한 불입으로 한다는 내용의 정함이 기록되어 있는 경우에 근질권의 질권 설정을 기록할 때에 근질권자가 근질권자의 예금 또는 저금(貯金) 계좌에 대한 불입으로 지급을 받으려고 할 때에는 해당 계좌(발생기록에서 불입을 하는 예금 또는 저금(貯金)의 계좌 변경에 관한 정함이 기록되어 있을 때에는 이와 저촉되지 않는 것에 한한다)
- 四. 근질권설정자와 근질권자(근질권의 질권설정기록에 해당 근질권에 대한 근질권자로 기록된 자를 포함한다. 다음 호에서 같다) 사이의 통지 방법에 대하여 정할 때에는 그 정함
- 五. 근질권설정자와 근질권자 사이의 분쟁 해결의 방법에 대하여 정할 때에는 그 정함
- 六. 전(前) 각 호에 든 것 이외에 정령(政令)으로 정하는 사항

⑤ (생략)

일본전자기록채권법(電子記録債權法) 제41조(피담보채권의 양도에 따른 질권 등의 이전에 의한 변경기록의 특칙)

고려하여 장래의 불특정 채권을 담보하는 근질권의 유효성을 인정하는 점에 이견(異見)이 없다.³⁷⁾ 나아가 부동산등기법은 저당권부 채권에 대한 질권의 등기사항으로 채권최고액을 규정함으로써 저당권부 채권에 대한 근질권을 등기할 수 있는 점을 분명히 하고 있다.³⁸⁾

① (생략)

② 근질권이 담보할 채권의 양도가 이루어진 경우에 근질권의 이전에 의한 변경기록청구는 해당 양도가 해당 근질권이 담보할 원본의 확정 후에 이루어진 것이고, 해당 확정의 전자기록이 되어 있는 경우가 아니면 할 수 없다.

일본전자기록채권법(電子記録債權法) 제42조(근질권이 담보할 원본 확정의 전자기록)

① 근질권이 담보할 원본(이하에서는 이 조에서 단순히 '원본'이라고 한다) 확정의 전자기록에서는 다음에 든 사항을 기록하여야 한다.

- 一. 원본이 확정된 취지
- 二. 원본이 확정된 근질권의 질권번호
- 三. 원본 확정의 연월일
- 四. 전자기록의 연월일

② 제36조 제3항에서 준용하는 일본민법 제398조의19 제2항 또는 제398조의20 제1항 제4호의 규정에 따라 원본이 확정된 경우의 전자기록은 해당 근질권의 전자기록 명의인만이 청구할 수 있다. 다만 동호의 규정에 따라 원본이 확정된 경우의 청구는 해당 근질권 또는 이를 목적으로 하는 권리의 취득의 전자기록청구와 함께 하여야 한다.

37) 손지열·김황식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 민법주해, 제VI권, 물권(3) 제279조~제355조, 박영사, 2011, 358-359면[양승태 집필부분]; 양창수·김형석, 앞의 책, 402면; 송덕수, 앞의 책, 484면; 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집위원, 주식 민법 [물권3] §279~§355, 제5판, 한국사법행정학회, 2019, 575-576면[이태중 집필부분]; 박윤직·김재형, 앞의 책, 402면; 김준호, 앞의 책, 355면; 이은영, 앞의 책, 705면; 김중환·김학동, 앞의 책, 481-482면; 이영준, 앞의 책, 809면; 박동진, 앞의 책, 403면; 지원림, 앞의 책, 598면; 홍성재, 앞의 책, 499면 등. 참고로 일본의 경우에도 일반적 견해는 장래채권도 피담보채권이 되며, 장래의 불특정채권의 경우도 마찬가지로 질권의 피담보채권이 될 수 있다고 해석하여 근질을 인정한다(大村敦志·道垣内弘人·山本敬三 編集代表 / 道垣内弘人 編集, 新注積民法(6) 物權(3) §§295~372, 有斐閣, 平成31年(2019年), 468頁[直井義典 집필부분] 참조). 다만 이에 대해서는 채무부담의 가능성을 유지하여야 할 구체적 기초를 결여한 추상적 장래 채무에 대해서는 경제적으로도 담보를 설정할 필요가 없을 뿐만 아니라 이러한 채무에 대해서 담보를 설정하는 것은 담보권의 종속성에 반함을 이유로 질권을 설정할 수는 없다고 해석하는 견해(中島玉吉, 民法積義卷之二 物權編 下, 金刺芳流堂, 大正5年(1916年), 787頁)도 과거에 일부 주장되었다.

38) 관련 규정으로 다음과 같은 규정이 있다(다만 이하의 관련 규정은 '근질권'이라고 명시적으로 규정하지 않지만, '근질권'(근저당권을 목적으로 한 권리질권)에 대해서도 적용될 수 있는 점에 주의할 필요가 있다).

민법 제348조(저당채권에 대한 질권의 부기등기)

저당권으로 담보한 채권을 질권의 목적으로 한 때에는 그 저당권등기에 질권의 부기등기를

근질권의 경우에는 근저당권과 달리 등기를 통하여 공시되지 못하므로 채권최고액의 약정이 없어도 유효하게 성립하지만, 그 실행을 위해서는 근저당권과 마찬가지로 피담보채권의 확정 필요하다.³⁹⁾ 그런데 근질권의 피담보채권이 어떤 사유로 언제 확정되는지에 관해서 논의하고 있는 국내 문헌은 거의 찾아볼 수 없다. 즉 근질권의 법리에 관하여 국내의 논의 상황을 보면 근저당권에 대한 논의로 대체하거나⁴⁰⁾ 근저당권의 법리가 유추적용될 수 있다⁴¹⁾는 정도로만 간단하게 설명되고 있을 뿐이다. 다만 학설 중에는 근저당권의 피담보채권 확정에 관한 법리가 근질권의 피담보채권 확정에 관한 법리에 유추적용할 수 있는지 여부는 그 확정사유에 따라 개별적으로 가릴 필요가 있다고 주장하는 견해⁴²⁾도 있다.⁴³⁾

하여야 그 효력이 저당권에 미친다.

부동산등기법 제76조(저당권부채권에 대한 질권 등의 등기사항)

① 등기관이 '민법' 제348조에 따라 저당권부채권(抵當權附債權)에 대한 질권의 등기를 할 때에는 제48조에서 규정한 사항 외에 다음 각 호의 사항을 기록하여야 한다.

1. 채권액 또는 채권최고액
2. 채무자의 성명 또는 명칭과 주소 또는 사무소 소재지
3. 변제기와 이자의 약정이 있는 경우에는 그 내용

39) 이은영, 앞의 책, 705면; 장준현, “5. 근질권이 설정된 금전채권에 대하여 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우, 근질권의 피담보채권이 확정되는 시기(2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결 : 공2009하, 1853)”, 대법원판례해설, 제81호(2009 하반기), 법원도서관, 2010, 136면.

40) 예컨대 박윤직·김재형, 앞의 책, 402면 참조.

41) 예컨대 이은영, 앞의 책, 705면 참조.

42) 장준현, 앞의 논문, 136면.

43) 참고로 일본의 경우, 부동산근질의 경우에는 근저당에 대한 규정이 준용되는 결과 포괄근질은 금지되며, 최고액을 정할 것이 필요하지만(道垣内弘人, (現代民法3) 担保物權法, 第4版, 有斐閣, 平成29年(2017年), 90頁; 河上正二, (法セミ LAW CLASS 시리즈) 担保物權法講義, 日本評論社, 平成27年(2015年), 84頁; 大村敦志·道垣内弘人·山本敬三 編集代表 / 道垣内弘人 編集, 前掲書, 468-469頁[直井義典 집필] 등 참조), 동산질의 경우에는 판례 및 학설에 의하면 후순위 담보권자·설정자가 부당하게 침해받는 경우가 없으므로 포괄근질도 인정되며, 최고액을 정할 필요도 없다고 해석된다(大判 大正6年(1917年) 10月 3日 民録 23輯 1639頁; 道垣内弘人, 上掲書, 90頁; 大村敦志·道垣内弘人·山本敬三 編集代表 / 道垣内弘人 編集, 前掲書, 469頁[直井義典 집필] 등 참조). 또한 부동산질권에서는 후순위담보권자의 출현이 예상될 수 있기 때문에, 최고액·피담보채권의 범위 등을 정할 것이 요구되어야 하므로, 근저당에 관한 규정(일본민법 제398조의2 내지 제398조의22)이 준용된다(大村敦志·道垣内弘人·山本敬三 編集代表 / 道垣内弘人 編集, 前掲書, 526頁[直井義典 집필] 참조). 따라서 일본의 경우에 근질권에는

진술한 국내의 논의 상황에 비추어 보면 근저당권이 확정되면 그 후 동일한 거래관계로부터 채권이 발생하더라도 피담보채권에 포함될 수 없는데, 이러한 확정의 효과는 근질권의 경우에도 동일하게 보는 해석이 가능할 것이다.⁴⁴⁾

2) 피담보채권의 확정시기에 대한 판례

가) 근질권의 피담보채권의 확정시기를 정면으로 다룬 기존의 대법원 판결은 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결이 유일하다. 이 판결은 “근질권의 목적이 된 금전채권에 대하여 근질권자가 아닌 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우, 제3채무자가 그 절차의 전부 명령이나 추심명령에 따라 전부금 또는 추심금을 제3자에게 지급하거나 채권자의 경합 등을 사유로 위 금전채권의 채권액을 법원에 공탁하게 되면 그 변제의 효과로서 위 금전채권은 소멸하고 그 결과 바로 또는 그 후의 절차진행에 따라 종국적으로 근질권도 소멸하게 되므로, 근질권자는 위 강제집행절차에 참가하거나 아니면 근질권을 실행하는 방법으로 그 권리를 행사할 것이 요구된다. 그리하여 위 강제집행절차가 개시된 때로부터 위와 같이 근질권이 소멸하게 되기까지의 어느 시점에서 인가는 근질권의 피담보채권도 확정된다고 하지 않을 수 없다. 그런데 금전채권에 대하여 설정된 근질권은 근저당권처럼 등기에 의하여 공시되는 것이 아니기 때문에, 통상 그러한 채권을 압류한 제3자는 그 압

기본적으로 근저당에 관한 규정(일본민법 제398조의2 내지 제398조의22)이 준용되며, 그 중 근질권의 피담보채권의 확정사유 및 확정시기에 대한 규정은 일본민법 제398조의19, 제398조의20이다. 다만 일본의 경우에도 근저당에 관한 일본민법 규정이 근질권과 관련된 법률문제에 구체적으로 어떻게 적용되는지, 그 적용범위는 어떻게 되는지에 대한 구체적인 논의는 이루어지지 않은 것으로 보인다. 특히 이 사건과 같이 근저당권부 채권에 관하여 근질권이 설정된 경우에 근저당부동산에 대한 경매절차에서 근질권의 피담보채권이 언제 확정되는가에 대한 일본의 판례 및 학설은 발견되지 않았다.

- 44) 물론 이러한 확정의 효과에 대해서는 근저당권인 경우의 피담보채권 확정의 효과와 근질권인 경우의 피담보채권 확정의 효과를 달리 취급하고, 근질권의 경우에는 동산근질권과 권리근질권을 구별해서 파악하는 해석, 근질권의 피담보채권 확정의 효과에 대해서도 근저당권의 피담보채권 확정의 효과와 동일하게 파악하는 해석 등이 가능할 것이다. 이에 대해서는 향후에 심도 있는 검토가 필요하지만, 이 글에서는 일단 근질권의 경우에도 근저당권의 피담보채권 확정의 효과와 동일하게 해석하는 후자의 견해에 따르기로 한다.

