

연구보고 2006-

# 담보법제의 선진화를 위한 법제연구(I)

— 비전형담보를 중심으로 —

류 창 호

담보법제의 선진화를 위한 법제연구(I)  
— 비전형담보를 중심으로 —

A Legislative Study on Advanced Security System(I)

연구자 : 류 창 호(부연구위원)  
Ryu, Chang-Ho

2006. 10. 31.

## 국문 요약

현행 담보제도는 민법상의 전형담보 외에 각종 특별법에 의한 가등기담보권, 입목저당권, 자동차저당권, 건설기계저당권, 항공기저당권, 선박저당권, 공장저당권, 공장재단저당권, 광업재단저당권, 기술담보제도 등이 있고, 관습법에 의한 동산양도담보제도가 인정되고 있다.

가등기담보권은 가등기담보에 관한 법률에 의해 인정되는 담보권으로, 동법의 제정 이전에 관습적으로 이루어지던 가등기담보권을 성문화한 것이나, 채권자에 대한 지나친 규제로 인해 그 활용도가 매우 낮은 편이다. 이 연구에서는 가등기담보권은 피담보채권 등에 대한 공시가 되지 않는 등 공시방법의 불완전성으로 거래안전을 위협할 우려가 있고, 담보가등기가 경료된 상태에서 채무를 변제한 채무자 등에 대해서는 가등기말소청구권이 인정되지 않는다는 점 및 청산금의 산정시기를 담보권실행의 통지시로 하고 있어 그 이후에 발생하는 지연이자에 대해서는 담보할 수 없다는 점 등의 문제점과 이에 대한 개선방안을 제시하였다.

입목저당권은 입목법에 의한 저당권으로, 입목법에 의한 소유권보존등기 후 저당권을 설정하는 절차보다는 명인방법에 의한 양도담보가 적극적으로 활용되고 있다는 점에서 명인방법에 대한 통일적인 기준과 내용을 법률에 반영할 필요가 있고, 입목법에서 입목의 양도담보에 관한 규정을 추가할 필요가 있다. 또한, 현행법에 따르면 입목소유권보존등기는 입목의 범위와 관계없이 1필지를 기준으로 각각 등기부를 개설하여야 하므로, 입목이 수필지에 걸쳐 식재되어 있는 경우에는 각 필지별로 소유권보존등기와 저당권설정등기를 하여야 하는 불편함과 비용이 발생하게 된다. 따라서, 입목등기부를 개설하는 경우

필지를 기준으로 하는 것이 아니라, 입목을 기준으로 등기부를 개설하도록 개정할 필요가 있다.

자동차·건설기계·항공기 저당권은 저당목적물에 따라 각각 세 개의 법률로 운영되고 있으나, 이를 통합하여‘(가칭)운송기계저당법’의 형태로 단일법을 제정하고, 복수의 운송기계에 대해서도 재단저당을 인정함으로써 담보제도의 효율성을 높일 필요가 있다.

동산양도담보제도는 현재 관습법으로 인정되는 담보권이므로, 담보권의 내용을 통일적으로 파악하기 어렵고, 최근 유동집합동산에 대한 양도담보가 활성화되고 있다는 점에서 동산양도담보설정계약서를 표준약관의 형태로 제시하여 동산양도담보거래의 표준화를 시도할 필요가 있다.

담보제도의 선진화를 위한 장기적인 과제로는 영미법상의 유동담보 이론(floating charge)을 기초로 하여 기업의 모든 자산에 대한 총괄적인 담보권을 설정할 수 있는 기업담보제도를 도입할 필요성을 검토할 필요가 있다. 이에 관한 추가적인 연구는 후속과제에서 수행하고자 한다.

※ 키워드 : 비전형담보, 가등기담보, 양도담보, 자동차저당, 입목저당, 건설기계저당, 재단저당, 공장저당, 기업담보.

## Abstract

The security system in Korea is classified into two groups. The first one is typical security system in civil law, the second one is untypical security system based on special laws and customary law. The object of this study is untypical security system. There are provisional registration security, auto mobile mortgage, construction machinery mortgage, factory mortgage, aircraft mortgage, security of inventory, etc.

Provisional registration security is executed by Provisional registration security act. This law is enacted for the protection of a debtor is not almost used in money market because of the loss of the efficiency of the security under provisional registration. However, restraint of using such security has some problems. This report studied in activation of the provisional registration security. The characteristics of the execution of the provisional registration security, that is especially the priority of compulsory auction over execution of such security, is cause of the restraint of using the security. Therefore improvement of the Provisional registration security act is to annul the priority of compulsory auction over execution of the provisional registration security.

Mortgages for foundations regulated by special acts are divided into factory and mining mortgages. But, the provision of most of factory mortgage is adapted in mining mortgage. The foundation mortgage system grasps material equipments and right of property with one and hereupon to set a mortgage. Consequently, foundation mortgage system is more effective than mortgage on civil law in which compared to financial bias

of the enterprise. In spite of the present working conditions of foundation mortgage system very inactive.

