한국컴퓨터정보학회 동계학술대회 논문집 제26권 제1호 (2018. 1)

근저당권에 관한 연구

박종렬O
O광주여자대학교 경찰법학과
e-mail: park3822@kwu.ac.krO

A Study on Floating Sum Mortgage

Jong-Ryeol ParkO
ODepartment of Police & Law, Kwangju Women`s University

● 요 약 ●

根抵當權은 持續的인 去來關係에서 생겨나는 많은 債權을 未來의 決算期에 一定한 限度까지 確保하기 위해 不動産에 擔保物權을 設定하는 抵當權을 말한다. 抵當權과는 다르게 擔保 債權은 未來에 增減 等으로 달라지는 不特定 債權이므로 當場 債務가 없어도 擔保物權인 抵當權이 成立하게 되고, 一旦 成立한 債權이 履行되어도 後 順位의 抵當權 順位가 昇進하지 않는 點이 一般的인 抵當權과 다르다. 根抵當權과 抵當權의 第일 큰 差異點은 根抵當權은 債權最高 金額의 範圍 內에서 持續的인 去來로 인한 債權이 增減 變動할 수 있다는 것인데 半解 抵當權은 앞서 確定된 債券을 擔保하는 것이다. 따라서 根抵當權을 設定하고자 할 때에는 債權의 最高金額을 登記하여야 한다. 이처럼 오늘날 根抵當權이 實質的으로 信用去來에서 있어서 많이 利用되고 있으나, 우리民法 第357條 하나만으로 規律하고 있어 이와 關聯하여 發生하는 多樣한 法律紛爭을 解決하지 못하고 이 모든 部分을 學說과 判例에 依存하고 있는 實情이다. 따라서 本 硏究에서는 外國立法例를 通하여 우리나라의 根抵當權의 問題點이 무엇인지 살펴본 後 바람직한 根抵當權의 解決方案을 提示하고자 한다

키워드: 근저당권(Floating Sum Mortgage), 포괄근저당권(Comprehensive Floating Sum Mortgage), 근저당권의 확정(Determination of Floating Sum Mortgage), 피담보채권(Secured Claim), 특정채권(Specific Bond)

I. Introduction

通常의 根抵當權에 있어서 被擔保債權의 最高金額만을 定하고 債務에 對한 確定을 未來에 保留하여 設定하는 抵當權으로 持續的인 去來關係로부터 發生하는 많은 債權을 未來의 決算期에서 一定한 限度額의 範圍 內에서 擔保手段으로서 活潑하게 不動産을 中心으로 利用되는 物的 擔保 中의 한가지이다.

一般的으로 抵當權은 이미 發生한 債權을 擔保하기 위하여 債務者가 債務를 不履行 할 境遇에 抵當을 確保한 債權者가 그 抵當物에 가지는 다른 債權者보다 먼저 辨濟를 確保할 수 있는 權利이지만, 根抵當權은 當事者間의 繼續的인 去來關係가 實質的으로 없는 境遇에도 現代社會에서 物的擔保 方法으로 흔히 使用되고 있는 것이 現實이다.

또한 우리나라 民法 第357條 規定은 現實的으로 普通抵當權보다 根抵當權이 漸漸 많이 利用되고 時點에서 그 內容이 너무 簡單하여, 여러 가지 問題點이 發生될 境遇 그 問題點을 處理할 수 없는 限界點이 있다는 것이다. 그동안 우리나라는 2004年(17대 國會)과 2013年(19대 國會) 두 번에 걸쳐 根抵當權에 관한 改正案을 發表했었지만 國會 會期滿了 等으로 2018年 1月 現在까지 새로운 改正案이 發表되지 않고 있다.

이에 本 硏究에서는 民法 第357條 規定이 더 이상 現實世界를 따라가지 못하고 있다는 問題點을 指摘하고 外國立法例를 檢討한 後 根抵當權을 둘러싼 爭點들을 解決할 수 있는 方案을 摸索해보고자 한다.

