

碩 士 學 位 論 文

包括根抵當의 運營上 問題點과 그 改善方向



濟州大學校 大學院

法 學 科

丁 斗 振

1999年 月

碩士學位請求論文

包括根抵當의 運營上 問題點과 그 改善方向

指導教授 韓 三 寅



丁 斗 振

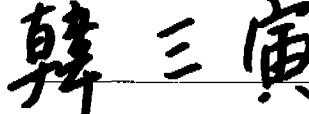

위 論文을 法學 碩士學位 請求論文으로 提出함



丁斗振의 法學碩士學位論文을 認准함.

審査委員長  

委 員  

委 員  

濟州大學校 大學院

1999年 月

**A STUDY ON THE ISSUES AND IMPROVEMENT  
OF BLANKET MORTGAGE**

**Jung, Doo-Jin**

**(Supervised by professor Han, Sam-In)**

**A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT  
THE REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF MASTER  
OF LAW**

**Department of Law  
Graduate School  
Cheju National University**

**1999**

# 目 次

第 1 章 序 論 .....	1
第 1 節 研究의 目的 .....	1
第 2 節 研究의 範圍와 方法 .....	3
第 2 章 包括根抵當의 特徵과 成立背景 .....	5
第 1 節 包括根抵當의 意義 와 特徵 .....	5
1. 包括根抵當의 意義 .....	5
2. 包括根抵當의 特徵 .....	6
3. 包括根抵當의 長點 .....	7
第 2 節 包括根抵當의 成立背景 .....	9
1. 去來實務上의 必要性 .....	9
2. 民法規定의 不充分性 .....	11
3. 包括根抵當의 利用實態 .....	12
第 3 章 包括根抵當에 관한 比較法的 考察 .....	18
第 1 節 序 言 .....	18
第 2 節 主要國家의 立法動向 .....	19
1. 日 本 .....	19
2. 獨 逸 .....	21
3. 프랑스 .....	24
4. 英國과 美國 .....	25

<b>第 4 章 包括根抵當의 運營上 問題點과 그 改善方向</b> .....	32
第 1 節 包括根抵當의 運營上 問題點 .....	32
1. 有效性·附從性的 問題 .....	34
2. 被擔保債權의 範圍 .....	59
3. 共同根抵當의 問題 .....	81
4. 確定과 規制上的 問題 .....	83
第 2 節 問題點에 대한 改善方向 .....	92
1. 改善方向 .....	92
2. 整理 .....	97
<b>第 5 章 結 論</b> .....	99
<b>參 考 文 獻</b> .....	103



# SUMMARY

## **A Study on the Issues and Improvement Of Blanket Mortgage**

**Jung, Doo-Jin**  
**Department of Law**  
**Graduate School**  
**Cheju National University**

The Blanket mortgage is one of the most important mortgage systems. It is generally said that the blanket mortgage was introduced by imitating the businesses of Japanese banks. Its popularity is due to the convenience to take the security for all loans, considering its development.

Above all, the blanket mortgage has been long and widely put into practice in order to avoid the trouble of taking security for each loan respectively, to contract general and abstract dealing on credit and to take security for loan to a certain limit.

Speaking of the studies on the blanket mortgage in our country, there are only a few references which cited the Japanese' studies performed before the amendment of the civil law and added their opinions. As yet, there have been few in-depth studies.

Considering the importance and necessity of the blanket mortgage, the theory in law is far from satisfaction. Apart from its defects in the theories, there have been a lot of arguments about the validity of the

blanket mortgage. The judicial presidents have had a positive standpoint for the blanket mortgage so far.

Under this circumstance, in 1984 there was an opinion that a new regulation should be established in time of the amendment. However, it wouldn't be a successful in legislation. Therefore, in spite of its wide and long practice, the continual questions about its rightness suggest that careful examination should be carried out to improve the system of the blanket mortgage. Therefore, this study is aimed to consider the rationality of the system of the blanket mortgage and examine the existing theories and the judicial precedents and found a new theory for the improvement of the operating system in banks.

This study is also aimed to suggest the way of legislation for the final solution of problems caused by the system of the blanket mortgage.

For this purpose, the order of this study is as follows:

First, the aim, scope and manners will be discussed in the first chapter. In the second chapter, the birth and development of the blanket mortgage will be described. The third chapter will try to consider the examples for the legislation and regulations of various countries and help understand the procedure of the discussion. In the fourth chapter, the study will try to analyze the situations of the blanket mortgage in the banks and point out the problems and to present better improvements for the system. Lastly, in the fifth chapter, the conclusion will be reached, based on the study.

The way of this study is to consider some references from home and abroad, especially from Japan and to collect various kinds of forms in banks and analyze and examine them.

The problems with the operation of the blanket mortgage dealt within this study are as follows:

First, the blanket mortgage has a problem of adhesion. The principle of

adhesion means that the general security right holds only on the prior condition of the right to take security. In other words, the right of collateral security keeps the relations for dealing. On the other hand, the blanket mortgage has no such relations. Therefore, the blanket mortgage causes problems with regard to the general security right.

Secondly, The scope of the blanket mortgage is too wide. In case of creation, it is the most important what kind of credit has been taken security for. This means making decision about the scope of the credit. On the other hand, the scope of the right of security is so wide that it can put a heavy burden on the debtors.

Third, the system of the blanket mortgage has a problem with the validity. That is to say, considering the above mentioned problems, the system arises the problem with the validity. The reason why the former studies have concentrated on the blanket mortgage explains the importance of the validity.

In spite of the conflicts in theories, the blanket mortgage has been regarded as valid in Korea. In addition, the same is true of the judicial precedents. On the other hand, Japanese scholars have come to the conclusion that the blanket mortgage has some problems with its validity. Its validity is being discussed in terms of adhesion.

Fourth, the system of the blanket mortgage has a problem of its final decision. In case of unspecific security, the preferential repayment cannot be performed without its final decision. In case of the right of collateral security, the main reasons for its decision are the arrival of balance accounts, the expiration of the duration, and the termination of contract. On the other hand, in case of blanket mortgage, the arrival of the balance accounts, or about the termination of basic contract cannot be the grounds for the final decision.



Fifth, the system of the blanket mortgage has a problem of restrictions. As is often the case, when banks create mortgage, mortgagors sign and seal the document provided by the bank without close examination, so that the mortgagor will be at the disadvantage point, which will result in unreasonable contract. As soon as the clauses brought about negative problems, the law for the restriction of the clauses became established in 1987. According to the law, in spite of the validity of blanket mortgage, based on the civil law, there is still a problem with the validity, based on the relation with the law.

The Resolutions of the above mentioned problems are as follows;

First, the improvement of the validity

1. The scope of the blanket mortgage taking security should be created within the utmost limit which blanket mortgage can take security for the unspecified debt.
2. A claim for security and notes caused by specific reason should be taking security and additional blanket mortgage only should be validity. Then the scope of the secured credit should not cover the claim for compensation caused by profiteering and illegal transaction which are not related with business in a bank.

The scope of credit for mortgagee to repay preferentially should be decided and transferring the scope and debtor needs to be agreed by debtor or mortgagee who is followed by debtor. And transferred facts should be registered before the original is fixed.

Secondly, the improvement of the decision of blanket mortgage

The regulations on the term of fixed date and its change are necessary.

For example, Japanese civil law requires fixed dates and their expiration within five years. The change of fixed dates, should be registered. In case of its registration after the fixed dates, the original mortgage to take is decided on the registered date.

The restriction should be established that the mortgagor or the creditor

who paid the debt in place of the debtor should not have the right for the mortgage before the original mortgage is decided. In addition, before the decision of the original mortgage, the transfer of the debtor and the creditor should prohibit the concerned parties from the right of the security.

### Third, The Improvements of the Restrictions of Blanket Mortgage

There are two kinds of mortgagors; the debtor himself and the guarantor. Based on the similar fidelity, the guarantor should be informed of the new loan within a fixed date. Without any notice, the secured mortgage should be abolished. Therefore, in case of neglect in the notice, the mortgagor can abolish the right of the security.

### Fourth, The Improvements of Joint Mortgage

Joint mortgage is regarded as accumulated and is excluded in the rule of the right of joint mortgage. In case the mortgagor, its debtor and the scope of secured credit and the credit limit are identical with each other, and the right of security is registered, the rule of joint mortgage should be obeyed. In case of accumulated mortgage, the mortgage should be preferentially repaid without any interruption of another right of the mortgage.

As the above mentioned, the system of the blanket mortgage is put into wide use. The system has such side effects that only one clause cannot cover all the problems. When the civil law was revised in 1984, there was an argument about the establishment of new regulation about the blanket mortgage. Despite this, there has been no discussion about its legislation.

Therefore, this study has been aimed to encourage the concerned parties to understand each other and accept the adjustment of conflicting interests concerning the blanket mortgage, which, I hope, enables the system to gain ground and to be legislated.

# 第 1 章 序 論

## 第 1 節 研究의 目的

포괄근저당이라 함은 '당사자 사이에 발생하는 현재 및 장래의 일체의 채권을 일정한 최고액까지 담보하는 근저당' 이라 할 수 있다.

통상의 근저당이 당좌대월계약이나 어음합인계약 등의 기본적인 거래관계를 특정하고 이 기본이 되는 계속적 거래관계에 기하여 발생하는 다수의 불특정한 채권을 일괄하여 일정 범위까지 담보함을 내용으로 하는 것인데 반하여, 포괄근저당은 이러한 기본이 되는 일정한 거래관계 없이 특정한 채권자에게 채무자가 부담하는 일체의 채무를 담보한다는데 그 특질이 있다. 즉, 은행 등의 금융기관에서 계속 반복되는 여러 종류의 거래시마다 일일이 근저당설정계약을 체결하는 번잡을 피하고 모든 거래에 걸쳐 포괄적인 거래계약을 약정함으로써 여기서 생기는 모든 채권·채무를 일정한도까지 담보하는 기능을 갖는 제도이다. 이러한 포괄근저당이 행해지게 된 원인을 여러 가지가 있겠지만, 그 중에서 가장 주목할 만한 것은 급속한 경제발전에서 오는 신용거래의 확대·발달에서 그 원인의 하나를 찾을 수 있다.

포괄근저당은 원래 일본에서 제2차 세계대전 후 급속한 경제의 발전에 따른 신용거래의 필요성에서 주로 은행거래를 중심으로 발달된 것으로서, 우리나라에서는 1960년대 경제개발기에 일본의 은행거래실무를 모방·도입하면서 널리 이용되게 되었다<sup>1)</sup>. 이러한 시대적 요구에 부응하여 은행거래실무에서 발달한 포괄근저당제도는 이제, 근저당제도 중 가장 중요한 제도로서의 위상을 갖게 되었다. 그런데 신용거래관계는 괄목할만하게 발전하는데 비하여 민법의 담보물권이 제정·시행 된지는 30여 년이 지났으므로 이 양자 사이의 괴리현상이 나타났고, 우리 민법에는 근저당권에 관해서는 민법 제357조에 단 한개

1) 郭潤直, 「判例教材 物權法」, 法文社, 1973, p. 620.

의 조문 밖에는 두지 않고 있어서 이의 활용만으로는 포괄근저당과 같은 제도를 충족시키기에는 불충분할 뿐만 아니라 그 실질운영에 있어서도 불합리한 점이 많다고 하겠다. 또한 우리 현행 민법은 근저당권과 관련하여 제357조의 단 하나의 조문만을 규정하고 있으며, 그 외에는 저당권의 부종성을 엄격하게 요구하는 태도를 취하고 있다. 학설에 따라서는 민법 제357조를 근거로 하여 포괄근저당의 유효성을 무제한으로 인정해야 한다고 주장하기도 한다. 그러나 민법 제357조는 저당권의 부종성을 완화한 것이라고 볼 수는 있지만, 은행거래실무에서 행하여지고 있는 '기타 여신거래에 관한 모든 채무'를 담보한다고 하는데 까지 적법성의 근거로 삼을 수 있을지는 의문이다. 여기서 포괄근저당 제도는 과연 부종성을 엄격하게 요구하는 민법상 저당제도의 전체적 구조와 관련하여 볼 때 인정할 수 있을 것인가의 문제가 발생한다. 또한 포괄근저당이 거래관행으로 행해지면서 발생하는 폐해들 즉, 담보가치의 효율적이용 저해라든가 근저당권설정자가 몰상보증인일 경우에 발생할 수 있는 불측의 손해등을 어떻게 해결할 것인가의 문제도 생긴다.

이러한 실정에서 1984년에는 민법 개정시 일본민법과 같이 근저당에 관한 상세한 규정을 두어 포괄근저당의 수요를 충족시키는 새로운 규정을 두어야 한다는 개정의견<sup>2)</sup>이 있었으나 입법으로까지 발전하지는 못하였다. 그리고 포괄근저당에 관하여 그 동안 국내의 연구는, 근저당에 관한 민법 개정전에 나타났었던 일본에서의 연구를 인용하고 이에 저자들의 의견을 약간 첨가한 정도의 개괄적인 것에 그치고 있고 거의 모든 연구가 포괄근저당의 유효성 여부에 집중되어 있을 뿐 실제 거래계에서 일어나고 있는 제 문제점을 지적하고 이에 대한 개선방향을 제시하는 심층적인 연구는 몇 개의 문헌을 제외하고는 눈에 띄지 않는다<sup>3)</sup>.

2) 民法改正意見(이한규의원 提出), 附錄 5參照 黃迪仁, 「民法教材Ⅱ-2 (物權法論)」, 1987 3  
 3) 郭潤直, 「根抵當權 研究」, 「法學 14호」 제1권 서울大學校, 1973 6, 金錫宇, 「根抵當權에 관한 研究」, 「亞人閣」, 1974, 朴運吉, 「包括根抵當에 관한 研究」, 정주대대학원박사학위논문, 1991 12, 權龍雨, 「包括根抵當」, 「月刊考試」 第150號, 1986 7, 朴成根, 「包括根抵當權 研究-金融機關의 去來價行을 중심으로-」, 서울대大學院碩士學位論文, 1988, 沈載斗, 「包括根抵當權의 被擔保債務의 範圍」, 「判例研究」 第5集, 서울地方辯護士會, 1992 등이 있을 뿐이다

포괄근저당이 거래계에서 차지하는 중요성이나 필요성에 비하여 법이론적 구성은 만족할 만한 단계에 이르지 못하고 있는 것이 현실이다. 이처럼 포괄근저당이 오랫동안 광범위하게 행하여져 왔음에도 불구하고 이 제도의 정당성에 관한 의문이 끊임없이 제기되고 있음은 이 제도에 관한 전반적인 재검토가 필요하다는 것을 의미한다. 따라서 본 논문에서는 이러한 우리 나라의 입법의 미비를 보완하고 이 제도의 안정적인 정착을 위하여 개별적이고 구체적인 입법이 이루어지기를 기대하면서 포괄근저당에 대한 일본·독일 등 주요국가의 입법동향을 비교·검토하고 나아가 현재 금융거래계에서의 이용실태를 분석한 뒤 이에 터잡아 이 제도의 운영상 제 문제점들에 대하여 종래의 학설과 판례를 재검토 한 다음에, 그 개선방향 및 입법방향을 제시하는 것을 목적으로 한다. 이러한 일련의 작업은 포괄근저당제도의 합리적인 운영에 일조 할 수 있을 것으로 생각한다.

## 第 2 節 研究의 範圍와 方法



본 논문에서는 현재 금융거래계에서 일어나고 있는 포괄근저당 제도의 여러 문제들 가운데에서 가장 중요한 몇 가지의 문제들로 국한해서 그 문제들에 대한 종래의 학설과 판례의 입장을 살펴본 후, 그 개선방향을 모색해보고 나아가 입법방안을 제시하는 것을 본 연구의 범위로 정하고자 한다. 이러한 논술의 범위에 따라 본 논문은 다음과 같은 순서로 논의를 전개하고자 한다.

제1장에서는 문제의 제기 및 연구의 목적으로서 포괄근저당제도에 대한 현재 우리 입법의 미비와 학술연구의 미흡함을 언급하고 본 연구의 범위와 방법을 설정한다.

제2장에서는 포괄근저당제도가 생성·발전된 배경과 아울러 현재 금융거래계에서의 이용실태를 분석한다.

제3장에서는 주요국가의 입법동향으로서 독일·프랑스 등 대륙법계 국가와 영미법 국가의 입법태도와 규율상황 특히, 우리와 인접해 있는 일본에서의 입

법화 과정 등을 비교·검토함으로써 비교 입법적 고찰을 한다.

제4장은 앞장에서 얻어진 문제인식에 더잡아, 이 논문에서 다루고자 하는 가장 핵심적인 사항으로서 포괄근저당의 운영상의 제 문제들 가운데에서도 가장 논란이 많은 몇 가지의 문제들로 국한하고 그 문제들을 모색한 후, 개선방향을 제시하는 방식으로 논의를 전개하기로 한다.

제5장에서는 앞에서 논의·검토된 제 문제점들을 요약·정리하고, 입법화 방향을 밝히는 등 본고의 결론에 해당한다.

위와 같은 연구를 함에 있어서 그 방법으로는 국내·외 문헌, 특히 일본에서 연구된 각종의 논문·저서·판례를 고찰하는 문헌연구의 방법을 위주로 하면서, 아울러 각종의 은행서식과 자료를 수집, 분석, 검토하는 방법을 병행하였다.

## 第 2 章 包括根抵當의 特徵과 成立背景

### 第 1 節 包括根抵當의 意義와 特徵

#### 1. 包括根抵當의 意義

보통의 근저당권은 당사자 사이에 피담보채권의 발생근거가 되는 당좌대월계약, 어음할인계약, 계속적 물품공급계약 등과 같은 기본적인 계속적 거래관계를 맺고, 그 거래관계로부터 발생하는 불특정다수의 채권을 근저당권의 확정시에 일정한 한도액까지 담보하는 저당권이다.

그런데 이러한 보통의 근저당권과는 달리 일정한 기본적인 근저당권과는 달리 일정한 기본적인 계속적 거래관계도 없이 특정한 채권자에 대하여 채무자가 부담하는 일체의 채무를 담보하기 위한 저당권이 설정되는 경우가 있는데, 이러한 근저당권을 포괄근저당권이라 한다<sup>4)</sup>. 포괄근저당권의 개념 정의에 관하여는 논자에 따라 약간 다르다. '채권자와 채무자간에 현재 발생하였거나 또는 장래에 발생하게 될 여러 종류의 채권을 모두 담보하게 되는 근저당권'<sup>5)</sup> 또는 '널리 현재 및 장래에 발생할 일체의 채무를 일정한 최고액까지 담보할 것을 내용으로 하는 근저당'<sup>6)</sup>, '당좌대월계약 이라든가 어음할인계약이라는 기본계약이 특정되지 않고, 피담보채권이 어떤 형태로 포괄적으로 정하여져서 널리 현재 및 장래에 있어서 채무를 담보하기 위한 근저당권'<sup>7)</sup>이라고 한다.

그러나 포괄근저당권은 채권발생의 원인이 되는 기본계약이 나열되든 아니든 관계없이 당사자 사이에서 생기는 일체의 채권을 담보한다고 하는데 본질적 특징이 있다. 기본적 계약관계가 나열되고 있다고 하더라도 그것은 일체의 채권의 하나의 예시에 지나지 않는다. 따라서 포괄근저당의 개념 정의로는 당

4) 金相容, 「物權法」, 法文社, 1996, p. 137.

5) 韓國金融研修院編, 「銀行員의 民·商法 基礎(V)」, 韓國金融研修院, 1996, p. 117.

6) 李英俊, 「物權法(全訂版)」, 博英社, 1997, p. 955.

7) 黃迪仁外, 「註釋民法 II(物權法)」, 法元社, 1996, p. 357

사자 사이에서 발생하는 일체의 채권을 담보하는 근저당권이라 하는 것이 타당하다.

그런데 포괄근저당도 민법 제357조의 근저당의 내용의 변형에 속하는 것으로 볼 수 있지만, 근저당과 포괄근저당과의 사이에는 개념에 있어 차이가 있다. 즉 포괄근저당도 근저당권의 일종이므로 증감·변동하는 불특정채권을 일정한 한도액까지 담보한다고 하는 점은 같다. 그러나 근저당권이 당사자 사이에 일정한 기초가 되는 계속적 거래관계를 맺고 그 거래관계로부터 발생하는 불특정채권을 담보하는 것임에 반하여, 포괄근저당권은 일정한 기본적인 계속적 거래관계 없이 당사자 사이에 생길 수 있는 일체의 불특정채권을 담보하는 것이다.

따라서 포괄근저당권의 유형으로서는 '채권자에 대한 채무자의 현재 및 장래의 일체의 채무'를 담보하는 이른바 순수한 포괄근저당권도 있지만, 금융거래실무에서는 이러한 극단적인 포괄근저당권보다는 '채무자가 채권자에 대하여 현재 및 장래에 부담하는 어음대출, 어음할인, 지급보증...등 기타 여신거래에 관한 모든 채무'를 담보하는 형식의 이른바 부가적 포괄근저당권이 대부분을 차지하고 있다.

## 2. 包括根抵當權의 特徵

보통의 근저당권에 있어서는 개별적, 구체적인 기본계약을 전제로 해서 저당권이 설정되는데 비해, 포괄근저당권에 있어서는 일반적, 추상적인 신용거래계약만에 의하여 저당권이 설정된다는 점에서 포괄근저당권과 보통의 근저당권은 현저한 차이가 있다.<sup>8)</sup> 포괄근저당권에서는 저당권설정 당시에 채권의 발생원인인 계속적 거래관계가 특정되어 있지 않다.

포괄근저당권은 기본계약의 채권만을 담보하지 않는다는 점에서 보통의 근저당권과 근본적인 차이가 있다. 즉 근저당권설정 당시에 존재했던 기본계약

8) 金容漢, 「物權法論(再全訂版)」, 博英社, 1993, p 589.



이 해소되어도 포괄근저당권은 해소되지 않고, 같은 종류의 또 하나의 기본계약이 체결되면 이로부터 발생하는 채권 역시 그 근저당권의 피담보채권이 된다. 그러므로 포괄근저당권은 하나의 근저당권을 설정함으로써 동일 채무자에 대하여 채권자가 가지는 여러 가지 채권을 모두 담보할 수 있다는 점이 그 특징이다.

### 3. 包括根抵當의 長點

#### 1) 동일채무자에 대한 여러 가지 채권관계를 포괄적으로 담보

포괄근저당은 하나의 저당권을 설정함으로써 동일채무자에 대하여 채권자가 가지는 여러 가지의 채권을 모두 담보할 수 있다는 편리한 점이 그 특징이다. 그러나 실제에 있어서는 근저당권설정당시 처음부터 담보할 범위에 들어갈 모든 채권을 염두에 두고, 근저당권설정 당시에 그 최고한도를 정하는 경우는 없다고 해도 지나친 말은 아니다. 보통은 근저당권 설정 당시에 목적하고 있는 대출채권만을 기준으로 근저당권의 최고액을 정한다. 일반적으로 은행에서는 대출시 그 대출금의 차주 및 담보의 종류에 따라 130-150%에 해당하는 금액을 근저당권의 설정최고액으로 하도록 하고 있다.<sup>9)</sup>

이에 따라 저당권설정 당시의 대출신청서상의 금액 또는 대출할 것으로 예상되는 금액을 기준으로 130-150%를 설정최고액으로 할뿐이며, 앞으로 있을 수 있는 거래처와 은행간의 일체의 은행대출거래를 담보하기 위하여 포괄적으로 설정최고액을 정하는 경우는 없다고 할 수 있다. 그러나 포괄근저당권의 효력의 내용이 정립되면 이러한 장점을 이용하게 되어 금융거래가 한결 편리해질 것으로 생각한다.

9) 서울信託銀行貸出規定 施行要綱 제88조, 서울信託銀行內規集, p 1231

## 2) 근저당권 이용의 편리화(대환시의 편리성)

포괄근저당제도를 이용하면 금융기관으로부터 음자를 받을 때 매우 편리하다. 즉, 한 번 포괄근저당권을 설정해두면 필요할 때마다 따로 근저당권설정 절차를 밟을 필요가 없고 포괄근저당권자인 금융기관으로부터 받는 대출채무는 당연히 그 피담보채권이 된다. 따라서 상당한 시간과 노력·설정비용 등을 절약할 수 있다. 그러나 실무거래에서 이러한 방법은 그리 이용되고 있지 않고 있다. 그것은 포괄근저당권제도의 이러한 효력에 대하여 금융기관이 확신을 가지고 있지 못하여 신규 대출시에는 대개 기존 근저당권을 말소하고 신규로 설정하려고 하는 경향이 있기 때문이다. 그러나 한 번 받은 대출을 기한이 도래하여 그 대출계약을 갱신하는 이른바, 대환의 경우에는 포괄근저당권은 그 편리함을 최대한 발휘하고 있다. 각 은행들은 일반적으로 한 번 대출해 주면 변제기가 도래한 경우 한 번 정도는 그 기한을 연장해주지만 그 다음에 다시 기한이 도래했을 때에는 기한연장은 다시 할 수 없도록 하고 있다. 대출자금이 단기예금이기 때문에 대출도 단기대출로만 활용해야 한다는 원칙(은행법 제20조 참조)에 따라 자금이 장기적으로 고정되는 것을 방지하자는 취지이다. 그래서 부득이 한 번의 기간연장 후에도 대출을 갚을 수 없는 채무자에 대해서는 편법으로 신규대출의 형식으로 기한을 연장해 주고 있다. 이 경우 구채무와 신채무는 지금까지의 은행 실무상은 법적으로는 동일성이 없는 것으로 보아 보통의 근저당권으로는 새 대출의 담보효력은 없다고 보아 왔다. 두 채무를 연결시키는 법적인 끈은 없다고 보았기 때문이다.

따라서 채권을 보통의 저당권 또는 근저당권으로 담보한 경우 기존대출의 소멸로 저당권은 소멸하게 되나 포괄근저당으로 담보한 경우에는 담보권은 소멸하지 않고 새로운 대출을 담보하게 된다. 그러므로 당사자는 저당권을 설정하는데 드는 비용 및 노력·시간을 절감할 수 있게 된다.

또한 저당권을 설정한 후 후순위저당권자가 생긴 다음 포괄근저당이 아니면 그 순위를 보전할 수 없다. 이와 같은 이유 때문에 당사자는 포괄근저당을 이용하는 것이 유리하다.

## 第 2 節 包括根抵當의 成立背景

### 1. 去來實務上의 必要性

오늘날 은행거래에서 이용되고 있는 포괄근저당은 일제시대에서도 이미 이용되고 있었다는 견해<sup>10)</sup>도 있으나, 일반적으로는 1960년대로부터 이용되기 시작했으며, 일본에서 생성·이용되고 있던 은행거래실무를 모방·도입한 것이라고 한다.<sup>11)</sup>

그런데 일본에서 포괄근저당이 행하여지게 된 것은 경제발전에 따른 신용거래의 증대가 그 원인이라고 할 수 있다. 즉 금융기관에서는 같은 거래처와 각종의 거래(당좌대출계약에 기한 것, 어음할인계약에 기한 것 등)를 합쳐서 처리하는 경우가 많고, 또 각종의 거래에 관하여 개별의 근저당을 설정하는 것은 수수료라든가 등록세가 많이 들기 때문에 일괄하여 근저당을 설정하는 것이 편리하고 나아가 금융기관측은 만일 장애 발생할지도 모를 채권도 담보하기 위해서는 추상적으로 '현재 및 장래의 일체의 채무'를 담보하는 근저당을 설정하는 경향이였다.<sup>12)</sup>

그러나 포괄근저당이 행하여지게 된 주된 이유는 이 제도가 근저당에서 한 걸음 더 나아간 것이라는 것을 생각할 때, 일체의 채무를 담보한다고 하는데서 그 실제적 편리성을 찾을 수 있을 것이다. 저당권의 연속적 설정이라고 하는 절차상의 번잡을 회피한다든가, 저당권설정비용의 절감이라는 필요성은 이미 근저당의 설정으로도 어느 정도 달성될 수 있기 때문이다.<sup>13)</sup>

10) 崔龍煥, 「私法論文集」, 全南大出版部, 1985, p. 427. 일제시대에도 포괄근저당권이 사용되었다고 한다 즉 금융조합의 근저당권설정계약서에서 일정한 금액을 한도로 그 금액의 범위내에서 차용증서 또는 어음의 발행·배서 또는 인수 또는 수표의 지불에 의한 당좌대월 또는 어음의 절차종결 또는 시효완성으로 인한 어음채무의 소멸후 생기는 이득상환청구권으로 인하여 현재 또는 장래 부담하게 될 일체의 채무, 보증채무 그 이자 및 채무불이행으로 인하여 생기는 손해배상금을 담보한다는 내용으로 되어 있다고 한다.

11) 金容漢, “抵當權의 特殊問題”, 「現代財産法の 諸問題」, 金基善博士古稀記念論文集, 法文社, 1987, p. 164

12) 鈴木祿彌, 「抵當制度の研究」, 一粒社, 1974, p. 246

13) 朴運吉, 前掲論文, p. 10.

우리 나라에서도 특히 금융거래에 있어서 반복·계속되는 복잡하고 다양한 각종 거래에 있어서 일일이 개개의 근저당을 설정하는 번거러움을 피하고 모든 거래에서 생기는 일반적·추상적인 신용거래계약을 체결하고 그로부터 발생하는 모든 채권·채무를 일정한도까지 담보하기 위하여 포괄근저당이 널리 행하여지고 있다. 예를 들면 은행과 그 거래자와의 사이에 당좌대출계약을 체결하고 이에 기인하여 장차 발생할 채권을 담보하는 것이 주목적이지만, 그 밖에도 장차 다른 종류의 거래가 행하여질 것을 예견하고 이와 같은 거래로부터 생기는 채권도 아울러 담보하고자 하는 경우에 이용된다.

그런데 실제의 거래에서는 거래당사자에게 보다 편리한 근저당권이 보통의 저당권보다 압도적으로 많이 이용되고 있다. 특히 은행을 비롯한 금융거래계에서는 채권자에게 보다 유리한 포괄근저당이 많이 이용되고 있다. 오늘날 은행의 신용거래에서처럼 한 채무자(특히 법인)가 여러 종류의 대출을 하는 경우, 각 대출종목마다 하나의 기본계약을 체결하고 이에 대하여 각각 근저당을 설정한다는 것은 너무나 번잡하고 불편하다. 이것을 피하기 위하여 은행에서 이용하는 근저당권설정계약서에는 ‘채권자의 채무자에 대한 어음대출·당좌대출·증서대출·유가증권대여·지급보증 기타의 거래로 인한 채무·보증채무·수표채무 기타 어음상의 채무, 채권자가 채당지급한 채무자 또는 설정자가 부담할 제비용·보험료·채무자의 채권자에게 지급할 이자와 채무불이행으로 인한 손해금, 기타 각종의 원인으로 채무자가 채권자의 본·지점에 대하여 현재 부담하고 또는 장래 부담하게 될 모든 채무를 담보하기 위하여…’라고 규정하여, 처음에 당좌대출 할 때 설정한 근저당의 효력을 동 채무자에 대한 어음할 인이나 적금대출채권 등에도 미치게 하고 있다. 이러한 포괄근저당은 은행거래에서는 물론 계속적 상품거래에서도 이용될 수 있다.

현재 금융기관들이 이용하고 있는 포괄근저당의 실태를 살펴보면 기업자금 대출과 채무자 본인이 근저당설정자가 되는 경우에는 대부분 포괄근저당권을 설정하도록 하고 있다. 동일 채무자에 대한 수 개의 채무를 포괄적으로 담보한다고 하는 장점이외에도 대출계약을 갱신하는 대환의 경우에 포괄근저당이 최대의 장점을 발휘하고 있다. 예컨대 채권을 근저당 또는 근저당으로 담보한

경우 갱신에 있어서는 기존의 대출관계가 소멸되면 저당권은 소멸하게 되나 포괄근저당으로 담보한 경우에는 담보권이 소멸하지 않고 새로운 대출을 담보할 수 있기 때문에 포괄근저당의 설정이 그만큼 유리하다.

## 2. 民法規定의 不充分性

위에서 설명한 배경 외에도 포괄근저당은 민법의 규정이 불충분한 원인으로 있었다.<sup>14)</sup> 예컨대 일본의 경우는 우리 민법 제357조와 같은 근저당에 관한 명문규정이 없었기 때문에 근저당 내지 포괄근저당과 같은 관행상의 제도가 생기게 된 것이다. 우리의 경우에는 근저당에 관한 명문의 규정을 두고 있지만 상세한 규정을 하고 있지 않을 뿐만 아니라, 사회의 요구에 적합한 탄력적인 적용을 하기에는 한계를 가지고 있었기 때문이었다고 볼 수 있다.

독일에서는 일찍부터 최고액저당(Hochstbetragshypothek)이라든가 토지채무(Grundschild) 등에 관한 규정을 두어 불특정채권을 최고한도까지 담보하는 한편 부종성을 대폭 완화함으로써 일본이나 우리나라에서와 같은 포괄근저당이라고 하는 변칙적인 관행상의 제도라든가 또 그 유효성여부에 관한 논의가 발생할 여지가 거의 없었다. 그런데 근저당을 흔히 독일민법상의 최고액저당권과 동일한 것으로 보고 있으나,<sup>15)</sup> 양자가 동일한 것은 전혀 아니다. 양자는 여러 가지 점에서 차이가 있다. 우선 우리 민법에는 소유자담보물권이 인정되지 않는다는 점에서 차이가 있다. 최고액저당에서는 특정의 확정된 금액이 없기 때문에 즉각적인 강제집행(Sofortige Zwangsvollstreckung)에 따르지 않을 수도 있지만, 근저당의 경우에는 채무자가 설정계약에서 정한 내용을 위반하면 강제집행 할 수 있는 자격이 없이도 경매권을 행사할 수 있다. 최고액저당과 포괄근저당권은 최고액저당의 본질을 어떻게 이해하더라도 차이가 있다. 채권의 불특정성을 최고액저당의 본질로 보더라도 거기서의 피담보채권의 특정 내지 불특정이라고 하는 것은 해석론으로서의 포괄근저당 논쟁에 있어서의

14) 朴運吉, 上揭論文, p. 12.

15) 張庚鶴, 「物權法」, 法文社, 1988, p. 842.

