

民法上 讓渡擔保와 刑法上 財産犯罪*

-기본개념과 상호관련성을 중심으로-

김 성 수**

< 목 차 >

- I. 들어가는 말
- II. 비전형담보물권로서의 양도담보
- III. 민법의 양도담보
- IV. 재산범죄로서의 양도담보
- V. 결 론
- 참 고 문 헌

I. 들어가는 말

民事法과 刑事法은 경찰법의 영역에서 여러 가지 상호관련성을 맺고 있다. 특히 형법의 재산범죄는 민법의 여러 개념을 전제로 할 때에만 구성요건 해당성을 정확히 판단할 수 있는 것이 적지 아니하다¹⁾. 이러한 민법과 형법의 상호관계에 대하여는 다음과 같이 이미 오

* 본 논문은 2002년 8월 24일 제2회 경찰법학회 학술회의에서 발표된 논문을 수정보완한 것임.

** 경찰대학 법학과 조교수

1) 가령 물건(재물)의 他人性을 해결하는 데는 민법상의 원칙 즉 물건법상의 所有權의 결론에 따라 정해져야 하고, 占有(保管)이라는 개념도 원칙적으로 민법의 것에 기초해야 한다는 점에 형법의 확설은 일치하

래 전으로부터 인식되었지만 학제간의 실제적인 연구는 그다지 많지 아니하다²⁾.

『재래의 형법학 …은 民法과 刑法이 서로 어떠한 이념에 봉사할 것인가 하는 기본적인 문제에 관한 성찰을 缺하였기 때문에 본의 아닌 혼선을 일으키고 있다. 본론에서 말하겠지만 불법원인급여가 있는 경우에 재산범죄의 성립 여부에 관하여 민법의 목적과 형법의 목적을 혼동하고 있다. 또한 각 범죄의 요소를 침해범으로 혹은 위태범으로 이해함에 있어서도 이른바 침해범 혹은 위태범이란 개념형성을 왜 필요로 하는가라는 근본적인 문제에는 눈을 가리고 이를 논정하려고 하기 때문에 본의 아닌 혼선을 가져오고 있다. 민법과 형법은 다 같이 국가적 강제규범체계의 일환을 형성하여 동일한 국가의 목적에 봉사한다. 따라서 가능한 한 양자의 통일성(unity)을 이룩하여야 함은 폐연 贅言을 요하지 않는다. 절도죄에 있어서의 財物의 他人性의 문제 또는 죄형법정주의가 형법에 있어서 관습법의 법원성을 배제함에도 불구하고 어떠한 권리의 존부를 관습법에 의하여 논정하는 근거 등은 형법이 민법을 전제로 하고 있는 뚜렷한 본보기들로서 따라서 형법과 민법의 긴밀한 연합운영이 요청된다고 볼 것이다』³⁾.

이러한 점에서 경찰관련법의 학제간 연구를 주도하는 『警察法研究』는 앞으로 이러한 상호관련성을 좀더 깊이 연구하는 데 적당한 장이 될 것이다. 경찰법연구의 창간을 통하여 이러한 문제가 좀더 학문적으로 깊이 있게 논의되고, 그 결과들이 경찰의 업무에도 도움이 되기를 기원하는 바이다.

본고에서는 이러한 민형사상의 개념 중에서 민법상의 양도담보라는 개념이 형법상 어떠한 의미를 가지는가를 검토해보고자 한다. 양도담보는 민법의 소유권·점유권(권)과 관련되고, 이것은 형법의 재산범죄에서 횡령죄와 배임죄와 관련이 있다⁴⁾.

고찰순서는 먼저 비전형담보로서의 양도담보에 대한 일반론(Ⅱ) 및 민법의 양도담보 일반론(Ⅲ)을 차례로 살펴보고, 그것을 기초로 횡령죄·배임죄의 재산범죄로서의 양도담보(Ⅳ)를 살펴보고 이어서 간략히 결론(Ⅴ)을 제시하고자 한다.

고 있다.

2) 일본에서는 이러한 시도가 상당히 이루어지고 있다. 가령 伊藤嘉孝·辻本隆一, 民商事とむ刑事事件捜査法, 日世社, 1969; 土本武司, 新訂民事と交錯する刑事事件, 平成11年, 立花書房; 奥村誠, 民事·刑事事件の限界, 令文社, 1977年; 本江威喜 監修, 民商事と交錯する經濟犯罪I(横領·背任編), 1994, 立花書房; 井上治典·佐上善和·佐藤彰一·中島弘雅 編, 民事救濟手續法, 2002, 法律文化社 등.

3) 유기천, 형법학, 각론강의 I, 1963, 박영사, 머리말 ix-x쪽 참조(밑줄과 문구를 약간 수정하였음). 또한 이 글은『그러나 言語의 相對性을 무시할 정도까지 의미체계의 일원화를 요청하고 있는 것은 아니다. 상징(symbol)은 그 frame of reference인 context를 떠나서는 그 의의를 상실하는 것이다. 따라서 형법에서 사용되는 用語는 형법적인 목적에 봉사하여야 한다』라고 하기도 한다.

4) 물론 가등기담보나 소유권유보부매매도 양도담보와 밀접한 관련이 있고, 원래의 경찰법연구회의 발표에서는 이러한 여러 제도를 개략적으로 검토하고 앞으로의 연구방향을 제시하는데 그쳤으나 본 논문에서는 양도담보에 한정하여 민형사의 기본개념과 상호관계를 고찰하고, 세부논점과 나머지 제도를 다음 기회에 차례차례 검토하고자 한다.

II. 非典型擔保物權로서의 讓渡擔保

1. 意 義

非典型擔保物權⁵⁾이라는 것은 채권담보의 수단으로 대외적으로 채무자 소유의 목적물의 소유권을 채권자에게 귀속시키는 형식을 취하는 담보물권의 유형을 말한다.

민사상의 채권을 담보하기 위하여 담보물권으로서 인정되는 제도로는 유치권·질권 및 저당권이 있다. 하지만 이러한 민법상의 제도보다는 실제 민법전이 정하지 아니한 민법상의 제도를 담보수단으로 이용하는 비전형담보물권이 더 많이 사용된다.

이와 같이 비전형담보를 이용하는 이유는 우선 비전형담보는 민법의 담보물권에 비하여 우선변제절차가 간단하고⁶⁾, 많은 자금의 융통이 가능하고⁷⁾, 담보권객체를 다양할 수 있다⁸⁾는 장점이 있다. 이처럼 비전형담보는 여러 순기능을 가지고 있으나 재산권을 이전(양도)하는 형식을 취하므로 양도담보설정자에게 많은 위험이 따른다. 즉 비전형담보는 담보목적에 위하여 필요 이상의 것 즉 소유권을 이전(양도)하는 방법을 취하므로 소유권을 잃을 위험이 있는 것이다. 따라서 이러한 제도가 채권자의 폭리행위의 수단으로 이용되지 못하도록 하고, 담보제도로서 합리적으로 규율할 필요가 있고, 특히 채권자와 채무자의 이익조정이 문제되는 것이다⁹⁾.

비전형담보는 채권담보를 위하여 소유권 등의 재산권을 채권자에게 이전하는 형식을 취하는 점에서 질권·저당권의 제한물권의 법리에 의한 전형담보물권과 본질적으로 다르다. 학설은 이러한 비전형담보를 자금획득방법과 소유권이전시기를 기준으로 가등기담보, 양도담보 및 매도담보의 3가지를 나누는 것이 일반적이다¹⁰⁾. 假登記擔保는 자금을 소비대차에 의

5) 非典型擔保라는 말은 독일어의 『비전형담보행위』(Die atypischen Sicherungsgeschäfte)에서 온 것이다. 이러한 『비전형』이라는 말은 민법전에서 물권법정주의로서의 물권의 『전형』으로서 규정되지 아니하였다는 것을 의미한다. Baur, Lehrbuch Des Sachenrechts, §56 I, S. 556.

6) 담보물권에서 담보권의 실행은 민사집행법(2002년 이전에는 민사소송법 제5편이었으나 현재는 단행법이 마련되어 있다)에서의 경매를 해야 하는데 이를 하지 않고도 우선변제를 받을 수 있다.

7) 경매에서는 일반적으로 시가보다도 훨씬 낮은 가격으로 처분되고, 이에 따라 담보물의 평가와 용자도 시가보다도 훨씬 낮게 행하여져 채무자에게 불리하지만 비전형담보는 이러한 문제가 없으므로 채무자는 더 많은 자금을 얻을 수 있다.

8) 비전형담보는 담보의 목적이 등기나 등록이 안되어 있거나 공시방법이 없는 경우에도 가능하고, 동산질권에서는 채권자에게 점유를 이전하여야 하는데, 비전형담보에서는 그 동산의 점유(직접점유)를 채권자(담보권자)에게 이전하지 않고도 그 동산의 소유자(양도담보설정자)가 계속해서 용익할 수 있어 동산저당의 효과를 가져오고, 아직 형성과정 중에 있는 재산권의 담보나 계속 증감하는 물건들의 집합에도 일체로서 1개의 양도담보권이 설정될 수 있다.

9) 구체적인 점에 대하여는 우선 판윤직, 물권법, 379쪽 이하 및 403쪽 이하 참조.

10) 다수설은 비전형담보를 이처럼 3가지로 구분한다. 가령 판윤직, 앞의 책, 380-381쪽; 김상용, 물권법,

하여 얻지만 채무불이행이 있는 경우에 목적물의 소유권을 채권자에게 이전하는 형식의 비전형담보로서 소비대차를 하면서 당사자가 대물변제의 예약을 하게 된다. 이 경우에는 통상 장래의 소유권취득을 보전하기 위하여 가등기를 하는 것이 보통이다. 讓渡擔保는 필요한 자금을 금전소비대차에 의하여 얻고, 계약체결과 동시에 목적물의 소유권을 채권자에게 이전하는 비전형담보를 말한다. 賣渡擔保는 필요한 자금을 소비대차에 의하지 아니하고 매매로 인한 재산권이전을 함으로써 매매대금으로서 취하고, 그 후에 그 매매대금을 반환하여 매매되었던 것을 다시 찾아오는 비전형담보를 말한다.

2. 非典型擔保의 立法例

양도담보와 같은 비전형담보를 어떻게 처리할 것인가에 대한 立法例는 다양하다.

양도담보는 새로운 제도가 아니고 법제사적으로 어느 법계에서나 권리 자체를 양도(이전)하는 형식을 취하는 양도담보가 먼저 발달하고 후에 점유질을 거쳐서 무점유질인 저당으로 발달해오고 있다. 하지만 근대법전에서는 양도담보제도는 이를 채용하지 않고, 제한물권으로서 질권과 저당권이라는 담보물권만을 인정하고 있다¹¹⁾.

대체로 오늘날의 입법례의 흐름은 이 문제를 규정을 두지 아니하고 학설로 처리하는 것(독일¹²⁾)에서 특별법(일본 및 한국)을 두고, 최근에는 민법에 규정을 마련(중국민법초안)하여 전형담보의 일종으로 처리하는 것까지 나아가고 있다. 독일민법은 讓渡擔保(Sicherungsübereignung)를 규정하지 아니하고 있고, 학설과 판례로 이를 해결해 나가고, 일본에서는 1978년 『가등기담보계약에 관한 법률』(假登記担保契約に關する法律)이 제정되어 시행되고 나머지 양도담보에 대하여는 학설·판례에 맡기고 있다.

우리나라에서도 비전형담보의 문제 중 가등기담보를 통한 채권자의 폭리를 제거하여 채무자의 보호하기 위하여 판례는 민법 제104조·제607조 및 제608조 등을 근거로 해석론으로서 노력을 하였으나 실효를 거두지 못하였다. 이에 1983년 『가등기담보등에 관한 법률』(이

854쪽; 김용한, 물권법, 624-625쪽; 김중환·김학동, 물권법, 579쪽; 윤철홍, 물권법강의, 411쪽; 장경학, 물권법, 862-863쪽 참조. 하지만 최근에는 賣渡擔保를 독립된 유형으로 취급하지 아니하고, 양도담보로서 인정하는 견해도 있다. 즉 매도담보에서는 매매로 인한 권리의전의 형식을 취하므로 피담보채권이 존재하지 아니하지만 다수설에서는 매매대금의 수수가 소비대차의 실질을 가진다고 하므로, 매도담보에서는 실질로는 소비대차이고, 따라서 양도담보로서 보아야 한다고 한다. 이에 대하여는 강태성, 물권법, 1076쪽; 이영준, 물권법, 978쪽; 이상태, 물권법, 447쪽 참조. 민법의 다수설에 따라 刑法에서도 이러한 3가지 유형의 구별은 횡령죄와 배임죄와 관련하여 인정되어 왔다. 하지만 최근에는 매도담보와 양도담보의 이러한 구별을 부정하는 견해도 나오고 있다. 가령 이재상, 형법각론, 366쪽; 임웅, 형법각론, 390쪽 참조.

11) 이러한 점은 곽윤직, 앞의 책, 403쪽 참조. 이미 로마법에서부터 동산저당제도는 인정되었다.

12) 독일민법에 영향을 받은 대만민법도 비전형담보에 대하여 민법에 규정을 두지 아니하고 학설로 해결하고 있다. 가령 史尙寬, 物權法論, 中國政法大學出版社, 2000, 423-432쪽 참조.

하 가등기담보법 이라고 약칭한다)을 제정하여 1984년 1월 1일부터 시행하였다. 이는 일본의 『가등기담보계약에 관한 법률』을 참조하여 제정된 것으로 가등기담보의 법률관계를 명확히 하여 채무자를 보호하고 이해관계인의 법률관계를 조정하려는 것이었다. 최근에 중국에서 마련 중인 민법초안 제2편 물권편에는 담보물권으로서 질권, 저당권 및 유치권 이외에도 양도담보(讓與担保)(제18장 제618조-제626조)의 장을 두고 있다¹³⁾.