II. The Legislation Case of Floating Sum Mortgage System

1. U.S.A

美國의 모게지는 처음부터 法律的인 意義를 크게 벗어난 美國의 抵當金融을 總稱하는 넓은 意味로 쓰고 있으며, 英國과 美國에서 不動産擔保制度로서 確固한 地位를 次知하고 있다.

모게지(Legal Mortgage)는 債權者 즉 모게지權利者에게 不動産權利를 移轉하고, 債務者 즉 모게지設定者가 갚아야 할 時期에 갚게 되면 그 모게지不動産을 債務者에게 다시 讓渡할 것을 要素로 하는

權利讓渡의 方法에 의한 不動産 擔保物權이다. 一般法上의 모게지는 擔保 達成을 위하여 權利讓渡의 方法을 講究하므로 讓渡擔保의 方式에 의한 擔保制度이다. 그래서 모게지를 讓渡抵當이라고 한다. 그리고 一般法上 모게지의 擔保設定은 꼭 모게지證書의 作成과 交付에 의해서 行해진다. 아울러 普通法上의 모게지設定의 條件을 갖추고 있지 않지만 擔保의 目的達成을 위한 去來關係이면 平等法에서는 모게지로 取扱되어지고 이런 境遇에 平等法上의 모게지權利者는 平等法上의 權利를 取得하게 된다.

平等法上의 모게지認定은 "平等法은 格式보다는 意思를 尊重한다"는 原則에 의해 認定하게 되었다. 平等法上의 모게지는 여러 가지가 있으며, 모게지證書의 交付가 없더라도 그 바탕이 擔保目的일 때에는 모게지로서의 法的 特性을 認定하고 있다[1].

2. Germany

獨逸의 抵當制度에 있어서 抵當權과 土地債務의 本質的인 差異點은 附從性의 有無에 있다. 抵當權은 附從性을 認定하고 그 중에서도 補塡抵當權은 嚴格하게 附從性을 適用하고 있으나, 流通抵當權은 抵當權의 善意取得을 爲하여 이를 緩和하고 있다. 그러나 土地債務는 附從性을 全的으로 排除하고 있다. 즉 土地債務와 債權은 別個로 分離되어 있다. 勿論 金融實務에 있어서는 土地債務도 特定債權의 擔保를 爲하여 設定되고 있지만 法的으로는 그 關係가 絶緣되어 있다. 또한 市中銀行의 貸出은 土地債務, 特히 證券土地債務의 形態에 의해서 擔保되고 있다. 最高額抵當權은 土地債務에 의해서 大部分 摘出된 狀態이다. 長期間의 貸出 境遇에는 前과 다름없이 流通抵當이 活用되고 있으나, 長期間의 貸出 境遇에도 亦是 土地債務가 壓倒的으로 利用되고 있는 實情이다. 그 理由는 土地債務가 附從性을 否認하는 長點을 가지고 있기 때문이다. 土地債務 中에서도 特定債權을 擔保하는 보전債務에 비해 特定債權을 전혀 擔保하지 않는 所謂 "孤立된 土地債務"는 거의 活用되고 있지 않다. 특히 獨逸은 不動産 擔保制度 中에서 抵當權, 土地債務 그리고 定期土地債務가 代表的인 것이지만 土地債務가 가장 많이 活用되고 있다[2].

3. Japan

日本은 1971年 根抵當權의 被擔保債權 範圍를 明確히 하고 解釋上 論難이 많았던 問題들을 立法的으로 解決하기 爲하여 民法 第2編 第10章 第4節에서 根抵當權에 關한 規定을 新設하였다. 特히 "不特定의 債權을 極度額의 限度에서 擔保하기 爲하여 設定되는 抵當權"을 根抵當權이라고 規定하여 根抵當權의 性格을 明確히 하고 있으며, "特定의 繼續적 去來契約으로 인하여 생기는 債權"이 根抵當權에 의하여 擔保될 수 있다고 規定하고 있다. 그 밖의 "特定의 原因에 起因하여 繼續 發生하는 債權"과 "어음 및 手票上의 債權"도 根抵當權으로 擔保될 수 있다고 한다. 이처럼 日本民法은 被擔保債權으로 될 수 있는 資格을 制限하고 있는 것이 特徵이며, 極度額의 意味와 根抵當權의 確定, 그리고 共同根抵當權의 問題 等에 있어서 字細하게 規定을 두고 있다[3].

