

부동산담보신탁에 대한 가등기담보법의 적용여부

유 병 태* · 박 중 찬**

< 목 차 >

- I. 들어가며
- II. 기본적인 내용의 비교
- III. 효력 등의 비교
- IV. 실행
- V. 가등기담보권의 의의 및 가등기담보법의 적용대상
- VI. 마치며

I. 들어가며

1. 과제의 목적

무릇 역사는 가진 자와 못 가진 자의 삶의 각축장이었다고 할 수 있을 것이다. 그것이 현대에는 채권자와 채무자의 각축장으로 나타나는데, 이는 채권에 대한 이자와 관련이 있다고 할 것이다. 성경에서는 네가 형제에게 꾸어주거든 이자를 받지 말 것이고, 타국인에게 네가 꾸어주면 이자를 받아도 된다고 하였다.¹⁾ 그러나 서기 850년 이후 교회가 이자수익을 금했음에도 불구하고, 중세의 거리에는 유대인들이 운영하는 전당포들이 수도 없이 늘어서 있었으며, 귀족과 대자본가들은 유저당계약을 통해 인정사정없이 시민들의 부동산을 빼앗아가, 차라리 이자수익을 금지하지 않느니만 못한 상황이 벌어졌고, 이후로도 고리대

* 강원대학교 대학원 박사과정수료, 정민 법무사 사무소 대표, 주저자.

** 강원대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 교신저자.

1) 신명기 제23장 제19절, 제20절 한영스터디성경, 생명의 말씀사.

의 폐해가 극심해질 때마다 유럽 각국에서는 이자율의 제한이 행해지곤 했지만, 이는 반드시 경기침체나 사채 암시장의 성행 등 심각한 부작용을 낳곤 했다.²⁾ 우리나라에서는 이자수익을 인정하는 전제하에 채권을 담보하기 위한 제도로서 전형담보인 저당권이 민법에 규정되어 있지만, 유저당이나 가등기를 이용하여 채권자의 고리채 수익이 나타나므로 이를 제한하기 위하여 가등기담보 등에 관한 법률을 제정하여 채무자를 보호하기 시작하였다. 그러나 아직도 채권자들은 암암리에 고리의 이자수익을 누리기 위하여 각종의 방법을 창안하고 있다. 그 중에 하나가 부동산신탁을 통한 것으로 보이므로 이에 대하여 연구해보고자 한다. 즉, 저당권과 부동산담보신탁의 수익권을 비교해보는 목적은 기존에 채권자들이 자신의 채권의 확보를 위하여 민법에 규정된 저당권을 설정해 두었는데, 근래에는 채권자들이 민법의 강행규정에 의한 행동의 제약을 회피하거나 담보권의 실행을 용이하게 하기 위하여 새로운 신탁에 의한 담보를 활용하고 있어, 양자 간에 그 차이점을 살펴보고자 함에 있다. 양자의 차이점을 살펴되면서 채권자들의 강행규정인 민법상의 저당권규정을 회피하여 초과이익을 간구하는 행위가 있다면 이를 제한할 방법이 있는 지를 알아보고자 함이며, 또한 채무자들이 신탁법상의 신탁을 활용하여 채권을 회피하는 시도를 하는 경우에는 이를 제한하는 방법도 알아보고자 함에 있다. 무릇 채권자와 채무자는 법상 평등한 지위에서 고려되어야 할 것이다.

2. 과제의 범위와 방법

저당권을 먼저 설명하면서, 부동산신탁은 어떻게 되어 있는 가를 살펴면서 그 차이점을 찾아가는 방법으로 연구해보자 한다. 나아가 저당권상의 제한을 회피할 목적으로 종래 가등기를 이용한 담보를 활용하였는데, 이를 제한하기 위하여 가등기담보 등에 관한 법률이 제정되었다. 신탁제도를 이용하여 초과이익을 누리려는 자들에게 가등기담보 등에 관한 법률에 의한 제한을 적용하기 위해서는 어떻게 하여야 할 것인가에 대하여서도 알아보고자 한다.

2) 박경일, 「알기쉽게 풀어쓴 채권총론」, 고래시대, 2015.2., 195면.

II. 기본적인 내용의 비교

1. 개념상의 비교

저당권이란 채무자 또는 제3자가 점유를 채권자에게 이전하지 않고, 채무변제 않을 때 채권자가 담보로 제공된 부동산 기타 목적물에 대하여 우선변제를 받을 권리를 가지는 담보물권이다(민법 제356조).³⁾ 부동산담보신탁의 수익권이란 양도가능한 부동산에 대한 권리 특히 부동산소유권을 담보의 목적으로 신탁하면서 발생시킨 이익향수권이라고 할 수 있다.⁴⁾

2. 성질상의 비교

(1) 저당권의 성질

저당권은 물권으로서 피담보채권의 존재를 전제로 하는 담보물권인 제한물권으로써 우선변제적 효력과 물권적 청구권이 인정되며, 점유를 요소로 하지 않으므로 유치적 효력이 인정되지 않는 것으로 저당물의 교환가치만을 지배하는 가치권의 성질을 가지는 것이다.⁵⁾

(2) 수익권의 성질

1) 수익권의 성질에 대한 견해의 대립

① 채권설

채권설은 위탁자의 재산권이 신탁을 원인으로 하여 수탁자에게 이전되면 신탁재산에 관한 권리는 신탁의 목적의 범위에서 수탁자에게 완전히 귀속되는 것이지만, 수탁자는 신탁재산을 수익자의 이익을 위하여 관리하여야 하는 채권적

3) 박종찬, 「민법학강의 III」, 진원사, 2015.2., 409면.

4) 유병태, “부동산신탁과 위탁자의 채권자보호에 관한 연구”, 석사학위논문, 창원대학교 대학원, 2017.8., 40면.

5) 박종찬, 앞의 책, 409면; 양형우, 「민법의 세계」, 피앤씨미디어, 2016, 754면.

부담 내지 구속을 받는 것이고, 신탁재산은 수익자의 이익을 위하여 활용되는 것으로⁶⁾ 수익자는 단지 수탁자에게 신탁재산으로부터 일정한 수익을 지급하도록 청구하거나 신탁 종료 시에 신탁재산의 반환을 청구할 수 있는 채권인 수익권을 가질 뿐이지 물건을 직접적인 대상으로 하는 대물권은 아니라는 것으로,⁷⁾ 채권설은 물권과 채권의 구별이라는 민법전의 관점에서 분석하고 이것에 적합한 해석을 하려고 시도하는 것이다.⁸⁾ 신탁재산에 관한 물권적 성질의 권리는 신탁법에 의하여 인정된 특별법상의 권리일 뿐이라는 견해이다.⁹⁾

② 물적 권리설

물적 권리설 또는 법주체성설은 근대형 법인격의 형식을 가진 민법총칙상의 법인과는 다른 것이지만,¹⁰⁾ 신탁재산의 실질적 소유자는 수익자이고, 수탁자는 관리권이라는 권능 또는 자격을 가지는 데 불과하지만, 법형식상이나 등기부의 기재 상으로는 수익자를 신탁재산의 소유자로 보는 것이 불가능하므로, 신탁재산은 법인설립등기가 없음에도 신탁의 당사자 어느 쪽으로부터도 독립된 것으로 실질적인 법주체성을 가지며, 수탁자는 단지 신탁목적에 따라 신탁재산을 관리하며 수익자는 신탁재산에 대한 물적 권리를 갖는 다는 견해이다.¹¹⁾

③ 상대적 권리이전설

상대적 권리이전설 또는 제한적 권리이전설은 수탁자는 신탁재산에 대하여 완전한 권리가 아니라 신탁목적에서 정한 바에 따라 제한된 권리를 이전받는 것에 불과하므로, 신탁행위는 결코 단순히 수탁자로 하여금 채권적 급여의무를 부담시키는 것에 그치는 것이 아니라¹²⁾ 각 신탁에 있어서 당사자의 의사해석 및 실제 거래상 필요 등에 따라 수탁자와 수익자의 권리관계가 정해진다는 견해이다.¹³⁾

6) 新井誠·안성포, 「신탁법」 제3판, 전남대학교 출판부, 2011.11., 46면.

