

Chapter 9 The Rights to mortgages in the Chinese Jus Rerem

제9장 중국의 저당권

I. 중국 저당제도의 개관

1. 저당권 제도의 역사

21세기 초두에 제정된 중국의 물권법은 앞으로 동북아는 물론 세계 경제에 많은 영향을 끼칠 것은 분명하다. 세계 경제의 4위의 대국인 중국은 그동안 이를 뒷받침할 만한 물권법이 없어서 사유재산의 보호에 대한 불안감마저 있었으나 이제 각계각층의 다양한 의견을 모두 반영하여 이를 2007년 3월 16일 오전에 제10기 전국인대 5차회의에서 물권법을 압도적 다수로 통과시켰다. 중국이 근대적 의미의 담보관련법을 마련한 것은 1981년이며 이 때에 제정된 經濟合同法은 계약의 예약금(定金) 담보와 보증담보를 규정하였지만 기타 형식의 담보에 대해서는 규정하지 않았고, 1986년에 제정된 民法通則은 보증, 예약금, 저당권(抵押權)과 유치권(留置權)이 등 네가지 담보방식을 규정하면서 질권(質權)을 저당권부분에 포함시켜 질권의 독자성을 인정하지 않았다.¹⁾ 1992년에 사회주의 시장경제건설의 목표를 제기한 중국은 시장경제 발전에 적절히 대응하기 위하여 담보법을 1995년부터 시행하였다. 이는 채권의 실현을 위한 담보방식을 모두 통합하여 완전한 담보제도를 구성하였기 때문에 人的擔保, 物的擔保 및 金錢擔保를 구분하지 않고 제1장 총칙, 제2장 보증, 제3장 저당(抵押), 제4장 질권(質押), 제5장 유치, 제6장에 예약금(定金)을 규정하였다.²⁾

담보물권의 법적지위에 관하여 민법전의 통합을 논의하면서 이어졌는데 먼저 담보물권을 채권적인 권리(債法)라고 보는 西南政法大學 李開國教授는 “저당, 질, 유치 및 양도담보 등 담보방식은 물권법에 넣지 않는 것이 좋다”고 주장하였다.³⁾ 또한 전국인대 상무위원회 법률위원회의 軍華는 “담보물권은 완전히 채권에 융합될 수 있기 때문에 독립적으로 존재할 필요가 없다”⁴⁾고 주장하였다. 그러나 현재의 다수설은 담보물권은 물권법에 규정해야 한다는 주장이다. 中國社會科學院의 梁慧星教授는 “담보법 중 보증과 예약금 규정은 채권편에 속하고, 저당권, 질권과 유치권 규정은 물권편에 속한다”⁵⁾고 하며, “담보물권의 권리 성질 및 성립의 法定性을 고려하여 용의물권과 같이 물권편에 규정하여야 한다”고 주장하였다.⁶⁾ 中國人民大學 法學院 王利明教授는 “물권법에 담보물권제도가 없다면 완비된 물권법체계를 형성할 수 없게 된다”⁷⁾고 하여 물권법에 규정할 것을 주장하였다.

중국 담보법과 부동산관리법은 모두 담보물권에 관하여 규정하고 있는데 물권법은 이러한

1) 陳祥健主編, 担保物权研究(中国檢察出版社, 2004), 17면.

2) 上揭書, 19면.

3) 중국은 이미 담보법을 제정하면서 세가지 담보를 규정한 상황에서 다시 저당권, 질권, 유치권을 물권법에 규정하는 것은 더더욱 적절하지 않다. 왜냐하면 이렇게 한다면 두개의 단행법에 모두 저당권, 질권, 유치권을 규율하게 되기 때문이다. 저당권, 질권, 유치권의 물권성으로부터 출발하여 저당, 질, 유치를 물권법에 규정하더라도 금후 민법전을 편찬할 때에 고려할 수 있는 것이다. 李開國, “关于我国物权法体系结构的思考”(现代法学, 2002年8月 第24卷 第4期), 15면.

4) 중국의 민법전에 유치권을 채권의 담보부분에 둔다면 아주 좋은 것이다. 다만 민법을 모방하여 물권에 규정할 필요는 없다. 軍華, “民法典制订之焦点”(法学, 2002年第4期), 56면.

5) 梁慧星, “制定民法典的设想”(现代法学, 2001年4月 第23卷 第2期), 3면.

6) 上揭論文, 5면.

7) 王利明, “中国民法典的体系”(现代法学, 2001. 8月 第23卷 第4期), 53면.

담보법과 부동산관리법의 내용을 승계 및 수정을 통하여 물권법 제4편 담보물권 중 제15장 “일반 규정“과 제16장 “저당권“을 넣음으로써 저당권에 관한 기본규칙을 일괄 규정하였다.⁸⁾ 다만, 물권법의 주요 내용 중 담보물권에 대한 규정은 담보법상의 저당권, 질권, 유치권의 내용을 대부분 규정하였지만 담보법에는 물권법의 영역이 아닌 보증과 예약금에 관한 규정이 독자적으로 규정되어 있기 때문에 물권법의 제정으로 인하여 담보법이 자연적으로 폐지될 수는 없다. 따라서 담보법이 개정되어 담보물권에 포함된 부분이 삭제되기 전까지는 담보법과 물권법 중의 담보물권에 관한 규정이 병존하는 양태가 존재하게 되는 것이다.⁹⁾

2. 담보법 적용에 관한 해석

중국의 법률해석체계는¹⁰⁾ 그 해석 주체에 따라 입법해석¹¹⁾, 행정해석¹²⁾, 사법해석으로 나눌 수 있다. 이 중 사법해석은 국가의 사법기관만이 할 수 있다. 재판업무의 필요에 따라 재판시에 제출하는 규범, 의견은 ‘규정’의 형식을 취한다. 최고인민법원, 해방군 군사법원의 재판업무 중 구체적으로 적용하는 법률문제의 문의에 대한 답변은 ‘회답’의 형식을 취한다.¹³⁾

복잡한 저당권의 담보문제를 적절히 운영하기 위하여 중국은 1995년 10월 1일부터 시행하고 있는 담보법과 그 담보법의 적용에 따른 여러 가지 복잡한 문제들을 해결하기 위한 최고사법기관의 해석규정인 ‘최고인민법원의 중화인민공화국 담보법적용에 관한 여러 문제에 대한 해석’¹⁴⁾(이하 ‘法釋44호’이라 함) 및 물권법을 제정, 운용하고 있다.

II. 중국의 저당권 제도

1. 의의

담보물권이란 채권의 실현을 담보하기 위하여 채무자(債務人) 또는 제3자가 제공한 특정한 물건 또는 권리에 설정한 제한물권인데¹⁵⁾ 담보법상에는 저당권, 질권, 유치권을 규정하

8) 崔建远, “中国物权法领域抵押权的主要内容与拓展方向”(民事法學 제39-2호, 韓國民事法學會, 2007), 187면.

9) 金容吉·張松青, 中國의 擔保物權制度(成均館法學 第19卷 第1號, 成均館大學校 比較法研究所, 2007), 249면.

10) 1949년 중국이 성립된 이래 중국의 헌법과 법률은 법률해석문제에 관하여 여러 규정을 두었다. 1979년과 1983년 개정된 법원조직법 제33조는 “최고인민법원은 재판과정에서 어떻게 구체적으로 법률, 명령을 적용할 것이냐에 관하여 해석을 한다”고 규정하였다. 전국인대 상무위원회는 1955년 1981년에 연이어 두 차례 법률해석문제에 관하여 특별결의를 하였다. 특히 1981년 제5기 전국인대 상무위원회 제19차 회의에서 통과된 법률해석업무 강화에 관한 결의는 중국의 법률해석업무에 대하여 비교적 전면적인 규정을 하여 중국 법률제도의 기본적인 틀을 형성하였다. 董立坤, 中國內地와 香港의 法律衝突 및 調整(法務部, 2006), 116면.

11) 입법해석은 입법기관이 법률조문의 의의에 대하여 설명하는 것이다. 2000.3.15 제9기 전국인대 제3차 회의에서 통과된 중국 立法法은 “법률해석의 절(제2장 제4절)”에 입법해석의 내용, 절차 및 해석기관에 대하여 전면적으로 규정하였다.

12) 행정해석은 재판 및 검찰업무에 속하지 않는 기타의 법률을 어떻게 구체적으로 적용하느냐에 관한 문제로 국무원 및 주관부에서 해석을 한다. 행정해석은 매우 복잡한 문제로서 입법해석과 사법해석과는 차이가 크다.

13) 董立坤, 前掲書, 119면.

14) 最高人民法院关于适用<中华人民共和国担保法>若干问题的解释은 2000.12.8일에 공포되어, 그해 12.13일부터 시행되었다.

15) 梁彗星·陈华彬, 物权法(第四版), 法律出版社, 2007, 301면; 王利明, 物权法论(修订本)(中国政法大学出版社, 2003), 539면.

