

碩士學位論文

假登記擔保法の 改善方案에 관한 研究

A Study of Improvement in the Provisional
Registration Security Act



濟州大學校 大學院

法 學 科

鄭 昌 步

2007年 12月

假登記擔保法の 改善方案에 관한 研究

A Study of Improvement in the Provisional Registration Security Act

指導教授：韓三寅

鄭 昌 步

이 論文을 法學 碩士學位 論文으로 提出함.

2007年 12月

鄭昌步의 法學 碩士學位 論文을 認准함.

審査委員長 (印)

委 員 (印)

委 員 (印)

濟州大學校 大學院

2007年 12月

A Study of Improvement in the Provisional Registration Security Act

Jeong, Chang Bo

(Supervised by Professor Han, Sam In)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement
for the degree of master of law

2007. 12.

DEPARTMENT OF LAW
GRADUATE SCHOOL
CHEJU NATIONAL UNIVERSITY

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구목적	1
제2절 연구범위 및 방법	3
제2장 가등기담보법의 법리	5
제1절 가등기담보의 의의·유형과 특징	5
1. 의의	5
2. 유형	6
3. 주요특징	8
제2절 가등기담보와 유사제도와의 관계	16
1. 대물변제예약과의 관계	16
2. 민법 제607조·제608조와의 관계	17
3. 저당권과의 관계	18
4. 양도담보와의 관계	20
5. 가등기담보계약과 가등기	21
제3절 가등기담보권의 실행	23
1. 사적실행	24
2. 공적실행	35
제3장 일본과 한국의 가등기담보법의 비교	40
제1절 일본의 가등기담보계약에 관한 법률	40
1. 입법경위	40
2. 주요내용	40
3. 학설과 판례	42
제2절 한국의 가등기담보 등에 관한 법률	44

1. 입법경위	44
2. 주요내용	45
3. 학설과 판례	48
제3절 일본과 한국의 가등기담보법의 차이점	54
1. 적용범위	54
2. 채무자 등의 말소청구권	55
3. 목적부동산의 평가액	55
4. 청산금청구권	55
제4절 함의	56
제4장 가등기담보법의 문제점과 개선방안	58
제1절 서설	58
제2절 문제점	59
1. 적용범위상의 문제	59
2. 채무자 등의 말소청구권에 관한 문제	64
3. 가등기담보 효력상의 문제	68
4. 제소전화해의 효력상의 문제	77
제3절 개선방안	84
1. 적용범위	84
2. 채무자 등의 말소청구권	87
3. 가등기담보의 효력	90
4. 제소전화해조서의 내용	94
5. 기타	95
제5장 결 론	99
참고문헌	102
ABSTRACT	106

제1장 서론

제1절 연구목적

민법은 담보물권으로 유치권·저당권·질권을 규정하고 있다. 민법상 담보제도 중 특히, 저당권제도는 일반국민들 사이에서는 자주 이용되지 못하고 있다. 이는 소비대차에 있어서 채권자가 꺼리고 있기 때문이다.

그러므로 일반 거래계에서는 새로운 형태의 변형적인 담보제도가 행하여지고 있다. 이러한 경우에는 거래계에 있어서 필요에 의한 채권자들로부터는 되도록 쉽고 안전하게 담보제도를 이용하려고 할 것이나 경제적 약자인 채무자에게는 불합리한 결과를 가져오는 문제점도 발생한다.

이와 관련하여 거래계의 필요로 생성·이용되게 된 가등기담보는 소비대차계약에 있어서 채권을 담보할 목적으로 채권자와 채무자 또는 물상보증인 사이에 채무자 또는 물상보증인 소유의 부동산을 목적물로 하는 대물변제예약이나 매매예약 등을 하고, 채무불이행이 있는 경우 채권자가 그 예약완결권을 행사함으로써 발생하게 될 장래의 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 가등기(또는 가등록)를 해 두는 방법을 취하는 비전형담보이다.

비전형담보제도는 담보제도로서의 제도적 보호장치가 결여되어 있어 그 이용상 상당한 위험이 있음에도 불구하고 거래현실에서 이 제도가 이용되고 있는 데에는 여러 가지 사회·경제적 이점(가령 담보목적물의 다양화 필요성, 전형담보의 경직성과 적용의 한계점 극복의 필요성, 담보설정의 간편성과 그 실행의 용이성·확실성 가능, 채권자의 원리금 이외의 초과이익의 취득 가능성 등)이 있다.¹⁾

그리고 비전형담보는 자금의 융통형식과 등기부상 목적물의 소유권이전시기를 표준으로 광의의 양도담보(매도담보), 좁은 의미의 양도담보, 가등기담보 등으로 분류하는 것이 보통이었으나, 가담법의 시행 이후에는, 같은 법원리에 의한 비전

1) 김상용, 「물권법」, 법문사, 2006, 798-801면.

형담보의 규율이 가능하게 됨으로써 분류의 실익은 없다.²⁾

이러한 비전형담보제도는 제2차 세계대전 전부터 구민법시대에도 이용되었으며 처음에는 저당권과 대물변제예약 등과 병행하여 이용되었고, 1960년대 후반부터는 소비대차계약을 하면서 저당권을 설정함이 없이 대물변제의 예약만을 하고, 이와 동시에 예약으로 채권자가 가지게 되는 장래의 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 가등기를 함으로써 채권을 담보할 목적으로 사회적 관행에 따라 행해지게 되었다. 그 이후 1970년대 들어와서는 특히 금융기관이 아닌 개인들 사이의 금전대차거래 담보방법으로 더욱 많이 이용되었다.³⁾

이와 같이 가등기담보가 거래계의 필요에 의해서 생성·이용되었다 하더라도, 채무자를 희생하고 채권자가 폭리를 취하는 것을 그대로 방치해 둘 수는 없어, 구민법시대에는 폭리행위에 의한 무효의 법리에 의하여 규제하였으나, 현행 민법에서는 채권자가 그의 채권액과 그에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 이득을 취할 수 없도록 실체법적 규제규정을 두었다(민법 제607조·제608조)⁴⁾. 특히 가등기담보는 다른 부동산담보권처럼 제한물권의 형태를 띠지 않고 소유권이전청구권의 가등기라는 독특한 공시방법을 이용한다.⁵⁾

그러나 채권자의 상당한 폭리를 취할 가능성의 배제와 채무자의 억울한 손실을 받게 되는 사회적 문제를 해소할 수가 없어, 1983년 '가등기담보등에 관한 법률'(이하에서는 '가담법'이라 약칭한다.)이라는 전조문이 불과 18개조로 되어 있는 특별법을 제정하여 채무자를 보호하는 방향으로 법적 규제를 두게 되었다.⁶⁾

'가담법'이 제정·실시된 후에도 이론적으로는 가등기담보의 법적구성, '가담법'의 적용범위,⁷⁾ 공시방법, 가등기담보와 제소전화해와의 문제⁸⁾, 담보가등기에

2) 한삼인, “가등기담보 등에 관한 법률의 판례 분석”, 「인권과 정의」 통권 제373호, 대한변호사협회, 2007. 9, 109면.
3) 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2006, 385면 ; 김숙자, “가등기에 관한 연구”, 연세대학교대학원 박사학위논문, 1983, 83면.
4) 김상용, 전계서, 800면.
5) 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006, 860면.
6) 곽윤직, 상계서, 386면 ; 김숙자, “가등기담보의 입법론적 고찰”, 「법조」 제31권 제6호, 법조협회, 1982. 6, 79면.
7) 가등기담보부동산에 대한 예약 당시의 시가가 그 피담보채무액에 미치지 못할 경우에는 '가담법'이 적용되지 않으므로 '가담법' 제3조가 정하는 청산금 평가액의 통지는 할 여지가 없다(대법원 1993. 10. 26. 선고 93다 27611 판결 ; 대법원 1991. 11. 22. 선고 91다30019 판결 ; 대법원 1990. 1. 23. 선고 89다카2115, 21322(반소) 판결).
8) '가담법'은 제소전화해의 효력을 제한하지 않고 있다. 이것이 '가담법'의 최대 허점이라 할 수 있다(김상용, 상계서, 802면).

기한 본등기에 대하여 공신력 인정여부 등에 관한 문제점이 제기되었다.

그리고 현실적으로 ‘가담법’을 시행하면서는 사적 금융시장에서 채권자가 가등기담보를 채권담보의 수단으로 활용하였던 여러 가지 이득이 거의 없어짐에 따라 가등기담보제도가 거의 이용되지 않음으로 인한 ‘가담법’ 자체의 실효성 상실로 인하여 폭리행위로 악용되는 것을 방지하기 위한 ‘가담법’의 입법취지에서 볼 때 입법론상의 문제점이 발생한다.⁹⁾

본 논문은 위와 같은 인식의 바탕 위에서 ‘가담법’의 문제점을 검토하고, 아울러 이러한 흠결의 치유·보완 내지 채무자 보호의 필요성 등과 관련한 개선방안을 살피는 것을 목적으로 한다. 부연하면, 가등기담보의 개선방안을 제시하기 위하여 유사제도와 학설, 판례의 검토를 통하여 가등기담보제도의 문제점을 모색하고, 일본의 가등기담보계약에 관한 법률과의 비교법적 고찰을 한 후, 우리 ‘가담법’의 바람직한 해석론의 전개와 함께 판례와 학설의 검토를 통한 합리적인 개선방안(입법론)을 제시하고자 한다. 이러한 일련의 작업은 가등기담보를 채권자·채무자·이해관계자 사이에 합리적이고 균형 있는 담보물권으로 정착하는 데 일조할 수 있을 것으로 생각한다.

제2절 연구범위 및 방법

본 논문의 구성체계를 보면 다음과 같다. 제1장에서는 본 논문의 문제의 제기 내지 연구의 목적을 밝히고, 논술의 범위와 체계 및 연구방법 등을 제시한다.

제2장은 ‘가담법’의 의의·유형, 주요특징과 가등기담보제도와 유사제도와의 관계에 대한 법리를 살펴보고, 가등기담보권의 귀속청산방식에 의한 사적실행과 처분청산방식 의한 경매의 공적실행 방법 등을 살펴보고자 한다.

제3장에서는 법제도가 상당히 비슷한 일본에서도 대물변제예약 등에 의한 폭리 문제가 고조되어, 1978년 가등기담보계약에 관한 법률(이하 ‘일본 가담법’이라

9) 김상용, 전거서, 802면 ; 곽윤직, “가등기담보 등에 관한 법률의 문제점”, 「법학」 제26권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1985. 4, 43면.

약칭한다.)이라는 특별법을 제정하기에 이르렀다. 이와 관련하여 성질론이나 그 행사에 있어서는 우리나라와 비슷한 '일본 가담법'에 대하여 입법경위, 학설과 판례에 대한 비교법적 고찰을 통해 우리 '가담법'과 '일본 가담법'의 차이점 및 '일본 가담법'이 제시하는 바가 무엇인지에 대한 내용을 검토할 수 있도록 기술해 나가면서, 문제점과 개선방안을 도출 할 수 있는 계기의 장으로 삼고자 한다.

제4장에서는 본 논문의 중심이 되는 장으로서 '가담법' 제정 이후 대두되고 있는 적용범위상의 문제, 채무자 등의 말소청구권에 관한 문제, 가등기담보의 효력상의 문제, 제소전화해의 효력상의 문제 등을 면밀히 살펴본 다음, 그 개선방안을 제시하는 것으로 한다.

제5장에서는 결론으로서 지금까지 검토·연구한 것을 토대로 문제점을 요약·정리하고 본 논문을 통한 가등기담보제도의 개선방안을 제시하고자 한다.

본 논문에서는 위와 같은 논술체계의 전개를 위하여 주로 관련 자료의 의미·내용을 검토·분석하는 문헌연구의 방법을 취하였으며, 필요한 부분에서는 비교법학적 연구방법과 판례연구를 보충적으로 병행하였다.

제2장 가등기담보법의 법리

제1절 가등기담보의 의의·유형과 특징

1. 의의

채권 특히 금전채권을 보호할 목적으로, 채권자와 채무자(또는 제3자)사이에서 채무자(또는 제3자) 소유의 부동산을 목적물로 하는 대물변제예약 또는 매매예약을 하고, 동시에 채무자의 채무부담행위가 있는 경우에 채무자가 그의 예약완결권을 행사함으로써 발생하게 될 장래의 소유권이전청구권을 보전하기 위한 가등기를 통틀어 가등기담보라고 한다. 즉, 채권담보를 위하여 가등기를 이용하여서 행하여지는 대물변제예약·매매예약 등이 가등기담보인 것이다. 이와 같이 가등기를 수반하는 대물변제예약이나 매매예약 등을 한 경우에는, 채무자의 채무불이행이 있게 되면, 채권자는 예약완결권을 행사하고 소유권이전등기를 함으로써 목적물의 소유권을 취득하게 되며, 이 소유권취득이라는 형식으로 채권의 만족을 꾀할 수 있다. 따라서 가등기 담보는 양도담보와 더불어 소유권이전형식을 취하는 담보방법이다.¹⁰⁾

아울러, 담보목적부동산의 소유권을 일단 채권자에게 이전했다가 채무의 변제가 있으면 도로 반환받는 양도담보와는 달리, 그 채무를 변제하면 그 가등기를 말소하고 그렇지 않은 경우에는 청산(정산)절차에 따라 가등기에 기한 본등기를 하거나 그 목적물을 경매하여 이로부터 우선변제를 받는 이른바 소유권이전예약형 변칙담보의 일종이다.¹¹⁾

가등기담보는 일단 이전등기를 하지 않기 때문에 절차가 간편하고 비용이 저렴하며, 그 소유권이 여전히 설정자(채무자)에게 남아 있다는 점에서 양도담보보다 더 많이 이용되고 있다.¹²⁾

10)곽윤직, 전계서, 383면.

11)한삼인, 새롭게 쓴 「판례민법」, 법률행정연구원, 2003, 483면.

원래 가등기는 부동산물권의 변동을 목적으로 하는 청구권을 보전하기 위해서 행해지는 것이며 후일에 본등기를 위해서 그 순위를 미리 확보해 두는 작용을 한다. 그런데 본래의 의도와는 달리 실제거래에서는 채권담보를 위하여 소유권의 이전을 예약하고 이것을 가등기하는 방법으로 오래전부터 시행되어 왔다. 가등기가 담보가등기인지 순위보전의 가등기인지의 여부는 그 등기부상 표시나 등기시에 주고 받은 서류의 종류에 의하여 형식적으로 결정할 것이 아니고 거래의 실질과 당사자의 의사해석에 따라 결정된다.¹³⁾

즉, 본등기의 순위보전을 목적으로 한 예비등기에 불과한 가등기라도 일단 가등기에 기한 본등기가 경료되면 그 본등기의 순위는 가등기의 순위에 의하기 때문에(가담법 제6조 제2항) 가등기 이후에 한 제3자의 등기는 가등기의 내용과 저촉되는 범위내에서 그 효력이 부정되거나 후순위로 되므로 사람들은 가등기가 있는 부동산에 대하여는 거래하기를 기피한다. 이렇게 되면 채권자는 좀 더 안전하게 이러한 가등기의 순위보전기능을 목적부동산에 대한 소유권이전청구권의 보전이라는 명목을 내세워 가등기를 금전채권의 물적담보로 확보하게 된다. 종래에는 담보가등기라고 하여도 통상의 가등기와 마찬가지로 그에 순위보전의 효력만을 인정함으로써, 가등기권리자는 경매절차에서 이해관계인이 되지 못하였다. 그러나 '가담법'의 제정으로 가등기담보권자에게 저당권자와 유사한 지위를 인정하였다. 즉 경매를 청구할 수 있고, 경매절차에서 우선변제 받을 권리를 인정하였다.¹⁴⁾

그리고 더 나아가 채무자의 채무불이행이 있는 경우에는 채권자가 소송절차를 거치지 않고 직접 본등기를 할 수 있도록 하기 위하여 채소전화해의 절차를 미리 밟아 두기도 하였으나, 가등기담보가 채소전화해와 결합하는 경우에는 채무자는 치명적인 불이익을 강요당하게 된다.

2. 유형

가. 대물변제예약과 매매예약

가등기담보의 형식으로는 대물변제예약과 매매예약이 많이 이용되었다. 이는

12) 한삼인, 전게서, 483면.

13) 대법원 1992. 2. 11. 선고 91다36932 판결.

14) 가담법 제13조 참조 ; 홍성재, 「물권법」, 대영문화사, 2006, 423면.

가등기담보를 구성하는 것이 대물변제의 예약에 의한 것인가 매매의 예약에 의한 것인가 하는 것이 문제가 되는데, 전자는 채무불이행으로 인하여 채무자(또는 제3자) 소유의 부동산을 대물변제로서 채권자에게 귀속시키는 경우이나, 후자는 채무자(또는 제3자) 소유의 부동산을 채권자가 매수하고 피담보채권으로써 매매대금에 충당시키는 경우이다. 그리고 매매의 예약에 의하는 경우도 있지만 대부분의 대물변제의 예약에 적용되나,¹⁵⁾ 양자 사이에는 효과상의 차이가 별로 없다.¹⁶⁾

나. 정지조건부 대물변제예약과 진정한 대물변제의 예약

대물변제의 예약은 정지조건부 대물변제예약과 진정한 대물변제의 예약으로 나누는 것이 정설이다. 전자에 관해서는 물권변동에 있어서의 형식주의와의 관련하여 그 유효성 여부가 문제되고, 후자에 관해서는 특히 그 완결권과 관련하여 예약으로서의 특질이 문제된다.¹⁷⁾ 그리고 채무불이행이 발생하면 곧 담보권실행에 들어갈 수 있는 것이 정지조건부 대물변제예약형이고 채무불이행이 있는 것만으로는 부족하고 예약완결권의 행사(예약완결의 의사표시)를 한 뒤에야 비로소 담보권을 실행할 수 있는 것이 예약형이다. 현재에는 후자만이 인정된다.¹⁸⁾

다. 비청산귀속형, 처분청산형, 귀속청산형

이는 청산의 방식에 의한 구별로서 비청산귀속형이란 변제기에 채무 이행이 없으면 담보목적물이 청산절차를 밟지 않고 채권자에게 확정적으로 귀속하는 형태의 가등기담보이다. 이는 그 실질에 있어서 유담보의 특질을 가지므로 채무자의 보호 필요성에서 그 효력범위가 문제 된다.

처분청산형이란 채무자가 이행기를 경과하면 채권자는 담보권의 실행으로서 목적물을 제3자에게 환가 처분하여 그 대금으로부터 채무의 변제를 받고 그 나

15) 김형배, 「민법학강의」, 신조사, 2006, 710면 ; 김용한, 「물권법론」, 박영사, 1996, 644면 ; 곽윤직, 전계서 384면 ; 그러나 우리나라의 사회에서는 매매의 예약에 의하는 것이 보통이라는 학자도 있다(이근식, “가등기담보등에 관한 법률”, 「고시계」 제325호, 국가고시학회, 1984. 3, 109면).

16) 권용우, 「물권법(도해식 민법 시리즈 II)」, 법문사, 2000, 601면.

17) 김용한, “대물변제의 예약”, 「월간고시」 제168호, 법학사, 1988. 1, 29면.

18) 가등기담보 등에 관한 법률 제4조 제1항 참조 ; 권용우, 상계서, 601면.

머지가 있으면 그 상당액을 채무자에게 반환하는 경우이다. 귀속청산형은 채무불이행이 있으면 목적물의 소유권은 채권자에게 귀속되지만 그 목적물의 가격을 평가하여 채권액을 초과하는 차액이 있는 경우에 채무자에게 반환하는 형태의 가등기담보이다.

지금까지 우리나라에서는 제소전화해와 결부되어 비청산귀속형이 보통이었다. 유담보의 실질을 가지는 것이므로 경제적 약자인 채무자가 폭리행위의 희생이 될 염려가 있어 민법 제607조 및 제608조와 관련하여 그 유효성 여부가 문제될 수 있다. 그러나 현행 ‘가담법’은 채권자의 폭리행위를 방지하기 위하여 이러한 형태의 가등기담보를 인정하지 않는다. 처분청산형과 귀속청산형은 청산을 한다는 점에서 공통되지만 처분을 하느냐의 여부로 그 청산의 방식을 달리한다. 현행 ‘가담법’은 처분청산형과 귀속청산형을 모두 인정한다(가담법 제3조, 제12조).¹⁹⁾

이와 관련하여 가등기담보권을 실행하는 방법으로는 “특단의 약정이 없는 한, 처분정산이나 귀속청산 중 채권자가 선택하는 방법에 의할 수 있다.”²⁰⁾는 판례의 태도는 가담법 제12조 제1항 전단에 부합하는 것으로 논의의 여지가 없다.²¹⁾

3. 주요특징

가. 민법 제607조·제608조의 구체화

‘가담법’은 민법 제607조 및 제608조의 이념을 살려 이를 구체화 한 특별법으로 기초되었기 때문에 민법 제607조·제608조의 구체적인 실행절차법으로서의 성격을 갖고 있다. ‘가담법’의 규율대상을 “민법 제608조의 규정에 의하여 그 효력이 상실되는 대물반환의 예약(환매, 양도담보 기타 명목여하를 불문한다.)에 포함되거나 병존하는 채권담보의 계약”에 한정한다(가담법 제2조 1호).

또 ‘가담법’의 목적이 민법 제607조의 규정을 본 받아 “차용물의 반환에 관하여 채주가 차용물에 갈음하여 다른 재산권을 이전 할 것을 예약함”²²⁾ 있어서

19) 권용우, 전제서, 602면.

20) 대법원 1988. 12. 20. 선고 87다카2685 판결.

21) 한삼인, 전제논문, 111면.

22) 대법원 1995. 4. 21. 선고 94다26080 판결 ; 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다22879 판결 ; 대법원

그 재산의 예약당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에 이에 따른 담보계약과 그 담보의 목적으로 경료된 가등기 또는 소유권이전등기의 효력을 규정함을 목적”으로 한다(가담법 제1조).

따라서 ‘가담법’은 조문의 규정에 비추어 볼 때는 민법 제607조·제608조에 해당이 될 때 적용이 가능하며, 그 이외의 경우에는 적용되지 않는다.²³⁾

나. 적용범위의 확장

(1) 비전형담보 일반에 적용

‘가담법’은 그 적용범위가 상당히 넓다. 민법 제608조의 규정에 의해 그 효력이 상실되는 대물반환의 예약에 포함되거나 병존하는 채권담보의 계약에 의하여 가등기 또는 소유권이전의 본등기가 경료된 모든 유형의 비전형담보를 규율 대상으로 한다(가담법 제1조, 제2조 1호). 따라서 대물변제예약 외에도 양도담보·매도담보·환매·재매매예약 등 그 명칭 여하를 묻지 않고 그 실질이 채권담보를 목적으로 한 때에는 예외없이 ‘가담법’이 적용된다. 그리고 등록할 수 있는 권리에 의한 담보에도 적용된다(가담법 제18조). 그러나 주된 적용대상은 가등기담보와 양도담보이다.²⁴⁾

‘일본 가담법’이 양도담보를 적용대상에서 제외하고 있음에도 불구하고, 일본의 입법례를 모범으로 하여 ‘거의 그 모사와 같은 내용’이라고 극단적으로 보는 견해도²⁵⁾ 있지만 그 내용이나 체제상에서 볼 때 ‘일본 가담법’과 매우 유사한²⁶⁾ 우리 ‘가담법’이 양도담보까지 적용대상으로 한 이유는 이른바 가등기담보만을 규제하면 당사자들이 이 법의 적용을 받지 않는 양도담보를 이용하여 여전히 변칙담보가 성행할 것이기 때문에 이 법에 의하여 변칙담보일반의 사적실행을 모두 규제하는 것이다.²⁷⁾

1992. 4.10. 선고 91다45356, 45363 판결.

23) 양창수, “가등기담보등에 관한 법의 현황과 문제점”, 「민사판례연구XIII」, 박영사, 1990. 4, 389면.

24) 김상용, 전계서, 801면.

25)곽윤직, 전계논문, 50면.

26) 박운길, “가등기담보법에 관한 고찰”, 「지역발전연구」 제1호, 조선대학교 지역발전연구소, 1996, 3면.

27) 박운길, 상계논문, 3-4면.

(2) 피담보채권의 한정

‘가담법’은 양도담보와 매도담보에도 적용된다. 그러나 ‘가담법’이 적용되는 피담보채권의 종류가 제한되는지가 문제된다.²⁸⁾ 이에 관하여는 견해가 대립한다. 가담법 제1조 및 제2조 1호에서는 민법 제608조에 의하여 효력이 상실되는 대물변제예약에 포함된 채권담보계약이 가등기담보계약이라고 규정하고 있기 때문에 ‘가담법’의 적용을 받는 채권을 소비대차에 의하여 생긴 채권에 한정하는 설(그 근거는 ① 가담법 제1조 및 제2조 명문으로 소비대차에 의한 채권을 담보하기 위한 가등기 담보권에 한해서 ‘가담법’의 적용을 받는 것으로 규정하고 있고, ② ‘가담법’의 입법취지는 채무자의 보호가 주된 목적이므로, 채권자보호가 제도의 취지인 외상거래로 인한 상품대금채권이나 불법행위로 인한 손해배상채권에는 적용되지 않는다고 해석하여야 하고, ③ 소비대차에 의하지 않고 생긴 채권을 담보하기 위하여 가등기담보권을 설정할 수도 있으나 그 경우에는 ‘가담법’을 적용할 것이 아니라 반사회질서(민법 제103조), 폭리행위(민법 제104조)등에 의하여 해결하면 된다.)²⁹⁾과 소비대차 이외의 사유로 생긴 채권, 즉 외상거래로 생긴 상품대금채권에도 적용하는 설(소비대차로 인한 채권을 담보하기 위하여 설정하는 가등기담보권에 한해서만 ‘가담법’을 제한하면 탈법행위를 할 여지를 남기게 될 위험성이 있다.)³⁰⁾이 대립된다.

그러나 가담법 제1조에 피담보권이 소비대차계약상의 채권만으로 한정되어 있고, 상품대금이나 불법행위 부당이득 기타의 채권은 적용이 없는 것으로 되어 있어, 피담보채권의 종류를 공시할 방법이 없는 가등기에 있어서 후순위채권자나 기타 일반채권자는 당황할 수 있다.

그리고 소비대차, 준소비대차 이외의 상품대금채권, 불법행위채권, 부당이득반환채권 등의 경우는 채무자보다 채권자가 오히려 신속히 보호받아야 한다.

그러나 ‘가담법’이 민법 제608조에 의한 효력이 상실되는 소비대차로 인한 대물변제예약과 관련된 무효부분의 청산절차를 엄격하게 규정하고자 특별법으로 제정된 취지를 살려 ‘가담법’의 적용범위를 엄격하게 해석하여 소비대차에 기한 채권에 한하는 것이 타당하다.³¹⁾

28) 일본 가담법 제1조는 금전채권에 한하고 있다(박운길, 전계논문, 4면).

29) 김용한, 전계서, 649면 ; 황적인, 「현대민법론Ⅱ」, 박영사, 1987, 397면.

30) 광윤직, 전계서, 387-388면 ; 권용우, 전계서, 632면 ; 김상용, 전계서, 806면.

31) 조동원, “가담법의 법적성질과 문제점”, 「부동산법학의 제문제」, 박영사, 1992, 523면 ; 대법원 1991. 9. 24. 선고 90다1365 판결.

(3) 가등기담보물의 가액이 피담보채권액보다 부족한 경우

이 경우에도 '가담법'이 적용되는지가 문제된다. 가담법 제1조는 “이 법은 차용물의 반환에 관하여 차주가 차용물에 갈음하여 다른 재산권을 이전할 것을 예약함에 있어서 그 재산의 예약당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에 이에 따른 담보계약과 그 담보의 목적으로 경료된 가등기 또는 소유권이전등기의 효력을 정함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있다. 또 가담법 제2조 1호에 “담보계약이라 함은 민법 제608조의 규정에 의하여 그 효력이 상실되는 대물반환의 예약(환매, 양도담보)에 포함되거나 병존하는 채권담보의 계약을 말한다.”고 규정하고 있다.

따라서 목적물의 가액이 채무원리금에 미달하는 경우에는 민법 제608조의 적용이 없기 때문에 '가담법'의 적용도 없다.³²⁾ 최근 판례도 “가담법은 재산권 이전의 예약에 의한 가등기담보에 있어서 그 재산의 예약 당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에 한하여 그 적용이 있다 할 것이므로, 가등기담보 부동산에 대한 예약당시의 시가가 그 피담보채무액에 미치지 못하는 경우에는 가담법 제3조, 제4조가 정하는 청산금 평가액의 통지 및 청산금지급 등의 절차를 이행할 여지가 없다.”고 판시하고 있다.³³⁾

그러므로, '가담법'의 제정목적 중의 하나가 채권자의 폭리를 막는데 있는 것이므로 채권액이 미달하여 폭리를 취할 가능성이 없는 경우에는 '가담법'을 적용하여 규제할 필요는 없다.³⁴⁾

다. 청산절차와 실행방법

'가담법' 제정 이전에는 '가담법'에 관한 분쟁이 청산절차에 집중되었다는 점을 감안하여 가담법 제3조 이하에서 명문으로 규정하고 있다. 채권자가 담보권을 실행하여 그 담보목적 부동산의 소유권을 취득하기 위해서는 그 채권의 변제기 후에 평가액을 채무자 등에게 통지하고, 그 통지가 채무자 등에게 도달한 날로부

32) 황적인, “가등기담보법 해설(하)”, 「사법행정」 제282호, 한국사법행정학회, 1984. 6, 23면.

33) 대법원 2006. 8. 24. 선고 2005다61140 판결 ; 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005다53 판결 ; 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다27611 판결 ; 대법원 1991. 2. 26. 선고 90다카24526 판결.

34) 조동원, 전계논문, 524면.

터 2월이 경과하여야 한다(가담법 제3조 제1항).

그리고 청산금의 지급의무와 가등기에 기한 본등기 이행 및 목적물인도채무를 동시이행관계로 규정하고 이에 반하는 특약은 무효로 한다(가담법 제4조 제3항, 제4항). 아울러, 가등기담보권자가 청산금채무를 수동채권으로 하여, 자신이 채무자에게 갖고 있는 가등기담보와는 별개의 채권을 자동채권으로 하여 상계하는 것은 가능한지가 문제된다. 이에 관해 판례³⁵⁾는 반론이지만 예외적으로 후순위권리자가 권리행사를 하지 않고 또한 청산기간경과 후라면, 상계가 가능하다고 해석한다. 이 점에 관해서, 원래 학설에서는 거의 논의되지 않고 실무자의 해석으로서, 청산기간경과 전에는 상계할 자동채권이 존재하지 않고, 청산기간 경과 후라도 이미 권리를 행사한 후순위권리자가 있다면, 채무자 등은 그 권리를 행사한 범위 내에서는 채권을 가지지 아니하므로 수동채권이 없어 채권자는 상계할 수 없다는 견해도 있다.³⁶⁾ 청산금은 실행통지 당시의 목적부동산의 가액에서 그 시점의 피담보채권을 공제한 차액이다(가담법 제4조 제1항 전단). 청산금의 산정시기를 언제로 보아야 할 것인가가 문제된다. ‘가담법’의 규정상은 담보권 실행의 통지당시가 되는 것으로 보아야 할 것이나 청산기간을 경과한 청산금의 평가당시로 보는 것이 채권자와 채무자간의 이해관계에 균형을 기하는 것이 된다.³⁷⁾

‘가담법’에 의한 청산절차에 따르면 ‘가담법’ 제정전에 인정되던 귀속청산과 처분청산은 귀속청산으로 일원화가 되었다.³⁸⁾ 그러므로 ‘가담법’ 제정전의 처분청산방법은 허용되지 않는다. 아울러, 귀속청산에 의하지 않는 한 경매에 의하도록 하고 있다(가담법 제12조 제1항). 즉 민사집행법 제264조 이하의 담보권실행경매절차³⁹⁾에 따라 우선변제를 받을 뿐이고 채권자가 임의로 제3자에 처분하여 청산하는 것은 허용하지 않는다.⁴⁰⁾

35) 대법원 1996. 7. 12. 선고 96다17776 판결.

36) 곽윤직, 「민법주해Ⅶ 물권(4)」, 박영사, 2000, 415면.

37) 윤천희, 「가등기 담보법」, 한국사법행정학회, 1986, 77-75면.

38) 박운길, 전계논문, 6면.

39) 그 개요를 보면, 경매신청(민법 제363조 제1항, 민사집행법 제268조·제78조 제1항)→경매개시 결정(민사집행법 제268조·제146조·제149조·제159조에 기한 배당표 확정 후 그에 따라 배당을 실시하고, 배당순서는 동법 제145조 제2항에 기한 민법, 상법 그 밖의 법률에 의한 우선순위에 따른다.)→채매각(매수인이 대금지급기한까지 그 의무를 완전히 이행하지 않고, 또한 차순위매수신고인이 없는 경우, 동법 제268조·제188조에 기해 법원이 직권으로 채매각을 명하게 된다.)의 절차를 따른다(한삼인, 전계논문, 124면).

라. 비전형담보의 담보물권화

가등기담보, 양도담보, 매도담보의 법적 성질을 어떻게 이해하여야 할 것인가에 관해서는 종래부터 견해가 대립되어 왔으나, '가담법'의 제정된 이후에도 여전히 견해가 대립되고 있다.

가등기담보에 대해서는 ① '가담법'이 가등기담보권을 저당권으로 보고 있을 뿐 만 아니라, 가등기담보권에 인정되는 경매청구권, 우선변제권, 별제권 등은 담보물권에 특유한 효력이란 점을 들어 가등기담보권은 저당권에 비슷한 것 또는 특수저당권이라고 보는 특수한 저당권설⁴¹⁾ ② 가등기담보권은 민법 제607조·제608조와 관련하여 경제적 약자의 보호와 거래질서의 테두리 안에서 그 기능과 효력이 인정되고 있으며, 담보물권으로서의 공시방법이 불충분하고, 가등기담보권자에게 청산의무를 인정하되 청산절차에 있어서는 목적부동산의 직접취득과 경매라는 2종의 방법을 양립시키고 있다는(가담법 제4조 이하) 점에서 저당권과는 다른 변칙적 특수담보물권으로 보는 설⁴²⁾ ③ 가등기담보는 소유권이전예약형의 담보방법으로서, 이는 근본적으로 소유권이전형의 담보방법에 속하고, 형식인 가등기내용인 담보보다 언제나 유월하며, 가등기에 기한 본등기가 행하여지면 소유권이전예약형은 소유권이전형에 흡수되기 때문에 소유권이전형인 양도담보의 본질을 신탁적 소유권이전으로 볼 수 밖에 없는 이상 소유권이전예약형인 가등기담보도 동일하게 보아야 할 것이라는 신탁적 소유권이전설⁴³⁾이 주장되고 있다.

