

대위변제증서상의 변제금액보다 적은 금액을 변제액으로 하는 근저당권일부 이전등기를 신청할 있는지 여부

【선례요지】 확정채권의 일부 대위변제로 인한 근저당권일부이전등기신청서의 등
기할 변제액이 대위변제증서상의 금액보다 적더라도 당사자 사이에 별도의 약정이
있다면 이에 따른 근저당권일부이전등기를 신청할 수 있을 것이다.

[2000. 10. 18. 등기 3402-731 질의회답]

《해 설》

1. 채무자 이외의 자가 채무자를 위하여 변제한 때에는 그 자(변제자)는 원칙으로
채무자에 대하여 구상권을 취득하는바, 그 구상권의 효력을 확보하기 위하여 그
구상권의 범위 내에서 채권자가 그 채권에 관하여 갖는 담보권 기타의 권리가 변
제자에게 당연히 이전하는 제도를 변제자의 대위 또는 대위변제라고 한다. 저당
권의 피담보채권의 전부 또는 일부에 관하여 제3자가 변제한 경우에도 당해 제3
자는 채권자에 대위하여 채권자가 가지는 채권 내지 저당권을 행사할 수 있다(민
법 제482조). 즉 대위변제의 목적인 채권액에 따라 저당권의 전부 또는 일부가
대위자에게 이전되는 것이다.

따라서 일부이전의 경우에는 대위자와 저당권자는 당해 저당권을 준공유하게
된다. 판례(대법원 1988. 9. 27. 선고 88다카1797 판결)는 채권자가 부동산에 관
하여 저당권을 가지고 있는 경우에는 채권자는 대위변제자에게 일부 대위변제에
따른 저당권의 일부 이전의 부기등기를 경료해 주어야 한다고 판시하고 있으며,
부동산등기법에서도 채권의 일부의 양도 또는 대위변제로 인한 저당권의 이전등
기를 신청할 수 있음을 규정하고 있다(법 제148조).

이때 근저당권에 의해 담보되는 채권의 대위변제로 인한 근저당권이전등기를
하기 위하여는 그 피담보채권이 확정되어야 한다. 근저당권의 피담보채권은 장
래 증감변동하는 것을 그 본질로 하는 것이므로, 피담보채권의 일부 대위변제가
있어 피담보채권이 일시 감소하게 되더라도 피담보채권이 확정되지 않는 한 근저

당권의 이전은 할 수 없다. 즉 근저당권이 저당권으로 확정되어야만 대위변제로 인한 근저당권이전등기가 가능하다.

그렇다면 대위변제로 인한 저당권의 일부 이전의 등기에 있어, 변제자는 자신의 의사에 의해 차후 변제받을 금액을 임의로 정하여 등기할 수 있는가가 문제로 된다.

2. 확정채권의 일부대위변제에 의한 근저당권이전등기

(1) 변제할 정당한 이익이 있는 자가 채무자를 위하여 채권의 일부를 대위변제할 경우에 대위변제자는 변제한 가액의 범위 내에서 종래의 채권자가 가지고 있던 채권 및 담보에 관한 권리를 취득하게 되고, 따라서 채권자가 부동산에 대하여 저당권을 가지고 있는 경우에는 채권자는 대위변제자에게 일부 대위변제자에게 일부 대위변제에 따른 저당권의 일부이전의 부기등기를 해 주어야 하므로(대법원 1996. 12. 6. 선고 96다35774 판결), 근저당권의 경우에도 피담보채권이 확정되어 확정채권의 일부를 대위변제 하였다면 대위변제로 채권자가 가지고 있었던 채권 및 근저당권은 동일성을 유지한 채 당연히 변제자에게 이전되고 채권자는 근저당권이전등기를 해주어야 할 의무를 진다.