고, 특별법상으로는 선박우선권 및 항공기우선권을 규정하고 있다. 그러나 담보법은 이미 10년이 지나서 일부 내용은 사실과 부합하지 않게 되었기 때문에 물권법은 중국의 담보물권제도를 진일보하는 방향으로 제정되었다.¹⁶⁾ 즉 물권법은 담보법을 토대로 재판실무에 관한 내용을 보충하여 담보제도를 완비함으로써 용자를 촉진하고 경제를 발전시키도록 하였다.¹⁷⁾ 물권법은 담보법의 일부 내용을 수정하였기 때문에 두 개의 법률이 저촉될 수 있는데 물권법 제178조는 이 경우를 상정하여 물권법의 시행 이후에도 담보법은 여전히 유효하지만 담보물권에 관한 부분에서 서로 저촉되는 경우에는 물권법을 우선 적용하도록 하고 있다. 한편, 저당권은 채무의 이행을 담보하기 위하여 채무자 또는 제3자가 재산의 점유를 이전하지 않고 채무자가 만기채무를 이행하지 않는 등의 경우에 채무자가 담보로 제공한 목적물에 대하여 다른 채권자에 우선하여 자기 채권의 변제를 받을 수 있는 권리를 말하는데, 이 경우 채무자 또는 제3자가 저당권설정자(抵押人)이고 채권자는 저당권자(抵押權人)이며 담보물은 저당목적물(抵押物)이다. 담보법 제53조에 따르면 “채무이행기간이 만료되었는데도 저당권자가 채권을 변제 받지 못했을 경우에는 저당권설정자와 협의하여 법에 의하여 저당권 또는 질권을 실행할 수 있다”고 하는데 실무적으로는 이행기간 만료로 저당권자가 변제를 받지 못하는 상황까지 기다리지 않는 경우도 있다.¹⁸⁾ 물권법은 당사자간 저당권실행의 약정을 인정함으로써 담보법의 규정을 진일보하여 완비하였는데 이는 채권자의 이익보호에도 도움이 된다. 채무자 또는 제3자에게 처분권이 있는 일정한 재산은 저당권을 설정할 수 있는데, 토지소유권과 경작지, 주택용지 등 집체소유의 토지사용권 및 기타 사회공익시설 등은 물권법상 저당권을 설정할 수 없다(제184조). 중국 물권법 규정 중 가장 특이할 만 것이 浮動擔保制度이다.¹⁹⁾ 浮動抵當이란 권리자가 현존 및 장래에 가지게 될 전부 또는 일부 재산으로 그의 채무를 위하여 담보를 제공하는 것을 가리키는데, 이는 주로 중소기업과 농민들의 대출의 어려움을 해결하기 위한 것으로,²⁰⁾ 기업용자에 있어서 커다란 가치를 가지고 있기 때문에²¹⁾ 국제적으로 크게 주목받고 있다.²²⁾ 물권법이 이렇게 새로운 유형의 저당권을 규정하였지만 이에 대한 문제점도 많다고 할 수 있다.²³⁾

2. 저당권의 특성

저당권은 전형적인 담보물권으로서 담보물권이 갖는 일반적인 성질로서 종속성, 불가분성과 물상대위성²⁴⁾을 특성으로 들고 있으나 특정성을 들고 있는 학자도 있다.

16) 王勝明主編, 中華人民共和國物權法解讀(中國法制出版社, 2007), 377면.

17) 中華人民共和國物權法(中國法制出版社, 2007), 46면.

18) 程嘯, “物權法對抵押權制度的六個重大改進”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=31922>

19) 浮動擔保制度는 英國의 衡平法에서 기원한 擔保制度로서 미국, 캐나다, 호주 등 대다수의 영미법계 국가에서 도입하였고, 일부 대륙법계국가에서도 제도적으로 도입하거나 또는 판례로 정착되고 있다. 金容吉, “코먼로상 浮動擔保에 관한 考察”(中央法學 제6집 제3호, 中央大學校, 2004), 239면.

20) 全國人大常委會法制工作委員會民法室編, 前揭書, 327면.

21) 浮動擔保는 기업의 擔保價値를 충분히 이용가능하고, 자본의 融通을 촉진하며, 편리하고 아주 유익한 담보형식이다. 申衛星 傅穹 李建华, 物權法(法律出版社, 2003), 334면.

22) 張影, “浮動抵押的價值取向及其移植借鑒”(經濟研究導刊, 第5期(總第6期), 2006, 90면.

23) 梁彗星 教授는 물권법에서 浮動擔保의 규정을 삭제할 것을 강력하게 주장하였다. 梁彗星 “物權法草案(第六次審議稿)的修改見”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=30135>

24) 梁彗星 陳華彬, 前揭書, 308면.

가. 종속성(부종성)

1) 성립상의 종속성

종속성이란 주채권의 존재를 전제로 해서만 담보물권이 존재할 수 있는 성질을 말한다. 즉 저당권은 주채권이 존재하여야 비로소 존재하며, 주채권이 존재하지 않으면 저당권은 존재하지 않게 된다.²⁵⁾ 저당권 설정시 당사자간에 명확한 약정이 있을 경우 채권자는 채권범위 내의 저당권의 권리만을 부여 받는다.(물권법 제 173조 단서규정, 담보법 제46조 단서규정). 따라서 설정자의 동의가 없으면 채권자 및 채무자는 설정자의 저당권 담보범위내에 속하지 않는 부분은 인정되지 않는다. 또한 당사자간에 저당권 담보범위를 약정하지 않은 경우는 채권의 증가 및 감소에 따라서 저당권이 상응하여 변화한다. 채무이행기간이 만료되었는데도 저당권자가 채권을 변제 받지 못했을 경우에는 설정자와 협의하여 저당물을 환가 또는 경매, 매각하여 우선 변제받을 수 있다(담보법 제53조 ①, 물권법 제170조).

2) 소멸상의 종속성

담보법 제52조는 “저당권과 당해 담보채권이 동시에 존재하는 경우에 채권이 소멸되면 저당권도 따라서 소멸된다”고 하고 있고, 물권법 제177조 제1호는 “주채권이 소멸된 경우에 담보물권은 소멸된다”고 규정하고 있다. 주채권의 소멸원인으로는 처분배상(淸償), 면제, 혼동, 상계, 채권 소멸시효, 주계약 무효, 철회 또는 해제 등이 있다. 저당권과 주채권은 주채권이 소멸할 경우 저당권도 따라서 소멸한다. 이러한 경우의 종속성은 엄격성이 요구된다.

3) 실행상의 종속성

저당권의 처분, 이전 등 실행에 있어서 종속성은 양도의 종속성을 말한다. 담보법은 “저당권은 채권으로부터 분리하여 단독으로 양도하거나 기타 다른 채권의 담보로 사용할 수 없다”(물권법 제192조, 담보법 제50조)고 규정하고 있는데 이는 저당권자가 주채권의 양도나 기타 다른 채권의 담보로 사용하는 경우에는 저당권이 소멸할 수도 있다는 것을 나타낸다. 즉 담보하는 채권의 이전이나 기타 채권의 담보만 구속할 수 있다는 것을 의미한다. 이런 경우 저당권과 채권이 분리되어 다른 채권의 담보가 되거나 저당권이 양도될 수 있거나 또는 순위 등을 포기할 수 있게 된다면 이는 더욱 복잡한 법률관계를 생성하게 되지만 실질적인 의미는 별로 없게 되기 때문이다.²⁶⁾

나. 불가분성

불가분성이란 담보물권은 주채권 전부에 대한 변제가 있을 때까지 목적물 전부에 대하여 그 효력이 미치는 것을 말한다.²⁷⁾ 중국 물권법과 담보법에는 저당권의 불가분성에 대한 규정이 없다. 다만, 담보법 제51조 제2항에 “저당물의 가치감소가 설정자의 과실이 아닐 때 저당권자는 설정자가 입은 손실의 범위내에서 담보제공을 요구할 수 있다. 가치가 감소되지 않은 저당물의 부분은 계속 채권의 담보로 본다”고 규정하고 있다. 그러나 이것은 저당권의 불가분성을 나타내는 “저당물의 전부담보채권의 각 부분”에 대한 것이 아니고 “저당물의 각 부

25) 江平主编, 中国物权法教程(知識产权出版社, 2007), 431면.

26) 崔建远, 前掲論文, 189면.

27) 孔祥俊, 擔保法及其司法解釋的理解與適用(法律出版社,2001), 208면.

분 담보채권의 전부“로써 불가분성의 내용을 일부 나타낸 것에 불과하다. 한편 법석44호는 저당권의 불가분성을 인정하여 담보법과 물권법의 흠결을 보완하고 있다. 물권법은 담보법과 물권의 규정이 일치하지 않은 경우에는 물권법을 적용한다고 규정하였지만 법석44호는 물권법규정과 저촉되지 않는 경우는 유효하다고 할 수 있다. 즉 법석 제71조에 “주채권의 전부가 변제되지 않았을 때 저당권자는 저당물의 전부를 변제받을 수 있으며“(제1항), “저당물이 분할되어 부분적으로 양도하는 경우에 저당권자는 분할 또는 양도된 후의 저당물을 가지고 저당권을 행사할 수 있다“(제2항)고 규정하고 있으며,²⁸⁾ 법석 제72조 제2항은 “주채무가 분할되거나 부분적으로 양도된 경우 설정자는 그의 저당물을 담보로 하여 다수 채무자에게 채무를 이행한다“고²⁹⁾ 규정하고 있는데 이는 “저당물의 전부로 부분적인 채무를 담보“하는 측면으로 보아야 한다.³⁰⁾

다. 물상대위성

저당권은 본래의 목적물 뿐만 아니라 목적물의 멸실, 훼손, 공용징수로 인하여 설정자가 받을 보험금, 손해배상금, 토지수용금 등 목적물에 갈음하는 대표물에도 효력이 미친다. 중국 법상 담보기간 중 담보에 제공된 저당물이 멸실, 훼손 또는 공용징수된 경우에 저당권자는 해당 저당물의 보험금, 손해배상금 또는 보상금에 대하여 우선변제를 받을 수 있도록(담보법제58조, 물권법 제174조, 법석44호 제80조①)³¹⁾ 하여 담보물권의 물상대위성에 대하여 명확하게 규정하였다. 다만, 저당물에서의 기타 변형물들은³²⁾ 누락되었다. 저당권의 물상대위성으로 인하여 저당재산이 의외의 원인이나 제3자의 행위로 변형이 되는 경우 즉 멸실이나 가치 감소시에는 저당권의 효력이 계속 추급되며, 저당재산의 손해배상청구권을 대위할 수 있다.³³⁾

라. 특정성

물권법상 저당권의 특정성은 저당물의 특정성과 피담보채권의 특정성으로 나타난다. 우선 저당물은 저당권 설정계약시에 서면으로 특정되어야 한다. 당해 설정계약에는 저당재산의 명칭, 수량, 품질, 상태, 소재지, 소유권자 또는 사용권자에 대한 사항을 포함하여야 한다(물권법 제185조 제2항 제3호 및 담보법 제39조 ① 제3호). 설정계약서는 등기시에 필요한 문서이며, 등기부상에 기재된 사항들은 설정계약의 내용과 동일하게 기재되어야 한다. 다만, 부동산 저당권의 목적물인 설정자의 현재 소유한 또는 미래에 보유하게 될 생산설비, 원자재, 반제품, 제품 등 동산과 건조중인 건축물, 선박, 항공기“(제180조 제1항 제5호) 등은 자금의 수요적인 측면을 고려하여 특정없이 저당권을 설정할 수 있다. 한편, 저당권 설정계약에는 담보받는 주채권의 종류와 금액을 포함하여야 한다(물권법 제185조 제2항 제1호와 담보법 제39조 ① 제1호). 그밖에도 중국의 등기제도상 피담보 주채권의 종류를 기재하여야 한다.(중

28) 李国光·奚晓明·金剑锋·曹士兵, 最高人民法院(关于适用<中华人民共和国担保法>若干问题的解释)理解与适用, 吉林人民出版社, 2000, 264면.

