

양도담보에 대한 물상대위의 인정 여부

이 상 태*

목 차

I. 서론	2. 판례
II. 양도담보권의 법적 성질	3. 검토
1. 학설	IV. 물상대위의 객체 -손해보험금청구
2. 판례	1. 담보물권과 손해보험금청구권
3. 검토	2. 양도담보와 손해보험금청구권
III. 양도담보에 대한 물상대위성의 인정 여부	V. 결론
1. 학설	

I. 서론

우리 법상 물상대위라 함은, 담보목적물이 멸실·훼손·공용징수 되었으나 그의 가치대표물인 금전 기타 물건이 존재하는 경우, 그 지급 또는 인도 전에 압류하면 담보물권의 효력이 이에 대하여 미치는 것을 말한다.

우리 민법 제342조는 동산질권의 물상대위성을 인정하고 있고, 이를 권리질권(민법 제355조; 이하 법명에 관한 특별한 언급이 없는 경우에는 민법을 가리킨다) 및 저당권(제370조)에 대하여 각각 준용하고 있다.

이것은 대위자인 채권자가 피대위자의 지위에 서서 그 권리를 행사하는 채권자대위(제404조)나 피대위자가 가지고 있는 일정한 물건 또는 권리가 법률상 당연히 대위자에게 이전하는 배상자대위(제399조) 또는 변제자대위(제480조 이하) 등과는 다르다.

물상대위제도의 취지는 먼저 담보물권자의 우선변제권이 당사자의 약정에 기한 것이라는 점을 생각해 보아야 한다. 예를 들어 저당목적물

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

인 건물이 제3자의 불법행위에 의하여 불에 타버린 경우, 목적물의 멸실로 인하여 저당권이 소멸한다면 저당권자는 손해를 입게 된다. 그러나 저당권설정자인 건물소유자가 그 제3자로부터 손해배상을 받는다면 건물소유자는 저당권의 부담을 면하는 이익을 얻게 된다. 이것은 저당권을 설정한 약정의 취지에 반한다고 할 것이다. 따라서 저당권설정자는 제3자로부터의 손해배상채권에 대하여 저당권자의 권리를 긍정하여야 할 것이다.

다른 한편 저당권자의 이러한 권리에 대하여 다른 채권자가 있는 경우에는, 다른 채권자에 우선하는 효력을 인정할 필요가 있다. 이것을 인정하기 위해서는 당사자의 약정만으로는 설명하기 어렵고 법이 이를 승인할 필요가 있다. 그런데 저당권자는 저당목적물에 대하여 우선변제권을 행사할 수 있는 지위에 있었기 때문에, 다른 채권자는 저당권자가 그 대표물에 우선권을 행사하여도 어떤 특별한 불이익을 입는 것은 아니다. 이와 같은 판단에 기하여 법은 원래 목적물에 갈음하는 일정한 대표물에 대하여 저당권자가 우선변제권을 행사할 수 있는 이른바 물상대위제도를 마련하고 있다고 할 수 있다.

이와 같이 물상대위성은 우선변제적 효력을 가지는 약정담보물권(질권 및 저당권)에 인정되는 성질이며, 따라서 우선변제적 효력이 인정되지 아니하는 법정담보물권인 유치권에는 이것이 인정되지 않는다. 그런데 우리 민법상 약정담보물권에 인정되는 이러한 물상대위성이 이른바 양도담보권에도 이러한 성질이 인정되는가에 대해 의문이 제기된다. 마침 이와 관련하여 최근 대법원(대법원 2009. 11. 26. 선고 2006다37106 판결¹⁾)은 양도담보의 목적물인 동산이 불에 탔기 때문에 양도담보설정

1) 이 판결에 대한 사안의 개요를 본고의 주제와 관련하여 필요한 한도에서만 언급을 하면 다음과 같다. 즉, 소 외 4 신용금고는 이 사건 건물 내 12개 레인에 따르는 기계설비 및 장비일체에 대한 매도담보를 설정한 후 소외 2에게 3억3천만원을 대출하였고, 위 대여 당시 소외 1, 5가 위 소외 2의 대출금채무를 연대보증하였다. 위 소외 1은 그 후 보험회사인 피고와의 사이에, 피보험자를 위 소외 1, 2, 5로 하고, 보험목적물은

자가 보험회사에 대하여 취득한 화재보험금청구권에 대하여 양도담보권자가 물상대위권을 행사할 수 있다고 판단함으로써, 일단 동산(보다 정확하게는 집합동산)에 대한 양도담보이긴 하지만 양도담보에도 물상대위성이 인정되며, 특히 물상대위의 인정 여부가 문제되는 보험금청구권에 대해서도 물상대위가 인정된다는 판결을 하고 있다.

본고에서는 이 대법원 판결을 계기로 하여 양도담보권에 대한 물상대위성 인정 여부에 관하여 고찰하고자 한다. 아래에서는 일반론으로서

이 사건 건물, 그 내부기계, 인테리어 시설, 동산 일체로 하되, 총 보험가입금액을 10억2천만원(이 사건 건물 : 4억원, 기계시설 및 레인 : 3억5천만원, 실내인테리어 시설 : 2억원, 비품일체 : 7천만원 등)으로 하는 내용의 화재보험계약을 체결하였다.

그런데 위 화재보험계약의 보험기간 중에 이 사건 건물 내부에서 화재가 발생하여 이 사건 건물의 일부와 그 내부의 기계 및 인테리어 시설비품 등이 소멸됨으로써, 위 보험계약의 피보험자인 위 소외 1, 2, 5는 피고에 대하여 5억929만7천원(=이 사건 건물부분 1억7,487만7천원+기계시설 및 레인부분 2억1,941만원+인테리어 시설부분 1억782만7천원+집기 등 비품부분 718만3천원)에 대해 각 지분별로 보험금채권을 가지게 되었다.

한편, 소외 4 신용금고는 금융감독위원회의 계약이전결정에 따라 소외 4 신용금고의 위 대출계약상의 채권자로서의 지위 및 위 채권의 담보인 매도담보권을 소외 6 금고에게 이전하였고, 소외 6 금고는 원고에게 유동화자산 양도계약에 따라 위 잔존대출원리금채권과 그에 따른 매도담보권을 이전하였다. 그 후 원고는 다시 위 대출원리금채권과 그에 따른 담보권 기타 이에 부수하는 권리 일체를 원고 승계참가인에게 양도하고, 위 대출원리금의 주채무자인 소외 2와 그 연대보증인인 소외 1, 5에게 각 채권양도통지를 하였다.

그런데 위와 같은 사안에서, 제1심법원은 소외 4 신용금고와 위 소외 1, 2 사이의 위 담보제공계약이 문언상으로는 ‘매도담보’로 표시되어 있으나, 그 실질에 있어서는 환매나 재매매의 예약과 같이 매매의 형식을 취하지 아니하고 금전소비대차에 수반하여 채무담보를 위하여 담보물건을 제공하였다는 점에서 양도담보의 성질을 가진다고 해석하였고, 이 판단은 2심 및 대법원 판결에까지 그대로 유지되었다.

이러한 사안에서 대법원은 양도담보권자인 원고 승계참가인은 양도담보 목적물인 이 사건 시설장비가 소실됨으로써 양도담보설정자인 소외 2가 피고에 대하여 취득한 화재보험금청구권에 대하여 물상대위권을 행사할 수 있다고 판시한 원심의 판단을 인용하였으며, 나아가 양도담보설정자에게 그 목적물에 관하여 체결한 화재보험계약의 피보험이익이 있는 것으로 판단하고 있다.

양도담보의 법적 성질을 먼저 살펴보고(Ⅱ), 그 성질 여하에 따라서 물상대위성 인정 여부가 달라지는지를 생각해 보기로 한다(Ⅲ). 다음으로 손해보험금청구권이 물상대위의 객체가 될 수 있는지를 고찰하고(Ⅳ). 끝으로 이상의 고찰을 종합하면서 위 대법원 판결의 타당성을 고찰해 보기로 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 양도담보권의 법적 성질

양도담보는 채권을 담보할 목적으로 채무자(또는 제 3 자)의 재산에 대한 소유권(또는 기타의 재산권)을 채권자에게 이전하는 형식을 취한 후, 채무이행이 있는 경우에는 목적물을 담보설정자에게 반환하지만, 채무불이행이 있는 경우에는 그 목적물로부터 채권자가 우선변제를 받는 유형의 담보를 말한다.

민법은 이와 같은 양도담보에 관한 규정을 두고 있지 아니하지만, 현재 ‘가등기담보등에 관한법률’(1984년 시행; 이하 가담법이라 한다)과 ‘부동산실권리자명의등기에관한법률’은 부동산양도담보의 유효성을 간접적으로 인정하고 있으며, 우리의 판례도 부동산 및 동산양도담보의 유효성을 인정하고 있다고 하겠다.