무효론자가 사용하는 의미, 즉 채권발생의 기초로 되는 법적 내지 사실적 거래관계의 특정 또는 불특정이라고 하는 의미는 아니다. 직접적으로 근저당에 의하여 담보되는 개개의 피담보채권 자체가 특정되고 있는지 여부가 여기서 문제되기 때문이다.<sup>16)</sup>

미국에서는 장래의 채권을 위한 저당권으로서 open-end Mortgage<sup>17)</sup>제도가 발달하였다. 이것은 주택의 수리 또는 개량을 위한 장래의 채무에 대하여 설정되는 저당권이다. 이 제도의 목적은 주택저당을 할 때 설정된 일심저당채무자가 그 채무의 변제로서 생긴 담보의 공백적 여력을 다른 채무자를 위하여 이용하자는 데 있다. 그 주택의 수리나 개량을 위한 채무를 당초의 근저당권자에게 요청하고 법적 구성을 당초의 저당권에 의거하여 행하는 추가적 채무를 위한 계속적 담보로 하는 것이다.

### 3. 包括根抵當의 利用實態

오늘날 부동산담보거래는 저당권을 이용하는 것이 보통이며, 그 중 대부분은 근저당권이라 할 수 있다. 그런데 실제 거래계에 있어서 근저당권설정계약은 당사자의 자유로운 의사표시의 합치에 의해서 이루어지는 것이 아니라, 경제적 강자의 지위에 서있다고 할 수 있는 은행이나 대기업 등의 채권자에 의하여 일방적으로 작성되어 인쇄된 정형적인 서식에 의하여 이루어짐이 일반적이다. 더구나 이러한 근저당거래는 채권자에게 일방적으로 유리한 포괄근저당을 내용으로 하는 보통거래약관에 의하여 채무자에게 실무상 강제되는 결과 그 내용에 대한 정확한 인식 없이 계약에 임하는 채무자측에 예기치 못한 피해를 입힐 우려가 있으며, 이로 인하여 많은 법률적 분쟁이 발생했고 지금도 발생하고 있는 실정이다.

이와 같이 포괄근저당을 그 내용으로 하는 보통거래약관에 의하여 이루어지

16) 鈴木祿彌, 前掲書, p 279.

17) Mortgage제도에 관하여는 Cribbet/Johnson, *Cases and Materials on Property*, 4thed, The Foundation, 1978, pp 1109 - 1115, Smith/Boyer, *Survey of the law of property*, 2nd ed, (West Publishing Co, 1971)

고 있는 근저당거래<sup>18)</sup>의 폐해에 대한 비판의 소리가 높아짐에 따라, 은행의 감독기관인 한국은행, 은행감독원이 포괄근저당의 폐해로 인하여 빈번하게 발생하는 고객과 은행과의 다툼을 방지하려는 목적에서 각 은행으로 하여금 개선책을 마련하도록 종용하기에 이르렀다. 이에 따라 전국은행연합회 이사회 결의와 실무소위원회의 저당권설정계약서 양식개정내용에 따라 특정근저당·한정근저당·포괄근저당으로 세분하게 되었고<sup>19)</sup>, 구체적 사정에 따라 적절한 근저당을 선택 할 수 있도록 자율적 규제의 움직임도 보이게 되었다.

그러나 근저당거래의 실태를 좀 더 깊이 관찰하면 여전히 포괄근저당이 남용되고 있는 상황에는 변함이 없다고 할 수 있으며, 보다 근본적인 해결책이 요망된다고 하겠다. 현재에 거래의 실제에 있어 은행이 요구하고 있는 것으로는 은행거래약정서와 각종 근저당권설정계약서가 있다.

먼저 은행거래약정서의 내용을 살펴보면 다음과 같이 이루어진다. 어음할인이나 어음대체의 경우에는 '어음거래약정서'를 그리고 당좌대월의 경우에는 '당좌계정차월 약정서'를 작성한다. 이들은 거래자가 은행과의 대출거래를 하는 경우 그 내용을 정한 것이다. 보통은 '본인과 귀 은행간의 어음거래에 관하여 다음 각 조항을 계약 이행하겠음'이라 하여 대출자가 은행에 제출하는 형식을 취하고 있을 뿐이며, 이것만으로는 은행과 그 제출자 즉 대출자와의 사이에 채권채무관계는 아직 발생하지 않으나, 그 후 행하여지게 될 어음대출, 어음할인, 당좌대월 등의 개개의 대출거래는 일일이 그 세부내용에 관하여 계약을 따로 하지 않아도 이 계약서의 규정에 따라 그 내용이 정해지는 것이다.

18) 종래 각 은행에서 사용하고 있던 금융단체여신관계약정서 표준서식에 의한 단일양식의 근저당권설정계약서를 보면, 「채권자의 채무자에 대한 어음대출, 어음할인, 당좌대월, 증서대출, 유가증권 대여지급보증 기타의 거래로 인한 채무, 보증채무, 수표채무 기타 어음상의 채무, 채권자가 채당지급한 채무자 또는 설정자의 부담할 채비용, 보험료, 채무자의 채권자에게 지급할 이자와 채무불이행으로 인한 기타의 손해금 기타 각종 원인으로 채무자가 채권자의 본 지점에 대하여 현재 부담하고 또는 부담하게 될 모든 채무(이하 본 채무라 함)를 공동담보하기 위하여 설정자 소유의 별기목록기재의 물건과 그 부속물건(이하 저당물건이라 함)에 순위 제0번, 채권최고액 금0원정의 근저당권을 설정함」이라고 되어 있다. 이러한 종래의 은행에서 사용하고 있던 근저당권설정계약서양식에 의하여 체결된 근저당권이 「현재 부담하고 또는 장래 부담하게 될 모든 채무」를 담보하는 이른바 포괄근저당임은 물론이다 : 郭潤直, 前掲 判例教材 物權法, p. 675.

19) 韓國法學教授會編, 「法과 約款」, 三英社, 1984, p. 114.

이런 은행거래약정서에는 반드시 담보에 관한 조항이 있는데, 그 내용은 은행에 따라 자구상 다소의 차이가 있을 뿐 대체로 다음과 같은 내용을 담고 있다. ① 채권보전상 필요하다고 인정되는 때에는 청구에 의하여 곧 귀 은행이 승인하는 담보나 추가담보를 제공하겠으며, 보증인을 추가로 세우겠음, ② 귀 은행에 현재 제공하고 있는 담보와 장래 제공하는 담보는 모두 그 담보하는 채무외에 현재와 장래에 부담하는 모든 채무를 공통으로 담보하는 것으로 함, ③ 제2항의 담보조건이 천재지변 등 불가피한 사유로 인하여 소멸, 감소되거나, 귀 은행에서 담보가격이 부족하다고 인정하는 때에는 청구에 의하여 곧 부족액을 입금하거나, 대담보 또는 추가담보를 제공하겠음, ④ 담보는 반드시 법정절차에 의하지 아니하더라도, 일반적으로 적당하다고 인정되는 방법, 시간, 가격 등에 의하여 귀 은행에서 추심 또는 처분하고, 그 취득금으로부터 제비용 등을 차감 하고, 잔액을 법정순서에 불구하고 어느 채무에 충당하여도 이의 없겠으며, 잔존채무가 있는 경우에는 곧 변제하겠음, ⑤ 귀 은행에 대한 채무를 이행하지 아니하는 경우는 귀 은행이 점유하고 있는 본인의 동산, 어음 기타의 유가증권을 귀 은행에서 추심 또는 처분할 수 있으며, 이 경우에도 모두 전항에 준하여 처리하여도 이의 없겠음 등이 그것이다.

다음으로 근저당권설정계약서의 내용을 살펴보면, 위에서 설명한 바와 같이 종래 은행거래에서 있어서 채무자에게 극히 불리한 포괄근저당이 일률적으로 강요되었던 실정에 대한 비판과 함께 특히 담보보증인과의 사이에서 잦은 법률적 분쟁이 일어나자,<sup>20)</sup> 은행들은 1980년대 초부터 근저당권설정계약서를 종래의 단일양식의 포괄근저당을 내용으로 하던 것을 4가지로 분류하여 세분화된 양식의 근저당권설정계약서를 작성하여 거래의 구체적 사정에 따라 적합한 것을 선택적으로 사용하도록 하고 있다<sup>21)</sup>. 이러한 세분화로 1980년대 초부터 물상보증인이 담보제공자인 경우에는 거래의 구체적인 사정에 따라 특정, 한정, 포괄근저당의 3종류(물론 보통근저당도 포함)중 적합한 한가지를 선택적으

20) 東亞日報, 1985. 3. 20. 10면 게재내용 참조.  
 21) 한빛은행 여신규정 과~11 담보에 관한 규정 제6조를 보면 「부동산담보에는 담보제공자의 의사와 대출의 종류 및 거래형태에 따라 보통 저당권 또는 근저당권 설정계약을 체결해야 하면, 근저당권은 특정근저당, 한정근저당, 포괄근저당으로 구별 운용하여야 한다」고 규정되어 있다.



로 사용하도록 하고 있다. 그러나 이와 같은 세분화에도 불구하고 그 운용에 있어서는 제한을 가하여 포괄근저당 이외의 근저당은 채무자 아닌 제3자가 담보를 제공하는 경우에 한하고, 이때에도 보통근저당은 가계자금대출에만 특정근저당 및 한정근저당은 가계자금과 기업자금 중 당좌대월, 어음할인에만 적용할 수 있도록 제한하고 있다. 따라서 그 외의 기업자금대출과 채무자 본인이 근저당설정자가 되는 모든 경우에는 반드시 포괄근저당을 설정하도록 하고 있다.

이하에서는 은행거래에 있어서 세분화된 양식의 근저당권설정계약서의 내용인 특정근저당·한정근저당·포괄근저당의 규정에 대해 간략히 살펴보고 아울러 은행거래 이외의 계속적 통상거래에 있어서의 근저당권설정계약서의 내용도 언급하기로 한다.

1) 특정근저당권설정계약서는 제1조 제1항에서 피담보채무란을 공란으로 두어 여신과목과 약정일자를 기재하도록 하여 근저당권으로 담보되는 피담보채권의 범위를 특정시킬 수 있도록 하고 있다.

2) 한정근저당권설정계약서도 그 내용에 있어서는 특정근저당권설정계약서의 내용과 대체로 동일하다. 다만 피담보채무란에 여신과목 대신에 '거래의 범위'를 기재하도록 되어있고 약정일자의 기재란이 없는 점이 다르며, 또한 제1조 2항에서 '원본 확정일을 정하지 않은 경우에는 본 계약일로부터 3년이 경우에 한하여' 설정자의 청구에 의하여 확정시킬 수 있도록 한 점이 특기할 만하다.

3) 포괄근저당설정계약서는 피담보채무의 범위에 관하여 제1조 제1항에서 종래의 근저당권설정계약서와 거의 동일한 내용을 규정하고 있으며, 다만 제2항에서 설정자의 원본확정청구권에 관한 한정근저당권설정계약서 제1항 제2항과 동일한 규정을 두고 있다.

4) 은행거래 이외의 계속적 거래계약에 있어서 통상 사용되고 있는 근저당권설정계약서<sup>22)</sup>를 보면 '근저당권설정자는 채무자가 위 금액의 범위 안에서 채권자에 대하여 기왕 현재 부담하고 또한 장래 부담하게 될 단독 혹은 연대

22) 郭潤直, 前掲 判例教材 物權法, p. 671에 이 양식이 소개되어 있다.

채무나 보증인으로서 기명날인 한 차용금증서, 각서, 지급증서 등의 채무와 발행배서보증, 인수한 모든 어음채무 및 수표상의 채무 또는 상거래로 인하여 생긴 모든 채무를 담보코자 끝에 쓴 부동산에 순위 제○번의 근저당권을 설정한다'고 되어 있다.

은행거래계에서는 흔히 위에서 본 바와 같이 근저당을 특정근저당·한정근저당·포괄근저당으로 구별하여 운용하는 것으로 하고 있다. 일반적으로 특정근저당이라 함은 어음할인계약등과 같은 특정된 계속적 거래계약에 의하여 발생하는 채무(예: 어음할인거래, 소비대차거래등)를 담보하는 것을 내용으로 하는 근저당이고, 한정근저당이라 함은 현재 당사자간에 체결되고 있는 일정한 종류의 거래에 의하여 발생하는 채무(예: 소비대차거래·당좌대월거래·어음대출거래·어음할인거래 등)에 한정하여 담보하는 것을 내용으로 하는 근저당이고 포괄근저당이라 함은 예컨대 상품공급계약에서 생기는 모든 채권을 담보한다고 약정하는 것과 같이, 현재로서는 특정상품만을 거래하고 있더라도 장래 행해질지도 모르는 그 밖의 종류의 상품의 거래도 이에 포함시킬 수 있는 근저당을 말한다고 하여 개념상 구별한다고 한다.<sup>23)</sup> 그러나 이와 같은 구별은 이해의 편의를 위한 이상형을 추출한 것에 불과하며 실제에 있어서 이들을 분별하는 것은 불가능하다. 그 예로 들고 있는 내용을 보더라도 그러하다. 「한정근저당」과 「특정근저당」은 실제에 있어서는 동일한 것이다. 거래실제에 있어서는 근저당은 '어음할인·대부·보증 기타에 의하여 부담하는 일체의 채무를 담보한다'는 형식으로 행해지는 것이 보통이므로 위와 같은 특정근저당·한정근저당·포괄근저당의 구별을 따른다면 실제 실무상 존재하는 근저당은 한정근저당과 포괄근저당의 혼합형태라고 할 수 있다.

그러나 유형적인 기본계약을 열거하고 '기타의 일체의 채무를 담보한다'는 형이나 이러한 기본계약을 열거함이 없이 '현재 또는 장래의 일체의 채무를 담보한다'는 형이나 어느 것도 '일체의 채무'를 담보하는 데에 그 의미가 있는 것이므로 한정근저당도 결국에는 포괄근저당에 귀착되는 것이다.<sup>24)</sup> 또한 일반

23) 李英俊, 「註釋 物權法(下)」, 韓國司法行政學會, 1993, p. 436.

24) 李英俊, 上揭書, p. 437

거래에서 통상 사용되고 있는 근저당권설정계약서는 채무자가 기명날인 한 증서에 의한 채무와 어음·수표상의 채무 및 상거래로 인한 채무라는 한정이 있기는 하나, 현재 부담하고 또한 장래 부담하게 될 모든 채무를 담보한다는 의미에서 포괄근저당의 범주에서 크게 벗어나지 않는다고 할 것이다. 다만 이러한 통상의 근저당권설정계약에 의한 근저당권은 불법행위 또는 부당이득에 기하여 발생하는 이른바 「우발적 채무」<sup>25)</sup>는 담보할 수 없는 것으로 해석함이 타당하다.



---

25) 학설에 따라서는 포괄근저당은 純粹한 包括根抵當과 附加的 包括根抵當을 개념상 구분될 수 있다고 하여 純粹한 包括根抵當은 실무상 거의 찾아 볼 수 없고, 附加的 包括根抵當이 금융거래계에서 주로 활용되고 있다고 한다. 郭潤直, 前掲 判例教材 物權法, p. 617, 金亨培, 「物權法」, 新潮社, 1995, p. 659, 權龍雨, 前掲論文, p. 58 등.

그러나 기본계약도 열거하면서 기타의 일체의 채무를 담보한다고 하는 형식의 이른바 부가적 포괄근저당도 그 핵심은 당사자 사이에서 발생하는 기타의 일체의 채무를 담보한다는 데에 있으므로 양자를 구별할 실익은 없다고 본다.

### 第 3 章 包括根抵當에 관한 比較立法的 考察

#### 第 1 節 序 言

경제의 발전에 따른 신용거래의 증대는 근저당거래의 필요성과 중요성에 대한 인식을 강화시키는 한편 더 나은 제도의 모색을 강요하고 있다. 이러한 현상은 그 명칭과 법리적 구성방법론에서는 당소의 차이가 있지만, 널리 각국에서 보여지고 있다. 각국이 근저당거래의 유효성을 예외 없이 승인하고 있음은 물론 거래실무상 대부분의 국가에서 약관에 의한 포괄근저당의 관행이 성행하는 것이 그 실례이다.

근저당거래당사자의 입장에서 보면 제종의 복잡·다양한 거래관계에서 발생하는 채권·채무를 일괄하여 하나의 근저당권설정계약으로 담보하게 함으로써 개개의 거래마다 근저당권으로 설정해야 하는 노고와 비용을 절약할 수 있으며, 또한 담보물의 가치 지배적 측면에서 보더라도 만일의 경우에 발생할지도 모르는 예기치 못한 채권을 보전할 수 있다는 긍정적 측면은 포괄근저당제도를 현출시키기에 충분한 이유가 된다. 문제는 거래실무상 생성·발전된 포괄근저당제도가 거래상 경제적 강자의 지위에 있기 마련인 채권자(예:금융기관 등)측에서 나온 고안이라는 것이다.

따라서 각국에 있어서의 근저당거래에 관한 논의의 중점은 포괄근저당에 대한 법적 통제 내지 규제에 대한 것이다. 물론 포괄근저당에 관한 논의의 내용은 각국의 근저당에 관한 법적 구성에 따라 달라질 수 있다. 예를 들면 독일의 경우에 있어서는 채권의 존재를 전제로 하지 않는 토지채무(Grundschuld)등을 인정함으로써 저당권에 고도의 유통성과 독립성을 부여하고 있는 바, 포괄근저당의 유효성은 당연히 인정되는 것이며, 다만 약관의 합리적 해석이라는 범위에서만 논의의 실익이 있게 되는 것이다. 반면, 불란서의 경우는 피담보채권의 특정성이 강하게 요구됨으로써 채권의 발생원인과 금액을 설정증서에 의하여 표시하여야 하는 바, 포괄근저당의 유효성이 긍정될 여지가 없게된

다. 한편 영미의 경우는 「인식의 법리」 등에 의하여 포괄근저당의 효력에 대한 규제도 가해지고 있으나 주된 논의는 포괄약관에 대한 규제라는 측면에서 이루어지고 있는 실정이다. 우리 나라의 경우를 살펴보면, 거래의 실제에 있어서는 주로 약관에 의한 포괄근저당이 성행하고 있음에도 현행민법은 이에 관련하여 제357조의 단 하나의 조문만을 규정하고 있어 포괄근저당의 유효성 및 그에 대한 법적 규제방안에 대해 많은 논의의 여지가 있다. 이하에서는 포괄근저당과 관련한 주요 국가의 입법례를 살펴보고자 한다.

## 第 2 節 主要 國家의 立法動向

### 1. 日 本

1955. 5. 24. 일본의 동경법무국장이 ‘현재 및 장래에 있어서 발생할 일체의 채무를 담보하는 취지의 근저당설정계약(기본적 채권계약이 없음)에 의한 동기의 신청은 수리될 수 없다고 생각하는데 어떤가?’라고 조회한데 대하여 1955. 6. 4. 일본 법무성 민사국장은 ‘피담보채권을 특정시키는데 충분한 당좌 대월계약 등의 기본계약이 존재하지 않으면서 단지 현재 및 장래의 일체의 채무를 담보한다는 취지의 근저당권설정계약은 유효한 것이라고 해석할 수 없으므로 귀 측이 문의한 동기신청은 수리될 수 없다’고 회신하였다. 이러한 민사국장의 회답은 저당권에 있어 채권에의 부종성이 요구되고 있는 현행법하에서는 기본계약이 없는 소위 포괄근저당은 채권이 없는 저당계약으로서 무효로 해석하지 않을 수 없다고 하는 생각에 기인한 것이었다.<sup>26)</sup> 이로써 종래 관행으로 별 문제 없이 행하여져 오던 포괄근저당동기의 수리가 거부되기에 이르렀다. 그 후 민사국장은 포괄근저당의 동기신청의 취급과 관련하여 이러한 취지를 보다 구체화하기 위해 1955. 12. 23. 다음과 같은 통지를 보냈다.

(1) ‘저당권(근저당권을 포함) 기타 담보권의 설정동기의 신청서에는 피담보채권의 발생원인인 채권계약 및 그 일부도 동기원인의 일부로서 기재하게하여

26) 加藤一郎, “包括根抵當契約は有効か”, 「ジュリスト」第107號, 1956. 6. p. 13

등기부에 기재할 것'

(2) '현재 효력을 가지고 있는 개별의 동기로서 피담보채권의 발생원인 및 그 일자의 기재가 없는 것에 대하여서는 경정동기를 할 수 있다.'

이러한 두 번째 통지는 처음의 회신보다 금융계에 더 큰 충격을 주었다. 첫 번째 회신에서는 '현재 및 장래에 있어서 발생할 일체의 채무를 담보하는 취지의 근저당'의 유효성 부인에 관한 언급만 있었지 '당좌대월계약, 어음할인계약 기타 현재 및 장래의 일체의 채무를 담보하기 위한 근저당'이 무효라는 직접적인 언급은 없었지만, 두 번째 통지에서는 피담보채권의 기재를 요구하고 있기 때문에 후지의 형식의 근저당권등기도 수리되지 못한다는 것이 명확해졌기 때문이다.<sup>27)</sup> 이에 큰 충격을 받은 금융계에서는 이것은 부당하다고 반발하여 통지를 철회할 것을 요구하였으며 학계에서도 찬반 양론으로 대립하여 심한 논쟁을 벌였다.<sup>28)</sup>

그러자 법무성은 1956. 12. 28. 그 태도를 완화하여 근저당권설정의 동기신청서에 기재하는 기본계약은 '전형적인 어음할인계약, 당좌대월계약 등에 한한다는 취지가 아니고, 예컨대 은행거래계약, 상품거래계약 또는 상거래계약과 같은 명칭을 붙인 것 또는 각종의 거래계약을 포함하는 계약(이 경우에는 각종의 거래계약을 분해해서 신청서에 기재할 필요는 없다)이라도 무방하다'고 하였다. 이로써 동기원인으로서는 간단하게 '은행거래근저당설정계약'등을 기재하는 것만으로 충분하게 되었으나 기본계약으로서의 '은행거래' 등의 기재는 필요하다고 하였기 때문에 '일체의 채무의 담보'와 같은 포괄근저당권의 등기는 역시 거부되었다.<sup>29)</sup> 그러나 두 번째의 통지로 발생한 찬반양론의 대립은 종식되지 않았다. 이러한 포괄근저당의 유효성여부를 둘러싸고 벌어진 학설상의 논쟁은 결국 저당권의 일반적 성질인 부종성과 관련된 것이었다. 즉 포괄근저당이 유효하다고 하면 그 부종성의 법리를 어떻게 구성할 것인가 하는 문

27) 加藤一郎, 上掲論文, p. 13.

28) 金融法務事情 第100號에는 「學界の意見」으로서 學者·判事·辯護士 13人の 의견이 게재되어 있는데, 법무성의 견해를 지지하는 者は 小野木常, 下山伊三郎, 等等力茂富, 中川一郎, 長谷部茂吉, 村松俊夫, 柚木 의 7人이며, 이에 반대하는 자는 於保不二雄, 大谷美隆, 清水新, 水本信夫, 山中康雄, 磯沼武의 6인으로 되어 있다: 日本經濟新聞 1956 3 19.

29) 柚木馨 編, 「註釋民法(9) (物權(4))」, 有斐閣, 1973, p. 245.

제를 중심으로 전개된 것이다.

이러한 논쟁의 전개과정에서 드러난 이론상의 문제점과 실제상의 필요성 및 운용상의 미비점 등은 근저당에 관한 명문규정이 없었던 일본에 있어서 근저당거래에 중대한 지장을 우려가 있었으므로, 근저당입법의 필요성이 학계와 실무계로부터 주장되게 되었다. 결국 근저당의 입법화작업은 학계와 실무계의 의견을 조정하는 여러 해에 걸친 노력 끝에 결실을 맺어, 1971. 6. 3.에 '민법의 일부를 개정하는 법률'(법률 제99호)<sup>30)</sup>로서 공포되고 다음해인 1972년 4월 1일부터 시행되기에 이르렀다. 이 일본의 개정민법의 태도는 이론상으로는 포괄근저당이 부정될 여지가 없는 것은 아니지만 정책적 이유에서 그것을 부정하고 있다고 이해된다.

## 2. 獨 逸

독일민법의 경우에 있어서는 일찍부터 토지채무(Grundschuld)라든가 소유자저당권(Eigentümerhypothek) 및 소유자토지채무(Eigentümerhrundschuld), 그리고 최고액저당(Hochstbetragshypothek) 등에 관한 규정을 두어 불특정채권을 최고한도까지 담보하는 한편 부종성을 대폭 완화함으로써 일본이나 우리나라에서와 같은 포괄근저당이라고 하는 변칙적인 관행상의 제도라든가 또 그 유효성 여부에 관한 논의가 발생할 여지가 거의 없었다.<sup>31)</sup>

이하에서는 우리민법의 근저당제도에 대한 이해를 높이고 포괄근저당에 관한 논의에 도움이 될 수 있는 범위에 한정하여 독일의 부동산담보물권에 관한 제도를 개괄적으로 살펴보기로 한다.

먼저 토지채무라 함은 채권으로부터 독립하고 있는 것으로서 채권의 부성립 또는 소멸로 인하여 목적법상 하등의 영향을 받지 않는 담보권이다<sup>32)</sup>(BGB §

30) 同改正法律에 의하여 日本民法 「第10章 抵當權」에 「第4節 根抵當」이 설치되어 第398條의 2부터 22까지 총 21개조의 근저당에 관한 상세한 규정이 첨가되었다. 일본에서는 이 「民法의 一部를 改正하는 法律」중 根抵當에 관한 규정을 '新抵當權法'이라 부르고 있다.

31) 金容漢, 前掲論文, p 167.

32) 原文은 § 1191(1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden dass an denjenigen zu dessen Gunsten die Belastung erfahrt, eine bestimmte Geldsumme aus

1191). 채권에 종속하지 않는 점에 그 특색이 있다.<sup>33)</sup> 동시에 이 점에 있어서만 저당권과 차이가 있는 것이다. 이것은 담보권을 채권으로부터 분리시켜 거기에 어음과 같은 유통성을 부여하려는 것이다. 여기서 특히 일정한 금액을 토지에서 정기적으로 지급케 하는 것이 정기토지채무(Rentenschuld)이다(BGB § 1199 ①). 저당권과 토지채무·정기토지채무등 세 가지 담보권은 서로 다른 것으로 변경할 수 있다(BGB § 1198, § 1203). 독일의 담보권은 유통담보권임을 원칙으로 한다. 위의 토지채무와 정기토지채무는 물론 저당권도 유통저당(Verkehrshypothek)<sup>34)</sup>임을 원칙으로 한다. 허나 당사자의 합의와 등기에 의하여 예외적으로 보전저당도 인정된다<sup>35)</sup>(BGB § 1184 ②).

다음은 소유자담보권의 개념을 살펴본다. 담보권은 그 성질상 토지소유자 이외의 자에게 속하는 것이 보통이지만 독일민법에서는 토지소유자 자신에게 속하는 경우, 즉 소유자담보권(Eigentümerpfandrecht) 또는 광의의 소유자저당권을 인정한다. German법에 있어서는 대체로 담보권은 부동산의 총 금액을 파악하는 것이 아니고 부동산의 가치 중에서 그 담보권에 할당된 부분만을 파악하는 것이라고 하는 관념이 발달하여 왔는데, 이것이 프러시아법을 통하여 현행 독일민법에서 완성된 모양으로 나타난 것이다. 소유자저당권과 이를 기초로 하는 순위확정의 원칙이 그것이라 할 수 있다. 이 광의의 소유자저당은 다시 소유자가 저당권을 가지는 협의의 소유자 저당과 소유자가 토지채무를 가지는 소유자토지채무(Eigentümerhauptschuld)로 구분된다. 이러한 제도가 인정되는 실익은 후순위자의 순위승진을 부인하여 토지소유자를 위한 순위를 확보하고, 또 새로이 저당권을 설정하는 수고와 비용을 절약함으로써 저당권의 유통성을 촉진하려는 데 있는 것이다. 협의의 소유자저당권 채무자와 소유자가 별개인 경우에 그 소유자에 의한 변제(BGB § 1142 내지 § 1143) 또는 이에 준

dem Grundstucke zu zahlen ist (grundschild)이다.

33) 따라서 토지채무에는 채권을 전제로 하지 아니하는 저당권에 관한 규정이 일반적으로 준용되고 있다(BGB § 1192).

34) 流通抵當은 普通抵當(Gewöhnliches Hypothek)이라고도 한다.

35) 流通抵當과 保全抵當과의 법률상의 차이점은 전자는 채권에 관하여도 토지동기부상의 공산역과 추정역을 가지는데 반하여(BGB § 1138, § 891, § 892), 후자는 이를 가지지 않으며, 저당권자의 권리가 오로지 채권에 의해서만 결정된다(BGB § 1184①)고 하는 점이다



하는 사실 - 저당채권자의 제척(BGB § 1171) 또는 저당채권자와 소유자의 혼동(BGB § 889)-로서 발생한다. 그리고 소유자토지채무는 당초 저당권으로서 성립한 것이 이것으로 변화하는 것(후발적소유자토지채무)과 당초부터 소유자토지채무로서 성립하는 것(원시적소유자토지채무)으로 구분된다. 전자는 저당권포기의 경우(BGB § 1168, § 1177①), 저당채권소멸의 경우(BGB § 1163① 후단, § 1177①), 채무인수의 경우(BGB § 418①)등에서 발생하며, 후자는 저당증권이 채권자에게 인도될 때까지(BGB § 1163②), 저당채권불성립의 경우(BGB § 1163① 전단)와 소유자의 일방적 의사표시와 등기에 의하여(BGB § 1196) 성립한다.<sup>36)</sup>

다음으로 일종의 보전저당의 형태로서 불특정한 장래채권을 담보하기 위한 저당권으로서 최고액저당(Hochstbetragshypothek)이 있다. 이것은 바로 우리 민법상의 근저당에 해당되는 것으로서 토지가 담보할 수 있는 최고액만을 정하고 채권의 확정을 유보하여 설정되는 저당권이다. 독일민법 제1190조 제1항<sup>37)</sup>은 ‘저당권은 토지를 담보하는 최고의 금액만을 정하고 채권의 확정을 유보해 두는 방식으로 설정할 수 있다’고 규정하고 있다. 이는 우리민법 제357조의 규정과 그 표현이 거의 같다. 독일에서는 토지채무가 신용대부의 실무상 거의 예외 없이 사용되고 있으므로 이 최고액저당제도는 거의 그 역할을 하지 못하고 있는 실정이라고 하는데, 그 이유는 이 제도의 경우는 채권자에게 부담이 되는 특수성이 있기 때문이라고 한다. 즉 최고액저당권은 즉각적 강제집행이 적용되지 않고 또 채권자는 최종적 채권액에 대한 입증책임을 지며, 채권의 이자를 별도로 불일 수 없는데 대하여 토지채무에는 이런 문제들이 없다는 것이다.<sup>38)</sup> 최고액저당권의 채권에는 이자를 별도로 계산하여 합산할 수 없고(BGB § 1190②), 또 이자뿐만 아니라 그 외의 부수적급부(Nebenleistungen)

36) 新井英夫, “土地債務の一考察”, 「法學協會雜誌49」, 1985, p. 3, 鈴木祿彌, “獨逸における所有者抵當制度”, 「金融法務事情」, 1985, p. 85.

37) 原文은 § 1190(1) Eine Hypothek kann in der weise bestellt werden, dass nurder Höchstbetrags, bis zu dem das Grundstück hsfthen soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Der Höchstbetrag muss in das Grundbuch eingetragen werden 이다

38) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München, 1981, S.1579, I, 1.

도 마찬가지로이며, 이들은 모두 최고액에 포함시켜 계산한다. 따라서 계속적 거래관계에서 발생하는 다수의 불특정한 채권을 담보하기 위한 것으로서, 현재에 있어서는 오로지 보전토지채무만이 이용되고 있다고 한다. 즉 은행 등의 금융에서는 확정액대부의 경우를 포함하여, 장기대부 이외의 것에 대하여서는 담보로서는 오로지 보전토지채무가 이용되며, 더구나 은행의 보통거래약관 내지 토지채무계약서양식에 의하여 은행이 담보제공자에 대하여 가질 모든 청구권이 이 토지채무에 의하여 담보되게 된다는 취지가 규정되어 있다.<sup>39)</sup> 따라서 결국 은행 등을 위하여 설정된 보전토지채무는 원칙적으로 전부 포괄근담보적 기능을 가지게 되는 것이다. 일반적으로 어느 채권담보를 위하여 설정된 토지채무를 보전토지채무라고 부르는데, 이 보전토지채무가 최고액저당의 대용물로서 실질상 근담보적 역할을 다하고 있다.<sup>40)</sup>

### 3. 프랑스

프랑스민법은 근저당에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 근저당의 유효성은 학설과 판례에 의해 이론 없이 승인되고 있다고 한다<sup>41)</sup>. 프랑스민법에서는 피담보채권의 특정성이 강하에 요구되어, 저당권은 그 설정증서에 있어서 채권의 발생원인과 금액의 표시에 의하여 채권의 개성을 표시하도록 되어 있다. 예컨대 은행거래에 있어서 신용개시를 위한 저당권에 있어서는 채권발생의 원인으로서는 신용개시계약을, 또한 금액으로서 신용의 총액을 각각 기재하도록 되어 있는 것이다. 따라서 부종성의 문제도 대부분의무의 형태로서 논의되고 있으나 큰 진전은 보지 못하고 있으며, 문제는 특정성의 전형을 중심으로 전개되어 오고 있다고 한다.<sup>42)</sup>

39) Seckelmann, *Die Grundschuld als Sicherungsmittel*, 1963, S. 66

40) 그러나 보통의 토지채무와 다른 보전토지채무라는 제도가 있는 것은 아니므로, 이 「保全土地債務」라는 명칭에 대하여서는 비판도 있다. 예컨대 Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts* Af. 2, 1963, s. 374, 保全土地債務에 대한 상세한 내용은 鈴木縣彌, 「抵當制度の研究」, 一粒社, 1974, p. 309.

41) 槇梯次, 「擔保物權法」, 有斐閣, 1981, p. 249.

42) 槇梯次, 上掲書, p. 252.

## 4. 英國과 美國

영미법에 있어서도 대륙법계의 근저당에 해당하는 제도가 있다. 비록 명칭과 법적 구성에 있어서 차이를 보이고 있기는 하지만 계속적 공사금융에 대한 수단으로서의 근저당거래를 요구하는 경제적 기반은 동일한 것이기 때문이다. 영국과 미국에 있어서 근저당권은 장래의 채권을 위한 저당권으로서 건설용자, 사채의 분할발행, 당좌계산 등의 거래가 중요한 지위를 차지하게 되자 점점 불가결의 제도로 되었다.

