

## 저당권부채권질권\*

배 병 일\*\*

### 〈국문초록〉

1958년 민법 제정당시에 저당권부채권질권을 민법 제348조로 규정하였지만, 부동산등기법에는 규정을 두지 아니하여 실무거래에서 이용되지 못하였다. 1983년 부동산등기법 개정으로 저당권부채권질권을 규정함으로써 등기를 할 수 있게 되었고, 그 후 부동산경기가 활성화되면서 갭투자가 성행함으로써 저당권부채권질권이 많이 이용되었다. 그러나 저당권부채권질권에 관한 연구는 연구논문 뿐 아니라 교과서 등에서도 거의 다루어지지 않았기 때문에, 이 연구를 통해서 다음과 같이 정리되어야 한다고 생각한다. 저당권부채권질권은 저당권부채권질권의 설정계약과 공시방법을 갖추어야 한다. 저당권부채권질권에 있어서 질권설정자인 저당권자가 제3채무자나 제3자에 대항하기 위해서는 제3채무자인 저당권설정자에 대하여는 질권설정의 통지나 승낙이 있어야 하고, 제3채무자 이외의 제3자에 대하여는 통지나 승낙을 확정일자 있는 증서에 의하여 하여야 한다. 저당권부채권질권자가 경매를 신청할 경우에, 압류와 추심명령을 받지 않고, 직접 채권담보의 실현으로 저당권을 실행할 수 있다. 저당권부채권에 질권이 설정되고 부기등기가 된 경우에 저당권자는, 질권자의 이익을 해하는 행위를 할 수 없기 때문에(민법 제352조), 저당부동산에 대하여 저당권실행을 위한 경매신청을 할 수 없다. 저당권부채권질권에서 저당권자가 아닌 다른 채권자가 저당목적물에 대하여 경매를 신청하여 저당권자에게 배당금이 있는 것으로 배당표가 작성된 경우에 질권자는 그 배당금에 대하여 압류 및 추심명령을 받아야 우선변제권을 행사할 수 있다.

주제어 : 저당권부채권, 질권, 부기등기, 채권증서, 채권양도, 확정일자

• 투고일 : 2019.12.31. / 심사일 : 2020.01.22. / 게재확정일 : 2020.01.23.

## I. 서론

저당권자는 피담보채권의 변제기 이전에 투하자본을 회수하기 위하여 저당권을 처분할 수 있는데, 그 경우 저당권을 양도하거나 저당권을 입질할 수 있

\* 이 연구는 2019년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임.

\*\* 영남대학교 법학전문대학원 교수

다. 질권은 동산 뿐 아니라 채권에 대해서도 설정할 수 있기 때문에, 지명채권의 일종인 저당권에 의하여 담보되는 채권인 저당권부채권에 대하여 질권을 설정할 수 있다.<sup>1)</sup> 민법은 1958년 제정당시에 저당권부채권질권을 염두에 두고, “저당권으로 담보한 채권을 질권의 목적으로 한 때에는 그 저당권등기에 질권의 부기등기를 하여야 그 효력이 저당권에 미친다”(민법 제348조)고 규정하였다.<sup>2)</sup> 그러나 부동산등기법에 그 절차에 관해서 아무런 규정을 두지 않았기 때문에 저당권부채권질권은 실무거래에서는 이용되지 못하였다. 1983년에 와서야 부동산등기법 개정(법률 제3692호, 1983. 12. 31. 일부 개정, 시행 1984. 7. 1.)을 통하여 “민법 제348조의 규정에 의한 질권의 부기등기를 신청하는 경우에는 신청서에 질권의 목적인 채권을 담보하는 저당권을 표시하고 채무자의 표시, 채권액, 변제기와 이자의 약정이 있는 때에는 그 내용의 사항을 기재하여야 한다”(부동산등기법 제142조의 2)고 규정하여 절차법적으로 저당권부채권질권의 부기등기를 명시함으로써 실무거래에서 이용될 수 있게 되었다. 그럼에도 실무에서는 저당권부채권질권을 이용하기보다는 저당권을 양도하는 방법을 더 많이 이용하였다.<sup>3)</sup> 그런데 부동산경기가 활성화되면서 갭투자가 성행하게 되었고, 이 경우 등록세 등 세금상의 이점 때문에<sup>4)</sup> 저당권부채권질권도 이용되게 되었다. 그동안 저당권부채권질권에 관한 연구는 연구논문 뿐 아니라 교과서 등에서도 거의 다루어지지 않았고, 민법 제348조 규정에 대해서는 민법교과서 등에서 간단히 언급을 하고 있는 정도였고, 대법원판례에서도 거의 나타나지 않았다. 실무거래계에서는 저당권부채권질권 설정 때에 세금이 1건당 등록세 6,000원과 교육세 1,200원 등으로 저렴한 점, 저당권설정시와는 달리 국민채권을 매입하지 않아도 된다는 점 등<sup>5)</sup>으로 인하여 한동안 저당권부채권질권이 성행하였다고 한다. 2016. 7. 25. 대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한

1) 일반적으로 저당권질권이라고 하지만, 저당권에 질권을 설정하는 것이 아니라 저당권으로 담보된 채권인 저당권부채권에 질권을 설정하는 것이기 때문에 저당권부채권질권이라고 해야 한다.

2) 입법경위에 대해서는 만주국 민법 제338조를 계수하였다고 하고, 심의과정에서는 반대없이 원안에 합의하였다고 한다(민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록 상권, 1957. 208면.)

3) 민사집행법상 실행을 함에 있어서 저당권부채권양도가 저당권부채권질권보다는 용이하기 때문에 많이 이용되었다고 한다.

4) 저당권부채권질권설정 때에는 1건당 등록면허세 6,000원과 지방교육세 1,200원 등 7,200원에 지나지 않고, 저당권설정등기때와는 달리 국민주택채권을 매입하지 않아도 된다.

5) 저당권양도에는 이전등기를 하는데, 등록면허세가 피담보채권액의 1000분의 2, 지방교육세가 등록면허세액의 100분의 20(지방세법 제28조 제1항 제1호), 국민주택채권 매입 등으로서 그 비용이 상당하다.

법률(대부업법)의 개정으로 저당권부채권질권을 이용한 겹투자를 개인은 할 수 없고, 자본금 3억원이상 되는 법인사업자만이 저당권부채권을 매각할 수 있게 된 점(대부업법 제3조의 5 제2항 제2호), 저당권부채권질권의 실행에서의 제도상 미비점 등으로 인하여 이용을 주저하고 있다고 한다. 그렇지만 상당수 개인 자산관리업자가 서류상으로 여러 개 법인을 설립운영하면서 간접적으로 부동산 투자를 할 수 있는 점, 질권의 부기등기가 절차상 편리한 점, 등록면허세 등의 경제적 이익의 절감 등으로 인하여 앞으로 저당권부채권질권을 이용할 가능성이 많다. 이에 저당권부채권질권의 법률관계를 정리하고, 그 실행에서의 문제점에 대하여 천착하고자 한다.

## II. 저당권부채권질권의 성립

저당권부채권질권은 저당권부채권질권의 설정계약과 공시방법을 갖추어야 성립한다.

### 1. 저당권부채권질권 설정계약의 법적성질과 당사자

#### 1) 저당권부채권질권 설정계약의 법적성질

권리질권의 성질에 대해서 종전에는 권리채권을 권리의 조건부양도라고 하는 권리양도설이 있었지만,<sup>6)</sup> 현재에는 권리가 질권의 목적이 된다고 하는 권리목적설이 통설이다.<sup>7)</sup> 담보물권은 목적의 실체에 대한 지배와는 관계없이 그 목적이 지니는 교환가치를 취득하는 권리이기 때문에, 교환가치를 갖는 대상이라면 권리라도 담보물권의 목적으로 할 수 있다.<sup>8)</sup> 따라서 저당권부채권질권은 저당권부채권을 목적으로 하는 질권이라고 보아야 한다.

#### 2) 저당권부채권질권 설정계약의 당사자

저당권부채권질권의 설정계약은 저당권자 또는 저당권양수인인 질권설정자와 질권자 사이에 체결된다. 저당권자가 직접 질권을 설정하는 경우도 있을 수 있겠지만 그러한 경우는 드물고, 일반적으로 저당권양수인이 양수받을 저당권

6) Dernburg, Sachenrecht, 4.Aufl., 1904, S.946.

7)곽윤직/김재형, 「물권법」, 박영사, 2015, 419면.

8) 김용한, 「물권법론」, 박영사, 1996, 524면.

부채권을 담보로 제공하기로 하면서 질권대출을 신청하면 질권자인 신용협동조합이나 저축은행 등은 양수인의 저당권부채권 매입대금액 중 80 - 90% 상당액을 저당권 양수인이 대출금 수령을 위임한 저당권 양도인 등에게 선지급함과 동시에 당일 양수인에게 대출채권과 함께 저당권이전등기를 하고, 아울러 저당권에 질권의 부기등기를 하는 방식으로 한다고 한다.

#### (1) 저당권부채권질권의 설정자

저당권부채권질권설정자는 질권의 피담보채권의 채무자인 저당권자 또는 저당권의 양수인이다. 종전까지는 부실채권(NPL)의 양수를 개인도 할 수 있어서 저당권부채권질권의 이용이 많았지만, 2016. 7. 25. 대부업법 개정으로 부실채권(NPL)의 양수를 법인사업자만 할 수 있게 되어 종전보다는 저당권부채권질권의 활용이 많지 않다고 한다.

