

日本 根抵當權의 設定과 特定債權

박일훈*

kohibito1004@hanmail.net

<目次>

- | | |
|---------------|----------------|
| 1. 序說 | 3. 學說의 現況 및 檢討 |
| 1.1 問題의 所在 | 3.1 學說의 現況 |
| 1.2 先行研究 | 3.2 若干의 檢討 |
| 2. 盛岡地方裁判所 判決 | 4. 結語 |

主題語: 物的擔保(material mortgage), 人的擔保(human security), 根抵當(fixed collateral mortgage), 特定債權(specified obligation), 不特定債權(unspecified obligation)

1. 序說

1.1 問題의 所在

우리나라 민법 제357조는 ‘담보할 채무의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하여’ 설정되는 저당권을 근저당이라고 규정하고 있다. 따라서 근저당권의 설정계약의 당시에는 근저당권에 의하여 담보되어질 채권은 아직 확정되지 아니한 상태에 있다. 물론 장래의 어느 시점에선가는 근저당권의 ‘담보할 채무’가 반드시 확정되어야만 한다. 이러한 점에 착안하여 일반적으로 근저당권은 불특정의 채권을 담보하는 저당권이며, 피담보채권이 불특정하다는 점에 근저당권의 특징이 있다고 설명한다¹⁾.

그런데 근저당권의 피담보채권이 불특정하다고 하더라도 특정한 채권을 담보하는 것은 가능하며, 불특정한 채권에 추가하여 피담보채권의 범위 속에 포함시킬 수도 있다. 예컨대, 은행이 갑과의 사이에 ‘은행거래’를 피담보채권의 범위로 하여 근저당권을 설정한 경우에, 그 때까지 갑에 대하여 가지고 있던 특정의 A채권도 이 근저당권에 의하여 담보하게 하는

* 초당대학교 경찰행정학과 부교수

1) 박윤직(1992) 『물권법[민법강의Ⅱ]』 박영사, p.650

것도 가능한 일이며, 근저당권의 설정계약에서 피담보채권의 범위를 정할 때에 ‘은행거래’와 함께 A채권을 열거하면 족하다. 또한 근저당권의 설정등기에 있어서도 등기사항인 피담보채권의 범위로서 A채권을 열거하면 제3자에게 대항할 수 있고, A채권에 대해서도 우선변제권을 주장할 수 있다.

그러므로 특정채권을 근저당권에 의하여 담보하게 하는 것은 가능한 일이나, 어디까지나 ‘불특정의 채권’에 편승하여 이루어진 경우이다. 따라서 특정채권만을 담보하려고 할 때에는 근저당권을 이용할 수 없고, 보통의 저당권을 설정하여야 한다는 것이 불완전하지만 우리나라 민법의 입장이라고 볼 수 있다²⁾.

그럼에도 불구하고 현실적으로는 특정채권의 담보를 위하여 근저당권이 설정되는 경우가 있다. 흔히 주위에서 자주 볼 수 있는 바와 같이, 은행이 저당권을 설정하는 경우에 피담보채권이 특정한 것인지, 불특정한 것인지에 대한 일체의 판단도 없이 바로 근저당권을 설정하는 경우가 많다. 특히 주택 론과 같이 특정채권인 것에 의심이 없는 경우³⁾에도 근저당권이 설정되고 있는 것이다.

여기서 문제가 되는 것은, 피담보채권이 특정채권임에도 불구하고 근저당권 설정계약이 이루어져 근저당권 설정등기까지 마친 경우이다. 즉, 이러한 경우의 근저당권 설정계약은 과연 효력이 있는지, 나아가 그 설정등기는 유효한 것인지, 등이 문제가 된다. 적어도 근담보법의 통일적 법이론 형성이라는 관점에서 볼 때, 근저당권에서 담보되어지는 채권이 ‘금융여신 거래의 당초부터 결산기에 이르기까지 특정한 것이어도 무방하다고 보아야 할 것인가.’ 라는 문제는 결코 간과할 수 없는 중대 사안이다⁴⁾.

이와 관련하여 우리나라에서는 아직 실무상으로 문제가 제기된 것이 없으나, 일본에서는 盛岡地方裁判所の 판결⁵⁾이기는 하지만, 이 문제를 정면으로 취급한 판결이 있다. 판결의 결론을 미리 언급하면, 이러한 경우의 근저당권 설정계약은 ‘보통 저당권’의 설정계약으로 이해함

2) 학계와 국회에서 오래전부터 불완전한 근저당 관련 규정을 정비하려고 근저당권 개정안이 논의되고 있지만 아직 실효를 거두지 못하고 있는 것은 매우 유감스러운 일이다.

