

碩 士 學 位 論 文
指 導 教 授 이 용 만

근저당권부 채권의 증권화 실태와 문제점

- 부동산 금융의 관점에서 -

A Study on Korean Mortgage Securitization

2002年 12月

漢城大學校 不動產大學院

不動產投資金融 專攻

김 규 진

.

碩 士 學 位 論 文
指 導 教 授 이 용 만

근저당권부 채권의 증권화 실태와 문제점
- 부동산 금융의 관점에서 -
A Study on Korean Mortgage Securitization

위 論文을 不動產學 碩士學位論文으로 提出함

2002年 12月

漢城大學校 不動產大學院
不動產投資金融 專攻
김 규 진

김규진의 不動産學 碩士學位 論文을 認定함

2002年 12月

審査 委員長 印

審査 委員 印

審査 委員 印

목 차

제 1 장 서 론	1
제 1 절 주제선정 취지	1
제 2 절 논문의 개요	2
 제 2 장 저당권과 근저당권제도	5
제 1 절 저당권	5
1. 저당권이란	5
2. 저당권의 활용	5
3. 저당권의 원칙	6
제 2 절 저당권을 대체하는 담보신탁 제도	7
1. 담보신탁제도의 도입	7
2. 담보신탁의 법리	8
3. 담보신탁제도의 장점	9
4. 담보신탁제도의 한계	10
제 3 절 미국의 저당 제도	10
1. 미국 부동산 제도의 특성	10
2. 미국의 저당권과 담보신탁 비교	13
제 4 절 기업여신에서 저당권의 행사가 제한되는 특별한 경우	17
1. 회사정리	17
2. 화의와 파산시의 별제권	19
3. 회사정리 경우 담보인정금액 결정	20
제 5 절 근저당권제도	23

1. 근저당권이란	23
2. 근저당권의 적용 확대	24
3. 포괄근저당	25
4. 포괄근저당권의 남용	27
5. 민법 개정안의 근저당권 제도 개선안	30
6. 일본의 근저당 제도 개선	33
제 3 장 저당권 및 근저당권의 양도	34
제 1 절 저당권의 양도 절차	34
1. 미국	34
2. 일본의 근저당권 양도	34
3. 우리 나라의 근저당권양도 제도	35
제 2 절 판례 및 자산유동화법 특례 절차에 의한 양도	44
1. 공모ABS시장	44
2. 사모ABS 시장	46
3. 우리 나라의 CMBS 발행 사례	47
4. 계약양도에 의한 근저당권 유동화 사례	47
제 3 절 특례 양도를 지원하는 취득 · 등록세 감면조치	48
1. 취득세	48
2. 등록세	49
3. 농어촌특별세	50
4. 자산유동화법 특례의 한계	50
제 4 장 결론	52
제 1 절 우량여신의 저당권 유동화에 따른 문제	52

1. 우량여신의 유동화 필요성	52
2. 미국식 CMBS는 우리 나라에 도입이 부적절	53
제 2 절 CMBS를 대체하는 부동산 유동화 대안	56
1. 기존 저당권 설정계약의 재계약	56
2. 저당권 대신 소유권의 유동화	57
3. 전세권을 목적으로 하는 근저당권의 유동화	59
 참고 문헌	 61
ABSTRACT	62

표 목 차

<표 3-1> MBS발행 실적(2002.4현재)	45
<표 3-2> 사모발행 NPL ABS	47
<표 4-1> 빌딩 소유권의 증권화 및 순조달액 현황	58
<표 4-2> 전세권 및 임차보증금 반환채권 증권화 실적	60

제 1 장 서 론

제 1 절 주제선정.취지

외환 위기 이후 자산유동화법에 의한 증권화 제도가 도입·시행 된지 4년여가 경과하였다. 그간 120조원 이상의 자산이 증권화 되었는데, 정확한 통계는 없지만 이중 상당히 많은 비중이 근저당권부 채권이며, 실물부동산은 금액적으로 비중이 크지 않다.

그런데 부실채권 처리 업무의 성격은 금융거래로서, 담보물이 경매시장에 출회되기 전에는 부동산과는 성격이 상당히 다르다. 게다가 부실채권 양도에서 발생하는 민법의 적용도 판례 및 다수설에 의존하여 이루어지므로 금융과 부동산, 법률의 세 분야가 연결되어, 법률비용 부담도 컸으며 금융기관들도 부실채권 처리에서도 적지 않은 시행착오를 겪었다. 예로서 회사정리와 화의 중인 차주에 대한 근저당권은 다수 학설에 의해 양도하여 왔으나, 화의제도 폐지를 위한 도산3법 개정안이 제기된 이후에는 화의에 대하여는 법정 양도 절차를 밟도록 엄격하게 적용하고 있다.

회사정리와 화의가 아닌 차주의 경우에는 일본의 근저당권 양도의 임시 특례를 뒤따라 우리 나라에서도 자산유동화법에서 유사한 특례를 입법하였다. 그런데 우리 나라와 달리 일본의 특례는 한시 조치로서 현재 소멸한 상황인데, 일본에서는 재차 부실채권의 처리가 문제됨에 따라 일본측에서는 한국의 사례를 조사하여 동경에서 2002년 12월 저당권 세미나가 개최된 바 있다.

부실채권의 상당부분이 근저당권부이므로 중국, 일본, 대만 등 아시아 주요국들에서 부실채권이 문제화된 상황에서 한국의 근저당권 증권화 실적은 향

후 국제적인 연구의 주제가 될 수 있을 것으로 예상되므로 본고는 그 기초작업이 되고자 한다.

한편 상업용 부동산에 대한 저당대출을 증권화하는 CMBS(Commercial Mortgage Backed Securities)는 미국에서 활성화되어 있으나 우리나라에서는 증권화가 거의 이루어지지 못하고 있다. 그 이유는 우리나라의 근저당제도와 미국의 저당 제도가 상이한 데에 기인하는 것으로, 우리나라와 미국의 근저당 제도 비교를 통하여 그 원인을 분석하고자 한다.

우리나라의 부동산 증권화 실적을 보면 미국식의 CMBS발행이 안되는 대신 소유권과 전세권의 증권화가 발달하고 있다. 특히 부동산 증권화가 성숙단계에 들어선 상황에서 햄버거치킨에 이어 휴대폰, 자동차판매영업소 전세권이 유동화 되어 향후 유망한 증권화 영역이기도 하다. 전세계에 독특하게 우리나라에만 존재하므로 이에 대한 저당권 설정 및 양도 근거를 점검하고자 한다.

제 2 절 논문의 개요

본고에서는 먼저 MBS시장이 우리나라에 도입됨에 있어서 문제가 된 근저당권의 양도 문제에 대하여 저당권과 근저당권을 비교하고, 왜 우리나라와 일본에서 문제가 되었는지를 밝힌다.

우리나라에서 저당권의 유동화에 대해 논의는 많이 있었으나 현실화되지 못하여 왔다. 그 이유는 일본의 근저당은 채무자를 보호하는 방향으로 비교적 엄격하게 운용되는 반면, 우리나라는 금융 관행상 근저당권이 채권자 위주로 운용되어 왔기 때문이다. 따라서 담보금융 = 근저당이고 부동산 가격이 꾸준히 상승하는 환경에서, 차입고객과 여신금융기관 중 아무도 판매상의 근저당 양도 요건인 피담보 채권의 금액 확정을 원하지 않았던 것으로 보인다.

반면 고객과 여신금융기관 간의 거래관계를 모두 이전하는 계약양도 방식도 있으나, 여신은행 입장에서는 영업전략상 고려대상이 될 수 없었다(5개 퇴출 은행에서는 금융당국의 강제 하에 계약양도가 이루어 졌다).

우리 나라에서 유동화에 결정적인 계기가 된 사건은 외환위기 발생으로서, 당시 신용 경색 해소를 위해 저당권 유동화에 대한 수요가 매우 컸으므로 정부는 법조계의 반발에 불구하고 등기 없이 근저당권이 확정·양도될 수 있는 특례를 증권화의 경우에 한하여 인정하였다.

이후 부실채권은 근저당권의 확정설 및 판례에 의하여, 주택금융의 경우는 자산유동화법상의 근저당권 확정 특례 절차에 의하여 증권화가 개시되었으며, 이에 따른 취득세와 등록세 면세 혜택도 컸으므로 유례없는 저당권 유동화 붐이 일어났다. 증권화는 부실채권 처리에 기여도가 현저하였고, 우리 나라는 아시아의 주요 증권화 시장으로 대두하였다. 이후 건설교통부는 CR-REIT에 대해서도 ABS와 유사한 등기특례를 주었다.

그러나 부실채권이 아닌 정상 여신, 특히 기업여신의 경우에는 근저당권의 목적과 피담보 채권의 확정 사이에는 이해의 상충이 존재한다. 채무자 측에서는 선순위 채권자의 동의가 없어도 소유자로서 후순위 저당권을 계속 설정할 수 있다. 미국의 저당권 제도에서는 후순위 설정이 제약된다.

여신금융기관의 입장에서도 근저당권 쪽이 권리보호의 범위가 크므로 당연히 근저당을 선호하며, 회사정리나 워크아웃에서도 담보부 채권자로 분류되는 편이 유리하기 때문에 후순위 저당권을 남용하게 된다.

따라서 우리 나라에서는 선후순위 채권자간의 권리가 얽히고, 장기대출을 실행한 금융기관이 자산유동화를 함에 있어서 소유 저당권을 활용하기 어렵다. 민법 개정안이 발의되어 있지만 소급 적용되지 않으므로 기존의 저당대출 유동화에 적용될 수는 없다.

따라서 후순위 저당권의 설정절차가 엄격한 미국에서 수익부동산에 대한

우량여신을 대상으로 발전한 CMBS는 우리 나라에 정착이 어렵다고 보인다. 우리나라에서 거의 유일한 사례인 국제상사 (자산보유자 우리은행)도 회사정리 절차 중에 있는 기업이므로, 근저당권의 피담보 채권이 확정 간주되기 때문에 가능한 것이었다.

우리 나라에서 CMBS가 활용될 수 없다면 부동산 금융의 발전에 중대한 제약 요소가 될 것이다. 이에 대한 해결 방안을 제시해 본다;

첫째, 개정된 민법이 시행되면 근저당권의 양도절차가 가능해 지므로, 기존 여신을 연장할 경우 재계약(Novation)해 놓을 필요가 크다.

둘째, 여신은행이 근저당권부채권을 증권화 할 수 없다면 채무자가 부동산의 소유권을 증권화하여 기존 채무를 상환하는 대안이 있다. 유동화 주체가 채무자로서 채권자가 주체인 저당권부 채권의 증권화와는 근본적으로 다른 법적 관계이다. 실제로 우리 나라에서 다수 이루어지고 있는 상업용 부동산에 대한 증권화는 저당권이 아닌 소유권에 대한 유동화(Credit Lease)가 주로 이루어지고 있는 상황이다. 그러나 소유권의 증권화에서는 기존의 저당채무는 모두 사전에 정리되어야 하고, 증권화 이후에 새로운 채권자(ABS보유자)에 의해 근저당권이 재 설정되는 점에서 법률적인 효율성에는 한계가 있다고 보인다.

셋째, 미국과 달리 우리 나라에 독특한 상황으로서 임차보증금 반환채권에 대해 설정하는 근저당권이 증권화 되고 있다. 이는 우리 나라에 독특한 전세제도에 근거한 것으로 미국의 CMBS와는 정반대의 당사자 관계이다. 근저당권의 양도 방식은 자산유동화법의 특례에 의하며, 대우자동차판매의 경우는 일부 계약양도의 방식을 취하였다.

제 2 장 저당권과 근저당권제도

제 1 절 저당권

1. 저당권이란

저당권이란 민법 356조에 의해 저당권이란 채권자가 채무자 또는 제3자(물상보증인)로부터 채무의 담보로 제공된 부동산을 제공자의 사용 및 수익에 맡겨 놓고서 채무의 변제가 없는 경우에 그 부동산의 가액으로부터 우선적으로 변제를 받을 수 있는 담보물권이다. 따라서 저당권이 설정되어 있다 하더라도 채무자는 저당부동산을 사용하고 수익하는 데 방해받지 않을 뿐 아니라 심지어는 해당 부동산의 처분도 가능하다.

반면 채권자는 저당부동산에 등기라는 형식을 통하여 채권의 존재와 우선 변제를 확보하고 있기 때문에 관리에 따른 비용부담이나 점유에 따른 위험부담 염려가 없다. 이러한 이유로 금융기관에서는 가장 안전한 채권 확보 수단 중의 하나로 저당권을 활용하고 있어 현재에는 담보의 역할(보존저당권) 뿐 아니라 투자의 매개 기능(투자저당권)으로서의 역할까지도 수행하고 있다.

2. 저당권의 활용

세계 어느 나라에도 매입가격을 전액 자기자금으로만 부동산을 매입하는 수요자는 없다. 부동산을 담보로 하여 필요한 자금을 융통하는 저당제도가 수백년 전부터 유럽에서부터 활용되어 왔다. 즉, 부동산 매입가격에서 저당차입금(Mortgage)을 감액한 금액만을 투입하며, 이것이 부동산Equity의 개념

이다. 지금까지 부동산금융의 역사는 저당(Mortgage)의 역사와 동일하다고 할 수 있었다.

저당권자의 권리는 매 기간마다 원금과 이자를 지불 받고, 채무불이행 발생 경우에는 대상 부동산을 적법한 절차에 의해 처분하여 미회수 원리금을 회수할 수 있는 것이다. 반면 소유자는 대상부동산으로부터 나오는 소득 중 경비와 저당 원리금을 지불한 나머지 금액을 수령하고 대상부동산의 가치 상승을 획득할 수 있는 권한이다.

저당권이 금융거래에서 널리 선호되는 이유는 물권이면서 가치권적인 본성을 지니며, 채권자 평등원칙을 깨뜨리고 타채권자에 우선하여 변제 받을 수 있는 효력을 지니기 때문이다. 20세기 전반까지는 부동산에 대한 저당대부가 많지 않았고, 저당이 있더라도 그 금융조건이 유사하였고 인플레이션도 문제 되지 않을 수준이었다. 그러나 20세기 후반부터는 저당이 붙지 않은 부동산이 회소하게 되었고, 인플레이션 위험이 대두함에 따라 저당의 조건도 고정이자율, 변동이자율로 혼재 되고 있다.

저당시장이 발전하면서 1970년대 이후부터 미국에서는 저당권부 채권이 다시 유통화 되는 MBS시장이 시작되어 활성화되고 있다.

3. 저당권의 원칙

1) 공시의 원칙

저당권의 존재는 반드시 등기, 등록에 의하여 공시되어야 한다.