III. The Problem of Korean Floating Sum Mortgage System

1. Problem of Recognition for Scope of Secured Claim

根抵當權은 基本的인 契約이 締結되면 實質的으로 被擔保債權이 發生하지 않아도 一旦은 有效하게 成立된다. 그러나 根抵當權은 基本契約에서 發生하는 被擔保債權의 擔保를 目的으로 하는 것이므로 被擔保債權의 發生에 의해 根抵當權은 效力을 發生하게 된다. 따라서 債權確定 前까지는 一時的으로 被擔保債權의 總額이 最高額을 超過하거나 제로가 되어도 無妨하다[4]. 한편 當事者 사이의 繼續的 去來關係로부터 이미 어떤 債權이 發生하였으나, 그 後 繼續的 去來關係를 基本契約으로 根抵當權을 設定한 境遇에 特別한 事情이 없는 한, 根抵當權設定契約의 締結 前에 發生한 債權도 擔保가 可能하다[5]. 따라서 根抵當權에서 附從性의 對象이 되는 基本契約에서 定하는 被擔保債權이 根抵當權으로 擔保되는 境遇, 어느 程度까지 實際로 擔保되는 것인지와 어느 基準에서 被擔保債權이 擔保되는지가 問題로 擡頭되고 있다.

2. Confirmation Issue for Floating Sum Mortgage

根抵當權의 被擔保債權은 增額되거나 減額될 수 있는데, 이러한 狀態가 終了되는 것을 根抵當權의 確定 또는 被擔保債權의 確定이라고 한다. 따라서 確定 후 根抵當權을 確定根抵當權이라고 한다[6]. 하지만 根抵當權의 被擔保債權은 流動的인 特色을 가지고 있기 때문에 根抵當權으로 擔保되는 債權이 어느 것인지를 正確하게 알 수 있는 時點은 언제이며, 擔保할 被擔保債權은 무엇인지에 對해 問題가 擡頭되고 있다.

3. Problem for the Validity of Comprehensive Floating Sum Mortgage

根抵當權에 있어서는 個別的· 具體的인 基本契約을 전제로 하여 抵當權이 設定되는데 反하여, 包括根抵當權에 있어서는 이와는 달리 基本契約關係를 전제로 하더라도 그것이 一般的· 抽象的인 信用去來契約이므로 抵當權의 附從性을 要求하고 있는 民法 第369條의 立場에서 볼 때 그 有效性 與否가 問題가 된다.

4. The Transfer and Succession Clause Problem for Floating Sum Mortgage

根抵當權이 設定된 後에 申請變更에 의하여 權利가 變更되거나, 權利의 一部, 全部 또는 分割 讓渡될 境遇의 處理規定 및 相續, 會社의 合併 또는 包括承繼에 關한 規定이 現行 規定上 不備라 이와 關聯한 狀況이 發生할 境遇 그 法的 問題를 어떻게 解決해야 하는지에 對해 問題點으로 擡頭고 있는 實情이다.

5. Maintenance Problem for the Preferential Payment Right of the Floating Sum Mortgage

民法 第357條에서 規定하고 있는 根抵當權의 一種으로서 이는 物權的인 性質을 갖는 關係로 "物權은 債權을 앞선다"는 民法理論에 의하여 根抵當權이 設定되었을 境遇 다른 債權에 비해 優先辨濟的 效力을 가짐을 그 特性으로 하고 있다[7]. 그러나 現實的으로는 民法의 固有 基本原理인 抵當權의 優先辨濟的 效力이 漸次 毁損됨으로써 抵當權 本來의 本質이 損傷되어 그 利用을 漸次 縮小시키고, 根抵當權을 主로 取得하고 있는 金融機關에서 漸次 根抵當權의 優先辨濟的 效力의 損失分을 擔保하기 爲하여 擔保比率을 漸次 增加시키거나, 債務者 또는 根抵當權設定者에게 不足擔保 補完을 위한 追加擔保 提供要請으로 問題가 되고 있는 實情이다.