Ⅲ. 民法의 讓渡擔保

1. 意 義

讓渡擔保는 채권을 담보하기 위하여 채무자 또는 제3자(물상보증인)의 소유권 기타의 재산권을 채권자에게 이전(양도)한다는 합의(계약)를 하고 물건의 소유권 기타의 재산권을 채권자에게 이전하고, 채무자가 이행하지 아니하는 경우에는 채권자가 그 목적물로부터 우선 변제를 받게 되나 채무자가 이행하는 경우에는 목적물을 그 소유자에게 반환하는 방법의 의한 비전형담보를 말한다.

양도담보는 우리 민법이 정하는 담보제도는 아니다. 이에 따라 양도담보의 유효 여부가 문제되었다. 하지만 1984년부터 시행되고 있는 가등기담보등에 관한 법률이 양도담보의 유효를 전제로 하여 양도담보에도 적용되어 규제하고 있다¹⁴⁾.

2. 讓渡擔保의 類型

양도담보는 기준에 따라 여러 유형으로 나누어 볼 수 있다.

- 13) 프랑스민법이나 프랑스법계에서는 일반적으로 讓渡擔保라는 제도를 알지 못하고, 특별법이 없는 한 권리의 이전의 형식으로 동산담보를 하는 것을 동산질권에 대한 탈법행위로 보아 無效라고 해석한다. 하지만 동산담보제도의 필요성을 충족시키기 위하여 예외적으로 특별법으로 動產抵當을 인정한다. 이러한 점은 高木多喜男, 讓渡擔保-フランス法, 私法21(昭和34) 및 注釋民法 (9), 物權(4), 318쪽 참조. 이러한 동산저당을 인정한 프랑스의 법령으로는 가령 1951년 1월 18일의 『기계 및 장비자재의 入質에 관한 제 51-59호 법률』(Loi no 51-59 sur le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel) 및 1953년 9월 30일의 『자동차를 담보로 하는 매매에 관한 제53-968호 명령』(Décret no 53-968, relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles) 등 참조. 이에 대하여는 Malaurie et Aynès, Droit civil, Les suretés, La publicité foncière, 1993/1994, no 534 et s, p.196-197, no 537, p.198 참조.
- 14) 1995년부터 시행되고 있는 부동산실명법도 양도담보의 유효를 인정하고 있다. 동법 제2조 제1호 가목·제4조 제1항·제3조 제2항 참조. 또한 국세기본법 제42조 제2항도 참조. 과거에는 讓渡擔保가 허위표시, 민법 제332조 및 제339조, 폭리행위, 신탁법 제29조와 관련하여 그 유효여부가 문제되었지만 오늘날 우리나라에서 양도담보의 유효를 부인하는 학설은 없다.

우선 외부적이전형과 대내외적이전형이 있는데, 양도담보설정자의 재산권이 내부관계에서는 양도담보설정자에게 있지만 외부관계에서는 양도담보권자에게 이전되는 것을 外部的移轉型(약한 양도담보)이라고 하고, 양도담보설정자의 재산권이 내부관계 및 외부관계 모두에서 채권자에게 이전되는 것을 對內外的移轉型(강한 양도담보)이라고 한다¹⁵⁾.

또한 저당권적양도담보(양도저당)와 질권적양도담보(양도질)로 나누어 볼 수 있다. 양도담보의 목적물에 대한 직접점유를 저당권에서와 같이 채무자와 같은 양도담보설정자가 하는 것을 讓渡抵當이라고 하며, 그 직접점유를 양도담보권자인 채권자 등이 하는 것을 讓渡質이라고 한다¹⁶⁾. 현행법에서는 이 두 가지 모두가 인정되나 동산양도담보에서는 점유개정의 방법에 의한 양도저당의 형태가 많이 이용된다.

또한 유담보형과 청산형으로 나누어볼 수 있다. 流擔保型은 채무불이행의 경우에 양도담보 목적물을 그대로 피담보채권의 변제에 충당하며 청산을 필요로 하지 아니하는 형태로 그 목적물의 평가액이 피담보채권액을 초과해도 이 초과분을 양도담보설정자에게 반환할 필요가 없는 양도담보로서 非清算型 또는 非精算型이라고도 한다. 清算型은 채무불이행의 경우에 청산하여야 하는 형으로 그 초과분을 반환하여야 하는 양도담보로 精算型이라고도 한다.

清算型에는 다시 처분청산형과 귀속청산형이 있다. 處分清算型은 청산방법으로 채권자가 양도담보목적물을 제3자에게 처분하여 그 매각대금으로 피담보채권에 충당하고, 그 목적물의 평가액이 피담보채권액을 초과하면 이 초과액을 양도담보설정자에게 반환하는 형태의 양도담보이다. 歸屬清算型은 양도담보권자가 양도담보 목적물을 취득하나 그 목적물의 평가액이 피담보채권액을 초과하면 이 초과액을 양도담보설정자에게 반환하는 형태의 양도담보이다. 다른 특별한 약정이 없는 한 청산형으로 해석되지만 가등기담보법에서는 처분청산형을 원칙으로 하고 있다(동법 제4조 제2항, 제3항 참조).

3. 讓渡擔保의 法的性質

가. 學 說

양도담보는 채권을 담보하기 위하여 소유권 기타의 재산권을 이전하는 합의와 이 합의에 상응하는 등기가 있는 담보인데, 그 목적(채권담보)과 형식(소유권이전)이 일치하지 아니하므로 그 법률적 성질에 대하여 어느 쪽을 중요시하는가에 따라 달라질 수 있다. 이러한 양

15) 판례는 양도담보는 가등기담보법 제정 이전의 다수설이던 신탁적양도설에 따라 일반적으로 外部的移轉型으로 보았다(가령 대판1962.12.27 62다724). 하지만 현재의 다수설인 담보물권설에서는 이러한 구별은 인정되지 아니한다.

16) 저당권에서는 저당권자인 담보권자가 간접점유를 하지 아니하지만 양도저당에서는 양도담보권자가 간접점유를 할 수 있다.

도담보의 법률적 성질은 가등기담보법의 시행 전후를 나누어 볼 필요가 있다.

가등기담보법이 시행된 이전에는 신탁적양도설이 절대다수설이었으나 가등기담보법 이후에는 담보물권설이 절대다수설을 차지하고 있다.

(가) 신탁적양도설

종래의 절대다수설¹⁷⁾은 양도담보를 채권담보의 목적을 가지고 하는 신탁적인 소유권이전행위로 본다. 따라서 담보권자가 내부적으로나 외부적으로 완전한 소유권을 취득하지만 그 소유권을 담보의 목적 내에서만 행사하여야 하는 채권적의무(신탁계약)만을 부담하고, 이에 위반하면 채무불이행으로 인한 손해배상의무를 부담한다. 목적물이 제3자에게 처분된 경우에는 제3자는 피담보채권의 존부와 내용에 관한 선의·악의와 관계없이 완전한 소유권을 취득한다.

(나) 담보물권설¹⁸⁾¹⁹⁾

양도담보에서 양도담보권자인 채권자는 진정한 의미의 소유권을 취득하는 것이 아니라 양도담보권이라는 제한물권을 취득하고, 양도담보설정자는 여전히 소유권 기타의 재산권을 가진다는 견해이다. 양도담보권자는 담보물권자일 뿐이므로 양도담보권자가 소유권을 제3자에게 처분한 때에는 그 처분은 무권리자의 처분이므로 제3자는 소유권을 취득할 수 없다. 다만 가등기담보법에 의해 선의인 제3자는 권리를 취득할

17) 이를 주장한 학자로는 곽윤직, 물권법(1983년판), 629쪽; 김기선, 한국물권법, 533; 김용진, 신민법해의(물권법), 1958, 302쪽; 김현태, 신물권법(하), 1964, 232쪽; 방순원, 신물권법(전), 1960, 305쪽; 이태제, 물권법, 진명문화사, 1985, 426쪽; 장경학, 신물권법총론, 1960년, 814쪽; 최식, 신물권·담보물권법, 1960, 443쪽 등. 현재로는 이영준, 앞의 책, 898쪽 이하; 박종두, 물권법, 763쪽만이 이를 주장하고 있다. 또한『소유권이전등기가 담보물권을 설정하기 위한 것이라면 등기를 부동산물권변동의 성립요건으로 하는 형식주의의 취지에 비추어 과연 소유권등기에 의해 제한물권으로서의 담보물권이 설정될 수 있는 것인지 나아가 당사자가 원하는 바는 담보의 목적으로 진정으로 소유권을 이전한다는 것인데, 당사자의 의사를 무시하고 이에 대한 담보권을 설정한 것으로 의제하는 담보물권설이 사적자치의 원칙에 비추어 타당한 것인가 하는 의문을 품고 이러한 의미에서 신탁적양도설은 재음미할 가치가 있다』고 하는 견해가 있다(양창수, 『가등기담보 등에 관한 법률』의 현황과 문제점, 민법연구 제2권, 332쪽 이하, 1991) 참조.

18) 가등기담보법 이전에는 교과서로는 김용한, 앞의 책, 630-632쪽에서 주장되었던 학설이다. 가등기담보법 제정 이후에는 절대다수설이 되었다. 강태성, 앞의 책, 1133쪽; 고상룡, 물권법, 745쪽; 곽윤직, 앞의 책, 407-408쪽; 권오승, 민법특강, 226쪽; 권용우, 물권법, 585쪽; 김상용, 앞의 책, 834쪽, 김증한·김학동, 앞의 책, 598쪽; 윤철홍, 앞의 책, 427쪽; 이상태, 앞의 책, 472쪽; 이승우, 물권법, 305쪽; 이은영, 물권법, 852쪽; 장경학, 앞의 책, 900쪽, 지원림, 민법강의, 721쪽; 황적인, 현대민법론 II, 387쪽; 황적인 대표, 주석민법 II, 물권법, 757, 797쪽; 박경량, 가등기담보, 이영준교수회갑기념논문집, 1999, 459쪽 등.

19) 日本에서는 이러한 학설 이외에도 양도담보가 가진 실질 즉 擔保의 측면을 강조한 것으로 수권설·이단계물권변동설·물권적기대권설 및 저당권설 등이 있다. 新版注釋民法 (9), 物權(4), 1998, 842-847쪽 참조.

수 있다(제11조 단서의 후반부²⁰⁾).

(다) 해제조건부소유권이전설²¹⁾

양도담보에 의하여 양도담보권자가 목적물에 대한 소유권을 취득하지만 이 소유권이 전은 피담보채무의 변제를 해제조건으로 한다는 견해이다. 따라서 양도담보의 목적물이 부동산인 경우에는 채무자로부터 채권자에게 소유권이전등기를 함으로써 그 효력이 생기지만 변제가 있으면 당연히 소유권은 등기 없이도 채무자에게 복귀한다고 한다.

나. 判例

가등기담보법이 시행 전에는 다수설과 같이 판례는 신탁적양도설을 따랐다. 양도담보에서 목적물의 소유권은 대외적으로 채권자에게 완전히 이전되고, 양도담보권자인 채권자가 목적물을 제3자에게 처분하면 양수인은 그 선의·악의를 불문하고 언제나 소유권을 취득한다²²⁾. 가등기담보법의 시행 이후에는 신탁적양도설을 따른 것²³⁾과 담보물권설을 따른 것²⁴⁾이 혼재하고 있다.

다. 動産讓渡擔保에 대한 法的性質

가담법은 등기·등록과 같은 공시방법이 마련된 것에만 그에 관한 비전형담보를 합리적으로 규율하여 채무자를 보호하려는 법률이다. 따라서 양도담보도 부동산을 목적으로 하는 경우에 적용되며, 그러한 공시방법이 전혀 없는 동산의 양도담보의 경우에는 가담법은 적용되지 않는 것이 원칙이다. 하지만 양도담보가 동산저당의 효과를 거두기 위한 동산양도담보에서 시작하여 후에 부동산을 목적으로 하는 양도담보가 이용되게 되었다. 따라서 동

20) 특히 가등기담보법 제4조 제2항 전반부(『채권자는 양도담보의 목적인 부동산에 관하여 이미 소유권이 전등기가 경료된 경우에는 청산금을 지급하여야 목적부동산의 소유권을 취득한다.』)는 것을 그 근거로 든다.

21) 김증한, 물권법강의, 1986, 458쪽 이하. 하지만 가등기담보법 이후에는 改說여 현재 이 설은 주장하는 학자는 없다. 김증한·김학동, 앞의 책, 598쪽에서는 담보물권설을 취하고 있다. 이 설은 양도담보권자는 소유권을 취득하지만 이것은 채권의 변제를 해제조건으로 하는 것이라고 보아, 특히 동산에서만 양도담보를 인정하는 독일법에서 주장되던 학설이다.

22) 이러한 태도의 판결로는 대판1962.12.27 62다724; 대판1969.10.23 69다1338; 대판1971.5.24 71다669; 대판1979.7.24 79다카769; 대판1984.9.11 83다카1623 등 참조. 판결의 태도에 대하여는 곽윤직, 앞의 책, 406 이하 참조.

23) 가령 대판1989.7.11 88누11902, 대판1992.1.21 91다35175, 대판1994.8.26 93다44739, 대판1997.6.27 96다51332, 대판 1986.8.19 86카315; 대판1998.10.12 98그64 및 대판 1995.7.25 94다46428 참조.

24) 가령 대판1990.4.24 89다카18894; 대판1991.8.13 91다13830 및 대판2001.1.15 2000다47682 참조.

산양도담보에 대하여 가담법을 적용할 것인가와 적용하지 아니할 경우 어떻게 이러한 동산양도담보를 규제할 것인가가 문제될 것이다.

동산양도담보는 부동산양도담보와는 달리 통상 점유개정에 의한 소유권이전방법을 취함으로써 목적물의 소유권을 일단 채권자에게 이전하였다가 채무자의 채무불이행으로 다시 회복하는 것인지 아니면 일단 매매예약의 형태를 취하여 소유권이 처음부터 이전하는 것은 아니지만 후일 채무자와 채무불이행을 이유로 채권자가 예약완결권을 행사하여 소유권을 취득하는 것인지 그 이론구성이 명확하지 않다.

이에 대하여 學說은 나뉘어지고 있다.