양도담보에 관해서도 종래는 신탁적 소유권이전설이 통설⁴⁴⁾이었으나 현재는 채권자가 진정한 의미의 소유권을 취득하는 것이 아니라 양도담보권이라는 제한물권을 취득하는 것으로 보는 제한물권설이 다수의 견해이다.⁴⁵⁾ 이와 같이 '가담법' 제정 후 가등기담보나 양도담보 등의 법적 성질이 무엇인가에 관하여 견해가 대립하고 있다. 그러나 '가담법'에 의해 저당권에 유사한 담보물권에 근접하게 되었다는 자체는 분명한 사실이다.

40) 김상용, 전계서, 824-826면.

41) 곽윤직, 전계 「물권법」, 387면 ; 황적인, 전계서, 387면 ; 장경학, 「물권법」, 법문사, 1990, 868면 ; 박경량, "가등기담보", 「이영준교수화갑기념논문집」, 1999, 435면 ; 이은영, 전계서 866면.

42) 김용한, "가등기담보권의 본질과 설정", 「월간고시」 제139호, 법학사, 1985, 68면.

43) 이영준, 「물권법」, 박영사, 2002, 892-893면.

44) 이태재, 「물권법」, 진명문화사, 1985, 426면.

45) 김상용, 상계서, 803면.

예컨대 가등기담보권자에게 목적부동산의 경매청구권을 인정하고, 그 경매에 관하여 가등기담보권을 저당권으로 보고(가담법 제12조), 가등기담보권에 대하여 제3자가 경매절차를 밟게 된 때에는 가등기담보권을 저당권으로 본다. 아울러, 가등기담보권자에게 가등기의 순위에 의하여 우선변제를 받는 것이 인정되고(가담법 제13조), 청산금을 지급할 때까지는 다른 채무자에 의한 경매가 개시되면, 가등기담보권은 우선변제권으로 전환된다(가담법 제14조). 파산절차에 있어서는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 중 저당권에 관한 규정을 가등기담보권에 적용함으로써 별제권을 인정하고(가담법 제17조 제1항), 국세기본법·국세징수법·지방세법·채무자 회생 및 파산에 관한 법률의 적용에 있어서도 가등기담보권을 저당권으로 본다(가담법 제17조 제3항).

마. 기타

(1) 소유권취득의 특례

‘가담법’은 채권담보의 목적으로 채권자에게 이미 소유권이전등기가 되어 있더라도 그것만으로는 소유권을 취득하지 못하고, 청산기간 경과후 청산금을 지급하여야만 대내외적으로 목적부동산의 소유권을 취득한다(가담법 제4조 제2항). 따라서 채권자 명의로 소유권이전등기가 되어 있더라도 청산금을 지급할 때까지는 채권자는 실질적 소유권자가 아니므로 당해 부동산에 대한 처분권한도 없다.

(2) 후순위권리자의 보호

가등기담보권자가 귀속청산의 방식으로 담보권을 실행하기로 한 경우에, ‘가담법’은 후순위권리자는 담보가등기권리자가 채무자 등에게 지급하여야 할 청산금에 대하여 자신의 권리를 행사할 수 있도록 하였다(가담법 제5조 제1항). 그리고 담보가등기권리자는 일정시기에 후순위권리자에게 청산금에 관한 일정한 내용의 통지를 하도록 규정하고 있고(가담법 제6조), “채무자는 청산기간의 경과 전에 한 청산금에 관한 권리의 양도 기타 처분 및 위 통지전의 청산금 지급은 후순위권리자에게 대항하지 못한다.”고 규정한다(가담법 제7조). ‘일본 가담법’은 청산금채권에 대한 후순위담보권자의 권리행사요건으로서 청산금의 지급전에 압

류를 그 요건으로 하고 있다. 그러나 우리 ‘가담법’에서는 이러한 규정이 없기 때문에 후순위권리자에 대한 공탁통지규정을 두는 것이 당연하다. 이를 규정하지 않는 것은 입법상의 불비로서 가담법 제8조 제4항이 유추 적용되어야 한다.⁴⁶⁾ 또한 후순위권리자는 청산 기간내에 한하여 그 피담보채권의 변제기 도래전이라도 목적부동산의 경매를 청구할 수 있다(가담법 제12조 2항).

(3) 채무자 등의 등기말소청구권(환수권)

“채무자 등은 청산금채권을 변제받을 때까지 그 채권액(반환시까지의 이자와 손해금 포함)을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 경료된 소유권이전 등기의 말소를 청구할 수 있다. 다만 그 채무의 변제기가 경과한 때로부터 10년이 경과하거나 또는 선의의 제3자가 소유권을 취득한 때는 그러하지 아니하다.”고 규정한다(가담법 제11조). 그러므로 채권자는 자기명의로 목적부동산의 소유권이전등기가 경료되었더라도 청산기간 경과후 청산금을 채무자에게 지급해야 비로소 그 목적부동산의 소유권을 취득하게 된다(가담법 제4조).

따라서 채권자는 청산금을 지급하기 전에는 무권리자임에도 불구하고 가담법 제11조 단서에서는 완전한 소유자가 아닌 채권자가 자기명의로 소유권이전등기가 되어 있음을 기화로 선의의 제3자에게 이를 처분하였을 때에는 제3자는 유효하게 소유권을 취득하게 된다. ‘일본 가담법’에서는 환수권 행사의 시효를 5년으로 하고 또 제3자의 선의·악의를 구별하지 않고 있다.⁴⁷⁾

(4) 가등기의 실체적 효력

본래 가등기에는 가등기 자체에 기해서는 특별한 효력이 인정되지 않는다.⁴⁸⁾ 그러나 ‘가담법’은 가등기담보의 목적부동산이 다른 채권자에 의해 경매 개시된 경우에 담보가등기권리자는 가등기인 채로 그 가등기의 순위에 의하여 우선변제권을 행사할 수 있다. 따라서 이 경우에는 담보형가등기가 본등기의 기능과 효력을 갖는 것으로 의제된다(가담법 제13조).

46) 윤천희, “가등기담보의 본질에 관한 연구”, 숭실대학교대학원 박사학위논문, 1990, 142면.

47) 일본 가등기담보계약에 관한 법률 제11조 참조.

48) 다만 가등기 자체에도 청구권보전의 효력을 인정할 수 있다고 보는 견해도 있다(곽윤직, 전제 「물권법」, 114-115면).

제2절 가등기담보와 유사제도와와의 관계

1. 대물변제예약과의 관계

법률이 규제하는 것은 아니지만 거래관행을 통해서 성립한 비전형적·변칙적 담보제도로써 대물변제예약이 있는데 이것은 변칙적 담보제도 가운데서 가장 많이 이용되고 있고 원칙적 담보제도인 저당권보다도 많이 이용되고 있어, 모든 담보제도에서 매우 중요하다.⁴⁹⁾

대물변제의 예약은 가등기의 순위보전의 효력을 이용함으로써 저당권의 번잡스런 실행절차를 회피하고 목적 부동산의 가액과 피담보채권액의 차액을 염려할 것 없이 채권자가 그 목적물을 취득할 수 있는 기능을 나타낸다. 이러한 현상은 폭리행위가 되지 않는 범위내에서 채권자의 극한의 이익추구를 법적으로 보장한다는 뜻에서 담보로서의 합리성이 의심된다. 그리고 채권자에 대하여는 대금의 회수가 확보되어야 하므로 채권자에게 청산의무를 주는 것이 타당하다.⁵⁰⁾

이러한 점에서, 대금채권확보를 위해 부동산 위에 저당권을 설정하고 아울러 대물변제예약을 체결하는 형식을 취하는 경우에는 그것을 담보권에 준하는 것으로 보아야 한다. 즉, 계약시에 있어서는 목적 부동산의 가액과 변제기까지의 원리합계액과의 사이에 합리적인 균형을 설정할 수 없는 경우에는 채권자로서는 채무자가 변제기에 그 채무를 변제하지 않는다면 그 목적물의 환가함으로써 얻는 금액으로부터 우선변제를 받고, 잔액이 있다면 그것을 채무자에게 반환하도록 하는 것이 타당하다. 이러한 것은 대물변제의 예약의 경우 뿐 만 아니라 매매예약의 경우 등에서도 적용될 수 있다.

이상과 같이 가등기에 의하여 채권담보의 역할을 하게 되는 모든 경우를 가등기담보로서 포괄할 수 있고 그로 인한 권리를 가등기담보권으로서 구성할 수도 있다.⁵¹⁾

49) 광윤직, “대물변제의 예약에 관한 연구 -판례이론을 중심으로-”, 「법학」 제19권 제2호(통권4호), 서울대학교 법학연구소, 1979, 30면.

50) 이성우, “가등기담보 이론에 관한 연구”, 경성대학교대학원 석사학위논문, 2001, 11면.

51) 김용한, 전계서, 619면.

2. 민법 제607조·제608조와의 관계

민법은 계약에 관한 장의 제5절 소비대차를 규정함에 있어서 제607조(대물반환의 예약)는 “차용물의 반환에 관하여 차주로 차용물에 갈음하여 다른 재산권을 이전 할 것을 예약한 경우에는, 그 재산의 예약당시 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 넘지 못한다.”고 하고, 제608조(차주에 불이익한 예약의 금지)에서는 “제2조의 규정에 위반한 당사자의 약정으로 차주에 불리한 것은 환매 기타 여하한 명목이라도 그 효력이 없다.”라고 규정하고 있다.

이는 결국 가등기담보등의 폭리문제를 규제하기 위한 것이다. 즉, 대물변제예약에 관하여 현행민법이 시행되기 이전의 구민법시대에는 현행민법 제607조·제608조와 같은 규정이 없었기 때문에 대물변제예약의 효력을 규제하는 규정으로 구민법 제90조(현행민법 제104조에 해당)에 의하여 이를 규제하였다. 따라서 폭리행위가 되느냐의 판단은 공서양속에 위반되느냐의 여부에 따라 처리하여 왔다.

그리하여 구체적·객관적 요건으로 대물급부하는 목적물의 가액이 채무액을 초과하여 현저히 균형을 잃고 있어야 하고 주관적 요건으로는 채무자의 경솔·무경험 또는 급박한 곤란을 이용하여 대물변제예약을 하였음을 요하며, 두 요건을 충족한 상태에서 이루어진 대물변제예약은 공서양속에 위반되는 폭리행위로서 무효가 된다고 해석하였다.

그리고 객관적 요건만 충족한 경우에는 폭리행위가 되지 않고 대물급부의 목적물의 가액이 비록 채권액을 초과하는 경우에도 계약이 채무자의 경솔·무경험 또는 급박한 곤란상태를 이용하여 체결된 것이 아니면 공서양속에 위반하는 계약이 아니라고 판단하여 왔다. 구민법시대에는 대물변제예약의 효력에 대하여 공서양속에 위반하는 폭리행위로서 무효가 된다고 한 판례⁵²⁾가 있는가 하면 비록 목적물의 가액과 채권액과의 사이에 불균형이 있다 하더라도 폭리행위가 되지 않는다는 판결⁵³⁾도 있다.

그러므로 이를 보완하기 위한 제607조·제608조가 민법의 제정당시부터 성립되었던 것이다. 그런데 제607조·제608조가 민법의 제정당시부터 이를 보완하기

52) 대법원 1962. 2. 8. 선고 4294민상773 판결.

53) 대법원 1957. 2. 23. 선고 4289민상611 판결.

위한 제607조·제608조의 규정은 너무 간결하여 이를 해결하기에는 부족하였고 학설과 판례 역시 많은 노력을 기울여 왔으나 그 자체의 한계가 있어 해결을 보지 못하였다.

그리하여 변칙담보에 의한 채권자의 폭리를 막고 채무자 또는 후순위권리자를 보호하기 위하여 특별법으로서 1983년 12월 30일 가등기담보 등에 관한 법률을 제정하여 1984년 1월 1일부터 시행하게 되었던 것이다.

따라서 '가담법'과 민법 제607조·제608조의 관계에 대해서는 전자가 제정되었다고 하여 후자가 삭제되는 것이 아니라 '가담법'은 후자의 정신과 일치하고 후자를 모범으로 하며 그의 구체적인 실행절차법적인 성격을 가지고 있다. 즉 '가담법'은 민법 제607조·제608조의 구체적 절차법이다. '가담법'의 절차적 규정은 당사자 사이의 청산문제(가담법 제3조·제4조), 제3자와의 관계에서 발생하는 여러 가지 이해조절의 문제, 즉, 당해 부동산에 관하여 등기부상 이해관계를 가지는 선순위, 후순위권자(가담법 제5조·제6조)등의 이해조절, 일반채권자의 임의 또는 강제경매의 신청이 있는 경우에 가등기담보권자의 우선변제권(가담법 제13조)등에 관한 규정들이 있다.

3. 저당권과의 관계

가. 저당권과의 병용

가등기담보는 처음에는 저당권과 병용하였다. 그러한 관행은 상당히 오래 전부터 행하여져 왔으며, 그와 같이 저당권과 병용하게 된 주요한 이유는 다음 세 가지로 요약한다.

첫째, 채권자는 저당권과 대물변제예약 가운데에서 자기에게 유리한 어느 하나를 선택해서 채권의 회수를 피할 수 있다. 둘째, 대물변제예약이 폭리행위로서 무효로 되더라도, 저당권이 있기 때문에 채권자는 우선변제권을 잃지 않는다. 셋째, 대물변제예약을 실행함으로써 복잡하고 번거로운 저당권실행절차를 생략할 수 있을 뿐 만 아니라 채권자가 목적물의 취득을 원하는 경우에는 확실하게 취득할 수 있기 때문이다.

나. 저당권과의 비교

경매에 의한 우선변제권을 보장받은 저당권과 대비하여 볼 때 가등기담보는 무엇보다 제3채권자에 의한 관계에서는 우선권과 배타적 지위를 향유할 수 있는 담보적 기능을 훌륭히 수행한다고 볼 수 있다. 그리고 가등기담보의 장점으로는, 첫째, 경매절차의 번잡을 피하기 위하여 간단한 사적 실행에 의한 채권회수를 할 수 있고 목적 부동산의 경매도 청구할 수 있다(가담법 제12조 제2항). 둘째, 경매로 인하여 우선변제를 받는 경우에는 이자 등에 관하여 민법 제360조와 같은 제한 규정이 없다. 아울러 단기임대차에 의한 제한을 피할 수 있다는 장점도 있다.

다. 저당권규정의 준용

비록 저당권이 전형담보에 속하고, 이에 반하여 가등기담보는 비전형담보에 속하지만 가등기담보의 성질은 실질적으로는 저당권과 비슷한 담보물권이다. 그러므로 저당권의 규정, 특히 부종성·수반성 및 불가분성·물상대위성에 관한 규정을 준용함이 타당하다. 그러나 '가담법'은 후순위담보권자 및 후순위가등기담보권자에 대하여 채무자 등이 갖는 청산금청구권에 대한 물상대위권을 인정하는 것(가담법 제5조 제1항)이므로, 목적물의 멸실, 훼손 등으로 인한 채무자가 받은 금전 등에 대하여는 가등기담보권의 물상대위 규정이 없다. 그러므로 "명규정문이 없으면 물상대위도 없다."라는 원칙에 입각한다면 가등기담보권에는 이러한 규정이 없으므로 준용될 수 없다고 하는 물상대위성에 관하여는 부정적인 측면도 있다.⁵⁴⁾

다만 물권적 효력에 관하여는 어느 범위로 인정할 것인가가 문제된다. 예컨대, 저당권은 객체인 담보목적물에 대하여 일정한 지배권을 갖고 있으므로 물권적 청구권에 기한 방해배제 및 손해배상청구권을 인정하는 것은 당연하다.

그러나 가등기담보는 물권으로 구성되어 있지 아니하므로 저당권과 동일한 물권적 효력으로 인정할 수는 없다. 다만 소유권이전에 따른 청산기간 경과전이 라도 실행통지 후의 조건부소유권으로서의 물권적 효력은 인정된다. 따라서 청산기간 경과 후에는 소유권에 기한 물권적 효력은 당연히 인정되는 것이다.⁵⁵⁾

54) 김기수, "가등기담보의 본질 및 저당권과의 관계", 「고시계」 제326호, 국가고시학회, 1984. 4, 52면 참조.

55) 김기수, 상계논문, 52면.

4. 양도담보와의 관계

가. 양도담보의 의의 및 특색

양도담보라 함은, 채권담보를 위하여 물건의 소유권(모든 기타의 재산권)을 외관상 채권자에게 이전하고 채무자가 채무를 이행하지 않은 경우에는, 채권자가 그 목적물의 소유권을 확정적으로 취득하게 되고 채무자가 채무를 이행하면 그 목적물을 소유자에게 반환하는 형식에 의한 비전형담보이다.⁵⁶⁾

양도담보는 채권담보라는 경제적 목적을 위하여 담보목적물의 소유권을 채권자에게 이전하는 법률적 형식을 취하는 제도이므로 채권담보라는 경제적 목적과 소유권이전이라는 법률적 형식의 이중적 구성을 유보하는 데 그 특색이 있다.

나. 적용범위의 한계와 이론구성의 문제점

양도담보에 의하는 경우에는 채권자와 채무자의 쌍방에 대하여 유리하고도 편리하기 때문에 실제로 많이 이용되고 있다.

그러나 이 방법을 취하는 경우에는 재산권을 우선 채권자에게 양도해 버리기 때문에 그에 따르는 위험이 있고 또한 채무자의 체면에도 관련되기 때문에 양도담보가 행해지는 범위에도 스스로 한계가 있다.

그런데 양도담보에 의하여 재산권을 채권자에게 양도한다 하더라도 보통은 단순히 양도만을 하는 것이 아니고, 환매예약부매매(민법 제590조 참조)로 하든가 재매매의 예약(민법 제564조 참조)으로 한다든가 또는 신탁적 행위로 하게 된다. 그것은 채무자는 채권자에게 외형상 소유권을 양도하기는 하지만 그 참된 목적은 어디까지나 채권을 담보하기 위한 데 있으며 보통의 매매처럼 소유권을 이전하는 것 자체를 목적으로 하는 것은 아니기 때문이다.

여기서 양도담보를 이론적으로 어떻게 이해해야 할 것인가 하는 어려운 문제가 발생하게 된다.

56) 김용한, 전계서, 624면.

다. 양자의 차이점

가등기담보는 양도담보와 더불어 소유권이전의 형식을 취하는 담보방법이라는 점에서는 일치한다.⁵⁷⁾ 다만 양도담보에 있어서는 양도담보설정계약과 동시에 소유권이전의 형식을 취하는 데 대하여 가등기담보에 있어서는 채무자(또는 제3자)에게 소유권이 그대로 보유되나, 채무불이행시에 예약완결권을 행사(담보의 실행)함으로써 등기가 되었을 때 본 계약이 성립하여 소유권이 채무자에게 귀속하게 되는 점에서 차이가 있다.⁵⁸⁾ 즉, 양도담보는 소유권이전형 담보방법인데 대하여 가등기담보는 소유권이전예약형 담보방법인 것이다.⁵⁹⁾ 특히, 부동산소유권을 이전하려면 등록세, 부동산취득세 등의 경비가 많이 들고 채무를 이행한 후에도 또다시 채무자명의로 이전하여야 하는 양도담보보다는 가등기담보가 거래계에서는 많이 이용되고 있다.⁶⁰⁾ 더욱이 가등기담보의 경우에는 담보의 목적인 부동산의 소유권이 설정자에게 아직 남아있기 때문에 양도가치가 남아있는 한 후 순위의 담보권의 설정이나 권리의 처분이 가능하기 때문에 양도담보의 경우보다 설정자에게 유리하다.

그러나 결국 가등기담보와 양도담보는 양자 모두 금전소비대차계약에 있어서 대차금에 갈음해서 재산권을 이전할 것을 예약하고 그에 따르는 담보계약을 하는 것이고, 그 형식에는 차이가 있으나 양자 모두 등기를 한다는 점에서는 같다.

5. 가등기담보계약과 가등기

가. 가등기담보계약

가등기담보계약은 채무를 담보하기 위하여 그 불이행이 있을 때에는 채무자 또는 제3자의 부동산의 소유권 기타 권리를 채권자에게 이전하기로 하는 계약이다. 즉 가등기담보계약은 가담법 제2조 1호 소정의 담보계약으로서, “민법 제608

57) 양자는 의의, 유형, 사회적기능, 법적 구성에 있어서 대단히 유사하다(이영준, 전계서, 889면).

58) 박윤직, 전계 「물권법」, 383면.

59) 이영준, 상계서, 889면.

60) 홍성재, 전계서, 409면.

조의 규정에 의하여 그 효력이 상실되는 대물반환의 예약에 포함되거나 병존하는 채권담보의 계약을 말한다.” 이러한 가등기담보계약은 물권적 합의를 포함하는 채권계약으로서의 성질을 가진다. 그리고 가등기담보계약은 피담보채권의 발생원인인 채권계약과 합체되거나 따로 행할 수가 있다.

담보되는 채권은 어떠한 원인에 의하여 발생한 것이든 상관없다. 따라서 물품대금채권이라든가 공사대금채권⁶¹⁾ 등과 같이 소비대차 이외의 사유로 발생한 채권을 담보하기 위한 가등기담보계약도 유효하다. 다만, ‘가담법’은 그 적용대상을 소비대차에 기한 채권의 확보를 위한 대물반환의 예약에 기한 가등기 내지 양도담보에 한정하고 있다(가담법 제1조). 판례도 이에 따른다.⁶²⁾ 그러나 학설은 소비대차 이외의 사유로 발생한 채권을 담보하기 위한 가등기담보도 ‘가담법’의 적용 내지 유추 적용의 대상으로 본다.⁶³⁾

또한 장래의 특정된 채권 또는 변동하는 채권도 피담보채권이 될 수 있다.⁶⁴⁾ 그리고 가등기담보 중에서 담보 목적물의 가액이 예약당시의 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 가등기담보만이 ‘가담법’의 적용대상이 된다. 담보 목적물의 가액의 피담보채권액에 미치지 못하는 경우에는 굳이 ‘가담법’을 적용하여 채무자를 보호할 필요가 없기 때문이다. 따라서 이러한 경우에는 가담법 제3조가 정하는 청산금의 평가액을 통지할 필요가 없다.⁶⁵⁾

가등기담보의 목적물은 양도할 수 있는 재산권으로서 가등기가 가능하여야 한다. 따라서 부동산에 관한 권리뿐만 아니라, 선박 기타 등기나 등록에 의하여 공시되는 물건은 모두 가등기담보의 목적물이 될 수 있다(가담법 제18조).⁶⁶⁾

나. 가등기

가등기 담보가 성립하고 효력을 발생하기 위해서는 가등기 또는 가등록을 갖

61) 그러나 공사대금채권에 관해 다른 견해의 판례(대법원 1992. 4. 10. 선고 91다45356판결 ; 대법원 1992. 4. 10. 선고 91다45363 판결(반소))가 있다.

62) 대법원 1990. 6. 26. 선고 88다카20392 판결.

63) 권용우, 전게서, 603면 ; 김중환·김학동, 「물권법」, 박영사, 2004, 583면 ; 이에 대해 소비대차에 기한 채권에 한한다고 한다(김용한, 전게서, 649면).

64) 권용우, 상계서, 603면.

65) 대법원 1991. 11. 22. 선고 91다30019 판결.

66) 권용우, 상계서, 603면.

추어야 한다. ‘가담법’은 이를 담보가등기(채권담보를 목적으로 경료된 가등기를 말한다.)라고 한다. 본래 의미에 있어서의 가등기는 순위보존의 효력만이 인정되나(이른바 보존가등기), 담보가등기에는 그 밖에 실체법적 효력이 인정된다. 담보가등기의 목적물이 다른 채권자에 의하여 경매에 붙여진 경우에, 가등기담보권자는 가등기인 채로 그 가등기의 순위를 가지고 우선변제권을 행사할 수 있다(가담법 제13조). 즉, 그 순위에 관하여 그 담보가등기권리를 저당권으로 본다.⁶⁷⁾

제3절 가등기담보권의 실행

가등기담보를 실행하는 방법에는 채무자가 변제기에 피담보채권을 변제하지 않는 경우에 가등기담보권자가 적극적·능동적으로 주도권을 쥐고 목적물을 평가하여 청산금을 채무자 등(채무자 등에는 채무자와 물상보증인 뿐 만 아니라 담보가등기 후 소유권을 취득한 제3자 취득자도 포함된다.⁶⁸⁾)에게 지급하고 그 목적물의 소유권(권리)을 취득함으로써 우선변제를 받는 방법과 목적물을 경매하여 그 대금으로부터 우선변제를 받는 방법이 있다. 전자를 권리취득에 의한 사적실행, 후자를 경매에 의한 공적실행이라 한다.⁶⁹⁾

가등기담보는 본래 그 계약형태에서 보면 전자의 실행방법이 원칙형태이나 담보기능을 중시하는 입장에서는 후자의 실행방법이 타당하다.⁷⁰⁾ 그리하여 다른 채권자 등의 신청에 의하여 경매절차가 개시된 경우에는 전자의 실행방법을 취할 수 없게 된다(가담법 제14조). 또 가등기담보권자가 사적 실행을 먼저 착수하였다 하더라도 후순위권리자와의 사이에서 청산금에 관한 다툼이 생겼을 경우에는 목적물의 경매를 청구할 수 있다(가담법 제12조 제2항).

가등기담보권자가 그의 담보권에 기하여 피담보채권의 변제를 받는 방법 중에는 사적실행과 공적실행의 방법 이외에 목적부동산에 대하여 일반채권자가 강제집

67) 이성우, 전계논문, 19면.

68) 대법원 1995. 4. 28. 선고 94다36162판결.

69) 광윤직, 전계 「물권법」, 390면 ; 한삼인, 전계논문, 120면 참조.

70) 윤천희, 전계 “가등기담보의 본질에 관한 연구”, 118면.

행을 하는 경우, 목적부동산의 전세권자가 경매를 신청하는 경우 또는 후순위권리자가 경매를 청구하는 경우 등을 방지할 수 없으므로, 이들의 경우에 가등기담보권자는 그의 권리순위에 따라서 매각대금으로부터 당연히 변제를 받을 수 있게 된다.

가등기담보권을 실행함에 있어서도 처분청산형과 귀속청산형으로 나눌 수 있으나 이 경우에 채권자는 청산금을 지급한 후에 본 등기를 청구할 수 있으나, 본등기청구와 목적물인도청구는 청산금의 지급과 동시이행의 관계가 있는 것으로 규정하였으므로(가담법 제4조) 가등기담보권은 원칙적으로 귀속청산방식에 의한다.⁷¹⁾

한편, '가담법'은 가등기담보권자가 저당권의 경우처럼 목적부동산의 경매를 청구할 수 있도록 규정하였다(가담법 제12조). 그러므로 가등기담보권의 실행방법은 귀속청산방식에 의한 사적실행과 처분청산방식 경매에 의한 공적실행으로 나눌 수 있는데, 이하에서는 이 두 가지의 실행방법에 관하여 살펴보고자 한다.

1. 사적실행

채무불이행이 발생하면, 채권자(가등기담보권자)가 채무자 등에게 일정한 사항을 통지하는 실행통지를 하여 2개월의 청산기간이 지난 후 담보목적부동산의 평가액이 피담보채권액을 초과할 경우, 그 차액인 청산금을 채무자 등에게 지급한 후 가등기에 기한 본등기를 함으로써 목적부동산의 소유권을 취득하게 된다.

먼저 가담법 제3조 소정의 실행통지를 채무자 등에게 하여야 한다. 통지사항인 청산금의 평가액을 분명히 하기 위하여 통지 당시의 목적부동산의 평가액과 민법 제360조 소정의 채권액(원본·이자·위약금·채무불이행으로 인한 손해배상·채무자가 부담해야 할 실행비용)을 명시해야 한다(가담법 제3조 제2항 전단). 목적부동산의 가액 평가방법에는 제한이 없으므로, 채권자의 주관적 평가액을 통지한다.⁷²⁾ 만약 목적부동산의 평가액이 채권액보다 적어 청산금이 없다고 인정될 경우(이 때에 그 채권액 미달 부분은 무담보채권으로서 계속 존속하게 된다.), 그러한 뜻을 통지해야 한다(가담법 제3조 제1항 후단). 그리고, 채권자의 그 통지에는 구속력이 있으므로 채권자가 채무자 등에게 통지한 청산금의 수액에 관하여

71) 이은영, 전계서, 873면.

72) 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2007, 728면.

채권자는 다룰 수 없다(우리 가담법 제9조는, 일본 가담법 제8조 제1항과 같고, 일본 가담법 동조 제2항 “가등기담보권자에 의한 청산금공탁의 통지는 후순위권리자가 청산금액이 평가액을 초과한다는 주장을 불가능하게 하는 구속력이 있다.”와 같은 조문은 없으나, 해석상 동일한 결론이 된다.).⁷³⁾

아울러, ‘가담법’ 소정의 청산단계를 밟아야 한다. 가등기담보권자의 실행통지가 채무자 등에게 도달한 날부터 2개월의 청산기간이 경과한 후, 그 평가액이 채권액을 초과할 경우, 채무자 등에게 청산금을 지급하는 변제를 한 후에 비로소 가등기에 기한 본등기를 함으로써 목적부동산의 소유권을 취득한다. 청산금이 있을 경우, 가등기담보권자는 청산기간 경과 후 청구권자에게 청산금을 지급하거나 또는 공탁하여야만 본등기를 청구할 수 있다. 그리하여, 청산금이 없는 경우, 채권자는 청산기간 경과 후에 바로 담보가등기에 기한 본등기를 할 수 있고(가담법 제4조 제2항), 본등기를 마친 때에 소유권 취득시점이 된다.⁷⁴⁾

이와 같이 소유권 취득을 위해서는 반드시 그 절차를 밟아야 하고, 절차를 밟지 않고 행해진 본등기는 효력이 없다. 그러므로 이는 실행통지→청산→소유권취득의 3단계를 거치게 된다.⁷⁵⁾

가. 실행통지

(1) 통지의 상대방

실행통지를 하여야 할 상대방은 채무자와 가등기담보 목적부동산의 물상보증인 및 담보가등기후에 소유권을 취득한 제3자이다(가담법 제3조). 담보가등기후에 소유권을 취득한 제3자를 통지의 상대방으로 한 이유는 담보가등기설정자는 그 담보가등기의 담보액을 초과하는 목적부동산의 가치를 제3취득자에게 양도한 것이며, 제3취득자 입장에서는 그 부동산이 안고 있는 부담을 인수하고 취득한 것이므로 청산금은 당연히 제3취득자에게 지급하여야 하기 때문이다.⁷⁶⁾

그러나 가담법 제3조 제1항에서 채무자 등은 담보가등기를 신청할 당시의 목

73) 서정우, “담보물권 후론(1)”, 「민법주해VII」, 박영사, 1993, 324면.

74) 한삼인, 전제논문, 121면.

75) 김상용, 전제서, 812면.

76) 이진강, 「주택임대차보호법령·가등기담보등에 관한 법률해설」, 법령편집보급회, 1985, 10면.

적부동산의 소유권자였던 채무자 또는 물상보증인을 말하는 것이므로 담보가등기 후에 목적부동산의 소유권을 취득한 제3취득자는 채무자 등에 포함되지 않는 자라고 해석하여야 한다는 유력한 반론⁷⁷⁾이 있는데, 그 요지는 다음과 같다. 즉 채무자가 가등기담보계약에 의한 담보권을 실행하여 담보가등기에 기한 가등기담보 목적부동산의 소유권본등기를 완료하게 되면, 그 등기상으로는 같은 부동산에 대하여 채권자의 소유권본등기와 제3취득자의 소유권본등기라는 두 개의 본등기가 병존하게 되어, 이는 가등기의 순위보전적 효력 내지 가등기의 상대방 무효의 효력과 동일부동산위에 두 개의 소유권이 성립할 수 없다는 물권의 배타성에 의하여 제3취득자의 소유권본등기는 당연히 부인말소되어야 하는 것이고, 또 실질적으로 보더라도 채권자가 그 부동산의 소유자로 된 이상 제3취득자는 그 부동산의 소유자로 될 수 없다는 것 또한 명백하다.⁷⁸⁾ 그럼에도 불구하고 제3취득자를 실질적으로 그 부동산의 소유자임을 전제로 하고 그 자에게 청산금청구권을 인정한다는 것은 전후 모순된 이론이다. 따라서 담보가등기 목적부동산의 제3취득자는 담보권실행통지의 상대방으로 될 수 없는 자일 뿐 만 아니라 또한 청산금의 청구권자로도 될 수 없는 자라고 해석하여야 한다.⁷⁹⁾

(2) 통지의 시기

통지의 시기는 채무자 등에 대하여 채권의 변제기 후이고, 그 이전에 한 통지는 효력이 없다(가담법 제3조 제1항·제7조 제2항). 이 통지의 시기가 청산기간의 기산점이 되며 청산금의 액수를 산정하는 시기도 된다. 그리고 채무자 등외의 권리자에 대한 통지는 채무자 등에게 통지가 도달한 후 지체없이 하여야 한다(가담법 제6조 제1항 및 제2항).

(3) 통지의 장소

채무자 등에의 통지는⁸⁰⁾ 그 중요성으로 보아 채무자 등에 도달함으로써 효력

77) 윤천희, 전계서, 105면.

78) 김정훈, “가등기담보권에 관한 연구”, 조선대학교대학원 석사학위논문, 2003, 49면.

79) 윤천희, 전계서, 69면.

80) 채무자, 물상보증인 및 가등기담보 후에 소유권을 취득한 제3자이며 이들 모두에게 통지하여야 한다(대법원 2002. 4. 23. 선고 2001다81856 판결).

이 발생토록 하여 도달주의를 취하고 있으나, 채무자 등외의 권리자에 의한 통지는 그 통지를 받을 자의 등기부상의 주소로 발송함으로써 효력이 발생토록 하여 발신주의를 취하고 있다. 그러나 대항력을 갖춘 임차권자에게는 그 목적부동산의 소유지에 발송하여야 한다(가담법 제6조 제3항).

