

Chapter 1 Real Rights Law for Security

제1장 담보물권

제1절 서설

I. 채권의 만족과 담보의 필요성

가. 사회생활을 위해서는 금융이 필요

예) 개인의 일상 소비생활 -- 등록금, 입원, 생활비 -- 소비금융
기업의 생산 활동 -- 생산시설, 원자재 구입자금 등 -- 생산금융

나. 금전채권

1) 일반사회에는 금전을 필요로 하나 필요한 만큼 소유하지 못한 자도 있고
소요액이상으로 금전을 가지고 있는 자가 있게 되어
필연적으로 금전의 대차관계 즉 신용관계가 발생함.

2) 한편 우리 법제상 손해배상은 금전채권을 원칙으로 하기 때문에
모든 채권이 궁극적으로는 금전채권으로 변할 가능성이 있음.

다. 금전을 빌리는 방법 -- 금전의 소비대차계약(558조)

--> 금전을 빌리는 자(차주)가 금전을 빌려주는 자(대주)에게 장차 변제할 것을
약속함으로써 이루어짐.

1) 대주(채권자)는 -- 대여금 채권

2) 차주(채무자)는 변제기까지 변제하고 대주가 이를 수령하면 목적 달성

라. 그러나 채무자가 임의로 이행을 앓을 경우

1) 채권자는 국가의 조력을 얻어 채무자의 일반재산에 강제집행을 하여 변제에
충당. -->기본원칙 : “어떠한 경우에도 빌린 돈은 갚아야 한다”

2) 기본원칙을 관철하기 위하여 국가는 강제적 실현제도인 강제집행제도를 마련
함. --> 채무자의 일반재산은 언제나 채권자의 관심사임.

3) 채무자의 채무초과 즉 채무자의 무자력이 되면 채무자는 재산을 은닉하거나
제3자에게 처분하게 됨

--> 부당한 재산 감소를 방지하기 위하여 채권자 대위권(404조), 채권자 취

소권(406조)이 있으나 채권자평등의 원칙에 의하여 만족을 얻을 수 없는 경우 발생

4) 따라서 “채무의 변제가 확실한 경우”에 한하여 금전대차관계가 발생함.

5) 담보제도 필요

가) 담보란

채무자가 채무를 이행하지 않을 경우에 받는 채권자의 위험을 고려하여 미리 채무의 변제를 확보하고 채권자에게 만족을 주는 수단이며

나) 담보물권이란

채권자가 채권의 회수를 목적으로 채무자 또는 제3자의 소유재산에 대하여 우선적으로 권리를 행사하는 것을 법률적으로 인정한 물권을 말함.

다) 채권을 담보하는 제도 --- 물적 담보와 인적담보

II. 채권자평등의 원칙과 물적 담보

1. 채권자평등의 원칙

가. 채권자가 다수인 경우 채무자의 책임재산에 대한 각 채권의 효력은 평등하다.

나. 채권 회수시 채권성립의 전후, 채권의 원인, 종류 여하를 불문하고 모든 채권자는 채권액에 비례하여 배당한다는 원칙.

2. 채권자평등의 원칙에 따르면 완전한 채권회수의 어려움 발생

3. 채무자의 책임재산으로부터 다른 채권에 우선하여 자기의 채권의 전액을 회수하는 수단을 강구할 필요가 있음.

4. 채권자평등의 예외가 필요함 -- 채권자평등의 원칙을 깨뜨림.

5. 물적 담보는 채무자가 변제를 하지 않을 경우 담보물을 경매하여 그 환가금으로부터 다른 채권자에 우선하여 변제를 받을 수 있다(유치권 제외).

가. 전형담보 -- 유치권, 질권, 저당권

나. 비전형담보 -- 가등기담보, 양도담보 등

다. 물적 담보는 오직 담보물의 객관적 가치에 의하여 담보되는 점에서 담보물이 멸실하거나 가격이 하락하지 않는 이상 확실하게 담보목적 달성할 수 있음.