#### (2) 저당권부채권질권자

저당권부채권질권자는 질권의 피담보채권의 채권자로서 금융기관이 많지만, 일반적으로 은행과 같은 제1금융권은 저당권부채권질권을 취급하지 않는다고 한다. 실무거래계에서 저당권부채권질권은 저축은행이나 신용협동조합과 같은 제2금융권이나 사채업자 등이 주로 취급하기 때문에, 일반적으로 저당권부채권질권자는 저축은행이나 신용협동조합, 사채업자 등이다.

### 2. 저당권부채권질권설정의 공시방법

채권을 질권의 목적으로 하는 경우에 채권증서가 있는 때에는 질권의 설정은 그 증서를 질권자에게 교부함으로써 그 효력이 생긴다(민법 제347조). 따라서 저당권자는 저당권설정계약서 등을 질권자에게 교부하여야 한다. 또한 저당권설정등기에 질권의 부기등기도 하여야 하고, 제3채무자나 제3자에 대항하기 위해서는 채권양도의 요건을 갖추어야 한다.

## Ⅲ. 저당권부채권질권의 설정

### 1. 저당권부채권질권의 목적

권리질권의 목적이 될 수 있는 권리는 재산권이지만(민법 제345조), 양도성을 가지는 재산권으로서 법률상 권리설정이 금지되어 있지 않고, 성질상 질권의 목적이 될 수 있어야 한다. 그러나 사용·수익을 목적으로 하는 지역권, 부동산임차권, 지상권이나 전세권은 질권의 목적으로 할 수 없다(민법 제345조 단서). 따라서 저당권부채권질권의 목적은 저당권부채권이다.

## 2. 저당권부채권질권의 성립요건

권리질권의 설정은 법률에 다른 규정이 없으면 그 권리의 양도에 관한 방법에 의하여야 한다(민법 제346조). 또한 채권을 질권의 목적으로 하는 경우에 채권증서가 있는 때에는 질권의 설정은 그 증서를 질권자에게 교부함으로써 그 효력이 생긴다(민법 제347조). 따라서 저당권부채권질권은 질권설정의 합의와 부기등기, 채권증서의 교부로 성립한다.

### 1) 질권설정의 합의

저당권부채권질권의 설정은 질권자와 질권설정자(저당권자)사이의 질권설정에 관한 합의(질권설정계약)로 체결된다. 이 합의는 직접 질권을 발생시킬 것을 목적으로 하므로 물권적 합의이다. 질권설정의 합의 여부는 의사표시해석의 문제이다. 채권이 양도되는 경우 합의가 채권질, 채권의 양도담보, 상계의 예약 중 어느 것인지 명백하지 아니한 경우가 많다. 구체적 사정에 따라 개별적으로 판단해야 하지만, 의심스러운 경우에는 채권질권의 설정이 아니고, 채권의 양도담보 또는 채무변제를 위한 양도담보라고 할 것이다.<sup>9)</sup> 채권의 양도가 질권설정의 목적이 있었다는 입증책임은 그 주장자가 부담한다. 대법원도 채권질의 설정은 채권양도에 관한 방법에 의하는 것이고 양수인에 대한 채무를 담보하거나 그 변제를 확보하기 위하여 채권을 양도하는 경우에 있어서도 그것이 질권설정을 목적으로 하는 양도였다는 것은 이례에 속하는 사항이니만큼 특정의 채권양도가 질권설정을 목적으로 하는 것이었다는 사실은 이를 주장하는 당사자에게 입증책임이 있다할 것이고, 그 양도계약서에 양수인에 대한 채무변제를 위하여 양도한다는 취지가 기재되어 있거나 그 양도와 동시에 채권양도에 관한 증서가 양수인에게 교부되었다는 사실만으로써는 그 양도에 질권설정의 목적이 있었다고 추정할 수는 없다<sup>10)</sup>고 하였다. 일반적으로 질권설정을 합의할

9) 이영준, 「물권법」, 박영사, 2009, 770면.

때에는 질권설정합의서, 담보차입증서 등의 증서가 작성되지만, 저당권부채권 질권의 설정합의에는 반드시 피담보채권과 채권의 객체인 저당권부채권을 명시해야 한다.

## 2) 피담보채권의 존재

저당권부채권질권이 유효하게 성립하려면 질권설정자(저당권자)와 질권자 사이에 피담보채권이 존재하여야 한다. 일반적으로 저당권자가 저당권부채권을 담보로 질권자로부터 소비대차계약에 기한 금원을 대출하고자 할 때, 저당권부채권보다는 적은 금액을 피담보채권으로 하여 질권을 설정한다. 피담보채권은 조건부채권 또는 기한부채권과 같은 장래의 채권을 위한 질권도 유효하다. 이 경우 질권은 조건부 기한부로 성립하는 것이 아니라 현재 유효한 담보권으로 성립한다. 일정한 계속적인 거래관계에서 장래 발생하는 다수의 불특정채권을 담보하기 위한 근저당권부채권에 대한 근질권 설정도 가능한지 문제된다. 종래에는 근질권설정등기를 신청할 수 있는 명문의 규정이 없다고 하여 부정하였으나,<sup>11)</sup> 2011. 4. 12. 부동산등기법 개정(시행 2011. 10. 13., 법률 제10580호, 2011. 4. 12., 전부개정)에 따라 부동산등기법 제76조 제1항에서 저당권부채권에 대한 질권의 등기를 할 때에 채권최고액을 기재하도록 함으로써 근질을 설정할 수 있게 되어 근저당권부채권에 대한 근질권은 유효하다고 보아야 한다. 근질권은 근저당권과는 달리 등기를 통하여 공시되지 못하는 관계로 채권최고액의 약정이 없더라도 유효하게 성립하지만, 그 실행을 위하여는 근저당권과 마찬가지로 피담보채권의 확정 필요하다.<sup>12)</sup> 따라서 근저당권자가 근저당거래의 존속 중에 근저당권부채권을 근저당권과 함께 담보로 제공하려면 근저당거래를 종료시켜 근저당권부채권을 저당권부채권으로 확정하여 그 담보되는 채권 전부나 일부를 확정저당권과 함께 채권자에게 입질해야 한다. 대법원은 근저당권은 거래가 종료하기까지 채권은 계속적으로 증감변동되는 것이므로, 근저당 거래관계가 계속 중인 경우 즉 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에 그 채권의 일부를 양도하거나 대위변제한 경우 근저당권이 양수인이나 대위변제자에게 이전할 여지가 없다<sup>13)</sup>고 하였다. 따라서 A의 피고 은행에 대한

10) 대법원 1964. 5. 5. 선고 63다710 판결.

11) 근저당권부채권에 대한 근질권설정등기신청 가부(제정 1999.3.26.[등기선례 제6-347호], 등기 3402-325 질의회답).

12) 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006, 705면.

13) 대법원 1996. 6. 14. 선고 95다53812 판결.

주채무가 확정되지 아니하여 B의 연대보증채무의 범위도 확정할 수 없어 이 사건 각 근저당권에 의하여 담보되는 피담보채권의 범위를 확정할 수 없다는 것이므로, 그렇다면 원고가 채무를 대위변제할 당시에는 이 사건 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전임이 명백하므로 원고는 피고에게 위 근저당권이전의 부기등기절차의 이행을 구할 수 없다<sup>14)</sup>고 하였다. 나아가 대법원은 근질권의 목적이 된 금전채권에 대하여 근질권자가 아닌 제3자의 압류로 강제집행절차가 개시된 경우, 근질권의 피담보채권은 근질권자가 위와 같은 강제집행이 개시된 사실을 알게 된 때에 확정된다<sup>15)</sup> 하였다. 따라서 근저당권 목적물에 대하여 제3자에 의한 경매절차가 개시된 경우에는 근저당권의 확정시기를 매각대금완납시로 보는 대법원판례와는 달리 근질권목적물에 대하여 제3자에 의한 강제집행절차가 개시된 경우에는 근질권자가 그 절차개시사실을 알게 된 시점에 피담보채권이 확정된다. 저당권부채권질권의 피담보채권의 변제기와 입질채권(저당권부채권)의 변제기가 반드시 일치하는 것은 아니다. 저당권부채권질권의 피담보채권의 변제기와 저당권부채권의 변제기가 모두 도래한 경우에는 질권자는 저당권부채권의 변제를 직접 청구하여 자기 채권의 변제에 우선적으로 충당할 수 있다(민법 제353조 제2항). 다만 질권자는 저당권부채권액이 자기 채권(피담보채권액)보다 많은 경우에는 피담보채권액의 한도에서만 청구할 수 있다. 저당권부채권의 변제기가 저당권부채권질권의 피담보채권의 변제기보다 먼저 도래한 경우에는 저당권부채권질권자는 원칙적으로 저당권설정자에게 직접 청구할 수 없다. 이 경우에는 저당권부채권질권자가 저당권설정자에 대하여 그 변제금액의 공탁을 청구할 수 있다(민법 제353조 제3항). 이 공탁의 실질은 변제공탁이므로 채무이행지 공탁소에 공탁하여야 한다(민법 제488조 제1항). 저당권부채권질권자의 청구에 의하여 저당권설정자가 공탁한 때에는 그 질권은 그 공탁금, 즉 저당권부채권의 채권자인 질권자가 가지는 공탁금청구권 위에 존속한다(민법 제353조 제3항).