(4) 통지의 방법

‘가담법’은 통지의 방법에 관하여 특별한 규정을 두지 아니하여 구두나 서면 등의 방법으로 통지하면 될 것이나, 통지가 소유권취득의 요건이 되기 때문에 후일의 입증방법을 위해서도 서면에 의한 통지를 하는 것이 바람직하다. 또한 이 통지는 반드시 채권자 등에게 도달하여야 하기 때문에(가담법 제3조 제1항) 그 도달사항을 입증하기 위하여 배달증명우편에 의하여 통지하는 것이 좋다.

(5) 통지의 내용

통지의 내용은 채무자 등에게 통지당시의 목적부동산의 평가액 및 그 시기의 피담보채권액을 통지하여야 하는 데(가담법 제3조 제2항 전단), 이 경우에 목적부동산이 둘 이상인 때에는 각 부동산의 소유권이전에 의하여 소멸시키려고 하는 채권과 그 비용을 명시하여야 한다(가담법 제3조 제2항 후단). 그리고 후순위 권리자에게는 채무자 등에게 통지한 사실, 내용 및 그 도달일자를 통지하여야 한다(가담법 제6조 제1항). 이와 함께, 가등기담보후에 등기한 제3자에게는 채무자 등에게 통지한 사실과 그 채권액만을 통지하면 된다(가담법 제6조 제2항).

그런데 ‘가담법’은 목적물의 평가방법을 명시하고 있지 않으면 종래의 판례 역시 채권자가 평가주체인 것처럼 표현하고 있을 뿐이므로, 결국은 채권자가 주관적으로 목적물을 평가하게 된다. 그러나 가등기담보에서 당사자간에 가장 분쟁이 많은 평가방법인 만큼 공정한 평가가 중요하다. 일반적으로 감정인의 감정결과에 의하여 평가액을 정하면 될 것이나, 꼭 감정결과에만 의존할 것이 아니라 객관적으로 타당성이 있는 사실상의 거래시가의 기준이면 된다.⁸¹⁾

‘가담법’ 제정시안의 취지는 법원에서 감정업자나 토지평가자 등 감정인에게

81) 이용훈, “변칙담보에 있어서의 채권의 만족방법”, 「사법논집」 제12집, 법원행정처, 1981, 383면.

감정을 명하여 그 감정결과에 따라 가액의 확정을 하여 주면 당사자들이 법원에서 정해진 감정액에 승복하여 소송까지 가지 아니하고 해결할 수 있지 않겠는가라는 점에 있었으나, 비소송사건절차도 하나의 재판이고 가액의 확정은 결정으로 하여야 하는데 비소송사건절차에서 받은 그 가액확정의 효력이 나중에 소송이 제기되었을 때 기판력이나 확정력을 발생하는 것이냐는 점에 관하여 논란의 여지가 있을 뿐 만 아니라, 그렇게 되면 결국 당사자간의 소송을 한번 더 치르게 하는 결과를 초래하게 되므로 가액의 산정은 당사자의 협의에 맡기고 협의가 성립되지 아니하였을 때에는 해당 소송에서 다투도록 하였다.⁸²⁾

채권자가 목적물을 평가함에 있어서는 신의성실의 원칙에 의하여 객관적으로 공정한 가격으로 평가할 의무를 진다고 할 것이다. 판례는 너무 낮게 목적물의 가액이 평가된 경우에는 신의칙에 어긋나는 청산으로서 청산이 없는 것과 다름없다고 판시하고 있다.⁸³⁾

(6) 통지의 구속력

채무자(또는 물상보증인)는 통지내용에 이견이 있을 때 이의를 제기 할 수 있지만 채권자는 일단 청산금을 통지한 이상 실제로 청산금이 그보다 적다고 다룰 수 없는 자기구속을 받는다(가담법 제9조). 즉 채권자에 대한 통지의 구속력을 인정한다.

나. 청산

(1) 청산의 의의

가등기담보권자가 목적물의 소유권을 취득하기 위해서 가등기담보권의 실행 통지를 한 경우에 목적부동산액이 채권액을 초과하고 있으면 가등기담보권자는 청산기간의 경과후에 청산금을 지급하여야 하는 데 이를 청산이라 한다. 즉 채권자가 담보계약에 의한 담보권을 실행하여 그 담보목적부동산의 소유권을 취득하기 위해서는 그 채권의 변제기 후에 청산금(통지 당시의 목적 부동산의 가액에서

82) 이진강, 전제 “가등기담보의 본질에 관한 연구”, 164면.

83) 대법원 1976. 2. 24. 선고 75다1608 판결.

그 채권을 공제한 금액)의 평가액과 통지당시의 목적부동산의 평가액⁸⁴⁾ 및 민법 제360조에 규정된 피담보채권액을 명시하여 채무자 등에게 통지하고, 그 통지가 채무자 등에게 도달한 날로부터 2개월의 청산기간이 경과한 후, 청산금은 채무자 등에게 지급하여야 한다고 규정하고(가담법 제3조·제4조), 청산절차를 거친 후 가등기에 기하여 본등기를 함으로써 소유권을 취득한다. 그러나 채무자 등이 수인인 경우에는 그 전원에게 실행통지가 도달한 날을 기준으로 하며, 청산기간 중에 변제하여도 후순위권리자에게 대항하지 못한다(가담법 제7조).

그리고 청산의무를 규정하고 있는 가담법 제4조 제1항 내지 제3항을 위반하는 특약으로서, 채무자들에게 불리한 것은 무효로 한다.⁸⁵⁾ ‘가담법’은 담보의 목적으로 가등기가 경료된 경우에 대해서 뿐 만 아니라 이미 본등기가 경료된 경우에 대하여도 규율하고 있다. 그 규정의 요점은, 이미 소유권등기가 채권자 앞으로 경료 되더라도 소유권은 이전되지 않으며, 소유권이 이전되려면 일정한 청산절차를 거치고 청산금을 지급하여야만 한다. 그렇다고 해서 그 소유권등기가 무효인 것은 아니고, 채무자는 채무원리금을 지급하지 않는 한 그 말소를 청구할 수 없다.⁸⁶⁾ 만일 이와 같은 특약을 허용한다면 채권자가 청산을 하지 않거나 또는 본등기 및 인도를 선이행의무로 하는 것을 주장하는 경우에 채무자는 이를 거절할 수 없기 때문이다⁸⁷⁾(가담법 제4조 본문).

그러나 청산기간이 경과한 후에 하는 무청산특약은 유효하다(가담법 제4조 제4항 단서). 이는 채무자 등이 자유의사에 의한 것으로 볼 수 있고, 채권자가 폭리를 하게 될 위험이 없기 때문이다.⁸⁸⁾

(2) 청산금의 지급

채권자는 채무자 등에게 청산금을 지급하여야 한다. 청산금은 청산기간이 경과하여야 그 변제기가 도달하므로 실행통지가 마지막으로 도달한 날을 기준으로 기산하여 2개월이 경과한 날의 다음날이 변제기일이 될 것이다. 즉 채무자·물상

84) 판례는 채권자가 주관적으로 평가한 것으로 충분하다고 한다(대법원 1996. 7. 30. 선고 96다 6974 판결).

85) 대법원 1994. 1. 25. 선고 92다20132 판결.

86) 양창수, 전계논문, 421면; 대법원 2002. 6. 11. 선고 99다41657 판결.

87) 김상용, 전계서, 814면.

88) 박윤직, 전계 「물권법」, 393면.

보증인·제3취득자 등에 대한 도달일이 각각 다를 때에는 그 중 가장 늦게 도달한 날을 청산기간의 기산일로 보아 그날부터 2개월이 경과하여야 한다.

후순위권리자가 다수일 때에는 그 순위에 따라 채무자 등이 지급받을 청산금의 범위안에서 그 권리를 행사할 수 있는 데 그 순위는 등기의 선후에 의하여 결정된다. 다만 가담법 제5조 제5항은 담보가등기 후에 설정된 임차권이라 하더라도 대항력을 갖춘 경우에는 청산금의 범위안에서 동시이행의 항변권을 인정하므로 후순위권리자와의 순위에 있어서 문제가 된다.

한편, “청산금채권이 압류 또는 가압류된 경우에는, 채권자는 청산기간이 경과한 후에 청산금을 채무이행지를 관할하는 지방법원등에 공탁하여 청산금지급채무를 면할 수 있다. 이 경우 채무자 등의 공탁금청구권이 압류 또는 가압류된 것으로 본다(가담법 제8조 제1항, 제2항). 이 규정은 채권자보호규정으로서, 청산금청구권에 대하여 압류 또는 가압류의 집행이 있는 경우에 이것을 원인으로 하는 청산금의 공탁제도를 마련함으로써 민법 제487조의 특칙을 규정하려는 데에 그 취지를 둔 것이다.

(3) 비청산특약의 효력

가등기담보권자와 설정자간에 목적물의 가액이 피담보채권액을 넘더라도 청산을 하지 않기로 약정한 경우 그 유효성이 문제된다. 우선 민법 제103조의 선량한 풍속 등에 위반되면 무효로 될 수 있으며, 그에 반하지 않는 비청산특약이라도 민법 제607조·제608조에 의하여 무효가 된다.

가담법은 제4조 제1항에서 가등기담보권자의 청산의무를 규정하고 있으며, 제4조 제4항에서는 위 규정에 반하는 특약으로써 채무자 등에게 불리한 것은 그 효력이 없다고 함으로써 비청산특약은 동 조항에 의하여 무효가 된다. 따라서 청산금을 미리 포기한다는 특약·청산금을 지급하지 아니하여도 이전등기를 할 수 있다는 특약 또는 동시이행항변권을 포기한다는 특약·목적부동산의 평가액을 이미 추정하여 놓은 특약·청산기간을 단축한다는 내용의 특약 등은 그 효력이 없다.

다. 소유권취득

가등기담보권자는 가등기담보권의 실행통지와 청산금지급 등의 청산절차를

마친 경우에는 가등기에 기하여 본등기를 함으로써 목적부동산이 소유권을 취득한다. 그 소유권 취득시효는 본등기를 한 때이다. 그러나 담보부동산에 관하여 이미 소유권이전등기가 종료된 경우에는 청산기간이 경과후 청산금을 채무자에게 지급한 때이다(가담법 제4조 제2항). 가등기담보권자가 담보권을 실행하여 본등기를 하고자 할 때, 가등기후에 제3자를 위한 중간처분의 본등기가 행하여져 있는 경우 가등기에 기한 본등기는 어떤 절차에 의하느냐가 문제가 된다.

학설의 견해를 요약해 보면 제1설은 먼저 제3취득자의 본등기의 말소를 구하고 그것이 말소된 후에 채무자에 대하여 본등기청구를 한다는 설이고, 제2설은 채무자의 협조를 구해서 가등기담보권자의 가등기를 본등기로 고친 후에 제3취득자의 본등기의 말소를 구한다는 견해이며, 제3설은 채무자를 상대로 본등기신청을 함과 동시에 제3취득자를 상대로 그의 본등기의 말소를 신청한다는 설인데, 이론이 일관되는 완전한 견해는 하나도 없다.⁸⁹⁾ 이에 일본에서는 1960년대 등기의 말소에 관하여 제3취득자의 승낙서나 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하여야 한다고 부동산등기법을 개정하여 해결을 보았다.⁹⁰⁾

한편, 우리나라 판례는 가등기권리자는 채무자를 상대로 본등기를 하고, 이 본등기가 있게 되면 제3취득자의 등기는 부동산등기법 제55조 2호 “사건이 등기할 것이 아닌 때”에 해당하여 직권 말소된다고 하는 특유한 이론을 유지한다.⁹¹⁾

즉 가등기담보권을 저당권과 유사한 일종의 담보물권으로 보는 이상 채권자는 채무자를 대위하여 제3취득자를 상대로 등기말소청구를 할 수 있다.

라. 채무자 등의 가등기말소청구권

‘가담법’에서의 채무자는 채권자로부터 청산금의 지급을 받을 때까지 채무원리금을 변제하고 채권담보목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소청구를 하여 목적물을 환수할 수 있는 권리를 말한다(가담법 제11조). 이 규정은 채권담보의 목적으로 소유권이전등기를 한 양도담보에 관한 규정이다. 그러나 이에 대하여 가등기담보의 경우에 부동산양도담보에 있어서는 소유권이전등기말소청구권에

89) 광윤직, “가등기제도”, 「법학」 제22권 1호, 서울대학교 법학연구소, 1981, 13면.

90) 광윤직, 상계논문, 15면.

91) 대법원 1962. 12. 24. 선고 4294민재항675 판결.

상당하는 가등기말소청구권을 인정할 수 없는 특별한 이유는 없다. 오히려 이를 인정하는 것이 마땅하다. 채무자 등에 의한 채무변제가 있게 되면 피담보채권의 소멸로 가등기담보권도 법률상 당연히 소멸한다. 그래서 가등기담보권의 설정시에 한 가등기를 피담보채무를 변제한 채무자 등은 물권적청구권의 성질을 가진 가등기말소청구권을 가지게 된다.

따라서 가담법 제11조는 가등기담보에도 유추 적용된다.⁹²⁾ 가담법 제11조를 가등기담보에 유추 적용한다면 가등기담보계약의 당사자인 채무자나 물상보증인 또는 이들로부터 담보가등기후에 소유권을 취득한 제3취득자는 채권자로부터 청산금을 지급받을 때까지는 채권액에 상당하는 금액을 채권자에게 지급하여 가등기담보권을 소멸시킴으로써 가등기의 말소를 청구할 수 있다. 청산금이 없는 경우에는 채권자는 청산기간이 경과하면 가등기에 기한 본등기를 함으로써 언제든지 목적부동산의 소유권을 취득할 수 있다(가담법 제4조 제2항).

마. 판례이론

사적실행에 관한 판례이론의 주요사항을 살펴보면⁹³⁾, 첫째로 채권자가 가등기담보권을 실행하여 목적부동산의 소유권을 취득하기 위해서는, 우선 채권자가 주관적으로 평가한 통지 당시의 목적부동산의 가액과 피담보채권의 차액인 청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지해야 한다.

둘째, 통지사항(청산금의 평가액)의 경우, 부동산의 가격은 적정한 가격으로 평가하면 족하고, 가등기담보권이 설정된 2개 이상의 부동산 전체의 평가액이 채권액에 미치지 아니할 경우에는, 가등기담보권자 부동산 전체에 대한 담보권실행의 통지를 하면서 각 부동산 별로 평가액을 구분하여 명시하지 않았다 하여 그 통지가 무효로 되지 않는다.⁹⁴⁾

셋째, 담보부동산의 평가액이 피담보채권액에 미달하는 경우, 그 통지방법은 어떻게 되는가 이때에는 청산금이 있을 수 없으므로, 그 미달을 이유로 구두·서

92) 권윤직, 전제 「물권법」, 397면 ; 송덕수, 「민법강의(상)」, 박영사, 2004, 719면 ; 장경학, 전제서, 1990, 873면 ; 김상용, 전제서, 820면 ; 이영준, 전제서, 898면.

93) 한삼인, 전제논문, 122-124면.

94) 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다12070 판결 ; 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다12087 판결.

면의 방법을 통하여 채무자에 대하여 담보권의 실행으로 그 부동산을 확정적으로 채권자의 소유로 귀속시킨다는 뜻을 알리는 것만으로 족하다.⁹⁵⁾

넷째, 그 통지대상인 채무자 등 모두에게 채권의 변제기 후에 소정의 청산금 평가액 또는 청산금이 없다는 뜻을 통지하여야 하고, 이들 중 전부나 일부에 대하여 통지하지 않으면 청산기간이 진행할 수 없게 되어 그 후 적절한 청산금을 지급하거나 실제 지급할 청산금이 없다 하더라도, 가등기담보권자는 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 없으며 설령 편법으로 본등기를 마쳤다고 하더라도, 그 소유권을 취득할 수 없다.⁹⁶⁾ '실행통지의 대상 및 그 흠결의 효과'에 관한 위와 같은 판례이론은, '가담법'의 법리상 타당하다.⁹⁷⁾

다섯째, 가등기담보권자가 청산기간 경과전에 또는 채무자 등에게 청산통지를 하였다는 사실 등을 후순위권리자에게 통지하지 않고 채무자에게 청산금을 지급한 경우, 이로써 후순위권리자에게 대항할 수 없다.⁹⁸⁾

여섯째, 가등기담보권의 사적실행에 있어서 채권자가 청산금의 지급 이전에 본등기와 담보목적물의 인도를 받을 수 있다거나 청산기간이 동시이행관계를 인정하지 아니하는 이른바, 처분청산형의 담보권실행은 '가담법'상 허용되지 않는다.

일곱째, 가등기담보권자가 담보권실행통지 후 2월의 청산기간이 경과하였으나 청산금을 지급하지 않고 있는 동안, 채무자 등이 변제공탁한 금액을 채권자가 피담보채권의 일부 변제에 충당한다는 이의를 유보하고 수령한 경우, 특별한 사정이 없는 한, 채권자가 청산의 의사표시를 철회한 것으로 볼 수는 없다.⁹⁹⁾

여덟째, 가등기담보권자가 담보목적부동산의 소유권을 취득하기 위해서는 정당한 청산절차를 밟은 후 가등기에 기한 본등기를 마쳐야 한다는 판례이론은 정당하다.¹⁰⁰⁾

아홉째, 실행통지와 청산절차를 위반한 본등기의 효력은 무효가 되므로, 약한 의미의 양도담보로서 담보의 목적 내에서 유효하지 않다. 다만, 가등기권리자가 '가담법' 소정의 절차에 따라 청산금 평가액을 채무자 등에게 통지한 후 채무자에게 정당한 청산금을 지급하거나 지급할 청산금이 없는 경우, 채무자가 그 통지를

95) 대법원 2001. 8. 24. 선고 2000다15661 판결.

96) 대법원 2002. 4. 23. 선고 2001다81856 판결 ; 대법원 1995. 4. 28. 선고 94다36162 판결.

97) 한삼인, 전제논문, 123면.

98) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2002다42001 판결 ; 대법원 1996. 7. 12. 선고 96다1776 판결.

99) 대법원 1992. 9. 1. 선고 92다10043, 1005 판결.

100)한삼인, 상계논문, 123면.

받은 날로부터 2월의 청산기간이 경과하면, 그 무효인 본등기는 실제적 법률관계에 부합하는 유효한 등기가 될 수 있다.

열 번째, 담보가등기가 행해진 나대지상에 그 대지소유자가 그 지상에 건물을 신축한 후 본등기가 경료되어 대지와 건물의 소유자가 달라진 경우, 당초 대지의 채권담보를 위하여 가등기를 경료한 사람의 이익을 보호할 필요가 있기 때문에 그 건물을 위한 관습상 법정지상권의 성립을 인정할 수는 없다.¹⁰¹⁾

열한 번째, 가등기담보권자가 담보권실행을 통지하여 청산기간이 지난 후에도, 채무자는 정당하게 평가된 청산금을 지급받을 때까지 목적 부동산의 소유권이전등기 및 인도채무의 이행을 거절하면서, 피담보채무 전액과 그 이자 및 손해금을 지급하고, 그 채권담보의 목적으로 마쳐진 가등기의 말소를 청구할 수 있다. 한편, '가담법' 시행전에 채권자가 채권담보의 목적으로 가등기를 마쳤다가 변제를 받지 못하여 가등기에 기한 본등기를 행한 경우의 법률관계도 특별한 사정이 없는 한, 청산절차를 예정하고 있는 약한 의미의 양도담보가 된 것이다.¹⁰²⁾ 이러한 경우에는 채무의 변제기가 지난 후에도 채권자가 담보권을 실행하여 청산절차를 마치기 전이라면, 채무자는 언제든지 채무를 변제하고 채권자에게 그 가등기 및 그 가등기에 기한 본등기의 말소를 청구할 수 있다.¹⁰³⁾

열두 번째, '가담법' 시행 당시 담보가등기에 기한 본등기가 제소전화해조서에 기하여 이루어진 경우, 그 조서작성 이후에 채무원리금을 변제하였음을 이유로 가등기 및 본등기의 말소를 청구하는 것은, 제소전화해조서의 기판력과 저촉된다 고 볼 수 없다는 판례의 태도는 민법 제607조·제608조의 실효성을 떨어뜨리는 제소전화해의 유효성을 정면으로 부정하는 것은 아니라 할 것이어서, 제소전화해조서의 이용에 의한 가담법의 규제를 회피할 수 있는 가능성을 방치하는 결과를 초래할 수 있다는 점에서 옳지 않다.¹⁰⁴⁾

101) 대법원 1994. 11. 22. 선고 94다5458 판결.

102) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91다35175 판결 ; 대법원 2005. 7. 15. 선고 2003다43963 판결 ;

103) 대법원 2006. 8. 24. 선고 2005다61140 판결 ; 대법원 2005. 7. 15. 선고 2003다46963 판결 ; 대법원 1995. 2. 17. 선고 94다38113 판결 ; 대법원 1992. 1. 21. 선고 91다35175 판결 ; 대법원 1991. 7. 26. 선고 90다15488 판결 ; 대법원 1987. 11. 10. 선고 87다카62 판결 ; 일본의 판례는 소유권의 불확정이전구성을 취해 양도담보의 설정에 의해 채권담보의 목적을 달성하기에 필요한 범위 내에서만 소유권이전의 효력을 발생시키는 데 불과하고, 실행절차를 완료하지 않는 양도담보권자는 아직 확정적으로 소유권을 취득하지 않는다는 해석이다(일본 최판 1995. 11. 10. 민집19권 제9호 2853면).

104) 한삼인, 전계논문, 124면.

2. 공적실행

가등기담보권자는 사적실행의 방법외에 경매에 의해서도 담보권을 실행할 수 있다. 즉 목적부동산의 경매를 청구하여 그 경매대금으로부터 자기채권의 우선변제를 받을 수 있다(가담법 제12조 제1항 전문, 제13조). 양도담보의 경우에는 채권자가 일단 외부적으로는 소유권자로 되기 때문에 경매가 허용될 수는 없다. 따라서 경매에 의한 청산은 가등기담보의 경우에만 허용되는 것은 당연하다.

경매실행에 의한 경우에 '가담법'은 가등기담보권을 저당권으로 본다.¹⁰⁵⁾ 다만 문제가 되는 것은 '가담법'은 가등기담보권이 설정된 후에도 대항력을 갖춘 임차권을 인정하고 선순위권리자인 가등기담보권자에게도 대항할 수 있도록 규정(가담법 제5조 제5항)하고 있으므로 경락대금의 배당에 있어서 의문이 있다.

가. 가담법상의 대항력 갖춘 임차권

저당권설정등기가 된 후 대항력을 구비한 임차권이 있고 그 후 다시 제2순위의 저당권설정등기가 된 경우에 대항력을 갖춘 임차권은 어떻게 되는가에 관하여 살펴보고자 한다.

첫째, 종래 주택임대차보호법과 관련하여 학설은 선순위저당권의 실행에 의해서는 임차권은 소멸하나 후순위저당권의 실행에 의해서는 임차권은 소멸하지 않는다고 하는 견해도 있으나 통설·판례는 선순위저당권을 침해할 수 없기 때문에 주택임차권도 소멸한다.¹⁰⁶⁾ 그러나 이와 같이 주택임차권이 후순위저당권에 의하여 소멸되므로 보증금도 반환받지 못하고 퇴거하여야 하는 결과를 초래하는 것은 주택임대차보호법의 취지가 아니다. 그러므로 주택임차인의 보증금은 우선 물권자에게 변제하고 잔액이 있으면 후순위저당권자에 우선하여 주택임차인에게 배분하여야 한다.

105) 저당권으로 본다(가담법 제12조 제1항 후단)는 것은, 경매목적물을 위에 선순위나 후순위의 저당권·전세권 또는 다른 가등기담보권이 설정되어 있는 경우, 담보가등기 시점을 기준으로 해서 가등기담보권의 우선순위가 결정된다(한삼인, 전제논문, 124면).

106) 김대규, "주택임대차보호법상 임차권의 대항력", 「법학연구」 제6집, 원광대학교법학연구소, 1984. 2, 53면이하 참조.

둘째 청산금지급 전에 경매신청이 있는 경우 가등기담보권자는 경매절차에서 그 순위에 따라 우선변제를 받을 수 있을 뿐이나, 가등기담보권자가 적법하게 청산금을 지급하거나 공탁한 후에 채무자의 일반채권자가 경매신청을 하고, 이에 따라 담보가등기부동산에 대한 경매개시결정이 있는 경우 가등기담보권자는 담보가등기 그대로의 상태에서도 압류채권자(경매신청자)에게 대항할 수 있느냐가 문제된다.

이것은 이른바 제3자이익의 소에 관한 문제인데, 본래 가등기는 부동산등기법에 의하여 순위보전의 효력만이 인정되는 것이다.¹⁰⁷⁾ 그러므로 등기권리자는 가등기 그대로의 상태에서는 가등기부동산을 압류한 채권자 기타 제3자에 대하여 그 부동산에 관한 권리취득을 주장할 수 없고, 강제집행이 배제를 구하는 제3자이익의 소도 제기할 수 없다.

그러나 가등기담보권자가 적법하게 청산금을 지급하거나 공탁한 경우 담보가등기부동산을 본등기절차가 아직 이루어지지 않는 한 하더라도 실질적으로 일반채권자의 집행대상으로 될 수 있는 채무자의 책임재산으로부터 이미 일출되어 가등기담보권자의 재산으로 전화된다. 그러므로 해당부동산에 대한 경매의 개시결정을 한다는 것은 결국 채무자의 재산이 아닌 제3자의 재산에 대한 강제집행으로 해석할 수 밖에 없다.¹⁰⁸⁾

따라서 이와 같은 경우에는 가등기담보권자가 해당부동산의 소유권취득을 신속하게 할 수 있도록 하기 위하여 담보가등기의 상태에서 소유권취득권이 확정적으로 발생했다는 사유 등을 가지고 압류채권자에게 대항하여 강제집행의 배제를 청구할 수 있다.¹⁰⁹⁾

일본 가담법 제15조 제2항은 “전항의 강제경매 등의 개시결정이 있는 경우에 있어서 그 결정이 청산금의 지급채무의 경매 후(청산금이 없는 때에는 청산기간의 경과 후)에 이루어진 신청에 기한 때에는 담보가등기의 권리자는 그 토지 등의 소유권의 취득으로서 압류채권자에게 대항 할 수 있다.”고 규정하고 있는데 우리 ‘가담법’에서는 이를 규정하지 않고 있다. 그러나 담보가등기가 종료된 부동

107) 부동산등기법 제5조·제6조 참조.

108) 이 경우 경매절차가 완결되어 경락인에게 소유권이전등기가 종료되더라도 당해 등기는 가등기 담보권자의 가등기에 기한 본등기로 인하여 직권말소(대법원 1989. 9. 26. 선고 88다카11930 판결 ; 대법원 1989. 9. 26. 선고 88다카11947 판결.)로 처리되기 때문에 이러한 경매절차는 실효성이 하나도 없게 된다.

109) 윤천희, 전제 “가등기담보의 본질에 관한 연구”, 139-140면.

산에 대하여 경매 등 개시의 결정이 있는 경우에 그 경매의 신청이 청산금을 지급한 후에 행하여진 때에는 담보가등기권리자는 그 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 있다(가담법 제14조의 반대해석).¹¹⁰⁾

나. 판례이론

공적실행에 관한 판례이론의 주요사항을 살펴보면¹¹¹⁾, 첫째, 가등기담보목적물에 대한 다른 권리자로부터의 경매(저당권자·전세권자 등의 담보권실행경매와 그 설정자의 일반채권자에 의한 통상의 강제 경매를 포함한다.)가 신청되는 경우, 가등기담보권자가 그 절차에 참가하여 배당을 받을 수 있는지 여부, 그것이 가능하다면 그 절차는 어떻게 되는지 의문이 생기는데 ‘가담법’은 이를 입법적으로 해결하고 있다.¹¹²⁾

즉, 이러한 가등기담보권의 배당참가의 인정은, 그 부동산에 관하여 다른 권리자에 의한 경매가 행해져 그 부동산이 매각되면 가등기담보권이 소멸하게 된다는 점¹¹³⁾에서, 가등기담보권자는 배당참가를 통해서만 채권의 만족을 얻을 수 있다. 배당참가의 절차는 어떻게 되는가하는 점이 문제시 되는데, 경매법원은 가등기권리자에 대하여, 그 가등기가 담보가등기인 때에는 그 내용 및 채권의 존부·원인 및 수액을, 그리고 담보가등기가 아닌 때에는 그 내용을 경매법원에 신고할 것을 최고하여야 한다(가담법 제16조 제1항). 그리하여 채권신고를 한 가등기담보권자만이 배당을 받을 수 가 있다(가담법 제16조 제2항). 채권신고의 최고제도는 등기부상의 기재만으로는 담보가등기를 청구권보전의 가등기와 구별할 수 없고, 따라서 법원이 직권으로 가등기담보권자를 배당에 참가시킬 수 없음을 고려한 것이다. 한편, 실무상으로는 법원이 정한 기간 내에 피담보채권의 신고를 하지 않았더라도, 배당요구 시까지 신고를 하면 배당을 받을 수 있다.¹¹⁴⁾ ‘가담법’

110) 김정훈, 전제 “가등기담보권에 관한 연구”, 61면.

111) 한삼인, 전제논문, 124-126면.

112) 즉, 담보가등기가 마쳐진 부동산에 대하여 다른 채권자에 의한 경매가 개시된 경우, 가등기담보권자는 다른 채권자보다 자기 채권의 우선변제를 받을 권리가 있다(가담법 제13조 전단).

113) 가담법 제15조, 민사집행법 제91조 제2항 소정의 소제주의에 상응한다(한삼인, 상제논문, 125면).

114) 김지형, “가등기담보”, 제3판 「주석민법 물권(4)」, 한국사법행정학회, 2000, 581면.

은 담보가등기권리를 저당권으로 보고 그 담보가등기를 한 때에 그 저당권설정등기가 행해진 것으로 보고 있기 때문이다(가담법 제13조 후단). 다른 한편, 배당참가절차에 있어서 가등기담보권자는 이해관계인으로 본다(가담법 제16조 제3항). 더구나, 가압류등기 후에 행해진 담보가등기의 효력 및 가압류채권자와 이 담보가등기권자 사이의 배당순위의 경우, 법원의 최고에 의한 채권신고를 하면 가압류채권자와 채권액에 비례하여 평등하게 배당받을 수 있다¹¹⁵⁾.

둘째, 가등기담보권자의 지위와 관련하여, 그 목적물에 대한 선순위담보권자에 의한 담보권실행경매가 있는 경우, 가등기담보권자는 배당절차에 참가하여 선순위담보권자가 우선변제를 받고난 잔액에 대하여 배당을 받게 되지만, 후순위담보권자의 신청에 의한 경매절차가 개시된 경우에는 가등기담보권자는 제3자이의의 소 및 그 전제로서 본등기청구의 소를 제기할 수 있는지가 문제가 제기되는데 청산금을 지급한 채권자는 목적물의 양도를 저지할 수 있는 권리를 가졌다 할 것이므로, 제3자이의의 소나 경매개시 결정에 대한 이의로 경매절차를 배제하지 못하고 목적물이 매각되었다면, 최우선순위의 가등기담보라도 소멸한 것으로 해석한다¹¹⁶⁾. 아니면 단순히 배당절차에 참가하여 배당요구만 할 수 있는지가 의문이나 ‘가담법’은 입법적으로 이를 해결하고 있다.

‘가담법’은 차용물의 반환에 관하여 다른 재산권을 이전할 것을 예약한 경우에 적용되므로(가담법 제1조), 금전소비대차나 준소비대차에 기한 차용금반환채무 이외의 채무를 담보하기 위하여 경료된 가등기나 양도담보에는 ‘가담법’이 적용되지 않는다¹¹⁷⁾ 그러나 금전소비대차나 준소비대차에 기한 차용금반환채무와 그 외의 원인으로 발생한 채무를 동시에 담보할 목적으로 경료된 가등기나 소유권이전등기라도, 그 후 후자의 채무가 변제 그 밖의 사유로 소멸하고 금전소비대차나 준소비대차에 기한 차용금 반환채무의 전부 또는 일부만이 남게 된 경우에는, 그 가등기담보나 양도담보에도 ‘가담법’이 적용된다.¹¹⁸⁾ 즉, 후순위담보권자는 청산기간 내에 한하여 비록 그 피담보채권의 변제기 전이라도, 목적부동산에 대한 경매를 청구할 수 있으며, 청산금 평가액에 불만이 있는 후순위담보권자를 보

115) 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2570 판결.

116) 서정우, “가등기담보와 경매”, 「인권과 정의」 제196호, 대한변호사협회, 1992. 12, 41면이하.

117) 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다29356 판결 ; 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다29363 판결.

118) 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003다29968 판결.

호하기 위하여, 목적물에 대한 경매청구권을 부여한 것으로 보아야 한다.

그러므로, 가등기담보권자가 청산금을 지급하기 전(만약 청산금이 없다면, 청산기간 경과전) 후순위담보권자가 경매를 신청한 경우, 가등기담보권자는 그 가등기에 기한 본등기를 청구하지 못한다(가담법 제14조). 결국 이미 착수된 가등기담보권자에 의한 권리취득의 사적 실행과의 관계에 있어, 후순위담보권자의 경매절차가 우선된다는 의미이므로, 가등기담보권자는 후순위담보권자에 의한 경매절차에 참가하여 우선변제를 받을 수 있을 뿐이다.¹¹⁹⁾

판례는 '가담법'상의 청산절차 진행 전에 신청된 강제경매에 의하여 제3자에게 소유권이 이전되었다면, 가등기담보권자는 더 이상 가등기에 기한 본등기를 청구하지 못한다. 다만 배당절차에 참가하여 피담보채권의 우선변제권만 행사할 수 있을 뿐이다. 또한, '가등기담보권에 대하여 선순위 및 후순위 가압류채권이 있는 경우, 목적부동산의 매각대금 중 경매비용을 제외한 나머지 금원의 배당을 함에 있어, 가등기담보권자는 선순위가압류채권에 대하여는 우선변제권을 주장할 수 없지만 후순위가압류채권에 대하여는 우선변제권이 인정되어 그 채권으로부터 받을 배당액으로부터 자기의 채권액을 만족시킬 때까지 이를 흡수하여 변제받을 수 있다.'¹²⁰⁾고 함으로써 '경매우선주의'에 입각한 태도를 취하고 있다. 이러한 경매우선주의가 가등기담보의 특성을 사실상 무의미하게 하는 결과를 초래한다¹²¹⁾. 이는 후순위 권리자에 의한 경매절차가 진행되는 한, 가등기담보권자는 자신의 독점적 권리라 할 수 있는 그 가등기에 기한 본등기를 통한 목적물의 소유권을 취득 할 수 없기 때문이다.¹²²⁾

119) 한삼인, 전계논문, 125면.

