

日本 不動産擔保制度에 관한 研究

金 相 明*

目 次

- I. 序論
- II. 日本 不動産擔保制度의 變遷過程
- III. 日本 不動産擔保制度의 交換價値擔保로의 轉換
- IV. 日本 不動産擔保制度의 收益價値擔保로의 轉換
- V. 우리나라 不動産擔保制度의 課題

I. 序 論

근대 이후 부동산담보제도는 신용제공의 매개수단으로 활용되어 왔지만, 현대에 이르러서도 아직까지 신용거래가 정착되지 못하는 현실에서 담보거래는 여전히 여신거래의 중요한 축을 이루고 있다. 그러나 여신거래를 둘러싼 주변환경은 급격한 변화가 이루어지고 있는데 반하여, 우리나라 현행법상의 담보제도는 민법 제정 당시의 담보제도를 그대로 유지하고 있는 것이 오늘날 현실이다.

이러한 거래현실과 법률의 괴리현상은 一物一權主義에 의한 담보목적물의 제한과 담보권의 종류와 내용이 物權法定主義에 의해 한정되고 있다는 점에서 그 원인을 찾을 수 있다. 그러나 우리나라에 있어서는 1999년부터 법무부가 중심이 되어 진행되어 오고 있는 민법개정작업 중 담보물권규정의 개정작업에서는 담보제도에 관한 전면적인 검토는 제외되어 있고, 단순히 근저당권에 관한 12개의 조문을 신설하는데 그치고 있다(류창호, 2003.12, “일본의 개정 담보법과 우리 담보법개정의 과제-민법개정안 중 담보권규정을 중심으로-”, 『법제연구』, 제25호, p. 270).

하지만, 최근 일본에서는 고도의 경제성장의 결과로 축적된 자금이 버블경제를 만들고, 그 붕괴로 인한 결과 나타난 後遺症으로 새로운 不動産擔保物權에 기능적 전환을

* 법학박사 · 제주대 법학부 강사

통하여 일본 민법에 커다란 변화를 가져오게 되었다. 2003년 7월 25일 일본에서는 「담보물권 및 민사집행제도의 개선을 위한 민법 등의 일부를 개정하는 법률안」이 일본 국회에서 성립되어, 같은 해 8월 1일 공포되었다(平成. 15年 法律 第134号). 이에 대한 原題는 “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. 이 법률에서는 민법규정 중의 담보물권에 대한 규정과 관련을 가지고 있다.

이번 일본의 개정민법은 버블경제의 붕괴 이후 나타난 사회적·제도적 문제를 해결하기 위한 것만이 아니라 부동산담보제도가 비정상적이고 편법적으로 운용되는 것을 정상적이고 합법적으로 되돌리려는 것이다(이성표, 2004.9. “일본 담보제도의 새로운 전개-가치교환담보에서 수익담보로-”, 『인권과 정의』, 제337호, p. 131)..

이렇듯 일본 민법전은 ‘不動産擔保法’분야에서 커다란 개정이 있었는데 부동산담보법의 ‘現代化’라고 할 수 있을 정도의 개정이었다. 그 중에서 주목해야 할 개정 내용의 하나는 담보권(선취특권·질권·저당권)의 실행방법으로 종래에는 경매뿐이었지만, 새롭게 ‘擔保不動産收益執行制度’라는 방법이 인정되게 된 것이다.

이러한 것은 일본의 강제집행 방법으로서 강제경매 이외에 ‘強制管理’라는 방법이 인정되고 있다는 점에서 착안한 것으로서, 이는 강제관리의 담보권에의 응용이라고 할 수 있다. 여기서 ‘強制管理’라 함은 채권자가 부동산에 대하여 강제집행을 신청한 경우, 그 부동산을 바로 경매하지 않고, 채권자가 강제적으로 관리하여 그 부동산으로부터 발생하는 收益(법정과실과 천연과실)에서 변제를 받는 제도를 말한다(일본 민사집행법 제93조 이하).

이러한 방법이 담보권의 실행에도 채용되게 된 것이다. 즉 담보권자는 담보부동산을 경매하지 않고, ‘擔保不動産收益執行’을 신청하여 당해 부동산으로부터 발생하는 수익, 즉 천연과실과 법정과실로부터 우선변제를 받을 수 있도록 하는 것이다.

이런 방법이 담보권의 실행으로서 인정되게 된 것을 담보법의 역사와 이론에 비추어 볼 때 ‘擔保不動産收益執行’이 인정되게 된 것은 담보법의 역사에서 볼 때 擔保의 이념 내지 機能이 크게 전환하기 시작한 것으로 볼 수 있다(近江幸治, 2004.3. “新しい擔保法制の意義と展望”, 『擔保法の最前線』 1186号, 金融・商事判例, p. 6)

따라서 이하에서는 일본 부동산담보제도의 변천과정을 이해하고, 새로운 교환가치 담보제도에서 수익담보제도로의 전환되는 제도적인 내용에 대하여 검토한다. 그리고 이러한 일본 담보제도의 변화가 우리 민법개정작업에 주는 시사점을 생각해보고자 한다.

II. 日本 不動産擔保制度의 變遷過程

1. 不動産擔保制度의 變遷

일본 민법전의 담보물권에 관한 규정은 1896년에 동법이 제정된 이래 1971년에 근저당권에 관한 규정(제398조의2~제398조의22)이 신설된 외에는 큰 개정은 없었다. 그리하여 그 규정이 오늘날의 사회·경제의 실정에 이미 적합하지 않게 되었다는 의견이 있었고, 1990년대 초부터의 장기적인 경제 불황에 따라 제기된 不良債權問題 등을 처리하는 과정에서 담보법이나 민사집행제도를 재검토하여야 한다는 주장들이 제기되었다.

그 대표적인 예가 바로 2001년 3월에 “민법전 전체의 개정을 시야에 둔 학문적 논의”를 함으로써 장래의 민법개정에 대비하기 위하여 “민법학자와 민사소송법학자의 有志 7인”으로 조직된 사적 모임은 담보법을 그 작업의 1차적인 대상으로 선택하여 그 모임을 「擔保法改正委員會」라고 칭하기에 이르렀다. 담보법을 최우선적인 논의의 대상으로 선택한 이유는 담보법 개정에 대한 사회적 수요가 큰 것을 고려한 것이다(擔保法改正委員會, 2002.8. “抵當權法改正中間試案公表(民法改正試案 vol.1)”, 「ジュリスト」 1228호, 擔保法改正委員會, p. 182).

일본의 부동산담보제도의 변천과정은 ‘擔保’의 기능 내지 이념의 시대에 따라 다르다는 점을 알 수 있다. 그것은 담보의 ‘價値’를 목적물의 무엇에서 찾을 것인가 하는 문제이고 그것이 시대에 따라 변천해 왔다.