(1) 긍정설²⁵⁾

논리적으로 부동산의 양도담보에 관한 법적구성이 동산의 양도담보에서와 다를 이유가 없다. 따라서 동산의 양도담보도 일종의 담보물권이라고 새겨야 한다. 동산양도담보에서도 가등기담보법의 적용으로 청산절차를 취하여 소유권을 귀속받게 되고, 신탁적양도설에 따르면 악의의 제3자도 소유권을 취득하게 되어 부당하다고 한다.

(2) 부정설²⁶⁾

가등기담보법은 부동산에 관한 것을 그 적용범위로 하므로 동산에 대하여는 적용되지 아니한다. 따라서 동산에 대하여는 가등기담보법이 적용되지 아니하고, 그에 따라 이전의 학설에 따라 신탁적양도설에 따라 설명하는 견해이다.

25) 우리나라의 절대 다수설로서 擔保物權說을 취하는 학자는 대부분 이러한 태도를 취한다. 강태성, 앞의 책, 1080쪽; 고상룡, 앞의 책, 773-774쪽; 곽윤직, 앞의 책, 409쪽; 김상용, 앞의 책, 834-835쪽; 김증한·김학동, 앞의 책, 598; 이광신, 물권법, 313쪽; 이상태, 앞의 책, 436, 451쪽; 이은영, 앞의 책, 851-852쪽; 정동윤, 동산양도담보권자의 제3자이의소송, 법률신문 제2367호, 14쪽; 지원림, 앞의 책, 722쪽; 특히 가담법 이전에 신탁적양도설을 주장하시던 곽윤직, 앞의 책, 409쪽에서는 '같은 양도담보이면서 목적물에 따라 부동산양도담보와 동산양도담보의 이론과 규제를 이원화하는 것은 도저히 합리적이라고 할 수 없다고 하고 가담법이 적용되는 부동산양도담보에서와 동일한 이론구성(『담보권설』: 필자주)을 하고, 그에 준해서 규제하는 것이 가장 합리적'이라고 하고 있다.

26) 民法에서 動産에 대하여 종전의 학설로 따라 본격적으로 입론을 전개하는 경우는 없고, 다만 가능성이 존재하는 것을 인정하거나 아니면 부동산과 등기·등록을 한 동산에만 적용된다고 하는 견해가 있을 뿐이다. 이를 이원적규율설이라고도 할 수 있지만 현재 이러한 태도를 명시적으로 언급하는 것은 없고, 다만 가등기담보법이 부동산에만 적용된다고 하는 것의 반대해석이나 신탁적양도설을 취하는 학자들이 동산양도담보에도 신탁적양도설로 설명하고, 그 결과 원칙적으로 가등기담보법이 적용되지 않게 되는 것이다. 이점에 대하여는 신탁적양도설을 취하는 견해와 곽윤직, 앞의 책, 409쪽, 권오승, 앞의 책, 227쪽 참조. 刑法에서는 담보물이 동산인 경우에는 가등기담보등에 관한 법률로 인한 영향은 없고, 기존의 형사이론이 그대로 유지될 수 있다고 하는 견해(손동권, 부동산처분행위와 관련된 횡령죄와 배임죄의 구별문제, 557쪽 주51)가 있는데 이러한 학설과 같은 취지라고 할 수 있다.

判例은 동산양도담보에 대하여 가담법 제정 이전²⁷⁾이든 가담법 제정 이후이든²⁸⁾ 信託的 讓渡說을 따르고 있다. 가령 『채권담보의 목적으로 매도인의 점유개정에 의하여 소유권을 취득하였음을 알 수 있고 채권담보의 목적으로 동산에 대한 소유권을 취득한 경우에 그 현실의 점유를 취득하였거나 또는 그 양도담보의 성질이 청산적인 것이거나 유질적인 것이거나 구별할 필요 없이 양도담보에 의하여 소유권을 취득한 사람은 제3자에 대하여 소유권을 취득한 사실을 주장할 수 있다 할 것이니, 이른바 약한 의미(청산적)의 양도담보의 경우라 하더라도 그 동산의 양수인은 그 물건을 다른 사람이 압류하였을 때 제3자 이의의 소를 제기할 수 있다고 해석함이 상당하다』²⁹⁾고 하거나 『동산에 관하여 양도담보계약이 이루어지고 양도담보권자가 점유개정의 방법으로 인도를 받았다면 그 청산절차를 마치기 전이라 하더라도 담보목적물에 대한 사용수익권은 없지만 제3자에 대한 관계에 있어서는 그 물건의 소유자임을 주장 하고 그 권리를 행사할 수 있다』³⁰⁾고 한 판결이 그것이다.

4. 讓渡擔保의 設定

양도담보권의 설정행위는 물권행위(법률행위)이며 이러한 행위는 양도담보설정의 물권적 합의를 요하고, 그 이전에 공시방법의 구비가 요하는 경우에는 그 공시방법도 필요로 한다. 당사자는 양도담보설정자와 양도담보권자가 있는데, 讓渡擔保設定者는 채무자가 원칙이나 제3자가 물상보증인으로서 양도담보설정자가 될 수 있다. 讓渡擔保權者는 채권자가 된다³¹⁾.

5. 讓渡擔保의 效力³²⁾

가. 讓渡擔保의 效力範圍

(1) 被擔保債權의 範圍

양도담보권의 피담보채권의 범위는 抵當權의 被擔保債權의 範圍에 관한 규정(제360조)이

27) 가령 대판 1971. 3. 23. 선고 71다225(집19-1민243) 참조.

28) 가령 대판1986. 8. 19. 86다카315(공1986,1218); 대판1992.5.26 92다84(공1992, 2007); 대판1993.12.28 93다8719(공1994.962); 대판 1994. 8. 26. 93다44739(공1994, 2514); 대판 1999.9.7. 98다47283(공1999.2069) 참조.

29) 가령 대판1971. 3. 23 71다225(집19-1민243) 참조.

30) 가령 대판 1994. 8. 26. 93다44739(공1994, 2514) 참조.

31) 학설에 따라서는 채권자는 물론이고 채무자·물상보증인 및 채권자를 제외한 제3자도 될 수 있다고 하는 학설(가령 이영준, 앞의 책, 902쪽)이 있으나 다수설은 본문과 같다.

32) 양도담보의 효력과 관련하여 담보물권으로서의 양도담보와 관련된 민법의 고유한 여러 문제가 있지만 이하에서는 본고에서 주제로 삼는 刑法上의 財産犯罪와 주로 관련이 있는 부분만을 다루기로 한다. 기타의 민법상의 여러 문제에 대하여는 곽윤직, 앞의 책, 409쪽 이하 참조.

적용된다(가등기담보법 제3조 제2항). 따라서 원본·이자·위약금·채무불이행에 의한 손해배상 및 실행비용이 피담보채권에 포함된다(제360조 본문). 채무불이행에 의한 손해배상은 원본의 이행기를 경과한 1년분에 한한다(제360조 단서).

(2) 目的物의 範圍

양도담보권의 미치는 목적물의 범위는 양도담보설정계약에서 정하여지지만 부합물·종물·과실에 관해서는 저당권의 해당 규정(제358조와 제359조)을 유추적용한다. 따라서 양도담보권의 효력은 양도담보목적물에 부합된 물건에 미친다. 다만 설정행위에 다른 정함이 있거나 특별한 법률규정을 두는 때는 그러하지 아니하다. 또한 양도담보권의 효력은 양도담보목적물의 종물에도 미친다.

양도담보에서는 저당권과 같이 목적물의 이용을 양도담보설정자에게 맡겨 두어 그가 계속 사용·수익권을 가지는 경우가 원칙이므로 그 과실은 양도담보설정자에게 귀속하고, 따라서 양도담보권이 효력을 미치지 아니한다. 따라서 이러한 과실의 소유권은 설정자에게 귀속한다. 판례에서도 動産讓渡擔保에서 목적물의 사용수익권과 과실수취권이 양도담보설정자에게 있다³³⁾. 不動産讓渡擔保에서의 목적부동산의 사용수익권자는 양도담보설정자에게 있고, 양도담보권자에게는 없다³⁴⁾.

나. 讓渡擔保의 對內的效力

(1) 目的物의 利用關係

양도담보에서 목적물의 점유 내지 이용할 권리는 다른 특약이 없는 한 양도담보제공자 즉 양도담보설정자에게 있다. 양도담보의 사회적작용에 비추어 목적물의 점유·이용을 담보권자인 채권자에게 주는 讓渡質보다는 설정자인 채무자에게 주는 讓渡抵當의 형태가 더 원칙적이고 거래에서 빈번한 형태이기 때문이다³⁵⁾.

담보제공자가 목적물을 계속하여 사용·수익하는 관계는 양도담보설정계약으로 정하여지지만 구체적으로는 양도담보를 어떻게 보느냐에 따라 정해진다. 양도담보권자가 소유권을 가지는 것으로 보는 신탁적양도설에서는 원본이 무이자인 경우에는 임대차이고, 원본이 이자부인 경우에는 사용대차가 될 것이다³⁶⁾. 양도담보를 담보물권으로 본다면 담보제공자는 소유

33) 이러한 취지로는 대판1996.9.10 96다25463 (공1996. 3012) 참조.

34) 이러한 취지의 판결로는 대판1988. 11. 22. 87다카2555(공1989.21) 및 대판1979. 10. 30. 79다1545(집27-3민127, 공1979. 12309) 참조.

35) 판례도 대부분 이러한 경우이다.

36) 가령 광윤직, 앞의 책, 412쪽(다만 양도담보에 담보물권설을 취하면서도 이러한 견해를 취하고 있는 점에서 문제는 있다). 이자부인 경우에 임대차라고 보지만 학설은 차임의 미지급을 이유로 임대차관계를

권을 계속 가지는 것이고, 그의 목적물의 이용은 자기의 소유권에 기한 것이 될 것이다³⁷⁾.

(2) 讓渡擔保權者의 義務

양도담보권자는 자기가 취득한 권리를 담보의 목적을 초과하여 행사하지 않을 의무(목적물보관의무)를 부담한다. 담보권설은 양도담보권자는 실질적으로는 담보권이지만 외형상은 소유권이전인 것을 처분하지 않아야 하는 것이다. 양도담보권자는 목적물의 처분 등으로 상대방의 권리를 소멸시켜서는 아니될 양도담보계약상의 의무를 부담하는데, 부동산양도담보권자와 동산양도담보에서는 양도담보권자가 목적물을 선의의 제3자에게 처분하여 설정자가 그 권리를 잃게 되는 수가 있다. 그 경우 설정자는 목적물의 가치 전부의 배상을 청구할 수 있다.

(3) 讓渡擔保設定者의 義務

설정자가 목적동산을 직접점유하는 동산양도담보에서는 설정자가 그 동산을 양도담보권의 부담이 없는 물건으로서 제3자에게 처분하면 제3자는 선의취득에 의하여 양도담보권의 부담이 없는 소유권을 취득하게 되고, 양도담보권자는 그 권리를 상실한다. 양도담보설정자는 목적물이 멸실·훼손 등으로 양도담보권자의 권리를 해하지 아니할 의무를 진다. 이에 위반할 경우에는 지당권설정자의 경우를 유추적용하여 손해배상의무, 기한의 이익의 상실 또는 담보물보충청구권 등의 효과가 발생한다. 물론 이 경우 배상액은 양도담보권자의 가치지배액인 피담보채권액이 된다.

6. 讓渡擔保의 公示方法

가. 不動産讓渡擔保

이전등기를 하게 된다. 소유권이전등기를 할 때에 등기원인은 부동산등기법에서는 양도담보의 등기를 규정하지 아니하지만 등기실무상 양도담보를 등기원인으로 하여 『양도담보계약』으로 기재하는 것이 인정되어 있다³⁸⁾.

나. 動産讓渡擔保

목적물이 동산일 때에는 인도가 있어야 한다(제188조, 제189조, 제190조). 민법은 동산소

해지(제640조)할 수는 없다고 본다. 곽윤직, 앞의 책, 412쪽; 김증한·김학동, 앞의 책, 602쪽 참조.

37) 김상용, 앞의 책, 839쪽; 지원립, 앞의 책, 724쪽 참조.

38) 법원행정처, 부동산등기기체례, 1978, 32쪽 참조.

유권이전의 인도에는 점유개정도 인정하지만(제189조), 동산질권에는 이를 허용하지 아니한다(제332조). 양도담보권에 대하여는 규정을 두지 아니하지만 학설은 점유개정에 의한 방법을 인정한다. 양도담보는 소유권이전의 형식을 이용하는 것이므로 동산소유권이전에 관한 민법이 인정하는 모든 인도방법이 인정된다고 하여야 하기 때문이다³⁹⁾. 판례도 이를 인정한다. 점유개정의 방법으로 양도담보를 일단 설정한 후에는 양도담보권자나 양도담보설정자가 그 동산에 대한 점유를 상실하였다고 하더라도 양도담보의 효력에는 영향이 없다.

하지만 이와 같이 점유개정을 공시방법으로 인정하면 동산저당(양도저당)을 가능하게 하지만 원래의 동산의 점유로서의 공시기능이 전혀 없는 것이라고 할 수 있어서 양도담보설정자인 채무자의 목적물처분행위로 양도담보권이 위협에 빠질 수 있다⁴⁰⁾.

7. 讓渡擔保의 對外的效力

가. 讓渡擔保權者가 한 處分の 效力

양도담보권자가 청산 전에 자기의 양도담보권을 처분하는 경우와 객체로서의 소유권의 처분하는 경우가 있을 수 있다.

(1) 讓渡擔保權의 處分(양도의 자유)

양도담보권은 재산권이므로 양도담보권자는 담보권을 자유로이 양도 또는 처분할 수 있다. 양도담보권은 피담보채권의 담보목적에 위하여 존재하고 이에 부종하므로 피담보채권과 분리하여 양도할 수 없고, 원칙적으로 함께 하여야 한다. 공시방법은 양도담보는 등기·인도이고, 피담보채권의 양도는 채권이 각각 요구하는 공시방법을 갖추어야 한다(제440조 이하).