류 당시 존재하는 근질권의 피담보채권으로 인하여 예측하지 못한 손해를 입을 수밖에 없고, 나아가 근질권자가 제3자의 압류 사실을 알지 못한 채 채무자와 거래를 계속하여 채권을 추가로 발생시키더라도 근질권자의 선의를 보호하기 위하여 그러한 채권도 근질권의 피담보채권에 포함시킬 필요가 있으므로 그 결과 제3자가 입게 되는 손해 또한 불가피한 것이나, 근질권자가 제3자의 압류 사실을 알고서도 채무자와 거래를 계속하여 추가로 발생시킨 채권까지 근질권의 피담보채권에 포함시킨다고 하면 그로 인하여 근질권자가 얻을 수 있는 실익은 별 다른 것이 없는 반면 제3자가 입게 되는 손해는 위 추가된 채권액만큼 확대되고 이는 사실상 채무자의 이익으로 귀속될 개연성이 높아 부당할 뿐 아니라, 경우에 따라서는 근질권자와 채무자가 그러한 점을 남용하여 제3자 등 다른 채권자의 채권 회수를 의도적으로 침해할 수 있는 여지도 제공하게 된다. 따라서 이러한 여러 사정을 적정·공평이란 관점에 비추어 보면, 근질권이 설정된 금전채권에 대하여 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우 근질권의 피담보채권은 근질권자가 위와 같은 강제집행이 개시된 사실을 알게 된 때에 확정된다”고 판시하였다.⁴⁵⁾

나) 전술한 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결과 근저당권의 피담보채권의 확정사유 및 확정시기에 대한 기존 대법원 판례의 유형화를 비롯한 국내의 논의 상황에 비추어 보면 근질권의 피담보채권의 확정사유 및 확정시기에 대해서도 다음과 같은 유형화가 가능할 것이다.

첫째, 제1유형으로 ‘기본적 거래관계의 종료(원본채권의 발생가능성 소멸)로 인한 확정’의 경우이다. 예컨대 근질권 설정계약에서 근질권의 존속기간을 정하거나 기본적 거래계약에서 결산기를 정한 경우에 원칙적으로 존속기간이나 결산기가 도래한 때에 확정되며, 근저당권의 존속기간이나 결산기를 정하지 않은 경우에 피담보채권의 확정방법에 관한 약정에 의하고 그러한 약정이 없다면 근질권설정자가 해지의 의

45) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결은 이 사건 쟁점과 관련하여 원고가 원용한 판결로서, 근질권의 목적인 예금채권에 대한 압류 및 추심명령을 근질권자가 송달받음으로써 그 압류사실을 알게 된 때에 근질권의 피담보채권이 확정된다고 판시한 원심 판결(대전지방법원 2009. 5. 12. 선고 2008나12338 판결)을 수긍하였다.

사표시를 한 때에 확정될 것이다. 물론 이 유형에 대한 판례는 없지만, 근저당권의 경우와 달리 보아야 할 특별한 이유는 없으므로, 이러한 해석이 가능할 것으로 보인다.

둘째, 제2유형으로 ‘강제집행절차의 개시로 인한 확정’의 경우이다. 예컨대 근질권자가 질권을 실행한 경우, 이에 대한 판례는 없지만 근저당권자가 경매를 신청한 경우와 달리 보아야 할 특별한 이유는 없으므로, 이러한 해석이 가능할 것으로 보인다. 또한 전술한 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결에 의하면 근질권이 설정된 금전채권에 대하여 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우에 근질권의 피담보채권은 근질권자가 강제집행개시사실을 알게 된 때에 확정된다.

셋째, 제3유형으로 ‘도산절차의 개시로 인한 확정’의 경우이다. 예컨대 근질권의 피담보채권은 근질권설정자나 채무자에 대하여 파산이 선고된 때에 확정되며, 근저당권설정자나 채무자에 대하여 회생절차개시결정이 내려진 때에 그러한 근질권의 피담보채권이 확정될 것이다. 물론 이 유형에 대한 판례는 없지만, 근저당권의 경우와 달리 보아야 할 특별한 이유가 없으므로, 이러한 해석이 가능할 것으로 보인다.

다. 제3자에 의하여 강제집행절차가 개시된 경우

1) 문제의 소재

근저당권자가 근저당권을 실행하기 위하여 직접 경매를 신청한 경우에는 그 경매를 신청한 때에 피담보채권이 확정되며, 이는 당사자의 의사에 기한 확정사유로 분류된다. 그런데 제3자에 의하여 근저당권의 목적인 부동산에 관한 경매절차가 개시된 경우에는 당사자의 의사와 무관하게 경매로 근저당권이 소멸하게 되므로, 피담보채권의 확정시기를 언제로 보아야 하는지가 문제된다. 이는 주로 경매를 신청하지 않은 선순위 근저당권자와 경매를 신청한 후순위 근저당권자 중 어느 쪽을 더욱더 보호하여야 하는지에 대한 논의이다.⁴⁶⁾

이러한 논의는 근저당권의 피담보채권의 확정에 관한 문제이기는 하

46) 참고로 일본민법 제398조의20 제1항 제4호는 이러한 경우에 근저당권자가 경매절차개시가 있었던 사실을 안 날로부터 2주일이 경과한 때에 확정된다고 규정하며, 전술한 2013년 법무부 민법개정시안 제357조의10에서도 일본민법과 동일한 규정을 두고 있었다.

지만, 근질권의 피담보채권의 확정에 관한 문제를 해결할 때에도 참고할 가치가 있는 것으로 보인다. 따라서 이하에서는 이 문제에 대한 학설 및 판례의 태도를 살펴보기로 한다.

2) 학설⁴⁷⁾

가) 제1설

제1설은⁴⁸⁾ 경매개시결정이 있었던 때에 근저당권의 피담보채권이 확정된다고 해석하는 견해로서, 종래의 다수설이다(이른바 ‘경매개시결정시설’). 이 견해가 드는 근거는 다음과 같다.

첫째, 다른 채권자가 경매신청을 한다는 것은 채무자의 재정상태가 악화된 것을 뜻하고 근저당권자로서도 이런 상태에 있는 채무자와는 계속하여 거래를 하지 않을 의사를 가지고 있었을 것이라고 추측하여야 한다.

둘째, 근저당권의 확정 전·후에 따라 근저당권 이전등기 등의 등기방법이 달라지는 등기예규⁴⁹⁾ 하에서는 경매개시결정시설에 의하면 등기부

47) 이하에서 소개하는 학설들 이외에 선순위 근저당권자의 이익 보호와 후순위 근저당권자 등과의 이익 조정 측면에서 ‘매각허가결정이 있었던 때’에 확정된다는 견해(이동준, “선순위 근저당권자의 피담보채권액의 확정시기”, 판례연구, 제12집, 부산판례연구회, 2001, 701-733면)도 주장된다. 또한 이하의 학설에 대한 소개와 관련하여 변환철, “근저당권자이외의 자가 경매신청을 한 경우 근저당권의 피담보채권의 확정시기”, *Jurist Plus* 로스쿨 물권법, 청림출판, 2006, 550-553면, 오시정, 근저당권의 이론과 실무, 한국금융연수원, 2019, 168-173면, 이영규, “근저당권에 있어서 피담보채권의 확정”, 법학논총, 제23권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2006, 385-414면 등도 참조.

48) 박윤직, 물권법 [민법강의 II], 신정판, 박영사, 1993, 659면; 김용한, 물권법론, 재전정판, 박영사, 1996, 587면; 김중환·김학동, 앞의 책, 566면; 장경학, 물권법, 법문사, 1988, 848면; 이영준, 앞의 책, 942-943면 등.

49) 근저당권에 관한 등기사무처리지침[등기예규 제1471호] 제3조(근저당권이전등기)

- ① 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전의 근저당권 이전등기의 신청은 다음 각 호와 같이 한다.
 1. 근저당권의 피담보권이 확정되기 전에 근저당권의 기초가 되는 기본계약상의 채권자 지위가 제3자에게 전부 또는 일부 양도된 경우, 그 양도인 및 양수인은 “계약 양도”(채권자의 지위가 전부 제3자에게 양도된 경우), “계약의 일부 양도”(채권자의 지위가 일부 제3자에게 양도된 경우) 또는 “계약가입”(양수인이 기본계약에 가입하여 추가로 채권자가 된 경우)을 등기원인으로 하여 근저당권이전등기를 신청할 수 있다.
 2. 위 1호의 등기를 신청하는 경우 근저당권설정자가 물상보증인이거나 소유자가 제3취득자인 경우에도 그의 승낙을 증명하는 정보를 등기소에 제공할 필요가 없다.

상 확정시기를 쉽게 알 수 있다.

나) 제2설

제2설은⁵⁰⁾ 매각대금을 완납한 때, 즉 근저당권이 소멸할 때에 근저당권의 피담보채권이 확정된다고 해석하는 견해로서, 유력설이다(이른바 ‘매각대금완납시설’).⁵¹⁾

이 견해가 드는 근거는 다음과 같다.

첫째, 선순위 근저당권자는 경매법원으로부터 통지를 받았을 때 제3자의 경매신청이 있었다는 사실을 알게 되고, 타의에 의하여 근저당권이 소멸된다.

둘째, 선순위 근저당권은 배당요구를 하지 않아도 배당받게 되고, 후순위 근저당권은 선순위 근저당권 설정등기에 의하여 채권최고액을 예상할 수 있다.

셋째, 거래의 안전을 해치지 않는 한도 안에서는 선순위 근저당권자가 파악한 담보가치를 최대한 활용할 수 있도록 하는 것이 타당하다.

다) 제3설

제3설은⁵²⁾ 근저당권자가 경매개시결정사실을 안 때에 근저당권의 피담보채권이 확정된다고 해석하는 견해이다. 다만 제3설은 경매개시결정사실

3. 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에 그 피담보채권이 양도 또는 대위변제된 경우에는 이를 원인으로 하여 근저당권이전등기를 신청할 수는 없다.

② 근저당권의 피담보채권이 확정된 후의 근저당권이전등기의 신청은 다음 각 호와 같이 한다.

1. 근저당권의 피담보채권이 확정된 후에 그 피담보채권이 양도 또는 대위변제된 경우에는 근저당권자 및 그 채권양수인 또는 대위변제자는 채권양도에 의한 저당권이전등기에 준하여 근저당권이전등기를 신청할 수 있다. 이 경우 등기원인은 “확정채권 양도” 또는 “확정채권 대위변제” 등으로 기록한다.

2. 위 1호의 등기를 신청하는 경우 근저당권설정자가 물상보증인이거나 소유자가 제3취득자인 경우에도 그의 승낙을 증명하는 정보를 등기소에 제공할 필요가 없다.

50) 손지열·김황식·양창수 편집 / 박윤직 편집대표, 앞의 책(민법주해, 제VII권, 물권(4)), 24면 [박해성 집필부분]; 고상룡, 물권법, 법문사, 2002, 709면 등.

51) 즉 이 견해는 경매절차가 진행되어 중국적 환가 절차가 종료되면 소멸주의의 원칙(민사집행법 제91조 제2항)상 근저당권도 소멸하게 되므로 그 피담보채권도 확정된다고 해석한다.

52) 박윤직·김재형, 앞의 책, 503면; 김재형, 앞의 책, 263면.

을 안 때를 확정하기 어려우므로, 입법에 의한 해결이 필요하다고 한다.⁵³⁾

이 견해가 드는 근거는 다음과 같다.

첫째, 제1설(경매개시결정시설)은 근저당권자가 경매개시사실을 모르는 상태에서 채무자에게 신용을 제공한 경우에 근저당권자에게 지나치게 가혹한 결과가 된다.

둘째, 제2설(매각대금완납시설)은 근저당권자가 근저당권설정자와 통모하여 피담보채권을 발생시키는 등과 같은 경우에 후순위 담보권자에게 지나치게 불리할 가능성이 있다.