먼저, 봉건시대에서는 주로 토지의 수확량에서 그 가치를 찾고 있었기 때문에 토지의 이전이라는 형식이 중시되었다. 그렇기 때문에 이 시대의 담보형식은 ‘不動産用益擔保’ 내지 ‘不動産用益價値擔保’라고 할 수 있다(近江幸治, 前掲 “新しい擔保法制の意義と展望”, p. 7).

그러나 상품교환이 중심인 자본주의 경제하에서는 토지는 상품화하고, 상품으로서의 토지에서 가치를 찾게 되었다. 이 때문에 토지의 교환(매매)가치가 중시되었다. 이와 같은 담보형식은 ‘不動産交換價値擔保’이다. 근대사회에서의 담보제도는 이 원리를 기초로 하고 있다.

그렇지만 과학기술의 비약적인 발전은 부동산을 토지에서 건물로 중점을 이전시키게 되었다. 즉 내구성을 지닌 고층빌딩 등 고층건물이 용이하게 건축되게 되면, 부동산 재화로서의 건물의 가격은 토지가격을 월등히 능가하고 더 나아가 그 건물은 막대한 수익을 산출하는 수익재가 되기도 한다.

그리고 1990년경부터 그와 같은 수익성에 가치를 찾는 담보방법이 고안되었다. 이것

을 '不動産收益價値擔保'라고 부르는 것이다. 위에서 서술한 바와 같이 담보 '價値'의 변화의 내용에 따라서 담보의 기능 내지 이념은 擔保不動産의 '用益價値擔保'에서 '交換價値擔保'로, '交換價値擔保'에서 '收益價値擔保'로 시대의 상황에 따라 변천되었다.

2. 用益價値擔保制度

봉건시대에 있어서는 부동산담보의 유일한 기능은 '用益擔保'이었다. 이것은 그 토지가 쌀이나 보리 등 인간생활의 식량을 산출하기 위한 것이기 때문이었고, 그러므로 그것의 수확량이 담보가치의 기초가 되었던 것이다. 그렇기 때문에 貸金業(촌의 명주 등의 대토지소유자)은 자작농에게 금전을 대여하고 그 담보로서 토지 자체를 점유이전 받았다. 그래서 자작농은 대금업자 밑에서 소작인으로 농업에 종사하게 되었다. 그런데 차용금을 반환하지 않으면 토지를 잃게 되고 이른바 「水呑百姓」으로 전락하게 된다. 다시 말하면 전답을 소유하지 않는 가난한 소작 또는 일용 농민으로 전락하게 된다. 반대로 명주(名主) 등은 이러한 방법으로 대량의 토지를 획득하여 온 것이다. 이것이 대토지소유제 및 장원제를 형성하였던 것이다.

이러한 '用益價値擔保'는 일본에서는 1890년대 무렵까지는 일반적인 담보이념이었다. 그렇기 때문에 모든 재화가 상품화될 수밖에 없었다. 일본에서는 봉건사회가 붕괴되자 명치정부는 자본주의 경제를 추진하기 위하여 그때까지 금지되어 왔던 토지의 매매를 허용하고, 토지를 상품화함과 동시에 프랑스·독일의 담보제도를 모방하여 현행 민법전(1896년)을 완성시킨 것이다.

그렇지만 이러한 근대적인 프랑스·독일의 저당법을 모방하여 제정하였지만 실제 사회에서 이루어지고 있었던 담보제도는 여전히 용익가치담보가 주류를 이루고 사회는 토지의 수확량에 따라 가치를 인정하고 있었던 것이다. 또한 그것을 반영하여 용익에 가치를 둔 일본의 특수성을 현행 민법전에서도 찾아 볼 수 있다.

3. 交換價値擔保制度

담보부동산 '交換價値擔保'는 저당권을 비롯한 담보물권은 담보물건을 가치로 파악함으로써 채권을 보전한다는 기능을 가지고 있다. 다시 말하면 피담보채권이 不履行됨으로써 담보권이 실행되면 담보목적물은 경매에 붙여지고, 채권자인 담보권자는 경락대금에서 우선변제를 받는 구조로 되어 있는 민법개정전의 제도이다. 이러한 구조는 수요와 공급의 법칙이라는 틀 안에서 이루어지는 '交換價値'가 전제로 되어 물건이 가

치로서 파악되는 것이다.

물건의 가치를 교환가치로 본다면 담보목적물 자체의 교환가치 이외의 가치, 즉 사용가치나 다른 수익이 발생하는 것은 담보권자가 파악하는 가치에 해당되지 않는다. 특히 저당권처럼 목적물을 점유하지 않는 비점유담보는 저당권설정자에게 사용·수익권을 원소유자에게 잔존시키면서 목적물을 담보로 제공하는데 그 의의가 있으므로 원칙적으로 저당권자는 사용·수익권을 갖지 않는다(山川一陽外, 2003, 「改正擔保法·執行法のすべて」, 中央經濟社, p. 48).

그렇지만 버블경제가 붕괴되기 시작한 1990년대부터는 이러한 저당권제도가 제대로 그 기능을 하지 못하였다. 목적물의 교환가치를 파악하고 담보권의 실행으로 매각대금에서 우선변제를 받는 구조가 버블경제의 붕괴로 인하여 토지가격(교환가치)이 현저히 하락함으로써 담보목적물을 팔려고 하여도 팔지 못하는 상황이 발생하여 담보권의 실행이 곤란하게 되는 일이 많이 발생하게 된 것이다(松岡久和, 2001, “抵當權の本質論について”, 『現代民法學の理論と實務の交錯』, 高木多喜男古稀記念, 成文堂, pp. 3-5).

이러한 원인으로 인하여 불량채권이 증가하여 일본 경제가 정체되기 시작하였다. 경제의 정체는 다시 침체로 이어지고 담보부동산의 교환가치는 더욱 하락하게 되는 악순환을 반복하게 되었다.

따라서 담보물건의 가치를 교환가치로만 보지 않고 수익을 발생시키는 수익가치로 파악하고자 하는 흐름과 합류하면서 새로운 제도의 창설에 기대를 걸게 되었다.

III. 日本 不動産擔保制度의 交換價值擔保로의 轉換

1. 交換價值擔保制度의 成立

전근대적인 용익담보제도가 근대적인 교환가치를 기준으로 하는 제도로 전개되기 위해서는 두 가지의 제도적 기초가 필요하다(近江幸治, 前掲 “不動産擔保法の理念の歴史的變遷”, p. 88).

1) 公示制度의 確立

일본 명치초기에는 몇 가지 담보권의 공시제도가 고안되었지만(예컨대, 地券制度, 地所質入書入規則에서 채용된 戶長에 의한 증명제도 등), 충분히 기능하지 못하였다. 본

격적인 발단은 1899년(명치 32년)에 독일의 증명제도가 모범이 된 등기법의 제정으로 비로소 공시제도가 확립되었다. 따라서 근대적 교환가치를 기준으로 하는 부동산담보권의 존재를 공시하는 부동산 등기제도가 부동산 교환가치담보제도의 성립에 제도적으로 필요하였다.