이러한 양도담보는 채권을 담보하기 위하여 외형상으로는 재산권을 이전하는 합의와 이에 상응하는 공시방법을 구비하는 형식을 취하는 유형의 담보이다. 양도담보는 이와 같이 목적은 채권의 담보인데, 형식은 재산권이전의 형식을 취하기 때문에, 목적과 형식 사이에 불일치가 존재한다. 여기서 양도담보의 법리를 목적을 중시하여 구성할 것인가 또는 형식을 중시하여 구성할 것인가가 문제된다. 전자의 입장이 담보물권설이며, 후자의 입장이 신탁적 소유권이전설이다.

1. 학설

여기서는 가담법 시행 후의 학설만을 살펴보기로 한다.

1.1 담보물권설

양도담보에 있어서 당사자의 목적은 어디까지나 채권의 담보에 있으므로, 양도담보에 의하여 담보권자는 일종의 담보물권을 취득할 뿐이고, 설정자는 이러한 담보물권의 제한을 부담하는 소유권 기타의 재산권을 계속 보유한다는 견해이다²⁾. 그 근거로서는 가담법 제4조 제2항 앞부분과 국세기본법 제42조 등을 든다. 즉, 가담법 제4조 제2항이 ‘채권자는 담보부동산에 관하여 이미 소유권이전등기가 경료된 경우에는 청산기간 경과 후 청산금을 채무자 등에게 지급한 때에 목적부동산의 소유권을 취득’하는 것으로 규정하고 있으므로, 설정자의 입장으로는 양도담보권이라는 일종의 담보물권을 부담하는 소유권을 보유하는 것으로 파악하여야 하며, 세법에서도 체납자가 채권자에게 양도담보의 목적물로서 재산권을 양도한 경우라 하더라도 그 재산으로부터 체납금을 징수할 수 있는 것으로 규정한 것(국세기본법 42조, 지방세법 36조)은 양도담보를 일종의 담보물권에 불과한 것으로 보고 소유권은 여전히 설정자가 보유하는 것임을 전제로 한 것이라고 한다.

그리고 특히 동산의 양도담보와 관련하여서는, 가담법이 부동산의 양도담보에 적용되고 동산의 양도담보에는 적용되지 않는 것이기는 하지만, 부동산의 양도담보와 동일하게 해석하는 것이 바람직하다고 한다.

2) 강태성, 물권법[제3판](대명출판사, 2009), 1293쪽; 고상룡, 물권법(법문사, 2001), 773쪽; 박윤직, 물권법(제7판)(박영사, 2006), 404쪽 이하; 김상용, 물권법(화산미디어, 2009), 787쪽; 김중환/김학동, 물권법(제9판)(박영사, 1997), 598쪽; 이상태, 물권법(6정판)(법원사, 2009), 502-503쪽; 이은영, 물권법(제4판)(박영사, 2006), 896쪽; 장경학, 물권법(법문사, 1990), 900쪽; 홍성재, 물권법(개정판)(대영출판사, 2010), 599·603쪽 등.

1.2 신탁적 소유권이전설

이는 가담법 이전의 판례가 양도담보에 관하여 취해온 신탁적 소유권이전설을 가담법 이후에도 지지하는 견해이다³⁾. 그 논거로는, ① 가담법은 신탁적 소유권이전설에 입각하고 있는 종래의 판례를 기초로 하여 입법화한 것이고 ② 가담법 제4조 제2항의 ‘소유권을 취득’한다는 것은 채무자에 대한 관계에 있어서도 소유권을 취득한다는 의미로 볼 수 있다. 즉, 양도담보 설정 시에 제3자에 대한 관계에 있어서는 외부적으로 소유권이 채권자에게 이전된 후, 청산금의 지급에 의해 비로소 채무자에 대한 관계에 있어서도 내부적으로 소유권이 이전되는 것이다. ③ 이렇게 이해하여야만 가담법 제11조 단서도 설명될 수 있다. 즉, 채권자는 대외적으로는 소유자이므로 그가 청산기간 경과 전에 청산금을 지급하지 아니하고 제3자에게 목적물을 양도한 경우에는 제3자는 적법하게 소유권을 취득하지만, 다만 제3자가 악의인 때에는 채권자의 배임행위에 가담한 경우가 대부분이므로 사회질서에 반하여 무효가 되는 것이다. ④ 세법이 양도담보권 설정자로부터 체납금을 징수할 수 있도록 규정하고 있는 것은 대내적으로는 여전히 소유권을 보유하고 있기 때문이다. ⑤ 양도담보권자의 일반채권자가 담보물에 대하여 강제집행을 하는 경우에는, 담보물권설에서처럼 모든 일반채권자에 대하여 이의를 제기할 수 있다고 할 것이 아니라, 가담법 제11조 단서를 유추적용하여 일반채권자가 악의인 경우에 한하여 담보설정자의 이의를 허용함이 타당하다. ⑥ 다만 소유권이전은 목적이 담보에 있으므로, 담보물권의 법리를 유추적용하는 것이 당연하고, 가담법의 규정(제3조·제4조·제5조·제13조·제16조)은 이러한 법리의 구체적 반영이라는 점을 든다⁴⁾.

3) 이영준, 한국민법론[물권편](신정2판)(박영사, 2004), 913쪽 이하.

4) 이러한 취지에 찬동하면서 신탁적 소유권이전설이 타당하다고 하는 견해가 있다. 박흥내, “동산의 양도담보-대법원 2005. 2. 18. 선고 2004다37430 판결-”, 법조 제54권

그런데 후술하는 것과 같이 이 견해에서도 양도담보에도 담보물권의 통유성(부종성·불가분성·물상대위성)의 법리가 유추적용된다고 한다.

2. 판례

다음으로, 판례가 양도담보의 법적 성질을 어떻게 보고 있는가를 살펴보기로 한다. 먼저 판례는 동산의 양도담보에 관하여는 가담법이 적용되지 않는다고 하면서, 가담법의 제정 전후 일관되게 신탁적 소유권이전설에 따르고 있다고 하는 것에 관하여는 다툼이 없다.⁵⁾ 그런데 부동산의 양도담보에 관하여 다수설에 의하면, 가담법 시행 이전에는 신탁적 소유권이전설의 입장을 취했으나 가담법 시행 이후에는 우리의 판례가 담보물권설의 입장을 취한 것과 신탁적 소유권이전설의 입장을 취한 것이 혼재하여 일관성을 결여하고 있다고 주장되고 있다.⁶⁾

제12호(통권 591호)(법조협회, 2005. 12), 286-288쪽.

- 5) 동산의 양도담보에 관한 판결로는 다음과 같은 것이 있다. 즉, 대법원 1994. 8. 26. 선고 93다44739 판결에서는 “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 주장하고 그 권리를 행사할 수 있다”고 하고, 그 후에도 대법원 1997. 6. 27. 선고 96다51332 판결에서, 채무자가 제3자에게 양도담보로 제공한 동산에 대하여 양도담보설정자의 일반채권자가 강제집행을 신청하여 배당을 받은 경우, 경락으로 인하여 경락인은 그 소유권을 선의취득의 방법으로 취득하고, 이에 따라 양도담보권자는 그 소유권을 상실한다고 함으로써, 역시 신탁적 소유권이전설에 입각하고 있다고 하겠다. 또 대법원 1998. 10. 12 선고 98그64에서도 “공장저당목록에 기재되어 있는 동산이 점유개정의 방법에 의하여 이미 양도담보에 제공되어 있는 것인 경우에도, 그 동산은 제3자인 저당권자와의 관계에 있어서는 양도담보권자의 소유에 속”한다고 한 것을 보면 신탁적 소유권이전설의 입장에 서 있다고 할 수 있다.
- 6) 강태성, 앞의 책, 1292쪽 이하; 김상용, 앞의 책, 787쪽; 이상태, 앞의 책, 501-502쪽. 담보물권설의 입장에 서 있는 것으로는 다음의 대법원 판결들이 거론되고 있다. 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다13830 판결(“채무의 담보를 위하여 채무자가 자기 비용과 노력으로 신축하는 건물의 건축허가명의를 채권자명의로 하였다면 이는 완성될 건물

을 담보로 제공하기로 하는 합의로서 법률행위에 의한 담보물권의 설정에 다름 아니므로, 완성된 건물의 소유권은 일단 이를 건축한 채무자가 원시적으로 취득한 후 채권자 명의로 소유권보존등기를 마침으로써 담보목적의 범위 내에서 채권자에게 그 소유권이 이전된다.” 이와 같은 취지의 것으로 대법원 2001. 1. 5. 선고 2004다47682 판결, 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다48347 판결 등이 있다), 대법원 1991. 11. 8. 선고 91다21770 판결(“채권담보를 위하여 소유권이전등기를 경료한 양도담보권자는 채무자가 변제기를 도과하여 피담보채무의 이행지체에 빠졌을 때에는, 담보계약에 의하여 취득한 목적부동산의 처분권을 행사하기 위한 환가절차의 일환으로서, 즉 담보권의 실행으로서 채무자에 대하여 그 목적부동산의 인도를 구할 수 있고 제3자가 채무자로부터 적법하게 목적부동산의 점유를 이전받아 있는 경우에는 그 목적부동산의 인도청구를 할 수도 있다 할 것이나, 직접 소유권에 기하여 그 인도를 구할 수는 없다.”) 등.