(2) 讓渡擔保權者의 所有權의 處分(不動產)

양도담보권자는 형식적으로 소유권이전의 공시방법을 구비하였지만 소유자가 아니라 담보물권자에 지나지 아니한다. 이러한 부동산양도담보권자가 소유권이전의 공시방법이 있는 것을 이용하여 목적물을 제3자에게 처분할 수 있다. 이 경우 양수인은 그 부동산에 대하여

39) 이영준, 앞의 책, 906쪽은 점유개정, 반환청구권의 양도에 의한 인도만이 허용되고, 현실인도, 간이인도는 허용되지 아니한다고 한다.

40) 이와 관련하여 흔히 二重讓渡擔保가 문제된다. 동산에 대하여 점유개정의 방법으로 이중양도담보를 설정한 경우에 원래의 양도담보권자가 뒤의 양도권자에 대하여 배타적으로 자기의 담보권을 주장할 수 있는가에 대하여 이전의 판례는 이를 부정하였으나 최근이 판결은 뒤의 양도담보권자에게 배타적으로 자기의 담보권을 주장할 수 있다고, 따라서 뒤의 양도담보권자가 양도담보의 목적물을 처분함으로써 원래의 양도담보권자로 양도담보권을 실행할 수 없도록 하는 행위는 원래의 양도담보권자의 양도담보권을 침해하는 위법한 행위라고 한다(대판 2000. 6. 23. 99다65066, 공2000.1743 참조).

소유권을 취득할 수 있는가?⁴¹⁾

(가) 악의의 제3자

擔保物權說에 따르면 양도담보권자는 그 목적물의 소유자가 아니라 담보물권자에 지나지 않으므로 피담보채권의 청산 전에는 목적물을 처분할 수 없다. 따라서 양도담보권자와 양수인 사이에서 행해진 목적물의 처분행위는 無效이다. 따라서 양수인은 그 목적물의 소유권을 취득할 수 없다. 다만 학설은 이러한 무효인 처분행위가 무효행위의 전환으로 양도담보권의 양도행위로서는 유효할 수 있다는 것을 인정하고, 이에 따르면 양수인은 소유권이 아니라 담보물권인 양도담보권을 취득하는데 지나지 않는다⁴²⁾. 관례는 양수인이 소유권을 확정적으로 취득한다고 한다⁴³⁾.

신탁적이전설에 따르면 양도담보권자는 대외관계에서는 소유자이므로 제3자에게 처분할 수 있다. 따라서 제3자(양수인)는 자신의 선의·악의를 불문하고 소유권을 취득한다. 하지만 악의의 양수인도 소유권을 취득할 수 있다는 것은 문제가 있고, 따라서 이 경우에는 일반적으로 양도인과 양수인 사이의 처분행위는 반사회질서의 법률행위(제103조)로 무효이고, 악의의 양수인은 소유권을 취득하지 못한다고 한다⁴⁴⁾. 이리하여 가담법의 규정(제11조 단서의 후반부)에 따라 악의의 양수인에게 채무자 등은 말소등기청구권을 행사할 수 있다고 한다.

(나) 善意의 讓受人

담보물권설에서는 악의의 양수인과 같이 양도담보권자는 처분할 수 없다. 따라서 양도담보권자와 양수인의 처분행위는 무효이고, 양수인은 소유권을 취득할 수 없다. 이것은 거래의 안전에 반하고, 이에 따라 가등기담보법은 선의인 제3자가 소유권을 취득한 때에는 말소등기를 청구하지 못한다고 규정하고 있다. 이에 따라 양도담보권자가 청산금을 지급하기 전에 부동산을 처분하여 양수인 명의로 이전등기가 되고, 양수인이 선의인 경우에는 양수인은 그 부동산의 소유권을 확정적으로 취득하게 된다⁴⁵⁾.

41) 動産의 경우에는 讓渡質의 경우에 점유가 자기에게 있음을 이유로 처분할 수 있고, 이러한 논의가 그대로 적용될 수 있을 것이다. 動産에서는 이외에도 선의취득으로 제3자가 소유권을 취득할 수도 있다. 讓渡抵當의 경우에는 직접점유가 없으므로 이러한 처분을 할 수는 없고, 오히려 양도담보설정자가 자기에게 점유가 있음을 이유로 제3자에게 처분할 수 있는 경우의 소유권귀속과 이 경우에 제3자의 선의 취득이 문제될 수 있다.

42) 다수의 견해이다. 가령 곽윤직, 앞의 책, 414쪽; 반대하는 견해로는 김용한, 앞의 책, 641쪽 참조; 목적 부동산의 처분행위는 원칙적으로 無效이지만 가등기담보법 제11조 단서를 유추하여 “선의”의 양수인은 소유권을 취득한다. 곽윤직, 앞의 책, 414쪽 참조.

43) 이에 대하여는 대판 1992. 12. 8. 92다35066(공1993, 438) 참조.

44) 이와 관련하여 학설은 논의가 없지만 반사회질서의 법률행위의 無效의 경우 불법원인급여로서의 부당이득반환청구의 부정과 관련하여 좀더 고찰하다.

신탁적양도설에서는 양도담보권자는 대외관계에서는 소유자이므로 제3자에게 처분할 수 있다. 따라서 선의의 제3자인 양수인은 소유권을 취득할 수 있다⁴⁶⁾.

동산양도담보의 경우에 선의의 양수인은 선의취득의 요건을 갖추면 소유권을 취득할 수 있다. 이러한 경우는 현실의 점유를 양도담보권자에게 이전하는 동산양도담보(양도질)의 경우에만 가능하고, 점유개정의 형태로 채무자에게 직접점유가 있는 경우(양도저당)에는 양도담보권자는 그 동산의 소유권 자체를 처분할 수는 없다.

나. 讓渡擔保設定者の 所有權 自體의 處分

양도담보권을 설정한 자가 목적물의 소유권을 처분할 수 있는가에 대하여 不動産인 경우에는 양도담보권자의 소유로 등기되어 있으므로 양도담보설정자의 처분은 不可能하다. 부동산의 점유를 설정자가 가지고 있더라도 소유권의 변동은 점유가 아닌 등기에 의해 있게 되므로 부동산의 점유를 이전하더라도 소유권을 유효하게 취득할 수도 없고⁴⁷⁾, 부동산에서는 선의취득도 인정되지 아니하기 때문이다.

動產의 讓渡擔保 중 설정자가 목적물을 점유하는 동산양도담보(動產讓渡抵當)에서는⁴⁸⁾ 담보제공자는 동산을 처분할 수 있다. 특히 擔保物權說에 따르면 양도담보권설정자는 소유자이므로 처분할 수 있다. 따라서 양도담보권의 객체를 양도할 수도 있고 후순위담보권을 설정할 수 있다. 동산양도저당에서는 설정자는 후순위의 양도담보권을 설정할 수 있다.

이 경우는 양도담보의 공시가 없는 것과 동일하므로 설정자가 양도담보권의 부담이 없는 소유권으로서 처분할 수 있고, 제3자는 선의취득의 요건⁴⁹⁾을 갖추면 양도담보의 부담이 없는 소유권을 취득하며, 따라서 양도담보권자는 추급력을 가지지 아니한다.

담보물권설에 따르면 제3자는 부담있는 소유권을 취득할 뿐이고, 양도담보권자는 제3자에게 추급력을 행사할 수 있다. 不動産讓渡擔保에서는 양도담보권자의 명으로 이전등기되어 있으므로 설정자는 처분할 수 없다. 動產讓渡擔保抵當에서 설정자가 대외적으로 소유자가 아님에도 점유하고 있음을 기화로 처분할 경우에는 제3자는 선의취득할 수 있다⁵⁰⁾.

신탁적소유권이전설은 담보제공자가 처분권을 가지지 않지만 선의취득의 요건이 충족되

45) 우선 박윤직, 앞의 책, 413-415쪽; 김중환·김학동, 앞의 책, 592, 603쪽; 장경학, 앞의 책, 909-910쪽; 다만 학설에 따라서는 입법론으로 제3자가 선의이더라도 일정한 기간 내에는 채무자가 채무액과 이자 기타 비용을 그 선의인 제3자에게 지급하고 반환을 청구할 수 있도록 하여야 한다(김상용, 앞의 책, 841쪽).

46) 이영준, 앞의 책, 912-913쪽 참조.

47) 이러한 취지로는 박윤직, 앞의 책, 415쪽 : 이론적으로는 후순위담보권의 설정이 가능하지만 등기를 할 수 없어 실제로는 불가능하다.

48) 動產質의 讓渡擔保에서는 이와 반대의 결론이 될 것이다.

49) 요건으로서의 선의·무과실은 양도담보의 존재에 관한 선의·무과실이 된다. 박윤직, 앞의 책, 415쪽.

50) 이러한 점은 박윤직, 앞의 책, 414쪽.

면 양수인이 소유권을 취득할 수 있다.

8. 優先辨濟를 받을 效力

가. 서 설

양도담보권도 담보물권의 일종이므로 변제기에 채무의 변제가 없으면 양도담보권자는 그 양도담보권을 실행해서 다른 채권자에 우선하여 변제받을 수 있다. 이러한 양도담보권의 실행에는 가담법의 일부규정(제2조-제11조)이 원칙적으로 적용된다.

나. 讓渡擔保權의 實行

(1) 실행통지

양도담보권자는 우선 가담법 제3조가 정하는 실행통지를 하여야 하는데, 그에 따르면 피담보채권의 변제기가 도래한 후에 통지 당시의 목적물의 평가액 및 그 시기의 피담보채권액을 채무자와 물상보증인에게 통지하여야 한다(동법 제3조 제2항 전단). 목적물이 둘 이상인 때에는 각 물건의 소유권이전으로 소멸시키려고 하는 채권과 그 비용을 명시하여야 한다(동법 제3조 제2항 후단). 목적물의 값이 피담보채권액에 미달하는 때에는 청산금이 없다는 뜻을 통지하여야 한다(동법 제3조 제1항 후단). 목적물의 값이 채권액에 미달하는 때에는 그 차액에 관해서는 규정이 없으나 무담보의 채권으로서 존속한다고 한다⁵¹⁾. 통지의 방법에는 제한이 없으나 통지의 도달일이 청산기간의 기산일에 해당하므로 서면으로 확실하게 하여야 한다.

(2) 청 산

실행통지를 한 후에 목적물의 값이 채권액을 초과하고 있으면 양도담보권자는 청산을 하여야 한다. 양도담보권자는 실행통지가 채무자에게 도달한 날로부터 2개월의 청산기간이 경과한 후에 목적물가액과 채권액의 차액을 청산금으로서 채무자 또는 물상보증인에게 지급하여 청산을 하여야 한다. 따라서 이른바 귀속청산이 원칙이다(가담법 제4조 제1항). 청산기간이 경과하기 전에 변제하여도 후순위권리자에게 대항하지 못한다(동법 제7조 제2항)⁵²⁾.

청산금은 실행통지 당시의 목적부동산의 값에서 그 시점의 피담보채권액을 빼낸 차액이

51) 가령 박윤직, 앞의 책, 419쪽.

52) 위와 같은 청산의무에 관한 가등기담보법 제4조 제1항에 위반하는 특약으로서 채무자 및 물상보증인에게 불리한 것은 무효이다(동법 제4조 제4항 본문). 하지만 청산기간이 경과한 후에 하는 특약은 유효하다(동법 제4조 제4항 단서).

다(가담법 제4조 제1항).

청산금의 청구권자는 우선 채무자 등이다(가담법 제4조 제1항). 즉 채무자 또는 물상보증인과 양도담보권을 설정한 후에 이들로부터 소유권을 취득한 제3자이다(가담법 제2조 제2호). 둘째 후순위권리자이다. 선순위담보권자를 청산금청구권자에서 제외하는 것은 양도담보권자가 권리실행으로 목적물의 소유권을 취득하게 되면 선순위의 담보권은 그 목적물 위에 그대로 존속하기 때문이다⁵³⁾.

(3) 소유권취득

실행통지를 하고 청산기간이 경과한 후에 청산을 하면 양도담보권자는 목적물에 대한 소유권을 취득한다. 공시방법은 양도담보권을 설정한 때에 이미 갖추고 있으므로 따로 할 필요는 없다.

목적물의 값이 채권액에 미달하여서 청산금이 없는 때에는 양도담보권자는 청산기간의 마지막 날이 끝난 때에 당연히 소유권을 취득하게 되고, 목적물의 인도를 청구할 수 있다(가담법 제4조 제2항 및 제3항).

목적물의 값이 채권액을 초과하고 있어서 청산금이 있는 때에는 청산기간이 경과한 후에 청산금을 그 청구권자에게 지급하거나 또는 청산금을 공탁한 때에 소유권을 취득한다(가담법 제4조 제2항, 제8조 참조). 이 때에 양도담보권자의 목적물인도청구권과 채무자 또는 물상보증인의 청산금청구권의 사이에는 동시이행의 관계가 발생한다(가담법 제4조 제3항)⁵⁴⁾⁵⁵⁾.

8. 기타의 문제⁵⁶⁾

양도담보와 같은 비전형담보를 부동산에 관한 소유권 기타 물권을 실체적 권리관계와 부

53) 채무자의 일반채권자가 청산금청구권을 압류 또는 가압류한 경우에 채권자를 보호하기 위한 가담법은 청산기간이 경과한 후에 청산금을 채무이행지를 관할하는 지방법원 또는 지원에 공탁해서 채무를 면할 수 있는 청산금의 공탁을 인정하고(가담법 제8조 제1항), 청산금이 공탁된 때에는 채무자 등의 공탁금 출급청구권이 압류 또는 가압류된 것으로 하여 압류채권자 등의 이익의 보호를 꾀하고 있다(가등기담보법 제8조 제2항).

54) 부동산양도담보의 경우에는 일정한 요건을 충족하면 채무자 등은 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다(가담법 제11조). 토지 및 그 토지의 건물이 동일한 소유자에게 속하는 경우에 그 토지 또는 건물의 어느 하나를 목적으로 한 양도담보권이 설정되어 그것이 실행된 때에는 건물을 위하여 법정지상권이 설정된 것으로 본다. 이 지상권의 존속기간과 지료는 당사자의 청구로 법원이 정한다(가등기담보법 제10조).