2) 交換價值 市場의 成立

토지의 교환가치로서의 시장의 성립은 상품으로서의 부동산의 유통시장의 형성을 말한다. 용역가치담보 시대에서는 부동산은 상품으로서의 실체를 갖추지 못하였기 때문에 부동산유통시장 등은 존재하지 않았다. 그러나 1894년(명치 27년)에서 1904년(명치 37년)까지 10년간의 일청전쟁·일로정책을 계기로 한 생산과정의 비약적 확대는 경제의 상황을 급격히 변화시켜 이른바 산업자본을 확립하게 되었다. 이와 같은 산업자본의 확립에 따라 부동산이 收穫財로 전개된 것이다. 즉 부동산상품시장이 형성되기에 이른 것이다. 이 점은 기업금융의 중심적 수단인 '財團抵當制度'의 확립이 1905년(명치 38년)이루어 지게 됨으로써 이것을 잘 말해주고 있는 것이다. 그리고 그 교환가치의 실현을 담보하는 것이 '競賣制度'인 것이다(近江幸治, 前掲 "不動産擔保法の理念の歴史的變遷", p. 89).

이러한 부동산 유통시장의 성립을 전제로 하여 담보법에서의 '교환가치이론'이 형성되었다. 이와 같이 교환가치이론은 근대 담보법의 기본이념이고 오늘날에 이르기까지 근대 담보제도의 골격을 이루는 이론이다. 하지만 제도적으로는 상품경제의 발달에 따른 부동산 유통시장의 형성을 전제로 등장하게 되었다.

2. 交換價值市場의 崩壞

1) 버블경제의 발생

일본의 버블경제는 1980년대부터 90년대 접어들기까지 형성되었다. 1970년대 중반부터 80년대 초반까지의 일본 경제는 세계의 경제를 리드하는 절정기에 이르렀었다. 이러한 일본 경제는 미국의 동서 냉전구조라는 특수한 조건이 일본 경제를 활성화시킨 원동력이 되었던 것이다. 이렇게 활성화가 지속되는 일본 경제에 있어서 당시 일본 기업이 취할 수 있는 주된 자금조달방법은 은행에 부동산을 담보로 제공하고 용자를 얻는 형식을 취하는 것이 일반적이었다.

그러나 일본 경제의 성장은 세계의 주요시장에서 주목을 받게 되었고, 특히 영국과 스위스 시장이 일본 기업의 사채를 적극적으로 유도하기 시작하면서 일본 기업은 까다로운 국내 은행에서의 자금 조달 방법을 버리고 해외에서 사채를 발행하여 자금을 조달하는 방법으로 방향을 전환하게 되었던 것이다.

그 결과로 일본 경제의 성장에 힘입어 은행에 축적된 자본은 일본 기업이 해외에서 기채를 발행하게 되면서 사용할 곳이 없어지게 되었다. 그리고 일본에서는 남아도는 자본을 처리하지 못하고 있던 일본 은행은 그 처리의 방법으로서 부동산과 주식에 집중적으로 투자하기에 이르렀던 것이다. 그러므로 결국 이것이 일본 경제를 버블로 이끌게 되는 가장 큰 원인이 되었던 것이다.

따라서 이하에서는 일본 경제의 거품으로 인한 그 후유증에 대하여 검토하기로 한다.

2) 버블經濟 崩壞의 後의 後遺症

1990년대부터 일본 은행은 남아도는 자본의 처리에 고심을 하던 중 부동산과 주식에 투자를 하게 되고, 그리고 개인에게 용자도 적극적으로 유치하면서 개인투자가 또한 버블경제를 부추기는 한 원인이 되기도 하였다.

과거 일본에서는 토지 가격은 절대로 하락하지 않을 것이며 무한정 상승할 것이라는 의식인 '土地神化'는 개인 투자자를 유혹하기에 충분하였다. 그리고 자고 일어나면 상승하는 부동산 가격에 개인은 투자를 위한 자금조달 방법으로 은행에 부동산을 담보로 제공하여 용자를 얻게 되었지만 은행은 엄격한 담보 심사를 하지 않고 적극적으로 대출하게 되었다.

이러한 금융기관의 허술한 담보 심사 및 부동산과 주식에 대한 안이한 투자는 버블경제가 붕괴된 후 고스란히 不良債權으로 잔존하게 됨으로써 금융기관의 부실로 이어졌다. 결국 버블경제가 붕괴되기 시작한 1990년대부터 일본 경제는 끝없는 추락으로 이어졌고 기업과 개인은 不良債權과 채무로 시달리게 되었던 것이다(日本經濟新聞社編, 2000, 「犯意なき過ち: 檢證バブル」, 日本經濟新聞社, p. 13).

일본은 1990년대에 이르러 이른바 버블경제(거품경제)가 붕괴된 결과 불량자산의 처리가 사회적·법적 문제로 등장하게 되었다. 그 중 특히 교환가치가 하락한 부동산담보의 처리문제는 금융계에 있어서 시급한 문제로 급부상하게 되었던 것이다.

앞에서 검토한 바와 같이 버블경제의 붕괴는 결국 1990년대 이후의 일본 재판소의 금융담보를 둘러싼 판례의 변화를 유도하게 되었다. 오랜 일본 최고 재판소의 판례 이후의 왜곡된 담보제도의 시정을 위한 노력의 결과였다(野口悠紀雄, 1992, 「バブル經濟

學: 日本の經濟に何が紀こったのか, 日本經濟新聞社, p. 22). 1999년 11월 24일 일본 최고재판소¹⁾는 불법점거로 경매절차가 침해되어 담보물의 교환가치가 하락할 우려가 있거나 저당권자의 우선변제권이 방해받게 되는 경우에 저당권자가 소유자를 대신하여 담보물권의 명도청구를 할 수 있도록 함으로써 기존의 판례를 변경하였다. 그러므로 일본에서는 실무상 필요에 의하여 담보제도의 재평가가 이루어진 것이다.

일본은 경제성장과 더불어 부동산의 가격이 상승하면서 이에 따라 임대료도 상승하게 되었고 결국은 담보부동산에서 발생하는 수익(법정과실)이 커지면서 이 수익을 피담보채권의 변제에 충당해 나가는 방법을 실무계에서는 적극적으로 활용하고자 하였다. 저당부동산이 경매에서 낙찰되기까지는 일정 기간의 시간이 걸리는 것이 보통이고 이 기간 동안 저당부동산에서 임대료 등의 수익이 발생하는데 이 법정과실에 대해 저당권자가 우선변제를 받을 수 있는 제도가 요구되었던 것이다. 특히 대형 임대빌딩 등에 대하여 많은 임대 수익이 계속적으로 발생하기 때문에 실무계로부터 강력한 요청이 있었다.