7) 유병태, 앞의 논문, 41면.

8) 新井誠·안성포, 앞의 책, 45면.

9) 이연갑, “신탁법상 수익자의 지위”, 「민사판례연구」 제30집, 민사판례연구회, 2008, 935면.

10) 新井誠·안성포, 앞의 책, 52면.

11) 법무부, 「신탁법개정안 해설」, 2010, 445면; 박영구, “부동산신탁의 수익권의 양도에 대한 연구”, 석사학위논문, 건국대학교 대학원, 2018, 33면; 유병태, 앞의 논문, 41면.

12) 新井誠·안성포, 앞의 책, 48면.

13) 법무부, 앞의 책, 446면; 유병태, 앞의 논문, 41면.

2) 수익권의 성질에 대한 판례의 입장

판례는 “부동산의 신탁에 있어서 신탁자의 위탁에 의하여 수탁자 앞으로 그 소유권이전등기를 경료하게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 신탁기간의 만료 등 신탁종료의 사유가 발생하더라도, 수탁자가 수익자나 위탁자에게 목적부동산의 소유권을 이전할 의무를 부담하게 됨에 불과할 뿐, 당연히 목적부동산의 소유권이 수익자나 위탁자에게 복귀된다고 볼 수는 없는 것인 바, 이와 같은 이치는 부동산물권변동에 관하여 등기를 대항요건으로 하고 있던 구민법 시행 당시에 신탁기간이 만료된 경우에도 다를 바 없고, 수탁자 명의의 등기가 마쳐진 등기부가 멸실되어 그 회복등기기간이 경과하였더라도 마찬가지라고 보아야 할 것이므로, 신탁종료에 따라 신탁자 앞으로의 소유권이전등기가 경료되지 않은 이상, 신탁관계는 여전히 존속한다고 할 것이다”고 판시한 것으로 보아 채권설의 입장으로 평가된다.¹⁴⁾

(3) 검토

수익자가 가지는 수익권은 채권의 성질을 가지는 수익채권을 중심으로 하는 권리와 의무의 총체로서(신탁법 제61조, 제62조), 수익자가 신탁재산에 대하여 배타적 보호를 받는 물권을 가지는 것은 아니지만, 수익권의 보호를 위한 민법의 특별법적 성질을 가지는 신탁법의 정함에 따라서 단순한 채권 이상의 보호를 받는 것이고,¹⁵⁾ 또한 민법 제185조는 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다고 규정하고 있고, 수익권이 신탁된 물건을 완전하게 지배하는 것은 아니므로 수익권이라는 것은 수탁자에 대하여 일정한 재산상의 이익을 청구할 수 있는 대인적 권리로서 채권에 가까운 권리라고 본다.

3. 관계인의 비교

(1) 저당권설정을 위한 관계인

저당권이라는 담보물권을 을 설정하기 위해서는 저당권에 의하여 담보될 채무를 부담하는 채무자와 이때의 채무를 담보하기 위한 저당권을 설정할 수 있

14) 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다12608 판결.

15) 최수정, 「신탁법」, 박영사, 2016, 117면.

는 물권자인 부동산의 소유자 또는 지상권자·전세권자로서 처분권이 있는 자와 원칙적으로 저당권을 취득하는 채권자가 존재하여야 한다.

1) 저당권자

저당권은 담보물권은 피담보채권을 전제로 한다는 부종성의 법리에 의하여 원칙적으로 저당권과 그 피담보채권은 주체를 달리 할 수 없으므로 저당권자는 피담보채권의 채권자에 한한다는 것이 종래의 학설과 판례의 원칙이었다.¹⁶⁾ 그러나 채권자와 채무자 및 제3자의 합의가 있었고, 채권이 제3자에게 실질적으로 귀속된 경우에는 원래의 채권자가 아닌 채권의 실질적 귀속자를 저당권자로 등기하여도 유효하다는 판례가 있다.¹⁷⁾ 이때 제3자가 실질적으로 채권자가 되었으므로 제3자의 명의로 저당권이 설정되어도 실체관계와 일치하므로 판례의 태도가 타당하다고 본다.

2) 저당권설정자

저당권설정자는 물권행위인 저당권설정행위가 처분행위의 성질을 가지고 있으므로, 저당권설정자는 부동산소유권 등 처분권자 이어야 하지만, 반드시 채무자일 필요는 없고 채무자를 위하여 부동산을 담보로 제공하는 채무자 아닌 제3자로서 처분권이 있는 물상보증인일 수도 있으므로, 채무자는 반드시 저당부동산의 소유권 등의 처분권자일 필요는 없다(민법 제356조).

(2) 부동산담보신탁에서의 관계인

신탁을 이용한 담보를 활용하기 위한 부동산담보신탁에서는 담보를 위한 신탁의 대상이 되는 부동산을 채무의 담보로 제공하기 위해서는 부동산에 대한 양도가 가능한 소유권 등의 권리를 위탁하는 위탁자와 이에 의하여 신탁을 인수하는 수탁자 및 채권자인 수익자가 존재하여야 한다.

1) 위탁자

위탁자는 원칙적으로 채무자이겠지만, 채무자를 위하여 부동산소유자가 위탁

16) 박종찬, 앞의 책, 414면.

17) 대법원 2000. 12. 12. 선고 2000다49879 판결.

할 수도 있으므로 위탁자가 반드시 채무자일 필요는 없다. 이 채무자를 위한 위탁자는 물상보증인과 유사한 지위를 갖는다.¹⁸⁾ 신탁행위를 채권행위로 본다면 위탁자는 소유자가 아니어도 신탁행위를 유효하게 할 수 있다.

2) 수탁자 및 수익자

신탁선언에 의한 신탁설정의 경우에는 위탁자의 선언에 의하여 스스로 수탁자가 되는 것이므로 위탁자와 수탁자는 동일인이 되며, 타익신탁형 부동산담보신탁의 경우에는 채권자를 수탁자로 하면서 동시에 수익자로 하는 형태가 이론상 나타날 수는 있으나, 신탁법 제36조는 “수탁자는 누구의 명의로도 신탁의 이익을 누리지 못한다. 다만, 수탁자가 공동수익자의 1인인 경우는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있으므로, 단독의 수익자로 수탁자를 정하는 경우는 법이 허용하지 않지만 수탁자를 수익자들 중의 1인으로 하는 것은 허용된다.