라) 제4설

제4설은⁵⁴⁾ 채권신고서를 제출한 때나 그 제출기한이 만료된 때에 근저당권의 피담보채권이 확정된다고 해석하는 견해이다.

이 견해가 드는 근거는 다음과 같다.

첫째, 스스로 경매를 신청하지 않은 근저당권자에게는 적정한 채권신고기한까지 거래관계의 정리 등 자신의 권리실행을 위한 시간적 여유를 주어야 한다.

둘째, 경매신청을 하지 않은 근저당권자가 채권신고서를 제출하거나 그 제출기간이 만료된 때에는 근저당권을 실행한 경우와 동일하게 볼 수 있다.

3) 판례와 학설

가) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결과 학설

(가) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결은 근저당권에 관하여 후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우에 선순위 근저당권의 피담보채권은 그러한 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 매각대금을 완납한 때에 확정됨을 명확하게 밝힘으로써 제2설(매각대금완납시설)의 입장을 취하였

53) 김재형, 앞의 책, 288면.

54) 홍성재, 앞의 책, 577면; 김상수, “경매를 신청하지 않은 선순위근저당권자의 피담보채권의 확정시기”, 법률신문, 제2840호, 법률신문사, 1999, 14면은 선순위 근저당권자가 스스로 경매를 신청하는 때 및 잉여주의(민사집행법 제91조 제1항)를 고려하면 근저당권을 실행하는 때인 채권신고서의 제출시 또는 그 제출기한의 만료시에 피담보채권이 확정된다고 해석한다.

다. 이 판결이 제시한 근거는 다음과 같다.⁵⁵⁾

첫째, 후순위 근저당권자는 선순위 근저당권의 채권최고액 만큼의 담보가치는 이미 선순위 근저당권자에 의하여 파악되어 있는 것으로 인정하고 거래하는 경우가 일반적이다. 그러므로 선순위 근저당권자가 경매개시를 안 이후의 시점에 그 피담보채무액이 증가하더라도 선순위 근저당권의 채권최고액의 한도 안에 있다면 후순위 근저당권자가 예측하지 못한 손해를 입게 된다고 볼 수 없다.

둘째, 선순위 근저당권자는 자신이 경매신청을 하지 아니하였으면서도 경매로 근저당권을 상실하게 되는 처지에 있으므로, 거래의 안전을 해치지 않는 한도 안에서 선순위 근저당권자가 파악한 담보가치를 최대한 활용할 수 있도록 하는 것이 타당하다.

(나) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결에 대해서는 이 판결이 제시한 논거와 동일한 취지에서 찬성하는 견해⁵⁶⁾가 있지만, 이와 달리 이 판결에 대한 비판적 견해도 존재한다.

예컨대 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결에 대해서는 제3설의 입장에서 다음과 같이 비판하는 견해가 존재한다. 즉 이 견해는 “이 문제는 입법을 통해 해결하여야 할 문제이지만, 현재로서는 근저당권에 관한 이해관계인들의 이해를 조정하는 방식으로 해결할 수밖에 없다. …… 근저당권의 당사자들이 경락대금납입기일까지 거래를 계속할 수도 있지만, 그때까지 근저당권이 확정되지 않는다고 보면 후순위 담보권자가 지나치게 불리해질 가능성이 있다. 왜냐하면 근저당권자가 근저당권 설정자와 짜고서 피담보채권을 발생시킨다든지, 다른 제3자로부터 근저

55) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결에는 후술하는 근거 이외에도 다음과 같은 사정도 함께 고려된 것으로 보인다. 즉 판례에 의하면 선순위 근저당권자에 대해서는 배당이의 소송의 계속 중에도 원인채권의 교환적 변경을 허용하는데(대법원 1998. 7. 28. 선고 98다7179 판결), 이는 그와 같이 해석하더라도 당초 후순위 저당권자는 선순위 저당권의 채권최고액을 고려하여 담보권을 취득하는 것이 보통이므로 불측의 손해를 입을 염려는 없다는 점 등을 고려한 것으로 보인다. 그리고 선순위 근저당권자가 경매절차개시사실을 안 때에 즉시 선순위 근저당권이 확정된다고 보는 것은 당초 선순위 근저당권자와 근저당권 설정자의 의사에 부합되지 않는 점도 고려한 것으로 보인다. 왜냐하면 선순위 근저당권자에게 일정한 기간을 허여함이 타당하다고 볼 수밖에 없는데, 이에 대한 입법이 이루어지지 않은 상황에서 일정한 기간이 ‘머칠’이라는 식으로 정하는 것은 자의적이기 때문이다.

56) 변환철, 앞의 논문, 550-553면.

당권설정자가 발행·배서한 어음이나 수표 등을 엽가로 매수하여 후순위권리자를 압박할 우려가 있기 때문이다. 따라서 근저당권자가 경매개시사실을 안 때에 근저당권이 확정된다고 보는 것이 합리적이다”라고 한다.⁵⁷⁾

또한 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결에 대해서는 제4설의 입장에서 다음과 같이 비판하는 견해도 존재한다. 즉 이 견해는 “근저당권의 피담보채권이 경락대금완납 시에 확정된다면 애당초 경매가 불가능하다. 왜냐하면 민사소송법 제728조에 의한 제608조와 제616조의 준용에 의해, 집행법원은 경매부동산의 매각에 따른 잉여의 여부를 그 매각 전에 판단해야 하는데, 근저당권의 피담보채권액이 확정되지 않는 한, 그것이 불가능해지기 때문이다. 또한 이러한 점 때문에, 근저당권자는 자신의 채권에 관한 계산서를 특정기일까지 집행법원에 제출하게 되어 있다(민사소송법 제728조에 의한 제653조의 준용). (중략) 이러한 집행절차에서 본다면, 스스로 경매를 신청하지 않은 근저당권자의 권리실행은 채권신고서의 제출 시 또는 그 제출기한의 만료 시에 한 것에 해당하고, 따라서 이때 피담보채권도 확정된다고 풀이해야 한다”라고 한다.⁵⁸⁾

(다) 한편 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001두7329 판결은 조세채권자의 체납처분에 의하여 공매절차가 개시되는 경우에도 전술한 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결과 마찬가지로 선순위 근저당권자의 피담보채권은 제2설에 따라 매수대금을 완납한 때에 확정된다고 판시하였다.⁵⁹⁾

57) 김재형, 앞의 책, 262-263면.

58) 김상수, 앞의 논문, 14-15면.

59) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001두7329 판결은 “국세징수법상 체납처분은 행정기관에 의한 조세채권의 신속한 만족을 위한 절차로서 채권계산서 미제출에 의한 채권액 보충의 실기에 관한 규정인 민사소송법 제587조 제2항이나 배당요구 및 그 시기에 관한 규정인 민사소송법 제605조는 체납처분에서의 배분절차에 관하여 준용할 수 없고, 압류재산의 공매절차에서 압류 이전에 등기된 근저당권은 공매로 인하여 소멸되는 대신에 그 근저당권자는 당연히 그 순위에 따라 배분을 받을 권리가 있다(대법원 1998. 12. 11. 선고 98두10578 판결 참조). 그러므로 국세에 우선하는 선순위 근저당권이 설정되어 있는 부동산에 대하여 체납처분을 하려는 조세채권자는 선순위 근저당권의 채권최고액만큼의 담보가치는 이미 선순위 근저당권자에 의하여 파악되어 있는 것으로 인정하고 절차를 취하는 것이 보통이라 할 것이므로, 체납처분절차가 개시된 이후의 어떤 시점에 선순위 근저당권의 피담보채무액이 증가하더라도 그와 같이 증가한 피

생각건대 이 판결에는 국세채납처분에 의한 압류는 사법상 채권의 만족을 얻기 위한 경매신청과 달리 조세채권의 만족을 얻기 위한 것으로서 조세채권의 우선징수권이 인정되는 점을 고려하더라도 조세채권자가 압류처분을 한 경우에 선순위 근저당권자의 피담보채권의 확정시기는 후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우와 마찬가지로 보아야 한다는 시각이 고려된 것으로 보인다.

나) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결과 학설

(가) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결은 근질권이 설정된 금전채권에 대하여 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우에 근질권의 피담보채권은 근질권자가 강제집행개시사실을 알게 된 때에 확정된다고 밝힘으로써 제3설(경매개시사실을 안 때에 근저당권의 피담보채권이 확정된다고 해석하는 견해)의 입장을 취하였다. 이 판결이 제시한 근거는 다음과 같다.

즉 금전채권에 대하여 설정된 근질권은 근저당권처럼 등기에 의하여 공시되는 것이 아니다. 따라서 통상 그러한 채권을 압류한 제3자는 그 압류 당시 존재하는 근질권의 피담보채권으로 인하여 예측하지 못한 손해를 입을 수밖에 없고, 근질권자가 제3자의 압류사실을 알지 못한 채 채무자와 거래를 계속하여 채권을 추가로 발생시키더라도 근질권자의 선의를 보호하기 위하여 그러한 채권도 근질권의 피담보채권에 포함시킬 필요가 있다. 그러나 근질권자가 제3자의 압류사실을 알고서도 채무자와 거래를 계속하여 추가로 발생시킨 채권까지 근질권의 피담보채권에 포함시킨다고 보면 그로 인하여 근질권자가 얻을 수 있는 실익은 별다른 것

담보채무액이 선순위 근저당권의 채권최고액 한도 안에 있다면 조세채권자가 예측하지 못한 손해를 입게 된다고 볼 수 없고, 반면 이러한 경우 선순위 근저당권자는 자신이 경매신청을 하지 아니하였으면서도 채납처분으로 인하여 근저당권을 상실하게 되므로 거래의 안전을 해하지 아니하는 한도 안에서 선순위 근저당권자가 파악한 담보가치를 최대한 활용할 수 있도록 함이 타당하다. 이와 같은 관점에서 보면 후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우 선순위 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 경락인이 경락대금을 완납한 때에 확정되는 것(대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결 참조)과 마찬가지로, 조세채권자가 채납처분을 하는 경우에도 선순위 근저당권자의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 매수대금을 완납한 때에 확정된다”고 판시하였다.

이 없다.⁶⁰⁾ 그 반면에 제3자가 입게 되는 손해는 위 추가된 채권액만큼 확대되고 이는 사실상 채무자의 이익으로 귀속될 개연성이 높아서 부당할 뿐만 아니라 경우에 따라서는 근질권자와 채무자가 그러한 점을 남용하여 제3자 등 다른 채권자의 채권 회수를 의도적으로 침해할 수 있는 여지도 제공하게 된다.

(나) 학술상 근질권의 피담보채권의 확정시기에 대한 전술한 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결과 근저당권의 피담보채권의 확정시기에 대한 전술한 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결 및 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001두7329 판결의 입장이 다른 이유에 대해서 분명하게 밝힌 견해는 거의 없다. 다만 필자가 입수한 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결에 대한 2개의 평석의 설명에 비추어 보면 이러한 대법원 판결들의 입장이 엇갈리는 이유가 공시제도의 유무에서 차이가 있다는 점에 있는 것으로 보인다. 예컨대 첫 번째 평석은 “이 사건 판결⁶¹⁾은 근질권의 목적인 금전채권에 대하여 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우 근질권이 확정되는지, 확정된다면 그 시기는 언제로 보아야 하는지에 관하여 대법원이 그 견해를 처음으로 밝힌 선례로서 중요한 의미를 가진다. 나아가 근저당 목적물에 대하여 제3자에 의한 경매절차가 개시된 경우 근저당권의 확정시기를 매각대금 완납시로 본 판례⁶²⁾와 달리, 근질권 목적물에 대하여 제3자에 의한 강제집행절차가 개시된 경우에는 근질권자가 그 절차개시사실을 알게 된 시점에 피담보채권이 확정된다고 본 이 사건 판결은 공시제도의 유무에 따른 근저당권과 근질권의 차이를 반영한 것으로서, 근저당권의 확정에 관한 법리가 근질권의 확정에 대하여 반드시 그대로 원용되는 것은 아니라는 것을 확인케 하였다는 점에서도 의미를 가진다”고 한다.⁶³⁾ 그리고 두 번

60) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결이 제시한 이 부분의 논거의 의미를 “근질권자가 채무자와의 거래로 근질권에 의하여 담보되는 채무를 추가로 발생시키더라도 제3자에 의하여 개시된 강제집행절차에 의하여 근질권은 소멸될 운명에 있으므로 근질권자는 불원간 위 추가 발생채무를 회수할 수밖에 없다. 즉 위와 같은 추가채무발생으로 인하여 근질권자가 얻게 되는 실익은 특별하게 없다”고 이해할 여지도 있다. 그러나 근질권자가 추가발생채무를 강제집행절차에서 회수할 수 있다는 점 자체에 실익이 있으므로, 이러한 이해에는 찬동하기 어렵다.

61) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결.

62) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결.

재 평석도 “위와 같은 결론은, ‘근저당권에 있어서 후순위 근저당권자가 경매를 신청한 경우 선순위 근저당권의 피담보채권은 그 근저당권이 소멸하는 시기, 즉 경락인이 경락대금을 완납한 때에 확정된다고 보아야 한다’는 취지의 판례⁶⁴⁾와는 일응 차이가 있어 보이나, 이는 부동산에 대한 담보 물건으로서 그 우선순위와 채권최고액 등이 등기부에 공시되는 근저당권과 그러한 것이 적용되지 않는 근질권(권리질권)의 차이에서 비롯된 것으로 이해할 수 있을 것이다”라고 한다.⁶⁵⁾

(다) 한편 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결은 근질권의 목적이 된 금전채권에 대하여 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우에는 근질권이 소멸하게 되므로, 그 피담보채권도 어느 시점에 확정된다는 논리(피담보채권의 확정 필요성)를 전개하였지만, 이 논리에 대해서 학설 중에는 다음과 같은 비판적 견해가 있다. 즉 이 견해에 의하면 “대상판결은 후순위 전부(추심)채권자에 대한 제3채무자의 변제가 유효하다고 보면서, 그로 인해 또는 그 이후의 절차 진행에 따라 근질권은 종국적으로 소멸되므로 강제집행이 개시된 때로부터 근질권이 소멸되기 전 어느 시점에선가 피담보채권을 확정할 필요가 있다고 한다. 이는 다른 근저당권자가 경매를 신청한 경우 경매를 신청하지 않은 근저당권은 경락으로 인해 소멸하므로 소멸하기까지의 어느 시점에서인가 해당 근저당권의 피담보채권을 확정할 필요가 있다는 부동산 집행 관련 판례⁶⁶⁾의 논리를 채권 집행의 경우에도 적용한 것이다. 그러나 민사집행법 제91조 제2항과 같이 환가대상 채권 위의 모든 질권이 환가로 인해 소멸된다는 취지의 규정이 없고, 등기부가 없어 집행법원이 선순위 질권의 존재를 쉽사리 알기 어려운 채권집행의 경우, 부동산 집행에서의 논리가 그대로 적용될 수 있는지 의문이다”라고 한다.⁶⁷⁾ 다만 이 견해는 위와 같은 비

63) 장준현, 앞의 논문, 145면.

64) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결 등.

65) 강승준, “2000년대 민사판례의 경향과 흐름-물권법-”, 민사판례연구, 제33-2권, 박영사, 2011, 497면.

66) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결.

67) 최준규, “근질권이 설정된 채권을 다른 채권자가 압류한 경우 발생하는 법적 문제에 관한 고찰-제3채무자의 후순위 압류채권자에 대한 변제의 효력 및 근질권의 피담보채권 확정 시기를 중심으로-”, 민사법학, 제67호, 한국민사법학회, 2014, 200-201면.

판에도 불구하고 공탁금을 기초로 채권근질권자와 일반채권자들에 대하여 배당이 이루어지는 경우가 부동산 집행절차에서 배당이 이루어지는 경우와 별 차이가 없으며, 합리적 이유 없이 채권근질권자와 근저당권자의 법적 지위 사이에 큰 차이를 두는 것은 바람직하지 않다는 이유로 근질권이 설정된 채권에 대하여 압류명령이 발령된 경우에 피담보채권 확정 필요성을 긍정하고, 채권집행절차의 성격 등에 비추어 위 판결이 실시한 피담보채권 확정시기도 수긍할 수 있다고 한다.⁶⁸⁾

(라) 전술한 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결이 선고된 후 이 판결에서 제시된 법리를 인용하거나 이 판결을 발전시킨 후속 대법원 판결은 없지만, 이 판결을 직접 언급한 유일한 후속 대법원 판결로 대법원 2022. 3. 31. 선고 2018다21326 판결이 있다.

즉 이 판결은 “질권설정자가 민법 제349조 제1항에 따라 제3채무자에게 질권이 설정된 사실을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙한 때에는 제3채무자가 질권자의 동의 없이 질권의 목적인 채무를 변제하더라도 질권자에게 대항할 수 없고, 질권자는 여전히 제3채무자에게 직접 채무의 변제를 청구할 수 있다.⁶⁹⁾ 질권의 목적인 채권에 대하여 질권설정자의 일반채권자의 신청으로 압류·전부명령이 내려진 경우에도 그 명령이 송달된 날보다 먼저 질권자가 확정일자 있는 문서에 의해 민법 제349조 제1항에서 정한 대항요건을 갖추었다면, 전부채권자는 질권이 설정된 채권을 이전받을 뿐이고 제3채무자는 전부채권자에게 변제했음을 들어 질권자에게 대항할 수 없다. 원심은, 원고가 임대차보증금반환채권에 관한 근질권을 설정할 당시 제3채무자인 임대인으로부터 확정일자 있는 승낙을 받았으므로, 그보다 나중에 압류·전부명령을 받은 피고가 임대차보증금을 지급받았더라도 원고는 여전히 임대인에게 임대차보증금의 지급을 청구할 수 있다는 이유를 들어, 피고가 근질권을 침해하여 부당이득을 얻었다는 원고의 주장을 배척하였다. 앞서 본 법리에 비추어 보면 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 권리질권의 우선순위에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다. 원고가 상고이유에서 내세

68) 최준규, 앞의 논문, 206면 이하.

69) 대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다265689 판결 참조.

운 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결은 사안이 달라 이 사건에 적용하기에 적절하지 않다”라고 판시하였다.

3. 이 사건 쟁점에 대한 검토

가. 문제의 소재

제3자에 의하여 강제집행절차가 개시된 경우에 관하여 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결은 선순위 근저당권의 피담보채권이 매각대금 완납시에 확정된다고 판시하였으며(제2설(매각대금완납시설)), 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결은 금전채권을 목적으로 한 근질권의 피담보채권이 근질권자가 강제집행개시사실을 알게 된 때에 확정된다고 판시하였다(제3설).

이 사건에서 근질권은 근저당권부 채권⁷⁰⁾을 목적으로 하고 있으며, 근질권 설정 당시 근저당부동산에 관한 경매절차가 이미 진행 중이었다. 이러한 경우에도 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결이 취한 제3설과 같이 피담보채권이 확정된다고 보아야 하는지, 그렇지 않으면 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결이 취한 제2설과 같이 피담보채권이 확정된다고 보아야 하는지가 문제된다.

나. 근저당권부 근질권의 피담보채권의 확정시기

1) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결의 적용범위

근저당권부 채권을 목적으로 한 근질권의 경우에도 기본적 거래계약에서 정한 결산기가 도래하거나 기본적 거래계약이 해지될 때에 피담보채권이 확정되며, 근질권자가 그러한 근질권을 실행할 때에 피담보채권이 확정된다는 점에 대해서 이견(異見)은 보이지 않는다.

생각건대 근저당권부 채권도 금전채권이므로, 근저당권부 채권에 대해서 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시되면 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결이 적용되어 그 채권을 목적으로 한 근질권자가

70) 근저당권에 근질권을 설정하기 위해서는 그 대상이 되는 근저당권의 피담보채권이 확정되어야 하므로 실질은 ‘저당부권 채권’으로 볼 수 있으며, 이 사건 근질권도 이 사건 근저당권부 확정채권을 목적으로 설정된 것이지만, 등기부상으로는 근저당권으로 남아 있으므로 논의의 편의상 이하에서는 ‘근저당권부 채권’으로 지칭하기로 한다.

강제집행개시사실을 알게 된 때(제3설)에 피담보채권이 확정된다고 보아야 할 것이다. 다만 다음과 같은 사정에 비추어 보면 이 사건과 같이 근저당권부 근질권이 설정된 부동산에 대해서 근질권자가 아닌 제3자가 경매신청으로 강제집행절차가 개시된 경우에는 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결이 적용될 수 없을 것으로 보인다.

첫째, 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결은 ‘근질권이 설정된 금전채권에 대하여 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우’에 관한 판시임을 명확하게 밝혔으며, 그 사실관계도 근질권의 목적인 예금채권에 대한 압류 및 추심명령이 이루어진 사안이었다.

둘째, 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결은 피담보채권 확정의 필요성에 관한 논거 부분에서 금전채권에 대한 강제집행절차로 인한 공탁 등에 따라 근질권이 소멸한다고 실시하였다. 이를 통하여 근저당부동산에 대한 강제집행절차가 근저당권부 근질권에 미치는 영향은 그 구조와 양상이 다르고, 근저당부동산에 대한 강제집행절차로 인하여 근저당권부 근질권이 항상 소멸하는 것도 아니라고 볼 수 있다.

셋째, 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결은 피담보채권의 확정시기에 관한 논거 부분에서 “금전채권에 대하여 설정된 근질권은 근저당권처럼 등기에 의하여 공시되는 것이 아니기 때문”이라고 실시한 점을 고려할 필요가 있다. 즉 금전채권에 대하여 설정되는 금전채권과 달리 근저당권부 채권에 대해서 설정된 근질권은 근저당권의 부기등기에 의하여 공시되는 점을 고려할 필요가 있다. 따라서 이 판결은 공시제도의 유무에 따른 근저당권과 근질권의 차이를 반영하였다고 볼 수 있다.

넷째, 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결은 금전채권의 압류권자(강제집행절차를 개시한 제3자)와 근질권자 사이의 이해관계 조정을 다룬 반면에, 이 사건은 강제집행절차를 개시한 제3자와 무관하게 선순위 근저당권부 근질권자와 후순위 근저당권부 질권자 사이의 이해관계 조정이 문제된 점을 고려할 필요가 있다.

요컨대 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결을 이 사건에 원용할 수 없다고 판시한 원심 판결 및 이를 유지한 대상 판결은 타당하다.