55) 가담법 제4조 제2항과 제3항에 위반하는 특약으로서 채무자나 물상보증인에게 불리한 것은 그 효력이 없다. 하지만 청산기간의 경과 후에 한 특약은 제3자의 권리를 해하지 않는 것이면 유효하다(가등기담보법 제4조 제4항)

56) 일반채권자의 강제집행(압류)을 한 경우, 양도담보권자의 파산의 경우, 양도담보설정자의 일반채권자가 담보목적물을 압류하는 경우, 양도담보설정자가 파산한 경우, 제3자가 양도담보권을 침해한 경우에 대하여는 우선 판윤직, 앞의 책, 416쪽 참조.

합하도록 실권리자 명의로 등기하게 하기 위하여 1995년 『부동산실권리자명의등기에 관한 법률』이 제정되었다. 이 법에 따르면 담보목적의 양도담보임을 명백히 하기 위하여 담보목적임을 기재한 서면을 등기공무원에게 제출하여야 한다(동법 제3조 제2항)⁵⁷⁾. 담보목적의 소유권이전의 본등기로서 양도담보를 등기부상 표시하지 아니해도 그 양도담보는 사법상 유효한 것으로 해석한다⁵⁸⁾.

IV. 財産犯罪로서의 讓渡擔保

1. 서 설

양도담보는 형법에서 주로 재산범죄로서 횡령과 배임과 관련된다. 횡령죄는 자기가 점유하는 타인의 재물을 횡령하거나 반환을 거부함으로써 성립(형법 제355조 제1항)하므로 행위의 객체가 자기가 점유하는 타인의 재물이어야 하고, 여기서 타인의 재물이란 재물의 소유권이 타인에게 속한 경우로서 재물의 타인성을 말하고, 그 재물을 자기가 점유(보관)하여야 하기 때문이다. 결국 형법에서 양도담보와 관련된 횡령죄의 판단에서 물건의 소유권과 점유(보관)와 관련하여 민법상의 개념에 따르게 된다.

소유권의 귀속과 관련하여 타인의 재물인가 또는 자기의 재물인가는 민법에 따른다. 형법에 독자적인 소유권개념을 두지 않기 때문이다⁵⁹⁾. 양도담보의 목적물이 된 물건의 소유권이 양도담보설정자와 양도담보권자의 누구에게 속하는가, 그에 따라 각자의 자기 소유인가 타인의 소유인가가 문제된다. 또한 양도담보설정자와 양도담보권자의 어느 일방이 목적물을 점유하는 경우에 그것이 형법상의 『보관』에 해당하는가가 문제되기 때문이다.

또한 배임죄는 他人의 事務를 처리하는 사람이 자신의 임무에 위배되는 행위를 통하여

57) 『채무의 변제를 담보하기 위하여 채권자가 부동산에 관한 물권을 이전받는 경우에는 채무자·채권금액 및 채무변제를 위한 담보라는 뜻이 기재된 서면을 등기신청서와 함께 등기관에게 제출하여야 한다』. 또한 제14조 【기존 양도담보권자의 서면제출의무 등】도 참조.

58) 김상용, 앞의 책, 797쪽 및 동, 부동산실명법의 사법상의 문제점과 대처방안, 법제연구 제9호, 1995, 164쪽 이하 참조.

59) 형법의 일부 교과서에서는 횡령죄의 설명에서 독일의 설명을 이어받아 비전형담보가 있는 소유권을 “완전한 소유권과 같이” 취급하여야 한다(이재상, 앞의 책, 366-367쪽; 진계호, 형법각론, 401쪽). 하지만 우리 민법에서 볼 때 이 설명은 타당하지 아니하다. 비전형물권은 담보물권이고 담보물권이 설정되었다면 이미 완전한 소유권이 아니고, 담보물권은 소유권을 제한하는 제한물권의 하나로서 취득되기 때문이다. 특히 가등기담보법이 적용되는 부동산의 비전형담보에서는 이러한 설명은 전혀 타당하지 아니한 것이다(독일에서는 우리의 가등기담보법이 없고 양도담보도 부동산에서는 인정되지 아니하고, 동산에서만 인정되는데, 이 경우 해제조건부소유권이전설이 주장되며, 이러한 맥락에서 독일의 논의는 전개되는 것이다).

자기 또는 제3자에게 재산적이익을 취하게 하고 이로써 본인에게 손해를 끼치는 행위(형법 제355조 제2항)를 말하는데, 일단 채권자와 채무자의 처분 기타의 행위가 횡령죄가 안된다고 할지라도⁶⁰⁾ 상대방의 재산상의 사무⁶¹⁾를 처리하는 지위에 있어 배임죄가 문의될 수 있다.

기타 양도담보에서 민법에서 말하는 점유와 횡령죄의 보관, 민법의 물건과 형법의 재물이 어떠한 차이가 있는가 하는 점도 양도담보의 재산범죄에서는 문제된다.

이하에서는 양도담보와 관련된 주요한 재산범죄인 횡령죄와 배임죄에 대하여 살펴보고, 양도담보와 관련된 기타의 재산범죄를 간략히 살펴보고자 한다.

2. 횡령죄 및 배임죄

양도담보와 관련하여 그 목적물에 따라 부동산양도담보와 동산양도담보, 청산절차의 전후⁶²⁾에 따라 청산 이전의 처분과 청산 이후의 처분으로 구별할 필요가 있다. 가등기담보법이 시행되면서 가등기담보·매도담보를 비롯한 부동산에 관한 양도담보의 경우에 청산절차를 밟게 함으로써 현행법으로는 청산형의 비전형담보만 존재하고, 이 법은 주로 부동산을 그 적용범위로 하기 때문이다.

가. 현재까지의 논의

非典型擔保 특히 讓渡擔保에 대한 현재까지의 형법의 처리는 다음과 같이 정리해 볼 수 있다⁶³⁾.

우선 비전형담보를 양도담보와 매도담보의 2가지로 나누어⁶⁴⁾ 각각에 다음과 같이 기술한

60) 횡령죄와 배임죄의 관계에 대하여 特別關係라는 것이 형법의 절대다수의 견해이기 때문에 먼저 횡령죄를 논하고, 그 다음에 배임죄를 논하는 순서를 택하게 된다. 특별관계를 취하는 견해로는 가령 김일수, 한국형법 III, 787쪽; 박상기, 형법각론, 376쪽; 배종대, 형법각론, 383쪽; 이재상, 앞의 책, 369쪽; 이형국, 형법각론연구 I, 515쪽; 정성근, 형법각론, 548쪽; 이를 부정하는 소수설로는 김성천·김형준, 형법각론, 529쪽 참조.

61) 배임죄의 사무가 무엇을 말하는가에 대하여는 財産上の事務에 한정하는 것이 형법의 다수의 견해이다. 가령 김일수, 앞의 책(III), 772쪽; 박상기, 앞의 책, 367쪽; 배종대, 앞의 책, 372쪽; 이재상, 앞의 책, 358쪽; 이정원, 형법각론, 428쪽; 이형국, 앞의 책, 509쪽; 진계호, 앞의 책, 371쪽; 반대설로는 적어도 재산적이해관계는 있어야 한다는 것으로 정성근, 앞의 책, 540쪽.

62) 민법이나 형법의 학설은 辨濟期 전후의 채권자·채무자의 처분으로 나누어 구별한다. 하지만 이는 가등기담보법이 시행 이전의 기준이고, 현재로는 변제기의 전후나 담보권실행기간의 경과에 따라 소유권의 변동이 없으며, 오히려 청산절차에 따라 소유권의 변동이 있으므로 清算節次(또는 담보권실행기간의 경과)의 전후로 고려하는 것이 타당하다.

63) 이러한 논의는 가등기담보법이 시행된 1984년 이후의 형법교과서를 분석한 것이다.

64) 이를 擔保附所有權이라고 하고, 이와 함께 留保附所有權(민법에서는 소유권유보부매매라고 한다)를 다루기도 한다. 假登記擔保에 대하여는 우선 김성천·김형준, 앞의 책, 491쪽 참조; 또한 임웅, 앞의 책,

다⁶⁵⁾.

우선 讓渡擔保는 목적물의 소유권이 내부적으로는 채무자에게 남아있고, 채권자에게는 담보의 목적범위 안에서 외부적으로 권리가 이전되는 경우이다. 그러므로 목적물의 소유권은 채무자에게 남아 있으므로 債務者의 목적물 처분은 竊盜罪가 될 수 없고, 배임죄가 성립한다. 다만 債權者가 그 목적물을 처분한 경우에는 담보권실행기간이 도과하기 전이면 竊盜罪가 성립할 수 있지만 담보권실행기간이 도과한 후면 무죄가 된다.

이와 달리 賣渡擔保의 설명에는 학자에 따라 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 우선 목적물의 소유권이 채권자에게 완전히 이전되고 채무자가 채무를 상환하면 소유권을 되찾는 것으로 약정한 경우이므로 매도인인 債務者가 그것을 보관 중 채권자의 승낙 없이 처분하면 橫領罪가 되고, 債權者가 이러한 환매특약을 어기고 타인에게 처분하면 채무자의 환매권을 침해하였으므로 背任罪가 성립한다고 보는 견해가 있다⁶⁶⁾. 이에 대하여는 가등기담보법의 적용을 받는 부동산에서 매도담보에서도 양도담보와 같이 해석하여야 하고, 그에 따르면 채무자는 竊盜罪가 성립할 수 없고 배임죄가 성립하고, 채권자가 처분한 때에는 竊盜罪가 성립하고, 또한 변제일 이후에 청산을 하지 아니하면 청산금에 竊盜罪를 인정하는 견해가 있다⁶⁷⁾.

다른 학설은 양도담보와 매도담보의 구별과는 별도로 가등기담보법의 시행 전후로 나누어 비전형담보를 나누어 고찰한다. 이에선 다시 가등기담보법의 전후의 구별은 매도담보를 대상으로 하고, 양도담보에는 종전의 설명을 그대로 답습하는 견해⁶⁸⁾, 모두 다 가등기담보

391쪽 참조. 채권담보의 목적으로 타인의 부동산에 대하여 가등기를 한 자는 그 부동산의 보관자가 아니다. 따라서 가등기한 채권자가 가등기담보법에 정한 청산절차를 거치지 아니하고 그 부동산을 처분한 경우에도 竊盜罪는 성립하지 아니하고, 배임죄가 문제된다. 백형구, 형법각론, 1999, 203, 217쪽. 물론 이 경우 가등기만으로는 소유권이 넘어가지 아니하고, 처분할 수도 없으며, 나중에 본등기 후 처분을 하였다고 해도 소유권은 여전히 채무자의 것으로 남아 있어 타인의 것이라는 요건은 만족된다. 가등기담보에 대하여는 대체로 가등기에 기하여 본등기를 하여 소유권을 취득하는 것은 가등기담보법에 따라 청산금을 지급할 때 소유권의 변동이 있으므로, 그 이전에 (담보)가등기와 본등기가 있어, 본등기의 성질상 가등기 당시로 그 효력이 소급하더라도 소유권은 넘어가지 아니한다. 가등기담보는 동산에는 인정되지 아니하고, 부동산에만 인정되므로 그 성질은 이하의 부동산의 양도담보와 동일하다.

65) 竊盜罪에 대하여는 언급이 없고 背任罪만 논하는 것으로는 정영일, 형법개론, 501쪽 참조. 전혀 언급이 없는 문헌으로는 오래된 교과서(가령 서일교·이건호·정영석·황산덕 등) 및 김종원 외 6인, 신고형법각론, 1986; 백형구, 형법각론, 1999 등.

66) 과거의 판례는 매도담보의 경우 소유권이 완전히 넘어가므로 債務者가 이를 처분하면 竊盜罪가 성립한다고 하였다(대판1962.2.8 4294형상470, 총담형법323-3). 문헌으로는 강구진, 형법강의, 각론I, 349-340; 김일수, 앞의 책(IV), 153쪽; 배종대, 앞의 책, 476쪽; 이재상, 앞의 책, 342쪽; 정성근, 앞의 책, 456쪽; 진계호, 앞의 책, 402쪽; 이명희 집필, 주석형법각칙(하), 456-457쪽; 또한 대판 1980.11.11 80도2097; 대판1990.8.10 90도414 참조.

67) 가령 김일수, 앞의 책, 306쪽; 박상기, 앞의 책, 368-369쪽; 이재상, 앞의 책, 366-367쪽; 이정원, 앞의 책, 413쪽; 가등기담보법 시행 후에는 채권자가 비록 소유권이전등기를 마친 경우라도 청산금지급이전에 목적물을 처분한 때에는 竊盜罪가 성립한다는 견해로는 이형국, 앞의 책, 491쪽.

68) 이형국, 앞의 책, 490쪽.

법을 적용하는 견해⁶⁹⁾로 나누어 볼 수 있다.

또다른 학설은 일단 동산의 양도담보와 부동산의 양도담보를 나누고 거기에 다시 가등기담보법의 전후로 나누어 고찰한다. 이에 따르면 動産의 讓渡擔保⁷⁰⁾는 종전의 양도담보와 같이 소유권이 채무자에게 남아있고, 채무자가 목적물을 계속 점유·사용하되 채권자는 양도담보권을 취득한다고 하고, 不動産의 경우에는 가등기담보법에 따라 청산금을 지급한 때 소유권을 취득한다고 하면서, 변제기 전에 등기명의자인 채권자가 목적부동산을 임의처분하면 채무자 소유의 부동산이므로 횡령죄가 성립한다고 본다⁷¹⁾⁷²⁾.

나. 不動産讓渡擔保에서의 橫領罪·背任罪⁷³⁾

부동산양도담보의 경우 그 목적물의 소유권이 양도담보설정자인 채무자에게 있는가? 양도담보권자인 채권자에게 있는가?

부동산의 경우 민법이나 형법의 학설은 아직도 매도담보나 양도담보를 구분하는 학설⁷⁴⁾도 있지만 이 경우는 모두 가등기담보법의 규율을 동일하게 받으므로 매도담보나 가등기담보와 구별할 필요가 없다.