한편 신탁적 소유권이전설의 입장에 서 있는 것으로는 다음의 대법원 판결들이 거론되고 있다. 대법원 1993. 11. 23 선고 93다4083 판결(“이른바 주택의 양도담보의 경우는 채권담보를 위하여 신탁적으로 양도담보권자에게 주택의 소유권이 이전될 뿐 이어서, 특별한 사정이 없는 한 양도담보권자가 주택의 사용수익권을 갖게 되는 것이 아니고 또 주택의 소유권이 양도담보권자에게 확정적종국적으로 이전되는 것도 아니다.”), 대법원 1995. 7. 25 선고 94다46428 판결(“양도담보의 경우에는 채권담보를 위하여 신탁적으로 양도담보권자에게 건물의 소유권이 이전될 뿐 확정적·종국적으로 이전되는 것은 아니다”), 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다45943 판결(“금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하되 점유개정의 방법으로 인도하고 채무자가 이를 계속 점유하기로 한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 동산의 소유권은 신탁적으로 이전됨에 불과하여 채권자와 채무자 사이의 대내적 관계에서 채무자는 의연히 소유권을 보유하나 대외적인 관계에 있어서 채무자는 동산의 소유권을 이미 채권자에게 양도한 무권리자가 된다.”) 등.

그러나 이와 같이 대법원이 부동산의 양도담보에 관하여 일관성을 결여하고 있다는 것에 대하여는 반론이 제기되기도 한다(박흥내, 앞의 논문, 274쪽 이하). 이에 의하면, 지금까지 확고한 대법원 판례에 의하면, 가담법의 적용범위는 소비대차에 의한 채권에 한하며, 그 이외의 원인에 의하여 발생한 채권, 예컨대 매매대금채권, 불법행위채권이나 부당이득반환채권 등은 제외되고 있다(대법원 1991. 9. 24. 선고 90다13765 판결; 동 1992. 4. 10. 선고 92다45356 판결; 동 1992. 10. 27. 선고 92다22879 판결; 동 1998. 6. 23. 선고 97다1495 판결; 동 2002. 12. 24. 선고 50484 판결 등 참조). 그런데 담보물권설을 취한 것으로 주장되는 위에서 언급한 모든 대법원 판결들은 모두 가담법이 적용되는 소비대차로 인한 채무의 담보를 위한 경우가 아니므로 이를 가지고 대법원이 담보물권설을 취하고 있다고 보기 어렵고 또한 그 내용을 검토하여 보아도 담보물권설보다는 모두 신탁적 소유권이전설을 따르고 있다고 볼 수 있다고 한다.

3. 검토

그러면 여기서 현재 양도담보의 법적 성질은 어떻게 보아야 할 것인가를 생각해 본다

① 분명히 가담법 제4조 제2항의 앞부분은 채권자는 청산금을 채무자 등에게 지급하여야 목적부동산의 소유권을 취득한다고 규정하고 있다. 따라서 청산금의 지급전까지는 대내적이든 대외적이든 소유권이 설정자에게 있다고 하여야 한다. 그럼에도 불구하고 신탁적 소유권이전설이 그 전에 소유권을 취득하고 다만 청산금을 지급하여야만 채권자가 양도담보설정자에 대하여 부담하는 채무(이전받은 권리를 담보목적을 넘어서 행사하지 아니할 의무)가 소멸한다고 해석하는 것은 명문규정에 반하는 해석론이라 하겠다. ② 또 신탁적 소유권이전설에 의하면 세법이 양도담보설정자로부터 체납금을 징수할 수 있도록 규정하고 있는 것은 양도담보설정자가 청산절차 전에는 대내적으로 여전히 소유권을 보유하기 때문이라고 설명하지만, 양도담보의 당사자와 조세채권자(국가 등)와의 관계는 대외관계이므로, 오히려 조세채권자와의 관계에 있어서는 양도담보권자가 소유자라고 해야 하고 이로부터 조세를 징수해야 한다고 규정되어야 할 것이다. ③ 양도담보에 있어서 소유권이전의 목적은 채권의 담보에 있는 것이므로 실질적으로는 양도담보권이라는 담보권만이 채권자에게 귀속하고 소유권은 여전히 설정자가 보유한다고 하는 것이 당사자의 의사에 합치하는 해석이라 하겠다.

이와 같이 볼 때, 결국 양도담보의 법적 성질은 담보물권으로 보는 것이 타당할 것으로 생각된다.⁷⁾

7) 그러나 담보물권설에 의하더라도 문제는 있다. ① 실제로는 양도담보설정자가 소유자임에도 불구하고 등기부상으로는 양도담보권자가 소유자로 등기되어 있어 공시방법과 실제관계가 부합하지 않는다는 문제점이 있다. ② 가담법 제11조 단서의 앞부분에 의하면 채무자 등의 양도담보설정자는 그 채무의 변제기가 도래한 때로부터 10년이 경과하면 채권담보의 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없게 되나,

Ⅲ. 양도담보에 대한 물상대위성의 인정 여부

위에서 양도담보의 법적 성질에 관한 논의를 살펴보았다. 다음으로, 양도담보의 법적 성질에 관한 견해의 차이에 의하여 양도담보에 대한 물상대위성의 인정 여부에도 차이가 나는지를 살펴보기로 한다.

우리 민법은 전술한 바와 같이 질권과 저당권에 관하여 물상대위성을 인정하는 명문규정을 두고 있다(제342조, 제355조, 제370조). 그런데 이러한 명문규정이 없는 양도담보에도 물상대위성이 인정될 수 있는가가 문제된다.

이러한 문제와 관련하여 우리나라의 학설과 판례의 입장을 먼저 살펴보고 결론을 생각해 보도록 한다.

1. 학설

1.1 인정 여부

담보물권설에서는 양도담보권을 일종의 담보물권으로 파악하므로, 물상대위를 비롯한 담보물권의 통유성이 당연히 양도담보에도 인정된다고 한다.⁸⁾

그런데 신탁적 소유권이전설에서도 물상대위성을 비롯한 담보물권의 법리를 양도담보에 인정하고 있다.⁹⁾ 이에 의하면, 양도담보에 있어서 소유권의 이전은 어디까지 ‘담보목적’에 있는 것이므로 채권자·채무자

담보물권설에 의하면 이 경우에 소유권이전등기를 받은 자는 담보물권자에 불과한 데도 채무의 변제기로부터 10년이 경과하면 소유권이전등기의 말소를 청구당하지 않는 이유를 설명하기 곤란하다.

8) 박윤진, 앞의 책, 411쪽; 김상용, 앞의 책, 791쪽; 김증한·김학동, 앞의 책, 601쪽; 이상태, 앞의 책, 506-507쪽; 장경학, 앞의 책, 906쪽; 홍성재, 앞의 책, 615쪽.

9) 이영준, 앞의 책, 914쪽.

· 제3자 간의 관계는 담보물권에 있어서의 그것과 대단히 유사하고, 따라서 그 범위 내에서 본질에 반하지 않는 한, 양도담보에 관하여 담보물권의 법리 특히 부종성·불가분성·물상대위성을 유추적용하는 것이 당연하다고 한다. 가담법이 규정하고 있는 담보권실행의 통지(동법 제3조), 청산금지급에 의한 권리취득(동법 제4조), 후순위권리자의 권리행사(동법 제5조), 우선변제청구권(동법 제13조), 경매 등에 관한 특칙 등은 이러한 법리의 구체적 반영이라고 한다.

1.2 압류 여부

위에서 본 바와 같이 우리나라에서는 양도담보의 법적 성질에 관하여 담보물권설을 취하든 신탁적 소유권이전설을 취하든 양도담보에 물상대위성을 인정하고 있는 점에 관해서는 견해가 일치하지만, 민법 제342조 단서의 유추적용 여부, 다시 말하면 대위의 객체를 압류하여야 하는가에 관한 세부적인 문제점에 대해서는 견해가 나뉜다.