2) 근저당권부 근질권이 설정된 부동산에 대하여 제3자가 경매를 신청한 경우, 근질권의 피담보채권의 확정시기

가) 근저당권부 근질권의 피담보채권 확정의 필요성

매각 부동산에 설정된 모든 저당권은 매각으로 소멸되므로(민사집행법 제91조 제2항), 근저당권부 근질권이 설정된 부동산에 대해서 제3자가 경매를 신청한 경우에도 그 근저당권은 매각으로 소멸된다. 이때 어느 시점에서는 근저당권부 근질권의 피담보채권도 확정된다고 보아야 경매 절차에서 근질권자에 대한 배당이 이루어질 수 있는데, 여기에서 근저당권부 근질권의 피담보채권이 확정되어야 할 필요성을 찾을 수 있다고 생각한다. 이를 보다 분명하게 밝히면 다음과 같다.⁷¹⁾

첫째, 근저당권부 근질권자가 부동산의 경매절차에서 배당을 받을 수 있는 근거는 민법 제353조 제1항(“질권자는 질권의 목적이 된 채권을 직접 청구할 수 있다.”), 제2항(“채권의 목적물이 금전인 때에는 질권자는 자기채권의 한도에서 직접 청구할 수 있다.”)에 따라 근저당권의 피담보채권을 추심하는 권리를 행사하는 것으로 이해할 수 있다.⁷²⁾

이와 관련하여 판례에 의하면 금전채권의 질권자가 민법 제353조 제1항, 제2항에 의하여 자기채권의 범위 내에서 직접청구권을 행사하는 경우 질권자는 질권설정자의 대리인과 같은 지위에서 입질채권을 추심하여 자기채권의 변제에 충당하고 그 한도에서 질권설정자에 의한 변제가 있었던 것으로 본다.⁷³⁾

71) 근질권의 목적인 근저당권이 경매개시 이후 설정되었다면 근질권자는 근저당권자를 대신하여 배당요구를 하여야 할 것이고, 이러한 근질권자가 배당요구를 하지 않을 경우에 근질권의 피담보채권이 확정된다고 보아야 하는지 여부에 대해서는 견해가 대립될 수 있지만, 이때 현실적으로 근질권자가 배당요구를 하지 않는 경우가 드물 것이고 이 사건과도 무관하므로 이 문제에 대해서는 고찰하지 않는다.

72) 이와 동일한 취지의 견해로 김운용, “저당권부채권에 질권이 설정된 경우 채권질권의 실행방법”, 법조, 제61권 제9호, 법조협회, 2012, 123-129면; 배병일, “저당권부채권질권”, 법학논고, 제68집, 경북대학교 법학연구원, 2020, 195-198면 등 참조.

73) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결. 참고로 이 사건 근질권 설정 당시 근질권 설정자가 작성한 권리근질권설정계약서(甲 제3호중)에도 ‘질권의 부기등기가 경료된 근저당권의 목적물권이 경매에 붙여지는 경우에는 질권자는 채권의 변제기 도래 여부와 관계없이 집행법원에 배당금의 지급청구 등의 방법으로 질권을 실행하여 설정자에게 배당되는 금원을 직접 수령하여 채무변제에 충당할 수 있다’고 규정(제5조 제3항)되어 있다.

둘째, 근저당권이 설정된 부동산의 매각으로 근저당권이 소멸하더라도 근저당권부 근질권의 피담보채권의 만족이 이루어지지 않는다면 그러한 근질권이 항상 소멸하는 것은 아니므로(근저당 담보가 소멸된 근질권으로 존속할 수 있다), 근저당권부 근질권의 피담보채권 확정 필요성은 근질권의 소멸이 아니라 근질권의 배당에서 찾아야 한다.

일반적으로 배당표 작성시까지 근질권의 피담보채권이 확정되어 있지 않으면 적법한 배당액을 산정할 수 없으며, 근저당권의 피담보채권의 확정은 근저당권 실행의 전제가 되고 우선변제를 받기 위하여 필요하다고 해석된다.⁷⁴⁾ 이러한 해석은 근질권의 피담보채권의 확정에도 마찬가지로 적용될 것이므로, 근질권의 소멸이 아닌 근질권의 배당을 위하여 피담보채권이 확정될 필요가 있다고 보아야 한다.⁷⁵⁾ 다만 근저당권의 경우에는 민사집행법 제135조(“매수인은 매각대금을 다 낸 때에 매각의 목적인 권리를 취득한다”) 등에 따라 배당 전인 매각대금 완납시에 근저당권이 소멸된다고 해석되므로, 그 이전에 피담보채권이 확정될 필요가 있다고 본다. 물론 배당표 작성시에 근질권의 피담보채권이 확정되지 않고 일단 근질권의 채권최고액 상당을 공탁하여 둔 뒤 기본적 거래계약의 결산기가 도래하는 등으로 피담보채권이 확정되면 근질권자가 그 채권액 한도에서 공탁금을 수령할 수 있도록 하는 방안도 고려해 볼 여지는 있다. 그러나 이 경우에 후순위 권리자나 부동산소유자는 근질권의 피담보채권이 확정될 때까지 장기간 배당액은 물론 배당 여부조차 결정되지 않는 유동적 지위에 놓이게 되고, 애초에 근저당권부 근질권자나 근질권설정자도 근저당 배당시 근질권의 피담보채권이 확정되어 이에 따른 배당이 이루어진다고 신뢰하는 것이 일반적이므로, 집행절차의 법적 안정성이나 당사자의 의사해석이라는 측면에서 근질권의 피담보채권이 근저당 배당으로 확정될 필요가 있다고 보는 것이 바람직하다.⁷⁶⁾

74) 한승·손철우 편집 / 김용덕 편집위원, 앞의 책(주석 민법 [물권4]), 68면[배형원 집필부분]; 김상용, 부동산담보법, 개정판, 법원사, 1996, 134면.

75) 동산질권에 관한 설명이기는 하지만, “근질의 경우 우선변제권을 행사할 때 그 피담보채권액이 확정될 수 있는 것이면 족하다”는 설명도 동일한 맥락으로 이해할 수 있다(한승·손철우 편집 / 김용덕 편집위원, 앞의 책(주석 민법 [물권3]), 576면[이대종 집필부분] 참조).

76) 만약 기본적 거래계약의 결산기가 정하여지지 않았거나 연장되는 경우에는 후순위 권리자 등은 피담보채권의 확정을 무한정 기다려야 하는 반면에 근질권자는 공탁금을 담보로 삼게

나) 제2설의 채택 가능성 여부

한편 근저당권이 설정된 부동산에 관하여 제3자의 신청으로 경매절차가 개시된 경우에 근저당권부 근질권의 피담보채권의 확정시기에 대해서 현재 우리나라에서는 대법원 판결을 비롯하여 판례가 없으며, 학설상 관련 논의도 보이지 않는다. 하지만 근저당권이 설정된 부동산에 관하여 제3자의 신청으로 경매절차가 개시된 경우 근저당권의 피담보채권 확정시기에 관한 앞서의 논의를 참고하면, 그와 같은 경우에 근저당권부 채권을 목적으로 한 근질권의 피담보채권 확정시기에 관하여도 경매개시결정이 있을 때 확정된다는 견해(제1설(경매개시결정시설)), 매각대금을 완납한 때 확정된다는 견해(제2설(매각대금완납시설)), 경매개시사실을 안 때 확정된다는 견해(제3설), 채권신고서를 제출한 때나 그 제출기한이 만료된 때 확정된다는 견해(제4설)를 상정할 수는 있을 것이다.

이와 같이 제1설 내지 제4설 중 어떤 견해도 상정할 수 있는 상황에 더하여 다음과 같은 사정을 종합적으로 고려하면 근저당권부 근질권이 설정된 부동산에 대하여 제3자의 신청으로 경매절차가 개시된 경우에는 매각대금을 완납한 때에 근질권의 피담보채권이 확정된다는 견해(제2설(매각대금완납시설))를 채택할 수 있다고 생각한다.

첫째, 근질권의 피담보채권의 확정시기는 근저당권의 피담보채권의 확정시기와 마찬가지로 다수의 이해관계를 조정하는 문제로서 이에 대한 규정을 신설하거나 관련 규정을 개정하는 등 입법을 통하여 해결되어야 한다.⁷⁷⁾ 다만 우리나라에서는 이에 대한 명문규정이 없는 이상 현재로서는 정책적으로 결단할 수밖에 없는 사항이다.⁷⁸⁾

되어 근저당권을 담보로 할 때보다 강화된 지위를 누리게 된다. 비록 근거(근질권의 소멸) 제시에 다소 의문이 제기될 수 있는 설시를 하였지만, 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다 43621 판결도 근질권이 설정된 금전채권에 대하여 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우에 근질권의 피담보채권이 확정될 필요가 있다고 판시하였다.

77) 따라서 이 문제는 입법을 통하여 시급하게 해결되어야 할 문제인데, 이에 대한 입법론 제시는 필자의 장래의 연구과제로 남겨둔다.

78) 참고로 최근 일본에서는 근질과 관련하여 개정 논의가 있는데, 이를 소개하면 다음과 같다. 즉 2022년 12월에 공개된 담보법제의 재검토에 관한 중간시안(担保法制の見直しに関する中間試案)에 의하면 “9. 근담보권 …(중략)… (6) 채무자 또는 근담보권 설정자가 파산절차개시결정을 받은 경우, 설정시부터 일정기간이 경과된 후에 근담보권 설정자의 청구가 있었던 경우 등을 피담보채권의 원본확정사유로 하도록 한다”고 되어 있으며(法務省法制審議會-

担保法制部会, 担保法制の見直しに関する中間試案, 法務省, 令和4年(2022年), 6頁(<https://www.moj.go.jp/content/001388432.pdf>)(최종방문일 : 2023년 11월 20일) 참조), 이에 대하여 2023년 1월에 공개된 담보법제의 재검토에 관한 중간시안의 보충설명(担保法制の見直しに関する中間試案の補足説明)에는 “새로운 규정과 관련된 동산 근담보권의 원본확정사유에 대해서는 담보권의 책임 범위가 목적물로 한정되어 있으므로, 주채무자의 사망을 원본확정사유로 볼 필요성은 없으며, 근보증보다 근저당권에 관한 규정을 참고로 하는 방법도 고려할 수 있다. 그리하여 근저당권과 마찬가지로 담보권자 등이 실행에 착수한 점, 채무자 또는 근담보권 설정자가 파산절차개시결정을 받은 점, 설정한 때부터 일정기간 경과된 후에 설정자의 청구가 있었던 점 등을 원본확정사유로 보는 방법도 고려할 수 있으며, 그 내용을 본문 (6)에서 규정하고 있다. 또한 담보권자 등에 의한 실행의 착수를 원본확정사유로 보는지 여부에 대해서는 실행절차에서 실행에 착수한 자 이외의 근담보권자에게 배당의 기회를 확실하게 부여할 수 있는가라는 문제나 집합동산에 속하는 일부의 개별 동산에 대해서 실행을 착수한 경우에까지 원본을 확정하게 하는 것이 적당인가라는 문제를 염두에 두고 실행에 관한 규율(열후 담보권자에 의한 실행의 가능 여부 및 그 경우의 선순위 담보권의 성쇠(消長) 등)이나 집합동산을 목적으로 한 담보에 대한 규율과의 관계도 감안하여 검토할 필요가 있으므로, 그 내용을 (주(注) 2)에 기재하였다. 또한 (주(注) 3)에서는 원본확정사유에 관한 그 밖의 규율에 대해서는 근저당권에 관한 규율을 참고하여 계속해서 검토하도록 하고 있다”고 기재되어 있다(法務省民事局参事官室, 担保法制の見直しに関する中間試案の補足説明, 法務省, 令和5年(2023年), 17-18頁(<https://www.moj.go.jp/content/001388433.pdf>)(최종방문일 : 2023년 11월 20일) 참조). 여기에서 주(注) 2에서는 “담보권자 등에 의한 실행의 착수를 원본확정사유로 하는지 여부에 대해서는 실행에 관한 규율(열후 담보권자에 의한 실행을 할 수 있는지 여부 및 그 경우의 선순위담보권의 성쇠(消長) 등)이나 집합동산을 목적으로 한 담보에 대한 규율과의 관계도 감안하여 계속해서 검토한다”고 기재되어 있으며(法務省法制審議會-担保法制部会, 上掲資料(担保法制の見直しに関する中間試案), 6頁 注2 참조), 주(注) 3에서는 “원본확정사유에 관한 그 밖의 규율에 대해서는 근저당권에 관한 규율을 참고하여 계속해서 검토한다”고 기재되어 있다(法務省法制審議會-担保法制部会, 上掲資料(担保法制の見直しに関する中間試案), 6頁 注3 참조). 또한 담보법제의 재검토에 관한 중간시안(担保法制の見直しに関する中間試案)에 대하여 2023년 3월에 제시된 일본변호사연합회(日本弁護士連合会)의 담보법제의 재검토에 관한 중간시안에 대한 의견서(担保法制の見直しに関する中間試案に対する意見書)에는 근저당권에 대한 규정에 준한 원본확정사유를 마련하는 데에 찬성하며, 전체적으로 근질권에 대해서도 규정을 마련할 필요가 있는지 여부에 대해서도 검토하여야 한다고 기재되어 있고, 그 이유로 “근저당권에 대한 규정에 준한 원본확정사유를 마련하는 것이 정합적이므로, 찬성한다. 또한 전체적으로 근질권에 대해서도 규정을 마련할 필요가 있는지 여부에 대해서도 동산이 아니라 채권 근질권은 실무에서 활용되고 있으므로, 동일한 법 정비를 하는 것이 바람직하며, 근질권에 대해서만 규정이 마련되어 있지 않은 점이 실무를 불안정하게 할 우려도 있으므로, 법 정비를 적극적으로 검토하여야 한다”고 기재되어 있다(日本弁護士連合会, 担保法制の見直しに関する中間試案に対する意見書, 令和5年(2023年), 12-13頁(<https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/document/opinion/2023/230316.pdf>)(최종방문일 : 2023년 11월 20일) 참조). 이러한 일본의 상황에 비추어 볼 때,