Ⅳ. Improvements for Current Floating Sum Mortgage System

1. Improvements for Recognition for Scope of Secured Claim

現在 우리나라의 學說은 特定債務를 擔保하기 위한 根抵當權이 許容되지 않는다고 하고 있지만, 一定한 限度 內에서 被擔保債務를 擔保하는 形態의 包括根抵當權을 設定하는 것이 慣行으로 되어있다. 따라서 現在의 特定債務 및 將來發生이 確實視되는 特定債務를 擔保하기 위해서 一定한 限度 內에서 被擔保債務를 擔保하는 根抵當權을 許容하는 方案이 必要하다.

2. Improvements for the Confirmaton of Floating Sum Mortgage

根抵當權의 確定의 境遇 確定事由와 時期를 分明히 하는 것만으로도 複雜하고 多樣한 紛爭을 減少시킬 수 있을 것이므로 이에 對한 明確한 規定을 둘 必要가 있다. 實質的으로 根抵當權의 確定은 當事者間의 意思와 相關없이 確定되기 때문에 確定事由와 時期를 決定하는 것은 매우 어려운 問題가 되므로 結局 立法的으로 解決하여야 할 것으로 보며, 또한 第3者의 競賣나 押留 申請 時 根抵當權이 언제 確定되는가에 對한 明確한 規定이 必要하다.

3. Improvements for the Validity of Comprehensive Floating Sum Mortgage

包括根抵當 有效性에 對해 大法院의 立場은 當事者 사이의 여러 가지 事情을 考慮하여 當事者가 約定한 것보다 좁은 意味의 被擔保債務를 認定하는 態度를 보이고 있다. 그러나 包括根抵當權이 不動産擔保의 逆機能에 對한 問題가 提起되고 있는데, 債權者에게 有利한 包括根抵當權을 全面的으로 認定하게 된다면 金融機關의 不動産擔保에 대한 選好度에도 많은 問題가 發生할 것이 豫想되므로 이에 對하여 立法的인 改善이 必要하다.

4. Improvements for the Transfer and Succession of Floating Sum Mortgage

民法 第361條는 "抵當權은 그 擔保된 債權과 分離하여 他人에게 讓渡하거나 다른 債權의 擔保로 하지 못한다"라고 規定하고 있는데, 이 規定은 根抵當의 境遇에도 適用된다. 따라서 被擔保債權과 分離하여 根抵當權만을 讓渡하는 것은 效力이 없다[8]. 被擔保債權과 分離된 根抵當權의 讓渡規定이 要求되며, 銀行去來에서 擔保부債權을 流通시킬 것이 要求되는데도 擔保權의 中心을 次知하고 있는 根抵當權을 이전하는 것이 相當히 어려움으로 根抵當權의 讓渡와 承繼에 關한 部分의 改善이 必要하다.

5. Improvements for the Preferential Payment Right Maintenance of the Floating Sum Mortgage

一般的으로 民法에서 優先特權을 認定하는 部分이 많이 있기 때문에 抵當權의 優先辨濟的 效力을 沮害하는 特別法 制定을 止揚하고, 旣存에 認定하고 있는 최우선辨濟 範圍의 縮小 또는 特別法의 漸次 縮小 等의 措置가 바람직하다. 그리고 傳貰 및 債權法上의 賃貸借, 住宅賃貸借保護法을 統合하여 새롭게 整備할 必要성이 要求된다. 우리나라도 獨逸처럼 民法과 特別法을 나누어져 있는 것을 民法內로 受容하여 抵當權의 優先的인 辨濟效力을 해치지 않는 範圍 內에서 社會的 能力을 發揮할 수 있도록 立法的인 改善이 要求된다.