민법의 다수설인 擔保物權說에 따르면 소유권의 변동은 변제기와 상관없이 가등기담보법상의 청산기간 경과 후 청산금을 지급하는 때에 비로소 채권자에게 소유권이 이전되므로, 그 이전에는 목적물의 소유권은 양도담보설정자인 채무자에게 계속 남겨져 있는 것이고, 양도담보권자인 채권자에게는 담보의 목적범위 안에서만 일종의 담보물권을 취득할 뿐이다.

이에 따라 형법에서도 債務者가 청산금 지급 이전에 처분한 경우에 자기가 점유하는 자

69) 우선 이재상, 앞의 책, 366-367쪽; 대다수의 학설은 이러한 점을 분명히 하지 않으나 일단 가등기담보법을 적용하여야 한다고 하는 점에서 이러한 것을 전제하는 듯하다. 가령 조준현, 형법각론, 314쪽; 오영근, 형법각론, 536쪽 참조.

70) 박상기, 앞의 책, 377-378쪽은 동산의 경우에 학설을 나누어 가등기담보를 유추적용하는 담보물권설과 유추적용을 하지 아니하고 종전의 학설에 따른 신탁적양도설에 따라 각각 나누어 설명한다; 오영근, 형법각론, 대명출판사, 2002는 동산의 경우 대외적으로는 채권자, 대내적으로는 채무자로 보고 있고, 부동산의 경우는 청산금지급 전후만을 따지고 있다. 반대로 조준현, 앞의 책, 314쪽은 부동산에 대하여는 가등기담보법에 따라 청산절차를 거쳐야 하고, 동산에는 -점유개정의 경우에- 채무자가 소유자라고 하고 있다.

71) 이런 점에서 변제기 전에 채권자의 처분을 배임죄로 인정한 판례는 부당하다고 한다.

72) 임웅, 앞의 책, 392쪽; 박상기, 앞의 책, 375-376쪽 참조. 이 견해는 더 나아가 변제기 후에 채권자가 처분하면 채무자 소유의 부동산이라도 채권자의 담보권의 실행으로서 횡령죄가 성립하지 아니하고 청산금이 지급되기 전에 債務者가 처분하면 자기 소유물이므로 횡령죄를 구성하지 아니한다고 한다.

73) 주로 양도담보를 중심으로 논하지만 매도담보나 가등기담보도 가등기담보법을 적용한다는 점에서 동일하다. 또한 등기·등록할 수 있는 동산도 이에 포함된다.

74) 구분하되 民法에서는 가등기담보법이 적용된다는 점에서 동일하지만, 刑法에서는 아직도 賣渡擔保의 경우는 소유권이 채권자에게 넘어간다고 구별하는 학설도 있는데, 이는 타당하지 아니하다.

기의 재물이므로 橫領罪가 인정되지 아니하고, 배임죄가 성립한다고 한다⁷⁵⁾⁷⁶⁾⁷⁷⁾. 하지만 부동산의 양도담보에서 부동산의 점유를 채무자가 하고 있더라도 채권자에게 所有權移轉이 되어 登記가 된 경우에 債務者가 부동산을 처분할 수 있는가에 대하여는 의문이 있고, 그렇다면 채무자는 자기의 물건이므로 竊盜罪도 성립하지 아니하고, 배임죄도 성립되지 않는다고 하여야 할 것이다⁷⁸⁾. 담보목적물이 부동산인 경우에는 담보권설정자인 채무자는 이를 타인에게 처분할 수 없으므로 형사책임이 문제되지 않는다고 보아야 할 것이다.

변제기 전이나 변제기 후 청산금 지급하기 전에 등기명의인인 債權者가 목적물을 임의처분한 경우 채무자의 소유인 부동산을 불법영득한 것이므로 竊盜罪가 된다⁷⁹⁾.

- 75) 학설로는 임용, 앞의 책, 392쪽; 오영근, 앞의 책, 536쪽 참조. 부동산의 양도담보에 대하여 債務者의 처분에 대하여 배임죄를 인정한 판례로는 대판 1997. 6. 24. 96도1218(공1997.2219)이 있는데 이는 부당하다고 하는 견해로는 오영근, 앞의 글, 536쪽 참조.
- 76) 판결은 변제기 경과 후에 양도담보권자의 채무자에 대한 관계에서 자기의 의무이고, 타인의 사무처리는 아니므로 背任罪를 부정(대판 1989. 10. 24. 선고 87도126, 공1989,1823)하고, 양도담보권의 실행과 관련하여 채권자(양도담보권자)의 처분에 대하여 背任罪를 부정한다. 대판(전) 1985.11.26. 85도1493 공1986,170 참조. 또한 부동산 양도담보목적물의 처분이 배임죄에 해당하는가에 대하여 (양도담보권자가) 『양도담보로 받은 6필지 토지 중 처분한 4필지 땅으로 원리금을 정산하고 남았는데도 남은 2필지를 타에 처분한 것은 그 2필지 토지에 관하여 채무자에게 등기를 회복시켜 줄 임무에 위배하여 그에게 손해를 가한 것이므로 배임죄에 해당된다』(대판1979.6.12. 79도205, 공1979,12022)고 한다.
- 77) 대법원이 賣渡擔保의 경우에 債務者가 채권자의 승낙을 얻고 매각한 때에는 竊盜罪가 성립하지 아니한다(대판1977. 11. 8 77도1715)고 한 것에 대하여는 피해자의 승낙으로 竊盜罪의 위법성이 조각된다고 하거나, 불법영득의 의사가 없다(유기천, 형법학, 각론강의 상, 280쪽; 이재상, 앞의 책, 375쪽)고 한다. 물론 이 판결은 가등기담보법 이전에 나온 판결이므로 신탁적양도설에 따라 해결하였고, 해석론도 그러한 의미에서 타당하고 의미가 있는 것이었다. 하지만 가등기담보법 이후에는 매도담보의 경우도 債務者가 所有權者이므로 『자기』물건(재물)을 처분한 것이므로 당연히 竊盜罪가 될 수 없고, 다만 배임죄의 문제가 될 뿐이다. 담보물권설에 따라 채무자는 竊盜罪가 성립할 수 없다고 보는 견해는 이러한 해석론은 모순이 있다, 가령 이재상, 앞의 책, 366-367쪽 참조.
- 78) 같은 취지로는 임용, 앞의 책, 392쪽; 만일 債務者가 점유를 제3자에게 넘겼다고 하더라도 그 점유를 통한 사용수익은 가능하므로 제3자도 이러한 범위에서 사용수익할 수 있고, 등기 자체는 채무자도 제3자에게 넘길 수 없고, 나중에 청산을 통하여 채무자는 점유자에게 민법의 소유권에 기한 반환청구를 할 수 있기 때문이다.
- 79) 판례가 배임죄를 인정한 것은 부당하며, 竊盜罪를 인정해야 한다는 점은 오영근, 앞의 책, 537쪽 참조. 이러한 점을 상세하게 검토하는 것으로는 손동권, 부동산처분행위와 관련된 竊盜罪와 배임죄의 구별문제, 현대법학의 이론, 1996, 560-562쪽; 조인호, 양도담보권자가 목적부동산을 불법처분한 경우의 형사책임, 판례연구 제8호, 276쪽 이하; 이명희 집필, 앞의 책, 468쪽 참조. 또한 변제일 이후에 담보권실행 즉 청산기간 후에 채권자가 청산을 하지 아니하고, 청산액이 존재한다면 청산금에 대하여도 橫領罪가 성립한다고 보아야 할 것이다. 이러한 취지로는 김일수, 앞의 책, 306쪽; 박상기, 앞의 책, 342쪽; 이형국, 앞의 책, 491쪽; 이재상, 앞의 책, 342쪽 등. 변제기 후에 등기명의인인 채권자가 목적부동산을 임의 처분하는 것은 채무자 소유의 동산이라도 채권자의 담보권의 실행으로서 불법영득의 의사가 부정되어 橫領罪가 성립하지 아니한다는 견해로는 임용, 앞의 책, 392쪽, 오영근, 앞의 책, 536쪽; 담보권실행기간 도과 후라면 無罪라고 하는 견해로는 김일수, 앞의 책(III), 638쪽; 청산금을 돌려주지 아니한 경우에 대하여 竊盜罪도, 배임죄도 부정된 것으로는 손동권, 앞의 논문, 564쪽; 서정우, 변칙담보와 형사책임, 398쪽; 임대규, 앞의 논문, 364쪽; 대판 1985.11.26 85도1493의 전원합의체 판결은 청산금을 지급하지 아니한 것에 대하여 채권자의 배임죄를 인정하지 아니하였고, 이에 대하여는 배임죄를 인정한 소수의견이 있다.

이와 달리 양도담보의 피담보채권이 채무자의 변제 등으로 소멸하면 양도담보권자인 채권자는 담보목적물의 소유자이었던 담보설정자에게 그 권리를 회복시켜 줄 의무를 부담하므로 그 이행은 타인의 재산을 보관하는 背任罪가 될 수 있다⁸⁰⁾. 변제기 이후 채권자의 임의처분이 있는 경우에 대하여는 청산절차와 관련하여 청산목적 이외의 임의처분인 경우에는 횡령죄를 인정해야 할 것이고, 청산절차를 거쳐 임의처분한 경우에는 횡령죄를 인정하지 않아야 할 것이다⁸¹⁾.

이에 대하여 민법의 소수설인 信託的讓渡說에 따르면 채권자인 양도담보권자는 목적물에 대하여 완전한 소유권을 취하지만 그 권리행사에서는 양도담보설정자인 채무자에게 담보목적물을 넘어서 행하지 않을 의무를 부담하게 된다. 따라서 債務者가 처분하는 경우-가능하다고 한다면-에는 타인소유의 물건을 처분한 것이므로 橫領罪가 성립하고, 債權者가 처분한 경우에는 자기의 물건이므로 횡령죄는 성립하지 아니하고 배임죄가 성립하게 될 것이다⁸²⁾⁸³⁾⁸⁴⁾.

부동산의 양도담보에서 債權者의 清算과 관련하여서는⁸⁵⁾ 양도담보권자가 변제기의 도과

80) 대판1988. 12. 13 88도184; 기타 부동산양도담보에서 양도담보권자(채권자)의 처분시 배임죄 인정된 것으로는 대판 1989. 11. 28. 89도1309(공1990,184), 대판1987. 4. 28. 87도265(공1987,928)-매도담보라는 용어를 사용함- 참조. 하지만 가등기담보법의 시행 이후에도 債權者가 변제기 전에 임의로 처분한 행위에 대하여 배임죄를 인정된 것은 -신탁적양도설을 취하지 아니하는 한- 타당하지 아니하다. 이러한 취지로는 임응, 앞의 책, 392쪽 참조.

81) 이 경우 불법영득의 의사가 없으므로 횡령죄가 되지 아니한다는 견해로는 임응, 앞의 책, 392쪽; 본문과 같이 양자를 나누어 설명하는 견해로는 오영근, 앞의 책, 537쪽.

82) 이러한 점이 가등기담보법 이전에 소유권이 채권자에게 넘어간 경우의 형법상의 처리이었다. 일부 학설은 현재에도 매도담보를 구별하여 이러한 결론을 인정한다; 대판1995.5.12 95도283은 채권자의 배임죄를 인정한다. 이에 대하여 신탁적양도설의 논리적 귀결로는 횡령죄의 성립을 인정해야 한다는 견해로는 서정우, 앞의 논문, 396쪽; 신탁적양도설을 취해도 담보권자의 처분행위는 배임죄가 될 뿐이라는 견해는 임대규, 앞의 논문, 366쪽.

83) 하지만 이러한 해석은 가등기담보법의 명문의 규정에 반하는 것이고, 不動産의 양도담보에 대한 형법의 학설은 대체로 가등기담보법에 충실한 담보물권설에 대한 설명만을 하는 것이다.

84) 부동산의 가등기담보에 관하여 이전의 신탁적양도설을 취한 것으로는 가령 『...가등기담보등에 관한 법률이 시행되기 전에 경료된 채권자 명의의 가등기에 기하여 소유권이전의 본등기가 경료된 경우 위 소유권이전등기가 비록 채권담보의 목적으로 경료된 것이라고 하더라도 대외적인 관계에서는 그 소유권이 완전히 이전되는 것으로 볼 수밖에 없고, 따라서 위 가등기에 기한 소유권이전의 본등기가 경료됨으로써 그 가등기가 경료된 다음에 경료된 제3취득자 명의의 소유권이전등기가 소멸됨으로 말미암아 제3취득자는 그 소유권을 상실하게 되었다... 채권자가 채권담보의 목적으로 부동산에 가등기를 경료하였다가 그 후 변제기까지 변제를 받지 못하게 되어 위 가등기에 기한 소유권이전의 본등기를 경료한 경우에는 당사자들이 달리 특별한 약정을 하지 아니하는 한 그 본등기도 채권담보의 목적으로 경료된 것으로서 당사자 사이에 정산절차를 예정하고 있는 이른바 약한 의미의 양도담보가 된 것으로 보아야 할 것이다. ... 약한 의미의 양도담보가 된 경우 채무의 변제기가 도과된 후라고 하더라도 채권자가 담보권을 실행하여 정산절차를 마치기 전에는 채무자는 언제든지 채무를 변제하고 채권자에게 가등기 및 그 가등기에 기한 본등기의 말소를 청구할 수 있다.』(대판1992.1.21. 91다35175 공916.814) 참조.

85) 청산과 관련하여서는 양도담보의 성질에 관한 어느 학설이든 일단 청산절차가 있어야 하므로 그 결론에서 차이가 없을 것이다.

