「法과 政策」 第15輯 第1號 2009. 2. 28.
濟州大學校 法과政策硏究所

가등기담보제도의 유용성 제고방안

Utility raising device of provisional registration mortgage system

한 삼 인* · 강 용 암**
Han, Sam-in · Kang, Yong-am

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 가등기담보제도의 법리
Ⅲ. 가등기담보제도의 유용성 제고방안
Ⅳ. 결 론

국문초록

가등기담보는 비전형담보의 한 유형으로써 전형담보의 실행절차인 경매보다 절차가 간편하고 비용도 저렴한 장점 등으로 인해 거래계에서 일찍이 선호되어 왔다. 그러나 가등기담보는 채권자가 폭리를 취할 가능성이 많고 그에 따라 채무자가 피해를 볼 염려가 큼에 따라 특별법인 가등기담보 등에 관한 법률(가담법)을 제정하여 규제를 하기에 이르렀다.

그러나 가담법이 제정·실시되면서 채권자가 폭리를 취할 가능성은 줄어 들었으나 위축된 채권자가 가등기담보에 대한 흥미를 상실하고 이용을 회피함에 따라 가등기담보제도는 유명무실하게 되었다.

그런데 가등기담보제도가 오랫동안 서민금융의 수단으로 애용되어 왔다는 것은 그만큼 가등기담보제도가 유용성을 가지고 있었다는 반증이다. 그러므로 가등기담보제도의 장점은 최대한 살리고 문제점은 최소화함으로써 가등기담보제도 특유의 유용성을

논문접수일 : 2008.12.30
심사완료일 : 2009.2.2
게재확정일 : 2009.2.9
* 법학박사 · 제주대학교 법학부 교수(연구책임자)
** 박사과정 · 제주대학교 대학원 법학과(공동연구원)

높일 필요가 있다.

그 방안으로서 먼저 생각해 볼 수 있는 것은 귀속청산방식의 보완이다. 귀속청산의 방식에 있어 특히 문제가 되는 것은 채권자가 정하는 담보목적물의 평가액을 채무자가 인정하지 않는 경우이다. 이 문제의 보완을 위해서는 가등기담보계약을 설정할 당시에, 채권자와 채무자 상호간의 합의로 담보목적물의 가액을 결정하게 하는 것이다. 즉 채무자가 채무를 불이행할 경우 채권자는 담보목적물의 평가액을 따로 정할 필요없이, 가등기담보계약 당시 쌍방간에 합의 했던 목적물의 가액에서 채무원금과 이자 등을 공제하고 나머지를 반환(또는 공탁)한 후 소유권을 이전하게 하자는 것이다. 이렇게 되면 청산절차가 매우 간편해 지는 장점이 있다. 다만 채무자에게 변제기회를 주기 위하여 청산기간은 현행대로 유지한다.

가등기담보제도의 유용성을 살릴 수 있는 또 하나의 방안은 경매우선주의를 제한하는 것이다. 경매우선주의를 제한해야만, 가등기담보가 최선순위일 경우담보가등기권자가 사적실행을 통해 소유권을 우선적으로 취득할 수 있기 때문이다. 이 경우에 후순위권리자의 보호가 문제될 수 있지만, 후순위권리자는 당연히 가등기담보의 존재를 전제로 담보를 설정 받게 될 것이므로, 그러한 후순위권리자를 두텁게 보호할 필요는 없다.

주제어 : 비전형담보, 가등기담보, 청산절차, 귀속청산방식, 경매우선주의, 사적실행, 평가액, 유용성

Ⅰ. 서 론

가등기담보는 민법상 전형담보가 아닌 비전형담보의 한 유형으로써, 채권자가 채무자에게 소비대차 등을 통하여 금전을 대여하면서 채무자 또는 제3자 소유 부동산에 관하여 매매예약 또는 대물변제예약 등을 하고, 이와 함께 채무불이행이 있을 경우 채권자가 그의 예약완결권을 행사함으로써 발생하게 될 소유권이전청구권을 보전하기 위한 가등기를 하는 담보제도이다. 이러한 가등기담보는 전형담보의 실행절차인 경매보다 절차가 간이하고 비용도 저렴할 뿐만 아니라, 채권자가 채권액을 초과하는 가액의 목적물 소유권을 취득할 수 있다는 점 등으로 인하여 거래계에서 선호되어 왔으며, 특히 개인들 사이에서의 금전대차거래 담보방법으로 주로 이용되었다.[1] 그러나 가등기담보는 채권자가 폭리를 취할 가능성과 그에 따른 채무자의 피해문제 때문에 규제의

1) 김숙자, "가등기에 관한 연구", 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 1983. 83면.

대상으로 인식되었다. 이에 학설과 판례는 가등기담보의 부당하고 불합리한 결과를 불식하기 위한 노력을 기울인 끝에, 1983년 특별법인 가등기담보 등에 관한 법률(이하'가담법'이라한다)을 제정, 채권자의 폭리행위를 방지하고 채무자를 보호하는 방향으로 법적 규제를 가하게 되었다.[2]

가담법이 제정·실시된 이후 이론적으로는, 가등기담보의 법적구성, 가담법의 적용범위,[3] 그 공시방법, 가등기담보와 제소전화해의 문제, 담보가등기에 기한 본등기에 대한 공신력 인정여부 등에 관하여 문제점이 제기되었고, 현실적으로는, 가담법을 시행하면서부터 사적 금융시장에서 채권자가 가등기담보를 통해 얻을 수 있었던 여러 가지 이득이 사실상 사라짐에 따라 가등기담보를 거의 이용하지 않게 되는 문제점이 나타나게 되었다.[4]

통계에 의하더라도, 가담법 시행 이후인 1984년 1월 1일 이후부터 가등기담보의 이용이 급격히 감소하여 1984년 한해만 1980년보다 5분의 4가 줄어든 것으로 나타났다.[5] 이처럼 가등기담보를 이용하는 예가 급격히 감소한 현상에 대하여, 가등기담보가 갖는 문제점의 해소라는 측면에서 이를 긍정적으로 보는 견해와, 가등기담보가 서민금융에 기여해온 바가 큰 만큼 동 제도의 장점을 최대한 살리고 단점을 최소화함으로써 제도가 갖는 유용성을 활성화시키는 것이 합리적이라고 보는 입장 등 가등기담보의 실효성에 관한 시각 차이는 다양하다.[6]

본 논문은 가등기담보가 서민금융에 있어 중요한 역할을 담당해 왔던 점에 주목하여 채무자를 보호하면서도 가등기담보 본래의 유용성을 살릴 수 있는 방안에 대하여 살펴보고자 한다. 이를 위하여 먼저 가등기담보의 법리를 개관하기로 한다.

II. 가등기담보의 법리

1. 가등기담보의 의의

가등기담보란 금전채권을 담보하기 위하여, 채권자와 채무자(또는 제3자)사이에 채무자(또는 제3자)소유의 부동산을 목적으로 하는 대물변제예약 또는 매매예약 등을 하

2) 김숙자, "가등기담보의 입법론적 고찰", 「법조」, 제31권 제6호, 법조협회, 1982. 79면.

3) 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다 27611 판결 : 대법원 1991. 11. 22. 선고 91다 30019 판결; 대법원 1990. 1. 23. 선고 89다카 2115 판결

4) 우리나라 보다 약 5년 앞서 가등기담보계약에 관한 법률을 제정하였던 일본 역시 동법을 가등기담보압살법이라고 평가하기도 한다. (곽윤직, 「물권법 제7판」, 박영사, 2004. 386면.)

5) 「법률신문」, 1988. 4. 18. 제1743호.

6) 박준서, 「주석민법 물권(4)」, 한국사법행정학회, 2000. 452-453면.

고, 동시에 채무자의 채무불이행시에 채권자가 목적물의 소유권 기타의 권리를 취득함으로써, 채권의 만족을 얻을 수 있도록 소유권이전청구권보전의 가등기(또는 가등록)를 하는 담보형식을 말한다.[7] 이러한 가등기담보는 채권자의 담보목적 부동산에 대한 소유권이전등기청구권을 발생시키는 원인이 되는 기본계약을 표준으로 '대물변제예약형·매매계약형·매매예약형'으로 나눌 수 있고, 채무불이행시의 청산방법을 표준으로 '귀속(취득)청산형'·'처분청산형'으로 분류할 수 있다.[8] 즉 채권담보를 위하여 대물변제예약, 매매예약 또는 매매를 하고, 그 계약에 기하여 발생하게 될 장래의 목적물의 소유권이전청구권을 보전하기 위하여, 가등기(또는 가등기)를 해두는 방법을 취하는 비전형담보이다.[9] 이와 같이 가등기를 수반하는 대물변제예약이나 매매예약 등을 한 상태에서, 채무자가 채무불이행을 하게 되면, 채권자는 예약완결권을 행사하고 소유권이전등기를 함으로써 목적물의 소유권을 취득하게 되며, 이 소유권취득이라는 형식을 통하여 채권의 만족을 꾀할 수 있다.