### 1) 英 國

영국에서는 담보권자의 대출채권을 위한 사전의 담보물가치지배의 유효성은 먼저 17세기 후반에 성립한 tacking이라고 하는 독특한 법리에 따라 인정되어 후순위 담보권자나 담보물의 제3취득자에 대하여 유효하게 주장할 수 있는 확고한 지배권으로 되었다고 한다.<sup>43)</sup> 영국은 선진자본주의국가이므로 근저당법도 가장 일찍이 성립되었으리라고 볼 수 있고, 또 자본주의의 발달이 비교적 전형적인 형태로 나타나고 있기 때문에 근저당법도 전형적인 양상으로 발전해 왔다고 볼 수 있을 것이다.

Tacking의 법리는 그 후 1916년의 Gordon v. Graham사건의 판결로 발전하여 현재 및 장래의 불특정한 채권을 위한 저당권의 유효성이 인정되었다. 이와 같은 영국의 tacking의 법리에서부터 시작하여 장래의 채권을 위한 담보라고 하는 판례법상의 변천은 곧 근저당권의 부종성이 완화되어 가는 과정을 말하고 있다. 영국에 있어서의 장래채권을 담보하는 저당권은 위에서 본 바와 같이 tacking의 법리를 그 기본형태로 하여 발생하고 그 테두리 내에서 성장한 것이다. 그리고 그러한 거래의 본격적인 전개는 산업혁명을 계기로하여 대

---

43) Tacking의 법리는 17세기의 60년대에서 70년대에 걸쳐서 성립한 것으로서 Marsch v. Lee 사건(1670)이 그 leading case라고 한다. 그 판결의 요지는 후순위 삼변의 저당권자가 후에 일변의 저당권을 매수함으로써 일변과 삼변의 저당채권총액에 관하여 이번저당에 우선한다는 것이었다.

량의 계속적 사용을 요구하는 산업자본, 특히 상업자본과 그들에게 자금을 공급하기 위하여 생긴 다수의 은행과의 사이의 거래에서 많이 나타났다. 따라서 이 제도는 그 자체가 근대적인 산물이며 또 합리적인 내용을 가지고 있는 것이다. 이리하여 tacking의 법리에서 출발하여 거기에서 파생한 장래의 채권을 위한 저당권의 법리는 영국의 재판소법의 제정<sup>44)</sup>과 더불어 시대적 요청에 따라 구체적으로 성문화되기에 이르렀다.<sup>45)</sup> 산업자본가 또는 그것과 관련된 상업자본가와 그들에게 자금을 공급하는 다수의 은행들은 거래계약을 할 때, '현재 이미 부담하고 있고, 또 장래에 언젠가는 부담할 수 있는 금액을 그 회계여하를 불문하고 담보하기 위하여 어떤 재산상에 담보권을 설정한다'는 것과 같은 문언의 약관을 관습적으로 사용하였으며, 따라서 포괄근담보약관도 적지 않았던 것이다.<sup>46)</sup>

요컨대 우리가 영국의 근저당의 발전에서 염두에 두어야 할 것을 정리해보면 다음과 같다. 첫째 채권발생의 원인을 좁은 한 개의 거래에 한정하는 기본적 형태를 토대로 하다가 점차로 다수의 거래관계를 대상으로 하게 되었으며, 나아가서 포괄적 근저당권계약관계로까지 발전하였다는 점과, 둘째 근저당거래에서 한도액의 제한까지도 두지 않은 경우가 있다는 것으로서 영국에서는 이미 상당히 오래 전부터 근저당에 있어서는 부종성과 채권의 특정성이 별로 문제되지 않고 있었다는 점이 그것이다.<sup>47)</sup>

## 2) 美 國

영국법이 그 논리와 결론을 전통적으로 tacking의 법리에서 찾으면서 그것

44) Judicature Acts로서 1875년부터 시행된 것으로 가장 큰 개혁점은 보통재판소와 형평법재판소를 통합한데에 있다.

45) 장래채권을 담보하는 저당권법의 성문화과정을 보면 1874년의 매주매주법(Vendors and Purchasers Act), 1875년의 토지이전법(Land Transfer Act)을 거쳐 1925년의 재산법(Law of Property Act)의 제정에 이르고 있다.

46) 이에 관한 대표적인 판례는 Peley v. Field(1806), Paynter v. Houston(1817); Curtis v. Auber(1820), Liverpool Borough Bank v. Turner(1860).

47) 은행거래약관 중에 "and every sum and sums of money"라고 하는 문구가 많이 보이고 있는 것은 이와 같은 현상을 표현하는 것이라고 할 것이다.

을 형평법상의 효과로서 구성한 것과는 달리, 미국에서는 이를 그대로 수용하지 아니하고 거래계의 요청에 부응하는 근거를 당사자의 의사에서 찾으려고 하는 독자적인 구성을 선택하게 되었다<sup>48)</sup>. 다시 말하면 미국에서는 장래의 채권을 위한 저당권은 그 이후에 생긴 채권을 그 때마다 당초의 저당권에 관련시켜 추가하여 간다고 하는 tacking의 법리와는 달리, 저당권설정의 당초부터 이미 장래에 발생하리라는 채권을 담보할 수 있다는 것으로 구성하며 그 법적 효과는 모두 당사자의 의사에 의한 약정의 효과로서 규정되는 것이다.

이와 관련한 대표적인 판결로서 1817년 *Hendricks v. Robinson* 사건이 있는데, 이 판결의 판결문은 다음과 같이 밝히고 있다. “저당이 공정하게 이루어진 경우에는 현재뿐만 아니라 장래의 책임을 확보하기 위한 것이라도 부적법한 것은 아니다. 그것은 오로지 당사자의 의사의 문제이며, 그리고 사기가 아니면 그 저당은 무효가 아니다”. 그러나 이와 같은 결론이 곧 미국 각주에 정착하게 된 것은 아니었다. 합의의 효과에 관해서 그것은 사기여서 무효라고 하거나 적어도 미리 피담보채권을 명시했어야 한다는 주장이 강하였다. 나아가 장래의 채권을 담보하는 저당권은 그 채권이 실현될 때까지는 토지에 대한 현실의 부담이 되는 것은 아니고 따라서 그 실례는 각각의 현실적 채권이 발생할 때 새롭게 창설되는 개개의 저당권에 불과하며, 채권이 후순위 저당권설정 후에 발생할 때에는 이 채권부분에 관해서는 후순위자에게 우선할 수 없다는 등의 반론이 상당기간 동안 제기되었던 것이다. 사실 당사자의 합의를 그대로 긍정하여 거기에 전면적인 법적 효과를 부여하는 것은 너무나 큰 힘을 저당권자에게 주는 것이며, 담보가치의 독점은 후순위저당권자를 배제하여 선순위저당권자에 의한 담보가치의 고정화를 초래함으로써 불이익을 줄 수 있는 것이다.

여기서 어떻게 합의의 효과를 제한하는 것이 합리적인 것인가 하는 문제가 대두되었다. 이 문제를 둘러싸고 미국법에서는 많은 논란이 거듭되었으나 결국에는 거의 무제한으로 장래의 채권을 위한 저당권을 인정하는 쪽으로 그 확

48) Tacking의 법리는 중간저당권자를 해하는 것이라는 점에서 미국법에서는 전적으로는 받아들이지 않았다 : Kent, Commentaries on American Law, Vol.4, 12ed, p. 126

립을 보게 되었다. 이러한 제도적 확립을 여실히 드러내는 판결로서 1881년 Ackerman v. Hunsiker 사건이 있는데 이 판결의 요지는 다음과 같다. “장래의 채권 또는 책임을 담보하는 저당권의 유효성에 관해서는 의심할 여지가 없다. 그것은 담보에 관한 승인된 방식으로 되어 있다. 그 빈번한 이용은 거래의 필요에서 그리고 그 편의는 영업의 운영속에서 발생하여 왔다. 그것은 당사자에 대하여 그 범위가 당초에는 예기할 수 없는 계속적 거래에 대비하는 것을 가능케 하고 각각의 새로운 거래 때마다 새로운 담보를 설정하는 비용과 불편을 피할 수 있다.

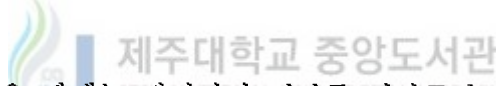
이와 같은 저당권이 은행에 의해서 최종잔고를 위한 담보로서 항상 보유하고, 그것을 토대로 하여 금융의 편의가 확대되고 그때 그때의 신용이 주어지고 있는 것은 주지의 사실이다. 장래의 채권을 위한 저당권은 때로는 경계심을 가지고 주목된 일도 있었으나, 그 유효성은 오늘날 완전히 승인되고 확립되기에 이르렀다.” 이 판결문의 요지는 19세기말의 미국의 근저당에 관한 관념을 대표하는 것으로서 장래의 채권을 위한 저당거래의 합의에 관한 법리를 잘 파악할 수 있는 것이다.

위와 같은 미국의 근저당제도는 나아가서 포괄약관의 제도와 Package Mortgage 및 Open-end Mortgage로서 그 나타나게 되어 부종성과 특정성을 완화 내지 부정하는 방향으로 나아가게 되었다.

포괄약관은 현재와 장래의 모든 채권을 담보한다는 약관으로서 보통저당계약증서에 ‘저당권은 당초에 기재된 채무외에 저당권하에 현재 이미 부담하고 또 장래에 부담하게 될 모든 채무를 그 종류와 성격여하를 불문하고 또 저당권에 대하여 직접 발생한 것인지, 아닌지에 관계없이 모든 것을 담보하고, 이상의 모든 채무를 변제한 때에 소멸한다’고 하는 내용의 문언으로 나타난다. 미국에서는 19세기초기 이래 이러한 포괄약관의 관행이 전국적으로 널리 보급되어 법률적 관심을 일으킨 바 있었다. 왜냐하면 이와 같은 약관은 원래 부담한 목적을 위한 수단으로서 악용될 우려가 있는 것이기 때문이다. 즉 이 약관을 가진 선순위저당권자 담보물의 가격에 훨씬 미치지 못하는 채권금액으로써 담보가치의 전체를 미리 독점한 후 채무자가 변제불능으로 된 때에 그 채무자

에 대한 무담보채권을 극히 하락한 가격으로 많이 사서 거기에 관한 액면금액으로 배당을 요구하여 폭리를 얻는 동시에 후순위 담보권자의 이익을 부당하게 해하는 것과 같은 경우가 있을 수 있기 때문이다. 이러한 폐단을 우려하면서 포괄약관의 남용을 방지하기 위하여 Maryland의 주법(1825), New Hampshire의 주법(1829)등이 제정되어 이를 입법화하기에 이르렀으나, 그 후에도 많은 판례는 포괄약관의 효력에 관하여 당사자의 합의에 의하여 처리되는 범위에 속하는 것이라고 하여 그 제한을 완화하는 방향으로 나아갔다.<sup>49)</sup>

오늘날 미국에서 포괄약관의 유효성의 근거를 당사자의 의사에 두고 있다고 하지만 중국에는 당사자의 의사에 관한 해석을 어떻게 하느냐에 달려있다고 할 것이다. 저당계약증서에 단순히 '모든 채권을 담보한다'라고 기재한다든가, 또는 '현재 및 이후에 존재할 수 있는 모든 채무'라고 한다든가, 또는 나아가서 '특정적으로 표시되어 있지 않는 다른 모든 채무에도 확장된다'라고 하는 일반조항을 포함하고 있는 경우에 당사자가 어떠한 채권을 저당권으로써 담보하려고 의도하였는가를 결정하는 것은 결국 당사자의 의사의 해석문제이기 때문이다.



이에 관하여 많은 판례는 당사자의 의사를 저당증서의 문언과 문맥 속에서 그리고 증서가 작성된 모든 사정 속에서 확정하여야 한다는 입장을 보이고 있다. 이러한 토지를 가지는 대표적 판례로는 1993년 *Beavers v. Le Sueur* 사건<sup>50)</sup>과 1947년 *First v. Byrne* 사건<sup>51)</sup>을 들 수 있다. 여기서 주목할 것은 이러

49) *Witczinski v. Evermann*, Miss 838, (1876) , *Freiberg v. Magale*, S.W. 684, (1888) , *Wood v. Parker Square State Bank*, Texas 898, (1866) 등

50) 「법률 또는 기록이 약간의 특정물」의 명칭을 열거하고 확장의 일반문언으로써 맺어 놓고 있을 때는 이 문언은 보다 넓은 의미가 의도되어 있다는 것을 표시하는 어떤 것이 존재하지 않는 한, 특정적으로 지명된 것과 동일한 종류라고 해석하여야 하므로, 손해배상청구권은 설사 유효하게 인정된다고 할지라도 그 종류에 들어가는 채권은 아니다 그것은 계약에서 발생한 것일지라도 다만 우발적·불확정적이며 또 과실책임에 기하는 것이므로 의식적으로 부담한 것은 아니다. 그리고 담보증서의 경우는 명백히 직접적·신입적 관계와는 관련이 없는 개인의 통상의 거래에 있어서의 채권만에 관한 것이다. 이 판결의 요지는 저당권이 변호사와의 사이의 계약위반에 의한 손해배상청구권까지 담보하는 것은 아니라는 것이다

51) 이는 현재 보유하고 있고 또 장래 저당권의 유효기간 중에 취득 할 수 있는 직접 또는 우발적인 다른 채무도 담보한다고 한 저당계약에 관한 분쟁에 대한 판로서 다음과 같이 실시하고 있다. 「포괄약관은 Equity상 고도로 존중된다고 할 것은 아니다. 그것은 신중하게

한 종류의 판시 이후의 변화이다. 거래실무에서는 포괄약관을 없앴과 동시에 완전히 반대의 입장을 보이는 제한약관, 즉 여신의 액, 시기, 종류에 의하여 피담보채권에 일종의 특정성을 주고자 하는 약관이 광범위한 보급을 보이고 있다. 동시에 포괄약관이 부가되어 있는 경우에도 당사자의 의사해석에 의하여 금액, 시기, 종류에 대하여 제한을 가하고자 한 판례가 대단히 많은 수에 달하고 있다.

한편 1940년대에서 1950년대에 걸쳐 미국에서는 주택산업이 크게 일어났는데, 이러한 상황을 창출하게 된 하나의 원동력이라 할 수 있는 주택금융 분야에 있어서 몇 가지 제도에 대하여 주목하지 않으면 안 된다.<sup>52)</sup> 그 중에서도 특히 주택용 시설들을 건물과의 종합적인 담보가치로서 파악하여 저당신용화하려는 Package Mortgage와 주택의 수리와 개량에 필요한 비용을 건물취득 당초의 건물저당의 담보력에 의존하는 피담보채권으로 한다는 Open-end Mortgage는 주택금융의 범위를 확장하고 주택정책의 내용을 충실히 하는 데에 그 의의가 컸다고 볼 수 있다. 전자는 토지 및 건설 자체의 취득을 위하여 설정되는 저당권을 그 건물의 주택으로서의 이용을 위하여 설치되는 부속시설의 비용으로서의 채무를 위해서도 확장하여 활용하자는 것이며, 후자는 일단 토지 및 건물의 취득을 위하여 설정된 저당권을 그 건물의 수리와 개량에 필요한 비용으로서의 채무를 담보하는데도 동시에 또는 사후에 이용하려는 것이다. 따라서 이들 제도는 설정자가 토지 및 건물을 취득하는 데에 이용되면서 아울러 저당물의 사용가치의 증대와 보전을 목적으로 이용되는 것이다.

여기서 장래의 채권을 위한 저당권으로서 특별히 검토가 필요한 것은 Open-end Mortgage에 관해서이다. Package Mortgage는 신축가옥에 내은 방기, 차사용레인지, 냉장고, 세탁기 등의 필요시설을 설치한 후에 그것을 완

---

음미되고 엄격하게 해석되어야 하는 것이다...특정적으로 게시된 채무와 그 외의 현재 및 장래의 채무, 그리고 그 설정자에게 인식되고 우선권에 포괄된다는 취지로서 그가 명시 또는 묵시의 승낙을 받은 개인적 채무를 담보한다. ...사용된 문언과 설정당시의 사정을 조화하여 합리적으로 해석해야 한다」.

52) 이 시기의 미국의 주택금융제도로는 여기에서 논술코자 하는 Package Mortgage와 Open-end Mortgage외에 저당채무의 지급을 보장한 질병 및 사고보험, 최초의 3년 경과 후의 4개월간의 주택채무지급을 유예하는 제도 등이 있었다.



성된 주택으로서 그 전체를 저당권의 객체로 하는 것이다. 이것이 보통의 저당권과 다른 점은 이들 부속시설에 관해서 설정자가 부동산의 일부라고 하는 의사를 명시적으로 또 특정적으로 표시하여야 한다는 점이다. 그리고 저당권 설정 당초부터의 시설에 관해서 저당권의 등록이 되어 있으면 저당권자는 그 시설물이 정착물인가 아닌가를 불문하고 부동산자체의 경쟁거래자에 대하여 보호되는 바, 정착물일 경우에는 저당권자는 부동산저당권의 등록에 의하여 보호되고, 정착물이 아닌 경우에는 동산담보권으로서의 등록이 필요하다. 정착물여부의 문제는 당사자의 의사, 정착물의 종류 등을 기준으로 하여 결정되는데, 그 중에서도 당사자의 의사가 가장 중요하다고 한다.

Open-end Mortgage는 전술한 바와 같이 주택이 수리 또는 개량을 위한 장래채무에 관하여 설정되는 저당제도이다. 미국의 장래채권을 위한 저당제도는 1940년대 중엽이후 이 형태로서 발전했다고 볼 수 있다. 그 발전의 경위를 간략히 살펴보면 다음과 같다. 주로 건축 및 주택건설의 업자와 금융업자가 그 시장확대를 위하여 서로 경쟁함으로써 강력히 추진되었고, 또 다수의 주가 이것을 주택정책의 일환으로 지지하고 촉진하는 입장을 택하여 입법화에 이르렀던 것이다.

Open-end Mortgage의 입법의 유형을 살펴보면 피담보채권의 자격을 건물의 수리·개량 등에서 발생하는 것에 한정하고 있는 것으로부터 특별한 한정 없이 주택의 수리·개량이라는 범위를 초월하여 다른 목적을 위한 모든 채무에까지 확대한 것 등 각종의 유형을 볼 수 있다.<sup>53)</sup> 물론 이 후자의 경우에도 현존채무와 장래채무의 총액은 언제나 저당증서에 명기된 이자, 변호사비용을 포함한 원본최고액을 초과할 수 없다. 이와 같은 Open-end Mortgage에 있어서의 채권의 범위와 부종성·특정성의 문제들은 특히 포괄근저당의 문제로서 우리나라에 많은 참고가 될 것이다.

---

53) 전자와 같은 입법의 유형으로는 Connecticut주법, Ohio주법 등을 들 수 있고, 후자와 같은 입법의 유형으로는 South Carolina주법, New Hampshire주법 등을 들 수 있다.

## 第 4 章 包括根抵當의 運營上 問題點과 그 改善方向

### 第 1 節 包括根抵當의 運營上의 問題點

현재 거래계에서 은행과의 근저당거래의 주종을 이룬다고 할 수 있는 채무자 본인의 담보제공에는 특정근저당 내지 한정근저당으로 그 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 관행적으로 포괄근저당을 설정하고 있으며, 포괄근저당의 설정이 사실상 강제되고 있기 때문에 포괄근저당의 남용이라는 문제는 여전히 남아 있으며, 제도적 개선의 여지 또한 많다고 할 수 있다.

한편 은행거래에 있어서 근저당권설정계약체결의 실태를 보면, 은행측에서 고객에게 인쇄된 약관의 형식으로 되어 있는 계약서의 내용을 고지하여 주는 경우는 거의 없고 그저 계약서를 내놓고 서명날인만을 받을 뿐이며, 또한 물상보증인의 경우에도 특별한 이의의 제기가 없는 한 포괄근저당설정계약서양식에 의하여 계약이 체결되는 것이 관례라고 한다.<sup>54)</sup> 그리고 시중의 이자율보다 훨씬 낮은 금리의 은행대출을 받는 것이 일종의 특혜로서 인식되고 있는 우리 나라의 은행거래현황을 고려해 보면, 채무자(설정자)가 계약의 내용을 따지고 드는 경우는 거의 있을 수 없으며, 대부분 저당권의 피담보채권의 범위가 어떻게 정하여져 있는지 알지 못한 채 서명날인하지 않을 수 없는 것이 그 실정이다.

또한 은행은 담보대출시 매대출시마다 담보에 관하여 평가를 실시하며, 항상 지나칠 정도로 충분한 물적·인적담보를 확보하는 것이 관례이며,<sup>55)</sup> 따라서 어떤 채무의 부담에 즈음하여 담보가 제공되는 경우에 담보제공자는 물론 은행으로서도 그 담보는 당해 채무만을 위하여 설정되는 것이라는 인식을 가지는 것이 오히려 당연시되는 경우가 많다. 왜냐하면 이전의 대출은 이전의

54) 孫智烈, “包括根抵當約款의 解釋”, 「民事裁判研究VI [民事判例研究會 編]」, 經文社, 1984, p. 85.

55) 商業銀行 與信規定 卞~11-3 擔保에 관한 規定 第8條 第3項은 「根抵當權의 設定最高額은 貸與元金の 5割을 加算한 金額으로 한다」고 규정하고 있다.

대출대로 따로 확보된 담보가 있으며, 또한 이후에 추가로 대출이 있게 되면 그때는 또 다시 그에 상응하는 담보를 요구하는 것이 일반적이기 때문이다. 특히 물상보증인의 경우에는 어느 특정거래상의 채무만을 담보하기 위하여 담보물을 제공하는 경우가 대부분이며 그러한 사정은 은행측에서도 잘 알고 있다고 보는 것이 타당할 것이다. 실제 포괄근저당권설정시 법적인 분쟁이 자주 발생하는 것은 물상보증인이 제공한 담보물의 경우인 것은 이러한 사정에서 기인하는 것이다. 상식적으로 볼 때 거래의 제3자인 물상보증인이 당사자간에 현재 또는 장래에 있어서 발생할 모든 채무에 대하여 담보한다는 인식을 갖는다고는 예측하기 힘들 것이기 때문이다.<sup>56)</sup>

또한 포괄근저당에 의하여 담보되는 채권은 본래 당사자간에 이에 의하여 담보하고자 했던 채권과 그 외에 우발적으로 은행이 그 채무자에 대하여 가지게 된 채권이다. 이 우발적 채권은 본래 담보 없이 신용만으로 대출한 것 또는 다른 담보를 제공받고 대출한 채권 또는 우연히 그 채무자에 대하여 제3자가 가지는 어음·수표 채권이다. 심지어는 근저당권상의 채무자가 근저당권자를 채권자로 하는 다른 채무자의 채무에 보증을 한 경우에, 이 보증채무까지도 포괄근저당의 담보대상채무가 된다. 따라서 채무자 아닌 제3자가 채무자를 위하여 근저당권을 설정하여 준 경우, 전혀 알지 못하는 주채무자가 보증한 다른 사람의 채무까지도 담보해 주는 결과가 된다. 예컨대, A가 B를 채무자로 하여 X은행에 포괄근저당을 설정하여 주었는데, B는 C를 주채무자로 하여 같은 X은행에 보증을 한 경우, 채권자인 은행은 C에 대한 채권도 A가 설정한 근저당권으로 우선 변제 받을 수 있게 된다. 포괄근저당을 이렇게 이용하게 되면 은행은 매우 유리하나, 담보를 제공한 사람의 입장에서 보면 설정당시 전혀 예상하지 못했던 타인의 채무까지 담보하게 되어 매우 불공평한 제도라고 하지 않을 수 없게 된다.

한편 근저당거래의 실태를 분석함에 있어서 생각해야 할 점은, 포괄근저당의 설정과 병행하여 인적담보로서의 연대보증의 무분별하게 남용되고 있다는

56) 孫智烈, 前揭論文, p. 85

점이다. 즉 주채무자에게 담보제공자 또는 보증인이 여러 명이 관계되어 있는 경우, 모든 채무가 소멸하기 전에는 담보제공자 전원의 동의를 얻지 않고는 담보권을 소멸시킬 수가 없다. 금융기관과는 여러 가지 종류의 거래에 각 거래마다 서로 다른 인적·물적보증인을 세우게 되는 경우가 많은데, 이러한 거래로부터 발생하는 채권을 포괄근저당으로 담보하게 되면, 각 거래상의 채권의 보증인 공동담보인의 관계에 서게 되어 어떤 채무가 소멸하였다하여 이와 관계된 담보권을 해지해 주면, 다른 채권의 보증인 면책하게 되는 경우가 생기게 된다. 이와 같은 경우는 실무상 매우 흔하여 포괄근저당권자와 은행 그리고 보증인간에 다툼이 빈번하다.<sup>57)</sup>

## 1. 有效性 · 附從性의 問題

### 1) 有效性의 問題

일본 민법과는 달리 우리민법은 처음부터 근저당에 관한 규정을 두고 있기 때문에(민법 제357조) 근저당 자체에 대한 유효성이라든가 일반적인 부종성의 원칙을 엄격하게 고집할 필요는 없었다. 또한 일본에서와는 달리 근저당권설정등기신청서에 단지 ‘근저당권설정계약’이라고만 기재하면 된다. 따라서 근저당권설정의 전제인 당좌대월계약서·어음거래약정서 등을 작성하지 않아도 근저당권설정은 가능하다. 뿐만 아니라 근저당권설정계약에서 피담보채권의 범위를 열거함이 없이 ‘일체의 채권’을 담보하기 위하여 근저당권을 설정한다고 하여도 그러한 등기신청을 받아들이지 않을 이유가 없다.

즉 우리 나라에서는 등기 실무상 이른바 순수한 포괄근저당도 얼마든지 설정될 수 있는 것이다. 그러나 우리의 금융거래실제상 그러한 순수한 포괄근저당이 설정되는 일은 거의 없었기 때문에, 포괄근저당권설정 등기신청의 수리여부가 문제된 일도 없다.<sup>58)</sup> 따라서 학설에서도 포괄근저당 자체가 무효라고

57) 孫智烈, 上揭論文, p. 85.

58) 한국상업은행, “포괄근저당에 관한 고찰”, 경제브리프스 제170호(1979.4.), p. 41.

하는 견해는 아주 소수에 지나지 않으며,<sup>59)</sup> 다만 포괄근저당의 효력을 제한해야 한다고 하는 제한적 유효설과 무제한으로 그 효력을 인정해야 한다는 무제한적 유효설이 대립되고 있다. 판례는 포괄근저당을 유효한 것으로 인정하면서도 약관의 해석에 관한 원칙을 적용하고 있다.

## (1) 學 說

### ① 無 效 說

포괄근저당은 민법에서 엄격하게 요구하는 부종성의 원칙에 반하므로 무효라고 하는 동시에 더 나아가 경제적 강자의 지위에 있는 채권자(저당권자로서 금융기관이 대표적인 예)가 일방적으로 작성한 일반거래약관이라는 수단을 빌어 저당권의 부종성을 무의미하게 하고 그럼으로써 경제적 약자인 설정자에게 부당한 내용을 강요한다는 점에서 무효라고 한다.<sup>60)</sup>

이 견해에 따르면, 포괄근저당의 유효성을 주장하는 논거들을 다음과 같이 반박하고 있다. 첫째, 민법 제357조의 규정은 거래상 요청에 따라 엄격한 부종성을 완화하는 것일 뿐 민법상의 원칙인 부종성을 전혀 추출해낼 수 없는 포괄근저당과 같은 제도를 허용함으로써 원칙 자체를 포기한 것은 결코 아니라고 한다. 즉 민법 제357조에 의해서 포괄근저당이 허용된다는 논리는 결코 타당하지 않다고 한다. 둘째, 계약자유를 이유로 민법상의 부종성을 부인하는 것은 합리화될 수는 없다고 한다. 강행법규인 물권법에 위배되는 포괄근저당의 가능성을 계약자유에 의탁함은 너무나 편의적이라고 한다. 셋째, 포괄근저당을 무효로 한다고 해서 반드시 거래의 혼란이 오는 것은 아니라고 한다. 이는 일부 무효의 법리로 해결할 수 있다고 한다. 넷째, 부종성 완화의 사고는 독일이나 스위스법의 예이고, 그들이 제시한 입법에 정착해 버린 것이지 이른바, 일반적인 경향이라고는 할 수 없다. 또한 최소한 현재 우리민법에서는 배척되고 있는 사고이다. 다섯째, 최고액이 설정자의 근저당권말소청구권을 확보해 준다고 하나, 그 최고액이라는 것은 일정한 채권만의 총액에 의해서 충만 되어야

59) 李珣徹, “物上保證人の 責任銀行의 根抵當權設定契約書 第1條에 관한 考察”, 「現代 財産法の 諸問題」, 金基善博士古稀紀念論文集, 法文社, 1987, p. 187.

60) 李珣徹, 上揭論文, p. 187.

지, 설정자나 채무자가 예측 불가능했던 일체의 채권을 다 모아도 좋은 한도는 아니라고 할 것이다. 여섯째, 무제한적 유효설의 입장에서 주장하는 바와 같이 설정자의 무지·궁박을 이용함으로써 근저당권자가 부당하게 이득을 취득한 경우에는 민법 제103조 내지 제104조 위반으로 무효로 해서 설정자를 보호할 수 있다고 하는 논의가 타당성을 획득하려면, 포괄근저당에 정한 약정이 선량한 풍속이나 사회적 타당성을 결하여 사회질서에 반한다고 볼 수 있어야 한다는 것이다. 그렇지 않다면 반사회 질서는 영위할 수 없을 것이고, 그렇게 되면 설정자의 보호방법은 더 이상 찾을 수 없게 된다.

한편 제한적 유효설에 대해서도 다음과 같은 이유로 반박한다.

첫째, 법률상 허용될 수 없는 것을 거래상의 요청이라는 이유로 합리화하려는 것은 논리상 이해하기 곤란하다고 한다. 둘째, '기타일체의 채권'도 거래상의 채권만으로 제한해서 해석함으로써 피담보채권의 카테고리를 줄일 수 있다고 하나, 약정서의 문리상 어색하고 더욱 약관이용자인 은행측의 의도를 그와 같이 선의적으로만 해석할 수 있다면 처음부터 문제가 되지 않았을 것이라고 한다. 즉 은행측의 의도는 거래와의 관계를 따지지 않고 문자 그대로 모든 채무를 근저당권으로서 커버하려는데 있다고 보아야 하기 때문이라고 한다.

## ② 制限的 有效說

이 견해를 취하는 일부론자는 우리민법의 체계상 엄격한 부종성이 요구되고 있으며, 다만 제357조에서 근저당권을 인정함으로써 근저당의 성립에 있어서의 부종성이 완화되고 있을 뿐이므로 근저당권에 있어서 부종성을 부정하는 결과가 되는 해석을 취하기는 어렵다고 한다. 즉, 민법 제357조 1항의 '채권의 확정을 장래에 보류한다'는 규정에 의하는 경우 근저당권은 성립 당시 피담보채권을 발생시키는 기본계약이 반드시 존재해야 한다고 해석되는 바, 기본계약이 존재하고 그 기본계약에서 발생한 채권이 아니면 근저당권에 의해 담보되지 않는다는 결과로 되며, 결국 포괄근저당은 부종성을 갖추고 있다고 볼 수 없어 무효라 할 수밖에 없는 것이라고 한다. 그러나 이러한 입장을 고수하여 포괄근저당을 무효라고 하면 현재의 금융거래에 큰 혼란을 초래할 것이므로, 이를 고려하여 근저당권설정 당시 피담보채권의 발생 가능성이 사실적·

객관적으로 존재하면 그 포괄근저당은 유효하다고 해석해야 한다고 한다. 또한 '기타일체의 채무'라는 것도 은행과의 거래 사이에서 거래상 발생하는 채권을 의미한다고 새긴다면 은행거래에서 설정되는 포괄근저당은 유효한 것으로 볼 수 있다고 한다. 따라서 이러한 논거의 형식을 빌어 일용 부가적 포괄근저당을 유효하다고 보지만 그것은 어디까지나 거래안전의 안정을 위한 부득이한 해석임을 강조한다.<sup>61)</sup>

한편, 이 견해를 취하는 또 다른 일부론자는 피담보채권과의 부종성이 완전히 배제될 수 있는 극단적인 포괄근저당은 인정될 수 없다고 한다. 이는 민법의 부종성의 원칙에 반하고, 또 비교법적으로 보더라도 그러하기 때문이라고 한다. 이에 일본의 신근저당권은 근저당권의 부종성이 완전히 배제된 극단적인 포괄근저당은 포함되지 않고 있으며, 독일의 최고액저당권도 피담보채권의 부종성이 인정되는 보전저당권으로만 설정할 수 있도록 하고 있다는 것을 예로 든다. 그러나 언제나 특정의 기본계약의 존재를 요한다고 할 것은 아니고, 피담보채권의 발생 가능성을 실제적·객관적으로 특정할 수 있는 정도의 기초적인 관계는 있어야 되므로 은행거래에서 이용되고 있는 '여신거래에서 발생하는 일체의 채무'를 담보하는 정도의 포괄근저당은 유효하다고 해석할 수 있다고 한다.<sup>62)</sup>

### ③ 無制限의 有效說

이 견해에 따르면, 계약자유 원칙이라든가 민법 제357조에서의 부종성 완화라든가 또는 거래계의 관행의 존중 등을 근거로 포괄근저당을 유효하다고 한다. 이 견해에서 들고 있는 구체적인 논거를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 포괄근저당이 부동산의 담보가치의 효율적 이용을 다소 해할 염려가 있다는 것은 부인할 수 없으나 이 제도가 실제 거래계에서의 요구에 대한 것이고 근저당권설정계약 당사자들 또한 관행으로 널리 이용하고 있는 이상, 사적자치·계약자유 원칙상 그 유효성을 인정하여야 할 것이며, 법이 굳이 간섭할 필요는 없다고 한다. 더욱이 현행민법은 명문으로써 근저당을 인정하고

61) 郭潤直, 前掲 判例教材 物權法, pp 620-621

62) 金相容, 前掲 物權法, pp 864-865.

