

Chapter 12 Untypical Real Rights Law for Security

제11장 비전형담보

제1절 서설

I. 의의

1. 비전형담보의 의의 및 작용

가. 의의

- 1) 비전형담보(변칙담보)란 민법이 정하는 담보물권이 아니면서 실제 거래계에서는 담보적 기능을 수행하고 있는 변칙담보제도를 말한다.
- 2) 거래계에서 발달한 민법이 예정하지 않았던 새로운 물적담보
- 3) 이에 양도담보 및 가등기담보를 중심으로 소유권유보, 재매매의 예약, 환매(590조 이하) 등이 있다.

나. 발생사유

- 1) 기업용 동산이나 상품을 담보로 제공시 질권에 의존하게 되는 바 이는 점유의 이전이 필수적이기 때문에 목적물을 이용할 수 없게 되어 동산을 담보로 제공하는 방법으로 양도담보가 이용됨
- 2) 전형담보는 경매절차가 매우 복잡하고,
- 3) 충분한 대가도 어려우며
- 4) 전형담보에서는 담보목적물의 가치가 융자액을 넘는 경우 채권자가 초과분을 취득할 수 없는 등 제약이 많아 변칙적인 방법이 발달함.

2. 전형담보와 비전형담보

가. 전형담보

- 1) 민법상 전형적 물적담보 -- 유치권, 질권, 저당권, 전세권의 담보권성
- 2) 민법상 전형적 인적담보 -- 연대채무, 보증채무

나. 비전형담보

- 1) 소유권이전의 형식에 의한 변칙담보
 - a) 매매방식의 자금조달 : 매도담보(환매, 재매매예약)
 - b) 소비대차 형식의 자금조달 : 협의의 양도담보(대물변제의 형태)

3. 비전형담보의 태양

가. 자금을 매매에 의하여 얻는 것(매도담보) : 환매와 재매매의 예약
 예) 1억의 자금 필요시 시가 2억상당의 토지를 1억에 매각하고 필요한 자금을 사용 후 변제기에 1억을 반환하고 토지 소유권을 찾아옴

나. 자금을 소비대차에 의하여 얻는 것
 1) 계약체결과 동시에 소유권을 채권자에게 이전하는 형식
 --> 본래의 의미 즉 협의의 양도담보
 2) 채무불이행이 있을 때에 목적물의 소유권을 채권자에게 이전하는 형식
 --> 대물변제의 예약, 가등기담보 등
 예) 1억을 빌리기 위하여 소비대차계약을 체결하고 1억을 차용하면서 소유한 토지나 건물 등 물건을 이전하는 형식을 취함.

| | | | |
|-----------------------|-------------------------------------|--|------|
| 비 전 형 담 보 | 매매에 의한 방식 (매도담보): 넓은 의미의 양도담보 | 환매 재매매의 예약 | 양도담보 |
| | 소비대차에 의한 방식 | (좁은 의미의) 양도담보 : 계약체결과 동시에 목적물의 소유권을 채권자에게 이전 가등기담보: 대물변제에 의한 소유권이전등기 --> 청산 채무불이행 이 있으면 권리이전 등기-->청산절차를 통하여 소유권이 귀속 절차없이 소유권이 귀속 담보권실행을 위한 수단으로서 소유권이전 등기-->청산절차를 통하여 소유권이 귀속 | |

II. 비전형담보에 대한 규제

1. 양도담보에 대한 규율은 민법 제607조, 608조, 가등기담보등에 관한 법률 및 판례이론에 의해 이루어진다 : 채권자의 청산의무를 인정(판례)

2. 가등기담보 등에 관한 법률의 제정
 등기, 등록에 의하여 공시되는 물건이나 재산권을 목적으로 하는 비전형담보를 규율한다. 즉 담보목적의 가등기담보는 물론 양도담보, 매도담보, 환매, 재매매의 예약 등에도 적용한다.

III. 가등기담보등에 관한 법률

1. 제정 취지

가. 비전형담보는 담보채권액보다 담보가치가 훨씬 큰 경우 채권자가 소유권을 취득하므로써 폭리를 취할 가능성이 높아서 현행 민법은 구 민법에 없었던 제607조와 제608조를 신설하여 규제하고자 하였다.

나. 초기 판례는 이러한 규정에 위반한 모든 대물변제예약은 무효라고 하고 이 규정을 양도담보에 적용하지 않았으나 점차 적용하게 되어

다. 대물변제 예약 자체는 무효이지만 이를 정산절차를 밟아야 하는 약한 의미의 양도담보로 보고 이 법리를 양도담보일반에 확대 적용함에 따라 모든 비전형담보에 있어서 정산이 필요하게 되었다.

