

日本の改正擔保法과 우리擔保法改正의課題

- 民法改正案 중 擔保權規定을 中心으로 -

柳昌昊*

차 례

- I. 담보법제의 현대적 정비필요성
- II. 일본의 담보법개정의 경과와 내용
 - 1. 개정경과
 - 2. 개정내용
- III. 일본의 담보법 개정작업에 대한 평가와 시사점
 - 1. 개정의 효율성과 개정범위의 제한
 - 2. 각계의 개정논의의 수용 여부
 - 3. 개정내용의 평가
 - 4. 우리 담보법개정에 대한 시사점
- IV. 우리 민법 중 담보제도의 개정논의와 개정안의 내용
 - 1. 담보제도의 개선에 관한 총래의 논의
 - 2. 민법개정작업의 경과
 - 3. 민법개정안 중 담보권의 개정내용
- V. 담보법개정작업의 과제
 - 1. 민법개정의 유연성과 개정논의의 집약필요성
 - 2. 담보제도개선을 위한 추후과제

* 韓國法制研究院 招請研究員, 法學博士

1. 담보법제의 현대적 정비필요성

근대 이후 담보제도는 신용제공의 매개수단으로 각광을 받아 왔고, 현대에 있어서도 아직 신용거래가 정착되지 못한 상황에서 담보거래는 여전히 여신거래의 중요한 축을 이루고 있다. 그러나, 여신거래를 둘러싼 주변환경은 급격한 진화가 이루어지고 있는데 반해, 현행법상의 담보제도는 민법 제정 당시의 담보제도를 그대로 유지하고 있는 실정이다. 이러한 거래현실과 법률의 괴리는 일물일권주의에 의한 담보목적물의 제한과 담보권의 종류와 내용이 물건법정주의에 의해 고정되고 있다는 점에서 그 원인을 찾을 수 있다.

현대에는 과거와 달리 부동산만이 중요한 재산으로 인정되던 시대에서 벗어나 기계·상품·정영기법·상호(商號) 등 부동산에 못지 않은 재화들이 속속 등장하고 있지만, 금융관행은 여전히 부동산담보 위주로 운영되고 있고 이러한 다양한 재화에 대해 담보권을 설정할 제도도 갖추어져 있지 않은 상태이다. 또한, 금융거래가 부동산담보와 연결되면서 특히 미국식 금융실무가 도입되고 있으나, 우리 나라의 담보제도는 대륙법에 기초를 두고 있어 담보권과 금융실무 사이에서도 많은 간격이 벌어지고 있다.¹⁾ 그리고, 여신거래의 실무상 저당권은 거의 사용되지 않아 민법의 저당권규정은 사문화가 되고 있는 반면, 저당거래의 대부분을 차지하고 있는 근저당권은 민법 제357조에서 단 한 개의 조문만을 두고 있고, 근저당권의 포괄담보약정²⁾에 관해서는 입법적인 근거도 없는 실정이다. 그러나, 1999년부터 법무부가 중심이 되어 진행되어 오고 있는 민법개정작업 중 담보물권규정의 개정작업에서는 담보제도에 관한 전면적인 검토는 제외되어 있고 단순히 근저당권에 관한 12개의 조문을 신설

1) 이은영, 「물권법(재개정판)」, 박영사, 2002, 548면.

2) 이를 흔히 '포괄근저당권'이라고 부르고 있으나, 정확한 용어는 아니라고 생각된다. 물권은 물건법정주의에 의해 그 종류와 내용이 법률 또는 관습법에 의해 정해져 있어야 하지만 포괄근저당권에 관한 법률의 규정은 존재하지 않는다. 또한, 법원이 포괄근저당거래에 대해 관습에 의한 독립적인 물권으로 인정한 판례는 없고 단순히 근저당권의 일종으로 그 피담보채권의 범위에 있어서 포괄담보약정의 유효성에 관한 사법적(司法的) 판단만을 하고 있을 뿐이다. 따라서, 포괄근저당은 근저당권설정계약의 내용 중 피담보채권의 범위에 관한 포괄담보약정이 있는 경우에 불과하고 등기부에도 단순히 근저당권으로 기재되므로, 이를 독립된 물권으로 볼 수 없다. 따라서, '포괄근저당권'이라는 용어보다는 '(근저당권의)포괄담보약정'이라고 하는 것이 적절할 것으로 생각된다.

하는데 그치고 있다.

한편, 일본에서도 1971년 근저당권에 관한 규정이 신설된 이래 담보법제에 대해서는 큰 변화가 없었다가, 복잡하고 다양한 현대의 사회·경제의 실정에 적응할 필요가 있다는 관점에서 2001년 법무성이 주축이 되어 개정작업이 시작된 이래 2003년 8월 1일 '담보물권 및 민사집행제도의 개선을 위한 민법 등의 일부를 개정하는 법률(법률 제134호)'³⁾이 공포되었다.

이와 같이, 우리 나라와 일본에서는 비슷한 시기에 담보법제에 관한 제검토와 개정작업이 진행되었으나, 우리 민법의 개정작업과정에서는 일본에서의 개정논의가 그다지 참고되지 않았던 것으로 보인다. 그러나, 우리 나라의 담보제도와 일본의 담보제도는 운영상의 차별성이 있으면서도 많은 부분에서 공통분모를 가지고 있다. 특히, 일본에서 담보법제에 관한 개정논의가 진행된 당시에는 거품경제의 붕괴로 인한 불량자산의 증가와 같은 현실적인 배경을 기초로 하였고, 이러한 점은 IMF구제금융 이후의 우리 나라의 상황과 그리 다르지 않다.

따라서, 개정작업이 현재에도 진행 중인 우리 나라의 입장에서는 이미 개정이 완료된 일본의 개정과정과 개정내용을 비교·검토함으로써, 좀더 발전적인 개정안을 도출할 수 있을 것으로 생각된다. 이 논문에서는 일본에서의 담보법 개정논의의 방향과 내용을 분석 및 검토하여 우리 민법의 개정작업에 있어서 참고가 될 수 있는 개선방안을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 일본의 담보법개정의 경과와 내용

1. 개정경과

(1) 일본 담보법제의 정비연혁

일본 민법전은 1898년에 시행된 이래 100년이 지났지만, 1947년의 가족

3) 원제는 「擔保物權及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律」이다. 한편, 법제처의 법령입안심사기준에 따르면 법령의 제명(題名)은 붙여쓰도록 하고 있으나(법제처, 「법령입안심사기준」, 1996, 163면 이하), 이에 관한 합리적인 근거를 찾을 수는 없다. 이 논문에서는 법령제목의 경우에도 띄어쓰기를 하고 단, 법령제목임을 구분하기 위해 앞뒤로 작은따옴표(예를 들면, '○○○○')를 붙이는 방법으로 표기한다. 이에 관한 상세한 내용은 류창호, 「민법 개정안의 법률용어와 문장의 순화방안」, 한국법제연구원, 2003, 122면 참조.

법개정·1999년 성년후견제도의 도입을 제외하고는 대부분 제정 당시의 형태를 그대로 유지하고 있다. 담보제도에 관한 일본 민법의 개정사항으로는 1901년 저당권에 관한 제374조 제2항의 추가, 1947년 및 1949년 선취특권에 관한 제306조, 제308조~제310조의 추가, 1971년 근저당권에 관한 제398조의2~제398조의22의 신설 및 저당권의 순위변경에 관한 제383조 제2항·제3항의 신설, 1979년 민사집행법의 제정에 따른 채권질(債權質)의 실행방법에 관한 제368조의 삭제 및 증가경매(增價競賣)⁴⁾에 관한 제384조의 개정, 1990년 회사법 개정에서 따른 제364조 제2항의 수정, 2000년 회사분할제도의 도입에 따른 제398조의10의2의 신설 등이 있다.

이러한 점에서, 일본의 담보제도도 우리 나라와 유사하게 특별법의 제정을 통하여 거래환경에 대응하여 온 것으로 보여진다. 이러한 담보법에 관한 특별법의 제정으로는 1905년에 제정된 재단저당에 관한 공장저당법·철도저당법·광업저당법 및 담보부사채신탁법, 1978년에 제정된 대물변제예약에 관한 판례의 태도를 입법화한 가등기담보법 등이 있다.

(2) 입법의 경과

일본에서는 1990년대에 이르러 거품경제가 붕괴되고 금융기관 등의 기업이 폭발적으로 증가하는 불량자산을 떠맡게 됨으로써 부동산담보의 처리가 중대한 과제로 등장하게 되었고,⁵⁾ 1999년 2월 26일 경제전략회의는 수상에게 제출한 '일본경제재생을 위한 전략'이라는 보고서에서 경매절차의 원활화 및 신속화를 위해 단기임대차제도를 재검토하고 강제관리제도를 도입, 최저매각가액제도의 폐지 등을 건의하였다. 또한, 1999년 11월 24일 일본 최고재판소는 불법점거로 경매절차가 침해되어 경락가액이 하락하는 등, 저당권자의 우선변제권이 침해된 때에는 저당권자가 소유자를 대신하여 부동산의 명도를 청구할 수 있다고 판시함으로써 기존의 판례를 변경하였다.⁶⁾

4) 증가경매는 저당권자가 제3취득자로부터 취제(剝除)의 통지를 받은 경우 이를 승낙하지 않은 경우에 인정되는 특수한 경매로서(일본민법 제384조), 취제의 제공금액보다 10분의 1 이상의 고가(高價)로 경락되지 않으면 10분의1의 증가액으로 스스로 매수하겠다는 것을 제3취득자에게 청구하는 방식으로 이루어진다(竹內昭夫 외, 『新法律學辭典(第三版)』, 有斐閣, 1994, 873頁).

5) 大島和夫, 『抵當權制度をめぐる立法と判例』, 『法律時報』, 74卷2号, 日本評論社, 2002.2, 72頁.

6) 最大判 1999.11.24, 民集53卷8号, 1899頁, 判時 1695号, 40頁.

이러한 사정을 기초로 일본에서도 1999년을 기점으로 기존의 담보제도에 대한 제검토가 시작되었고, 2001년 5월 29일 법무성 법제심의회 산하에 담보·집행법제부회(擔保・執行法制部會)⁷⁾가 활동을 시작하게 되었다. 일본의 담보법개정작업의 특색은 담보법제에 대한 개정논의가 학계와 실무계 및 정부에서 다양하게 제기되었고, 이와 같이 다원적으로 촉발된 개정논의를 법무성에서 효과적으로 집약함으로써 각계의 의견을 최대한 수렴하면서도 신속하게 개정이 이루어졌다는 점을 들 수 있다.⁸⁾

즉, 2001년 법무성에서 담보법개정작업을 착수하기 이전에도 학계와 실무계에서는 저당제도에 관한 입법론이 활발하게 발표되었고, 특히 2001년 3월에는 민법학자와 민사소송법학자로 구성된 연구자들의 민간연구모임인 '담보법개정위원회'가 조직되어 민법개정 여부에 대한 검토 및 단기와 중장기적인 개정에 대비한 개정초안을 만드는 작업을 진행하였다.⁹⁾ 또한, 정부 내에서도 저당제도에 대한 개정의견이 다수 제기되었다. 2000년 12월 규제개혁위원회의 경제제도와 담보제도에 관한 제검토의견을 시작으로 하여 2001년 2월 법무대신이 법제심의회에 담보·집행법의 제검토에 대한 자문을 의뢰하였고, 법제심의회에서는 5월 29일부터 담보·집행법제부회를 설치하여 이 자문사항에 관한 심의에 착수하였다. 또한, 6월 12일에는 법무성 사법제도개혁심의회가

7) 현재 일본 법무성에는 법제심의회, 인권옹호추진심의회, 검찰관적격심의회가 설치되어 있고 각 심의회에는 다시 특정시안을 담당하는 부회(部會)가 설치되어 있다. 2003년 1월 6일 이후 법무성 법제심의회에는 법인제도부회, 회사법부회, 회사법(株券의 불법행동관계)부회, 회사법(현대화관계)부회, 국제재판관할제도부회, 도산법부회(파산법분과회 포함), 생식보조의료관련전자법부회, 담보·집행법부회, 건물구분소유법부회, 형사법(자동차운전에 의한 사상사법관계)부회, 민사·민사소송법부회, 간접보유증권증거법부회, 민사소송·민사집행법부회, 국제사법(현대화관계)부회, 형사법(유엔국제조직범죄조약관계)부회, 형사법(강제집행방해등처벌관계)부회, 형사법(국민에 대한 중대한 범죄에 관한 국외범처벌규정정비관계)부회, 형사법(하이테크범죄관계)부회 등 16개의 부회가 설치되어 있다.