Ⅲ. 책임재산의 확대와 인적담보

1. 인적담보는 채무자 이외의 제3자에게도 채무를 부담시키고 채무자가 변제를 하지 않는 경우 제3자에게 채무이행 청구 가능

가. 채무불이행시 제3자의 재산을 압류하여 그 재산으로부터 변제를 받는 제도를 말함.

예) 보증채무¹⁾(428조 이하)와 연대채무(413조 이하)²⁾

나. 보증채무와 연대채무는 특정채권의 변제를 확보하기는 하지만

다. 특정의 재산으로부터 우선 변제를 받는 것도 아니고

라. 특정의 재산을 점유하여 심리적 압박을 가하여 변제를 독촉하는 것도 아니다.

--> 변제를 받지 못할 경우 보증인 또는 다른 연대채무자로부터 받을 수 있다는 것으로 변제받을 가능성을 보류함.

마. 즉 보증인이나 연대채무자의 자산이 없는 경우에 담보의 실효성이 없게 됨

2. 물적 담보는

가. 견실한 물적 신용에 기초를 두고 있으므로 변제확보의 확실성이 큼

나. 오늘날 금융거래에서 채권자는 물적담보와 인적 담보를 병행하여 변제의 확보를 기하고 있음.

Ⅳ. 양담보제도의 장단점

1. 인적담보제도

가. 장점

물적 담보제도에 비하여 담보설정 절차가 간편함.

물적 담보를 가지지 못한 자는 인적 담보에 의존케 됨

채무자의 일반재산에 대하여도 책임을 지므로 담보권의 범위가 넓음.

책임재산의 총량의 증대에 의하여 지급불능의 위험을 분산시킴

1) 주채무자가 채무를 이행하지 않는 경우 이에 대신하여 이행할 것을 전제로 성립하는 종된 채무를 부담하는 담보제도. 부종성과 보충성이 있어 보증인의 항변권이 확보되므로 약한 인적 담보제도로서의 성질을 갖는다.

2) 수인의 채무자가 동일한 채무의 급부에 관하여 각각 독립해서 전부의 급부를 하여야 할 채무를 부담하는 담보제도.

나. 단점 :

담보로서의 효력이 불확실 --- 채권자평등의 원칙이 유지되고
담보하는 자의 일반재산 상태에 따라 책임재산의 담보가치가 좌우되고
그에 따라 채권의 실현가능성이 좌우되어 담보효력이 여전히 불확실

2. 물적담보제도

가. 장점

채권자평등의 원칙을 깨뜨려 담보권자에게 우선변제권을 주므로 채권자의 지위가 안전하고 확실함-- 책임재산이 명확하므로 담보로서의 효력이 확실
未知者 사이에도 신용을 매개하는 작용을 함.
자본주의 경제가 요구하는 합리성, 계산가능성을 가지는 제도로서
전체경제 발전에 크게 기여할 수 있음.

나. 단점 :절차가 매우 복잡하고 번거로움.

물적 담보를 가지지 못한 자는 이용을 못함
담보권이 특정의 물건에 국한하므로 담보물권의 범위가 좁고
물건과 운명을 같이 함

제2절 물적 담보제도

I. 물적 담보제도의 연혁

1. 담보제도의 초기 형태

가) 채권담보의 목적을 위하여 담보물의 소유권을 이전하는 양도담보방식이 행해짐

나) 채권자는 우선 담보물을 취득하고 채무자가 변제하면 소유권을 돌려주고 변제기에 변제하지 않으면 소유권을 확정적으로 취득함--> 폭리가 발생

2. 담보제도의 초기 발달

가) 담보물의 소유권을 이전하지 않고 목적물의 점유만을 채권자에게 이전(인도)하는 질권의 형태가 이용됨.