2) 특정의 원칙

저당권이 현존하는 특정의 목적물에 대해서만 성립할 수 있다는 원칙. 법 186조와 부동산등기법 140조에서는 특정의 원칙으로서 피담보채권이나 저당

목적물이 확정된 상태로 등기가 이루어 질 것을 요구한다.

3) 순위 승진의 원칙

우리 민법은 저당권의 순위를 인정하고 있으나 선순위 저당권이 소멸하면 원래의 순위에서 승진하는 순위승진의 원칙을 취하고 있다.

반면 순위 확정의 원칙은 동일한 목적물에 대해 복수의 저당권이 설정되어 있는 경우 저당권의 순위는 등기의 선후에 의해 결정되고, 한번 주어진 순위는 비록 선순위의 저당권이 소멸하여도 그 순위가 상승하지 않는다는 것이다.

4) 부종성

민법 361조는 저당권을 피담보채권과 분리하여 처분을 금지하여 민법 369조는 피담보채권이 소멸되면 저당권도 자연히 소멸되는 것으로 명기하고 있다.

반면, 저당권에 특정의 채권담보라는 종속적 지위에서 벗어나 독립된 지위를 인정하는 원칙이 독립의 원칙으로서 이 원칙에 따르면 저당권은 피담보채권이 불성립되거나 소멸 등의 하자가 있어도 성립 및 존속에 영향을 받지 않고 채무와 관계없이 유통 가능해 진다.

제 2 절 저당권을 대체하는 담보신탁 제도

1. 담보신탁제도의 도입

담보신탁제도는 채무자인 위탁자가 채권자를 수탁자로 하여 신뢰성이 있는 부동산신탁전문회사(한국자산관리공사 포함)를 수탁자로 하여 수탁자에게 담

보의 목적으로 부동산 소유권을 이전하여 채무자가 채무를 이행하지 않았을 때 임의매각의 방법으로 실행하여 그 매각대금으로 수익자인 채권자에게 지급하고, 잔액이 있으면 채무자에게 반환하는 제도이다. 여기에서 채권자를 수익자로 할뿐만 아니라 신탁부동산을 처분한 후 피담보채권을 변제하고도 잔여가 있으면 이를 위탁자에게 반환해야 하므로 위탁자는 후순위의 수익자가 된다. 즉, 채권자와 채무자는 공동수익자인 것이다.

2. 담보신탁의 법리

담보신탁의 형식은 신탁이지만 관리·처분신탁 및 개발신탁과 달리 그 실질이 담보이므로 신탁법에 근거하여 인가되었지만 신탁법 외에도 담보물권의 법리가 함께 적용될 필요가 있다. 이는 미국 California주에서도 동일하다.¹⁾

담보신탁제도는 본래 미국에서 이용하기 시작하여 영미의 일반적인 담보방법인 Mortgage와 함께 또는 그 대신에 널리 이용되고 있다. 특히 캘리포니아 주에서 일반적으로 이용된다.²⁾

신탁재산 자체와 그로부터 발생하는 제반 이익은 신탁행위로 정하거나 법규정에 따라 수익자가 향수 하게 된다. 따라서 수익자는 위탁자 및 수탁자의 다른 일반채권자와 선순위 지위 여부를 따질 필요도 없이 신탁이익을 독점함으로써 사실상 저당권의 우선변제 효력과 같은 효과를 얻게 된다. 또한 수익자가 다수일 경우에는 신탁행위로서 수익자별 수익순위를 정하게 되면 담보

1) 김상용(1992), 「부동산 담보신탁제도의 필요성과 법적타당성」, 대한부동산신탁, pp. 16-23.

2) 담보신탁제도를 인정하는 주는 California외에도 Colorado, District of Columbia, Delaware, Mississippi, Tennessee, Texas, Virginia 및 West Virginia 주들이 있다. California에서는 Mortgage방식도 인정되나 담보신탁이 압도적이다. 김상용.

물권보다 우수한 순위확정의 효력도 발휘할 수 있게 된다³⁾. 부종성 면에서는 담보신탁 설정행위의 효력과 원인 된 채권행위의 효력을 결부시키기 위해서는 신탁행위에 의하여 특약을 하여야 하며, 이 약정효에 의하여 양 법률행위는 상호 영향을 받게 된다.

우선공동수익권은 피담보채권을 전제로 하여 존재하며, 피담보채권의 변동에 따라 수익자 내지는 우선수익 대상금액이 달라지고, 피담보채권이 변제되지 않았을 경우에 수익권 행사를 할 수 있는 것으로 특약한다. 그 결과 특정채권과 우선공동수익권은 민법상 저당권의 특성과 같은 상호 부종, 수반하는 관계에 서게 된다. 이 같은 신탁행위의 내용은 신탁원부를 통해 공시함으로써 제3자에 대한 대항력을 구비하게 된다.

캘리포니아의 담보신탁제도에서 담보권인 수익권은 피담보채권에 부종한다. 따라서 채권을 양도하면 담보권에 관하여 언급이 없더라도 당연히 채권에 부종하여 이전된다.⁴⁾

3. 담보신탁제도의 장점

저당권 설정시에 비하여 채무자가 부담하는 제 비용이 저렴하다. 또한 신탁기간 중에는 예기치 않은 제3의 권리로부터 보호받을 수 있다. 채무 불이행시 법원경매 방식이 아닌 정상적인 매매의 방법으로 처분하므로 저가 경락이 방지된다.

3) 한국토지신탁, 「부동산 담보신탁 업무 해설」, p.13.

4) 김상용, 전계서, p. 25.

4. 담보신탁제도의 한계

신탁수익권이 원칙적으로 양도성을 갖는다는 데 이론이 없으나 수익권의 유통증권화는 현행법상 자유롭지 못하다. 수익권증서의 유동성이 확보되지 않음에 따라 이중의 절차가 번거로워 담보신탁제도는 저당제도를 대체할 만한 시장성을 확보하고 있지 못하다.

담보신탁의 위탁자는 부동산을 부동산신탁회사에 신탁하고 유효담보금액의 범위 내에서 신탁회사로부터 수익권 증서를 발급 받아 이를 금융기관에 담보로 제공하고 대출을 받는 형태의 담보제공 수단이다. 수익권 증서가 유가증권이 아니기 때문에 바로 매각이 불가하므로 다시 담보대출을 받아야 하는 것이다. 담보신탁의 수익권증서에 유가증권성만 부여된다면 소액분할 유통이 가능한 증권화가 될 수 있을 것이나, 본고는 증권화를 분석하는 목적이므로 현재 시장성이 낮은 담보신탁에 대한 고찰은 배제하고자 한다.

제 3 절 미국의 저당 제도

1. 미국 부동산 제도의 특성

미국의 부동산에 관한 각종제도는 한국과 판이하며 더욱이 미국 내에서도 각 주마다 다르기 때문에 담보권 취급시 각별한 주의를 요한다.

특히 한국과 같은 부동산 등기부제도가 없으므로 권리관계의 확인에 많은 주의가 필요하며 근저당권 이 아닌 일반저당권 이 담보하는 채권의 범위를 이해하여야 한다.

1) 토지와 그 지상건물의 법적 개념 미분리미국에서는 대지(Land)와 건물(Improvements)을 별개의 독립 부동산으로 보지 않고 건물은 단지 토지의 일부분으로서 토지에 부수되는 Improvements로 본다.

따라서 별도로 건물에 대한 등기부제도가 없으며 빌딩을 매매하거나 담보로 제공하는 경우에도 별도의 특약이 없는 한 그 지상건물은 그 대지에 대한 권리양도서류나 담보제공서류만 작성하면 이에 부수되는 것으로 간주된다.

2) 등기부제도

한국에서는 부동산의 표시, 소유 및 권리관계 등이 등기부에 일목요연하게 나타나지만 미국에서는 이러한 등기부제도가 없으며 단지 부동산 상의 권리관계 변동내용을 시간적 순서에 따라 기장(Filing)하는 방식을 택하고 이의 색인을 위하여 별도의 색인부가 있을 뿐이다.

단 목적 부동산별로 등기가 되어 ,있지 않으므로 부동산의 목적물에 대하여 특별히 양도인(Grantor) 및 양수인(Grantee) 별 Index를 조사(Title Search)해야 하는데 이 조사는 전문적인 변호사 또는 Title Insurance Co.에 의뢰하여 확인하는 수밖에 없다.

미국에서는 부동산 양도증서 또는 부동산 설정계약서 등의 형식적 요건이 기재 서명되어 있고 Filing(Recording) 수수료만 지급하면 부동산 양도인 또는 저당권 설정자가 등기부 상의 진정한 소유자인가의 여부에 대하여 아무런 check도 하지 않고 단순히 Filing하여 주므로, 어느 목적부동산에 대하여 소유권 및 저당권 관계 등의 권리관계를 파악하는 것이 용이치 않다.

따라서 부동산의 표시, 소유권 및 저당권 등 권리관계를 정확히 조사(Title Search)해 주고 부동산설정 등기시 그 순위 및 금액에 대하여 책임을 부담하여 주는 보험기관이 발달되어 있는데, 이러한 보험기관이 Title Insurance Co. 이다.

Title Insurance Co.는 부동산설정 등기시 그 설정금액을 부보금액으로 하여 보험증권(Title Insurance Policy)을 발행하여 주는데 동 보험증권에는 그 부동산의 표시, 소유자, 부보금액, 부보자, 선순위관계 등이 나타나므로 이를 철저히 check하여야 한다.

3) 부동산 담보 취득절차

- (1) 등기권리증(Grant Deed) 확인
- (2) Grant Deed 상 소유자와 담보제공자가 일치하는가 여부
- (3) 소유형태(개인, 공동소유) 및 Legal Description 확인
- (4) Preliminary Report 발급 의뢰
- (5) 설정업무 전문대행기관인 Title Insurance Co.에 담보물의 Legal Description 및 소유주의 성명 등을 통보하여 Preliminary Report(예비 등기부 열람조서)의 발급을 의뢰
- (6) 감정기관에 감정의뢰
- (7) 담보 가용가액(Equity) 산정: 담보 가용가액은 감정가격에서 선순위 설정금액을 차감한 금액으로 함.
- (8) 설정계약서 작성
- (9) 설정용 어음 징구(Promissory Note)
- (10) 현지법상 설정금액과 어음금액은 일치하여야 하며, 설정금액은 대출취급금액을 초과할 수 없으므로 담보가액을 감안하여 채권을 보전할 수 있는 극도액을 설정하여야 함.
- (11) 등기(Recordation)
- (12) 설정계약서와 약속어음(Promissory Note)을 담보부동산 소재지 County의 Recorders Office(등기소)로 등기수수료와 함께 접수
- (13) 일반적으로 Title Insurance Co.에 의뢰하여 등기(Title Insurance

Policy 발급)

2. 미국의 저당권과 담보신탁 비교

1) 저당권(Mortgage)

서부를 제외한 미국 전역에서 이용되고 있는 부동산 담보취득방법의 가장 대표적인 제도로써 한국의 저당권과 흡사한 개념이다.

저당권의 효력은 채무자의 채무 불이행시, 채권자가 Mortgage Foreclosure 권한을 행사하여 부동산을 점유하고 경매를 할 수 있는 권한이 인정된다. 그러나 미국법이 소유 또는 점유자의 권리를 상대적으로 많이 인정하므로 Foreclosure는 쉽지 않으며, 따라서 Mortgage목적물의 권원을 취득하였다더라도 법적 지위가 불안정할 수 있다.

(1) 저당권(Mortgage) 설정

Mortgage 설정은 반드시 서면으로 하여야 하는 바, Mortgage는 일종의 부동산 권리의 이전이므로 서면으로 하지 않으면 미국법상의 사기법에 저촉되어 계약이 원칙적으로 무효가 된다.

Mortgage 계약의 형식이 법적으로 정해진 Formality에 맞게 작성되어야 하는바, Formality는 일반적으로 서명(Signature), 증인(Witness), 인증(Sealing) 등을 요구하고 있다.

채무자가 소유하고 있는 부동산에 대해 반드시 Title Search가 이루어져야 하는 바, 목적 부동산에 대한 소유권의 형태 및 각종 선순위 관계가 있는지를 확인하여야 한다.

Mortgage의 설정서류가 준비되면 즉시 부동산이 소재 하는 County 관할 법원에 반드시 등기하여야 한다.

Mortgage의 설정순위(Priority)는 설정계약 일자가 기준이 아니고 원칙적으로 등기일자 순으로 정하여 진다.

(2) 저당권(Mortgage)의 관리

Mortgage의 기한은 일반적으로 기한개념이 있는 Term Loan 형태와 기한개념이 없는 On Demand 형태로 구분되는데 특히 Term Loan 형태의 Mortgage에 대하여는 기일관리대장을 기록 유지하거나 전산 입력하여 만기일을 철저히 관리하여야 한다.

Term Loan 형태의 Mortgage 해당여신을 기한 연장코자 할 경우에는 그 기일 이전에 당해 County Office에 Extension of Mortgage를 File하여야 하며, 각 사안별로 당초 설정 변호사 앞 자문을 구하여 필요한 서류를 새로 징수하는 등 취급에 만전을 기하여야 한다.

담보물 처분절차로서는 저당권자가 카운티 법원에 저당권 행사를 의뢰하고 지역신문에 20일동안 주1회씩 세 번 공고하여야 한다. 공매처분 14일 전에 카운티에 등기한다. 법원이 임명한 Commissioner가 주재하는 경매에서 입찰자는 반드시 현금 전액을 지불해야 하며, 저당권자만이 채권액과 응찰액의 차액만을 지불할 수 있다. 공매 이후에도 채무자는 3개월간은 낙찰금액을 상환하고 부동산을 회복할 수 있으며, 낙찰가격이 채무액 이하이면 1년으로 연장된다. 낙찰자는 동 기간이 지나야만 법원으로부터 양도증서(Sheriff's Deed)를 받고 채무자는 쫓겨나게 된다. 이같이 Mortgage의 행사는 채권자에게 절차부담이 크다. 대신 채권액보다 공매낙찰가가 적은 경우 차액(Deficiency)을 1년 동안은 채무자의 다른 재산을 처분하여 받아 낼 수 있는 차액배상판결을 받아낼 수 있는 기회가 주어진다.

2) 담보 신탁증서(Deed of Trust)

캘리포니아 등 미국 남서부에서 주로 이용되고 있으며 전국으로 확산되어 가는 부동산 담보취득형태로서 담보제공을 목적으로 하는 소위 신탁양도제도이다.