일본은 이러한 버블경제 붕괴로 인한 불량채권의 대량 발생은 엄청난 사회적 문제를 일으켰으며, 부동산 투자에 열중하던 대기업이 용자 대금을 한 푼도 반환하지 못하는 극단적인 사태마저 불러왔던 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위해 '日本 經濟의 再生'이라는 차원에서 경매절차의 원활화·신속화 및 이를 위한 단기임대차제도의 재검토,²⁾ 강제관리제도의 도입, 최저매각가액제도의 폐지 등 담보제도 및 집행제도의 개혁이 제안되었다.

결국 이러한 방법에 대하여 일본 최고재판소가 1989년에 담보권자의 수익에 대한 취득이 물상대위권의 행사를 통해서 가능하다고 확정함으로써 물상대위를 통한 임대료 압류를 긍정하게 되었다.³⁾ 이 판례의 출현으로 '저당권의 실행으로서 강제관리 유사의 절차를 도입하는 것에 대해 이론적 장애는 없어졌다'고 하며, 이러한 사정을 근거로 개정법은 저당권이 실행방법의 다양화라고 하는 관점에서 저당권자가 저당부동산의 수익으로부터 우선변제를 받기 위한 강제관리 유사의 절차로서 담보부동산수익집행제도

1) 日最高大判, 1999. 11. 24(民集 53권 8호, 1899).

2) 개정법은 집행방해에 남용될 여지를 배제하면서 보호해야할 임차인을 합리적인 범위에서 확실히 보호를 한다는 관점에서 현행의 단기임대차제도를 폐지하고, 저당권보다 후순위의 임대차는 그 기간에 관계없이 저당권자 및 경매에 있어서 매수인에게 대항할 수 없도록 하는 반면에, 저당권자에 대항할 수 없는 임대차에 의해 건물을 점유하는 자에 대해 6개월의 명도유예를 부여하는 제도를 신설하였다(일본 민법 제395조), 또한 저당권보다 후순위의 임대차에 있어서도 그 설정과 함께 등기를 하고, 그 등기보다 선순위저당권자 전원이 동의를 하고, 그 동의가 등기된 때에는 당해 저당권자 및 경매에 있어서 매수인에게 대항할 수 있도록 개정하였다(동법 제387조).

3) 日最高大判 1989. 10. 27(民集 43권 9호, 1070).

(일본 민사집행법 제180조 2호)를 창설하였다(谷口園惠外, 2003.10. “擔保物權及び民事執行制度のための民法等の一部を改正する法律について”, 『銀行法務21』 624号, p. 6).

3. 抵當權 物上代位の 問題點 發生

저당권자가 저당부동산의 임대료에 대한 수취가 가능한 경우에도 그에 따른 문제점이 발생하게 되었던 것이다. 그러므로 다음과 같이 저당부동산 물상대위의 문제점이 발생하게 된 것이다.

첫째, 우선 문제점으로 지적할 수 있는 것은 저당부동산에 대한 임대료 등 채권 전액에 대하여 물상대위로 압류를 하게 됨으로써 저당부동산에 대한 관리가 허술하게 되어 저당건물이 황폐해질 위험이 있는 문제점이 있다. 즉, 임대료에 대한 물상대위로 는 임대물건 관리비용을 포함하여 일체의 수익을 물상대위권자가 수취함으로써 건물 소유자에게는 한 푼도 남지 않게 된다는 문제점이 발생한다. 이로 인하여 임대물건이 황폐해지면 임차인이 건물을 비어주게 되어 임대물건으로서의 가치자체가 하락하게 되고, 결국 저당권자가 스스로 자신의 목을 죄게 되는 형국이 될 위험이 있게 된다.

둘째, 임대료채권에 대해서 물상대위가 가능함과 동시에 경매대금에 대해서도 전액의 우선변제권을 인정하게 되면 일반채권자가 기대하는 책임재산을 잠식하는 것이 아닌가 하는 지적이 있을 수 있다.

셋째, 저당권에 기초한 임대료채권의 물상대위라고 하는 것은 반드시 행사해야만 하는 것이 아니므로 경우에 따라서는 후순위 저당권자가 선순위 저당권자가 알지 못하는 사이에 물상대위권을 행사할 수도 있다. 그렇게 된다면 저당권 본래의 순위와 어긋나게 될 가능성이 있다.

넷째, 임대료채권에 대해서 이해관계를 갖는 자를 어떻게 처리할 것인가에 대해 최근 일본 판례는 저당권설정등기와 임대료채권 처분의 선후관계를 기준으로 처리함으로써 저당권자에게 아주 유리하게 작용하게 되는 문제점이 있다.

다섯째, 저당권자의 입장에서 제3채무자인 임차인의 상황이 어떠한지 즉 임차인을 파악하는 자체가 그리 간단하지 않다는 점이다. 저당권설정당시에 입주상태의 임차인이 파악되었다 하더라도 그 후의 변동까지 자세하게 파악한다는 것은 거의 불가능하기 때문이다(小林明彦, 2003.10. “擔保不動産執行制度の位置付けと概要”, 『銀行法務21』 624号, p. 27).

이와 같은 문제점이 발생하면서도 물상대위에 의한 임대료 압류의 절차에는 관리인을 선임하지 않기 때문에 절차의 신청에 필요한 비용이 적게 됨에도 불구하고 물상대

위보다는 비용이 더 들더라도 부작용이 적은 제도가 요구되었던 것이다(谷口園惠外, 前掲論文, p. 6). 이러한 요구는 결국 보다 효율적으로 보다 명쾌하게 담보부동산에서 수익을 우선적으로 회수할 제도적 장치의 창설요구로 이어져 일본 담보법이 수익가치 담보제도로의 전환을 마련하였던 것이다.

IV. 日本 不動産擔保制度的 收益價値擔保로의 轉換

1. 收益價値擔保制度的 主要內容

1) 收益價値擔保制度的 導入

수익가치담보에 있어서 담보부동산 수익집행은 담보부동산에서 발생하는 수익(법정 과실)을 피담보채권의 변제에 충당하는 방법에 의한 부동산담보권의 실행을 말한다(일본 민사집행법 제180조 1호). 이 담보부동산 수익집행제도는 담보권의 실행을 축으로 하여 수익에 대한 집행을 추가함으로써 부동산의 수익이라는 가치를 담보권자가 파악할 수 있도록 인정하는 것이 크나큰 의미가 있는 것이다(山川一陽外, 2003, 「改正擔保法·執行法」, 中央經濟社, p. 62).