8) 이러한 점은 현재 우리 나라에서 진행되고 있는 민법개정작업이 법무부 민법개정특별분과위원회에서 주로 이루어지고 있지만, 민사법학계에서 개정의견을 제시하는 외에는 실무계나 법조계의 개정논의나 의견제시가 그리 활발하지 않다는 점과는 대조적이다.

9) 담보법개정위원회에서는 2002년 8월 '저당권법개정중간시안을 발표한 바 있다(擔保法改正委員會, 『抵當權法改正中間試案の公表(民法改正試案 Vol.1)』, 『ジュリスト』 No.1228, 有斐閣, 2002. 8. 1-15, 182~235頁). 담보법개정위원회의 설립취지 및 발전경위에 관한 상세한 내용은 內田貴/大村敦志/角紀代恵/道垣内弘人/中田裕謙/安永正昭/山本和彦, 『特別座談會 擔保法の改正に向けて(上)』, 『ジュリスト』 No.1213, 有斐閣, 2001. 12. 1, 50頁 이하에 소개되어 있다.

민사집행제도의 개선에 관한 최종의견서를 고이즈미(小泉)수상에게 제출하였다. 이러한 각계의 입법의견¹⁰⁾을 기초로 하여 법무성의 담보·집행법제부회에서는 2003년 1월 28일 '담보·집행법제의 제점토에 관한 요강안'을 확정하였고, 2003년 2월 5일 법제심의회에서 전원일치로 이 요강안을 '담보·집행법제의 제점토에 관한 요강'으로 결정하여 법무대신에게 보고하였다.

이 요강은 2003년 3월 14일 각의결정을 경유하여, 제156회 국회에 '담보물권 및 민사집행법제의 개선을 위한 민법등의 일부를 개정하는 법률안'으로 제출되었다(내각제출법률안 제102호). 그 후, 2003년 6월 13일에 해당권자에게 대항할 수 없는 전물임차인에 대한 명도유예기간을 3개월에서 6개월로 개정하는 수정안이 제출되어 6월 24일 본회의에서 수정의결되었다.

10) 이번의 담보법개정에 대해 학계와 실무계에서 제시된 연구결과와 입법의견 및 정부의 입법자료는 다음과 같다. 鎌田薫, "抵當權制度の現状と將來象(1)~(15)", 「NBL」 No.700~724, 商事法務, 2000.11~2001.11; 内田貴/大村敦志/角紀代恵/道垣内弘人/中田裕康/安永正昭/山本和彦, "特別座談會 擔保法の改正に向けて(上)", 「ジュリスト」 No.1213, 有斐閣, 2001.12.1, 48頁 이하; 榎澤哲, "民事財産法の課題", 「NBL」 No.704, 商事法務, 2002.1, 19頁 이하; 大島和夫, "抵當權制度をめぐる立法と判例", 「法律時報」 74卷2号, 日本評論社, 2002.2, 72頁 이하; 椿壽夫, "抵當制度の見直しに對する意見のとりまとめにあたって", 「ジュリスト」 No.1218, 有斐閣, 2002.3, 82頁 이하; 中山知己, "抵當權の占有方・抵當物件の管理", 「ジュリスト」 No.1218, 有斐閣, 2002.3, 83頁 이하; 宮川不可止, "抵當權の占有方", 「ジュリスト」 No.1218, 有斐閣, 2002.3, 85頁 이하; 北秀昭, "抵當物件管理制度の創設について", 「ジュリスト」 No.1218, 有斐閣, 2002.3, 88頁 이하; 佐久間弘道, "物上代位による抵當權の效力について", 「ジュリスト」 No.1218, 有斐閣, 2002.3, 106頁 이하; 伊藤進, "抵當權制度直見しと抵當權法理", 「ジュリスト」 No.1218, 有斐閣, 2002.3, 120頁 이하; 角田博, "經團連の擔保・執行法制の見直しに關するコメントについて", 「NBL」 No.733, 商事法務, 2002.3, 63頁 이하; 法務省民事局參事官室, "擔保・執行法制の見直しに關する要綱中間試案補足説明", 「NBL」 No.735, 商事法務, 2002.4, 8頁 이하; 田高寛貴, "中間試案の全體的評價-擔保法制に關する諸論点の概観", 「法律時報」 74卷8号, 日本評論社, 2002.7, 25頁 이하; 擔保法改正委員會, "抵當權法改正中中間試案の公表(民法改正試案 vol.1)", 「ジュリスト」 No.1228, 有斐閣, 2002.8, 182頁 이하; 谷口園恵, "擔保・執行法制の直見しに關する要綱中間試案に對する各界意見の概況-抵當權に關する項目を中心として", 「NBL」 No.743, 商事法務, 2002.8, 15頁 이하; 西田章, "企業法制研究會(擔保法制研究會)報告書の概要-不動産擔保から事業の収益性に着目した資金調達へ-", 「金融法務事情」 No.1666, 金融財政事情研究會, 2003.2, 13頁 이하; 池辺吉博 외, "新しい資金調達手段と動産擔保・債權擔保等の制度構想", 「金融法務事情」 No.1666, 金融財政事情研究會, 2003.2, 21頁 이하; 谷口園恵/松井信憲/一場康夫/野村雅之/筒井健夫, "擔保物權及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律の解説(1)", 「NBL」 No.768, 商事法務, 2003.9, 8頁 이하; 谷口園恵/松井信憲/一場康夫/野村雅之/筒井健夫, "擔保物權及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律の解説(2)", 「NBL」 No.770, 商事法務, 2003.10, 40頁 이하.

2. 개정내용

(1) 입법목적과 이유

‘담보불권 및 민사집행법제의 개선을 위한 민법등의 일부를 개정하는 법률’은 근래 일본에서 문제로 되고 있는 불량채권의 신속하고 효율적인 처리, 단기임대차제도에 의한 점유권의 남용에 의한 집행방해와 같은 집행법제상의 문제점 등에 의해 금융기관의 채권회수가 곤란해지고 있다는 점 등을 이유로 하여,¹¹⁾ 저당권 등의 담보불권의 내용 및 실행절차를 현대의 사회·경제환경에 적합하도록 개정하고, 사법개혁심의회 의견에 따라 권리실현의 실효성을 확보하기 위해 민사집행제도를 강화하는 것을 입법목적으로 하고 있다.

따라서, 저당권 등의 담보불권의 규정을 정비하는 한편, 담보불권의 실행절차 및 그 외 다른 집행절차의 실효성을 향상시키기 위해 단기임대차제도를 폐지하고, 민사집행법상의 보전처분 등의 요건을 완화할 필요가 있다는 것을 입법이유로 하고 있다.

개정법은 주로 담보불권규정의 합리화, 부동산집행방해에 대한 대책마련, 강제집행의 실효성 확보라는 점을 주요 내용으로 하고 있다.¹²⁾ 개정법은 담보법에 관한 사항과 집행법에 관한 사항으로 구분되어 있는데, 이하에서는 담보법에 관한 개정사항을 중심으로 주요 내용을 소개한다.¹³⁾

(2) 고용관계에서 선취특권범위의 확대

개정법은 일본 민법 제308조가 규정하는 선취특권에 의해 담보되는 노동채권의 종류 및 범위를 상법의 규정과 동일한 내용으로 확대하고, 도급·위임 등의 계약에 의해 노무를 제공하는 자를 포함한 사용자(使用人)이 있는 고용관계에 관해 발생한 채권의 전부에 관해, 최후 6개월간의 급여라는 제한을 없애고 기간의 제한이 없이 선취특권을 인정하고 있다.

11) 角田博, “經団連の擔保・執行法制の見直した關するコメントに於いて”, 63頁.

12) 法務省民事局, “擔保物權及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律の概要”, <http://www.moj.go.jp/HOUAN/houan20.html>.

13) 개정법의 내용에 관한 소개는 일본 법무성에서 발표한 “擔保物權及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律案要綱(<http://www.moj.go.jp/HOUAN/MINPO2/refer01.pdf>)” 및 “擔保物權及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律の概要(<http://www.moj.go.jp/HOUAN/houan20.html>)” 등을 참조하였다.

(3) 지명채권의 채권질(債權質)

개정법은 양도의 경우에 증서의 교부를 필요로 하는 증권적(證券的) 채권 이외의 지명채권을 가지고 질권의 목적으로 하는 경우에는 그 채권에 관한 채권증서가 있는 때에도 그 증서의 교부를 질권설정의 효력발생요건으로서는 하지 않고 있다(일본 민법 제363조).

(4) 저당권에 관한 개정사항

1) 부동산의 수익에 대한 저당권의 효력

개정법은 담보권자가 담보부동산의 수익으로부터 우선변제를 받기 위한 강제관리 유사의 절차로서, 담보부동산수익집행제도를 신설하였다. 즉, 담보부동산정매회는 별개의 독립한 절차로(일본 민사집행법 제180조), 그 절차에 관해서 강제관리의 규정을 준용하면서(동법 제188조), 물상대위 등의 임금채권압류절차와의 경합이 생긴 경우에 채권압류절차를 관리절차에 흡수하기 위해 조정규정(동법 제93조의4)을 신설하는 등, 강제관리규정을 개정하였다.

또, 일본 민법 제371조에 저당권의 효력이 담보부동산수익집행의 개시 후의 원연과실 및 법정과실에 미친다는 내용을 추가하여, 동조의 규정을 저당권은 그 피담보채권의 이행지체 후에 발생한 저당부동산의 과실에 미친다고 하는 표현으로 개정되었다.

2) 저당권소멸청구

개정법은 적제제도에 관해 저당권실행 전의 적제권자에의 통지의무 및 증가매수의무(增價買收義務)를 폐지함과 아울러, 적제제도의 명칭을 '저당권소멸청구'로 고쳤다. 이에 관해서 상술하면 다음과 같다.

첫째 저당권소멸청구권자를 한정하여 저당부동산에 관해 지상권 또는 영소작권(永小作權)을 취득한 제3자를 제외하는 대신, 저당부동산에 관해 소유권을 취득한 제3자로 한정하였다(일본 민법 제378조).

둘째, 저당권실행통지의무를 폐지하여 저당권자가 저당권을 실행하는 경우에 사전에 제3취득자에게 저당권실행의 취지를 통지할 필요가 없도록 하였다(개정전 일본 민법 제381조).

셋째, 저당권소멸청구를 할 수 있는 시기에 관해서는 제3취득자는 저당권의 실행으로서의 경매에 의한 압류의 효력발생 전에 저당권소멸청구를 할 것을 요건으로 하였다(일본 민법 제382조).

넷째, 경매신청기간의 연장 및 증가매수의무를 폐지하여 저당권자가 제3취득자로부터 저당권소멸청구를 받은 후 2개월 이내에 경매신청을 하지 않은 때에는 제3취득자의 제공액을 승낙한 것으로 본다(일본 민법 제384조 제1호).