가등기담보는 일단 이전등기를 하지 않기 때문에 절차가 간편하고 비용이 저렴하며, 그 소유권이 여전히 설정자(채무자)에게 남아 있다는 점에서 양도담보 보다 더 많이 이용되고 있었다.[10]

원래 가등기는 부동산물권의 변동을 목적으로 하는 청구권을 보전하기 위해서 행해지는 것으로써 후일에 본등기를 위하여 그 순위를 미리 확보해 두는 작용을 하게 된다. 그런데 본래의 의도와는 달리 실제거래에서는 채권담보를 위하여 소유권의 이전을 예약하고 이것을 가등기하는 방법이 일반적으로 오래 전부터 행해져 왔다. 그런데 등기부상으로는 가등기가 담보가등기인지 순위보전의 가등기인지의 여부를 판별하기가 쉽지 않다. 이에 대해 판례는 '가등기가 담보가등기인지 순위보전의 가등기인지의 여부는 그 등기부상 표시나 등기시에 주고 받은 서류의 종류에 하여 형식적으로 결정할 것이 아니고 거래의 실질과 당사자의 의사 해석에 따라 결정하여야 한다'고 한다.[11]

2. 유형

가. 대물변제예약형과 매매예약형

7) 김상용, 「물권법(전정판 증보)」, 법문사, 2003. 798면.

8) 한삼인, "가등기담보 등에 관한 법률의 판례분석", 「인권과 정의」, 통권 제373호, 대한변호사협회지, 2007. 109-128면.

9) 곽윤직, 전게서, 383면.

10) 김증한·김학동, 「물권법(제9판)」, 박영사, 1997. 580면.

11) 대법원 1992. 2. 11. 선고 91다 36932 판결

가등기담보의 형식으로는 대물변제예약과 매매예약이 많이 이용되고 있다. 이는 가등기담보를 구성하는 기본예약이 대물변제의 예약에 의한 것인가 매매의 예약에 의한 것인가 하는 것인데 전자는 채무불이행으로 인하여 채무자(또는 제3자) 소유의 부동산을 대물변제로써 채권자에게 귀속시키는 경우이고, 후자는 채무자(또는 제3자)소유의 부동산을 채권자가 매수하고 피담보채권으로써 매매대금에 충당시키는 경우이다. 매매의 예약에 의하는 경우도 있지만 대부분의 경우 대물변제의 예약에 의한다.[12] 그리고 양자 사이에 효과상의 차이가 있는 것은 아니다.[13]

나. 정지조건부 대물변제예약형과 진정한 대물변제의 예약형

대물변제의 예약이라고 할 때 이것을 엄격히 새긴다면 정지조건부 대물변제예약과 진정한 대물변제의 예약으로 나누는 것이 정설로 되어 있다.[14]

채무불이행이라는 사실이 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 진정한 대물변제의 예약형이라고 한다.[15] 현재에는 후자만이 인정될 뿐이다.[16]

다. 비청산귀속형, 처분청산형, 귀속청산형

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

처분청산형이란 채무자가 이행기를 경과하면 채권자는 담보권의 실행으로서 목적물을 제3자에게 환가처분 하여 그 대금으로부터 채무의 변제를 받고 그 나머지가 있으면 그 상당액을 채무자에게 반환하는 경우를 말한다.

귀속청산형은 채무불이행이 있으면 목적물의 소유권은 채권자에게 귀속되지만 그

12) 김용한. 「물권법론」. 박영사. 1996. 644면.
13) 권용우. 「물권법(도해식 민법 시리즈 Ⅱ)」. 법문사. 2000. 601면.
14) 김용한. "대물변제의 예약". 「월간고시」. 월간고시사. 1988. 1. 29면.
15) 柚木-高木多喜男. "擔保物權法". 「法律全集」. 第19券. 有斐閣. 1973. 543面.
16) 권용우. 상게서. 601면.

목적물의 가격을 평가하여 채권액을 초과하는 차액이 있는 경우 채무자에게 반환하는 형태의 가등기 담보를 말한다.

당초 우리나라에서는 제소전화해와 결부되어 비청산귀속형이 보통이었다.[17] 그런데 이러한 방식은 유담보의 실질을 가지는 것이므로 경제적 약자인 채무자가 폭리행위의 희생이 될 염려가 있어 민법 제607조 및 제608조를 통해 규제하게 되었다. 그러나 민법의 이러한 실체법적 규정만으로는 절차나 구체적 세부내용을 규제할 수 없기 때문에 가담법이 등장하게 되었음은 전술한 바와 같다. 즉 현행 가담법은 채권자의 폭리행위를 방지하기 위하여 비청산귀속형의 가등기담보를 인정하지 않고 있다(가담법 제3조 제1항, 제4조 제2항).[18]

3. 가등기담보권의 법적성질

가. 담보물권성

가담법은 가등기담보가 담보물권임을 명시적으로 규정하고 있지 않아 그 법적성질에 대하여 학설이 갈리고 있다. 즉 가등기담보는 소유권이전예약형의 담보방법으로서, 이는 근본적으로 소유권이전형의 담보방법에 속하고, 형식인 가등기가 내용인 담보보다 언제나 우월하며, 가등기에 기한 본등기가 행하여지면 소유권이전예약형은 소유권이전형에 흡수되기 때문에 소유권이전형인 양도담보의 본질을 신탁적 소유권이전으로 볼 수 밖에 없는 이상 소유권이전예약형인 가등기담보도 동일하게 보아야 할 것이라는 신탁적소유권이전설,[19] 가담법은 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 있는(가담법 제4조 이하)점에서 저당권과는 다른 변칙적특수담보물권으로 보는 설,[20] 가담법이 담보물권에 특유한 권리인 경매청구권, 우선변제권 등에 관하여 규정함으로써 가등기담보권자에게 저당권자와 유사한 지위를 부여하고 있다는 점 등을 근거로 가등기담보권을 특수한 저당권으로 보는 특수저당권설 등이 그것이다. 특수저당권설이 다수설[21]이며 법

17) 권용우, 전게서, 602면.
18) 권용우, 상게서, 602면.
19) 이영준, 「신정판물권법」, 박영사, 2001, 883면.
20) 김용한, "가등기담보권의 본질과 설정", 「월간고시」, 제139호, 월간고시사, 1985, 68면.

적 근거는 다음과 같다.[22]

첫째, 가등기담보권자가 목적물의 소유권을 취득하는 취득청산을 하더라도 가등기담보권자는 목적물의 소유권을 완전하게 취득하지 못하며, 목적물의 가액과 채권액의 차액을 청산금으로서 채무자에게 지급해야 하는 점은 가등기담보권자의 소유취득권 보다는 피담보채권액을 한도로 하는 가치취득권의 성격이 강하다. 더구나 청산금을 지급할 때까지는 다른 채권자에 의한 경매가 개시될 경우 가등기담보권은 목적물의 소유권을 취득할 수 없고 우선변제권으로 전환된다(가담법 제14조).

둘째, 채무불이행의 경우에는 가등기담보권자에게 목적 부동산에 대한 경매청구권의 행사를 인정하고, 그 경매에 관하여는 가등기담보권을 저당권으로 보고 있다(가담법 제12조).

셋째, 제3자에 의하는 경매절차에 있어서도 가등기담보권자는 가등기의 순위를 가지고 우선변제를 받게 된다(가담법 제13조).

넷째, 파산절차에 있어서는 별제권이 인정된다(가담법 제17조 제2항).

다섯째, 국세기본법·국세징수법·지방세법·채무자 회생 및 파산에 관한 법률 적용에 있어서도 가등기담보권을 담보물권으로 취급하고 있다(가담법 제17조 제3항).

그러나 가등기담보를 담보물권으로 구성하기에는 공시방법 불충분성 등의 문제가 있기 때문에 이를 특수저당권으로 보는 것은 타당하지 않으며, 변칙적 특수성을 갖는 일종의 담보물권으로 이해하려는 비판적 견해가 있다.[23]

나. 판례의 입장

우리나라에서는 민법 제607조·제608조와 같은 독특한 규정을 두고 있어서 이 규정을 중심으로 하여 대물반환예약의 담보적 측면에 관한 독창적인 판례법리가 전개되어 왔다. 초기 우리나라의 판례는 가등기담보라는 용어를 쓴 적은 있으나 가등기담보를 정면으로 인정했던 것은 아니고[24] 다만 가등기담보를 구성한 대물변제를 중심으로 법리를 전개해 오고 있었다.[25] 이 후 현행민법 제정과 더불어 민법 제608조가 신설되면

21) 곽윤직, 전게서, 386-387면 : 강태성, 「담보물권법」, 경북대학교 출판부, 1995, 348-349면 : 김용한, 전게서, 647면 : 이은영, 「물권법」, 박영사, 2000, 824면 : 지원림, 「제3판 민법강의」, 홍문사, 2004, 654면 : 황적인, 「현대민법론Ⅱ(물권법)」, 박영사, 1987, 387면.

22) 김상용, 전게서, 803면.

23) 김용한, 전게서, 648면.