Ⅴ. Conclusion

現在 民法 第357條에서 規定하고 있는 根抵當權은 物的擔保 중에서 가장 利用이 많은 制度이기도 하지만 法 規定이 하나로 實質的으로 實務에서 여러 가지 改善點이 提起되고 있는 實情이다. 따라서 2004年과 2013年에 걸쳐 改正을 試圖했던 根抵當權에 대해 各國의 立法例를 通하여 우리나라가 解決해야 할 點이 무엇인지 살펴본 後 이에 對한 合理的 改善案을 提示하고자 한다.

被擔保債權의 範圍認定 問題에 있어서는 우리의 學說은 特定債務를 確保하기 위한 根抵當權이 許諾되지 않는다고 하고 있지만, 一定한 限度 內에서 被擔保債務를 確保하는 形式의 包括根抵當權을 設定하는 것이 慣例로 되어있다. 아울러 지금의 特定債務가 未來에 正確하게 發生할 可能性이 있는 特定債務를 確保하기 위해서 一定한 範圍內에서 被擔保債務를 確保하는 根抵當權을 許諾하는 方案이 必要하고, 根抵當權 確定에 對한 部分은 實質的으로 根抵當權의 確定은 當事者間의 意思와 相觀없이 確定되기 때문에 確定理由와 時期를 確定하는 것은 相當히 까다로운 問題가 되므로 結局 立法的으로 解決하여야 할 것으로 본다. 包括根抵當權의 有效性에 있어서는 包括根抵當權이 不動産擔保의 逆機能에 對한 問題가 提起되고 있는데, 債權者에게 有益한 包括根抵當權을 全般的으로 認定하게 된다면 銀行金融機關 等의 不動産 物的擔保에 대한 選好度에도 많은 問題가 發生할 것이 豫想되므로 이에 對하여 立法的인 改善이 必要하다. 根抵當權의 讓渡와 承繼는 銀行去來에서 擔保附債權을 流通시킬 것이 要請이 있는데도 擔保權의 中心을 次知하고 있는 根抵當權을

移轉하는 것에 相當히 어려움이 있으므로 根抵當權의 讓渡와 承繼에 關한 部分의 改善이 必要하다.

마지막으로 根抵當權의 優先辨濟權 維持 部分에서는 우리나라도 獨逸처럼 民法과 特別法을 나누어져 있는 것을 民法內로 受容하여 抵當權의 優先的 辨濟效力을 侵害하지 않는 範圍 內에서 社會的 能力을 發揮할 수 있도록 立法的인 改善이 必要하다. 끝으로 根抵當權에 對한 바람직한 硏究들이 많이 나오기를 期待해 본다.

REFERENCES

[1] Il-Koo Yun, “A Study on the Right of Floating Sum Mortgage”, Chonnam National University Graduate School Master's Thesis, p.14, 2006.

[2] Sang-eun Lee, “Study on the System of Floating Sum Mortgage”, Sangji University Graduate School Master's Thesis, p.18-19, 2015.

[3] Sung-gi Son, “A study on floating sum mortgage”, Yonsei University Graduate School Master's Thesis, p.75-76, 2016.

[4] Jong-Ryeol Park, 『Korean Real Right Law』, Jiseong gye, p.232-233, 2013.

[5] Yeong-Kyo Seo, “On Solution to Problems of the Current Keun-Mortgage”, Kyungpook National University Graduate School Master's Thesis, p.13, 2004.

[6] Hye-Jin Song, “Legal Study on the Determination of Right to Collateral Security”, Dong-A University Graduate School Master's Thesis, p.12-13, 2008.

[7] Soo-Yong Park, “A Study on the Maximum Amount Hypothec”, Chung-Ang University Graduate School Master's Thesis, p.25, 2006.

[8] Yu-Kang Ko, “Fraudulent Transactions Surrounding Removal of Mortgage”, Seoul National University Graduate School Master's Thesis, p.86-87, 2015.