29) 上掲書, 265면.

30) 崔建远, 前掲論文, 191면.

31) 李国光·奚晓明·金剑锋·曹士兵, 前掲書, 287면.

32) 저당물이 가옥인 경우에 가옥이 훼손되어서 벽돌, 기와, 문, 창틀, 기둥 등으로 변한 것이다. 벽돌, 기와, 문, 창틀, 기둥 등은 각각의 부동산이 아닌 또한 부동산의 일부도 아닌 각각 하나의 동산으로 본다.

33) 江平, 前掲書, 433면.

국 동산저당등기방법 제6조 ①). 이는 저당권의 피담보채권의 특정성을 나타낸 것이다.³⁴⁾

3. 저당권의 성립

가. 저당권설정계약

저당권은 저당권 설정에 관한 양당사자인 채권자와 채무자간에 저당권설정계약을 통하거나 저당권설정자의 유언에 의하는데, 일반적으로는 저당권설정계약을 통하여 저당권을 설정하게 된다. 담보물권을 설정하는 경우 물권법과 기타 법률규정에 의거하여 담보계약을 체결하여야 하며(물권법 제172조①), 설정계약은 서면으로 작성하는 계약서, 전보, 팩스, 전자정보교환, 전자우편 등이 있고(물권법 제185조①), 담보조항(계약법 제11조, 담보법 제93조)이 포함된다. 계약조항은 일반적으로 피담보채권의 종류와 금액, 채무자의 채무이행 기한, 저당재산의 명칭, 수량, 품질, 상태, 소재지, 소유권의 귀속 또는 사용권의 귀속, 담보범위 등이 포함되는데³⁵⁾ 이는 예시규정으로 볼 수 있다. 이와 달리 담보법은 저당계약조항에 담보받는 주채권의 종류와 금액, 채무자가 채무를 이행하는 기한, 저당물의 명칭, 수량, 상황, 장소, 소유권자 또는 사용권자, 저당담보의 범위, 기타 당사자가 약정해야 한다고 여기는 사항을 포함하도록 하고 있다(담보법 제39조 제1항). 한편 담보법 제39조 제2항에서 규정한 “저당권설정계약이 제1항에서 규정하는 내용을 전부 다 완비하지 못할 경우에는 이를 보완할 수 있다”라는 내용을 물권법에서는 승계하지 아니 하였다.

나. 저당권의 관계자

1) 저당권자의 권리

가) 저당권의 처분권

저당권이 설정되어도 저당권자는 목적물을 점유하는 것이 아니다. 따라서 저당권설정자는 목적물을 사용, 수익할 수 있고, 저당권자는 보유 저당권에 대해 처분할 수 있다. 즉 처분권능에 의하여 저당권자는 저당권을 실행할 수 있다. 이러한 처분으로는 저당권의 양도, 채권으로의 담보, 포기 등이 있다.³⁶⁾ 우선 저당권은 일종의 재산권으로 양도할 수 있다. 이 경우 저당권은 당해 담보하는 주채권과 일괄하여 양도해야 한다(물권법제192조, 담보법제50조). 저당권의 양도는 절대적 효력이 생기며 등기가 효력발생의 요건인 경우 미등기되면 물권변동의 효력이 생기지 않는다. 또한 등기가 대항요건이면 미등기인 경우 제3자에 대항할 수 없다. 저당권 우선순위의 양도는 당사자간에만 그 효력이 생긴다. 한편, 채권자가 담보물권을 포기했을 때에 담보물권은 소멸한다(물권법제177조 제3항).

나) 보전저당권의 권리

① 가치의 감소를 방지하는 권리

저당권설정자가 저당물의 가치를 감소하게 하는 행위를 하는 경우 저당권자는 이를 저지해야 할 필요가 있다.³⁷⁾ 물권법 제193조는 “저당권설정자의 행위가 저당권설정재산의 가치를

34) 崔建远, 前掲論文, 189~190면.

35) 江平, 前掲書, 435면.

36) 梁彗星陈华彬, 前掲書, 322면.

감소시킬 가능성이 높은 경우, 저당권자는 저당권설정자에 대해 그 행위를 중지토록 요구할 권리가 있다”고 규정하고 있다. 저당물의 가치감소를 방지하기 위한 권리가 성립하기 위하여는 우선 저당권설정자의 행위로 초래 된 것이야 한다. 여기서 저당권설정자는 채무자, 물상보증인이나 저당물의 제3취득자 등이 있다. 저당물의 가치감소가 저당권설정자의 고의이건 과실이건 또는 설정자를 위한 행위이건 아니건 간에 묻지 않고 저당권자는 저당물의 가치감소 방지청구권을 행사할 수 있으며, 저당물 가치감소를 초래하는 행위가 저당물의 일부분에 해당하여도 가능하다. 아울러 저당권자는 저당권설정자 이외의 제3자에 대해 방해배제 또는 위험제거청구권을 행사할 수 있다(물권법 제35조). 다음은 저당권설정자의 행위가 반드시 저당재산의 감소를 가져와야 한다.³⁸⁾ 저당권설정자의 정상적인 저당재산의 이용에 부당한 간섭이 되지 않기 위해서는 설정자의 행위가 저당재산의 훼손, 멸실 또는 가치감소의 가능성 또는 위험성을 초래할 가능성이 있어야 한다. 저당물의 가치감소 방지청구권은 소송 또는 비소송의 방법으로 청구할 수 있다.

② 저당물 가치회복청구권 또는 담보물보충청구권

설정자의 행위가 저당물의 가치감소를 이미 야기한 경우에는 저당권자에게 저당물 가치회복청구권 및 증가담보청구권을 부여한다.³⁹⁾ 물권법은 “저당권설정자의 행위가 저당재산의 가치를 충분히 감소시킬 수 있을 경우에 저당권자는 설정자에게 저당재산의 가치를 회복시키거나 또는 감소된 가치에 상당하는 담보를 제공받을 권리가 있다. 설정자가 저당재산의 가치를 회복하지 않고 담보제공도 하지 않을 경우 저당권자는 채무자에게 만기 이전에 변제토록 청구하는 권리를 보유한다”(제193조)고 규정하고 있다. 저당재산의 가치회복 방법은 저당물에 대한 원상회복 뿐만 아니라 저당물의 가치를 회복하는 여러 가능한 조치를 모두 포함한다. 이에겐 고의로 저당물을 파손하는 등 유형적인 훼손 뿐만 아니라 무형적으로 훼손하여 가치를 감소하게 하는 경우도 해당한다. 저당권자는 저당물의 가치회복 청구권을 행사할 수 있으며, 감소된 가치에 상당하는 담보제공 요구를 선택적으로 행사할 수 있다. 담보제공은 물적담보와 인적 담보, 보증을 모두 포함되며 감소된 가치에 상당한 것이면 된다.

③ 저당권침해에 대한 손해배상청구권

물권을 침해하여 권리자에게 손해를 입혔을 경우에 권리자는 손해배상을 청구할 수 있고 또한 기타 민사상 책임을 부담하는 것을 청구할 수 있다(물권법 제37조). 즉 저당권자는 저당권이 침해를 받았을 경우에 불법행위에 기한 손해청구권을 행사할 수 있다.

④ 물권적청구권

물권은 일정한 물건을 직접 지배하고 아울러 그 이익을 얻는 권리이므로 누군가가 그러한 지배상태나 이익을 방해하는 경우에는 당연히 그러한 방해자에 대하여 방해제거 또는 방해예방이나 손해배상을 요구할 수 있어야 한다.⁴⁰⁾ 물권법 제35조는 이런 경우에 방해제거청구권, 위험제거청구권, 방해예방청구권을 규정하고 있는데 이를 당연히 저당권의 보호에도 적용할 수 있다.

37) 上揭書, 324면.

38) 上揭書, 325면.

39) 上揭書, 325면.

40) 上揭書, 326면.

2) 저당권설정자의 권리

가) 동일 저당물에 여러 저당권의 설정

저당권설정자가 담보한 채권은 저당물의 가격을 초과할 수 없으며, 재산을 저당한 후 재산의 가격 중 채권을 초과하는 부분은 다시 저당할 수 있지만 담보하는 채무가 그 남은 금액을 초과해서는 안 된다(담보법 제35조). 이러한 법조항은 저당권설정자가 동일 저당물에 대하여 수개의 저당권을 설정할 수 있는 기회를 크게 감소시켰다. 따라서 오늘날 중국은 사회주의 시장경제 체제가 이미 확립되어 점차 개선되어 가는 시점에 있으므로 이러한 규정은 이미 적절하지 않다.⁴¹⁾ 그 이유는 우선 저당재산 가치를 높게 유지하기 위해서 재산 감정을 수시로 해야 하는데 이는 거래비용을 높이게 되어 실효성이 별로 없다. 둘째, 저당권설정은 사적자치의 영역이기 때문에 당사자의 의사자유를 충분히 존중해야 한다. 셋째, 과액저당권 설정의 금지는 채무자 용자를 크게 제한하여 중국 경제생활에서의 저당권이 활용되지 못하는 결과를 가져왔다. 넷째, 등기기관들이 저당재산에 대한 감정평가를 강제적으로 요구하여 심지어 년1회씩 평가받도록 하여 심각한 비용을 초래하게 되었다. 이러한 이유로 물건법에서는 명확히 과액저당금지 규정을 폐지하고 설정자에게 낮은 가격의 저당물을 이보다 높은 가격의 채권을 담보하는 것을 허락한 것이다.