이는 부동산을 목적으로 하는 담보권의 실행방법의 하나로 만들어진 제도이다. 이 수익가치담보제도를 도입함에 있어서 이른바 '독립형'과 '부수형'의 대립이 있었다. 저당권에 기초한 저당물건관리제도는 매각을 원활하게 하기 위한 점유관리제도로서의 측면이지만 이 구상은 매각을 위한 절차개시 전의 수익에 대한 집행을 종래처럼 물상대위제도에 의하게 된다. 그러나 물상대위에는 위에서 언급한 바와 같이 여러 가지 문제점을 내포하고 있으므로 매각을 위한 절차에서 독립시켜야 한다고 하는 것이 '독립형'이다.

이와는 달리 민법의 초기의 학설처럼 저당권설정자인 소유자가 부동산을 사용·수익을 계속할 수 있는 것에 저당권의 특징이 있는 것을 간과하는 것은 아닌지 주의할 필요가 있다고 하며 저당권은 그 실행에 도달하기까지 그 목적인 부동산에 대해서 저당권설정자에 의한 이용이 중시되어야만 한다는 것이 '부수형'이다.

저당권을 비롯한 담보물권은 담보물건을 가치로 파악함으로써 채권을 보전한다는 기능을 가지고 있다. 교환가치담보는 피담보채권이 불이행되게 되어 담보권이 실행되는 경우 담보목적물은 경매에 붙여지고 채권자인 담보권자는 경락대금에서 우선변제를 받는 형태로 되어 있다. 이러한 형태는 결국 수요와 공급의 법칙이라는 시장의 원

리에 의하여 이루어지는 교환가치가 전제로 되어 물건이 가치로서 파악되는 것이다.

개정법에 의해 신설된 담보부동산수익집행은 담보부동산을 관리하고 그 수익을 파악하는 '수익관리형'의 저당권실행절차이다. 그러나 이 제도는 종래의 물상대위라는 형태로 인정되어 왔던 수익에 대한 실행을 추인한 것에 대한 미비점을 보완하면서 제도화하였다고도 볼 수 있다. 또한 종래의 물상대위제도를 존속시킴으로써 경매에 의한 실행의 방법을 보완하는 하나의 수단을 담보권자에게 제공하여 담보권자의 선택 수단을 증가시킨 것이다(山川一陽外, 前掲論文, p. 63).

그러나 새로운 수익가치담보제도는 담보채권자에게 선택 수단을 한 가지 더 증가시킨 것에 불과한 것이 아니다. 봉건사회가 근대사회로 전환되면서 토지의 상품화가 시작되고 자본주의사회에서 본격적으로 토지의 상품화가 발전하게 되면서 이 용익담보는 그 위력을 잃고 교환가치담보로 변화하여 현재의 상태에 이르고 있었다. 그러나 종래의 부동산담보로서의 가치와는 다른 것으로 부동산담보채권자 등의 요청에 의해 신설된 제도로 교환가치담보에서 수익가치담보로의 전환이 필요하였던 것이다(近江幸治, 前掲 "新しい擔保法制の意義と展望", p. 7).

2) 擔保不動産收益執行制度

수익가치담보제도에 있어서 담보부동산 수익집행제도란 부동산을 목적으로 하는 부동산담보권에 기초하여 집행재판소가 채무자가 소유하는 부동산을 압류하고, 관리인을 선임하여 관리인에게 부동산의 관리 및 수익의 수취를 시킴으로써 이 수익을 채권자에게 분배하여 채권회수를 꾀하는 집행절차를 말한다. 부동산담보를 취득하고 있는 저당권자는 피담보채권의 만족을 얻기 위하여 최종적 수단으로서 담보부동산을 경매에 붙이게 된다.

그러나 담보부동산을 경매절차에 걸리는 시간이 길어지거나 경제상황이 악화되어 디플레이션이 계속 진행되는 과정에서는 부동산담보의 가치가 계속 하락하게 되어 적합하지 않게 되는 문제점이 있다. 오히려 담보부동산 등에서 발생하는 수익을 저당권의 실행이라는 절차를 통해 얻을 수 있는 수단이 있다면 저당권자로서는 채권회수의 목적 향상이 가능하게 된다.

담보부동산수익집행은 종래에 존재하던 강제관리 유사의 절차로서 창설된 것으로 '強制管理' 절차가 준용된다(개정 민사집행법 제188조, 제93조 이하). 그러나 일반채권자로서 행하는 강제집행의 일종인 강제관리와는 달리 신청의 요건으로서 채무불이행이 존재하기만 하면 가능하며, '債務名義'는 필요 없고(개정 민법 제371조), 신청 후의

절차상에 있어 담보권자로서 실제법상의 순위에 따른 우선변제를 받을 수 있는 등 부동산담보권자의 편의를 도모하였다.

개정 법률에 따라 금후 행하게 되는 부동산담보권자의 담보권실행은 기존의 제도인 부동산경매와 담보부동산수익집행이라는 독립적인 제도가 병존하게 되며 담보권자는 두 가지 제도 중에서 선택을 할 수 있게 된다(민사집행법 제180조).

위와 같은 두 가지 제도를 비교해 보면 신설된 담보부동산수익집행은 부동산을 관리하며 그 수익을 담보권자의 피담보채권의 변제에 충당하는 제도인 반면, 부동산경매는 부동산의 교환가치를 담보권자가 피담보채권의 변제에 충당하는 종래의 제도이다.

그리고 부동산담보권자가 피담보채권을 회수하려고 하는 경우에 부동산담보권의 실행이라는 방법에 국한하지 않는다면 담보부동산수익집행, 즉 부동산경매 이외에 상술한 물상대위도 하나의 방법이 될 수 있는 것이다(近江幸治, 前掲 “不動産擔保法の理念の歴史的變遷”, p. 89). 그런데 이 물상대위절차와 담보부동산수익집행절차가 경합하게 되는 경우 물상대위절차를 담보부동산 수익집행절차에 흡수하는 조정규정이 제정되었다(민사집행법 제93조의4). 이처럼 담보부동산 수익집행제도의 신설은 부동산담보권자에게 채권회수의 수단을 증가시켜 주었다고 할 수 있다.

3) 收益價值擔保制度의 節次

가) 節次開始

일본 개정 민법에서는 담보부동산경매와 마찬가지로 담보부동산수익집행도 실체권에 내재하는 수익회수권능(개정 민법 제371조)의 발동이며, 일반채권자의 경우와 달리 채무명의와 집행문에 의한 집행허락절차는 필요 없다. 담보부동산수익집행의 개시를 위해서는 담보부동산 경매와 같이 민사집행법 제181조 소정의 문서를 제출하여야 한다. 이것이 제출되면 집행재판소는 담보부동산수익집행의 개시결정을 한다. 이 개시결정은 부동산의 압류선언, 채무자에 대한 수익처분의 금지, 임대료 등 청구권의 채무자에 대해 “그 급부의 목적물을 관리인에게 교부해야 할 취지”가 명령된다(민사집행법 제93조, 제188조).

