

Chapter 3 The Significance of Mortgage

제2장 저당권의 의의

제1절 서설

I. 저당권

1. 의의

가. 채무자 또는 제3자(物上保證人)가 점유를 이전하지 않고 채무의 담보로 제공한 부동산 기타의 목적물을 관념상으로만 지배하여, 후일 채무자의 변제가 없는 경우에 그 목적물로부터 우선하여 자기 채권의 변제를 받을 수 있는 권리이다(356조).

가. 교환가치의 실현으로서의 저당권

나. 채무불이행시 그 목적물의 교환가치로부터 우선변제받는 권리

나. 저당권이 설정되더라도 저당목적물에 대한 점유 및 사용, 수익은 저당권자에게 있지 않고 여전히 저당권 설정자에게 있다는 점에서 목적물에 대하여 유치적 효력이 인정되는 질권과는 다르다. 즉 저당권은 전향적인 가치권이다.

--> 목적물 점유를 수반하지 않는 순수한 교환가치만을 파악하는 담보권

다. 저당권자는 목적물관리의 부담을 지지 않고 우선변제권을

확보할 수 있기 때문에 현대사회에서 저당권이 담보제도로서 가장 중요한 담보물권으로 인정되는 이유이다.

2. 비점유 담보권과 공시

가. 저당권의 기본적인 성격의 하나는 비점유담보권이라는 성격(356조)인데 이것은 저당권을 어떻게 공시할 것인가가 문제임.

나. 질권은 목적물의 점유가 이전되지만, 저당권은 점유이외의 방법으로 완전한 공시가 이루어져야 함. --> 등기제도의 필요

다. 등기제도 자체가 부동산저당권의 공시를 목적으로 발전하여 왔기 때문에 공시제도에 의해 공시될 수 있으면 저당제도의 목적물이 될 수 있었다.

라. 이와 같이 저당권의 대상이 확대되어 음

1) 민법은 부동산 및 이를 기반으로 한 이용권인 지상권, 전세권을 저당권의 대상으로 인정하고 있으며(371조)

2) 기계 등의 동산류가 고액화, 고가치화됨에 따라 등록제(공시제도)가 도입되어 동산저당을 특별법으로 인정하게 되었음.

3. 저당권의 사회, 경제적 기능

가. 금융수단으로서의 기능

- 1) 목적물을 설정자에게 남겨두어 사용, 수익권을 침해하지 않고, 교환가치만을 분리하여 담보로 제공, 금융을 얻는 수단을 의미한다.
- 2) 저당권은 기업자금을 조달하는 매개(生産信用) 역할을 한다.
- 3) 저당권은 근대 담보물권제도의 제왕적 지위에 있다.

나. 투자의 매개 기능 :

- 1) 자금을 필요로 하는 자에게는 금융을 얻는 수단이 되나 금융제공자는 이자의 형식으로 기업의 이윤분배에 참여하므로 투자를 하게 됨
- 2) 금융을 위한 저당에서 나아가 목적물에 대한 교환가치를 앞당겨 자금화의 수단으로 이용된다.
- 3) 즉 특정채권의 변제를 담보하는 保全抵當權에서 투자의 수단 내지 투자의 대상으로 이용되는 投資抵當權으로 옮겨가고 있다.

4) 저당권의 진화적 현상은 특수한 저당권이 인정되는 데서 징후를 찾게 됨.

- a) 재단저당제도(공장저당법, 광업재단저당법 등 각종 재단저당법상 저당권)
--> 기업시설을 一團으로 다루어 그 위에 저당권을 설정함.
- b) 자산유동화에 관한 법률
--> 금융기관과 일반기업의 자금조달을 원활하게 하여 재무구조의 건전성을 높이고 장기적인 주택자금의 안정적인 공급을 통하여 주택금융기반을 확충하기 위하여 자산유동화 제도를 확립하며, 자산유동화에 의하여 발행되는 유동화증권에 투자한 투자자를 보호함으로써 국민경제의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 함
- c) 주택저당채권유동화회사법
--> 주택자금의 장기적·안정적 공급으로 주택금융의 기반을 확충하기 위하여 주택저당채권유동화회사의 설립·운영과 주택저당채권담보부채권 및 주택저당증권의 발행에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 국민경제의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 함.
- d) 근로자의주거안정과목돈마련지원에관한법률
(1)근로자의 주거안정과 목돈마련을 지원하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 근로자의 생활안정에 이바지함을 목적으로 함.
(2) 법 25조에서 저당권의 부종성을 배제하고 저당채권의 발행에 대비함.