둘째, 대법원은 제3자에 의한 경매신청의 경우에 근저당권의 피담보채권의 확정시기에 관하여 매각대금을 완납한 때에 확정된다는 견해(제2설(매각대금완납시설))를 취한 바 있으며⁷⁹⁾, 근저당권부 근질권이 설정된 부동산에 대하여 제3자의 신청으로 경매절차가 개시된 경우에 근질권의 피담보채권의 확정시기와 관련된 이해관계의 조정은 위 판결 사안과 그 구조가 상당히 유사한 점을 고려할 필요가 있다.⁸⁰⁾

셋째, 만약 근저당권부 근질권이 설정된 부동산에 대하여 제3자의 신청으로 경매절차가 개시된 경우에 근질권의 피담보채권의 확정시기가 매각대금을 완납한 때보다 앞선 시기라고 보게 되면, 제3자의 신청으로 경매절차가 개시된 근저당권의 피담보채권의 확정시기와 통일되지 않을 뿐만 아니라 근저당권을 담보로 삼은 근질권자가 근저당권자보다 불리한 지위에 놓이게 되는 불합리한 결과가 발생한다.⁸¹⁾

넷째, 경매개시결정이 있을 때에 확정된다는 견해(제1설(경매개시결정시설))는 근질권자가 제3자에 대한 채무를 불이행한 채무자와 계속 거래를 할 의사를 가지지 않을 것이라는 전제에 서 있지만, 그러한 의사를 일률적으로 추단하기는 어려우며, 경매개시사실을 안 때에 확정된다는 견해(제3설)는 담보가치를 활용하려는 근질권자와 근질권 설정자의 의사를 충분히 반영하지 못하는 단점이 있다.⁸²⁾

일본도 우리나라와 마찬가지로 근질과 관련된 법률문제에 대한 논의는 아직까지 심도 있게 진행되고 있지 않은 것으로 보인다.

79) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결.

80) 즉 근저당권에 근질권의 부기등기가 이루어진 이상 근질권의 채권최고액만큼의 담보가치는 이미 근질권자에 의하여 파악되어 있는 것으로 인정하고 거래하는 경우가 일반적이다. 따라서 피담보채권이 근질권의 채권최고액의 한도 안에 있다면 후순위 권리자가 예측하지 못한 손해를 입게 된다고 볼 수 없다. 이와 달리 근저당권부 근질권자는 자신이 경매신청을 하지 아니하였으면서도 경매로 담보를 상실하게 되는 처지에 있으므로 거래의 안전을 해치지 아니하는 한도 안에서 근질권자가 파악한 담보가치를 활용할 수 있도록 하는 것이 타당하다.

81) 민법 제346조는 “권리질권의 설정은 법률에 다른 규정이 없으면 그 권리의 양도에 관한 방법에 의하여야 한다”고 규정하며, 근저당권부 근질권자는 근저당권을 이전받고 그 피담보채권도 양수하기로 하면서 편의상 근질권을 설정하는 경우가 많다. 대상 판결의 사안은 근저당권자가 경매를 신청하여 근저당권이 이미 확정되어 있는 경우이기는 하지만, 이와 달리 제3자가 경매를 신청한 경우에는 근저당권자와 그 근질권자의 피담보채권의 확정시기에 차이를 두어야 할 이유를 발견하기가 어렵다.

82) 전술한 바와 같이 제3설의 제2설에 대한 비판(후순위 권리자가 지나치게 불리해질 가능성)은

다섯째, 채권신고서를 제출한 때나 그 제출기한이 만료된 때에 피담보 채권이 확정된다는 견해(제4설)는 근질권자의 의사에 주목하지만, 제3자에 의하여 개시된 경매절차에서 채권신고서를 제출하거나 그 제출기한이 만료되었다고 해서 근질권자가 기본적 거래관계를 종료하겠다는 의사를 표시하였다고 보기는 어렵다.⁸³⁾

여섯째, 근저당권부 근질권이 설정된 부동산에 대하여 제3자의 신청으로 경매절차가 개시된 경우에 매각대금을 완납한 때에 근질권의 피담보 채권이 확정된다고 보는 것이 거래의 안전을 해치지 않으면서 근질권의 담보가치를 활용하려는 사적 자치를 보장하는 방법이다.

다) 이 사건에 대한 제2설 적용의 타당성 여부

이 사건과 같이 근저당부동산에 대하여 경매절차가 개시되었고 근저당권부 근질권이 경매개시결정등기 후에 등기된 경우에도 위와 동일하게 매각대금을 완납한 때에 근질권의 피담보채권이 확정된다는 견해(제2설(매각대금완납시설))를 채택할 수 있을 것으로 보인다. 따라서 그와 같이 판단한 원심 판결 및 이를 유지한 대상 판결의 태도는 타당하다. 그 이유를 보다 자세하게 밝히면 다음과 같다.

근질권자 등 선순위 권리자가 채권최고액의 한도에서 피담보채권을 활용한다고 해서 후순위 권리자가 원래보다 불리한 지위에 놓인다고 볼 수 없고, 통모에 의한 피담보채권의 작출은 통정허위표시로 해결하여야 할 문제이며, 권리자의 부당한 권리행사는 신의칙으로 통제할 수 있는 점에서 설득력이 부족하다고 생각한다. 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결의 원심 판결(대전지방법원 2009. 5. 12. 선고 2008나12338 판결)도 설사 예금채권의 압류 및 추심명령이 근질권자에게 송달된 즉시 근질권의 피담보채권이 확정되지 않는다고 하더라도 이후 인출된 대출금을 자동채권으로 하여 예금채권과 상계하는 방법으로 근질권을 실행하는 것은 신의칙에 반한다고 판시하였다.

83) 이러한 관점에서 볼 때 전술한 제4설의 제2설에 대한 비판(경매 불가능)은 채권신고를 하지 않아도 채권최고액을 배당요구한 것으로 보는 경매실무와 맞지 않고, 이해관계인의 이해 조정 문제를 경매절차 문제로 접근하는 점에서 설득력이 부족하다(오시경, 앞의 책, 172-173면 참조). 또한 대법원 관례에 의하면 경매신청채권자에 우선하는 근저당권자는 배당표가 작성될 때까지 피담보 채권액을 보정하는 채권계산서를 다시 제출할 수 있고, 배당법원은 배당표 작성 당시까지 제출된 채권계산서 등에 의하여 채권최고액의 범위 내에서 배당받을 채권액을 산정하여야 하는데(대법원 2002. 11. 26. 선고 2001다36696 판결 등 참조), 이는 경매신청채권자보다 우선하는 근저당권부 근질권자의 경우에도 배당표의 작성 전인 매각대금 완납시에 피담보채권이 확정된다고 보아도 배당에는 특별한 문제가 없음을 보여주고 있다고 생각한다.

첫째, 이 사건과 같이 경매절차가 이미 개시된 후 근질권이 설정된 경우에 경매개시결정이 있을 때에 피담보채권이 확정된다는 견해(제1설(경매개시결정시설))나 경매개시사실을 알게 된 때 피담보채권이 확정된다는 견해(제3설)는 근질권이 설정되기도 전에 그 피담보채권이 확정되었다거나 근질권 설정과 동시에 피담보채권이 확정되었다고 보게 되어서 근질권자와 근질권 설정자의 의사에 부합되지 않는다.⁸⁴⁾

둘째, 근저당권부 근질권자가 근저당부동산의 경매절차에서 근저당권의 피담보채권을 추심하는 것에 불과하다고 보는 이상 근질권자가 추심할 수 있는 자기 채권의 한도가 실제 문제될 배당시(제2설(매각대금완납시설))에 의하면 매각대금 완납시)까지는 근질권의 피담보채권이 확정된다고 보아야 할 절차적 필요성이 낮고, 이는 이 사건과 같이 근저당권부 채권이 근저당권자의 경매신청으로 이미 확정되어 있는 경우에도 마찬가지이다.⁸⁵⁾

셋째, 만약 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결(제3설)을 등기부상 불측의 손해가 없는 이 사건에 그대로 적용하면 근질권의 활용 이익이 크게 침해되는 결과가 되며, 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결에서 피담보채권의 압류·추심명령의 효력은 그 피압류채권

84) 이 사건에서 원고는 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결(제3설)을 원용하면서도 피고의 권리신고 및 배당금지급청구서 제출시에 피담보채권이 확정된다고 주장하였는데, 이는 제4설에 가깝고 제3설이 지닌 난점(인식시점의 불명확성)을 드러낸 것으로 보인다.

85) 대상 판결의 원심 판결(서울동부지방법원 2022. 5. 18. 선고 2021나30711 판결)은 피고가 배당요구를 하여야 배당에 참가할 수 있는 채권자라고 판단하였는데 이와 같은 판단에 의문이 있으며, 설사 그렇다고 하더라도 근질권자가 근저당권의 피담보채권에 관한 배당요구를 하는 것이 근질권의 피담보채권의 확정에 직접적인 영향을 준다고 볼 수 없다. 즉 근저당권부 근질권자는 근저당권자의 대리인과 같은 지위에서 근저당권부 채권을 추심하는 것이므로 근저당에 기한 경매절차가 개시된 이후에 근질권이 설정되었다고 하더라도 근질권자가 별도로 배당요구를 하여야만 배당에 참가할 수 있는 것은 아니다. 또한 원심 판결(서울동부지방법원 2022. 5. 18. 선고 2021나30711 판결)의 위와 같은 판단은 원고의 주장을 받아들인 결과로 보이지만, 만일 피고가 배당요구를 하여야 배당에 참가할 수 있는 채권자라면 그보다 후순위 질권자인 원고도 마찬가지로 보아야 하는데, 이 사건에서 원고는 배당요구를 한 적이 없으므로 애초에 배당을 받을 수 없었다는 결론에 이르게 된다. 실제로 피고가 이 사건 경매법원에 제출한 ‘권리신고 및 배당금지급청구서’에는 이 사건 근저당권의 채권최고액인 7억 4,100만 원을 청구금액으로 하였을 뿐, 이 사건 근질권의 피담보 채권액이 기재되어 있지 않았다.

전부에 미치지만, 이 사건에서 후순위 질권의 효력은 선순위 근질권의 잔여 부분에 한정되므로, 타당하지 않다.