### 3) 부기등기

저당권부채권을 입질하면 담보물권의 부종성에 의하여(민법 제361조), 그 저당권에도 질권의 효력이 미친다고 보아야 한다. 저당권부채권의 입질은 채권의 입질과 저당권의 입질이 합체되어 이루어지고, 저당권의 입질은 법률행위에 의한 물권변동이므로(민법 제186조), 등기를 하여야 효력이 발생한다. 민법은 “저

14) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001다53929 판결.

15) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다43621 판결.

당권으로 담보한 채권을 질권의 목적으로 한 때에는 그 저당권등기에 질권의 부기등기를 하여야 그 효력이 저당권에 미친다”(민법 제348조)고 규정하여 질권의 부기등기를 함으로써(부동산등기법 제52조 제3호, 제76조) 질권의 효력이 저당권에 미치게 된다고 한다. 저당권에 의하여 담보되어 있지 아니한 채권을 입질한 후에 그 채권을 위하여 저당권을 설정한 때에는 저당권의 부종성으로 말미암아 질권의 부기등기 없이도 저당권에 질권의 효력이 미친다고 한다.<sup>16)</sup> 그런데 저당권부채권에 질권설정의 부기등기를 하지 않는 경우에 대해서는 담보없는 채권에 대해서만 질권을 취득한다고 하는 견해<sup>17)</sup>와 질권의 효력이 생기지 않는다고 하는 견해<sup>18)</sup>로 갈라진다. 전자의 견해는 저당권등기에 질권의 부기등기가 없으면 피담보채권에 대한 질권은 유효하고 저당권에만 질권의 효력이 미치지 않는다고 한다. 그러나 전자의 견해는 강행규정인 민법 제361조의 취지를 정면으로 위배하는 해석이라고 생각된다. 민법 제361조에 의하면, 저당권은 피담보채권과 분리하여 처분할 수 없고, 피담보채권도 저당권과 분리하여 처분될 수 없다. 아울러 피담보채권의 입질에는 물권변동에 관한 규정과 채권양도에 관한 규정이 중첩적으로 적용되어야 한다. 따라서 법률행위에 의한 물권변동에는 등기가 있어야 하므로(민법 제186조), 저당권부채권질권에서 저당권등기에 질권의 부기등기를 하지 않으면 저당권부채권에 대하여 질권이 성립하지 아니하여 효력이 생기지 않는다고 보아야 한다. 그래서 저당권부채권질권에서 저당권등기에 질권의 부기등기를 하지 않으면, 무담보채권에 대해서만 질권을 취득하는 것이 아니라, 아예 저당권부채권도 저당권과 분리하여 처분될 수 없기 때문에 저당권에 담보되지 않은 피담보채권에 대한 질권도 생기지 않는다고 보아야 한다.

#### 4) 채권증서의 교부

저당권부채권을 질권의 목적으로 하는 경우에 채권증서가 있으면 그 증서를 질권자에게 교부하여야 질권설정의 효력이 생긴다(민법 제347조). 교부는 채권증서의 점유를 이전하는 것을 말한다. 채권증서는 채권의 존재를 증명하는 서면으로, 저당권자나 저당권의 양수인이 가지고 있던 대출(소비대차)계약서와 저당권설정계약서가 이에 해당하고, 거래실무에서는 이 서류를 질권자에게 교부한다고 한다. 교부는 채권증서의 점유를 이전하는 것을 말한다.

16) 김용담, 「주석 민법 물권(3)」, 한국사법행정학회, 572면.

17) 박윤직/김재형, 전게서, 318면.

18) 김중환/김학동, 「물권법」, 박영사, 1997, 500면.



대법원은 민법 제347조에서 말하는 ‘채권증서’는 채권의 존재를 증명하기 위하여 채권자에게 제공된 문서로서 특정한 이름이나 형식을 따라야 하는 것은 아니지만, 장차 변제 등으로 채권이 소멸하는 경우에는 민법 제475조에 따라 채무자가 채권자에게 그 반환을 청구할 수 있는 것이어야 한다고 하면서, 임대차계약서와 같이 계약 당사자 쌍방의 권리의무관계의 내용을 정한 서면은 그 계약에 의한 권리의 존속을 표상하기 위한 것이라고 할 수는 없으므로 위 채권증서에 해당하지 않는다고 하였다.<sup>19)</sup> 저당권부채권질권에서 채권증서가 없다면 질권설정의 합의만으로 설정된다.<sup>20)</sup> 질권자가 채권증서를 질권설정자에게 반환하면 권리질권이 소멸하는지 여부가 문제된다. 지명채권에 관한 채권증서를 반환하더라도 질권은 소멸하지 않는다고 하는 견해<sup>21)</sup>와 질권설정계약이 성립된 이후에 채권증서를 반환하면 질권은 소멸한다는 견해<sup>22)</sup>가 있다. 생각건대, 지명채권에 관한 채권증서는 채권에 관한 증거방법에 지나지 아니하므로 저당권부채권질권에서 저당권설정계약서 등과 같은 채권증서를 반환하더라도 질권은 소멸하지 않는다고 보아야 한다. 또한 채권증서의 교부는 점유개정방법에 의해서도 가능하다고 하는 견해<sup>23)</sup>와 반대하는 견해<sup>24)</sup>가 있다. 민법은 물건에 대한 점유이전을 인도라고 하고(민법 제188조 이하), 채권증서의 점유이전은 교부라고 하는데(민법 제508조), 민법이 물건에 대해서 인정하고 있는 현실인도, 간이인도, 점유개정, 반환청구권양도 등 4가지 인도방법이 모두 채권증서에도 적용되는 것으로 보아야 한다. 따라서 저당권부채권질권의 설정에 있어서 채권증서는 유치적효력이 거의 없기 때문에, 채권증서의 교부는 점유개정의 방법에 의해서도 가능하다고 보아야 한다. 채권증서가 있는데도 저당권부채권질권설정자가 채권증서가 없다고 속이고 질권을 설정한 경우에 증서의 교부가 없으므로 질권설정이 무효라고 보아야 하는지 여부에 대하여는 민법 제347조를 엄격하게 적용하면 무효라고 보아야 하지만, 민법 제347조의 적용을 제한적으로 보아야 하고, 질권설정자의 속임에 의하여 질권자가 불이익을 보아서는 안되므로 질권은 유효하다고 보아야 한다.<sup>25)</sup>

19) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2013다32574 판결.

20) 김용환, 전계서, 527면.

21) 김용환, 전계서, 528면.

22) 이영준, 전계서, 841면.

23) 박윤직/김재형, 전계서, 421면.

24) 이영준, 전계서, 841면.

25) 박윤직, 「민법 주해」, 박영사, 2008, 426면; 박준서, 「주식 민법」, 한국사법행정학회, 2001, 504면.

### 3. 저당권부채권질권의 대항요건

#### 1) 제3채무자(저당권설정자)에 대한 대항요건

저당권부채권에 대한 질권설정은 질권설정자(저당권자)가 저당권설정자에게 질권설정계약의 체결 사실을 통지하거나 저당권설정자가 질권설정을 승낙하지 않으면 저당권설정자에 대하여 대항할 수 없다. 통지는 질권설정사실을 알려주는 행위이고, 승낙은 질권설정사실에 대한 인식을 나타내는 저당권설정자의 행위이다. 통지나 승낙의 법적 성질은 관념의 통지이다. 통지와 승낙에는 대리가 가능하다.<sup>26)</sup>

#### (1) 통지 · 승낙의 방법

저당권부채권질권설정의 통지는 질권설정자(저당권자)가 저당권설정자에 대하여 하여야 하고, 질권자가 대위하여 할 수 없다. 그러나 질권자가 질권설정으로 부터 통지의 대리권을 수여받은 때에는 통지를 할 수 있다.<sup>27)</sup> 저당권부채권질권설정의 통지는 질권설정자만이 할 수 있고, 이것은 질권설정에 의하여 불이익을 받는 지위에 있는 질권설정자 이외의 자의 통지가 대항력을 가지도록 하면 허위의 통지에 의하여 질권설정자가 불이익을 받을 염려가 있으므로 이런 위험을 방지하고자 통지권자를 질권설정자로 한정하였고,<sup>28)</sup> 이는 채권양도의 통지권자를 양도인으로 한정하고 있는 점(민법 제450조)과 같은 취지이다. 통지는 아무런 방식을 필요로 하지 않고, 질권설정사실을 알리는 행위이므로 질권설정자가 질권설정계약서, 담보차용증서를 저당권설정자에게 교부한 경우에는 질권설정의 통지가 있는 것으로 보아야 한다. 통지의 내용은 채권자의 성명, 피담보채권액, 질권설정의 사실 등이다. 저당권부채권질권설정이 있기 전에 미리 하는 사전 통지는 저당권설정자로 하여금 양도의 시기를 확정할 수 없는 불안한 상태에 있게 하는 결과가 되어 원칙적으로 허용될 수 없다.<sup>29)</sup> 그러나 채권자의 성명, 피담보채권액의 통지를 빠뜨린 경우에도 통지가 유효하다고 할 수 있다. 저당권부채권질권설정의 승낙은 저당권설정자의 행위로서 질권설정사실에 관한 인식을 표명하는 것으로, 질권설정에 대한 동의라는 의미를 포함하는 것이 아니고, 저당권설정자가 질권자 또는 질권설정자(저당권자) 중

26) 박윤직, 「채권총론」, 박영사, 1999, 294면.

27) 박윤직, 「채권총론」, 294면.

28) 김용덕, 「주식 민법 [물권 3]」, 한국사법행정학회, 2019, 689면.

29) 대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다2627 판결.