다섯째, 경매신청의 취하에 관해 위의 경우 저당권자가 경매신청을 하는 경우, 만약 경매에 있어서 제3취득자가 제공한 금액보다 10분의1 이상 고가로 저당부동산을 매각할 수 없을 때에는 10분의1의 증가액으로 그 부동산을 매수한다는 취지를 밝힐 것이 요구되지 않고, 이 경매절차에 있어서 매수의무를 부담하지 않는 것으로 된다(개정전 일본 민법 제384조 제2항). 이 경매에 있어서 매수의 신청이 없이 최종적으로 경매절차가 취소된 경우, 일본 민법 제384조의 승낙의제의 효과는 발생하지 않는다(일본 민법 제384조 제4호). 이러한 경매신청을 한 저당권자가 그 신청을 취하하는 경우에는 등기를 한 다른 채권자의 승낙을 얻을 필요는 없다(개정전 일본 민법 제386조).

3) 일괄경매

개정법은 저당권설정 후에 저당토지에 건물이 축조된 경우에는 저당권설정자 이외의 자가 그 건물을 축조한 경우에도, 건물소유자가 저당토지에 관해 저당권자에 대항할 수 있는 권리를 갖는 것을 삭제하고, 토지의 저당권자가 건물도 일괄하여 경매할 수 있도록 하고 있다(일본 민법 제389조).

즉, 저당권설정 후에 저당토지에 건물이 축조된 경우는 저당권설정자 이외의 자가 그 건물을 축조한 경우에 저당권자는 토지와 함께 그 건물을 경매할 수 있고, 이 경우 토지의 저당권자는 토지의 매각대금에 관해서만 우선변제를 받을 수 있다(일본 민법 제389조 제1항). 이러한 일괄경매는 그 건물의 소유자가 저당토지의 점유에 관해서 저당권자에게 대항할 수 있는 권리를 갖는 경우에는 행사할 수 없다(일본 민법 제389조 제2항).

4) 단기임대차

개정법은 집행방해에 남용될 여지를 배제하면서 보호해야 할 임차인을 합리적인 범위에서 확실히 보호를 한다는 관점에서 현행의 단기임대차제도를 폐지

하고, 저당권보다 후순위의 임대차는 그 기간에 관계없이 저당권자 및 경매에 있어서 매수인에게 대항할 수 없도록 한 반면, 저당권자에 대항할 수 없는 임대차에 의해 전물을 점유하는 자에 대해, 6개월의 명도유예를 부여하는 제도를 신설하고 있다(일본 민법 제395조).

또, 저당권보다 후순위의 임대차에 있어서도 그 설정과 함께 등기를 하고, 그 등기보다 선순위저당권자 전원이 동의를 하고 그 동의가 등기된 때는 당해 저당권자 및 경매에 있어서 매수인에게 대항할 수 있도록 개정하였다(일본 민법 제387조). 단, 경과조치로서 이 법률의 시행시에 존재하는 단기임대차로서 당해 저당부동산의 저당권의 등기 후에 대항요건을 갖춘 경우에는 개정 내용이 적용되지 않는 것으로 하고 있다(부칙 제5조).

(5) 근저당권에 관한 개정사항

1) 근저당권자의 원본확정청구

근저당권자의 원본확정청구에 관해 개정 전의 일본 민법은 확정기일을 정하지 않은 근저당권은 설정 후 3년이 경과하면 근저당권설정자는 확정청구를 할 수 있다고 규정하였다. 그러나, 개정법에서는 근저당권자는 원본확정기일의 정함이 있는 경우를 제외하고 언제라도 담보되는 원본의 확정을 청구할 수 있는 것으로 개정되었다(일본 민법 제398조의19조 제2항).¹⁴⁾

또한, 개정법은 근저당권의 원본확정등기에 관한 부동산등기법의 일부를 개정하였다. 즉, 근저당권자의 원본확정청구에 의해 원본이 확정된 경우의 원본 확정등기는 근저당권자가 단독으로 신청할 수 있도록 하였다(일본 부동산등기법 제119조의9).

2) 원본불발생에 의한 확정사유

피담보채권범위의 변경, 거래의 종료 기타의 사유로 인해 담보되는 원본이 발생하지 않게 된 때에는 근저당권의 담보되는 원본의 확정사유에서 제외하였다(일본 민법 제398조의20 제1항 제1호).

14) 일본 민법상의 근저당권의 확정청구권에 관한 상세한 내용은 류창호, "근저당권의 피담보채권에 관한 연구", 한국외대 박사학위논문, 2001, 131면 이하 참조.

Ⅲ. 일본의 담보법 개정작업에 대한 평가와 시사점

1. 개정의 효율성과 개정범위의 제한

일본의 담보법개정작업은 공식적으로는 2001년에 착수되어 2003년 8월에 공포됨으로써 약 2년 반의 단기간에 완성되었다. 이는 개정작업에 착수하기 이전 및 중간시간에 대해서 학계와 실무계를 중심으로 많은 논의가 이루어져 왔다는 점, 개정범위를 담보법제 및 집행법제로 한정했다는 점 등의 이유에서 기인하는 것으로 볼 수 있다.

또한, 법개정의 방식에 있어서 실질적으로는 민법·민사집행법·부동산등기법 등 수 개의 법률¹⁵⁾의 일부를 개정하면서도 '담보물권 및 민사집행법제의 개선을 위한 민법등의 일부를 개정하는 법률'이라는 단일법을 입법하는 방식을 통해 수개의 법률의 일부를 개정함으로써, 각각의 법률개정절차를 생략하고 한 개의 법률의 입법절차만을 거침으로써 법개정절차를 간략하게 했다는 점도 그 이유 중의 하나로 들 수 있다.¹⁶⁾

그러나, 이번 일본에서의 담보제도에 관한 개정작업은 기존의 제도를 현대화 하기 위해 체계적으로 정비한 것이 아니라, 단편적으로 새로운 규정을 신설하거나 다른 법률의 개정으로 인해 민법을 수정한 것에 불과하다. 따라서, 새로운 자금조달수단으로서의 현대적 담보제도의 도입¹⁷⁾이나 담보제도에 대한 전체적인

15) 담보법 개정에 의해 그 일부가 개정된 법률로는 이 이외에도 상법, 담보부사채신탁법, 민사보전법, 특정목적회사에 의한 특정자산의 유동화에 관한 법률의 일부를 개정하는 법률 부칙 제2조 제1항의 규정에 의해 그 효력을 갖는 동법 제1조의 규정에 의한 개정전의 특정목적회사에 의한 특정자산의 유동화에 관한 법률, 회사생성법, 중간법인법, 외국도산처리절차의 승인원조에 관한 법률, 농수산물동조합의 경쟁전차의 특례등에 관한 법률, 민사채생법, 신사업창출촉진법, 자산의 유동화에 관한 법률, 금융기관등의 경쟁전차의 특례등에 관한 법률, 보험업법, 선박의 소유자등의 책임의 제한에 관한 법률, 주식회사의 감사등에 관한 상법의 특례에 관한 법률, 민사소송비용등에 관한 법률, 등록면허세법, 집행관법, 기업담보법, 무자신탁 및 무자법인에 관한 법률, 유한회사법, 농업동산신탁법, 적당증권법, 파산법이 있다.

16) 이러한 입법방식은 우리나라에서도 두 개 이상의 법령이 공통된 동기에 의하여 개정되지만 각각의 개정필요성에 있어서 원인·결과 관계가 없고 병렬적인 경우에는 개정 법률의 수가 2개인 경우에는 'A법(률)및B법(률)중개정법률안', 동시·병렬적으로 개정하는 법령의 수가 3개 이상인 경우에는 "〇〇法등中改正法律案"이라는 형태로 이루어진다(법제처, 『법령입안심사기준』, 1996, 201면).

17) 현재 일본에서는 새로운 자금조달수단으로서 동산담보 및 채권담보제도에 관한 논의

정비는 이번 개정에서 이루어지지 못했다. 결과적으로 일본에서도 전형담보제도에 관해서는 제정 당시의 민법규정에 대한 실질적인 개정은 거의 없었으므로, 담보거래에 대한 거래관행과 법률의 간격이 더욱 벌어지고 있는 상황에서 담보법제의 현대적 정비에 대한 필요성은 여전히 남아 있는 것으로 볼 수 있다.

2. 각계의 개정논의의 수용 여부

일본의 담보법 개정에 관해서는 학계와 실무계를 중심으로 개정논의가 다양하게 전개되었다. 특히, 학자들로 구성된 담보법개정위원회¹⁸⁾에서는 '저당권법 개정 중 중간시안'¹⁹⁾을 발표하였고, 일본의 경제단체연합회 경제법규전문부회에서는 '법제심의회에서 심의 중인 담보 및 집행법제의 제정도에 관한 코멘트'²⁰⁾를 발표하였다. 아래에서는 이러한 개정법 이전의 개정논의를 검토하고 개정내용과 비교한다.

담보법제연구회의 개정시안은 첫째, 저당권에 기한 방해배제청구권을 명문화하고 적체제도의 폐지·단기임대차제도의 대폭적인 개정, 둘째 토지와 건물이 동일한 소유자에게 귀속한 경우에는 건물에 대해서만 저당권을 설정할 수 없도록 하여 법정지상권을 폐지할 것, 셋째 저당권자의 저당물건에 대한 강제관리제도의 도입, 넷째 근저당권에 관해서는 근저당권자의 영업양도·공동근저당·설정자에 의한 원본확정청구·근저당권자에 의한 원본확정통지·원본확정사유에 관한 조문의 개정안을 제시하였고, 다섯째 동산이나 유동집합물의

가 진정되고 있다(山野目章夫 외, "新しい資金調達手段と動産擔保・債權擔保等の制度構想", 『金融法務事情』 No.1666, 金融財政事情研究会, 2003. 2, 21頁 이하; 西田章, "企業法制研究会(擔保法制研究会) 報告書の概要-不動産擔保から事業の収益性に着目した資金調達へ-", 『金融法務事情』 No.1666, 金融財政事情研究会, 2003. 2, 15, 13頁 이하 등).

18) 담보법개정위원회는 민법개정에 관해 학계에서 검토를 하고 개정초안을 준비하기 위하여, 2001년 3월 민법학자와 민사소송법학자 7명이 모여서 장래의 민법개정의 준비를 위해 만든 단체로, 최초의 심의대상을 담보법으로 하였다는 점에서 명칭을 담보법개정위원회라고 정하였다. 특히 그 명칭을 연구회라고 하지 않고 위원회라고 한 것은 단순한 학자들의 연구모임이 아니라 입법초안을 기초하는 것을 목표로 하는 것을 구성원이 자각하기 위한 이유라고 한다(內田貴/大村敦志/角紀代恵/道垣内弘人/中田裕康/山本和彦, "抵當權法改正中間試案の公表(民法改正試案 vol.1)", 『ジュリスト』 No.1228, 有斐閣, 2002. 8, 182頁).

19) 이 시안(試案)은 內田貴 외, "抵當權法改正中間試案の公表(民法改正試案 vol.1)", 185頁 이하에 발표되었다.

20) 이 내용은 經濟團體聯合會經濟法規全文部會, "擔保・執行法制の見直しに關する基本的考え方-法制審議會で審議中の擔保及び執行制度の見直しに關するコメント-", 『NBL』 No.733, 商事法務, 2002. 3, 67頁 이하에 게재되어 있다.

비점유담보제도의 신설 및 기업재산에 대한 통합적인 담보제도에 관한 장기적 개정과제를 제시하였다.²¹⁾

일본의 경제단체연합회에서 주장한 개정사항으로는 첫째, 단기임대차제도의 폐지와 저당권자심사형차가권(抵當權者審査型借家權)의 신설,²²⁾ 둘째, 척제제도의 폐지와 신탁담보권소멸제도의 신설, 셋째 저당권에 기한 저당물건관리제도의 신설,²³⁾ 넷째 동산선택특권의 행사요건의 제정으로,²⁴⁾ 다섯째 담보권실행에서의 대금반환청구권의 명확화, 여섯째, IT관련설비와 소프트웨어 등의 지적재산권에 관한 포괄적 담보권설정 및 환가방법의 신설 등이 있었다.