4. 등기기록상의 비교

(1) 저당권설정등기

채권을 담보하기 위하여 소유권을 대상으로 설정하는 저당권설정등기는 등기부 일구에 독립된 번호가 부여되는 주등기로 기록되는 것으로, 등기원인은 저당권설정자와 저당권자가 체결한 저당권설정계약이며, 권리자 및 기타사항란에는 피담보채권과 채무자와 그 주소지는 기록되나 채무자는 저당권설정계약의 당사자는 아니므로 채무자의 주민등록번호는 기재되지 않으나, 저당권자의 이름과 그 자의 주민등록번호 및 주소 등을 기재한다.¹⁹⁾

(2) 부동산담보신탁등기

1) 담보목적의 부동산소유권신탁의 경우

부동산소유권을 담보를 목적으로 신탁하는 경우에는 신탁을 원인으로 하여

18) 이정선, “담보신탁의 특징과 법적 쟁점에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2017.2., 24면.

19) 부록 도표 1 참조.

부동산소유권이전등기를 하며, 이때 등기부의 기록상으로는 부동산소유권을 신탁한 경우와 마찬가지로 등기부 갑구에 독립번호가 부여되는 주등기로 기록되므로, 이때의 등기가 처분신탁인지 담보신탁인지는 신탁원부에 의하여 확인된다. 신탁을 원인으로 한 이전등기 란에 하나의 독립번호에 횡선을 그어 신탁원부의 번호를 부기등기와는 구별되는 부기기록하고, 신탁원부에 담보와 관련된 수익자로 채권자 등을 기록한다.²⁰⁾

2) 부동산담보권신탁의 경우

① 부동산담보권인 저당권을 신탁하는 경우

저당권이라는 부동산담보권을 신탁하는 경우에는 그 목적이 담보권인 저당권이므로 등기부 을구에 신탁을 원인으로 하여 저당권설정등기를 하며, 순위번호는 독립된 번호가 부여되는 주등기로 기록된다.²¹⁾

② 설정된 저당권을 신탁하는 경우

저당권도 양도가 가능한 권리인 바, 이미 설정된 저당권을 담보의 목적으로 하여 신탁을 원인으로 하는 경우에는 저당권의 이전이 그 목적이므로 등기부 을구에 신탁을 원인으로 하여 그 등기의 목적은 저당권이전등기를 하며, 이는 독립된 등기번호에 가지번호를 붙이는 부기등기로 기록된다.²²⁾

Ⅲ. 효력 등의 비교

1. 효력의 비교

이미 정립된 저당권의 효력을 위주로 설명하면서 이와 비교하여 부동산담보신탁의 효력을 설명해보고자 한다.

20) 부록 도표 2 참조.

21) 부록 도표 3 참조.

22) 부록 도표 4 참조.

(1) 피담보채권의 범위

1) 저당권의 피담보채권의 범위

저당권은 원본, 이자, 위약금, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행 비용을 담보한다. 그러나 지연배상에 대하여는 원본의 이행기일을 경과한 후의 1년분에 한하여 저당권을 행사할 수 있다(민법 제360조). 원본은 등기하여야 저당권이 인정되는 필수적 등기사항으로 등기하여야 저당권이 성립되며, 이때 원본은 반드시 금전채권일 필요는 없고 물건인도청구권 등 비금전채권이어도 무방하나 비금전채권이 피담보채권인 경우에는 반드시 그 가치평가액을 등기부에 기록한다. 이자와 위약금은 임의적 등기사항으로 약정이 있는 경우에 등기되지 않아도 당사자간에는 효력이 있고, 등기하여야 제3자에 대한 대항력이 인정되지만, 채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용은 등기사항이 아니며, 등기되지 않아도 저당권의 효력이 미친다. 저당권도 담보물권으로써 불가분성을 가지므로(민법 제370조, 제321조), 저당권은 피담보채권의 전액이 변제될 때까지 소멸되지 않으므로, 피담보채권의 전액이 변제되지 않았을 경우 저당권설정자는 저당권등기의 변경등기는 청구할 수 있는 것은 별론으로 하고 말소청구를 하지는 못한다. 단, 공동저당에 있어서는 불가분성이 제한된다(민법 제368조).

2) 부동산담보신탁의 피담보채권의 범위

신탁법에서는 부동산담보신탁에 있어서 민법상의 저당권과 같은 피담보채권의 범위에 대하여 규정을 두고 있지 않고, 특히 부동산소유권을 담보의 목적으로 신탁을 원인으로 한 이전을 하면서 신탁계약에 의하여 정해진 신탁원부에 채무자가 채무를 이행기에 이행하지 않을 경우를 대비하여 담보대상 부동산을 처분하고 그 처분한 대금으로 변제에 충당하기로 하는 소위 양도담보적 신탁의 경우²³⁾에 그 피담보채권의 범위는 전적으로 당사자의 합의에 따른 신탁계약에 의하여 정해질 것이다. 신탁법이 신탁목적에 유연하게 규정하고 있기 때문이다. 즉, 민법상 “저당권은 지연배상은 원본의 이행기일을 경과한 후 1년분에 한하여 미친다”는 규정을 두고 있으나(민법 제360조),²⁴⁾ 신탁법의 적용을 받는

23) 소위 양도담보적 신탁이라고 표현한 것은 부동산담보신탁을 목적으로 소유권을 신탁하여 담보목적으로 활용할 것이므로 양도담보와 신탁의 범리가 결합된 것이므로 이렇게 표현해 보기로 한다.

채권담보를 위하여 신탁을 원인으로 한 부동산소유권이전을 한 경우에는 이러한 제한이 없으므로, 제한이 있는 저당권보다는 부동산담보신탁이 채권자에게 유리하게 작용한다.²⁵⁾ 즉, 부동산담보신탁에서 채권자에게 법상 특별한 제한이 없는 우선수익권이 인정되는 범위에서는 부동산담보신탁이 저당권보다 채권자에게 유리하다. 그러나 저당권을 신탁한 부동산담보신탁이라면 위탁자가 채권을 담보할 목적으로 저당권을 제3자에게 신탁을 원인으로 이전을 하고 채무자의 채무불이행이 있을 때 그 신탁된 저당권을 수탁자인 제3자가 실행하여 채권자의 변제에 충당하기로 한 경우라면 실질적인 측면에서 피담보채권의 범위는 저당권담보신탁과 민법상의 저당권과 큰 차이는 없다고 본다.

2. 목적물의 범위

(1) 저당권의 목적물의 범위

저당권의 특질 중에 하나인 특정의 원칙에 의하여 저당대상 목적물은 특정의 독립된 물건이어야 함이 원칙이다. 민법 제359조에 의하여 원물에 설정된 저당권은 과실에 효력이 미치지 못함이 원칙이다. 그러나 민법 제358조에 의하여 주물에 설정된 저당권은 종물에 효력이 미치는 것이 원칙이며, 피부합물에 설정된 저당권은 부합물에 효력을 미치는 것이 원칙이다. 저당부동산으로부터 분리·반출된 부합물 또는 종물에 대하여 저당권은 등기에 의하여 공시되는 목적물상의 지배권이므로 목적부동산과 결합하여 공시의 효력이 미치는 한도 내에서만 저당권의 효력이 있다고 보아 부합물 또는 종물이 저당부동산과 분리되어 반출된 경우에는 저당권의 효력이 미치지 못하나 저당권자가 물권적 청구권을 행사하여 그 반출을 금지할 수 있고, 반출 전에도 별채된 입목이나 가옥이 붕괴된 경우에는 공시원칙설에 의하면 그 구성물에는 저당권의 효력이 미치지 않고,²⁶⁾ 사회관념상 일체설에 의하면 저당권자의 지위를 보호하려는 민법 제358조의 취지를 고려하여 저당목적물과 사회관념상 일체성이 인정되면 저당권이 미친다고 보아, 반출된 경우에는 저당권의 효력이 미치지 않으나 반출 전에는

24) 민법 제360조.