나) 管理人

① 選任

집행재판소는 개시결정과 동시에 관리인의 선임을 하여야 한다(민사집행법 제94조, 제188조). 신탁회사나 은행 등의 법인도 관리인이 될 수 있으나(동법 제94조 2항), 종

래의 강제관리의 예에서는 변호사나 집행관을 선임하는 예가 많았다. 관리인은 집행재판소의 감독을 받으며(동법 제99조), 선관주의의무를 지게 된다(동법 제100조). 관리인은 비용 및 보수를 받을 수 있다(동법 제101조).

② 地位

관리인은 채무자나 저당권자의 대리인이 아니고 독립된 자기명으로 관리 및 수익을 행할 권능을 갖는 것으로 보아야 한다. 따라서 채무자나 저당권자에게 지시권은 없다. 또한 집행재판소로부터 권한을 부여받으므로 집행기관 그 자체는 아니며 집행재판소의 보조기관이다.

관리인은 채무자를 대신하여 임대차계약을 할 수 있으므로 대리인은 아니라 하여도 사법상의 수권개념이 존재하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 또한 관리인의 권능은 채무자의 사용수익권에서 유래하는 것으로 저당권자의 교환권과는 다르므로 저당권에 대항할 수 없는 임차인을 관리인이 배제할 수는 없다.

③ 權限

관리인은 관리 및 수익행위를 함과 동시에 원칙적으로 민법 제602조(단기임대차)를 넘지 않는 범위에서 신규의 임대를 할 수 있다(동법 제95조). 또 채무자의 점유를 배제하고 스스로 점유를 할 수도 있다(동법 제95조). 권리남용적인 임대차를 해제하여 퇴거를 요구하거나 매각에 장애가 되는 채무자의 점유를 배제하는 등의 대책을 유효하게 구사하게 되면은 결과적으로 매각촉진을 위한 관리점유로서의 효과를 가져올 수도 있다.

④ 配當 등

관리인은 집행재판소가 정하는 기간마다 배당 등을 실시하여야 한다(동법 제107조 1항). 배당수령권자가 1인인 경우처럼 배분의 필요가 없는 경우에는 관리인 자신이 배당절차를 행하지만 그렇지 않은 경우에는 배당협의(동조 제3항)가 이루어지지 않는 한 집행재판소에 사정신고서를 제출하여(동조 제5항) 집행재판소에 의한 배당절차(동법 제109조)에 위임하게 된다. 이 경우 관리인은 배당에 총당해야 할 금전을 집행재판소에 제출한다(민사집행규칙 제72조 3항).

배당 등에 총당해야 할 금전은 수익에서 부동산에 대해서 부과된 조세 기타의 공과 및 관리인의 보수 기타의 필요한 비용을 공제한 것이다(동법 제106조).

여기서 공조 공과는 부동산을 소유해서 수익을 계속 얻기 위해 필요한 고정자산세나 도시계획세를 말하는 것으로 개시결정 전에 발생한 부동산취득세나 상속세, 증여세와 같은 부동산의 취득에 대해서 부과되는 조세는 포함되지 않는 것으로 해석하여야 한다.

⑤ 終了

담보부동산수익집행은 담보부동산경매와 병행해서 진행하는 것이 가능하나 담보부

동산경매 또는 강제경매가 진행되어 매각이 실시되면 종결되게 된다. 경매에 의한 매각이 행하여져도 담보부동산수익집행이 당연히 해제되는 것은 아니므로(동법 제59조), 어떤 형태로든 판단행위가 필요하게 된다. 그리고 담보부동산수익집행은 채무자가 본래 사용수익권을 갖는 것을 전제로 이를 집행절차에 의해 박탈하는 것에 지나지 않으므로 매각에 의해 그 사용수익권의 근거가 소멸한 이상 담보부동산수익집행도 그 근거를 잃고 취소결정이 이뤄지게 된다.

또한 관리인이 신규 체결한 임대차계약의 임차인은 명도유예제도(개정민법 제395조)의 적용 대상이 된다.

2. 收益價值擔保로의 轉換

1) 不動產收益財로서의 高층빌딩의 增加

현대사회에서 비약적으로 발전한 과학기술은 내수성이 강한 견고한 고층빌딩의 건축을 용이하게 하였고, 따라서 부동산 중에서 건물이 차지하는 비율이 상대적으로 높아지게 되었다는 점에 주목을 할 필요가 있다. 그러므로 부동산 중에서 특히 '商街建物'은 수익재로서의 기능을 한다고 볼 수 있다.

종래 부동산이라고 하면은 일반적으로 토지를 의미하는 것으로 인식하였다. 토지는 '有限資財'이기 때문에 그것 자체에 가치가 내포되어 있다. 특히 일본에서 유효하게 이용할 수 있는 토지는 국토의 30%에 불과하다. 그렇기 때문에 토지는 재화로서는 최상의 것이고 오히려 상식선을 넘을 정도의 가치를 지니고 있는 것으로 인정받고 있는 것이다(近江幸治, 前掲 "不動產擔保法の理念の歴史的變遷", p. 89).

그러나 건축기술의 발달로 내구성이 강한 견고한 고층빌딩이 용이하게 건축되고, 그것이 양적으로 증가하게 되면 빌딩 자체의 가격도 고액화되기 때문에 토지에 대한 부동산재로서의 비율이 상대적으로 높아지게 되는 것이다. 이러한 경향은 장래 점차적으로 진전되고 또한 고층빌딩은 토지 이상의 가격대를 형성할 수도 있는 것이다.

2) 收益價值擔保로서의 高층빌딩

1990년경부터 고층건물의 수익성에서 가치를 찾고 이것을 담보가치로 하는 수익가치 담보제도가 발전하였다. 이것은 앞에서 검토한 바와 같이 고층건물이 토지에 비하여 막대한 수익(임료상당액)을 얻을 수 있다. 그 결과 그곳으로부터 생기는 수익에 변함

없는 가치가 인정되어 임대건물은 수익재로 변화하여 왔던 것이다.

이와 같은 경향을 실질적으로 관찰하여 보면 앞으로 부동산 중에서 커다란 비율을 차지하게 될 임대건물의 경우 수익가치담보가 그 주류를 형성될 것이다.

3) '收益'에 대한 價値의 評價

2003년의 민법개정에서 저당권의 실행방법으로서 새롭게 '收益執行'이라는 방법이 채용되었다. 이것은 다음과 같은 두 가지 의미를 가진다. 하나는 '收益'가치에 대한 평가이다. 다른 하나는 근대적 담보제도의 가치실현방법인 '競賣制度'의 파괴이다.

1980년대 전반 버블경제가 붕괴된 후 미국에서는 부동산 모기지(mortgage)가 '貨料讓渡制度'로 전개되었다. 이것은 수익담보의 시초로서 1990년대에 접어들면서 證券化와 연동하여 수익담보로 전화되어 가고 있다. 그리고 지금은 적어도 상업용 부동산에 대하여는 收益, 즉 캐쉬플로(cash flow)에 담보가치를 둔 방법이 일반화되어 가고 있다.