(2) **근저당권이전등기** 근저당권의 피담보채권이 확정된 후에 그 피담보채권이 대위변제된 경우에는 근저당권자 및 대위변제자는 채권양도에 의한 저당권이전등기에 준하여 근저당권이전등기를 할 수 있고, 이 경우 등기원인은 “확정채권 대위변제” 또는 “확정채권 일부대위변제”로 기재한다(등기예규 제880호. 2. 나. 참고). 저당권의 이전등기는 신청서에 저당권이 채권과 같이 이전한다는 뜻을 기재하고, 채권의 일부 대위변제로 인한 경우에는 대위변제의 목적인 채권액을 기재하도록 하고 있다(법 제142조, 제148조).

(3) **대위권 불행사 및 포기** 대위에 관한 규정은 임의규정으로 보고 있으므로, 대위권 행사 여부는 당사자간의 특약 및 의사에 의하여 결정할 사항으로 일부 대위권 행사 또한 그에 따를 것으로 생각된다.

은행이나 신용보증기금 등의 경우 보증인으로부터 일부 대위변제를 받는 때에는 은행 등이 우선권을 확보하기 위하여 보증인과의 사이에 「대위권 불행사 특약」을 체결하는 것이 실무상 관행이라고 하며, 위 특약은 우선권을 확보하기 위한 합리적인 이유가 있으므로 유효하다 보고 있다.

3. 변제증서의 변제금액과 다른 금액으로의 근저당권이전

(1) 변제금액보다 초과한 금액으로 약정한 경우 확정채권의 대위변제로 이전된 채권의 범위 내에서 구상권을 행사하여야 할 것이므로, 확정채권의 일부 대위변제를 원인으로 한 근저당권이전등기는 불가하다 할 것이다.

(2) 변제금액 중 일부 금액으로 약정한 경우 본 사안에 대한 질의의 취지는 확정채권의 일부 대위변제를 원인으로 하는 근저당권의 이전에 있어 계약당사자간의 합의에 의해 대위변제증서의 금액과 다른 금액으로 등기신청을 할 수 있는지 여부에 대한 것이었는바, 확정채권의 대위변제에 의하여 채권이 법률상 당연히 이전되지만 반드시 변제증서의 금액과 같은 금액으로 근저당권이전등기를 하도록 하는 것은 다음과 같은 문제점이 있어 불합리하다고 판단되므로 본 선례와 같이 회신한 것이다.

즉, ①근저당권이전등기는 변제자의 구상권 행사를 위한 등기로서 대위에 관한 규정이 임의규정이라는 점에서 구상권 범위 내에서는 자유로이 그 범위를 정할 수 있도록 하는 것이 합리적이라는 점(대위권 불행사 및 포기 가능), ②대위변제자는 채권자에 우선하지 못하므로, 장래에 부동산에 대한 담보가치가 채권 전체에 대한 변제를 하기에 부족할 것으로 예견되는 경우 반드시 대위변제 금액에 의하여 이전등기를 하도록 한다면 불필요한 비용의 부담이 발생한다는 점(실제 변제받지 못하는 부분이 많아 현실적으로 변제받을 수 있는 일부 금액만으로 이전하는 것이 실제상의 사정이라고 함), ③확정채권의 대위변제를 하였다하여 반드시 변제액을 등기하도록 하는 것은 당사자의 의사를 강제하는 결과가 발생한다는 점, ④거래의 실제에 있어 변제증서에 반드시 담보 목적부동산의 표시를 하는 것이 아니기 때문에 변제증서에 기재된 금액이 어떤 저당권에 의하여 담보되는 채권인지가 불명확할 뿐 아니라, 변제증서의 금액이 특정 담보물권을 대상으로 하는 것이 아니고 전체 채권 중 일부에 대하여 변제하는 것일 수도 있으므로 변제증서만 보아서 어느 담보물권에 대한 변제인지 여부를 확인할 수 없다는 점 등이다.

위와 같은 이유 때문에 대위변제금액의 일부만 이전하는 경우의 등기필증은 신청서부분에 의하거나 또는 변제증서와 일부이전 계약서를 합철하여 작성 교부 할 수 있을 것이다(법 제67조 제1항).