

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2014다221777 근저당권이전등기  
2014다221784(독립당사자참가의소) 근저당권이전등기

원고, 피상고인 원고  
소송대리인 법무법인 내일  
담당변호사 이관형 외 2인

피고, 피상고인 1. 주식회사 하나은행  
소송대리인 법무법인 승지  
담당변호사 심형섭 외 1인  
2. 망 소외인의 상속재산관리인 변호사 ○○○

독립당사자참가인, 상고인  
독립당사자참가인  
소송대리인 변호사 송영현  
소송대리인 법무법인(유한) 율촌  
담당변호사 김능환 외 2인

원 심 판 결 대전고등법원 2014. 7. 25. 선고 2013나11735, 11766(독립당사자  
참가의소) 판결

판 결 선 고 2017. 4. 26.

## 주 문

원심판결 중 독립당사자참가인의 2001. 2. 14.자 근저당권설정등기에 관한 청구 부분을 파기하고, 그 부분에 관한 독립당사자참가인의 참가신청을 각하한다.

독립당사자참가인의 나머지 상고를 각하한다.

파기 부분의 소송총비용과 상고비용은 독립당사자참가인이 부담한다.

## 이 유

### 1. 2001. 2. 14.자 근저당권설정등기의 말소청구 부분에 관한 판단

상고이유를 판단하기 전에 이 부분 독립당사자참가 신청의 적법 여부에 관하여 직권으로 판단한다.

가. 민사소송법 제79조 제1항에 규정된 독립당사자참가는 다른 사람 사이에 소송이 계속 중일 때 소송대상의 전부나 일부가 자기의 권리라고 주장하거나, 소송결과에 따라 권리가 침해된다고 주장하는 제3자가 당사자로서 소송에 참가하여 세 당사자 사이에 서로 대립하는 권리 또는 법률관계를 하나의 판결로써 서로 모순 없이 일시에 해결하려는 것이다. 그러므로 독립당사자참가 중 권리주장참가는 원고의 본소청구와 참가인의 청구가 주장 자체에서 양립할 수 없는 관계라고 볼 수 있는 경우에 허용될 수 있고, 사해방지참가는 본소의 원고와 피고가 소송을 통하여 참가인의 권리를 침해할 의사가 있다고 객관적으로 인정되고 그 소송의 결과 참가인의 권리 또는 법률상 지위가 침해될 우려가 있다고 인정되는 경우에 허용될 수 있다(대법원 2005. 10. 17.자 2005마 814 결정, 대법원 2011. 5. 13. 선고 2010다106245 판결 등 참조).

나. 원심이 인정한 사실관계는 다음과 같다.

(1) 소외인 소유의 각 부동산과 독립당사자참가인(이하 '참가인'이라고 한다) 소유의 각 부동산을 공동저당의 목적으로 하여 피고 주식회사 하나은행(이하 '피고 하나은행'이라고 한다) 앞으로 다음과 같이 세 차례에 걸쳐 각 근저당권설정등기를 마쳤는데, ① 2001. 2. 14. 채무자 참가인, 채권최고액 22억 8천만 원, ② 2004. 7. 26. 채무자 소외인, 채권최고액 12억 원, ③ 2007. 4. 6. 채무자 소외인, 채권최고액 12억 원으로 되어 있다(이하 위 순번으로 근저당권을 특정한다). 위 1번 근저당권을 설정할 당시 참가인은 이와 함께 피고 하나은행 앞으로 지상권설정등기도 마쳤다.

(2) 소외인은 그 소유의 각 부동산에 관하여 2008. 4. 3. 원고 앞으로 채무자 소외인, 채권최고액 30억 원으로 된 근저당권설정등기를 마쳤다가 2008. 4. 14. 위 채권최고액을 12억 원으로 변경하는 등기를 하였다.

(3) 소외인 소유의 각 부동산에 관하여 2011. 5. 먼저 경매절차가 진행되어, 2012. 6. 28. 피고 하나은행은 1번 근저당권에 기하여 1,536,497,259원을, 2, 3번 근저당권에 기하여 2,236,185,667원을 배당받고 같은 날 참가인으로부터 2, 3번 근저당권의 피담보채권 잔액 708,239,264원을 대위변제받아 담보채권 전액을 회수하였다. 소외인은 위 경매절차가 진행 중이던 2011. 6. 19. 사망하였는데, 상속인들이 상속을 포기하여 2012. 9. 26. 변호사 ○○○가 소외인의 상속재산관리인으로 선임되었다.