To activate mortgage for foundation, must be improved from the some branch side. The first, it is an expansion problem of factory concept. The second, the scope of the property which composes factory foundation is narrow. The third, foundation listing complicates and the expense holds plentifully. The forth, introduce the compulsory administration system, as a mortgage execution.

To improve these problems, it is needed to introduce an enterprise equipments mortgage system and an enterprise foundation equipment system. The foundation mortgage system is not suitable for today's inclusion security. So, there is necessity which will introduce the theory of the floating charge which provides property inclusively to a mortgage.

※ Key words : mortgage, untypical security system, provisional registration security, factory mortgage, foundation mortgage, floating charge, auto mobile mortgage, construction machinery mortgage.

# 목 차

국 문 요 약 .....	3
Abstract .....	5
제 1 장 연구방법론 .....	11
제 2 장 비전형담보의 현황과 법제 .....	15
제 1 절 개 관 .....	15
제 2 절 비전형담보에 관한 현행 법제 .....	16
1. 가등기담보 .....	16
2. 동산양도담보 .....	23
3. 특별법에 의한 담보권 .....	28
제 3 장 주요국의 관련 법제 .....	61
제 1 절 독 일 .....	61
1. 개 관 .....	61
2. 질 권 .....	62
3. 양도담보 .....	64
4. 소유권유보 .....	82
제 2 절 미 국 .....	92
1. 개 관 .....	92
2. 모계지 .....	93
3. 통일상법전의 동산담보제도 .....	101
4. 담보권의 설정 .....	107
5. 담보권의 우선적 효력 .....	111
6. 급부장애와 환가 .....	113

제 3 절 일 본 .....	115
1. 개 관 .....	115
2. 양도담보와 매도담보 .....	117
3. 가등기담보 .....	121
4. 소유권유보 .....	123
5. 입목저당권 .....	124
6. 자동차저당권 .....	127
7. 재단저당권 .....	129
8. 기업담보권 .....	135
제 4 절 UNCITRAL 담보법 입법지침 제정작업의 동향 .....	140
1. 개 관 .....	140
2. 입법지침의 주요 내용 .....	141
제 5 절 소결 .....	146
제 4 장 비전형담보제도의 문제점과 개선방안 .....	149
제 1 절 비전형담보제도의 문제점 .....	149
1. 가등기담보권 .....	149
2. 동산양도담보권 .....	154
3. 입목저당권 .....	156
4. 자동차·건설기계·항공기저당권 .....	158
5. 재단저당권 .....	161
6. 기술담보제도 .....	165
제 2 절 비전형담보법제의 개선방안 .....	167
1. 민법 중 저당권규정과의 적용관계 .....	167
2. 개별법의 정비방향 .....	169



제 5 장 결론 및 요약 ..... 185

참 고 문 헌 ..... 191

## 표 차례

[표 1] : 화해사건(제소전) 현황 ..... 8

[표 2] : 입목 등 등기사건 연도별 비교 ..... 29

[표 3] : 협의의 공장저당과 공장재단저당의 비교 ..... 51

[표 4] : 기술담보대출의 지원절차 ..... 60

[표 5] : 건설기계저당법·자동차저당법·항공기저당법의 구성 ... 159

[표 6] : 민법 중 저당권규정과 특별법의 적용관계 ..... 168

## 제 1 장 연구방법론

19세기에 입법된 제도를 21세기의 거래에 강요하는 것은 거래당사자들로 하여금 법전으로부터의 엑소더스를 통하여 법전 속의 제도를 박제로 만들고, 법의 이념이 미치지 않는 깊숙한 위법의 골짜기로 도피를 시도하게 만든다. 이러한 부작용을 방지하기 위하여 법률가들에게는 거래실정에 맞게 끊임없이 제도를 진화시킬 책무가 있다.

계약법 분야에서는 이러한 시도가 비교적 꾸준히 이루어져 왔으나, 담보법 분야는 제정 당시의 원형 또는 관습의 형태를 비교적 그대로 유지하고 있고, 거래실정을 충분히 반영하지 못한 입법으로 인하여 담보거래가 위축되거나 왜곡되는 현상도 발생하고 있다. 이러한 상태를 방지하는 것은 법이 미치지 않는 위법의 골짜기 속에서 힘의 논리에 의한 거래를 방조하는 것과 다르지 않다.

이 연구는 이러한 점을 기초로 담보법, 특히 학계에 의하여 충분한 해석론과 입법론이 제기되는 전형담보에 비하여, 거래계의 수요는 많으나 상대적으로 학계의 관심이 낮은 비전형담보제도에 대한 연구를 통하여 개인 또는 중소기업자의 자금유통의 원활화를 촉진할 필요성에서 비롯되었다.