후에 채권추심을 위하여 담보부동산을 처분하는 것만으로는 배임행위를 인정할 수 없다⁸⁶⁾. 대법원은 종래 양도담보권자인 債權者가 채권변제와 관계 없이 담보부동산을 처분⁸⁷⁾하거나 담보목적물을 부당하게 염가에 처분하는 경우⁸⁸⁾는 물론 담보권의 실행으로 담보목적물을 환가처분하는 경우에 채권의 변제충당을 위하여 적절한 환가처분을 하여 원리금에 충당하고 나머지가 있어도 이를 채무자에게 정산하여 주지 아니하는 때⁸⁹⁾에는 債權者의 背任罪를 인정하였다⁹⁰⁾. 하지만 그후 전원합의체 판결⁹¹⁾로 관례를 변경하여 이러한 경우에는 자기의 사무이고 타인의 사무를 처리하는 자라고 할 수 없고, 따라서 배임죄를 부정하였고, 그후 판결에도 양도담보권자가 담보목적물을 부당하게 염가에 처분한 경우에도 같은 태도를 취하고 있다⁹²⁾. 변제기가 경과한 후 양도담보물의 환가를 위한 처분으로 얻은 대금은 그 특성상 담보설정자의 소유에 속한다고 볼 수는 없으므로 橫領罪를 인정할 수 없고, 채무자와 채권자 사이에 보관을 위한 특별한 위탁관계가 성립한 것도 아니기 때문이다. 따라서 배임죄가 성립하든지 청산금반환채무불이행에 불과하다. 그런데 담보권실현으로 채권채무를 청

86) 대판 1982.9.28 82도1621 참조. 양도담보권자가 변제기 경과 후 제3자 앞으로 근저당권을 설정하고 금원을 차용하여 변제에 충당한 경우 채무자로서는 근저당권등기의 부담은 붙을지언정 담보목적물의 환수권을 상실한 것은 아니라는 이유에서이다.

87) 대판 1997.5.24 76도4180.

88) 대판 1979. 6.26 79도1127.

89) 배임죄를 인정한 판결로는 대판1979.6.12. 79도205(공1979,12022); 1975. 5. 13. 74도3125(공1975. 8484); 대판 1983. 6. 28. 82도1151(집31-3형132,공1983.1148) 참조.

90) 또한 대판1971. 3. 9. 71도189(집19-1형115) 참조.

91) 대판(전) 1985.11.26 85도1493(공1976.80170) :『(부동산) 양도담보가 처분정산형의 경우이건 귀속정산형의 경우이건 간에 담보권자가 변제기 경과 후에, 담보권을 실행하여 그 환가대금 또는 평가액을 채권 원리금과 담보권실행비용등의 변제에 충당하고, 환가대금 또는 평가액의 나머지가 있어, 이를 담보제공자에게 반환할 의무는 부동산매매에 있어서의 등기의무자인 매도인의 등록 협력 없이는 매수인 앞으로의 소유권이전을 완성할 수 없는 경우와 같은 협력의무로서의 성질이 없으므로 담보계약에 따라 부담하는 자신의 정산의무이고, 그 의무를 이행하는 사무는 곧 자기의 사무처리에 속하는 것이라 할 것이므로 그 정산의무를 이행하지 아니한 소위는 배임죄를 구성하지 않는다』는 판결을 내리고 있다. 하지만 이에 『정산된 양도담보의 담보목적물의 소유권이전의 법률적 본질이 신탁적 양도임에 틀림이 없는 이상, 양도담보권자는 수탁자로서 양도담보채무자의 위탁(위임)에 의하여 위임된 사무를 성실하게 처리할 의무와 상대방의 재산보전에 적극적·소극적으로 협력하여야 할 의무를 지고 있으며, 그 사무의 처리는 법률행위는 물론 법률행위가 아닌 사실상 사무의 처리도 같이 포함된다고 할 것이고, 양도담보권자의 정산의무는 위의 사실상의 사무처리에 속한다 할 것이어서 이는 양도담보권자의 사무임과 동시에 신탁자인 양도담보채무자 즉 타인의 사무에도 해당되어 그 정산의무를 이행하지 아니한 소위는 배임죄를 구성한다』는 少數意見이 있다; 부동산의 담보권자가 변제기 경과 후에 담보권을 실행하기 위하여 담보목적물을 처분하는 행위는 배임죄가 성립된다고 할 수 없다는 판결로는 대판 1997. 12. 23. 97도 2430(공1998.448); 대판 1989. 10. 24. 87도126; 다만 대판1988.12.13 88도184에서는 양도담보의 피담보채권이 채무자의 변제 등에 의하여 소멸하였으면 양도담보권자는 담보설정자에게 그 권리를 회복시켜 줄 의무를 인정한다; 대판1986.7.8. 85도554(공1986,1017, 총람형355-234); 또한 대판1976. 1. 13. 74도2076(집24-1형1, 공1976.8986) 및 대판1976. 5. 11. 75도2245(공1976,9195) 참조.

92) 대판1989.10.24 87도126; 대판1997.12.23 97도2430 참조.

산한 결과 잔액이 있으면 그것을 채무자에게 지급할 의무가 있음은 당연하지만 그것은 채권자가 채무자와의 담보계약에 따르는 청산의무를 이행하지 않은데 불과하고 이 의무는 그 대로 이행될 때까지 존속하는 것이고, 이러한 채무불이행을 배임죄로 다루는 것은 타당하지 아니할 것이다⁹³⁾.

나. 動産讓渡擔保에서의 橫領罪・背任罪⁹⁴⁾

(1) 동산양도담보의 법적성질

동산의 양도담보에서는 동산의 소유권은 누구에게 귀속하는가? 가등기담보법은 원칙적으로 부동산에 적용되는데, 이를 동산에도 유추적용할 것인가가 문제된다.

부동산의 양도담보에 대하여 담보물권설을 취하는 학자들은 동산에도 유추적용을 인정하여 부동산의 경우와 동일하게 동산의 양도담보도 담보물권으로 파악한다. 민법의 다수설은 擔保物權說을 취하고, 동산의 양도담보에도 가등기담보법을 유추적용한다. 따라서 부동산양도담보와 동일한 결론 특히 담보물권설을 따른다⁹⁵⁾. 동산에 대하여 가등기담보법을 유추적용해야 한다는 견해에서는 부동산의 양도담보에서와 동일하게 채권자가 소유권을 취득하는 것이 아니라 양도담보권만 취득하고, 소유권은 여전히 양도담보설정자인 채무자에게 있으므로 채무자가 소유권자가 된다⁹⁶⁾.

93) 손동권, 앞의 논문, 564쪽; 서정우, 앞의 논문, 398쪽; 임대규, 앞의 논문, 364쪽; 정웅석, 형법강의, 대명출판사, 1007쪽 참조. 이처럼 단순한 부수적의무만으로는 부족하므로 매매계약에서 매수인의대금지급의무처럼 계약을 이행하여야 할 일반적인 의무는 타인의 사무에 속하지 아니한다. 반면에 타인의 사무임과 동시에 자기의 사무로서의 성질을 가지고, 타인을 위한 사무가 본질적인 내용을 이룰 때에는 타인의 사무가 된다. 이런 점에서 1985년 전원합의체판결의 소수의견은 배임죄를 인정한다. 임웅, 앞의 책, 392쪽, 오영근, 앞의 책, 537쪽은 변제기 이후 채권자의 임의처분에 불법영득의사를 인정하지 아니하고 횡령죄를 부정한다.

94) 동산의 이중양도담보에서 이중으로 양도한 채무자는 橫領罪의 성립에 대하여 직접적으로 판시한 것은 없으나 양도담보설정자인 채무자가 제3자에게 이중으로 양도담보를 설정한 경우에도 자기의 물건을 보관(점유)하는 것이므로 횡령죄나 배임죄는 인정되지 아니한다. 다만 최근*동산에 대하여 점유개정의 방법으로 이중양도담보를 설정한 경우 원래의 양도담보권자는 뒤의 양도권자에 대하여 배타적으로 자기의 담보권을 주장할 수 있으므로, ...』라고 하여 기존과 다른 태도의 판결(대판 2000. 6. 23. 99다65066, 공2000.1743)도 있다.

95) 민법에서 가등기담보법을 유추적용하는 학자들이 담보물권설을 취하기 때문이다. 이 점과 관련하여 민법의 신탁적양도설을 취하는 학자들의 동산양도담보에 대하여는 분명한 태도를 알기는 어렵지만 대체로 신탁적양도설을 취하면 가등기담보법과는 다른 규율을 하게 된다. 형법에서도 동산에는 학설의 대립을 소개하지 아니하는 경우에는 바로 담보물권(따라서 여전히 채무자가 소유자로서)으로서 해석하고 있다. 가령 임웅, 앞의 책, 391쪽 참조.

96) 형법에서는 김성천·김형준, 앞의 책, 494쪽 : 담보를 위해 물건의 소유권을 이전하는 방법은 채권자에게는 매우 유용한 방법이지만 채무자의 입자에서는 자신의 채무 이상의 가치가 있는 물건을 채권자에게 빼앗길 수도 있는 막대한 위험이 도사리고 있는 제도이다. 종래 사회적 강자인 채권자에 의해 이러한 담보방법이 애용되어 왔고 많은 사회적 약자들이 억울하게 자신의 재산을 박탈당할 수 밖에 없었

법률상 보관자의 지위에 있다고 보기 어렵고¹⁰⁶⁾, 직접점유도 하고 있지 아니하므로 제3자에게 목적물을 처분할 수 없다. 따라서 채권자의 背任罪는 부정되어야 할 것이다.

이에 대하여 信託的讓渡說을 취하는 학자들은 動産의 경우에 가등기담보법의 유추적용을 인정하지 아니하고 이에 따라 종래의 학설인 신탁적양도설을 따라야 한다고 한다. 판례는 동산양도담보에서 가등기담보법 이후에도 여전히 신탁적양도설을 취하고 있다¹⁰⁷⁾¹⁰⁸⁾. 신탁적양도설에 따르면 동산의 소유자는 債權者(양도담보권자)이다¹⁰⁹⁾. 債務者는 소유자가 아니며, 점유자인 경우가 많다(양도저당)¹¹⁰⁾.

이 경우 債權者가 변제기 경과 전에 목적물을 임의로 처분하면 자기의 물건이므로 횡령죄가 아니고, 배임죄가 될 수 있을 뿐이다. 이 경우 債務者가 목적물을 임의로 처분하면 타인의 물건을 보관하므로 횡령죄가 성립한다¹¹¹⁾.

형법에서의 동산의 양도담보는 민법의 다수설인 담보물권설에 비교적 소극적으로 해석하여 신탁적양도설에 머물러 있는데 그 이유는 무엇일까?

형법에서 이러한 점에 대하여 명시적으로 설명한 문헌은 현재까지는 없다. 이러한 것은 담보물권설에서는 원칙적으로 가등기담보법을 동산에도 『유추적용』하여야 하는데, 형법에서는 罪刑法定主義의 원칙의 과생원칙으로 이러한 類推適用은 원칙적으로¹¹²⁾ 금지되어 있기 때문이라고 생각된다. 유추적용을 하게 되면 담보물권설에 따라야 할 것이고, 유추적용을 인정하지 아니한다면 신탁적양도설에 따라야 할 것이다. 무엇보다도 유추적용의 판단기준으로 학설이 제시하는 『言語의 可能的 意味』(der mögliche Wortsinn)에 따라¹¹³⁾ 가등기담보법을 판단한다면 후자의 것이 타당하지 않을까 생각된다.

죄를 인정하는데, 앞의 경우는 판례의 “다른 사유로” 보관하는 경우를 엄두에 둔 듯하다.

106) 같은 취지로 임용, 앞의 책, 391쪽.

107) 이에 대하여는 앞의 판례와 논의 참조. 가령 대판 1994.8.26 93다44739 참조.

108) 민법의 학설은 절대다수가 유추적용설을 취하지만 형법의 학설은 이러한 점을 반영하지는 아니하는 듯하다. 가령 손동권, 부동산처분행위와 관련된 횡령죄와 배임죄의 구별문제, 557쪽, 주51에서는 동산에서는 가등기담보법이 적용되지 아니하고, 기존의 형사이론이 그대로 유지된다고 한다.

109) 대판1989.7.25. 89도350(공1989.1317); 대판1962. 2. 8. 4294형상470(카4186, 총람형323-3) 참조.

110) 동산양도담보가 讓渡質의 형태일 경우에는 채권자가 소유자이면서 점유자이고, 채무자는 점유자가 아닐 수도 있다.

111) 다만 양도질 형태에서는 점유도 채권자에게 있으므로 횡령죄가 되지 아니하고, 소유와 점유가 모두 채권자에게 넘어가 있으므로 배임죄도 되지 아니한다고 해야 할 것이다.

112) 다만 범죄자에게 『有利』한 유추(Analogie in boanm partem)은 허용된다는 것이 형법의 통설이다. 가령 이재상, 형법총론, 25쪽; 김일수, 형법총론, 79-80쪽; 이형국, 형법총론, 45쪽; 정성근, 형법총론, 22-23쪽; 배종대, 형법총론, 129쪽 등. 가등기담보법의 유추적용은 반드시 범죄자에게 유리한 유추이 되는 것만은 아니다. 이와 달리 민법에서는 法源(민법 제1조)과 신의성실의 원칙(제2조)의 조문에 따라 유추적용(유추해석)이 비교적 자유롭고 이러한 차이점이 動産의 讓渡擔保에 작용되고 있다고 생각된다.

113) 이에 대하여는 김일수, 앞의 책, 77쪽; 이재상, 앞의 책(주112), 26쪽; 배종대, 앞의 책(주112), 131쪽 참조.

동산의 양도담보에서 債權者의 清算과 관련한 판결은 많지 아니하나 대체로 변제기 이후의 청산과 관련하여서는 양도담보의 성질이 다르다기 보다는 청산의 방법에 따라 차이가 있는 것이고, 일단 청산에 대하여도 부동산에서와 같은 논의가 타당할 것이다¹¹⁴⁾¹¹⁵⁾.

2. 기타의 문제

양도담보와 관련하여 판례에서 형법상의 범죄로 문제되었던 것은 그밖에도 다음과 같은 것이 있다. 양도담보설정자인 채무자가 양도담보채무를 제3자에게 고지하지 아니하고 매도한 경우에 고지의무의 불이행으로 인한 詐欺罪(형법 제347조)의 성립을 부정한 판례¹¹⁶⁾와 긍정한 판례¹¹⁷⁾가 있다. 또한 타인에게 매도담보한 재물을 사용하고 있는 채무자는 이미 그 재물에 대한 소유권이 매도담보채권자에게 넘어가 있는 담보물을 채무변제시까지 보관사용하고 있는 법률관계에 있는 것이므로 이를 제3자에 대한 자기채무의 변제조로¹¹⁸⁾ 제공하여도 權利行使妨害罪(형법 제323조)가 성립되지 아니한다고 한 판례가 있다¹¹⁹⁾.