24) 김기수, "가등기담보의 개념 설정과 제3자적 효력", 「현대민법학의 문제점」, 김증한박사 회갑기념논문집, 박영사, 1981, 429면.

서 대물변제예약에 관한 법적 평가를 통해 새로운 판례이론의 성립을 보게 되었다.

가등기담보에 관하여 판례는 명시적 표현을 하지 않고 있지만, '담보가등기의 피담보채권이 시효로 소멸하면 대상 토지의 소유권이전등기청구권의 소멸시효 중단 여부와 관계없이, 담보가등기와 그에 기한 소유권이전등기가 말소되어야 한다'는 견해를 취하고 있는 바,[26] 이는 채권이 성립하지 않으면 담보물권도 성립하지 않고, 채권이 소멸하면 담보물권도 소멸한다(민법 제369조)는 저당권(담보물권)의 부종성에 바탕을 둔 것이라고 볼 때, 가등기담보권을 일종의 특수저당권으로 파악하고 있는 것으로 보인다.[27]

다. 사견

채무불이행의 경우 가등기담보권자에게 목적 부동산에 대한 경매청구권의 행사를 인정하고, 그 경매에 관하여는 가등기담보권을 저당권으로 보고 있는 점(가담법 제12조), 제3자에 의하여 개시되는 경매절차에 있어서도 가등기담보권자는 가등기의 순위를 가지고 우선변제를 받게 되는 점(가담법 제13조) 등에 비추어 특수저당권으로 보는 것이 타당하다.

4. 입법례

가. 독일

영국과 미국, 프랑스는 우리나라의 가등기에 해당하는 제도가 없기 때문에 가등기담보제도 또한 성립할 여지가 없고, 독일에서의 가등기는 예비등기로서 등기허락서 또는 가처분에 의하여 행하여진다(독일민법 제885조). 그러나 독일에서는 가등기가 채권담보목적으로 전용되는 경우는 거의 없다. 그 이유는 금전소비대차가 일반적으로 금융기관을 통하여 이루어지고 있고, 이 경우의 채권담보는 저당권(독일민법 제1153조)으로써 충분히 커버되고 있기 때문이라고 한다.[28]

---

25) 대법원 1974. 12. 10. 선고 74다 1658판결

26) 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006다 12701 판결

27) 한삼인, 전게논문, 112면.

30) 박경량, "변칙담보", 「한국사법행정학회」, 민법학의 회고와 전망(민법전시행이십주년기념논문집), 1993. 429면.

나. 일본

일본의 경우는 우리보다 앞선 1978년에, 축적된 판례이론을 바탕으로 '가등기담보계약에 관한 법률'을 제정 공포하였다.

이 법률은 20개조의 조문으로 구성되어 있으며 그 주요내용은 다음과 같다.

첫째, 대물변제 등에 의한 소유권취득 절차의 특칙이다. 즉 금전채무불이행의 경우 그 이행에 갈음하여 채권자가 목적 부동산의 소유권을 취득할 것을 목적으로 하는 대물변제의 예약, 정지조건부 대물변제 등의 계약에 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.

둘째, 채권자에 대해 청산의무를 지우고 있다. 채권자는 통지가 채무자에게 도달한 날로부터 2개월이 경과하면 부동산의 소유권을 취득하게 되지만, 그 때에 있어서 목적부동산의 가액을 초과하면 채권자는 그 초과액에 상당하는 금전을 청산금으로서 채무자에게 지급하고 채권채무관계를 청산하여야 하며, 이 청산금의 지급의무와 부동산의 소유권이전등기 및 인도의무와는 동시이행의 관계에 서도록 하였다.[29]

셋째, 청산금을 둘러싼 이해관계인의 분쟁을 합리적으로 해결하는 방법을 마련하였다. 즉 대물변제의 예약에 의한 권리를 보전하기 위한 가등기가 된 후에 저당권 등기를 한 후순위권리자에게도 가등기권리자가 채무자에게 지급할 청산금의 통지를 받게 하고 통지를 받은 후순위권리자가 청산금에 불만이 있으면 채무자가 가진 청산금청구권을 압류하여 그 권리의 순위에 따라 우선변제를 받을 수 있게 하였다.

넷째, 채무자에게 환수권을 인정하였다. 채권자가 청산금의 지급채무를 이행하지 않으면 일정한 요건하에 채무자가 목적부동산을 환수할 수 있게 하였다.

5. 현행 가담법의 주요특징

가. 민법 제607조·제608조의 보완적 규정

가담법은 민법 제607조·제608조의 구체적인 실행절차법으로서의 성격을 부여하고 있다. 가담법은 그 규율대상을 "민법 제608조의 규정에 의하여 그 효력이 상실되는 대물반환의 예약(환매, 양도담보 등)에 포함되거나 병존하는 채권담보의 계약"에 한정하

31) 권용우, 전게서, 599면.

고 있다(가담법 제2조 1호). 또한 가담법은 그 목적을, "차용물의 반환에 관하여 차주가 차용물에 갈음하여 다른 재산권을 이전 할 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 규정함"에 두고 있다(가담법 제1조)

따라서 가담법은 조문의 규정에 비추어 볼 때 민법 제607조·제608조의적용이 있는 경우에만 적용되며, 그 이외의 경우에는 적용되지 않는다.[30]

나. 적용범위의 확장

가담법은 그 적용범위가 매우 넓다. 민법 제608조의 규정에 의해 그 효력이 상실되는 대물반환의 예약에 포함되거나 병존하는 채권담보의 계약에 의하여 가등기 또는 소유권이전의 본등기가 경료된 모든 유형의 비전형담보를 규율대상으로 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 가담법이 적용된다. 그리고 등록할 수 있는 권리에 의한 담보에도 적용된다(가담법 제18조).

일본의 가등기담보계약법이 양도담보를 적용대상에서 제외하고 있음에도 불구하고, 이를 참고로 하여 입법한 우리나라의 가담법이 양도담보까지 적용대상으로 한 이유는 "이른바 가등기담보만을 규제하면 당사자들이 이 법의 적용을 받지 않는 양도담보를 이용하여 여전히 변칙담보가 성행할 것이기 때문에 이 법에 의하여 변칙담보일반의 사적 실행을 모두 규제하려는 것"이라고 한다.[31]

일본의 가등기담보계약법 제1조는 동법이 적용되는 피담보채권의 종류를 금전채권에 한하고 있다. 이와 관련하여 우리의 가담법도, 적용되는 피담보채권의 종류가 제한되는가가 문제된다. 견해가 대립되고 있다. 가담법 제1조 및 제2조 1호에서는 민법 제608조에 의하여 효력이 상실되는 대물변제예약에 포함된 채권담보계약이 가등기담보계약이라고 규정하고 있기 때문에 동법의 적용을 받는 채권을 소비대차에 의하여 생긴 채권에 한정하여야 한다는 설과 소비대차 이외의 사유로 생긴 채권, 즉 외상거래로 생긴 상품대금채권에도 적용된다는 설이 대립한다.[32][33]

---

32) 양창수, "가등기담보등에 관한 법률의 현황과 문제점", 「민사판례연구」, 민사판례연구회편, 박영사, 1991. 389면.

33) 곽윤직, "가등기담보 등에 관한 법률의 문제점", 「법학」, 제26권 제1호, 서울대학교, 1985. 50면.

그러나 가담법 제1조에 피담보채권이 소비대차계약상의 채권만으로 한정되어 있고, 상품대금이나 불법행위 부당이득 기타의 채권은 적용이 없는 것으로 되어 있으므로 특별법으로 제정된 취지를 살려 가담법상 피담보채권의 적용범위를 소비대차에 기한 채권에 한하는 것이 타당하다고 생각한다.[34]

한편 가등기담보물의 가액이 피담보채권액보다 부족한 경우에는, 가담법 제1조의 "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."와 제2조 1호의 "담보계약이라 함은 민법 제608조의 규정에 의하여 그 효력이 상실되는 대물반환의 예약(환매, 양도담보)에 포함되거나 병존하는 채권담보계약을 말한다" 라는 규정에 따라 가담법의 적용이 없다고 해야 할 것이다. 판례의 태도도 같다.[35]

다. 청산절차와 실행방법

가담법 제정 이전에는 가등기담보에 관한 분쟁이 청산절차에 집중되었다는 점을 감안하여 가담법 제3조 이하에서는 청산절차를 명문으로 규정하고 있다. 즉 채권자가 담보권을 실행하여 그 담보목적 부동산의 소유권을 취득하기 위해서는 그 채권의 변제기 후에 평가액을 채무자 등에게 통지하고, 그 통지가 채무자 등에게 도달한 날로부터 2월이 경과하여야 한다(가담법 제3조 1항). 그리고 청산금의 지급의무와 가등기에 기한 본등기 이행 및 목적물 인도채무를 동시이행관계로 규정하고 이에 반하는 특약은 무효로 하였다(가담법 제4조 제3항·제4항). 그리고 청산금은 실행통지 당시의 목적부동산의 가액에서 그 시점의 피담보채권을 공제한 차액이다(가담법 제4조 1항 전단).[36]

가담법에 의한 청산절차에 따르면 처분청산방법은 허용되지 않으므로 가담법 제정

---

34) 김용한. 전게서. 649면 : 황적인. 전게서. 397면.