이를 위하여, 현행 비전형담보제도를 합리적으로 개선하는 방안과 거래당사자에게 담보권 선택의 범위를 확장하기 위하여 새로운 담보제도를 도입하는 방안이 고려될 수 있다. 담보법제는 그 동안 각국의 금융거래실무와 관행이 반영되어 각국별로 고유한 색채를 띠고 있는 것으로 평가되고 있었으나, 최근에는 UNCITRAL 등 국제기구에서 동산담보법제의 세계적 통일화를 위하여 담보권에 관한 입법지침의 제정작업이 이루어지고 있고, 대륙법체계를 취하고 있는 국가에서 영미법 이론을 수용한 입법이 이루어지고 있는 등, 담보법분야에도 국제화를 위한 입법적 노력들이 본격화되고 있다. 이러한 점에서 우리 나

라 담보법제의 선진화는 단기적으로는 현행 담보제도의 입법상의 문제점을 개선하고 담보거래 당사자간 형평성을 확보하는 등 합리화를 통하여 담보거래당사자의 충요용을 제고하는 한편, 장기적으로는 유동담보이론(floating charge) 등 영미담보이론에 대한 체계적 연구를 통하여 담보거래에 대한 국제적 동향을 반영하고 영업담보 또는 기업담보 등의 신종담보제도의 도입을 통한 담보거래의 다양화라는 측면에서 추진될 필요가 있다.

이러한 점을 기초로, 이 연구에서는 현행 담보제도의 개선을 중심으로 연구를 진행하고 영업담보 또는 기업담보 등의 신종담보제도의 도입방안에 관하여는 후속연구를 통하여 수행하고자 한다.

이 연구는 현행 담보법제 중 비전형담보법제를 그 대상으로 하고 있다. 담보물권은 민법에 규정된 질권·유치권·저당권의 전형담보물권과 특별법이나 관습법에 의해 규율되는 비전형담보물권으로 구분된다. 전형담보물권은 저당권(근저당권), 질권, 유치권의 3가지로 한정되어 있고, 담보물의 경우에도 부동산에 대해서는 저당권(근저당권)이 주로 설정되고 예외적으로 부동산유치권이 설정되는 경우도 있다. 동산에 대해서 설정가능한 담보권은 질권과 유치권으로 한정되어 있고, 그 중 유치권은 법정담보물권이므로 설정사유가 제한되어 있고, 질권은 점유이전형 담보권이면서 1개의 개별 동산에 대해서 각각 질권을 설정해야 한다는 점에서 담보가치 및 효율성이 낮은 편이어서, 동산 질권보다는 채권질권에 주로 이용된다. 결국, 담보대출이 금융대출의 대부분을 차지하는 우리 나라의 금융거래실정에서 활용가능한 담보권 종류의 제한은 자금유통의 경색과 함께 사금융에 대한 의존도를 높이는 결과를 초래하게 된다.

한편, 비전형담보물권은 전형담보물권의 경직성을 극복하여 개별적인 법률의 제정이나 전통적인 관습법을 통하여 인정되는 것으로, 특별법에 의한 담보물권으로는 「가등기담보에 관한 법률」(이하 ‘가등기

담보법'이라 한다)에 의한 가등기담보권, 「입목에 관한 법률」(이하 '입목법'이라 한다)에 의한 입목저당권, 「건설기계저당법」에 의한 건설기계저당권, 「자동차저당법」에 의한 자동차저당권, 「공장저당법」에 의한 공장저당권, 「광업재단저당법」에 의한 광업재단저당권, 「항공기저당법」에 의한 항공기저당권, 「기술개발촉진법」에 의한 기술담보제도 등이 있고, 관습법에 의한 담보물권으로는 (유동집합)동산양도담보권이 있다.

이 중, 가등기담보법은 학계에 의하여 비교적 많은 연구성과가 집적되어 있는 분야인 반면, 그 외의 비전형담보물권은 해석론 및 입법론적 연구가 매우 적은 편이다. 따라서, 가등기담보법에 관해서는 그간의 연구성과를 요약하여 정리하는 것만으로도 충분할 것으로 생각된다. 다만, 그 외의 비전형담보법제에 관해서는 그 활용현황의 조사, 법적 및 실무적 문제점에 대한 검토를 통하여 법제개선방안을 제시할 필요가 있다.