신탁적 소유권이전설에서는 물상대위에 관한 규정인 제342조 전부를 유추적용할 수 있다는 표현으로부터, 제342조 단서도 유추적용되는 것을 전제로 하고 있다고 이해된다.¹⁰⁾

그러나 담보물권설에서는 견해가 나뉜다. 즉, 형식상으로는 목적물의 소유권이 양도담보권자에게 귀속하고 있기 때문에 담보목적물에 갈음하는 대표물을 지급 또는 인도 전에 압류할 필요가 없고 따라서 제342조 단서는 유추적용되지 않는다고 하는 견해¹¹⁾와 양도담보권자는 담보물권자에 불과하므로 양도담보의 객체의 멸실 등으로 인하여 금전 기타 물건을 받을 권리는 양도담보설정자가 가지므로 그 지급 또는 인도 전에 압류할 필요가 있다고 하는 견해¹²⁾가 대립된다.

10) 이영준, 위의 책, 923쪽.

11) 김상용, 앞의 책, 791쪽; 곽윤직, 앞의 책, 411쪽; 장경학, 앞의 책, 906쪽.

2. 판례

앞에서 언급한 최근의 대법원 판례¹³⁾는 비록 동산의 양도담보에 관한 사안이지는 하지만 양도담보에도 물상대위성을 인정하고 있다. 이에 의하면, 이렇게 판단한 이유를 다음과 같이 들고 있다. 즉, 동산양도담보의 경우 채무자가 채권자에게 동산의 소유권을 이전하는 이유는 채권자가 양도담보권을 실행하여 우선변제를 받을 때까지 스스로 담보물의 가치를 보존하여 줌으로써 채무자의 채무불이행 시에는 채권자가 양도받았던 담보물을 환가하여 우선변제받는 데에 지장이 없도록 하기 위한 것인 바, 이와 같이 담보물의 교환가치를 취득하는 것을 목적으로 하는 양도담보권의 성격에 비추어 보면, 양도담보로 제공된 목적물이 멸실·훼손됨에 따라 양도담보설정자와 제3자 사이에 교환가치에 대한 배상 또는 보상 등의 법률관계가 발생하는 경우에도 그로 인하여 양도담보설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여 담보적 효력이 미친다고 보아야 한다는 것이다.

3. 검토

앞에서 언급한 바와 같이, 물상대위성은 우선변제권을 실질적으로 확보하기 위하여 담보물권에 정책적으로 인정된 것이라고 하겠으므로, 양도담보의 성질에 관하여 담보물권설의 입장을 취하면 양도담보에도 민법의 물상대위에 관한 규정을 유추적용하여 쉽게 물상대위성을 인정할 수 있을 것이다. 그리고 이와 같이 양도담보에 물상대위성을 인정한

12) 강태성, 앞의 책, 1300쪽; 고상룡, 앞의 책, 776쪽; 이상태, 앞의 책, 507쪽; 홍성재, 앞의 책, 615쪽.

13) 주1)의 대법원 판결.

다면, 물상대위권을 행사하기 위해서는 담보목적물에 갈음하는 대위목적채권을 그 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다는 민법 제342조 단서의 규정도 유추적용을 배제할 이유가 없다. 다만 부동산의 양도담보의 경우에는 등기명의를 양도담보권에게 이전되어 있어서 외관상으로는 담보권자가 아니라 소유권자로 다루어지게 될 것이므로 물상대위를 이유로 대위목적채권에 압류한다는 것은 실제로 법원에 의하여 받아들여 지기가 어려울 것으로 생각된다.¹⁴⁾

그런데 양도담보의 성질에 관하여 신탁적 소유권이전설을 취하게 되면, 양도담보권에게 물상대위권을 인정하는 결론은 논리적으로 쉽게 나오기가 어려울 것으로 생각된다. 즉, 이 설의 입장을 취하게 된다면, 양도담보권자는 대외적으로는 담보목적물의 소유권자가 되는 것이다. 만약 양도담보의 객체가 멸실되는 등의 사유로 인하여 금전 기타 물건을 받을 권리가 발생하였다면, 그것은 당연히 소유권자인 양도담보권자가 가진다고 하여야 한다. 일반적으로 목적물의 소유권은 그 대상물(代償物)까지에는 미치지 않으므로, 소유물이 멸실하더라도 소유권자에게는 물상대위가 인정되지는 않는다. 소유물의 멸실에 대하여 따로 책임질 사람이 있다면 소유권자는 그 사람에게 손해배상을 청구하면 족하다. 결국 양도담보권자를 대외적인 소유자로 파악하는 신탁적 소유권이전설에서 양도담보권자에게 물상대위권을 인정하는 것은 소유권자 이상의 권리를 인정하는 것이 되기 때문에 부당하다고 하겠다. 그리고 이와 같이 양도담보의 목적물이 멸실되는 등의 사유로 인하여 발생하는 금전 기타 물건을 받을 권리는 대외적 소유권자인 양도담보권자가 직접 취득

14) 동산양도담보의 경우 담보목적물인 동산을 양도담보설정자 또는 양도담보권자 중 누가 점유하는 것에 따라 물상대위권 행사를 위하여 압류를 하여야 하는가의 여부에 대해서 영향을 주지는 아니한다고 생각된다. 왜냐하면 물상대위권 행사를 위한 압류의 객체는 담보권설정자가 담보물의 멸실·훼손·공용징수로 인하여 제3채무자로부터 받게되는 현실의 금전 또는 물건이 아니라 그 지급청구권 또는 인도청구권이기 때문이다.

하므로 그 지급 또는 인도 전에 압류한다는 것도 있을 수 없다고 하여야 마땅할 것으로 생각된다.

그러나 전술한 바와 같이 현재 우리나라의 신탁적 소유권이전설에서는 양도담보권자에게 물상대위권을 인정함으로써 이와는 정반대의 입장을 취하고 있다. 또한 우리의 대법원 판례도 동산양도담보의 성질에 관하여 일관하여 신탁적 소유권이전설의 입장에 서 있으면서도, 전술한 대법원 판결¹⁵⁾도, 동산양도담보의 성질에 관하여 일관하여 신탁적 소유권이전설의 입장에 서 있는 대법원 판례에 따라서, 동산 양도담보의 경우 채권자에게 담보물의 소유권이 이전한다고 하면서도 그 실질적 목적은 채무 불이행 시 양도담보권자에게 우선변제를 받게 하기 위한 것임을 강조하면서 양도담보에도 물상대위성을 인정하고 있다. 그러나 신탁적 소유권이전설의 입장을 취하면서 양도담보에 물상대위성을 인정하는 하는 것은 아무래도 논리적 정합성이 부족하다고 하지 않을 수 없다.

IV. 물상대위의 객체 - 손해보험금청구권

1. 담보물권과 손해보험금청구권

민법은 물상대위의 객체를 담보물의 멸실·훼손·공용징수로 인하여 질권자 또는 저당권자인 담보설정자가 받을 금전 기타 물건으로 규정하고 있다(제342조). 그러나 물상대위의 객체는 현실의 금전 기타 물건이 아니라, 담보설정자가 제3채무자에 대하여 가지는 금전 기타 대위물의 지급청구권 또는 인도청구권이다. 예컨대 손해배상청구권·보상금청구권 등이 그것이다.

15) 주1)의 대법원 판결.

현행 민법은 목적물의 교환가치가 구체화되더라도 담보물권자가 목적물에 취급할 수 있는 때에는 물상대위를 인정하지 않는다. 따라서 예컨대 매매 또는 임대차의 경우에 그 매매대금 또는 차임에 대하여는 물상대위가 인정되지 아니한다.¹⁶⁾

그런데 여기서 이러한 물상대위의 객체를 엄밀한 의미에 있어서의 가치적 대체물 또는 가치변형물에 한정할 것인가가 문제된다. 예컨대 저장건물이 소실된 경우에 발생하는 화재보험금은 저장권의 객체인 건물의 등가가 아니고 보험계약에 기하여 지급되는 보험료의 대가이기 때문에, 엄밀한 의미에 있어서의 가치적 대체물이라고 하기는 어렵지 않는가 라는 의문이 제기되는 것이다.

1.1 학설

1.1.1 긍정설

저당권은 목적물의 실체를 목적으로 하는 권리가 아니라 주로 그의 교환가치를 취득하는 것을 목적으로 하는 권리이므로, 목적물의 멸실·훼손으로 채무자가 보험계약상 보험금을 받게 되는 경우에는 보험금을 목적물의 변형물로 인정하는 것은 당연하다고 하는 견해¹⁷⁾, 저장목적물이 소실됨으로 인하여 발생한 보험금청구권은 실질적으로는 그 저장목적물의 변형물이라 할 것이고, 그 보험금청구권이 실제 발생한 이상 그것에 대하여 저장권자의 물상대위를 인정한다고 하여 하등 불합리하거나 불공평하다고 볼 수 없으며, 또 저장권자의 물상대위권을 인정하는

16) 물론 담보목적물에 취급할 수 없게 된 때에는 반드시 물리적인 멸실·훼손이 아닌 경우에도 물상대위가 인정된다. 예컨대 목적물이 부합·혼화·가공으로 인하여 보상청구권으로 변한 경우(제261조)에도 물상대위가 인정된다. 그리고 공용징수의 경우에 물상대위가 인정되는 것도 담보목적물에 취급할 수 없기 때문이라고 한다(이영준, 앞의 책, 752쪽 주2).