(1) 당사자

Mortgage의 경우에는 소유자인 담보제공자(Mortgagor)와 저당권자(Mortgagee)가 당사자가 되나, Deed of Trust의 경우에는 소유자인 Trustor, 수탁자(Trustee: 보통의 경우 Title Insurance Co.) 및 수혜자(Beneficiary: 대출의 경우에는 은행)의 3 당사자가 되어 채무자인 Trustor가 자기의 재산을 제 3자인 Trustee에게 양도하며, 수탁자(Trustee)는 채무 변제시에 Trustor에게 반환하고 채무 불이행시에는 수혜자의 채권을 변제하기 위하여 신탁재산을 매매할 것을 명한다.

(2) 소유권(Title)

Mortgage의 경우 경매시까지의 소유권이 저당권 제공자에게 남아 있고 경매시에 경락인에게 이전되나, Deed of Trust의 경우는 소유권이 수탁자에게 이전되어 채무변제 또는 불이행시까지 수탁자가 소유권을 가지게 된다.

(3) 소멸시효

Mortgage의 경우 주채무가 시효에 의하여 소멸되면 경매처분소송이 불가능하나, Deed of Trust의 경우에는 소유권이 수탁자에게 이전되어 있으므로 수탁자의 매도권리는 시효로 소멸되지 아니한다

(4) 캘리포니아 신탁양도방식에서 담보권 행사 과정

채무자가 일정기간 상환액을 미납하면 수익자인 채권자는 수탁자에게 이행

지체고지(Notice of Default)를 한다. 수탁자는 이행지체고지와 담보신탁목적물을 매각한다는 뜻을 담은 서면을 등기한다. 채무자가 3개월 이내에 채납액과 벌금, 신탁양수자의 비용 등을 지불한다면 담보물처분 행사는 중지된다.

3개월이 경과될 경우 신탁양수자는 카운티의 일반 신문에 담보물 처분공고를 하게 된다. 공고기간은 21일이다. 그러나 부동산 불경기 때에는 담보물 공매처분에서 고객들이 없으므로 자칫하면 채권자가 본의 아니게 문제부동산을 떠맡게 된다.

21일이 지나면 수탁자는 채권자를 대신해서 자기명의로 되어 있는 채무자의 부동산을 공매한다. 매수자에게 주는 양도증서는 Trustee's Deed라고 하며 Trust Deed와 구분하여야 한다. 공매대금은 제1저당권자에게 배분되어 여력이 남으면 하위저당권자에게, 이후 채무자에게 반환된다. Deficiency Judgement는 적용되지 않는다.

(5) 하위저당권자의 권리

하위저당권자는 카운티에 등기하면서 상위저당권자가 담보물을 처분통고할 경우 알려달라는 신청(Request for notice of default)을 등록할 수 있다. 저당권 행사 통고를 받게 되면 하위권자는 채무자 대신 대지급하고 담보물 처분을 정지시킬 기회를 갖는다. 그후 담보물을 절차에 따라 처분하여 상위저당권자의 채권을 상환해 준다. 또는 상위권자의 채권을 떠맡으며 부동산을 차지할 수도 있다. 상위권자가 저당권행사를 하게 되면 하위권자의 저당권은 자연히 소멸한다. 상위과 하위의 순서 결정은 먼저 등기한 순이다. 대개 먼저 대출한 채권자가 먼저 등기하는데 상위저당권의 차용액수가 하위액수보다 적을 때도 많다. 오래 전에 매입하여 가격이 많이 오른 부동산은 상당액을 하위담보로 차입할 수 있기 때문이다.

제 4 절 기업여신에서 저당권의 행사가 제한되는 특별한 경우

채무자가 채무를 상환하지 않을 경우 민사소송법에 의해 금전채권에 대한 강제행사가 가능하다. 그러나 기업이 채무자인 경우 일시적인 채무압박을 겪고 있음에 불구하고 기업부동산을 전부 경매처분하고 기업을 폐업한다면 그 폐해가 너무 클 것이다.

따라서 금융계에서는 기업회생을 위하여 저당권의 행사를 제한하는 경우를 회사정리법 및 화의법, 파산법에서 규정하고 있으며, 채권단 간의 기업개선 약정에 의해서도 저당권의 행사 유보 합의가 가능하다.

1. 회사정리

회사정리에서는 법원이 채권과 채무 이행을 동결하는 재산보전 처분을 하게 되며, 이후 자산의 매각이나 담보설정 등으로 회사 재산을 처분할 수 없게 된다. 단, 담보채권자에 대해서는 정리담보권자⁵⁾로 분류하여 정리채권자(무담보권자)보다 우대한다.

1) 담보권 존속조항

정리절차 개시 후의 회사에 대하여 채권자가 추가대출을 할 경우 기존에 설정된 근저당권을 계속 원용할 수 있는가의 문제가 생긴다. 이는 정리절차의 개시와 더불어 피담보채무가 확정된 것으로 본다는 다수설과 상반되는 문

5) 회사정리법 123조(정리담보권)

정리채권 또는 정리절차 개시전의 원인으로 생긴 회사 이외의 자에 대한 재산상의 청구권으로서 정리절차 개시 당시 회사재산상에 존재하는 유치권, 질권, 저당권, 양도담보권, 가등기담보권, 전세권 또는 우선특권으로 담보된 범위의 것은 정리담보권으로 한다.

제이다. 그런데 회사정리법 제241조에는 “정리계획 인가의 결정이 있는 때에는 정리계획의 규정 또는 본법의 규정에 의하여 인정된 권리를 제외하고 회사의 재산상에 있던 모든 담보권은 소멸한다” 라고 규정하고 있다. 따라서 회사재산상의 담보권을 정리계획 인가 후에도 계속 존속시키고자 할 때에는 정리계획안에 그 내용을 명백히 언급하여 둘 필요가 있다.

이에 따라 정리계획안에서 존속하는 담보권과 존속하지 아니하는 담보권을 정할 수 있는데, 거의 모든 경우에 기존의 담보권을 계속 유효하게 존속하는 것으로 정하고 있다. 일반적으로 사용되는 정리계획안상의 담보권 존속에 관한 특약조항은 무제한존속형과 제한존속형 두 가지가 있다.

(1) 사례 1 (무제한존속형의 경우)

정리회사의 재산에 설정된 담보권은 회사정리법 제241조의 규정에 불구하고 본 정리계획안 인가 후에도 권리변경된 채권을 피담보채권으로 하는 담보권으로서 종전의 순위에 따라 존속하며 공익채권의 담보로도 유효하다.

(2) 사례 2 (제한존속형의 경우)

정리회사의 소유 부동산에 기설정된 담보권은 이 정리계획에 의하여 변경된 채권을 피담보채권으로 하는 담보권으로서 종전의 순위에 따라 존속하고 정리절차의 폐지 또는 종결 이후에도 그 효력이 인정되며 공익채권의 담보로도 유효하다.

2) 회사정리계획 승인 사례 : S섬유

정리회사가 채무변제를 위해 법원의 허가를 얻어 담보물건을 매각하는 경우에는 매각대금에서 그 처분으로 인하여 발생하는 관련 제세공과금 및 제비용을 공제한 실 입금액으로 해당 담보물건의 권리설정 순위에 따라 본 회사

정리계획에 의하여 시인된 담보적용가액 한도 내에서 변제하며, 채권자별로 최종 년도 변제액부터 역순으로 변제한다. 위와 같이 변제하고도 남는 금액이 있는 경우에는 관리인이 법원의 허가를 얻어 당해 담보물건으로 담보된 정리채권의 변제에 우선 사용하고, 정리회사의 운영자금으로 사용한다. 단, 상기와 같이 정리채권을 조기에 변제하게 되는 경우에는 정리회사와 정리채권자가 상호 합의한 현가를 적용하여 변제한다.

담보물건 매각 후 실 입금액이 정리담보권 전액 변제에 미달하는 경우 미 변제 원금은 본 회사정리계획안의 원금 변제조건에 따른다.

2. 화의와 파산시의 별제권

화의의 효력은 무담보권자인 화의채권자에게만 미치고, 조세채권자 및 일반 우선권 있는 채권자와 근저당권자 등 별제권자에게는 화의의 효력이 미치지 않는다(화의법 제42, 43, 44조). 파산의 경우에도 동일하다.⁶⁾

6) 화의법 제42조 (화의채권) 채무자에 대하여 화의개시전의 원인으로 인하여 생긴 재산상의 청구권은 이를 화의채권으로 한다.

제43조 (일반우선권 있는 채권의 제외)일반의 우선권 있는 채권은 이를 화의채권으로 하지 아니한다.

제44조 (별제권자) 파산의 경우에 별제권을 행사할 수 있는 권리를 가지는 자는 그 권리의 행사에 의하여 변제를 받을 수 없는 채권액에 관하여 화의채권자로서 그 권리를 행사할 수 있다.

파산법 제8장 별제권

제84조 (별제권자) 파산재단에 속하는 재산상에 존재하는 유치권, 질권, 저당권 또는 전세권을 가진 자는 그 목적인 재산에 관하여 별제권을 가진다.

제86조 (별제권의 행사)별제권은 파산절차에 의하지 아니하고 이를 행사한다.

3. 회사정리 경우 담보인정금액 결정

1) 우리 나라의 경우

회사정리 개시 시점에서는 권리를 확보하기 위하여 법원이나 조사위원으로부터 정리담보권액을 크게 인정받기 위한 이해관계가 담보채권자 간에도 치열하다. 정리담보권의 목적물의 가액 산정 기준으로 명문화된 규정은 없으며, 설정최고액, 최근 감정가액 및 공시지가 등을 기준으로 한다.

전국경제인연합회는 실질청산가치를 초과하는 담보권 설정액에 대한 담보권 소멸 청구를 인정하여야 M&A를 활성화 할 수 있음을 주장하고 있다.⁷⁾

2) 미국의 경우

미국 Chapter 11 에서 부동산기업 파산시의 특별 조치 미국의 Chapter 11은 우리 나라의 회사정리에 해당된다. 미국에서는 담보부여신의 상당부분이 Non-Recourse Loan이다. 이는 한국의 근저당권이 채무자의 일반자산(담보물이 아닌)에까지 미치는(Recourse) 반면, 미국의 부동산 개발금융을 활성화하기 위해 개발업자로 하여금 부동산 사업리스크를 개인자산과 분리시켜 주는 것이다.

그런데 이러한 Non-Recourse차주인 부동산업자가 Chapter11에 들어가는 경우에 문제 소지가 있다. 즉, 부동산이 일시적인 가격 하락으로 회복가능성이 예상되는 경우에 악의의 차주가 Chapter11에 들어가면 502(b)(1)조는 Non-Recourse대출자에 대해 원래 대출계약대로 담보시가를 초과하는 채권액(Undersecured) 금액에 대해서 무담보 채권자 지위조차도 부인한다. 여기에서 Non-Recourse대출자는 차주의 일반재산에 대한 Recourse권리도 없으므로 차주가 부당이익을 얻는 사례가 Georgia주의 부동산 경기 부침 과정에서

7) 전국경제인연합회(2002.6), 「기업퇴출제도의 개선방안」

아파트사업자인 Pine Gate사에서 발생하였다. 이러한 문제에 대응하여 1111(b)(1)(A)항에서는 Non-Recourse대출자도 담보가치를 초과하는 채권액에 대해서 무담보 채권자 지위를 인정받도록 조치하고 있다.

그러나 한편 1111(b)(2)항에서는 Non-Recourse대출자에게 부동산 가치 상승을 노려볼 수 있는 기회를 주고 있다. 즉 담보가치는 부족하더라도 채권액 전액에 대해 담보부 채권자가 되어 부동산 가격의 상승을 기다릴 수 있는 것이다.

예시: Chapter11 발생시점 담보시가 750만불

대출잔액 1,000만불

원칙적으로 750만불의 담보채권자 및 250만불의 무담보 채권자이다. 250만불에 대한 회수가능금액은 미약하다(담보 시가 상승 차액이 발생하면 채무자에게 귀속됨)

채권자가 1111(b)(2)를 선택하는 경우는 10백만불의 담보채권자가 된다. Chapter11상황하에서 시간이 경과하면서 담보시가가 상승하면 250만불 이내에서 상승차액은 당해 채권자에게 귀속된다.

따라서 부동산 가격의 변동성이 높은 미국 부동산업체의 파산 경우 부동산 경기와 관련하여 특별한 판단이 요구된다.

3) 일본 법원의 처분가격방식

갱생담보권(우리 나라의 정리담보권에 해당)의 취급에서 목적물건의 실제 매각대금을 기준으로 갱생담보권을 변제하는 방식으로 1991년 오사카 지방법원이 무라모도 건설건에 도입하였으므로 무라모도 방식으로 통칭된다.

정리담보권자는 매각대상 담보부동산의 매각대금이 클 것이라는 기대를 하

는 반면, 관리인은 매각대금이 불확실한 만큼 평가액을 낮게 주장하여 이해 상반이 크므로 이를 조정하기 위한 제도이다.

무라모도 건설의 경우 갱생담보권의 변제는 5년간 거치후 매년 분할 상환한다. 단 변제재원이 확보되지 못한 경우 법원의 허가를 득하여 담보부동산을 매각한다.

실제매각금액(매각비용 공제)이 평가액(관리인의 평가액으로서 갱생담보권을 정한 기준이 된 금액)에 미달하는 경우 갱생담보권은 실제매각액으로 변경되고, 부족한 차액은 일반갱생채권과 동등한 채권이 된다.

실제매각금액이 평가액을 상회하는 경우 법원의 허가에 의해(갱생계획의 유리한 변경) 그 차액의 1/2를 일반갱생채권자에게 추가변제 한다.

4) 워크아웃의 경우

채무 기업이 워크아웃에 들어가면 채권단은 채권금융기관 협의회를 결성하여 담보권 행사 유보 및 채무조정을 행하게 되며⁸⁾, 여기에서도 담보가치의 산정이 채권단간의 손실분담 구조에 영향이 커서 첨예한 논란을 일으킨다. 주관은행은 객관적인 제3의 실사기관을 선정하여 합리적인 담보가치를 산정하는데, 담보가치는 청산가치를 기준으로 유효가를 인정받게 된다. 청산가치는 워크아웃을 중단하고 현 상황에서 자산매각이 이루어질 경우의 시장가치로서 실제 매각이 가능한 가치이다.

기업개선 작업에서도 담보채권자는 청산시의 회수보다 우월한 회수율을 보장받는다. 청산가치보다 열위한 기업개선계획에는 담보채권자가 반대할 것이

8) D종합상사의 기업개선작업 기본약정서 사례

9조 조기경영정상화를 위한 채권단의 협조 의무

2항 담보권자는 당해기업이 일체로 매각되거나, 당해 담보물이 분사,매각 등으로 제3자에게 이전되지 않는 한 기업개선작업 종료시까지 담보권을 행사하지 않도록 한다.