나) 용익물권의 설정

부동산소유자는 소유부동산에 용익물권을 설정할 수 있다.⁴²⁾ 부동산소유자 또는 처분권자로서의 저당자설정자도 당연히 저당부동산에 용익물권을 설정할 수 있으나 중국에 있어서 토지 등의 자연자원은 국가 또는 집단소유에게만 귀속된다. 사회주의 중국의 특수한 상황으로 인해서 부동산 저당권설정자는 저당물에 건설용지사용권, 택지(宅基地)사용권, 해역사용권 등 용익물권을 설정할 가능성은 적다. 그러나 물건법상으로 지역권, 건설용지사용권자는 당해 사용권에 저당권설정을 한 후에 지역권을 설정할 수 있다.

다) 임대저당물

저당권설정자는 저당물의 소유자 또는 처분권자로서 저당권설정으로 인하여 저당권의 용익물권을 상실하지는 않는다. 저당권자는 채무자가 채무불이행 또는 약정한 저당권실행 사유가 생겨 저당물이 압류될 때까지 당해 저당물을 임대하여 법정과실을 얻을 수 있다(물권법 제197조제1항, 담보법 제47조제1항). 저당권설정계약을 체결하기 전에 저당재산을 이미 임대한 경우에는 원임대차관계는 당해 저당권의 영향을 받지 않는다.⁴³⁾ 저당권을 설정한 후에 저당재산이 임대된 경우, 당해 임대차관계는 이미 등기한 저당권에 대항할 수 없다(물권법 제190조).

라) 저당물양도의 권리

저당권설정기간에 저당권설정자는 저당권자의 동의를 얻은 후에 저당물을 양도할 수 있다

41) 崔建远, 前掲論文, 214면.

42) 梁彗星陈华彬, 前掲書, 317면.

43) 崔建远, 前掲論文, 215면.

(물권법 제191조).⁴⁴⁾ 이는 설정자의 저당물양도의 권리에 대한 제한으로서 저당권의 추급적 효력을 인정하지 않는 것이다. 물권법의 이러한 규정은 담보법보다 더 엄격한 것으로 보인다. 담보법은 “저당권설정자가 저당권 존속기간내에 이미 등기한 저당물을 양도하는 경우에는 저당권자에게 이를 통지하고, 양수인에게 저당물이 이미 저당설정되었음을 통지하여야 한다(제49조 제1항)고 규정하여 통지만으로 저당물을 양도할 수 있도록 하고 있다. 저당권 설정기간 중에 저당권설정자는 저당권자의 동의를 거치지 않고는 저당채산을 양도할 수 없다. 한편, 저당권설정자가 저당권자의 동의를 거쳐 저당채산을 양도하는 경우에는 저당권설정자는 양도로 취득한 대금을 저당권자에게 기한 전에 변제하거나 또는 공탁해야 한다. 이와 같이 물권법은 담보법에 비하여 저당권설정자의 저당물양도에 대하여 상당히 보수적인 입장을 취하고 있다.⁴⁵⁾

다. 저당권의 등기

1) 등기의 효력 발생요건과 대항요건

건설용지사용권, 건축물과 기타 토지의 부착물, 입찰, 경매, 또는 공개합의 등 방식으로 취득한 황무지 등 토지도급경영권에 대해서 저당권을 설정하는 경우에는 설정등기를 하여야 한다. 등기하지 않는 경우 저당권의 효력이 발생하지 않는다.⁴⁶⁾ 다만, 저당권설정등기를 하지 않더라도 당사자간의 저당권설정계약의 효력에는 영향을 주지 않는다(물권법 제15조). 한편, 물권법 제188조 및 제189조 제1항은 저당등기의 대항요건에 대하여 규정하고 있다. 즉 건물과 기타 지상물, 건설용지사용권, 토지도급경영권, 생산설비, 원자재, 반제품, 제품, 교통운송수단 및 건설중인 선박, 항공기를 저당한 경우 또는 제181조의 동산으로 저당한 경우에 저당권은 저당권설정계약의 효력이 발생한 시점부터 설정되며 미등기시에는 선의의 제3자에 대항할 수 없도록 하고 있다.⁴⁷⁾

2) 저당권 등기소

중국은 오랫동안 부동산등기제도를 통일하지 못하고 있다.⁴⁸⁾ 물권법 제10조 제2항은 “국가는 부동산의 통일등기제도를 실시한다. 통일등기의 범위, 등기기관 및 등기방법에 대해서는 법률, 행정법규로 정한다”고 정하고 있으나, 아직 통일된 저당권 등기소가 담당하지 못하고 오랫동안 행정기관이 등기업무를 처리하여 왔다. 중국의 현행법에 의하면 부동산물권등기에 대해서 직권을 사용하는 기관은 국토관리기관, 가옥관리기관, 광산관리기관, 水行政機關, 漁政管理機關과 임업관리기관 등이 있는데 토지, 가옥, 광산자원, 수자원, 산림자원과 그에 관해 발생하는 물권 혹은 준물권에 대해서 등기관리권을 행사한다.⁴⁹⁾ 즉 토지의 경우 토지행정관리부문에 의해 관리되며, 토지사용권등기도 역시 토지관리부가 담당한다. 임목은 임업관리부에 의해 관리되며, 임목소유권의 등기와 관련된 것은 임업관리부에서 담당한다.⁵⁰⁾ 가

44) 梁彗星陈华彬, 前掲書, 317면.

45) 崔建远, 前掲論文, 215면.

46) 江平, 前掲書, 441면.

47) 上掲書, 441면.

48) 王利明, 中国民法典草案建议稿及說明(中國法制出版社, 2004), 406면.

49) 梁彗星陈华彬, 前掲書, 85면.

50) 중국은 등기를 여러 행정기관에서 담당하기 때문에 행정관리의 기능상 신속하고 편리하지만 공시체계상으로

옥은 각성의 건물관리부에서 관리하며, 產權登記 또한 각 해당부문에서 담당한다.⁵¹⁾ 즉 물권법과 담보법 등 관련법률에 따르면 등기가 필요한 저당권은 여러 기관에서 등기해야 한다.

첫째, 건축물이 저당물인 경우에는 縣급 이상의 지방정부에서 규정한 등기소에서 등기하여야 한다 (도시부동산관리법 제61조 ①). 담보법은 “동시의 부동산 또는 鄉, 鎮, 村의 공장 등 건축물을 저당하는 경우에, 현급 이상의 지방정부에서 지정하는 기관에서 저당권설정등기를 한다”(제42조 제2항)고 정하고 있다. 둘째, 기타 토지부착물이 저당물인 경우에는 여러 기관이 있다. “기타 토지부착물”은 林木, 토지와 미분리 농작물과 토지에 부착된 건축물의 기타 부속적인 시설을 가리킨다. 산림자원자산저당등기방법 제7조는 “산림자원자산의 저당권설정 등기관련업무는 현급이상의 지방정부의 임업주관기관의 자산관리부에서 등기업무를 처리한 후에 林權證을 발부한다”고 규정하고 있다. 토지와 미분리 농작물에 저당권을 설정하는 경우 그 등기소는 명확히 규정이 없다. 셋째, 건설용지사용권이 저당물인 경우에는 토지행정관리부문이 등기를 담당한다. 중국 토지관리법 제5조는 국무원 토지행정주관부문에서 전국토지의 관리와 감독을 통일 담당하되 현급 이상 지방정부의 토지행정주관부문은 국무원의 해당 규정에 의거하여 설치하도록 하고 있다. 1986년 이전에는 통일된 토지관리기관이 없어 여러 기관에서 분산, 관리함으로써 복잡하고, 줄속으로 관리되어 농지의 임의점유와 토지남용의 경우가 많았다. 1986년 국가토지관리국이 설립되어 토지의 통일적인 관리가 가능하게 되었다. 1998.3월 제9회 전국인대 제1차 회의에서 국토자원부를 설립하여 전국의 토지자원계획, 관리, 보호 및 합리적인 이용을 담당하고 있다. 넷째, 생산설비, 원재료, 반제품, 상품이 저당물인 경우에는 공상행정관리부문이 등기를 담당하고 있다. 기업동산저당등기방법규정 제3조 제1항은 “기업의 설비와 기타 동산을 저당할 경우, 재산소제지의 공상행정관리부문에서 등기를 하여야 한다. 기업의 설비와 기타 동산의 저당은 항공기, 선박, 차량 이외의 기타 기업동산의 저당과 기업의 설비, 원재료, 반제품 및 상품, 기타 저당 가능한 동산을 말한다”고 규정하고 있다. 특히 물권법은 浮動抵當의 등기기관을 저당권 설정자의 주소지 소재 공상행정관리부인 것을 명확히 규정하였고, 일반동산저당의 등기소도 공상행정관리기관이다.

다섯째, 차량, 선박과 항공기 등 교통운수수단이 저당물인 경우 등기는 운수수단의 등기소이다. 차량은 기동차와 비기동차가 있는데 기동차는 승용차, 물품운송, 공사작업 등으로 도로에서 운행할 수 있는 구륜식 차량을 말하며 비기동차는 인력차, 장애인 기동휠체어, 전동자전거 등이다. 중국 기동차등기방법은 기동차는 공안기관교통관리부문의 차량관리소에서 관리하고(제4조) 기동차를 저당설정을 할 경우에도 같다. 비기동차의 저당권설정등기는 규정이 없으나 동산의 저당권설정의 관한 규정에 따른다. 선박은 20톤 이하의 소형선박의 경우 중국 어업선박등기조례의 규정에 따라 등기소는 어업행정주관부문이 담당한다. 그 이상의 대형선박은 중국 해상법제3조 및 중국선박등기조례 제2조의 규정에 따라 저당권 설정등기소는 선적선박 등기기관이다. 항공기는 민용항공기만 등기가 가능하다. 중국 민용항공법 제16조는 “민용항공기에 저당권을 설정하는 경우, 저당권자와 설정자가 공동으로 국무원 민용항공기 주관부문에서 저당권설정등기를 한다”고 규정하고 있다.