120) 대법원 1992. 3. 27. 선고 91다44407 판결 ; 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2570 판결.

121) 김상수, "가등기담보 활성화 방안에 관한 연구", 「민사법학」 제29호, 한국민사법학회, 2005. 9, 246-247면.

122) 한삼인, 상계논문, 126면.

제3장 일본과 한국의 가등기담보법의 비교

제1절 일본의 가등기담보계약에 관한 법률

1. 입법경위

일본에 있어서는 법무성 법제심의회가 입법의 중추적인 역할을 담당하고 있는데, 1974년의 최고재판소 대법정판결을 계기로 그 분과위원회에서 입법을 본격적으로 검토하게 되었고 1978년 2월 1일에는 담보의 목적으로 행하는 대물변제의 예약 등에 관한 법률안 요강이 결정되었다. 이어 법무법제심의위원회에 보고되어 법무성 민사국송사관실에서는 그 요강을 토대로 가등기담보계약에 관한 법률안을 마련하고, 동년 3월 3일에 각의를 거쳐 다음 4월 1일 국회에 정식 제안하게 되었다. 이 법률안은 동년 4월 28일 참의원본회의에서 동년 6월 13일 중의원 회기에서 각기 가결됨으로서 법률로 성립하게 되었으며, 동년 6월 20일에 법률 제118호로서 제정 공포되었다. 이 법률은 모두 20개 조문에 부칙으로 구성되었고, 그 시행일은 1979년 4월 1일로 정하였다.¹²³⁾

결국, '일본 가담법'은 일본 최고재판소 1967년 11월 16일 제1소법정판결 이래 1974년 10월 23일 대법정판결에 이르기까지의 일련의 판례에 의하여 전개된 이론을 바탕으로 하여 기초된 것으로 다른 나라에는 그 유례가 없는 일본 특유의 법률인 것이다.

2. 주요내용

가. 소유권이전의 효력 제한

금전채무불이행의 경우 그 이행에 갈음하여 채권자가 목적 부동산의 소유권을 취득할 것을 목적으로 하는 대물변제의 예약, 정지조건부 대물변제 등의 계약

123) 我妻榮, 「物權法(民法講義 II)」, 有斐閣, 1983, 151면.

에 의하여 채권자가 그 소유권을 취득하고자 할 때에는 미리 채무자에게 그 취지를 통지하고, 그 통지가 채무자에게 도달한 날로부터 2개월이 경과하지 않으면 채권자가 그 소유권을 취득할 수 없도록 하였다(일본 가담법 제2조 제1항).

이는 채권자가 미리 채무자에게서 받아 보관중인 등기서류를 이용하여 채무자의 부지불식간에 소유권이전등기를 한 때에 그 등기를 무효로 하여 채무자의 보호를 꾀하고 동시에, 이해관계를 가진 제3자가 2개월이 기간을 됴으로써 그 기간 내에 이해보전의 수단을 취할 수 있게 하였다.

나. 채권자의 청산의무 부과

채권자는 통지가 채무자에게 도달한 날로부터 2개월이 경과하면 부동산의 소유권을 취득하게 되지만, 그 때에 있어서 목적 부동산의 가액을 초과하면 채권자는 그 초과액에 상당하는 금전을 청산금으로서 채무자에게 지급하고 채권채무관계를 청산하여야 하며, 이 청산금의 지급의무와 부동산의 소유권이전등기 및 인도 의무와는 동시이행의 관계에 서도록 하였다.¹²⁴⁾ 그리고 이에 반하는 특약으로서 채무자에게 불리한 것이면 원칙적으로 무효로 하여 채무자의 보호를 꾀하였다(일본 가담법 제3조 제3항).

다. 채무자 등의 말소청구권 행사

채무자 등은 청산금의 지급채무의 변제를 받을 때까지는, 채권 등의 액(채권이 소멸하지 않은 것으로 본다면, 채무자가 지급할 채권 등의 액을 말한다.)에 상당하는 금전을 채권자에게 제공하고 토지 등의 소유권의 환수를 청구할 수 있다(일본 가담법 제11조).

라. 이해관계인의 분쟁 조정

대물변제의 예약에 의한 권리를 보전하기 위한 가등기가 된 후에 저당권 등기

124) 민법 제607조·제608조와 관련하여 채무자의 보호를 도모하고 있었으나, 청산금의 지급과 가등기에 기인한 본등기의 이행 및 목적물인도 사이에 동시이행관계가 인정되지 않아서 판례이론만으로는 미흡한 실정이었다(권용우, 전제서, 599면 참조).

를 한 후순위권리자는 가등기권리자가 채무자에게 지급할 청산금의 통지를 받게 하고 통지를 받은 청산금에 불만이 있으면 채무자가 가진 청산금청구권을 압류하여 그 권리의 순위에 따라 우선변제를 받을 수 있게 하였다(일본 가담법 제13조 제1항). 만일 통지를 받은 청산금의 액수에 불만이 있으면 부동산의 경매를 청구하고, 그 경매절차에 가등기권리의 참가를 구하고 가등기권리자에게도 저당권과 같은 우선변제권을 인정하여 배당절차를 통해 각 채권자의 이해를 조정하였다.

마. 기타

이상의 법률관계는 부동산소유권 이외의 등기 또는 등록제도가 있는 재산권의 대물변제의 예약 등에도 준용할 수 있게 하였고, 이와 같은 절차를 마련함에 따라 그 원활한 운영을 기하기 위해 압류를 원인으로 한 청산금의 변제공탁 및 실행통지의 구속력, 그 밖의 관계인의 이해의 조정에 관한 규정을 둔 이외에 이 법률의 제정에 따른 국세징수법 등의 관계 법률을 정비한 것이다.¹²⁵⁾

3. 학설과 판례

가. 학설

일본에 있어서 가등기담보에 관한 학설의 특징은 주목할 만한 판례가 나오면 그 뒤를 따라 학설이 많이 나온다는 점이다. 그러나 학자들의 견해는 다양하며, 대체로 학설은 그 판례와 같이 채권자의 청산의무를 인정하고 있으며, 비청산의 특약은 특약이 비록 공서양속에 반하지 않더라도 그것이 담보권 실행시에 있어 합리적 균형을 잃은 것이면 그러한 특약은 무효라고 하였다.¹²⁶⁾

1974년 10월 23일의 최고재판소 대법정의 판례변경에 관하여 소극적 자세를 취하는 평가도 많았으나, 유력한 지지자도 있었다.¹²⁷⁾ 그리고 선착주의¹²⁸⁾에 대하

125) 이성우, 전계논문, 37면.

126) 椿壽夫, “擔保としての賣買豫約(上)”, 「ジュリスト」, 有斐閣, 1970. 7, 63-64면.

127) 일본은 1961년 東京地王子支判(하급민집 12권 제3호 444면)이 있고, 우리나라는 대법원 1964. 10. 20. 선고 64다571 판결 ; 대법원 1968. 4. 2. 선고 68다238 판결 등이 있다.

128) 가담법에 기한 본등기청구와 경매절차가 경합하는 경우에는 본등기 청구시와 경매신청시를

여는 유력한 반론과 판례변경을 요구하고 있는 실정이다.¹²⁹⁾

한편, 가등기담보의 법률적 구성에 관한 문제에 대해서는 이를 종래의 소유권적 구성으로부터 탈피하여 하나의 담보물권으로 파악하고 있다.¹³⁰⁾

나. 판례

일본에 있어서의 가등기담보에 관한 최고재판소의 판례이론은 짧은 기간동안에 많은 변화가 있었다. 즉 1967년 이전까지는 채권의 2·3배 정도의 부동산이 가등기담보로 제공된 경우는 대물변제의 예약에 요소의 착오가 있거나 사기·강박으로 인한 경우는 별론으로 하고, 계약자유의 원칙을 존중하여 무효로 보지 아니하였고, 그 2·3배 정도의 부동산을 채권자가 취득하여도 방치하였던 것이며, 다만 채권액에 비해 부동산의 값어치가 8배 정도로 엄청나게 높은 경우나,¹³¹⁾ 채권자가 채무자의 궁박을 틈타서 단기간의 변제기를 정하고 채권액의 6배에 가까운 부동산을 대물변제로 제공하기로 하는 약정 따위¹³²⁾는 대물변제예약을 공서양속에 반한다고 하여 무효로 보았다.

그러나 이러한 전통적인 해석으로는 고리대금업자가 채무자의 궁박을 틈타 폭리행위를 함에 있어서 가등기담보를 이용하는 폐해를 막을 수가 없었고, 오히려 폭리행위를 부채질 해 주어 가등기담보는 곧 폭리행위의 대명사인 것으로 평가 되었다. 그리하여 1967년 11월 16일 최고재판소 제1소법정판결에 이르러 금전채권을 대여한 채권을 회수하면 그것으로 족하고 부동산을 송두리째 차지하게 할 필요는 없다는 판단하에 가등기를 상회하는 부동산을 차지하려면 그 차액은 채무자에게 돌려주어야 한다는 판례를 냈다. 바로 이 판례가 대물변제의 담보기능 내지 담보제도화를 인정하고 예약권자에 대한 설정자의 청산청구권을 긍정적인 선례로서 대물변제의 예약이 저당권과의 병용, 예약시의 부동산 가액과 채권액의 합리적 균형의 결여 및 특별사정의 부존재라는 세가지 요건을 충족하

비교하여 어느 것이 먼저 인가에 따라 양자의 우선관계를 가리는 것이 선착주의라고 한다.
129) 樗壽夫, 「假登記擔保の法律的構成(擔保不動産法大系Ⅱ)」, 有斐閣, 1972, 660면에 의하면 1971 사법학회발표회에서 清水誠교수가 처음으로 사용하였다고 한다.
130) 我妻榮·有泉亨·川井健, 「民法 1, 2」, 勁草書房, 2003, 127면.
131) 일본 최고재, 1957, 제1소법정 판결.
132) 일본 최고재, 1952, 제2소법정 판결.

는 경우에는 이를 담보형으로 보아 청산의무를 승인하였다.¹³³⁾

그 뒤에도 최고재판소는 다소 차이는 있었으나 같은 내용의 판결을 거듭하면서 소위 가등기담보에 관한 판례이론이 점차로 확립되어 나가다가, 1974년 10월 23일 최고재판소 대법정판결에 이르러 종전의 판례를 집약하여 가등기담보권에 관하여 종합적인 판례법리를 전개하였다. 그 내용은 네가지로 요약하면,¹³⁴⁾

첫째, 가등기담보에는 귀속청산형과 처분청산형의 두 가지가 있으나 전자를 원칙적인 형태로 본다. 둘째, 목적 부동산의 가액이 채권액을 넘어섰을 때에는 채권자는 그 부동산의 소유자에 대해 그 차액을 청산금으로 반환하여야 한다.

셋째, 청산금의 지급시기는 귀속청산형은 소유권이 채권자에게 귀속할 때, 처분청산형은 채권자가 그 부동산을 제3자에게 처분할 때로 본다.

넷째, 가등기담보권에 기한 본등기청구와 경매절차가 경합하는 경우에는 본등기 청구시와 경매신청시를 비교하여 어느 것이 먼저인가에 의하여 양절차의 우선변제를 가릴 것(선착주의)등이다.

제2절 한국의 가등기담보 등에 관한 법률

1. 입법경위

제5공화국의 출범 이후 1981년 5월 하순 국무총리행정개혁위원회의 성장발전저해법령정비의 일환으로 민사법의 개정이 추진되고 이에 따라 법무부 민상법개정문제특별심의위원회가 설치되고 이 위원회의 심의를 토대로 가등기담보등에 관한 법률안이 만들어져 국무회의를 거쳐 국회의 통과로 1983년 12월 30일 법률 제3681호로서 공포되어 1984년 1월 1일부터 시행 되었는데 그 제안이유는 다음과 같다.

한국의 자금융업자가 사인간의 금전소비대차는 저당권제도의 이용을 회피하고 그 대신 담보로 잡은 부동산을 미리 채권자 명의로 등기이전하거나 대물반환

133) 高木多喜男, 「擔保物權法」, 有斐閣, 1984, 65면.

134) 吉野衛, 「新假登記擔保法の解説」, 金融財政事情研究會, 1981. 9, 37면.

의 예약, 매매예약 등을 원인으로 한 소유권이전등기청구권보전의 가등기를 이용하는 방법을 선호하고 있는 것이 일반적 관례여서 이러한 가등기담보는 민법상 전형담보형식이 아니므로 그 법률관계가 불분명하여 채무자 또는 후순위권리자 등 이해관계인에게 불리한 결과를 초래하게 되었다. 다행히 민법 제607조·제608조의 해석에 관한 판례이론이 형성되어 채무자 보호를 도모하고 있으나 청산금지급과 가등기에 기한 본등기이행 및 목적물 인도 간에 동시이행관계가 인정되지 않아 판례이론만으로는 채무자 보호에 미흡하고 더구나 가등기담보계약이 제소전화해와 결합하여 기판력·집행력을 갖게 될 때에는 채무자 등의 입장은 더욱 불리하게 되어 급기야는 큰 사회문제로까지 비화하게 되었다. 이에 가등기담보계약의 법률관계를 명확히 하여 채무자에게 보다 충분한 법적보호를 주고 후순위권리자 등 이해관계인과의 법률관계를 합리적으로 조정하는 동시에 탈법의 수단으로 악용되고 있는 제소전화해의 효력에 일정한 제한을 가하여 영세서민을 적극 보호하고자 이 법을 제정하려는 것이다.¹³⁵⁾

이상과 같은 제안이유에서 나타나고 있는 바와 같이 ‘가담법’은 종래 판례이론에 의하여 인정되고 있었던 변칙담보를 민법 제607조 및 제608조와의 관련 아래 이론적으로 보완하여 성문화한 것으로서 그 직접적인 목적은 차용물의 반환에 관하여 차주가 차용물에 갈음하여 다른 재산을 이전할 것을 예약함에 있어서 그 재산의 예약 당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에 이에 따를 담보계약과 그 담보의 목적으로 경료된 가등기 또는 소유권이전등기의 효력을 규정하였다(가담법 제1조).

2. 주요내용

가. 적용범위 명확

민법 제608조의 규정에 의하여 그 효력이 상실되는 대물반환의 예약에 포함되거나 병존하는 담보계약과 그 담보목적으로 경료된 가등기 또는 소유권이전등

135) 자세한 것은 양창수, “가등기담보등에 관한 법률의 현황과 문제점”, 「민사연구」 제1권, 박영사, 1991. 8, 290-293면.

기이며(가담법 제1조·제2조), 부동산소유권 이외의 권리의 취득을 목적으로 하는 담보계약이다(가담법 제18조).

나. 통지의무 부과 및 청산기간 법정

채권자가 담보권을 실행하여 소유권을 취득하기 위해서는 그 채권의 변제기 후에 청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지하여야 하고(가담법 제3조 제1항 전단), 청산기간은 채권자의 통지가 채무자에게 도달한 날로부터 2개월로 한다(가담법 제3조 제1항 후단).

다. 채권액 공제와 통지 청산금 구속

청산금은 통지당시의 목적 부동산의 가액에서 채권액을 공제한 금액으로 하고(가담법 제4조 제1항), 채권자는 자기가 통지한 청산금의 액수에 구속되도록 한다(가담법 제9조).

라. 청산금의 지급과 소유권의 취득

청산금의 지급의무와 가등기에 기한 본등기이행 및 목적물인도의무를 동시이행관계로 규정하고 이에 반하는 특약은 무효로 한다(가담법 제4조 제4항).

마. 후순위권리자와의 법률관계 조정

(1) 채권자는 채무자에게 담보권실행의 통지가 도달한 후 지체없이 후순위권리자에게 그 사실 및 내용 등을 통지하도록 하고(가담법 제6조), 청산기간의 경과 전에 또는 통지 절차없이 한 청산금의 지급, 청산금 채권의 양도 기타 처분은 후순위권리자에게 대항하지 못한다(가담법 제7조).

(2) 후순위권리자는 채무자 등이 지급받을 청산금에 대하여 직접 권리를 행사할 수 있고(가담법 제5조), 가등기담보권자가 귀속청산의 방식으로 권리를 실행

하는 경우에 '가담법'은 후순위권리자로 하여금 담보가등기권리자가 채무자에게 지급하여야 할 청산금에 대하여 권리를 행사할 수 있도록(가담법 제5조 제1항), 담보가등기권리자로 하여금 후순위권리자에게 청산금에 관하여 일정한 내용을 통지하도록 하고 "채무자의 청산금청구권에 관한 처분이나 채권자의 청산기간 경과 전 또는 통지 전의 청산금지급은 후순위권리자에게 대항하지 못한다."고 규정하였다(가담법 제7조). 다만, 후순위권리자의 청산금에 관한 권리를 제한하고자 하는 자는 청산금을 압류 또는 가압류하여야 한다.¹³⁶⁾ 청산기간 내에 한하여 그 피담보채권의 변제기 도래전이라도 목적 부동산의 경매를 청구할 수 있도록 하였다(가담법 제12조 제2항).

(3) 대항력있는 임차권자에게 청산금의 범위내에서 동시이행항변권을 인정하여 임차보증금반환을 보장하고(가담법 제5조 제5항), 채권자는 청산금채권이 압류 또는 가압류된 경우에 청산기간 경과후 채무이행지 관할법원에 청산금을 공탁하고 담보권을 실행할 수 있다(가담법 제8조).

바. 법정지상권 명문화

법정지상권 규정을 두어 담보권실행으로 인하여 토지와 건물의 소유자가 변경된 경우, 건물소유자가 그 토지를 이용한다(가담법 제10조).

사. 가등기담보권 선택

담보가등기권리자는 그 선택에 따라 담보권을 실행하여 소유권을 취득하거나 경매를 청구하여 그 순위에 따라 우선변제를 받을 수 있도록 함으로써 귀속청산형과 처분청산형을 모두 인정한다(가담법 제3조 · 제12조).

아. 채무자 등에게 소유권이전등기말소청구권 인정

채무자 등은 청산금채무변제시까지 그 채무액(이자와 손해금 포함)을 채권자

136) 홍성재, 전게서, 416면.

에게 지급하고 소유권이전등기말소청구를 할 수 있다(가담법 제11조 본문). 다만, 채무변제기 경과 후 10년이 경과하거나 선의의 제3자가 그 소유권을 취득한 경우에는 예외로 한다(가담법 제11조 단서).

자. 경매 등에 관한 특칙

(1) 소유권이전에 관한 가등기가 경료된 부동산에 대하여 경매개시결정이 있는 경우 법원은 가등기권리자에게 그 내용 등을 신고하도록 최고하였다(가담법 제16조 제1항).

(2) 압류 등기전에 경료된 담보가등기가 경매로 매각에 의하여 소멸된 때에는 법원에 채권신고를 한 경우에 한하여 배당 또는 변제금을 교부받을 수 있도록 하였고(가담법 제16조 제2항), 가등기권리자는 경매절차에 있어 이해관계인으로 보고 있다(가담법 제12조 제3항).

차. 파산 등의 경우의 담보가등기

국세기본법, 국세징수법, 지방세법, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 등의 적용에 관하여 담보가등기는 저당권에 관한 규정을 적용하거나 저당권으로 간주하였다(가담법 제17조).

우리 '가담법'이 '일본 가담법'의 모사란 표현도 있으나 우리 '가담법'이 '일본 가담법'과 대체로 같은 점이 많은 것은 부정할 수가 없다. 그러나 모사여부가 중요한 것은 아니며 '일본 가담법'이 판례로서 체계가 잡혔던 것을 입법화한 데 비해, 우리 '가담법'은 판례의 체계화 보다는 현실의 필요성 때문에 제정하였다.¹³⁷⁾

3. 학설과 판례

가. 학설

우리나라의 학설은 가등기담보를 구성하는 대물변제예약의 담보적 기능을 인

137) 황적인, 「가등기담보법의 제정제안(민사법개정건의서)」, 한국민사법학회, 1982, 285면.

정하고 이를 하나의 물적 담보제도로서 파악하고 있었을 뿐 가등기담보라는 개념을 인정하지 않았다. 그리고 가등기의 방식을 갖춘 담보제도가 하여 가등기담보의 개념을 인정하고 대물변제예약·매매예약 등 예약을 등기원인으로 하는 소유권이전청구권의 보전을 가등기하게 되는 것이라고 하여 소유권이전형식에 의한 담보제도의 일환으로 검토·해석하였다.¹³⁸⁾ 즉, 가등기담보는 원래 소유권이전의 청구권보전을 목적으로 하는 것이었으나, 이것이 소유권이전형의 변칙담보제도로 변형된 것이므로 그 법적 구성을 담보형으로 할 것인지, 아니면 소유권취득형으로 할 것인지에 따라 대외적 효력이 있어서 큰 차이가 나타났다.

담보형으로 구성할 경우에는 채무자를 보호할 것이고, 소유권취득형으로 구성할 경우에는 거래의 안전을 보호하게 된다. 결국 이것은 거래안전의 보호라는 이상과 채무자 보호라는 현실적 요청이 충돌되는 경우로써 그 적절한 조화점을 찾는 것이 중심문제이다.¹³⁹⁾ 학설은 비록 양도담보에 관한 것이긴 하지만, 가등기 담보의 경우에도 그 본등기는 소유권이전방식을 취하기 때문에 같은 법리가 적용된다.

(1) 신탁적양도설

채권담보라는 경제적 목적을 위하여 설정자가 소유권을 채권자에게 완전 이전한 것으로서 대내적으로는 채권자가 담보목적으로 목적물에 대한 권리를 행사하여야 하는 제한이 있지만, 대외적으로는 엄연한 소유자이기 때문에 유효한 소유권을 행사할 수 있다는 입장이다. 이 설에 의하면 채권자가 변제기 도래전에 목적물을 처분한 경우, 제3자는 그 선의·악의를 불문하고 완전히 유효한 소유권을 취득한다. 또 채권자가 변제를 받은 후에 목적물을 처분하여도 그 등기가 채권자 명의로 남아있는 한 제3자는 역시 유효하게 소유권을 취득한다. 이는 가담법 시행전의 우리나라의 다수설¹⁴⁰⁾이었으며, 판례가 이 견해를 취하고 있다.

그런데 신탁적양도설에 의하면 양도담보권자가 대외적으로 완전한 소유권자이므로 제3자가 양도담보권자로부터 소유권을 취득하면 그가 악의라 하더라도 적법하게 소유권을 취득한다고 할 것이나, 이는 구체적 타당성을 결한 것이므로 악의의 제3자는 소유권취득은 배제하는 것이 타당하다.¹⁴¹⁾

138) 김기수, “가등기담보의 개념”, 「고시계」 제266호, 국가고시학회, 1979. 4, 39면.

139) 김용길, “변칙담보제도에 관한 문제점”, 「법조」 제31권 제6호, 1982. 6, 17면.

140) 김준호, 「민법판례」, 법문사, 2005, 405면.

(2) 담보물권설

이는 가등기담보권의 본질을 일종의 담보물권으로서 파악하려는 견해로 다수설¹⁴²⁾이며, 법적구성의 초점을 소유권의 태도에 맞추는 것이 아니라 담보를 위한 소유권의 양도에 맞춘 입장이다. 다만 불완전한 공시를 하고 있기 때문에 제3자의 관계에 있어서 민법 제108조 제2항을 유추 적용한다. 즉, 악의의 제3자를 배제하는 근거로 통정허위표시에 관한 이론을 들고 있다. 따라서 채권자가 변제기 전에 담보물을 제3자에게 처분한 경우에 악의의 제3자에 대해서는 채권자가 계속 담보관계를 주장할 수 있고, 또 채무변제 후에 목적물을 처분한 경우에는 원칙적으로 무효이지만 선의의 제3자에 대해서는 대항 할 수 없게 된다.

한편 목적물은 채무자가 보통 점유하고 있기 때문에 대부분의 경우 제3자의 악의는 추정된다. 따라서 선의이었다는 점에 대해서는 제3자가 입증책임을 진다.¹⁴³⁾

가등기담보권을 일종의 담보물권으로서 이론 구성할 수 있는 법적 근거를 보면, 첫째, 담보가등기에 있어서는 피담보채권을 당연한 전제로 하고(가담법 제2조 3호 참조) 둘째, 채무불이행의 경우에는 가등기담보권자에게 목적 부동산에 대한 경매청구권의 행사를 인정하며(가담법 제12조) 셋째, 제3자에 의하는 경매절차에 있어서도 가등기담보권자는 가등기의 순위를 가지고 우선변제를 받게 된다(가담법 제13조). 넷째, 파산절차에 있어서는 별제권이 인정되고(가담법 제17조 제2항) 다섯째, 국세기본법·국세징수법·지방세법·채무자 희생 및 파산에 관한 법률 적용에 있어서도 가등기담보권을 담보물권으로서 취득하고 있다(가담법 제17조 제3항)는 점 등이다.

그러나, 가등기담보를 하나의 담보물권으로 구성하는 데에는 문제점이 없는 것은 아니다. 즉, 가등기가 담보물권의 공시방법으로 부족하고, 가등기담보의 독자성에도 문제가 있다.

141) 이영준, 전계서, 896-897면.

142) 곽윤직, 전계 「물권법」, 386-387면 ; 강태성, 「담보물권법」, 경북대학교 출판부, 1995, 348-349면 ; 김용한, 전계서, 647면 ; 김상용, 전계서, 803면 ; 이은영, 전계서, 866면 ; 황적인, 전계서, 387면 ; 고상룡, 전계서, 745면 ; 윤철홍, 전계서, 427면 ; 황적인, 전계 「주식민법」, 757면 ; 박경량, 「가등기담보」, 「한국민법이론의 발전(I)」, 박영사, 1999, 434면 ; 이에 대해 소수설은 가등기담보를 신탁적 소유권이전으로 본다(이영준, 전계서, 985-986면).

143) 고상룡, 「민법총칙」, 법문사, 2003, 400-401면.

나. 판례

우리나라에서는 민법 제607조·제608조와 같은 독특한 규정을 두고 있어서 이 규정을 중심으로 하여 대물반환예약의 담보적 측면에 관한 독창적인 판례법리를 전개시켜 왔는데, 초기 우리나라의 판례는 가등기담보라는 용어는 쓴 적이 있으나 아직 가등기담보를 정면으로 인정하지 않고 있다. 이처럼 가등기담보의 용어와 그 제도의 역할을 회피하려는 것은 몇 가지 이유가 있는데, 가등기담보는 비전형담보계약이므로 그 계약의 의미성, 내용과 효력을 예측하기 어렵다는 것과 가등기의 내용은 채권액, 변제기 등 채권관계의 표시에 부적합하다는 것 등을 들 수 있다.¹⁴⁴⁾ 즉 금전소비대차상의 금전채권을 담보하기 위한 대물변제예약이나 저당권의 목적을 달성하기 위한 대물변제예약의 거래계의 관행으로 널리 이용되고 있었으나 대물변제예약을 일종의 담보제도로 파악하고 이를 규제하려는 경향은 없었고, 오직 판례¹⁴⁵⁾를 통하여 채권자의 폭리행위를 단속하려는 정도였다. 그러나, 현행 민법의 제정과 더불어 민법 제608조가 신설되면서 대물변제예약에 관하여 법적평가를 하여 새로운 판례이론의 성립을 보게 되었다.

(1) 가등기담보법 제정 이전

(가) 보전가등기의 입장

대법원은 처음에는 “..... 그러나 소유권이전청구권의 보전을 위한 가등기가 있었다고 하여 반드시 금전채권에 관한 담보계약이나 대물변제의 예약이 있었다고 단정할 수 없는 것일 뿐 만 아니라.....”라고 판시¹⁴⁶⁾하여 가등기본래형 가등기(보전가등기)로 보았다.

(나) 담보가등기의 설정과 가등기담보의 성립

대법원은 70년대에 들어와서 “돈을 대여하면서 변제기까지 변제하지 않으면 담보조로 가등기한 부동산에 대하여 본등기절차를 이행하기로 약정한 경우와는 다른 재산권을 이전할 것을 예약한 경우(대물변제예약)에 해당한다고 볼 것이므로

144) 김기수, “가등기담보의 개념 설정과 제3자적 효력, 현대민법학의 제문제”, 「김증한박사회갑기념논문집」, 박영사, 1981, 429면.

145) 대법원 1974. 12. 10. 선고 74다1658 판결.

146) 대법원 1963. 4. 18. 선고 63다114 판결.

로 민법 제607조·제608조의 효과를 받아야 한다.”라고 판시¹⁴⁷⁾하여 채권에 대한 담보조로 경료된 가등기라는 용어를 사용하여¹⁴⁸⁾ 담보가등기를 인정하고 가등기 담보계약의 유효성의 범위를 민법 제607조와 제608조에 두었다.¹⁴⁹⁾ 그리고 가등기담보라는 용어를 처음으로 사용하였다.¹⁵⁰⁾

① 대내적 관계

채무담보조로 가등기를 하고 변제기가 도과하면 가등기에 기한 본등기를 하기로 약정한 경우에도 민법 제607조·제608조의 적용이 있고, “가등기담보권자가 담보부동산에 대한 시가를 평가하여 자기소유로 귀속시키려면 그 담보물에 대한 시가를 적정가격으로 평가한 후 그 대금으로써 피담보채권의 원리금과 채무자가 부담할 비용 등을 충당하고 나머지 금원 등이 있으면 이를 채무자에게 변제공탁하는 등 청산하는 절차를 거쳐야 할 것이고, 청산을 마치지 않은 상태에서는 아직 그 피담보채권이 소멸되었다고 볼 수 없다.....”라고 하여 매매예약이나 대물변제예약에 기한 소유권이전청구권보전의 가등기를 한 후 본등기를 하는 것은 담보권의 실행이 아니라 양도담보와 같은 새로운 담보를 설정한 것과 같다고 판시한다.¹⁵¹⁾ 또한 대물변제예약에 따른 소유권이전등기가 민법 제607조·제608조에 위반되어 무효라 하더라도 약한 의미의 양도담보의 효력은 있다고 한다.¹⁵²⁾

② 대외적 관계

가등기담보권자가 민법 제607조·제608조에 위반하여 그 소유권을 취득한 후 제3자에게 다시 이전등기를 경유하였다고 한다면 제3자에 대한 관계에서 담보채권자와 채무자의 관계는 채무를 담보하는 의미에서 소유권을 신탁적으로 채권자에게 이전하는 효력은 있다.¹⁵³⁾ 따라서 채무자는 채권자가 청산을 하거나 제3자에게 매도하여 담보권을 실행하였다면 피담보채무를 변제한 후에 가등기와 본등

147) 대법원 1974. 12. 10. 선고 74다1658 판결.

148) 대법원 1980. 1. 15. 선고 79다2033 판결.

149) 김기수, 전제 “가등기담보의 개념 설정과 제3자적 효력”, 433면.

150) 대법원 1976. 2. 24. 선고 75다1608 판결. 일본에서는 1971년 개최된 일본사법학회 심포지엄(주제: 부동산담보에 관한 당면 과제)에서 처음으로 사용되었고, 판례상으로는 1974년 일본 최고재판소판결 이후 사용되었다(박경량, “가등기담보등에 관한 판례의 동향”, 「민사법연구」 제5집, 호남민사법연구회, 1996, 162면).

151) 대법원 1980. 1. 15. 선고 79다2033 판결; 대법원 1976. 2. 24. 선고 75다1608 판결; 대법원 1977. 11. 22. 선고 77다1513 판결.

152) 대법원 1968. 4. 2. 선고 68다238 판결; 대법원 1968. 6. 28. 선고 68다862 판결; 대법원 1968. 7. 23. 선고 68다881 판결.

153) 대법원 1968. 4. 2. 선고 68다238 판결; 대법원 1968. 7. 23. 선고 68다881 판결.

기의 말소를 구할 수 없게 된다.¹⁵⁴⁾ 그러나 판례는 가등기담보를 정면에서 담보물권으로 보고 있지 않으며, 가등기권리자는 경매절차의 이해관계인이 아니라고 하여 경매절차의 참가를 일관되게 부정한다.¹⁵⁵⁾ 가등기에 소위 순위보전의 효력만을 인정하고 그 이상의 별다른 효력을 인정하지 않는 대법원의 기본입장에 비추어 볼 때 당연한 귀결이다.¹⁵⁶⁾

(2) 가등기담보법 제정 이후

(가) '가담법'의 적용범위

금전소비대차에만 적용된다. 차용물의 반환에 관하여 차주가 차용물에 갈음하여 다른 재산권을 이전할 것을 예약한 경우에 적용되는 것이므로 단순히 매매잔대금채권을 담보하거나¹⁵⁷⁾ 공사대금 채권을 목적으로 가등기를 마친 경우에는 '가담법'이 적용되지 않는다.

(나) 피담보채권의 범위

'가담법'은 제3조 제2항에서 가등기담보의 피담보채권의 범위를 민법 제360조에 규정된 채권액(원본, 이자, 위약금 등)으로 규정하고 있다.

채권자가 채무자가 제공하는 부동산을 담보로 매매예약에 기한 가등기를 경료하고 금전을 대여한 후에 다시 같은 채무자에게 추가하여 금전을 대여하는 경우 "별도의 반대 특약이 없으면 조리상 당사자의 의사는 추가되는 대여금에도 가등기부동산을 담보채권의 범위에 포함시키려는 의사로 볼 수 있다."¹⁵⁸⁾고 하여 거래 관념상 당사자의 의사에 합치되는 것이다.¹⁵⁹⁾

아울러, 채권자와 채무자 또는 물상보증인이 가등기담보권설정계약을 체결할 때 가등기 이후에 발생될 채무도 가등기부동산의 피담보채무범위에 포함시키기로 한 약정은 가담법 제4조 제1항 내지 제3항의 규정에 반하는 것이라고 볼 수 없고 가등기 담보권의 존재가 가등기에 의하여 공시되므로 후순위권리자로 하여

154) 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2435 판결.