라) 구체적 타당성이라는 관점에서 본 제2설의 타당성 여부

이하에서 드는 근질권 설정 및 피담보채권 변제의 경위를 고려한 구체적 타당성이라는 측면에서 보더라도 매각대금을 완납한 때에 피담보채권이 확정된다고 보아서 이 사건 2차 대출금이 이 사건 근질권의 피담보채권에 포함된다고 판단한 원심 판결의 결론 및 이를 유지한 대상 판결이 부당하다고 볼 수 없고, 따라서 대상 판결이 원고의 상고를 기각한 것은 타당하다.

첫째, 원고와 피고는 모두 이 사건 근저당권에 기한 경매절차가 개시된 다음에 이 사건 근저당권부 확정채권을 목적으로 각각 후순위인 질권(원고)과 선순위인 이 사건 근질권(피고)을 설정하였으므로, 원고는 이 사건의 근질권의 채권최고액 7억 4,100만 원의 상당의 담보가치를 제외한 나머지만을 배당받을 것을 예상할 수 있었다.

둘째, 이 사건의 근질권은 피고의 B 대부에 대한 현재 및 장래의 일반자금대출 거래를 담보하고 3년이 경과된 후 결산기를 지정할 수 있도록 하는 장래지정형 한정근담보이므로, 일반자금대출 여신거래인 이 사건 2차 대출금은 이 사건 근질권 유용 동의서가 없었더라도 이 사건의 근질권으로 담보될 수 있는 피담보채권의 범위에 포함된다.⁸⁶⁾

셋째, B 대부는 이 사건 1차 대출금을 변제할 당시에 피고에게 추가대출 계획을 알렸고 그에 따라 피고는 이 사건 근질권등기를 말소하지 않았으며 그로부터 3개월 내에 이 사건 2차 대출이 이루어졌다. 이러한 상황에서 이 사건 1차 대출금(15억 4,000만 원)이 변제되지 않았다면 원고는 이 사건 토지의 매각대금(4억 4,110만 원)에서 아무런 배당도 받을 수 없었을 것인데, 이 사건 1차 대출금 변제에 이어 이 사건 근질권의 채권최고액을 크게 하회하는 이 사건 2차 대출(3억 원)만이 이루어져 121,828,614원을 배당받게 되었다.

넷째, 원고는 애초에 담보가치가 별로 없는 부실채권(이른바 ‘NPL 채

86) 피고가 B 대부로부터 근저당권부 질권 유용 동의서를 받은 것은 B 대부가 기본적 거래관계를 종료할 의사가 없음을 확인하기 위해서일 뿐으로 보인다.

권)에 투자하는 방식으로 후순위 질권을 설정 받은 반면에 피고는 이 사건의 근질권으로 담보될 것을 신뢰하여 이 사건 2차 대출을 하였다. 이러한 상황에서 원고는 전술한 부실채권을 투자하는 과정에서 사기로 인한 피해를 당하였다고 주장하지만, 원고가 제출한 판결문에는 동순위 질권자인 C만이 피해자로 기재되어 있으며, 사기로 인한 피해는 사기를 범한 가해자로부터 배상을 받아야 한다.

다섯째, 이 사건 근저당권은 채권최고액(7억 4,100만 원)의 한도에서 이미 확정되어 있었으므로, 이 사건 근질권의 피담보채권이 그 한도에서 증감·변동한다고 해서 다른 이해관계인들이 예상하지 못한 불이익을 입는 것도 아니다.

여섯째, 이 사건은 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결(제3설)이 우려한 경우와 같이 근질권자가 경매절차를 악용하여 채권을 추가로 발생시킨 경우에 해당되지 않으며, 오히려 채권액이 줄어들어서 원고가 이득을 본 경우에 해당된다.

III. 결 어

이상으로 대상 판결의 타당성 여부를 고찰해 보았는데, 그 내용을 정리하면 다음과 같다.

제3자에 의하여 강제집행절차가 개시된 경우에 관하여 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결은 선순위 근저당권의 피담보채권이 매각대금 완납시에 확정된다고 판시하였으며(제2설(매각대금완납시설)), 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결은 금전채권을 목적으로 한 근질권의 피담보채권이 근질권자가 강제집행개시사실을 알게 된 때에 확정된다고 판시하였다(제3설).

대상 판결의 사안에서 근질권은 근저당권부 채권을 목적으로 하고 있으며, 근질권 설정 당시 근저당부동산에 관한 경매절차가 이미 진행 중이었다. 이 사건에서는 이러한 경우에도 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결이 취한 제3설과 같이 피담보채권이 확정된다고 보아야 하는지, 그렇지 않으면 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다26085 판결이 취한 제2설(매각대금완납시설)과 같이 피담보채권이 확정된다고 보아야

하는지가 문제되었다.

이에 대하여 원심 판결은 이 사건에 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결을 원용할 수 없으며, 근저당부동산에 대하여 경매절차가 개시되었고 근저당권부 근질권이 경매개시결정등기 후에 등기된 경우에도 매각대금을 완납한 때에 근질권의 피담보채권이 확정된다는 견해(제2설(매각대금완납시설))를 취하였고, 대상 판결도 이를 인용하였다. 이러한 원심 판결 및 이를 수긍한 대상 판결은 다음과 같은 점을 고려하면 타당하다고 생각한다.

첫째, 이 사건에 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결을 원용할 수 있는지 여부에 대하여 근저당부동산에 대한 강제집행절차가 근저당권부 근질권에 미치는 영향은 그 구조와 양상이 다르고, 근저당부동산에 대한 강제집행절차로 인하여 근저당권부 근질권이 항상 소멸하는 것도 아닌 점, 공시제도의 유무에 따른 근저당권과 근질권의 차이를 반영할 필요가 있는 점, 이 사건에서는 강제집행절차를 개시한 제3자와 무관하게 선순위 근저당권부 근질권자와 후순위 근저당권부 질권자 사이의 이해관계 조정이 문제되어서 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결이 다른 이해관계 조정과 국면이 다른 점 등을 주목할 필요가 있다.

둘째, 근저당권부 근질권이 설정된 부동산에 대하여 제3자가 경매를 신청한 경우에 근질권의 피담보채권의 확정시기와 관련하여 근저당권부 근질권의 피담보채권 확정의 필요성을 분명하게 인식할 필요가 있다. 즉 매각 부동산에 설정된 모든 저당권은 매각으로 소멸되므로(민사집행법 제91조 제2항), 근저당권부 근질권이 설정된 부동산에 대해서 제3자가 경매를 신청한 경우에도 그 근저당권은 매각으로 소멸된다. 이때 어느 시점에서는 근저당권부 근질권의 피담보채권도 확정된다고 보아야 경매절차에서 근질권자에 대한 배당이 이루어질 수 있는데, 여기에서 근저당권부 근질권의 피담보채권이 확정되어야 할 필요성을 찾을 수 있으며, 구체적으로는 근질권의 소멸이 아니라 근질권의 배당에서 찾아야 한다.

셋째, 근저당권부 근질권이 설정된 부동산에 대하여 제3자가 경매를 신청한 경우에 근질권의 피담보채권의 확정시기와 관련하여 이 사건과 같이 경매절차가 이미 개시된 후 근질권이 설정된 경우에 제1설(경매개시결정시설)이나 제3설을 적용하면 근질권자와 근질권 설정자의 의사에

부합되지 않는 결과가 초래될 수 있는 점, 특히 이 사건에 제3설을 적용하면 근질권의 활용 이익이 크게 침해되는 결과가 되는 점, 구체적 타당성이라는 측면에서 보더라도 매각대금을 완납한 때에 피담보채권이 확정된다고 보아서 이 사건 2차 대출금이 이 사건 근질권의 피담보채권에 포함된다고 판단한 원심 판결의 결론 및 이를 유지한 대상 판결이 부당하다고 볼 수 없는 점 등을 고려하여야 한다.

한편 여론(餘論)으로 근저당권의 피담보채권의 확정시기에 대한 논의와 달리 근질권의 피담보채권의 확정시기에 대해서는 채권계산서 제출시⁸⁷⁾나 배당표 작성시에 근질권의 피담보채권이 확정된다는 견해(이른바 제5설)도 상정할 수 있으며, 다음과 같은 점에서 상당히 설득력이 있는 것으로 보인다.

첫째, 근저당권부 근질권 확정의 필요성을 근질권의 배당에서 찾는 이상 매각대금 완납시보다 뒤의 시점인 채권계산서 제출시나 배당표 작성시를 근질권의 피담보채권의 확정시기로 보는 것이 논리적이다.

둘째, 매각대금 완납시를 근질권의 피담보채권의 확정시기로 볼 경우에는 그 후 발생한 피담보채권은 배당에서 고려되지 않게 되므로, 채권계산서 제출시나 배당표 작성시에 피담보채권이 확정된다고 보는 것이 담보가치의 활용이라는 측면에서 근질권자에게 유리하다.

물론 근저당권부 근질권이 설정된 부동산에 대해서 제3자의 신청으로 경매절차가 개시된 경우에 근질권의 피담보채권의 확정시기를 매각대금 완납시(제2설(매각대금완납시설))로 보아야 하는지, 그렇지 않으면 채권계산서 제출시나 배당표 작성시(제5설)로 보아야 하는지는 다분히 정책적인 결단의 문제이며, 어느 견해를 채택하더라도 이 사건의 결론에는 영향이 없다. 그러나 다음과 같은 사정을 고려하면, 제2설(매각대금완납시설)이 제5설보다 무난하다고 생각한다.

첫째, 근저당권부 근질권의 주된 목적은 근저당권부 채권이 아니라 근저당권이며, 근저당권과의 밀접성에 비추어 볼 때 매각대금 완납시를 근질권의 피담보채권의 확정시기로 정하더라도 근질권자의 보호라는 측면에서 큰 문제가 발생할 것으로는 보이지 않는다.⁸⁸⁾

87) 이는 채권신고서 제출시점을 기준으로 삼은 제4설과 다르다.

둘째, 경매법원에서도 근저당권의 피담보채권이 매각대금 완납시에 확정됨을 전제로 배당절차를 진행하고 근저당권부 근질권자는 근저당권자와 사실상 동일한 지위에 있는 것으로 취급하고 있으므로, 근질권의 피담보채권의 확정시기를 근저당권의 피담보채권의 확정시기와 일치시키는 것이 집행절차의 운용이라는 측면에서 볼 때, 간명하다.

셋째, 제5설과 같이 배당표 작성시에 피담보채권이 확정된다고 보면 정작 배당표 작성 당시에 정확한 피담보채권의 현황을 확인하지 못하는 상태에서 배당이 이루어지게 되며, 채권계산서 제출시에 피담보채권이 확정된다고 보면 채권계산서를 제출하지 않을 경우나 채권계산서를 여러 차례 제출할 경우의 피담보채권 확정시기를 별도로 정하여야 하는 번거로움이 있다.

넷째, 매각대금 완납시부터 배당표 작성시까지의 시간적 간격이 길지 않으므로(이 사건에서는 약 24일), 그 사이에 발생하는 피담보채권까지 활용하도록 할 현실적 필요성이 높지 않다.

요컨대 대상 판결의 이 사건 쟁점에 대한 판단은 타당하며, 이에 따라 원고의 상고를 기각한 결론 역시 타당하다고 생각한다. 그러나 대상 판결이 이 사건에서 제2설(매각대금완납시설)을 취한 이유를 자세하게 설시하지 않은 점은 아쉬움이 남는다. 추측컨대 근질권의 피담보채권의 확정에 대한 법률규정이 없을 뿐만 아니라 이에 대한 논의도 거의 이루어지지 않은 상황에서 이에 대한 복잡다기한 사례(예컨대 동산근질권)를 포섭하는 통일적인 법리를 구성하는 데에는 대법원의 입장에서도 주저되는 면이 적지 않았을 뿐만 아니라 아직은 시기상조라고 여겨졌기 때문이었을 것이다.