라. 이러한 현실에 따른 폭리 수단으로 제소전 화해가 많이 이용되자 결국 현행 가담법이 제정되었다.

2. 적용범위

가. 소비대차와 관련하여 대물변제의 예약과 결부된 담보계약 및 그 담보를 목적으로 경료된 가등기 또는 소유권이전등기에 관해 적용된다.

나. 담보목적의 가등기담보는 물론 양도담보, 매도담보, 환매, 재매매의 예약 등 명칭 여하를 막론하고 그 실질이 채권담보를 목적으로 하는 경우에는 동법이 적용된다.

3. 특징

가. 가등기담보권자에게 경매청구권과 경매에서의 우선변제권을 부여하는 등 저당권자와 유사한 지위를 인정하고

나. 귀속청산의 방법을 규정함으로써 채무자의 청산금청구권을 보호하기 위하여 2개월의 청산기간이 경과한 때 비로소 담보를 실행할 수 있으며

다. 채권담보의 목적으로 소유권이전등기가 경료된 경우에도 청산금을 지급하지 않으면 대내외적으로 소유권취득의 효과가 발생하지 않도록 하고 있다.

4. 실효성

가. 가담법은 너무 까다롭고 복잡한 청산절차를 가등기담보권자에게 부여하고

나. 또 목적물에 대한 경매절차가 개시되면 반드시 이 절차에 참가하도록 하고

다. 후순위권리자를 위한 경매청구권, 청산금지금금지 등 많은 제한규정과 금지규정을 두고 있어 이용 자체가 기피되고 있는 실정이다.

제2절 가등기담보

1. 의의

가. 소비대차에 기한 채권(금전채권)을 담보할 목적으로 채권자와 채무자(또는 제3자) 사이에서

나. 채권의 담보목적물에 관하여 대물변제예약이나 매매의 예약 등으로 장차 채무자가 채무를 이행하지 않는 경우에 채권자가 그 목적물의 소유권을 취득하는 것으로 약정하고

다. 그 예약완결권을 행사함으로써 발생하게 될 장래의 소유권이전청구권의 보전을 위하여 미리 가등기를 경료해 두는 담보형태를 말한다.

라. 구별개념 - 권리이전형 담보제도

- 1) 가등기담보는 권리가 즉시 이전하는 것이 아닌 점에서 권리를 이전하였다가 변제 즉시 다시 반환받는 권리이전형 담보제도와 구별된다.
- 2) 가등기담보는 채무자가 채무를 이행하지 않는 경우에 권리가 이전되나 양도담보는 담보설정계약과 동시에 권리이전이란 형식을 취하는데서 구별

2. 가등기의 유형

채권자에게 담보목적물에 대한 소유권이전청구권이 생기게 하는 원인에 따라 대물변제예약형과 매매예약형으로 나뉘어 지나 효력에는 차이가 없다.

3. 사회적 작용

- 가. 비용의 절감 -- 부동산소유권 이전의 형태를 취하는 담보제도보다는 등록세, 취득세 등의 경비를 절감할 수 있다.
- 나. 후순위담보권설정이 가능하고 권리의 처분이 가능하다.
- 다. 저당권보다 설정요건 및 실행절차가 간편하다.

4. 법적 성질

- 가. 가등기담보의 성질에 관하여는 담보물권설과 신탁적 소유권이전설이 대립
 - 1) 담보물권설은 가등기담보권자에게 경매청구권, 우선변제권, 별제권이 인정될 뿐만 아니라 많은 경우에 가등기담보권을 저당권으로 보는 점에 비추어 볼 때 가등기담보권은 담보물권의 일종인 특수한 저당권으로 본다(통설).
 - 2) 신탁적소유권이전설은 가등기담보는 근본적으로 소유권이전형 담보방법에 속하는 것으로 소유권이전형인 양도담보의 본질을 신탁적 소유권이전으로 보아야 하는 이상 가등기도 그렇게 볼 수 밖에 없는 것이며, 단지 그것이 정지조건 성취 또는 예약완결권의 행사라고 하는 조건부로 행하여지는 것에 불과하다고 한다(이영준 914).

나. 담보물권의 통유성

가등기담보를 일종의 담보물권으로 파악하는 한, 거기에도 담보물권의 통유성(부종성, 수반성, 불가분성, 물상대위성)이 인정된다.