이러한 미국에서의 담보제도의 전개는 일본 부동산담보제도에 적지 않은 영향을 미치고 있다. 그 원인은 1990년의 버블경제 붕괴에 따른 不良債權의 처리가 미국의 방식을 답습한 것이 많지만 그것 이상으로 종래의 담보이념의 골격이었던 부동산의 交換價値市場, 즉 교환가치의 실현인 경매방법이 버블경제 붕괴와 함께 기능적으로 소멸되었다는 점이다. 이것은 이미 부동산담보제도는 종래의 교환가치담보기능만으로는 기능할 수 없다는 것을 의미하는 것이다.

이와 같이 최근 민법개정에 의한 수익집행방법의 도입은 물상대위에 의해 수익에서 가치를 찾고 더 나아가 저당권의 경매가 반드시 제기능을 다하지 못한다는 점에서 발상을 얻은 '強制管理制度'의 응용화이긴 하지만 단순히 그것에 그치지 않고 일본의 담보제도가 기능적·이념적으로 크게 전환하기 시작하였고 또한 완전하게 자리매김할 수도 있을 것이다.

4) 收益價値擔保制度의 前提

담보부동산수익집행제도가 창설되어 수익담보제도로 갈 수 있는 길이 열렸다고 하지만, 그것이 완전하다고는 할 수는 없는 것이다. 이러한 이유는 용익담보에서 교환담보로 전환할 수 있었던 것은 이 교환가치담보를 받쳐 주는 '교환가치시장'이 형성되어 있었기 때문에 제도로서의 기능이 가능하였던 것이다. 물론 담보권의 존재를 공시할 제도인 등기제도가 정비되어야 할 필요는 두말할 필요가 없는 것이다. 이와 같이 수익

담보도 제도로서 제기능을 다하기 위해서는 이를 떠받쳐 줄 시장이 필요한 것이다. 수익가치담보가 제도로서 그 기능을 다하기 위해서는 그 전제조건이 갖추어져야 한다.

가) 客觀的인 收益價値의 評價

수익의 안정성·확실성을 객관적으로 평가할 기구가 존재하여야 한다. 담보부동산의 수익적 가치가 객관적으로 파악될 수 있느냐 없느냐에 따라 수익담보가 제도로서 안정적으로 확립할 수 있느냐 없느냐가 결정되기 때문이다. 담보평가방법이 교환가치평가에서 수익가치평가로 전환되는 이상 담보부동산의 수익가치가 객관적으로 파악될 수 있는가 여하에 달려있기 때문이다. 근래 유력하게 주장되고 있는 '收益還元法' 등은 그것을 위한 기본적인 평가방법인 것이다. 또한 수익가치담보가 이른바 '證券化'로 전환된다면 그러한 가치의 객관성을 평가하는 중립적인 기관인 '信用等級評價機關'의 개입이 필수적일 것이다.

나) 收益價値市場의 成立

수익가치의 시장이 성립되어야 한다. 이것은 '증권화'와 함께 고려되는 것이지만 수익 채권이 활발히 거래되는 시장이 정비되어야 한다. 예를 들면 증권시장에서 수익이 금융상품으로서 거래될 수 있는가 하는 문제이다. 근래에는 C.P(Commercial Paper), A.B.C.P(Asset Backed Commercial Paper)를 비롯하여 증권화의 방법 중에서 다양하게 전개되는 현상을 보이고 있다. 금융방법이 다양화되고 있는 현대에서는 아직 충분하다고는 할 수 없지만 앞으로 이러한 시장이 점점 발전할 것이다.

V. 우리나라 不動產擔保制度의 課題

앞에서 검토한 바와 같이 2003년 8월 1일 일본에서는 우리나라보다 앞서 「擔保物權 및 民事執行制度의 改善을 위한 民法 등의 一部를 改正하는 法律」의 목적은 근래 일본에서 문제로 되고 있는 불량채권에 대한 신속하고 효율적인 처리, 단기임대차제도에 의한 점유권의 남용에 의한 집행방해와 같은 집행법제상의 문제점 등에 의해 금융기관의 채권회수가 곤란해지고 있다는 점 등을 이유로 하여 저당권 등의 담보물권의 내용 및 실행절차를 현대의 사회·경제환경에 적합하도록 개정하고, 사법개혁심의회 의견에 따라 권리실현의 실효성을 확보하기 위해 민사집행제도를 강화하는 것을 목적으로 하였다.

그러므로 이 법률이 공포되면서 이제까지의 부동산담보에 있어서 교환가치담보에서 수익가치담보로의 변화를 보이게 되었다. 이 법률에는 담보물권에 대한 규정과 관련을 가지는 몇 가지 주요한 내용이 포함되어 있다.

이하에서는 일본 개정담보법의 주요내용과 우리나라 개정담보법안의 주요내용의 특징에 대하여 검토하고, 이에 따른 우리나라 담보법예의 시사점을 생각해보고자 한다.

1. 日本 改正擔保法の 特徵

일본의 개정민법의 주요한 내용을 살펴보면, 첫째, 채권질에 대하여는 목적이 된 채권에 관하여 '그 채권의 증서'가 있는 경우에는 그 설정의 요건으로 그 증서의 교부를 요구하였던 것을, 증권적 채권에 한정하여 증서의 교부가 요구되는 것으로 개정되었다.

둘째, 일괄경매권에 대하여는 그것을 토지에 저당권이 설정된 후에 저당권설정자가 건물을 축조한 때에 한정하여 인정하였던 것을 토지에 저당권이 설정된 후에 지상에 건물이 축조된 경우라면 저당권설정자 이외의 사람이 축조한 것이라도 원칙적으로 저당토지와 함께 이를 경매할 수 있도록 하였다.

셋째, 단기임대차제도를 폐지하는 대신에 "등기한 임대차는 그 등기 전에 등기한 저당권을 가지는 모든 자가 동의하고, 또한 그 동의를 등기가 있는 때에는 이로써 그 동의를 한 저당권자에게 대항할 수 있다"는 규정을 새로이 규정하였다.

넷째, 근저당권의 원본확정사유의 하나로 '담보할 원본이 발생하지 않는 것으로 된 때'를 정하는 것을 삭제하는 한편, 근저당권자는 원본확정기일의 정함이 있는 경우를 제외하고는 언제라도 원본의 확정을 청구할 수 있고, 그 확정청구가 있는 경우에는 그 청구시에 원본이 확정되는 것으로 하였다.