17) 편집대표 박윤직, 민법주해[Ⅶ](물권 (3))(박영사, 1992), 401쪽(양승태 집필).

것이 저당채무자의 의사나 이익에도 합치된다고 보아야 하는 점 및 물상대위의 인정근거 등에 비추어 볼 때, 보험금청구권이 물상대위의 객체가 인정되어야 한다는 견해¹⁸⁾ 등에서는, 보험금청구권에 대한 물상대위를 적극적으로 인정하고 있다.

한편 손해보험금은 담보물권의 객체의 등가가 아니고 보험계약에 기하여 지급되는 보험료의 대가이기 때문에 당연히 물상대위의 객체가 된다고 할 것은 아니라고 하면서도, 물상대위의 객체의 범위를 엄밀한 의미에서의 가치적 대체물에 한정시킬 필요가 없고 담보권자·담보목적물소유자 및 기타 채권자 사이의 공평을 실현하는데 필요한 범위 내에서 합리적으로 결정하여야 한다고 하면서, 손해보험금의 경제적 기능의 중대성을 감안해 본다면 이에 대한 물상대위를 구태여 부정할 수 없다고 하는 견해¹⁹⁾도 있다.

1.1.2 부정설

담보목적물에는 언제나 손해보험에 부쳐지는 것도 아니고 보험금청구권은 목적물의 멸실·훼손에 의하여 법률상 당연히 발생하는 것이 아니라 별도로 체결된 보험계약에 의하여 보험료의 대가로서 생기는 것이며, 보험금청구권은 보험계약의 성립에 의하여 이미 조건부로 발생하는 것이고 보험사고의 발생은 그 구체화에 불과하며, 저당권설정자는 보험계약의 해제·기한도래 시에 계약을 계속하지 아니하는 것이 가능하고 저당권설정자가 보험료를 지불하지 않거나 고지의무·통지의무·

18) 김승표, “저당목적물이 소실됨으로써 저당권설정자가 취득한 화재보험금청구권에 대하여 저당권자가 물상대위할 수 있는지 여부 (대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다52798 판결 : 공보불게제)”, 대법원판례해설 통권 제51호 (법원행정처, 2004), 129쪽; 이근운, “보험금채권상의 질권과 저당권에 기한 물상대위”, 재판자료 제53집(법원행정처, 1991.9), 619쪽; 이재진, “물상대위에 관한 고찰”, 법학연구 7집(한국법학회, 2001.6), 266쪽.

19) 고상룡, 앞의 책, 655쪽.

손해방지의무 등을 위반하여 고의로 사고를 초래한 것을 이유로 보험금의 전부 또는 일부의 지불이 거부될 수도 있기 때문에, 보험계약이 성립한 경우에도 담보목적물의 멸실이 보험금 지불과 결부된다고는 할 수 없으며, 보험금이 지불될 때에도 그 금액은 본질적으로는 지불된 보험료액 여하에 따라서 좌우된다는 점 등을 들면서, 보험금청구권에는 물상대위를 인정하지 않는 것이 논리적이라고 한다.²⁰⁾

1.2 판례

대법원은 저당권자는 저당권설정자의 화재보험금청구권에 대하여 물상대위권을 행사할 수 있다고 한다. 즉, 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다52798 판결에서, 저당목적물이 소실되어 저당권설정자가 보험회사에 대하여 화재보험계약에 따른 보험금청구권을 취득한 경우 그 보험금청구권은 저당목적물이 가지는 가치의 변형물이라 할 것이므로 저당권자는 민법 제370조, 제342조에 의하여 저당권설정자의 보험회사에 대한 화재보험금청구권에 대하여 물상대위권을 행사할 수 있다고 한다.

이 판결은 저당목적물이 소실되어 저당권설정자가 보험회사에 대하여 화재보험계약에 따른 보험금청구권을 취득한 경우 그 보험금청구권에 대하여 저당권자가 물상대위 할 수 있다는 점을 명백히 밝힌 최초의

20) 정진세, “보험금청구권에 대한 저당권자의 물상대위-우리나라와 일본의 판례를 중심으로-”, 상사법연구(정진세교수 정년기념)(정진세교수 정년기념논문간행위원회, 2001), 487-488쪽. 그러나 이러한 견해를 취하면서도 저당권설정 당사자 간에 보험금에 대한 물상대위의 합의(목적적 합의 포함)가 있으면 그 유효성을 인정하는 것이 간결한 해결방법이라고 하고 있다.

덧붙여서, 외국에는 물상대위성 부정설을 취하면서도 저당권자를 보호하여야 한다는 정책적 견지에서 물상대위의 효력을 보험금청구권에 미치는 것을 인정하려는 견해도 있다(鴻常夫, “保險金債權に代する抵當權の物上代位と保險金請求權上の質權との關係について”, *ジュリスト* 141號(有斐閣, 1957), 26쪽; 이근운, 앞의 논문 619쪽에서 재인용).

판결로서 손해보험금청구권에 대하여 담보권자의 물상대위를 인정한 선례의 의미를 가지고 있다.

1.3 검토

물상대위가 화재보험청구권 등의 손해보험금청구권 위에 인정될 것인가에 관하여 명문의 규정이 없는 우리나라에서는 위에서 본 바와 같이 의견이 나뉜다. 이러한 손해보험금청구권은 담보목적물이 멸실·훼손됨으로써 발생하는 것이기는 하지만 한편 저당채무자의 보험계약의 임의적 체결계약에 의하여 보험료의 대가로서 발생하는 것이기도 하다. 여기서 앞의 점을 중시하는 때에는 손해보험금청구권은 담보목적물의 변형물로서 그 보험금청구권에 대한 물상대위를 긍정하게 될 것이다. 그러나 뒤의 점을 중시한다면, 손해보험금액과 담보목적물의 교환가치와는 반드시 엄밀하게 일치하지 않다고 보게 되어, 보험금청구권에 대한 물상대위를 부정하게 될 것이다.

그런데 만약 저당목적물에 대해 저당채무자의 보험회사에 대한 손해보험금청구권이 실제로 존재하고 있다고 한다면, 이것을 저당채권의 우선변제에 충당하지 않고 다른 곳에 처분하거나 또는 저당채무자 자신이 그 지급을 받은 것은 불합리하고 불공평하다고 하지 않을 수 없다. 또한 이러한 우선변제는 중국적으로는 저당채무자의 이익에도 합치할 것이다.

한편 거래계에 있어서도 금융기관에서 대부를 하는 경우에 금융기관은 제공된 담보물 위에 저당권을 설정하는 외에, 담보목적물이 멸실·훼손되는 위험에 대처하기 위하여 채무자로 하여금 담보목적물에 대한 화재보험계약을 체결하도록 하는 경우가 있으며, 나아가 금융기관은 그 보험금청구권 위에 질권을 설정하거나 보험증권 상에 보험청구권의 양도·배서를 받아두는 것이 일반적이라고 한다.²¹⁾ 이와 같은 현실을

고려한다면 부동산 금융의 촉진이라는 법정정책적 요청에 기하여서도 보험금청구권에 대한 물상대위를 인정하지 않을 수 없을 것으로 생각된다.²²⁾

요컨대 이상의 점들로부터 물상대위의 객체는 엄밀한 의미에 있어서의 가치대체물에 한정할 필요가 없고, 담보물의 멸실·훼손·공용징수와 직접 인과관계가 있는 것으로서 원래의 담보물과의 경제적·사회적 동일성이 인정된다면 물상대위를 인정하는 것이 타당하다고 생각된다. 더욱이 화재보험금을 비롯한 손해보험금의 경제적 기능의 중대성도 감안해 본다면 손해보험금에 대한 물상대위를 구태여 부정할 필요는 없다고 하겠다.

2. 양도담보와 손해보험금청구권

우리는 앞의 Ⅲ.에서 일반론으로서 양도담보에도 현행 민법상 담보물권에 인정되고 있는 물상대위에 관한 규정이 유추적용되어, 양도담보에 물상대위성이 인정되는가를 살펴보았다. 그리고 IV.1.에서는 담보물권에 있어서 보험금청구권이 물상대위의 객체가 될 수 있는가에 관하여 고찰하였다. 이러한 두 가지 점 모두에 관하여 긍정하는 입장을 취한다면, 양도담보에 있어서도 보험금청구권에 대하여 물상대위가 인정될 수 있다는 결론이 도출될 수가 있다.

그러나 민법상의 담보물권의 경우와는 달리, 양도담보와 관련해서는 특히 피보험이익을 한번 짚고 넘어가지 않을 수 없다. 왜냐 하면, “이익

21) 이근운, “보험금채권상의 질권과 저당권에 기한 물상대위”, 재판자료 제53집(법원행정처, 1991.9), 617쪽.