있다는 점을 고려한다면, 양도담보와 같은 관습이 유효시 되고 있는 상황하에서, 균형상 포괄근저당의 유효성을 인정하는 것이 타당하다고 한다. 또한 무효설이 걱정하는 후순위저당권자나 그 밖의 채권자의 지위불안정의 문제도 최고한도액을 등기하게 함으로써 충분히 보장될 수 있는 이상, 포괄근저당의 효력을 부인할 근거는 전혀 없다고 한다.<sup>63)</sup>

둘째, 현행민법은 제357조에서 근저당권을 규정함으로써 부종성을 완화하는 태도를 취하고 있는 바, 부종성을 고집하는 것은 근대적 담보제도의 이론과 입법이 부종성을 완화 내지 부정하는 방향으로 진전된다는 점을 고려 할 때 지극히 퇴보적인 태도라 아니할 수 없다고 한다. 또한 포괄근저당의 유효성 여부를 경우에 따라 구별하는 것도 부당하다고 한다. 따라서 법률행위자유의 원칙에 비추어 당사자 사이에 합의된 것이라면 그 유효성을 인정하여도 좋을 것이므로 그 유효성은 무제한으로 인정해도 무방하다고 한다.<sup>64)</sup>

셋째, 기본계약의 추상성 내지 포괄성이 포괄근저당의 특징인데 그것을 지나치게 한정한다면, 그것을 개별화·구체화하는 것으로 되어 결국 보통의 근저당과 같이 되고 포괄근저당으로서의 특징은 상실되고 말 것이라고 한다. 기본계약에 의해 채권의 특정성을 완화하더라도 최고한도액을 약정함으로써 그 완화에서 발생할 염려가 있는 각종의 폐단(예컨대 담보가치의 독점적 지배·폭리성 등)은 민법 제103조 내지 제104조 등에 의해 구제할 수 있을 것이라고 한다.<sup>65)</sup>

넷째, 제한적 유효설은 포괄근저당 설명에 있어 너무 기교적이라고 반박하면서 차라리 피담보채권의 발생원인을 불문하고 '장래의 일정한 시기'에 최고액의 범위 내에서 '특정'될 수 있는 것인 이상 그것을 담보하는 포괄근저당도 유효한 것으로 보는 것이 분명하고도 합리적인 해석론이라고 한다.

다섯째, 포괄근저당에 있어서는 필요 이상의 담보 가치가 근저당권자에 의하여 지배될 가능성은 있지만, 그것은 설정자, 스스로가 선택한 것일 뿐이므로 유효·무효의 결정적 근거는 될 수 없으며, 만일 설정자의 무지·궁박을 이용

63) 李根植, “包括根抵當”, 「法曹」第20卷 第12號, 1965. 12. p. 9.

64) 金會漢, 前掲 物權法, p. 536.

65) 張庚鶴, 前掲 物權法, pp. 852~853



함으로써 근저당권자가 부당하게 이익을 취득한 경우에 있어서는 반사회질서 또는 불공정행위로서 설정자의 구제는 별도로 고려될 수 있다고 한다.<sup>66)</sup>

여섯째, 제한적 유효설이 순수한 포괄근저당은 무효이지만 부가적 포괄근저당은 유효라고 하는데 이는 자가당착에 빠져 있는 것이라고 비판한다. 그 이유로 부가적 포괄근저당도 '채권 기타 일체의 채권을 담보한다'는 것이므로 순수한 포괄근저당과 전혀 다른 바가 없는 것이고, 만일 이와 달리 '기타 일체의 채권'도 당좌대월계약·계속적 어음할인계약 등으로부터 발생하는 채권의 범위 내에 속하는 것만을 의미한다고 한다면 이는 포괄근저당을 부정하고 보통의 근저당을 인정하는 것에 귀착되기 때문이라고 한다.<sup>67)</sup>

## (2) 判例의 態度

### ① 概 要

우리 나라 판례 중에는 포괄근저당 자체의 유효성 여부에 관하여 직접적으로 논하고 있는 것은 아직 나타나고 있지 않다. 다만 우리 나라 판례는 종래 포괄근저당의 유효성을 인정하는 것을 전제로 하는 입장에서 판결을 하고 있는 것으로 볼 수 있다. 대법원 1970. 9. 22. 70다 1611 판결, 대법원 1982. 7. 27. 81다카 1117 판결, 대법원 1982. 2. 14. 82다카 413 판결 등 이것이 그 대표적인 것이다.<sup>68)</sup> 이에 대해 특별사유나 개별약정의 증거로 될 사실을 들어 피담보채권의 범위를 제한하려고 하는 입장의 판례도 있다. 그러나 대비되는 양입장의 판례측 모두 궁극적인 해결책을 제시하고 있지는 못하다. 우리 나라의 근저당거래가 원칙적으로 포괄근저당의 형태로 이루어지고 있는 실정을 감안한다면 근저당에 관한 많은 판례는 포괄근저당의 유효를 그 논리적 전개로 하고 있다고도 일응 생각할 수 있겠으나 요컨대 포괄근저당을 둘러싼 법적분쟁이 대부분은 포괄근저당약관의 효력에 관한 다툼의 형태로 제기되고 있는

66) 金容漢, 前掲 物權法(再全訂版), p. 591.

67) 李英俊, 「物權法」, 博英社, 1990, pp 859~860.

68) 한편 이영준 변호사는 우리 나라 판례가 오래전부터 무제한적으로 포괄근저당을 유효로 설정하는 전제에 서있다고 본다' 李英俊, 上掲 物權法, p. 858, 포괄근저당에 관한 판례의 동향에 관하여는 李俊相, 金融判例研究(1966-1972), 法文社, 1973. ; 李俊相, 金融判例研究(1973-1982), 法文社, p. 1882 參照.

사정에 기인한 것<sup>69)</sup>이라는 점도 염두에 두어야 할 것이다.

## ② 關聯判例의 判決要旨

가. 대법원 1982. 7. 27. 81다카 1117 판결을 보면, X는 주채무자인 S유지공업 주식회사가 Y은행으로부터 상업어음할인을 받음에 있어서, 자기 소유 부동산을 담보제공 하여 이에 채권최고액 금20,000,000원의 근저당을 설정하였다. 물론 은행소정의 근저당설정계약에 의하여 근저당권설정계약을 체결한 것이다. 그리고 그 동기가 1979. 7. 12.자로 되었다. 그 후 차주인 S공업의 거래상황은 어떠했는가? 1979. 8. 17. 제1차로 유지공업 주식회사로부터 받은 약속어음을 금13,000,000원으로 Y은행에서 할인 받았다. 그후 1979. 10. 22. 제2차로 역시 H유지로부터 받은 약속어음을 금9,950,000원에 할인 받았다. 위 각 어음할인에 있어서는 물상보증인인 X가 어음거래약정서에 연대보증인으로서 기명날인하여 각각 연대보증인까지 하였다.

위 제1차, 제2차 상업어음할인에 관하여는 각 1979. 11. 13., 1980. 1. 11.경부터 같은 달, 23일경까지 사이에 전후 4회에 걸쳐 합계 금25,025,800원의 약속어음채무를 Y은행에 대하여 지게 되었다. 이런 상태에서 X는 Y은행을 상대로 위 근저당권설정등기말소청구소송을 제기한 것이 본건이다. 원심에서는 원고 X의 주장을 받아들여 '저당권은 소멸하였으니 등기를 말소하라'는 Y은행 패소판결이 내려졌다. 이에 피고 Y은행이 불복 상고한 결과 은행소정 근저당권설정계약 내용대로의 포괄근저당효력을 인정하고 Y은행을 승소시키는 취지의 파기환송판결이 내려졌다.

그 판결의 요지를 보면 다음과 같다. 서증중 처분문서에 있어서는 그 문서의 진정 성립이 인정된 이상, 그 문서에 표시된 의사표시와 그 내용에 관하여 특별한 사유가 없는 한 절대적인 실질적 증거능력이 있다 할 것이고, 또 그 내용이 되는 법률행위의 존재를 인정하여야 할 것인 바, 기록에 의하여 살펴볼 때, 원심이 인용되고 있는 서증중 을제1호증(근저당권설정계약서)은 진정성립이 인정되는 처분문서임이 명백하고, 그 기재내용에 의하면, 원고는 소외 회

69) 李俊相, 上揭 金融判例研究(1966-1972)·上揭 金融判例研究(1973-1982); 대법원판결집, 18권 3집, p. 79, 동 30권 2집, p. 237; 한국산업은행조사부, 「금융법무실무」, 1980, pp. 76~84; 한국산업은행조사부, 「은행법무실무」, 1971, pp. 85~97.

사의 어음할인대출채무 뿐만 아니라 당좌대월, 증서대출, 유가증권대여, 지급 보증 기타의 거래로 인한 채무, 보증채무, 수표채무 기타 어음상의 채무, 채권자가 채당가지급한 채무자 또는 설정자의 부담한 제비용, 보험료, 채무자의 채권자에게 지급할 이자와 채무불이행으로 인한 손해금 기타 각종 원인으로 채무자가 채권자의 본·지점에 대하여 현재 부담하고 또는 장래 부담하게 될 모든 채무를 담보하기 위하여 원고소유의 이 사건 부동산에 근저당권을 설정한다는 내용임이 명백하고, 원심이 들고 있는 나머지의 각 증거는 위 을제1호증의 기재 내용을 달리 해석해야 할 특별한 사유를 인정하기는 어렵다 할 것인데도, 원심이 위 처분문서의 내용을, 이 사건 근저당권에 의하여 담보되는 채권은 원고가 연대보증인으로 되어 소외 회사가 피고로부터 어음할인대출을 받은 것에 한정된다고 해석한 것은, 채증법칙에 위배한 위법이 있다 할 것이고, 또 근저당권에 있어서는 채무가 일단 변제되어도 근저당권설정계약이 해지되지 않는 한, 근저당권은 소멸되지 아니하고, 그 후에 발생한 채권을 유효하게 담보하는 것인 바, 기록에 의하면 원고의 이 사건 근저당권의 설정이후 소외 회사가 1979. 8. 17. 금13,000,000원, 그 해 10. 22. 금9,950,000원을 피고로부터 각 어음할인대출을 받은 채무는 모두 변제되었다 하더라도 한편 성립에 다툼이 없는 갑제4호증(검증조서등본)의 기재에 의하면, 소외 회사는 1980년 1월 11일경부터 같은 달 23일까지 사이에 전후 4회에 걸쳐 합계 금25,025,800원의 약속어음채무를 부담하고 있는 사실을 인정할 수 있으므로, 위 채권 작성 전에 근저당권설정계약이 유효하게 해지되었다는 사정 등 특별한 사유가 없는 한, 이 사건 근저당권은 위 채무를 그 최고 한도액의 범위 내에서 유효하게 담보한다고 함이 상당할 것임에도 불구하고, 원심이 위 인정의 어음할인대출 합계 금22,500,000원의 변제와 이 사건 소장송달(기록에 의하면 동 송달 일자 1980. 11. 29.임)로써 한 해제의 의사표시에 의하여 이 사건 근저당권이 소멸되었다는 취지로 판시 하였음은 근저당권소멸에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것인 바, 위의 각 위법은 원심판결의 파기사유에 해당한다 할 것이므로 논지 이유 있다.

이것은 포괄근저당권설정계약서는 진정성립이 인정된 처분문서로서 그 문서

에 표시된 의사표시와 내용에 관하여 실질적 증거 능력이 있다고 보며, 그 내용이 되는 법률행위의 존재를 인정하고 있다. 또한 근저당권설정 계약서의 내용이 채무자가 현재 또는 장래에 부담할 모든 채무를 담보하는 것이라면, 근저당권설정계약이 유효하게 해지되지 않는 한 위 근저당권은 소멸되지 않고, 발생한 모든 채무는 유효하게 담보한다고 하고 있다.<sup>70)</sup>

나. 대법원 1982. 12. 14. 82다카 413 판결을 보면, X는 Y은행으로부터 금 4,500,000원을 차용하고 채권최고액을 금8,000,000원으로 하는 근저당권을 설정하였다. X가 원금 중 일부 및 그에 대한 이자만 지급하였을 뿐 나머지 원리금을 변제하지 못하자 Y은행은 경매를 실행하였으며, 이에 X는 소외 A회사의 이사로서 A회사와 Y은행과의 사이에 체결된 은행거래약정 및 당좌계정차월 약정상의 거래에 대하여 연대보증을 한 바 있다. Y은행은 연대보증 채무도 당연히 근저당권의 피담보채무의 범위에 들어가는 것으로 보고 근저당권의 실행을 속행하려고 하자 X는 자기채무를 변제하였음을 이유로 다툰 것이다.

1심에서는 연대보증 채무도 피담보채무의 범위 내에 속한다는 이유로 X의 패소판결을 내렸고, 항소심에서는 근저당이 설정된 지 2년이 지난 후에 발생한 한 연대보증채무까지 담보한다는 취지로 볼 수 없다는 이유로 X의 승소판결을 내렸고, 이에 대하여 Y은행이 상고하였다. 이에 관한 대법원의 판결 요지는 다음과 같다.

처분문서인 을제3호증(근저당설정계약)은 그 성립의 진정함이 인정되는 이상 법원은 반증이 없는 한 그 기재내용에 의하여 그 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하고 특별한 합리적 이유 없이는 이를 배척할 수 없다함이 당원의 판례로 하는 견해인 바(대판 1982. 7. 27. 81다카 1117판결 참조), 을제3호증의 기재내용을 문언에 좇아 살펴보면 원고는 피고에 대한 위 차용금채무 뿐 아니라 원고가 피고에 대하여 현재 또는 장래 부담하게 될 보증채무를 포함한 모든 채무를 담보하기 위하여 이 사건 부동산 채권최고액 금8,000,000원의 근저당권을 설정한다는 취지임이 명백하고, 원심이 이를 배척하기 위하여

70) 李俊相, 前掲 金融判例研究(1973-1982), pp. 285~298, 同, “包括根抵當權設定 契約의 有效性”, 「金融經濟」, 1982. 12, p. 23.

들고 있는 반대증거들을 기록에 대조하여 검토하여 보아도 원심이 판시하고 있는 개별적 약정의 존재 등 처분문서인 을제3호증을 그 문언과는 달리 해석하여야 할 특별한 사유를 찾아보기가 어려우므로 원심이 그러한 증거들에 의하여 을제3호증의 문언을 배척하고 이와는 반대로 이 사건 근저당권의 피담보채무는 원고의 위 피고에 대한 차용금채무에 국한한다고 단정하였음은 처분문서의 해석을 잘못하여 증거판단을 잘못된 위법이 있다.<sup>71)</sup>

이 판결은 차용채무 뿐만 아니라 현재 또는 장래 부담하게 될 보증채무를 포함한 모든 채무를 담보하는 저당권도 유효하다고 보고 있으며, 일반거래약관이라고 하더라도 처분문서인 일반계약법과 다른 특수법리를 적용할 수 없다는 것을 분명히 하고 있다.<sup>72)</sup>

다. 대법원 1970. 7. 21. 70다 760 판결을 보면, X는 소외 A가 소외 Y은행으로부터 1981. 6. 11. 금15,000,000원을 차용함에 있어 이를 연대보증함과 아울러 물상보증인이 되었다. 근저당권설정 계약서에는 A가 Y은행에 대하여 부담하게 될 모든 채무를 채권최고한도액 금45,000,000원내에서 담보하기로 하였다. 그런데 A는 이 근저당권설정등기를 전에 X의 보증 아래 Y은행으로부터 금38,000,000원을 차용하여 이미 그 채무를 지고 있었다 1982. 7. 10. X는 1981. 6. 11.의 채무를 완제하였고 A는 1982. 12. 8. 그 이전의 채무 금 38,000,000원의 채무를 완제한 후 변제자의 법정대위의 효과로서 근저당권을 대위하게 되었다. A는 X에 대한 구상권의 범위 내에서 근저당권자인 Y은행으로부터 위 근저당권의 일부를 인정받기로 하고 1982. 2. 14. 채무 일부 대위 변제를 원인으로 한 근저당권 일부 이전등기를 마쳤다. X는 위 근저당권의 피담보채무는 1981. 6. 11.의 채무뿐이고, 그 이전의 채무는 이에 포함되지 않으므로 동 채무가 변제되었다고 하더라도 A가 근저당권을 대위 할 사유는 되지 않는다고 주장하였다. 제1심 및 항소심은 A의 Y은행에 대한 1980. 10. 29.의 채무도 근저당권의 피담보채무에 속하는 것으로 보고 X의 청구를 기각하였다.

71) 大判 1982. 12. 14. 82다카 413, 法院公報, 第698號, p. 276.

72) 孫智烈, 前揭論文, p. 72.

대법원의 판결 요지는 다음과 같다.

기록에 의하여 원심인용의 을제2호증의 기재에 의하면 채무자인 소외 Y은행의 채무자 A에 대한 어음대출, 어음할인, 당좌대월, 증서대출, 유가증권대여, 지급보증 등을 원인으로 A가 Y은행에 대하여 부담하고 또 장래 부담하게 될 모든 채무를 담보하기 위하여 X소유 이 사건 부동산 위에 순위 제1심 채권최고금액 금45,000,000원의 근저당권을 설정하기로 약정한 점은 일용 수증이 간다. 그런데 원심증인 송재민의 증언과 당사자의 변론취지에 의하면 당초 소외 A는 소외 Y은행으로부터 금30,000,000원을 차용하기로 하여 1981. 6. 10. 그 담보로서 X소유의 이 사건 부동산에 대하여 채권최고액 금45,000,000원의 근저당권설정등기를 하였음을 알 수 있다.

그리고 그 당시 위 A는 이미 Y은행으로부터 38,000,000원을 차용하여 그 원리금 채무가 있었음은 (X는 그 채무를 보증한 바 없다.) 당사자 사이에 다툼이 없는 바이므로, 위와 같이 당시 현재하는 금38,000,000원(실지 차용액은 금15,000,000원)을 담보하기 위하여 최고액 금45,000,000원의 근저당권설정을 약정한다는 것은 은행의 대차관계에서는 극히 이례에 속한다고 아니할 수 없다. 그런데 기록에 의하면 위 근저당권설정등기를 한 다음날인 1981. 6. 11. 위 A는 Y은행으로부터 금15,000,000원을 차용하고 X는 동 Y에 소외 A의 어음상의 채무, 차용금증서채무, 당좌대월채무, 보증채무 등에 대하여 금15,000,000원의 한도로 연대보증을 하되 이 채무에 대한 이자, 비용 및 배상금 등 제종속 채무는 전기한도액을 불문하고 전부 부담하겠다는 내용의 연대보증서인 갑제2호증을 제출한 점을 알 수 있고, 증인 윤명노(당시의 은행지점장) 및 송재민(당시의 은행 대출사무 담당자)의 각 증서에 의하면(원심이 배척한 것이지만) 위 근저당권은 위 차용금 15,000,000원을 담보키 위하여 설정된 것임을 엿볼 수 있으니, 이런 사정들을 종합 검토하면 위 근저당권설정약정서(을제1호증)의 '현재 부담하고 있는 채무'라는 기재는 부동산자로 인쇄된 조문에 불과하다고 봄이 우리의 경험칙에 합당하다고 할 것이다. 그렇다면 원심이 을제1호증의 기재에 의하여 위 금38,000,000원도 그 피담보채무에 포함된다고 단정하였음은 채증법칙을 어긴 처사라고 아니할 수 없고, 타인에 동 금38,000,000원의 채무

를 X가 보증하였다고 볼 자료가 없는 이상 이 사건에 있어 그 채무를 보증인으로서 대위변제한 A는 그 채무와 아무런 관계없는 X에 대하여 변제자의 법정대리권을 주장할 법적 근거가 없다고 할 것이니 이 점을 논란하는 소론은 이유 있어 원심판결은 파기를 면할 수 없다.<sup>73)</sup>

이 판결은 다른 채무가 이미 발생되어 있는 상태에서 포괄근저당의 약정이 행하여 졌기 때문에 그 근저당권의 채권최고액이 이미 발생한 다른 채무까지 담보하는 것은 불합리하다고 보고 있다. 그리고 포괄근저당권의 일반거래약관을 조문에 속하는 것으로 보아 개별약정의 효력을 우선시키고 있다.<sup>74)</sup>

라. 대법원 1970. 7. 21. 70다 760 판결을 보면, 소외회사 A는 주한미군과 대월남 쇠석납품계약을 맺고 그 운송을 위한 용선계약을 맺으면서 계약금 \$122,000의 지급보증을 Y은행에 요청하였고 A는 이 지급보증에 있어 X로부터 담보제공을 받아 근저당을 설정하였다. 이 채무는 변제되었지만 위 거래와는 무관한 A의 Y은행에 대한 채무가 남아 있었다 이에 관하여 대법원은 다음과 같이 Y은행의 패소판결을 내렸다.

원심이 위에 제시한 바와 같은 사실을 적법하게 확정하고 본 건 근저당권설정계약 내지 담보제공 승낙서의 기재내용과 다른 위와 같은 특별한 약정(본 건 부동산에 대한 근저당권은 의화 \$122,000에 대체되는 채무의 원리금만 담보하기로 한다는 내용)이 있었음을 인정한 조치에 위법이 있다 할 수 없고 서증이 처분문서라 할지라도 그 기재내용과 다른 사실을 인정 못할 바 아니라고 하여 Y은행의 패소판결을 내렸다. 이 판결은 포괄근저당 그 자체의 효력을 부정한 것은 아니지만 일반거래약관의 개별약정우선의원칙을 선언하여 포괄근저당약관의 존재에 관계없이 피담보채무의 범위를 제한한 것으로 볼 수 있다.

### (3) 學說의 檢討

#### ① 無效說의 檢討

73) 청립각, 「판례총람」, (민법편 2-2(A)), pp. 262~263.

74) 朴在允, “包括根抵當約款의 解釋”, 「大法院判例解說」第3號, 法院行政處, 1991, p. 25.

무효설에 의하면, 포괄근저당에서는 부종성의 원칙을 추출해 낼 수 없고, 계약자유에 의하여 부종성을 부인하는 것은 합리화 될 수 없으며, 최소한 우리 나라 민법에서는 부종성 완화에 관한 생각은 배척되고 있다고 한다.

그러나 포괄근저당의 경우에는 부종성을 전혀 추출해 낼 수 없는 것은 아니며<sup>75)</sup> 또한 부종성의 원칙이 계약자유보다도 더 중시되어야 할, 즉 절대불가결의 요소로 보아야 할 원칙은 아니다. 그리고 부종성을 완화하고자 하는 경향이 현행민법상 배척되고 있다고 하지만, 그것은 보통의 저당권에서이고 근저당의 경우에는 그 자체 부종성이 완화된 것으로 평가 할 수 있다.<sup>76)</sup> 나아가 보통의 저당권에서 부종성을 강하게 유지하고 있는 민법의 태도는 근대적 저당제도를 해하고, 현재 요구되고 있는 저당권의 유통화를 해하는 저해요인으로 비판되고 있다고 하는 점을 간과해서는 안될 것이다.

그리고 포괄근저당을 무효라고 하더라도 일부무효의 법리에 의하여 해결할 수 있고, 최고액이라고 하는 것이 설정자나 채무자의 예측 불가했던 일체의 채권을 모두 포함된다고 하는 것은 아니라고 한다.

그러나 이러한 시각은 당사자의 의사를 무시한 해석이라 보지 않을 수 없다. 포괄근저당이 무효인 경우에는 일부무효의 법리를 원용하기보다는 무효행위의 전환에 의하여 해결하는 것이 당사자의 의사에 보다 합치된다고 할 수 있다. 포괄근저당에서는 당사자 사이에 발생하는 모든 채권을 최고액의 한도에서 담보하기로 당사자가 약정하는 것이 보통인데도 그렇지 않다고 보는 것은 차의 적인 해석일 뿐이다. 또한 무효설에 의하면, 포괄근저당을 설정한 약정이 사회질서에 반하는 행위가 아닌 한 설정자의 보통방법은 없다고 한다.

75) 포괄근저당은 근저당에 비하여 부종성이 완화되었을 뿐이고 피담보채권의 우선 변제를 받는데에는 여전히 부종성을 갖고 있다고 볼 수 있기 때문이다. 즉 권리실현에 있어서의 부종성만은 그대로 존재한다고 볼 수 있기 때문이다. 민법에서도 피담보채권은 「장래의 일정한 시기」에 최고액의 범위내에서 특정된다는 것이 확실하기 때문에, 이에 전적으로 부종성의 원칙에 반한다고 해석하기에는 무리가 있다.

76) 민법 제357조 제1항 앞부분의 「債務의 確定을 將來에 留保하여」란 기본계약의 존재를 전제로 한다는 의미가 아니라, 피담보채권의 발생원인은 불문하지만 다만 그 채권이 장차 확정될 수 있어야 한다는 의미로 해석될 수 있다. 따라서 무한정적 포괄근저당권에서도 그 피담보채권이 장차 확정될 수는 있으므로, 무한정적 포괄근저당권도 민법 제357조에 의하여 인정될 수 있다. 이는 저당권의 부종성의 완화가기는 하지만, 이 완화는 결국 법률의 규정(민법 § 357)에 의한 것이므로 가능하다고 생각한다.



그러나 관례에서 보듯이 약관의 해석을 통해서도 설정자가 보호될 수 있으므로 반사회질서 행위가 아닌 한 설정자의 보호방법이 없다고 극단적으로 말하는 것은 타당하지 않다.

### ② 制限的有效說의 檢討

제한적 유효설에 따르면, 순수한 포괄근저당과 부가적 포괄근저당을 구별하여, 전자는 피담보채권의 발생가능성이 사실적·객관적으로도 존재하지 않으므로 무효이고, 후자는 피담보채권의 발생가능성이 기본계약의 모습으로 존재하지는 않으나 사실적·객관적으로는 존재하므로 유효한 것으로 보아야 한다고 한다. 또한 이러한 해석론이 금융거래의 혼란을 방지하는 데에도 도움이 된다고 한다.

그러나 이는 지극히 자가당착의 이론에 빠져 있다고 볼 수 있다. 즉, 순수한 포괄근저당은 물론이고 부가적 포괄근저당의 경우에도 그 본질은 ‘일체의 채권’을 담보하는 데에 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 부가적 포괄근저당을 유효하다고 하면서 순수한 포괄근저당은 무효라고 하는 것은 옳지 못하다. 또한 실제적으로 부가적 포괄근저당이 많이 행하여지고 순수한 포괄근저당은 거의 행하여지지 않는다 하더라도 이는 포괄근저당 자체가 이론상 허용될 수 있는가 하는 문제와는 다른 성질의 문제인 것임에 유의해야 한다. 순수한 포괄근저당이 허용될 수 있다면 설령 그것이 거의 행하여지지 않고 있다 하더라도 그 때문에 무효라고 말할 수는 없는 것이다. 그리고 우연한 불법행위로 인한 손해배상청구권의 발생가능성도 사실적·객관적으로는 존재한다고 할 수 있다. 예컨대, 대출 받은 갑이 대출해준 을을 대출금과는 무관하게 시내에서 운전부주의로 다치게 하여 손해배상을 해주어야 할 가능성은 항상 존재하므로, 이러한 손해배상청구권의 발생가능성도 사실적·객관적으로 존재한다고 할 수 있다. 따라서 부가적 포괄근저당만이 인정될 수 있다고 하는 것은 옳지 못하다.

### ③ 無制限的 有效說의 檢討

무제한적 유효설에 의하면, 포괄근저당도 근저당의 일종이므로 민법 제357조를 유효에 대한 논거로 원용하는 것은 가능하다고 할 수 있다. 그러나 단순

히 민법 제357조가 저당권의 성립에 관한 부종성을 완화했다는 것만으로는 포괄근저당의 유효성에 관한 논의의 전부가 끝난다고 볼 수는 없다. 포괄근저당에도 어떤 의미에서 부종성을 관념할 수 있는가에 관해 검토해 볼 필요가 있다 할 것이다. 또한 포괄근저당에 있어서는 피담보채권의 범위가 너무 넓기 때문에 설정권자를 보호하지 못한다는 모순이 있는 바, 이 점에 대해서 유효설에서는 이는 계약자유의 원칙 내지 개인의사자치의 원칙상 어쩔 수 없다는가 또는 정도의 차이는 있을지언정 그러한 폐단은 근저당의 경우에도 인정되기 때문에 포괄근저당의 유효성을 부정하는 논리로서는 설득력이 없다고 한다. 그러나 포괄근저당의 설정은 거의 예외 없이 부동산자에 의한 약관에 의하여 설정자가 충분히 내용을 인식하지 못하고 설정된다고 하는 데에서 여러 가지 바람직하지 못한 문제가 초래된다는 것을 간과해서는 안 된다.

#### (4) 判例의 檢討

포괄근저당의 유효성여부와 관련한 판례의 태도는 포괄근저당의 효력 그 자체는 유효하다고 보면서도, 다만 특별사유나 개별약정의 근거로 될 사실을 들어 피담보채권의 범위를 제한하려 하거나 이른 바 「예문해석」을 하여 약관의 구속력을 배제하려 하는 것으로 이해된다. 물론 개별약정을 우선시켜 포괄근저당의 효력을 제한 내지 일부 부정하는 경우나 예문해석을 하여 약관의 구속력을 배제하는 경우에도 포괄근저당 자체가 무효라고 하는 것은 아니다. 여기서 판례의 이러한 태도에 대한 몇 가지 의문을 언급해 보면 다음과 같다. 첫째, 기본적으로 일반거래약관에 의하여 계약이 이루어진 경우에도 일반계약과 다른 해석방법이 적용될 수 없다는 것이다. 이는 거래약관에 관한 특수성을 부인하는 것으로 사법의 시대적 방향을 역행하는 것이라 볼 수 있다.<sup>77)</sup> 둘째, 개별약정을 우선시켜 처분문서의 효력을 제한하려고 하는 것은 약관에 관한 계약의 특수성을 인정할 것임에도 불구하고 그 밖의 약관에 관한 해석원칙을 도외시한 것으로 의문이라 하지 않을 수 없다.

77) 孫智烈, 前揭論文, p. 72.

셋째, 포괄근저당이 법률에 규정이 없는 제도임에도 불구하고 그에 관한 개념 정립, 유효성여부, 효력 등에 구체적 검토도 없이 막연히 유효하다고 보는 견제에서는 것이 판결의 태도라 할 수 있다. 어떤 제도가 관행으로 행하여 질 때 그것이 관습적으로 존재하느냐의 여부는 결국 판례에 의하여 확인되는 것임에도 불구하고 그에 대한 언급이 전혀 없다고 하는 것은 간과해서는 안될 문제라 할 수 있다.

넷째, 판례는 현재 부담하고 있는 채무와 근저당권설정에 의해 부담하게 될 채무의 합계액이 등기된 근저당권의 채권최고액을 초과하는 이례적인 경우에는 비록 근저당권설정계약서에 '채무자가 채권자에 대해서 현재 및 장래에 부담하는 일체의 채무를 담보한다'고 부동산자로 인쇄되어 있다 하더라도 그러한 보통거래약관은 예문에 불과하다 하여 구속력을 배제하고 있다. 즉 보통거래약관에 관하여 이른 바, 「예문해석」을 하여 약관의 구속력을 배제하고 있다. 그러나 보통거래약관은 당사자의 합의에 의하여 계약의 내용으로 편입되기 전에는 예문에 불과하지만 당사자의 합의에 의하여 계약의 내용으로 편입되면 계약의 내용이 되는 것이다. 그러므로 이러한 판례는 법리구성에 잘못이 있으며, 「약관의규제에관한법률」이 규정하는 해석방법에 따라야 할 것이다.

### (5) 日本에서의 論議

일본에서는 포괄근저당이 오랫동안 관행으로 행하여져 왔으며 등기소에서도 별다른 문제없이 수리되고 있었다. 그런데 1955. 6. 4.에 있었던 법무성사무국장의 통지로 기본계약이 존재하지 않는 포괄근저당동기의 수리가 거부되기에 이르렀다. 나아가 1955. 12. 23.에 있었던 민사국장의 또 한 차례의 통지는 이러한 취지를 구체화하였다. 이러한 두 차례의 법무성민사국장의 통지로 그동안 금융계를 비롯한 실제 거래계에서 관행되어 오던 포괄근저당은 등기 면에서 저지 당하게 되었고, 이에 큰 충격을 받은 금융실무계는 강력하게 반발하였으며, 동시에 학계에서는 이를 둘러싸고 찬반 양론의 치열한 논쟁이 전개되었다. 포괄근저당의 유효성여부를 둘러싸고 벌어진 이러한 학설상의 논쟁은 결국 저당권의 일반적 성질인 부종성과 관련된 것이었다. 그 후 학설은 실제거

래에서의 여러 가지 불합리한 폐해의 발생을 계기로 포괄근저당을 인정하는 것이 과연 타당할 것인가 하는 그 인정의 여부라는 과정에서 논의가 진행되었다. 이에 관하여 학설은 크게 피담보채권의 발생가능성이 객관적으로 존재할 것을 요한다는 객관설과 당사자의 주관에 있어서의 존재하면 충분하다고 하는 주관설로 나뉘어진다. 객관설은 다시 그 객관성이 법률적으로 존재할 것을 요한다는 법률적 객관설과 사실상 존재하면 충분하다는 사실적 객관설로 나뉜다. 즉, 법률적 객관설은 채권발생의 가능성이 법률적·객관적으로 존재할 필요가 있고 더욱이 그 가능성이 여신의무를 설정하는 기본계약에 의하여 나타나고 있지 않으면 안 된다고 하는 견해이다.<sup>78)</sup> 또한 사실적 객관설은 피담보채권의 객관적 발생가능성을 요구하는 객관설 중에서 그 가능성이 법률적인 용자의무일 필요는 없고 다만 사실적으로 존재하면 충분하다는 견해이다.<sup>79)</sup> 한편, 저당권의 부종성을 실행에 있어서 피담보채권이 존재하면 충분한 것이라는 의미로 해석하는 동시에 채권발생의 가능성은 당사자의 주관에 있어서 존재하면 충분하다는 주관설이 있다.<sup>80)</sup>

이상의 학설을 검토해 보면 주관설을 제외하고는 근저당에 의하여 담보되는 피담보채권이 그 발생의 가능성에 있어 정도의 차이는 있을지라도 객관적으로 존재해야 하기 때문에 포괄근저당의 유효성을 인정하기 어렵다는 결론이 나온다. 그런데 이러한 학설대립은 포괄근저당의 유효성을 저당권의 부종성이라는 측면에서 주로 논의하고 있는 것이다. 이에 포괄근저당의 유효성을 피담보채권의 특정성문제로서 논의하려는 새로운 이론적 시도가 있었다. 원래 저당권의 특정성이란 피담보채권 및 담보목적물이 확정되어야 한다는 원칙을 말하는 것이다. 종래 일본에서는 주로 목적물의 특정성에 한정하여 이 문제를 다루었으며, 피담보채권의 특정성은 부종성 이론에 포함시켜 다루었다. 그러나 포괄

78) 三猪信三, 「全訂擔保物權法」, 有斐閣, 1925, p. 309.

79) 香川保一, 「基本金融法務講座 3」, 金融財政事情研究會, 1966, p. 655, 鈴木祿彌, 前掲書, p. 251.