25) 유병태, 앞의 논문, 45면.

26)곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2002, 335면.

저당권의 효력이 미친다고 본다.²⁷⁾ 공시원칙설이 다수설이고 타당하다고 본다. 민법 제365조에 의하면 토지를 목적으로 설정된 저당권은 토지 위의 건물은 소유권보존등기여부를 불문하고 저당권의 효력이 미치지 않는다. 그러나 토지를 목적으로 저당권을 설정한 후 그 설정자가 그 토지에 건물을 축조한 경우 또는 토지 임차인 등 제3자가 건물을 축조한 경우라도 토지저당권실행기에 저당권설정자가 건물의 소유권을 취득한 경우에는 저당권자는 토지와 함께 그 건물에 대하여도 경매를 청구할 수 있다.²⁸⁾ 그러나 토지 저당권자는 이 경우에도 그 건물의 경매대가에 대하여는 우선변제를 받을 권리가 없다.

(2) 부동산담보신탁의 목적물의 범위

부동산담보신탁의 목적물도 저당권과 마찬가지로 등기의 대상이 되는 독립된 특정의 물건이어야 한다. 채권을 담보할 목적으로 부동산물권을 신탁한 경우에는 신탁계약에서 다르게 정하지 않았다면 진정한 소유자인 위탁자가 점유와 사용을 한다. 따라서 채무불이행하여 담보권을 실행하기 전에는 점유하지 않는 수탁자나 수익자가 과실을 취득하지 않을 것이므로 담보권의 효력은 과실에 미치지 않는다. 소유권을 담보목적으로 하여 신탁을 원인으로 이전한 경우에는 채무자의 채무불이행으로 인하여 매매에 의하여 담보물을 처분하는 경우에는 민법 제587조에 의하여 “매매계약이 있는 후 인도되지 아니한 목적물로부터 발생하는 과실은 매도인에 귀속한다”는 규정에 의하여 이때의 과실은 목적물을 점유하고 있는 위탁자에게 귀속된다.²⁹⁾ 매매로 인도된 후에는 인도받은 자가 사용 및 수익을 하는 것은 당연하다. 따라서 담보를 목적으로 담보권인 저당권을 신탁한 경우에는 민법상의 저당권과 큰 차이는 없다고 보여진다.

3. 물상대위

(1) 저당권에 있어서의 물상대위

27) 이영준, 「물권법」, 박영사, 1996, 879면.

28) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2003다3850 판결.

29) 유병태, 앞의 논문, 45면.

1) 물상대위의 의의

저당권에서의 물상대위는 저당권을 소멸하게 하는 저당권의 목적물이 멸실·훼손·공용징수에 의하여 그 저당목적물에 갈음한 변형된 기타의 물건이 그 목적물의 소유자에게 귀속하게 된 경우에 그 저당목적물에 갈음하는 변형된 금전 기타의 물건에 대하여도 멸실되기 전의 물건위에 존재하던 저당권이 변형된 새로운 물건에 대하여 저당권을 행사하여 일반채권에 비하여 저당권자로서 우선변제를 받을 수 있음을 의미한다(민법 제370조, 제342조).³⁰⁾

2) 물상대위의 대상이 되는 가치변형물

저당권의 대상인 부동산이 매매에 의하여 소유권이 이전되거나 임대차계약이 체결되어도 저당권은 소멸되지 않고 존속하므로, 저당부동산의 매매에 따른 매매대금이나 임대차에 있어서의 임차보증금은 저당권의 물상대위의 대상이 되지 않는다. 목적물의 멸실·훼손, 부합·혼화·가공, 공용징수(재결수용) 등으로 저당권이 소멸되는 경우에 발생하는 손해배상청구권이나 수용보상금 또는 보험금이 물상대위의 대상이 된다.³¹⁾

3) 물상대위의 요건으로서 압류

담보권자가 물상대위권을 행사하기 위해서는 담보권설정자가 금전 기타의 물건을 지급 또는 인도받기 전에 압류하여야 한다(제342조 후문). 저당목적물의 변형물인 금전 기타 물건에 대하여 이미 제3자가 압류하여 그 금전 또는 물건이 특정된 이상 저당권자가 스스로 이를 압류하지 않고서도 물상대위권을 행사하여 일반 채권자보다 우선변제를 받을 수 있다.³²⁾ 저당권자로서는 가치변형물이 공탁된 경우 제3채무자가 공탁사유신고를 하기 이전에 스스로 담보권의 존재를 증명하는 서류를 제출하여 물상대위권의 목적채권을 압류하거나 법원에 배당요구를 한 경우에 한하여 공탁금으로부터 우선배당을 받을 수 있다.³³⁾ 저당권자가 물상대위권의 행사로 금전 또는 물건의 인도청구권을 압류하기 전에 저당목적물 소유자가 그 인도청구권에 기하여 금전 등을 수령하였다면 저당목

30) 유병태, 앞의 논문, 47면.

31) 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2015, 798면.

32) 대법원 1998. 9. 22. 선고 98다12812 판결.

33) 대법원 1999. 5. 14. 선고 98다62688 판결.

적물 소유자가 피담보채권액 상당의 부당이득을 반환할 의무를 부담한다.³⁴⁾

4) 물상대위권의 행사방법

행사방법으로는 민사집행법 제273조에 의하여 담보권의 존재를 증명하는 서류를 집행법원에 제출하여 채권압류 및 전부명령을 신청하는 것이거나 민사집행법 제247조 제1항에 의하여 소정의 배당요구종기까지 배당요구를 하는 것이므로, 이러한 배당요구종기까지 물상대위권의 행사에 나아가지 아니한 채 단지 수용대상토지에 대하여 담보물권의 등기가 된 것만으로는 그 보상금으로부터 우선변제를 받을 수 없고³⁵⁾, 배당요구종기까지 물상대위권을 행사하지 아니하여 우선변제권을 상실한 저당권자는 다른 채권자가 보상금으로부터 이득을 얻었다하여도 그에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 없다.³⁶⁾ 또한 배당요구종기가 지난 후에 물상대위에 기한 채권압류 및 전부명령이 제3채무자에게 송달되었을 경우에도 물상대위권자는 배당절차에서 우선변제를 받을 수 없다.³⁷⁾ 따라서 물상대위권자의 압류 전에 양도 또는 전부명령 등에 의하여 보상금채권이 타인에게 이전된 경우라도 보상금이 직접 지급되거나 보상금지급청구권에 관한 강제집행절차에서 배당요구의 종기가 이르기 전에는 여전히 그 청구권에 대한 추급이 가능하다.³⁸⁾

(2) 부동산담보신탁의 물상대위

신탁법 제27조는 신탁재산의 범위라는 표제 하에 신탁재산의 관리, 처분, 운용, 개발, 멸실, 훼손 그 밖의 사유로 수탁자가 얻은 재산은 신탁재산에 속한다고 규정하고 있는데, 이 규정에 의하면 취득 방법에 제한이 없고, 저당권에 있어서의 민법상의 물상대위는 대위물의 압류 후 환가처분을 전제로 하고 있는 것인데 이와는 달리 신탁법은 압류 없이도 물상대위의 효력이 신탁재산의 변형물에 발생하는 것으로, 신탁의 경우에는 대위물이 바로 신탁재산에 속하게 되어 그 상태로 신탁이 계속되도록 하고 있는 바, 신탁법상의 물상대위는 민법상

34) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008다17656 판결.