분명하기 때문이다. 여기에서 가장 어려운 경우가 사업매각의 경우이다. 담보채권자는 이를 담보자산의 매각으로 보아 우선 상환을 주장하는 반면, 무담보채권자는 시장과 판매망, 고객층을 포괄하여 매각으로 간주하여 영업권 가치가 포함되었으므로 이에 대한 분배를 주장할 수 있다. 이를 예방하기 위해서 주관은행은 기업개선계획 수립시 미리 담보자산의 매각시 매각대금에 의한 상환방법을 구체 확정해 놓는다.

기존 채무의 금융조건 완화에 있어서도 기업구조조정위원회는 채권의 성질을 변화시키는 출자전환 내지 CB전환시에 담보부채권은 분담대상에서 제외하고, 금리를 조정하더라도 적어도 우대금리 수준 이상을 받을 수 있도록 권고하고 있다. 또한 채무조정에서 부득이 담보채권의 지위를 일부 훼손하는 경우에도 해당 담보채권자에게는 동 채무조정을 통해 얻는 채권회수율이 최소한 법정관리나 청산 등 다른 대안보다 우월하게 해 주고 있다.

제 5 절 근저당권제도

1. 근저당권이란

근저당권은 특정의 피담보채권에 대한 강한 부종성을 완화하여, 특정의 계속적 계약 또는 일정한 계속적인 거래로부터 발생하는 증감변동하는 불특정의 채권을 일정한 한도액까지 담보하는 저당권으로서, 특정의 피담보채권에 부종하지는 않지만 채권자와 채무자간의 기본계약 내지 기본거래에 부종하는 저당권이다. 따라서 보통의 저당권은 특정채권에 부종하는 반면, 근저당권은 기본거래 내지 기본계약에 부종하는 저당권이다.

우리 민법에는 근저당권에서 357조에 근거 (i)근저당권은 채권최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 유보하고 설정할 수 있으며 (ii)근저당권의 확

정 전까지는 개별 피담보채무가 소멸하거나 이전되어도 근저당권은 소멸하지 않는다고 하여 근저당권의 존속과 소멸에 있어서는 부종성을 완화한다는 것과 (iii)채무의 이자는 채권최고액에 포함된다는 것만을 규정하고 있을 뿐이다.⁹⁾

2. 근저당권의 적용 확대

우리 나라의 부동산 담보방법으로는 특정한 채권을 담보하는 데에도 보통저당권이 이용되지 않고 근저당권이 이용되고 있다.

즉, 근저당권자와 채무자간의 특정의 계속적 계약 또는 일정한 계속적인 거래로부터 발생하는 불특정의 채권을 일정한 한도액까지 담보하는 보통이 근저당권을 넘어, 기본적인 거래 내지 기본계약과 상관없이 발생하는 채권까지도 일정한 한도액까지 담보하는 포괄근저당권의 유효성을 인정하고 판례도 이를 인정하고 있다.

금융기관으로서는 담보여신 중 일부만을 유동화하거나, 전부를 유동화하는 경우에도 당해 채무자와의 거래를 지속하면서 장래의 채권을 당해 근저당권으로 담보할 필요가 있다. 즉, 현재의 피담보채권의 일부 또는 전부를 양도한

9) 근저당권의 피담보채권의 범위(민법 제357조, 제360조)

근저당권에 의하여 담보되는 채권은 설정계약에 의한 최고한도액을 말하며, 피담보채권의 금액이 최고액을 초과하면 그 초과부분은 담보되지 아니하며 그 최고액만을 담보하여 확정된다. 이 최고액은 그 금액에 이르기까지 목적물이 책임을 부담할가능성을 표시하는데 그치고, 실제 있어서는 결산기에 가서 확정되는 현실의 대월잔액이다. 따라서 근저당권자는 결산기에 확정된 피담보채권액이 최고액을 초과하면 최고액까지만 담보되며, 최고액이 미달되면 실제의 채권액에 한하여 우선변제를 담보한다.(대법원 1972.01.26 71마1151; 1965.04.20 64다1698) 이와 같이 담보되는 채권의 증감변동이 근저당권의 특색이며, 장래의 증감변동을 예정하는 이상 일시 채무가 0이 되더라도 저당권 내용에는 영향이 없다.

후에도 양도인인 금융기관이 당해 근저당권을 채무자와의 거래를 위하여 계속 이용하고자 하는 것이다.

따라서 포괄근저당권을 인정하는 견해에 의하면, 근저당권은 근저당권의 실행에 있어서만 그 피담보채권에의 부종성이 인정되면 족하고, 근저당권의 성립, 존속, 소멸에 있어서는 부종성을 완전히 배제하고 있다.

부동산 등기법 제140조 2항에서는 필요적 등기사항으로서 등기원인을 근저당권설정계약으로 하고 채권최고액 및 채무자를 등기하도록 하고 있다. 그 외의 사항은 임의적 등기사항이므로, 근저당권 설정 등기만으로는 피담보채권의 발생 원인이 되는 기본거래 내지 기본계약을 알 수가 없고 그의 변경이 있어도 변경등기가 이루어지지 않고 있다. 만일 부동산등기법에서 기본거래 내지 기본계약을 등기사항으로 규정하였더라면 근저당권이 지금과 같이 광범위하게 이용되지는 않았을 것이다.

근저당권도 저당권의 일종이므로 근저당권의 피담보채권범위는 민법 제360조가 당연히 적용된다. 따라서 근저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상, 저당권의 실행비용 모두 담보한다. 하지만 민법 제357조 제2항이 「채무자의 이자는 최고액 중에 산입한 것으로 본다.」고 규정하고 있어 원본과 이자만이 근저당권의 최고액에 포함되며 이를 합한 것이 최고액을 넘으면 그 초과부분은 담보되지 않는다. 이것이 여신금융기관 입장에서 근저당을 선호하는 이유이다.

3. 포괄근저당

일반적으로 근저당권 이라 함은 당사자 사이에 계속적 거래의 기초가 되는 기본계약을 맺고 그 계속적 거래로부터 발생하는 불특정의 채권을 장래 확정시에 그 최고액까지 담보하는 저당권을 말하나 포괄근저당은 계속적인

거래관계 없이 채권자가 채무자에 대하여 가지고 있는 현재 또는 장래에 발생할 일체의 채권 또는 당좌대월계약, 어음할인계약 등의 계약에서 생기는 채권, 기타 일체의 채권을 담보한다는 형식으로 설정된 근저당권을 말한다. 쉽게 말하면 포괄근저당은 기본계약을 전제로 하지 아니하고 당사자 사이에 발생하는 현재 또는 장래의 모든 채권을 담보하는 저당권이라고 할 수 있다.

이러한 포괄근저당은 당사자 사이에 반복 계속되는 복잡하고 다양한 각 거래마다 근저당권을 설정하는 번거로움을 피하여 각종의 거래 전부에 통하는 일반적·추상적 신용거래계약을 맺고 그러한 일반적 여신계약을 전제로 하여 그 거래로부터 생기는 모든 거래를 일정 한도까지 담보하기 위하여 널리 이용되고 있는 것으로 제 2차 대전 이후 일본에서 이용되기 시작하였다.

포괄근저당의 유효성에 대하여는 학설이 갈리지만 현재 은행에서 사용되고 있는 포괄근저당권설정계약서에서 기타 여신거래에 관한 모든 채무는 포괄근저당권의 범위를 한정하고 있으며, 판례는 일반거래 약관의 문언에 불구하고 특정거래만을 담보할 의사로 근저당권을 설정한 것으로 보여지지 않는 한 포괄근저당권을 부인하지 않는다.

예로서 법원은 채무자가 금융기관에 대한 대출채무를 담보하기 위해 근저당권을 설정한 후 다시 같은 금융기관으로부터 추가대출을 받아 그의 일부로 기존채무를 변제함에 있어서 그 추가대출금에 대하여 별도의 담보제공을 하지 않았거나 추가담보로 근저당권을 설정하였으나 추가설정된 근저당권의 채권최고액이 그 추가대출금액에 미달하는 경우, 다른 특별한 사정이 없는 한 당사자 사이에는 기왕에 설정된 근저당권으로 추가대출채무를 담보시키려는 의사가 있었다고 해석한다.

4. 포괄근저당권의 남용

우리 금융실무는 근저당권자인 금융기관을 강하게 보호하고, 근저당권 설정자인 채무자는 상대적으로 불이익을 감수하는 방향으로 근저당권을 운용해 왔음을 부인할 수 없다

부동산을 담보로 하여 은행으로부터 금원을 차용하는 사람은 대출담당직원이 제시하는 계약서 및 설명서의 포괄근이니 한정근이니 하는 용어를 접하고 아무리 그 계약서를 읽어보아도 도대체 그 의미가 무엇인지를 명확히 알지 못한 상태에서 계약서에 서명을 하게 되는 경우가 다반사이다. 따라서 고객과 은행간에는 채무의 범위(피담보채무)가 어느 범위까지인지에 대하여 향후에 은행과 다투는 경우가 발생하고 나아가 부동산을 취득한 제3자와의 관계에서도 분쟁의 단초가 되고 있다.

근저당권 남용에 의한 피해에 대하여는 은행이 신용카드 채권에 대해서 주택대출의 담보 근저당권을 활용하려 하자 금융감독원이 분쟁을 조정한 사례에서 나타나고 있다.¹⁰⁾

■ 민원의 내용신청인은 전소유자가 부동산의 담보대출 부분의 채무를 변제하였음에도 피신청인 은행이 피담보채무의 범위에 포섭되지 아니하는 전소유자의 카드 이용대금에 대한 변제까지도 요구하면서 부동산에 대한 근저당 설정등기의 말소를 해주지 아니하는 것은 부당하다면서 민원을 제기하였다.

■ 사실 관계

1995년 3월 9일 신청외○○은 본건 아파트에 대한 포괄근저당권을 설정하였으며(대출금액 2,500만 원, 채권최고액 3,210만 원) 1996년 5월 14일 신청인

10) 임정근(2002), 「포괄근저당의 피담보채무 해석 사례」, 금융감독원.

의 처(□□)는 ○○으로부터 위 아파트를 매수하여 부동산등기를 완료하고 아파트에 대한 소유권을 취득하였다. 한편, 1996년 6월 27일 피신청인은 위 ○○이 C카드 이용대금을 연체하자 동인에게 대환대출을 한 사실이 있고(신용대출금액 650만 원) 대환대출에 있어 연대보증인을 ◇◇로 입보하였다. 2002년 3월 28일 신청인이 아파트를 신청외 ◎◎에게 매도하고 소유권이전등기를 경료해주기 위하여 피신청인의 지점에서 위 대출금액 2,500만 원을 변제하고 근저당권설정등기의 말소를 요구하였으나, 피신청인은 위 ○○의 대환대출금이 변제되지 않았다는 이유로 이를 거절하였다.

■ 결정 이유

본 건의 쟁점은 부동산에 설정된 근저당권의 피담보채무의 범위를 제한적으로 해석할 수 있는지의 여부라 할 것인데, 근저당권의 피담보채무범위에 대한 일반적 해석기준으로 대법원은 근저당권설정계약서는 처분문서이므로 특별한 사정이 없는 한 그 계약문언대로 해석하여야 함이 원칙이나, 근저당권설정계약서가 금융기관 등에서 일률적으로 일반거래약관의 형태로 부동산으로 인쇄해 두고 사용하고 있는 계약서인 경우에는 근저당권설정계약 체결의 경위와 목적, 피담보채무액, 근저당권 설정자와 채무자 및 채권자와의 상호관계 등 제반사정에 비추어 당사자의 의사가 계약서 문언과 달리 일정한 범위 내의 채무만을 피담보채무로 약정한 취지라고 해석하는 것이 합리적이라고 인정되는 경우에 당사자의 의사에 따라 그 담보책임의 범위를 제한할 수 있다고 판시하고 있다(대법원 96 다 2286판결).

본 건 근저당권의 피담보채무의 범위를 살펴보면, 피신청인은 근저당권계약서상 포괄근담보로 기재되어 있고, 신용카드 이용 대금이 1996년 6월 27일 대환대출되어 개별대출거래 약정에 근거한 확정채무로 볼 수 있으므로 당연

히 본 건 근저당권의 피담보채무범위에 포함된다고 주장하나, 아래의 사정을 종합해 볼 때 피신청인의 주장을 받아들이기 어렵다고 판단했다.

●본건 근저당권의 설정계약서의 채권최고액(3,210만 원)은 피신청인이 ○○에게 취급한 대출금액(2,500만 원)의 130%에 해당하고, 이는 피신청인의 대출규정에 따른 소정의 담보비율에 상응하는 금액으로서 타 대출에 대한 담보여력은 전혀 없는 점.

●○○에 대한 대출은 개인주택자금담보대출로 근저당권의 설정경위나 목적도 이에 부합하도록 해석함이 타당한 점.

●1996년 6월 27일 피신청인이 김○○의 연체중인 신용카드 이용대금에 대하여 대환대출을 취급하면서 제3자인 ◇◇을 연대보증인으로 입보하는 등 별도의 채권보전 조치를 취한 바 있고 당해 근저당권을 원용한 사실이 없는 점.

●대법원은 대환의 법적성질과 관련하여 은행이 채무자의 채무에 해당하는 금원을 신규대출하여 기존채무의 변제에 충당하는 대환은 형식적으로 별도의 대출에 해당된다 할 것이나 실질적으로는 기존채무의 변제기의 연장에 불과하므로 구채무는 소멸하고 새로운 채무가 발생하였다고 볼 수 없다고 판시(대법원 90 다카 23271 판결)하고 있고, 금융분쟁조정위원회에서도 신용카드 이용대금은 특약이 없는 한 포괄근저당의 피담보채무범위에 포함되지 않는다고 조정결정하고 있음(의안번호 91-1호).

■ 금융감독원의 결론

본 건은 계약서상의 부동산자가 포괄근저당권이라고 인쇄되어 있다 하더라

도 근저당권 설정당시 당사자의 의사는 주택담보대출이라는 특정한 채무에 대하여 담보하고자 하는 것으로 해석(한정근저당)하는 것이 타당하므로 신청인의 주장대로 이 사건 근저당권설정등기는 피담보채무의 소멸을 원인으로 말소하여야 하는 것으로 조정 결정하였다.

5. 민법 개정안의 근저당권 제도 개선안

우리 나라의 근저당권 적용에서 채권자 우위의 불합리성은 일본의 구체제를 답습한 것으로 보인다. 이에 따라 근저당권 설정자 및 이해당사자들의 이익도 보호하면서 근저당권을 통한 금융의 원활화를 도모할 필요성이 제기되어, 2001년 민법 개정안에 의한 합리적인 근저당권에 대한 규정이 제안되었다.