현행 일본 민법이 제정된 것이 1896년인 것을 감안하면 민법제도 자체가 낡았다고 볼 수 있다. 현대 사회에 급격한 변화에도 불구하고 부동산담보제도는 제대로 그 기능을 발휘하지 못하고 있다고 볼 수 있다. 특히 버블경제의 붕괴로 인한 엄청난 후유증 속에서 담보물건을 매각하여 피담보채권의 변제에 충당하는 교환가치담보제도는 일정 부분에서 한계점에 도달하였다고 볼 수 있다. 이러한 부분을 보완해오던 물상대위 역시 불합리한 점을 가지고 있어 결국 새 제도의 창설에 이르게 되었다.

2. 우리나라 改正擔保法案의 特徵

한편, 우리나라 민법개정안 중 담보권의 개정내용을 보면, 법무부 민법개정특별위원

회의 개정안의 내용 중 담보물권에 관한 사항으로는 질권의 준용규정에 관한 제343조의 개정과 근저당권에 관한 규정의 신설이다. 특히 근저당권에 관한 신설된 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.

이러한 담보법개정안의 특징은 첫째, 개정안은 일본 민법과 달리 부종성의 예외를 허용하지 않고, 근저당권만의 양도나 공백저당권을 인정하지 아니 함으로써 일본 개정 민법의 규정을 그대로 답습하지 않고 고유의 특징을 살리려고 했다는 점에 있다. 둘째, 저당권설정자에게 최고액감액청구권을 인정하여 과도한 최고액의 부작용을 제거할 수 있도록 하고 있다. 셋째, 근저당권의 피담보채권적격을 일정한 유형으로 한정하여 포괄 근저당권의 폐해를 줄이려고 하였다. 넷째, 저당권확정청구권을 인정하여 당사자가 확정기일을 약정한 때는 당사자의 합의를 존중하나 약정이 없는 때에는 근저당권설정시로부터 3년이 경과한 때에는 근저당권확정청구권을 행사할 수 있도록 하고 있다.

그러므로 우리나라 담보법안의 개정내용은 일본 개정담보법과의 차이가 있음을 알 수 있는 것이다. 따라서 이하에서는 우리나라 담보법에의 시사점을 검토하고자 한다.

3. 우리나라 擔保法에의 示唆點

전근대적 유산인 용익담보가 근대적 담보제도인 '교환가치담보'로 전환된 것처럼 현대 자본주의 사회에서는 근대적 제도와 다른 새로운 제도를 원하고 있는 것이다. 이것이 최근 개정민법을 통하여 완성된 '수익가치담보제도'인 것이다.

일본 담보부동산수익집행제도는 단순히 물상대위를 보완한 제도나 강제집행의 준용에 불과한 제도가 아니라, 담보물건을 '수익'으로 파악하는 수익담보제도로 변화할 가능성이 충분히 갖추고 있는 제도이다.

2003년 일본의 담보법 개정은 담보실행의 효율성을 주목적으로 하여 민사집행법을 주요 개정대상으로 하였다. 이러한 개정에 수반되는 민법규정의 일부를 개정하는 방식으로 이루어졌다. 따라서 일본 민법 중 담보권규정의 개정도 집행제도와 관련되는 일부에 그치고 있다.

반면, 현재 진행 중인 우리나라 민법개정작업 중 담보권개정은 민법규정의 수적인 부족으로 인해 판례와 거래계의 관습을 근거로 운영되고 있던 담보제도에 대해 명확한 법적 근거를 제시하는 것을 주요내용으로 하고 있다. 이러한 점에서 일본의 담보법개정은 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 필요가 있다.

일본의 개정 담보법은 집행제도의 비효율성으로 인한 담보권자의 보호 및 집행절차의 신속화를 주된 방향으로 설정하고 있다. 그러나 우리나라에서는 가장 보편적으로 활용되고 있는 근저당권의 경우에는 조문수의 절대적 부족으로 인하여 주로 채권자가 작성한 근저당권설정계약서 및 은행여신거래기본약관 등의 약관을 통하여 운영되어 왔기 때문에 채권자의 입장이 근저당권의 법률관계에 충분히 투영되어 온 것으로 볼 수 있다. 그러나 채무자 또는 설정자에 대한 법에 의한 보호는 충분치 못한 실정이다. 이번 개정안에서도 이러한 점을 고려하여 근저당권의 피담보채권적격을 확정하여 보통저당권과 근저당권 및 포괄근저당권에 대한 차별성을 설정단계에서부터 구별하여 채권자에 의한 과잉담보의 문제를 해결하려는 시도를 하고 있다.

일본의 개정 담보법은 담보권자의 보호를 주목적으로 하고 있지만 우리나라 개정안은 채무자 또는 근저당권설정자의 보호를 주목적으로 하고 있는 점에서 입법의 방향에서 차이를 드러내고 있다.

일본의 개정 담보법과 우리 민법개정안 중 담보권규정은 출발에서부터 차이를 보이고 있으므로 일본의 개정 담보법의 시각에서 우리 개정안을 투영하여 비교법적 검토를 하는 것은 바람직하지 않다고 볼 수 있다. 그러나 일본의 담보제도를 운영하면서 발생한 담보권의 비효율성의 문제를 집행법의 개정을 통하여 해결하였다는 점은 현재 진행 중인 우리 민법개정작업의 범위에 있어서는 중요한 참고사항이 될 수 있다.

參 考 文 獻

- 柳昌昊, 2003.12. “일본의 개정 담보법과 우리 담보법개정의 과제”, 『법제연구』, 통권 제25호, 한국법제연구원.
- 이성표, 2004.9. “日本 擔保制度의 새로운 展開-價値交換擔保에서 收益擔保로-”, 『인권과 정의』, 제337호.

- 양창수, 2004.12. “最近의 日本民法 改正-우리 民法에의 示唆를 덧붙여- ” 「저스티스」, 한국법학원, 37(1).
- 谷口園恵外, 2003.10. “擔保物權及び民事執行制度のための民法等の一部を改正する法律について”, 「銀行法務21」, 624号.
- 近江幸治, 2004.3. “新しい擔保法制の意義と展望”, 「擔保法の最前線」, 1186号, 金融・商事判例 _____, 2004.9. “金融擔保法序説”, 「民法講義Ⅲ 擔保物權」, _____, 2004.10.10. “不動產擔保法の理念の歴史的變遷”, 韓・中・日國際土地法學術大會, 韓國土地法學.
- 大島和夫, 2002.2. “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.
- 山川一陽外, 2003. 「改正擔保法・執行法」, 中央經濟社.
- 小林明彦, 2003.10. “擔保不動產執行制度の位置付けと概要”, 「銀行法務21」, 624号.
- 野口悠紀雄, 1992. 「バブル經濟學 : 日本の經濟に何が紀 こったのか」, 日本經濟新聞社.
- 日本經濟新聞社編, 2000. 「犯意なき過ち : 檢證バブル」, 日本經濟新聞社.

<ABSTRACT>

A Study on the Security Act System of the Real Estate in Japan

Kim. Sang-Myeong

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 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.