22) 보험금청구권에 대하여 저당권자의 물상대위를 인정하는 명문규정을 두고 있는 독일 민법 제1127조 제1항의 입법이유에 대하여, 법이론적으로는 이치에 맞지 않는 점이 있지만 이미 많은 주(州)의 입법이 이미 채택하고 있는 경향에 비추어 민법전도 이것을 거부할 수 없으며, 실제상의 강한 요구가 물상대위를 거부할 수 없게 한다는 설명을 하고 있다. “Motive zu dem Entwurf eine Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsches Reich”, Bd. 3(1896), SS.659-660.

없으면 보험 없다.”(Ohne Interesse keine Versicherung)라는 법언으로부터 알 수 있듯이, 이른바 ‘피보험이익’의 관념은 보험계약의 필수적인 요소의 하나이기 때문이다. 담보목적물에 양도담보가 설정된 경우, 경제적 실질에 있어서는 설정자가 계속하여 목적물의 소유자라고 할 수 있지만, 법형식상 또는 외관상은 소유권은 담보권자에게 이전되어 있다. 여기서 손해보험계약에 있어서 양도담보의 경우에는 특별히 누구에게 피보험이익이 있으며 누가 피보험자가 될 수 있는가 문제가 되는 것이다.

2.1 학설

이와 관련하여서는 크게 다음과 같이 3가지 경우로 나누어 생각해 볼 수 있다.

첫째, 양도담보에 관하여 양도담보권자에 대한 법형식상의 소유권이 전을 중시하게 되면, 양도담보권자만이 소유자이익을 가지며, 그만이 자신을 위하여 손해보험계약을 체결할 수 있다고 하게 될 것이다.²³⁾ 이러한 입장에 의한다면, 양도담보 설정 후에는 양도담보설정자는 피보험이익을 가지지 않는 것으로 되기 때문에, 양도담보설정자가 자신을 피보험자로 하여 보험계약을 체결하여도 무효가 된다.²⁴⁾ 그런데 통상의 경우에는 양도담보권자가 담보목적물에 대하여 손해보험계약을 체결하지는 않을 것이며, 양도담보권자는 양도담보설정자로 하여금 설정자 자신이 보험계약자로 되고, 양도담보권자를 피보험자로 하는 타인을 위한 손해보험계약을 체결하도록 요구할 것이다. 그 경우에도 보험금을 수령하는 것은 양도담보담보권자이기 때문에 양도담보설정자는 담보목적물의 가액으로부터 원리금의 차액, 즉 이른바 청산금을 확보할 필요는

23) 일본의 학설로는 石田滿, “讓渡擔保と被保險利益”, 保險法の現代的課題(三, 宅一夫先生追悼論文集)(法律文化社, 1996), 29쪽.

24) 일본의 재판례로는 岐阜地判 1959. 3. 23. 下民集 10卷 5號 528쪽.

생긴다. 그런데 양도담보설정자가 이러한 청산금을 확보하는 구체적 수단으로서는, 청산금청구권을 피담보채권으로 하여 양도담보권자가 가지는 손해보험금청구권 위에 질권을 설정하는 방법이 생각되지만, 양도담보권자가 비협력적이라면 이 방법을 취하기는 어려울 것이다.

둘째, 이와 달리 양도담보에 관하여 담보권적 구성을 취하는 입장을 철저히 한다면, 양도담보설정자와 양도담보권자의 관계는 저당권을 설정한 소유권자와 저당권자와의 관계와 유사한 것으로 될 것이다. 이렇게 파악한다면 양도담보설정자에게는 소유자이익이 긍정되는 데 대하여, 양도담보권자에게는 소유자이익이 부정될 것이다.²⁵⁾ 이 입장에 의하면 양도담보권설정자가 손해보험계약을 체결하거나 또는 양도담보설정자를 피보험자로 하여 양도담보권자가 타인을 위한 손해보험계약을 체결하게 될 것이다. 그렇다 하더라도 이러한 경우에 보험금을 수령하는 것은 양도담보설정자가 될 것이므로, 양도담보권자는 양도담보설정자의 손해보험금청구권 위에 질권을 설정함으로써 자신의 담보권자로서의 이익을 확보할 수 있을 것이다. 그리고 질권설정을 하지 아니한 경우에는, 손해보험금청구권에 대하여 양도담보권자가 물상대위권을 행사할 수 있다고 할 것이다. 그렇지만 첫째의 경우와는 정반대로, 양도담보설정자가 비협력적인 경우에는, 양도담보권자가 자신의 이익을 완전히 확보하는 것은 어렵게 될 것이다.

셋째, 양도담보설정자와 양도담보권자 모두 소유자이익을 피보험이익으로 하여 자신을 위한 보험계약을 체결할 수 있다는 견해도 있다.²⁶⁾ 이에 의하면, 양도담보권자가 담보목적물을 확정적으로 자신의 소유로

25) 일본의 학설로는 竹内昭夫, “不動産の譲渡擔保と被保險利益”, 損害保險判例百選 JURIST 別冊 70號(有斐閣, 1980), 19쪽.

26) 일본의 학설로는 中馬義直, “所有者としての被保險利益と所有權”, JURIST 増刊 No.4 商法の争點[第2版](有斐閣, 1980), 251쪽; 上柳克郎, “譲渡擔保と被保險利益”, 商法(保險・海上)判例百選 JURIST 別冊 121號(有斐閣, 1993), 19쪽 등. 日本最高裁判所 判決 1993. 2. 26. 民集 47卷 2號 1653쪽.

귀속시키기 위해서는 자신의 채권액과 목적물 가액과의 청산절차를 거칠 것이 필요하며, 한편 양도담보설정자는 양도담보담보권자가 이러한 절차를 완결하기까지는 피담보채권을 변제하여 담보목적물을 반환받고 목적물의 완전한 소유권을 회복할 수가 있다. 다시 말하면, 양도담보권자와 양도담보설정자는 모두 양도담보의 목적물에 대하여 소유자이익이라고 하는 피보험이익을 가지기 때문에, 두 사람 모두 자신을 위한 손해보험계약을 유효하게 체결할 수 있다는 것이다.²⁷⁾

2.2 판례

앞에서 언급한 대법원 판결²⁸⁾에서는, 양도담보설정자가 담보목적물에 대한 손해보험계약상의 피보험이익을 가지고 있다고 판단하고 있다. 즉, 동산의 양도담보설정자는 담보목적물인 동산의 소유권을 채권자에게 이전해 주지만 이는 결국 채권자의 우선변제권을 확보해 주기 위한 목적에 따른 것이고, 양도담보설정자는 여전히 그 물건에 대한 사용·수익권을 가지고 변제기에 이르러서는 채무 전액을 변제하고 소유권을 되돌려 받을 수 있으므로, 그 물건에 대한 보험사고가 발생하는 경우에는 그 물건에 대한 사용·수익 등의 권능을 상실하게 될 뿐 아니라 양도담보권자에 대하여는 그 물건으로써 담보되는 채무를 면하지 못하고 나아가 채무를 변제하더라도 그 물건의 소유권을 회복하지 못하는 경제적인 손해를 고스란히 입게 되고, 따라서 양도담보설정자가 담보목적물에 관하여 체결한 화재보험계약에 있어서 그에게 피보험이익이 없다고 할 수 없다고 판단하고 있다.

27) 다만 이러한 입장에 의하는 경우에는, 양도담보권자와 양도담보설정자 쌍방이 손해보험계약을 체결하고 그리고 보험금액의 합계액이 보험가액을 넘는 경우에 이를 어떻게 처리할 것인가 라는 문제는 남게 된다.

28) 주1)의 대법원 판결.

그런데 위 대법원의 판결은 양도담보설정자가 담보목적물에 대한 손해보험계약상의 피보험이익을 가지고 있다고 판단하고 있지만, 이 판결의 전 취지를 보면 양도담보권자도 피보험이익을 가지고 있다는 것이 당연히 전제로 되어 있다고 할 수 있다.

2.3 검토

양도담보에 있어서의 피보험이익을 검토하기 전에 먼저 보험계약에 있어서 필수적 요소의 하나인 피보험이익의 관념에 대하여 간단히 살펴보고자 한다. 피보험이익의 의의에 관하여는 학자에 따라서 설명하는 바가 일치하지 않으나, 여기서는 “보험의 목적에 대하여 보험사고가 발생함으로써 피보험자가 손실을 입게 되는 관계에 있는 경우에 그 목적에 피보험자가 가지는 경제적 이해관계”라고 파악하고자 한다.²⁹⁾ 이러한 파악에 의하면, 피보험이익은 경제적인 가치를 가지는 것을 그 요건으로 하지만, 그 목적에 대한 당사자의 법률상의 관계(*rechtliche Beziehung*)를 필요로 하지는 않게 된다. 다시 말하면, 보험사고가 발생하였을 때에 보험자가 지는 책임은 확실히 경제적인 가치가 있어야 하므로 그 책임을 통해서 충족되는 피보험이익도 경제적으로 평가할 수 있는 것이어야 함은 당연한 일이지만, 보험의 목적인 물건에 대한 소유권·채권·물권과 같은 법률상의 관계뿐만 아니라 화재로 인하여 영업불능으로 된 기간 동안에 얻으리라는 희망이익과 같은 사실상의 관계에 있는 경우라도 경제상의 이익이 있으면 그것은 피보험이익으로 될 수 있는 것이다.