어느 한쪽에 대하여 하여야 한다. 저당권설정자 이외의 자가 한 승낙은 효력이 없지만, 대리로서 한 승낙은 가능하다. 승낙은 아무런 방식을 필요로 하지 않고, 구두 또는 서면으로 할 수 있다. 승낙은 확정일자있는 증서에 의하지 않더라도 대항력이 발생한다. 저당권설정자는 승낙할 때에 이의를 보류할 수도 있고, 보류하지 않을 수도 있다(민법 제451조).

## (2) 통지 · 승낙의 효력

저당권부채권질권설정에 관한 통지나 승낙이 있으면 질권자는 그 질권의 설정을 저당권설정자에게 대항할 수 있다. 질권자는 질권을 저당권설정자에 대하여 주장할 수 있고, 저당권설정자는 통지나 승낙이 있을 때로부터 질권자의 저당권부채권에 대한 교환가치를 해쳐서는 아니되는 구속을 받게 된다(민법 제352조). 질권설정자가 질권설정의 통지를 한 경우에는 저당권설정자는 질권설정시까지 질권설정자에 대하여 가지고 있던 항변사유로써 질권자에게 대항할 수 있다(민법 제451조 제2항, 제349조). 항변사유로는 채무불성립의 항변, 무효 · 취소 · 해제의 항변, 변제 · 동시이행의 항변 등이다. 저당권설정자는 승낙할 때에 이의를 보류할 수도 있고, 보류하지 않을 수도 있다(민법 제451조). 제3채무자(저당권설정자)가 이의를 보류한 승낙을 한 경우의 승낙의 효력에 대해서는 민법이 명문으로 규정하지 않고 있지만, 통지의 효력과 같다고 보아야 한다.<sup>30)</sup> 따라서 질권설정자의 저당권설정자에 대한 통지 또는 저당권설정자의 이의를 보류한 승낙이 있는 경우에는 질권설정자에 대하여 생긴 사유로써 질권자에게 대항할 수 있다. 대법원은 예금채권자의 은행에 대한 질권설정승낙의 회서에 “질권설정 승낙일 이전에 질권설정자가 귀행에 부담하고 있는 채무가 있을 경우에는 은행거래약정서 또는 차용금증서 등의 상계예약조항에 따라 귀행이 상계권을 행사하여도 이의가 없겠습니다.”라는 문구가 인쇄되어 있고, 이에 터잡아 은행이 질권설정을 승낙한 경우라면 이의를 보류한 승낙으로 보아야 한다<sup>31)</sup>고 하였다. 저당권설정자가 이의를 보류하지 아니하고 질권설정에 승낙한 경우에는 자기의 채권자인 질권설정자에 대하여 가지고 있던 항변사유로써 질권자에게 대항할 수 없다(민법 제451조 제1항 본문, 제349조). 이의를 보류하지 아니한 승낙에 대하여 항변 단절의 효과를 부여하는 근거에 대해서는 채무승인설, 공신설 등이 있지만, 양수인의 신뢰를 보호하고 채권양도의 안전을 보호하기 위해 공신의 원칙을 기초로 하여 항변상실의 효과를 부여한 것

30) 박윤직, 「채권총론」, 298면.

31) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2012다79750 판결.

이라는 공신설이 타당하다. 대법원도 민법 제451조 제1항이 이의를 보류하지 않은 승낙에 대하여 항변사유를 제한한 취지는 이의를 보류하지 않은 승낙이 이루어진 경우 양수인은 양수한 채권에 아무런 항변권도 부착되지 아니한 것으로 신뢰하는 것이 보통이므로 채무자의 '승낙'이라는 사실에 공신력을 주어 양수인의 신뢰를 보호하고 채권양도나 질권설정과 같은 거래의 안전을 꾀하기 위한 규정이라고 하여 공신설을 따르고 있다.<sup>32)</sup> 저당권설정자가 이의를 보류하지 않은 승낙을 할 때에 명시적으로 항변사유를 포기한다거나 양도되는 채권에 대하여 이의가 없다는 뜻을 표시할 것까지 요구하지는 않는다. 그러나 이의를 보류하지 않은 승낙으로 말미암아 채무자가 양도인에 대하여 갖는 대항사유가 단절되는 점을 감안하면, 채무자가 이 조항에 따라 이의를 보류하지 않은 승낙을 했는지는 문제 되는 행위의 내용, 채무자가 행위에 이른 동기와 경위, 채무자가 행위로 달성하려고 하는 목적과 진정한 의도, 행위를 전후로 채무자가 보인 태도 등을 종합적으로 고려하여 양수인으로 하여금 양도된 채권에 대하여 대항사유가 없을 것을 신뢰하게 할 정도에 이르렀는지를 감안하여 판단해야 한다.<sup>33)</sup> 따라서 의사인 갑이 을 은행에 대한 대출금채무를 담보하기 위하여 “국민건강보험공단에 대하여 가지는 채권으로서 이미 발생하거나 장래 발생할 요양급여비용 채권 등”을 을 은행에 양도한 후 국민건강보험공단에 채권양도사실을 통지하였고, 국민건강보험공단은 갑에게 “압류진료비 채권압류확인서”를 발급하여 을 은행에 팩스로 송부하였는데, 을 은행이 국민건강보험공단을 상대로 양수금의 지급을 구하자 국민건강보험공단이 갑에 대한 의료법 위반에 따른 손해배상채권으로 상계를 주장한 사안에서, 위 압류진료비 채권압류확인서는 발급목적과 용도가 채권압류 확인으로 제한되어 있고 발급목적 외 다른 용도로 사용하는 것이 엄격히 금지되어 있는 점 등을 종합하면, 국민건강보험공단이 채권양도에 대하여 이의를 보류하지 않은 승낙을 한 것으로 보기는 어렵다고 하였다. 그러나 저당권설정자가 저당권부채권질권설정에 대하여 이의를 보류하지 아니하고 승낙을 하였더라도 질권자가 악의 또는 중과실이라면 저당권설정자의 승낙 당시까지 질권설정자(저당권자)에 대하여 생긴 사유로써 질권자에게 대항할 수 있다. 대법원도 채무자(제3채무자)가 질권의 설정에 대하여 이의를 보류하지 아니하고 승낙을 하였더라도 질권자가 악의 또는 중과실의 경우에 해당하는 한 채무자(제3채무자)의 승낙 당시까지 질권설정자에 대하여 생긴 사유로써도 질권자에게 대항할 수 있다고 하였다.<sup>34)</sup> 따라서

32) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다13887 판결.

33) 대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다222962 판결.

보험금청구권의 질권설정에 있어서 보험료 미납을 이유로 한 해지 항변은 보험자(제3채무자)가 이의를 보류하지 아니하고 질권설정을 승낙한 경우에는 질권자에 대하여 대항할 수 없고, 보험료 미납으로 인하여 보험료환급금 지급이 거절될 수도 있다는 예상을 하지 못한 것에 중과실이 있다고 볼 수도 없다고 하였다.

### (3) 통지 승낙의 주장입증책임

저당권설정자에 대한 대항요건은 제3자에 대한 대항요건과는 달리 질권설정자가 그 이익을 포기하여 질권자와 특약으로 대항요건없이 대항할 수 있는 것으로 약정할 수 있다. 저당권설정자 대항요건의 주장입증책임에 대해서는 항변설, 주장입증책임분리설, 부인설, 권리항변설 등<sup>35)</sup>이 있으나, 대법원은 질권설정의 대항요건이 갖추어졌다는 입증은 질권설정자가 사실심에서 하여야 할 책임이 있다<sup>36)</sup>고 하여 청구원인설을 취하고 있다.

### (4) 통지 승낙후 질권이 해지된 경우

민법은 지명채권질권에 대하여 민법 제450조와 제451조를 준용한다는 규정을 명시하고 있지만(민법 제349조), 민법 제452조를 준용한다는 규정은 두지 않고 있다. 동산·채권 등의 담보에 관한 법률 제35조 제4항에서는 민법 제452조를 준용한다는 규정을 두고 있고, 지명채권질권에 금반언규정인 민법 제452조의 유추적용을 배제할 특별한 이유가 없는 점을 고려하면, 저당권부채권질권에도 민법 제452조를 유추적용하여야 한다. 따라서 저당권설정자가 질권설정사실을 승낙한 후 질권설정계약이 합의해지된 경우 질권설정자가 해지를 이유로 저당권설정자에게 원래의 채권으로 대항하려면 질권자가 저당권설정자에게 해지 사실을 통지하여야 하고, 만일 질권자가 저당권설정자에게 질권설정계약의 해지 사실을 통지하였다면, 설사 아직 해지가 되지 아니하였다고 하더라도 선의인 저당권설정자는 질권설정자에게 대항할 수 있는 사유로 질권자에게 대항할 수 있다고 봄이 타당하다. 이러한 합의해지의 경우는 새로운 양도계약이 발생하였다고 볼 수 있으므로 또다시 새로운 통지가 필요하다고 보아야 하고, 그렇다면 합의해지 뿐 아니라 해제나 합의해제의 경우에도 마찬가지라고 할 것이다. 대법원도 동일한 법리를 판시하였고, 질권설정계약의 해지 사실의 통

34) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다13887 판결.

35) 김용덕, 전거서, 692면.

36) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2002다62500 판결

지는 제3채무자에게 도달됨으로써 효력이 발생한다고 보아야 하고, 질권설정계약의 해지 통지가 있었다면 해지 사실은 추정되고, 그렇다면 해지 통지를 믿은 제3채무자의 선의는 추정된다고 볼 것이어서 제3채무자가 악의라는 점은 선의를 다투는 질권자가 증명할 책임이 있다고 하였다.<sup>37)</sup>

## 2) 제3채무자(저당권설정자) 이외의 제3자에 대한 대항요건

저당권부채권의 입질로 저당권설정자 이외의 제3자에 대항하기 위해서는 통지나 승낙을 확정일자있는 증서에 의하여 하여야 한다(민법 제349조 제1항, 제450조). 이것은 단순한 통지나 승낙으로 하면 당사자가 질권설정일자를 소급시켜 제3자의 지위를 위태롭게 할 염려가 있기 때문에 일정한 방식을 요구하고 있다. 대법원도 민법이 이처럼 ‘확정일자 있는 증서에 의한’ 통지나 승낙을 갖추도록 하고 있는 취지는 채권의 양도인, 양수인 및 채무자가 통모하여 통지일 또는 승낙일을 소급함으로써 제3자의 권리를 침해하는 것을 방지하기 위한 것이라고 한다.<sup>38)</sup>

### (1) 제3자의 범위

제3자는 저당권부채권질권의 설정계약 당사자와 제3채무자 이외의 자를 의미하는데, 채권에 관하여 질권자의 지위와 양립하지 않은 법률상의 지위를 취득한 자를 의미한다.<sup>39)</sup> 제3자는 질권설정이 없었던 것을 주장하는데 법률상의 이익을 가지는 제3자로서 질권의 목적인 권리 자체에 법률상의 이해관계를 가지고, 질권설정에 의하여 그 이익을 방해받게 되는 자를 말한다. 제3자의 예로는 입질된 저당권부채권의 양수인, 입질된 저당권부채권을 압류한 저당권부채권질권설정자의 채권자, 저당권부채권질권설정자가 파산한 경우의 파산채권자 등이 있다.

### (2) 통지 · 승낙의 방식

저당권부채권질권설정에서 제3채무자(저당권설정자) 이외의 제3자에 대하여 질권설정을 대항하기 위해서는 통지나 승낙을 확정일자있는 증서에 의하여야 한다(민법 제450조 제2항, 제349조). 지명채권양도에 있어서 확정일자있는 증서에 의한 통지나 승낙은 제3자에 대한 대항요건에 불과하고 채권양도의 유효요

37) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다76192 판결.

38) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다49469 판결.

39) 박윤직, 「채권총론」, 301면.

건은 아니며, 여기서 채무자 이외의 제3자라 함은 당해 채권에 관하여 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득한 자를 말하는 것이므로 당해 채권을 양수한 양수인에게까지 확정일자있는 증서에 의한 통지나 승낙이 대항요건으로 필요한 것은 아니다.<sup>40)</sup> 따라서 선순위의 근저당권부채권을 양수한 채권자보다 후순위의 근저당권자는 채권양도의 대항요건을 갖추지 아니한 경우 대항할 수 없는 제3자에 포함되지 않는다.<sup>41)</sup> ‘확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙’은 통지나 승낙행위 자체를 확정일자 있는 증서로 하여야 한다는 것을 의미하고,<sup>42)</sup> 통지 또는 승낙이 있었다는 사실을 확정일자 있는 증서에 의하여 증명하는 것은 아니다. 대법원은 확정일자란 증서에 대하여 그 작성한 일자에 관한 완전한 증거가 될 수 있는 것으로 법률상 인정되는 일자를 말하며 당사자가 나중에 변경하는 것이 불가능한 확정된 일자를 의미한다고 하였다.<sup>43)</sup> 대법원판례상 확정일자는 공무소에서 사문서에 어느 사항을 증명하고 기입한 일자가 사실상의 일자와 틀린 경우,<sup>44)</sup> 채권양도 통지서에 확정일부인만 있고 월일자의 기재가 누락된 경우라도 같이 작성한 소요 장부 등에서 그 작성일자를 인정할 수 있을 경우<sup>45)</sup>, 민법 부칙(1958. 2. 22.) 제3조에 정한 증서<sup>46)</sup> 등을 말하고, 가압류신청서에 찍힌 접수일자도 그 첨부서류인 승낙서에 대하여 민법 부칙 제3조 제4항 소정의 확정일자에 해당한다<sup>47)</sup>고 한다. 한편 확정일자는 통지서나 승낙서 자체에 표시하는 것이 일반적이지만, 질권설정계약서나 담보차용증서에 확정일자를 붙여서 제3자에게 교부한 경우에도 통지나 승낙이 있는 것으로 보아야 할 것이다.

### (3) 통지 · 승낙의 효력

확정일자있는 증서에 의한 통지나 승낙이 있는 경우 저당권부채권질권자는 제3채무자(저당권설정자)에 대해서 뿐 아니라 입질된 저당권부채권에 관하여 이해관계 있는 제3자에 대해서도 질권설정을 주장할 수 있다. 대항한다는 의미는 채권에 관하여 양립할 수 없는 법률상의 지위를 취득한 자 사이에 우열을

40) 대법원 1983. 2. 22. 선고 81다134, 135, 136 판결.

41) 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다29279 판결.

42) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다49469 판결.

43) 대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다2627 판결.

44) 대법원 1962. 10. 4. 선고 62다568 판결.

45) 대법원 1973. 1. 30. 선고 72누82 판결.

46) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다8310 판결.

47) 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004다17481 판결.

결정하는 것이다. 동일한 채권에 대하여 양도와 질권설정이 이중으로 되어 있는 경우에, 양도에 대해서는 확정일자 있는 증서에 의하지 아니한 통지나 승낙이 있고, 질권설정에 대해서는 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙이 있는 경우에, 양수인은 질권자에 대하여 채권양수를 주장할 수 없지만, 질권자는 양수인에게 질권을 주장할 수 있다. 양도와 질권설정이 모두 확정일자 있는 통지나 승낙이 있는 경우에는 두 사이의 우열은 확정일자 선후에 의하여 결정된다. 채권이 이중으로 질권설정된 경우 질권자 상호 간의 우열은 확정일자 있는 질권설정통지가 저당권설정자에게 도달한 일시 또는 확정일자 있는 승낙의 일시의 선후에 의하여 결정하여야 하고, 확정일자 있는 증서에 의하지 아니한 통지나 승낙이 있는 질권의 설정자는 확정일자 있는 증서에 의한 통지나 승낙이 있는 질권설정자에게 대항할 수 없다고 보아야 한다.<sup>48)</sup> 어느 통지나 승낙이 모두 확정일자를 갖추지 아니한 경우에는 채권양수인이나 질권자는 모두 상대방에 대하여 권리를 주장할 수 없다고 보아야 한다. 또한 제3자에 대한 대항요건을 갖추지 못한 저당권부채권질권에서는 그 질권설정을 제3자에게 주장할 수 없다. 대법원도 제3자에 대한 대항요건을 갖추지 못한 채권질권의 경우에는 그 채권을 국세징수법 제81조 제1항 제3호에 규정된 ‘압류재산에 관계되는 질권에 의하여 담보된 채권’으로 볼 수 없다고 해석함이 타당하다고 하였다.<sup>49)</sup>

#### IV. 저당권부채권질권의 효력

##### 1. 저당권부채권질권의 피담보채권의 범위

저당권부채권질권은 피담보채권의 원본, 이자, 위약금, 질권실행비용, 질물보존비용, 채무불이행 또는 질물의 하자로 인한 손해배상을 담보한다(민법 제334조, 제355조). 질권의 피담보채권의 범위는 저당권의 피담보채권의 범위(민법 제360조, 지연배상은 1년분)보다는 넓은 개념이다. 질권자는 입질된 권리에서 발생하는 이자 또는 이익배당을 청구하여 자기 채권의 변제에 충당할 수 있고, 질권설정자의 승낙을 얻어 목적인 권리로부터 수익한 경우에는 이 수익을 자기 채권의 변제에 충당할 수 있다.<sup>50)</sup> 위약금은 위약벌이든 손해배상액 예정이

48) 대법원 2013. 6. 28. 선고 2011다83110 판결.

49) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두18639 판결.



든 관계없다. 질권실행비용은 경매비용을 제외한 그 밖의 질권실행에 필요한 일체의 비용을 말하고, 감정인의 평가비용(민법 338조)이나 채권의 추심비용(민법 제353조) 등을 포함하고, 직접적인 경매비용은 집행관 또는 집행법원이 매각대금 중에서 공제한다. 질물보존비용은 질권자가 질물에 관하여 지출한 비용(민법 제343조, 제325조)중에서 보존을 위하여 지출한 비용을 말한다. 민법 제343조의 피담보채권의 범위를 확대하는 특약은 제3자에게 대항할 수 없다.

## 2. 저당권부채권질권의 효력이 미치는 목적물의 범위

저당권부채권질권은 피담보채권 전부에 관하여 목적물 전부 위에 그 효력이 미치는 불가분성을 가지므로(민법 제343조, 제321조), 저당권부채권질권자가 피담보채권의 전부를 변제받을 때까지 질권의 효력이 입질된 저당권부채권의 전부에 미친다. 민법 제343조의 불가분성과 관련하여 민법 제343조는 임의규정이므로 이를 배제하는 특약은 원칙적으로 유효하지만, 채무자와 질권설정자가 다르면 후순위질권자 등의 승낙 뿐 아니라 설정자의 승낙도 있어야 한다. 동산질권의 물상대위규정이 권리질권에 준용되므로(민법 제355조), 저당권부채권질권은 입질된 저당권부채권의 목적물이 멸실된 경우에 질권설정자가 받을 그 대상물에 대해서도 행사할 수 있다. 다만 그 지급전에 이를 압류하여야 한다.