## 제 2 장 비전형담보의 현황과 법제

### 제 1 절 개 관

민법 제185조에서는 물권법정주의를 규정하여 물권의 종류와 내용은 법률과 관습법에 의해서만 창설할 수 있음을 규정하고 있다. 따라서, 담보물권의 경우에도 민법, 기타 특별법 또는 관습법에 의해 창설된다. 이 중 민법의 물권편에 규정된 담보물권을 전형담보라고 하고 그 이외 채권편에서 규율하거나 특별법에서 규율하거나 관습법에 의해 규율되는 담보물권을 비전형담보물권 또는 변칙적 담보물권이라고 한다.<sup>1)</sup>

비전형담보물권에는 가등기담보권, 양도담보권, 환매권부매매, 소유권유보 등이 있다.<sup>2)</sup> 민법상의 전형담보는 대부분 제한물권의 법리에 의한 담보권이나, 비전형담보권은 소유권이전형 담보인 경우가 많다. 그러나, 이러한 소유권이전이 항상 유효한 것은 아니고 담보목적의 범위에서만 효력을 가질 뿐 그 초과부분은 일부무효이기 때문에 제한물권의 법리에 의한 담보와 유사한 측면을 갖는다.

전형담보와 비전형담보의 이용률은 후자가 계속 증가하는 추세이다. 부동산의 전형담보권인 저당권은 담보권의 실행절차가 복잡하고 담보가치가 저평가된다는 단점이 있다. 저당권은 주로 금융기관에서 이용하고 사채업자를 비롯한 비금융기관이나 개인 채권자는 저당권보다는 채무불이행시에 쉽게 환가할 수 있는 비전형담보권을 이용하려는 경향을 보인다. 또한, 동산의 전형담보권인 질권은 전당포 이외에서는 거의 활용되지 않으며, 동산에 대해서는 주로 동산양도담보 또는 소유권

1) 이은영, 『물권법(개정신판)』, 박영사, 2002, 550면. 이하에서는 비전형담보권이라 한다.

2) 반면, 가등기담보권과 양도담보권은 가등기담보법의 적용을 받으므로 전형담보로 보아야 한다는 주장이 있다(강태성, 『담보물권법』, 경북대 출판부, 1995, 6면).

유보부 매매 등이 이용된다. 전형담보 중 비교적 많이 이용되는 것은 채권질권으로서 예금채권, 보증금반환채권 등이 담보로 제공된다.

비전형담보권에 대해서는 법적 규제가 미약한 편이어서 채권자에 지위를 악용한 불공정약관이 체결되는 경우가 많다. 이러한 이유로, 학계에서는 비전형담보를 변칙담보라고 하여 부정적으로 파악하였다. 그러나, 비전형담보는 전형담보의 취약함을 보충하기 위하여 관습에 의해 생겨난 제도로서 그 긍정적 기능도 인정할 필요가 있다. 비전형담보는 전형담보의 경직성을 극복하여 담보물의 다양화 및 담보실행의 편리함이라는 장점을 가지고 있다. 따라서, 비전형담보권의 실태를 정확히 파악하고 그 장점을 중심으로 관련 법제를 정비할 필요가 있다.

## 제 2 절 비전형담보에 관한 현행 법제

### 1. 가등기담보

#### (1) 의 의

가등기담보는 가등기에 의해 공시되는 물적담보, 즉 이행기에 채무의 변제가 없는 경우 부동산의 소유권 등을 이전할 것을 예약하고, 이 예약에 기한 권리(소유권이전청구권)를 가등기에 의해서 공시하는 방법의 물적담보제도로, 대물변제예약·매매예약 등 예약을 등기원인으로 하여 소유권이전청구권의 보전을 가등기하므로 예약담보라고도 한다.<sup>3)</sup> 가등기담보는 즉시 권리가전이 이루어지는 것이 아니라는 점에서 일단 권리를 이전해두고 변제가 있으면 환수되는 양도담보와 구별된다.<sup>4)</sup>

3) 박경량, “가등기담보 등에 관한 법률연구”, 『민사법학』8호, 한국민사법학회, 1990, 219면.

4) 가등기담보라고 하는 용어는 1971년 일본사법학회 심포지움에서 처음 사용되었고, 판례에서는 1974년 일본최고재판소 판결(日最高判 1974.10.23, 民集 28卷 7号 1473

가등기담보는 1980년대 초반까지 관행적으로 이용되어 오다가 『가등기담보 등에 관한 법률』이 1983년 제정되어 그 법률관계가 규율되었고, 채권자의 폭리를 방지하기 위해 민법 제607조 및 제608조가 적용됨으로써 저당권과 유사한 제한물권의 성격을 갖게 되었다.