는 많은 문제점이 발생하고 있다. 부동산을 서로 다른 정부기관에서 각각 관리하므로 인하여 통일된 공시방법을 갖추기가 어려우며, 또한 이로 인해 많은 투기등기 현상이 생긴다. 또한 등기소가 분산되었기 때문에 당사자가 이와 관련된 등기내용을 열람하기에 불편하고 거래당사자에게 충분하고도 완전한 정보를 제공하기 매우 어렵다. 金容吉, 中國의 不動產登記制度(土地法學 제23-1호, 韓國土地法學會, 2007), 110면.

51) 王利明, 我國民法典重大疑難問題之研究(法律出版社, 2006), 335면.

4. 저당권의 효력

가. 저당권의 효력이 미치는 범위

1) 종물

가) 물권법은 저당권의 효력이 저당 부동산의 종물에 미치는가에 대하여 규정하지 않았다. 예를 들어 건물에 설치된 보일러 또는 주유소의 주유기에 대해서도 저당권의 효력이 미치는가에 대한 현행 법규정은 없다.⁵²⁾ 그러나 법석44호 제63조에서 이를 명확하게 규정하였다. “저당권을 설정하기 전에 이미 저당부동산의 종물이었을 때에는 저당권의 효력이 이에 미친다. 그러나 저당부동산과 그의 종물을 2인 이상이 소유하고 있을 경우에는 저당권의 효력이 그의 종물에 미치지 아니 한다”고⁵³⁾ 하였는데 이는 저당권을 설정하기 이전에 저당물의 종물이 이미 있었기 때문에 두개의 물건 상호간에 의존관계에 의해 결정된 것으로 봄으로써 저당권의 효력이 당해 종물에 미친다고 하는 것이다. 한편, 현행법은 저당권을 설정한 후에 새로 생긴 종물에 대하여도 그의 효력이 미치는가에 대해서도 규정하지 않았는데⁵⁴⁾ 법률전문가들은 이에 대해 부정적인 관점을 가지고 있다.⁵⁵⁾

나) 종(從)된 권리에도 저당권의 효력이 미치는가에 대해 물권법 제165조는 “지역권은 단독으로 저당하지 못한다. 토지도급경영권, 건설용지사용권 등을 저당하는 경우 저당권이 실행될 때 지역권도 함께 양도한다”고 규정하고 있는데 이는 토지도급경영권의 저당권, 건설용지사용권의 저당권을 실행할 때에 그의 효력은 종된 권리에도 미친다는 것을 나타낸 것이다.⁵⁶⁾ 다른 권리에 의존하는 권리를 종된 권리라 하고, 그 다른 권리를 주(主)된 권리라고 한다. 예를 들어 원본채권은 주된 권리이고, 이자채권은 종된 권리이다. 따라서 종된 권리는 주된 권리를 보조하기 위하여 존재하는 권리로서, 종된 권리와 주된 권리의 관계는 종물과 주물의 관계와 구분되어야 한다. 즉 종된 권리는 자기만의 독립된 효용가치를 가지고 있으며 반드시 주된 권리와 결합해야 것은 아니다. 주된 권리 또는 그의 목적물을 저당하였을 때에 저당권은 그 종된 권리에도 효력이 미친다.

2) 부합물, 혼합물, 가공물

담보법과 물권법은 부합물, 혼합물, 가공물에 저당권의 효력이 미치는가에 대해 규정하지 않았다. 법석44호 제62조는 “저당물이 부합, 혼합 또는 가공으로 인하여 저당물의 소유권이 제3자의 소유로 되었을 경우, 저당권의 효력은 그에 대한 보상금에 미친다. 저당물의 소유자가 부합물, 혼합물 혹은 가공물의 소유자인 경우에는 저당권의 효력이 부합물, 혼합물 및 가공물에 미친다. 제3자와 저당물소유자가 부합물, 혼합물, 가공물을 공유하는 경우에는 저당권의 효력은 설정자의 공유물에 대한 공유의 지분에 미친다”고⁵⁷⁾ 하고 있다. 부합물과 저당물의 소유권이 하나로 합쳐지는 과정에서 저당물의 부합으로 인하여 저당권이 소멸되지는

52) 崔建远, 前掲論文, 199면.

53) 李国光·奚晓明·金剑锋·曹士兵, 前掲書, 246면.

54) 崔建远, 前掲論文, 199면.

55) 李国光·奚晓明·金剑锋·曹士兵, 前掲書, 248면.

56) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 314면.

57) 李国光·奚晓明·金剑锋·曹士兵, 前掲書, 243면.

않는다. 따라서 저당권의 효력은 부합물에 미친다. 그리고 저당권에 혼화가 일어난 경우에도 저당권은 혼화물 모두 전부에 미치므로, 저당권은 혼화가 일어났다고 해서 소멸되지 아니한다. 한편 가공물을 제3자와 설정자가 공유하는 경우에 가공물이 저당물 이외의 물건과 하나로 되었을 때 저당권의 효력은 가공물에 미치지 않는다. 법률에 다른 규정이 있거나 당사자간 약정된 경우 이외에 가공물과 저당물이 하나로 되었을 때에만 저당권의 효력이 설정자의 당해 공유물에 지분에 미친다.

3) 과실

과실은 天然果實과 法定果實로 나누어지며,⁵⁸⁾ 과실에는 저당부동산의 압류가 있을 때까지 저당권의 효력이 미치지 않는다. 물권법 제197조는 “채무자가 만기 채무를 이행하지 않았거나 또는 당사자가 저당권의 실행을 약정한 사유가 발생하여, 저당재산이 인민법원에 의해 합법적으로 압류된 경우에, 압류일로부터 저당권자는 당해 저당재산의 天然果實 또는 法定果實을 취득할 권리가 있다. 다만, 저당권자가 법정과실을 변제해야 하는 의무자에게 통지하지 않은 경우는 예외로 한다”(제1항)고 규정하고, “진행에서 규정한 과실은 우선 과실수 취비용에 충당하여야 한다”(제2항)고 규정하여 저당권은 저당재산의 과실에 효력이 미치도록 하고 있다.⁵⁹⁾ 천연과실이 분리되기 전에는 저당물의 일부분으로 보아 저당권의 효력이 미치지만, 분리되어 독립되었을 경우에는 효력이 미치지 않을 것이다. 저당권을 설정한 후에 저당물의 점유, 사용, 수익의 권리는 설정자에게 속한다. 그러나 저당권자가 실행기일을 고의적으로 지연시켜 더 많은 과실을 취득하려는 경우를 대비하여 담보법 제47조 제1항은 “채무이행기간이 만료 되었음에도 채무자가 채무를 이행하지 않아서 저당물이 인민법원에 의해 압류되어, 압류일로부터 저당권자는 저당물에서 분리되어 나온 천연과실 및 저당권자가 가질 수 있는 法定果實을 취득할 수 있다”고 규정하고 있다.⁶⁰⁾ 저당권이 설정된 후에 인민법원으로부터 압류되기 전에 저당물상에 전세권, 임차권 등이 설정된 경우 저당권자는 압류된 시일부터 저당물과 분리된 천연과실을, 저당권설정자는 저당물로부터 법정과실을 수취할 수 있다. 한편, 저당물의 압류사실을 제3자에게 통보하지 않으면 사소한 분쟁과 손실이 발생되므로 담보법 제47조 제1항에 통지의무를 부과하고 있다. 물권법 제197조 제1항도 이러한 담보법의 규정을 계승하였다.

4) 저당토지상의 건물

가옥 등의 건축물을 설정자가 저당권을 설정을 하였을 경우 설정 후 토지상에 증축한 건축물은 저당권의 효력이 미치는가에 대하여 물권법은 명확하게 규정하지 않았다.⁶¹⁾ 물권법 제200조는 “건설용지사용권을 저당한 후에 당해 토지상에 새로 증축한 건물은 저당재산에 속하지 않는다. 당해 건설용지사용권에 대해 저당권을 실행할 때에는 당해 토지상에 새로 증축한 건물을 건설용지사용권과 함께 처분하여야 한다. 다만, 신규로 증축한 건축물로 취득한 대금으로부터 저당권자는 우선변제 받을 권리가 없다”고 규정하고 있다.

58) 江平, 前掲書, 449면.

59) 梁彗星陈华彬, 前掲書, 315면.

60) 全国人大常委会法制工作委员会民法室编, 中华人民共和国物权法条文说明-立法理由及相关规定(北京大学出版社, 2007), 198면.

61) 崔建远, 前掲論文, 205면.

나. 우선변제적 효력

1) 우선변제의 순위

물권법은 각 권리에 대해 어떠한 순위나 기준으로 등기순위를 정하는지를 직접적으로 규정하지 않았으나, 부동산물권의 경우에는 부동산등기부에 기재된 시간 전후에 의거하여 동일한 재산상에 있는 수개의 저당권의 순위를 정하는 것이 중요하다. 그것은 저당권의 순위를 확정하는 것이 바로 각 저당권자가 당해 저당물에 대해 우선변제를 받는 순서를 정하는 것이기 때문이다. 동일 저당물에 2인 이상의 채권자를 위해 저당권이 설정된 경우, 저당재산의 경매, 환가처분으로 취득한 대금은 먼저, 저당권이 이미 등기되어 있는 경우에는 등기의 선후 순위에 따라 변제하고, 순위가 동일한 경우에는 채권비율에 따라 변제한다. 그리고 저당권이 이미 등기된 것은 미등기에 우선하여 변제 받으며, 미등기된 경우에는 채권비율에 따라 변제한다(물권법 제199조).