155) 대법원 1965. 9. 29.자 선고 65마768 결정 ; 대법원 1966. 7. 1.자 선고 66마498 결정 ; 대법원. 1968. 9. 30.자 선고 68마899 결정.

156) 박경량, "변칙담보", 「민법학의 회고와 전망」, 민법전시행이십년기념논문집, 한국사법행정학회, 1993, 440-441면.

157) 대법원 1991. 9. 24. 선고 90다13765 판결.

158) 대법원 1985. 12. 24. 선고 85다카1362 판결.

159) 이상태, 「물권법」, 법원사, 2002, 465면.

금 예측할 수 없는 위험에 빠지게 하는 것도 아니다.¹⁶⁰⁾라고 하여 근가등기담보권을 인정한다.

(다) 담보권의 실행

담보권의 실행방법은 채권자는 특약이 없는 한 처분정산이나 귀속정산 중에서 임의로 선택하여 가등기담보권을 실행할 수 있다. 담보권의 실행과 관련해 통지를 하지 않으면 청산기간은 진행 될 수 없고, 통지기간 후 적절한 청산금을 지급하였다 하더라도 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 없다. 또한 양도담보의 경우에도 그 소유권을 취득할 수 없다(가담법 제3조). 아울러, 가담법 제3조·제4조를 위반하여 본등기가 이루어진 경우에도 그 본등기는 무효이다. 설령 그것이 가등기권리자와 채무자 사이의 특약이라도 그것이 채무자에게 불리한 것일 때는 여전히 무효이다.¹⁶¹⁾

채권자가 가등기담보권을 실행하여 그 담보목적 부동산의 소유권을 취득하기 위하여 채무자 등에게 하는 담보권 실행의 통지에는 채권자가 주관적으로 평가한 통지 당시의 목적 부동산의 가액과 피담보채권액을 명시하여 청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지하여야 하고, 청산금의 평가액이 객관적이지 못하다 하더라도 담보권실행의 효력이나 청산기간의 진행에는 아무런 영향이 없다. 다만 채무자 등은 정당하게 평가된 청산금을 받을 때까지 목적 부동산의 소유권이전등기 및 인도채무의 이행을 거절하면서 피담보채권액 전액을 채권자에게 지급하고 그 가등기가 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다.

제3절 일본과 한국의 가등기담보법의 차이점

1. 적용범위

일본 가담법 1조는 그 적용범위를 금전채무 이외의 대체물에 관한 소비대차를 포함시키고 있으나, 우리 가담법 제1조는 차용물의 반환에 관하여 다른 재산

160) 대법원 1993. 4. 13.자 선고 92다12070 결정.

161) 양창수, 전제 “가등기담보 등에 관한 법률의 현황과 문제점”, 「민사판례연구」, 421면 ; 대법원 2002. 6.11. 선고 99다41657 판결.

권을 이전할 것을 예약한 경우에 적용되므로 금전소비대차나 준소비대차에 기한 차용금반환채무 이외의 채무를 담보하기 위하여 경료된 가등기에는 적용되지 않는다.¹⁶²⁾

2. 채무자 등의 말소청구권

채무자 등의 말소청구권에 관하여 일본 가담법 제11조는 “제3자가 소유권을 취득한 경우에는 그러하지 아니한다.”고 규정하여 악의의 제3자가 소유권을 취득 하더라도 채무자는 환수할 수 없도록 규정하고 있으나, 우리 가담법 제11조에 있어서는 선의의 제3자가 취득한 경우에 한해서만 말소청구를 할 수 없도록 하였다.

3. 목적부동산의 평가액

채권자가 통지하는 목적 부동산의 평가액은 일본 가담법 제3조에 있어서는 청산기간이 경과한 때의 토지 등의 가액으로 되어 있으나, 우리 ‘가담법’에서는 통지 당시의 목적 부동산의 평가액이다.

또한, ‘일본 가담법’에서는 가등기 목적부동산의 평가에 관하여 채무자가 채권자의 청산금의 평가액에 이의가 있는 경우에는 소송상 다투도록 하고 후순위담보권자가 이의가 있는 경우에는 경매신청을 하여 해결하도록 하고 있으나, 우리 ‘가담법’에서는 이의가 있는 자는 법원에 평가액에 관한 확정을 신청하여 해결하고 이에 관한 확정은 비송사건절차법에 의하여 신속히 해결하도록 하고 있다.

4. 청산금청구권

일본 가담법 제4조에 있어서는 후순위담보권자는 채무자가 갖는 청산금청구권을 물상대위에 의하여 압류하고 청산금으로부터 변제를 받을 수 있도록 하였으나, 우리 가담법 제5조에 있어서는 압류 등 절차가 복잡하므로 후순위저당권자 또는 전세권자는 채권자에게 직접 지급을 청구할 수 있도록 규정하고 있다.

¹⁶²⁾ 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003다29968 판결.

제4절 합의

우리나라에 있어서는 1958년에 제정된 민법전 가운데 이 대물변제예약의 합법성과 그에 대한 규제가 규정되어 있는데(민법 제606조 내지 제608조), 그러나 일본에서는 관습법으로서 발달해 온 것으로 이에 대하여 판례·학설의 노력에 의하여 대물변제예약판례법이 형성되었고 그것을 기초로 1978년에 가등기담보계약에 관한 특별법이 제정 되었다.¹⁶³⁾

앞에서 검토한 일본과 우리나라 가담법의 비교고찰을 통하여 ‘일본 가담법’이 제시하는 바를 간단히 요약하면 다음과 같다.

첫째, 일본의 판례와 학설은 폭리행위 효과에 대하여 엄격하게 제한하여 결국 형식상 매매계약을 이용하는 것이라도 실질은 담보이므로 담보제도 이상의 초과이익을 취득하는 것은 허용되지 않는다는 해석태도를 취하고 있다.¹⁶⁴⁾

둘째, 대물변제 등에 의한 소유권취득절차의 특칙을 마련하여 채무자를 보호하면서 이해관계인의 이해보전의 수단을 취할 수 있는 기간을 두어, 거래의 안전을 해치는 문제를 사전 해결하려 하였다.

셋째, 일본 가담법 제3조는 가등기담보권자의 실행통지시가 아닌 청산기간경과시로 규정하고 있다. 이와 관련하여 실행통지시와 청산기간경과시는 우리나라와 일본 모두 2개월의 간격인데, 청산금이라는 점에서 고려한다면, 실행통지시보다는 청산기간경과시점이 보다 타당하다. 또한, 우리 가담법 제1조는 일본 가담법 제3조 제1항(청산기간이 경과한 때의 토지 등의 가액)과는 달리 예약당시의 재산가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우라 규정하면서, 가담법 제4조 제1항에서는 ‘통지당시의 목적부동산의 가액’으로 규정하고 있다. 그러므로 이 2개의 조문만을 본다면 가담법 제1조에서 예약당시를 기초로 하는 것은 적절하지 않다.¹⁶⁵⁾ 그리고 청산금의 산정시기를 담보권실행의 통지당시로 보고 청산금을 규정한 우리 가담법 제4조 제1항은 문제가 있다.¹⁶⁶⁾

163) 전병서, “가등기담보와 양도담보”, 「법학논문집」 제25집 제2호, 중앙대학교 법학연구소, 2001. 8, 177면.

164) 전병서, 상계논문, 180면.

165) 김상수, 전계논문, 231면.

넷째, 채권자의 청산의무를 부과하여 채무자에게 불리한 것이면 원칙적으로 무효로 하여 채무자의 보호를 꾀하려 하였다.

다섯째, 채무자에게 환수권을 인정하여 채무자가 청산금의 지급채무를 이행하지 않으면 일정한 요건하에 채무자가 목적부동산을 환수 할 수 있게 하였다.

여섯째, 가등기담보권자와 후순위권리자간의 배당을 둘러싼 문제를 타당하게 조정할 수 있는 방법은 경매절차뿐이라는 것은 정책적 고려에 불과하다.¹⁶⁷⁾ 그러므로 후순위권리자의 보호하려는 규정 자체가 다른 한편으로 가등기담보제도의 이용도를 낮추는 계기가 된다. 이러한 것은 반대로 채무자나 후순위권리자 등의 권리를 적정하게 보호할 수 있는 절차를 도입하여 경매우선주의를 제한한다면 가등기담보제도가 활성화 된다.¹⁶⁸⁾

끝으로, 청산법리가 완성되고, 가등기담보에 있어서는 이미 폭리행위를 탐낼 여지는 없어졌으나 폭리적인 이익이 없게 된다면, 또 다시 다른 수단을 찾아 폭리를 추구하는 것이 고리대자본의 특성이다. 이와 관련하여, '가담법'의 해석이나 운영의 면에서 보다 충실한 해석·운영을 통하여 '가담법'을 억제하는 방향이 아닌 채무자를 보호하고 거래의 안전을 해치지 않는다는 취지하에서 조화롭게 적용해 나가야 함을 '일본 가담법'이 시사하고 있다.

166) 공순진, “가등기담보등에 관한 주요 법률의 문제점”, 「민사법학」 제9·10호, 한국민사법학회, 1993. 7, 190면.

167) 法務省民事局參事官室, 「假登記擔保法と實務」, 金融財政事情研究院, 1975, 175면 이하.

168) 김상수, 전계논문, 248-249면.

제4장 가등기담보법의 문제점과 개선방안

제1절 서설

가등기담보가 종래 비전형담보로서 많은 인기를 끌고 이용되게 된 이유는 여러 가지가 있으나 근본적인 것은 이를 이용하는 채권자와 채무자 상호의 이해관계가 맞아 떨어졌기 때문이다. 즉 채권자는 채무불이행시 간편한 방법으로 피담보채권을 훨씬 상회하는 담보목적물의 소유권을 취득할 수 있고, 채무자도 담보가등기 설정 후 후순위권리를 설정하거나 제3자에게 유리하게 처분할 수 있는 기회를 갖는 등의 이점이 있었다.¹⁶⁹⁾ 그러나 ‘가담법’은 채권자로 하여금 담보목적물로부터 원리금 이외의 초과이익을 취할 수 없도록 엄격하게 규제하는 등 채무자 보호에만 중점을 두고 있는 점 등은 가등기담보의 매력을 떨어뜨림으로써 금융거래상 그 이용을 저해하는 요인이 되었다.¹⁷⁰⁾

다른 한편, 제607조·제608조의 운용상의 문제점으로 지적되고 있는, 소송전 화해의 이용에 의한 ‘가담법’의 규제 회피의 가능성을 여전히 규율하지 못하고 있는 점 등은 ‘가담법’의 풀어야 할 과제중 하나이다.¹⁷¹⁾

따라서 가등기담보에 의해 채무자가 희생되고 채권자가 폭리를 취하는 것을 그대로 방치하는 것은 타당하지 아니하여 채무자를 보호하기 위하여 ‘가담법’을 제정 시행하였으나 이용을 저해하는 문제점 등이 발생하였다. 아울러, ‘가담법’은 너무 까다롭고, 복잡한 청산절차를 가등기담보권자에게 부과하고 있어 일단 목적물에 대한 경매절차가 개시되면 반드시 이 절차에 참가하도록 하고 있다. 더 나아가 후순위권리자의 보호를 겨냥한 경매청구권, 청산금지급금지 등 수많은 제한규정과 금지 규정을 두고 있다. 따라서 ‘가담법’은 종전의 가등기담보제도의 간편성

169) 박운길, 전계논문, 1-2면.

170) 이러한 현상을 두고, “ ‘가담법’의 제정은 결과적으로 변칙담보를 거래사회에서 몰아낸 것이 되었다.”고 하는 취지의 표현을 하고 있다(곽윤직, 전계 「물권법」, 386면 ; 김상수, 전계논문, 229면).

171) 한삼인, 전계논문, 110면.

이 제거된, 심지어는 채무자에 의한 권리행사방해 등의 가능성까지 인정하는 채무자와 제3자의 보호에만 치중한 입법이 되었다. 결국, '가담법'은 채무자보호를 위하여 입법화가 되었으나, 그 번잡성·복잡성 때문에 이용이 회피되는 유명무실한 제도로 전락하여 결과적으로 채무자에게 피해를 주는 법이 되었다.¹⁷²⁾ 이하에서 '가담법'의 문제점을 먼저 살피고 그에 따른 개선방안을 모색해 보고자 한다.

제2절 문제점

1. 적용범위상의 문제

'가담법'은 민법 제607조·제608조를 바탕으로 하고 있기 때문에, 피담보채권이 소비대차에 의하지 않고서 발생한 경우에도 동법이 적용되는가? 가등기 담보법은 가등기담보권자에게 귀속청산과 경매청구권을 인정하고 있다(가담법 제12조). 여기서 피담보채권이 목적물가액보다 큰 때에는 '가담법'은 전혀 적용되지 않는지, 또한 담보의 목적으로 대물변제예약 등을 하였으나, 가등기를 하지 않고 있는 때에는 어떻게 처리되는지 등의 문제가 적용범위와 관련해서 생각해 볼 수 있다. 따라서 본 장에서는 보다 기본이 되는 각종 비전형 담보제도가 '가담법'의 적용범위에 속하는냐 여부와 피담보채권이 소비대차에 의한 채권으로만 엄격히 해석할 것이냐, 그렇지 않으면 소비대차 이외의 사유로 발생한 채권 등도 포함되는 것인가를 비롯하여 '가담법'에서 규정하고 있는 저당권규정의 준용 등에 관해 검토한다.

가. 각종 비전형담보제도의 적용범위

'가담법'은 가등기담보 이외에 비전형담보인 양도담보나 매도담보도 규제대상이 되는가에 대해서는 가담법 제4조 제2항과 제11조의 규정을 두어 규제를 하는 것으로 해석하는 견해에서는 일치한다.¹⁷³⁾

¹⁷²⁾ 박경량, 전제 “변칙담보”, 441-442면.

그러나 좀 더 분명히, 이들도 규제대상인지의 여부를 판단하는 것은 가담법 제1조의 입법규정과 제2조 1호의 담보계약의 정의이다. 그러나 그 뜻을 파악하기란 어려우며 그 뜻을 제대로 알기 위해서는 민법 제607조·제608조 규정뿐만 아니라 양도담보·매도담보에 관한 판례이론까지 이해하고 있어야만 가능하다.¹⁷⁴⁾ 이에 따르면 민법 제607조는 소비대차에 부수해서 대물변제의 예약을 한 경우에 목적 재산권의 예약 당시의 가액이 소비대차상의 원리금의 합산액을 넘지 못한다고 규정하고 있고, 민법 제608조는 제607조에 위반하는 당사자의 약정으로서 소비대차의 차주에게 불리한 환매 기타 여하한 경우라도 그 효력이 없다고 한다. 제608조에서 효력이 없다는 것이 무엇을 뜻하느냐에 관하여, 판례는 일찍이 그것은 무효를 의미 하였다.¹⁷⁵⁾

그런데 이와 같이 대물변제예약을 무효라고 한다면, 채권자가 채무자의 채무불이행시에 예약완결권을 행사해서 자기 앞으로 목적부동산의 소유권이전등기를 하여도, 그것은 이른바 원인무효의 등기가 된다.

그렇다면 채권자가 제3자에게 그 부동산을 처분해서 이전등기를 하여도, 그 제3자의 소유권이전등기 역시 원인무효의 것이되어, 제3자의 소유권취득은 부정되고 이로 인해 거래의 안전이 크게 위협받게 된다. 이는 등기에 공신력을 인정하고 있지 않는 우리법제상 어쩔 수 없는 결과이다.

그 후 거래안전이 문제되는데서 판례는 특수이론으로 문제를 해결하려고 하였다. 그 이론이란 대물변제예약이 제607조·제608조에 위반하여 무효인 경우에, 그 무효인 대물변제예약을 바탕으로 하여 채무자의 채무불이행시에 채권자에게 목적 부동산의 소유권이전등기를 하고 있는 때에는, 그 등기는 채무자의 원리금 채무를 담보하는 범위에서는 그대로 효력이 있으며, 이때의 담보는 이른바 약한 의미의 양도담보라고 판시하였다.¹⁷⁶⁾ 즉 대내적으로 당사자 사이에서는 소유권이 채무자에게 보유되나, 대외적으로 제3자에 대한 관계에서는 소유권이 채권자에게

173) 장경학, 전거서, 865면 ; 곽윤직, 전거 “가등기담보 등에 관한 법률의 문제점”, 46면 ; 고창현, “가등기담보법의 특징과 제문제”, 「사법행정」 제310호, 한국사법행정학회, 1986. 10. 27면.

174) 곽윤직, 상계논문, 47면.

175) 김숙자, “최근의 가등기담보에 관한 고찰”, 「명지법학」 제6호, 명지대학교 법학연구소, 2007. 1. 27면 ; 대법원. 1962. 10. 11. 선고 62다290 판결.

176) 대법원 1967. 3. 28. 선고 67다61 판결 ; 대법원 1968. 10. 22. 선고 68다1654 판결 ; 대법원 1972. 11. 14. 선고 72다1633 판결 ; 대법원 1980. 7. 22. 선고 80다998 판결.

이전하는 이른바 외부적 이전형을 뜻하는 것으로서 초과분을 채무자에게 반환하여야 하는 청산형을 인정하는 것이다.

한편, 양도담보에 관한 판례이론을 살펴보면, 현행 민법이 시행되기 전부터 양도담보의 유효성을 인정해서 그 이론을 전개하고 있었는데, 민법이 시행된 후의 초기의 판례는 구민법시대의 이론과 별로 다르지 않았다. 그런데 민법이 시행된지 수년후 위와 같은 판례이론에 어떤 변경 내지 수정을 가져올 해석상 문제가 생겼는데 그것이 바로 양도담보의 효력과 민법 제607조·제608조와의 관계였다. 대법원은 처음에는 민법 양도담보에서 적용이 없다고 하였으나,¹⁷⁷⁾ 후에 태도를 바꾸어, 이들 규정은 양도담보에도 적용된다고 하고, 그 결과 유담보형의 양도담보는 현행 민법하에서는 허용되지 않으며, 다만 청산형만이 유효하다고 보았다.¹⁷⁸⁾

그 다음 양도담보에 관한 판례이론을 살펴보면, 매도담보의 경우에도 목적부동산의 가액이 채권의 원리금을 초과하고 있으면, 역시 민법 제607조·제608조가 적용되는 대물변제의 예약으로 보았다. 그러므로 판례는 대물변제예약을 하고 가등기를 하는 가등기담보의 경우는 물론이고, 그 밖에 양도담보나 매도담보를 하고 목적부동산에 관하여 소유권이전등기를 한 경우에도 언제나 대물변제예약으로 보았다. 따라서 민법 제607조·제608조의 규정은 양도담보·매도담보의 경우에도 적용된다.

그리고, 가담법 제1조는 민법의 목적과 적용범위를 정한 것이라고 주장하는 견해가 있다.¹⁷⁹⁾ 이 견해에 따르면 조문의 전반은 민법 제607조의 표현을 본받은 것이고, 후반은 적용범위를 규정하기 위하여 담보의 목적으로 종료된 가등기, 즉 담보가등기가 된 경우 및 담보목적으로 된 소유권이전등기 즉, 양도담보의 경우에 민법이 적용된다는 취지로서 '가담법'의 규율대상에는 대물변제예약외에도 양도담보·매도담보·환매·재매매의 예약 등 그 명칭여하를 불문하고 그 실질이 채권담보를 목적으로 하는 것일 때에는 적용된다. 그러나 주로 적용대상이 되는 것은 양도담보나 가등기담보이다. 그러므로 '가담법'은 주로 대물변제예약을 전제로 하여 규정하고 있기 때문에 양도담보 등의 적용에 적지 않은 문제가 제기되어 이에 대한 보완이 필요하다.

177) 대법원 1962. 2. 22. 선고 4294민상943 판결.

178) 대법원 1966. 4. 6. 선고 66다218 판결 ; 대법원 1967. 3. 21. 선고 66다2645 판결.

179) 황적인, 전게서, 1987, 396면 ; 황적인, "가등기담보법안에 대한 비판과 그에 대한 사건", 「고시계」 제318호, 국가고시학회, 1983. 8, 73면.

나. 피담보채권의 제한

‘가담법’에 의하여 담보할 수 있는 채권인 피담보채권에 관하여는 그 법률원인이 ‘가담법’이 규정한 것과 같이 소비대차에 의한 채권으로만 엄격히 해석할 것이나 그렇지 않으면 소비대차 이외의 사유로 발생한 채권 등도 포함되느냐로 견해가 나뉘고 있다.

우선 가등기담보의 피담보채권의 범위를 소비대차로 인한 채권의 담보에 제한하고 있는 견해¹⁸⁰⁾에 따르면 ‘가담법’의 목적인 피담보채권은 소비대차에 의한 채권, 즉 금전 기타의 대체물의 급부를 목적으로 하는 것이어야 한다. 이에 대한 이유는 다음과 같다.

첫째, 가담법 제1조 및 제2조 1호에서는, 민법 제608조에 의하여 효력이 상실되는 대물변제예약에 포함된 채권담보계약에 있어서 그 대물반환기로 한 재산의 예약당시의 가액이 소비대차상의 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과한 경우에 한하여 ‘가담법’의 적용된다.

둘째, 비판론에 의하면 소비대차에 의하지 않고 생긴 채권으로서 외상거래로 생긴 상품대금채권을 들고 있으나 이밖에도 불법행위채권이나 부당이득반환채권 등을 생각할 수 있다. 그러나 이러한 경우에는 오히려 채권자를 보호하여야 한다는 것이 제도의 취지이고 사회의 의식이다. 그렇다면 이러한 종류의 채권에 관해서도 ‘가담법’의 적용이 있는 것으로 해석한다는 것은, 채무자의 보호를 주된 것으로 하는 ‘가담법’의 입법 취지와는 상반되는 결과가 된다.

셋째, 물론 소비대차로 인하지 않고 생긴 채권의 담보를 목적으로 하는 경우에도 폭리행위 내지 탈법행위의 가능성이 있다. 이러한 경우에는 구체적인 경우에 따라서 반사회질서(민법 제103조)·불공정한 법률행위(민법 제104조) 또는 탈법행위의 법리로서 그 행위의 무효여부를 판단하면 될 것이라는 견해가 지배적이다. 여기에 덧붙여 일정범위에 속하는 불특정의 채권을 최고액까지 담보하는 가등기담보 이른바 근가등기담보를 설정하는 것도 가능하다고 인정하나, 담보되는 채권을 정할 기준을 설정계약에서 정해야 하고, 근가등기담보에 있어서 피담

180) 김용환, 전게서, 649면 ; 이영환 “가등기담보”, 「고시계」, 1987, 96면 ; 김기선, 한국물권법, 법문사, 1990, 485면.

보채권의 최고액이 정하여져 있지 않더라도 근저당권의 최고액과 동일한 범위 내에서 효력이 있다고 보는 견해도 있다.¹⁸¹⁾

이에 반해 소비대차에 의하지 않고 생긴 채무의 담보를 위하여 대물변제예약 등을 한 경우에도 ‘가담법’의 적용을 인정해야 한다고 주장하는 견해에 따르면¹⁸²⁾ 가담법 제1조 및 제2조 1호에 의하면, 민법 제608조에 의하여 효력이 상실되는 대물변제예약에 포함된 채권담보계약이 가등기담보계약이 된다. 그런데 민법 제608조에 의하여 효력을 상실하는 대물변제예약은 소비대차에 부수해서 대물변제의 예약을 하였으나 그 대물변제키로 한 재산의 예약당시의 가액이 소비대차상의 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우이다. 따라서 ‘가담법’의 적용을 받는 것은 소비대차의 당사자가 그 소비대차에서 생긴 채무를 담보하기 위하여 대물변제예약을 한 경우가 된다. ‘가담법’의 적용범위를 이와 같이 제한한다면, 소비대차 이외의 사유로 발생한 채권(예컨대 외상거래로 생긴 상품대금채권 등)에 관하여는 종래와 같이 판례·학설에 의하여 해결하여야 한다는 결과가 되므로, 부당하고 탈법행위를 할 여지가 있다.

다. 저당권 규정의 준용

‘가담법’에서는 가등기담보권을 저당권으로 본다는 의제규정을 보면, 첫째, 가등기담보권자에게 목적부동산의 경매청구권을 인정하고, 그 경매에 관하여는 가등기담보권을 저당권으로 의제한다(가담법 제12조). 둘째, 담보목적물에 대하여 제3자가 경매절차를 밟게 된 때에는 가등기담보권을 저당권으로 보게 되며, 가등기담보권자는 가등기의 순위를 가지고 우선변제를 받는 것이 인정된다(가담법 제13조). 셋째, 파산절차에 있어서는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 중 저당권에 관한 규정을 가등기담보권에 적용하는 것으로 함으로써 별채권을 인정하고, 또한 국세기본법·국세징수법·지방세법·채무자회생 및 파산에 관한 법률의 적용에 있어서도 가등기담보권을 저당권으로 본다(가담법 제17조 제3항).

따라서 가등기담보권에도 부종성·불가분성·물상대위성이라는 담보물권의

181) 이근식, “가등기담보 등에 관한 법률”, 「고시계」 제325호, 국가고시학회, 1984. 3, 110면.

182) 광윤직, 전게서, 387-388면 ; 이영준, 전게서, 988면.

성질을 가진다. 그러므로 피담보채권이 존재하지 않는 경우에는 담보목적으로 경료된 가등기는 무효이다. 다만, 신탁적양도설의 입장에서는 가등기담보도 그 본질을 신탁적소유권이전으로 보고, 단지 그것이 조건부로 행하여지는 것이다.¹⁸³⁾ 그러나 '가담법'에는 저당권에 관한 민법규정을 직접적으로 적용 또는 준용한다는 규정이 없기 때문에 문제가 된다.

2. 채무자 등의 말소청구권에 관한 문제

가담법 제11조 본문은 채무자 등의 소유권이전등기말소청구권에 관하여 규정할 뿐이다. 동조는 양도담보와 매도담보의 경우에 관한 것이나, 가등기담보의 경우에는 양도담보나 매도담보에 있어서의 소유권이전등기말소청구권에 상당하는 가등기말소청구권이 문제된다. 그럼에도 불구하고 가담법 제11조가 가등기말소청구권에 관하여 규정하지 않는 것은 균형을 잃은 것이어서 부당하므로 가담법 제11조의 규정은 가등기담보의 경우에도 유추 적용된다고 해석하여야 한다.¹⁸⁴⁾ 가등기담보계약의 당사자인 채무자 등은, 채권자로부터 청산금을 지급받을 때까지는 채권액에 상당하는 금액을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다(가담법 제11조 본문).

가담법 제11조는 채권담보의 목적으로 소유권이전등기를 한 양도담보에 관한 규정이고, 가등기담보권에 있어서의 가등기말소청구권에 관한 규정은 아니다. 그러나 가등기담보에 있어서도, 채무자 등이 채무를 변제한다면 가등기말소청구를 할 수 있다.¹⁸⁵⁾ 그리고 청산금이 없으면, 채권자는 청산기간이 경과한 후 가등기에 기한 본등기를 함으로써 언제든지 목적부동산의 소유권을 취득할 수 있는 것이나, 이 경우에도 채권자가 아직 그러한 본등기를 갖추고 있지 않는 동안은 채무자 등은 채권액을 제공함으로써 가등기의 말소를 청구할 수 있다.

그렇다면, 채권자가 청산금을 지급하지 않고 있는 동안은, 언제까지라도 채권액을 제공해서 가등기의 말소를 청구할 수 있는지가 문제가 제기된다. 여기서는

183) 이영준, 전계서, 900면.

184) 광윤직, 전계서, 397-398면 ; 장경학, 전계서, 882면.

185) 김상용, 전계서, 820면.

“채무의 변제기로부터 10년이 경과한 때”와 “선의의 제3자가 소유권을 취득한 때”로 나누어 검토한다.

가. 채무의 변제기로부터 10년의 경과한 때

가담법 제11조 단서 전단에서는 그 ‘채무의 변제기가 경과한 때로부터’라고 하여 말소청구권의 제척기간의 기산점에 관하여 규정하고 있는 데, 해석상의 문제가 제기된다. 그 이유는 첫째, 담보부동산소유권의 귀속을 10년간이나 불안정한 상태로 방치한다는 것은 부동산 거래의 안전을 희생시킬 수 있고 둘째, 본래의 채무를 거듭하여 불이행한 채무자를 위하여 그 담보부동산의 환수권행사를 10년 동안이나 인정한다는 것은 채권자와의 권익균형상 불공평하기 때문이다.

나. 선의의 제3자의 소유권 취득

본래 채권자가 담보목적물에 대하여 완전한 소유권을 취득하기 위해서는 청산기간 경과 후 청산금을 채무자에게 지급하고 가등기에 기한 본등기를 경료하여야 한다(가담법 제4조 제2항).

그러므로 채권자가 미리 본등기에 소요되는 서류를 교부받고 있거나 또는 제소전화해 등을 하여 채권자명의로 소유권등기가 되어 있다 하더라도, 청산기간내에 청산금을 지급하지 아니한 때에는 채권자는 아직 완전한 소유권을 가진 것은 아니다. 다시 말하면, 청산을 하지 않고 가등기에 기하여 본등기를 하였다 하더라도 그 등기는 무효인 것이다.

그러나 이러한 것을 철저히 관찰시키다보면 청산금의 지급이 없거나, 또는 아예 청산절차를 거치지 않고 가등기에 기해 소유권이전의 본등기를 갖춘 가등기담보권자가 자기명의로 소유권이전등기가 되어 있는 점을 악용해 선의의 제3자에게 전매하였을 경우에 그 선의의 제3자는 소유권이전등기를 했다하더라도 소유권을 취득하지 못한다는 결과가 발생하게 된다. 그러므로 ‘가담법’에서는 이와 같은 경우를 대비하여 제11조 단서 후단에서 ‘선의의 제3자가 소유권을 취득한 때’에 그 제3자는 유효한 소유권을 취득하게 되어 거래안전상의 문제를 해결하려 했다.

그러나 선의의 제3자가 유효한 소유권을 취득하게 되는 법리 구성에는 견해가 대립된다. 첫째, 등기에 공신력을 인정하게 되어 선의의 제3자에게 목적물의 선의취득을 인정하게 되어 부당하다고 하는 견해¹⁸⁶⁾와 둘째, 소유권이전등기의 원인인 거래관계가 담보나 담보가 아니냐 하는 데 관하여 선의나 악의냐의 여부에 의해 설명하는 견해¹⁸⁷⁾ 그리고 마지막으로, 위의 단서 규정을 둔 것은 모두 구체적 타당성을 보호하려고 한 것이라고 설명하는 견해¹⁸⁸⁾가 있다. 그러므로 이하에서는 각 견해에 대한 법리구성을 검토한다.

(1) 선의취득을 인정한 것으로 보는 견해

가담법 제4조 제2항과 제3항에 의하여 가등기담보권자는 청산기간의 경과 후 청산금의 지급과 상환으로 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 있고, 물권변동의 원칙상 본등기를 갖춘 때에 목적 부동산의 소유권을 취득하게 된다. 그러나 청산금을 지급하기 전에는, 설사 자기 앞으로 소유권등기가 있는 것을 이용해서 선의의 제3자에게 처분하여 이전등기를 하여도 소유권을 취득하지 못한다는 결과가 된다. 말하자면 양도담보권자가 제3자에게 한 이전등기는 이론상 무효인 것이다.

그러나 거래의 안전이 문제되기 때문에, 이와 같은 경우에는 선의의 제3자는 유효하게 소유권을 취득한다는 것이 가담법 제11조 단서에서 말하는 '선의의 제3자가 소유권을 취득한 때'의 법리인 것이다. 이는 결과적으로 등기에 공신력을 인정하는 것이 되나 우리의 법제상 등기의 공신력은 인정되지 않는다는 것이 학설·판례임을 볼 때, 이 규정은 상당한 문제가 된다.¹⁸⁹⁾ 즉, 우리의 등기제도가 아직 미비한 점이 많고, 실체 관계에 부합하지 않는 부실등기가 행하여질 염려가 있기 때문이다. 즉, 진정한 권리자를 희생시켜서는 안되기 때문에 공신력을 인정하지 않고 있다. 그런데 유독 비전형담보권의 설정으로 이전등기를 한 경우에 공신력을 인정하는 것이 문제가 된다. 더욱이 비전형담보권의 설정에 있어서 하게 되는 등기는, 채권담보의 목적으로 한 것이 아닌 등기와 전혀 구별이 안된다. 그

186) 문제의 해결책은 채소전화해의 성립을 막거나 또는 그 효력을 제한해야 한다(곽윤직, 전계서, 398면).

187) 황적인, 전계 「현대민법론Ⅱ」, 393면.

188) 이영준, 전계서, 913-914면.

189) 양창수, 「민법연구(제8권)」, 박영사, 2005, 281면 이하.

리고 동 조항이 공신력을 인정한 것이라면, 양도담보계약 자체가 무효 또는 취소할 수 있는 것이고, 그 무효·취소를 가지고 제3자에게 대항할 수 있는 경우이더라도, 그에 기하여 이전등기를 한 때, 그 등기가 진정한 것으로 믿는 제3자는 유효하게 소유권을 취득하는 것이 된다. 문제는 여기에 그치지 않는다. 제11조 단서가 등기에 공신력을 인정하는 것이라면, '가담법'이 정하는 청산절차를 밟지 않더라도 어떻게 할 수가 없게 된다. 왜냐하면, 채권자는 등기에 공신력이 인정됨을 기화로 양도담보권을 설정한 후에 그 부동산을 제3자에게 처분하면 그만이기 때문이다. 채무자는 불법행위에 의한 손해배상이나 청산금의 지급을 청구할 수는 있어도, 목적부동산을 회수할 수 없게 된다.

(2) 거래관계가 담보인가에 관하여 선·악의로 설명하려는 견해

원래 민법 제108조의 경우에는 허위표시로서 전부가 무효인데, 가담법 제11조 단서는 선의의 제3자를 보호하기 위하여 표의자는 선의의 제3자에게는 대항하지 못하는 것으로 규정하고 있다. 이와 같은 규정은 물권변동에 있어서 형식주의를 취하는 우리 법제하에서는 선의의 제3자를 위하여 등기부에 공신력을 인정한 것과 같은 결과가 된다.