다. 원고는 본소청구로서 피고 하나은행을 상대로 1번 근저당권설정등기의 이전을 구하거나 이와 선택적으로 피고 하나은행을 대위하여 피고 상속재산관리인에게 1번 근저당권설정등기의 이전을 구하면서 다음과 같이 주장하였다. (1) 1번 근저당권에 관하여 물상보증인이었던 소외인 소유의 부동산이 채무자였던 참가인 소유의 부동산보다

먼저 경매되어 참가인의 채무가 대위변제됨으로써, 소외인의 승계인, 즉 물상보증인이 참가인에 대하여 구상권을 취득함과 동시에 변제자대위에 의하여 참가인 소유의 각 부동산에 관한 1번 근저당권을 취득하였다. (2) 원고는 소외인의 소유이던 각 부동산에 대한 후순위저당권자로서 위와 같이 물상보증인에게 이전된 1번 근저당권으로부터 우선하여 변제를 받을 수 있다.

반면에 참가인은 (1) 위 경매로 소외인의 승계인이 참가인에 대해 취득한 위 구상금 채권이 참가인의 위 승계인에 대한 구상금 및 대여금 채권과 상계되어 소멸하였음을 이유로, (2) 피고 하나은행을 상대로 하여 1번 근저당권설정등기의 말소를 구하였다.

라. 원고가 본소 청구로 이전등기를 구하는 1번 근저당권에 대하여, 참가인은 그 근저당권 또는 이전등기청구권의 전부나 일부가 자기에게 속한다고 주장하지는 않고, 단지 원고가 변제자대위의 근거로 주장한 물상보증인의 구상권이 제1심 변론기일에서 한 상계로 소멸하였다고 주장하면서 1번 근저당권의 말소등기를 구하고 있다. 이러한 참가인의 말소등기청구는 위 등기의 이전을 구하는 원고의 청구와 동일한 권리관계에 관하여 주장 자체로 양립되지 않는 관계에 있지 않다. 그러므로 이 부분 독립당사자 참가신청은 민사소송법 제79조 제1항 전단에 따른 권리주장참가의 요건을 갖추지 못하였다. 나아가 기록에 비추어 원고와 피고 하나은행이 본소 소송을 통하여 참가인의 권리를 침해할 의사가 있다고 객관적으로 인정하기도 어려우므로, 민사소송법 제79조 제1항 후단에 따른 사해방지참가의 요건을 갖추었다고 볼 수도 없다.

그렇다면 원심으로서 이 부분 독립당사자 참가신청을 각하하였어야 하는데, 참가신청이 적법함을 전제로 본안판단에 나아가 참가인의 이 부분 청구를 인용한 제1심 판결을 변경하여 청구를 기각하였다. 이러한 원심판결에는 독립당사자참가의 요건에 관

한 법리를 오해하여 판결결과에 영향을 미친 잘못이 있다.

한편 참가인의 상계 주장이 타당하지 않다는 점을 간략하게 밝혀두고자 한다. 공동저당에 제공된 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산 가운데 물상보증인 소유의 부동산이 먼저 경매되어 그 매각대금에서 선순위공동저당권자가 변제를 받은 때에는 물상보증인은 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에 변제자대위에 의하여 채무자 소유의 부동산에 대한 선순위공동저당권을 대위취득한다. 그 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 물상보증인이 대위취득한 채무자 소유의 부동산에 대한 선순위공동저당권에 대하여 물상대위를 할 수 있다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다25417 판결 등 참조). 이 경우에 채무자는 물상보증인에 대한 반대채권이 있더라도 특별한 사정이 없는 한 물상보증인의 구상금채권과 상계함으로써 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자에게 대항할 수 없다. 채무자는 선순위공동저당권자가 물상보증인 소유의 부동산에 대해 먼저 경매를 신청한 경우에 비로소 상계할 것을 기대할 수 있는데, 이처럼 우연한 사정에 의하여 좌우되는 상계에 대한 기대가 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자가 가지는 법적 지위에 우선할 수 없다. 1번 근저당권의 물상보증인이 채무자인 참가인에 대하여 취득한 구상금 채권이 상계로써 소멸하였다는 참가인의 주장은 위 법리에 위배된다.

## 2. 나머지 말소등기청구 부분에 관한 판단

참가인의 청구 가운데 위 제1항에서 본 말소등기청구를 제외한 부분은, 제1심이 이를 인용하는 판결을 선고한 데 대하여 불복이 없어 항소심의 심판범위에서 제외되었다. 이 부분 판결은 항소심판결인 원심판결의 선고와 동시에 확정되었으므로, 참가인의 이 부분 상고는 이미 확정된 부분에 대한 것으로서 부적법하다(대법원 2003. 9. 26. 선

고 2001다68914 판결, 대법원 2008. 3. 14. 선고 2006다2940 판결 등 참조).

### 3. 결론

나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결 중 참가인의 1번 근저당권설정 등기에 관한 청구 부분을 파기하되, 이 부분은 이 법원이 재판하기에 충분하므로 민사소송법 제437조에 따라 자판하기로 한다. 파기부분에 해당하는 참가인의 독립당사자 참가신청은 부적법하므로 이를 각하하고, 나머지 상고 또한 부적법하여 이를 각하하며, 파기 부분에 관한 소송총비용과 상고비용은 참가인이 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	박보영
	대법관	박병대
	대법관	권순일
주 심	대법관	김재형