법무부는 민법 개정안에 대하여 2001.12공청회를 거쳐 2002년 말 입법예고를 거쳐 2003년 입법할 예정이다. 개정안은 지금까지 과도하게 채권자를 보호하는 방향으로 운용되어 온 제도를 채무자도 함께 보호하는 내용으로 보충하고자 하는 것이다. 따라서 근저당권은 기본거래 내지 기본계약으로 발생하는 불특정의 채권을 일정한 한도액까지 담보하는 저당권으로 규정하여 포괄 근저당권을 부인하는 방향으로 개정이 추진되고 있다.

따라서 현재 부동산등기법에서 기본거래 내지 기본계약이 필요적 등기사항이 아니나 개정안에서는 필요적 등기 사항으로 추진되고 있다.

또한 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에도 근저당권의 양도를 허용한다.

1) 피담보채권

채권자와 채무자간의 특정의 계속적 계약, 일정한 종류의 계속적 거래로부터 발생하는 채권으로 한정한다. 그리고 특정의 원인에 기하여 계속적으로 발생하는 채권도 근저당권의 피담보채권으로 할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 종래의 “...기타 여신거래로 인하여 부담하는 일체의 채무”를 담보한다는 거래포괄근저당권이 앞으로는 사용되기 어려울 수 있다.¹¹⁾

2) 피담보채권의 발생원인이 되는 기본거래·기본계약의 변경

근저당권의 확정 이전에 기본거래나 기본계약의 변경이 가능하다. 채권최고액의 변경이 없는 한 이해관계자에게 큰 불이익은 없으므로 여기에서 이해관계자의 승낙을 요하지 않도록 하고 있다.¹²⁾

3) 채권최고액의 변경

채권최고액의 변경은 후순위저당권자 등에게 이해관계가 있기 때문에 이해관계자의 승낙을 요건으로 하고 있다. 피담보채권의 변경 및 채권최고액의 변경은 모두 필요적 등기 사항이다.¹³⁾

11) 법안 第357條의2(根抵當權의 被擔保債權) 根抵當權에 의하여 擔保되는 債權의 範圍는 特定한 繼續的 去來契約 그밖의 일정한 種類의 去來로부터 發生하는 債權 또는 特定한 原因에 기하여 繼續的으로 發生하는 債權에 한정된다.

12) 第357條의3(被擔保債權의 範圍 등의 變更)

① 根抵當權에 의하여 擔保되는 債權의 範圍는 元本の 確定 前에는 이를 變更할 수 있다. 債務者의 變更에 관하여도 같다.

第1項의 變更을 함에는 後順位權利者 그밖의 第3者의 承諾을 요하지 아니한다.

13) 第357條의4(債權最高額의 變更) 根抵當權의 債權最高額은 利害關係人의 承諾을 얻어 變更할 수 있다.

4) 근저당권의 양도¹⁴⁾

근저당권은 그 피담보채권의 발생원인인 기본거래 내지 기본계약과 함께 해서 그 전부나 그 지분을 양도할 수 있고, 2개 이상의 근저당권으로 분할하여 양도할 수도 있다.

근저당권의 확정 전에 피담보채권에 포함되어 있는 어느 특정의 채권만을 제3자에게 양도하는 경우 그 근저당권은 수반하지 아니하는 것으로 규정하고 있다.

5) 근저당권의 확정 및 확정 청구

근저당권의 존속기간을 약정한 때에는 그 존속기간이 만료한 때에 확정한다. 그러나 존속기간을 약정하지 않은 경우에는, 3년이 경과하면 확정을 청구할 수 있고, 확정청구가 있는 때로부터 2주간이 경과한 시점에 확정된다. 또한 357조의 11은 확정사유와 시기를 명확히 열거하고 있다. 여기에 파산과 회사정리는 포함되나 화의는 불포함 된다.

6) 채권최고액의 감액 청구

근저당권자가 부당히 과다한 채권최고액을 약정하고 등기함으로서 근저당권설정자와 후순위저당권자 등이 목적물을 이용하지 못하는 사례에 대비하여 감액 청구절차를 제안하고 있다.¹⁵⁾

14) 第357條의5(根抵當權의 讓渡) ①根抵當權者는 元本の 確定前에 그 擔保할 債權과 함께 根抵當權 또는 그 持分을 讓渡할 수 있다.

②根抵當權者는 그 根抵當權을 2개 以上の 根抵當權으로 分割하여 第1項의 規定에 따라 讓渡할 수 있다.

15) 第357條의12(債權最高額의 減額請求) ①元本の 確定前에 根抵當權設定者는 債權最高額이 被擔保債權으로부터 發生이 豫想되는 債權額을 부당히 過多하게 超過한 때에는 그 豫想額의 範圍로 減額을 請求할 수 있다.元本の 確定後에 根抵當權設定者는 債權最高額을 現存하는 債務額과 以後 1季間 發生할 利子 그밖의 定期金 및 債務不履行으로 인한 損害賠償額의 範圍로 減額할 것을 請求할 수 있다

6. 일본의 근저당 제도 개선

2차 대전 이전 일본에서도 메이지시대부터 근저당권이 인정되었으나, 근저당권의 성격에 대해 계속적인 거래 계약으로부터 발생하는 다수의 채권群을 일괄하여 담보하는 수단으로 인식되었다.

2차 대전 이후 일본은 기업과 은행과의 긴밀한 관계(소위 Main Bank시스템)에 의한 간접금융 체계였기 때문에 은행은 여신을 확대하면서 담보를 확대하였다. 여기에서 근저당권의 피담보채권 속에 계속적 거래 채권 외의 광범위한 일체의 채권을 포함하게 되어 포괄근저당이 일반화되었다. 그러나 1955년 일본 법무성은 기본계약이 존재하지 않고 단지 현재 및 장래의 일체의 채무를 담보한다는 취지의 포괄근저당권은 무효라는 취지의 통지를 냈다. 이 통지는 실무와 학설이론과 괴리가 컸기 때문에 포괄근저당을 옹호하는 전국은행협회의 확대론과 변호사협회의 반대론인 한정론 사이에 근저당권 논쟁을 일으키게 되었다.

1971년 확대론과 한정론의 절충에 의하여 장래에 있어서 발생·소멸을 반복할 불특정 채권의 담보로서 채권최고액의 변동이 없음을 명확히 하였다. 또한 일정한 종류의 거래 또는 특정의 원인에 근거해 채무자와의 사이에서 계속해서 발생할 채권으로 범위를 정하였다.

제 3 장 저당권 및 근저당권의 양도

제 1 절 저당권의 양도 절차

1. 미국

저당권 양도인(Assignor)이 양수인(Assignee)에게 Mortgage를 양도한다는 내용의 Assignment of Mortgage 에 서명한다.

동 Assignment of Mortgage 에 공증(Notaty Public)을 득 한 다음 이를 해당 등기소(Recorders Office)에 송부하여 등기 이전함으로써 Mortgage 이전절차는 완료된다.

2. 일본의 근저당권 양도

1) 확정에 의하여 양도

근저당권은 피담보채권과 직접적 관계가 없기 때문에 그대로는 실행을 할 수가 없다. 따라서 근저당 관계의 종료로서 피담보채권의 확정 필요하다. 그리하여 최고액으로 표시되어 있던 피담보채권은 구체적 채권액이 되어 근저당권이 담보하는 채권액으로 된다. 확정의 사유로서는

- (1) 담보해야 할 원금이 존재하지 않게 된 경우로서 피담보채권의 변경 및 거래의 종료
- (2) 근저당권자가 경매 또는 압류를 제기한 경우
- (3) 다른 채권자가 제기한 경매와 압류를 알은 때로부터 2주간 경과시

(4) 채무자, 근저당권자의 파산선고시

2) 1998년 근저당권 임시조치법 특례

일본의 금융 버블로 인해 부실채권이 문제되자 은행은 부실채권의 매각에 나서게 되었다. 그런데 근저당권에서 문제가 발생하였다.

(1) 채권을 확정하지 않고 양도하게 되면 근저당권이 수반되지 않아 양도채권이 무담보가 되어 부실채권의 처리가 불가능하다.

(2) 채권 확정등기는 근저당권설정자와 근저당권자의 공동신청에 의해야 하나 채무자가 등기에 협력하지 않는 경우가 있다.

이러한 사태에 대응하여 금융기관 등이 부실채권의 처리로서 근저당권부채권의 전부를 반공적인 특정채권회수기구 에 매각하는 경우에 있어서 채무자에 대하여 그 근저당권의 원금을 새롭게 발생시키지 않는다는 취지를 서면에 의해 통지했을 때는 거래의 종료에 해당하는 것으로 하였다.

그 결과 채권금융기관만으로도 확정등기 신청이 가능하도록 하였다. 그러나 일본 임시조치는 2001년 3월까지의 한시법으로서 이후 효력을 상실하였다. 또한 양수인이 특정채권회수기관(RCC,CCPC,Service)만으로 제한되므로 투자가가 설립한 SPC는 여기에 해당되지 못한다.

3. 우리 나라의 근저당권양도 제도

대출금융기관들은 근저당권으로 담보권 수개의 피담보채권 중 일부만을 유동화 대상으로 하거나, 현재의 피담보채권 전부를 유동화하는 경우에도 당해 채무자와의 거래를 지속하면서 장래의 채권을 동 근저당권으로 담보할 필요가 있다. 즉 현재의 피담보채권의 일부 또는 전부를 양도한 후에도 금융기관

은 동 근저당권을 채무자와의 계속 거래에 이용하고자 하는 것이다.

1) 피담보채권 확정 이전의 계약 양도

계약양도란 채권자가 채무자에 대하여 갖고 있는 계약당사자로서의 지위를 고스란히 제3자에게 이전시키는 것을 말한다. 기존의 채권자는 계약관계에서 완전히 탈퇴하게 된다. 따라서 계약당사자 지위를 이전 받은 제3자(계약양수인)은 새로운 거래를 채무자와 계속할 수 있고, 새로운 채권도 기 설정되어 있는 근저당권의 피담보채권이 될 수 있다. 기 발생되어 있는 채권은 계약양도와 함께 계약양수인에게 이점됨을 계약양도계약서에 명시해 놓을 필요가 있으며, 계약양도를 이유로 한 근저당권 이전의 부기등기를 경료하여 놓아야 한다.¹⁶⁾

계약양도는 5개 퇴출은행의 계약을 5개 은행이 금융산업의 구조개선에 관한 법률 14조 2항에 의해 계약인수하는 과정 및 외환위기 이후 금융기관의 부실채권을 금융기관 부실자산 등의 효율적 처리 및 성업공사의 설립에 관한 법률 4조에 의거 성업공사가 계약인수하는 과정에서 이루어 졌다. 부기등기는 생략 없이 이루어 졌다.

16) 대법원 등기예규 제880호(1997.9.9)에 의하면 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에 근저당권의 기초가 되는 기본계약상의 채권자 지위가 제3자에게 전부 또는 일부 양도된 경우 계약양도, 계약의 일부양도 또는 계약가입을 등기원인으로 하여 근저당권이전등기를 신청할 수 있다.

계약양도 예시

근저당권 양도증서

양도할 근저당권의 표시

근저당권의 목적인 부동산의 표시

근저당권자 : ○○은행

채무자 : ○○주식회사

채권최고액 : 금 ○○억원정

등기원인 및 연월일 : ○○년 ○월 ○일 근저당권 설정계약

등기접수 연월일 및 접수번호

위 근저당권은 금융기관 부실자산 등의 효율적 처리 및 성업공사의 설립에 관한 법률 제4조의 규정에 의하여 ○○은행이 채무자에 대하여 가지는 위 근저당권의 피담보채권과 채권자의 지위가 모두 성업공사에 양도되었기에 이 증서를 작성함.

○○○년 ○월 ○일

양도인 ○○은행

양수인 성업공사

2) 피담보채권의 확정에 의한 양도

근저당권의 양도와 관련하여 대법원 1996.6.14선고 95다 53812판결은 근저당권은 피담보채권이 확정되어야 양도가능 한 것으로 판시하였다.¹⁷⁾

1997.9.9자 등기 예규 제880호로 개정된 대법원의 근저당권에 관한 등기사무 처리 지침도 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에 그 피담보채권이 양도 또는 대위 변제된 경우에는 이를 원인으로 하여 근저당권 이전등기를 신청할 수 없다고 규정하고 있다.

(1) 피담보채권의 확정 사유

우리 민법은 확정사유에 대하여 규정하고 있지 않으므로 판례에 의하고 있으며, 근저당권의 증감변동성으로 인해 피담보채권의 확정시점도 문제된다.

근저당권에서 피담보채무의 확정은 근저당권설정계약서에서 근저당권의 존속기한을 정하거나 근저당권으로 담보되는 기본적인 거래기간에서 결산기를 정한 경우에는 원칙적으로 존속기간이나 결산기가 도래한 때에 피담보채무가 확정된다고 할 것이지만, 이 경우에도 근저당권에 의하여 담보되는 채권이 전부 소멸하고 채무자가 채권자로부터 새로이 금원을 차용하는 등 거래를 계속할 의사가 없는 경우에는, 존속기간 또는 결산기가 경과하기 전이라도 근저당권 설정자는 계약을 해제하고 근저당권 설정등기의 말소를 구할 수 있고, 존속기간이나 결산기의 정함이 없는 때에는 근저당권설정자가 근저당권자를 상대로 언제든지 해지의 의사표시를 함으로써 피담보채무를 확정시킬 수 있으며, 이러한 계약의 해제 또는 해지의 권한은 근저당부동산의 소유권을 취득한 제3자도 원용할 수 있다고 판시하고 있다. (대법원 2001다 47528 근저당권말소 - 2001년 11월 9일 판결)

-
- 17) 판례 : 근저당권이라고 함은 계속적인 거래관계로부터 발생하고 소멸하는 불특정 다수의 장래 채권을 결산기에 계산하여 잔존하는 채무를 일정한 한도액의 범위 내에서 담보하는 저당권이어서, 거래가 종료하기까지 채권은 계속적으로 증감 변동되는 것이므로 근저당 거래관계가 계속중인 경우 즉, 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에 그 채권의 일부를 양도하거나 대위변제한 경우 근저당권이 양수인이나 대위변제자에게 이전할 여지가 없다 할 것이다.

가. 거래관계가 종료됨으로서 피담보채무로 예정된 원본채무가 더 이상 발생할 가능성이 없게 된 때(대법원 1996.04.26 96다2286, 근저당권설정말소 등, 1996.10.29 96다2494 근저당권설정등기말소 등)」채권은 확정되며, 당사자가 근저당권의 확정시기를 연장하는 약정을 하는 것은 상관없으나 제3자의 권리를 해하지는 못한다(대법원 1961.12.14 4293 민상893). 그리고 존속기간을 정하지 않은 때에는 다른 특약이 없는 한 당사자가 설정계약 또는 기본계약을 해제할 수 있다(대법원 4294 민상1149호, 1962.03.22 선고).