35) 곽윤직. 전게서. 388면 : 이영준. 전게서. 903면 : 김상용. 전게서. 806-807면 : 고상룡.「물권법」. 법문사. 2001. 747-748면 : 이상태.「물권법」. 법원사. 2000. 459-460면 : 강태성.「신판물권법」. 대명출판사. 2004. 1222면 : 권용우. 전게서. 632면.

36) 조동원. "가담법의 법적성질과 문제점".「부동산법학의 재문제」. 박영사. 1992. 523면.

37) 조동원. 상게논문. 523면 : 대법원 1991. 9. 24. 선고 90다1365 판결 : 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다27611 판결

36) 윤천희. "가등기담보법". 한국사법행정학회. 1986. 77-75면.

전에 인정되던 귀속청산과 처분청산은 귀속청산으로 일원화 되었고 귀속청산에 의하지 않는 한 경매에 의하도록 하고 있다(가담법 제12조 1항).

라. 소유권취득의 특례와 후순위 권리자의 보호

가담법은 채권자에게 이미 소유권이전등기가 되어 있더라도 소유권이전등기가 채권담보의 목적인 이상 그것만으로는 실질적인 소유권을 취득하지 못하고, 청산기간 경과 후 채무자 등에게 청산금을 지급하여야만 대내외적으로 목적부동산의 소유권을 취득한다고 규정하고 있다(가담법 제4조 제2항). 따라서 채권자 명의로 소유권이전등기가 되어 있더라도 청산금을 지급할 때까지는 채권자는 실질적 소유권자가 아니므로 당해 부동산에 대한 처분권한도 없게 된다.

또한 가담법은 가등기담보권자가 귀속청산의 방식으로 담보권을 실행하기로 한 경우, 담보가등기권리자가 채무자 등에게 지급하여야 할 청산금에 대하여 후순위권리자는 자신의 권리를 행사할 수 있도록 하였다(가담법 제5조 제1항). 그리고 담보가등기권리자는 후순위권리자에게 청산금에 관한 일정한 내용의 통지를 하도록 규정하고(가담법 제6조), 채무자는 청산기간의 경과 전에 한 청산금에 관한 권리의 양도 기타 처분 및 위 통지전의 청산금 지급은 후순위권리자에게 대항하지 못한다고 규정하고 있다(가담법 제7조). 또한 후순위권리자는 청산기간 내에 한하여 그 피담보채권의 변제기 도래전이라도 목적부동산의 경매를 청구할 수 있다(가담법 제12조 2항).

마. 채무자 등의 등기말소청구권

가담법은 채무자 등이 청산금채권을 변제받을 때까지 그 채권액(반환시까지의 이자와 손해금 포함)을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 마친 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있도록 하고 다만, 그 채무의 변제기가 지난 때부터 10년이 경과하거나 선의의 제3자가 소유권을 취득한 경우에는 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없도록 하였다(가담법 제11조).

따라서 청산금을 지급하기 전까지 채권자는 무권리자임에도 불구하고 채권자가 자기명의로 소유권이전등기가 되어 있음을 기화로 선의의 제3자에게 이를 처분하였을 경우 제3자는 유효하게 소유권을 취득할 수 있게 된다.

다만 이 규정은 청산금의 지급 없이는 소유권이전등기가 이루어 질 수 없는, 청산대상 담보가등기에는 사실상 적용될 여지가 없다.

바. 가등기의 실체적 효력

본래 가등기는 예비등기로써 순위보전의 효력 외에 가등기 자체에 기해서는 특별한 효력이 인정되지 않는다. 그러나 가담법은 가등기담보의 목적부동산이 다른 채권자에 의해 경매 개시된 경우에 담보가등기권리자는 가등기인 채로 그 가등기의 순위에 의하여 우선변제권을 행사할 수 있다. 따라서 이 경우에는 담보가등기가 본등기의 기능과 효력을 갖는 것으로 의제된다(가담법 제13조).

6. 가등기담보계약과 가등기

가. 가등기담보계약

가등기담보계약은 채무를 담보하기 위하여 그 불이행이 있을 때에는 채무자 또는 제3자의 부동산에 대한 소유권 기타 권리를 채권자에게 이전하기로 하는 계약이다. 즉 가등기담보계약은 가담법 제2조 제1호에서 규정한 담보계약으로서, 민법 제608조의 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 함께 또는 따로 행하여질 수 있다.

담보되는 채권의 발생원인은 묻지 않는다. 따라서 물품대금채권이라든가 공사대금채권[37] 등과 같이 소비대차 이외의 사유로 발생한 채권을 담보하기 위한 가등기담보계약도 유효하다. 다만, 가담법은 그 적용대상을 소비대차시의 채권 확보를 위한 대물반환의 예약에 기초한 가등기 내지 양도담보에 한정하고 있다.(가담법 제1조) 판례도 이에 따른다.[38] 그러나 학설은 소비대차 이외의 사유로 발생한 채권을 담보하기 위한 가등기담보도 가담법의 적용 내지 유추적용의 대상으로 보아야 한다고 한다.[39]

또한 장래의 특정된 채권 또는 증감 변동하는 채권도 피담보채권이 될 수 있다.[40] 그리고 가등기담보 중에서 담보 목적물의 가액이 예약당시의 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에 해당하는 가등기담보만이 가담보의 적용대상이 된다.

---

37) 권용우. 전게서. 598면.
38) 대법원 1990. 6. 26. 선고 88다카 20392 판결
39) 권용우. 전게서. 603면 : 김증한 · 김학동. 전게서. 583면 : 이영준. 전게서. 988면.
40) 권용우. 상게서. 603면.

담보목적물의 가액이 피담보채권액에 미치지 못하는 경우에는 굳이 가담법을 적용하여 채무자를 보호할 필요가 없기 때문이다. 따라서 이러한 경우에는 가담법 제3조가 정하는 청산금 평가액의 통지를 할 필요도 없다.[41]

가등기담보계약의 당사자는 채권자와 채무자이다. 다만 담보설정자는 채무자 이외의 제3자일 수 있다. 또한 가등기담보 취득자도 채권자에 한하지 않는다는 견해가 있다.[42]

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).[43]

나. 가등기

가등기 담보가 성립하고 효력을 발생하기 위해서는 가등기 또는 가등록을 갖추어야 한다. 가담법은 이를 담보가등기(채권담보를 목적으로 경료된 가등기를 말한다)라고 한다. 본래 의미에 있어서의 가등기는 순위보전의 효력만이 인정되나(이른바 보전가등기), 담보가등기에는 그 밖에 실체법적 효력이 인정된다. 즉 담보가등기의 목적물이 다른 채권자에 의하여 경매에 붙여진 경우에, 가등기담보권자는 가등기인 채로 그 가등기의 순위를 가지고 우선변제권을 행사할 수 있다(가담법 제13조). 그 순위에 관하여 담보가등기권리를 저당권으로 본 결과다.

7. 가등기담보권의 효력

가. 일반적 효력

(1) 가등기담보권의 효력이 미치는 범위

가등기담보권의 효력이 미치는 피담보채권의 범위에 대하여는 저당권에 관한 민법 제360조가 적용되어야 한다고 보는 것이 통설적 견해이다.[44] 판례는'가등기담보채권자가 가등기담보권을 실행하기 이전에 그의 계약상 권리를 보전하기 위하여 가등기담보채무자의 제3자에 대한 선순위 가등기담보채무를 대위변제하여 구상권이 발생하였다

41) 대법원 1991. 11. 22. 선고 91다 30019 판결
42) 김증한 · 김학동, 전게서, 584면.
43) 권용우, 전게서, 603면.
44) 지원림, 전게서, 657면.

면 특별한 사정이 없는 한 이 구상권도 가등기담보계약에 의하여 담보된다고 보는 것이 상당하다'라고 판시하고 있다.[45]

또한 가등기담보권의 효력이 미치는 목적물의 범위는 보통 설정계약에서 정하여 진다. 그리고 저당권에서와 같이 불가분성과 물상대위성이 인정되며 부합물 또는 종물에 대해서는 설정계약이나 법률에 달리 정함이 없는 한 가등기 담보권의 효력이 미친다고 할 것이다(민법 제358조.359조).

(2) 대내적 효력

가등기담보권설정자는 원칙적으로 가등기담보권의 실행이 있기까지 소유자로서 아무런 제한 없이 담보목적물을 사용·수익할 수 있고, 제3자에게 용익권을 설정하여 그 제3자로 하여금 사용·수익하게 할 수 있는 반면 조세나 공과금을 부담한다.

가등기 담보권설정자가 담보목적물의 가치를 감소시킨 경우에 가등기담보권자는 방해의 제거 또는 예방을 청구할 수 있으며, 그 침해로 인하여 피담보채권의 완전한 만족을 얻을 수 없음에 따라 손해가 발생하면 그 손해의 배상을 청구할 수 있다. 또한 가등기담보권자에게 책임 있는 사유로 인하여 담보목적물의 가액이 현저히 감소된 경우에 가등기담보권자는 기한의 이익을 상실한다.