## 3. 저당권부채권질권의 우선변제적 효력

저당권부채권질권자는 목적물의 교환가치로부터 일반채권자 또는 후순위담보권자보다 우선하여 변제받을 수 있지만, 선순위 담보권자나 우선특권자가 있는 경우에는 우선변제권이 제한된다. 채권질권을 실행하여 우선변제를 받는 방법으로는 이자채권의 추심에 의하여 우선변제를 받는 방법, 목적인 채권 자체로부터 우선변제를 받는 방법이 있다. 채권질권의 실행방법은 민법 제353조와 제354조에 규정하고 있다.

## 4. 저당권부채권질권의 유치적 효력

저당권부채권질권자는 저당권설정계약서 등 채권증서를 점유하고 변제가 있

---

50) 박윤직/김재형, 전제서, 423면.

을 때까지 이를 유치할 수 있다(민법 제355조, 제335조). 그러나 저당권부채권질권자가 채권증서를 질권설정자에게 반환하더라도 질권이 당연히 소멸하지 않는다. 질권의 목적인 채권 자체에 대한 유치적 효력은 채권질권에서는 매우 희박하다. 채권을 질물로 잡더라도 질권설정자를 심리적으로 압박한다는 작용이 거의 없기 때문에 채권질권은 질권보다도 저당권에 가까운 작용을 한다.<sup>51)</sup>

## 5. 저당권부채권질권설정자의 권리처분제한

저당권부채권질권설정자는 질권자의 동의 없이 질권의 목적된 권리를 소멸하게 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 할 수 없다(민법 제352조). 이는 저당권부채권질권자가 질권의 목적인 저당권부채권의 교환가치에 대하여 가지는 배타적 지배권능을 보호하기 위한 것이다. 권리를 소멸하게 하는 행위는 직접 권리 자체를 소멸시키는 행위를 말하고, 간접적으로 권리를 소멸하게 하는 결과를 가져오는 행위를 의미하는 것은 아니다. 권리소멸행위는 질권설정자의 법률행위를 의미하므로, 입질된 저당권부채권의 소멸시효의 완성, 제3자의 선의취득에 의한 권리의 소멸, 강제경매절차에 의한 매각, 공용수용에 의한 권리소멸 등은 여기에 속하지 않는다. 그러나 입질채권에 대한 면제, 포기, 경계, 추심 또는 입질채권을 자동채권으로 하는 상계 등은 제한되는 권리소멸행위에 속한다. 따라서 저당권부채권질권설정자는 저당권설정자에 대하여 입질된 저당권부채권의 이행을 청구할 수 없고, 그에 대한 이행의 소를 제기할 수도 없다. 다만 저당권부채권질권설정자는 소멸시효를 중단하기 위하여 이행소송을 청구할 수 있고 또한 전소 판결로 확정된 채권의 시효를 중단시키기 위한 재판상의 청구가 있다는 점에 대하여만 확인을 구하는 형태의 “새로운 방식의 확인소송”도 가능하므로<sup>52)</sup> 시효중단만을 위한 확인소송도 가능하다고 보아야 한다. 질권의 목적인 채권의 양도행위는 민법 제352조 소정의 질권자의 이익을 해하는 변경에 해당되지 않으므로 질권자의 동의를 요하지 아니한다고 하였다.<sup>53)</sup> 권리를 변경하는 행위는 입질된 저당권부채권에 대한 변제기의 연장, 이율의 감소, 이자부채권을 무이자로 하는 것 등이다. 질권설정자의 권리처분제한에 관한 민법 제352조는 임의규정이기 때문에 질권자는 입질채권의 소멸행위 또는 변경행위에 동의할 수 있다. 질권자의 동의는 질권설정자의 처분행위에 대

51) 박윤직/김재형, 전거서, 423면.

52) 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결.

53) 대법원 2005. 12. 22. 선고 2003다55059 판결.

하여 이익이 없음을 표시하는 의사표시이다. 동의는 처분행위 이전에 사전에 해야 하지만, 사후 동의도 추인으로서는 유효하다고 보아야 한다. 동의의 상대방은 처분행위에 의하여 이익을 받는 자이고, 질권설정자와 처분행위의 상대방이 여기에 포함된다. 그러나 질권설정자와 처분의 상대방의 이익을 보호하기 위해서 동의는 철회할 수 없다고 보아야 한다. 입질된 권리에 대한 질권설정자의 소멸행위나 변경행위에 대하여 질권자의 동의가 없는 경우에는 그 처분행위는 무효이다. 그러나 그 처분행위는 질권자에 대한 관계에서는 무효이지만, 처분행위의 당사자 사이 및 제3자에 대한 관계에서는 유효한 것으로 보아야 하므로, 그 무효는 절대적 무효가 아니고 상대적 무효이다.<sup>54)</sup> 대법원도 민법 제352조가 질권설정자는 질권자의 동의 없이 질권의 목적된 권리를 소멸하게 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 할 수 없다고 규정한 것은 질권자가 질권의 목적인 채권의 교환가치에 대하여 가지는 배타적 지배권능을 보호하기 위한 것이므로, 질권설정자와 제3채무자가 질권의 목적된 권리를 소멸하게 하는 행위를 하였다고 하더라도 이는 질권자에 대한 관계에 있어 무효일 뿐이어서 특별한 사정이 없는 한 질권자 아닌 제3자가 그 무효의 주장을 할 수는 없다<sup>55)</sup>고 하였다. 또한 질권설정자가 제3채무자에게 질권설정의 사실을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙한 때에는 제3채무자가 질권자의 동의 없이 질권의 목적인 채무를 변제하더라도 이로써 질권자에게 대항할 수 없고, 질권자는 민법 제353조 제2항에 따라 여전히 제3채무자에 대하여 직접 채무의 변제를 청구할 수 있다. 제3채무자가 질권자의 동의 없이 질권설정자와 상계합의를 함으로써 질권의 목적인 채무를 소멸하게 한 경우에도 마찬가지로 질권자에게 대항할 수 없고, 질권자는 여전히 제3채무자에 대하여 직접 채무의 변제를 청구할 수 있다<sup>56)</sup>고 하였다. 저당권부채권질권이 설정된 경우 저당권설정자도 질권에 의하여 구속되어 입질된 저당권부채권을 소멸시키는 행위나 변경시키는 행위를 할 수 없다. 저당권설정자가 저당권부채권을 소멸시키는 행위나 변경시키는 행위를 하는 경우 질권설정의 대항요건을 갖춘 경우에만 무효이고, 대항요건을 갖추지 못한 경우에는 유효하다고 보아야 한다.<sup>57)</sup> 이 대항요건은 확정일자있는 증서에 의하지 않더라도 무방하다. 저당권설정자는 질권설정의 통지를 받거나 승낙한 후에는 질권설정자에게 입질채권을 변제할 수 없고, 저당권설정자가

54) 김용담, 전제서, 352면.

55) 대법원 1997. 11. 11. 선고 97다35375 판결.

56) 대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다265689 판결.

57) 박윤직/김재형, 전제서, 424면.

이를 위반하여 변제한 경우에는 저당권설정자와 질권설정자 사이에서는 변제가 유효하지만, 변제의 효과를 질권자에게는 대항할 수 없다. 저당권설정자는 질권설정의 통지 승낙이 있을 때까지 질권설정자에 대하여 생긴 사유로 질권자에게 대항할 수 있다. 그러나 저당권설정자는 통지 승낙을 한 후에 취득한 질권설정자에 대한 반대채권과 상계하여 질권자에게 대항할 수 없다. 저당권설정자가 질권설정통지 전에 질권설정자에 대하여 반대채권을 취득하였으나 통지이후에 상계적상이 이루어진 반대채권에 의한 상계로 질권자에게 대항할 수 있지만, 이 경우 반대채권의 변제기가 입질채권의 변제기보다 늦게 도래하는 경우에는 상계를 주장할 수 없다. 저당권설정자가 이의를 보류한 승낙 당시 이미 상계할 수 있는 원인이 있었던 경우에는 아직 상계적상에 있지 않더라도 그 후에 상계적상에 이르면 저당권설정자는 질권자에 대하여 상계로 대항할 수 있다.<sup>58)</sup>

## 6. 저당권부채권질권자의 의무

### 1) 채권증서의 보관의무

채권질권자는 채권증서를 선량한 관리자의 주의로써 보관할 의무를 부담하므로(민법 제343조, 제324조), 저당권부채권질권자는 질권설정자가 교부한 대출계약서나 저당권설정계약서 등을 선관주의의무로써 보관할 의무를 부담한다.

### 2) 채권증서의 반환의무

저당권부채권질권이 소멸하면 질권자는 채권증서를 질권설정자에게 반환하여야 한다. 피담보채권이 존속하는 중 질권설정자가 채권증서의 반환을 청구하면 원고패소판결을 해야 한다는 견해<sup>59)</sup>도 있지만, 질권설정에 있어서 채권증서는 증거방법에 지나지 않으므로 상환급부판결(일부승소판결)을 해야 할 것이다. 따라서 피담보채무의 변제와 채권증서반환은 동시이행되어야 할 것이다. 지명채권에 대한 질권이 소멸되었을 때에는 질권채무자는 질권자에게 대하여 증서의 반환을 받고 질권채무자가 대항요건을 구비하려면 제3채무자에게 질권의 소멸의 의사표시를 하면 족하다.<sup>60)</sup>

58) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2012다112596 판결.