80) 石田文次郎, 「全訂擔保物權法(上)」, 有斐閣, 1949, p. 309, 西原寬一, "基本契約のない將來の債務な擔保する根抵當權", 「金融法務事情」第99號, 1956. 4, p. 153, 鈴木祿彌, 前掲 抵當制度の研究, p. 255; 鈴木祿彌, "根抵當とその被擔保債權", 「ジュリスト」第107號, 有斐閣, 1956, p. 24.

근저당이라는 형태의 새로운 근저당이 나타나면서 피담보채권의 특정성의 문제를 독립적으로 논의해야 한다는 주장이 일반화되었다.

피담보채권의 특정성은 어느 정도 요구되어야 하는가에 따라 다음과 같은 세가지의 견해가 대립한다.

첫 번째의 견해는 특정성을 가장 엄격하게 해석하는 견해로서, 이는 근저당권의 유효성이 승인되어 있는 오늘날에 와서는 받아들여지지 않고 있다. 두 번째의 견해는 피담보채권을 등기 면에서 특정하기 위하여 최고액의 등기뿐만 아니라 등기원인으로서 기본계약을 기재할 것을 요구하게 된다. 법무성의 입장이기도 하다. 세 번째의 견해는 피담보채권의 특정을 위하여서는 최고액의 등기로써 충분하며, 등기원인으로서는 근저당권설정계약으로 표시하게 된다. 이는 일본동경고등재판소의 판례가 취하는 태도이며, 포괄근저당 유효론자들이 이에 가담하고 있다.<sup>81)</sup>

## 2) 附從性의 問題

### (1) 序 言



부종성의 원칙이란 피담보채권의 존재를 전제로 해야만 담보권이 존재할 수 있다는 원칙을 말한다. 예컨대, 담보권 자체는 일용 유효하게 성립하여 존속하고 있는 것처럼 보이는 경우에도 피담보채권이 성립하고 있지 않거나 또는 소멸하고 있는 때에는 그 담보물권도 존재목적 상실하여 존재하지 않게 된다. 그런데, 피담보채권의 존재를 전제로 한다는 말은 담보권 성립시 이미 특정된 피담보채권이 존재해야 한다는 뜻이다. 엄밀히 말하면, 특정되어 있으면 충분하고 담보권 성립시 현실로 존재할 필요는 없다. 즉 장래채권이라고도 저당권의 담보목적이 되는 저당권은 그 설정당시 피담보채권이 반드시 특정되어 있어야 한다. 그러나, 근저당권의 특징은 저당권 성립시 피담보채권이 존재

81) 柚木馨·古木多喜男, 「註釋民法(9)」, 有斐閣, 1982, p. 248, 金錫宇, 「根抵當權에 관한 研究」, 亞人閣, 1974, p. 58.

하지 않거나 존재한다 해도 특정된 것이 아니라는 점에 그 특색이 있다.

보통의 근저당권에서는 피담보채권의 발생원인이 되는 계속적 거래관계가 특정되어 존재하면, 저당권은 유효하게 성립하는 것으로 보도록하여 부종성을 완화하고 있다. 그런데, 포괄근저당에 있어서는 피담보채권의 발생원인인 계속적 거래관계가 특정되어 있지 않다. 저당권 성립당시에 어떤 피담보채권 발생원인이 되는 채권관계가 존재한다 해도 그 채권관계에 부종하는 것이 아니어서 그 채권관계가 소멸해도 근저당권은 소멸하지 않는다. 이러한 포괄근저당과 종래의 부종성의 원칙과의 관계는 여러 가지 방법으로 설명되어 왔다.

앞에서 살펴 본 바와 같이 우리 나라에서는 민법 제정시 근저당에 관한 명문규정(제357조)을 두었으나 불과 1개조문 뿐이어서 그 내용이 미흡하여 해석상 의문이 생길 여지가 많다. 특히 포괄근저당이 현행법상 과연 유효한가에 대하여서는 아직 이를 전면적으로 부정하는 견해는 없으나, 저당권의 부종성을 명문으로 규정하고(민 제369조), 나아가 채권과 분리하여 저당권을 처분하는 것조차 금지하는 등(민 제361조), 부종성을 강화하고 있는 민법의 저당제도의 전체적 구조를 고려할 때, 부종성을 부정하는 결과가 되는 포괄근저당이 과연 유효한 것인가에 대하여 의문이 생기지 않을 수 없는 것이다.

한편 저당권의 부종성과 관련한 이론적인 측면 이외에도, 포괄근저당을 설정할 실제적 필요성과 합리성이 인정되는가 라는 의문이 제기되는 것이다. 거의 대부분의 근저당권이 당사자의 자유로운 의사표시의 합치에 의하여 설정되는 것이 아니라, 포괄근저당을 그 내용으로 하여 약관의 형태로써 채권자에 의하여 일방적으로 작성·제시되며 채무자는 제시된 계약서에 서명날인만 하는 것이 현재의 실정이다. 따라서 보통저당권 내지 한정저당권으로도 충분한 경우에도 무분별하게 포괄근저당이 남용되고, 더욱이 물상보증인의 경우에 연대보증이 남용되고 있는 상황과 결부시켜 생각하면 그 폐해를 방지할 대책마련이 시급하다고 할 수 있다.

포괄근저당의 폐해를 방지하기 위한 학계의 노력은 대체로 두 갈래로 나뉘어진다. 그 하나는 포괄근저당이 약관에 의하여 이루어진다는 점에 착안하여 약관규제론적인 측면에서 이 문제를 다루는 방법이다.<sup>82)</sup> 이것은 포괄근저당

자체에 대하여서는 유효한 것으로 인정하면서 약관에 의한 계약체결에 있어서의 당사자의 의사 해석을 통하여 그 효력을 합리적인 범위로 제한하려는 것이다. 다른 하나의 방법은 포괄근저당은 민법의 해석상 인정될 수 없는 것으로서 무효라고 하여 정면으로 그 유효성여부를 문제삼는 것이다. 근저당법 제정 이전의 일본의 포괄근저당논쟁이 바로 이것이다.

여기에서는 민법의 해석론으로서 포괄근저당의 유효성여부를 저당권의 부종성과 관련한 이론적 측면에서의 검토와 아울러, 포괄근저당을 인정함으로써 얻어지는 실익과 폐해의 비교형량이라는 실제적 측면에서의 검토를 통하여 논하기로 하겠다.

## (2) 民法 第357條와의 關係

### ① 包括根抵當과 附從性의 原則

포괄근저당의 유효성 여부에 대한 관건은 부종성의 문제를 어떻게 이해하느냐에 있다고 보는 것이 일반적 견해이다. 포괄근저당의 무효를 주장하는 주된 논거는 포괄근저당에는 부종성이 없다고 하는 점을 들고 있으며, 반면 포괄근저당의 유효를 주장하는 견해는 그에 대한 반론으로부터 출발한다. 따라서 포괄근저당에 대한 실제적 필요성이라든가 폐단에 대한 점을 떠나서 생각하면 부종성의 문제는 적어도 포괄근저당의 유효·무효에 대한 가장 중요한 이론적 기초가 된다.

#### 가. 附從性의 原則과 그 緩和

부종성이라고 함은 저당권을 포함한 담보권이 일반적으로 피담보채권에 대하여 종된 성질을 가진다는 것이며, 담보권이 채권의 담보를 본질로 하는 부종성은 담보권의 본질적 속성이라고 볼 수 있다. 따라서 채권이 없으면 저당권도 성립하지 않는다고 하는 것(성립에 있어서의 부종성)이 부종성 이론의 출발점이 되는 것이다.

그런데 저당권의 부종성의 내용을 분석해 보면 ① 저당권은 피담보채권이

82) 孫智烈, 前揭論文, p. 70, 韓國法學教授會編, 前揭 法과 約款, p. 74

없으면 성립할 수 없다고 하는 「성립에 있어서의 부종성」과, ② 피담보채권이 소멸하면 저당권도 소멸한다는 「소멸에 있어서의 부종성」과 ③ 피담보채권이 존재하고 있지 않으면 저당권은 실행될 수 없다고 하는 「존속·실행에 있어서의 부종성」으로 나누어 볼 수 있다. 보통저당권은 이러한 엄격한 의미에서의 부종성의 요건을 모두 갖추어야만 유효한 것으로 해석되는 것이다(민제369조).

그러나 저당권이 담보권으로서의 독립성을 강화하여 감에 따라서, 이러한 엄격한 의미에서의 부종성을 요구하는 것은 점차 시대에 뒤떨어진 것이 되어, 부종성의 원칙은 완화되어 가는 경향을 가지게 되었다. 특히 '장래의 채권을 담보하기 위한 저당권'과 근저당의 문제에 직면하여 부종성의 원칙은 붕괴되기 시작하였던 것이다.

우선 '장래의 채권을 위한 저당권'에 대하여서는 성립에 관한 부종성의 원칙을 완화하여 피담보채권이 현실로 성립하고 있지 않더라도 이미 그것이 특정한 것이라면 저당권을 설정할 수 있다는 이론이 수립되어, '장래의 채권을 위한 저당권'에 유효한 것으로 해석하는 기초를 제공하였다. 앞에서 언급한 바와 같이 독일민법은 명문으로 '장래의 채권을 위한 저당권'을 인정하고 있다(독민제1113조 제2항).

그러나 저당권에 대하여서는 이러한 이론을 적용할 수가 없기 때문에 문제가 되었다. 왜냐하면 근저당에 있어서 피담보채권은 근저당권설정시에는 미성립일 뿐만 아니라 전혀 특정되어 있지 않으며 언제 얼마나 발생할 것인지조차도 정해져 있지 않기 때문에, 단지 성립에 있어서의 부종성을 완화하는 것만으로는 근저당의 유효성만을 설명할 수 없었기 때문이었다. 따라서 근저당을 유효한 것으로 판시한 일본 대심원의 판례<sup>83)</sup>도 그 근거로서 근저당이 관습으로서 행하여지고 있다는 것, 제3자를 해하지 않는다는 것 및 법률에 명문의 금지규정이 없다는 것을 들고 있을 뿐 부종성의 문제는 언급하지 않았다. 이는 근저당의 유효성과 부종성의 원칙과 조화시키는 이론상의 곤란함에서 나온

83) 日大判, 1902. 1 27, 日民錄 8輯 1卷 p. 72



부득이 한 태도라고 평가되고 있다.

#### 나. 根抵當에 있어서의 附從性의 原則의 變容

근저당을 명문으로 인정하고 있는 우리 나라와 같이(민 제357조), 근저당을 보통저당과 구별하여 그 유효성을 인정하기 위하여서는 성립에 있어서의 부종성의 원칙과 소멸에 대한 부종성의 원칙에 대한 예외를 인정하지 않을 수 없다. 왜냐하면 근저당에 있어서는 성립의 단계에서 채권이 존재하지 않을 뿐만 아니라 전혀 특정되지도 않기 때문이다(성립에 있어서의 부종성에 대한 예외). 또한 결산기가 도래하기까지는 채권이 소멸하여도 근저당권 자체는 소멸하지 않기 때문이다(소멸에 있어서의 부종성에 대한 예외). 다만 독일민법상 토지채무(Grundschuld)와 같이 채권의 존재를 전제로 하지 않는 담보권(독민 제1191조)을 인정하지 않는 법제에서는 실행에 있어서의 부종성의 원칙만은 준수되어야 하는 것이다.

그러나 이론의 타당성여부를 떠나 부종성을 저당권의 실행에 있어서만 요구하면 충분하다고 하는 것은 지나치게 부종성을 완화하여 당초의 부종성의 개념을 일탈하는 것이 아닌가 하는 의문이 생길 수 있으므로, 다른 설명방법이 생기게 되었다. 즉 근저당의 부종성을 피담보채권 자체와의 관계가 아닌 피담보채권의 발생의 기초가 되는 계약 내지 거래관계(예컨대 당좌대월계약 또는 어음할인계약 등)에 대한 관계로 논하고, 근저당설정시에 그러한 기본계약이 성립하고 있다면 근저당은 부종성의 원칙에 어긋나지 않는 것으로서 유효하다는 것이다. 이러한 설명은 사실 본래 피담보채권과의 관계에서 문제되었던 부종성의 개념을 기본계약 즉 피담보채권의 발생의 기초인 계약과의 관계로 전환시킨 것이라고 할 수 있다. 결국 근저당에 있어서의 부종성의 문제는, 포괄 근저당과 관련하여 근저당이 유효하기 위하여서는 채권발생의 기초가 되는 기본계약이 어느 정도로, 그리고 어떠한 형태로 존재하여야 하는가 라는 형태로써 논의되게 된 것이다.<sup>84)</sup>

84) 이에 대하여 포괄근저당에 관한 학설상의 논쟁은 저당권의 부종성의 문제와 특정성의 문제라는 양면성을 가진 것으로, 오히려 특정성의 개념을 부종성의 그것으로부터 독립시켜 특정성의 문제로서 정면으로 논하여야 한다는 주장도 있다 : 柚木馨·高木多喜男, 前掲書, p. 247.

## ② 包括根抵當의 實際的 妥當性여부에 관한 檢討

포괄근저당의 문제점으로 지적되는 것 중에서 첫째로, 포괄근저당을 유효하다고 한다면 제3자에게 불측의 손해를 가하게 되는 점이다. 그러나, 근저당에 있어서 후순위저당권자 또는 저당부동산의 제3취득자와 같은 제3자는 최고액이 등기에 의하여 표시되어 있기 때문에 불측의 손해를 받을 우려는 없다. 왜냐하면 제3자는 최고액까지의 피담보채권이 있다고 생각하고 행동하여야 할 것이기 때문이다. 따라서 포괄근저당을 유효한 것으로 하여도 이 점에서는 폐해가 없다는 긍정론자의 주장은 타당하며 부정설이 이 점을 논거로 드는 것은 타당치 않다.

둘째로, 채무자의 입장을 고려할 때 포괄근저당을 유효하다고 한다면 채무자로서는 은행과 같은 강력한 채권의 요구에 의하여 필요이상으로 근저당최고액을 높게 설정하게 되며 결국 담보가치는 사장될 우려가 있게 된다는 비판이다. 이러한 비판에 대하여서는 당사거래에 있어서는 법의 후견적 역할이 필요하지 않으며 이러한 점은 고려할 필요가 없다는 견해가 있다.<sup>85)</sup> 그러나 당사거래에 있어서도 경제력에 현격한 차이가 있는 당사자 사이에서 불합리한 계약이 행하여질 경우에는 그것을 합리적인 방향으로 조정하는 것이 바람직하다고 할 것이며<sup>86)</sup> 계약자유의 원칙은 수정되어야 할 것이다. 한편 현실로 발생할 피담보채권을 상회하는 최고액이 정하여질 가능성이 있는 것은 유독 포괄근저당에만 존재하는 것이 아니라 근저당제도 자체에 내재하는 문제이므로 포괄근저당을 부정할 근거는 되지 않는다는 반론이 있다.<sup>87)</sup> 그러나 포괄근저당에 의하여 필요 이상의 과도한 담보가치를 파악하여 재화의 가치를 사장시킨다는 것은 국민경제 합체의 입장에서 볼 때 적당하다고 할 수는 없을 것이며, 포괄근저당의 효력에 적절한 규제를 가함이 타당한 것이라고 생각된다.

셋째로는, 포괄근저당을 인정하면 그 결과 근저당권자에 의하여 저당권설정자가 불법행위 내지 부당이득에 기한 우발적 채무도 근저당에 의하여 담보되는 결과가 되어 불합리하지 않은가 라는 비판이다. 여기에 대하여서는 긍정론

85) 西原實一, 前掲論文, p. 153

86) 加藤一郎, 前掲論文, p. 16.

87) 鈴木綠彌, 前掲書, p. 257.

측으로부터 장래의 우발적채무라 할 지라도 당사자가 지정으로 이것을 담보하려고 하는 한 이를 인정하지 않으면 안 될 필연성은 존재하지 않으며,<sup>88)</sup> 민법상 부채자재산관리인이 제공하는 담보(민법 제26조 제1항) 점유방해의 우려가 있는 때의 손해배상의 담보(민법 제206조 제1항) 등의 근저당권과 같은 것은 장래의 불법행위에 의하여 생길 손해배상 채권을 담보시키고자 하는 것임을 감안할 때, 포괄근저당이 우발적채무를 담보케되어 불합리하다는 주장은 근거 없는 것이라고 하는 반론이 있다.<sup>89)</sup> 물론 당사자가 진정으로 이러한 우발적채무를 담보하려 하거나, 약관에 의하여 손해배상채무를 담보하는 근저당권을 설정하려고 한다면 이를 부정할 필요는 없을 것이나, 약관에 의하여 손해배상채무를 담보하는 근저당권을 설정하려고 한다면 이를 부정할 필요는 없을 것이나 이러한 예외적인 경우를 일반화하여 포괄근저당의 효력을 인정하여야 할 것이냐는 여전히 의문이라고 할 것이다. 왜냐하면 당사자 특히 설정자가 의지 하였다고는 할 수 없는 불법행위나 부당이득으로 인한 손해배상채무와 같은 우발적 채무, 혹은 당해 여신거래 까지도 근저당권에 의하여 담보케 한다는 것은 결코 합리적이라고 볼 수 없기 때문이다. 또한 포괄근저당을 유효한 것으로 인정하는 경우에는, 채무자의 신용이 악화되었음을 기화로 하여 근저당권자가 최고한도액에 이르기까지 제3자가 채무자에 대하여 가지고 있던 채권<sup>90)</sup>을 염가로 양수하여 부당한 폭리를 취할 우려가 있는 점을 감안한다면 포괄근저당의 효력을 제한할 필요성은 더욱 높아진다고 할 것이다.<sup>91)</sup>

마지막으로 포괄근저당은 현대사회에 있어서의 복잡한 거래관계의 수단에 의하여 실제로 널리 행하여지고 있으며 이것을 그대로 인정하는 것이 합목적적이라는 유효설측의 주장이다. 이러한 입장은 기본적으로 특히 상거래 있어서 법이 후견적 입장에 서는 것을 되도록 피하고 가능한 한 당사자 및 거래사회 일반에 그 해결을 위임할 것이 합리적이며, 거래관행을 법에 의하여 부정한다는 것은 불가능 내지 부적당하다는 인식에 기초하는 것이다.<sup>92)</sup> 확실히 현

88) 我姜榮, 「新版民法案内VI」, 一粒社, 1982, p. 192, 鈴木祿彌, 前掲書, p. 256.

89) 鈴木祿彌, 前掲書, p. 256

90) 이 경우 채무자가 발행 또는 배서·보증한 어음·수표의 경우가 특히 문제가 될 것이다.

91) 加藤一郎, 前掲論文, p. 16.

92) 鈴木祿彌, 前掲書, p. 260.

대사회에 있어서 신용거래의 태양은 복잡하고 예측하기 어려운 결과를 야기할 수 있는 제요인을 내포하기 마련이다. 특히 은행거래의 경우에 있어서는 수신자와의 사이에 여러 종류의 복잡한 거래관계가 발생하는 것이 통상이기 때문에, 피담보채권의 범위를 당좌대월계약이라든지 어음할인계약이라든지 하는 특정한 관계만으로 한정한다는 것은 동기상으로는 물론 실제상으로도 매우 불편한 점이 많을 것이다. 그러나 그렇다고 하여 피담보채권의 범위를 무제한으로 확대시키는 포괄근저당을 무조건 승인하여야 한다는 결론을 내릴 수는 없을 것이며, 이는 결국 거래관행의 존중이라는 요청과 그 관행에 의하여 산출되는 폐해의 방지라는 요청과의 비교형량에 의하여 결정할 문제라고 생각한다. 이 경우 전자보다 후자의 요청이 클 경우에는 해석론적 재검토 내지는 법정책적 측면에서의 재검토를 통하여 포괄근저당의 효력이 부정 또는 제한되어야 할 것이다. 그러나 포괄근저당의 인정이 경제적 약자인 채무자의 금융을 방해함으로써 금융계를 비롯한 경제계 전반에 악영향을 끼치는가 어떤가의 문제는 법학적인 측면뿐만 아니라 금융론이나 중소기업론 등의 여타 학문의 도움이 없이는 그 판단이 사실상 불가능한 문제라고 하여야 할 것이다.<sup>93)</sup>

따라서 그 효력의 한계를 정하기 위하여서는 여러 측면에서의 깊은 연구가 이루어진 후 결정할 문제라 하겠으나, 여기서 일종의 결론을 내린다면 전술한 바와 같이 포괄근저당에 의하여 필요이상의 과도한 담보가치를 지배하여 재화의 가치를 사장시켜 채무자의 금융을 어렵게 할 우려가 있다는 점 포괄근저당을 인정하면 불법행위 내지는 부당이득에 기한 우발적 채무도 담보되는 결과가 되어 불합리하다는 점등을 고려할 때 포괄근저당을 제한한 필요가 있다고 할 것이며, 근저당의 피담보채권은 경제적 필요성과 합리성이 인정되는 은행거래 내지 상거래의 범위 내에서만 담보된다고 해석함이 타당하다고 할 것이다.

93) 高翔龍, “法解釋學의 研究動向”, 「成均館大學校論文集」 第25輯, p. 88.

## 2. 被擔保債權의 範圍

### 1) 序 言

포괄근저당권을 설정하는 경우에 가장 중요한 문제가 그 포괄근저당권은 구체적으로 어떤 채권을 담보하는지에 관한 것이다. 즉 피담보채권의 범위를 결정하는 문제이다. 그런데 우리의 학설은 피담보채권의 범위를 결정하는 문제를 별도로 다루지 않고 있고, 다만 포괄근저당의 유효성 문제에 중점을 두고 있을 뿐이다.

피담보채권의 범위가 담보설정 목적에 비하여 지나치게 넓어 담보제공자에게 무리한 부담이 된다. 포괄근저당권의 법적 성질을 잘 알고 있는 담보제공자라 할지라도 전혀 예측하지 못한, 이를테면 부당이득이나 불법행위상의 채무가 피담보채권이 된다는 경우도 있을 수 있다.

또한 주채무자에게 담보제공자 또는 보증인등이 여러 사람이 관계되어 있는 경우, 모든 채무가 소멸하기 전에는 담보제공자 전원의 동의를 얻지 않고는 담보권을 소멸시킬 수 없다. 금융기관과는 여러 가지 종류의 거래에 각 거래마다 서로 다른 인적 또는 물적 담보인을 세우게 되는 경우가 많은데, 이러한 거래로부터 발생하는 채권을 포괄근저당권으로 담보하게 되면 각 거래상의 채권의 담보인은 공동담보인의 관계에 서게 되어 어떤 채무가 소멸하였다 하여 이와 관련된 담보권을 해지해 주면 다른 채권의 담보인이 면책하게 되는 경우가 생기게 된다. 예컨대, 은행이 거래처에게 어음대출을 하면서 포괄근저당권을 설정한 후 이번에는 신용보증기금을 보증인으로 세우고 다른 대출을 해 주었다면 먼저의 어음대출이 소멸했다 해도 포괄근저당권을 말소할 때 보증인의 동의를 얻지 않으면 보증인은 보증책임을 면하는 경우가 생길 수 있다. 왜냐하면 포괄근저당권은 신용보증기금이 보증한 채권도 담보한 것이 되므로 나중의 채권에 대하여 물상담보인과 보증인은 동일채무를 담보한 관계에 서게 되고 만약 신용보증기금이 보증채무를 이행하였다면 자기의 분담부분을 넘어선 금액에 대하여는 포괄근저당권을 대위하게 된다. 그런데, 은행이 보증인의 동

의 없이 포괄근저당권을 말소하면 보증인이 대위에 의하여 받을 수 있는 금액만큼 보증채무를 면책하게 되는 것이다(민법 485조). 이와 같은 경우는 실무상 매우 흔하여 포괄근저당권자와 은행 그리고 보증인간에 다툼이 빈번하다.

현재 이용되고 있는 형태로만 생각해 본다면, 주된 채권관계 이외에는 우발적으로 담보목적에 될 뿐이므로, 이것은 일방적으로 채권자에게 이익을 줄뿐이나 채권자인 은행도 그렇게 하지 않으면 안되는 필요 불가결한 사정이 있는 것은 아니다. 다만 담보를 취득하는 김에 다른 채권도 담보하는 것으로 해두면 나중에 큰 득이 될 수도 있다는 가벼운 계산으로 그렇게 한다. 이에 비하면 담보제공자에게는 몹시 불리한 약정이 되는 것이다.

여기에서 피담보채권의 범위에 대한 우리 나라의 있는 규제법리를 살펴본 후, 판례를 검토하여 보고자 한다. 즉 어떠한 포괄근저당권이 설정되었을 때 그 포괄근저당권이 담보하는 채권이 구체적으로 어느 것인가라는 피담보채권의 범위 결정 문제를 다루고자 하는 것이다.

대법원은 개별적인 사안에서 포괄근저당권설청계약의 해석을 통해서 피담보채권의 구체적인 범위를 결정하고 있다. 피담보채권의 범위는 '당사자의 의사'에 달려있고, 당사자의 의사가 무엇인지를 확정하는 것이 피담보채권의 범위를 결정하는데 관건이 되고 있다. 포괄근저당권의 피담보채권은 등기부에 공시되지 않고 있고 당사자들이 계약자유의 원칙에 따라 피담보채권의 범위를 정할 수 있기 때문에, 이러한 대법원의 태도는 정당하다고 본다. 그러나 대법원이 구체적인 사안에서 어떤 기준으로 피담보채권의 범위를 결정하는 지가 명확하지는 않다. 그리하여 구체적인 사안에서 어떤 채권이 포괄근저당권에 의하여 담보되는지를 중심으로 포괄근저당권에 관한 판례를 분석하여 포괄근저당권에서 피담보채권의 범위를 결정하는 기준을 도출해보고자 한다.

## 2) 判例의 被擔保債權의 範圍에 관한 基準

판례가 피담보채권의 범위를 제한함에 있어 사용하는 논거는 첫째는 피담보채권의 범위에 관한 기재내용에 관하여 부동산으로서 인쇄된 예문에 불과하다

고 해석하여, 근저당설정계약서의 내용과 다른 개별약정이 있다고 보아 개별 약정을 우선시킨다는 것이고, 둘째는 신의칙의 원칙에 기하여 피담보채권의 범위를 정하고 있다.

### (1) 例文解釋理論

예문해석이란 상대방의 무지나 경제적 궁박 등을 부당하게 이용하는 것을 방지하기 위한 목적으로 계약서상에 보통 인쇄되어 있는 기재내용에 있어서는 당사자가 이 문구에 구속당할 진의가 없었다는 것을 이유로 하여 무효로 하는 판례의 법률행위 해석방법을 말한다. 이러한 예문해석은 법률행위의 범주나 내용통제에 관한 것은 아니고 당사자 사이에 약관내용과 다른 명시적·묵시적 개별약정이 있다고 보아 개별약정을 우선하여 처리하게 하는데 의의가 있다.<sup>94)</sup>

### (2) 個別約定優先의 原則

이 원칙은 약관의 규제에 관한 법률 제4조에서 명문화된 보통거래약관의 해석기준으로서 판례<sup>95)</sup>는 처분문서의 진정성립이 인정되는 이상 법원은 반증이 없는 한 그 문서기재내용에 따른 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여 함은 소론과 같으나 처분문서라 할지라도 그 기재내용과 다른 특별한 명시적·묵시적 약정이 있는 사실이 인정되는 경우에는 그 기재내용과 다른 사실을 인정할 수 있다고 하고 있다.

### (3) 信義誠實의 原則

신의칙의 원칙을 적용한 판례<sup>96)</sup>들을 분석하여 보면 ①계속적 보증계약으로서 약정문언상 기간이나 한도액의 정함이 없는 경우, ②피담보채무의 액수를 보증인이 보증 당시 예상하였거나 예상할 수 있었을 때, ③피담보채무가 그

94) 李宙興, “一般去來契約에 관한 解釋統制”, 「郭潤直先生古稀記念論文集」第2卷, 博英社, 1995, p. 324.

95) 大判 1987. 5. 26 85다카 1046, 同 1990. 6. 26. 89다카 26915 등.

96) 大判 1984. 10. 10. 84다카 453; 同 1986. 2. 25 85다카 892; 同 1988. 4. 27. 87다카 2143 등.

예상을 훨씬 초과하고 이러한 주채무의 과다발생원인에 채권자의 신의칙 위반 사정이 인정되는 때에 근보증인의 보증책임범위를 합리적인 범위로 제한하고 있다고 하고 있다.

### 3) 判例의 解釋基準의 問題點

피담보채권의 범위를 제한적으로 본 대법원판결을 적극 지지하는 견해<sup>97)</sup>와 피담보채권의 범위를 넓게 본 판결을 지지하는 견해<sup>98)</sup>가 있어 상반된 견해를 보이고 있다. 이와 같이 적극적인 논란을 일으킨 대판 1984. 6. 12. 83다카 2159는 근저당권 설정당시 이미 발생하였던 대출금채권이 포괄근저당권의 피담보채권에 속하지 않는다고 보았다.

이 판결을 적극적으로 찬성하는 견해에 의하면, 이 판결은 포괄근저당의 일반거래약관을 인쇄된 예문으로 보아 그 효력을 부정하고 개별약정의 효력을 우선시키는 견해를 취하여, 은행거래에 관계되는 경제적 약자를 보호할 수 있는 길을 열었다고 한다.<sup>99)</sup> 또한, 대법원은 1998. 9. 4. 98다 2686 판결을 통하여 원고는 그와 금전대차관계에 있던 소외 김용식의 자신에 대한 차용금의 이자를 감액해 주는 대신 그의 명의로 피고로부터 축산진흥기금을 저리로 대출받아 사용하기로 하여, 1991. 4. 12. 피고와 사이에 원고 소유인 이 사건 부동산에 관하여 근저당권설정계약을 체결하고 피고 앞으로 근저당권설정동기를 경료한 후 피고로부터 금 20,000,000원(이하 이 사건 대출금이라고 한다)을 대출받고 한편 그와는 별도로 피고는 김용식에게 1991. 2. 6.부터 같은 해 4. 11. 까지 사이에 군납선금금 20,000,000원을 대출하였고, 같은 해 4. 18. 군납선금금 12,000,000원을 대출할 예정이었는데, 이들 대출금 채무를 담보하기 위하여 같은 해 1. 31. 김용식 소유의 8필지의 토지에 관하여 설정된 포괄근저당권은 그 채권최고액이 금 80,000,000원이어서 기존 대출금과 대출예정 금액의 합계 금액을 훨씬 초과하고 있었으며, 이 사건 부동산의 평가액은 금 39,720,000원이

97) 朴在允, 前揭論文, p. 25.

98) 李俊相, 「金融判例研究(1982-1991)」, 育法社, 1992. p. 353.

99) 朴在允, 前揭論文, p. 25.



있음에도 피고직원은 원고와 아무런 협의를 거치지 아니한 채 근저당권설정계약서에 채권최고액을 금 50,000,000원으로 기재하고, 원고는 같은 해 12. 24. 이 사건 대출금을 상환하고 이 사건 부동산에 관한 근저당권설정등기를 말소하려고 하였으나 피고 직원이 그 이율이 낮다는 이유로 더 사용할 것을 종용하는 바람에 말소하지 아니하고, 피고 직원은 김용식이 피고에 대하여 부담하고 있는 기존 채무의 구체적 내역이나 장래 발생할 수도 있는 채무에 관하여 설명을 해주지 아니한 채, 포괄근저당의 취지로 인채되어 있는 근저당권설정계약서에 그 내용을 잘 읽었다는 취지의 기재를 하고 서명·날인을 하게 한 경우 대법원은 다음과 같이 판시하였다.

근저당설정계약서는 처분문서이므로 특별한 사정이 없는 한 그 계약 문언대로 해석하여야 함이 원칙이지만, 그 근저당권설정계약서가 금융기관 등에서 일률적으로 일반거래약관의 형태로 부동산자로 인채하여 두고 사용하는 계약서인 경우에 그 계약 조항에서 피담보채무의 범위를 그 근저당권설정으로 대출 받은 당해 대출금채무 외에 기존의 채무나 장래에 부담하게 될 다른 원인에 의한 모든 채무도 포괄적으로 포함하는 것으로 기재하였다고 하더라도, 당해 대출금채무와 장래 채무의 각 성립 경위 등 근저당설정계약 체결의 경위, 대출관행, 각 채무액과 그 근저당권의 채권최고액과의 관계, 다른 채무액에 대한 별도의 담보확보 여부 등 여러 사정에 비추어 인채된 계약 문언대로 피담보채무의 범위를 해석하면 오히려 금융기관의 일반 대출 관례에 어긋난다고 보여지고 당사자의 의사는 당해 대출금채무만을 그 근저당권의 피담보채무로 약정한 취지로 해석하는 것이 합리적일 때에는 위 계약서의 피담보채무에 관한 포괄적 기재는 부동산자로 인채된 일반거래약관의 예문에 불과한 것으로 보아 그 구속력을 배제하는 것이 타당하다.

그러나 이 판결 이전에도 포괄근저당조항과 다른 개별약정이 있는 경우에는 그 개별약정을 우선시킨 사례가 있었다.<sup>100)</sup> 그리고 종전의 판례가 개별약정이 있더라도 약관에 따라 피담보채권의 범위를 결정해야 한다는 것은 아니다. 따

100) 大判 1970 7 21. 70다 760, 判例月報 311號, 1996, p. 94.

라서 어떠한 사유가 있는 경우에 약관과 다른 개별약정이 있다고 볼 수 있는지를 밝히는 것이 중요한 문제라고 할 수 있다.

피담보채무에 관한 조항이 '예문'에 불과하여 효력이 없다고 하면, 포괄근저당권의 효력이 부정하게 되어 이 판결을 반대하는 견해가 있다.<sup>101)</sup> 즉 포괄근저당약관의 해석은 사정에 따라 효력을 인정하기도 하고 그렇지 않기도 한다고 해석할 수는 없는 것으로 객관적이고 통일적 해석원칙에 따라야 한다. 그러나 이 판결은 개별약정이 포괄근저당약관과 배치되는 경우에 그 한도에서 효력을 잃게 된다는 의미이다. 따라서 예문해석을 통하여 포괄근저당약관의 효력을 전면적으로 부정한 것이라고 볼 수는 없고, 예문의 일부가 부당한 경우에 한하여 그 효력을 배제할 수 있기 때문이다.

이처럼 대법원판결에 대한 평가가 서로 다른 이유는 판결이 구체적 기준을 제시하고 있지 못하여, 어떠한 경우 포괄근저당권설정계약서의 내용과 다른 약정이나 특별한 사정이 인정되는지에 관하여 판단기준을 찾기 힘들다는 점에 그 이유가 있다. 그러므로 대법원의 추상적 법률론은 피담보채권의 범위를 결정하는 데 실질적인 기준으로 작용하지 못하고 있다고 볼 수 있다. 또한 대법원 판결은 포괄근저당권에서 피담보채권의 범위에 대해 처분문서나 약관의 해석문제에 관한 일반론을 펼치고 있고, 피담보채권의 범위가 문제되지 않는 데도 추상적 법률론만을 나열하는 경우도 있다.<sup>102)</sup> 이러한 사안에서 그와 같은 추상적 법률론을 전개하는 것은 전혀 의미가 없는 것이다.