이외에도『부동산실권리자명의등기에관한법률』에 따라 양도담보임을 기재한 서면제출의무를 위반한 때에는 위반자에게 부동산 가액의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위 내에서의 과징금의 부과(제5조 제1항 제2호)와 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금이라는 형사 처벌(제7조 제1항 제2호)이 있다.

114) 학설에 따라서는 債權者가 청산금을 지급하지 아니한 경우에는 채권자는 청산금에 대한 횡령죄가 성립하는데, 소유권이전시점은 소유권이전등기시점이 아니라 청산시점이기 때문에 청산금이 지급되지 아니하였다면 여전히 채무자의 소유이고, 그 청산대금도 채무자의 소유라고 보아야 하기 때문이다. 판결도 채무자가 점유하고 있던 동산의 양도담보물(매도담보물)의 채권자의 승낙을 얻어 처분하고 그 처분대금을 債務者가 소비해도 橫領罪가 성립하지 아니한다고 한다(대판1977. 11. 8. 선고 77도1715, 공1977,10388). 하지만 목적물의 소유권이 여전히 채무자의 것이라고 보는 견해는 動産의 讓渡擔保에 대하여 신탁적양도설을 취하는 판례와는 맞지 아니하는 것이며, 오히려 담보물권에서 취할 수 있는 결론이라고 생각된다.

115) 청산과 관련하여서는 양도담보의 성질에 관한 어느 학설이든 일단 청산절차가 있어야 하므로 부동산의 것이 그대로 적용될 수 있을 것이다. 다만 가등기담보법을 유추적용하지 아니한 견해는 본 법 이전에와 같이 논리필연적으로 가등기담보법의 청산절차를 거쳐야 하는 것은 아니다.

116) 대판1970. 5. 26. 70도777(형판집73-624) 및 대판1970. 5. 26. 70도481(집18-2행17) 참조.

117) 대판1960. 10. 26. 4293형상82(집8형85) 참조; 부작위에 의한 사기를 인정한 예로는 대판1981. 8. 20. 선고 81도1638(공1981,14308); 대판1984. 1. 31. 83도1501(집32-1형365,공1984.461)

118) 대물변제(민법 제466조)(『채무자가 채권자의 승낙을 얻어 본래의 채무이행에 갈음하여 다른 급여를 한 때에는 변제와 같은 효력이 있다』)를 말하는 듯 하다.

119) 1962. 2. 8. 4294형상470, 카4186 참조.

VI. 結 論

이상에서 우리는 민법상의 비전형담보로서의 양도담보에 대한 것과 그와 관련된 형법상의 재산범죄 특히 횡령죄와 배임죄에 대하여 살펴보았다.

이러한 논의를 기초로 일응 다음과 같이 결론내릴 수 있을 것이다.

1. 우선 민법상의 讓渡擔保의 논의는 假登記擔保法の 제정으로 이전과는 달리 擔保物權說이 더 타당하게 되었다. 그에 따르면 청산이 있기까지는 양도담보설정자인 채무자가 소유권을 계속 가지게 된다. 민법의 판례는 이를 따르는 것과 따르지 아니하는 것이 있는데 법에 맞게 통일되어야 할 것이다.
2. 가등기담보법에 따르면 이전에 사용되었던 가등기담보·매도담보 및 양도담보 등의 비전형담보의 類型을 별도로 구별할 필요가 없다. 다만 動産의 경우에도 이 법이 적용될 것인가는 학설이 대립하는데, 민사판례는 계속적으로 신탁적양도설을 취하면서 가등기담보법을 적용하지 않고 있다. 이에 대하여 학설은 담보물권설의 견해에 따라 가등기담보법의 類推適用을 인정하고 있다. 형사법에서의 학설은 이러한 유추적용을 인정하지 아니하는데, 이는 형사법의 죄형법정주의의 유추해석금지의 원칙과 관련된 것이고, 이러한 점에서 형사와 민사의 기본원리의 차이가 적용된 것이다.
3. 刑法에서의 讓渡擔保에 대한 논의의 서술은 민법의 이론을 충실하게 반영하지는 아니하고 가등기담보법 이전의 견해들을 답습하고 있는 것이 많은데, 법의 취지에 맞게 정확한 설명이 되어야 할 것이다. 이에 따르면 不動産讓渡擔保에서는 가등기담보법의 규정에 따라 등기명의자인 債權者만이 처분할 수 있고, 그에게 다른 요건이 충족되면 橫領罪가 인정된다. 이 경우 채무자는 목적물을 처분할 수 없으며 횡령죄나 배임죄가 인정되지 아니한다. 動産讓渡擔保에서는 민법과는 달리 가등기담보법의 규정을 유추적용하지 않는다는 信託的讓渡說에 따르더라도 채무자가 계속 점유하는 점유개정의 형태라면 債權者가 변제기 경과 전에 목적물을 임의로 처분하면 횡령죄가 아니고, 배임죄가 될 수 있을 뿐이다. 이 경우 債務者가 목적물을 임의로 처분하면 타인의 물건을 보관하므로 횡령죄가 성립한다. 민법의 다수설의 견해인 擔保物權說을 따른다면 債務者만이 처분할 수 있고, 그 경우 배임죄가 되고, 債權者는 처분할 수 없다고 하여야 할 것이다.
4. 이러한 점에서 양도담보에서는 민법과 형법, 학설과 판례가 아직 완전히 통일되어 있

지 아니하고 있는데 가등기담보법 및 채무자의 점유, 동산·부동산의 구별의 세분분류기준에 따라 정리가 필요하다고 생각되고, 형법의 기본원리와 민법의 기본원리의 차이점도 명확히 인식될 필요가 있다고 본다.

본고에서는 이러한 점에 착안하면서도 그 고찰범위의 일반성으로 인하여 충분히 세부적인 논점을 다루지 못하고, 단지 양도담보의 개념과 민법과 형법의 상호관계에 대하여만 살펴보았다. 앞으로 비전형담보 특히 양도담보와 관련된 민사·형사의 법률문제를 좀더 보충하여 양 법의 학제간의 연구에 더 충실하고자 한다.

주제어 : 양도담보, 가등기담보등에관한법률, 횡령죄·배임죄, 담보물권설

참 고 문 헌

1. 민사법

- 박윤직, 물권법, 박영사, 2002.
 강태성, 물권법, 대명출판사, 2000.
 고상룡, 물권법, 법문사, 2001.
 권오승, 민법특강, 법문사, 2쇄, 1995.
 권용우, 물권법, 제5전정판, 법문사, 2001.
 김기신, 한국물권법, 전정판, 법문사, 1985.
 김상용, 물권법, 2001, 전정판, 2001, 법문사.
 김상용, 부동산담보법, 1991, 법원사.
 김용한, 물권법, 박영사, 1985.
 김증한, 물권법강의, 1986, 박영사.
 김증한·김학동, 물권법, 1998.
 박종두, 물권법, 2002, 삼영사.
 소성규, 물권법, 법률시대, 2쇄, 2002.
 윤철홍, 물권법강의, 1998, 박영사.
 이상태, 물권법, 1996, 법원사.
 이승우, 물권법, 1판 6쇄, 2000, 한국방송통신대학교출판부.
 이광신, 물권법요론, 일신사, 1993.
 이영준, 물권법, 박영사, 신정판, 2001.
 이은영, 물권법, 2002, 개정신판, 박영사.
 이태재, 물권법, 진명문화사, 1985.
 장경학, 물권법, 1987, 법문사.
 지원림, 민법강의, 2002, 흥문사.
 황적인, 현대민법론II(전정판), 1987, 박영사.
 김증한(대표), 학설·판례 주석민법(상), 1973, 한국사법행정학회.
 이영준/김광년, 주석물권법(하), 1993, 한국사법행정학회.
 박준서/박중찬, 주석민법, 물권법4, 2000(제3판), 한국사법행정학회.
 황적인 대표, 주석민법, 물권법, 1996, 개정5쇄, 법원사.
 양창수, 민법연구 제2권, 박영사, 1991.

- 권오승, 민법특강, 홍문사, 1995.
- 김상용, 부동산실명법의 사법상의 문제점과 대처방안, 법제연구 제9호, 1995.
- 박경량, 가등기담보, 이영준교수화갑기념논문집, 1999.
- 정동윤, 동산양도담보권자의 제3자이의소송, 법률신문 제2367호 14쪽.
- 抽木馨, 擔保物權法, 法律學全集19, 昭和35年(1958), 有斐閣.
- 抽木馨·高古多喜男 編, 新版注釋民法(9), 物權(4), 有斐閣, 1998(平成10)年.
- 抽木馨 編, 注釋民法(9), 物權(4), 昭和43年(1965), 初版3刷, 有斐閣.
- 史尚寬, 物權法論, 中國政法大學出版社, 20世紀中華法學文叢 17, 2000.
- 高木多喜男, 讓渡擔保-フランス法, 私法21, 昭和34.
- Malaurie et Aynès, Droit civil, Les suretés, La publicité foncière, 1993/1994, no 534 et s, p.196-197, no 537, p.198 참조.
- Baur, Lehrbuch Des Sachenrechts, §56 I, S. 556.

2. 형사법

- 강구진, 형법각론(I), 박영사, 1983.
- 김성천·김형준, 형법각론, 동현출판사, 2000.
- 김일수, 한국형법 III·IV, 박영사, 개정판, 1997.
- 김일수, 형법각론, 박영사, 제3판, 1999.
- 명형식 외 신고형법각론(7인공저), 한국사법행정학회, 1986.
- 박상기, 형법각론, 박영사, 전정판, 1999.
- 배종대, 형법각론, 홍문사, 개정판, 1997.
- 백형구, 형법각론, 청림출판, 1999.
- 서일교, 형법각론, 박영사, 1978.
- 오영근, 형법각론, 대명출판사, 2002.
- 유기천, 형법학(각론강의 상), 일조각, 1983.
- 이재상, 형법각론, 박영사, 전정판, 1999.
- 이정원, 형법각론, 법지사, 1999.
- 이형국, 형법각론강의I, 법문사, 1997.
- 임웅, 형법각론, 법문사, 2001.
- 정성근, 형법각론, 법지사, 1996.
- 정영석, 형법각론, 법문사, 1983.
- 정영일, 형법개론, 박영사, 2003.
- 정웅석, 형법강의, 대명출판사, 2002(증보판).

- 조준현, 형법각론, 법원사, 2002.
- 진계호, 형법각론, 대왕사, 제4판, 2000.
- 김윤행 외, 주식형법각칙(하), 한국사법행정학회, 1980.
- 이회창 외, 주식형법각칙(3), 1997(제3판), 한국사법행정학회.
- 김경일, 양도담보권자의 채권추심을 위한 담보설정행위와 배임죄의 성부, 대법원판례해설 제1호, 399
- 서정우, 변칙담보와 형사책임, 재판자료 제13집, 1982.
- 손동권, 부동산처분행위와 관련된 횡령죄와 배임죄의 구별문제, 현대법학의 이론, 이명구 화갑기념논문집, 1996.
- 임대규, 배임죄에 있어서의 임무위배행위, 재판자료 제50집, 형사법에 관한 제문제(하), 1990.
- 조인호, 양도담보권자가 목적부동산을 불법처분한 경우의 형사책임, 판례연구 제8호, 1993.

3. 기 타

- 伊藤嘉孝・辻本隆一 共著, 民商事とむ刑事事件捜査法, 日世社, 昭和38(1953), 昭和54(1969)年.
- 土本武司, 新訂 民事と交錯する刑事事件, 平成11年, 第3刷, 立花書房.
- 奥村誠, 民事・刑事事件の限界, 令文社, 昭和52(1977)年.
- 本江威喜 監修, 民商事と交錯する經濟犯罪I(横領・背任 編), 1994, 立花書房.
- 井上治典・佐上善和・佐藤彰一・中島弘雅 編, 民事救濟手續法, 第2版, 2002, 法律文化社,.

[Abstract]

A Study on Transfer of Ownership for Security and Crimes against Property

Kim, Seong-Soo

The purpose of this study is to analyse the relations between the transfer of ownership[s] for security in the Civil Law and the crimes of Embezzlement and Breach of Trust in the Penal Law, in order to harmonize the entire legal structure between the civil law and the penal law and to suggest relevant legal solutions.

In order to seek the solution, this study reviews, in the first part, transfer of ownership[s] for security in general, which is not regulated in the Civil Code but in the Provisional Registration Security Act, promulgated by Law No. 3681, Dec.30, 1983. According to this Act, if the ownership transfer registration on the secured real estate, has been already made, the creditor shall acquire ownership of such real estate only when he pays the liquidation amount to the obligator after the period of liquidation expires(Article 4(1)).

The second part covers the Crimes of Embezzlement and Breach of Trust in the Criminal Code. According to the article 335, having the custody of another's property is the important elements of the Embezzlement, and the ownership of this property is decided by the Civil law. Crime of Breach of Trust also needs the help of Civil law in determining whether there is another's business administered.

The result are as follows;

First, we can understand better the transfer of ownership[s] for security, according the theory of the real right granted by way of security, after the promulgation of the Provisional Registration Security Act. Some Jurisprudence in the Civil law, which don't follow it, should be altered.

Moreover, the distinction between transfer of ownership[s] for security by Provisional Registration and that by sale and Provisional Registration Security, is not necessary any more. This Act is applied to the Immovables, but whether it can be applied to movables, is being discussed. The Act applies to movables under civil law whereas it does not apply to movables under penal law as legality of crimes and punishment of penal law prohibits analogy in interpretation.

To the penal law scholars, the results of the civil law scholars is remained not clearly perceived. So the theory of the pre-Provisional Registration Security is also often being

adopted until now. But in my opinion the sub-categorys of this topic and another relevant answer are necessary. In transfer of ownership[s] over Immovables for security, according to the Act, only the creditor, a person registered, can dispose of his property in security, therefore the creditor shall be punished under the crime of embezzlement. In this case, the obligor, can't dispose.