3) 주택 론의 경우에서도 장래의 개축자금이나 증축자금을 융자받는 일이 있을 수 있어서 계속적인 융자가 이루어지는 경우도 있으므로, ‘불특정채권’의 담보라는 생각도 있을 수 있다. 그러나 통상적으로는 토지·주택구입자금을 융자하는 것이며, 개·증축자금을 융자하는 경우에는 그 때마다 별개·독립의 융자계약이 이루어지는 것이므로, 특정채권을 담보하기 위한 저당권설정계약이 성립하는 것으로 보아야 한다. 따라서 장래에 개·증축자금이 융자되더라도 그것을 ‘특정채권’으로 파악하고, 이것을 담보하기 위한 보통 저당권이 설정되어야 한다.

4) 필자는 그 동안 일련의 연구를 통하여 피담보채권의 존재구조에 있어서의 ‘불특정성’을 통일적인 根擔保法理 형성을 위한 중심 이론으로 삼아왔다. 拙著(1990)「根擔保法理論の研究」, 1990年度 博士學位請求論文, 明治大學, pp.330-343, 拙著(2009)「日本 根保證の法理에 관한 연구」『日本近代學研究』第25輯, pp.209-210, 拙著(2010)「日本 根抵當權法上の 確定事由의 類型」『日本近代學研究』第29輯, pp.315-316 참조.

5) 盛岡地方裁判所判決(1989) 平成1. 9. 28 金融法務事情1251号, p.32

이 마땅하여 보통 저당권의 효력을 갖는다고 하고, 근저당권 설정등기의 효력은 무효라고 하여 저당권의 생명이라고 할 수 있는 등기의 효력을 부정하고 있다.

현재 근저당권의 피담보채권의 ‘불특정성’에 대한 각별한 인식이 없는 은행실무의 관행 속에서 전술한 일본의 하급심판결의 판단은 향후 우리나라에서도 그 타당성 여부가 충분히 논의되어야 마땅하다. 더욱이 우리나라는 아직까지 근저당권을 둘러싸고 개정안이 확정되지 못하고 있는 상황이어서, 입법에 이르기까지는 꼼꼼히 일본 근저당권법 및 여신거래의 실무를 점검해본다는 것은 매우 중요한 의미를 지닌다.

이하에서는 위 판결의 소개와 더불어 특정채권을 담보하는 근저당권의 설정여부의 문제와 관련하는 일본민법학계의 견해를 검토해 보기로 한다. 무엇보다도 어느 채권이 ‘특정채권’이고 어느 채권이 ‘불특정채권’인지에 대한 구분은 매우 미묘한 문제이다. 여기서는 일반적으로 특정채권이라고 인정되는 경우만을 대상으로 하여 근저당권 설정여부의 문제를 검토하고자 한다.

1.2 先行研究

‘피담보채권이 특정한가, 또는 불특정한가.’라는 문제는 결국 ‘보통의 저당권을 설정할 것인가, 내지는 근저당권을 설정할 것인가.’의 문제로 직결된다. 즉 근저당권과 보통 저당권의 차이점이 어디 있는가를 규명하는 일이다. 이와 관련하여 종래의 일본의 학설을 요약하면 다음과 같다⁶⁾.

우선 근저당권은 장래의 채권을 담보하기 위한 저당권이라고 말할 수 있으나, 예컨대 소비대차에 있어서와 같이 여신거래에 앞서서 설정되는 보통의 저당권 역시 장래의 채권을 담보하는 것이라고 볼 수 있으므로, ‘장래의 채권’이라는 요소만으로는 양자를 구별하기 곤란하다. 요컨대 장래의 채권이더라도 특정한 것이라면 보통 저당권에 지나지 않으므로 근저당권이라고 볼 수 없다.

다음은 피담보채권액의 불확정성을 근저당권의 특질로 볼 수 있는가의 문제이다. 근저당권은 장래 증감변동이 예상되는 불특정의 채권을 담보하는 것이므로 그 피담보채권액은 항상 불확정한 상태에 있다. 하지만, 보통 저당권에서도 피담보채권의 이자 및 손해배상의 발생 등의 사유로 피담보채권액이 얼마든지 증대될 가능성이 있다. 따라서 피담보채권액이 불확정하다는 것만으로는 근저당권과 보통 저당권을 구별할 수 없다.