가등기담보는 취득정산이 인정되어 복잡하고 시간이 걸리는 경매절차를 생략할 수 있다는 장점으로 인해서 널리 활용되었다. 즉, 담보권자가 채무자의 부동산을 시가로 양수받고 채무액과 차액을 청산함으로써 부동산취득을 원하는 자본가의 욕구를 충족시키게 된다. 취득정산의 절차는 간편하고 경제적이어서 담보부동산의 시가가 채무액보다 하락하지 않는 한 담보권자에게 손쉽고 확실한 만족을 준다. 이러한 이유로 가등기담보는 사금융에 많이 이용되는 한편, 다른 담보제도에 비해 채권자의 불공정행위가 용이하다. 사금융에 대해서는 관청의 감독이 미치지 않는 경우가 많으므로 현행 가등기담보법은 채무자의 이익을 보호하기 위한 강행규정을 두고 있다. 그러나, 이러한 이유로 가등기담보법이 시행된 이후 서민금융의 실태는 많은 변화를 초래하게 되었는데, 그 중의 하나가 가등기담보법에 의한 담보방법을 이용한 금융거래가 급격하게 줄어들었다는 것이다. 이에 관해서는 가등기담보법 제정 이전과 이후의 실태와 이론구성을 중심으로 구분하여 검토한다.

## (2) 법제정 이전의 가등기담보제도

가등기담보가 사금융거래에서 활발하게 이용되기 시작한 것은 1960년대 후반부터였다. 그후 1970년대부터는 법률실무가들의 조력으로

---

項) 이후에 사용되었다. 우리 나라에서는 1976년 2월 14일 대법원판결(1976.2.24, 75다1608)에서 처음 사용되었다. 한편, 가등기담보의 용어에 관해 가등기 자체가 담보적 작용을 하는 것은 아니고 어디까지나 담보적 작용을 하는 것은 대물변제의 예약 또는 매매예약이기 때문에 가등기담보라는 용어는 부적절하다는 견해도 있다(곽윤직, 『물권법』, 박영사, 1980, 440면).

가등기담보시 화해조서를 작성하는 방법이 활용되었다. 즉, 종래 사채 시장에서 금전소비대차계약을 체결하고 자금을 융통할 때 보통 담보 부동산에 대하여 매매예약의 가등기를 하고 그 가등기에 기한 본등기와 목적물의 명도집행을 용이하게 하기 위하여 법원에 제소전 화해신청을 하여 법정화해를 성립시킨 후 그 화해조서를 소지하고 있다가 채무자의 채무불이행이 있을 때에 그 화해조서의 집행력에 의하여 본등기이전과 명도집행을 단행함으로써 채권의 만족을 얻는 방법을 이용하였기 때문에 담보목적의 가등기에는 대부분 화해조서가 작성되었다. 그리고 법원에 접수되는 제소전 화해신청 중에는 가등기에 기한 본등기이전의 화해신청사건이 그 주류를 이루었다.

아래 [표1]에서와 같이 가등기담보법 제정 이후에는 그 건수가 급감하여 가등기담보법 제정 직후인 1984년에는 1980년 대비 19.8%에 불과하고 2000년대에도 약 30%대를 유지하고 있는 정도에 불과하다.

[ 표 1 : 화해사건(제소전) 현황 ]

항 목	1980년	1984년	1988년	2000년	2002년	2004년
건 수	24,874	4,929	5,423	6,486	9,291	8,081
비교(%)	100	19.8	21.8	26.1	37.3	32.5

(법원행정처, 『사법년감』, 1982년, 312면 ; 1989년, 399면 ; 2005년, 622면 참조)

이러한 현상은 가등기담보법의 제안심의당시에 우려하였던 제소전 화해를 법원이 실무운영면에서 이에 대한 제약을 가하였기 때문인 것으로, 법원이 가등기담보에 관한 제소전 화해신청사건의 화해를 성립시킬 때에는 청산통지의 내용을 화해조서에 명시하도록 하고, 화해조서의 집행문을 부여할 때에는 청산금지급을 강제함으로써, 채권자가 가등기에 기한 본등기이전을 하기 위해서는 목적물에 대한 평가서를



구비해서 청산금을 계산하여야 하고 또 청산통지가 채무자에게 송달된 사실을 소명해야 하는데, 이런 사항들이 채권자에게 무담을 주기 때문인 것으로 보인다.<sup>5)</sup> 이러한 점에서 가등기담보법은 채무자의 보호 등 1차적인 입법목적은 달성한 것으로 볼 수 있다.<sup>6)</sup>

가등기담보법 제정 이전의 가등기담보제도의 운영은 정산, 경매절차, 에 있어서 차이를 보이고 있다. 가등기담보법 제정 이전에도 판례는 정산의무를 인정하였다. 즉, 가등기담보는 소유권이전이라는 형식으로 실행되지만, 그 실체는 담보권이므로 채권자가 목적물의 모든 가치를 취득하는 것은 허용되지 않으므로, 채권자는 목적물의 가액과 피담보채권액과의 차액을 담보설정자에게 반환하여야 한다고 해석하고 있다.<sup>7)</sup> 또한, 일본 판례도 ‘부동산의 환가액이 채권자의 채권액 및 환가에 소요되는 비용의 합산액을 초과하는 때에는 가등기담보권자는 그 초과액을 보유할 이유가 없으므로, 그것은 정산금으로서 채권자에게 교부하여야 한다’라고 판시함으로써 정산의무를 가등기담보의 일반원칙으로 확립하였다.<sup>8)</sup> 우리나라 대법원도 ‘가등기 담보권자는 담보물에 대한 시가를 적정가격으로 평가한 후 동 시가에서 피담보채권금원과 채무자가 부담할 비용 등을 공제하고 남는 금원을 채무자에게 반환 또는 변제공탁하여 담보부동산을 자기소유로 귀속시키는 정산절차를 거쳐야 할 것’이라고 하여,<sup>9)</sup> 가등기담보법 시행 이전에도 정산의