위와 같이 일본의 담보법개정작업에는 법제심의회 뿐 아니라, 실무계·민간단체 및 학계도 개정논의에 자발적·적극적으로 참여하여 비교적 단기간의 개정작업을 통해 이루어진 집중적인 개정논의의 내용을 선택적으로 수용함으로써 효율적인 개정작업이 이루어진 것으로 볼 수 있다. 그러나, 중간시안에 포함되었던 유치권, 질권, 법정지상권 등은 법안제출기한에 쫓겨 제외되었고, 담보제도의 근본적인 사항 및 현대적 담보제도에 대한 검토가 없었다는 점에서 한계를 보이고 있다.

21) 内田貴 외, 『抵當權法改正中間試案の公表(民法改正試案 vol.1)』, 184頁.

22) 저당권자심사형차가권은 정상적인 임차인을 보호하고 부동산의 소유자나 저당권자에 의한 부동산의 수익성과 환가치의 유지를 위해 임차인이 건물임대차계약의 내용에 관해 임차권설정 전의 저당권자 전부의 동의를 얻은 경우에는 그 취지를 등기함으로써 계약기간이 남은 경우에는 계약기간에 관계없이 대수인이 당해 건물의 임대차계약을 인수하는 제도를 말한다(經濟團體聯合會經濟法規全文部會, 『擔保・執行法制の見直しに關する基本的考え方-法制審議會で審議中の擔保及び執行制度の見直しに關するコメント-』, 67頁).

23) 저당물건관리제도는 기존의 제도 중 채권자가 채무자의 부동산을 관리하는 강제관리제도는 저당권에서는 인정되지 않기 때문에 물건소유자가 관리를 하지 않거나 점유자에 의한 경매의 방해 등의 문제가 있으므로, 저당권자의 경매신청 후에는 법원이 저당권자의 신청에 의해 저당물건의 가치가 감소하는 경우에는 저당물건의 관리개시를 결정하고 관리인을 선임하는 것을 말한다(經濟團體聯合會經濟法規全文部會, 『擔保・執行法制の見直しに關する基本的考え方-法制審議會で審議中の擔保及び執行制度の見直しに關するコメント-』, 68頁).

24) 현행 일본 민법에서는 동산매매에 있어서 대가나 이자에 관해서는 매매의 대상으로 된 동산에 선택특권이 인정되고 있다. 그러나 선택특권을 실행하기 위한 경매에서는 민사집행법에 의해 집행관에게 목적동산의 제출 또는 목적동산의 점유자에 의한 압류승낙서의 제출이 절차개시요건이지만, 실제로는 목적동산을 점유하고 있는 채무자로부터 임의의 협력을 기대할 수 없는 경우가 많으므로 비점유의 선택특권을 실행하는 것이 곤란한 경우가 많다. 따라서, 일정한 서면에 의해 선택특권의 대상인 동산의 특정이 가능한 경우에는 동산경매절차를 개시할 수 있을 것을 주장한 바 있다(角田博, 『經団連の擔保・執行法制の見直しに關するコメントに於いて』, 66頁).

(일본의 담보법 개정과정에서 각계의 개정논의와 개정내용의 비교)

경제단체연합회의 제안	개 정 내 용	담보법개정위원회 시안
<ul style="list-style-type: none"> ○단기임대차제도의 폐지·저당권자심사형차기권의 신설 ○척제제도의 폐지와 신담보권소멸제도의 신설 ○저당권에 기한 저당물건관리제도의 신설 ○동산선취특권의 행사요건의 재검토 - - - ○IT관련설비와 소프트웨어 등의 지적재산권에 관한 포괄적 담보권설정 및 환가방법의 신설 ○담보권실행에서의 대금반환 청구권의 명확화 - 	<ul style="list-style-type: none"> ○단기임대차의 폐지 및 전물명도유예제도의 신설 ○저당권실행 전의 척제권자에의 동지의무 및 증가매수의무 폐지와 저당권소멸청구 신설 ○부동산의 수익에 대한 저당권의 효력 ○고용관계에서 선취특권범위의 확대 ○지명채권의 채권질 ○근저당권자의 원본화정청구권 개정 및 원본불발생을 확정사유에서 제외 ○일괄경매제도의 도입 - - - 	<ul style="list-style-type: none"> ○단기임대차제도의 대폭적인 개정 ○척제제도의 폐지 ○저당권자의 저당물건에 대한 강제관리제도의 도입. - - ○근저당권자의 영업양도·공동근저당·설정자에 의한 원본화정청구·근저당권자에 의한 원본화정동지·원본화정사유에 관한 개정안 - ○기업재산에 대한 통합적인 담보제도에 관한 장기적 개정과제 및 동산이나 유동집합물의 비점유담보제도의 신설 - ○법정지상권의 폐지 ○저당권에 기한 방해배제청구권의 명문화

3. 개정내용의 평가

(1) 개 설

일본은 1990년대에 이르러 이른바 거품경제가 붕괴된 결과, 불량자산의 처리가 사회적·법적 문제로 등장하게 되었다. 그 중 특히 교환가치가 하락한

부동산담보의 처리문제는 금융계에 있어서 시급한 문제로 부상하게 되었다. 이러한 문제의 해결을 위해 '일본경제의 재생'이라는 차원에서 경매절차의 원활화·신속화 및 이를 위한 단기임대차제도의 재검토, 강제관리제도의 도입, 최저매각가액제도의 폐지 등 담보제도 및 집행제도의 개혁이 제안되었다.²⁵⁾

또한, 1999년 11월 24일 일본 최고재판소는 불법점거로 경매절차가 침해되어 담보물의 교환가치가 하락할 우려가 있거나 저당권자의 우선변제권이 방해받게 된 경우, 저당권자가 소유자를 대신하여 담보물의 명도청구를 할 수 있도록 하여 기존의 판례를 변경하는 등,²⁶⁾ 일본에서는 실무상의 필요에 의해 1999년을 기점으로 기존의 담보제도에 대한 재평가가 시작되었다.

따라서, 일본의 담보법제개정작업은 이론적인 측면보다는 실무적인 차원에서 그리고 집행제도의 효율화라는 차원에서 착수되었고, 개정내용의 상당부분도 집행에 관련된 담보제도를 위주로 정비가 이루어졌다. 일본에서도 저당권제도의 개선에 관해 종래에는 저당권과 이용권의 조정이라는 측면에서 논의가 되었으나, 이번 개정법에서는 주로 신속하고 원활한 저당권실행의 확보라는 점에서 초점이 맞추어졌다.²⁷⁾ 이러한 점에서 일본의 개정담보법의 특징은 다음과 같다.

(2) 채권회수수단으로서의 저당제도의 효용성 제고

개정법은 집행방해를 제거하고 집행상의 비용을 감소시키기 위해 저당제도의 효용성을 높여 채권회수수단으로서의 기능을 발휘하도록 하였다. 이에 관한 개정사항으로는 불법점유에 의해 집행방해의 저지, 방해적 단기임대차제도의 개선, 적제제도의 폐지, 강제관리제도의 신설 등이 있다.

특히, 집행방해의 문제를 야기해온 단기임대차의 대항력을 부정하여 저당권보다 후순위의 임대차는 저당권자나 경락인에게 대항할 수 없도록 하였다. 단, 이 경우 임차인에게는 6개월간의 명도유예기간을 인정하였다. 또한, 담보권실행을 위한 경매절차에서 담보권자 및 제3취득자의 이익을 보호하였다. 개정법은 적제제도 대신 저당권소멸청구권을 신설하여, 저당권소멸청구권자를 저당부동산의 소유권을 취득한 제3자로 한정하였다. 그리고, 저당권실행통지

25) 1999년 2월 26일 일본의 경제전략회의는 이러한 내용을 담은 '일본경제재생을 위한 전략'이라는 보고서를 오부지(小淵)수상에게 제출한 바 있다.

26) 最大判 1999.11.24. 民集53卷8号, 1899頁, 判時1695号 40頁.

27) 大島和夫, 『抵當權制度をめぐる立法と判例』, 72頁.

의무를 폐지하여 저당권자가 저당권을 실행하는 경우에는 사전에 제3취득자에게 저당권실행통지를 할 필요가 없게 되었다.

저당권소멸청구제도에 관해서는 증가경매나 자기매수의무가 폐지되었으므로 후순위저당권자가 잉여가 없어서 취소될 수 있는 경매를 신청하는 방법으로 저항하는 것에 대한 제재방법이 없으므로, 임의매각을 촉진하기 위해 저당권소멸청구제도를 이용하는 것은 기대하기 어렵다는 비판이 있다.²⁸⁾

또한, 그러나, 저당권의 수익집행제도에 관해서는 기존의 강제관리제도가 거의 사용되고 있지 않다는 점, 적절한 관리임의 선임 여부 등 수익집행제도에 따른 비용에 대비한 효율성이라는 점에서 의문을 제기하는 견해도 있다.²⁹⁾ 이에 따르면, 임대물건의 수익성이라는 점에서는 수익집행제도가 물상대위보다 유리하지만, 관리인이 새로운 임대차계약을 체결하는 경우에는 경매가 예상되는 임대물건의 경우에는 임차인의 보호가 약화되므로 우량한 임차인을 입주시키는 것이 곤란하게 된다는 점을 들고 있다.

(3) 저당권의 효력범위의 확대

개정법은 저당권의 효력범위를 확대하였다. 즉, 과실에 대해서는 저당권의 효력이 미치지 않는다는 일본 민법 제371조를 개정하여 과실에도 저당권의 효력이 미치는 것으로 개정하였다. 그러나, 이에 관해서도 제371조의 개정은 임료채권에 대한 물상대위를 인정한 판례³⁰⁾를 성문화한 것에 불과하고, 이에 의하더라도 저당권의 효력을 확장한 것은 아니라는 비판이 있다.³¹⁾

또한, 일괄경매제도를 도입하여 저당권설정 후 저당권설정자 이외의 자가 저당토지에 전물이 신축된 경우에도 토지저당권자가 전물을 일괄하여 경매할 수 있도록 하였다. 단, 이 경우에는 토지의 매각대금에서만 우선변제를 받을 수 있다.

(4) 저당권자 및 근저당권자의 지위강화

개정법은 근저당권자의 지위를 강화하였다. 근저당권의 확정청구권의 행사에 있어서 기존에는 확정기일을 정하지 않은 근저당권은 설정 후 3년이 경과

28) 松岡久和, 『擔保・執行法改正の概要と問題點(上)』, 『金融法務事情』 No.1687, 金融財政事情研究會, 2003. 10. 24頁.

29) 松岡久和, 『擔保・執行法改正の概要と問題點(上)』, 22頁.

30) 最大判 1999. 11. 24. 民集53卷8号, 1899頁.

31) 松岡久和, 『擔保・執行法改正の概要と問題點(上)』, 21頁.

되면 설정자가 확정청구를 할 수 있었으나, 개정법에서는 원본의 확정기일을 정한 경우 외에는 근저당권자가 언제든지 원본확정을 청구할 수 있도록 하여 근저당권의 실행을 용이하게 하였다.

또한, 저당권에 우선하던 단기임대차제도를 폐지하면서 등기된 임대차에 한하여, 저당권보다 후순위의 임대차는 저당권자 전원의 동의를 얻어 이를 등기한 경우에만 저당권자에게 대항할 수 있도록 하였다. 그러나, 저당권자의 동의를 하지 않는 경우가 예상되기 때문에 그 실효성이 의문시된다.