6) 柚木馨編(1982) 『註釋民法(9)』「第4節 根抵當」[高木多喜男]有斐閣, pp.240-241

그리하여 일본에서의 종래의 일치된 견해는 근저당권과 보통 저당권의 차이점을 피담보채권의 불특정성 내지는 이른바 부종성에 대한 예외라는 점을 중시하여 그 특질을 구하고 있다. 즉, 근저당권에서는 담보되어질 개개의 채권이 끊임없이 변동하는 존재구조를 가지며, 저당권 설정에 있어서의 부종성이라는 원칙에 따르지 않는 점을 가장 중요한 특질로 이해하였던 것이다.

마침내 일본은 1971년 민법 일부를 개정하여 「第四節 根抵當(第398條ノ2~第398條ノ22)」을 신설함으로써 근저당권에 있어서의 피담보채권의 불특정성을 명시하고 부종성 및 수반성의 완화의 문제를 입법적으로 해결하였다⁷⁾.

2. 盛岡地方裁判所 判決

盛岡地方裁判所 판결(1989. 9. 28)의 사안의 내용은 다음과 같다.

1981년 6월 1일 X는 소의 A로부터 4,000,000엔(변제기 1981년 10월 31일, 이자 연 15%, 지연손해금 연 30%)을 차용하고 그 담보로서 X소유의 본건 부동산 위에 저당권을 설정하고 등기하였다. 그 후 A는 1983년 11월 8일 본 채권을 B에 양도하고 저당권도 이전하였다. 그리고 1984년 1월 18일 B는 X에 3,469,600엔(변제기 1984년 6월 17일, 지연손해금 30%)을 대출하면서 본건 부동산 위에 저당권을 설정하고 등기하였다. 그런데 1985년 1월 7일 B는 상기의 두 개의 채권을 Y에게 양도하고 각각의 저당권도 Y에게 이전하였다. 1986년 1월 17일 X는 Y의 대리인 B와 두 개의 채권을 피담보채권으로 하여 본건 부동산 위에 근저당권(피담보채권의 범위 금전소비대차거래, 최고액 20,000,000엔)을 설정하였다(여전히 두 개의 보통 저당권 및 그 등기는 존속하고 있다). X는 본건 근저당권은 특정의 채권만을 담보하는 것이며, 불특정한 채권을 담보하는 것이 아니므로 근저당권 설정계약은 무효라고 주장하고, 근저당권 설정등기의 말소를 청구하였다.

盛岡地方裁判所는, 이러한 근저당권이 설정된 계기는 그 때까지의 원금, 이자, 지연손해금이 대략 20,000,000엔에 이르러서 두 개의 보통 저당권으로는 전액 담보되지 않기 때문에 최고액 20,000,000엔의 근저당권을 설정하게 된 점과, 새로운 대출에 관한 교섭이 있었다고 볼 만한 아무런 증거가 없다는 점 등의 사실인정을 통하여, ‘그러므로 본건 근저당권 설정계약

7) 다만 근질·근보증을 포함하여 근가등기담보 등 근담보론을 통일적으로 파악하고자 할 때, 일본의 신근저당권의 개념에 입각하여 「근」을 이해할 것인가의 문제는 여전히 일본 내에서도 정리해야 할 주요 과제로 남아 있다. 星野英一(1990)『民法講座 別卷1』「根擔保論[荒川重勝]」有斐閣, pp.143-204

은 전기 두 개의 채권만을 담보할 것을 목적으로 이루어진 것이므로, 근저당권 설정계약은 아니며, 통상의 저당권 설정계약이라고 볼 수밖에 없다.’고 판시하고 있다. 따라서 근저당권으로서의 효력은 인정하지 않지만, 보통 저당권으로서의 효력은 인정하고 있는 셈이다.

문제는 근저당권 설정등기의 효력에 관해서인 데, 다음과 같은 이유로 무효라고 판시하고 있다. 즉, ‘본건 부동산에 대해서 이루어진 등기는 최고액을 20,000,000엔, 피담보채권의 범위를 금전소비대차거래, 1981년 6월 18일 대부금과 1984년 1월 18일 대부금으로 하는 근저당권 설정등기이며, 이러한 근저당권의 등기는 실체적으로 법률관계에 부합하지 않는 등기인 것으로 근저당권 설정등기로서의 효력을 인정할 수 없다. 또한 통상의 저당권과 근저당권에서는 우선변제의 범위(민법 374조, 398조의 3), 처분(동법 375조, 398조의 11 내지 15), 공동저당(동법 392조, 398조의 16 내지 18) 등 여러 가지 점에서 그 법률효과가 다르며, 본건에 있어서와 같이 통상의 저당권에 대하여 근저당권 설정등기를 한 경우 또는 그 반대의 경우의 어느 것이든 그 등기는 실체관계와는 크게 다른 내용이 공시되는 결과를 초래하므로, 일방의 등기를 가지고 타방의 등기에 유용하는 것은 허용될 수 없다고 할 것이다. 따라서 전기의 근저당권 설정등기는 무효이다.’고 판단함으로써 보통 저당권의 효력도 부정하고 있다.