나) 질권의 형태는 채무를 변제시까지 담보물을 계속 유치하여 채무자로 하여금 심리적으로 강제하여 채무를 변제하도록 하는 물적 담보방법 -> 폭리는 없어짐

다) 채무자는 담보물적물을 이용할 수 없어서 --담보물을 이용하여 채무를 변제할 수 있는 경제적 활동에 제약을 가함.

3. 담보제도의 후기

가) 담보물의 소유권 및 점유권을 이전하지 않고 오로지 담보물의 換價權만 양도하는 저당권의 형태로 발전함.

나) 저당권 형태의 담보물권은 담보물이 갖는 교환가치만을 지배하는 價値權

1) 폭리행위의 위험성도 없고

2) 심리적 강제도 필요없고

3) 채권자는 오로지 자기 채권액 만큼을 담보물로부터 우선적으로 변제받을 수 있을 뿐임.

4. 물적담보제도는

가) 소유권이전형태의 讓渡擔保에서

나) 점유이전의 占有質로

다) 점유질에서 無占有質인 저당권으로 발전됨.

라) 물적담보제도로서는 저당권이 가장 합리적인 제도이다.

II. 담보물권의 분류

법적구성의 차이점에 따른 분류와 채권변제의 확보방법에 의한 분류

A. 법적구성의 차이점에 따른 분류

제한물권의 법리에 의한 담보물권과 소유권이전의 법리에 의한 담보물권

1. 제한물권의 법리에 의한 담보물권(원칙적, 전형적 담보제도)

가. 의의

1) 소유권 -- 물건의 사용가치와 교환가치의 양자를 전부 지배

제한물권 -- 물건의 사용가치와 교환가치 중 어느 하나를 지배

용익물권 -- 물건의 사용가치를 지배

담보물권 -- 물건의 교환가치를 지배

2) 제한물권의 법리에 의한 담보물권 : 대륙법 계통에서 발달된 물적 담보제도

3) 담보물권의 특징은 하나의 물건 위에 소유권과 담보물권이 동시에 존재 가능하고 소유자는 목적물의 소유권을 잃지 않고 그 소유물의 교환가치를 활용할 수 있는 장점이 있음.

4) 이는 법정담보물권과 약정담보물권으로 나누어짐.

나. 법정담보물권 :

1) 의의 :

가) 채권자는 원칙적으로 평등하나 법의 입장에서는 다수의 채권 가운데서도 특히 보호해야 할 채권이 존재함.

나) 법률이 특히 보호해야 할 채권자에게 부여되는 당연히 성립하는 법정담보물권

2) 민법상 법정담보물권

가) 유치권(320조) -- 타인의 물건(유가증권 포함)을 점유한 자가 그 물건으로 인해 생긴 채권이 변제기에 있는 경우 변제받을 때까지 그 물건을 유치할 수 있는 권리(공평의 원리 적용)

나) 법정질권

a) 토지임대인의 법정질권 -- 토지 임대인이 그 임대차에 관한 채권에 의하여 그 임차지에 부속 또는 그 사용의 편의에 공용한 임차인의 소유동산 및 과실을 압류한 때에는 질권과 동일한 효력이 인정됨(648조)

b) 건물 등의 임대인의 법정질권 -- 건물 기타 공작물의 임대인이 그 임대차에 관한 채권에 의하여 그 건물 기타 공작물에 부속한 임차인 소유의 동산을 압류한 때에는 질권과 동일한 효력이 인정됨(650조)

다) 법정저당권 : 토지임대인이 변제기 경과한 최후 2년의 차임채권에 의하여 그 지상에 있는 임차인소유의 건물을 압류한 때 성립하는 법정 물권(649조).

3) 특별법상 법정담보물권(우선평권)

가) 의의

a) 목적물을 유치하지 않더라도, 등기하지 않더라도 채무자의 일반재산 또는 특정재산으로부터 우선변제권이 인정되는 권리이며,

b) 약소채권자의 보호에 목적이 있음.