59) 지원립, 「제16판 민법강의」, 홍문사, 2019, 765면.

60) 대법원 1959. 10. 22. 선고 4292민상168 판결.

## V. 저당권부채권질권의 실행

질권자는 질권의 목적이 된 채권을 직접 청구할 수 있고(민법 제353조 제1항), 민사집행법이 정하는 집행방법에 의하여 질권을 실행할 수 있다(민법 제534조). 따라서 저당권부채권질권자는 저당권부채권을 직접 청구할 수 있을 뿐 아니라 민사집행법에 의하여 채권의 추심, 전부명령, 현금화(환가)로 할 수 있다. 그 어느 것이든 집행권원을 필요로 하지 않고, 질권의 존재를 증명하는 서류의 제출만으로 실행은 개시된다(민사집행법 제273조 제1항).

### 1. 채권의 직접청구

저당권부채권질권자는 질권의 목적이 된 저당권부채권을 직접 청구할 수 있다(민법 353조 제1항). 직접이라는 것은 저당권설정자에 대하여 집행권원, 법원에 의한 청구권부여, 질권설정자의 추심위임 등을 요하지 않는다는 것을 의미한다.<sup>61)</sup> 또한 질권설정자의 위임을 필요로 하지 않으며, 재판상 청구하여야 하는 것도 아니고, 질권자가 자기의 이름으로 청구하는 것을 의미한다.<sup>62)</sup> 그 효과는 그 채권의 채권자에게 귀속하는 것이고, 당연히 질권자의 채권에 충당되는 것은 아니다.<sup>63)</sup> 질권자가 저당권설정자에게 직접 청구하기 위해서는 질권의 피담보채권과 저당권부채권의 변제기가 모두 도래하여야 한다. 질권의 목적이 된 채권이 금전채권인 때에는 질권자는 자기채권의 한도에서 질권의 목적이 된 채권을 직접 청구할 수 있고, 채권질권의 효력은 질권의 목적이 된 채권의 지연손해금 등과 같은 부대채권에도 미치므로 채권질권자는 질권의 목적이 된 채권과 그에 대한 지연손해금채권을 피담보채권의 범위에 속하는 자기채권액에 대한 부분에 한하여 직접 추심하여 자기채권의 변제에 충당할 수 있다. 따라서 질권자가 질권을 실행하여 저당권설정자에게 입질채권을 직접 청구한 경우, 저당권설정자는 질권설정금액을 한도로 하여 피담보채권 및 그에 대한 약정연체이율에 의한 지연손해금을 지급하여야 하고, 질권 실행 이후부터는 민·상법에 따른 일반적인 지체책임만을 부담하는 것은 아니다.<sup>64)</sup> 만약 질권자가 피담보채권을 초과하여 질권의 목적이 된 금전채권을 추심하였다면 그

61) 김용덕, 전거서, 720면.

62) 박윤직/김재형, 전거서, 425면.

63) 박윤직, 「주해 민법」, 425면; 김중환/김학동, 전거서, 502면.

64) 대법원 2005. 2. 25. 선고 2003다40668 판결.

중 피담보채권을 초과하는 부분은 특별한 사정이 없는 한 법률상 원인이 없는 것으로서 질권설정자에 대한 관계에서 부당이득이 된다.<sup>65)</sup> 채권의 목적물이 금전인 때에는 질권자는 자기채권의 한도에서 직접 청구할 수 있다(민법 제353조 제2항). 청구한다는 것은 단순히 이행을 최고하는 것에 그치는 것이 아니라 변제받은 금전을 피담보채권의 변제에 충당하는 것을 의미한다. 질권의 피담보채권과 저장권부채권의 변제기가 모두 도래한 경우에는 저장권부채권의 변제를 직접 청구하여 자기 채권의 변제에 우선적으로 충당할 수 있다. 다만 질권자는 저장권부채권액이 질권의 피담보채권액보다 많은 경우에는 피담보채권액의 한도에서만 청구할 수 있을 뿐이다. 그런데 질권자가 저장권설정자로부터 자기 채권을 초과하여 금전을 지급받은 경우 초과 지급 부분에 관하여는 저장권설정자의 질권설정자에 대한 급부와 질권설정자의 질권자에 대한 급부가 있다고 볼 수 없으므로, 저장권설정자는 특별한 사정이 없는 한 질권자를 상대로 초과 지급 부분에 관하여 부당이득반환을 구할 수 있다. 질권자가 초과 지급 부분을 질권설정자에게 그대로 반환한 경우에는 초과 지급 부분에 관하여 질권설정자가 실질적 이익을 받은 것이지 질권자로서는 실질적 이익이 없다고 할 것이므로, 저장권설정자는 질권자를 상대로 초과 지급 부분에 관하여 부당이득반환을 구할 수 없고, 질권설정자를 상대로 부당이득반환을 청구해야 한다.<sup>66)</sup> 저장권설정자가 질권자의 직접 청구에 의하여 이미 채무를 변제한 이후에 저장권부채권의 발생원인인 저장권설정 계약관계에 무효 등의 흠이 있어 저장권부채권이 부존재한다고 하더라도 저장권설정자는 특별한 사정이 없는 한 상대방 계약당사자인 질권설정자에 대하여 부당이득반환을 구할 수 있을 뿐이고 질권자를 상대로 직접 부당이득반환을 구할 수 없다.<sup>67)</sup> 저장권부채권의 변제기가 질권의 피담보채권의 변제기보다 먼저 도래한 경우에는 질권자는 원칙적으로 저장권설정자에게 직접 청구할 수는 없고, 질권자는 저장권설정자에 대하여 그 변제금액의 공탁을 청구할 수 있다(민법 제353조 제3항). 질권자의 공탁청구를 받은 저장권설정자는 채무액을 공탁하여야 하고, 질권은 그 공탁금, 입질채권의 채권자가 가지는 공탁금청구권 위에 존속한다(민법 제353조 제3항). 이 공탁은 변제공탁이므로 채무이행지 공탁소에 공탁하여야 한다(민법 제488조 제1항). 저장권부채권의 변제기가 질권의 피담보채권의 변제기보다 먼저 도래했음에도 질권자가 공탁청구권을 행사하지 않는 경우에는 저장권설정

65) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010다5694 판결.

66) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결.

67) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다92258 판결.

자는 저당권부채권질권 설정사실에 관하여 통지나 승낙이 있었으면 질권자의 승낙이 없이 스스로 저당권자에 대한 공탁을 하여 채무를 면할 수 없다. 그러면 저당권설정자는 질권자가 피담보채권의 변제기 후에 그 실행을 할 때까지 질권에 의한 구속을 받아 저당권부채권의 변제기가 도래해도 질권설정자에게 변제하지 못한채 저당권부채권의 관계에서는 이행지체책임을 부담하는 등 저당권설정자에게 가혹한 결과를 준다. 이 경우에도 저당권설정자는 저당권자를 위한 변제공탁을 할 수 있다고 보아야 할 것이다.

## 2. 민사집행법에 의한 집행

질권자는 직접 청구 이외에 민사집행법에 정한 집행방법에 의하여 질권을 실행할 수 있다(민법 354조). 민사집행법에 정한 집행방법에 의한다는 것은 강제집행의 요건까지 민사집행법의 규정에 따른다는 의미는 아니고, 집행절차에 있어서만 민사집행법에 규정된 집행방법을 이용한다는 의미이다.<sup>68)</sup> 민법 제 354조에 의한 질권실행은 담보권실행이므로, 집행권원이 필요없다. 다만 권리질권의 실행요건으로서 담보권의 존재를 증명하는 서류를 제출하도록 하였다(민사집행법 제273조). 민사집행법에 의한 집행방법은 채권의 전부, 추심 및 현금화이다. 전부명령은 채무자(질권설정자)가 제3채무자에 대하여 가지는 입질채권을 지급에 갈음하여 질권자에게 이전시키는 집행법원의 결정을 말한다. 전부명령은 금전채권에 대해서만 가능하며, 질권자는 전부명령과 추심명령 중 하나를 선택하여 신청할 수 있다(민사집행법 제229조 제1항). 전부명령이 있는 경우에는 압류된 입질채권은 지급에 갈음하여 질권자에게 이전되는데(민사집행법 제229조 제3항), 전부명령은 확정되어야 효력이 발생한다(민사집행법 제229조 제7항). 전부명령은 피담보채권의 변제기가 도래하였으나 입질채권의 변제기가 아직 도래하지 않은 경우에 알맞은 질권실행방법이다.<sup>69)</sup> 추심명령은 채무자(질권설정자)가 제3채무자(저당권설정자)에 대하여 가지고 있는 채권을 대위절차없이 질권자가 직접 추심할 권리를 부여하는 집행법원의 결정이다(민사집행법 제229조 제2항). 추심명령도 금전채권에 대해서만 가능하고(민사집행법 제229조 제1항), 추심명령이 있는 경우에는 질권자는 대위절차없이 추심권을 취득하며, 추심명령의 효력은 채권 전액에 미친다(민사집행법 제232조 제1

68) 김용덕, 전게서, 739면.

69) 박윤직, 「민법 주해」, 448면.