3. 學說의 現況 및 檢討

3.1 學說의 現況

근저당권 설정계약이 이루어진 경우에 그것이 특정채권만을 담보하는 것인가, 아니면 불특정채권을 담보하는 것인가 하는 판단기준이 문제가 되는 데, 이에 관하여서는 차후에 피력하기로 하고, 우선 여기서는 특정채권만을 담보하기 위한 목적으로 근저당권이 설정된 경우에 그 효력을 어떻게 이해할 것인가 하는 관점에서 문제를 검토하고자 한다.

이 문제와 관련하는 일본 민법학계의 견해를 정리하면 다음과 같다.

제1설은, 근저당권으로서의 효력은 부정하고 보통 저당권으로서의 효력은 인정한다고 보는 견해이다⁸⁾. 이 견해의 기본적인 발상은 무효행위의 전환 내지는 법률행위의 해석상의 기술을 이용하는 것이라고 할 수 있다. 전술한 盛岡地方裁判所 판결도 이러한 견해를 채용하고 있다. 그러나 등기의 효력에 대해서는 언급하는 바가 없다. 盛岡地方裁判所 판결은 근저당권 설정등

8) 貞家克己=清水満(1971) 『新根抵當法』有斐閣, p.31

기는 무효라고 함으로써 실질적으로는 보통 저당권으로서의 효력도 부정하고 있다.

제2설은, 근저당권으로서는 성립한다고 보고, 다만 새로운 피담보채권이 발생할 가능성이 없으므로 즉시 확정된 상태에 돌입하고 이후는 ‘확정 근저당권’으로 된다고 보는 견해이다⁹⁾.

제3설은, 근저당권의 내용(피담보채권의 범위, 최고액 등)을 결정한 연후에 근저당권설정의 합의가 있으면, 그에 상응하는 채권관계의 존부와 상관없이 근저당권이 성립한다고 보는 견해이다¹⁰⁾.

제2설과 제3설의 입장에서 盛岡地方裁判所 판결의 사안을 살펴보면, 근저당권은 유효하게 성립한 것이 되고 등기도 유효한 것이 된다. 따라서 본건 근저당권이 실행되면 두 개의 특정채권은 원본뿐만 아니라, 이자·지연손해금에 대해서도 최고액의 범위 내에서는 ‘만기인 때로부터 최후 2년’의 제약을 받지 않는다¹¹⁾. 결국 특정채권에 대하여 근저당권의 설정을 인정함에 있어서의 실질적인 폐해는 일본민법 제374조(저당권의 피담보채권의 범위)의 적용을 회피할 수 있다는 점이다¹²⁾.

盛岡地方裁判所 판결에 대한 평석을 살펴보면, 우선 山田判사는 제2설과 제3설을 지지하고 있고¹³⁾, 금융실무의 입장에서 秦光昭 씨는 제3설의 입장에서 각각 본 판결을 비판하고 있다¹⁴⁾.

그런데 盛岡地方裁判所 판결의 사실인정에 의하면, 통상의 저당권이 설정되어 있고 등기도 유효하게 이루어져 있음에도 불구하고, 중첩적으로 근저당권을 설정하고 있다는 것이다. 이것은 보통 저당권에서는 이자와 지연손해금 등에 관하여 2년분의 제약이 따르므로, 이러한 제약을 피하고 이들 모두를 최고액의 범위 내에서 담보하게 하기 위하여 불가피하게 근저당을 선택한 것이라고 볼 수 있다. 만약 이러한 사실인정이 올바른 것이라면 본건에서 근저당권의 설정등기의 효력을 부인한 것은 위와 같은 폐해를 차단하기 위한 것으로 사리에 맞는 타당한 판결이라고 평가하지 않을 수 없다.