4. 우리 담보법개정에 대한 시사점

2003년 일본의 담보법제의 개정은 담보실행의 효율성을 주목적으로 하여 민사집행법을 주요 개정대상으로 하였고, 이러한 개정에 수반되는 민법규정의 일부를 개정하는 방식으로 이루어졌다. 따라서, 일본 민법 중 담보권규정의 개정도 집행제도와 관련되는 일부에 그치고 있다. 반면, 현재 진행 중인 우리 민법개정작업 중 담보권개정은 민법규정의 수적인 부족으로 인해 관례와 거래계의 관습을 근거로 운영되고 있던 담보제도에 대해 명확한 법적 근거를 제시하는 것을 주내용으로 하고 있다. 이러한 점에서 일본의 담보법개정과 우리 민법 중 담보권규정의 개정은 그 개정방향에서부터 차이가 있다. 다만, 담보권은 그 실행이 예견되고 있으므로 집행제도와는 불가분의 관련성을 갖고 있지만, 이번 민법 개정안에서는 담보권의 실행에 관한 논의는 매우 부족하다는 점에서 개정된 일본 담보법의 내용을 참고할 필요는 있을 것으로 생각된다.

또한, 일본의 개정 담보법은 집행제도의 비효율성으로 인한 담보권자의 보호 및 집행절차의 신속화를 주된 방향으로 설정하고 있다. 그러나, 우리 나라에서는 가장 보편적으로 활용되고 있는 근저당권의 경우에는 조분수의 절대적 부족으로 인하여, 주로 채권자가 작성한 근저당권설정계약서 및 은행여신거래기본약관 등의 약관을 통하여 운영이 되어 왔기 때문에 채권자의 입장이 근저당권의 법률관계에 충분히 반영이 되어 온 것으로 볼 수 있는 반면, 채무자 또는 설정자에 대한 법에 의한 보호는 충분치 못한 실정으로 보여진다. 이번 개정안에서도 이러한 점을 고려하여 근저당권의 피담보채권적격을 획정하여 보통저당권과 근저당권 및 포괄근저당권에 대한 차별성을 설정단계에서부터 구별하여 채권자에 의한 과잉담보의 문제를 해결하려는 시도를 하고 있다. 즉, 일본의 개정 담보법은 담보권자의 보호를 주목적으로 하고 있지만, 우리 개정안은 채무자 또는 설정자의

보호를 주목적으로 하고 있다는 점에서 입법의 방향에서 많은 차이점이 있다.

이와 같이 일본의 개정 담보법과 우리 민법개정안 중 담보권규정은 출발에서부터 많은 차이를 가지고 있으므로, 일본의 개정 담보법의 시각에서 우리 개정안을 투명하는 것을 그리 정확하지 못한 법비교의 방법이 될 우려도 있다. 다만, 일본이 담보제도를 운영하면서 발생한 담보권의 비효율성의 문제를 집행법의 개정을 통하여 해결하였다는 점은 현재 진행 중인 우리 민법개정작업의 범위에 있어서는 중요한 고려사항이 될 수 있을 것으로 생각된다.

IV. 우리 민법 중 담보제도의 개정논의와 개정안의 내용

1. 담보제도의 개선에 관한 종래의 논의

(1) 민법개정작업 이전의 담보제도의 개정논의

민법개정작업이 착수되기 이전에도 학계에서는 담보법에 대한 개정의견이 간헐적으로 주장되었다. 개정 작업 이전에 논의된 개정사항으로는 주로 선진 담보제도의 도입을 목적으로하는 것으로서 유통저당제도의 도입, 소유자저당권의 도입 등의 입법의견이 주장되었고, 실무적인 필요에서는 근저당권규정의 보완 및 저당목적물의 변동가능성과 같은 의견이 주장되었다.

현재 진행 중인 개정작업에서는 근저당권에 관한 구체적인 규정을 신설하는 것을 주요 개정내용으로 하고 있고, 저당제도의 근간에 관한 내용들은 대부분 개정범위에서 제외되었다. 이러한 이유는 후술하는 민법개정위원회의 물권법 개정의 기본원칙이 소극적으로 설정되어 있다는 점과 개정작업착수 당시 법무부가 개정시한을 촉박하게 잡아서 개정범위가 축소될 수밖에 없다는 점을 들 수 있다. 아래에서는 민법개정작업이 개시되기 이전에 학계에서 논의되었던 담보제도에 관한 입법의견을 소개한다.

(2) 유통저당제도의 도입

근래의 부동산담보권에 관한 쟁점 중의 하나가 저당권의 유통화에 관한 문제였다. 법학계에서도 90년대부터는 저당권의 유통화에 관한 연구가 활발하게 진행되어 왔고,³²⁾ 1998년에는 '자산유통화에 관한 법률(법률 제5555호)'이

32) 이에 관한 연구결과로는 고용철, "저당권의 유통화에 관한 연구" 충남대 박사학위논문.

제정되었다. 그러나, 이 법은 당시의 시장경제적 목적을 위한 것으로 민법상의 저당권 및 근저당권과는 이론적으로 부합하지 않는 상태로 존속하고 있다.

민법학계에서도 저당부동산에 대한 효율적인 담보가치의 활용이라는 측면과 저당제도의 발전이라는 측면에서 유동저당제도의 도입이 주장되었다. 이러한 주장은 입법의 방식으로 저당증권의 발행에 관한 특별법을 민법에 흡수해서 민법상의 담보제도로 구성할 것을 제안하기도 하였다.³³⁾ 한편, 저당권의 유동화를 주장하면서도 우리 나라의 저당제도의 미숙, 등기제도의 불비, 자본시장의 불안정 등으로 현실적으로 저당권의 유동화를 위한 저당제도의 근본적인 개정은 어려울 것이라는 현실론도 제기되었다.³⁴⁾

이러한 저당권의 유동화를 위한 이론적 및 제도적 전제로는 첫째 공시원칙의 강화, 둘째 공신력의 확장, 셋째 순위확정의 원칙의 채택, 넷째 저당권의 존속기간의 보장, 다섯째 무인담보권(無因擔保權)의 인정 등을 들고 있다.³⁵⁾ 그러나, 유동저당권은 이와 같이 현행 부동산담보물권제도에 관한 근본적인 변혁을 전제로 하는 것이므로, 이에 대한 구체적인 개정안은 제시되지 못하였다.

(3) 저담목적물의 변동

저당권의 효력범위에 관한 민법 제358조에 제2항을 신설하여 저담목적물에 관한 문제점을 개선하자는 입법의견이 제시되었다. 그 이유로는 첫째, 일몰일 권주의를 엄격하게 적용하면 경제적 의미의 물건과 법적 의미의 물건이 일치하지 않는 경우가 발생하여 거래실무와 맞지 않게 되므로 법원직이 경제적 통념에 접근해야 한다는 점, 둘째 토지와 건물을 별개의 부동산이므로 각각에 대한 저당권을 설정하여 하나의 피담보채권을 담보하기 위해 공동저당권을 설정해야 하는 등 부잡한 법률관계를 야기하므로 건물과 토지를 통합하여 한 개

1991: 김상용, 「저당권유동화의 필요성과 그 전제조건」, 『고시계』, 498호, 고시계사, 1998, 8; 문길섭역, 「부동산의 증권화」, 한국경제신문사, 1998; 서춘식, 「저당권제도의 현대적 과제에 관한 연구(저당권의 유동화를 중심으로)」, 전주대 박사학위논문, 1991; 송근수, 「일본의 저당증권제도에 관한 연구」, 『동의법정』, 11집, 동의대 지역사회개발연구소, 1995; 신진민, 「저당권의 증권화에 관한 연구」, 경북대 박사학위논문, 1992; 윤부찬, 「저당권의 유동화에 관한 연구」, 연세대 박사학위논문, 1997; 전명원, 「저당권의 유동화」, 『사회문화연구』, 11집, 대구대, 1992 등이 있다.

33) 이은영, 「물권법의 개정방향」, 『민사법학』, 17호, 한국민사법학회, 1999, 111면.

34) 박종관, 「저당권의 개정안」, 『민사법학』, 16호, 한국민사법학회, 1998, 37면.

35) 김상용, 『물권법(개정판)』, 법문사, 1999, 683면; 이은영, 『물권법(개정판)』, 박영사, 2000, 734면.

의 저당권의 재제로 인정할 필요가 있다는 점, 셋째 부동산과 그 안의 동산을 일괄하여 담보함으로써 효율적인 담보권의 교환가치와 담보가치를 효율적으로 파악할 수 있다는 점 등을 들고 있다.³⁶⁾

(4) 소유자저당권의 인정

저당권은 선순위저당권이 소멸하더라도 후순위저당권자의 순위승진이 일어나지 않고, 소유자가 그 선순위저당권을 보유할 수 있도록 하는 것이 합리적이므로 소유자저당권을 도입할 필요가 있다는 견해가 있다. 이를 위해서는 우선, 부동산의 소유자가 일시적으로 자기를 위해 저당권을 보유할 수 있는 혼동에 대한 예외규정을 둘 필요가 있고, 순위확정의 원칙을 채택하여 저당권자와 설정자가 합의하여 저당권의 순위를 변경할 수 있는 규정의 신설이 제안되었다.³⁷⁾

(5) 근저당권규정의 보완

현행 민법상의 근저당권규정은 그 조문의 수가 절대적으로 부족하기 때문에, 실제 거래에서 발생하는 분쟁해결에 있어서는 역부족이라는 것이 민법학계의 보편적인 의견이었다. 따라서, 이러한 문제에 대한 해결책으로는 학설과 판례 및 거래계의 실태를 반영한 구체적인 조문의 신설이 가장 시급하다는 점에 대해서는 이론의 여지가 없었다.

이에 대한 구체적인 보완사항으로는 피담보채권의 확정사유와 시기의 명시,³⁸⁾ 물상보증인의 보호를 위한 확정청구권의 신설,³⁹⁾ 피담보채권의 범위제한을 위한 기본계약의 존재필요성,⁴⁰⁾ 포괄근저당권에 관한 명시적인 규정의 신설 등의 다양한 의견이 제기되었다.

2. 민법개정작업의 경과

민법은 시행 후 11번의 개정이 있었으나 그중 8회의 개정은 가족법과 부

36) 이은영, "물권법의 개정방향", 110면.

37) 박종관, "저당제도의 개선방향", 『민사법학』 15호, 한국민사법학회, 1997, 48면; 이은영, "물권법의 개정방향", 110면.

38) 박종관, "저당권의 개정안", 39면; 이은영, "물권법의 개정방향", 115면.

39) 박종관, "저당제도의 개선방향", 50면.

40) 이은영, "물권법의 개정방향", 115면.

칙만의 개정이었고, 재산편은 단 2회의 부분적인 개정만이 있었다. 이로 인하여, 새로운 거래형태를 규율하는데 많은 어려움이 발생하고 있다. 그러나, 세계적인 사법(私法)의 통일화라는 현대적 추세에 발맞추기 위해 법무부는 1999년 2월 5일 대법원, 대한변호사협회와 시민단체 등 21개 관련단체로부터 개정의견을 취합하고 한국민사법학회에 민법개정작업점에 대한 연구용역을 의뢰하는 등 개정의견수렴을 하였다. 1999년 2월 1일, 법조계와 학계의 전문가 13인으로 구성된 '민법개정특별분과위원회'⁴¹⁾를 법무부 산하에 구성하여 민법개정작업에 본격적으로 착수하였다. 이후, 개정위원회에서는 2001년 6월에 민법개정초안을 마련하고, 이 초안을 기초로 개정위원 3명으로 구성된 민법개정실무위원회에서 검토·수정 후, 2001년 11월 민법개정시안을 발표하였다.⁴²⁾

한편, 담보권을 포함한 물권편의 개정에 관해서 민법개정위원회는 다음과 같은 기본원칙을 설정하였다.⁴³⁾ 첫째, 현행 민법의 입법자가 채택한 민법의 기본원칙을 존중한다.⁴⁴⁾ 따라서, 급작스러운 변화를 도모할 경우 물권적 법률관계에 초래될 혼란을 염려하여 토지공개념의 도입, 등기의 공신력인정, 소유자지당제도의 도입 등은 개정대상에서 제외되었다. 둘째, 이론적 세련미를 추구하기보다는 현실적인 법률관계에서 합리성을 도모한다.⁴⁵⁾ 셋째, 현행법의 해석에 관하여 학설의 대립이 있는 사항을 입법에 의해 어느 한 방향으로 치우쳐도록 하는 것은 피한다.⁴⁶⁾ 넷째, 대법원 판례가 확고한 입장을 취하는 경

41) 정식명칭은 법무부의 법무자문위원회 '민법(재산법)개정특별분과위원회'이다. 이하 '개정위원회'라고 한다.