그럼에도 불구하고 대상 판결은 근질권의 피담보채권의 확정시기에 대한 법률규정이 없고 이에 대한 논의도 거의 이루어지지 않은 현재 우리나라의 상황에서 근저당권의 피담보채권의 확정시기와 근질권의 피담보

88) 근저당권부 근질권이 근저당권과 별개의 권리이기는 하지만, 근질권자로서는 근질권의 담보인 근저당권의 소멸을 염두에 두고 근질권의 피담보채권을 발생시키는 경우가 일반적일 것이다. 또한 근저당권이 소멸하면 이에 기초한 근질권의 부기등기도 효력이 없어진다고 보아야 하는데, 근저당권부 근질권자로 하여금 근저당권이 소멸된 후에도 근질권의 피담보채권을 발생시켜서 그 소멸한 근저당권에 기한 배당을 받도록 하는 것은 근저당권부 근질권의 예정된 작동방식으로는 다소 어색한 측면이 있다.

채권의 확정시기를 통일적으로 보아야 하는지, 양자를 다르게 본다면 그 구체적인 내용은 어떻게 이론 구성하여야 하는지 등에 대한 논의가 필요함을 환기시킨 점에 의의가 있다. 이 판결을 계기로 근질권의 피담보채권의 확정시기를 둘러싼 여러 가지 쟁점에 대하여 학계와 실무 차원의 심도 있는 논의와 함께 판례의 발전적 모습이 나타나기를 기대하며 이 글을 마친다.

(논문투고일: 2023.12.4., 심사개시일: 2023.12.7., 게재확정일: 2023.12.27.)



▶ 이 승 현

근저당권, 근질권, 피담보채권, 피담보채권의 확정, 근저당권의 피담보채권의 확정시기, 근질권의 피담보채권의 확정시기

【참 고 문 헌】

I. 국내문헌

1. 단행본

- 고상룡, 물권법, 법문사, 2002.
- 곽윤직, 물권법 [민법강의 II], 신정판, 박영사, 1993.
- 곽윤직 · 김재형, 물권법 [민법강의 II], 제8판(전면개정), 박영사, 2014.
- 권영준, 민법개정총서[11] 2014년 법무부 민법개정시안 해설-민법총칙 · 물권편-, 법무부, 2017.
- 권용우, 물권법, 법문사, 1995.
- 김상용, 부동산담보법, 개정판, 법원사, 1996.
- 김용한, 물권법론, 재진정판, 박영사, 1996.
- 김재형, 근저당권연구, 박영사, 2000.
- 김준호, 물권법-이론 · 사례 · 판례-, 제17판, 법문사, 2024.
- 김증한 · 김학동, 물권법, 제9판, 박영사, 1998.
- 박동진, 물권법강의, 법문사, 2018.
- 손지열 · 김황식 · 양창수 편집 / 곽윤직 편집대표, 민법주해, 제VI권, 물권(3) 제279조~제355조, 박영사, 2011.
- 손지열 · 김황식 · 양창수 편집 / 곽윤직 편집대표, 민법주해, 제VII권, 물권(4) 제356조~제372조, 박영사, 2011.
- 송덕수, 물권법, 제6판, 박영사, 2023.
- 양창수 · 김형석, 민법III 권리의 보전과 담보, 제5판, 박영사, 2023.
- 오시정, 근저당권의 이론과 실무, 한국금융연수원, 2019.
- 이영준, 물권법 [민법강의 II], 전정신판, 박영사, 2009.
- 이은영, 물권법, 제4판, 박영사, 2006.
- 임채홍, 회사정리법개설, 고시계사, 1989.
- 장경학, 물권법, 법문사, 1988.
- 지원림, 민법강의, 제20판, 홍문사, 2023.
- 한승 · 손철우 편집 / 김용덕 편집위원, 주식 민법 [물권3] §279~§355, 제5판, 한국사법행정학회, 2019.

- 한승 · 손철우 편집 / 김용덕 편집위원, 주석 민법 [물권4] §356~§372, 제5판, 한국사법행정학회, 2019.
- 하정일, 신물권법, 도서출판 가인, 1993.
- 홍성재, 물권법, 개정판, 대영문화사, 2010.

2. 논문

- 강승준, “2000년대 민사판례의 경향과 흐름-물권법-”, 민사판례연구, 제33-2권, 박영사, 2011.
- 김상수, “경매를 신청하지 않은 선순위근저당권자의 피담보채권의 확정 시기”, 법률신문, 제2840호, 법률신문사, 1999.
- 김운용, “저당권부채권에 질권이 설정된 경우 채권질권의 실행방법”, 법조, 제61권 제9호, 법조협회, 2012.
- 김재형, “근저당권의 피담보채권에 관한 고찰”, 민법론 I, 박영사, 2004.
- 배병일, “저당권부채권질권”, 법학논고, 제68집, 경북대학교 법학연구원, 2020.
- 변환철, “근저당권자이외의 자가 경매신청을 한 경우 근저당권의 피담보채권의 확정시기”, Jurist Plus 로스쿨 물권법, 청림출판, 2006.
- 이동준, “선순위 근저당권자의 피담보채권액의 확정시기”, 판례연구, 제12집, 부산판례연구회, 2001.
- 이영규, “근저당권에 있어서 피담보채권의 확정”, 법학논총, 제23권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2006.
- 장준현, “5. 근질권이 설정된 금전채권에 대하여 제3자의 압류로 강제 집행절차가 개시된 경우, 근질권의 피담보채권이 확정되는 시기 (2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결 : 공2009하, 1853)”, 대법원판례해설, 제81호(2009 하반기), 법원도서관, 2010.
- 최준규, “근질권이 설정된 채권을 다른 채권자가 압류한 경우 발생하는 법적 문제에 관한 고찰-제3채무자의 후순위 압류채권자에 대한 변제의 효력 및 근질권의 피담보채권 확정시기를 중심으로-”, 민사법학, 제67호, 한국민사법학회, 2014.

II. 일본 문헌

宮川種一郎・山内敏彦・下出義明, “(第50回 金融法務セミナー) 関西銀行
法務研究会報告”, 金融法務事情, 第630号, 金融財政事情研究会,
昭和46年(1971年).

宮川種一郎, “(特集 新根抵当法の論点) 取引の終了等による根抵当権の確定”,
金融法務事情, 第636号, 金融財政事情研究会, 昭和47年(1972年).

大村敦志・道垣内弘人・山本敬三 編集代表 / 道垣内弘人 編集, 新注积民法(6)
物権(3) §§295~372, 有斐閣, 平成31年(2019年).

道垣内弘人, (現代民法3) 担保物権法, 第4版, 有斐閣, 平成29年(2017年).

松田二郎, (法律学全集 39-I) 会社更生法, 有斐閣, 昭和61年(1986年).

中島玉吉, 民法积義卷之二 物権編 下, 金刺芳流堂, 大正5年(1916年).

河上正二, (法セミ LAW CLASS シリーズ) 担保物権法講義, 日本評論社,
平成27年(2015年).

III. 기타 자료

법무부 민법개정자료발간팀 편, 민법개정총서[8] 2013년 법무부 민법개정
시안-물권편-, 법무부, 2013.

법원행정처, 부동산등기실무[II], 법원행정처, 2015.

法務省法制審議會-担保法制部会, 担保法制の見直しに関する中間試案,
法務省, 令和4年(2022年). (<https://www.moj.go.jp/content/001388432.pdf>)(최종방문일 : 2023년 11월 20일)

法務省民事局参事官室, 担保法制の見直しに関する中間試案の補足説明,
法務省, 令和5年(2023年). (<https://www.moj.go.jp/content/001388433.pdf>)(최종방문일 : 2023년 11월 20일)

日本弁護士連合会, 担保法制の見直しに関する中間試案に対する意見書,
令和5年(2023年). (<https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/document/opinion/2023/230316.pdf>)(최종방문일 : 2023년 11월 20일)

Abstract

Timing of Determination of When a Secured Claim on a Lien is Fixed

– A Review of the Supreme Court Ruling 2022da242571
Issued on July 27, 2023 –

Seung Hyun LEE*

In the Supreme Court ruling 2022da242571 issued on July 27, 2023, the issue was the timing of when a secured claim on pledge without a fixed amount (geun-jilgwon) becomes fixed. That is, is a secured claim determined when the pledgee became aware of the commencement of compulsory execution, or when the sale price is fully paid? Regarding this issue, the Supreme Court decision 2022da242571 issued on July 27, 2023, upheld the ruling of the original court, which ruled that a secured claim is determined when the person who wins the bid fully pays the bid amount. The court dismissed the plaintiff's appeal that the secured claim is fixed when the pledgee becomes aware of the commencement of compulsory execution.

What should be considered in order to review the validity of the Supreme Court decision 2022da242571 issued on July 27, 2023 regarding the issue of this case is that there are no general statutory provisions regarding the grounds and the timing of the determination of a secured claim of mortgage without a fixed sum (geun-jeodang'gwon), and the same applies to pledge without a fixed sum, too. Therefore, the current situation of the jurisprudence in Korea is that the grounds and the timing of the determining a secured claim are left to the

* Supreme Court of Korea(Judicial Researcher), Ph. D.

interpretations and theories. In such a situation, it is necessary to categorize the positions of existing Supreme Court precedents on the timing of the determination of secured claims and to understand what position the existing Supreme Court precedents took in each type. Based on this premise, it is necessary to examine whether a secured claim on pledge without a fixed sum can be categorized as in the case of mortgage without a fixed sum, that is, whether there is a difference in the timing of the determination of the secured claim on pledge and mortgage without a fixed sum. In this paper, the following research was conducted as basic research to verify the validity of the Supreme Courts ruling 2022da242571 on July 27, 2023.

First, after introducing the academic theories on the determination of a secured claim on mortgage, I reviewed the previous Supreme Court precedents on the timing of the determination of a secured claim. Here, in order to understand existing Supreme Court precedents more systematically, I attempted to classify existing Supreme Court precedents into different types.

Second, I discussed the academic theories on the fixation of a secured claim on pledge without a fixed sum and reviewed the existing Supreme Court precedents on the timing of fixation of secured claims. Here, too, an attempt was made to categorize existing Supreme Court decisions for more systematic understanding.

Third, if a mortgagee directly petitioned for an auction to enforce the mortgage, the secured claim is determined at the time of the petition for auction, that is, the secured claim is determined by the intent of the party. On the other hand, if an auction is initiated by a third party against real property, which is the underlying asset of mortgage, the mortgage without a fixed sum gets extinguished through the process regardless of the intention of the parties. Therefore, an issue may arise as to when a secured claim would be fixed, and I examined the positions of the academic theories and precedents on it.

Afterwards, based on the above basic research, I reviewed the validity of the Supreme Courts ruling 2022da242571 on July 27, 2023 and presented my view on it.

In the current situation in Korea where there are no statutory provisions and little discussion on the time of fixation of a secured claim on pledge, the Supreme Court decision 2022da242571 of July 27, 2023, is significant in that it calls attention to a need for such discussions. It is hoped that this decision will result in in-depth discussions by practitioners and at academic institutions on various issues regarding the timing of fixation of secured claims of pledge, as well as the development of court decisions.



▶ **Seung Hyun LEE**

Mortgage without a fixed amount (*geun-jeongdang'gwon*),
 Pledge without a fixed amount (*geun-jilgwon*), A secured
 claim, Determination of a secured claim, Timing of determination of a
 secured claim of mortgage without a fixed amount
 (*geun-jeongdang'gwon*), Timing of determination of a secured
 claim of pledge without a fixed amount (*geun-jilgwon*)