이와 관련하여 제2설은 최고액의 감액청구권(일본민법 제398조의 21)에 의하여 제1설과 같은 결과를 기대할 수 있다는 견해가 있다¹⁵⁾. 그러나 이 청구권을 행사할 수 있는 자는 해당 부동산의 소유자(근저당권설정자·제3취득자)뿐이며 일본민법 제374조의 혜택을 보다

9) 鈴木祿弥(1971) 『根抵當法概説』創文社, p.100

10) 清水誠(1988) 「根抵當權における被擔保債權の不特定性について」 『手形研究』418号, p.9

11) 보통 저당권인 경우의 피담보채권의 범위에는 변제일로부터 최후 2년분의 이자 및 지연손해금만이 포함된다, 일본민법 제374조 참조.

12) 貞家=清水, 前掲書, 新根抵當法, p.31

13) 山田晟(1991) 「根抵當權が特定の債權のみを被擔保債權としているとして無効とされた事例」 『金融法務事情』1271号, p.34

14) 秦光昭(1990) 「根抵當權における被擔保債權の不特定性」 金融法務事情 1255号, p.4

15) 鈴木, 前掲書, 根抵當法概説, p.100

많이 기대하고 있는 후순위권리자에게는 이러한 권리가 없으므로¹⁶⁾ 받아들이기 어렵다. 제3설 역시 이와 같은 결함을 인정할 수밖에 없다.

3.2 若干의 檢討

盛岡地方裁判所 판결의 정당성과 관련하여 다음과 같은 인식의 구별이 필요하다고 본다. 즉, 특정채권을 담보하기 위한 근저당권의 효력은 어떠한가라는 이론적인 문제와 당사자가 근저당권 설정계약을 한 경우에 그것이 특정채권의 담보를 위한 것인가 아니면 불특정채권을 담보하기 위한 것인가라는 인정의 문제를 명확히 나누어 고찰할 필요가 있다. 후자는 순수한 의미에서의 사실인정의 문제가 아니며, 당사자의 의사가 어떠한 경우에 불특정채권의 담보를 위한 근저당권이라고 말할 수 있는가라는 법적 판단의 문제이다¹⁷⁾.

우선 특정채권의 담보만을 위하여 근저당권이 설정된 경우에 그 효력은 유효한가라는 문제를 순수하게 이론적으로 본다면 무효라고 말할 수밖에 없다. 그 실질적인 이유는 보통 저당권에 있어서의 일본민법 제374조의 탈법행위라고 말할 수 있기 때문이다. 다만, 무효행위의 전환의 이론에 의하여 보통 저당권의 성립을 인정하여도 무방할 수 있다. 이 점에 관하여서는 근저당법의 입법 담당관이었던 貞家克己·清水湛의 견해(제1설) 및 상기의 盛岡地方裁判所 판결이 논리적으로 지당하다고 생각한다. 그렇지만 盛岡地方裁判所 판결에서와 같이 근저당권의 설정등기를 무효라고 판시함으로써, 저당권의 생명이라고도 볼 수 있는 등기의 효력을 박탈하여 실질적으로는 보통 저당권의 효력까지도 인정하지 않는 결과를 초래한 것에는 쉽게 찬동하기 어려운 점이 있다. 물론 盛岡地方裁判所 판결의 사안에서는 두 개의 보통 저당권을 그대로 존속시키고 그것을 합해서 근저당권을 설정했다고 하는 특수성 때문에 이러한 점이 盛岡地方裁判所 판결에 영향을 미친 것이라고 추론해 볼 여지가 있다.

따라서 盛岡地方裁判所 판결의 사안에서와 같은 경우에는 근저당권 설정등기에 보통 저당권 설정등기로서의 효력을 인정하여 후순위권리자 등에게 불이익이 발생하지 않도록 하는 것이 오히려 타당할 수 있다고 생각된다.

판례에서는 근저당에 대하여 보통 저당으로서의 등기를 한 경우에 근저당의 등기로서의 효력이 발생하지 않는다고 판시한 것이 있는 데¹⁸⁾, 이 경우는 작은 것(보통 저당등기)을 가지

16) 후순위권리자는 근저당권설정자에 대위하여 최고액의 감액청구권을 행사할 수 없다, 貞家=清水, 前掲書, 新根抵當法, p.284, 동 취지, 鈴木, 前掲書, 根抵當法概說, p.165

17) 예컨대 근저당권의 피담보채권의 확정원인인 ‘거래의 종료’의 인정이 순수한 사실인정의 문제가 아닌 것과 유사하다.

18) 大審院判例(1915) 大正4. 12. 3 大審院民事判決錄21輯 p.1981

고 큰 것(근저당등기)의 효력을 가지게 하는 것이어서 애당초 무리가 있다. 그러나 반대로 큰 것에 작은 것의 효력을 가지게 하는 것은 이를 인정하여도 당해 법률관계에 있어서의 당사자의 이익을 크게 훼손하는 것이라고 보기는 어렵다.