2) 순위승진의 원칙

선순위 저당권이 소멸시에 후순위 저당권이 순위승진이 되는가에 대해서 저당권 순위고정주의와 저당권 순위승진주의가 있다. 물권법은 저당권 순위승진주의를 채택한 것으로 보인다. 그것은 첫째 주채권이 소멸되거나 채권자가 당해 담보물권을 포기하였을 경우에 담보물권은 소멸된다(물권법 제177조). 그리고 저당권은 담보된 채권과 동시에 존재하며 채권이 소멸되면 저당권도 따라 소멸된다(담보물권 제52조). 둘째, 물권법이 저당권 순위승진주의를 채택한 것이 아니라면 물권법 제194조 제2항에서 “채무자가 자기재산에 저당을 설정하고, 저당권자가 당해 저당권, 저당순위를 포기하는 경우 기타 담보자는 저당권자가 우선변제의 권능을 상실하는 범위 내에서 담보책임을 면제 받는다. 다만, 기타 담보자가 계속 담보제공을 승낙하는 경우에는 제외한다”라고 규정하지 않았을 것이기 때문이다.⁶²⁾

3) 저당권순위의 변경 및 포기

저당권자와 저당권설정자는 합의를 통해 저당권의 순위 및 담보된 채권액 등의 내용을 변경할 수 있다. 다만, 기타 저당권자의 서면 동의없이 저당권을 변경할 경우 기타 저당권자에 대해 불리한 영향을 미쳐서는 안된다(제194조 제1항). 채무자가 자기재산에 저당권을 설정하고 저당권자가 당해 저당권, 저당권순위를 포기하거나 저당권을 변경할 경우에 기타 담보자는 저당권자가 우선변제의 권능을 상실하는 범위 내에서 담보책임을 면제받는다. 다만, 기타 담보자가 담보의 제공을 승낙하는 경우는 예외로 한다(제194조 제2항). 여기서 저당권 순위의 포기는 저당권자가 저당권의 순위를 포기를 말하며 상대적 포기와 절대적 포기로 나누어 진다.⁶³⁾ 상대적 포기는 동일한 저당물에서 선순위인 저당권자가 특정한 후 순위인 저당권자의 이익을 위하여 자신의 우선변제이익을 포기하는 행위이며, 절대적 포기는 저당권자가 전체 후 순위 저당권자의 이익을 위해 자신의 우선변제이익을 포기하는 것이다. 저당권자가 저당권순위를 상대적으로 포기한 경우 선순위를 포기한 저당권자는 이로 인하여 이익을 갖게 되는 후 순위의 저당권자와 동일한 순위에 있게 되고, 양자는 각자의 순위에서

62) 중국 현행법에서 아직 소유자의 저당권에 대한 규정이 없기 때문에 물권법 등 법률에서 저당권 순위승진주의를 채택한 것으로 보인다. 崔建远, 前掲論文, 207면.

63) 梁彗星陈华彬, 前掲書, 323면.

배분 받을 수 있는 금액을 합계한 뒤에 각자의 채권 비율에 따라 변제를 받는다. 절대적 포기일 경우 선순위를 포기하는 저당권자는 원래의 선순위에서 최후 순위로 가게 된다. 한편, 저당권순위의 변경은 동일한 저당물에 여러 저당권자가 자신들의 저당권순위를 상호 교환하는 경우를 가리키는데 저당권순위의 변경은 절대적 효력이 생긴다. 즉 변경 당사자간에 우선변제 받을 이익에 변화를 가져올 뿐만 아니라, 동일한 저당물에 기타 저당권자 및 제3자의 법률적 위치에도 커다란 영향을 가져온다. 따라서 저당권의 순위변경이 성립하려면 요건이 필요하다. 우선 변경을 희망하는 전후 순위에 있는 동일 저당물의 저당권자들 간에서 변경에 대한 합의를 하여야 한다.⁶⁴⁾ 그리고 기타 이해 관계자의 동의를 거쳐야 한다. 여기서 이해 관계자란 대개 순위 변경으로 저당권이 담보하는 채권에 대해 질권을 가지고 있는 자, 해당 담보채권을 압류한 채권자, 순위변경이 생긴 저당권 순위의 양도인, 순위변경으로 인하여 이익을 얻은 기타 보증인, 공동 저당자를 말한다. 저당권 순위변경의 효과는 순위 승진된 저당권이 후순위가 된 저당권의 이전의 순위를 취득하게 되며, 이러한 승진된 저당권의 순위는 후순위 된 저당권의 이후의 법률행위의 방법으로 인하여 폐지되거나 상실되지 않는다.⁶⁵⁾

5. 저당권의 실행

가. 저당권의 실행

담보법 제53조 제1항은 저당권실행에 대해 먼저 소송절차를 거쳐서 확정된 승소판결을 받고 다음에 다시 법원에 강제집행을 신청하도록 하고 있다. 강제집행절차에서도 법원이 직접 하는 것이 아니라 법원이 지정한 평가기구에서 담보물을 평가하고, 경매회사를 지정하여 담보물을 경매하기 때문에 담보물권을 실행하려면 소송비용, 평가비용, 경매비용과 강제집행비용⁶⁶⁾납부하여야 한다.⁶⁷⁾ 그러나 물권법은 저당권자 및 기타 채권자의 이익을 보호하기 위하여 담보법의 본래의 규정의 기초위에서 저당권실행의 조건, 방식과 절차에 대하여 진일보하여 완비하였다. 물권법 제195조에 의하면 채무자가 만기채무를 이행하지 않거나 또는 당사자가 약정한 저당권의 실행사유가 발생한 경우에 저당권자는 설정자와 합의하여 당해 저당재산을 환가하거나 또는 경매, 매각대금으로 우선변제를 받을 수 있다(물권법 제195조 제1항). 여기서 당사자가 약정한 저당권의 실행사유가 발생한 경우는 채무자가 지정일자에 이자를 지불하지 않고 기간을 도과한 때로서 채권자는 계약해지 및 채무자에게 위약책임을 질 것을 요구할 수 있고, 이때 저당권자는 그의 저당권을 실행시킨다. 또 저당권설정계약시 설정자에게 저당물에 대해 보험을 들도록 약정하고, 이를 지키지 않을 시에 저당권을 실행시킨다. 다만, 저당권자가 설정자와 저당권의 실행방법을 합의하지 못하면 저당권자는 법원에 저당재산의 경매 또는 환가처분을 청구할 수 있는데(제195조 제2항) 이는 저당권자가 소송을 제기할 필요없이 법원에 저당재산의 경매 또는 환가처분을 신청할 수 있다는 것이다.⁶⁸⁾ 저당권의 실행에는 법률상의 특별한 제한이 없어야 한다. 특별한 제한은 주로 기업의

64) 上掲書, 322면.

65) 崔建遠, 前掲論文, 209면.

66) 高聖平, “擔保物權編: 經濟發展的推進器”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=31923>.

67) 一審, 二審 및 強制執行 등 많은 절차를 반드시 거쳐야 하기에 抵當權 등 擔保物權의 실행기간이 매우 길다. 王軍, 劉振宇, “論完善我國抵押權的實現方式—兼評擔保法第53條”(經濟師, 2004年 第8期); 程嘯, “現行法中抵押權實現制度的一些缺陷及完善”(法學雜誌, 2005年 第3期), 21면.

구조조정기간 중에 담보물권의 행사는 잠시 중단되기도 한다(중국 기업과산법 제75조 제1항). 법석44호 제74조는 당사자간의 약정이 없는 경우 경매, 환매에서 받은 대금의 구체적인 분배에 대해 우선 저당권실행시의 비용, 주채권의 이자, 주채권 순서로 변제충당순서를 정하고 있다.⁶⁹⁾ 중국 최고인민법원집행규정 제49조 제2항은 경매에서 얻은 대금은 우선 강제집행에 드는 비용을 지불하게 하고 있는 이는 공익적 비용지출이 전체 채권자에 대한 이득이 되기 때문이다. 담보법 제56조는 구획에 의한 국유토지사용권을 경매하여 얻은 수입은 법에 따라 납부해야 할 토지사용권 양도금을 납부한 후 저당권자는 우선 변제를 받을 권리가 있다고 규정하고, 도시부동산법 제50조는 당해 부동산을 경매한 후 경매에서 얻은 대금 중에서 토지사용권배당금의 대금을 지불한 후에 저당권자측에 비로소 우선변제를 받게 된다고 하고 있다. 따라서 저당채권이 경매, 환가 매매의 대금 중에서 강제집행 비용을 공제한 후 저당권의 담보채권을 우선순위대로 변제를 하며, 동순위인 경우는 채권의 비율에 따라 변제받는다(물권법 제199조, 담보법 제54조).

나. 유저당의 금지

물권법은 담보법 제40조의 규정을 계승하여 유저당을 금지하고 있는데(물권법 제186조) 그것은 합법적이다.⁷⁰⁾ 그 이유는 첫째, 유저당의 금지가 채무자의 이익을 보호하기 때문에 채무자가 일시적으로 급박한 경우 큰 손실을 입는 것을 방지한다. 중국은 기업간의 상호대출을 금지하고 있어 기업이 자금이 필요한 경우에 대출이 허락되는 금융기관으로부터만 대출을 받을 수 있다. 유저당을 허락하면 금융기관들이 긴급한 자금을 필요로 하는 기업들에게 특히 중소기업들에게 유저당계약을 강제로 요구하여 가치있는 저당물을 취득하고 소액채권을 담보하게 할 수 있으며, 이행기 도래시에 채무자가 변제 못할 경우 해당 저당물의 소유권을 소유하는 등 폭취하게 된다. 이는 저당권설정자에게 중대한 손실을 입히는 동시에 민법이 추구하는 공평, 등가유상(等價有償)정신에 위배되기 때문이다. 둘째, 유저당의 금지는 국유재산 효율적으로 보호할 수 있다. 중국은 국유경제가 주도하고 있음으로 인하여 시장경제의 주체인 국유기업들이 상당한 비율을 차지하고 있다. 국유자산을 저당하는 경우가 널리 보편될 것이며, 유저당하게 될 때에 어떠한 심사도 요구되지 않는다. 따라서 유저당계약을 허여하게 되면 국유기업의 경영자들이 이러한 허점을 오용함으로써 많은 국유자산의 유실을 가져오게 되기 때문이다.⁷¹⁾

6. 특수저당

가. 공동저당

공동저당 또는 총괄저당이란 동일한 채권을 담보하기 위하여 수 개의 부동산 위에 저당권을

68) 중국 법원에서는 이를 비소송사건으로 보고 당사자의 신청에 대해 단지 형식적인 심사를 하고, 저당권, 피담보채권의 존재에 대한 실체적인 문제는 심사를 하지 않는다. 심사 후에 법원은 강제집행을 판결할 수 있으며, 해당 판결이 바로 집행의 근거가 되는 것이다. 만약 채무자나 저당권 설정자가 저당권 또는 피담보채권의 존재에 대한 실체적 법률문제에 이의를 제기한다면 이의의 소를 제기해야 하거나, 저당자가 채권자와 채무자 함께 저당권부존재의 소를 제기해야 한다.