다. 저당권의 적용대상

- 1) 부동산과 부동산물권(356, 371조), 입목(입목법 3조)

- 2) 재단저당제도 --> 공장의 기업설비가 가지는 전체 交換價値를 담보화 함.
- 3) 동산이라 하더라도 등기 또는 등록에 의하여 공시가 가능한 선박, 자동차, 항공기, 건설기계 등은 질권 설정을 금지하고 저당권을 설정하도록 함.
- 4) 어업권(수산24조), 광업권(광업13조), 댐사용권(댐건설 등 30조 1항) 등은 담보권자 스스로 실시 운용하는 것이 부적당한 권리의 담보화는 정책적으로 질권 설정이 금지되고 저당권만 설정 가능하도록 함.

라. 저당제도의 문제점과 과제

가. 은행의 관행

금융실무상 나대지인 경우에는 저당권의 실행을 용이하게 하기 위하여 저당권자를 지상권자로 하는 지상권(담보지상권)을 설정하여 설정자의 이용권을 제약하고 있음.

나. 이용권의 강화 --> 저당권의 제약

부동산임차권을 강화하여 보증금 중 일정액에 대해 최우선평권을 인정(주택 8조) 함으로써 --> 소유주택의 담보가치를 충분히 활용할 수 없음

다. 기업담보

기업시설에 대한 저당권은 기업경영 실패시 경매권 실행으로 기업자체를 실행함으로써 기업을 상실함. --> 금융자본가가 산업자본을 지배하는 결과가 됨.

라. 근저당 -- 제도의 정비 필요

- 1) 실무에서는 근저당을 많이 이용하고 있는 데 관련 조문은 1개에 불과(357조).
- 2) 실무상 근저당은 많이 세분되어 있고 근저당설정계약서의 해석을 두고 논란

마. 실행비용의 과다

- 1) 저당권의 실행은 경매절차에 의하여야 하므로 그 실행절차에 시간과 비용이 많이 든다.
- 2) 재단저당제도가 마련되어 있으나 재단저당목록을 작성하여 기업설비의 변경이 있을 때마다 변경기재가 쉽지 않고, 비용도 많이 든다.

바. 부동산담보제도의 다양화 필요

- 1) 우리나라의 저당제도는 보전저당권에 머물러 있고, 저당권의 종류도 보통저당권과 근저당권뿐이다.
- 2) 가등기 담보제도도 있지만 이것도 공시방법상 담보가등기인지 청구권보전 가등기인지 전혀 구분이 안됨
- 3) 신탁의 방법에 의한 부동산담보방법의 제도화도 아직 초기 단계에 있는 등 보다 융통성있는 담보방법의 개발이 필요함.

사. 우리 민법의 저당제도는 근대적 저당제도에 비해 매우 미숙함

- 1) 근대적 저당제도가 저당권을 '투자를 매개하는 수단'으로 활용하는데 대하여 우리 민법의 저당권은 특정채권의 담보를 위한 수단에 불과 함.
- 2) 개선점은 저당권의 유통성을 확보할 수 있는 제도의 보완이 우선 필요함.
- 3) 우리의 현재의 경제 현실은 저당권의 유통을 요구하고 있고, 저당시장의 활성화를 요청하고 있음.

II. 근대적 저당권의 특징

1. 의의

가. 근대적 저당제도는 18세기 초 독일 프로이센의 입법을 선구로 하여 독일, 스위스에서 발달함.

--> 독일, 스위스는 저당권이 투자를 매개하는 작용을 다하기 위하여 그 전제로서 요구되는 요건을 완전히 갖추고 있는 저당제도를 실시하고 있다.

나. 원래 저당권은 특정채권의 효력을 보장하는 것을 중심으로 구성되었으므로 그 효력은 人的信用을 기초로 하는 채권에 의존하였다.

다. 근대적 저당권은 재화가 가지는 교환가치만을 중심으로 구성된다.