근저당권과 보통 저당권에 있어서의 각각의 등기와 관련하여 구체적으로 검토해보면 다음과 같다. 결국 양자 사이에 핵심적인 차이는 등기사항에 관한 것이며, 특히 피담보채권과 제3자에 대한 우선변제액에 관한 것이다.

먼저 피담보채권에 대하여 살펴보면, 근저당에서는 피담보채권의 범위가 기재되어 담보할 채권의 일정한 범위가 나타나 있는데 대하여, 보통 저당에서는 등기원인 중에 피담보채권이 기재되어 있다. 근저당 등기에 보통 저당으로서의 효력을 인정하는 경우에는 근저당 등기사항의 피담보채권의 범위 안에 특정채권이 포함되어 있으면 보통 저당의 피담보채권으로서 제3자에 대하여 대항력을 인정하여도 좋다.

다음으로 제3자에 대한 우선변제액에 대하여 살펴보면, 근저당에서는 제3자에 대한 우선변제액으로서 최고액이 등기되어진다. 이에 대하여 보통 저당에서는 채권액과 이자·지연손해금의 이율이 기재된다. 제3자에 대한 우선변제액으로서 특정채권의 원본액과 일본민법 제374조의 범위에서 이자·지연손해금에 한정되며, 그 한도 내에서 우선변제의 효력을 주장할 수 있는 것에 지나지 않는다. 원본과 이자 및 지연손해금의 합산액이 최고액을 초과하는 경우는 통상 없겠지만, 그러한 경우에도 제3자가 알 수 있는 최고액이 그 상한선이 되어야 함은 당연한 일이다.

한편 당사자 사이에 근저당권 설정계약이 이루어진 경우에, 그것이 특정채권의 담보를 목적으로 하는가, 아니면 불특정채권의 담보를 목적으로 하는가의 인정문제에 관해서 보면 다음과 같다.

전술한 제3설은 이러한 채권관계를 문제로 여기는 것 자체를 부정적으로 보고 있다. 제3설은 근저당권 설정계약으로서의 물권적 합의만 있다면 채권관계와 분리하여 그 효력을 인정하여야 한다고 본다. 그러나 현행 일본 근저당권법은 완전히 채권관계로부터 분리하여 독립성을 가지고 있는 것이 아니다. 근저당권 설정계약에서는 채권관계의 존재를 전제로 하는 피담보채권의 범위에 대하여 합의하는 것이 유효요건이며, 동법이 포괄 근저당을 부정하고 있는 결과 채권관계의 거래의 종료가 근저당의 확정사유가 된다. 또한 근저당권 설정계약이 이루어진 이후에는 채권관계와 상관없이 근저당권이 유효하게 성립한다고 하면 당사자 사이에 합의된 피담보채권 발생의 기초인 거래의 부존재가 있더라도 무관하다는 결론에 이르게 될 뿐만 아니라, 피담보채권의 범위의 합의자체를 허위의 의사로 하더라도 무방하다는 결과를 초래하게 된다. 이러한 것들은 일본민법이 피담보채권의 범위의 합의를 그 유효요건으로 하고 있는

기본적인 태도와 결코 일치하지 않는 것이다.

그럼에도 불구하고 당사자가 근저당권 설정계약을 하고 있는 경우에 그것이 특정채권의 담보만을 목적으로 하고 있다고 인정하여 근저당을 무효라고 함에 있어서는 좀 더 신중하지 않으면 안 될 것이다. 盛岡地方裁判所 판결의 사례에서는, 기존에 설정되어 있는 보통 저당으로는 2년분 이상의 이자와 지연손해금이 담보되지 않으므로 원본·이자·지연손해금 등의 합산액을 최고액으로 하여 근저당권을 설정한 경우이며, 그렇다면 이것은 분명히 일본민법 제374조의 탈법행위인 것이고, 또한 이 사실인정이 옳다면 특정채권만을 담보할 목적으로 이루어진 것이라고 인정할 수밖에 없다.

예컨대 특정의 토지를 구입할 목적으로 용자를 받는 경우와 같이 처음부터 그 성질상 단 1회적으로만 채권이 발생하는 경우에는 특정채권을 담보하기 위한 것이라고 보아야 한다. 그렇지 않은 경우에는 피담보채권이 특정한 것인가, 아니면 불특정한 것인가라는 인정은 매우 미묘한 것이어서 단정하기 어려운 문제이다. 종국적으로 이것은 당사자가 특정채권만을 담보하려고 근저당권을 설정했는지 아닌지를 판단하기 위한 당사자의 의사 내지는 의식의 문제이다. 그러므로 현실적으로 어떠한 채권이 발생하였는가를 외형적·결과적으로 판단하는 것은 타당하지 않다.