35) 대법원 1998. 9. 22. 선고 98다12812 판결.

36) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002다33137 판결.

37) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2002다13539 판결.

38) 대법원 2000. 6. 23. 선고 98다31899 판결.

저당권의 물상대위와 그 성격이 다르다고 평가된다.³⁹⁾

4. 토지가 환지된 경우

저당권이 설정된 토지가 환지로 인하여 토지의 면적증감이 있다고 하더라도 종래의 토지에 대한 소유권이 그대로 면적이 증감된 환지에 효력을 미치므로 종래토지에 대한 권리관계로 있던 지상권·전세권·저당권·임차권 등은 환지에 대하여 그대로 존속하게 된다. 환지에 의한 권리변동은 법률규정에 의한 권리변동이므로⁴⁰⁾ 법률이 규정한 환지처분공고 다음 날에 효력이 발생한다(도시개발법 제41조). 따라서 토지가 환지된 경우에는 부동산담보신탁의 경우에도 저당권과 마찬가지로 될 것이다. 환지된 토지에 대해서는 환지 전의 토지와 동일성이 인정되는 환지 후의 토지에 대하여 소유권의 효력이 미치는 것이 당연하기 때문이다.

5. 건물이 합동된 경우

경매대상 건물이 인접한 다른 건물과 합동(合棟)됨으로 인하여 건물로서의 독립성을 상실하게 되었다면 경매대상 건물만을 독립하여 양도하거나 경매의 대상으로 삼을 수는 없고, 이러한 경우 경매대상 건물에 대한 채권자의 저당권은 위 합동으로 인하여 생겨난 새로운 건물 중에서 위 경매대상 건물이 차지하는 비율에 상응하는 공유지분 위에 존속하게 된다.⁴¹⁾ 토지와 기존 건물이 모두 신탁된 상태에서 새로이 동일한 수탁자에게 신탁된 건물이 정당하게 성립된 저당권이 존재하게 된 후 합동되어 저당권의 실행으로 소유자가 달라지게 된 경우라면 부동산담보신탁은 저당권과 다를 바 없을 것으로 보여진다.

6. 채권자의 담보확보방법

39) 최동식, 「신탁법」, 법문사, 2006, 147면; 유재관, 「신탁법실무」, 법률출판사, 2008, 129면; 유병태, 앞의 논문, 49면.

40) 대법원 1991. 6. 14. 선고 90다카22575 판결.

41) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다66150 판결.

(1) 저당권에서의 우선변제적 효력

1) 저당권의 우선변제권

저당권부 채권자는 채무자가 변제기에 변제하지 않으면 저당목적물을 민사집행법상의 일정한 절차에 따라 매각·환가하여 그 대금으로부터 다른 일반채권자에 우선하여 변제를 받을 수 있다(민법 제363조).

2) 우선변제의 순위

① 일반채권자와 관계

저당권자는 일반채권자에 대하여 언제나 우선한다. 따라서 변제할 정당한 이익이 있는 자가 채무자를 위하여 채권의 일부를 대위변제한 경우에도 부동산에 대하여 저당권을 가지고 있는 채권자가 일부 대위변제자 보다 우선변제권을 가진다.⁴²⁾ 그러나 주택임대차보호법에 의하여 저당권설정등기일보다 먼저 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인은 그의 보증금의 반환에 관해서 저당권자에 우선한다(주택임대차보호법 제3조의 2). 또한 소액보증금의 일정액에 관해서는 그 임차인은 다른 담보권자의 경매신청의 등기 전에 대항요건을 갖춘 경우 언제나 최우선한다(동법 제8조). 또한 일반채권에 기한 가압류등기된 후 설정된 저당권은 선순위 가압류채권자와 안분비례의 평등배당을 받는다.⁴³⁾

② 전세권자에 대한 관계

목적물에 대한 점유적 효력도 있으며 전세금반환청구권에 대하여 우선변제권이 있는 전세권과 저당권은 저당권이 점유를 본체적 요소로 하지 않음으로 동일부동산에 양립이 가능한 것으로 순위는 등기의 선후에 의한다.

③ 저당권 상호간의 순위

동일한 부동산에 양립이 가능한 저당권의 상호간에는 그 성립의 순위에 의한다. 따라서 동일한 부동산 위에 수개의 저당권이 설정되어 경합하는 때에는 우

42) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다57545 판결.

43) 대법원 1994. 11. 29.자 94마417 결정.

선변제의 순위는 설정등기의 선후에 의한다.

④ 임금채권 등과의 관계

근로기준법 제38조 제2항이나 퇴직급여보장법 제12조 제2항 상의 근로관계 소멸 후의 최종 3개월분의 임금이나 최종 3년분의 퇴직금 및 재해보상금은 사용자의 총재산에 대하여 저당권에 우선한다. 물론 임금 등의 우선특권에 대한 지연손해금은 저당권에 우선하지 못하며⁴⁴⁾, 사용자가 재산을 특정승계하기 전의 저당권에는 우선하지 못한다.⁴⁵⁾

⑤ 국세우선권과의 관계

국세기본법 제35조에 의하면 저당물의 소유자가 체납하고 있는 당해세 이외의 조세채권에 해당하는 국세는 그 법정기일 또는 신고납부방식인 경우에는 신고일 그리고 납세고지서 등으로 징수하는 경우에는 고지서 등의 발송일 전에 설정된 저당권에 우선해서 징수하지 못한다.⁴⁶⁾ 그러나 국세기본법 시행령 제18조 제4호에 의하면 그 저당물에 부과된 당해세에 해당하는 상속세·증여세·종합부동산세와 같은 국세와 가산금, 재산세·자동차세·도시계획세 및 공동시설세(지방세법 시행령 제14조의 4), 2000년 1월 1일 이전의 취득세·등록세(99년 개정지방세법 부칙)은 그 법정기일 전에 설정된 저당권에 대하여도 언제나 우선한다.⁴⁷⁾

⑥ 유치권에 대한 관계

유치권은 우선변제권이 없으므로 우선변제권이 있는 저당권과는 이론상 경합하거나 우열의 문제가 발생하지 아니하나, 유치권은 채권이 만족될 때까지 누구에 대해서는 물권인 유치권에 기하여 점유이전을 거절할 수 있으므로 경락인은 경매개시결정등기(압류) 전에 발생한 채권의 존재를 전제로 한 유치권자에게 변제하지 아니하면 경매의 목적물을 수취할 수 없기 때문에 사실상 유치권자에게 우선변제적 효력이 인정된다고 할 수 있다.

44) 대법원 2000. 1. 28.자 99마5143 결정.

45) 대법원 2004. 5. 27. 선고 2002다65905 판결.

46) 국세기본법 제35조.

47) 국세기본법 시행령 제18조 제4호.

⑦ 파산채권자에 대한 관계

저당부동산의 소유자가 파산하면 채무자의 회생 및 파산에 관한 법률에 따라 저당권자는 우선변제권이 있는 담보권자로서 별채권을 행사할 수 있다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제411조, 제141조).