(3) 대외적 효력

가등기담보권자는 담보권의 실행에 앞서 투하자본을 회수하는 방법으로 그 권리를 제3자에게 양도할 수 있다. 제3자가 담보목적물의 가치를 감소시킨 경우에 가등기담보권자는 방해의 제거 또는 예방을 청구할 수 있으며, 그 침해로 인하여 피담보채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 되는 손해가 발생하면 그 손해의 배상을 청구할 수 있다.

목적부동산에 대하여 다른 채권자의 경매신청에 따른 경매개시 결정이 있으면 가등기담보권자는 그 경매절차에서 우선변제권을 가진다(가담법 제13조).

그 외 가등기담보권설정자가 파산한 경우에 가등기담보권자는 별제권을 가지며 가등기담보권설정자에 대한 회사정리 절차가 개시된 경우에 가등기담보권은 정리담보권으로 취급된다.

나. 가등기담보권의 실행

(1) 권리취득에 의한 사적 실행

45) 대법원 2002. 6. 11. 선고 99다 41657 판결

담보채권의 변제기가 도래하였음에도 불구하고 채무자가 이행하지 않는 경우에 가등기담보권자가 담보목적물의 가치로부터 피담보채권을 변제받기 위하여 목적부동산에 대한 소유권을 취득하는 것이다. 그러나 가등기담보권자에 의한 소유권의 취득은 채무자의 채무불이행시에 즉시 할 수 있는 것은 아니며, 그에 앞서서 채무자 등에게 일정사실을 알리는 실행통지를 하여야 한다. 실행통지 후 2개월의 청산기간이 지나면 가등기담보권자는 목적부동산의 소유권을 취득할 수 있게 된다. 그러나 만약 목적부동산의 가액이 채권액을 넘고 있으면 그 차액을 채무자 등에게 지급하여 반드시 청산을 하여야 한다. 그러므로 이 실행방법은 실행통지·청산·소유권취득의 3단계를 거치게 된다.

가등기 담보권자는 귀속청산의 방법으로 가등기담보권을 실행하겠다는 통지를 함에 있어서 통지사항은 청산금의 평가액이며, 이 평가액은 채권자의 주관적인 기준에 근거하여 산출되었더라도 실행통지로서의 효력이나 청산기간의 진행에 영향을 미치지 않는다.[46] 통지의 상대방은 채무자 등[47]이며 상대방이 수인이면 그들 모두에게 실행의 통지를 하여야 하고 일부에 대하여 누락이 있으면 통지의 효력이 발생하지 않는다.[48] 통지의 시기는 피담보채권의 변제기 이후이기만 하면 언제라도 무방하다(가담법 제3조 제1항). 통지의 방법에는 아무런 제한이 없다.[49]

실행의 통지가 채무자 등에게 도달한 날로부터 2월이 경과하기 까지 채무자의 변제가 없으면, 가등기담보권자는 청산에 들어가게 되는데 이 때 2월의 기간을 '청산기간'이라고 하며 통지의 상대방이 수인인 경우에는 그들 모두에게 통지가 도달한 날로부터 청산기간을 기산한다.[50]

청산금은 가등기담보권자가 청산기간이 경과 한 후에 실행통지 당시의 목적부동산의 가액에서 그 시점의 피담보채권액을 공제한 차액인 청산금을 채무자 등에게 지급하여야 한다. 이 때의 청산금은 객관적인 평가에 의하여 산정된 것이라야 한다.

청산금지급청구권자는 채무자·목적부동산의 물상보증인·목적부동산의 제3취득자 등이며(가담법 제4조제1항 제2조 제2호), 청산금지급채무는 2월의 청산기간이 경과한 후에 발생하고 청산금의 지급방법은 원칙적으로 일반적인 채권의 변제에서와 같다.

적법한 청산절차를 거쳐 2월의 청산기간이 경과하면, 가등기담보권자는 채무자 등을 상대로 하여 목적부동산에 관하여 그 가등기에 기한 소유권이전의 본등기청구권을 행

46) 대법원 1996. 7. 30. 선고 96다 6974 판결

47) 채무자와 목적부동산의 물상보증인 및 가등기담보후에 소유권을 취득한 제3자를 말한다.

48) 대법원 2002. 4. 23. 선고 2001다 81856 판결

49) 대법원 2001. 8. 24. 선고 2000다 15661 판결

50) 청산기간은 채무자 등에게 피담보채무를 변제하여 가등기담보권을 소멸시킴으로써 담보부동산의 소유권 상실을 방지할 수 있는 기회를 주고 또한 이해관계자들 간의 이해관계를 조정하기 위한 것이다.

사할 수 있다(가담법 제4조 제2항).

가등기담보권자의 본등기청구권의 행사에 대하여 채무자 등은 청산금지급 청구권에 기하여 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다. 이에 반하는 특약으로 채무자 등에게 불리한 것은 그 효력이 없다(가담법 제4조 제4항). 본등기청구권을 행사하여 자기 앞으로 소유권이전등기가 경료되면 채권자는 담보목적물의 소유권을 취득한다(민법 제186조).

가등기담보권자가 본등기의 경료로 타인의 토지위에 건물소유권을 취득하는 경우에는 가담법 제10조에 의해 토지에 대한 법정지상권을 취득한다.[51]

(2) 경매에 의한 공적실행

가등기담보권자는 권리취득에 의한 실행을 하지 않고 목적부동산의 경매를 청구할 수 있다(가담법 제12조). 그리하여 매각대금으로부터 자기 채권에 대한 우선변제를 받을 수 있다. 경매에 의한 실행에 있어서 가등기담보권은 저당권으로 본다(가담법 제12조 제1항). 여기서 '저당권으로 본다' 라는 표현은 담보가등기가 경료된 때에 저당권 설정등기가 있었던 것으로 법률상 다루어진다는 의미를 갖는다. 따라서 담보가등기가 설정된 때를 기준으로 해서 가등기담보권의 우선순위를 결정하게 된다.

판례는 경매에 의한 실행방법 외에 처분청산형의 가등기담보권의 실행은 가등기담보법상 허용되지 않는다고 한다.[52]

다. 경매에서 가등기담보권자의 배당참가

가등기담보의 목적물에 대하여 제3자에 의한 경매가 진행되는 경우에 가등기 담보권자는 그 배당에 참가하여 우선변제를 받을 수 있다.

가등기담보권자도 경매절차상의 이해관계인에 해당하지만 가담법은 그와 별도로 가등기담보권자에 대하여 채권신고에 관한 규정을 두고 있다. 즉 등기부상의 기재만으로는 가등기가 담보가등기인지 보전가등기인지를 구별하기가 어려우므로 경매법원은 가등기권리자에 대하여 그 가등기가 담보가등기라면 그 내용 및 채권의 존부, 원인 및 수액을 신고할 것을 최고하여야 한다(가담법 제16조 제1항). 담보가등기가 경료 된 부동산에 대하여 경매 등이 행하여진 경우에 담보가등기 권리는 그 부동산의 매각에 의하여 소멸한다(가담법 제15조).

---

51) 이은영. 「민법 I」. 박영사. 1999. 816면.

52) 대법원 2002. 4. 23. 선고 2001다 81856 판결

8. 가등기담보권의 소멸

가. 일반적 소멸사유

담보가등기권리가 물권 일반에 공통된 소멸원인 및 담보물권에 공통된 소멸원인에 의하여 소멸함은 물론 경매, 제3취득자의 변제 등에 의하여서도 소멸한다.

나. 담보가등기권리에 특유한 소멸사유

담보가등기권리는 그 담보권의 실행이 종료되거나 다른 경매절차에서 우선변제권을 행사함으로써 소멸한다.

가담법 제11조에 의한 말소청구에 따라 또는 동조 단서의 사유가 발생한 경우에 담보가등기권리는 소멸한다.

Ⅲ. 가등기담보제도의 유용성 제고방안

1. 가등기담보제도의 사회적 작용

가등기담보가 비전형담보임에도 불구하고 거래계에서 선호되어온 배경에는 다음 몇 가지의 이유 때문이라고 할 수 있다.

첫째, 전형담보의 대표적인 유형인 저당권의 실행은 경매에 의하게 되는데 절차가 번잡하고 비용이 많이 든다. 또한 경매에 있어서는 목적물이 시장가격보다 저렴한 가격으로 처분되는 것이 상례이어서 채권자에게 불리하다. 이에 반하여 가등기담보에 의하면 절차가 간편하고 사적 실행에 의하여 피담보채권의 만족을 얻을 수 있으므로 채권자에게 유리하다. 그리고 가등기의 등록세가 본등기에 비해 저렴하다. 이러한 장점은 당연히 가등기담보를 선호하게 하는 요인이 될 수 있다.

둘째, 전형담보에 비하여 담보목적물이 다양하다는 점이다. 즉 가등기담보에 의하면 부동산이나 특정의 동산(자동차, 건설기계, 항공기 등)이외에도 각종의 권리나 계약상의 지위에 대해서도 담보를 설정할 수 있다.