5) 공순진, “가등기담보 등에 관한 법률의 주요 문제점”, 『민사법학』제9·10호, 한국민사법학회, 1993, 173면.

6) 윤천희, “가등기담보의 본질에 관한 연구”, 송실대 박사학위논문, 1990, 142면.

7) 이근식, “가등기담보”, 『고시계』25권 12호, 국가고시학회, 1980. 11, 32면.

8) 日本最高裁判所 大法廷 1974.10.23判決.

9) 大判 1976.2.24, 75다1608. 이 판결에서는 피고인 가등기담보권자가 가등기가 설정된 부동산에 대한 담보권을 실행하여 원고에게 지급해야할 금원은 위 부동산의 당시 적정 시가인 16,460,000원에서 그 당시까지의 원고가 지급해야 할 앞서 실시한 채무원리금원 및 비용금 6,584,726원을 공제한 금 9,875,274원을 정산 지급하여야 함에도 불구하고 그 15분지 1에도 미급하는 금 640,000원을 일방적으로 변제공탁한 것은 정산지급하여야 할 금원으로는 너무 과소하여 그 정산은 신의칙에 비추어 정산이 없는 것이나 다를바 없으므로 위와 같은 정산방법으로서서는 담보부동산의 소

무를 부과하고 있다.

또한, 양도담보에 관해서는 원칙적으로 약한 의미의 양도담보로 파악하여 정산의무를 부과하고 있으므로,<sup>10)</sup> 가등기담보를 부동산양도담보로 파악하는 가등기담보법 제정 이전의 입장에서도 정산의무를 인정할 수 있고 정산을 하지 않는다는 특약을 한 경우에도 민법 제607조 및 제608조에 의하여 무효로 된다.<sup>11)</sup>

가등기담보의 경매절차에 관하여 가등기담보법 제정 이전에는 담보 목적물에 대하여 다른 채권자가 임의경매 또는 강제경매를 신청하여 그 절차가 개시된 경우에 가등기담보권자가 경매절차에 참가하여 우선변제를 받을 수 있는가에 관해서 논의가 되었다. 이에 관해 판례는 일관되게 가등기담보권자는 경매절차의 이해관계인이 아니므로 경매절차의 참가를 인정하지 않았다.<sup>12)</sup> 따라서, 가등기담보권자와 다른 채권자와의 이해관계는 가등기의 효력에 의하여 가등기에 우선하는 선순위담보권자가 경매를 신청하여 경락이 확정된 경우에는 가등기는 말소되고, 가등기의 후순위담보권자나 일반채권자에 의하여 경매가 개시된 경우에는 경락이 확정된 후에도 가등기담보권자는 본등기를 할 수 있고, 이 경우 본등기의 순위가 가등기의 순위로 소급되므로 경락인 명의의 소유권이전등기는 직권으로 말소된다. 그러나, 이러한 결과는 가등기에 우선하는 선순위담보권자에 의하여 경매가 신청된 경우에는 가등기가 말소되므로 가등기권리자의 이익이 침해된다는 점, 후순위담보권자나 일반채권자의 신청에 의하여 경매절차가 개시된 경우에는 가등기담보권자는 경락이 확정된 후에도 목적물을 추탈(追奪)할 수 있으므로 경매절차의 안정, 특히 경락인의 보호에 치명적인 약점을 노출하게 된다는 비판이 있다.<sup>13)</sup> 이에 반해, 일본에서는 가

---

유권이 피고인 담보권자에게 귀속되지 않는다고 판시한 바 있다.

10) 대판 1955.7.21, 4288민상55 ; 대판 1965.5.4, 65다377.

11) 김증한, 『물권법』, 박영사, 1980, 568면 ; 이근식, “가등기담보”, 32면.

12) 大判 1965.9.29, 65마768.

13) 이근식, “가등기담보”, 34면.