가담법 제11조의 경우에 가령 채권자가 채무자의 부동산에 가등기를 하고 돈을 꾸어 준 경우에는 당사자간에는 허위표시는 전혀 없고, 모두 진실에 부합하는데 다만 그 담보목적으로 하는 등기가 담보가치를 초과한 것일 뿐이며, 그 등기는 초과하는 범위내에서 과대등기가 된다. 이와 같은 과대등기의 효력을 어떻게 취급해 줄 것인가? 이 경우에 제3자의 선의·악의의 경우 모두 보호해 준다면 이는 민법 제108조의 취지에도 부합하지 않고, 또한 이러한 제3자를 보호할 거래상의 필요나 실익이 전혀 없다. 예컨대 5,000만원 밖에 안되는 채무를 위하여 그 담보로 1억원짜리 부동산을 양도담보 등으로 소유권이전등기를 한 경우에, 이 사실 그대로 아는 제3자가 5,000만원에 그대로 판다고 하여, 그 가액으로 매수한 경우, 이 거래를 그대로 유효한 것으로 인정한다면 채무자는 아무런 청산금을 받을 수 없고, 제3자는 그 차액 전부를 취득하게 된다. 이와 같은 제3자의 이득을 그 가격이 싸다는 이유만으로 이것이 배신행위가 된다거나 이에 가담한 것이라고는 할 수 없다. 이러한 악의의 제3취득자를 그대로 보호할 것인가가 문제된다.

(3) 구체적 타당성을 보호하기 위한 것이라는 견해

가담법 제11조 단서는 모두 구체적 타당성을 보호하려는 데 그 취지가 있다고 보는 견해로서, 양도담보의 본질은 신탁적 소유권이전으로서 대외관계에 있어서는 양도담보권자가 완전한 소유자이므로 제3자가 양도담보채권자로부터 소유권을 취득하면, 제3자가 이러한 양도담보관계를 알았다 하더라도, 즉, 악의라도 적법하게 소유권을 취득한 것으로 볼 수도 있지만, 이 역시 구체적 타당성을 결한 것이므로 악의의 제3자의 소유권취득을 배제하는 것이 타당하다.¹⁹⁰⁾ 이를 명문화하기 위하여 선의의 제3자가 소유권을 취득한 경우에 채무자 등의 가등기말소청구권을 배제하는 특별규정을 둔 것이다. 이것은 거래안전의 보호와 선의의 취득이라고 인정하는 데서 문제가 제기된다.

3. 가등기담보 효력상의 문제

가. 후순위권리자의 보호방법

(1) 후순위권리자와 담보권실행의 통지

‘가담법’에서 후순위권리자라함은 담보가등기후에 등기된 저당권자, 전세권자 및 담보가등기권리자를 말한다(가담법 제2조 제5항). 다시말하면 담보계약에 기하여 채권자 또는 제3자(물상보증인)소유의 부동산에 대하여 채권담보의 목적으로 담보가등기를 경료한 후에 그 부동산에 저당권 또는 전세권을 설정한 저당권자(민법 제356조), 전세권자(민법 제303조), 그 부동산에 다시 가등기담보권을 설정한 담보가등기권리자와 가담법 제6조 제2항의 대항력있는 임차권자를 말한다.

‘가담법’에 의하면 가등기담보권자인 채권자가 담보계약에 의한 담보권을 실행하여 그 담보목적 부동산의 소유권을 취득하기 위해서는 그 채권의 변제기 후에 목적부동산의 평가액·충당될 채권·청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지하여야 하고(가담법 제3조 제1항), 그 통지가 도달한 때에는 그 도달시에 존재하는 후순위권리자에게 그 통지의 사실, 내용 및 그 도달일을 지체없이 통지하도록 되어 있다(가담법 제6조 제1항).

190) 이영준, 전게서, 913-914면.

아울러, 가담법 제6조 제1항의 규정에 의하여 통지하여야 할 상대방은 가담법 제3조 제1항의 규정에 의한 통지가 채무자 등에게 도달한 때에 존재하는 후순위 권리자에 한한다. 이와 같이 통지할 상대방을 가담법 제3조 제1항의 규정에 의한 통지가 도달한 때에 존재하는 후순위권리자로 한정하는 것은 공평의 원칙에 기한 것이다. 왜냐하면 가담법 제3조 제1항의 통지가 채권자 등에게 도달한 이후에 나타나는 모든 후순위권리자에 대해서까지 그 통지의무를 담보가등기권리자에게 부담시킨다는 것은 그 채권자에 대하여 너무 많은 부담을 주기 때문이다. 또 후순위 권리자는 담보가등기후에 등기된 저당권자, 전세권자 및 담보가등기권리자는 물론, 가등기 후에 소유권을 취득한 제3자도 포함된다.¹⁹¹⁾ 그러므로 담보가등기권리를 실행하는 담보가등기권리자보다 선순위인 저당권자나 전세권자 또는 담보가등기권리자에 대하여는 가담법 제6조 제1항의 통지를 필요로 하지 않는다, 저당권자 또는 전세권자인 후순위권리자는 등기부상의 등기에 의하여 명백히 판명될 수 있지만 담보가등기권리자인 후순위권리자의 경우에는 그 가등기권리자를 후순위권리자로 추정하고 가담법 제6조 제1항의 통지를 하는 것이 후일의 분쟁을 예방할 수 있다.¹⁹²⁾ 그리고 가담법 제6조 제1항이 통지를 하지 아니한 경우라 함은 동법 제3조 제1항의 통지가 채무자 등에게 도달한 때에 그 목적 부동산의 등기부상에 기재된 저당권자, 전세권자 및 담보가등기권리자에 대하여 지체없이 제6조 제1항의 통지를 하지 아니한 경우만을 의미하는 것으로 해석하여야 한다.¹⁹³⁾

그렇다면 가담법 제6조 제1항의 통지를 하지 아니한 경우의 후순위권리자의 지위를 어떻게 보호할 수 있는지가 문제된다.

(2) 가담법상 대항력을 갖춘 임차권자와 후순위권리자와의 순위

임차권은 채권이지만 임차권의 물건화현상이 일어나 일정한 요건을 갖추면 대항력을 인정하게 된다. 그리하여 우리 민법도 임차권을 등기한 때에, 주택임대차보호법은 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에 각각 대항력을 인정하고 있다. 다만 이 경우 임차인이 보증금 없이 입주하였다고 거짓 진술한 경우에는 금반언

191) 김용한, 전계서, 656면 ; 이영준, 전계서, 915면.

192) 윤천희, “가등기담보권의 실행통지를 받지 못한 후순위권리자의 지위”, 「사법행정」 제330호, 한국사법행정학회, 1988. 6, 37면.

193) 윤천희, 「가등기담보법」, 한국사법행정학회, 1986, 136-137면.

의 원칙이 적용되는 수가 있다.¹⁹⁴⁾ 그리고 대법원은 “건물의 담보권자가 담보 가치를 평가함에 있어서 그 임차인이 보증금 없이 입주하고 있다고 말한 경우에는 담보권자가 건물명도를 청구함에 있어서 임차인이 위 말을 번복하여 임차보증금의 반환을 내세워 그 명도를 거부하는 것은 금반언 및 신의칙에 위배된다.”고 판시¹⁹⁵⁾하였다.

그 동안 민법이나 주택임대차보호법이 인정하고 있는 임차권의 대항력은 선순위물권자가 없는 경우에 한하여 인정되고 만약 선순위물권자가 존재하는 경우에는 그 선순위물권자는 물론 후순위물권자에게도 대항할 수 없었다. 그러나 ‘가담법’에서는 가등기담보권자가 그의 담보권실행의 방법으로 권리취득에 의한 실행을 하는 경우에 청산금의 범위안에서 대항력을 갖춘 임차권자에게 동시이행의 항변권을 인정함으로써 선순위가등기담보권자에게도 대항할 수 있도록 하여 가등기담보권이 설정된 후에 대항력을 갖춘 임차권의 존재를 인정하고 청산금의 범위안에서 임차보증금을 반환받을 길을 확보해 주고, 한편 후순위권리자한테도 청산금의 범위안에서 청산금의 지급시까지 그의 권리를 행사할 수 있도록 하였다(가담법 제5조 제1항).

따라서 대항력을 갖춘 임차권자와 후순위권리자가 있는 경우에 그 순위를 어떻게 정할 것인가에 문제가 제기되는데, 이에 관하여 ‘가담법’은 명문의 규정을 두고 있지 않고 있고, 또한 가등기담보권자가 그의 담보권실행이 방법으로 경매를 청구한 경우에는 대항력을 갖춘 임차권자를 후순위권리자와의 관계에 있어서 어떻게 되느냐에 관하여도 아무런 규정이 없어 이하 이점에 관하여 가등기담보권자가 담보권을 실행하는 데 있어 권리취득에 의한 경우와 경매청구에 의한 경우로 나누어 검토한다.¹⁹⁶⁾

(가) 권리취득에 의한 실행의 경우

가등기담보권자는 피담보채권의 변제기가 도래하였음에도 불구하고 채무자가 이행하지 않는 경우에는 가담법 제3조 제1항의 규정에 의하여 채무자 등에게 청산금의 평가액 등을 통지하고, 그 통지 후 2개월의 청산기간이 경과되면 목적부

194) 이영준, 전거서, 909면.

195) 대법원 1987. 5. 12. 선고 86다카2788.

196) 단, 주택임대차보호법 제8조에 의하여 대항력을 갖춘 주택임차권자의 소액보증금은 다른 담보물권보다도 우선해서 변제되므로 여기에서 언급하지 않기로 한다.

동산의 소유권을 취득하게 되는 데, 이 경우에 후순위권리자는 그 순위에 따라 청산금의 범위안에서 청산금 지급시까지 그 권리를 행사할 수 있고, 담보가등기 후에 대항력 있는 임차권¹⁹⁷⁾을 취득한 자는 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다. 또한, 청산금에 대하여 후순위권리자와 대항력을 갖춘 임차권자의 각 권리행사가 서로 충돌하였을 때의 각 견해를 보면 첫째, 후순위 권리자이나 대항력을 갖춘 임차권자이나를 구별하지 말고 그 순위는 등기시기와 대항력구비시기와의 선후에 따라 결정해야 한다.¹⁹⁸⁾ 둘째, 가담법 제5조 제1항 내지 제4항의 규정과 제5조 제5항의 규정은 서로 독립된 규정으로 해석하여야 하기 때문에 대항력을 갖춘 임차권자는 후순위권리자와는 아무런 관계도 없이 가등기담보권자에 대하여는 청산금의 범위안에서 임차보증금의 지급채권과 임차부동산의 인도채무와의 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다. 셋째, 가담법 제5조의 규정은 후순위권리자와 대항력을 갖춘 임차권자를 공평의 원칙에 기하여 보호하려는 데 그 취지를 둔 것이므로 이들 권리자간에는 어떤 순위와 차등을 인정할 것이 아니라 보호를 받은 채권액에 비례하여 권리를 행사할 수 있도록 하는 것이 공평의 관념에 부합된다고 보는 견해가 있다. 넷째, 후순위권리자와 대항력을 갖춘 임차권자가 있는 경우에 등기시기와 대항력구비시기의 선후를 불문하고 후순위권리자가 우선한다는 견해 등이 있다.

검토해 보면, 둘째의 경우는 가담법 제5조 제5항에 충실한 해석은 될 수 있으나 그렇게 해석하면 후순위권리자는 동일부동산에 대하여 자기보다 후에 대항력을 갖춘 임차권자 보다도 우위에 서게 되는 결과가 되어 부당하다. 셋째의 견해는 가등기담보권자가 그 행사방법으로 경매청구와 관련하여 생각해 볼 때에는 타당하다. 그러나 본래 민법이나 주택임대차보호의 법리는 '가담법'에 의하여 대항력을 갖춘 임차권자라 하더라도 동일 임차부동산에 대하여 이미 최선순위로 담보가등기를 경료한 가등기담보권자에 대하여 임차권을 주장하고 임차보증금의 지급을 청구할 수 있는 권리가 없음이 원칙이다. 그러므로 '가담법'이 담보목적 부동산에 대하여 최선순위로 담보가등기를 경료한 후에 부동산에 대하여 대항력

197) 등기한 임차권 및 주택임차보호법에 의하여 대항력이 인정되는 주택임차권이다(김상용, 전게서, 815면).

198) 윤천희, 전게서, 123-124면.

을 갖춘 임차권자를 보호하기 위하여 민법이나 주택임대차보호법에 대한 예외규정으로 가담법 제5조 제5항의 규정을 둔 것이 타당하다.

(나) 경매청구에 의한 실행의 경우

가등기담보권자는 권리취득에 의한 실행의 방법을 취하지 않고서도 목적 부동산의 경매를 청구하여 그 경매대금으로부터 자기채권의 변제를 받을 수 있는데, 이 경우에 대항력을 갖춘 임차권자는 어떻게 되느냐가 문제된다. 가담법 제12조 제1항 후단에서 보듯이 경매에 관하여는 가등기담보권을 저당권으로 보고 있으므로 먼저 저당권설정등기가 된 후 대항력을 갖춘 임차권이 어떻게 되는지에 대해 살펴보면, 종래 주택임대차보호법과 관련하여 학설은 선순위저당권의 실행에 의해서는 임차권은 소멸하나 후순위저당권의 실행에 의해서는 임차권은 소멸하지 않는다고 하는 견해도 있으나 학설·판례는 후순위저당권의 실행에 의하여 주택임차권이 소멸한다고 하고 있다.¹⁹⁹⁾

그러나 이렇게 주택임차인이 보증금도 반환받지 못하고 퇴거해야 한다는 결과가 주택임대차보호법의 규정취지는 아닐 것이므로 주택임차인의 보증금은 우선물권자에게 변제하고 잔액이 있으면 후순위물권자에 우선하여 주택임차인에게 배분하여야 한다. 그렇다면 이와 같은 이론은 ‘가담법’에 있어서도 그대로 적용되어야 할 것인가, 만약 그대로 적용되지 않는다면 경매청구의 경우에 있어서는 최선순위가등기담보권자를 해할 염려가 있으므로 그대로 적용된다고 보아야 한다. 그러나 이러한 견해는 역시 모순이 있다. 그 이유는 첫째, 민법이나 주택임대차보호법은 선순위권리자가 없는 경우에 대항력을 갖춘 임차권을 인정하는 것이 원칙이나 ‘가담법’은 선순위가등기담보권이 있는 경우에도 대항력을 갖춘 임차권을 인정하는 것이 그의 법리이다. 둘째, 가담법 제5조 제5항은 최선순위가등기담보권이 있는 경우에도 청산금의 범위 안에서는 대항력 있는 임차권을 보호한다고 규정해 놓고 있다. 따라서 사람들이 이를 믿고서 대항력 있는 임차권을 취득했는데, 그 후 저당권이 설정된 경우에는 실제에 있어서 통설·판례의 이론에 따르면 보호해주지 않고 해하는 결과가 된다. 그러므로 아예 법에 보호규정이 있어 이를 믿고 취득하도록 해놓고 취득하게 되면 손해를 가하는 결과가 초래된다.

199) 김대규, 전계논문, 53면.

셋째, 가등기담보권이 인정된 부동산에 대하여 대항력을 갖춘 임차권을 취득한 경우에 임차권자는 가등기담보권자가 가담법 제3조의 규정에 의한 담보권을 실행하면, 대항력을 갖춘 임차권자는 자기보다 후에 설정된 후순위권리자 보다 열위에 서게 되는 결과가 되어 대항력을 갖춘 임차권자의 법률적 운명이 가등기담보권자가 어떤 방법의 권리행사를 하느냐에 따라 좌우되어지는 부당한 결과가 초래된다. 결국 이러한 모순점을 해결하기 위해서는 대항력을 갖춘 임차권에 있어서도 우선변제권을 인정해야 한다.

(3) 청산금의 공탁의 통지와 후순위권리자

‘가담법’에 의하면 청산금채권이 압류 또는 가압류된 경우에 가등기담보권자인 채권자는 그의 청산채무를 면하기 위하여 청산기간 경과 후에 이에 해당하는 청산금을 관할 법원에 공탁하는 동시에 채무자 등과 압류채권자 또는 가압류 채권자에게 지체없이 공탁의 통지를 하도록 되어 있지만(가담법 제8조 제1항·제2항), 후순위권리자에게 통지에 관하여는 아무런 언급이 없다.

나. 담보가등기의 공시

가등기란 그 본래의 의미에 있어서 본등기를 할 만한 실체법상 또는 절차법상의 요건이 완비되지 않은 경우에 장래 그 요건이 완비되었을 때에 행해질 본등기를 위하여 미리 그 순위를 보전할 목적으로 행해지는 등기이다.²⁰⁰⁾

그러나 ‘가담법’상의 담보가등기는 등기부상으로는 본래의 의미의 가등기와는 아무런 표시상의 차이가 없지만 효력면에 있어서는 순위보전적 효력 외에도 경매권·우선변제권·별제권 등 전형담보물권인 저당권적 효력이 인정된다. 즉, 담보가등기는 비록 가등기이지만 본등기와 같은 기능과 효력을 가지고 가등기담보권을 공시하는 역할을 하는 것이다. 그럼에도 불구하고 저당권설정등기와 같이 담보되는 채권에 관한 기재, 즉 채권액·채무자·변제기·이자 등에 관하여 등기부상에 아무런 기재상의 표시가 되어있지 않다.

그러므로 담보가등기와 본래의 의미의 가등기와는 등기부상의 기재만으로는

200) 김숙자, 전제 “가등기에 관한 연구”, 26면.

전혀 구별할 수가 없다. 그리고 가등기는 등기부상 압구에 소유권이전청구권을 보전하는 형식으로 기재되므로, 채권자만이 표시될 뿐이고 피담보채권액이나 이자 등이 표시되지 않아 가등기는 가등기담보의 공시방법으로는 매우 불충분하다. 바로 이점이 담보가등기의 공시에 관한 문제이다.²⁰¹⁾ 그렇다면 제정당시에 이에 대해서 전혀 논의가 없었는가 하면 꼭 그런 것만은 아니다. ‘가담법’의 제정당시에도 담보가등기를 본래의 가등기와 구별하기 위하여 피담보채권액²⁰²⁾을 등기부에 기재하여야 한다는 주장이 있긴 했으나 오히려 채무자에게 불리하다고 하여 채택되지 않았다. 가령 금전소비대차에 있어서 경제적으로 우월한 지위에 있는 채권자가 그 금액을 기재하는 형식의 담보가등기를 피하고 채권담보를 목적으로 하면서도 단순한 가등기만을 경료할 것이며, 위 가등기를 본래의 가등기라고 주장하고 이 경우에 채권자의 주장이 그대로 받아들여진다면 ‘가담법’은 입법목적상 상실하게 되어 이는 민법 제607조·제608조의 규정에도 반하는 것뿐만 아니라 채권금액을 기재함으로써 쓸데없는 혼란만 야기시킬 뿐 그 실효성을 기대할 수도 없다. 그러므로 최종적으로 담보가등기인지의 여부는 법원의 재량에 의한다.

그러나 ‘가담법’의 제정시에 당사자가 과연 이를 사실대로 기입하겠느냐 등의 이유로 담보가등기와 본래의 가등기를 구별하려는 의견²⁰³⁾이 채택되지 못하였다 하는데 가등기담보권이 설정되어 있는 부동산에 관하여 거래관계에 서고자 하는 자는 스스로 심사 내지 조사해서 담보가등기인지의 여부를 판정하여야 한다는 것은 거래당사자가 일일이 조사하지 않고서도 부동산에 관한 물권관계를 일목요연하게 공시하려는 것이 그 목적인 등기제도의 본래의 기능에 반하게 된다.²⁰⁴⁾

그러므로 ‘가담법’ 시행 후 그 법률의 취지를 등기사무처리에 있어서 살릴 필요가 있어 등기사무의 주관청인 대법원에서 1984년 1월 18일 법원행정처장 명의로 각 지방법원장에게 ‘가등기담보 등에 관한 법률 시행에 따른 등기사무처리 지침’이라는 제목의 통첩을 보냈고 그 내용은 첫째, 대물반환의 예약을 원인으로

201) 권용우, 전계서, 602면.

202) 민법 제360조에 규정된 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상, 채무자 등이 부담해야 할 실행비용으로서 채무자가 부담할 액이다(김상용, 전계서, 813면).

203) 흔히, 양도담보 및 가등기담보에 있어서 이전등기 및 가등기는 담보목적의 것이므로 등기원인을 담보목적으로 기재하여 통상의 이전등기·가등기와 구별하여야 한다고 주장한다(곽윤직, 전계 「물권법」, 386-387면).

204) 김용한, 전계서, 621면.

한 가등기신청의 경우에는 등기신청서 중 등기의 목적란에 본등기 될 권리의 이전담보가등기라고 기재한다. 둘째, 위와 같은 담보가등기에 기한 본등기를 신청하는 경우에 관하여 몇 가지 특칙을 정한다. 우선 그 등기신청서에 통상의 기재사항 외에 본등기할 담보가등기의 표시 및 가담법 제3조 소정의 청산금평가통지서가 채무자 등에게 도달할 날을 기재하여야 한다. 나아가 이 경우 청산금통지서 또는 청산금이 없다는 뜻의 통지서가 도달하였음을 증명할 서면 및 청산기간이 경과한 후에 청산금을 채무자에게 지급하였음을 증명할 서면을 각 첨부하여야 한다. 이와 같은 기재나 서면 첨부를 하지 않거나, 청산금평가통지서가 채무자 등에게 도달한 날로부터 2개월이 경과하지 아니한 본등기 신청은 이를 각하한다.²⁰⁵⁾

그러나 이러한 등기실무지침도 가등기담보권에 관한 공시방법으로서는 충분하다고 할 수는 없다. 그 이유는 첫째, 위의 등기지침은, 대물반환의 예약을 원인으로 하는 가등기신청 및 그에 기한 담보가등기에 한정되어 적용된다. 그러므로 어떠한 가등기가 담보의 목적으로 이루어졌다고 하더라도, 당사자들이 그 가등기신청을 함에 있어서 그 등기원인을 대물반환의 예약으로 기재하지 않고,²⁰⁶⁾ 가령 매매예약으로 기재한 경우에는, 위와 같은 지침은 적용되지 않는다. 둘째, 위 지침의 적용을 받는 가등기의 경우에도 가령 피담보채권액 등은 등기 사항이 아니므로 담보권의 공시로서 충분하지 않다.

다. 담보목적물의 평가방법

가담법 제3조 제1항은 가등기담보권자가 채무의 변제기에 이르러 담보권을 실행하여 담보물의 소유권을 취득하려고 할 경우에는, 제4조에 규정한 청산금의 평가액을 채무자 등에게 통지하고 그 통지가 채무자 등에게 도달한 날로부터 2월이 경과되어야 하며, 청산금이 없다고 인정되는 때에는 그 뜻을 통지하여야 한다고 규정하므로 채권자의 기습적인 권리취득을 방지하여 채무자 등을 보호하고 있다. 그 밖에도 통지된 청산금의 평가액에 불만이 있는 후순위담보권자에게 청

205) 양창수, 진계 “가등기담보등에 관한 현황 및 문제점”, 「민사판례연구XII」, 393-394면.

206) 이효중, “변칙담보와 부동산경매, 강제집행·임의경매에 관한 제문제(하)”, 「재판자료」, 제36집 법원행정처, 1987, 299면.

산기간내에 한하여 피담보채권의 변제기전이라도 경매신청을 할 수 있도록 하는 등 이해관계의 조절을 꾀하였다. 그런데 통지사항에 관해서 가담법 제3조 제2항에 “통지당시의 목적부동산의 평가액과 민법 제360조에 규정된 채권액을 명시하여야 하고, 이 경우 부동산의 평가액이 그 이상인 때에는 각 부동산의 소유권이전에 의하여 소멸시키려고 하는 채권과 그 비용을 명시한다.”고만 되어 있고, 목적물의 평가방법이나 부당평가의 규제방법에 대한 규정이 없다. 그러므로 이에 당사자 사이에 분쟁이 일어날 소지가 있다.

이에, 법원은 당사자의 신청에 따라 실무 담당 법관은 석명권을 행사하여 채권자와 채무자의 의견을 들어 감정평가를 하여 청산금의 액수에 대한 다툼의 소지를 없애고 있다. 그러나 예전의 판례는 채권자에게 목적물을 적정가격으로 평가할 의무를 부과하고 만일 부당하게 저렴한 가격으로 평가하였을 경우에는 청산이 없는 것으로 취급하여 채무자의 환수권을 인정하거나 불법행위, 채무불이행, 부당이득 등에 의한 책임을 인정하거나 형사상의 배임죄를 적용하여 처벌까지 하였다.²⁰⁷⁾

그리하여 ‘가담법’의 제정시에 목적물의 평가에 대한 당사자 사이의 분쟁이 있을 때는 환매권의 대위행사를 규정하고 있는 민법 제593조에 의하여 해결하는 견해에 따라,²⁰⁸⁾ 채권자, 채무자, 후순위저당권자 및 후순위전세권자는 목적부동산의 가격에 관한 확정을 법원에 청구할 수 있고, 이 절차는 따르도록 규정하였다. 그러나 이에 대해 다음과 같이 비판이 제기되었다.

가등기담보에 있어서 담보목적물의 평가액은 실행통지당시 채권자가 주관적으로 평가한 견적 가격이다.²⁰⁹⁾ 가담법 제3조는 ‘담보권실행의 통지’에 (1) 통지당시의 목적 부동산의 평가액, (2) 민법 제360조에 규정된 채권액, 제4조에는 (3) 통지당시의 목적 부동산의 가격에서 그 채권액을 공제한 금액을 채권자에게 지급하도록 하고 있는데, 이 경우 목적 부동산의 평가액은 채권자의 주관에 의하여 결정된 통지당시의 가격이므로 객관적인 가격과 일치할 수도 있고, 또 일치하는

207) 환수권에 관한 판례로는 대법원 1977. 11. 22. 선고 77다1513 판결 ; 불법행위에 관한 판례로는 대법원 1981. 12. 21. 선고 81다462 판결 ; 채무불이행에 관한 판례로는 대법원 1978. 3. 14. 선고 77다2341 판결 ; 부당이득에 관한 판례로는 대법원 1972. 11. 14. 선고 72다1633 판결 ; 형사상 배임죄에 관한 판례로는 대법원 1979. 6. 26. 선고 79다1127 판결.

208) 이해진, “가등기담보권의 청산절차”, 「대한변호사협회지」 제87호, 대한변호사협회, 1983. 6. 29면.

209) 이석선, “가등기담보권의 실행에 관하여”, 「인권과 정의」 제189호, 대한변호사협회, 1992. 5. 61면.

것이 바람직하지만 실제상 양자가 일치하지 않아도 위법이라고 할 수 없다.

이와 같이 해석해야 하는 이유는 첫째, 채권자의 평가액에 대해 채무자가 불만이 있는 경우에는 이를 다투어 채권자와의 합의에 의하여 해결할 수 있기 때문이다.

둘째, 객관적으로 타당한 담보목적물의 평가액만이 적법한 평가액이라고 한다면 '가담법'이 예정하고 있는 담보권실행의 원칙적 형태인 귀속청산형 방식은 사실상 이용이 불가능하게 된다. 담보목적물의 객관적 적정가격을 정확하게 평가한다는 것은 지극히 어려운 일이며 감정을 한다는 것은 절차의 번잡은 물론 채무자가 위 감정가격에 승복하지 않을 경우에는 결국 소송에 의해 확정할 수 밖에 없는데, 그렇게 되면 결국 2중의 재판절차를 거치게 되는 꼴이 되어 결과적으로 채권자는 '가담법'이 원칙적 형태로 예정하고 있는 귀속청산형 대신에 처분정산형으로 담보권을 실행하려 할 것이다. 그렇게 되면 채권자와 채무자의 이해관계를 조정하면서 간편한 방법으로 담보권을 실행하려는 '가담법'의 입법취지에도 어긋난다.

셋째, 객관적인 정확한 가격평가를 요구하는 것은 채무자를 보호한다는 차원을 넘어 채권자에게 오히려 부당하게 불리한 부담을 지우는 것이 된다. 이와 관련하여, 채무자 등은 채권자의 평가액에 불만이 있으면 이의를 하여 그들의 권리를 보호받을 수 있는 길이 마련되어 있음에 반해 채권자는 정확한 객관적 평가를 위해 복잡하고도 까다로운 절차를 거쳐야 한다. 그러나 객관적으로 타당한 평가액을 산정하려다 자칫 청산금을 과다하게 평가하여 통지하는 경우에는 통지의 구속력에 의해 청산금의 액수를 다룰 수 없고 이에 따른 부당한 손해를 입을 위험도 있다.

넷째, 가담법 제3조가 청산금의 평가액을 통지하여야 한다고 표현하고 있는 반면 가담법 제4조에서 채권자가 담보목적물의 소유권을 취득하기 위해 채무자에게 지급하여야 할 가액을 청산금이라고 표현하고 있는 것을 비교해 보더라도 목적물의 평가액은 채권자가 주관적으로 평가한 적정한 가액임을 전제로 하고 있다. 이러한 이유로 위 조항이 삭제되어 목적물의 평가는 채권자의 자의에 맡겨지게 되었고 따라서 당사자 사이에 법적 분쟁이 유발되어 이익의 불균형이 초래된다.

4. 제소전화해의 효력상의 문제

모든 법률행위는 그 내용이 강행법규에 위반하는 것이나 선량한 풍속 기타

사회질서에 반하는 것이면 무효가 된다. 그러므로 화해조항의 내용도 이에 반하지 않아야 할 것은 당연하다. 그러나 민사소송법 제220조는 화해의 조서를 기재한 때에 그 조서는 확정판결과 동일한 효력이 있다고 하고, 민사소송법 제461조는 화해조서에 재심사유가 있으면 준재심을 제기할 수 있다고 규정함으로써 화해조서를 모든 면에서 확정판결과 동일하게 취급하였다. 따라서 일단 성립된 화해의 내용에 강행법규위반 등이 포함되어 있다면 위와 같은 민사소송법규정과 화해내용의 적법성이라는 요청을 어떻게 조화시켜야 되는지가 문제된다. 예컨대 채무자의 채무불이행시에 담보목적물의 가액이 채무원리금을 초과할 경우 청산절차를 거치게 하는 '가담법'에 위반한 계약의 내용을 제소전화해로 시킨다거나, 채무불이행시에 즉시 본등기 할 수 있다는 제소전화해를 하는 등의 화해조항의 내용이 강행법규에 위반하는 경우 그 화해의 효력을 어떻게 볼 것인가?

이 문제는 결국 제소전화해에 실제법상의 하자가 있는 경우에 그 화해의 효력은 어떠한 영향을 받으며 당사자는 그 화해의 효력을 어떠한 방법으로 다룰 수 있는가에 귀착되며 이는 제소전화해의 성질이 무엇이며 제소전화해에 기판력이 있는가 하는 문제와도 직접 관련이 있으므로 이에 대해 검토한다.

가. 제소전화해의 성질

(1) 학설

(가) 사법행위설

이 설에 의하면 제소전화해를 포함하는 재판상 화해는 민법상의 화해계약과 동일한 성질을 가지고 있으나 소송의 기회에 화해가 이루어진다는 점에서 민법상의 화해와 다른 대접을 받는다고 한다. 이 설은 재판상 화해계약의 실체를 중시한 견해로서 화해를 조서에 기재하는 것은 민법상의 화해계약을 공증하는 것에 불과하며 소송상의 화해계약에 어떻게 소송법상의 효과가 주어졌는가를 충분히 설명하지 못하는 약점이 있으나 대법원판결은 하자없는 재판상 화해의 성질을 사법행위설로 보고 있다.

(나) 소송행위설

이 설의 요지는 재판상 화해라 함은 당사자가 소송의 기일에 소송물에 관하

여 일정한 실체법상의 처분을 함으로써 소송을 종료시킨다는 소송상의 진술을 말하는 것으로서 사법상의 화해와는 명칭만을 같이할 뿐 전혀 별개이므로 민법상의 화해에 관한 규정의 적용을 받지 아니하고 오로지 소송법에 의하여 지배된다고 한다. 현재 우리나라의 통설²¹⁰⁾이다. 현행 민사소송법 제220조가 재판상 화해를 조서에 기재한 때에는 확정판결과 동일한 효력이 있다고 규정하여 독일에서의 소수설인 '판결대용설'을 입법화한 이상 재판상 화해를 확정판결과 동일하게 보려면 소송행위설이 가장 타당하다고 하여야 하겠지만, 이 설은 재판상 화해의 소송형식에 치우친 나머지 실체법의 적용을 부정하는 결과, 분쟁당사자가 서로 양보하여 실체법적 분쟁을 종료시킨다는 화해의 본질을 무시하였다는 비판을 면하기 어렵다. 그리하여 이러한 비판을 면하기 위하여 소송행위설을 취하면서도 기관력을 부정하는 견해가 나오고, 또 우리 대법원은 소송행위설을 취하면서도 실체법의 적용을 인정한다. 결국 우리 대법원은 사법행위설, 소송행위설 양자를 모두 취하고 있다.

(다) 양행위병존설

재판상 화해에는 소송의 종료를 목적으로 하는 소송상 계약과 사법상 화해계약이 병존한다는 설이다. 따라서 전자는 소송법 후자는 실체법에 의해 규율되므로 그 효력도 독립하여 별개로 판단하여야 한다. 그 결과 소송상 계약이 무효로써 소송종료의 효과가 생기지 아니하더라도 사법상 화해계약은 유효 할 수 있고 거꾸로 소송상 계약이 유효하여 소송이 종료되더라도 사법상 화해계약의 무효로 인하여 재판상 화해가 내용적으로 무효가 될 수 있다.

이 설은 소송행위설의 약점을 극복하기 위하여 주장된 것이기는 하지만, 하나의 재판상 화해를 소송상 계약과 사법상 화해계약으로 분리하여 요건과 효과를 별도로 판단한다는 데 문제가 있다. 즉, 예를 들면 원고의 피고에 대한 금 1,000만원의 대여금 청구소송에서 피고의 원고에 대한 물건외상대금 500만원을 원고의 위 대여금 채권과 대등액에서 상계하기로 화해를 한 경우에 만일 원고·피고에게 소송 능력이 없어 위 재판상 화해가 무효가 되더라도 실체법상의 화해계약

210) 이영섭, 「신민사소송법(상)」, 박영사, 1980, 191면 ; 방순원, 「민사소송법(상)」, 한국사법행정학회, 1987, 601면 ; 김홍규, 「민사소송법(제8판)」, 삼영사, 2005, 712면 ; 송상현, 「민사소송법」, 박영사, 2004, 594면.