셋째, 채권자로서는 채권담보 이상의 효과를 노린다. 즉, 대물변제 또는 매매의 예약의 효력으로서 목적물의 소유권을 취득하겠다는 의도를 내포하고 있다.

넷째, 담보의 목적인 부동산의 소유권이 아직 설정자에게 남아 있기 때문에 담보가치가 남아 있는 한 후순위 담보권의 설정이나 권리의 처분이 가능하다.[53]

결국 가등기담보는 채권자에게 보다 유리한 측면이 있음을 알 수 있다. 이에 따라 채권자의 폭리가능성과 채무자의 회생을 염려하여 규제를 강화한 가담법이 탄생되었음은 앞에서 본 바와 같다. 그러나 자금의 융통은 채권자 즉 자금을 빌려 주는 자에게 이득이 있을 때 활성화 된다. 따라서 채권자에게 불리한 지나친 규제는 채권자의 자금대여 의욕을 위축시킨다. 가담법의 제정으로 채무자는 보호될 수 있었으나 채권자들이 가등기담보에 대한 매력을 상실하고 관심을 두지 않게 됨에 따라, 결과적으로 가등기담보를 통해 손쉽게 자금을 융통하던 채무자들에게 오히려 자금융통의 불편을 안겨주게 되었다.

본래 가담법의 제정취지는 가등기담보제도를 유명무실화하기 위한 것은 아니었다. 분명한 것은, 가담법이 제정되기 이전에는 가등기담보 제도가 서민금융은 물론 일반 거래계에서 매우 선호되고 있었던, 유용한 담보제도였다는 사실이다. 그렇다면 가등기담보가 갖는 폐해를 최소화 시키면서 유용성은 최대한으로 높일 수 있는 방안은 무엇일까를 생각해 본다.

2. 담보목적물 가액결정의 합의

가담법의 제정으로 인해 종래의 채권자가 매력을 잃었던 이유 중 한 가지는 가등기담보 실행단계에서의 귀속청산 문제를 들 수 있다.

채권자 입장에서는 가등기담보를 실행함에 있어 손쉽게 소유권을 취득할 수 있는 처분청산형이 상대적으로 유리하지만, 채권자가 폭리를 취할 가능성이 있기 때문에 가담법은 가등기담보에 관한 한 처분청산형을 금하고 있다(가담법 제3조 제1항, 제4조 제2항).

그런데 귀속청산을 하기 위해서는 사전에 채무자 등에게 일정사실을 알리는 실행통지를 하여야 하고, 통지 후 2개월의 청산기간이 지나야만 가등기담보권자는 목적부동산의 소유권을 취득할 수 있게 된다. 그러나 만약 목적부동산의 가액이 채권액을 넘고 있으면 그 차액을 채무자 등에게 지급하여 반드시 청산을 하여야 한다. 그러므로 가등기담보권자가 소유권을 취득하려면 실행통지 · 청산 · 소유권취득 이라는 3단계의 절차가 필요하다. 바로 이점에서 채권자는 '가등기담보제도는 번거롭다' 는 인식을 일차적으로 갖게 된다.

---

53) 김증한, 「물권법」, 박영사, 1985, 471면.

이에 대해 비록 귀속청산의 방식이 가등기담보권자에게는 마이너스요인으로 작용하지만 그 정도는 수용하여야 할 것이라는 견해가 있다.[54] 그러나 가등기담보제도의 유용성에 대한 마이너스요인이 있다면 이를 수용하기보다는 개선하는 것이 필요하다.

귀속청산의 방식에 있어 특히 채권자가 번거롭다고 느끼는 부분 중 하나는 목적물의 평가부분이다. 대부분의 경우 채권자의 평가와 채무자(또는 물상보증인)의 평가는 상충되며 합의점을 도출하기가 쉽지 않다.

이에 목적물의 평가를 가등기담보권 실행단계가 아닌 가등기담보계약 설정단계에서 하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 가등기담보계약은 채무를 담보하기 위하여, 그 불이행이 있을 때에는 채무자 또는 제3자의 부동산에 대한 소유권 기타 권리를 채권자에게 이전하기로 하는 계약으로서 대물반환의 예약에 기초하고 있다.

그리고 귀속청산의 대상이 되는 가등기담보는 담보 목적물의 가액이 예약당시의 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에 해당하여야 한다. 즉 가등기담보계약 당시에 담보목적물의 가액 평정이 이루어져야 함을 전제로 하고 있는 것이다.

그렇다면 이 때 이루어지는 담보목적물의 가액 평정을 채권자와 채무자(도는 물상보증인)간의 합의에 의하도록 하자는 것이다. 이렇게 하는 이유는, 추후 채무자가 채무를 불이행함으로 인해 청산절차에 이르더라도 담보 목적물의 평가액이 서로 달라 채권자와 채무자(또는 물상보증인)가 다투는 문제는 발생하지 않을 것이며, 채권자 역시 이미 합의 했던 목적물의 가액에서 채무원금과 이자 등을 공제하고 반환(또는 공탁)하기만 하면 되므로 청산절차가 매우 간편해 지는 장점이 있기 때문이다. 그리고 채권자와 채무자(또는 물상보증인) 간에 합의된 목적물의 가액은 등기부에 기재하여 목적물의 담보가치에 대한 정보를 공시함으로써 후순위권리자를 보호할 필요가 있다. 물론 통지를 위하여서나 채무자에게 마지막 변제기회를 주기 위하여 청산기간은 현행대로 유지한다.

다만 대물반환예약을 기초로 가등기담보계약이 이루어 진후, 반환대상인 목적물의 합의 가액이 가등기담보계약 당시의 가액에 비하여 현저하게 상승함에 따라 채무자(또는 물상보증인)가 불리해 지는 경우에는 어떻게 할 것인가가 문제될 수 있다.[55]그러나 이 경우에도 당초의 담보 목적물 가액을 견지하는 것이 옳다. 왜냐하면 가등기가 되어 있더라도 처분권은 여전히 채무자(또는 물상보증인)에게 남겨져 있으므로, 채무자는 청산기간 내에 목적물을 제3자에게 처분하여 상승분을 보전할 수 있기 때문이다. 또한

54) 김상수, "가등기담보의 활성화 방안에 관한 연구", 「민사법학」, 제29호, 삼진인쇄공사, 2005. 229-252면.

55) 이러한 문제 때문에 청산제도를 두고 있다고 할 수 있으며, 이는 일응 공정한 것처럼 보인다. 그러나 실상 그 평가액은 통상적으로 시세보다 낮게 나타나는 등 타당성을 결여한 경우가 대부분이며 이로 인한 당사자간의 분쟁은 가등기담보제도를 회피하는 원인이 되고 있다.

대부분의 가등기담보가 단기 자금융통에 이용되고 있음을 감안해 볼 때 목적물의 단기 급등 예는 극히 예외적이라고 할 수 있다.

3. 공시방법의 보완

가등기담보의 목적물이 다른 채권자에 의하여 경매에 붙여질 경우에 가등기담보권자는 가등기인 채로 그 가등기의 순위를 가지고 우선변제권을 행사할 수 있다(가담법 제13조). 즉 가등기담보에는 이와 같이 실체적 효력이 있음에도 불구하고 등기부에는 청구권보전의 가등기와 마찬가지로 소유권이전청구권을 보전하는 형식으로 기재되며, 피담보채권으로서의 원본과 이자 등은 등기되지 않는다. 특히, 매매예약이나 매매계약에 의한 가등기담보에서는 그것이 채권담보를 위한 것이라는 사항조차도 등기되지 않는다. 다만 대물변제예약에 의한 가등기담보에서는 대체로 그것이 채권담보를 위한 것으로 추정되기는 한다.[56] 「가등기에 관한 업무처리지침」이 담보가등기의 신청에 관하여, 대물반환의 예약을 원인으로 가등기신청을 할 경우 등기신청서 기재사항 중 등기의 목적은 본등기 될 권리의 이전담보가등기(예 : 소유권이전담보가등기, 저당권이전담보가등기 등)라고 기재하도록 규정하고 있기 때문이다(동지침 제2호 '다'목).[57]

그러나, 위 지침에 따른 공시는 가등기담보권에 관한 공시방법으로 충분하지 않다.[58] 그 이유로는 첫째, 동지침은 대물반환의 예약을 원인으로 한 가등기신청 및 그에 기한 담보가등기에 한정되어 적용되므로, 어떠한 가등기가 담보의 목적으로 이루어졌다 하더라도 당사자들이 그 가등기신청을 할 때 등기원인을 대물반환의 예약으로 기재하지 않고 가령 매매계약으로 기재한 때에는 위 지침은 적용되지 않으며, 둘째, 위 지침이 적용되는 가등기의 경우에도 가령 피담보채권액 등은 등기사항이 아니기 때문이다.[59] 여기에서 가등기담보권이 담보물권임을 감안한다면, 담보가등기를 본래의 의미의 보전가등기와 구별할 수 있도록 피담보채권의 금액을 등기부상에 기재하도록 하여야만 목적물의 담보가치를 효율적으로 이용할 수 있고, 후순위권리자 등 이해관계인과의 법률관계를 합리적으로 조정할 수 있다는 주장이 제기되고 있다.[60]

---

56) 강태성, 전게서, 1216면.