구체적으로 특정한 물건에 대한 소유자로서의 이익, 환언하면 소유자

29) 양승규, 보험법[제5판](삼지원, 2004), 195쪽. 이에 의하면, 피보험이익의 관념에 관해서는 크게 관계설과 이익설의 두 가지로 나눌 수 있지만, 그 표현방식과 이해하는 방법이 다를 뿐 순환논법이라는 점에서는 대차가 없고, 그 결과와 실익에도 차이가 없으므로 궁극에 있어서는 아무런 차이를 인정할 수 없다고 한다.

로서 어느 물건에 대하여 사용수익처분을 자유로이 할 수 있는 것에 의한 경제적 이익이 피보험이익으로 될 수 있는 것에 대해서는 의문이 없다. 이러한 의미에서의 소유자이익은 소유권자가 가진다.

이와는 달리 어느 물건을 담보로 취하고 있는 채권자는 담보이익이라고 하는 소유자이익과는 별개의 범주의 피보험이익을 가진다고 할 수 있다. 어느 물건에 대하여 저당권이나 질권 등을 설정한 담보권자는 담보권자로서 가지는 이익, 즉, 담보에 의하여 채권의 실현이 확실하게 된다는 점에서 경제적 가치가 있는 이익을 가지고 있으며, 이러한 담보이익도 피보험이익으로 될 수가 있는 것이다. 그런데 이러한 담보이익의 경우에는 소유자이익의 경우와 달리 피담보채권과 관련하여 담보이익을 논하여야 하는 점이 존재한다.³⁰⁾

이상의 고찰을 전제로 하여 담보목적으로 소유권이 이전되는 양도담보가 행해진 경우의 피보험이익을 어떻게 파악할 것인가에 관한 문제를 생각해 보기로 한다. 먼저 양도담보의 법적 성질에 관하여 신탁적 소유권이전설을 관철하는 경우에는, 양도담보설정자는 그 설정에 의하여 소유권을 상실하게 되므로 소유자이익을 상실하게 되며, 양도담보권자만이 소유자이익을 가지기 때문에, 양도담보권자만이 목적물에 대하여 손해보험계약을 체결할 수 있다고 보아야 할 것이다. 그런데 이러한 입장을 취하면서도 양도담보설정자는 피담보채권을 변제하여 담보목적

30) 담보권자가 체결하는 손해보험의 목적은 피담보채권이고, 피보험이익은 저당권의 목적물로부터 우선변제를 받을 수 있는 이익이다. 예컨대 담보권의 목적물이 화재에 의하여 소실하여 담보가 없어지게 되었다고 하여, 피보험자인 담보권자에게 확정적으로 손해가 생기고 있다고 당연히는 말할 수 없다. 채무자에게 다른 책임재산이 있고 그것으로부터 채권회수를 꾀할 수도 있기 때문이다. 그러나 담보권자가 체결한 손해보험에서는 담보목적물이 소실한 경우에는, 그것만으로도 피담보채권의 회수불능의 손해가 발생하고 있는 것으로 간주하여 피담보채권 전액의 보험금을 지급하지만, 그것에 의하여 피보험자에게 이득이 생기는 것을 회피할 목적으로 보험금의 지급에 있어서는 피보험자는 지급액과 동등한 금액의 피담보채권을 보험자에게 양도하는 것을 조건으로 붙이기도 한다.

물을 반환받고 목적물의 완전한 소유권을 회복할 수가 있다는 것을 이유로 그에게도 담보목적물에 대하여 소유자이익이라고 하는 피보험이익을 가진다고 하면서 자신을 위한 손해보험계약을 유효하게 체결할 수 있다고 하기도 한다. 그러나 신탁적 소유권이전설은 양도담보의 실질보다 형식을 중시하는 입장임에도 불구하고, 양도담보설정자에게도 소유자이익이라고 하는 피보험이익을 가진다고 하는 것은 오히려 양도담보의 형식보다는 실질을 중시하는 것이라고 생각된다. 우리 대법원도 동산 양도담보담보에 관하여 신탁적 소유권이전설을 고수하고 있으면서도 위에서 본 바와 같이 양도담보권자는 물론 양도담보설정자에게도 소유자이익을 인정하고 손해보험에 대한 피보험이익을 인정하고 있는 것은 여전히 문제점을 남기고 있다고 하겠다.

다음으로, 양도담보의 법적 성질에 관하여 담보권적 구성을 한다고 하면, 양도담보설정자와 양도담보권자 모두가 소유자이익을 가진다고 하여도 좋은 것인가에 관하여는 의문의 여지가 있다. 담보권적 구성 하에서는, 양도담보설정자와 양도담보권자의 관계는, 저당권을 설정한 소유권자와 저당권자와의 관계에 유추될 수 있을 것이며, 그렇다면 양도담보의 경우에 양도담보설정자에게는 소유자이익이 긍정되지만, 양도담보권자에게는 소유자이익은 부정되어야 할 것이다. 다만, 양도담보권자는 담보물권자로서 담보이익을 가지고 있으며 이것을 피보험이익으로 하여 자신을 위하여 손해보험계약을 체결할 수 있다고 할 것이다. 그리고 이러한 담보이익의 경우에는 소유자이익의 경우와 달리 피담보채권과의 관련 하에서 담보이익을 고려하여야 할 것이다.

V. 결론

이상에서 최근의 대법원 판결(대법원 2009. 11. 26. 선고 2006다37106 판결)을 계기로 하여, 일반론으로서 양도담보의 법적 성질을 먼저 살펴보고, 그 성질 여하에 따라서 물상대위성 인정 여부가 달라지는지를 고찰 한 후, 마지막으로 보험금청구권이 물상대위의 객체가 될 수 있는지를 고찰해 보았다.

양도담보에 관한 법적 성질에 관해서는 학설상으로 신탁적 소유권이 전설과 담보물권설의 대립이 있고, 대법원 판례가 어떠한 입장을 취하고 있는지에 관하여서는 다툼이 있으나 적어도 동산양도담보에 관해서는 판례가 신탁적 소유권이전설에 입각해 있다는 점에 대해서는 다툼이 없다.

부연하면, 양도담보의 법적 성질을 일종의 담보물권으로 파악하는 이른바 담보물권설에 의하면, 양도담보에 있어서 당사자의 목적은 어디까지나 채권의 담보에 있으므로, 양도담보에 의하여 양도담보권자는 일종의 담보물권을 취득할 뿐이고, 양도담보설정자는 이러한 담보물권의 제한을 부담하는 소유권 기타의 재산권을 보유한다고 본다. 그러나 신탁적 소유권이전설을 취하는 판례에 의하면, 동산양도담보에 있어서는 “특별한 사정이 없는 한 동산의 소유권은 신탁적으로 이전됨에 불과하여 채권자와 채무자 사이의 대내적 관계에서 채무자는 의연히 소유권을 보유하나 대외적인 관계에 있어서는 양도담보권자가 목적물의 소유자임을 주장하고 그 권리를 행사할 수 있고, 채무자는 동산의 소유권을 이미 채권자에게 양도한 무권리자가 된다”고 파악한다.

그런데 이와 같이 판례가 동산양도담보의 경우 신탁적 소유권의 이전으로 파악하여, 대외적으로는 양도담보권자를 소유자로 파악하고 나아가 양도담보설정자를 무권리자로 파악하면서도, (동산)양도담보의 경우에 현행법상 담보물권자에게만 인정되는 물상대위성을 인정하고 있는

것은 논리적으로 상당한 무리가 따른다고 하지 않을 수 없다. 왜냐 하면, 신탁적 소유권이전설을 취하면, 양도담보의 객체가 멸실하는 등의 사유로 인하여 발생하는 금전 기타 물건을 받을 권리는 소유권자인 양도담보권자가 당연히 가지게 되며, 또한 목적물의 소유권은 그 대상물(代償物) 까지에는 미치지 않으므로 소유권자에게는 소유물이 멸실하더라도 물상대위가 인정된다고 볼 수 없게 되기 때문이다. 또한 이와 같이 양도담보권자는 금전 기타 물건을 받을 권리를 직접 취득하게 될 것이므로, 그 지급 또는 인도 전에 압류한다는 것도 있을 수 없다고 하여야 마땅할 것으로 생각된다.