(2) 부동산담보신탁의 우선변제적 효력

채권을 담보하기 위한 부동산담보신탁에 의하여 소유권이 담보목적으로 제3자에게 신탁되고 채권자가 우선수익권을 취득한 경우에는 위탁자나 수탁자의 채권자에 대해서는 원칙적으로 위탁자나 수탁자의 채권자가 신탁재산에 대하여 채권 등을 집행할 수 없으므로 위탁자나 수탁자의 채권자와 담보신탁과는 우열을 따질 필요없이 당연히 부동산담보신탁의 담보채권자인 우선수익권자만이 그 변제에 충당하게 된다. 채무자나 물상보증인이 담보권을 신탁한 경우에도 그에 따른 신탁계약의 범위에서는 계약의 원리에 따라 당연히 채권자인 신탁담보권자가 그 채권에 대하여 변제충당을 받는다.

1) 타익신탁에서의 채권자의 담보확보

① 우선수익권의 취득

채권담보를 위하여 채권자 이외의 자에 대한 타익신탁형 부동산담보신탁에서 신탁계약이 정한 바에 따라 채권자는 수탁자로부터 우선수익권을 취득할 수 있다. 신탁법 제22조는 “신탁재산은 위탁자의 고유재산과는 별개로 분리될 뿐만 아니라 신탁에 의하여 부동산에 대한 소유권 등을 취득한 수탁자의 고유재산과도 분리되는 독립성을 가진다고 규정”하고 있으므로,⁴⁸⁾ 신탁재산의 독립성에 의하여 위탁자나 수탁자가 그들의 채권자로부터 강제집행을 당하거나 위탁자나 수탁자가 회생절차나 파산절차의 개시에 의한 도산을 당하는 경우에도 위탁자나 수탁자의 자신들의 재산과는 별개의 독립성이 있는 신탁재산에 대해서는 채권자의 우선수익권자의 지위는 보호되는데, 이를 담보신탁에서의 도산격리효과라 한다.⁴⁹⁾

48) 신탁법 제22조.

49) 이종기, 「신탁법」, 삼우사, 2007, 610면; 유병태, 앞의 논문, 53면.

② 수익증권의 취득

채권담보를 위하여 신탁행위로 수익권을 표창하는 수익증권을 발행하는 뜻을 정하여 기명식 또는 무기명식 수익증권을 발행할 수 있고(신탁법 제78조 참조),⁵⁰⁾ 이에 근거하여 수탁자에 의하여 수익증권이 발행되면 채권자는 수탁자로부터 수익증권을 취득한다. 수익증권이 활성화되면 수익증권의 유통에 의하여 자산의 유동화에 기여하게 될 것으로 보이는데, 신탁에 있어서 수익증권과 수익권의 관계는 주식회사의 주권과 주식의 관계와 유사한 것으로 수익증권은 주권과 유사한 형식의 유가증권으로 볼 수 있다.⁵¹⁾

2) 자익신탁에 있어서 채권자의 담보확보방법

① 수익권의 입질

㉠ 수익권의 입질가능성

신탁법은 제66조 제1항에서 신탁에 있어서의 수익권에 대하여 질권의 목적으로 할 수 있다고 규정하고, 일종의 채권질권이라고 볼 수 있는 수익권질권설정에 대하여 수익권 양도의 대항요건 등을 준용하도록 하고 있다. 부동산신탁에 있어서의 수익권은 그 본질이 채권이라 할 것이므로 수익권에 대한 질권설정을 이미 판례가 인정해오던 실무를 반영하여 신탁법이 명문의 규정을 둔 것이다.⁵²⁾

㉡ 수익권질권의 설정방법 및 대항요건

신탁법 제66조 제3항은 수익권을 목적으로 하는 질권설정은 수익권양도의 방식을 준용하도록 규정하고 있는 바, 수익권질권설정자가 수탁자에 통지하거나 수탁자가 수익권질권설정자 또는 수익권질권자에게 승낙하여야 수익권질권자는 수탁자와 제3자에게 대항할 수 있고(신탁법 제65조 제1항),⁵³⁾ 채권양도에 있어서와 유사하게 이러한 통지 및 승낙은 확정일자가 있는 증서로 하지 아니하면 수탁자외의 제3자에게 대항할 수 없다(신탁법 제65조 제2항).⁵⁴⁾ 수탁자가 이의

50) 신탁법 제78조.

51) 한상곤, “부동산담보신탁의 수익권에 관한 고찰”, 『경희법학』 제49권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2014, 27면.

52) 대법원 2019. 8. 26. 선고 2010도4613 판결.

53) 신탁법 제65조 제1항; 유병태, 앞의 논문, 54면.

를 보류하지 아니하고 승낙을 한 경우에는 수익권질권설정자에게 대항할 수 있는 사유로써 수익권질권자에게 대항하지 못한다(신탁법 제65조 제4항).⁵⁵⁾

㉠ 수익권질권의 효력

수익권질권은 채권질권의 성질을 가지는 것으로 입질된 원본채권과 그 이자채권 및 이들에 관한 인적·물적 담보 모두에 미친다.⁵⁶⁾ 수익권에 관한 채권증서가 작성되어 있는 경우에는 수익권질권자는 변제가 있을 때까지 채권증서를 점유하여 이를 유치할 수 있다(민법 제355조, 제335조).⁵⁷⁾ 수익권질권자는 질권의 목적이 된 수익권을 직접 청구할 수 있으며(민법 제353조 제1항), 또한 민사집행법에 의한 집행에 있어서 별도의 집행권원 없이 수익권의 추심 또는 전부 및 현금화가 가능하다(민사집행법 제273조, 제223조).⁵⁸⁾ 그리고 신탁법 제66조 제4항은 수익권을 목적으로 하는 질권은 그 수익권에 기한 수익채권과 이 법 또는 신탁행위에 따라 그 수익권을 갈음하여 수익자가 받을 금전이나 그 밖의 재산에도 존재한다고 규정하여 질권에서와 같은 물상대위를 인정하고 있다.

㉡ 수익증권에 대한 질권설정

신탁계약에 의하여 수익증권을 발행하기로 한 경우, 위탁자는 부동산담보수탁자가 발행한 수익증권을 교부받는데, 위탁자의 채권자는 이 수익증권에 대하여 질권을 설정할 수 있다. 신탁법은 수익증권질권설정에 대하여 수익권질권과는 별도의 규정을 두어, 수익증권발행신탁의 경우 수익권을 질권의 목적으로 할 때에는 그 수익권을 표시하는 증권을 질권자에게 교부하도록 하고 있다(신탁법 제83조 제1항).⁵⁹⁾ 이때 수익권질권자는 수익증권을 점유하지 아니하면 그 질권으로써 수탁자 및 제3자에게 대항하지 못한다(신탁법 제83조 제2항). 수익증권발행신탁에서 수익권을 표시하는 수익증권을 발행하는 정함이 있는 수익권의 경우 수익증권 발행 전에 한 수익권에 대한 질권의 설정은 수탁자에 대하여 효력이 없다. 다만, 수익증권을 발행하여야 하는 날부터 6개월이 경과한 경우에

54) 신탁법 제65조 제2항.

55) 신탁법 제65조 제4항.

56) 지원림, 앞의 책, 783면.

57) 민법 제355조, 민법 제335조.

58) 민사집행법 제273조, 제223조.

59) 신탁법 제83조 제1항.