대법원 판결이 위와 같이 포괄근저당의 피담보채권의 범위를 결정하는 구체적, 실질적인 기준은 제시하지 못하고 있는 상황에서는 이에 대한 판단기준을 제시되어야 할 것이다. 그러기 위해서는 우선 대법원판결중 피담보채권의 범위가 문제된 판례를 분석하고 검토하는 작업이 필요하다. 그러기 위하여 기존의 대법원판결들을 유형별로 분석할 필요가 있다.

종래의 학설은 대법원판결들에 대하여 포괄근저당의 유효성 문제라는 측면에서만 접근하려 하였다. 하지만 이러한 접근방법으로는 판례를 정확하게 이

101) 李俊相, 前掲 金融判例研究(1982-1991), p. 353.

102) 大判 1996. 10. 29. 95다 2494, 法院公報, 第1025號, p. 109.

해할 수 없을뿐더러 포괄근저당의 유효성 문제와 피담보채권의 범위를 결정하는 문제는 서로 상이한 것이므로, 피담보채권의 범위를 결정하는 기준을 찾는 방법으로는 적당하지 않음은 물론이다.

대법원은 포괄근저당권설정계약서가 처분문서라 하여 피담보채무에 관한 조항의 문언에 따라 그 범위를 넓게 보기도 하지만, 예문해석을 하거나 약관규제법을 적용하여 제한적으로 해석하기도 한다. 그리하여 종래의 판례는 피담보채권의 범위를 “개별약정의 존재를 인정하지 않는 판례”와 “개별약정의 존재를 인정하는 판례”로 나누기도 했다.<sup>103)</sup> 그러나 대법원이 어떠한 경우에 포괄근저당조항에 우선하는 개별약정을 인정하고 어떤 경우에 이를 인정하지 않을 것인가에 대하여 아직도 분명한 기준을 제시하지 못하고 있다고 한다.<sup>104)</sup>

#### (1) 包括根抵當權者와 債務者 사이에 去來行爲로 因하여 發生한 債權

거래행위로 인하여 발생한 채권을 거래채권이라 하는데, 이는 채무자가 담보권자로부터 직접 금융의 이익을 얻는 경우(대출채권)와, 직접적인 금융의 이익을 얻지는 못하는 경우(보증채권)로 구분할 수 있다. 그리고 구상금채권은 신용보증과 밀접한 관계가 있기 때문에, 채무자가 금융을 얻는 경우에 해당하지만, 이것은 대출채권 등과는 구분되는 면이 있다. 그리하여 거래채권 중에서 구상금채권과 보증채권을 제외한 일반적인 경우와 구상금채권의 경우, 보증채권의 경우 등으로 나누어 볼 수 있다.

##### ① 貸出債權 등

대출채권 등 채무자가 직접 금융의 이익을 얻게 되는 거래채권은 다시 포괄근저당권 설정 이후에 발생한 채권과 그 이전에 발생한 채권으로 나눌 수 있다.

#### 가. 包括根抵當權 設定 이후에 發生한 去來債權

포괄근저당권설정 이후에 발생한 거래채권은 통상 피담보채권의 범위에 들어간다. 채무자와 포괄근저당권설정자가 동일인인 경우에는 포괄근저당권의

103) 李俊相, 前揭 金融判例研究(1982-1991), p 408, 孫智烈, 前揭論文, p. 556, 沈載斗, 前揭論文 p 182.

104) 孫智烈, 前揭論文, p. 563, 沈載斗, 上揭論文, p 196

피담보채무를 둘러싼 분쟁이 많지 않다. 대부분의 대법원판결에서 문제된 사안들은 채무자가 아닌 제3자가 몰상보증을 한 경우에 관한 것이다. 그러나 몰상보증의 경우에도 포괄근저당권을 설정한 이후에 발생한 채권이 피담보채권의 범위에 속한다고 긍정한 사례가 많다.

그런데 문제는 근저당권설정계약이 주로 약관이나 표준서식에 의하여 이루어진다는 점이다. 그럼에도 불구하고 처분문서에 절대적인 증거능력이 있다는 부분에서는 전혀 문제시되고 있지 않다. 어쨌든 이 판결에 의하여 근저당권설정계약서의 문구대로 피담보채권의 범위를 결정해야 한다는 것이 판례로 되었다고 할 수 있는가? 대법원은 기본계약에 관하여 명시적으로 언급하고 있지 않지만, 이 사건에서 적금대출채무의 발생원인이 된 적금대출계약도 이 사건 근저당권의 기본계약으로 본 것이다. 이것은 근저당권설정 이후에 기본계약이 체결된 경우에도 그에 따른 채무가 근저당권의 피담보채무가 될 수 있다는 것을 전제로 한 것이다. 또한 근저당권에서 이러한 기본계약은 여러 개일 수 있고, 근저당권설정 당시 기본계약이 성립하고 있을 필요도 없다.

대법원은 1990. 6. 26. 89다카 26915 판결을 통하여 포괄근저당권설정계약 체결의 경위, 그 후의 채권자의 태도, 채권최고액, 몰상보증인과 채무자의 관계 등에 비추어 이 사건 포괄근저당권이 소의 A의 특정외화채무만을 담보하기 위한 것이라고 보았다.<sup>105)</sup>

#### 나. 包括根抵當權 設定 이전에 發生한 去來債權

포괄근저당권이 이미 발생한 채권도 담보하는지 여부에 대해 통설은 포괄근저당권을 장래 발생할 불특정채무를 담보하는 것이라고 한다. 이미 발생한 채권은 특정되었다고 볼 수 있으므로, 포괄근저당권이 불특정채무만을 담보한다고 하면, 이것은 포괄근저당권의 범위에 속하지 않는다고 볼 여지가 있다.<sup>106)</sup>

판례는 이미 발생한 채권도 기본적으로는 피담보채권의 범위에 속할 수 있다고 본다. 포괄근저당권 설정당시 이미 발생한 채권에 관하여 피담보채권에

105) 法院公報, 第789號, p. 1568.

106) 李俊相, 前掲 金融判例研究(1982-1991), p. 53.

속하는지 여부에 대한 판례의 결정기준은 약정 당시의 상황에 비추어 당사자들이 기존채무를 포괄근저당권에 포함시키기로 했는지 여부에 따라 결론을 달리하고 있고, 실제로 포괄근저당권설정 당시 이미 발생한 채권은 포괄근저당권 설정후에 발생한 채권에 비하여 피담보채권에 속하지 않는다고 보는 경우가 많다.

포괄근저당권설정 이전에 발생한 채무가 피담보채무의 범위에 속하지 않는다고 본 판결들이 있다. 포괄근저당권설정 이전에 발생한 채무라고 하더라도 포괄근저당권에 의하여 담보될 수 있지만, 포괄근저당권설정계약에서 그러한 채무를 피담보채무로 하지 않기로 약정한 경우에는 피담보채무의 범위에 속하지 않는다는 것이다. 그러한 약정이 있는지 여부를 판단할 때 포괄근저당권설정 당시의 제반사정을 고려하게 되는데, 그러한 판단과정에서 포괄근저당권설정 이후에 발생한 채무와는 다른 면이 고려되고 있다. 이러한 예는 모두 물상보증에 관한 것이다.

**\* 대판 1991. 4. 23. 90다 19657107)**

이 판결은 처분문서인 포괄근저당권설정계약서의 내용대로 기존의 채무도 포괄근저당권에 의하여 담보된다고 하였다. 이 사건에서도 포괄근저당권설정자와 채무자가 동일인이라는 점이 위와 같은 결론을 도출하는데 영향을 미친 것으로 보인다. 또한 금융기관(상호신용금고)의 대출 및 어음할인규정에 포괄근저당권의 채권최고액이 순여신액의 5할중(150%) 이상이어야 한다고 규정되어 있었고, 위 포괄근저당권의 채권최고액이 위 신용부금납입계약에 의한 순여신액의 150%의 3억원으로 정하여져 있었지만, 기존채무 98,500,000원을 합하더라도 실제 채권액이 채권최고액에 미치지 못하였다.

**\* 대판 1994. 11. 25. 94다 8969108)**

이 판결은 포괄근저당권설정계약서의 문언과 달리, 포괄근저당권설정 당시 이미 발생한 채권은 포괄근저당권에 의하여 담보되지 않는다고 하였다. 그 이유로 포괄근저당권설정계약이 일반거래약관의 형태로 체결된 점, 포괄근저당

---

107) 法院公報, 第953號, p. 1461.

108) 判例月報, 311號, p. 94.

권설정계약 체결의 경위와 목적, 피담보채무액, 포괄근저당권설정자와 채무자 및 채권자와의 상호관계 등 제반 상정에 비추어 당사자의 의사가 계약서 문언과는 달리 장래 발생할 채무만을 피담보채무로 하려는 취지였다고 인정할 수 있는 점을 들고 있다. 그러나 이 사건에서 다른 채무가 존재하고 있는지조차 불분명하기 때문에, 위와 같이 판단한 실질적인 요소가 무엇인지를 알 수는 없다.

위 판결들에서 드러난 내용을 정리해보면 다음과 같다.

첫째, 채무자와 포괄근저당권자 사이에서 여신거래로 발생하는 채권은 대체로 피담보채권의 범위에 속한다고 한 경우가 많다. 또한 부정 예는 외화채권이나 구상금채권을 담보하기 위하여 포괄근저당권을 설정한 것으로 인정된 사례이다. 둘째, 포괄근저당권설정 이후에 발생한 채권이 포괄근저당권에 의하여 담보되지 않는다고 본 부정 예는 모두 물상보증에 해당한다. 또한 물상보증의 경우에도 피담보채권의 범위를 제한적으로 본 예는 오히려 드물다. 셋째, 포괄근저당권설정시에는 채권액이 최고액에 약 150%정도에 불과하여 금융기관의 담보비율을 초과하지 않고 있다가 나중에 추가로 채무가 발생하여 그 비율을 초과하거나 실제 채권액이 최고액을 초과하더라도 이는 금융기관의 담보취득 관례상 이례적인 것이 아니라고 한다. 따라서 여신거래로 인하여 발생하는 채권이 포괄근저당권설정 이후에 발생한 경우에는 피담보채권으로 인정될 가능성이 매우 높다는 것을 알 수 있다. 한편 포괄근저당권설정 이전에 이미 발생한 채권은 설정 이후에 발생하는 채권에 비하여 피담보채권에 속하지 않는다고 인정한 사례가 많다.

## ② 구상금채권의 경우

구상금채권을 담보하기 위하여 포괄근저당권을 설정하는 경우가 많이 있다. 예컨대 보증보험회사가 피보험자인 주채무자를 위하여 이행보증계약을 체결하는 경우에 주채무자가 자신의 채무를 이행하지 않으면 보증보험회사가 이를 이행하여야 한다. 이 때 보증보험회사는 주채무자에 대하여 구상권을 취득하는데, 이 구상금채권을 담보하기 위하여 포괄근저당권이 설정된다. 이때 구상금채권을 담보하기 위하여 포괄근저당권설정등기가 이루어져 있는 경우 포괄

근저당권인지, 아니면 일반의 저당권인지 문제된다. 통설은 주채무가 특정되었는지 여부에 따라 포괄근저당권인지 여부를 결정해야 한다고 한다. 즉, 주채무가 장래 증감 변동하는 불특정의 채무인 경우에는 포괄근저당권이지만, 주채무가 특정된 채무인 경우에는 통상의 저당권이라는 것이다. 그러나 구상금채무를 담보하기 위하여 '저당권'을 설정하였다면, 그것은 주채무가 특정되었는지 여부와는 상관없이 저당권이라고 보아야 한다. 이것이 물권변동에 관한 민법 제186조에도 합치하는 것이다. 그리고 포괄근저당권이 등기된 경우에 주채무가 특정되었다고 하더라도 구상금채권액이 변동할 가능성이 남아 있으면 포괄근저당권으로 보아야 할 것이다. 결국 부동산 등기부에 저당권으로 등기되어 있는지, 포괄근저당권으로 등기되어 있는지가 1차적인 기준이라고 보아야 한다.<sup>109)</sup> 이러한 포괄근저당권이 어떤 채권을 담보하는지 문제된다.

**\* 대판 1984. 3. 13. 83다 358<sup>110)</sup>**

이 판결에서 원고 회사의 피고에 대한 채무는 구상금채무에 해당한다. 이 채무는 포괄근저당권설정계약 당시 피고가 발행 의뢰한 내국신용장 등으로 인하여 발생한 원고 회사의 피고에 대한 일체의 채무에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

**\* 대판 1987. 5. 26. 85다카 1046<sup>111)</sup>**

이 사건에서도 원고 등의 피고에 대한 현재 또는 장래의 일체의 채무를 담보한다는 내용의 포괄근저당권설정계약서가 작성되어 있어도 처분문서인 계약서의 내용과 다른 특약이 있으면 그에 따라야 한다. 이 판결은 그러한 특약이 명시적이든 묵시적이든 상관없다고 하였다. 그리고 이 사건에서 원·피고는 위 포괄근저당권설정계약시에 위 지급보증으로 인하여 발생될 구상금채무에 한하여 담보하기로 하는 특약이 있었다고 본 것이다. 특히 채권최고액을 미화로 정한 점이 중요하게 고려된 것으로 보인다.

한편 이 사건 포괄근저당권은 구상금채권을 담보하고 있다. 포괄근저당권은 구상금채권을 담보하기 위해서도 설정될 수 있다는 것을 보여준다<sup>112)</sup>. 구상금

109) 李英俊, 前掲 物權法(全訂版), p. 943, 金相容, 前掲書, p. 131.

110) 法院公報, 第1734號, p. 594.

111) 法院公報, 第804號, p. 65.

채권이 피담보채권에 해당하는지가 문제된 사례는 많지 않지만, 이러한 경우에도 당사자가 구상금채권을 담보하려고 하는 의사가 있었는지에 따라 판단하여야 할 것이다.

### ③ 保證債務인 경우

보증채무<sup>113)</sup>의 경우는 보증인이 신용의 이익을 직접 향유하는 것은 아니기 때문에 대출채무 등과는 다른 측면이 있어, 보증채무를 일반적인 거래채권과는 구별할 필요가 있다. 먼저 보증채무가 포괄근저당권의 피담보채무가 될 수 있는지 문제된다. 우리 나라에서는 이에 관한 논의가 없고, 다음의 대법원판결에서는 보증채무가 포괄근저당권으로 담보될 수 있다는 점을 전제로 하고 있다. 그리고 대법원은 보증채무도 당사자의 의사에 따라 피담보채무의 범위에 속하는지 여부를 결정해야 한다고 한다.

또한 이미 발생한 연대보증채무가 포괄근저당권의 피담보채무에 속하는지가 문제되었다. 직접적인 거래채권도 포괄근저당권설정 당시 이미 발생하고 있으면, 그 채권액과 최고액의 관계가 중요한 판단기준이 된다는 점을 보았는데, 이 경우에도 마찬가지이다.

\* 대판 1982. 12. 14. 82다카 413<sup>114)</sup> 제주대학교 중앙도서관 UNIVERSITY LIBRARY

이 판결은 위 포괄근저당권의 피담보채무가 저당권설정 당시의 차용금 채무에 국한되지 않는다고 하여, 채무자의 연대보증채무도 포괄근저당권의 피담보채무가 된다고 하였다.

대법원은 그 근거로 포괄근저당권설정계약서가 처분문서라는 점을 중시하고

112) 大判 1991 9 10. 91다 17979(法院公報, 第1032號, p 2516)은, 구상금채권을 담보하기 위한 포괄근저당권이 설정된 경우에 관한 것이다. 즉, 원고가 소외 원주신용협동조합으로부터 금 20,000,000원을 대출 받았고, 이에 대하여 피고가 연대보증을 하였다. 원고가 위 대출 원리채무를 변제하지 못하면 피고가 이를 대위변제하여야 하는데, 이렇게 할 경우 원고에 대한 구상금채권을 담보하기 위하여 피고에게 이 사건 제1,2차 포괄근저당권설정등기를 경료하여 주었다. 원고는, 피고가 위 조합에 대위변제한 금 21,916,712원을 변제공탁하였으므로 위 각 포괄근저당권설정등기의 피담보채무는 모두 소멸되었다고 주장하였다. 원심은 위 주장을 받아들여 위 각 등기의 말소를 구하는 원고의 청구를 인용하였고, 대법원은 원심을 지지하였다

113) 보증채무가 여신거래에서 발생하는 채무인지에 관하여는 논란의 여지가 있지만, 은행의 약관에서는 여신거래로 인하여 발생하는 채무로 보고 있다.

114) 法院公報, 第534號, p. 276.



있다. 이 사건 포괄근저당권설정계약서에 위 차용금채무뿐 아니라 원고가 피고에 대하여 현재 또는 장래 부담하게 될 보증채무를 포함한 모든 채무를 담보하기 위하여 포괄근저당권을 설정한다고 기재되어 있으므로, 이에 따라야 한다는 것이다. 이 문언에 따르면 피담보채무의 범위를 아무런 제한 없이 '현재 또는 장래 부담하는 모든 채무'라고 할 수 있다.<sup>115)</sup> 그리고 처분문서의 내용을 배척하려면 '특별한 합리적 이유'가 있어야 하는데, 이 사건에서는 그러한 이유가 없다는 것이다.

이 판결을 찬성하는 견해<sup>116)</sup>는 진정성립이 인정된 계약문서는 그 기재내용대로의 계약이 존재한다고 해석함이 도리어 정의와 형평에 맞다고 한다. 이에 대하여 이 판결에 반대하는 견해<sup>117)</sup>가 있다.

\* 대판 1995. 2. 28. 94다 8952<sup>118)</sup>

이 판결은 포괄근저당권설정계약서의 문언에 보증채무가 포괄근저당권의 피담보채무에 포함된다고 기재되어 있으므로, 이 사건 보증채무도 피담보채무의 범위에 속한다고 하였다. 그러나 개별약정의 존부에 관하여는 아무런 판단을 하지 않고 있는데, 대법원의 태도가 바뀐 것으로 볼 수는 없고 당사자가 이에 관한 주장이나 입증을 충분히 하지 않았기 때문인 것으로 보인다.

## (2) 包括根抵當權자가 제3자로부터 취득한 債權

포괄근저당권자가 채무자와의 직접적인 거래로 인하여 취득한 채권이 아

115) 孫智烈, 前揭論文, p. 75

116) 李俊相, 前揭 金融判例研究(1982-1991), p. 348.

117) 손지열 교수는 "본안에서의 대출은 450만원의 적금대출인바, 적금대출이라는 것은 일정 금액을 1회에 대출받고 그 원리금을 적금방식에 의하여 상환하는 것으로서 성질상 단 1회의 대출이며 추가대출이라는 것은 원칙적으로 상정 할 수 없다. 또 채무액도 담보설정시가 최고액이며 상환이 진행됨에 따라 점차 감액되기 마련이다. 더구나 채무자인 원고는 회사의 이사이기는 하지만 개인 자격으로 위 대출을 받은 것이며, 원고가 피고는은행과의 간에 계속적으로 어떤 거래를 할 관계에 있었던 것은 아니다. 채권최고액금 800만원으로서 위 채무액 450만원의 원리금에 상응한다 이런 사정을 종합한다면 원고의 담보제공은 450만원의 적금대출의 담보만을 위한 것이며 이 점은 피고는은행측에서도 충분히 양해된 것이라고 보는 것이 합리적인 해석일 것이다. 즉 원고와 피고는은행간에는 위 적금대출의 담보를 위하여 포괄근저당권(실질적으로는 보통 저당권임)을 설정한다는 개별적 약정이 존재하였다고 보는 것이다."라고 한다 : 孫智烈, 前揭論文, p. 87

118) 法院公報, 第1695號, p. 1445.

나라, 제3자로부터 취득한 채권이 포괄근저당권에 의하여 담보되는지 문제된다. 이러한 채권에는 제3자로부터 취득한 어음·수표채권과 양수채권을 들 수 있다.

① 어음債權

어음채권은 통상 포괄근저당권에 의하여 담보되는가하는 문제는 두 가지로 나누어 살펴보아야 한다. 첫째 포괄근저당권자 채무자로부터 어음을 직접 교부 받은 경우이다. 이러한 경우에는 원칙적으로 신용거래로 인한 것이므로 포괄근저당권의 피담보채권에 포함된다고 볼 수 있다. 둘째로 포괄근저당권자가 제3자로부터 어음을 취득한 경우로서 이때에는 어음채권이 여신거래로 인한 채권에 해당한다고 할 수 없다. 이러한 경우에는 당사자들에게 포괄근저당권으로 담보하게 하려는 의사가 있었다고 보기 어려울 것이다.

\* 대판 1982. 7. 27. 81다카 1117<sup>119)</sup>

이 사건에서 원고가 물상보증인으로서 포괄근저당권을 설정하여 주었다. 이때 포괄근저당권의 피담보채무가 어느 범위까지 미치는지 문제되었다. 원심은 “원고가 연대보증인으로 되어 A회사가 은행으로부터 상업어음 할인을 받는 것”에 대하여 원고가 물상보증인으로서 이 사건 포괄근저당권을 설정하여 주었다고 보고, 위 어음할인금 채무만이 피담보채무의 범위에 속한다고 보았다.<sup>120)</sup> 그러나 대법원은 「약속어음채무」도 포함된다고 하였다. 그 이유로 처분문서인 포괄근저당권설정계약서의 내용을 들고 있는데, 포괄근저당권설정계약서<sup>121)</sup>를 보면 원고가 A회사의 모든 채무를 담보하기 위하여 포괄근저당권을 설정한다고 되어 있다. 그러나 포괄근저당권설정계약의 문언이 이 사건과 같이 되어 있는 경우에 「어음채무」는 무조건 포괄근저당권의 피담보채무의 범위에 속한다고 볼 수 있는지는 의문이다. 이 사건에서 판결문만으로는 포괄근저당권자가 채무자로부터 약속어음을 취득한 것인지, 그렇지 않으면 제3자로부터 약속어음을 취득한 것인지가 분명하지 않다. 포괄근저당권자가 제3자

119) 法院公報, 第1263號, p. 813

120) 李俊相, 前揭論文, p. 341.

121) 1965. 1. 금융기관 대표자회의에서 포괄근저당권설정계약서 표준서식을 채택하였는데, 대부분의 은행이 위 서식을 사용하였다. 피담보채무의 범위에 관한 위 문구도 위 서식의 내용과 같은 것이다.

로부터 채무자가 발행 또는 배서한 약속어음을 취득한 경우에도 그 약속어음 채무가 포괄근저당권에 의하여 담보된다고 볼 수 있을까? 이 판결에서 문제된 포괄근저당권의 피담보채무에 관하여 “기타 각종 원인으로 생긴 채무”라고 되어 있는 점을 중시하면 그와 같이 볼 여지도 있을 것이다. 그러나 한정적 유효성과 같이 위 문구가 앞에 열거된 당좌대월 등과 유사한 거래로 인한 채무만을 담보하는 것으로 본다면, 모든 어음 채무가 피담보채무에 속한다고 볼 수는 없을 것이다. 따라서 이 판결이 어음·수표채무가 피담보채무의 범위에 속하는지에 관한 문제를 모두 해결하고 있는 것은 아니다.

\* 대판 1994. 11. 25. 94다 23463<sup>122)</sup>

이 판결은 피담보채무의 범위를 제한하였는데, 다른 대법원판결과는 달리 계약서의 문구에 따라 해석하는 방식을 채택하고 있다. 이 판결의 논리를 정리해보면 다음과 같다. 첫째 이 사건 포괄근저당권설정계약서의 내용에 비추어, 포괄근저당권이 담보하는 채무는 채무자와 채권자인 은행 사이에 여신거래로 인하여 발생한 채무일 것이 요구된다. 둘째 이 사건 어음은 채권자가 채무자와의 여신거래로 취득한 것이 아니라, 제3자로부터 취득한 것이다. 왜냐하면 채무자인 소외 A회사가 물품대금조로 어음을 소외 B회사에게 발행·교부하였고, B회사는 이 어음을 어음할인을 위하여 채권자인 피고에게 배서, 양도하였기 때문이다. 셋째 이 사건 어음금채무는 포괄근저당권의 피담보채권에 속하지 않는다.

이 판결의 결론에는 찬성하지만, 포괄근저당권설정계약서 중 피담보채권의 범위에 관한 조항으로부터 이 사건 포괄근저당권이 여신거래에서 발생하는 모든 채무를 담보한다고 단정한 부분은 부적절하다고 보여진다. 우선 위 조항은 법률문장으로서 매우 불완전하다. 위 조항 자체에서는 “채무자가 채권자인 은행에 대하여 현재 및 장래에 부담하는 어음대출, 어음할인, 증서대출, 당좌대출, 지급보증(사채보증 포함), 매출채권거래, 상호부금거래, 유가증권대여, 외국환 기타의 여신거래로 말미암은”이라는 문구가 수식하는 것이 무엇인지를

122) 法院公報, 第2365號, p. 90.

판단하는 것은 불가능하다.

그런데 포괄근저당권설정계약서가 작성된 경위에 비추어 보면, 포괄근저당권의 효력을 여신거래에서 발생하는 채무에 한정하려고 하였고, 은행 등 금융기관도 이와 같이 이해하고 있다. 따라서 위 포괄근저당권이 여신거래에 관련되지 않은 채권을 담보하지는 않는 것으로 해석해야 한다. 또한 이와 같이 해석함으로써 포괄근저당권자가 부당하게 이익을 얻는 경우를 막을 수 있다. 예컨대 어음·수표의 발행인 갑이 부도가 났는데, 포괄근저당권자인 은행의 갑에 대한 채권이 포괄근저당권의 최고액에 훨씬 못 미치고 있다고 하면, 이 때 은행은 갑이 발행한 어음을 영가로 매입한 다음 은행의 갑에 대한 어음채권도 포괄근저당권에 의하여 담보된다고 주장할 수 있다.<sup>123)</sup> 이것은 포괄근저당권설정자 등의 지위를 부당하게 약화시키는 폐해를 초래할 것이다. 이러한 폐해를 방지할 필요성이 있는데, 대법원은 제3자로부터 어음을 취득한 경우에는 이러한 어음채권이 포괄근저당권에 의하여 담보되지 않는다고 본 것이다. 그러나 어음, 수표는 유통성이 강한 유가증권인데, 채권자가 제3자로부터 어음·수표를 취득한 경우에도 포괄근저당권에 의하여 담보된다는 약정을 할 수도 있다. 이러한 때에는 예외적으로 채무자가 부도가 났다든지, 파산절차 또는 회사정리절차를 신청한 경우 등에 한하여 일정한 요건 하에 신의칙을 적용하거나 약관에 대한 내용통제를 통하여 해결하는 것이 바람직할 것이다.

## ② 양수금채권

포괄근저당권자가 제3자로부터 채무자에 대한 채권을 양수한 경우에 그 양수금채권은 포괄근저당권에 의하여 담보되는지 문제된다.

### \* 대판 1978. 9. 12. 78다 754<sup>124)</sup>

이 사건은 물상보증에 관한 것인데, 포괄근저당권의 피담보채권을 “근저당권자가 장차 A법인으로부터 양수 받을 채권”으로 하였다. 포괄근저당권자가 A법인으로부터 B공사에 대한 채권을 실제로, 양수 받았다면, 그 채권이 포괄근저당권에 의하여 담보될 것이다. 왜냐하면 포괄근저당권설정계약서에서 피

123) 李俊相, 前揭論文, p. 93.

124) 法院公報, 第965號, p. 1114.

담보채권으로 위 채권양도를 예정하고 위 양수채권을 피담보채권에 포함시키기로 하였기 때문이다. 그런데 이 판결은 이 사건 포괄근저당권에 의하여 담보되는 채권이 없다고 하였다. 그 이유는 다음과 같다. 즉, 피담보채권의 발생여부는 포괄근저당권자와 채무자간의 채권의 발생여부를 기준으로 판단하여야 한다. 포괄근저당권자가 현실적으로 채권을 양수하여야만 피담보채권이 실제로 발생하였다고 볼 수 있다. 그러나 포괄근저당권자가 채권을 양수 받지 않았기 때문에 피담보채무가 아직 발생했다고 볼 수 없다는 것이다.

한편 양수금채권을 포괄근저당권에 포함시킨다고 명시적으로 약정하지 않은 경우에는 양수금채권을 포괄근저당권의 피담보채권에 포함시킬 것인지 여부가 명확하지 않게 된다. 이러한 경우에는 어음·수표채권의 경우와 동일한 문제가 발생한다. 양수금채권은 통상 여신거래로 인한 채권에 포함된다고 볼 수 없을 것이다.

### (3) 不動利得返還債券과 不法行爲로 인한 損害賠償債權

부당이득이나 불법행위는 법률의 규정에 의한 채권발생 원인이라는 점에서 법률행위, 특히 계약과는 구별된다. 따라서 부당이득이나 불법행위에 기한 채권은 포괄근저당권에 의하여 담보되지 않는다고 생각된다. 그러나 부당이득반환채권이나 불법행위로 인한 손해배상채권도 포괄근저당권에 의하여 담보되는 경우가 있다.

#### ① 不當利得返還債權

소비대차계약에 기하여 금원을 빌려주고 포괄근저당권을 설정 받았는데, 위 계약의 무효 또는 취소로 인하여 부당이득반환채권이 발생한다. 그리고 어떤 물건을 임대하고 차임채권을 담보하기 위하여 포괄근저당권을 설정 받았는데, 임대차기간이 종료된 후에도 임차인이 계속 임차목적물을 점유하고 있으면 부당이득반환채권이 발생한다.

여기에서 부당이득반환채권이 포괄근저당권에 의하여 담보될 수 있는지가 문제된다. 쌍무계약이 무효로 되어 각 당사자가 서로 취득한 것을 반환하여야 할 경우에는 민법 제536조를 준용하여 동시이행관계에 있다고 보아야 한

다.<sup>125)</sup> 이것은 쌍무계약이 취소된 경우에도 마찬가지이다.<sup>126)</sup> 따라서 매매계약 등에 의하여 소유권이전등기가 경료 되었으나, 위 계약이 무효이거나 취소된 경우에 매수인의 소유권이전등기말소의무와 매도인의 대금반환의무는 동시 이행관계에 있다. 이것이 소비대차계약에 기한 채권을 담보하기 위하여 포괄근저당권설정등기를 경료한 경우에도 그대로 적용되는지 문제된다. 즉, 소비대차계약이 무효라면 차용물은 부당이득에 해당하여 이를 대주에게 반환되어야 하는데, 포괄근저당권설정등기말소 의무와 차용물반환의무가 동시 이행관계에 있는가? 차용물반환의무는 포괄근저당권에 의하여 담보되지 않는다고 하면, 양자는 동시이행관계에 있다고 볼 수 있다. 그러나 차용물반환의무가 포괄근저당권에 의하여 담보된다고 보면, 차용물반환의무가 포괄근저당권설정등기말소의무에 대하여 선이행관계에 있게 될 것이다.<sup>127)</sup>

\* 대판 1968. 1. 11. 67마 576<sup>128)</sup>

이 사건에서 소사리 농업협동조합이 대한민국으로부터 금원을 차용한 행위는 당시의 농업협동조합법(제11조, 제58조 제2항)<sup>129)</sup>에 위반된 것으로, 그것은 무효라고 할 수 있다. 이 때 소사리 농업협동조합은 무효인 위 차용행위에 기하여 받은 금전을 부당이득 한 것이다. 따라서 대한민국은 소사리 농업협동조합에 대하여 부당이득반환청구권을 가진다. 이 사건 포괄근저당권은 차용금채무를 담보하기 위하여 설정되었으나, 위 차용금채무가 발생하지 않았다. 그렇다면 포괄근저당권은 피담보채무가 발생하지 않았다는 이유로 말소하여야 하는가? 이것은 위 부당이득반환채무가 위 포괄근저당권의 피담보채무에 속하는지 여부에 달려있다. 대법원은 포괄근저당권설정계약서에 피담보채무로서 “소사리 농업협동조합이 대한민국에게 부담하게 될 일체의 채무와 그 불이행으로

125) 大判 1976 4 27 75다 1241, 法院公報, 第136號, p. 9130

126) 大判 1994 9. 9 93다 31191, 法院公報, 第2365號, p. 2598

127) 大判 1989 10 13. 88다카 29351, 法院公報, 第965號, p. 1671.

128) 大決 1968. 2 7. 67마 1312, 判例總覽 民法 2-2(A), 704-2

129) 당시의 농업협동조합법 제58조 제2항은 리동 농업협동조합은 그 사업목적을 달성하기 위하여 군조합으로부터 자금을 차입할 수 있다고 규정하고 있었다 한편 위 규정은 1994. 12. 12. 개정되었는데, 현행의 농업협동조합법에 의하면, 정부는 농업협동조합과 중앙회의 사업에 필요한 경비를 보조 또는 융자할 수 있고(제11조 제2항), 지역농업협동조합은 일정한 목적을 위하여 정부 또는 중앙회로부터 자금을 차입할 수 있다(제58조 제2항)고 한다.

인하여 발생하는 일체의 손해배상금 채무”라고 되어 있는 점에 비추어 위 포괄근저당권이 위 부당이득반환채무도 포함한다고 보았다. 이것은 물론 포괄근저당권설정계약이 유효하다는 것을 전제로 한 것이다. 이 사건에서 포괄근저당권이 피담보채권에 관한 조항의 문구가 ‘일체의 채무’를 담보하는 형식으로 되어 있는데, 이것이 부당이득반환채무를 피담보채무에 해당한다고 판단하는데 영향을 미쳤다고 볼 수도 있다.

이 판결의 의의는 첫째 차용행위가 무효라고 하더라도 그와 함께 체결된 포괄근저당권설정계약은 유효라고 본 점, 둘째 채무자와 채권자의 법률행위에 기한 채무만이 포괄근저당권의 피담보채무의 범위에 포함되는 것이 아니라, 부당이득반환채무도 포괄근저당권의 피담보채무의 범위에 속한다고 본점에 의의가 있다. 한편 이 채무는 차용행위가 무효로 됨으로써 발생한 부당이득반환채무이다. 즉 이와 같이 급부부당이득에 해당하는 경우 부당이득반환채권이 포괄근저당권에 의하여 담보된다고 본 것이다. 따라서 이 판결을 이유로 당사자 사이의 거래행위와 무관한 모든 채무, 가령 침해부당이득에 기한 채무도 포괄근저당권이 피담보채무에 포함된다고 볼 수는 없을 것이다.

