

## Chapter 14 Untypical Real Rights Law for Security

### 제5장 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 찾아 옴

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 채무불이행이 있으면 권리이전 절차없이 소유권이 귀속 담보권실행을 위한 수단으로서 소유권이전등기-->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, 청산금지급금지 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.

## 제3절 양도담보

### 1. 의의

가. 개념

양도담보란 채권의 담보의 목적으로 물건의 소유권 등을 채권자에게 이전하고,

채무자가 이행하지 않는 경우에는 채권자가 그 목적물로부터 우선변제를 받고 채무자가 이행하는 경우에는 목적물을 원소유자에게 반환함으로써 채권을 담보하는 비전형담보이다(통설) --> 소유권(권리)이전형담보

#### 나. 양도담보에 대한 규율

- 1) 소유권이전형의 비전형담보 중 가등기담보법의 적용을 받지 않는 것을 말함.
- 2) 부동산 양도담보 중 소비대차 채권을 담보하기 위한 것으로 부동산 가액이 차용액 및 이자의 합산액을 초과하는 경우에는 가담법의 적용을 받지만
- 3) 소비대차에 기한 채권을 담보하지 않거나 부동산 가액이 차용액 및 이자의 합산액을 미달하는 경우에는 가담법이 적용되지 않는다.

### 2. 유형

가. 권리이전의 형식에 의한 담보방법 즉 넓은 의미의 양도담보에는 매도담보와 좁은 의미의 도담보의 2유형 있음.

- 1) 양도담보 : 금전소비대차계약을 체결하고 그 계약으로부터 발생할 채권을 담보하기 위하여 권리를 이전하는 방법 -- 좁은 의미의 양도담보
- 2) 매도담보 : 목적물에 대하여 매매계약을 체결하고 그 대금의 형식으로 채권자(매수인)로부터 채무자(매도인)에게 금전이 교부되고, 나중에 채무자가 그 대금을 채권자에게 반환함으로써 목적물을 다시 찾는 방법이다.

나. 좁은 의미의 양도담보는 채권자의 청산의무의 유무에 따라 유담보형 양도담보(대내외적 이전형, 강한 의미의 양도담보)와 청산의무를 남기는 약한 의미의 양도담보(대외적 이전형)로 구별된다.

다. 판례는 제607조와 608조와 관련하여 약한 의미의 양도담보만을 인정한다.  
--> 정산을 요하지 않는 유담보형 담보는 허용되지 않는다.

### 3. 사회적 작용

- 가. 동산양도담보의 경우 동산을 점유, 사용하면서 이를 저당화하여 기업 등의 금융에 편리하게 이용될 수 있고
- 나. 공시방법이 없는 재산권의 경우 양도담보 이외에는 담보방법이 마땅치 않고
- 다. 우선변제절차가 간편하다는 점에서 질권, 저당권, 가등기담보권이 설정될 수 있는 재산보다 폭넓게 활용되어 왔다.
- 라. 그러나 양도담보에는 많은 위험이 따른다. 특히 채권자의 불성실 등으로 목적물의 소유권을 잃거나 양도담보가 폭리를 얻기 위한 수단으로 이용될 가능성이 있기 때문이다.

### 4. 유효성

양도담보의 유효성에 관하여 종래 허위표시(108조)여서 무효라는 점, 점유를 이전하지 않는 동산의 양도담보는 탈법행위(332조, 339조)여서 무효,

물권법정주의(185조)에 위배된다는 점을 근거로 유효성이 문제되었으나 현재에 유효성에 대해 의문을 제기하는 견해는 거의 없다.

## 제4절 매도담보

### 1. 의의

양도담보 가운데서 특히 신용의 수수를 매매대금형식으로 하는 것을 매도담보라고 한다. 구체적으로는 환매권유보부매매(환매특약부 매매), 재매매예약부매매를 합쳐서 매도담보하고 함

### 2. 환매

환매란 매도인이 매매계약과 동시에 특약으로 환매할 권리, 즉 환매권을 보류한 때에 그 환매권을 환매기간내에 행사하여 매매목적물을 도로 사오는 것을 말한다. 환매권의 행사로 최초 매매의 당사자사이에는 동일한 목적물에 관하여 그들의 지위가 정반대로 되는 두 번째의 매매가 성립하는데 이 두 번째의 매매가 환매이다. 넓은 의미에 있어서 재매매의 예약도 환매에 포함시킬 수 있으나 민법 제590조 이하에서 규정하는 환매와는 여러 가지 면에서 차이점이 있다.

### 3. 재매매의 예약

어떤 물건 또는 권리를 타인에게 매각하여 대금을 받는 반면에 그 매매목적물의 소유권이나 기타의 권리를 매수인에게 이전하면서, 미리 장차 매수인으로 하여금 그 매매의 목적물을 다시 한번 매도인에게 매각, 반환하게 하는 두 번째의 매매의 예약이 재매매의 예약이다.

재매매의 예약은 두 번째 매매대금을 자유로이 정할 수 있다는 점에서 환매에 비하여 매수인에게 유리하고, 실질적으로는 환매를 회피하는 수단으로 이용된다.

### 4. 양자의 관계

가. 환매의 특약은 매매계약과 동시에 하여야 하나 재매매의 예약에는 그러한 제한이 없고 계약의 자유가 존재한다.

나. 환매기간은 부동산 5년, 동산은 3년을 넘지 못하나 재매매의 예약은 제한없음다. 이러한 차이점에도 불구하고 근간은 같다. 그러므로 민법의 환매는 재매매의 일종이며 특수한 재매매예약으로 보아야 한다.

## 제5절 소유권유보부 매매

### 1. 의의

매매계약에 있어서 매도인이 매매목적물을 매수인에게 인도하되 자신의

대금채권을 확보하기 위하여 대금이 모두 지급될 때까지 소유권을 유보하고 그 완전한 급부가 있으면 소유권이 자동적으로 매수인에게 이전되도록 약정하는 것이 보통인데 이를 소유권유보부매매라고 함.

예) 컴퓨터를 살 때 대금을 10개월로 분할지급하기로 하고 대금 완불할 때까지 그 소유권을 유보하기로 약정하면서 인도받은 경우

## 2. 작용

가. 소유권유보는 동산의 할부매매에서 대금채권의 담보방법으로 주로 이용됨

나. 부동산의 할부매매에서도 가능함.

이 경우에 등기는 매도인에게 유보된다.

다. 계속적인 매매거래시에 전매목적물과 전대금채권의 견련성에 기하여 전매대대금채권의 담보를 위하여 소유권유보가 이용됨(근소유권유보).