으로 여전히 유효하므로 원고는 피고에 대하여 금 1,000만원의 대여금채권을 계속 청구할 수 있어도 피고의 원고에 대한 물건외상대금은 상계로 소멸하였기 때문에 피고는 더 이상 물건대금을 청구할 수 없는 불합리한 결론에 빠지게 된다. 그리하여 현재 이 설을 취하는 학자는 없다.

(라) 양행위경합설(양성설)

이 설의 요지는 재판상 화해는 하나의 행위이지만 사법행위와 소송행위의 성질을 동시에 갖고 있다는 것이다.

이 설에 의하면 재판상 화해는 하나의 행위로서 소송법과 실체법이 경합적으로 적용되는 결과 병존설과 달리 소송법상 요건이나 실체법상 요건중 어느 하나의 요건이 흠결되면 재판상 화해는 전체로서 무효가 된다. 그러나 그러한 하자가 없는 경우에는 재판상 화해에 기판력이 인정되는 등 소송행위설과 결론이 동일하다. 그러면서도 재판상 화해에 실체법상의 무효 또는 취소사유가 있는 경우에 재심의 소 아닌 통상의 소송에 의하여 화해의 효력을 다툴 수 있기 때문에 현재 독일과 일본의 통설과 판례로 되어 있으며, 우리나라에서는 소수설²¹¹⁾로 되어 있다.

(2) 판례

재판상 화해에 관한 우리 대법원판결은 1961년 민사소송법 제461조가 개정될 때까지는 일본과 동일하게 양성설의 입장을 취하여 재판상 화해에 사법상의 무효사유가 있을 때에는 별소²¹²⁾나 기일지정의 신청²¹³⁾으로 다툴 수 있도록 하였다. 그 후 민사소송법이 개정된 뒤에 대법원 1962. 2. 15. 선고 4294민상914 판결(전원합의체)로 재판상 화해를 조서에 기재한 때에는 그 조서는 확정판결과 같은 효력이 있어 당사자간에 기판력이 생기므로 재심의 소에 의하여 취소 또는 변경이 없는 한 당사자는 화해의 취지에 반하는 주장을 할 수 없다고 판시한 이래 화해의 무효·취소에 관한 한 재심설을 일관하여 고수하고 있고²¹⁴⁾ 판례의 이러한 입장을 학자들은 소송행위설로 본다.²¹⁵⁾

211) 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2006, 650면.

212) 대법원 1955. 9. 8. 선고 4288민상12 판결.

213) 대법원 1957. 12. 26. 선고 4290민상638 판결.

214) 대법원 1981. 12. 22. 선고 78다2278 판결.

215) 김홍규, “재판상 화해의 성질 및 효력”, 「고시연구」 제99호, 고시연구사, 1982. 6, 118면.

대법원판례를 살펴보면 “.....소송상의 화해는 판결의 대응으로서 소송물인 법률 관계를 확정하는 효력이 있으므로 소송행위로 보는 것은 본원이 취하는 견해다.....”라고 하여 재판상 화해를 명백하게 소송행위라 하였다.²¹⁶⁾

나. 제소전화해에 대한 기판력의 인정여부

제소전화해에 기판력이 인정되는가에 관하여 독일이나 일본에서 크게 다툼이 있었으며, 현재 독일에서는 사법행위설 또는 소송행위설 중 어느 학설을 채택하는 것과 관계없이 화해가 당사자의 행위인 점에 착안하여 기판력을 인정하지 않는 견해가 통설·판례이고 일본에서도 1925년 민사소송법을 개정하기 이전까지는 기판력을 인정하지 않는 견해가 유력하였다. 그러나 우리나라는 민사소송법 제220조와 제461조의 명문의 규정으로 인하여 기판력부정설은 존립의 여지가 없게 되었고, 다만 기판력의 인정범위에 관하여서만 다툼이 있게 되었다.

(1) 무제한기판력설

이 설은 민사소송법 제220조와 제461조의 문언을 충실히 해석하여 재판상 확정판결의 대응물로 보아 화해의 내용에 무제한의 기판력을 인정함으로써 제소전화해에 의한 분쟁화해능력의 실효성을 확보하자는 견해로 우리나라의 통설이다.

제소전화해에 기판력을 인정하는 이유는 국가가 일정한 방식을 갖춘 소송의 형태에 의하여 당사자간의 분쟁을 제3자적 입장에서 법과 양심에 따라 공평 적절하게 해결한 데 대하여 중국성·확정성을 부여하겠다는데 근본취지가 있다.

그런데 제소전화해는 국가의 관여없이 당사자가 자기 의사에 기하여 분쟁을 해결하는 것으로서 이는 어디까지나 사적자치의 영역에 속한다는 점에서 판결과 현저한 차이가 있다. 물론 이러한 제소전화해에 대하여서도 법률의 규정에 의하여 기판력을 부여할 수 있으나 확정판결의 그것과는 그 의미가 크게 다르다. 즉, 확정판결의 기판력은 국가기관인 법원이 사적 분쟁에 대하여 공권적판단을 하였으므로 당사자는 이를 무시해서는 안된다는 의미가 강한 데 대하여, 제소전화해의 그것은 당사자가 사적 자치의 원칙에 의하여 스스로 분쟁을 해결하였으면 더

²¹⁶⁾ 대법원 1962. 5. 31.자 선고 4293민재6 결정.

이상 그 분쟁을 계속해서는 안된다는 의미가 크다. 이와 같이 양자 사이에는 현저한 차이가 있으므로 기판력의 범위도 달라져야 하는 데도 무제한 기판력설은 그러한 차이를 무시하였다.

(2) 제한적기판력설

이 설은 민사소송법 제220조와 제461조의 명문에 비추어 제소전화해에 대하여 기판력을 인정하여야 하겠지만 이 때의 기판력은 무제한적으로 인정되는 것이 아니고 제소전화해가 실제법상으로 유효할 때에 한하여 비로소 허용된다고 해석한다. 따라서 제소전화해가 실제법상으로 무효인 때에는 기판력이 없게 되므로 기일지정신청이나 별소에 의하여 화해의 무효를 다룰 수 있다. 그리고 이 설에서는 민사소송법 제461조의 취지를, 종래 기판력부정설에 의하면 소송절차상의 하자에 대하여 구제방법이 없게 되는 불합리를 제거하기 위하여 절차상의 하자에 대하여도 구제의 길을 터놓기 위하여 마련된 것이다. 일본의 통설이요 판례이나 우리나라에서는 유력한 소수설이다.²¹⁷⁾

이설에 대해서는 다음과 같이 비판이 가해지고 있다. 즉 제소전화해에 기판력을 인정한다는 것은 마치 판결의 기판력이 그 내용의 유효·무효를 묻지 아니하고 그 판결에 반하는 주장 및 이에 저촉되는 판단을 허용하지 아니하는 것과 같이 제소전화해에 관해서도 그 내용의 유효·무효를 묻지 아니하고 화해에 반하는 주장이나 저촉되는 판단을 허용하지 아니하고 당사자를 법원 구속한다는 것을 의미하는 데, 제한적 기판력설에 의하면 유효한 제소전화해만 기판력이 있다고 보아서 그 내용의 유효·무효가 심리되어 결국 기판력을 부정하는 결과와 같아지므로 부당하다.

(3) 판례

대법원판례는 제소전화해에 사법상의 무효 또는 취소의 사유가 있을 때에는 기일지정신청이나 별소로서 다룰 수 없고, 오로지 재심에 의하도록 함으로써 무제한기판력설의 입장에 있으나 판결의 당연무효와 같은 사유는 제외시키고 있으며²¹⁸⁾ 그러한 당연무효에 해당하는 경우로서 ① 사망자를 당사자로 한 화해,²¹⁹⁾

217) 이시윤, 전게서, 658면.

② 해제조건의 성취²²⁰⁾ 등을 들고 있다.

그리고 제소전화해의 내용이 강행규정에 위반되었을 때에도 재심의 방법 이외에는 다를 수 없다는 것이 대법원판례이다. 즉 ① 입목에 관한 법률위반의 화해,²²¹⁾ ② 농지개혁법위반의 화해,²²²⁾ ③ 농어촌고리채정리법의 실시로 소멸된 채권에 관한 화해,²²³⁾ ④ 사립학교법위반의 화해,²²⁴⁾ ⑤ 민법 제607조, 제608조 위반의 화해,²²⁵⁾ ⑥ 외국인토지법위반의 화해²²⁶⁾ 등은 모두 재심에 의하여 취소되지 아니하는 한 유효하다.²²⁷⁾

다. 문제점 검토

전술한 바와 같이 제소전화해의 성질에 관한 우리나라의 다수설과 판례의 주류적 입장은 소송행위설을 취하고 있고, 화해조서에 기판력을 인정할 것인가에 대하여는 이를 인정하되 그 인정범위에 따라 학설이 나뉜다. 우리나라의 통설과 판례는 무제한 기판력설을 따르고 있다.

판례나 다수설과 같이 소송행위설에 근거한 무제한기판력설을 따른다면 화해의 내용이 민법 제607조·제608조의 위반과 같이 강행법규위반의 경우라도 그 무효를 주장할 길이 없게 된다. 여기에서 민법은 제607조·제608조를 특별히 규정한 취지가 사라지는 결과를 초래하였고 이점은 현행 ‘가담법’하에 있어서도 마찬가지다. 그러므로 이러한 난점을 해소하기 위해서는 판례나 다수설과 같은 무제한기판력설에 의존할 것이 아니라, 강행법규 등의 실체법상 하자가 없는 경우에만 기판력을 인정하는 양행위경합설에 근거한 제한기판력설을 취함이 타당하다.

218) 대법원 1962. 3. 22. 선고 4294민상967 판결 ; 대법원 1962. 3. 22. 선고 4294민상968 판결.

219) 대법원 1955. 7. 28. 선고 4288민상144 판결.

220) 대법원 1965. 3. 2. 선고 64다1514 판결.

221) 대법원 1962. 4. 18. 선고 4294민상1268 판결.

222) 대법원 1962. 5. 10. 선고 4294민상1522 판결.

223) 대법원 1963. 4. 25. 선고 63다135 판결.

224) 대법원 1975. 11. 11. 선고 74다634 판결.

225) 대법원 1969. 12. 9. 선고 69다1565 판결.

226) 대법원 1979. 2. 27. 선고 78다1585 판결.

227) 그러나 주식회사의 주권발행 전의 주식양도를 화해로 한 경우에는 판례가 갈리고 있다. 즉 대법원 1972. 6. 27. 선고 71다1957 판결은 이 경우에도 재심의 소로써 취소되기 전에는 당연무효가 아니라고 하였으나, 대법원 1964. 11. 12. 64마719 결정과 대법원 1970. 3. 10. 선고 69다1812 판결은 이 경우에는 상법상 효력이 없으므로 당연무효라고 하였다.

라. 제소전화해의 남용

원래 제소전화해를 규제하기 위한 ‘가담법’의 제정시안 제19조에 “제4조 제4항의 규정에 저촉되는 내용의 재판상화해는 그 소송상 효력이 없다.”는 규정을 두려고 하였으나, 제소전화해가 재판과 같은데, 어떻게 무효라고 조문에 넣는가라는 반대 의견이 있어 삭제되었다.²²⁸⁾ 이와 관련하여, 제소전화해에 의해서 ‘가담법’을 교묘히 회피하려드는 채권자로부터 상대적 약자인 채무자를 보호해야 하는 문제가 여전히 남게 되는데, 이것은 종래 판례가 제소전화해를 단순히 소송행위로만 파악하는 데서 문제가 된다.

제3절 개선방안

‘가담법’의 입법목적이 채권자의 폭리로부터 채무자 등 이해관계인의 불이익 내지 피해를 방지하는 것이다. 그러나 기존 전형담보처럼 취급 규제하여 가등기담보의 장점이었던 신속·간편한 채권회수방법이 크게 제한한다면 서민들이 그 이용을 기피하여 실효성이 낮은 법률이 된다. 특히 비전형담보가 갖는 소유권이전의 형식에 의한 담보라는 틀을 무시한 채 제한물권적으로 구성하는 것은 여러 문제가 있다. 바람직한 것은 채권자의 폭리를 규제하면서도 채권자와 채무자, 기타 이해관계인의 이익을 상호조정하고 또한 기존의 전형담보와는 다른 가등기담보의 특징을 충분히 살려 새로운 담보제도로서 기능할 수 있도록 규율하여야 한다.²²⁹⁾ 여기서는 앞에서 살펴 본 여러 가지의 문제점들에 대한 그 개선방안을 제시하는 것으로 한다.

1. 적용범위

‘가담법’의 적용범위는 대단히 넓다. 그것은 ‘가담법’이 민법 제608조 규정에

228) 황적인, 전게 “가등기담보법안에 대한 비판과 그에 대한 사건”, 78면.

229) 배병일, “가등기담보에 관한 연구”, 「사회과학연구」 제16권 제1호, 영남대학교 사회과학연구소, 1996. 8, 17-18면.

의해 그 효력이 상실되는 대물반환의 예약에 포함되거나 병존하는 채권담보의 계약에 의하여, 가등기 또는 소유권이전의 본등기가 경료된 모든 유형의 비전형 담보를 규율대상으로 하므로(가담법 제1조·제2조 1호), 대물변제예약 외에도 양도담보·매도담보·환매·재매매의 예약 등 그 명칭 여하를 묻지 않고, 그 내용이 채권담보를 목적으로 한 때에는, 본법이 적용된다.²³⁰⁾ 그리고 등록할 수 있는 권리에 의한 담보에도 모두 적용된다(가담법 제18조). 그러나 주된 적용대상은 양도담보와 가등기담보이다.²³¹⁾

가. 각종 비전형담보제도의 적용범위

가담법 제1조는 비전형담보를 합리적으로 규제함으로써 채무자를 보호하려는 것이 그 목적인다고 규정하는 것으로 충분하고, 제2조에서는 각종의 담보계약에 관한 정의 정도만 밝히면 충분하다는 견해가 있다.²³²⁾ 그리고 ‘가담법’을 제정 했던 그 당시의 상황을 고려해볼 때 가등기담보를 주로 이용하는 것은 일반 서민 층이지 법률전문가는 아니기 때문이다. 그러므로 ‘가담법’의 취지를 밝히려 했다 면 그 내용은 당연히 일반인들이 읽어도 쉽게 알 수 있어야 하기 때문에 위의 견해가 타당하다.²³³⁾

아울러, 가담법 제1조 및 제2조 제1항은 소비대차에 의하여 발생한 채권을 담보하기 위한 가등기담보, 양도담보 등에만 본법이 적용되는 것으로 규정되어 있으나 너무 엄격히 해석할 것이 아니라 소비대차계약에 의하지 않고 발생한 채권을 담보하기 위하여 설정된 가등기담보, 양도담보 등에도 적용된다고 해석함이 타당하다.²³⁴⁾

나. 피담보채권의 제한

소비대차로 인한 채권을 담보하기 위하여 설정하는 가등기담보권에 한해서만 ‘가담법’의 적용을 제한하면, 탈법행위를 할 여지를 남기게 될 위험성이 있다. 그

230) 일본의 경우에는 양도담보는 제외한다(김상용, 전게서, 801면).

231) 김상용, 상게서, 801면.

232) 광윤적, 전계 “가등기담보 등에 관한 법률의 문제점”, 50면.

233) 이성우, 전계논문, 42면.

234) 김상용, 상게서, 801면.

러므로 소비대차에 의하지 않고 생긴 채무의 담보를 위하여 대물변제예약 등을 한 경우에도, '가담법'을 적용하여야 한다.²³⁵⁾

'가담법'은 주로 소비대차 그것도 금전소비대차상의 채권담보를 위한 가등기담보권에 적용될 것이지만, 소비대차 이외의 사유로 발생한 채권을 담보하기 위한 가등기담보권에도 적용을 배제할 필요는 없다. 이러한 소비대차 이외의 사유로 인한 채권담보를 위하여 저당권을 설정할 수 있고, 가등기담보권을 설정할 수도 있다. 저당권을 설정한 경우에는 저당권에 관한 민법이 적용된다. 그런데 소비대차 이외의 사유로 발생한 채권(외상거래로 생긴 상품대금채권 등)을 담보하기 위하여 가등기담보권을 설정한 경우에 '가담법'의 적용을 배제한다면, 탈법행위의 가능성이 있다. 그러므로 가담법 제1조 및 제2조 1호를 너무 엄격히 해석할 것이 아니라 가등기담보권 일반에 '가담법'이 적용된다고 해석함이 타당하다.²³⁶⁾ 따라서 외상거래로 생긴 상품대금채권, 불법행위채권, 부당이득반환채권 등도 포함된다.

다. 저당권 규정의 준용

가담법 제3조 제2항에서 가담법 제3조 제1항의 실행통지에는 민법 제360조의 규정이 적용 또는 준용되는 것으로 해석한다.²³⁷⁾ 또한 '가담법'은 법정지상권에 관한 규정과 목적부동산이 두개 이상인 경우에 채권액의 안분방법에 관한 규정을 특별히 규정하였기 때문에 저당권에 관한 규정인 민법 제366조와 제368조 제1항의 규정은 가등기담보권에 준용 또는 유추 적용될 수 없다. 또 후순위권리자 등 후순위저당권자의 청산금에 대한 권리행사는 실질적으로는 저당권자의 물상대위권행사에 해당하는 것이지만, '가담법'은 후순위권리자의 청산금에 대한 권리행사를 용이하게 하기 위하여 청산금의 지급전에 압류를 요건으로 하지 않고 직접 채권자에게 지급을 청구할 수 있도록 하는 특칙을 규정하였기 때문에, 물상대위에 관한 민법 제342조와 제370조의 규정은 후순위저당권자에게는 준용 또는 유추 적용될 수 없다고 해석함이 타당하다.²³⁸⁾

235) 곽윤직, 전제 「물권법」, 388면.

236) 김상용, 전제서, 806 ; 배병일, 전제논문, 8면.

237) 윤철회, 전제 “가등기담보권의 본질에 관한 연구”, 143면.

238) 서혜진, “가등기담보등에 관한 법률의 문제점”, 이화여자대학교대학원 석사학위논문, 1997. 14면.

2. 채무자 등의 말소청구권

‘가담법’은 채권자에게 유효한 소유권등기가 있어도 그는 소유자가 아니라는 태도를 취하고 있으므로²³⁹⁾, 위와 같은 경우 그의 저당권설정은 무권리자의 처분으로서 무효라고 하여야 하는 것이 원칙일 것이다. 그러나 다른 한편 제3자가 소유권취득행위를 하였으면 보호를 받을 수 있으나, 저당권을 설정 받았으면 보호받지 못한다고 하는 것은 균형이 맞지 않는다. 특히, 입법자의 의도대로 위 단서 규정을 민법 제108조 제2항과 같은 의미에서 두었다고 하면, 거기서 말하는 제3자를 민법 제108조 제2항에서의 제3자와 같이 보고, 위 규정에서 소유권취득을 둔 것은 단지 채무자 등의 말소청구권에 영향을 미치는 범위에서 예시한 것이라고 해석할 여지가 있다.²⁴⁰⁾ 따라서, 가등기담보에 있어서도, 채무자 등이 채무를 변제한다면, 가등기말소청구를 할 수 있다고 하여야 한다. 그러므로 가담법 제11조는 가등기담보에도 유추 적용된다고 해석하여야 한다.²⁴¹⁾

가. 채무의 변제기로부터 10년의 경과한 때

채무의 변제기로부터 10년이 경과한 때는, 채권자가 가등기담보권의 피담보채권을 10년간 행사하지 않는 경우로서, 이 때에는 채권이 소멸시효의 완성에 의해서 소멸하게 되므로 담보가등기는 무효인 가등기가 된다. 따라서 채무자 등은 무효인 담보가등기의 말소를 청구할 수 있다.²⁴²⁾

그리고, 채무의 변제기로부터 10년이 경과하였으나, 시효의 중단 또는 정지사유에 의하여 소멸시효가 완성되지 못한 경우에는 채무자 등은 채권액을 제공해서 가등기의 말소를 청구할 수 있다. 그러므로 가담법 제11조 단서 전단은, 가등기담보에는 적용되지 않는다고 해석함이 타당하다.²⁴³⁾

239) 가등기담보권자는 제3자에 대한 관계에서는 그 목적물의 소유권자이므로 이에 기한 모든 권리를 행사할 수 있다(대법원 1994. 8. 26. 선고 93다44739 판결.). 담보권자의 소유권은 담보목적의 범위 내에 제한되는 것이므로 채무자 또는 채무자로부터 적법하게 목적물의 점유를 이전 받은 제3자에 대하여는 담보권의 실행에 기하여서만 인도청구를 할 수 있을 뿐이지 소유권에 기하여 청구할 수 없다고 할 것이다(이영준, 전게서, 913-914면).

240) 양창수, 전게 “가등기담보등에 관한 현황 및 문제점”, 「민사판례연구」, 433면.

241) 광윤직, 전게 「물권법」, 397면.

242) 김상용, 전게서, 821면.

나. 선의 제3자의 소유권 취득

(1) 선의취득을 인정하는 것으로 보는 견해

우리의 가담법 제11조 단서의 문제되는 부분, 즉 '선의의 제3자가 소유권을 취득한 때' 라는 규정을 두고 있지 않는 일본민법 제94조 제2항(우리의 현행민법 제108조 제2항에 해당한다.)의 규정을 유추 적용해서 제3자를 보호하려는 이론이 통설이고, 판례의 입장이므로 필요하다면 그러한 이론을 도입함으로써 제3자를 보호할 수도 있고 다른 해석을 통해서 제3자보호가 가능하다면 앞에서 제기한 문제가 해결될 수 있다.²⁴⁴⁾

(2) 거래관계가 담보인가에 관하여 선·악의로 설명하려는 견해

등기부의 공신력이라는 것은 등기의 부실여부를 불문하고 등기만 되어 있으면 이를 믿은 자 모두를 보호하여야 한다는 제도이다. 가담법 제11조는 등기의 공신력과는 전혀 관계없이, 그 거래관계에서는 정당한 선의의 제3자가 소유권을 취득한 경우에만 채무자는 가등기말소청구를 할 수 없다고 규정하고 있다. 이는 등기의 공신력과 직결되는 문제가 아니라, 그 전항인 소유권이전등기의 원인인 거래관계가 담보가 해당되는지 여부에 관해, 악의냐 여부를 판단하는 것이다.²⁴⁵⁾

즉, 선의의 제3자가 그 양도인의 소유권이전 본등기의 기초인 가등기를 청구권 보전의 가등기로 알았느냐 담보가등기로 알았느냐에 따라, 전자로 믿고서 전득했다면 선의이고, 후자로 전득했다면 악의이다. 따라서 담보가등기였으나 청구권보전이 가등기로 믿고 전득하여 소유권이전등기를 하였다면 그 제3자는 선의자로서 보호받는다. 따라서 채무자 등의 가등기말소청구권은 소멸한다고 함이 타당하다.²⁴⁶⁾

(3) 구체적 타당성을 보호하기 위한 것이라는 견해

우리 민법의 근본이념의 하나인 구체적 타당성의 원칙의 발현이므로²⁴⁷⁾ 이와

243) 김상용, 전계서, 821면.

244) 고창현, 전계 “가등기담보권의 특징과 제문제”, 34면.

245) 황적인, “가담법 제11조의 해석”, 「고시계」, 제346호, 국가고시학회, 1985. 12. 92-93면.

246) 김상용, 「부동산담보법」, 법원사, 1996, 197면.

247) 이영준, 「민법총칙」, 박영사, 2005, 15면.

반대되는 입장에서 이를 거래의 안전을 보호하기 위한 규정으로 보는 것은²⁴⁸⁾ 적절치 않다. 그리고 악의의 제3자가 소유권을 취득한 경우에 채무자 등이 말소등기청구권을 행사할 수 있는 것은 악의의 제3자의 소유권취득이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 것에 준하는 효과이므로 이를 '가담법'이 결과적으로 선의의 취득을 인정한 것으로 보는 견해는 타당하지 못하다.²⁴⁹⁾

다. 소결

가등기권리자는 가담법 제4조 제2항에서 규정하였듯이 청산금을 지급하지 않고는 가등기에 기하여 소유권이전의 본등기를 했다고 하더라도 소유권을 취득하지 못한다. 그러므로 그 소유권이전의 본등기는 담보가등기로서는 유효하지만 소유권이전등기로서는 무효이다. 따라서 소유권이전의 본등기를 한 가등기담보권자는 그 부동산의 처분권능이 없으며, 처분에 관한 한 무권리자이다.

우리 법제상 아직까지 등기에 공신력이 인정되지 않기 때문에 무권리자로부터의 부동산소유권의 취득이 비록 선의라 하더라도 인정되지 않고 있다. 그럼에도 불구하고 가등기담보권자가 청산금을 지급하지 않고서, 가등기에 기하여 소유권이전의 본등기를 하고, 그로부터 전득한 선의의 제3자가 보호받는다라는 것은, 바로 등기에 공신력을 인정할 결과가 된다. 따라서 가담법 제11조 단서 후문은 입법상 문제점이 있다.²⁵⁰⁾

이와 같은 문제가 생기게 된 원인은, '가담법'에서 제소전화해의 효력에 관한 제한규정을 두지 않는 점과²⁵¹⁾ 그리고 등기형식에 있어서 청구권보전의 가등기와 담보가등기가 전혀 차이가 없다고 하는 데 이것은 “본래의 의미의 가등기와 담보가등기를 구별하여 등재하고 그 금액의 기재를 의무화한다면 금전소비대차에 있어서 우월적 지위에 있는 채권자가 이러한 형식의 담보가등기를 피하고 단순

248) 박윤직, 전제 「물권법」, 397면.

249) 서혜진, 전제논문, 23면.

250) 김상용, 전제 「물권법」, 823면.

251) 이에 대해 “원래 가등기담보 등에 관한 법률안 제19조에 「제4조 제4항의 규정에 저촉되는 내용의 재판상전화해는 그 소송상 효력이 없다.」는 규정을 두려고 하였으나 제소전화해가 재판과 같은데, 어떻게 무효라고 조문에 넣는가라는 반대가 있어 삭제되었다”라고 밝히고 있다 (황적인, 전제 “가담법안에 대한 비판과 그에 대한 사건”, 78면).

한 가등기만을 경료하려고 할 것이 명백하며 뒤에 가등기를 본래의 가등기라고 주장할 것이다. 이러한 경우에 위 채권자의 주장을 그대로 받아들여야 한다면 '가담법'은 입법목적상 상실하게 될 것이며 결국 이는 민법 제607조·제608조의 규정에도 반하게 되므로 이로 인하여 야기될 혼란은 논외로 하더라도 그 실효성도 기대할 수 없다. 그러므로 이에 관한 판단은 개별적 사건의 경우 최종적으로 법원에 맡기기로 하려는 의도"에서 채택하지 않았다.²⁵²⁾ 따라서 가등기담보에 있어서 이 두 가지의 문제점이 해결되지 않으면, '가담법' 본래의 취지를 충분히 살려 나가기 어렵다.

그리고 '가담법'은 제11조에서 채무자 등이 청산금을 변제 받을 때까지 그 청산액을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다고 규정하면서 동일 목적으로 경료된 가등기의 말소 청구에 관하여는 언급이 없다. 따라서 이를 제외하여야 할 정당한 이유가 없는 한 '가담법'에서 가등기의 말소청구에 관한 규정을 명문화하지 않는 입법적 불비²⁵³⁾이다.

3. 가등기담보의 효력

가. 후순위권리자의 보호방법

(1) 후순위권리자의 권리행사

후순위권리자를 보호하기 위하여 청산금지청구권(가담법 제5조 제1항), 청산금압류(가담법 제5조 제4항), 경매청구에 의한 본등기이전금지(가담법 제14조), 청산금의 처분제한(가담법 제7조), 통지의 구속력(가담법 제9조) 등 여러 가지 제도를 마련하고 있어 채무자나 후순위권리자에게는 편리할지 모르나 채권자에게는 지나친 제약을 가하는 것이며 더구나 채무자가 채권자의 권리행사를 방해할 의도하에 가장채권자나 가장후순위권리자를 만들어 청산금 지급청구를 하게 하거나 경매신청을 하게 하는 경우에 채권자는 그 농간에 휘말려서 자기의 권리행

252) 이명갑, “변칙담보제도와 가등기담보법”, 「복약논집」 제3집, 국민대학교 법학연구소, 1985. 2, 123-124면.

253) 김상용, 전제 「물권법」, 822면.

사를 하지 못하고 한없이 어려움을 당해야 할 위험이 있다. 이처럼 채권자로서는 참기 어려운 고통을 당해야 하고, '가담법'의 내용을 잘 못 이해하고 권리행사를 하였거나 청산금을 지급하였다가 불측의 손해를 입을 가능성마저 있다. 그러므로 이와 같은 모순과 불합리한 점을 시정하기 위해서는 채무자의 농간을 예방할 수 있는 제도가 마련되어 채권자가 안심하고 권리행사 할 수 있도록 해 주어야만 '가담법' 자체가 실효성이 있게 된다.²⁵⁴⁾

(2) 담보권실행의 통지

청산금의 평가액이 있는 경우에 가등기담보권자가 제6조 제1항 소정의 통지를 하지 않고, 청산금의 지급채무를 변제한 때에는, 가령 청산기간의 경과 후에 청산금의 지급채무를 변제한 경우라 하더라도 그 청산금의 지급으로서 후순위권리자에게는 대항할 수 없다. 그리고 청산기간의 경과에 의하여 권리행사의 기회를 잃은 후순위권리자는 마땅히 얻을 수 있었던 배당액에 관하여 채권자에 대하여 부당이득반환청구 또는 불법행위에 기한 손해배상청구를 하면 된다고 할 수도 있다. 그러나 이 같은 견해는 본래 후순위권리자로서는 손해배상청구 등의 절차를 밟지 아니하더라도 현실적 만족을 얻을 수 있는 지위를 회복하고 있기 때문에 말 할 필요도 없이 그와 같은 지위를 소멸시켜서는 아니 된다.

결과적으로 가담법 제6조 제1항의 통지를 받지 못하고 있는 후순위권리자는 청산기간의 경과 후에 있어서도 동법 제12조 제2항의 규정의 유추 적용 등에 의하여 목적 부동산의 경매를 청구할 수 있다고 해석함이 타당하다.²⁵⁵⁾

(3) 청산금 공탁의 통지

'일본 가담법'과 같이 청산금채권에 대한 후순위담보권자의 권리행사요건으로서 청산금의 지급전에 압류를 그 요건으로 규정한 경우에는 후순위담보권자 이외의 채권자에 의한 청산금 채권압류시에 채권자로 하여금 청산금공탁의 통지를 하게 할 필요는 없지만 우리 '가담법'은 후순위권리자의 권리행사요건으로서 청

254) 이해진, "가등기담보법의 시행과 그 이후", 「변호사」 제18호, 서울지방변호사회, 1988. 1, 55면

255) 서혜진, 전제논문, 28면.

산금의 지급전에 압류를 그 요건으로 규정하지 않고 있기 때문에 후순위권리자로 하여금 공탁된 청산금에 대하여 권리행사를 할 수 있도록 그 기회를 보장하기 위해서는 그 후순위권리자에게도 마땅히 지체없이 공탁통지의 규정이 있어야 한다. 그러므로 가담법 제8조 제4항의 규정은 후순위권리자에게도 유추 적용되어야 한다.²⁵⁶⁾ 그리고 ‘일본 가담법’ 제4조 제1항과 같이 청산금채권에 대한 후순위권리자의 권리행사요건으로서 청산금의 지급전에 압류를 그 요건으로 규정한 경우에는 후순위담보권자 이외의 채권자에 의한 청산금 채권압류시에 채권자로 하여금 청산금공탁의 통지를 하게 할 필요는 없다.²⁵⁷⁾

나. 담보가등기의 공시

가등기담보권의 공시방법에 대한 법적조치도 그 역할을 다하고 있지 못하므로 이하에서는 이에 대한 네 가지의 구체적 방안을 살펴보면 첫째, 피담보채권을 저당권과 같이 등기부에 등재하는 방법이다.²⁵⁸⁾ 이 방법과 같이 담보가등기에 저당권등기에서처럼 피담보채권에 관한 사항을 기재하게 한다면 그것은 이미 가등기가 아니고 본등기가 될 것이므로 그 실효성을 기대하기 어렵다. 둘째, 가등기의 등기원인을 담보계약이라고 기재하는 방법이다. 이 방법은 ‘양도담보의 등기원인을 양도담보 또는 담보를 위하여’라고 기재함으로써 일반 소유권이전등기와 구별하는 견해를 가등기담보에 유추한 것이다. 그러나 등기에 의하여 공시되는 것은 등기에 기재된 권리관계 즉, 물권변동관계 뿐이고 등기원인이 되는 실체법상의 원인관계까지 미치지 않는다고 하여야 할 것이므로 담보가등기가 등기원인만을 대물변제예약 또는 매매예약 대신 담보계약이라고 적는다고 해서 본래의 가등기와 충분히 차이가 나는 것은 아니다.

셋째, 등기원인의 기재를 달리하는 것이 공시방법으로 충분하지 못하다면 가등기담보권을 가등기로 공시함에 있어서 등기원인은 담보계약으로 하고 등기용지 중 해당구 사항란에 가등기를 기재하되 현행부동산등기법 제61조와 달리 아

256) 전성근, “가등기담보제도에 관한 연구”, 조선대학교대학원 석사학위논문, 2003, 59면.

257) 김귀현, “가등기담보에 관한 연구”, 조선대학교대학원 석사학위논문, 2007, 59면.

258) 권용우, 전게서, 599-600면.