57) 2002. 08. 14. 등기예규 제1057호로 제정된 「가등기에 관한 업무처리지침」 참조.

58) 김정현, "민법 제607조·제608조의 출발점에 대한 근본적인 반성과 재구성 -가등기담보법의 제정과 관련하여-", 「민사재판의 제문제」, 3. 한국사법행정학회, 1985. 122면.

59) 양창수, 「민법연구 1권」, 박영사, 1993. 319면.

60) 공순진, "가등기담보 등에 관한 법률의 주요 문제점", 「재산법연구 4(1)」, 한국재산법학회, 1993. 181면.

이에 덧붙여, 가등기담보 계약 당시에 채권자와 채무자(또는 물상보증인)간에 합의된 담보목적물의 가액을 등기부에 기재함으로써, 추후 청산단계에서의 담보목적물 가액을 명확하게 하고, 후순위권리자 등이 목적물의 담보가치를 용이하게 파악하는 데에도 도움이 되게 할 필요가 있다.

4. 경매우선주의의 제한

가담법은 담보가등기를 마친 부동산에 대하여 강제경매 등의 개시 결정이 있는 경우에 그 경매의 신청이 청산금을 지급하기 전에 행하여진 경우(청산금이 없는 경우에는 청산기간이 지나기 전)에는 담보가등기권리자는 그 가등기에 따른 본등기를 청구할 수 없도록 함(가담법 제14조)으로써 경매우선주의를 취하고 있다.

이러한 경매우선주의로 인해 가등기담보의 목적물에 대한 공적 집행의 진행은 사적 실행의 절차장애 사유가 된다.[61] 따라서 경매우선주의는 귀속청산과 더불어 가등기담보제도를 위축시키는데 결정적인 역할을 한다.

경매신청인에 관하여는 아무런 제한이 없으므로, 민법이나 민사집행법 그 밖의 법률에 의하여 적법하게 경매신청(일반채권자의 강제 경매신청이든 담보권에 기한 임의경매이든 관계없다)을 할 수 있는 사람은 누구든지 경매신청을 할 수 있다. 후순위권리자는 그 피담보채권의 변제기도래 전에는 청산기간에 한하여 경매신청을 할 수 있으나, 변제기가 도래한 후에는 언제든지 경매신청이 가능하다.

위와 같이 사적 실행이 완료되기 전(청산완료 전)에 가등기담보권자보다 후순위인 담보권자 또는 일반채권자의 신청에 의한 경매절차가 개시되면, 양자의 착수의 전후를 묻지 않고 경매절차가 우선된다(가담법 제14조). 이에 따라 가등기담보권자는 청산완료 후(또는 청산금이 없으면 청산기간만료 후)가 되어야, 그 후에 이루어진 후순위권리자의 신청에 의한 경매절차를 배제할 수 있다.

후순위권리자의 신청에 의해 개시된 경매가, 선순위가등기담보권자의 사적 실행보다 우선한다는 이른바 경매우선주의를 이해하는 데에는, 가담법의 모법이라 할 수 있는 일본의 가등기담보계약법의 입법이유가 참고가 된다.[62] 즉 일본의 경우, 입법자의 의도는 가등기담보권자와 후순위권리자간의 배당을 둘러싼 문제를 타당하게 조정할 수 있는 방법은 경매절차뿐이고, 보다 적절한 새로운 절차를 만드는 것도 곤란하며, 가등기담보권자에게도 우선변제가 인정 되므로, 굳이 소유권취득권능을 고집할 필요가 없

61) 김상수, 전게논문, 244면.
62) 김상수, 전게논문, 248면.

다는 정책적 고려에 의한 것이다.[63] 또한 이에 대한 이론적 근거로는, 경매절차를 통한 목적부동산의 가치의 유지나 적정한 매각가격의 형성기능, 그리고 배당을 둘러싼 다툼에 대한 충분한 절차보장이라는 두 가지 면을 들고 있다.[64]

정리하면, 가등기담보권자는 경매를 통해 우선변제를 받을 수 있고, 후순위권리자 등에 대한 권리관계 또한 무리 없이 해결이 가능하므로, 이를 위해 경매우선주의가 취해졌다고 이해할 수 있다. 그러나 경매우선주의를 취하게 된 결과는, 가등기담보제도도 보통의 저당권과 다를 바 없다는 인식을 주었고, 이러한 인식은 굳이 가등기담보를 이용할 필요성을 느끼지 않게 함으로써, 가등기담보제도를 퇴화시킨 또 하나의 원인이 된 것이다.

따라서 가등기담보의 이용도를 높이기 위해서는, 이용을 저해하는 요인 중 하나인 경매우선주의를 제한하여야 한다. 즉 담보가등기가 최선순위일 경우에는, 경매우선주의를 제한하여 가등기담보권자의 사적 실행을 보장하여야 한다.

물론 경매우선주의를 제한할 경우, 후순위권리자나 채무자 등의 권리보호를 염려할 수 있다. 그러나 후순위권리자는 가등기담보권자의 청산(귀속청산)단계에서 청산금에 대한 교부청구를 할 수 있으며, 물상대위 또한 가능하므로 후순위권리자가 특별히 불리하다고 할 수 없다. 뿐만 아니라 후순위권리자는 목적물의 담보권을 획득함에 있어 당연히 가등기담보의 존재를 알고 있었으므로 불측의 손해를 볼 여지도 없다.

채무자의 보호 또한 귀속청산방식을 취하는 한 큰 문제가 되지 않는다. 특히 가등기담보의 등기시에 피담보채권액도 함께 등기를 하게 한다면, 채무자나 후순위권리자 등이 불이익을 당하는 일도 적어질 것이다.[65]

또한 채무자에 대한 권리로서 가등기담보권보다 선순위인 권리가 있을 수 있다. 예컨대 민법 제367조의 유익비, 소액임차보증금·최종3개월분의 임금과 최종3년간의 퇴직금 및 재해보상금, 담보목적물에 부과된 국세·지방세와 가산금(소위 당해세)등이다. 이러한 부담은 본등기를 하는 가등기담보권자가 인수하는 것으로 하여야 한다. 즉 청산기간만료 시까지 권리관계를 신고하도록 하고 이를 청산금에서 공제하여 가등기담보권자가 인수하도록 하는 방법이다.

그 밖에 경매우선주의를 제한하였을 경우 생각해 볼 수 있는 문제점으로는, 당해 목적물을 담보로 하여 자금을 융통해 줄 후순위권리자가 없게 되고 이에 따라 가등기담

63) 法務省民事局參事官室編, 「假登記擔保法と實務」1979. 157面.
64) 中野貞一郎, 非典型擔保權の私的實行, 鈴木 · 三ケ月監修, 新實務民事訴訟講座12民事執行, 1984. 433面.
65) 공순진, 전게논문, 181면.

보의 이용도가 더욱 낮아질 것이라는 우려를 들 수 있다.

그러나 후순위권리자가 되고자 하는 자는, 가등기담보계약 시점에 이미 계약 당사자간 합의로 결정된 담보목적물의 가액과 피담보채권액이 등기된 것을 참고로, 목적물에 대한 담보가치와 정보를 용이하게 파악함으로써 사전에 위험을 회피할 수 있기 때문에 문제가 되지 않는다.

그러므로 가등기담보를 실행함에 있어서, 가등기담보가 최선순위라면, 경매우선주의를 배제하고, 보다 간편한 사적 실행을 보장함으로써 가등기담보가 갖는 특장점을 살려 나가는 것이 필요하다.

Ⅳ. 결 론

살펴본 바와 같이, 가등기담보는 비전형담보의 한 유형으로써 전형담보의 실행절차인 경매보다 절차가 간편하고 비용도 저렴한 장점 등으로 인해 거래계에서 일찍이 선호되어 왔다. 가등기담보는 특히 개인들 사이에서 금전대차거래 담보방법으로 애용되어 왔다. 그러나 채권자의 폭리 가능성, 채무자의 회생 우려 등의 문제점으로 인해 특별법인 가담법의 규제를 받게 되었다.

그러나 가담법의 제정·실시는 채권자가 가등기담보를 통해 얻을 수 있었던 여러 가지 이득을 사라지게 함으로써, 그간 활발하게 서민금융을 이끌어온 가등기담보를 퇴화시키고 말았다.

그런데 그동안 가등기담보제도가 서민금융에서 매우 활발하게 이용되어 왔다는 것은 그만큼 가등기담보제도가 담보제도로써의 유용성을 가지고 있었다는 반증이다. 그러므로 가등기담보제도의 장점은 최대한 살리고 문제점은 최소화함으로써 가등기담보제도 특유의 유용성을 높일 필요가 있다.