2. 저당권에 관한 여러 원칙

가. 공시의 원칙

1) 저당권은 비점유담보이기 때문에 일반채권자가 불측의 손해를 입지 않도록 저당권의 존재를 공시해야 함.

2) 저당권의 존재는 거래의 안전을 위하여 등기, 등록에 의해 공시되어야 함

3) 법정저당권은(649조)은 예외 -- 임차지상 건물(변제기를 경과한 후 2년차임)

나. 특정의 원칙

1) 저당권은 1개 또는 수개의 특정, 현존하는 목적물상에만 성립한다.

2) 저당권의 효력이 미치는 범위에 대하여 객관성의 확보와 동시에 채무자의 전재산에 인정되는 일반저당권을 배제하기 위함.

3) 특정의 원칙은 법정저당권이나 우선특권에서는 관철되지 않음.

4) 공시의 원칙은 목적물의 특정성을 요구하므로 특정의 원칙은 공시의 원칙과 표리관계에 있음.

다. 순위승진의 원칙

1) 선순위 저당권이 변제 등에 의하여 소멸한 경우 차순위 저당권의 순위가 승진하는 것을 말함. --> 민법 조문상 근거는 없음.

예) 1번 저당권이 소멸하면 2번 저당권이 1번으로 순위 승진함.

2) 순위확정의 원칙 : 1순위 1번 저당권이 피담보채권의 변제에 의해서도 소멸하지 않고 제1순위가 그대로 존속하는 것을 말함.

--> 동일물상에 수개의 저당권이 설정된 경우 각각 확정된 순위를 가짐.

라. 독립의 원칙 :저당권에 유통성을 부여하고 투자의 대상으로 하기 위해 필요.

1) 저당권을 특정채권의 담보라는 지위에서 해방시켜 목적물의 교환가치만을 파악하여 순수한 가치취득권으로서 금융거래에서 독립된 지위를 보장하려는 원칙 --> 저당권은 투자의 대상 또는 독자의 상품으로서 유통되는 것임.

2) 독립의 원칙은 다음을 포함한다.

가) 추상화 원칙(부종성의 배제) -- 저당권이 특정의 피담보채권으로부터 분리되어 추상적으로 존재하여야 한다. --> 우리 민법이 채택 안함.

a) 민법은 저당권이 피담보채권과 분리되어 양도되거나 다른 채권의 담보로 제공되는 것이 금지되고(361조)

b) 피담보채권의 소멸로 저당권도 당연히 소멸되도록 함(369조)

c) 예외적으로 근저당권(357)을 인정하여 저당권의 부종성을 완화함

나) 저당목적물의 이용권으로부터 독립

--> 우리 민법이 채택함

다) 후순위저당권의 실행으로 인하여 변제받을 것을 강요당하지 않도록 하는 투자지위의 보전 --> 후순위 저당권으로부터 독립

-->민사집행법 제91조 제2항이 이른바 掃除主義를 채택함으로써 인정 안됨

라) 저당권설정자의 일반재산에 대한 집행의 제한(금지) 등이 요소를 내포함

--> 우리 민법이 일부분 채택함

예) 제370조, 제340조 1항 -- 담보물에 의해 변제받지 못한 부분에 한해 채무자의 일반재산으로부터 변제받을 수 있음.

마. 유통성의 확보

1) 저당권을 금융시장에서 유통시키도록 하기 위하여 저당권의 유통성, 즉 저당권의 저당권의 안전과 신속한 양도가 확보되어야 한다. --> 투하자본의 회수, 유통

2) 이를 위하여 公信의 原則과 저당권의 증권화가 필요함.

3) 민법은 부동산에 대하여 공신의 원칙을 채용하고 있지 않으며, 저당권의 증권

화도 인정하지 않음. --> 등기부에 공신력이 없음.

4) 최근 저당권에 의하여 담보되는 채권을 기초로 발행하는 방법을 통하여 채권을 유동화하는 제도가 자산유동화에 관한 법률, 주택저당채권유동화법 등에 마련됨.

II. 저당권의 법적 성질

1. 물권

물권으로서 저당권은 우선변제적 효력에 의해 목적물의 교환가치를 직접 배타적으로 지배한다.