등기담보법 제정 이전에도 ‘가등기담보권은 저당권 등의 민법상 담보권과 같이 그 권리 자체로서는 그에 기하여 목적부동산의 경매를 신청할 수 없다고 할지라도 제3자의 신청에 의하여 당해 부동산에 관하여 경매에 의한 환가절차가 개시된 경우에는 절차상 가능한 한 가등기담보권자는 스스로 부동산의 환가처분을 실시하는 대신에 그 경매에 의한 환가절차에 참가하여 그 절차에서 환가금으로부터 자기의 채권의 만족을 얻을 수 있다’라고 판시한 바 있고,<sup>14)</sup> 이러한 판례의 내용은 일본 『가등기담보계약에 관한 법률』에서 명문화되었다.

### (3) 가등기담보법의 특징과 내용

『가등기담보 등에 관한 법률』은 1983년 12월 30일 법률 제3681호로 제정되어 1984년 1월 1일부터 시행되어 오고 있다. 가등기담보법의 제정으로 종전의 학설과 판례에 의해 인정되어 오던 가등기담보가 동법의 제정으로 법정담보로 되었다.

가등기담보법에서는 청산절차를 명문화하여 종전의 가등기담보에 관한 분쟁이 청산절차에 집중되었다는 점을 감안하여 이를 해결하고자 하였다. 아울러, 청산방법을 일원화하여, 종래 판례가 인정한 처분청산방법을 부정하고 귀속청산만을 인정하고 있다. 또한, 가등기담보법은 공적 실행방법인 경매를 명문화하여, 사적 실행인 청산절차와 구별하고 있다. 경매절차에 관해서는 가등기담보의 목적물이 다른 채권자에 의해 경매개시된 경우에 가등기담보권자는 가등기의 순위로 우선변제권을 행사할 수 있도록 하고 있다. 결국, 가등기담보법은 이러한 경우에 가등기에 대해서는 본등기와 유사한 효력을 주는 것으로 의제하고 있다.

또한, 소유권취득에 대한 특례를 두어 채권담보의 목적으로 채권자에게 이미 소유권이전등기가 되어 있더라도 청산기간이 지나고 청산

14) 日本最高裁判所 大法廷 1974.10.23 判決.

금을 지급하지 않는 한 대내외적으로도 소유권취득의 효과가 발생하지 않도록 하고 있다.

가등기담보법의 특징 중 하나는 가등기담보 뿐 아니라 부동산양도담보에도 적용된다는 점이다. 그러나, 가등기담보에 대하여는 비교적 상세한 규정을 두고 있으나, 양도담보에 관하여는 가등기담보에 관한 규정이 적용되거나 준용되는 근거를 두는 형식으로 간략하게 규정되어 있다.

동법은 가등기담보권자에게 저당권자와 같이 경매청구권, 경매에서의 우선변제청구권을 인정하면서 동시에 귀속청산의 방법에 의한 사적 실행의 권한을 부여하였다. 반면, 양도담보권자에 대하여는 사적 청산의 권한은 인정하였으나, 경매청구권 등에 대해서는 규정을 두고 있지 않다.

동법은 사적 실행의 방법에 대하여는 청산기간이라는 유예기간을 두었으며, 이 기간이 경과하여야만 실행할 수 있도록 하고, 동시에 채무자에게 청산금의 지급과 소유권이전등기, 목적물인도의무에 대하여 동시이행의 항변권을 인정함으로써 과거 판례에 의하여 인정되던 담보권의 실행을 위한 소유권이전등기청구권 및 목적물인도청구권을 부정하였다.

또한, 채무자에게 청산이 있기까지 채무원리금을 변제하고 목적물을 환수할 수 있는 권능을 부여한 것은 과거 판례와 같은 입장이나, 제3자가 소유권을 취득한 경우 악의에 제3자에 대하여는 여전히 환수권을 인정함으로써 채무자의 보호를 강화하였다. 반면, 선의의 제3자에 대해서는 환수권을 부정함으로써 사실상 공신력을 인정하는 결과가 되었다.

동법은 후순위권리자와의 이해관계조절을 위하여 후순위권리자에게 청산금에 대한 권리를 행사할 수 있게 하며, 동시에 후순위권리자에

게 경매신청에 의하여 가등기담보권자의 사적 실행을 저지할 수 있도록 하였다.

그러나, 가등기담보법 제정 이후에는 지나치게 까다롭고 복잡한 청산 절차를 가등기담보권자에게 부과하고 있고, 후순위권리자의 보호를 겨냥한 경매청구권 및 청산금지급금지 등 많은 제한규정과 금지규정을 두고 있다는 점에서, 종전의 가등기담보제도의 간편성이 제거되고 심지어는 채무자에 의한 권리행사방해 등의 가능성까지 인정하는 등 채무자보호에 치중한 입법이 되어 이용이 회피되고 있다는 견해도 있다.<sup>15)</sup>

## 2. 동산양도담보

### (1) 의 의

물적담보제도는 담보대상인 물건이나 권리의 교환가치에 의하여 담보되므로 채권자의 지위를 안전하게 보장해주는 반면, 그 절차가 복잡하다는 단점이 있다. 이러한 단점을 보완하기 위하여 채권자의 지위를 안전하게 확보하면서도 거래의 신속과 안전이라는 점을 충족하기 위하여 관습이나 판례를 통하여 고안된 것이 양도담보제도이다. 반면, 양도담보제도는 입법에 의하여 체계화되어 있지 않고, 담보목적의 달성을 위하여 그 목적을 초월하는 소유권양도라는 방법을 활용하고 있으므로 거래상의 위험성도 높은 편이다. 따라서, 관습법으로 인정된 이 제도를 합리적으로 운영하기 위해서는 입법적으로 이상과 거래실무를 모두 포섭할 수 있는 담보제도로의 정비가 요구된다.