나. 약정한 확정시기가 도래한 경우 : 약정한 확정시기를 등기할 수 있으며, 확정시기의 변경은 이해관계인의 승낙 사항이다.

한편, 근저당권설정자의 확정청구권 행사기본계약에서 근저당권의 존속기간을 약정하지 않은 경우 판례는 근저당권설정자의 근저당권설정자에 대한 확정청구권을 인정한다.

다. 기본계약의 해지 또는 해제

라. 목적부동산에 대한 강제환가절차 개시

근저당권자가 그 피담보채권의 불이행을 이유로 경매신청을 한 때에는 그 피담보권은 확정되는 것이고 근저당권이 확정되면 그 이후에 발생하는 원금채권은 그 근저당권이 확정되면 그 이후에 발생하는 원금채권은 그 근저당권의하여 담보되지 않는다 할 것이다.(대법원 1989.11.28 선고 89다카15601판결, 대법원 1988.10.11 선고87다카545판결).

마. 채무자의 상환불이행 발생 경우

채무자 파산시는 파산선고시에 확정된다. 회사정리 절차 개시 경우에는 확정설과 불확정설이 있다. 확정설에 의하면 담보채권은 정리절차 개시 당시에 존재하는 것에 한하고 그 후에 발생한 채권은 담보로 인정되지 않는다. 반면에 불확정설은 개시 결정에 의해 피담보채권을 확정시키지 않고 근저당권을 존속시키면서 설정극도액 범위 내에서 추후 계속 차입할 수 있다는 주장이다. 우리 나라의 부실채권 정리 시장에서는 회사정리의 경우 확정설에 의해 양도하고 있다. 서울지방법원의 입장은 확정설이다.

불확정설에 따르면 선순위 근저당권자의 입장은 매우 유리해지나, 후순위 근저당권자의 입장은 현저하게 불리하게 되고, 실제로 정리절차에 들어 온 회사의 경우 담보권 설정액이 자산의 평가액을 초과하는 경우가 대부분이라는 점을 고려하면 확정설이 타당하다

화회의 경우 당초 확정설이 적용되었으나 도산3법 개정안에서 화의제도가 폐지 예정임에 따라 불확정설이 적용되고 있다.

2001. 12월경부터는 화의에서 피담보채무의 확정여부에 관하여 강한 부정론이 있어 근저당권 확정통지를 실시하였다.

워크아웃 상태에서는 워크아웃 상황의 도래를 기한의 이익 상실 사유 내지 근저당권의 결산기 도래사유로 하는 등의 특약이 존재하지 않는 한 원칙적으로 근저당권의 피담보채무가 확정된다고 보기 어렵다. 그 이유는 워크아웃의 경우 추가 자금지원 등 시장친화적 방법에 의한 구조조정을 통하여 회사갱생을 도모하는 것이므로, 여신 등 거래의 종료를 전제로 하는 기한의 이익 상실 내지 근저당권 결산기 도래와 맞지 않을 뿐만 아니라 채권금융기관이나 채무자 기업의 의사와도 부합하지 않기 때문이다.

피담보채권 확정 및 채권양도통지서

수신: 채무자

당사는 현재 당사에서 보유하고 있으며, 귀사를 채무자로 한 근저당권(○ 등기소 ○년 ○월 ○일 접수 제○호 부기등기에 의하여 당사에 이전됨)과 동 근저당권에 의하여 담보되는 채권을, 당사가 당사에 의하여 선정된 매수인인 A와 체결한 ○년 ○월 ○일자 채권양수도계약서(Loan Sale Agreement)와 당사가 A사 및 B자산유동화전문회사와 체결한 ○년 ○월 ○일자 계약양도(Assignment and Assumption Agreement)에 의하여, A사에게 양도하게 되었음을 알려 드립니다.

위와 관련하여 당사는 본 통지서에 의하여 본 건 근저당권에 의하여 담보되는 채권의 금액을 금 ○ 원으로 확정하여 더 이상 본 건 근저당권의 피담보채권을 추가로 발생시키지 아니하고 A사에 양도하게 되었음을 알려 드리오니, 이에 동의하여 주시기 바랍니다.

당사는 앞으로도 귀사와의 거래 관계를 존중, 발전시키도록 노력하고 이번 피담보채권 확정 및 채권양도로 인하여 귀사에게 어떠한 불편도 발생하는 일이 없도록 최대한 노력할 것임을 약속드립니다.

2001년 ○월 ○ 일

양도인 한국자산관리공사

위 사항을 인지하고 이에 동의합니다.

채무자명

바. 보증인이 대위 변제한 경우 근저당권을 확정하여 획득

금융실무상 근저당권의 원금을 확정할 필요가 발생하는 경우가 있다.

신용보증기금으로부터 지급보증을 받은 채무자가 도산하고 신용보증기금으로부터 대위변제를 받은 때 은행의 근저당권을 신용보증기금에 대위에 의한 이전을 해주는 경우가 그 전형적인 예이다. 본래 채무자에 갈음하여 변제한 보증인등은 채권자를 대위하여 근저당권을 행사할 수 있지만, 다만 원금확정 전의 근저당권에 있어서는 대위권행사가 부정되고 있고, 실무에서도 은행거래약정서 말미에 「보증인과 귀행과 거래 계속 중에는 귀행의 동의가 없으면 이것을 행사하지 않는다」라는 특약이 있다. 따라서 저당권부 채권의 일부 대위변제자는 그 취득한 저당권에 의해 별도로 독립해서 경매신청을 할 수가 없다. 은행거래약정서의 특약은 유효하고 저당권부 채권의 일부 대위변제자는 은행의 동의를 얻어야만 단독으로 저당권을 실행할 수 있다. 일반적으로 채무자가 도산되면 거래의 종료로서 근저당권 피담보채권의 원금이 확정되기 때문에 그후에 변제한 보증인은 대위 할 수 있지만 그 대위권이 제3자에게 대항하기 위해서는 대위에 의한 근저당권의 이전부기등기를 해야한다.

피담보권이 확정되면 근저당권은 보통저당권으로 전환되고(대법원 62다796호, 1963.02.07선고), 그 이후에 발생하는 채권은 그 저당권에 의하여 담보되지 못한다. 근저당권이 확정된 경우 대 피담보권이 확정되면 근저당권은 보통저당권으로 전환되고(대법원 62다796호, 1963.02.07선고), 그 피담보권이 확정되면 근저당권은 보통저당권으로 전환되고(대법원 62다796호, 1963.02.07선고), 그 이후에 발생하는 채권은 그 저당권에 의하여 담보되지 못한다.

근저당권이 확정된 경우 대출금융기관의 입장에서는 지연배상금(연체이자)은 민법 제360조의 단서에 의해 1년 분에 한하여 회수할 수밖에 없는 불리점

이 발생한다.¹⁸⁾ 판례는 최고액의 여유가 있는 한 1년 후의 지연배상금도 우선변제를 받을 수 있다고 한다.

3) ABS법상 근저당권의 피담보채권의 확정 절차 특례

유동화전문회사가 근저당권의 기초인 기본 계약을 인수하는 것은 유동화의 목적상 적합하지 못하다. 따라서 ABS법은 저당권 양도 특례에 의해 등기 없이도 소정의 절차(채무자에 대한 통지, 금융감독원 등록)에 의해 저당권이 양도 가능하게 하였으나 이는 저당권에만 해당되어 근저당권에는 효력이 미치지 못하였다.

이에 2001년 1월 21자로 개정시행 된 자산유동화법 및 KoMoCo법은 근저당권의 확정을 위한 특례 규정을 신설하였으므로, 근저당권의 양도는 채무자의 동의를 획득하거나 자산유동화법의 특례에 의해 債權금액확정 통지 및 10일의 이의 제기 기간을 거쳐서 양도하게 된다.¹⁹⁾

18) 민법 제360조 (피담보채권의 범위)

저당권은 원본,이자,위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용을 담보한다. 그러나 지연배상에 대하여는 원본의 이행기일을 경과한 후의 1년분에 한하여 저당권을 행사할 수 있다.

19) ABS법 第7條의2(根抵當權에 의하여 擔保된 債權의 확정)

자산流動化計劃에 의하여 讓渡 또는 信託하고자 하는 流動化자산이 根抵當權에 의하여 擔保된 債權인 경우에는 자산保有者가 債務者에게 根抵當權에 의하여 擔保된 債權의 금액을 정하여 추가로 債權을 발생시키지 아니하고 그 債權의 전부를 讓渡 또는 信託하겠다는 의사를 기재한 通知書를 內容證明郵便으로 發送한 때에는 通知書를 發送한 날의 다음 날에 당해 債權은 확정된 것으로 본다. 다만, 債務者가 10日 이내에 異議를 제기한 때에는 그러하지 아니하다.

本條新設, 2000.1.21

제 2 절 판례 및 자산유동화법 특례 절차에 의한 양도

1. 공모ABS시장

기초자산이 대출채권인 경우 부실채권(Non-Performing Loan)과 Primary CLO로 구분된다. 부실채권의 경우 99년에 1조 7,398억원이 발행되어 전체ABS시장의 35.1%를 차지하였으며 2000년 발행금액은 6조 3,517억원으로 크게 늘었다. 2001년에도 6조 3,819억원이 발행되어 전년과 유사한 수준을 유지하였다.

Primary CLO는 2000년 12월에 처음으로 신용도가 낮은 기업들에 대한 지원 차원에서 3,318억원(SPC기준으로 3건)이 발행되었으며 2001년 들어 발행규모가 2조 6,688억원으로 크게 확대되었다.

이러한 부실채권채권 유동화는 대부분 회사정리와 화의로서 근저당권의 확정설에 의한 것으로서, 그에 대한 금액 통계는 가용하지 않은 상황이다.

기업들이 기발행한 회사채가 기초자산이 되는 CBO는 근저당권을 수반하지 않는다.

한편 소비자금융자산 ABS중에는 개정된 자산유동화법 및 KoMoCo법의 근저당권에 의해 담보된 채권의 확정 절차에 근거하여 주택금융MBS가 발행되고 있다.

<표 3-1> MBS발행 실적(2002.4현재)

(단위: 억원)

발행기관	발행회수	발행총액	선순위액	후순위액	근거법률
KoMoCo	7	25,498억원	24,535(96.2%)	963(3.8%)	MBS법
뉴스테이트	8	1,542	1,117(72.4%)	425(27.6%)	
우리캐피탈	1	410	330(80.5%)	80(19.5%)	ABS법
합계	16	27,450	25,982(94.7%)	1,468(5.3%)	

자료: KoMoCo

캐피탈사의 피담보채권 확정 및 양도통지서 사례

수신: 채무자

귀하의 평안하심을 기원하며, 그 동안의 거래에 감사드립니다.

당사는 현재 당사에서 보유하고 있는 근저당권 담보부채권 유동화의 일환으로 귀하와 당사간에 체결된 ○○일자 금 원에 대한 대출거래약정서 상의 채권과 동 채권을 담보하기 위하여 귀하와 당사간에 설정된 채권최고액 금 원의 근저당권을 위 자산유동화를 위하여 설립된 ○○유동화전문유한회사에 양도하게 되었음을 알려 드립니다.

위와 관련하여 당사는 자산유동화에 관한 법률 제에 따라 ○○일자로 금융감독위원회에 자산유동화 계획을 제출하였으며, 본 통지서에 의하여 (i) 본 건 근저당권에 의하여 담보되는 채권의 금액을 금 ○ 원으로 확정하여 더 이상 본 건 근저당권의 피담보채권을 추가로 발생시키지 아니하고 (ii) 대출약정서상의 대출원리금채권, 지연배상금 채권, 수수료 채권 등 모든 채권과 근저당권 중 이에 수반하거나 관련되는 권리 전부를 당사와 유동화전문회사 간에 ○○일자로 체결된 자산양도계약에 따라 유동화전문회사로 양도하게 되었음을 알려 드리는 바입니다.

만일 본 건 근저당권의 피담보채권 확정과 관련하여 이의가 있으신 경우에는 본 통지서 일자의 다음날로부터 10일 이내에 반드시 이를 당사에 알려 주시기 바라며, 동기간 내에 피담보채권 확정에 관한 아무런 이의 없이 본 건 자산유동화가 완료되는 경우에는 본 건 근저당권의 피담보채권액은 위 기재 금액으로 확정되어 완전한 효력을 발생하게 됩니다.

또한 이번 채권 양도에도 불구하고 귀하와 당사간에 체결한 대출약정서의 효력은 여전히 유효하므로 귀하는 계속하여 종전과 동일한 조건 및 내용의 채무를 부담하게 되며, 아울러 대출원리금의 추심에 관한 업무는 당사가 유동화전문회사의 자산관리자로서 계속하여 수행하게 되므로 귀하는 당사와의 의사 연락 하에 종전과 동일한 방법으로 대출원리금을 상환하시면 됩니다.

이상과 같이 당사의 피담보채권 확정 및 채권양도사실을 통지하오니 본 건 근저당권의 피담보채권 확정과 관련하여 이의가 있으시면 본 통지서 일자의 다음날로부터 10일 이내에 이를 당사에 알려 주시기 바라며, 당사는 앞으로도 귀사와의 거래 관계를 존중, 발전시키도록 노력하고 이번 피담보채권 확정 및 채권양도로 인하여 귀사에게 어떠한 불편도 발생하는 일이 없도록 최대한 노력할 것임을 약속드립니다.

2000년 ○월 ○ 일 양도인 ○○캐피탈

2. 사모ABS 시장

한국자산관리공사와 국내금융기관들이 부실채권을 외국투자자에게 매각한 경우 외국투자자들은 저당권 양수절차상의 편의를 위해 직접 여신을 매입하기보다는 SPC에 저당권부채권을 양수시킨 후 SPC가 발행하는 ABS를 취득하는 간접투자 방식을 취하고 있다. 이러한 투자 취지상 ABS가 공모발행 절

차를 밟을 필요가 없으므로 사모발행되고 있다.

<표 3-2> 사모발행 NPL ABS

사모 발행 ABS 시장규모	KAMCO	은행	기타
1999	6,616	0	0
2000	21,965	8,947	11,166
2001	6,289	22,452	6,950

3. 우리 나라의 CMBS 발행 사례

(주)우리은행은 자산보유자로서 보유하고 있는 국제상사에 대한 168건의 리스채권, 특별채권 및 기타특별채권을 한빛제팔차유동화전문유한회사에 양도하였다. 한빛제팔차유동화전문유한회사는 (주)우리은행으로부터 양수한 상가 유동화자산 중 (주)국제상사의 정리담보권, 정리채권 및 기타의 채권과 그에 수반되거나 관련되는 모든 권리 등을 에이치케이인베스트먼트유동화전문회사에게 재양도하여 유동화증권을 사모로 재발행 하였다. 국제상사는 회사 정리 진행중으로서 정리담보권 1,098억원이 포함되었다.