42) 민법개정작업은 현재에도 진행 중에 있으나, 공식적으로 발표된 민법개정안은 이 개정시안이 가장 최근의 것이므로, 아래에서는 이 개정시안을 중심으로 한다. 한편, 개정위원회에서는 '민법(재산법)개정의 취지(안)'을 발표하여, 첫째 민법전의 현실적합성을 강화하는 것, 둘째 민법전의 포괄성과 통일성의 확보하고 제고시키는 것, 셋째 국민들이 쉽게 이해하고 접근할 수 있으며 논리적으로 탄탄한 구성을 갖춘 법이 되는 것을 민법개정작업의 방향으로 설정하였다.

43) 이은영, "물권법개정의 초안", 『민사법학』 제19호, 한국민사법학회, 2001, 116~119면.

44) 이에 관한 내용으로는 소유권제도의 기본방향을 토지공개념으로 바꾼다던가, 등기의 공신력을 인정하는 것, 소유자지당제도의 도입 등에 관한 것을 들 수 있다.

45) 이는 현실적인 필요에 의해 발생한 관행을 법개정을 통해 제한하지 않는다는 의미이다. 다만, 그 관행이 불공정하거나 사회질서에 어긋한 경우에는 예외로 할 수 있다는 것으로 예를 들면, 관습법상의 법정지상권 중 선별적으로 성문화하여 법정지상권을 확대하지만, 관습법상의 분묘기지권에 관해서는 관습법의 존재는 인정하지만 그 확산이 토지질서에 미치는 부작용을 염려하여 성문화하지 않기도 한 점을 들 수 있다.

46) 민법 제186조의 부동산물권변동의 효력과 관련하여 점유를 이전받은 부동산매수인의

우에 입법으로써 판시내용을 뒤집지 않는다. 다섯째, 외국의 입법례를 참고로 하되 외국의 예를 맹종하지 않는다. 여섯째, 가등기담보법 등 특별법은 개정 대상에서 제외한다.⁴⁷⁾ 일곱째, 역사적인 의의가 있는 부분 및 학계에서 충분한 연구가 되지 않은 부분을 결속하게 개정하는 것을 피한다.⁴⁸⁾

현재의 민법개정안 중 담보물권편은 조문의 신설이 가장 많은 분야로, 특히 개정의 폭이 가장 큰 부분은 근저당권에 관한 내용이다. 개정안에서는 근저당권에 대해서 11개의 조문을 신설하는 안이 제안되었다. 이에 대해 개정위원회는 근저당권에 관한 법률관계의 명확화·정교화를 필요로 하는 금융거래의 요청에 부응하는 것으로, 이번 개정으로 인해 근저당권자, 채무자, 물상보증인, 후순위권리자 등의 법률관계가 구체적으로 정해지는 등 금융거래가 보다 합리적으로 전개되고, 재판에 대한 예측가능성이 높아져서 법적 안정성이 도모된 것이라고 밝히고 있다.⁴⁹⁾

개정위원회에서는 이러한 근저당권의 개정에 대해서도 다음과 같이 세 가지의 기본원칙을 정해두고 있다.⁵⁰⁾

첫째, 채무자와 근저당권설정자의 보호이다. 근저당권자에 대한 채무자나 근저당권설정자의 열악한 지위를 고려하여 이들을 근저당권자의 지나친 보호나 횡포로부터 보호하여야 한다. 둘째, 채무자와 근저당권자의 이익조정이다. 지나친 채무자의 보호는 근저당권자의 권리행사를 제한하게 되어 채무자의 신용경색을 초래하고 다른 비전형담보제도의 등장이 우려되므로 양자 사이의 이해조정을 이룬다. 셋째, 제3자의 보호이다. 채무자나 근저당권자 뿐 아니라 근저당권이 설정된 부동산에 대한 후순위담보권자나 제3취득자 등의 제3자의 보호 및 거래의 동적 안정도 고려해야 한다.

지위에 관한 규정을 신설하자는 의견이 제시되었으나, 이 부분은 학설대립이 심한 사항이므로 입법을 보류하기로 결정하였다.

47) 가등기담보법 및 부동산실명법의 실체법적 규정을 민법에 흡수하자는 의견도 있었으나, 각 특별법은 그 입법배경이 다르면 규정의 체계도 민법과 다르므로, 이번 개정에서는 제외되었다.

48) 이러한 예로는 점유제도·상관관계·지역권에 관한 규정 등이 현재에는 빈번히 이용되지 않거나, 현실과 괴리가 있는 점이 인정되지만 그 제도 자체를 존치할 의의가 있는 한 그대로 유지하기로 하였다.

49) 이은영, "물권법 개정안에 관한 주제발표", 『민법(재산권)개정 공청회』, 법무부, 2001. 12. 13. 82면.

50) 이상경, "근저당권개정에 관한 입법론적 연구", 『법조』 527호, 법조협회, 2000. 8. 49면.

3. 민법개정안 중 담보권의 개정내용

(1) 개 관

현재 법무부 민법개정특별위원회의 개정안의 내용 중 담보물권에 관한 사항으로는 질권의 준용규정에 관한 제343조의 개정과 근저당권에 관한 규정의 신설로 한정된다. 특히, 근저당권에 관해 신설될 조항으로는 근저당권의 피담보채권의 범위와 적격에 관한 조항(개정안 제357조의2), 피담보채권의 범위의 변경·최고액의 변경 등의 근저당권의 변경에 관한 조항(개정안 제357조의3, 제357조의4), 근저당권의 양도에 관한 조항(개정안 제357조의5~제357조의7), 상속과 합병 등의 포괄승계시 근저당권의 확정에 관한 조항(개정안 제357조의8~제357조의9), 근저당권의 확정청구에 관한 조항(개정안 제357조의10), 근저당권의 확정사유와 시기에 관한 조항(개정안 제357조의11), 최고액감액청구권에 관한 조항(개정안 제357조의12) 등이 있다.

이번 담보권개정안의 특징은 첫째, 일본민법의 규정을 답습하지 않고 고유의 특색을 살리려고 했다는 점이다. 개정안은 일본민법과는 달리 부종성의 예외를 허용하지 않아, 근저당권만의 양도나 공백저당권을 인정하지 않고 있다. 둘째, 설정자에게 최고액감액청구권을 인정하여 과다한 최고액의 부작용을 제거할 수 있도록 하였다. 셋째, 근저당권의 피담보채권적격을 일정한 유형으로 한정하여 포괄근저당권의 폐해를 줄이려고 하였다.⁵¹⁾ 넷째, 확정청구권을 인정하여 당사자가 확정기일을 약정한 때는 당사자의 합의를 존중하나, 약정이 없는 경우는 근저당권설정시부터 3년이 경과한 때에는 근저당권확정청구권을 행사할 수 있도록 하였다.

(2) 질권의 개정내용

질권에 관한 개정내용으로는 불권적 청구권을 명문으로 인정하였다는 점, 채권소멸시효가 질권에도 적용된다는 점을 명문화하였다는 점을 들 수 있다. 즉, 질권에 관한 개정조문으로는 준용규정에 관한 현행 민법 제343조 한 개로서, 제343조 본문에 소유물반환청구권에 관한 제213조, 소유물방해제거·방해예방청구권에 관한 제214조를 추가하여 이론상 인정되어 오던 질권에 기

51) "민법개정방향에 관한 과답회", 「인권과 정의」 293호, 한국변호사협회, 2001.1. 15면.

한 불권적 청구권을 명문화하였다. 그리고, 질권은 점유를 수반하므로 질권의 행사만으로는 그 담보채권의 소멸시효진행에 영향이 없다는 점이 유치권과 동일하므로 유치권의 피담보채권의 소멸시효에 관한 제326조의 규정을 제343조에 추가하여 질권에 준용되도록 하였다.

(3) 근저당권의 피담보채권적격(被擔保債權適格)의 신설

개정안 제357조의2는 피담보채권의 발생유형을 3가지로 한정하여 피담보채권의 적격을 인정하고 있다. 근저당거래의 실무와 관련해서 보면, 1호의 특정한 계속적 거래에서 발생하는 채권은 특정근저당권, 2호의 일정한 종류의 거래에서 발생하는 채권은 한정근저당권을 입법화한 것으로 볼 수 있고, 포괄근저당권에 관한 조문을 두지 않음으로써 원칙적으로 포괄근저당권을 금지하는 취지로 볼 수 있다.⁵²⁾

1호의 특정근저당권은 계속적 거래'계약'이라는 문구를 사용하여 특정한 기본계약의 존재를 요하고 있으나, 2호에서는 일정한 종류의 '거래'라고 하여 피담보채권의 적격과 범위를 확장하고 있다. 따라서, 반드시 기본계약의 존재가 근저당권이 성립요건으로 되는 것은 아니고, 1호의 특정한 기본계약은 2호의 일정한 종류의 거래에 대한 예시에 해당하는 것으로 된다. 따라서 근저당권의 부종성도 기본계약의 존재만으로 족하고, 피담보채권의 발생까지는 요하지 않는다는 점에서 성립상 부종성을 완화시키고 있다. 3호의 특정한 원인에 의해 계속적으로 발생하는 채권은 1호·2호가 원칙규정입에 반해, 이익균형상의 예외규정이라고 한다.⁵³⁾ 따라서, 채권자와 채무자간의 거래관계에 의하지 않는 경우에도 예외적으로 3호에 의해 근저당권으로 담보가능하게 된다. 따라서, 3호에 의하게 되면 근저당권의 피담보채권의 범위를 예외적으로 확장함으로써 포괄근저당권의 설정가능성을 제한하게 된다. 또한, 우회어음채권에 관해서는 규정을 두지 않음으로써 피담보채권적격을 인정할 수 없어 근저당권으로 담보되지 않는다. 거래에서 발생하는 어음·수표채권은 1호나 2호에 의해 담보되지만, 채무자가 발행한 어음·수표를 거래관계 외에서 채권자가 취득하는 양수채권의 경우에도 근저당권으로 담보할 수 없게 된다.

52) 법무부, 「민법개정의 착안권과 개정안」, 2000.9. 70면에서도 포괄근저당권을 금지한다는 입법취지를 밝히고 있다.

53) 이상경, "근저당권개정에 관한 입법론적 연구", 55면.

(4) 피담보채권의 확정에 관한 규정의 신설

1) 확정사유에 관한 규정

피담보채권의 확정에 관해서는 현행 민법은 침묵을 지키고 있어 대부분 관례와 학설에 의해 해결되어 왔으나, 관례와 학설도 확정사유의 통일적 기준 및 동일한 확정사유에 있어서도 확정시기에 대한 분명한 합의가 이루어지지 않은 실정이다. 따라서, 이러한 혼란의 해결을 위해 개정안에서는 제357조의11에서 확정사유와 그 시기를 규정하고 있고, 제357조의8과 제357조의9에서 상속과 합병의 경우에는 일정한 경우에 확정이 있는 것으로 보고 있다. 개정안에 의한 확정사유는 원본채권의 발생가능성이 소멸한 경우(제357조의11 1호), 경매절차 또는 채납처분으로 압류(동조 2호, 3호, 4호), 파산 또는 회사정리절차와 같은 법적정리절차(동조 5호), 및 기타 거래의 종료사유로 상속과 합병의 경우(제357조의8, 제357조의9)로 구분된다.