나) 우선평권은 특정채권의 우선변제적 효력이 인정되므로 경매청구권이 인정되는 경우도 있지만(선박우선평권) 일반적으로 인정 안됨

다) 다른 일반채권자 또는 담보권자가 강제집행을 하거나 담보권 실행시에 편승하여 우선변제 받음 -- 불완전한 담보물권임

라) 종류

a) 근로자의 임금우선평권(근로기준법 37조).

b) 주택 및 상가건물의 임차인의 보증금(또는 전세금)의 최우선변제권(주택임대차법 8, 12조) 및 순위에 의한 보증금(또는 전세금)잔액의 우선변제권(주택임대차법 3조의2, 상가임대차보호법 5조)

c) 국가, 공공단체의 조세 기타 공과금의 우선특권(국세기본법 35조1항, 지방세법31조, 관세법 20조)

d) 상법상의 사용인의 우선변제권(468조), 해난구조자의 우선특권(858조), 선박우선특권(861조 이하)

e) 우편요금 채납금액에 대한 우편관서의 우선특권(우편법 24조3항)

f) 신탁계약상의 수익자의 우선특권(신탁업법 17조)

g) 보험계약자의 등의 우선특권(보험법 40조)

h) 증권거래법상의 우선특권(증권거래법 70조의 4)

다. 약정담보물권 :

1) 당사자간의 약정에 의하여 성립되는 담보물권

2) 질권 -- 채권자가 채권의 담보로 채무자 또는 제3자가 제공한 동산 또는 재산권을 점유하고 채무불이행시 질물을 환가하여 우선변제를 받을 수 있는 권리이다(329조 내지 355조). 질권은 동산 질권, 권리 질권, 상사 질권(상 59조), 전당포 영업법에 의한 질권 등이 있다.

3) 저당권 -- 채무자 또는 제3자가 채무의 담보로 제공한 부동산을 점유하지 않고, 관념상 지배하여 후일 채무자의 변제가 없을 경우 그 목적물로부터 우선변제를 받을 권리이다(356조). 저당권의 본체는 가치권이다.

4) 전세권 -- 본질적으로 용익물권이나 전세금반환채권을 확보하기 위하여 전세권자에게 우선변제권을 인정함으로써 담보물권성이 있다.

2. 소유권이전의 법리에 의한 것(가담법에 의한 규율) : 변칙적, 비전형적 담보제도

가. 의의

1) 채권담보를 위하여 형식적으로 소유권 자체를 이전하나

2) 실질적으로 채권자는 소유권을 채권담보의 목적으로만 사용하도록 제한함

가) 채무가 변제되면 소유권이 돌아 오고

나) 변제되지 못하면 채권자가 소유권을 확정적으로 취득하거나

목적물을 환가하여 자기 채권의 우선적 변제를 받게 됨.

나. 비전형적 담보제도는 종래 판례법에서 법적 구성이 되었으나

현재 ‘가등기담보 등에 관한 법률’이 제정되어 법적 규율

1) 1983년 제정

2) 명칭 여하를 불문하고 채권담보를 위한 일체의 담보계약과 그 담보의 목적으로 가등기 또는 소유권이전의 본등기가 경료된 변칙적인 담보제도를 규율함.

다. 채권자는 형식적으로는 담보물의 소유권을 취하지만 실질적으로 담보목적의 소유권취득으로 단순히 담보물권만을 취득하는 것으로 규율.

라. 비전형담보의 이용

1) 개인간의 사금융부분에서는 변칙적인 담보제도가 많이 활용되고 있음.

2) 금융기관은 포괄근저당을 많이 이용

3) 금융실무적으로는

동산 -- 양도담보권, 부동산 -- 양도담보권 및 가등기담보권이 주로 이용됨.