발행 사모ABS는 선순위채 800억원, 중순위채 280억원 및 후순위채 240억원으로 구성되었다.

4. 계약양도에 의한 근저당권 유동화 사례

대우자동차판매(주)는 보유하는 국공채, 임대인에 대한 임차보증금반환 채권을 유동화 함에 있어 임대차계약서상의 임대차보증금반환채권611.11억원

및 동채권을 담보하기 위하여 설정된 근저당권(설정액 814.71억원)을 쓰리엔 제삼차유동화전문회사에 계약의 일부양도방식으로 양도하였다.

한빛제육차유동화전문회사의 경우도 유동화자산 중의 일부인 워크아웃 여신에 대하여 근저당권과 포괄양도담보권을 유지하기 위하여 계약양도 방식을 취하였다.

제 3 절 특례 양도를 지원하는 취득 · 등록세 감면조치

1. 취득세

취득세는 부동산, 차량, 건설기계, 임목, 항공기 등의 취득에 대하여 부과되는 지방세로서 일반세율이 2%이나 대도시 과밀억제권 역내부동산을 본점/주사무소 용으로 매입하면 취득세가 3배로 중과되며 이는 내국인, 외국인에 공히 적용된다.

정부는 자산유동화를 지원하기 위하여 조세특례제한법 제120조에서 유동화전문회사 및 주택저당채권유동화가 자산보유자로부터 2001년 12월 31일까지 유동화자산을 양수하는 경우 및 부동산 투자회사에 대한 취득세 혜택을 규정하고 있다.²⁰⁾ 동 혜택의 일몰 시한은 2001년 세제개편안에서 2003년까지 연장이 예정되어 있다.

20) 조세특례제한법 제120조 (취득세의 면제 등)

① 다음 각호의 1에 해당하는 재산의 취득에 대하여는 취득세를 면제한다.

12. 유동화전문회사가 제119조제1항제13호의 규정에 의하여 취득한 부동산

15. 주택저당채권유동화회사가 제119조 제1항 제16호의 규정에 의하여 취득한 주택 ④부동산투자회사가 취득하는 부동산 또는 제119조제6항 전단의 규정에 의한 부동산投資信託의 信託재산으로 취득하는 부동산에 대하여는 取得稅의 100분의 50에 상당하는 稅額을 감면하고, 기업구조조정부동산투자회사가 취득하는 부동산에 대하여는 取得稅를 면제한다(신설 2001.7).

2. 등록세

등록세는 재산권, 기타 권리를 보존 또는 그 이동사항을 행정관청의 공부에 등기, 등록 또는 등재하여 제3자에 대항할 수 있는 법률적 권리를 취득하는 경우에 부과하는 지방세이다. 등록세의 세율은 대상 권리별로 다르나 자산유동화의 과정에서 발생할 수 있는 소유권의 유상취득은 농지0.1%,기타 0.3%이며 저당권의 설정 및 이전은 0.2%이다.

정부는 자산유동화를 지원하기 위하여 조세감면특례법 제119조에서 유동화전문회사와 주택저당채권유동화회사가 자산보유자로부터 2001년 12월 31일까지 유동화자산을 양수하는 경우 부동산에 대하여 부동산의 소유권이전에 관한 등기, 저당권의 이전에 관한 등기, 경매신청, 가압류, 가처분에 관한 등기 또는 가등기에 관한 등록세를 면제하고 있으며 REIT에 대한 2003년까지의 등록세 면세 근거를 마련하고 있다.²¹⁾ SPC등록세 혜택에 대한 일몰시한도 2001년 세제개편안에서 2년 연장이 예정되어 있다.

21) 조세특례제한법 제119조 (등록세의 면제 등)

① 다음 각호의 1에 해당하는 등기에 대하여는 등록세를 면제한다.

13. 유동화전문회사가 자산유동화에 관한 법률 제3조의 규정에 의하여 등록한 자산유동화계획에 따라 자산보유자(또는 다른 유동화전문회사)로부터 2001년 12월 31일까지 유동화자산을 양수하거나 양수한 유동화자산을 관리·운용·처분하는 경우로서 다음 각목의 1에 해당하는 등기

가. 부동산의 소유권이전에 관한 등기

나. 저당권의 이전에 관한 등기

다. 경매신청, 가압류, 가처분에 관한 등기 또는 가등기

16.주택저당채권유동화회사법에 의한 주택저당채권유동화회사가 동법 제4조의 규정에 의하여 등록한 채권유동화계획에 따라 금융기관으로부터 주택저당채권을 양수하거나 양수한 주택저당채권을 관리, 운용, 처분하는 경우로서 다음 각목의 1에 해당하는 등기: 소유권 이전, 저당권의 이전, 경매신청, 가압류, 가처분에 관한 등기 또는 가등기

⑥부동산투자회사가 취득하는 부동산(地方稅法 제112조제2항 각호의 1에 해당하는 부동산을 제외한다. 이하 이 항 및 제120조제4항에서 같다) 또는 大統領令이 정하는 부동산投資信託의 信託재산으로 취득하는 부동산에 관한 登記에 대하여는 登録稅의 100분의 50에 상당하는 稅額을 감면하고, 기업구조조정부동산투자회사가 취득하는 부동산에 관한 登記에 대하여는 登録稅를 면제한다. 이 경우 地方稅法 제138조제1항의 稅率을 적용하지 아니한다(신설 2001.7).

3. 농어촌특별세

농특세는 농어업의 경쟁력 강화와 농어촌 산업기반시설의 확충 및 농어촌 지역 개발사업을 위하여 필요한 재원 확보를 목적으로 제정된 것으로 조세특례제한법, 관세법 또는 지방세법에 의하여 소득세, 법인세, 관세, 취득세 또는 등록세가 부과하지 아니하거나 경감되는 경우에 부과하는 세금이다. 세율은 0.2%와 0.1%의 두 가지가 있으나, 유동화전문회사의 경우에는 동법 4조8호의 2에 근거하여 이를 비과세하여 자산유동화를 지원하고 있다.²²⁾

4. 자산유동화법 특례의 한계

1) 지상권이 설정되어 있는 경우

특례절차에 의해 저당권은 양도되지만 지상권은 양도되지 않는다. 따라서 실무에서는 양도자가 양수자를 대리하여 지상권을 보유하고, 양수자를 위해 지상권을 행사하는 보조 계약을 체결하여 양수자를 보호하였다.

2) 근저당권의 준공유양도되는 자산 중 1개의 근저당권에 의하여 담보되는 수개의 채권 중 일부가 양도되는 경우이다. 특히 포괄근저당의 경우 1개의 근저당권으로 1인의 차주에 대하여 수개의 채권이 발생 가능하므로, 수개의 채권 중 일부가 금번 SPC에 양도되는 경우 양도자와 SPC사이에 근저당 공유에 관한 약정을 체결할 필요가 있다.

근저당권의 불가분성으로 인하여 근저당권은 그 채권액의 비율로 양도인과

22) 농어촌특별세법 4조 비과세

8호의 2. 조세특례제한법 제119조 제1항 제13호, 제16호 및 동법 제120조 제1항 제12호, 제15호의 규정에 의한 등록세 또는 취득세의 감면

양수인의 준공유가 된다. 따라서 실무에서는 근저당은 양도자의 명의로 존속 시키되, 양수자를 위하여 근저당권을 공유하는 계약을 체결하여 양수자를 보호하였다.

3) 등기특례의 사후관리 문제

(1) 경매 신청

저당권부 채권을 양수한 유동화전문회사는 저당권이 그 명의로 이전되어 있지 아니하여도 경매를 신청 가능하다. 대법원의 등기선례는 저당권부채권이 법률의 규정에 의하여 이전되는 경우에는 저당권도 등기 없이 이전되므로 채권양수인은 저당권 이전의 부기등기 없이 경매신청을 할 수 있다. 이 경우 채권양수인은 그 승계를 증명하는 서류를 첨부해야 하는데, 이는 양도등록을 하였음을 확인하는 금융감독원장의 확인서가 인정된다.

(2) 저당권의 소멸

저당권부 채권이 변제되면 이를 담보하는 저당권도 소멸하게 된다. 이 경우 특례에 따라 생략된 저당권 이전등기를 먼저 경료한 후에 말소등기를 경료해야 하는지에 관하여 의문이 제기된다. 민법 187조는 상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다 고 규정하고 있다. 유동화회사로 근저당권 이전의 부기등기를 경료하지 않는 상태에서 말소등기 절차를 밟는 것이 민법 제187조 단서에 위반하는 것인지 문제된다.

제 4 장 결론

제 1 절 우량여신의 저당권 유동화에 따른 문제

1. 우량여신의 유동화 필요성

금융기관 입장에서 기존 BIS기준에서 기업신용에 대해서 일률적으로 100%의 위험가중치를 적용하던 것을 신BIS기준에서는 차주의 신용등급별로 위험가중치를 차등 (20%,50%,100%,150%) 적용하도록 변경기준이 제안된 상태이다. 따라서 여신 금융기관들은 자산 운용전략을 수정해야 하며, 정상 여신에서도 유통시장을 활성화할 필요가 있다.

여기에서 근저당권의 피담보 채권 확정 문제가 발생한다. 채무자인 대출고객의 입장에서는 근저당권에 의하여 기존 채무가 근저당권의 채권최고액에 미달하는 경우 동 범위 내에서 기존의 근저당권을 담보로 하여 신규 채무를 일으킬 수 있을 것으로 기대한다. 그러나 근저당권의 양도 이후에는 양도시점의 채권액으로 확정되므로 신규채무 활용은 불가능해지므로 확정에 대하여 반발할 우려가 있다.

그 이유는 채무자의 입장에서 근저당권이 확정되기 전에는 기발생한 채권의 금액이 근저당권의 채권최고액에 미치지 아니하는 경우 동 범위 내에서 기존 근저당권을 담보로 하여 신규 채무를 일으킬 수 있으나, 일단 근저당권이 확정되면 신규차입을 위해서는 새로운 근저당권을 설정해야 하므로 절차가 번거롭고 비용이 추가로 소요되기 때문이다. 실제로도 유동화를 위한 근저당권의 확정 통지에서 신규차입을 원하는 채무자들로부터 이에 관한 민원이 제기된 바 있다고 한다. 은행 여신의 상당부분이 포괄근 또는

한정근저당인 점을 고려하면 근저당권의 확정은 은행의 자산유동화에 상당한 제약요소가 될 수 있다.

자산유동화법의 특례에 의한 근저당권 양도는 소위 부실채권에 대한 ABS형태에만 해당되는 사항이고 우량여신이나 ABS법에 의하지 않은 저당권 유동화는 어려운 상황이다.

계약 양도에 의한 법률구성을 고려할 수 있겠으나 이는 채무자나 근저당권설정자의 동의를 전제로 하므로 다수 여신을 일괄 양도하는 자산유동화에는 용이한 법률구성이 아니다.

따라서 개정 민법에 의한 근저당권의 원활한 확정 양도 절차가 요구된다.

2. 미국식 CMBS는 우리 나라에 도입이 부적절

미국의 상업용부동산저당채권(CMBS : Commercial Mortgage Backed Securities)시장의 주류는 빌딩소유권에는 변동 없이 빌딩에 대한 저당권부채권에 근거한다. .

CMBS에서는 부동산에 대한 세입자들과 체결하는 임대차계약이 CMBS원리금 상환을 위한 임대수입원을 구성한다. 따라서 부동산의 질, 입지, 세입자의 신용도 등이 CMBS의 신용등급 판정에 중요한 요소가 된다. 만일 세입자들이 임차료 납부를 연체하거나 당해 지역 부동산시장에 공급이 과잉되어 임대시세가 하락하는 경우 CMBS의 상환재원이 되는 현금수입원이 위태로워진다.

1) 미국 CMBS에 편입되는 저당권의 원천

증권화되는 Pool을 구성하기 위해서 저당권을 은행 및 보험사로부터 양수

하게 된다. 양수 기준은 담보부동산이 지역별 및 부동산 형태별로 다변화되며 대출 실행 이후에 이자 납부 실적이 양호해야 한다는 것이다.

유동화 대상 여신은 은행 및 S&L외에 보험사들이 제공하며 LTV는 60~65% 수준으로서 Cap Rate 및 Debt Coverage 비율을 사용하여 현금흐름을 분석하여 결정한다. LTV는 State Regulation에 의해 75%로 규제되다가 84년에 제한이 철폐되었으나 보험업계는 75% 수준을 지키고 있다.

보험사의 여신 금리는 국채+일정 스프레드이며 은행은 프라임레이트+스프레드로 결정된다. 상환조건은 전통적으로 25~30년 의 장기에 걸쳐 원금분할상환 조건이었으나 보험사가 금리Match를 선호함에 따라 10년 이내로 단기화되었고, 여신기관은 여신을 연장하면서 스프레드를 조절할 수 있다.

또한 보험사의 만기Match를 위하여 여신은 일정기간 동안 조기상환 금지조건부이며, 금지기간이 풀린 이후에도 1~5%의 조기상환 수수료가 부과된다. 여신기관들은 사전 동의 없이는 후순위채무 차입을 불허한다. 허용하는 경우에도 Debt Coverage를 총채무 기준 선순위채무보다 낮게(통상 1.15배)로 하고 만기도 선순위보다 길게 설정해야 한다.

(1) 부실여신

미국 RTC는 파산 금융기관의 자산 처리 위임을 받아 1992년 발행의 70% 및 93년의 30%를 차지하여 초기 발행을 주도하였으나 부실 처리가 진전되면서 꾸준히 감소하였다.

(2) 대출기관 소유 여신

13건에서 200건까지 다양한 물건들이 Pool에 편입되었는데, 양도 주체는 주로 보험회사들이었다. 대출기관들의 입장에서 개별 여신은 매각하기 어려우므로 Pooling하여 CMBS채권으로 발행해야 한다는 면은 주거용 저당권에

서보다 더욱 절실하다. 특히 대출 실행 이후 금리가 하락한 경우에는 CMBS Pool에 편입하면서 Capital Gain을 실현시킬 수 있는 것이다.

(3) 다가구주택(미국에서는 상업용으로 분류)

(4) 최근에는 다양한 자산 혼합(Multiasset class) pool, 단일차주 여신, 단기여신 등으로 발전하고 있다. 단일 여신의 경우 다양한 용도의 다수 세입자용 건물이어야 한다.