\* 대판 1994. 9. 9. 93다 31191<sup>130)</sup> AL UNIVERSITY LIBRARY

이 판결이 포괄근저당권설정계약뿐만 아니라 소비대차계약도 취소되었다고 본 것은 정당하다고 판단된다. 취소의 원인인 기망행위가 두 계약에 공통적으로 존재하고, 기망을 당한 원고가 두 계약을 취소하려는 의사표시를 하였다고 볼 수 있기 때문이다. 이러한 경우에는 포괄근저당권설정계약 자체가 취소되어 효력을 상실하기 때문에<sup>131)</sup> 포괄근저당권에 의하여 부당이득반환채무가 담

130) 法院公報, 第1987號, p. 2598.  
 131) 大判 1990 3 9. 89다카 15342, 法院公報, 第1639號, p 866에서는 피고가 소외 회사와의 약정에 따라 원고에게 부동산을 담보로 제공하여 포괄근저당권을 설정하여 주기로 하고 그에 기하여 원고로부터 지급보증서를 받고 그것을 이용하여 대한투자신탁으로부터 금 2 억원을 대출받아 그 중 1억원을 피고가 교부받았다면, 그 범위내에서는 원·피고간의 포괄근저당권설정계약을 피고가 마음대로 취소할 수 있는 것은 아니라 할 것이고, 피고가 주채무자인 소외 회사가 사용한 9천여만원의 채무금에 대하여 물상보증인이 된 부분에 관하여 소외 회사의 대표이사로부터 기망을 당하여 의사표시를 한 것이라는 하자가 있다고 하더라도 그것은 원고가 포괄근저당권을 실행하여 그 부분까지 강제로 추심하려고 하는 경우에 피고가 항변을 할 수 있을는지 몰라도 저당권설정동기의 이행을 거절할 사유가 될 수는 없다고 하였다

보되는지 여부는 문제가 되지 않는다. 따라서 포괄근저당권설정등기말소의무와 부당이득반환의무가 동시이행관계에 있다고 볼 수 있을 것이다. 따라서 부당이득반환채권이 포괄근저당권에 의하여 담보되는지 여부가 문제되는 것은 포괄근저당권설정계약과 그 등기가 유효하게 존속하고 있는 경우에 한한다.

포괄근저당권이 유효한 경우에 부당이득반환채권이 포괄근저당권의 피담보채무에 포함된다고 보는 것이 타당한 경우가 있다. 어떠한 경우에 그러한가? 민법 제741조는 “법률상 원인 없이 타인이 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다”라고 규정하고 있다. 따라서 우리 민법은 부당이득제도를 하나의 통일적인 일반적 제도로 규제하고 있다. 다수설<sup>132)</sup>은 부당이득의 기초를 통일설, 그 가운데서도 공평설에 따라 설명한다. 그래서 위 규정의 “법률상 원인”도 특정의 당사자 사이에서 생긴 재산적 가치의 변동이 당사자들 사이의 관계에서도 정당한 것으로서 유지되어야 한다는 공평의 이념에 바탕을 둔 실질적·상대적 이익이라고 한다. 이에 반하여 소수설<sup>133)</sup>은 부당이득제도를 유형론의 입장에서 볼 때 구체적인 분쟁해결에 적절한 기준을 제시할 수 있다고 한다. 그리하여 부당이득을 급부부당이득, 침해부당이득, 비용부당이득 등으로 구분하여 설명한다. 먼저 계약에 기한 채무를 이행하기 위하여 급부가 이루어졌을 때 그 계약이 무효이거나 취소된 경우에는 그 급부를 반환하여야 한다.

이와 같이 계약관계를 청산하기 위한 기능을 수행하기 위하여 부당이득법이 이용되는데, 이러한 경우를 급부부당이득이라고 한다.<sup>134)</sup> 침해부당이득은 타인의 재화를 권한없이 사용, 소비, 처분함으로써 소유권 등이 침해되었다는 점에서 특징이 있다. 그 침해가 권리자의 의사와는 무관하게 발생한다는 점에서 급부부당이득과 구별된다.<sup>135)</sup> 비용부당이득은 타인의 채무를 변제하거나 타인 소유의 물건에 비용을 지출하는 경우에 비용지출자가 사무관리의 요건을 충족하지 못하는 경우에 문제된다. 비용부당이득의 경우에는 손실자 자신의 행위

132) 郭潤直, 前掲 判例教材 物權法, p. 603.  
 133) 梁彰洙, “一般不當利得法의 研究”, 서울대大學院博士學位論文, p. 254.  
 134) 梁彰洙, 上掲論文, p. 259.  
 135) 梁彰洙, 上掲論文, p. 267 ; 崔錦淑, “不當利得에 관한 研究”, 梨花女大大學院博士學位論文, 1987, p. 141.



에 의하여 재산이 이동된다는 점에서 급부부당이득과 같지만, 급부부당이득의 경우에는 그 재산의 이동이 의무의 이행을 위하여 행해짐에 반하여, 비용부당이득의 경우에는 재산의 이동이 자기 자신을 위하여 이루어지거나 혹은 착오로 이루어진다.<sup>136)</sup> 부당이득의 성립요건을 좀더 명확하게 인식할 수 있다는 점에서 소수설이 타당하다고 본다.

급부부당이득은 그 이득이 당사자의 의사에 기하여 발생하므로 이를 포괄근저당권에 포함시키려는 의사가 있는 경우가 많을 것이다. 대법원은 금원을 차용하고 포괄근저당권을 설정하여 주었는데, 금원차용행위가 법률에 위반되어 무효로 되는 경우에는 그 부당이득반환청구권도 포괄근저당권에 의하여 담보된다고 보았다. 또한 포괄근저당권 설정 이후에 이루어진 소비대차계약이 취소된 경우에도 그 원금에 대한 부당이득반환청구권도 포괄근저당권에 담보되는 경우가 많을 것이다. 이러한 경우에는 대체로 금원에 대한 부당이득반환청구권을 피담보채권에 포함시키려는 의사가 있다고 보아야 할 것이다. 그러나 포괄근저당권설정계약 자체가 효력을 잃게 되면 부당이득반환채권이 포괄근저당권에 의하여 담보되는지 여부가 문제될 여지가 없을 것이다. 또한 침해부당이득이나 비용부당이득의 경우에는 손실자의 의사와는 무관하게 부당이득반환채권이 발생하므로, 이러한 채권을 포괄근저당권에 의하여 담보하려는 의사가 있다고 보기 어려울 것이다.

## ② 不法行爲로 인한 損害賠償債權

저당권은 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상을 담보한다(민법 제360조). 따라서 포괄근저당권이 채무불이행으로 인한 손해배상채권을 담보하는 것은 당연한 것이다. 이러한 경우에 채무불이행으로 인한 손해배상채권 이외에 불법행위로 인한 손해배상채권도 포괄근저당권에 의하여 담보되는지 문제된다.

포괄근저당권설정의 당사자가 거래와 무관하게 발생하는 불법행위채권을 담보하려고 하는 경우는 드물 것이다. 계속적인 물품공급관계에 있어서 어음할인관계에 있는 경우에 그러한 거래와 관련하여 불법행위가 발생한 경우에는

136) 梁彰洙, 上揭論文, p. 267.

그로 인한 손해배상채권도 포괄근저당권에 의하여 담보할 필요가 있다. 당사자에게 불법행위로 인한 손해배상채권을 포괄근저당권으로 담보하려는 의사가 있다면, 그 의사에 따라야 한다. 그러나 그러한 의사가 있는지 여부가 명백하지 않은 경우에는 당사자의 의사를 해석하는 것이 중요한 문제이다.

사기로 인한 손해배상채무가 포괄근저당권에 의하여 담보되는지 문제된 대법원판결이 있다. 대판 1987. 4. 28, 86다카2458(공 1987, 886)은 “매수인의 매도인에 대한 매매대금채무의 담보를 위하여 설정된 포괄근저당권은 그 매매계약이 매수인의 기망에 의한 것이라 하여 취소된 경우에 매수인이 위 기망행위로 인하여 매도인에게 입힌 손해의 배상채무도 담보하는 것이라고 봄이 상당하다”고 판결한 바 있다. 이와 같이 매도인이 위 매매계약을 취소한 경우에도 매수인에 대하여 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권을 행사할 수 있다. 그러므로 이 판결은 불법행위로 인한 손해배상채무가 포괄근저당권에 의하여 담보된다고 한 점에 중요한 의미가 있다. 그러나 이 판결의 사안은 매매계약의 체결이라는 형태로 불법행위가 행해진 것이므로, 이 판결이 불법행위로 인한 손해배상채무가 무조건 포괄근저당권의 피담보채무에 포함된다고 본 것은 아니다.

그렇다면 어떠한 경우에 불법행위로 인한 손해배상채권이 포괄근저당권에 포함되는지 문제된다. 먼저 불법행위는 행위의 성질을 기준으로 거래적 불법행위와 사실적 불법행위로 나누어 볼 수 있다. 거래관계는 상대방에 대한 신뢰에 기초로 두고 이루어지는데, 이러한 거래관계에 불법행위가 개재됨으로써 피해자의 손해가 발생한 경우를 거래적불법행위라고 할 수 있다. 사실적 불법행위는 거래관계 법률관계를 전제로 하는 것이 아니라 순수한 사실행위로서 이루어진 경우이다.

포괄근저당권이 채무자와 포괄근저당권자 사이에서 여신거래로 인하여 발생하는 채권을 담보하는 것으로 되어 있을 때 여신거래와 관련하여 발생하는 채권은 통상 그 포괄근저당권에 의하여 담보되는 것으로 보아야 할 것이다. 거래적 불법행위에 관한 사안은 대체로 포괄근저당권에 의하여 담보되는 경우가 많다고 볼 수 있다. 그러나 사실적 불법행위의 경우에는 그로 인한 손해배상

채권도 포괄근저당권의 피담보채권에 포함된다고 불리면 그에 관한 명시적인 약정이 있어야 할 것이다.

### 3. 共同根抵當의 問題

피담보채권을 공통으로 하는 근저당권을 수 개의 부동산에 설정한 경우가 공동저당권이다. 이 공동근저당에도 특정채권의 담보를 위해서 수 개의 부동산상에 설정된 공동저당권에 관한 민법 제368조가 적용될 수 있는가가 문제된다.

애초에 공동근저당권을 설정한 것으로 각 부동산에 동일한 설정최고액을 정하고 또 그 뜻을 동기하였다면 민법 제368조를 여기에 적용하는데 별다른 문제가 발생하지 않는다. 그러나 일정한 거래관계로부터 발생하는 채권을 담보하기 위하여 한 부동산에 근저당권을 설정한 후 동일한 채권을 담보하기 위하여 또 하나의 근저당권을 설정하는 경우, 최고액이 누적된다고 볼 것인지 아니면 먼저 설정된 근저당권의 최고한도와 중첩된다고 볼 것인지가 문제되며, 이와 관련하여 부동산의 분담액은 어떻게 정할 것인가가 또한 문제된다.

공동근저당권의 취지가 등기되어 있는 경우에는 민법 제368조를 적용할 수 있다는 데에 이견이 없다.<sup>137)</sup> 담보된 수 개의 부동산이 경매되고 그 대가를 동시에 배당하는 경우에는 각 부동산의 경매대가에 비례하여 그 채권의 분담을 정하고 나머지를 후순위저당권자의 변제에 충당하면 되기 때문이다(민법 제368조 제1항). 또한 공동근저당의 최고액이 다른 경우에는 최고액을 공통으로 하는 부분, 즉 최고액이 합치하는 부분에 대해서만 동조의 적용을 받고 그것을 초과하는 부분에 대해서는 최고액이 큰 부동산만이 책임을 부담한다고 보는 것이 지배적인 학설이고, 이에 이설을 찾아보기는 어렵다. 공동근저당권자가 여러 담보중 어느 한 부동산으로부터 채권의 변제를 받은 경우, 그 부동산의 차순위저당권자는 민법 제368조 제1항의 규정에 따라 공동근저당권자가

137) 金錫宇, “共同根抵當權에 관한 考察”, 「現代民法學의 諸問題」, 博英社, 1981, p. 199.

다른 부동산에 관하여 변제를 받을 금액에 대위 하여 저당권을 행사하면 되기 때문이다. 그런데 문제는 공동근저당의 취지가 동기되어 있지 않은 경우, 그것의 성질이 공동저당인가 아니면 누적적 근저당인가 하는 것이다.

일본에서는 근저당권에 관한 민법 개정 전에는 1955년경까지 누적적 근저당권을 한도의 누적으로 보는 분할시인론에 따라, 근저당권만 추가하여 최고액을 누적시키는 방법을 따랐으나 1955년경 이후에는 일본민법 제392조를 강행규정으로 보아 누적적 근저당권도 공동근저당권으로 보는 일본 법무성의 견해를 따라, 먼저 설정한 근저당권의 최고액을 증액하고 추가근저당권을 설정하는 방법을 취하게 되었다고 한다. 그러나 일본개정민법은 공동근저당권에 관하여, 제398조의 16이하 3개 조문을 두어 법률관계를 명확히 하였다. 이에 따르면, 동일한 채권의 담보로서 설정되었다는 뜻을 동기한 경우에 한해, 공동근저당에 관한 일본민법 제392조, 제393조를 양조가 적용되는 것으로 하였다. 그리고 그 이외의 경우에는 제392조, 제323조를 적용하지 않는 것으로 하였다.<sup>138)</sup>

공동근저당에 관한 일본민법 제398조의 16<sup>139)</sup>은 동일한 채권의 담보로서 피담보채권의 범위, 채무자, 최고액의 세 가지가 동일할 것을 요구하고 있으며, 설정시에 한하여 공동저당에 관한 규정을 적용한다 하고 있다. 이 동기는 대항요건이 아니며, 효력발생 요건이다. 즉 매우 엄격한 요건을 갖춘 경우에만 공동근저당권을 인정하여 법률관계의 명확화를 기하고 있는 것이다. 이외에도 일본민법은 제398조의 17<sup>140)</sup>에서 공동근저당권의 변경·처분·확정에 대해서 규정하고 있다.

포괄근저당이 부동산담보의 대부분을 차지하는 은행거래계의 상황에 있어서

---

138) 여기서 전자를 共同根抵當 혹은 狹義의 共同根抵當 혹은 純粹 共同根抵當이라 부르며, 후자를 累積的 共同根抵當 혹은 累積根抵當이라 부른다고 한다. 金相容, 前掲不動産擔保法, p. 407.

139) 日本民法 第398條의 16은 「제392조 및 제393조의 규정은 근저당권에 관하여는, 그 설정과 동시에 동일한 채권의 담보(로)서 수개의 부동산 위에 근저당권이 설정된 취지를 동기한 경우에 한하여 이를 적용한다」고 규정하고 있다.

140) 日本民法 第398條의 17은 「① 변경처분은 모든 부동산에 대해서 동기를 하지 않으면, 그 효력을 발생하지 않는다. ② 1개의 부동산에 대해서 확정사유가 발생하면, 모든 부동산상의 근저당권이 확정된다」고 규정하고 있다.

공동근저당인가 아니면 누적적 근저당인가 하는 문제는 적지 않게 발생한다. 앞에서 설명한 바와 같이 근저당권에 관한 우리 민법 제368조를 강행규정이라고 보는 견해에 따르면, 아무리 근저당권을 여러 번 설정해도 총 담보한도액은 증가하지 않게 된다. 따라서 총 담보한도액을 증가시키고 싶으면 기존의 저당권 최고한도도 증액하여야 한다고 보게 될 것이다.

그러나 이러한 해석은 추가로 근저당권을 설정하는 당사자의 의사와는 거리가 멀다고 할 수 있고, 기존 저당권에 후순위저당권자 등이 존재하는 경우 곤란한 문제를 일으킨다.

생각건대, 우리 민법 제368조를 굳이 강행규정으로 볼 필요가 없다고 생각한다. 이렇게 본다면 공동근저당이 설정된 것으로 볼 필요도 없게 된다. 당사자의 의사가 개별의 누적적 근저당을 설정할 의사였다면 이러한 당사자의 의사를 보호하는 것이 더 타당할 것이다. 공동근저당에 있어서와는 달리 누적적 근저당의 경우에는 저당권자가 각 부동산에 그 최고한도까지 다른 저당권의 행사여부에 영향을 받지 않고 우선 변제를 받을 수 있도록 하여야 한다.



#### 4. 確定과 規制上의 問題

##### 1) 確定上의 問題

근저당권이 우선 변제를 받으려면 불특정의 채권이 확정되어야 하는데 이러한 근저당권을 확정시키는 중요한 사유로는 기본계약의 결산기 도래, 존속기간의 만료, 계약의 해지 등이 있다. 그러나 포괄근저당에 있어서는 기본계약이 특정되어 있지 않기 때문에 그것들은 확정사유가 될 수 없고, 존속기간을 정하는 경우도 거의 드물기 때문에 포괄근저당의 확정 시기가 문제시된다. 확정의 시기가 그렇게 중요한 원인은 그를 둘러싼 수명의 이해관계인들간에 권리의 순위 다툼 때문이라 할 수 있다.

최근 포괄근저당의 확정에 관한 판례는 괄목할 만한 정도로 증가하였고 대

법원도 등기예규로서 확정전후에 따른 등기사무처리지침이 마련되었음은 이에 대한 입법의 미비에 따른 법률관계의 혼란이 크다는 점을 증명하고 있다할 것이다. 여기에서 우리 민법에 구체적으로 명시되어 있지 않는 확정 사유와 그 시기 등에 관한 학설을 중심으로 이에 따른 문제점들을 살펴보고자 한다.

### (1) 確定の概念

불특정의 채권을 담보하는 근저당은 그것이 확정되지 않으면 우선 변제로 받지 못한다. 근저당권에 있어서 확정이란 불특정의 증감 변동하는 상태가 일정한 시점에서 종료하여 원본 채권으로 특정되는 것을 말한다. 확정이 있게 되면, 구체적으로 존재하는 채권만을 피담보채권으로 특정하여 그 후에 발생하는 원본채권은 담보되지 않고, 또 특정될 그 채권이 소멸하면 근저당권도 당연히 소멸하게 된다. 그러나 이는 원본 채권의 확정을 의미하는 것이며, 확정된 원본으로부터 파생하는 이자 채권 등은 확정 후에 생기는 것도 최고한도액까지는 피담보채권이 된다.



### (2) 確定事由

근저당권을 확정시키는 중요한 사유는 보통의 근저당권에 있어서는 기본계약의 결산기의 도래, 근저당권의 존속기간을 정한 때에는 그 기간의 만료, 기본계약의 해제나 해지 등이 있다.<sup>141)</sup> 그러나 포괄근저당에 있어서는 기본계약이 특정되어 있는 것이 아니므로, 기본계약의 결산기의 도래라든가 기본계약의 해지 등은 포괄근저당의 확정 사유가 되지 못한다. 다만 포괄근저당의 존속기간의 약정이 있는 경우에는 그 존속기간의 만료가 대표적인 확정사유라 할 수 있을 것이다. 그러나 근저당에서 존속기간을 정하는 것은 드물기 때문에 결국 가장 중요한 확정사유는 담보목적물에 대한 경매이다. 그 외에 은행의 근저당권설정계약서에서 정하고 있는 확정청구제도, 당사자의 파산 등도 그 사유가 된다.

141) 郭潤直, 前掲 判例教材 物權法, p 615, 金相容, 前掲 物權法, p 816

포괄근저당의 존속기간의 약정이 없는 경우에는 포괄근저당설정계약을 해지할 수 있고 그때부터 일정기간이 경과한 후에 확정되는 것으로 보는 것이 바람직 할 것이다.<sup>142)</sup> 일본민법 제398조의 19조 확정기일의 정함이 없을 때에는 근저당권설정자는 설정시로부터 3년을 경과하면 확정청구할 수 있고 청구시로부터 2주간이 경과하면 효력이 발생한다고 규정한다. 이는 확정기일을 정하지 않은 경우에는 설정자가 장기간에 걸쳐 근저당권에 의한 구속을 당할 불이익을 발생시키기 때문에 이것을 구제하기 위해 둔 제도라고 한다. 그러나 채무자가 설정자일 때에는 거래관계를 종료시킴으로써 확정시킬 수 있기 때문에 전적으로 물상보증인, 제3취득자가 설정자인 경우에 활용될 수 있을 것이라고 한다.<sup>143)</sup> 이러한 취지 하에 계약시점에서 근담보기간을 정하지 않아 계약일로부터 3년이 경과하여 담보제공자가 해지의 의사표시를 하여 피담보채무의 원금을 확정짓고자 할 경우, 그 효력발생은 의사표시가 은행에 도달한 날로부터 45일이 되는 시점으로 하는 것이 도달주의 원칙에 입각한 우리민법의 해석상 고객에게 지나치게 불리하다는 공정거래위원회의 지적을 수용하여, 일본민법의 예에 따라 14일이 되는 시점으로 단축한 일부 시중 은행의 태도는 발전적이라 할 수 있다.<sup>144)</sup>

### (3) 確定의 效力

피담보채권이 확정되면 그후에는 포괄근저당설정 계약서에서 정한 범위내 속하는 채권이 발생하여도 이제는 피담보채권으로 되지 못한다. 그러나 이러한 효과는 독립적인 원본 채권이 새로 발생한 경우에 그렇다는 것이고, 그 전에 이미 성립한 원본 채권으로부터 파생하는 이자 채권·지연이자 등은 여전히 최고액의 범위 내에서 담보된다. 확정후 피담보채권의 현재액이 최고액을

142) 종래 이용되고 있던 시중 은행의 포괄근저당권설정계약서를 보면, 「.. 존속기간을 정하지 않은 경우 계약일로부터 3년이 경과한 때에는 설정자는 서면에 의하여 이 계약해지의 의사표시를 할 수 있고 의사표시 도달로부터 45일이 경과한 때에는 피담보채무가 확정된다。」고 하는 확정청구제도를 두고 있다: 종래 시중 은행의 근저당권설정계약서(포괄근담보) 제1조 제4항 참조

143) 柚木馨, 前掲書, pp. 474~475.

144) 대전은행, 근저당권설정계약서 제1조 제1항 제3호, 부록2 참조

초과할 때, 초과하는 금액은 피담보채권이 되지 못함은 당연하다. 그런데 확정 후 채무자 또는 설정자가 임의로 채무를 변제하면 최고액이 줄어드는 것으로 볼 것인가, 아니면 변제한 금액만큼 초과액이 피담보채권의 범위 내에 편입되는 것인가가 문제된다. 근저당권의 확정 전에는 당연히 초과액이 피담보채권으로 편입된다. 그러나 확정 후에는 당연히 그렇다고는 할 수 없다. 이에 대하여 확정 후에라도 임의변제가 있으면 최고액이 피담보채권의 범위 내에 편입된다는 견해가 있다.<sup>145)</sup>

이와 관련하여 대법원 판례는 경매개시결정이 있는 후 부동산을 전득한 제3자가 근저당권설정 최고액과 경매비용만 변제공탁하고 초과액을 변제하지 않은 채로 근저당권의 소멸을 주장한 사건에 관하여 원고의 주장을 인용하였다.<sup>146)</sup> 이 판례의 취지에 따른다면 확정 후에는 임의변제가 있어도 한도초과액은 한도 내로 편입되지 않는다는 뜻이 될 것이다. 근저당권이 확정된 후에는 근저당목적물의 전득자 등은 최고액의 변제로 근저당권의 구속에서 벗어날 수 있다는 점에서 타당한 판결이라 생각된다.

최고액은 물적 부담의 한도라는 의미에서 근저당권이 확정된 후에는 채무자가 임의변제한 경우라도 위의 판례와 같이 해석함이 타당하다고 할 것이다.

#### (4) 確定的 時期

##### ① 根抵當權者의 競賣申請

근저당권자가 스스로 경매를 신청한 때에는, 채무자와 더 이상의 거래관계를 유지하지 아니하겠다는 취지의 의사를 표시하였다고 봄이 타당하므로 경매신청시에 피담보채권이 확정된다고 보아야 한다고 하며 이러한 경매신청에는 당해 근저당권에 기한 경매신청뿐 아니라 근저당권자가 당해 부동산 위에 가지고 있는 별도의 담보권에 기한 경매 및 근저당권자가 당해 부동산 소유자에 대하여 가지는 채권에 기한 강제경매를 포함한다고 볼 것이라고 한다.

이 경우 피담보채권은 경매의 신청시에 즉시 확정된다고 할 것이나 경매신

145) 柚木啓, 前掲書, p. 97.

146) 大判 1971. 4. 6. 71다 26.



청이 각하 되거나 경매개시결정 전에 신청을 취하하면 확정되지 아니한다고 보아야 하며 이런 경우 다음과 같은 문제가 생긴다

② 競賣申請 후의 讓受債權

대법원은 근저당권자가 경매신청을 한 때에는 그 「경매신청시」에 근저당권은 확정된다고 보는 것이 타당하다고 전제하고 경매신청이 있는 뒤 「양도」 받은 채권은 경매신청으로 확정된 근저당권의 범위에 포함될 수 없다고 판시하며 포괄근저당의 경우 경매신청 후의 양수채권은 이미 확정된 근저당권의 피담보채권에 포함될 수 없다는 이론을 취함으로써 근저당권도 무한히 존속할 수 없고 경매신청 등 권리실현을 위한 일정한 행위가 있으면 이를 근저당권의 확정시기로 볼 수 있다는 선례를 남겼다.<sup>147)</sup>

③ 競賣申請 取下 후의 連帶保證債權과 無效登記의 流用

1981. 4. 1. 피고는 공유자인 소외 갑 및 을과 포괄근저당권설정계약을 체결하고 갑을 채무자로 하여 근저당권설정등기를 마친 후 신용거래를 하던 중 갑이 차용원리금을 변제치 않자 1984. 1. 23. 임의경매신청하여 다음 날 위 부동산에 대한 경매개시결정이 내려졌으나, 갑이 그 피담보채무를 모두 변제하여 1984. 5. 11. 위 경매신청이 취하되었다.

그런데 그 해 6. 9. 피고는 위 소외인들을 연대보증인으로 하여 소외 병에게 대출하여 주고 위 근저당권을 유용하기로 약정하였다. 그 후 병은 차용금을 변제치 않자 1986. 2. 12. 위 근저당권에 기한 임의경매로 위 부동산이 정에게 경락되었다.

한편 원고는 위 갑에게 원금을 대여해 주고 그 담보의 목적으로 1983. 4. 18. 위 부동산에 대한 갑의 2분의 1 지분에 관하여 가등기를 마쳤다가 그 후 원고는 갑으로부터 차용금을 변제 받지 못하자 대금을 정산하여 가등기에 기한 본등기절차를 경료하였다.<sup>148)</sup> 이에 원심(부산고법 1989. 5. 11. 87나 377 판결)은 “이 사건에 있어서와 같은 포괄근저당권은 그 피담보채무가 일시적으로 소멸되더라도 그 설정계약이 해지되어 기본적 거래 관계가 종료되지 아니

147) 大判 1988. 10. 11 87다카 545.

148) 大判 1989. 11. 28. 88다카 15601.

하는 한 유효하게 존속되는 것이고, 채권자가 임의경매신청한 것만으로 피담보채무가 확정되어 보통저당권으로 전환된다고 볼 수 없다”고 판시하여 원고의 주장을 배척하였다. 이에 불복한 원고의 상고이유에 대하여 대법원은 “근저당권자가 그 피담보채권의 불이행을 이유로 경매신청을 한 때에는 그 경매신청시에 근저당권의 피담보채권은 확정되는 것이고, 근저당권이 확정되면 그 이후에 발생하는 원금채권은 그 근저당권에 의하여 담보되지 아니한다”고 판시하여 원심판결을 파기 환송하였다.<sup>149)</sup> 즉, 원심에서는 경매신청시 피담보채무가 확정되지 않는다고 한 반면 대법원은 경매신청시 확정된다고 판시 함으로서 근저당권자의 경매신청 이후부터 근저당권은 부종성을 갖게 되어 보통의 저당권과 같은 취급을 받게 된다

그런데 이와 반대로 대법원은 1997. 2. 28. 96다 495 판결을 통하여 근저당권자가 신청한 임의경매에 있어 경매신청서에 기재된 청구금액으로 당해 근저당권의 피담보채권이 확정되는지 여부, 그리고 일부 청구한 경매신청채권자가 이중경매신청 등 필요한 조치를 하지 아니하여 배당받지 못한 나머지 피담보채권액을 가지고 후순위채권자들에게 부당이득금반환으로 청구할 수 있는지 여부에 대하여 소극적인 해석을 내렸다. 또한 담보권의 실행을 위한 경매에서 신청채권자가 경매를 신청함에 있어서 경매신청서에 피담보채권 중 일부만을 청구금액으로 기재하였을 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 신청채권자가 당해 경매절차에서 배당을 받을 금액이 그 기재된 채권액을 한도로 확정되고, 신청채권자가 채권계산서를 제출하는 방법에 의하여 청구금액을 확정할 수 없다고 할 것이므로, 설사 신청채권자가 경매신청서에 기재하지 아니한 다른 피담보채권을 가지고 있었다고 하더라도 청구금액을 확장한 채권계산서를 제출하는 방법으로는 피담보채권액 중 경매신청 당시의 청구금액을 초과하는 금액에 관하여는 배당에 참가할 수 없으며, 배당법원으로서서는 경매신청 당시의 청구금액만을 신청채권자에게 배당하면 충분하다. 결국, 경매신청시 청구채권의 범위가 확정되는 것이 아니라 배당 받을 금액이 확정될 뿐이다. 따라서 경매

149) 같은 취지의 大法院 判例 : 大判 1993. 3. 12. 92다 48567, 同 1997. 12. 9. 97다 25521, 同 1997. 2. 14. 95다 13951.

신청후 채권계산서 등으로는 청구금액을 확장할 수 없고 이때는 경락기일 전까지 이중경매를 신청해야 하며 채권자가 이를 게을리 했을 때 이로 인하여 타 채권자에게 배당된 배당액을 부당이득금 반환의 소로 제기할 수 없다고 판시한 것이다.

또한 위 사건의 경우 피고 은행의 경매신청으로 경매개시결정이 내려졌으나 위 값이 피담보채무를 전부 변제함으로써 근저당권이 소멸되었다. 그런데 그 채무의 담보를 위한 동기가 말소되지 않고 그대로 남아있는 동안 당사자의 약정으로 이 무효등기를 유용하기로 합의한 경우 이를 유효로 볼 것인가에 대하여 학설은 전면무효설, 전면유효설, 제한적 유효설로 견해가 나뉘는데 판례는 동기가 무효로 된 후 당사자가 그 무효등기를 유용하기로 합의할 때까지의 사이에 동기부상 이해관계 있는 제3자가 나타나지 않는 한 유효하다는 태도를 취함으로써 제한적 유효설과 같은 입장에 취하고 있다.<sup>150)</sup>

따라서 판례에 의하여 피고 은행과 정 사이에 위 근저당권등기를 유용하기로 한 합의가 있다 하더라도 이러한 무효등기의 유용은 동기부상 이해관계 있는 제3자가 없는 경우에만 유효한 것이므로 피고 은행의 정에 대한 채권은 무담보채권이 될 것이다.

##### (5) 關聯問題

근저당권자가 피담보채무의 불이행을 이유로 경매신청을 하였다가 일부 변제받아 경매를 취하한 후에 새로운 거래로 인하여 추가로 발생한 채무에 관하여도 경매신청시에 근저당권은 확정되는 것이고, 근저당권이 확정되면 그 이후 발생하는 원본채권은 그 근저당권에 의하여 담보될 수 없다 할 것이나 동기부상 이해관계 있는 제3자가 없는 경우에는 무효등기의 유용도 유효하다는 대법원 판례의 이론에 비추어 볼 때 근저당권설정자와 채무자가 동일한 경우에 동기부상 이해관계 있는 제3자가 없는 경우에는 경매취하 후에 발생하는 원본채권도 그 근저당권에 의하여 담보된다고 할 수 있을 것인가?

150) 大判 1961 12 14 4293민상 893, 同 1969. 3. 4 67다 2910, 同 1970 12. 14 70다 1630, 同 1974. 9. 10. 74다 482.

이와 같은 경우에 무효등기의 유용에 관한 대법원 판례와 같이 근저당권자의 담보권 실행을 위한 경매신청시에 근저당권은 확정되어 보통의 저당권과 같이 취급되는 한도로 존속하지만 경매의 취하 후 등기부상 이해관계 있는 제3자가 없는 상태에서 당사자 간에 본래의 설정계약에 의한 근저당권으로 계속 유용하기로 약정하였을 경우 추가로 새로이 발생하는 원본채권은 그 저당권에 의하여 담보된다고 할 수 있겠고(공정설). 또 한편으로는 근저당권은 경매신청으로 확정되어 보통의 저당권과 같은 성질로 존속하므로 이와 같이 피담보채권의 일부의 변제로서 경매를 취하하는 경우 등기상 이해관계인이 없는 경우라도 경매취하 후 발생한 원본채권은 더 이상 그 근저당권에 의하여 담보될 수 없다고 해석할 수도 있는데도(부정설) 이 점을 명확히 하는 실무지침의 마련이 요청된다 하겠다.

## 2) 規制上の問題

### (1) 序言

은행이 근저당권설정계약서라는 양식으로써 설정자를 상대로 체결하는 근저당권설정계약은 어음거래약정서로서 차주와 체결하는 대출계약과는 별개의 법률행위이다. 전자는 은행의 입장에서 보아 담보취득행위이고, 은행의 실제거래에 있어서 이 두 가지 행위가 이루어지는 과정을 살펴보면, 다같이 은행이 일방적으로 제시하는 양식을 설정자가 서명날인 하거나 대부계원이 손수 또는 그의 요구대로 차주나 설정자가 도장을 찍는 것이 고작이지, 양식(계약)내용에 관하여 자세히 살피고 나서 서명·날인하는 경우는 드물다. 또한 포괄근저당에 의하여 담보되는 피담보채권의 범위가 너무 넓기 때문에 이미 그 자체에 어느정도 채권자에게는 유리하고 채무자, 물상보증인, 제3취득자 등에게는 불리한 것이 내포되어 있음을 생각할 때 포괄근저당약관에 대한 적절한 규제는 더욱 절실하다.

이러한 약관이용의 확대에 따른 부정적 기능이 문제화되기 시작하자 부당약관에 대한 규제는 필수 불가결하게 되었다. 이러한 부당약관에 대한 규제방법

으로는 초기에 사법적 규제형과 행정적 규제형이 있었으나, 현재에는 각국이 다투어서 약관규제를 위한 법률규정이나 기본법을 보충함으로써 입법적 규제가 효과적인 규제방법으로 대두되었다.