피담보채권의 확정사유와 확정시기에 관한 혼란의 해결을 위해 개정안 제357조의11에서 확정사유와 그 시기를 규정하고 있고, 제357조의8과 제357조의9에서 상속과 합병의 경우에는 일정한 경우에 확정이 있는 것으로 보고 있다. 확정의 유형은 근저당권자에 의한 확정사유와 근저당권자 이외의 자에 의한 확정사유로 구분된다.

제357조의11에서 들고 있는 확정사유와 시기로는 제1호에서 원본채권이 발생하지 않게 된 때를 규정하고 있다. 따라서, 채권자와 채무자간에 거래의 종료라고 인정될 수 있는 일정한 사건의 발생이 있는 경우에는 확정을 인정할 수 있다. 이러한 예로는 기본계약이나 일정한 거래에서 거래기간의 만료나 근저당권의 존속기간의 만료 등을 들 수 있다. 제2호에서는 경매신청 또는 압류신청에 의한 확정사유를 들고 있다. 경매개시결정이나 압류명령을 조건으로 하여 경매신청이나 압류신청시에 근저당권은 확정된다. 이 규정은 기존의 학설과 관례를 입법화한 것이라 할 수 있다. 또한 제3호에서는 이와 유사하게 채납처분으로 인한 압류를 역시 확정사유로 하고 있다. 제4호는 근저당권자 이외의 제3자의 경매신청이나 압류신청으로 인한 확정사유로, 경매개시결정이나 압류명령이 있었음을 안 때로부터 2주가 경과한 때 확정된다. 5호에서는 채무자나 근저당권자의 파산선고 또는 회사정리절차의 개시로 인한 확정을 규

정한다. 현재의 학설은 이 경우 확정시기에 관해 파산신청서 또는 회사정리절차신청서로 이해하는 견해도 있으나, 명문으로 확정시기를 규정하였다.

제357조의8과 제357조의9는 상속과 합병의 경우에 근저당권의 포괄승계에 관해 규정하고 있으나, 제357조의8 제4항은 상속개시 후 6개월 내에 채권자나 채무자의 변경등기를 하지 않은 경우에는 상속개시시에 확정된다고 규정하고, 제357조의9 제2항에 의하면 근저당권설정자는 합병시에도 확정청구권을 행사하여 피담보채권을 확정시킬 수 있게 된다. 따라서, 이 경우도 개별적인 확정사유로 된다.

2) 확정청구권에 관한 규정

개정안 제357조의10은 확정기간에 대한 약정이 없는 경우에는 근저당권설정서로부터 3년이 경과한 경우 설정자에게 확정청구권을 부여하고 있다. 확정청구권은 확정기간의 정함이 없는 경우에 근저당권설정자는 장기간에 걸쳐 근저당권에 의한 구속을 받는 불이익이 생기고, 이러한 구속으로부터 설정자를 보호할 필요에서 인정된 것이다. 채무자가 근저당권설정자인 경우에는 거래관계를 종료시켜 원본을 확정시킬 수 있으므로, 확정청구권은 물상보증인이나 제3취득자의 보호에 기여할 수 있다.⁵⁴⁾

이러한 확정청구권은 근저당권설정자의 일방적 의사표시에 의해 원본을 확정시키는 형성권이다. 또한, 이 규정은 강행규정이므로 근저당권자와 설정자 간에 확정청구권을 포기하는 특약은 무효로 된다.

확정청구권의 발생요건으로는 첫째, 확정기일의 정함이 없는 경우에 인정된다. 확정기간의 정함이 있는 경우에는 확정기일의 도래에 의해 당연히 확정되므로, 주로 제3자에 의한 근저당권의 확정이 필요한 경우에 실효성이 있다. 둘째, 확정청구권의 행사는 보존행위가 아니라 처분행위이므로 근저당권이 공유(共有)인 경우에는 근저당권자 전원에 대해 행사하여야 하고, 근저당권설정자가 여러 명인 경우에는 전원이 공동으로 행사하여야 한다. 확정청구권의 행사로 인한 확정시기는 청구서로부터 2주가 경과한 때이므로, 공유(共有)의 근저당권자 전원에 대한 확정청구권을 행사하는 경우에는 최후의 도달일로부터 2주가 경과해야 확정된다.⁵⁵⁾

54) 법무부, "민법개정의 착안결과 개정안", 83면.

55) 법무부, "민법개정의 착안결과 개정안", 83~84면.

(5) 최고액감액청구권에 관한 규정의 신설

개정안 제357조의12는 최고액감액청구권에 대해 규정하고 있다. 근저당권은 확정 후에도 이자나 지연이자에 대해서는 최고액까지 우선변제를 받을 수 있으므로, 확정된 피담보채권액이 최고액에 미달하는 경우에는 증가된 이자나 지연이자의 담보를 위해 근저당권을 실행하지 않고 그대로 방치하는 경우가 있다. 이 경우 후순위권리자나 제3취득자의 불이익을 방지할 필요가 있고, 확정 전에도 장래에 발생할 채권액을 과다하게 초과한 최고액을 설정함으로써 담보물에 대한 담보가치의 저하를 초래할 우려가 있으므로 근저당권설정자에게 최고액의 감액을 청구할 권리를 부여하고 있다.

최고액감액청구권도 역시 형성권으로 근저당권설정자에 의해 근저당권자에게 대한 일방적인 의사표시에 의해 효력이 발생한다.⁵⁶⁾ 또한, 감액의 범위에는 감액 청구시에 존재하는 피담보채권과 그 후 1년간의 이자나 지연이자가 포함된다.

V. 담보법개정작업의 과제

1. 민법개정의 유연성과 개정논의의 집약필요성

(1) 민법개정에 있어서 유연성의 확보

1958년 민법이 제정된 이래 1983년에 제정된 '가등기담보 등에 관한 법률'을 제외하고는 담보제도에 관한 민법의 정비는 이루어지지 않았다. 따라서, 이번의 민법개정안 중 담보제도에 관한 사항은 민법제정 후 최초이면서도 최대의 개정이라고 할 수 있다. 이러한 점은 우리 나라에서의 민법개정의 정적성과 함께 이번 개정작업의 중요성을 나타내는 것으로서, 이번의 담보법제의 개정을 통하여 그간의 담보거래현실과 규범의 부조화를 보완하는 것 뿐 아니라, 최소한 10여년 이상의 장기적인 관점에서 민법의 담보권규정이 제 기능을 할 수 있도록 개정될 필요가 있다.

이번의 담보권의 개정작업은 주로 근저당권에 초점이 맞춰져 있고, 그 동안 근거조문이 없이 거래계의 관행과 관례로 운영되어 오던 근저당거래에 대한 조문을 신설하여 법적 근거를 명확히 하는 것을 주요 내용으로 볼 수 있다. 그러나, 근

56) 이상경, "근저당권개정에 관한 입법론적 연구", 83면.

래의 담보거래의 다양화 및 새로운 담보제도의 실무적 운영, 특별법에 의한 담보권의 규율로 인한 민법상 담보권규정의 형해화(形骸化)라는 점에서 이번의 담보권에 관한 개정작업은 그 범위를 근거당권으로 한정함으로써 번혁의 격동기에 있는 담보거래환경에 비해 지나치게 소극적이라는 아쉬움이 있다.⁵⁷⁾ 이러한 현상은 민법의 개정에 대해 정부가 매우 경직되어 있다는 점에서 그 반복이 우려된다. 따라서, 민법개정에 있어서도 현실적으로 상설기구를 설치하기가 곤란하다면 일본의 개정작업과 같이 특정사항의 개정을 위해서 수시로 개정작업을 진행함으로써 민법규정의 사문화를 방지하고 규범력을 유지시키는 방안이 필요하다.⁵⁸⁾

(2) 개정논의의 집약필요성

또한, 이번 개정작업의 문제점 중의 하나는 민법개정안이 민법학자들로부터 많은 지지를 얻지 못하고 있다는 점이다. 민법개정을 위한 개정의견은 개정작업 이전부터 개별적으로 논의되어 왔다. 그러나, 이번의 개정작업이 법무부의 주도로 급작스럽게 추진되면서 그간의 개정논의를 최대한 집중하여 효율적으로 선택하지 못한 점도 없지 않다. 개정안에서는 학계에서 논의된 주요 개정사항⁵⁹⁾들이 대부분 개정시한에 쫓겨 제외되었다. 이러한 현상은 학계의 개정논의들을 효과적으로 집약하지 못한 때문으로 생각된다. 민법개정작업에 착수하기 전에 법무부는 대법원, 대한변협, 시민단체 등 21개 관련단체로부터 개정제시의견을 취합하고 한국민사법학회에 용역을 의뢰하는 등 광범위한 의견

57) 이에 대해서는 '개정의 주무부서인 법무부는 즉흥적으로 민법개정을 결정하였고, 실적주의·한탕주의에 따라 결과를 시급하게 도출하려고 위원회를 압박한 것으로 전해진다. 위원회 구성 당시 법무부 장관은 2000년 말까지 개정안을 마련하여 2001년 중에 국회에 제출하고자 하는 의견을 제시하였다. 이러한 사정 하에서도 위원회는 특히 졸속의 비난을 듣지 않고자 상당히 노력한 것은 일단 긍정적으로 평가되어야 한다'라는 견해가 있다(지원팀, "민법개정의 현황과 문제점", 『법과 사회』, 23권, 법과사회이론학회, 2003, 288면). 이러한 점은 민법개정위원회의 위원으로 참여한 학자도 동감하고 있다(백태승, "2000년도 회고 및 2001년도 전망, 민법", 『고시연구』, 321호, 고시연구사, 2000. 12. 38면). 따라서, 민법개정준비를 위한 기구를 상설화하거나 최소한 개정준비위원회만이라도 상설화할 필요가 있다는 견해도 주장된다(백태승, "2000년도 회고 및 2001년도 전망, 민법", 39면; 송덕수, "바람직한 민법개정방법과 법무부 민법개정시안", 『민법개정안의견서』, 민법개정연구회, 2002, 236면 참조).

58) 민법의 개정방법과 절차에 대한 제안으로는 송덕수, "바람직한 민법개정방법과 법무부 민법개정시안", 235~240면이 있다.

59) 이러한 예로는 등기의 공신택 인정 여부, 점유취득시효의 정비, 대상청구권의 조문화, 비전형담보에 대한 조문신설, 저당제도의 현대화 등을 들 수 있다.

을 수렴하였다고 하지만,⁶⁰⁾ 실제 개정의견을 제시한 경우가 그리 많지 않고 개정논의 자체가 그리 폭넓게 공론화 되지는 못했던 것으로 보인다.

민법개정위원회를 제외하고 개정논의에 가장 적극적으로 의견을 제시한 경우로는 2001년 민법개정공청회 이후 발족된 민법개정연구회(이하 '연구회'라 함)를 들 수 있다. 연구회에서는 각 개정안에 대해 회원들의 개정의견을 제시하고 개정안의 문제점에 관한 개별논문을 담은 『민법개정건의서』를 발간하여 민법개정안에 대한 비판 및 보완방안을 제시함으로써 민법개정논의를 공론화 시킨 것으로 볼 수 있다. 그러나, 연구회의 개정논의는 법무부의 중간시안이 발표된 이후에 시작됨으로써 시기적으로 늦은 감이 없지 않다. 이러한 점은 일본의 개정과정에서 법무성 법제심의회의 개정작업의 착수(2001년 5월)보다 이전인 2001년 3월에 이미 학자들로 구성된 담보법개정위원회가 발족되어 별도로 개정논의를 하고, 독자적인 개정시안을 발표함으로써 법제심의회의 개정작업에 많은 영향을 미쳤다는 점에서 비교된다.⁶¹⁾

또한, 민법개정작업의 범위가 가증법을 제외한 재산법 전분야를 대상으로 하고 있음에도 불구하고 학계의 개정논의는 수차례의 학회발표 등을 통해서 전분야를 망라적으로 진행했다는 점에서 개정논의가 집중되지 못했다. 따라서, 학계에서의 논의도 개정위원회의 소위원회에 대응되게 총칙분야·물권분야·채권총론분야·채권각론분야 또는 주요 쟁점별로 법인분야·법률행위분야·시효제도분야·담보제도분야·계약법분야·불법행위분야 등과 같이 전문분야별로 밀도있게 진행되어야 한다. 특히, 담보법분야에서는 금융계의 실무와 거래관행도 입법에서는 매우 중요한 내용이므로 금융계의 개정의견을 적극적으로 개진될 수 있도록 개정위원회에 금융계의 실무자를 참여시키는 방안도 고려할 필요가 있다.