69) 李国光·奚晓明·金剑锋·曹士兵, 前掲書, 267면.

70) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 329면.

71) 崔建远, 前掲論文, 193면.

설정하는 것을 말한다.⁷²⁾ 건물에 저당권을 설정하는 경우 당해 건물이 점하는 범위내의 건설용지사용권에도 동시에 저당된다. 건설용지사용권에 저당권을 설정하는 경우는 그 토지상의 건물도 동시에 저당된다(물권법 제182조제1항). 저당권설정자가 제1항에 따라 일괄적으로 저당하지 않은 경우에도 미저당된 재산은 동시에 저당된 것으로 간주한다(물권법 제182조 제2항). 담보법 제36조도 이와 유사한 규정을 두고 있다. 중국 현행법상으로는 건설용지사용권과 건축물을 두 개의 독립된 부동산으로 취급하고 있다. 건설용지사용권, 지상건축물 위에 동일한 채권을 담보했을 때에 공동저당권이 발생한다. 공동저당권의 효력은 경우에 따라 다르다.⁷³⁾ 우선 동일한 저당권자와 설정자가 당해 저당물의 담보채권의 지분을 약정하거나, 또는 여러 저당권자가 각 해당저당권설정자와 그가 제공한 저당물의 담보채권 지분을 약정하고 피담보채권의 한도액을 넘지 않는 경우에, 당해 채무자가 만기시 채무불이행 하였을 때에, 저당권자는 저당물 전부를 경매 또는 환가 매매를 할 수 있으나, 각 저당물 별도로 환가 매매를 하여 변제하여야 하며, 약정범위대로 각 저당물의 환가 대금으로 우선변제를 받는다. 그리고 관련 당사자가 각 저당물의 피담보 채권비율을 약정하였으나, 한정부담채권총액이 피담보채권의 한도액을 초과하였을 경우에는 한정부담채권의 지분비율로 공동저당권자의 우선변제 받을 범위를 확정한다. 또한 관련 당사자가 부분저당물을 담보하는 채권지분만 약정하였을 경우, 당해 채권지분 및 비율로 공동저당권자의 우선변제범위를 확정한다. 마지막으로 동일한 저당권설정자가 그가 제공한 각 담보물의 채권지분 또는 각기 다른 저당권설정자가 각각 제공한 저당물의 담보채권에 대해 저당권자와 약정하지 않았거나, 약정이 불분명한 경우에 채무자가 만기된 채권을 불이행하였을 때에 저당권자가 어떻게 변제받는지에 대해 물권법과 담보법에서는 다루지 못하였다. 법석44호는 “동일한 채권에 2인 이상의 저당권자가 있을 때, 당사자는 그가 제공한 저당재산이 담보한 채권지분 및 변제순위를 약정하지 않았거나 불분명한 경우, 저당권자는 그 중에 하나 또는 각각의 재산에 대해 저당권을 행사할 수 있다”(제75조 제2항)라고 하고 있다.⁷⁴⁾

나. 근저당(최고액저당)

최고액저당은⁷⁵⁾ 채무의 이행을 담보하기 위해 채무자 또는 제3자가 일정기간 내에 연속하여 발생하는 채권에 대해 담보재산을 제공하는 담보재산을 말한다. 물권법 제203조 제1항은 “채무의 이행을 담보하기 위하여 채무자 또는 제3자는 일정기간내에 연속 발생하는 채권에 대하여 담보재산을 제공하고 채무자가 만기채무를 이행하지 않거나 당사자간 약정사유가 발생하는 경우에 저당권자는 최고채권액 한도내에서 당해 담보재산에 대하여 우선 변제 받을 수 있다”고 규정하고 있다. 최고액저당권은 채권자에 대해서 일정범위내에 있는 불특정의 채권에 대해서 최고한도액을 예정하는 것이다.⁷⁶⁾ 여기서 ‘일정기간내’의 시작과 종료일(결산기일)은 당사자간에서 약정으로 정할 수 있으며, ‘연속하여 발생하는 채권’이란 저당권이 담보하는 채권이 확정되기 전의 것으로, 당해채권이 특정되어 있지 않고 변동성과 대체성이 높으며, 일정한 범위내에서 발생하거나 또는 계속 생겨나는 채권을 뜻한다. 또한 이

72) 梁彗星陈华彬, 前掲書, 335면.

73) 崔建远, 前掲論文, 224면.

74) 李国光·奚晓明·金剑锋·曹士兵, 前掲書, 276면.

75) 擔保法은 제3장 제5절에서 最高額抵當에 대해 규정하고 있고, 法釋44호에서는 상응하는 補充的 規定(제81조~제83조)을 두고 있다. 물권법에서는 이러한 규정을 승계하면서 약간의 수정을 하였다.

76) 王利明, 中国民法田草案建议稿及说明(中国法制出版社, 2004년), 426면; 梁彗星陈华彬, 前掲書, 331면.

러한 채권이 담보하는 저당권최고액이 담보하는 채권은 미래의 채권으로 채무자가 아직 이행하지 못한 확정된 채권은 이에 포함되지 않는다. 그러나 저당권최고액을 설정하기 전에 이미 존재하는 채권은 당사자 동의에 의해 담보의 채권범위내에 포함할 수 있다(물권법 제203조). ‘저당권최고액’이라 함은 저당권자가 저당권최고액에서 우선변제 받을 수 있는 채권의 최고한도액을 가리키며 저당권최고액이 실제 담보하는 채권의 액수를 가리키는 것이 아니며, 채무자가 변제해야 하는 채권액수를 가리키는 것도 아니다. 최고액저당이 실행하기 전에 확정할 수 있는 것은 설정자와 저당권자간에 약정한 ‘채권최고액한도’이다. 따라서 최고액저당의 담보채권이 만기시에, 저당권자가 그의 권리를 실행할 때에는 실제 변제해야 할 채권액이 최고채권한도액 보다 높거나, 채권최고한도액이 실제 발생한 채권액보다 높은 경우 등 두 가지의 경우가 발생할 수 있다.⁷⁷⁾ 전자의 경우 우선변제 받는 범위는 최고한도액을 기준으로 하고, 후자의 경우에는 실제 발생한 채권의 잔액으로 기준으로 하여 저당재산에 대해 우선변제를 받는다. 최고액저당에서 담보하는 것은 불특정 채권이므로 근저당설정계약 중에 채권최고액한도를 포함시켜야 하며(물권법 제203조제1항), 설정계약 중에 채권최고액한도를 약정하는 않는 경우 특성상 근저당은 성립하지 못한다. 근저당설정계약의 내용을 변경할 경우에는 근저당이 담보하는 채권이 확정되기 전에 채권 확정기간, 채권범위 및 최고채권액 등을 저당권자와 저당권설정자간의 합의로 변경할 수 있다. 다만, 변경 내용은 기타 저당권자에 대해 불리한 영향을 미쳐서는 아니된다(물권법 제205조). 저당권최고액의 담보채권은 다음 사유로 확정된다.⁷⁸⁾ 첫째, 약정된 채권의 약정기한이 만기된 경우 둘째, 채권의 확정기한이 약정되지 않았거나 또는 약정이 불확실한 경우, 저당권자 또는 저당권설정자가 최고액저당권을 설정한 일자로부터 만2년이 경과 했을 때 채권의 확정을 청구하는 경우 셋째, 새로운 채권이 발생할 수 없는 경우 넷째, 저당재산이 봉인, 압류 된 경우 다섯째, 채무자 또는 저당권설정자가 파산선고를 받거나 또는 해산된 경우에 확정된다(물권법 제206조). 최고액저당은 피담보채권이 확정된 후에 효력이 발생한다. 우선 확정하기 전에 발생한 주채권만이 저당권이 담보하는 범위 내에 있는 것이고, 확정된 후에 발생한 채권이 기초법률관계에서 생긴 것이라 해도 담보범위내에 포함되지 않는다. 채권이 확정시 이미 존재한 피담보 주채권의 이자, 위약금, 손해배상금 들은 확정시에 이미 발생해야 하고 또한 주채권과의 합계한 액수가 최고채권한도액을 초과가 안된 경우에만 저당권최고액이 담보한 채권범위에 넣을 수 있다. 둘째는, 저당최고액을 담보한 채권이 일단 확정되면 어떠한 이유로든 담보채권의 유동성은 상실되고 당해 저당권이 담보한 미확정 채권은 확정채권으로 변하는데 이 경우 저당권최고액의 존속성은 일반저당권과 같다.⁷⁹⁾

다. 부동저당

중국의 물권법 규정 중 가장 특색있는 제도가⁸⁰⁾ 바로 이 浮動擔保制度이다.⁸¹⁾ 물권법 제

77) 崔建远, 前掲論文, 225면.

78) 梁彗星陈华彬, 前掲書, 334~335면.

79) 崔建远, 前掲論文, 227면.

80) 葛云松, “中国的新物权法概覽”(民事法學 제39-2호, 韓國民事法學會, 2007), 152면.

81) 英國에서는 본래 確定擔保(fixed charges)의 設定者가 스스로 제공한 목적물을 擔保權者의 동의없이는 處分(dispose)할 수 없었다. 그러나 이 원칙은 자유로운 기업활동을 위축시킴으로써 기업의 입장이나 사회 전체적인 입장에서 볼 때 자원의 효율적인 이용을 저해하게 되었다. 그 후 이를 방지하기 위해서 通常의 營業過程에서 擔保權設定者의 自由處分權을 인정한 제도가 바로 浮動擔保制度이다. 金容吉, 集合物의 讓渡擔保理論과 判例의 動向(考試界社, 2006), 30면.