는 수익자의 의사표시만으로도 질권을 설정할 수 있다(신탁법 제83조 제4항).⁶⁰⁾

3) 담보권신탁에서의 채권자의 담보 확보

담보권신탁에서의 채권자는 수익자로서 수익권을 가지는 자로서 이를 통하여 담보권을 지배하고 있지만, 채무자의 채무불이행이 있는 경우에 채권자가 직접 담보권을 실행하는 것은 아니며 수탁자인 담보권자의 실행이 있는 경우에 채권자의 수익권이 배당금에 영향을 미쳐 이를 지급받는다.⁶¹⁾

IV. 실행

저당권자 그 채권을 확보하기 위한 저당권의 실행으로는 민사집행법에 의한 경매에 의하는 공적인 실행방법이 있고, 유저당이라는 사적인 실행방법이 있다. 저당권의 공적인 실행방법인 민사집행법에 의한 담보권실행경매를 통해서 저당권자가 우선변제를 받기 위해서는 피담보채권의 변제기가 도래하였음에도 변제하지 않을 때 임의경매를 신청하여 경매개시결정을 받아 경매를 통하여 매각되었을 때 배당을 받는 등의 상당한 기간과 까다로운 민사집행법이 정하고 있는 절차를 밟아야 하는 데, 부동산소유권을 이용한 부동산담보신탁의 경우에는 채무자가 채무이행을 하지 않을 경우에는 신탁된 부동산을 처분함으로써 인하여 공적인 번잡한 절차를 거치지 않고도 채권을 확보할 수 있다는 장점이 있다고 할 것이다.

V. 가등기담보권의 의의 및 가등기담보법의 적용대상

1. 가등기담보권의 의의

가등기담보라 함은 채권, 특히 금전채권을 담보할 목적으로 채권자와 채무자

60) 신탁법 제83조 제4항.

61) 유병태, 앞의 논문, 55면.

사이에서 채무자 또는 제3자인 물상보증인 소유의 부동산을 목적물로 하는 대물변제예약 또는 매매계약·매매예약 등을 하고, 이와 동시에 채무자에 의한 채무불이행이 있는 경우에 채권자가 그의 예약완결권을 행사하여 그 가등기담보목적물의 소유권을 확보할 수 있도록 가등기를 하는 담보형식을 말하는 것으로 비전형담보에 속한다.⁶²⁾ 처음에는 권리의 이전이 없다는 점에서 먼저 권리를 이전했다가 변제가 있으면 다시 반환받는 양도담보와 차이가 있다. 이러한 담보방법을 취할 수 있는 물건을 주로 부동산이지만, 동산 중에서 선박(20톤 이상)·자동차·항공기·건설기계 등과 같이 등기 또는 등록과 같은 공시방법을 갖춘 특수한 동산도 그 대상이 될 수 있도록 하여 채무자가 보호되게 할 필요가 있다고 본다.⁶³⁾

2. 가등기담보법의 적용대상과 청산절차를 위반한 경우의 처리

(1) 가등기담보법의 적용대상

가등기담보 등에 관한 법률은 재산권 이전의 예약에 의한 가등기담보에 있어서 재산의 예약 당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에 적용되는바, 재산권 이전의 예약 당시 재산에 대하여 선순위 근저당권이 설정되어 있는 경우에는 재산의 가액에서 피담보채무액을 공제한 나머지 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에만 적용된다.⁶⁴⁾ 여기에서 말하는 재산의 가액은 원칙적으로 ‘통상적인 시장에서 충분한 기간 거래된 후 그 대상재산의 내용에 정통한 거래당사자 간에 성립한다고 인정되는 적정가격’이고, 그와 같은 적정가격을 확인하기 어려울 때에는 객관적이고 합리적인 방법으로 평가한 가액이라고 할 것이므로, 대상재산이 토지로서 법정지상권의 성립가능성이 있는 등 토지이용상 제한을 받는지 여부가 불분명한 경우에는 법정지상권의 성립에 관한 사정을 객관적이고 합리적으로 평가하여 그 성립 여부를 판단한 다음 그에 따라 평가한 토지의 가격을 가액으로 봄이 상당하다.⁶⁵⁾

62) 박종찬, 앞의 책, 610면.

63) 가등기담보등에 관한 법률 제18조 참조.

64) 대법원 2006. 8. 24. 선고 2005다61140 판결.

65) 대법원 2007. 6. 15. 선고 2006다5611 판결.

(2) 청산절차를 위반한 경우의 처리

가등기담보 등에 관한 법률이 적용되지 않는 경우에도 채권자가 채권담보의 목적으로 부동산에 가등기를 경료하였다가 그 후 변제기까지 변제를 받지 못하여 위 가등기에 기한 소유권이전의 본등기를 경료한 경우에는, 당사자들 사이에 채무자가 변제기에 피담보채무를 변제하지 아니하면 채권채무관계는 소멸하고 부동산의 소유권이 확정적으로 채권자에게 귀속된다는 명시의 특약이 없는 한, 그 본등기도 채권담보의 목적으로 경료된 것으로서 정산절차를 예정하고 있는 이른바 ‘약한 의미의 양도담보’가 된다.⁶⁶⁾ 그리고 이와 같이 약한 의미의 양도담보가 된 경우에는 채무의 변제기가 도과한 후에도 채권자가 담보권을 실행하여 정산절차를 마치기 전에는 채무자는 언제든지 채무를 변제하고 채권자에게 위 가등기 및 그 가등기에 기한 본등기의 말소를 청구할 수 있다.⁶⁷⁾

(3) 가등기담보등에 관한 법률이 적용되는 양도담보

소비대차와 더불어 담보계약을 할 때에 담보부동산의 소유권을 채권자에게 이전해 두고 채무이행이 있을 때 그 소유권을 다시 이전받기로 약정한 경우를 말한다. 이때 부동산, 등기·등록으로 공시되는 재산권은 담보권설정계약시 그 목적물의 가액이 소비대차나 준소비대차에 기한 차용액과 이자를 합산한 액을 초과하는 경우에는 가등기담보등에관한법률에 의하여 규율된다.⁶⁸⁾

VI. 마치며

이상에서 살펴본 바와 같이 담보신탁이 채권자에게 약간의 편의를 제공할 수 있지만, 부동산에 대한 저당권과 담보신탁의 효력에 있어서는 큰 차이는 없으며, 오히려 부동산담보신탁의 경우에 등기절차의 까다로움 등의 불편이 발생하는 단점 등이 있다. 나아가 담보신탁을 주목적으로 하면서 채무를 이행기에 변

66) 박종찬, 앞의 책, 648면.

67) 대법원 2006. 8. 24. 선고 2005다61140 판결.

68) 지원림, 앞의 책, 873면.

제하지 않을 것을 대비하여 처분신탁과 결합을 시켜서 피담보채권액을 초과하여 담보목적의 부동산이 처분된 경우에 그 금액에 대하여 청산을 그치지 않고 채권자인 담보권자에게 귀속되게 하는 약정을 한 경우에 이에 대하여 가등기담보등에 관한 법률의 적용에 의하여 초과된 부분에 대하여 청산을 하지 않으면 무효가 되도록 하는 법적인 입법이나 판례의 형성이 필요하다고 보여진다.