통상의 경우에는 근저당권 설정계약에서 정해진 피담보채권의 범위 안에 포함되어 있는 한 그 모두를 담보하고자 하는 의사가 있다고 보는 것이 자연스러운 것이므로, 이것을 부정하고 특정채권만을 담보할 목적으로 이루어진 것이라고 하여 근저당권의 설정계약을 무효라고 주장하는 자는 이에 관한 입증책임을 부담하는 것이 당연하다.

여기서 입증이라고 하면, 근저당권자가 일본민법 제374조의 탈법행위를 목적으로 하고 있는 경우처럼 특정채권을 담보하기 위한 것이라는 명확한 의식을 가지고 있는 경우에 한정하여야 할 것이다. 따라서 당사자가 피담보채권을 특정하고 있는가에 대한 명확한 의식을 가지지 않고 근저당권 설정계약을 한 경우에는 탈법행위의 의사를 가지고 있다고 단정하기 어려우므로 근저당의 설정을 인정하여도 무방할 것이다.

그리고 전술한 것처럼 주택 론에 있어서와 같이 그 성질상 단 1회적으로만 채권이 발생하는 것에 지나지 않는 경우에는 특정채권을 담보하는 것이라고 말할 수밖에 없고, 따라서 그러한 채권을 담보하기 위해서는 근저당이 아닌 보통의 저당이 설정되어야 한다.

4. 結語

근저당권은 의용민법시대부터 이미 그 유용성이 판례에 의하여 승인되어 우리나라 민법 제정 시에 입법화된 저당권의 한 유형이다. 일본은 1971년 이전까지는 이에 관한 법률이 정비되지 못하고 학설과 판례에 전적으로 의존해오다가 이른바 포괄적 근저당권의 문제가 대두되면서 ‘민법의 일부를 개정하는 법률’을 통해 근저당권에 관한 법률(21개조)을 제정하여 그 혼란을 입법적으로 해결하였다.

우리나라는 전술한 바와 같이 민법 중에 단지 1개조를 두어 근저당권을 규정하고 있는 실정이어서, 근저당권의 특질로부터 파생되는 여러 가지 문제를 여전히 은행실무의 관행이나 판례 및 학설에 의존하고 있다. 무엇보다도 가장 큰 문제는 은행실무상으로 볼 때, 오로지 특정채권의 담보를 위한 일회성 여신거래에 있어서도 근저당권의 설정을 은행 측이 남발한다는 데 있다. 그 이유는 두말할 나위도 없이 채무자 또는 물상보증인이 제공하는 담보목적물의 담보가치를 ‘최고액’의 범위까지 극대화하여 과다하게 장악하려는 의도에서 비롯한다.

은행실무의 관행이 이처럼 채무자 또는 물상보증인이 제공하는 담보목적물의 담보가치를 부당하고 과다하게 장악한다는 것은 불공정거래행위인 동시에 탈법행위라고 규정짓지 않을 수 없다. 전술한 바와 같이, 특정채권의 담보를 위한 근저당권의 설정이 모두 무효인 것은 아니지만, 적어도 근저당권자가 담보설정계약에 있어서 ‘특정채권만의 담보’를 위한 근저당권이라는 명확한 의식이 있었다면 그 설정행위는 무효라고 말할 수밖에 없다.

근저당권과 관련하는 제 문제를 해결하기 위한 입법적 노력이 여전히 결실을 보지 못하고 있는 현실의 상황에서는 근저당권 설정자 또는 제3 취득자의 이익보호를 위한 전향적인 태도가 제·판례를 포함하여 우리나라 민법학계에 절실히 요구된다고 본다.