한편 민법상 담보물권의 경우 손해보험금청구권이 물상대위의 객체가 될 수 있는가에 관해서는 견해가 나누어지지만, 담보물의 멸실·훼손·공용징수와 직접 인과관계가 있는 것으로서 원래의 담보물과의 경제적·사회적 동일성이 인정된다면 물상대위를 인정할 수 있다는 입장에서는 손해보험금청구권도 물상대위의 객체에 해당한다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 이론이 양도담보에도 그대로 유추적용 될 수 있는가에 관해서는 양도담보의 법적 성질 여하는 물론 특히 피보험이익까지도 고려하여 결론을 내려야 하는 문제가 있다. 양도담보의 법적 성질에 관하여 담보물권설을 취하는 경우에는 양도담보권자는 담보물권자로서 담보이익, 양도담보설정자는 소유자로서 소유자이익을 가지고 되므로, 이들 모두에게 손해보험에 대한 피보험이익을 인정하는 것에는 어려움이 없을 것이다. 그러나 판례가 신탁적 소유권이전설의 입장에서 서 있으면서도 양도담보의 실질적인 측면을 고려하여 (동산)양도담보설정자에게도 소유자이익을 인정하면서 손해보험에 대한 피보험이익을 인정하고는 있지만, 신탁적 소유권이전설을 철저히 관철시킨다면 양도담보설정자에게도 소유자이익이라고 하는 피보험이익을 인정하는 것에 대해서는 여전히 의문을 남긴다.

요컨대 이상에서 보듯이 양도담보의 법적 성질에 관하여 대법원 판례

와 같이 신탁적 소유권이전설을 취하는 경우 양도담보에 대한 물상대위성 인정 여부와 관련하여서는 상당한 이론적인 어려움이 뒤따른다고 하겠다.

(투고일 2010년 6월 18일, 심사일 2010년 6월 28일, 게재확정일 2010년 7월 13일)

주제어 : 양도담보, 물상대위, 신탁적 소유권이전설, 담보물권설, 손해보험금 청구권, 피보험이익

참고문헌

1. 단행본

- 강태성, 물권법[제3판], 대명출판사, 2009.
- 고상룡, 물권법, 법문사, 2001.
- 편집대표 곽윤직, 민법주해[VI](물권 (3)), 박영사, 1992(양승태 집필).
- 곽윤직, 물권법[제7판], 박영사, 2006.
- 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009.
- 김증한 · 김학동, 물권법[제9판], 박영사, 2004.
- 양승규, 보험법[제5판]삼지원, 2004.
- 이상태, 물권법(6訂版), 법원사, 2009.
- 이영준, 물권법[신정2판], 박영사, 2004.
- 이은영, 물권법[제4판], 박영사, 2006.
- 홍성재, 물권법[개정판], 대영문화사, 2010.
- 樁壽夫, 現代民法講義 3(擔保物權法), 法律文化社, 1991.
- 林良平 外 3人, 注釋 判例民法 1b 物權法, 靑林書院, 1999.
- 清原泰司, 物上代位の法理 - 金融擔保法の一斷面 -, 民事法研究會, 1996.
- 山下友信, 保險法, 有斐閣, 2005.
- 內田貴, 民法 Ⅲ[第3版Ⅳ](債權總論·擔保物權), 東京大學出版會, 2008.

2. 논문

- 김승표, “저당목적물이 소실됨으로써 저당권설정자가 취득한 화재보험금청구권에 대하여 저당권자가 물상대위할 수 있는지 여부 (대법원 2004.12.24. 선고 2004다52798 판결 : 공보불게재)”, 대법원판례해설 통권 제51호, 법원행정처, 2004.

- 박홍내, “동산의 양도담보-대법원 2005.2.18. 선고 2004다37430 판결-”, 법조 54권 12호(통권 591호), 법조협회, 2005.12.
- 이근윤, “보험금채권상의 질권과 저당권에 기한 물상대위”, 재판자료 제53집, 법원행정처, 1991.9.
- 이재진, “물상대위에 관한 고찰”, 법학연구 7집, 한국법학회, 2001.6.
- 정진세, “보험금청구권에 대한 저당권자의 물상대위-우리나라와 일본의 판례를 중심으로-”, 상사법연구(정진세교수 정년기념), 정진세교수정년기념논문간행위원회, 2001.
- 鴻常夫, “保險金債權に代する抵當權の物上代位と保險金請求權上の質權との關係について”, JURIST 141號, 有斐閣, 1957.
- 竹内昭夫, “不動産の讓渡擔保と被保險利益”, 損害保險判例百選 JURIST 別冊 70號, 有斐閣, 1980.
- 中馬義直, “所有者としての被保險利益と所有權”, JURIST 増刊 No.4 商法の争點[第2版], 有斐閣, 1980.
- 上柳克郎, “讓渡擔保と被保險利益”, 商法(保險・海上)判例百選 JURIST 別冊 121號, 有斐閣, 1993.
- 小野秀誠, “讓渡擔保と保險金請求權”, JURIST 1038號, 有斐閣, 1994.2.
- 洲崎博史, “讓渡擔保と被保險利益”, 民商法雜誌 110권 6호, 有斐閣, 1994.6.
- 石田滿, “讓渡擔保と被保險利益”, 保險法の現代的課題(三, 宅一夫先生追悼論文集), 法律文化社, 1996.
- 森田浩美, “讓渡擔保と物上代位”, (新)裁判實務大系: 第12卷 民事執行法, 青林書院, 2001.
- 清原泰司, “物上代位の法的構造”, 法學新報 110卷 1-2號(合併號), 中央大學 法學會, 2003.
- 水津太郎, “ドイツ法における物上代位の理論的基礎(1)(2)(3)(4)”, 法

學研究 80卷 3號-6號, 慶應義塾大學 法學部 內 法學研究會,
2007.3-6.

[Abstract]

Whether The Subrogation is permitted upon Yangdodambo

Sang-Tae Lee*

The pledgee or mortgagee may also exercise his pledge or mortgage against money or other things which the pledger or mortgagor is entitled to receive by reason of the loss, damage or public expropriation of the thing pledged or mortgaged. In such case, an attachment must be levied thereon prior to their payment or delivery(Art. 342, 370 of the Korean Civil Act). In this case, the above right which the pledgee or mortgagee has is called as the right of subrogation.

Sometimes a debtor transfers his ownership on a secured property to his creditor for the purpose of security instead of establishing a pledge or mortgage, when he loans some money from a creditor. This relation is called as Yangdodambo(security by means of transfer) in Korea.

Concerning this type of security arise many problems, because it is not regulated by the existing laws. One of them is whether the Art. of 342 may be analogized to Yangdodambo. Recently one Supreme Court decision(2009Da37106 Decided Nov. 26, 2009) pronounced a positive attitude on this problem. This decision concludes that the person who holds a right to movable things transferred for security may also exercise the right of subrogation on the right to claim fire insurance money which the person who establishes

* Professor of Law School, Konkuk University

a right to movables transferred for security has acquired, furthermore the person who establishes a right to movables transferred for security has the insured interest in concluding a fire insurance contract on the secured property.

The purpose of this theses is to commentate this Supreme Court decision.

Concerning the legal nature of Yangdodambo, ‘the theory of security right’ and ‘the theory of transferring ownership in trust’ has been debated from long ago. What attitude the judicial precedent of Supreme Court has taken has also been debated. But there is no debate at least in one thing that as far as Yangdodambo on movables our Supreme Court has consistently taken ‘the theory of transferring ownership in trust’.

In case that the above attitude of our Supreme Court is taken, only the person who holds a right to property transferred for security externally becomes the owner of the secured property. If so, from a logical point of view, there is difficulty to admit the right of subrogation to that person. The reason is that the right of subrogation may be entitled only to the person who holds a security right, not to the owner.

On the other hand, arises another question whether the right to claim accident insurance may become the object of the right of subrogation. If we take a stand point of broad view that the right of subrogation may be admitted when the transformed thing is economically and socially identified as same as the original thing, then the right to claim accident insurance may become the object of the right of subrogation.

Furthermore arises the question whether the above conclusion may be analogized to Yangdodambo. The very core of that question is whether the person who establishes a right to property transferred for security has the insured interest in concluding an accident insurance contract on the secured property. If ‘the theory of transferring ownership in trust’ which has been

taken by our Supreme Court is carried through to the end, there exists still difficulty to recognize the insured interest to the person who establishes a right to property transferred for security.

In short, when ‘the theory of transferring ownership in trust’ such as our Supreme Court has taken is chosen, some theoretical difficulties are attended in admitting the right of subrogation to the person who holds a right to property transferred for security and recognizing the insured interest to that person.

Key Words : Yangdodambo(security by means of transfer), subrogation, ‘the theory of transferring ownership in trust’, ‘the theory of security right’, the right to claim accident insurance, the insured interest