부록

〈도표 1〉

(을 구)		(소유권 이외의 권리에 관한 사항)		
순위 번호	등기목적	접 수	등기원인	권리자 및 기타사항
1	저당권설정	2011년 1월15일 제173호	2011년 1월13일 설정계약	채권액 금 5,550,000원 변제기 2015년 1월 14일 이 자 연5푼 채무자 이 운석 경기도 광명시 00동 153 저당권자 주식회사 00은행 110000-2365000 서울특별시 종로구 00로 3가 9-1 (00지점)

〈도표 2〉

(갑 구)		(소유권에 관한 사항)		
순위 번호	등기목적	접 수	등기원인	권리자 및 기타사항
3	소유권 이전	1987년 7월15일 제34767호	1986년6월 17일 매매	소유자 김기찬 590000-1657000 서울특별시 구로구 구로동 00
4	소유권이전	2016년 6월16일 제12545호	2016년 6월15 신탁	수탁자 (합유) 강찰해 750000-1657000 서울특별시 송파구 00동 00 남찰해 890000-1237000 서울특별시 관악구 신림동 00 신탁 신탁원부 제2016-175호

〈도표 3〉

(을 구)		(소유권 이외의 권리에 관한 사항)		
순위 번호	등기목적	접 수	등기원인	권리자 및 기타사항
1	저당권설정	2001년 2월15일 제 123호	2001년 2월13일 신탁	채권액 금 5,500,000원 변제기 2004년 1월 14일 이 자 연6분 채무자 이 한석 경기도 광명시 00동 123 저당권자 김 우돈 110000-2365000 서울특별시 중구 00로 2가 9-1
				신탁 신탁원부 제2001-127호

〈도표 4〉

(을 구)		(소유권 이외의 권리에 관한 사항)		
순위 번호	등기목적	접 수	등기원인	권리자 및 기타사항
1	저당권설정	2001년 1월15일 제 127호	2001년 1월13일 설정계약	채권액 금 5,500,000원 변제기 2005년 1월 14일 이 자 연6분 채무자 이 상석 경기도 광명시 00동 123 저당권자 김 삼돈 110000-2365000 서울특별시 중구 00로 2가 9-1
1 - 1	1번 저당권이전	2003년 3월25일 제456호	2003년 3월21일 신탁	수탁자 이말석 660000-1343000 경기도 화성시 00동 00
				신탁 신탁원부 제2003-135호

투고일 : 2020.11.1. / 심사완료일 : 2020.12.14. / 게재확정일 : 2020.12.23.

[참고문헌]

- 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2002.
- 박종찬, 「민법학강의 Ⅲ」, 진원사, 2015.
- 법무부, 「신탁법개정안 해설」, 2010.
- 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행(Ⅲ)」, 2014.
- 손진홍, 「채권집행의 이론과 실무」, 법률정보센터, 2016.
- 양형우, 「민법의 세계」, 피앤씨미디어, 2016.
- 유재관, 「신탁법실무」, 법률출판사, 2008.
- 이영준, 「물권법」, 박영사, 1996.
- 이중기, 「신탁법」, 삼우사, 2007.
- 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2015.
- 최동식, 「신탁법」, 법문사, 2006.
- 최수정, 「신탁법」, 박영사, 2016.
-
- 박영구, “부동산신탁의 수익권의 양도에 대한 연구”, 석사학위논문, 건국대학교 대학원, 2018.
- 유병태, “부동산신탁과 위탁자의 채권자보호에 관한 연구”, 석사학위논문, 창원대학교 대학원, 2017.
- 이연갑, “신탁법상 수익자의 지위”, 「민사판례연구」 제30집, 민사판례연구회, 2008.
- 이정선, “담보신탁의 특징과 법적 쟁점에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2017.
- 최현태, “의사결정의 반대수익자를 위한 신탁수익권매수청구권 : 일본 신탁법의 검토를 중심으로”, 「법학논총」 제26집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2009.
- 한상곤, “부동산담보신탁의 수익권에 관한 고찰”, 「경희법학」 제49권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2014,

[국문초록]

부동산담보신탁에 대한 가등기담보법의 적용여부

유 병 태* · 박 중 찬**

역사적으로 인류사회는 문명화되기 전에는 힘의 각축장이었고, 문명화된 이후에는 재력의 각축장이었다. 문명화된 이후 특히 자본주의 사회에서는 재력을 가진 자와 못가진 자의 힘겨루기였다고 할 수 있다. 특히 자본주의가 고도화됨에 따라 빈익빈 부익부 현상의 극심화로 인하여 일부에서는 공산주의가 귀신처럼 퍼져나가 급기야는 냉전시대를 초래하게 되기도 하였다. 자본주의 국가에서는 공산주의를 막기 위하여 빈익빈 부익부의 극심화를 막기 위하여 시장경제에 개입을 하고, 각종의 복지정책 등을 펼치고 있지만, 자본주의는 원칙적으로는 시장경제질서에서 보이지 않는 손에 의하여 유지되어야 하는 것이므로 국가가 모든 것을 계획하여 실행할 수는 없다. 그러나 국가가 시장경제질서에 어느 정도 개입을 하여 재력의 각축장인 시장에 기준이 되는 룰을 정할 수는 있다. 예컨대, 이자제한법이나 공정거래법 등이 거래질서의 기준으로 작용하는 측면이 있다. 그러므로 본 논문에서는 이자제한법 등을 회피하는 수단으로 종래에 저당권에 의하여 담보하던 것을 가등기를 이용하여 고리의 수익을 누리는 자본재력가들의 고리 수익을 억제하기 위하여 가등기담보 등에 관한 법률을 제정하여 자본시장에서 극심한 불균형거래를 방지하고자 하였다. 이제는 시장에서 전혀 새로운 제도인 부동산신탁을 이용하여 고리의 수익을 누리려는 현상이 보이는 바 이에 대하여 사전에 방지책을 구현해보고자 하는 것이 부동산담보신탁에 대한 가등기담보법의 적용여부에 대하여 살펴보는 것이다.

주제어 : 부동산담보신탁, 이자제한, 담보신탁에 가등기담보법적용여부, 가등기담보, 저당권과 담보신탁, 부동산신탁

* 강원대학교 대학원 박사과정수료, 정민 법무사 사무소 대표, 주저자.

** 강원대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 교신저자.

[Abstract]

Whether the provisional registration security law applies
to real estate security trusts

Yu Byeongtae* · Park Jongchan**

Historically, human society was a battlefield of power before civilization, and a battlefield of wealth after civilization. After civilization, especially in the capitalist society, it can be said that it was a battle between the rich and the poor. In particular, with the advancement of capitalism, communism spread like ghosts in some cases due to the extreme intensification of the poor-poor rich-rich, eventually leading to the Cold War era. Capitalist countries intervene in the market economy and implement various welfare policies to prevent communism and the extremes of the poor and the poor. Can't plan and execute everything. However, it is possible for the state to intervene in the market economic order to some extent and set the rules that are the basis for the market, the arena of wealth. For example, there is an aspect in which the interest limit law and the fair trade law act as a standard for transaction order. Therefore, in this thesis, as a means of avoiding the interest limit law, etc., in order to suppress the profits of capital wealthy people who enjoyed profits of Gori using a temporary registration machine, what was previously secured by mortgage rights, etc. It tried to prevent unbalanced transactions. Now, there is a phenomenon that the market is trying to enjoy the profits of Kori using a completely new system of real estate trusts, and to implement a preventive measure against this in advance is to examine whether the provisional registration security law is applied to real estate mortgage trusts.

* Kangwon National University Graduate School Ph., Representative of Jeongmin Legal Office, Lead Author.

** Professor at Kangwon National University Law School, Doctor of Law, Corresponding Author.

Key words : Real Estate Mortgage Trust, Interest limit, Whether the provisional registration security method is applied to the security trust, Temporary registration security, Mortgage rights and mortgage trusts, Real Estate Trust