【參考文獻】

- 곽윤직(1992) 물권법[민법강의Ⅱ]박영사, p.650
 박일훈(1990) 「根擔保法理論の研究」1990年度 明治大學 博士學位請求論文, pp.330-343
 _____(2009) 「日本 根保證의 法理에 관한 연구」『日本近代學研究 第25輯』, pp.209-210
 _____(2010) 「日本 根抵當權法上の 確定事由의 類型」『日本近代學研究』第29輯, pp.315-316
 貞家克己=清水湛(1971) 『新根抵當法』有斐閣, p.31
 鈴木祿弥(1971) 『根抵當法概説』創文社, p.100
 _____(1985) 『物權法講義』創文社, pp.202-205

- 清水誠(1988) 「根抵當權における被擔保債權の不特定性について」『手形研究』418号, p.9
 山田晟(1991) 「根抵當權が特定の債權のみを被擔保債權としているとして無効とされた事例」『金融法務事情』1271号, p.34
 秦光昭(1990) 「根抵當權における被擔保債權の不特定性」『金融法務事情』1255号, p.4
 柚木馨編(1982) 『註釋民法(9)』「第4節 根抵當」[高木多喜男]有斐閣, pp.385-386
 川井健(1975) 『擔保物權法』青林書院新社, pp.156-159
 星野英一(1980) 『民法概論Ⅱ』良書普及會, pp.299-302
 _____(1990) 『民法講座 別卷1』「根擔保論」[荒川重勝]有斐閣, pp.143-204
 柚木馨=高木多喜男(1982) 『擔保物權第3版』有斐閣, pp.427-429
 我妻榮(1971) 『新訂擔保物權法』岩波書店, pp.462-475
 伊藤眞(1984) 『擔保法概説』啓文社, p.174
 大審院判例(1915) 大正4. 12. 3 大審院民事判決錄21輯, p.1981
 盛岡地方裁判所判決(1989) 平成1. 9. 28 金融法務事情1251号, p.32

논문투고일 : 2011년 12월 10일
 심사개시일 : 2011년 12월 20일
 1차 수정일 : 2012년 01월 10일
 2차 수정일 : 2012년 01월 16일
 게재확정일 : 2012년 01월 20일

 <要旨>

日本 根抵當權의 設定과 特定債權

일반적으로 담보를 말할 때는 물적 담보와 인적 담보를 포함하는 것으로 이해한다. 물적 담보, 특히 저당권은 다시 보통의 저당권과 근저당권으로 세분할 수 있다. 그리고 인적 담보의 경우도 마찬가지로 보통의 보증과 근보증으로 구분된다.

그리고 물적 담보 또는 인적 담보에 있어서 담보되어지는 채권의 존재구조, 즉 피담보채권의 존재양식은 다시 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 하나는 담보거래 시에 원본과 이자가 확정되어 있는 경우이고, 다른 하나는 담보의 결산기까지는 원본과 이자 등이 확정되지 않는 경우이다. 보통의 담보에서는 피담보채권의 존재구조가 전자의 양태를 띠지만, 근담보의 경우에는 후자의 양태를 지닌다.

그러므로 보통의 담보는 특정채권을 담보는 것이고, 근담보는 불특정채권을 담보하는 것으로 이해할 수 있다. 문제는 특정채권의 담보를 위하여 근저당권을 설정할 수 있는가이다. 우리나라 은행의 여신거래를 살펴보면 특정채권의 경우에도 근저당권을 설정하는 경우가 다반사이다. 법리적으로 보면 이것은 잘못된 관행이다. 특정채권이라면 마땅히 보통의 저당권을 설정해야 한다. 일본의 경우, 특정채권의 담보를 목적으로 근저당권을 설정한 사례를 놓고 일본재판소가 근저당설정등기의 효력을 부정하였다.

본 논문은 특정채권의 담보를 위해서는 근저당권을 설정할 수 없다고 판시한 일본재판례를 중심으로 근저당권의 피담보채권의 존재구조를 명확히 하는데 연구목적이 있다.

The Fixed Collateral Mortgage for The Specified Obligations

Generally we accept the fact that Security designates both material mortgage and human security in Korea. And material mortgage is divided into ordinary mortgage and collateral mortgage(Die Höchstbetragshypothek). Human security is also classified into two types: general guarantee and collateral guarantee.

One of the bases of these classifications is on the structures of obligations that are guaranteed by material mortgage or human security. The structure of obligations has two types: One type is that obligation is certainly decided on the contract among the parties concerning its kind, its amount, its interest, etc. The other type is that obligation is not anticipated by the contract among the parties about them. Ordinary mortgage and general guarantee belong to the former type, and collateral mortgage and collateral guarantee belong to the later. Thus we can permit to call that collateral mortgage and collateral guarantee is settled for the unspecified obligations, and ordinary mortgage and general guarantee for the specified obligations.

This paper aims to find the fact that the obligations of collateral mortgage are not anticipated by the contract among the parties on the Fixed collateral Law in Korea, and to confirm the fact that the collateral mortgage will be established for unspecified obligations, not only for the specified obligations.