그 방안으로서 먼저 생각해 볼 수 있었던 것은 귀속청산문제의 보완이다. 가담법의 제정으로 인해 종래의 채권자가 매력을 잃었던 이유 중 한 가지가 바로 가등기담보 실행단계에서의 귀속청산이다. 즉 가등기담보권자가 소유권을 취득하려면 실행통지·청산·소유권취득 이라는 3단계의 번거로운 절차가 필요하다. 귀속청산의 방식에 있어 특히 채권자가 번거롭다고 느끼는 부분은 채권자와 채무자의 이해가 상충되는 목적물의 가액평가이다.

따라서 아예 가등기담보계약을 설정할 그 시점에, 채권자와 채무자(또는 물상보증인) 상호간의 합의로 담보목적물의 가액을 결정하게 함으로써, 추후 청산절차에 이르

더라도 담보목적물의 평가액이 서로 달라 채권자와 채무자(또는 물상보증인)가 다투는 문제를 예방할 수 있다. 그리고 채권자 또한 이미 합의된 목적물의 가액에서 채무원금과 이자 등을 공제하고 반환(또는 공탁)하고 소유권이전을 하면 되므로 청산절차가 매우 간편해 진다. 다만 채무자에게는 마지막 변제기회를 주기 위하여 현행대로 청산기간을 그대로 유지한다.

가등기담보제도의 유용성을 살릴 수 있는 또 하나의 방안은 공시방법을 보완하는 것이다. 즉 청산단계에서의 담보목적물 가액을 명확하게 하고 후순위권리자 등이 목적물의 담보가치를 용이하게 파악하는 데에 도움을 주기 위하여 가등기담보 계약 당시에 채권자와 채무자(또는 물상보증인)간에 합의된 담보목적물의 가액을 등기부에 기재하게 할 필요가 있다. 그리고 가등기담보권을 하나의 담보물권으로 인정하는 이상 등기부에도 본래적 의미의 보전가등기와 구별할 수 있도록 피담보채권의 금액을 등기부상에 기재하도록 하여야만 목적물의 담보가치를 효율적으로 이용할 수 있고, 후순위권리자 등 이해관계인과의 법률관계를 합리적으로 조정할 수 있어 가등기담보제도의 이용도를 높일 수 있을 것이다.

끝으로 가등기담보제도의 유용성을 살리기 위해서는 경매우선주의를 제한하여야 한다는 것이다. 가담법은 담보가등기를 마친 부동산에 대하여 강제경매 등의 개시 결정이 있는 경우에 그 경매의 신청이 청산금을 지급하기 전에 행하여진 경우(청산금이 없는 경우에는 청산기간이 지나기 전)에는 담보가등기권리자는 그 가등기에 따른 본등기를 청구할 수 없도록 함(가담법 제14조)으로써 경매우선주의를 취하고 있다. 이러한 경매우선주의는, 가등기담보의 목적물에 대한 사적 실행의 절차장애일 뿐만 아니라 가등기담보제도도 보통의 저당권과 다를 바 없다는 인식을 줌으로써 가등기담보제도의 이용도를 급격하게 낮추었다.

따라서 가등기담보제도의 이용도를 떨어뜨리는 경매우선주의를 제한함으로써, 가등기담보의 이용도를 높일 수 있을 것이다.

경매우선주의를 제한하게 될 경우, 후순위권리자의 보호가 문제되는 것처럼 보일 수 있으나, 후순위권리자는 당연히 가등기담보의 존재를 전제로 담보를 설정 받는 것이므로, 경매우선주의를 제한한다고 하여 특히 후순위권리자를 불리하게 한다고는 할 수 없다.

더구나 후순위권리자가 되고자 하는 자는, 가등기담보계약 시점에 이미 계약 당사자간 합의로 결정된 담보목적물의 가액과 피담보채권액이 등기된 것을 참고로, 목적물에 대한 담보가치와 정보를 용이하게 파악함으로써 사전에 위험을 회피할 수 있어 오히려 의사결정에 유리하다.

이제까지의 논의를 토대로 본래의 가등기담보제도가 가지고 있던 유용성을 최대한

살릴 수 있는 방안 세 가지를 정리해 본다.

첫째, 가등기담보계약 설정 당시에 담보목적물의 가액을 당사자간의 합의로 미리 결정하게 한다.

둘째, 부동산등기법을 개정하여 가등기담보계약 당시에 합의된 담보목적물의 가액과 피담보채권액·이자 등을 등기부에 기재한다

셋째, 가등기담보를 실행함에 있어서, 가등기담보가 최선순위일 경우에는, 경매우선주의를 배제하고, 보다 간편한 사적 실행을 보장하게 한다.

참고문헌

강태성, 「신판물권법」, 대명출판사, 2004.

고상룡, 「물권법」, 법문사, 2001.

곽윤직, 「물권법(제7판)」, 박영사, 2004.

권용우, 「물권법(도해식 민법 시리즈 Ⅱ)」, 법문사, 2000.

김상용, 「물권법(전정판 증보)」, 법문사, 2003.

김용한, 「물권법론」, 박영사, 1996.

김증한, 「물권법」, 박영사, 1985.

김증한·김학동, 「물권법(제9판)」, 박영사, 1997.

박종두, 「물권법」, 삼영사, 2002.

박준서, 「주석민법 물권(4)」, 한국사법행정학회, 2000.

양창수, 「민법연구 1권」, 박영사, 1993.

이상태, 「물권법」, 법원사, 2000.

이영준, 「신정판물권법」, 박영사, 2001.

이은영, 「물권법」, 박영사, 2000.

지원림, 「제3판 민법강의」, 홍문사, 2004.

황적인, 「가등기담보법 해설(하)」, 사법행정, 1984.7.

_____, 「현대민법론Ⅱ(물권법)」, 박영사, 1987.

공순진, "가등기담보등에 관한 법률의 주요 문제점", 「재산법연구 4(1)」, 한국재산법학회, 1993.

곽윤직, "가등기담보 등에 관한 법률의 문제점", 「법학」, 제26권 1호, 서울대학교, 1985.

김기수, "가등기담보의 개념 설정과 제3자적 효력", 「현대민법학의 문제점」, 김증한 박

사 회갑기념논문집, 박영사, 1981.
김숙자, "가등기담보의 입법론적 고찰", 「법조」, 제31권 제6호, 법조협회, 1982.
_____, "가등기에 관한 연구", 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 1983.
김용한, "가등기담보권의 본질과 설정", 월간고시 139, 1985.
_____, "대물변제의 예약", 월간고시 132, 1988.
김정현, "민법 제607조·제608조의 출발점에 대한 근본적인 반성과 재구성 -가등기담보법의 제정과 관련하여-", 「민사재판의 제문제」, 3, 한국사법행정학회, 1985.
박경량, "변칙담보", 「한국사법행정학회」, 민법학의 회고와 전망(민법전시행이십주년기념논문집), 1993.
서정우, "가등기담보와 경매", 「인권과 정의」, 196호, 1992.
양창수, "가등기담보등에 관한 법률의 현황과 문제점", 「민사판례연구」, 민사판례연구회편, 박영사, 1991.
윤천희, "가등기담보법", 한국사법행정학회, 1986.
조동원, "가담법의 법적성질과 문제점", 「부동산법학의 제문제」, 박영사, 1992.
한삼인, "가등기담보 등에 관한 법률의 판례분석", 「인권과 정의」, 통권 373호, 대한변호사협회지, 2007.
法務省民事局參事官室編, 「假登記擔保法と實務」, 1979.
柚木-高木多喜男, 「擔保物權法, 法律全集 第19券」, 有斐閣, 1973.
中野貞一郎, 非典型擔保權の私的實行, 鈴木·三ケ月監修, 新實務民事訴訟講座12民執行, 1984.

[Abstract]

Utility raising device of provisional registration mortgage system

Han, Sam-in
Professor, Faculty of Law, Jeju National University
Kang, Yong-am
Ph. D. Candidate, Dept. of Law, Jeju National Univ.

Strengths of provisional registration mortgage, a form of un-statutory mortgage, are convenience in implementation and low cost. A weakness, however, of provisional registration mortgage is that creditors are likely to earn excessive profit. As a remedial measure, Special Act on Provisional Registration mortgage was enacted to regulate provisional registration mortgage.

However, regulation by the special act caused significantly lower use of provisional registration mortgage. Therefore, it is necessary to maximize strengths and minimize weaknesses of provisional registration mortgage to enhance the utility unique to provisional registration mortgage.

The first measure for improvement is to supplement liquidation by reversion. The idea is to make the creditor and the debtor agree on the amount appraised of the subject of mortgage when the contract on provisional registration mortgage is concluded. By doing so, disputes regarding the amount appraised of the subject of mortgage can be prevented and the process of liquidation can become simpler.

The second measure is to limit the use of "the principle of auction first." The measure will encourage acquisition of ownership by liquidation rather than auction as provisional registration mortgage is a priority. The measure is necessary to enhance the utility of provisional registration mortgage distinct from that of typical mortgage.

Key words : un-statutory mortgage, provisional registration mortgage, liquidation procedure, liquidation by reversion, principle of auction first, private execution, appraise, utility