상업용 Mortgage의 건당 금액이 커 가용건수가 주거용 대비 작으므로 자산혼합에 의한 위험분산에는 한계'가 있었으나, 패키지 규모가 확대되자 증권화 비용이 감소되어 경쟁력이 생겨났다. 1998년의 평균Pool규모는 8.6억달러에 달하였으며, 같은해 고액발행 10건 중 9건이 20억달러를 초과하였다.

2) 우리 나라의 CMBS여건

포괄근저당권이 인정되는 우리 나라에서는 추가대출 실행 시점에서 후순위 근저당권자나 제3취득자가 있어도 그들의 동의 없이 근저당권에 의하여 담보되는 여신거래를 채권자와 채무자간에 계속할 수 있다.

이에 따라 빌딩에 여러 순위의 근저당권과 전세보증금이 얹혀 있으므로 권리가 복잡하고 근저당권의 양도가 곤란하다.

반면 미국에서는 근저당의 개념이 없고 저당권의 이전도 서명 및 교부에 의해 가능하다. 캘리포니아 주의 제도금융에서는 위탁자로 하여금 후순위의 담보권을 설정할 수 없도록 하는 후순위담보설정제한조항(Due on encumbrance Clause)을 두는 경우가 있다. 이는 채권자의 이익을 보호하기 위함이나 위탁자의 재산 처분의 자유를 제한한다. 법원은 합리성이 없을 때에는 위탁자의 재산권 처분에 대한 불합리한 제한으로 본다.

후순위담보권 설정의 제한뿐만 아니라 선순위의 담보권이 있는 경우에는 그 선순위 담보권을 모두 소멸케 한 후에 담보신탁을 설정하도록 약정한

다.²³⁾

따라서 우리나라에서는 국제상사 사례와 같이 회사정리중인 법인이 담보 소유자가 아닌 한은 미국식의 CMBS가 발달할 여지가 없다. 또한 우리 나라에서는 미국과 같이 담보물 포트폴리오 내에서 저당권의 공동담보 (Cross-Collateralization)를 활용할 수 없어 신용보완 수단에 한계점이 있다

이러한 국내 상업용 부동산의 위험으로 인하여 우리나라에서 CMBS가 발행된다면 후순위채 설정에 의한 초과담보 제공 비중이 선진국에 비해 매우 클 것이며, 부동산관련 ABS 발행건에서도 높은 후순위 비중이 실제로 나타나고 있다.

제 2 절 CMBS를 대체하는 부동산 유동화 대안

1. 기존 저당권 설정계약의 재계약

대출채권의 양도방식에는 채권(債權)의 양도, 참가계약(Sub-Participation), 경개(更改, novation) 등이 있다²⁴⁾ 경개(更改, novation)는 당사자 전원의 동의

23) 김상용, 전계서, p. 27.

24) • 채권의 양도 : 당사자간의 합의에 의해 채권자의 지위를 제3자에게 이전시키는 계약이다.

• 참가계약(參加契約, Sub-Participation) : 기존대출과 동일한 조건으로 대출을 원하는 제3자가 확보되었으나 차입자는 신규차입을 원하지 않고 기존대출자는 동 대출의 매각을 원하는 경우이다. 즉, 기존대출자와 신규대출자간의 필요가 일치하므로 신규대출자는 기존대출자에게 별도의 특수조건(Non-Recourse) 대출을 제공하여 기존대출의 경제적 효과를 이전받는 것이며, 기존대출자는 채무자로부터 원채무 변제를 받는 경우에만 신규대출자에게 상환의무를 지는 계약으로서 신규대출자는 최초대출자의 최초대출에 참여하는 결과가 된다.

참가자는 차입자에 대한 직접적인 법적 관계가 없어 기존대출자와 차입자 중 어느 하나라도 파산할 경우 대출금 회수가 어렵게 되므로 이중의 신용위험을 부담하게 된다. Participation은 채무자에게 통지되는 경우와 통지되지 않는 경우(Silent Participation)가 있다.

하에 새로운 대출계약으로 교체하는 것이다.

민법의 근저당권 조항이 개정될 경우 기존의 대출계약에 만기가 도래하여 대출을 연장할 경우 재계약을 통한 Novation을 확보해야 할 것이며, 이 때 근저당권설정계약서도 동시에 정비해야 할 것이다.

2. 저당권 대신 소유권의 유동화

저당권의 유동화가 어려움에 따라 우리 나라에서는 빌딩의 소유권에 대한 Credit Lease만이 발달하고 있다.

1) 미국의 빌딩 소유권에 대한 증권화

빌딩 소유권 자체에 대한 양도가 발생하는 Sales and Lease-back 방식인 Credit Lease가 존재하고 있다. 미국에서도 Wal-Mart 및 K-Mart등의 유통업체, Bell Atlantic 및 First National Bank of Chicago등의 기업들은 점포와 사무실을 Sale & Leaseback거래로 부동산 소유권을 SPC에 양도하고, SPC가 임대채권에 대한 ABS를 발행하였다. 이러한 Credit Lease의 증권화에서는 부동산 평가요소는 약하고 주로 임차인의 신용도에 의존하여 발행되었다.

2) 저당권의 유동화 대 소유권의 유동화 비교

저당권은 이미 부동산에 대한 소유권이 유동화된 상태로 볼 수 있다. 따라서 저당권 유동화의 주체는 소유자가 아닌 저당대출자이다. 반면 소유권을 유동화 할 때에는 소유자가 유동화가 주체가 되어야 하므로, 당해 부동산에 설정된 기존 저당차입의 해소가 전제가 되므로 기존 저당권이 양도되는 것이 아니라 소멸해야 한다. 또한 임대보증금 채무도 반환 의무가 있다.

우리 나라의 빌딩 소유권 증권화의 경우 대기업의 사옥들을 대상으로 하였

으므로 기존저당의 해소금액과 임대보증금 채무의 비중이 작았으나 대기업이 아닌 건물주들의 경우 소유권 증권화의 실익이 작을 가능성이 클 것으로 보인다.

또한 기존의 저당채무는 모두 사전에 정리되어야 하고, 증권화 이후에 새로운 채권자(ABS보유자)에 의해 근저당권이 재설정되는 점에서 법률적인 효율성에 한계가 있고, 등록세 이중부담 발생의 문제점이 지적된다.

<표 4-1> 빌딩 소유권의 증권화 및 순조달액 현황

	빌딩가격	보증금공제	순 조달액
대우증권사옥	476.19억	임대보증금114억,대우증권전세보증금75.4억원	286.7억원
코오롱무교동사옥	625억원	임대보증금39.1억,코오롱보증금9.4억원	576.46억원
벽산건설동자동	700억원	제3자 87.55억(월임대료 1.78억원 월관리비 1.29억원) 벽산건설 9.5억 공제	602.95억원. 단, 선순위근저당862.1억원 및 2백만달러중 임대차보증금을 피담보채권으로 하는 근저당 27.6억원을 제외한 근저당권은 양도 직전까지 말소
골드금고	240	제3자 임대보증금 부담10.8억원 및 골드금고 임차보증금 5.68억원	223.5억원
갑을 서린동사옥	352.8억원	제3자 임대보증금채무 7.6억원 및 갑을임대보증금 7.85억원	337.3억원. 단,전액 기존저당권해지에 사용
현대상선무교동	351.9억	임대보증금채무 34.54억원 및 원상복구비용1.73억원을	315.63억원.단,전액기존 부동산담보신탁해지에 사용
로담코여의도	210	7.5억원	202.5억 단,선순위근저당과 가압류467.1억을 해지하였음
동양증권사옥	650억원	임차보증금90.01억원을 공제	559.987억원
삼성생명38건	3,206	248억원	2,958억원
두산건설역삼동	766.86억원	제3자 임대보증금41억원과 두산건설 임대보증금 52.96억원	

3. 전세권을 목적으로 하는 근저당권의 유동화

우리 민법상 지상권 또는 전세권을 객체로 하여서도 근저당권을 설정할 수 있다.²⁵⁾

전세권이 담보물권으로서의 성질이 있으므로 전세권은 그 부종성에 의하여 전세금 반환채권과 함께 근저당권의 객체로 할 수 있다. 이때 근저당권은 전세금 반환채권에서도 당연히 그 효력이 미친다.

따라서 전세권을 목적으로 하는 근저당권의 설정에 있어서는 전세권의 존속기간이 만료하여도 전세권설정자는 전세금을 전세권자에게 반환하여서는 안된다. 그러나 실제로는 전세권설정자가 전세금을 전세권자(즉 근저당권설정자)에게 반환할 가능성이 있으므로 이를 대비하여 근저당권자 또는 근저당권설정자가 전세권설정자에게 근저당권 설정을 통지하거나 전세권설정자가 이를 승락한 때에 근저당권자는 전세권 설정자에 대하여 전세금 반환을 직접 청구할 수 있도록 규정하고 있다(민법 개정안 제371조 제2항).²⁶⁾

우리나라의 전세권 유동화에서 저당권에 의하여 건물주에 대한 신용 위험 문제를 해결한다 하더라도 보증금, 권리금 제도에서는 월세 제도하에서는 없던 자금운용 금리에 대한 새로운 위험을 발생시킨다. 따라서 전세가 월세조건으로 바뀌어야 CMBS발행이 활성화 될 수 있을 것이나 이는 단시간에는 불가능할 것이다. 따라서 그 대체안으로서 전세금 반환채권의 증권화가 이루어진 것이다.

25) 第371條 (地上權, 傳賃權을 目的으로 하는 抵當權) ①本章의 規定은 地上權 또는 傳賃權을 抵當權의 目的으로 한 境遇에 準用한다.

②地上權 또는 傳賃權을 目的으로 抵當權을 設定한 者は 抵當權者의 同意없이 地上權 또는 傳賃權을 消滅하게 하는 行爲를 하지 못한다.

26) ③傳賃權을 目的으로 하는 抵當權에 있어서 抵當權者 또는 抵當權設定者가 傳賃權設定者에게 抵當權設定을 通知하거나 傳賃權設定者가 이를 承諾한 때에는 抵當權者는 傳賃金返還債權을 직접 請求할 수 있다.

그러나 부동산 시장 관행상 전세권의 양도는 건물주의 동의 사항이므로 계열사간 임대차가 아닌 한 동의 획득은 극히 어렵다. 따라서 전세권의 증권화는 우량물건이나 계열사간 거래가 아닌한 실현성이 낮다.

<표 4-2> 전세권 및 임차보증금 반환채권 증권화 실적

유동화전문회사	자산보유자	발행일자	대상자산
엘지신한	엘지전자	2000.12.26	전세권,임차보증금반환채권
두산패스트푸드	(주)두산	2000.12.14	전세권,임차보증금반환채권
엘지화학2차	엘지화학	2001.11.29	임차보증금
쓰리엔3차	대우자판	2002.	임차보증금+국공채

발행사례 : 쓰리엔3차 유동화전문

국공채	2,182,715,000원
임차보증금반환 채권	61,111,030,000원
평가금액	58,002,609,798원
양도금액	58,002,600,000원
총건수	407건(임차보증금반환채권 367건, 국공채 40건)
선순위채권	40,000,000,000 원
후순위채권	18,002,600,000 원
유동화사채 계	58,002,600,000 원
근저당권	81,518,879,000원(총발행금액 대비 140.54%)
후순위채권	18,002,600,000원(총발행금액 대비 31.04%)
자산보유자 하자담보책임	양도금액의 15% 이내

참고 문헌

기업구조조정위원회(99.12.31), 「워크아웃 해설」

김상용(1992), 「부동산 담보신탁제도의 필요성과 법적타당성」, 대한부동산 신탁.

김상용(2001.11.6), 「한국에서의 근저당권의 운용현황과 개정 방안」, 한국자산유동화연구회 세미나 한일 부동산 담보 및 자산유동화 비교.

김재형(2001, 12.7.), 「근저당권부채권의 유동화에 관한 법적 문제와 그 대응 방안」.

김청옥 외 3인(2001, 11.), 「부실채권과 별채펀드 투자」.

박주일, 「정리담보권을 근거로 한 추가대출의 가능여부 연구」

오우미 코우지(2001, 11.6.), 「근저당권제도의 의의와 기능」, 한국자산유동화 연구회 세미나 한일 부동산 담보 및 자산유동화 비교.

임정근(2002), 「포괄근저당의 피담보채무 해석 사례」, 금융감독원.

전국경제인연합회(2002.6), 「기업퇴출제도의 개선방안」

한국토지신탁(1997), 「담보신탁업무 처리 요령」.

한국토지신탁(1997), 「부동산 담보신탁 업무 해설」.

한국토지신탁, 「부동산 담보신탁 업무 해설」.

황동룡(1996.10-11), 「근저당권의 채무자, 채권자 변동과 대책」, 월간 경영 법무

針塚遵(2001, 5.5), 「갱생담보권의 취급」, 금융법무사정.

White, John R(1993), The Office Building, Counselors of Real Estate.

ABSTRACT

A Study on Korean Mortgage Securitization

Kim, Kyu-Jinn

Major in Real Estate Financing

Graduate School of Real Estate

Hansung University

In Korea, there was much talk than done on mortgage securitization. The reason was due to the peculiar Keun Mortgage system existing in Korea and Japan. Keun mortgage secures loans with varying amount again and again during a period (which need not be defined) and the borrowers can borrow more if the collateral value goes up. But due to the fact that lender bank is in the stronger position than borrower, a strange situation resulted in; borrowers create subordinated mortgage and lenders enjoy secured status than unsecured even though the value of the collateral was questionable for repayment of the subordinated debt.

This was the reason why a Mortgage Backed Securities was not created in Korea.

But after the crisis in 1998, Korean government enacted strong measures to create MBS and hence resolve the credit crunch.

The Asset Securitization Law stipulated a special process of Keun Mortgage transfer with transfer tax exemption, and the Court ruled that

Keun mortgage of bankrupt debtors are easily transferable. By this measures, huge amount of Korean Keun Mortgages were securitized and helped much of the Korean credit crunch.

But due to the abuse of Keun mortgage, American style Commercial Mortgage Backed Securities are not suitable in Korea. Even though there is a case of CMBS on Kukje building mortgage, the debtor is under bankruptcy court supervision hence an extraordinary case.

As CMBS was not available, cash hungry debtors turned to securitization of owner-ship of buildings, and lenders recovered money from the securitization proceed of the debtors as outstanding mortgage clearance is the pre-condition for ownership securitization. This kind of Credit Lease is easily seen in America.

Also in Korea, there is a system of Chunse(Key money deposit), where the tenant pays several years rent in advance and in lump sum. On this receivable, the tenants can secure mortgage from the landlord as well. The tenants securitized these receivables based on the mortgage. This kind of asset and securitization does not exist in America.