2. 담보제도개선을 위한 추후과제

(1) 현행 규정의 실용적 정비

현재 민법상의 담보제도로는 저당권·질권·유치권만이 있고, 그 외에는 특별법에 의해 운영되고 있다. 이처럼 민법상의 담보권은 종류도 제한되어 있을

60) 정기용, "민법개정 추진경과", 3면.

61) 일본에서는 법무성의 개정작업은 2001년 5월에 본격적으로 착수되었지만, 개정분위기는 1999년부터 이미 무르익기 시작했다는 점을 참고할 필요가 있다.

뿐만 아니라, 활용도도 낮은 편이다. 동산질권은 그 활용도가 극히 미비하고, 유치권의 경우에도 동산유치권보다는 주로 진물의 진속비나 보수비를 담보하기 위해 설정되는 경우에 편중되어 있고, 저당제도의 경우에는 단순저당권은 거의 설정되지 않고 주로 근저당권(포괄근저당약정 포함)이 설정되고 있는 실정이다.

따라서, 현재의 민법전의 담보제도 중 사문화된 규정은 삭제하거나 실제 담보거래에 적용될 수 있도록 정비하여야 한다. 한편, 조문이 충분치 못하여 그 운영을 판례나 학설에 맡기고 있는 경우에는 거래관계에 적합하도록 새로운 조문을 신설하는 것도 고려할 필요가 있다. 그러나, 담보물권을 포함한 물권법은 계약법과 달리 일물일권주의, 물권법정주의, 부종의 원칙 등의 물권법의 기본원칙이 엄격하게 적용되고 있는 분야로서, 개별적인 담보제도에 대한 도입이나 정비에 있어서는 이러한 기본원칙과의 충돌이 주로 문제가 되므로 장기적인 연구가 필요한 부분이다.

(2) 특별법 및 관습법의 정비와 민법으로의 수용

현재 담보제도에 관한 특별법으로는 입목에 관한 법률, 가등기담보에 관한 법률, 공장저당법, 광업재단저당법, 자동차저당법, 건설기계저당법, 항공기저당법, 자산유동화에 관한 법률, 주택저당채권유동화회사법, 담보부사채신탁법, 상법상의 선박저당권(제871조) 등이 있다. 이와 같이 현행 담보제도는 개개의 담보권별로 또는 담보목적물별로 특별법을 제정하여 운영하고 있으므로, 실제로 민법의 담보규정은 이러한 특별법상의 담보권의 운영을 위한 이론적·입법적 기초규정으로서의 역할에 그치는 경우가 많다.

이러한 특별법상의 담보제도는 가등기담보에 관한 법률을 제외하고는 대부분 저당제도에 해당된다. 이러한 현상은 민법상의 저당권규정이 현실의 저당거래에 적용되는데 많은 한계가 있음을 나타내고 있다. 따라서, 민법의 저당권조문은 저당권에 관한 기본원칙을 규정하는 정도에서 벗어나 현실적인 저당거래를 규율할 수 있을 정도로 현실화되어야 한다.

즉, 동산저당제도와 같이 민법 및 담보법의 기본원칙에 변혁을 가하지 않고서도 민법으로 수용할 수 있는 경우는 가급적 민법으로 편입시킬 필요가 있고, 공장재단저당법·광업재단저당법·입목에 관한 법률·자산유동화에 관한 법률·주택저당채권유동화회사법 등과 같이 일물일권주의 및 부종의 원칙과 같은 민법의 기본원칙을 수정해야 하는 경우에는 장기적인 연구를 통해 민법

으로 편입하는 방법을 모색할 필요가 있다. 또한, 동산양도담보 및 (유동)집합동산양도담보·소유권유보·환매권부매매 등과 같이 학설·판례에 의해 해결되는 담보제도의 입법화를 위한 논의도 시급한 것으로 생각된다.⁶²⁾

(3) 신종담보제도의 도입 및 담보법의 국제적 통일화작업에 대한 대비 필요성

기존의 담보제도는 담보목적물 자체가 갖는 교환가치를 일시적으로 담보권자가 지배함으로써 채권변제를 확보하는 수단에 불과하였지만, 근래에는 단순히 채권변제를 확보하는 수단뿐 아니라, 금융자본의 투자를 매개하는 가치권으로서의 역할이 부각되고 있다. 따라서, 각종 재산을 담보화하고 저당권의 유통성을 강화함으로써 채무자의 채권을 대량으로 취득하는 금융자본에 의한 산업의 지배를 초래할 것이라는 예견도 있다.⁶³⁾ 이러한 현상에 따른 담보제도의 기능은 투자매개기능, 기업가치의 일체적 파악 등으로 요약될 수 있다.

담보권의 투자매개기능은 현재 우리 나라의 담보제도에서는 자산유동화에 관한 법률이나 주택채권유동화회사법에 의해 부분적으로 도입되어 있다. 그러나, 이러한 특별법은 민법의 부종의 원칙과 충돌하는 것으로, 유통저당제도의 정착을 위해서는 필연적으로 부종의 원칙에 대한 수정을 필요로 한다. 그러나, 현행 민법상의 부종의 원칙을 전면적으로 완화·배제할 것인가 또는 부종의 원칙을 고수할 것인가의 문제가 아니라, 부종의 원칙이 적용되는 보전저당권과 부종의 원칙이 완화된 유통저당권이 병존하고 있는 독일 민법의 예에서 보듯이, 민법상의 저당제도를 다양화하여 각 저당권의 기능에 따라 부종성의 정도를 달리하는 것으로 규정하는 방법도 가능할 것으로 본다.

또한, 기존의 저당권은 주로 부동산에 대해서 설정되는 것이 일반적이고, 금융계에서는 가급적 2순위 이하의 저당권은 설정하지 않는 것을 관행으로 하고 있다. 따라서, 부동산 이외의 재산가치에 대해서 기업이 여신을 획득하는 방법은 사실상 막혀있다. 이는 결국 기업에 대한 자금유통의 경색으로 나타나기도 한다. 이러한 문제에 대해서 근래에는 기업 자제를 담보화하는 방안

62) 이은영, "물권법의 개정방향", 109면에서도 비전형담보는 전형담보의 경직성을 피하여 담보물의 다양화와 담보실행의 편리함을 추구하므로 그 장점을 살려 전형담보로 입법화하는 것이 필요하다고 주장한다.

63) 이 내용은 1953년 有斐閣에서 발간한 我妻榮, 「近代法における債權の優越的地位」이라는 책에서 주장한 것으로 內田貴, 「擔保法のパラダイム」, 「法學教室」, No.266, 有斐閣, 2002. 11. 9頁 이하에서 소개하고 있다.

대한 논의가 진행되고 있다.⁶⁴⁾ 이러한 담보제도는 재단저당제도의 비효율성과 불편함을 극복할 수 있다는 장점이 있지만, 역시 물권법상 특정의 원칙이나 일물일권주의에 대한 수정이 필요한 사항이다.⁶⁵⁾ 그러나, 이러한 해석론상의 원칙이 인간의 자의로 변경할 수 없는 교리(敎理)가 아닌 이상, 수정가능성을 열어두고 논의를 진행할 필요도 있을 것으로 생각된다.

한편, 전통적으로 물권법 및 담보법에 관한 국제적 통일은 곤란한 것으로 인식되어 왔으나, 최근에는 담보법의 통일을 위한 작업들이 진행되고 있다. 이러한 대표적인 성과로는 우선 이동장비에 대한 담보권설정과 실행을 원활하게 함으로써 금융기관의 대출위험을 낮추고 금융비용을 절감하며 담보부채권의 유동성을 제고하기 위한 사법통일을 위한 로마기구(UNIDROIT)와 국제민간항공기구(ICAO)가 공동으로 항공기를 포함한 국제적 이동장비(철도차량, 전태이너, 우주시설 등)에 대한 국제적 담보권에 관한 협약인 '이동장비에 대한 국제적 담보권에 관한 협약(Convention on International Interests in Mobile Equipment, 케이프타운협약)'이 2002년 11월에 체결되었고, 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL)에서는 상업활동에 관련된 물품 및 권리에 대한 담보거래 또는 담보권에 관한 입법지침을 마련하기 위한 실무작업반(Working Group VI)을 구성하여 2002년 5월부터 구체적인 작업에 착수하였다.⁶⁶⁾ 이 작업에서는 주로 동산에 대한 약정담보물권을 대상으로 하고 있다. 따라서, 우리 나라에서도 이러한 담보법의 세계적 추세에 적응하기 위해서는 동산담보물권에 관한 입법론적 연구도 장기적으로 이루어져야 할 것이다.

64) 최근 국내에서도 이에 관한 논의가 있었다. 송종준, "영업담보제도의 도입을 위한 과제와 전망", 「영업담보제도의 입법화를 위한 과제」, 한국비교사법학회 37회 학술대회 자료집, 2003. 9. 27. 99면 이하 참조.

65) 일물일권주의에 대한 예외는 용익물권에 관해서는 인정되고 있다. 즉, 지상권·지역권·전세권의 경우에는 1필지의 토지 전부 또는 1동 건물의 전체에 대해서 설정하지 않고 그 일부에 대해 설정하는 것도 가능하다. 그 외에도 민법상 혼동(混同)에 관한 예외규정을 두어 소유자지당제도를 도입하자는 입법제안도 있다(이은영, "물권법의 개정방향", 110면).

66) 이 작업은 2002년 5월 20일 1차회의를 진행한 이래, 2003년 9월 4차회의까지 진행되었다(<http://www.uncitral.org/en-index.htm> 참조). 우리 나라에서는 법무부 국제거래법연구단이 이 회의에 참가하고 있으며 1차회의 및 3차회의 참가결과보고서가 법무부 홈페이지에 등록되어 있다(<http://www.moj.go.kr/notice/noticeRead.php?code=083&lstNum=0000002797&sKey=&sPart=&cPage=2> 및 <http://www.moj.go.kr/notice/noticeRead.php?code=083&lstNum=0000003686&sKey=&sPart=&cPage=1> 참조).

On the Revised Security Act System in Japan and some Proposals to Improve the Security Act System in Korea

Ryu, Chang-Ho*

Regulations of Recent Civil Act have been enforced without drastic amendments since Civil Act was enacted 1960. But, meanwhile the recent Civil Act is not adequate to manage it for the continuance changes in the domestic and foreign business circumstance regarding the civil parts. For these reasons, the Ministry of Justice has revised the Civil Act from 1999 and proclaimed the draft bill of it including the amendments of the security system. On the other hand, Japan had got to reform the execution and security legal system from 2002 and promulgated the revision act at August 1st, 2003 so as to resolve the economic and social problems due to the bubble economic shambles.

Security system stands in need of the revisions keeping pace with the rapid changes in the recent financial circumstance since security system is indispensable with the financial dealings. These revisions are need for the modern reform of the security system harmonizing with the financial dealings in a short period and also for the globalization of the security dealings as the nationalization of the financial dealings in a long period.

This paper proposes the legal advise for the security right regulations in the Civil Act raft by evaluating and reviewing the contents and the process of the revision of Security Act of Japan completed ahead of Korea.

* Invited Research Fellow, Korea Legislation Research Institute, Ph.D in law