마. 비전형담보의 종류

1) 양도담보 -- 채권담보의 목적으로 물건의 소유권(또는 기타 재산권)을 채권자에게 양도하고 채무자가 이행을 하지 않는 경우에 그 목적물로부터 우선 변제받는 변칙담보

--> 소유권취득의 형식을 취하지만 소유권을 취득하지 못하고 양도담보권을 취득

2) 매도담보(還買(590조), 재매매의 예약)

가) 본래 한번 매대한 물건을 매수하기 위한 목적이나 --> 이를 이용해서 담보목적의 달성할 수 있다. --> 채권자는 매도담보권을 취득

나) 신용의 수수를 소비대차가 아닌 매매의 형식으로 하여 채무를 담보하는 제도

4) 대물변제의 예약

가) 대물변제의 예약은 대물변제(466조)와 예약(564조)이 결합된 것

나) 채무자가 채권자의 승낙을 얻어 본래 채무이행에 갈음하여

다른 급여를 할 것을 예약하는 담보제도 -- 오늘날 담보목적적으로만 사용

5) 매매의 예약

가) 대물변제의 예약과 같음(곽458)

6) 소유권유보부매매(解除條件附賣買)

가) 담보를 위한 소유권 --잔금 지체시 반환받은 목적물을 대금채권에 충당함

나) 상품 매도인이 대금지급 완료시까지 매각상품의 소유권을 자기에게 유보

하고 매수인에게 이전하지 않음.

다) 환매나 재매매의 예약과 마찬가지로 채권담보의 기능을 함.

7) 가등기담보

가) 담보목적물에 관하여 대물변제예약이나 매매 예약을 하고

나) 채무이행을 하지 않는 경우에 채권자가 그 목적물의 소유권을 취득하는 것으로 약정하고 미리 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기를 해 두는 담보방법

다) 주로 부동산에 관한 비전형담보이며

라) 대물변제예약이나 매매의 예약과 가등기를 하는 경우와 매매를 하고 가등기를 하는 경우 등이 있다.

B. 채권변제의 확보방법에 의한 분류

물적담보제도는 담보물의 경제적 가치에 의하여 채권의 변제를 확보하는 제도이다. 채권확보의 방법에 따라 3가지 방법이 있다.

1. 심리적 압박에 의한 방법

가. 담보물을 채무자로부터 빼앗음으로써 채무자에 심리적 압박을 가하여 변제를 촉구

나. 유치권(320조), 동산 질권(329조)

다. 채무자는 목적물에 대한 사용, 수익권을 가지지 못함.

라. 이 방법은 인적 요소의 흔적이 남아 있어서 담보특질을 발휘하기 어렵고, 담보를 위하여 목적물의 사용가치를 희생시키므로 생산용구의 담보화를 못함

2. 목적물의 수익에 의하는 방법

가. 담보물을 채무자로부터 빼앗아 채권자가 수익하고 그 수익에 의한 이득을 채권의 변제에 충당

나. 전세권을 담보물권으로 파악하는 경우와 환매(590조)

다. 이는 아직 용익물권적인 성질을 탈피하지 못하여 물적담보제도의 특질을 제대로 발휘하지 못함.

라. 채권자가 금융업자인 경우 채권자 스스로 수익한다는 것이 매우 곤란함
마. 오늘날은 실제상 그 기능을 많이 상실함

3. 물건이 갖는 교환가치의 지배에 의한 방법

가. 담보물의 물질적 지배와 수익은 담보제공자가 계속하고,

나. 채권자는 담보물의 교환가치만으로 우선변제를 받는 방법

다. 저당권, 양도담보권, 가등기담보권

라. 오늘날 금융거래 실정에 부합하는 가장 적합한 형태임

[물적담보제도의 유형]

분 류 기 준	분 류 형 태
제한물권의 법리	법정담보물권 : 유치권, 법정질권, 법정저당권, 우선특권 약정담보물권 : 질권, 저당권, 전세권
소유권이전의 법리	양도담보, 환매, 재매매의 예약, 대물변제의 예약, 매매의 예약, 소유권유보부 매매
전형, 비전형의 법리	전형적 담보제도 : 유치권, 질권, 저당권 비전형 담보제도 : 양도담보, 가등기담보 등