항). 이 경우 질권자는 추심권만을 취득하므로, 채무자는 여전히 채권자의 지위를 가진다. 현금화(환가)는 임의매각(민사집행법 제210조)과 특별환가(민사집행법 제241조 제1항)가 있다. 저당권부채권질권이 설정된 경우 채무자가 이행기에 변제를 하지 아니하면 질권자는 입질된 저당권부채권의 추심권을 가지고 있기 때문에, 저당권부채권의 변제기가 도래한 경우 질권에 기하여 저당권을 실행할 수 있다. 이 경우에 경매신청을 하기 위해서는 압류와 추심명령 등 환가명령을 받아야 한다는 견해가 있지만,<sup>70)</sup> 압류나 추심명령이나 전부명령없이 직접 저당권을 실행할 수 있다고 보아야 한다. 저당권부채권에 질권설정의 부기등기가 된 경우에 저당권자는 저당부동산에 대하여 저당권실행을 위한 경매신청을 할 수 있는지 여부에 대하여 민법 제352조에 의하여 저당권자는 채권추심을 위한 경매신청을 하거나 배당을 받을 수 없다고 한다. 이에 대하여 저당권자는 경매를 신청할 수 있고, 집행법원은 배당절차를 진행하되 저당권자에게 배당금을 지급하지 않고 공탁하거나 질권자의 지급요청에 따라 질권자에게 지급하면 된다고 하는 견해가 있지만,<sup>71)</sup> 절차만 복잡하게 되고 우회적인 방법이라고 할 것이다. 따라서 저당권자는 경매신청을 할 수 없다고 보는 것이 합리적이다. 저당권부채권질권에서 저당권자가 아닌 다른 채권자가 저당목적물에 대하여 경매신청을 하여 저당권자에게 배당금이 있는 것으로 배당표가 작성된 경우에 질권자는 질권에 기하여 직접 추심권을 행사할 수 있는지 여부에 대하여 물상대위권을 행사하여 압류 및 추심명령을 받아야 한다는 견해<sup>72)</sup>와 물상대위가 필요없다는 견해<sup>73)</sup>가 있지만, 저당권부채권질권자는 전세권저당권자와 유사하게 민법 제342조에 따라 배당전에 압류 및 추심명령이나 전부명령을 받아야 우선변제권을 행사할 수 있다고 할 것이다.

### 3. 저당권부채권질권의 유질

채권질권에 대해서는 유질계약금지에 관한 민법 제339조가 준용되므로(민법 제355조, 제339조), 채권질권에서도 유질계약은 금지된다. 그러나 저당권부채권질권에 있어서는 피담보채권의 한도안에서 저당권부채권을 변제에 갈음하여

70) 고해진, “저당권부채권질권”, 월간경영법무, 2002, 46면.

71) 김운용, “저당권부채권에 질권이 설정된 경우 채권질권의 실행방법”, 법조 672호, 2012, 151면.

72) 윤경, 부동산경매(입찰)의 실무(하), 법률정보센터, 2001, 441면.

73) 김운용, 전제논문, 157면.



질권자에게 귀속시킬 것을 미리 약정하는 것은 유효하다고 보아야 한다. 이것을 인정하더라도 실질적으로 직접 추심권을 행사하는 것과 다르지 않고, 질권 설정자에게 불리하게 될 위험도 없기 때문이다.<sup>74)</sup> 질권자는 저당권부채권질권을 실행하는 방법으로 추심하는 대신에 유질의 방법으로서 제3자에게 저당권부채권을 양도할 수 있는지 여부가 문제된다. 대법원은 지명채권에 대하여 담보제공에 승인한 제3채무자는 그 채권양도에 대하여도 승인의 의사가 있는 것이라고 해석함으로써<sup>75)</sup> 질권자가 채권질권의 실행방법으로서 입질채권을 양도할 수 있다고 보고 있다. 또한 질권의 목적인 채권의 양도행위는 민법 제352조 소정의 질권자의 이익을 해하는 변경에 해당되지 않으므로 질권자의 동의를 요하지 아니한다.<sup>76)</sup>

#### 4. 저당권부채권질권의 전질

채권질권자에게도 동산질권자와 마찬가지로 전질권이 인정된다(민법 355조, 제336조, 제337조). 근저당권부채권질권자가 해당 질권을 제3자에게 전질한 경우 부동산등기법 제2조에 의하여 질권의 이전등기를 할 수 있다. 근저당권부채권에 질권이 설정된 경우 질권자의 동의 없이는 근저당권의 채권최고액을 감액하는 근저당권변경등기를 할 수 없다.<sup>77)</sup>

## VI. 결론

저당권부채권질권은 민법제정당시에 만들어진 제도이지만, 그 절차에 관한 부동산등기법의 입법미비로 인하여 23년간 장식적 규정으로 있었다. 1983년 부동산등기법의 개정 이후 지금까지 실무거래에서는 다소 이용이 되었지만, 판례에서도 나타나지 않았던 제도였다. 최근 부동산 경기로 인한 갭투자 등에서 이용되고 있지만, 그에 관한 법리는 전혀 연구되지 아니한 채 정리되지 않은 상태로 있었다. 저당권부채권질권의 법리는 다음과 같이 정리될 수 있다고 생각한다. 저당권부채권질권은 질권자와 질권설정자의 합의로 성립하지만, 채권증서

74) 박윤직/김재형, 전거서, 426면.

75) 대법원 1960. 9. 1. 선고 4292민상937 판결.

76) 대법원 2005. 12. 22. 선고 2003다55059 판결.

77) 2011. 5. 3. 부동산등기과-870 질의회답.

의 교부와 부기등기는 성립요건으로 보아야 한다. 다만, 저당권설정계약서 등 채권증서의 교부는 단순한 채권의 증거방법에 지나지 않으므로 채권증서가 없으면 설정합의만으로 성립된다고 보아야 한다. 부기등기는 저당권부채권질권에 있어서 성립요건으로 보아야 하고, 부기등기를 하지 않은 경우에는 담보권없는 채권에 대해서 질권을 취득한다고 볼 것이 아니고, 아예 질권의 효력이 생기지 않는다고 보아야 한다. 저당권부채권질권에 있어서 질권설정자인 저당권자가 제3채무자나 제3자에 대항하기 위해서는 제3채무자인 저당권설정자에 대하여는 질권설정의 통지나 승낙이 있어야 하고, 제3채무자 이외의 제3자에 대하여는 통지나 승낙을 확정일자 있는 증서에 의하여 하여야 한다. 저당권부채권질권자가 경매를 신청할 경우에, 압류와 추심명령을 받지 않고, 직접 채권담보의 실현으로 저당권을 실행할 수 있다. 저당권부채권에 질권이 설정되고 부기등기가 된 경우에 저당권자는, 질권자의 이익을 해하는 행위를 할 수 없기 때문에 (민법 제352조), 저당부동산에 대하여 저당권실행을 위한 경매신청을 할 수 없다. 저당권부채권질권에서 저당권자가 아닌 다른 채권자가 저당목적물에 대하여 경매를 신청하여 저당권자에게 배당금이 있는 것으로 배당표가 작성된 경우에 질권자는 그 배당금에 대하여 압류 및 추심명령을 받아야 우선변제권을 행사할 수 있다고 보아야 한다.

[참고문헌]

- 곽윤직/김재형, 「물권법」, 박영사 2015.
- 곽윤직, 「민법 주해」, 박영사, 2008.
- 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 1999.
- 김용담, 「주식 민법 물권(3)」, 한국사법행정학회, 2011.
- 김용덕, 「주식민법 물권법 3」, 한국사법행정학회, 2019.
- 김증한/김학동, 「물권법」, 박영사, 1997.
- 김증한/김학동, 「채권총론」, 박영사, 1998.
- 민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회, 「민법안심의록 상권」, 1957.
- 박준서, 「주식 민법 물권(3)」, 한국사법행정학회, 2001.
- 윤경, 「부동산경매(입찰)의 실무(하)」, 법률정보센터, 2001.
- 이영준, 「물권법」, 박영사, 2009.
- 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006.
- 지원림, 「제16판 민법강의」, 홍문사, 2019
- 고해진, “저당권부채권질권”, 월간 경영법무, 2002.
- 김운용, “저당권부채권에 질권이 설정된 경우 채권질권의 실행방법”, 법조 672호, 2012.

[Abstract]

## The Right of Pledge for Mortgage Claim

Bae, Byungil\*

In 1958, when the Korean Civil Law was enacted, the right of pledge for mortgage claim was stipulated in the Article 348 of the Korean Civil Law, the clause did not applied in the actual transaction because it was not stipulated on the Real Property Registration Act. In 1983, the revision of the Real Property Registration Act allowed the registration of property by stipulating the right of pledge for mortgage claim, and since then the right was widely used as gap investment thrived as the real estate market flourished. However, since the research on the right of pledge for mortgage claim is rarely dealt with in research papers as well as in textbooks, this research is undertook to put the subject in order as following. The right of pledge for mortgage claim should have both contract for the establishment and disclosure method. In order for the pledger or in this case, the mortgagor, to stand against a third debtor or a third party, should have a notice or approval of the designation of the right of pledge for the third debtor, and as for the third party by a certificate with the fixed date. In the case when a pledgee applies for an auction, the mortgage may be carried out through the realization of the direct claim security without being subject to a seizure or an order for collection. When the mortgage claim is pledged and became additionally registered, the mortgagee shall not apply for an auction to execute mortgage on the property because the mortgagee is not allowed to do any harm to the interests of the pledgee(Article 352 of the Civil Act). In the case that a creditor other than the mortgagee has applied for an auction on the mortgage property and a table of distribution is drawn the mortgagee as having a dividend, the pledgee should be ordered to seize and collect the dividend.

Keywords : mortgage claim, right of pledge, additional registration, document evidencing the claim, transfer of claim, fixed date

---

\* Professor, Yeungnam University Law School.