181조는 “당사자간 서면협의를 거쳐서 기업, 개체공사업자(个体工商户), 농업생산경영자는 현존 및 장래에 가지게 될 생산설비, 원자재, 반제품, 제품을 저당할 수 있다. 채무자가 만기채무를 이행하지 아니하거나 또는 당사자가 약정한 저당권의 실행이 발생한 경우, 채권자는 이 재산에 대하여 우선변제 받을 수 있다”고 규정하여 부동담보제도를 도입하고 있다. 浮動擔保制度는 영국의⁸²⁾ 형평법에서⁸³⁾ 기원한 담보제도로서⁸⁴⁾ 미국⁸⁵⁾, 캐나다,⁸⁶⁾ 호주 등 대다수의 영미법계국가에서 도입하였고 일부 대륙법계국가에서도 제도적으로 도입하거나 또는 판례로 정착되고 있다. 부동저당은 기업용자에 있어서 거대한 가치를 가지고 있기에⁸⁷⁾ 국제상업용자에 있어서 크게 주목받고 있다.⁸⁸⁾ 浮動抵當은 채무자가 만기채무를 이행하지 아니하거나 또는 당사자가 약정한 저당권 실행의 상황이 발생한 경우 채권자는 저당권실행 약정에 따라 해당 동산에 대하여 우선변제 받을 수 있다. 예를 들면 기업이 현존 및 장래에 구매할 기계설비, 재고제품, 생산원자재 등 동산으로 채무의 이행을 담보하는 것이다.⁸⁹⁾ 부동저당을 설정하려면 아래와 같은 조건에 부합하여야 한다. 첫째, 부동저당의 주체는 기업, 개체공상호, 농업생산경영자만이 할 수 있는데⁹⁰⁾ 이는 부동저당의 설정이유가 주로 중소기업과 농민들의 대출의 어려움을 해결하여⁹¹⁾ 경제발전을 추진하기 위한 것이기 때문이다.⁹²⁾ 둘째, 부동저당을 설정하는 재산은 생산설비, 원자재, 반제품과 제품 동산뿐이다. 즉 저당권 설정자의 현재 소유의 동산 및 미래 소유하는 동산이 포함되며, 그 외의 동산, 그리고 부동산에 대해서는 부동저당을 설정할 수 없다. 셋째, 부동저당을 설정하는 경우에는 당사자는 반드시 서면으로 하여야 한다. 저당권은 당사자의 의사표시에 의하여 발생하는 약정담보물권이기 때문에 저당권설정에 있어서 당사자는 자기의 의사를 일정한 외재적인 형식으로 표현하여야 하는데 이 형식이 바로 계약이다.⁹³⁾ 넷째, 만기채무를 이행하지 아니하거나 또는 당사자가 약정한 저당권실행의 사유가 발생하여야 한다. 물권법이 새로운 유형의 부동저당권을 규정함에는 몇 가지 고려할 사항이 있었다.⁹⁴⁾ 첫째, 부동저당제도는 기업의 용자를 촉진함에 유리하다. 특히 중소기업이 용자를 쉽게 받도록 경로를 확대하기 때문에 경제발전을

82) 英國은 19세기 후반 이래로 130년 동안 浮動擔保(floating charge)를 지속적으로 발전시켜 왔다. 擔保權者의 擔保物 保存要求와 設定者가 通常의인 營業遂行過程에서(in the ordinary course of business) 담보물인 流動資産의 자유로운 處分을 조화시킨 것이 영국의 浮動擔保制度이다. 金容吉, “코먼로상 浮動擔保에 관한 考察”(중앙법학 제6집 제3호, 중앙대학교, 2004), 239면.

83) 이 浮動擔保는 1870年 Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Company사건에서 최초로 그 유효성이 인정되었다. (1870) 5 Ch. App.318; 陈华彬, 物权法(法律出版社, 2004), 527면; 金容吉, 前掲論文, 239면.

84) 中國에서 浮動擔保를 企業擔保라고 부르기도 한다. 陈华彬, 前掲書, 525면.

85) 미국에서는 원래 1925년의 베네딕트 판결이후 浮動擔保가 무효로 취급되었으나 美國 統一商法典(The Uniform Commercial Code; UCC) Article 9 (제9편)에서 규정하고 있는 내용을 각주에서 채택하여 이를 입법화하고 있다. 金容吉, 前掲論文, 248면.

86) 캐나다 動産擔保法은 1974년에 Ontario州가 처음으로 채택하였으며 各州의 事情에 따라 制定日字가 다르다. Gerald L. Gall, The Canadian Legal System (Carswell Calgary, 1990), p.400; 池田眞郎, 債權讓渡法理の展開(債權讓渡の研究 第2卷)(弘文堂, 2001), 207面 및 219面; 金容吉, 前掲論文, 258면.

87) 浮動擔保는 企業의 擔保價値를 충분히 이용가능하고, 자본의 융통을 촉진하며, 편리하고 아주 유익한 담보형식이다. 申卫星, 傅穹, 李建华, 物权法(法律出版社, 2003), 334면

88) 张影, “浮动抵押的价值取向及其移植借鉴”(经济研究导刊, 2006年 第5期(总第6期)), 90면.

89) 王胜明, 前掲書, 388면.

90) 이것은 英國法에서처럼 등록된 會社에만 제한한 것과는 다르다. 崔建远, 前掲論文, 227면.

91) 浮動抵當制度는 소기업이 용자의 곤란을 해결하기 위한 제도이나 현실에서 일반적으로 사용될 수 있을지는 미지수이다. 葛云松, 前掲論文, 152면.

92) 全国人大常委会法制工作委员会民法室编, 前掲書, 327면.

93) 王胜明, 前掲書, 398면.

94) 程啸, “物权法对抵押权制度的六个重大改进”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id = 31922>.

촉진할 수 있다. 둘째, 부동저당은 저당절차를 효율적으로 간소화하여 저당단가를 절감하기 때문이다. 부동저당을 설정하는 경우에 당사자는 단지 부동저당의 서면 서류를 만들어 등기하면 된다. 부동저당이 채택한 것은 등기 대항요건주의이다(물권법 제189조 제1항). 셋째, 부동저당은 저당을 제공한 자가 정상적인 과정에서 영업을 전개하는데 매우 유리하다. 왜냐하면 이 제도의 제일 큰 장점이 바로 법정 또는 약정한 사유가 나타나지 않으면 저당권설정자가 일상적인 경영관리 중에서 그가 저당을 설정한 재산에 대하여 자유롭게 처분할 수 있고 저당권자는 이에 대하여 간섭하지 못한다는 것이다.⁹⁵⁾

한편, 저당권을 행사할 경우에 저당목적물이 확정되어야 저당목적물을 환가 또는 경매, 매각하여 저당권을 실행할 수 있다. 부동저당권의 확정은 結晶 또는 封壓이라고 하는데⁹⁶⁾ 저당목적물의 확정은 저당권실행의 전제이다. 물권법은 부동저당권을 설정한 경우에 ① 채무 이행기간이 만료된 후에도 채권을 실행하지 못하거나 ② 저당권설정자가 파산선고를 받았거나 해산된 경우 ③ 당사자가 약정한 저당권실행의 상태가 발생하는 경우 ④ 채권의 실행에 커다란 영향을 미치는 기타 상태 중 하나라도 발생하면 확정된다고⁹⁷⁾ 규정하였다(제196조). 저당권자는 주채권의 소송시효기간에 저당권을 행사하여야 하며, 기간내에 행사하지 않을 경우 법원은 이를 보호하지 아니하는데(제202조) 이는 저당권은 존재하지만 실행할 수 있는 강제력이 뒷받침이 되지 않는다는 의미이다. 법석44호 제12조는⁹⁸⁾ “당사자가 약정하였거나 또는 등기부문에 등기를 요하는 담보기간은 담보물권의 존속에 법적구속력이 없다.⁹⁹⁾ 담보물권이 담보하는 채권의 소송시효가 종료된 후 담보권자가 소송시효가 종료된 후로부터 2년 내에 담보물권을 행사하는 경우에 인민법원은 지지하여야 한다”고 규정하여¹⁰⁰⁾ 담보물권의 행사기간을 ‘주채권의 소송시효기간 + 2년’으로 규정하였다.

95) 梁慧星教授는 “학계의 浮動擔保에 관한 이론연구가 부족하고 사법실무계층이 不動擔保의 실행에 대하여 심리적인 준비가 부족하고 어느 기관에서 浮動擔保登記를 하여야 하는가는 문제가 아직 해결을 보지 못한 조건하에서 물권법이 이른바 浮動擔保制度를 규정하는 것을 매우 경솔하고 위험한 것이고, 은행을 사기대상으로 하는 보험사기와 은행사의 새로운 사기소동을 유발할 것이다”는 등의 이유로 물권법에서 浮動擔保의 규정을 삭제할 것을 주장하였다.(梁慧星, “物權法草案(第六次審議稿)的修改意見”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=30135>)

96) 崔建遠, 前揭論文, 229면.

97) 영국법에서는 抵當財產을 확정하게 하는 사유를 自動結晶, 自動封壓이라고 한다. 이러한 사유들이 발생할 시에 浮動抵當은 자동적으로 固定化(crystallization) 된다. 崔建遠, 前揭論文, 227면.

98) 孔祥俊, 擔保法及其司法解釋的理解與適用(法律出版社, 2001), 345면.

99) 이에 대하여 擔保物權期間은 당사자가 자유롭게 권리를 행사하는 의사자치의 내용으로 物權法定主義 原則에 위배되지 않기 때문에 당사자가 擔保期間을 약정할 수 있다는 주장이 제기되었다. 曾鐵山, “擔保物權制度的几个問題探討”(理論界, 2006.9), 59-60면.

100) 李國光·奚曉明·金劍鋒·曹士兵, 前揭書, 86면.