래쪽에 여백을 두지 않는 것이다. 본래의 가등기는 본등기의 순위보전이 그 목적이나 담보가등기의 경우에는 순위보전보다는 담보권의 확보가 주된 목적이 된다. 이러한 담보권의 확보는 구태여 본래의 가등기에서와 같이 아래 여백에의 본등기 기재 및 중간취득등기의 말소라고 하는 번잡한 절차를 거치지 아니하고도 달성할 수 있다. 또한 이론상으로도 담보가등기에서의 본등기는 담보권의 실행을 의미하므로 이전등기의 형식이 오히려 타당하다. 등기실무상으로도 등기원인을 담보계약으로 기재하여 가등기공무원은 기계적으로 그 아래에 여백이 없는 가등기를 등기부에 등재하고, 일반인들은 그 여백의 유무에 따라 담보가등기인지의 여부를 구별할 수 있게 된다.²⁵⁹⁾

마지막으로 결국 이것을 입법적인 보완문제로 볼 것이 아니라 해석의 문제 즉 입증책임의 문제로 귀착된다고 보아서 채권자가 담보목적이 아니라고 주장하여 본등기를 하려고 하는 경우에 채무자가 담보목적인 것을 주장하여 청산금을 청구하는 경우에는 바로 채무자가 가등기가 담보목적인 것에 대해서 입증책임을 져야 한다.²⁶⁰⁾ 위의 네가지 방안 중 마지막 방법이 현행 '가담법'하에서 가장 담보가등기의 운용의 묘를 살릴 수 있어 타당하다.²⁶¹⁾

다. 담보목적물의 평가방법 명시

채권자가 청산절차를 밟기 위해서는 우선 목적물을 적정가액으로 평가하여야 하는 데 그 평가방법을 명시하지 아니함으로써 인하여 채권자의 자의에 의한 주관적 평가가 행해질 가능성이 많고 그렇게 되면 적정가액으로 평가한다는 것은 기대할 수 가 없어 부당한 결과가 초래될 가능성이 많다. 그러므로, 평가의 주체를 당사자가 아닌 공적인 제3자에게 맡겨서 평가하도록 하여 평가에 공신력을 부여하여야 할 것이며, 평가의 절차나 방법을 어느 정도 규제함으로써 사적 평가절차에서 오는 모순이나 분쟁을 예방하여야 한다.

과거 대물변제예약에 의한 폭리행위와 민법 제607조·제608조의 위반과 관련

259) 김숙자, 전제 “가등기에 관한 연구”, 213-219면.

260) 황적인, 전제 「현대민법론Ⅱ」, 29면.

261) 서혜진, 전제논문, 37면.

하여 가등기담보의 핵심적 문제였던 바, 지나친 정도의 평가방법의 엄격은 채권자에게 불이익을 주어 부당하다 할 것이나, 평가방법은 원칙적으로 감정인의 객관적인 감정가격을 기준으로 평가하거나 이에 상당한 정도의 평가액에 의하여야 한다. 또, 채권자가 제소전화해조서의 집행문을 부여받기 위해서는 법원에 그 소명서류로서 부동산의 평가서를 제출할 것을 의무화하고 있고 그 평가서는 공인감정기관 작성의 감정평가서를 요구하고 있으나 공인감정기관에서는 당사자간의 법적 분쟁에 휘말리지 않으려고 등기부상 명의자의 신청을 요구하고 있는 경향이어서 채권자는 단독으로 공인감정기관의 감정평가서를 받기가 무척 어려운 실정이다. 결국, 채권자로서는 목적물에 대한 평가액을 법원이 요구하는 대로 제시할 방법이 없게 된다.

따라서, 법원으로부터 화해조서의 집행문을 받기가 무척 어려운 실정이고, 또한 청산절차를 밟기가 어려운 상황이다. 이것이 가등기담보제도를 이용하지 않는 큰 이유 중에 하나인 것이므로 이 법에서는 채권자가 법원에 감정신청을 손쉽게 할 수 있고 법원의 명령에 의하여 목적물이 평가될 수 있는 방안이 모색되어야 한다.²⁶²⁾

4. 제소전화해조서의 내용

‘가담법’ 시행이후 법원에서는 가등기담보에 관한 제소전화해신청사건의 화해를 성립시킬 때에는 청산통지의 내용을 화해조서에 명시토록 하였다. 그리고 화해조서의 집행문을 부여할 때에는 청산금지급을 강제함으로써 채권자는 가등기에 기한 본등기이전을 하기 위해서는 목적물에 대한 평가서를 구비하여 청산금을 계산해야 하고 청산통지가 채무자 등에게 송달된 사실을 소명해야 하는 데 이런 사항들이 채권자가 구비하기에는 무척 어려운 일인데다가 적은 금액의 채권을 변제받기 위하여 그 몇 배에 달하는 청산금을 미리 준비하여 채무자 등에게 지급하거나 공탁해야 하는 지극히 실현하기 어려운 조건들을 모두 성취시켜야 하기 때문에 채권자가 청산절차를 밟기란 사실상 불가능하며 자칫 잘못하다가 막대한 손해마저 입을 우려가 있다. 그러므로 이런 난점들이 합리적으로 조

262) 이해진, 전제 “가등담보법의 시행과 그 이후”, 54면.

정 해결되지 않는 한 어느 누구도 가등기담보방법을 이용하지 않을 것이고 탈법 행위는 더욱 더 성행될 것이 분명하여 채무자는 더욱 불리해질 수 밖에 없다.

결국 '가담법'은 그 제정과정에서 이 법이 시행되었을 때 생길지도 모르는 모순점들을 예견하고 이에 대한 충분한 검토와 연구가 있어야 했을 터인데 이에 대한 연구가 미흡하였고 관련 법률인 민법·부동산등기법·민사소송법 등과의 상호연관관계를 검토하지 아니하고 채무자나 후순위권리자등의 권리를 보호한다는 데 집착하고 가등기담보권자인 채무자는 모두가 악랄한 사채업자라는 선입견에 집착한 나머지 지나치게 규제함으로써 주변법률과의 마찰이나 모순점들을 노출하는 결과를 초래하게 되었다.

이와 관련, 가등기담보법의 실효성을 얻기 위해서는 제소전화해에 관한 민사소송법을 개정해서 재심사유를 확대하거나, 그렇지 아니하면 가등기담보법 자체를 개정하여 초안과 같은 내용으로 신설조문을 설치하여야 한다.²⁶³⁾ 즉 민사소송법을 개정하여 재심사유를 확대하거나, 소송촉진등에관한특별법 제34조 소정의 배상명령처럼 제소전화해에 단지 집행력만을 부여하거나, 쟁의성(민사소송법 제355조)을 부인하여 제소전화해를 가등기담보의 경우에는 불허하도록 하는 조치가 필요하다.²⁶⁴⁾ 아울러, 종래 제소전화해를 단순히 소송행위로만 파악하는 문제에서는 제소전화해를 법원에 대한 관계에서는 소송행위라 할 것이고, 당사자에 대한 관계에서는 민법상 화해계약이라고 보아야 한다. 이와 같이 해석하면 제소전화해가 민법 제103조·제104조 또는 제607조·제608조 등에 위반하여 폭리가 되는 경우에도 그 무효를 주장할 수 있게 되고 '가담법'도 그 실효성을 갖게 된다.²⁶⁵⁾

5. 기타

앞에서 제시한 '가담법'의 주요한 문제점을 살펴보고 개선방안까지 검토하였다.

263) 이와 같은 것을 우려하여 가등기담보법 초안 제19조에 “이 법 저촉되는 내용의 재판상의 화해는 그 법률상 효력이 없다”라고 규정을 두었으나, 재판상 화해의 효력을 부인하는 규정을 두게 되면 민사소송법 제220조 및 제461조의 예외를 인정하게 되어 민사소송법상의 기판력제도 전체의 기반이 동요되고 법적 안정을 기할 수 없다는 이유로 통과과정에서 삭제한 것으로 보인다(고창현, “부동산에 관한 가등기담보법의 문제점”, 「부동산법학」 제1권 제1호, 한국부동산법학회, 1987, 31면).

264) 공순진, 전제논문, 184-185면.

265) 광윤직, 전제 「물권법」, 398면.

그 외 몇 가지 관련되는 사항에 대한 문제점과 그에 따른 개선방안을 제시한다.

가. 청산통지

채권자가 청산절차를 밟기 위하여 청산통지를 하여야 하는 상대방으로서 '채무자 등(가담법 제3조, 제4조, 제2조 제2호) 즉 채무자, 물상보증인, 제3취득자', '후순위권리자(가담법 제6조 제1항, 제2조 제5항) 즉 후순위의 저당권자, 전세권자, 후순위담보가등기권리자', '등기취득자(가담법 제6조 제2항) 즉 지상권자, 압류·가압류권자 등', '임차권자(가담법 제6조 제2항) 등' 수많은 이해관계인에게 모두 청산통지(물론 통지의 상대방에 따라 통지할 사항은 조금씩 다르다.)를 하여야 하고 이러한 통지를 하지 않고서는 청산절차를 밟을 수도 없고 소유권을 취득할 수도 없기 때문에 채권자는 청산통지를 하기 위하여 우선 부동산의 등기부를 열람하여 등기부상 이해관계인을 확인하여야 한다. 그 다음에는 목적물 소재지의 동사무소에 가서 주민등록전입신고를 한 임차인의 유무를 확인하여야 한다. 그리고 목적물이 주택인 경우에는 그 주택에 가서 입주하고 있는 임차인의 인적사항 등을 확인하여야 하는 무거운 책임을 지므로 만일 이러한 사전조사를 철저히 하지 아니하여 통지해야 할 권리자를 누락하였을 때에는 그로 인한 피해를 모두 채권자가 부담하게 되어 채권자로서는 상당히 어렵게 된다. 더구나 채무자 등에게는 청산통지가 모두 도달되어야 하는 도달주의를 채택하고 있어서(가담법 제4조) 청산통지서를 채무자들에게 송달시켜야만 청산절차를 밟을 수 있는 것이므로 그 중 한 사람이라도 송달이 되지 않는 경우에는 그 송달방법을 강구해야 하는 번거로움이 있으므로 송달절차를 간편하게 하고 송달불능의 경우에 송달시킬 수 있는 절차 등이 마련되어야 한다.²⁶⁶⁾

나. 법정지상권

가담법 제10조에서 법정지상권을 규정하고 있는 데 이에 의하면 토지 및 그

²⁶⁶⁾ 이해진, 전제 “가등담보법의 시행과 그 이후”, 54-55면.

토지의 건물이 동일한 소유자에게 속하는 경우에 그 토지 또는 건물에 대하여 동법 제4조 제2항의 규정에 의한 소유권을 취득하거나 담보가등기에 기한 본등기가 행하여진 경우에는 그 건물의 소유를 목적으로 그 토지위에 지상권이 설정된 것으로 본다. 즉 위와 같은 토지 또는 건물에 대하여 '가담법' 또는 토지소유자는 건물소유자를 위해 지상권을 설정한 것으로 보도록 하고 있다. 그런데 이 규정은 토지와 건물의 양자에 가등기담보권을 설정하여 그 실행으로 토지와 건물의 소유자가 다르게 된 경우에도 법정지상권을 부정할 것은 아니기 때문에, 토지 또는 건물에 대하여 동일 소유자가 가등기담보권을 설정한 경우뿐만 아니라 토지와 건물에 대하여 각각 다른 사람이 가등기담보권을 설정하여 그것이 실행된 경우에도 법정지상권을 인정하여야 한다. 따라서 가담법 제10조는 민법 제366조와 조화롭게 개정되어야 함이 타당하다.²⁶⁷⁾

다. 경매우선주의

가등기담보의 목적물에 대한 공적 집행절차의 진행은 사적실행의 절차에 문제가 된다. 경매신청의 신청인에 관하여는 아무런 제한이 없으므로, 민법이나 민사집행법 그 밖의 법률에 의하여 적법하게 경매신청(일반채권자의 강제 경매신청이든 담보권에 기한 임의경매이든 관계없다.)을 할 수 있다. 나아가 후순위권리자가 청산금청구권에 대해 물상대위를 할 수 있는지가 문제된다. 이에 관해서는 학설의 대부분은 부정적으로 해석한다²⁶⁸⁾ 그 이유는, 물상대위를 할 수 있다는 특별한 규정이 없는 점, 물상대위라는 번잡한 절차를 거칠 필요가 없이 직접 청구권을 인정한 점에 있다. 가담법 제5조 제1항은 일종의 배당요구에 해당하는 것이고, 권리구제가 용이하게 하기 위해 특별히 후순위권리자는 담보권자로서 압류없이 배당요구를 할 수 있다. 그러나 다른 한편으로 후순위권리자가 압류할 필요가 있다고 판단하고 그러한 것에 특별한 사정이 있다면, 굳이 그것을 부정할 이유는 없다. 후순위권리자가 임의로 절차의 번잡을 무릅쓰고 압류를 통한 물상대위를

267) 김상용, “담보물권제도의 향후과제”, 「민법전시행30주년기념 학술대회」, 한국민사법학회, 1990, 7면 ; 김상용, 전제 「물권법」, 820면.

268) 박윤직, 전제 「민법주해Ⅶ 물권(4)」, 390면 이하 참조.

한다면, 후순위권리자에게는 궁극적으로 경매라는 공적절차도 이용할 수 있다는 입장이므로 물상대위를 일률적으로 부정할 이유는 없다.²⁶⁹⁾

나아가 후순위권리자는 그 피담보채권의 변제기도래 전에는 청산기간에 한하여 경매신청을 할 수 있으나, 변제기가 도래한 후에는 언제든지 경매신청이 가능하므로, 청산기간내의 경매신청에만 적용되는 것은 아니다.²⁷⁰⁾ 아울러, 후순위권리자의 등기가 그 소유권이전등기에 의하여 직권으로 말소되어 버린 경우, 후순위권리자는 어떤 절차로 경매신청을 할 수 있는지가 문제된다. 이에 대해서는 그 소유권이전등기가 무효라고 할 수 있는 경우, 예를 들어 청산기간의 경과 전에 이루어진 것이라거나 동시이행의 항변권의 포기특약(물론 이러한 특약은 가담법 제4조 제4항에 의하여 무효)에 의하여 경료된 것이라면, 그 목적부동산의 소유권은 여전히 설정자(또는 제3취득자)에게 남아있고 후순위권리자의 등기는 불법말소 되었다고 할 수 있으므로, 그 본등기가 가등기담보의 위법실행에 의하여 경료되었음을 증명하여, 그 부동산이 채무자 등의 소유임과 자신들이 경매신청권 있는 담보권자임을 증명하여 경매신청을 할 수 있다.²⁷¹⁾

위와 같이 사적 실행이 완료되기 전(청산완료 전)에 가등기담보권자보다 후순위담보권자 또는 일반채권자의 신청에 의한 경매절차가 개시되면, 양자의 착수의 전후를 묻지 않고 경매절차가 우선된다(가담법 제14조).²⁷²⁾ 그리고 청산금을 지급한 채권자는 목적물의 양도를 저지하는 권리를 가졌다고 할 것이므로 제3자이의 소를 제기할 수 있고, 이에 기하여 경매절차의 정지, 취소를 명하는 가처분을 할 수 있으므로, 가등기담보권자가 제3자이의 소나 경매개시결정에 대한 이의로 경매절차를 배제하지 못하고 목적물이 매각되었다면, 최우선순위의 가등기담보라도 소멸한다.²⁷³⁾ 결국 가등기담보의 실행에 있어서는, 가등기담보가 최선순위라면 그 권리실행은 사적실행에 의해 현행 '가담법'과 달리 경매라는 공적 절차에 우선하는 효력을 합리적으로 부여하는 사전 절차가 필요하다.²⁷⁴⁾

269) 김상수, 전계논문, 244면.

270) 민사집행법 제264조 제1항 ; 서정우, 전계 “가등기담보와 경매”, 38면 참조.

271) 서정우, 상계논문, 41면 이하.

272) 김상수, 상계논문, 245면.

273) 서정우, 상계논문, 41면 이하.

274) 김상수, 상계논문. 250면.

제5장 결 론

이상에서 '가담법'에 관한 법리와 '일본 가담법'과의 비교검토를 통하여 '가담법'의 문제점을 도출하고, 그에 대한 개선방안을 제시하였다.

'가담법'에 관한 논의는 주로 경제적 약자인 서민들의 상황을 역으로 이용해 폭리를 취하는 고리대금업자들이 있음으로 인하여 문제가 제기되었다. 즉, 사인간의 금전소비대차를 함에 있어서 경제적으로 우월한 입장에 있는 고리대금업자는 자기에게 유리한 방법으로 각종 변칙담보를 고안하여 경제적 약자인 채무자로 하여금 이에 따르도록 하여 폭리를 취하였다. 그리고 이러한 변칙담보가 지극히 불리함을 알면서도 채무자는 금융을 제공받기 위해 고리대금업자인 채권자에게 필요이상의 권리, 즉 가등기에 관한 일체의 서류를 작성해 줄 수 밖에 없었다.

이와 관련하여 채권자의 폭리를 방지하기 위하여 '가담법'이 제정·시행되었으나, '가담법'은 채무자를 보호하여야겠다는 시각에서만 논의되어 오히려 채권자로 하여금 담보목적물로부터 원리금 이외의 초과이익을 취할 수 없도록 엄격한 규제 자체가 금융을 얻고자 하는 수요의 충족을 봉쇄하는 요인이 되었고 나아가 복잡하고 까다로운 권리절차이행이 담보권자의 채권만족을 받기까지의 시간, 비용, 노력 등이 많이 요하게 되어 채권자의 기피로 채무자에게 불편과 불이익을 주게 되었다. 결국 '가담법'의 입법취지에 비추어 해석론상 혹은 운용상 많은 문제점들이 대두되고 있는 실정이다.

앞서 제기한 '가담법'상의 대두되는 주요 문제점을 해석론적 시각에서 요약·정리하면 다음과 같다.

첫째, '가담법'에 가등기담보 이외에 양도담보나 매도담보도 규제대상이 되는 것으로 하여야 한다.²⁷⁵⁾ 이에 대해 가담법 제1조는 비전형담보를 합리적으로 규제함으로써 채무자를 보호하는 것이 그 목적이라고 규정하는 것으로 충분하고, 제2조는 각종의 담보계약에 관한 정의 정도만 밝히면 충분하다고 생각한다.

둘째, 가담법 제1조, 제2조 1호와 관련하여 피담보채권의 제한문제에 관해서

275) 김상용, 전제 「물권법」, 801면.

‘가담법’은 주로 금전소비대차상의 채권담보를 위한 가등기담보권에 적용될 것이지만 소비대차로 인한 채권을 담보하기 위하여 설정하는 가등기담보권에 한해서만 적용을 제한하면 탈법행위를 할 여지를 남기게 될 위험성이 있으므로, 소비대차에 의하지 않고 생긴 채무의 담보를 위하여 대물변제예약 등을 한 경우에도, ‘가담법’이 적용된다고²⁷⁶⁾ 함이 타당하다.

셋째, 저당권 준용규정에 관해서 다수설의 입장처럼 ‘가담법’의 특별규정이 있는 경우를 제외하고 가등기담보권의 본질에 반하지 않는 한, 저당권에 관한 민법, 민사집행법 등의 제규정을 유추 적용하여야 한다.

넷째, 가담법 제11조는 소유권이전등기말소청구권에 관하여만 규정하고, 가등기말소청구권에 관하여 규정하지 않은 것은 균형을 잃은 것이므로 부당하다.²⁷⁷⁾

다섯째, 제11조 단서에서 ‘채무의 변제기가 경과한 때부터 10년이 경과하거나’ 또는 ‘선의의 제3자가 소유권을 취득한 때’라고 규정한 것에 대해서 그 채무의 변제기가 경과한 때로부터라고 하여 말소청구권의 제척기간의 기산점을 규정하고 있다. 이와 관련, 가담법 제11조 본문이 채무자 등으로 하여금 청산금채무를 변제받을 때까지 그 채무액을 변제할 수 있다고 규정한 취지에 비추어 채무의 당초의 변제기는 청산기간의 만료시 또는 청산금의 영수시까지로 각각 변경된 것이라고 해석함이 타당하다.

여섯째, ‘가담법’의 공시방법에 관해서는 입법적인 보완문제로 볼 것이 아니라 해석의 문제 즉, 입증책임의 문제로 귀착된다고 보아서 채권자가 담보목적이 아니라고 주장하여 본등기를 하려고 하는 경우에 채무자가 담보목적인 것을 주장하여 청산금을 청구하는 경우에는 바로 채무자가 가등기가 담보목적인 것에 대해서 입증책임을 진다고 하는 것이 타당하다.²⁷⁸⁾

일곱째, 제소전화해의 문제로서 ‘가담법’은 채무자가 채무불이행시 채권자가 청산금을 지급치 않고도 곧 바로 담보목적물의 전부를 취득할 수 있는 제소전화해를 규제하고 있지 않다. 이와 관련하여 해석론상 한계가 있다면, 적극적으로 ‘가담법’에 제소전화해조서의 효력을 부정하는 규정을 두는 것이 ‘가담법’의 입법

276) 광윤직, 전계 「물권법」, 387-388면 ; 김상용, 전계 「물권법」, 806-807면.

277) 김상용, 상계서, 822면.

278) 김숙자, 전계 “가등기에 관한 연구”, 213-219면.

의의를 보다 더 살릴 수 있고 제소전화해로 인한 채권자의 폭리를 어느 정도 방지할 수 있다.²⁷⁹⁾

‘가담법’이 지닌 가장 큰 의의는 양도담보의 목적으로 경료된 가등기를 담보가등기라 규정하여 본래 가등기와 구별하였으며, 담보가등기된 담보계약을 이른바 ‘가담법’이라는 법정담보물권으로 파악함으로써 사회에서 현실적으로 행하여지고 있는 가등기의 담보작용에 법적효력을 부여하였다는 점에 있다. ‘가담법’이 채권자의 폭리를 막고 채무자를 보호하고 있는 점은 바람직한 일이다. 그러나 변칙담보를 전형적인 담보제도에 있어서와 같이 까다롭게 규제한다면 채권자들은 이러한 방법에 의하여 금융의 편의를 제공하려고 하지 않을 것이고 채무자들은 오히려 손쉬운 금융의 편의를 잃게 되는 결과가 된다. 이처럼 채무자 보호에 중점을 둔 ‘가담법’의 시행은 가등기담보제도의 이용가치의 매력을 상실함으로써 거래현실에서 잘 이용되지 않고 있어 몇 가지 입법론을 제시하면 다음과 같다.²⁸⁰⁾

첫째, 우리 경제현실을 반영한 가등기담보의 활성화 방안의 하나로서 동산양도담보·소유권유보에서와 같이 보다 더 용이하게 사적실행을 개시할 수 있는 방안 마련이 필요하다.

둘째, 가담법 제14조 소정의 경매우선주의는 채무자의 보호와 가등기담보권자 이외의 다른 채권자(후순위권리자의 보호에만 중점을 둔 결과라 할 수 있다.)로 하여금 보다 쉽게 그 실행절차를 취할 수 있도록 함으로써, 거래현실에서 가등기담보제도의 이용을 저해하는 요인으로 작용한다고 볼 수 있는데 경매우선주의를 합리적으로 제한하는 입법방안이 필요하다.

이와 같이 채권자·채무자·제3자 등의 이해관계자 사이에서 합리적이고도 균형있는 담보물권으로 정착될 수 있도록 ‘가담법’이 개정·보완되어질 때 가등기담보제도가 활성화 될 수 있을 것으로 생각한다.

279) 한삼인, 전계논문, 128면.

280) 한삼인, 상계논문, 128면.

참고문헌

<국내문헌>

1. 단행본

- 강태성, 「담보물권법」, 경북대학교출판부, 1995.
- 고상룡, 「민법총칙」, 법문사, 2003.
- _____, 「물권법」, 법문사, 2001.
- 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2006.
- _____, 「민법주해Ⅶ 물권(4)」, 박영사, 2000.
- 권용우, 「물권법(도해식 민법 시리즈 Ⅱ)」, 법문사, 2000.
- 김상용, 「물권법」, 법문사, 2006.
- _____, 「부동산담보법」, 법원사, 1996.
- 김용한, 「물권법론」, 박영사, 1996.
- 김준호, 「물권법」, 법문사, 2007.
- _____, 「민법판례」, 법문사, 2005.
- 김형배, 「민법학강의」, 신조사, 2006.
- 김홍규, 「민사소송법(제8판)」, 삼영사, 2005.
- 송덕수, 「민법강의(상)」, 박영사, 2004.
- 송상현, 「민사소송법」, 박영사, 2004.
- 송영곤, 「민법의 쟁점 Ⅱ」, 유스티니아누스, 2006.
- 이상욱·배성호, 「민법강의 I」, 형설출판사, 2005.
- 이상태, 「물권법」, 법원사, 2002.
- 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2006.
- 이영준, 「민법총칙」, 박영사, 2005.
- _____, 「물권법」, 박영사, 2002.

- 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006.
- 양창수, 「민법연구(제8권)」, 박영사, 2005.
- 윤철홍, 「물권법강의」, 박영사, 1998.
- 장경학, 「물권법」, 법문사, 1990.
- 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2007.
- 한삼인, 새롭게 쓴 「판례민법」, 법률행정연구원, 2003.
- 홍성재, 「물권법」, 대영문화사, 2006.
- 황적인, 「주석민법(II) 물권법」, 박영사, 1990.

2. 논 문

- 고창현, “부동산에 관한 가등기담보법의 문제점”, 「부동산법학」 제1권 제1호, 한국 부동산법학회, 1987.
- _____, “가등기담보법의 특징과 제문제”, 「사법행정」 제310호, 한국사법행정학회, 1986. 10.
- 공순진, “가등기담보등에 관한 주요 법률의 문제점”, 「민사법학」 제9·10호, 한국 민사법학회, 1993. 7.
- 곽윤직, “가등기담보 등에 관한 법률의 문제점”, 「법학」 제26권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1985. 4.
- 김기수, “가등기담보의 본질 및 저당권과의 관계”, 「고시계」 제326호, 국가고시학회, 1984. 4.
- _____, “가등기담보의 개념 설정과 제3자적 효력, 현대민법학의 제문제”, 「김증한 박사회갑기념논문집」, 박영사, 1981.
- 김대규, “주택임대차보호법상 임차권의 대항력”, 「법학연구」 제6집, 원광대학교 법학연구소, 1984.
- 김상수, “가등기담보 활성화 방안에 관한 연구”, 「민사법학」 제29호, 한국민사법학회, 2005. 9.
- 김상용, “담보물권제도의 향후과제”, 「민법전시행30주년기념 학술대회」, 한국민사법학회, 1990.

- 김숙자, “최근의 가등기담보에 관한 고찰”, 「명지법학」 제6호, 명지대학교 법학연구소, 2007. 1.
- _____, “가등기에 관한 연구”, 연세대학교대학원 박사학위논문, 1983.
- 김용길, “변칙담보제도에 관한 문제점”, 「법조」 제31권 제6호, 법조협회, 1982. 6.
- 김용한, “대물변제의 예약”, 「월간고시」 제168호, 법학사, 1988. 1.
- _____, “가등기담보권의 본질과 설정”, 「월간고시」 제139호, 법학사, 1985.
- 김정훈, “가등기담보에 관한 연구”, 조선대학교대학원 석사학위논문, 2003.
- 김지형, “가등기담보”, 제3판 「주석민법 물권(4)」, 한국사법행정학회, 2000.
- 김홍규, “채관상 화해의 성질 및 효력”, 「고시연구」 제99호, 고시연구사, 1982. 6.
- 박경량, “가등기담보”, 「이영준교수화갑기념논문집」, 1999.
- _____, “가등기담보등에 관한 판례의 동향”, 「민사법연구」 제5집, 호남민사법연구회, 1996.
- 박운길, “가등기담보법에 관한 고찰”, 「지역발전연구」 제1호, 조선대학교 지역발전연구소, 1996.
- 박희동, “비전형담보에 관한 연구”, 성균관대학교대학원 석사학위논문, 2006. 6.
- 배병일, “가등기담보에 관한 연구”, 「사회과학연구」 제16권 제1호, 영남대학교 사회과학연구소, 1996. 8.
- 서정우, “담보물권 후론(I)”, 「민법주해VII」, 박영사, 1993.
- _____, “가등기담보와 경매”, 「인권과 정의」 제196호, 대한변호사협회, 1992. 12.
- 서혜진, “가등기담보등에 관한 법률의 문제점”, 이화여자대학교대학원 석사학위논문, 1997.
- 양창수, “가등기담보등에 관한 법률의 현황과 문제점”, 「민사연구」 제1권, 박영사, 1991. 8.
- _____, “가등기담보등에 관한 법률의 현황과 문제점”, 「민사판례연구XII」, 박영사, 1990. 4.
- 윤천희, “가등기담보의 본질에 관한 연구”, 숭실대학교대학원 박사학위논문, 1990.
- _____, “가등기담보권의 실행통지를 받지 못한 후순위권리자의 지위”, 「사법행정」 제330호, 한국사법행정학회, 1988. 6.

- 이근식, “가등기담보등에 관한 법률”, 「고시계」 제325호, 국가고시학회, 1984. 3.
- 이석선, “가등기담보권의 실행에 관하여”, 「인권과 정의」 제189호, 대한변호사협회, 1992. 5.
- 이성우, “가등기담보 이론에 관한 연구”, 경성대학교대학원 석사학위논문, 2001.
- 이해진, “가등기담보법의 시행과 그 이후”, 「변호사」 제18호, 서울지방변호사회, 1988. 1.
- _____, “가등기담보권의 청산절차”, 「대한변호사협회지」 제87호, 대한변호사협회, 1983. 6.
- 이효중, “변칙담보와 부동산경매, 강제집행·임의경매에 관한 제문제(하)”, 「재판자료」 제36집, 1987.
- 전병서, “가등기담보와 양도담보”, 「법학논문집」 제25집 제2호, 중앙대학교 법학연구소, 2001. 8.
- 조동원, “가담법의 법적성질과 문제점”, 「부동산법학의 제문제」, 박영사, 1992.
- 한삼인, “가등기담보 등에 관한 법률의 판례 분석”, 「인권과 정의」 통권 제373호, 대한변호사협회, 2007. 9.
- 황적인, “가등기담보법 제11조의 해석”, 「고시계」 제346호, 국가고시학회, 1985. 12.
- _____, “가등기담보법안에 대한 비판과 그에 대한 사건”, 「고시계」 제318호, 국가고시학회, 1983. 8.

<일본문헌>

- 吉野衛, 「新假登記擔保法の解説」, 金融財政事情研究會, 1981. 9.
- 高木多喜男, 「擔保物權法」, 有斐閣, 1984.
- 法務省民事局參事官室, 「假登記擔保法と實務」, 金融財政事情研究院, 1975.
- 本田純一, 「物權·擔保物權法」, 法律文化社, 2007.
- 我妻榮, 幾代通·川井健 補訂, 「物權法(下)」, 勁草書房, 2006.
- 我妻榮·有泉亨·川井健, 「民法 1, 2」, 勁草書房, 2003.
- 我妻榮, 「物權法(民法講義 II)」, 有斐閣, 1983.
- 月岡利南, 「物權法講義」, 法律文化社, 2006.
- 椿壽夫, 「假登記擔保の法律的構成(擔保不動産法大系II)」, 有斐閣, 1972.

ABSTRACT

A Study of Improvement in the Provisional Registration Security Act

Jeong, Chang Bo
Department of Law
Graduate School
Cheju National University
Supervised by Professor Han, Sam In

The Provisional Registration Security Act (Established on Dec. 30, 1983) was established to give ordinary citizens, the weak in economy, sufficient legal protection against extortion from debtors. However, since the establishment and initiation of the Provisional Registration Security Act, there have been raised many issues theoretically including legal composition, scope and notification method of the Provisional Registration Security Act, problems between provisional registration security and settlement prior to filing and recognizing credibility of the provisional registration by the confirmed registration. In reality, as the Provisional Registration Security Act got enforced, various advantages using the provisional registration security as security for an obligation by obligees in the private financial market, the provisional registration security system has been scarcely used and it's true that there are legislative problems from the viewpoint of the purport of the Provisional Registration Security Act.

Based on these, this paper reviews problems in the Provisional Registration Security Act and has a purpose of researching improvements related to

solving, complementing these defects and need for protecting obligators.

To expand logics, this paper mainly conducted research on papers and complemented comparative legal researches and case studies if needed.

The first chapter describes the purpose and scope of this research. The second chapter takes a close look at jurisprudence on similar systems. The third chapter compares provisional registration security acts in Korea and Japan. The fourth chapters reviews the problems in the Provisional Registration Security Act and proposes solutions. The fifth chapter is the conclusion and summarizes improvements in the Provisional Registration Security Act from the research results.

The major problems in the Provisional Registration Security Act from the analytical point of view are as follows:

First, the Provisional Registration Security Act shall regulate not only the provisional registration security, but also transfer security and sales security.

Second, in the aspect of limiting collateralized bonds according to the Article 1 and the Item 1, Article 2 of the Provisional Registration Security Act, the Provisional Registration Security Act will mainly apply to the provisional registration security for bond collateral for money and loans for consumption. However, it is reasonable that the Provisional Registration Security Act applies to reservation on the payment in substitutes to collateralize debt not generated by loans for consumption.

Third, except special regulation on the Provisional Registration Security Act for applying encumbrances, all the regulations including the civil laws on encumbrances and the civil execution act shall be analogized and applied unless it is against the substance of the provisional registration security rights.

Fourth, it is reasonable to interpret '10 years after from the expiration of the acquittal' or 'when a third party with good faith acquires proprietary rights' in the Article 11 of the Provisional Registration Security Act as the liquidation expiration or until the receipt of liquidation respectively.

Fifth, the way of notifying the Provisional Registration Security Act shall not be considered as a legislative complementary, but it is reasonable to consider as interpretation, that is, the burden of proof.

Sixth, if there is an analytical limit on settlement prior to filing, it is more desirable to set a regulation which nullifies efficiency of the settlement prior to filing on the Provisional Registration Security Act actively for the legislative purpose of the Provisional Registration Security Act and it may prevent obligors from extortion by the obligees to some extent.

It is desirable for the Provisional Registration Security Act to protect obligors from extortion by obligees. However, if the irregular collateral is strictly regulated like the typical collateral system, the obligees will not provide financial conveniences and the obligors will lose their financial conveniences. Therefore, this paper will propose several legislative theories.

First, there is a need to prepare measures to more easily initiate private execution of the provisional registration security like assigning and collateralizing movables and reserving proprietary rights as a plan to invigorate the provisional registration security reflecting the Korean economic situation.

Second, because the auction priority in the Article 14 of the Provisional Registration Security Act makes obligor protection and obligees other than the provisional registration security holders take procedures more easily, it may impede the provisional registration security system, therefore, it is necessary to reasonably limit the auction priority system.

When the Provisional Registration Security Act is amended and complemented to become a reasonable and balanced real rights granted by way of security among stakeholders including obligees, obligors and third parties, the provisional registration security system will become invigorated.