우리 나라에서는 판례에서 이미 개별약정 우선의 원칙을 채용하여 포괄근저당의 효력을 부인한 것도 있다.<sup>151)</sup> 그러나 1987년 「약관규제에 관한 법률」의 제정으로 민법의 해석상 포괄근저당이 유효하다고 하더라도 이것이 일반거래 약관의 형식으로 이용되는 경우에는 약관규제법과의 관계에서 효력여부가 문제시되고 있다.

## (2) 約款規制法과 包括根抵當 約款의 問題點

약관규제법은 약관규정상 불공평한 조항·고객에게 불리한 조항·의외조항·본질적 권리의 제한에 관한 조항 등은 무효라고 규정하고 있으며, 사업자의 명시 의무 및 설명의무를 규정하고 있다. 그런데 약관의 일부조항이 무효항목 조항에 해당하거나 그밖에 불공정한 내용으로 인하여 무효가 된 경우 또는 사업자가 명시 의무 및 설명의무를 이행하지 아니하여 계약내용이 되지 못한 경우에도 전적으로 무효가 아니라 계약은 나머지 부분만으로 유효하게 존속한다. 그런데 여기서 문제는 포괄근저당을 설정할 때 설정자가 이해할 수 있도록 명시하고 설명하여야 할 내용이 무엇인가는 문제로 될 수 있다.

## (3) 司法機關에 준하는 規制의 問題點

### ① 經濟企劃院에 의한 規制

추상적 약관심사의 전담기관으로 약관심사위원회를 설치하여 약관내용의 불공정 여부를 심사하여 무효라고 판정되었을 때에는 해당기업에 시정권고를 하였으나, 이러한 시정권고는 법적 구속력이나 강제력이 없는 행정지도에 불과하여 실효성이 없다.

151) 判例(大判 1982. 12. 14 82다카 413)는 포괄근저당권을 담은 약관의 효력을 해석함에 있어서 형식논리적인 사적자치의 원칙을 인정해주는 선에서 머물고 말았다.

## ② 公正去來委員會에 의한 統制

공정거래위원회는 최근 국무총리 직속의 독립기관으로 그 위상이 강화되고, 약관의 심사청구 역시 이해관계자나 각종 소비자보호단체 뿐 만 아니라 위원회가 직속으로 조사하여 독자적으로 시정명령을 내릴 수 있으며, 기업이 불공정약관의 시정에 응하지 않을 때에는 처벌할 수도 있게 되었다. 그러나 이 위원회의 역할은 특정고객의 구체적인 피해구제가 아니라 약관내용 자체가 불공정하여 무효가 되는지 여부를 판단하고 추상적인 무효선언(시정명령)을 하는 것일 뿐이다. 따라서 기업이 시정명령을 따르지 않는 경우에는 피해를 입은 소비자는 소송을 통해서만 현실적인 피해구제를 받을 수밖에 없다. 또한 공정거래위원회의 무효결정은 약관규제법에 대한 행정적인 유권해석에 불과하므로 법원을 구속하는 것은 아니고, 경우에 따라서는 법원의 판결이 시정명령과 다르게 나올 수도 있다. 이러한 측면에서 공정거래위원회는 한계가 있다 할 것이다.

## 第 2 節 約款規制法과 包括根抵當 約款의 問題點

### 1. 改善方向

#### 1) 附從性과 有效性

포괄근저당에는 저당권에서 엄격하게 요구하고 있는 부종성이 없기 때문에 무효라는 주장이 있으나 이는 현재 은행거래 내지 일반상거래의 실정을 도외시한 것이라 볼 수밖에 없다.

또한 우리 민법에서 이미 저당권에서의 부종성을 완화하여 근저당권을 명문 규정으로 두고 있는점과 독일민법에서는 이미 명문으로 장래의 채권을 위한 저당권을 인정하고 있다는점 등에 비추어 볼 때 저당권에서 요구하고 있는 것과 같은 엄격한 의미의 부종성을 요구하는 것은 시대의 요구에 뒤떨어진다고 할 수 있고 단순히 그 부종성이 없다는 이유만으로 포괄근저당의 효력을 부인한

다는 것은 설득력을 잃는다. 또한 필요이상으로 근저당최고액을 높게 설정하여 담보가치를 사장시켜 채무자의 금융사정을 어렵게 할 우려가 있다는 점등을 모두 고려할 때 포괄근저당의 효력은 인정하되 적절한 규제와 제한을 가함이 타당하다고 본다. 따라서 이에 대한 개선방향을 다음과 같이 제시하여 보고자한다.

(1) 이론적인 면에서 채권의 존재를 전제로 하지 않는 독일법의 토지채무나 소유자저당과 같은 제도를 인정하지 아니하고 다만 성립에 있어서의 부종성 내지 소멸에 있어서의 부종성을 완화하여 근저당권의 유효성을 승인하였을 뿐인 현행 민법의 해석으로서는, 기본적 계약관계를 전제로 하지 않는 포괄근저당은 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

(2) 실질적인 면에 있어서도, 포괄근저당을 유효한 것으로 인정한다면, ① 채권자는 부당하게 고액의 최고액을 설정하여 필요 이상의 담보가치를 지배함으로써 담보물의 가치가 사장되어 채무자(설정자)의 금융을 어렵게 만들 우려가 있으며 이는 국가경제전체로 보아서도 결코 바람직하지 않다는 점, ② 불법행위 또는 부당이득에 기인한 채무 등 거래이외의 사정에 기하여 발생한 우발적 채무까지도 담보되어 불합리하다는 점, ③ 채무자의 자력이 악화한 경우에 채권자가 최고액의 한도에 이르기까지 제3자로부터 채권양수 등의 방법으로 채권을 염가로 취득하여 폭리를 취할 우려가 있다는 점 등, 채권자에게만 일방적으로 유리하고 채무자에게는 너무도 가혹한 결과가 된다는 점을 고려할 때, 포괄근저당을 무제한적으로 유효한 것으로 인정할 수는 없다.

(3) 그러나 포괄근저당이 이론적으로나 실질적인 측면에서 무효라고 일률적으로 해석할 때 일어날 금융거래상의 혼란은 수습하기 힘들 것으로 예측되어 부득이 다음과 같이 해석을 하지 않을 수 없다. 첫째, 순수한 포괄근저당은 무효이다. 예컨대 '현재 및 장래에 있어서 발생하는 모든 채무를 담보'한다는 취지의 '순수한 포괄근저당'은 이론상으로는 존재할 수 있으나, 현재 우리 나라에서는 이러한 형태의 근저당권설정계약은 거의 이루어지고 있지 않다. 이와 같은 순수한 포괄근저당은 완전히 무효이다. 둘째, 부가적 포괄근저당은 나열하고 있는 기본계약으로 담보되는 한도에 있어서만 그 효력을 가지며, 부가적

포괄근저당 문언에 있어서는 객관적 범위를 벗어나는 것은 무효이다. 예컨대 '당좌대월계약, 어음할인계약상의 채무 기타 현재 및 장래에 있어서 발생하는 모든 채무를 담보한다'라고 하는 경우와 같이 기본계약 내지 기본적 법률관계를 나열한 뒤 '기타 일체의 채무를 담보한다'는 취지의 문언을 부가한 근저당권설정계약을 '부가적 포괄근저당', 이라고 하는데, 이러한 근저당권설정계약은 그 기본계약이 '당좌대월계약' 또는 '어음할인계약'과 같은 특정한 계약관계를 표시하거나 '은행거래계약' 또는 '여신계약'과 같은 포괄적인 계약관계이더라도 그것이 사회경제적으로 객관적인 거래의 범위를 명백히 할 수 있는 것이면 그 한도 내에서 유효하며, '기타 일체의 채무를 담보한다'는 취지의 부가적인 문언은 위에서 언급한 객관적 범위를 벗어나는 것은 무효이다.

(4) 포괄근저당의 문제는 현행민법 제357조의 해석론에 의하여서만 해결하기에는 너무도 복잡하게 이론과 실체가 뒤엉켜있는 상황이다. 이 문제의 해결은 결국 입법에 의할 수밖에 없다고 할 것이며, 다만 입법론적인 측면에서 접근한다면 다음과 같은 점이 고려되어야 할 것이다. 일본 민법에서는 순수한 포괄근저당은 무효로 하되 근저당을 기본계약으로부터 독립시켜 규정하는 방법을 택하고 있다. 이렇게 하면 근저당설정 당시에는 기본계약을 특정할 필요가 없기 때문에 등기원인도 되지 않고 피담보채권의 범위만 동기하면 된다. 그 밖에도 일본은 선진국의 제도를 대폭 수용하고 오늘날의 금융경제사회의 요구에 적합시킨다는 차원에서 근저당의 내용의 변경, 근저당의 이전, 근저당의 처분, 근저당의 확정과 소멸, 채무자의 최고액 감액 청구권, 제3자의 근저당소멸청구권 등을 상세히 규정하고 있다. 순수한 포괄근저당이 바람직한 제도는 아니라는 관점에서 생각하면 일본민법의 이러한 태도는 우리의 경우에도 참고가 될 수 있다.

그리고 이와 더불어 부종성과 특정성의 원칙에 대한 거래사회의 요구를 수렴하는 것이 바람직하다. 예컨대 소멸의 부종성에 관한 민법 제369조를 폐지하고 나아가 피담보채권과 분리하여 저당권을 양도할 수 있도록 하여야 할 것이다. 포괄근저당에 관한 규정을 두면서 종래의 엄격한 부종성에 관한 규정을 그대로 두게 되면 이론적인 모순과 충돌을 면키 어렵다고 본다.



## 2) 被擔保債權의 範圍

포괄근저당권이 담보하고있는 채권의 범위를 결정하는 것은 당사자의 의사에 달려있고, 그 당사자간의 의사가 무엇이었는지를 확정짓는 일이다. 이러한 피담보채권의 범위는 외부상에 공시되어 있지 않기 때문에 그 범위를 결정하는 문제가 계약쌍방간 또는 이해관계인의 분쟁이나 소송으로 번지는 경우에 대법원은 개별적인 사안에서 포괄근저당계약의 해석을 통하여 그 구체적인 범위를 결정하고 있는데, 그 결정기준의 논거는 계약서의 기재내용은 부동산자로서 예문에 불과하므로 그 문구에 구애받지 않고 당사자 사이에 다른 명시적·묵시적 개별약정이 있다고 보아 이를 우선시 하는 판례가 있는 반면, 계약서가 처분문서로서 당사자간에 진정성립이 인정되는 이상, 그 계약서에 기재된 대로 계약내용 및 존재를 인정해야 한다는 서로 상반되는 판례가 있으므로 포괄근저당약관(계약)의 해석을 사정에 따라 그 효력을 인정하기도 하고 그렇지 않기도 한다면, 객관적이고 통일적인 해석원칙은 없게 되는 것이다.

따라서 생각건대, 근저당설정계약서는 처분문서로서 특별한 사유가 없는 한, 그 계약서의 문언대로 해석함을 원칙으로 하되 당해 대출금채무와 장래채무의 각 성립경위, 대출관행, 각 채무액과 그 근저당권의 채권최고액과의 관계 등 여러 사정에 비추어 볼 때 당사자의 의사가 당해 대출채무만을 그 피담보채무로 약정한 취지로 해석함이 합리적인 경우에는 비록 계약서에 포괄적 기재가 있다해도 이는 부동산자로 인쇄된 일반거래약관의 예문에 불과한 것으로 보아 그 구속력을 배제함이 타당하다고 본다. 그런데 구체적으로 어떠한 경우가 당해 약관과 다른 개별약정이 있다고 봐야할 것인지는 당사자가 반증을 들어 입증하는 수밖에 없다고 본다.

## 3) 共同抵當의 問題

애초부터 공동저당권의 취지가 동기되어 있는 경우에는 공동저당에 관한 민법 제368조의 적용에 문제가 없으나, 이러한 공동저당권의 취지가 동기되어

있지 않은 경우 즉, 일정한 거래관계로부터 발생하는 채권을 담보하기 위하여 한 부동산에 근저당을 설정한 후, 다시 동일채권을 담보하기 위하여 또 하나의 근저당을 설정하는 경우, 이것의 성질을 먼저 설정된 근저당권의 최고액과 중첩되어진 공동저당으로 볼 것인지, 아니면 누적된 근저당으로 볼 것인지가 문제로 된다. 생각건대, 이 경우 동일한 채권의 담보를 위하여 설정되었다는 취지를 동기한 이른바, 순수 공동근저당에 대해서만 우리민법 제368조를 적용하고 그 이외에 것은 모두 원칙적으로 별개로 설정된 누적적 근저당으로 보아 공동근저당에 관한 민법 제368조의 적용을 배제함이 타당하다고 본다

#### 4) 確 定 的 問 題

포괄근저당의 확정적 문제에서는 특히 확정의 시기가 문제시되고 있는데, 이에 대하여 대법원은 상반된 해석을 내리고 있다. 생각건대, 채권자가 경매를 신청했을 때는 더 이상 채무자와 거래관계를 하지 않겠다는 의사표시로 보아 경매 신청시 피담보채권은 확정된다고 보아야 할 것이다. 그런데 이때 확정되는 것은 신청채권자가 경매신청서에 기재한 청구금액이 확정되는 것이 아니라 배당 받을 금액이 확정되는 것이라고 봄이 타당하다.

왜냐하면 신청채권자가 피담보채권 중 일부만을 청구금액으로 기재하여 경매를 신청한 경우에, 설사 경매신청서에 기재하지 아니한 다른 채권을 갖고 있다 하더라도 이는 경락기일 전까지 또 다른 경매 신청으로써 이중경매를 신청하여야하지 채권계산서 등을 제출하는 방법으로 하여 그 청구 금액을 확장시킬 수는 없기 때문이다. 따라서 이를 게을리 하고서 배당받지 못한 나머지 채권을 가지고 후순위채권자들에게 부당이득금반환으로 청구할 수 없다고 본다.

또한 채무자가 채무를 전부 변제함으로써 피담보채권이 사라졌음에도, 근저당이 있음에도 아직 말소등기가 안된 무효인 등기를 당사자간에 계속 유용하는 경우, 학설은 전면 무효설, 전면 유효설, 제한적 유효설로 그 견해가 엇갈리고 있고, 판례는 제한적 유효설의 입장을 취하는 듯하다. 생각건대, 경매신

청을 했다면 이미 그 피담보채권은 확정된 것이므로 그후의 경매취하를 했나 하더라도 경매취하 후 발생한 원본 채권은 더 이상 그 근저당으로 담보될 수 없다는 결론이 나온다. 그러나 당사자간 등기 설정비용의 부담 뿐 아니라 번거로움을 줄여 준다는 의미에서 이 무효인 등기의 유용도 제3자의 이해관계가 없는 한 유효하다고 보아야 한다. 그리고 상속과 합병·파산인 경우에도 포괄 근저당은 당연히 확정되는 것으로 하여야 하고, 포괄근저당의 존속기간에 대하여 별도의 약정이 없으면 계약을 해지할 수 있고 그때로부터 일정기간이 지나면 즉, 포괄근저당 설정시로부터 3년 정도 경과하면 포괄근저당은 확정청구할 수 있고 그 청구시로부터 2주간이 지나면 효력이 발생한다고 하여야 한다.

## 5) 規制上の 問題

근저당권설정자가 직접 채무자인 경우와 물상보증인인 경우를 나누어, 후자의 경우에 있어서는 이와 유사한 신원보증의 예에 따라 피담보채무가 새로운 차입 등 사유로 인하여 변경될 때에는 일정한 기간 중에 근저당권설정자인 물상보증인에게 통지하도록 하고, 채권자가 위 기간 내에 통지하지 아니하는 채권에 대하여는 이를 피담보채무의 범위에서 제외하고 위 통지기간을 제척기간으로하여 위 통지를 해태 할 경우에는, 근저당권설정자가 근저당권의 해지권을 갖도록 하는 등의 제도적인 장치를 마련하는 것이 바람직하다. 또한 약관 규제법상의 사업자의 명시 의무 및 설명 의무의 내용이 구체적으로 규정되어 있지 않은 바, 여기에는 피담보채권의 범위, 결산기, 최고액, 등기순위, 거래와 관련 없는 채권, 거래와 관련이 없더라도 설정자 자신이 직접 부담하게 될 채무 등은 반드시 명시·설명 의무를 진다는 규정이 마련되어야 한다.

## 2. 整 理

첫째, 부종성과 유효성의 문제에 대해서는 '현재 및 장래에 있어서 발생하는

모든 채무를 담보'로 한다는 취지의 소위 순수한 포괄근저당은 무효이고 부가적 포괄근저당은 그 나열하고 있는 기본 계약에서 담보되는 한도에 있어서만 효력을 갖는다고 보아야 한다.

둘째, 피담보채권의 범위의 문제에 관하여서는 특별한 사유가 없는 한, 설정 계약서의 문언대로 해석함을 원칙으로 하되, 여러 사정에 비추어 볼 때, 당사자의 의사가 당해 대출채무만을 그 피담보채무로 약정한 것으로 해석함이 합리적일 때는 계약서의 문언은 그 구속력을 배제해야 한다.

셋째, 공동저당의 문제는 동일한 채권의 담보를 위하여 설정되었다는 취지를 등기한 경우에만 공동저당으로 보고 그 이외의 것은 누적적 근저당으로 보아야 한다.

넷째, 확정지 문제는 경매신청시 포괄근저당은 확정되는 것이고 이때 확정되는 것은, 청구금액이 아니라 배당금액이며 또한 이해관계가 있는 제3자가 없는 경우에는 무효인 동기의 유용도 유효하다고 볼 것이며,

마지막으로 설정자가 채무자가 아닌 물상보증인 경우, 피담보채무와 그 변경이 있을 때는 채권자는 반드시 설정자에게 이를 통지해야 할 의무가 있고, 이를 해태한 경우는 반대로, 설정자가 설정계약 해지권을 갖도록 하여야 한다.

## 第 5 章 結 論

포괄근저당은 채권자와 채무자간의 일정한 계속적 거래관계에 기하여 발생하는 장래의 일체의 채권을 최고액의 범위 내에서 일괄하여 담보하기 위하여 설정되는 저당권의 한 유형으로서 거래계의 실제적 필요성에 의하여 종래의 전통적인 저당권의 부족성을 완화하여 판례에 의하여 그 유효성이 인정된 제도라 할 수 있다.

이 연구의 기본목적은 금융기관 등 일반상거래에서 널리 행해지고 있는 포괄근저당의 이용실태를 분석한 뒤, 이 제도의 운영상의 문제점들에 대해서 종래의 학설과 판례를 재검토함으로써 이를 지적하고 아울러 이러한 문제점들에 대한 개선방향을 제시하여 궁극적으로는 포괄근저당의 합리적 운영을 꾀하는데 본 연구의 목적을 두었다.

이를 위해서 먼저 포괄근저당의 생성·발전된 배경과 현재 거래계에서의 이용실태를 분석하고, 비교 입법적 고찰을 위하여 주요국가의 입법동향을 비교·검토 해 보았다.

그리고 이에 터잡아 현재 우리 나라의 일반 금융거래계에서 일어나고 있는 포괄근저당의 운영상의 여러 문제점들 가운데에서 가장 논란이 있는 몇 가지를 지적하였는데, 그것은 첫째, 포괄근저당이 우리민법에서 엄격히 요구하고 있는 부종성의 원칙과 결부되어 과연 유효한 것인가 하는 문제이고, 둘째, 피담보채권의 범위가 너무 광범위하여 설정자에게 불리한 면이 있는데도 아직 판례는 그 범위의 해석기준에 관하여 일관된 입장을 보여주지 못하고 있다는 문제, 셋째, 동기 되어있지 않은 공동저당에 대해서는 그것의 성질을 과연 통상의 공동저당으로 볼 것인가 아니면 하나의 포괄근저당의 형태로 보아 누적적 근저당으로 볼 것인가 하는 문제, 넷째, 포괄근저당은 그 확정되는 시기에 따라, 각 이해당사자간의 권리다툼이 치열해지는 데에도 그 확정되는 시기가 우리 민법에 명문화되어 있지 않다는 점, 마지막으로 현재 약관규제법과 공정거래위원회 등 사법기관에 준 하는 규제의 문제점등에 관하여 논하였다.

이상과 같은 문제점들에 대한 개선방향에 대해서는 첫째, 부종성과 유효성의 문제에 관해서는 제한적 유효설의 입장을 취하여 소위 순수 포괄근저당은 무효이고, 부가적 포괄근저당은 그 나열하고 있는 기본계약의 한도 내에서만 효력을 갖는 것으로 파악하였고, 둘째, 피담보채권의 범위의 해석은 특별한 사유가 없는 한, 설정계약서의 문언대로 해석함을 원칙으로 하되, 여러 사정으로부터 당해 대출금만을 약정한 것으로 보일 때는 그 계약서의 문언의 구속력은 배제되어야 하고, 셋째, 공동저당의 문제는 그 취지를 동기한 경우에만 우리민법 제368조를 적용하고 그 이외의 것은 누적적 근저당으로 보아야 하며, 넷째, 포괄근저당은 경매신청시에 배당금액이 확정되는 것이며, 또한 제3자의 이해관계가 없는 한, 무효인 동기의 유용도 일용 유효하다고 보았다. 마지막으로 포괄근저당설정자가 물상보증인인 경우에 채권자는 그 채무에 관한 변경사유가 있을 때도 반드시 설정자에게 이를 통지해야 하고, 이를 게을리 하면 반대로 설정자가 계약해지를 할 수 있도록 해야 한다고 보았다.

한편, 포괄근저당은 앞에서 살핀 바와 같이 유용하게 널리 이용되고 있는 만큼 문제점도 적잖게 내포되어 있다. 이러한 저당권에 관한 법률관계를 현재와 같이 1개의 조문으로 처리하는 것은 무리가 아닐 수 없다.

1984년 민법 개정시 근저당에 관한 상세한 규정을 두어 포괄근저당의 수요를 충족시키는 새로운 규정을 두어야 한다는 개정의견이 있었으나 정책적 이유에서 그 입법은 후일로 미루게 되었다는 점도 전술한 바와 같다. 그러나 어떤 이유에서인지 그 후 10여 년이 지난 지금까지 입법이나 그에 대한 논의조차 이루어지지 않고 있다. 앞에서 살펴본 포괄근저당을 둘러싸고 발생하는 문제점들을 해결함에 있어서, 현재는 판례의 소극적 태도에 의존하고 있을 뿐만 아니라 만족스러운 해결방안이 제시되고 있지 못하는 한계가 있다. 따라서 포괄근저당의 제 문제들에 대해서는 개별적이고 구체적인 입법화방법에 의해 해결할 수밖에 없다고 본다.

이러한 필요성과 외국의 입법동향, 현재 금융거래의 관행 등을 모두 고려해 볼 때 우리 나라 포괄근저당의 입법화방향은 다음과 같이 하여야 한다고 본다.

1) 포괄근저당이 담보할 수 있는 피담보채권의 범위는 일정범위에 속하는 불특정채권을 최고액의 한도에서만 설정할 수 있도록 한다. 2) 특정 원인에 기인한 채권, 어음상의 청구권 등을 담보할 수 있도록 하여 부가적 포괄근저당만을 유효한 것으로 한정한다. 따라서 은행거래와 관련이 없는 불법행위나 부당이득으로 인한 손해배상 청구권은 피담보채권의 범위에 포함되지 않는 것으로 해야한다. 3) 근저당권자가 우선 변제를 받을 수 있는 채권의 범위를 정하며 피담보채권의 최고액, 범위의 변경 또는 채무자를 변경하는 데는 반드시 채무자나 후순위저당권자의 동의를 얻어야 하며 그 변경에 관하여 원본의 확정 전에 반드시 등기를 하여야 하고, 4) 현행 부동산등기법 제140조 제2항은 “저당권의 내용이 근저당인 경우에는 신청서에 등기원인이 근저당권 설정 계약인 취지와 채권의 최고액을 기재하여야 한다”고만 되어 있어 기본 계약 또는 담보할 채권의 범위를 기재할 것을 요하지 않고 있는 바 등기법상으로도 일정 종류의 거래임이 공시될 수 있어야 한다. 5) 포괄근저당의 설정자가 물상보증인인 경우, 피담보채무가 변경될 때는 일정한 기간 중에 물상보증인에게 통지하도록 하고 채권자가 위 기간 내에 통지를 해태할 경우에는 물상보증인이 근저당의 해지권 또는 말소청구권을 갖는다. 6) 피담보채권에 의한 피담보채권의 원본액에 대한 확정기일은 정하거나 변경한 날로부터 5년 이내임을 요한다고 하며, 확정기일의 변경시에는 등기의 기재가 필요하며 확정기일 후에 등기한 때에는 담보할 원본은 그 기일에 확정된다고 한다. 7) 원본의 확정 전에 근저당권자로부터 채권을 취득한 자나 채권자를 위하여 또는 채무자에 갈음하여 변제를 한 자는 그 채권에 관하여 근저당권을 행사하지 못하며, 원본의 확정 전에 채권자, 채무자의 교체로 인한 경계가 있었던 때에도 그 당사자가 신 채무에 대해 근저당을 행사하지 못한다. 8) 약관규제법상의 사업자는 피담보채권의 범위, 결산기, 최고액, 등기순위 거래와 관련 없는 채권, 거래와 관련이 없더라도 설정자 자신이 직접 부담하게 될 채무 등은 반드시 명시, 설명 의무를 진다. 9) 공동저당의 취지가 등기되어 있지 않은 공동저당인 경우는 원칙적으로 누적적 공동근저당으로 보아 공동근저당권에 관한 규정이 적용되지 않으며, 예외적으로 근저당권자, 근저당채무자, 피담보채권의 범위 및 최

고액이 동일하고, 근저당권설정과 동시에 동일한 채권의 담보로서 수개의 부동산 위에 근저당권이 설정되었다는 뜻을 동기한 경우에만 공동근저당권에 관한 규정을 준용한다고 규정하여야 한다.

지금까지 포괄근저당의 입법화 방향에 대하여 살펴보았는데 본 논문을 종결 지으면서 다소 다음과 같은 점이 미흡하다고 여겨지므로 이 점을 밝혀 두고자 한다.

첫째, 포괄근저당의 규제상의 문제점에 대하여 그 개별적인 사례연구로써 구체적인 판례 등을 통하여 고찰하지 못한 점이다.

본 논문에서는 준사법기관과 약관규제법상의 규제의 문제점 등에 관하여서만 언급하는 수준에 한정했다. 따라서 이에 대한 보다 실증적인 판례연구가 있어야 하겠다.

둘째, 계약서의 문언대로만 피담보채무의 범위를 해석할 경우, 포괄근저당의 설정자가 채무자가 아닌 물상보증인 경우에는 보다 더 가혹해 질 수 있는데, 이에 대한 보다 구체적인 규제대책이 있어야 하겠다. 본 논문에서는 주로 설정자가 채무자인 경우를 들어 논의를 진행하는 수준에 한정하였다.

따라서 앞으로 이 부분에 대한 보다 심층적이고 체계적인 연구가 행해져야 할 과제를 남겨둔다.



# 參 考 文 獻

## I. 國內文獻

### 【單行本】

1. 郭潤直, 「物權法」, 博英社, 1996.
2. ——, 「民法注解VII」, 博英社, 1992.
3. ——, 「判例教材 物權法」, 法文社, 1973.
4. 權龍雨, 「物權法」, 法文社, 1993.
5. 金基洙 外, 「民法I」(總則, 物權法), 斗聖社, 1990.
6. 金相容, 「物權法」, 法文社, 1995.
7. 金錫宇, 「根抵當權에 관한 研究」, 亞人閣, 1974.
8. 金容漢, 「物權法論(再全訂版)」, 博英社, 1995.
9. ——, 「財産法の 課題와 判例」, 博英社, 1989.
10. 金曾漢 編, 「註釋 物權法」, 韓國司法行政學會, 1986.
11. 金亨培, 「物權法 [民法要點講義II]」, 新潮社, 1995.
12. 李英俊, 「物權法」, 博英社, 1996.
13. ——, 「註釋 物權法(下)」, 韓國司法行政學會, 1993.
14. 李銀榮, 「約款規制法」, 博英社, 1994.
15. 李俊相, 「金融判例研究(1966-1972)」, 法文社, 1973.
16. ——, 「金融判例研究(1973-1982)」, 法文社, 1982.
17. ——, 「金融判例研究(1982-1991)」, 育法社, 1992.
18. 張庚鶴, 「物權法」, 法文社, 1988.
19. 崔龍煥, 「私法論文集」, 全南大出版部, 1985.

20. 韓國金融研修院, 「銀行員의 民·商法 基礎(V)」, 韓國金融研修院, 1991.
21. 韓國法學教授會編, 「法斗 約款」, 三英社, 1984.
22. 韓國農業銀行調查部, 「貸出債權의 管理와 回收」, 1983.
23. 黃迪仁, 「現代民法論Ⅱ(物權)」, 博英社, 1981.
24. 黃迪仁 外, 「註釋民法Ⅱ」, 法元社, 1991.

## 【論文】

1. 姜鳳洙, “普通去來約款에 관한 問題點(概觀)”, 司法行政, 1986. 12.
2. 高翔龍, “法解釋學의 研究動向”, 「成均館大學校論文集」第25輯, 1979.
3. 權 誠, “根抵當權設定契約의 解止”, 民事判例研究(VIII), 1986.
4. 郭潤直, “根抵當權에 관한 研究”, 서울大學校「法學」第14卷 1號, 1973. 6.
5. 權龍雨, “包括根抵當”, 「月刊考試」第150號, 1986. 7.
6. 權五乘, “契約法과 普通去來約款”, 「月刊考試」, 1982. 10.
7. 金錫宇, “共同根抵當權에 관한 考察”, 「現代民法學의 諸問題」, 博英社, 1981.
8. 金容漢, “根抵當의 特殊問題 - 包括根抵當과 관련하여 -”, 「現代財産法의 諸問題(金基善博士古稀紀念論文集)」, 法文社, 1987.
9. 金豊吉, “「約款에 의한 契約」에 있어서의 契約의 公正(上)(下)”, 금융 1월호, 2월호, 전국은행연합회, 1995. 1.
10. 朴成根, “包括根抵當權研究-金融機關의 去來慣行을 중심으로 -”, 서울대大學院碩士學位論文, 1988.
11. 박종찬, “저당권의 개정안”, 한국민사법학회 세미나 자료, 1997. 4. 26.
12. 朴珍根, “包括根抵當의 有效性에 관한 研究 - 包括根抵當約款規制를 中心으로”, 漢陽大學校大學院碩士學位論文, 1996. 12.
13. 裴炳日, “包括根抵當, 私法學의 再照明”, 「松村 朴暎雨教授華甲紀念論文集」, 한림원, 1994.
14. 朴運吉, “包括根抵當에 관한 研究”, 淸州大大學院博士學位論文, 1991.

15. 朴在允, “包括根抵當約款의 解釋”, 「大法院判例解說」 第3號, 法院行政處, 1991.
16. 孫智烈, “包括根抵當約款의 解釋”, 「民事判例研究(VI)」, 經文社, 1993.
17. ——, “約款에 관한 判例의 動向”, 「民事判例研究(X)」, 博英社, 1991.
18. 沈載斗, “包括根抵當權의 被擔保債務의 範圍”, 「判例研究」 第5集, 서울地方辯護士會, 1992.
19. 梁彰洙, “一般不當利得法의 研究”, 서울대大學院博士學位論文, 1987.
20. 李宙興, “一般去來約款에 관한 解釋統制”, 「民法學論集(厚巖 郭潤直先生古稀記念論文集)」 第2卷, 博英社, 1995.
21. 李俊相, “包括根抵當設定 契約의 有效性”, 「金融經濟」, 1982.
22. 崔金淑, “不當利得에 관한 研究”, 梨花女大大學院博士學位論文, 1987.
23. 崔龍煥, “包括根抵當權”, 「私法論文集(全南大社會科學論叢)」 第1集, 全南人學校出版部, 1985.



## II. 外國文獻

### 【日本】

1. 石全文次郎, 「全訂擔保物權法(上)(下)」, 有斐閣, 1949.
2. 我妻榮, 「新版民法案內」, 一粒社, 1982.
3. 領木祿彌, 「根抵當法の問題點」, 有斐閣, 1973.
4. ———, 「抵當制度の研究」, 一粒社, 1974.
5. 柚木馨・高木多喜男, 「擔保物權法」, 有斐閣, 1982.
6. 清水誠, 「判例演習(物權法)」, 有斐閣, 1963.
7. 香川保一, 「基本金融法務講座 3」, 金融財政事情研究會, 1964.
8. 加藤一郎, “包括根抵當契約は有效か”, 「ジュリスト」第107號, 1956. 6.
9. 西原寛一, “基本契約のない將來の債務を擔保する根抵當”, 「金融法務事情」第99號, 1956. 4.
10. 新井英夫, “土地債務の考察”, 「法學協會雜誌 49」, 1985.
11. 領木祿彌, “根抵當とその被擔保債權”, 「ジュリスト」第107號, 1956. 6.
12. 積悌次, “根抵當權法の研究”, 「イギリス法とアメリカ法」, 一粒社, 1976.
13. 川島一郎, “根抵當に関する立法上の問題點(上)(中)(下)”, 「商事法務研究」第319-321號, 1964.
14. 學界の意見, “いわゆる包括根抵當契約に関する通達をめぐって”, 「金融法務事情」第100號.
15. 香川保一, “現在および將來の一切の債務の根抵當權につて”, 「金融法務事情」第84號, 1955. 8.

**【歐・美諸國】**

1. Cribbet/Johnson, Cases and Materials on Property, 4th ed., The Foundation Press, 1978.
2. Kent, Commentaries on American Law, Vol.4, Red., p. 126.
3. Lent. Friedrich/Schawab/Karl henz, Sachenrecht, 19 Aufl., C. H. Beck, 1983.
4. Medicus, Akzessorietät im Zivilrecht, JuS 1971.
5. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4:Sachenrecht, 2. Aufl., C.H.Beck, 1986.
6. Münchner Kommentar/Eickmann, Sachenrecht, 2. Aufl., 1986.
7. Seckelmann, Die Grundschuld als Sicherungsmittel, 1963, S. 66.
8. Smith/Boyer, Survey of the law of property, 2nd ed., West Publishing Co., 1971.
9. Staudinger/Scherübl, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht, 12. Aufl., 1981.
10. Watkins, Maryland Mortgages for future advances, 6 Maryland Law Review 2, 1976.