가. 우선변제권 : 교환가치의 배타적 지배권

나. 관념적 지배권 : 점유를 요하지 않으므로 유치적 작용은 없으나, 공시방법이 성립의 불가결한 요소이므로 공적장부에 공시방법을 갖추어야 함.

2. 타물권 -- 타인 소유의 부동산을 목적으로 함.

소유자 저당권의 성립은 불가능하고, 혼동의 예외로 자기소유 부동산에 성립

3. 약정담보물권 : 당사자간 물권적 합의와 등기

저당권은 목적물의 소유권 및 점유를 채권자에게 이전하지 않고 등기, 등록에 의하여 공시되며, 유치적 효력이 인정되지 않는 점에서 질권과 다름.

4. 담보물권으로서의 통유성

가. 부종성 : 피담보채권에 부종한다.

1) 성립의 부종성

가) 피담보채권이 처음부터 무효이거나 취소된 때에는

그 저당권도 무효이거나 소급하여 효력을 잃는다.

예) 채권발생원인인 소비대차계약이 불성립, 무효 또는 취소된 경우에 저당권도 성립하지 않거나 소급적으로 소멸함.

2) 소멸의 부종성

가) 채권이 변제, 포기, 혼동, 면제 기타의 사유로 소멸하면 저당권도 소멸.

나) 부종성이 엄격히 요구되며, 이를 인정하면 소유자저당을 인정하게 됨.

3) 실행의 부종성

가. 저당권의 설정당시에는 피담보채권이 존재하지 않더라도 실행할 때에는

피담보채권이 존재하여야 한다.

나. 저당권과 피담보채권을 분리하여 처분하지 못한다.

다. 근저당(357조)에서는 소멸의 부종성이 완화된다.

[판례1] 피담보채권이 소멸한 후 저당권부 채권을 가압류한 경우의 법률관계

대법원 2002. 9. 24. 선고 2002다27910 판결 【채무부존재확인】

【판결요지】 피담보채권이 소멸하면 저당권은 그 부종성에 의하여 당연히 소멸하게 되므로, 그 말소등기가 경료되기 전에 그 저당권부채권을 가압류하고 압류 및 전부명령을 받아 저당권 이전의 부기등기를 경료한 자라 할지라도, 그 가압류 이전에 그 저당권의 피담보채권이 소멸된 이상, 그 근저당권을 취득할 수 없고, 실체관계에 부합하지 않는 그 근저당권 설정등기를 말소할 의무를 부담한다.

[판례1] 피담보채권이 소멸한 후 저당권부 채권을 가압류한 경우의 법률관계

대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다70041 판결 【제3자이의】

【판결요지】 [4] 근저당권이 있는 채권이 가압류되는 경우, 근저당권설정등기에 부기등기의 방법으로 그 피담보채권의 가압류사실을 기입등기하는 목적은 근저당권의 피담보채권이 가압류되면 담보물권의 수반성에 의하여 종된 권리인 근저당권에도 가압류의 효력이 미치게 되어 피담보채권의 가압류를 공시하기 위한 것이므로, 만일 근저당권의 피담보채권이 존재하지 않는다면 그 가압류명령은 무효라고 할 것이고, 근저당권을 말소하는 경우에 가압류권자는 등기상 이해관계 있는 제3자로서 근저당권의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 하여야 할 의무가 있다.

나. 수반성 : 피담보채권에 수반한다.

1) 저당권은 피담보채권과 분리하여 타인에게 양도하거나 다른 채권의 담보로 하지 못함.

2) 피담보채권이 상속, 양도 등 동일성을 유지하여 승계되면 저당권도 승계됨

3) 예외 -- 당사자의 특약, 물상보증인, 저당부동산의 제3취득자인 경우
물상보증인이나 제3취득자의 동의를 요한다.

다. 불가분성(370, 321조)

1) 채권 전부의 변제를 받을 때까지 목적물 전부에 대하여 권리의 행사 가능

2) 다만 공동저당에서는 예외가 인정된다(제368조).

라. 물상대위성(370, 342조)

저당권은 목적물의 멸실, 훼손, 공용징수 등으로 인하여 저당권설정자가 받은 금전 기타 물건에 대하여도 행사 가능함.