양도담보는 그 목적물에 따라 부동산양도담보와 동산양도담보로 구별할 수 있으나, 부동산양도담보는 가등기담보법이 제정된 이후에는 동법의 적용을 받게 되므로,<sup>16)</sup> 아래에서는 동산양도담보를 중심으로

15) 공순진, “가등기담보 등에 관한 법률의 주요 문제점”, 174면 ; 박경량, “가등기담보 등에 관한 법률연구”, 223~224면.

16) 대판 1991. 8. 26, 93다44739판결은 ‘동산에 관하여 양도담보계약이 이루어지고

서술한다.

동산양도담보는 채무이행을 담보하기 위하여 동산의 소유권을 양도하는 합의를 하는 비점유담보를 말한다. 동산양도담보는 비점유담보의 일종으로서, 동산소유권이전의 합의를 하더라도 목적물의 인도는 통상 점유개정의 방법에 의하므로 채무자가 담보물을 계속 점유하고 담보권자는 담보물을 점유하지 않는다. 따라서, 동산의 사용·수익권, 과실수취권도 채무자가 계속 보유한다.

양도담보설정시 양도담보권자는 설정자의 물건에 대한 처분권을 제한하는 약정을 하는 것이 일반적이므로 설정자는 담보물을 양도·입질해서는 안 될 의무를 부담한다. 양도담보권의 설정은 채무불이행시에 소유권을 이전할 것을 예약하는 대물변제예약형과 담보계약시 채권담보의 목적으로 채권자에게 소유권을 이전하고 채무를 변제하면 소유권을 반환하고 그렇지 않은 경우에는 청산절차에 의하여 그 목적물로부터 변제를 받을 것을 합의하는 양도합의형이 있다.

양도합의형에서 당사자의 합의에 따라 담보설정시에 소유권이전을 인정하는 신탁적 양도설에 따르면 동산양도담보는 소유권이전형 담보에 속하고, 당사자의 합의에 불구하고 소유권이전은 채무불이행시의 담보권실행에 의하여 이루어진다는 담보물권설에 의하면 양도담보는 민법에 규정되지 않은 비전형담보물권의 성격을 갖는다.

## (2) 동산양도담보의 내용

민법은 동산에 관한 약정담보물권으로서 동산질권만을 규정하고 있다. 동산질권은 점유담보로서 담보물권의 공시효과가 높은 반면, 채무자로 하여금 담보물의 사용·수익권을 박탈한다는 단점이 있다. 담보

---

원고가 점유개정의 방법으로 인도를 받았다면, 그 청산절차를 마치기 전이라 하더라도 담보목적물에 대한 사용수익권은 없지만 제3자에 대한 관계에서는 그 물건의 소유자임을 주장하고 그 권리를 행사할 수 있다'라고 판시함으로써, 동산양도담보에 대해서는 가등기담보법의 적용을 배제하고 신탁적 양도설에 입각하고 있다.

물권자의 입장에서는 채무불이행에 대비하여 물건의 교환가치에 대한 우선 변제권을 확보하면 충분하며, 그 물건을 점유할 필요성은 크지 않다. 반면, 담보설정자는 계속해서 물건을 사용·수익하기를 원하므로 점유를 이전하지 않고 담보권을 설정할 수 있는 방법을 모색하게 된다. 담보물이 생활필수품이거나 생산기계인 경우에 비점유담보의 필요성이 높다. 거래계에서는 비점유담보로서 양도담보를 설정하는 관습을 정착시켰고, 판례도 이 관습법상의 양도담보권을 법률의 규정이 없는 비전형담보로 인정한다.

동산질권의 실행방법으로는 경매와 간이변제충당이 인정되나, 경매는 그 절차가 매우 복잡하고 이보다 편리한 간이변제충당도 법원에의 청구와 감정절차에 비용과 시간이 들기 때문에 채권자가 이러한 실행 절차를 기피하는 경향을 보이고 있다. 이에 반해, 동산양도담보는 법원의 개입없이 당사자가 임의로 담보권을 실행할 수 있다는 점으로 인해 그 활용도가 높다. 당사자는 담보물의 소유권을 채권자에게 이전함으로써 실행절차를 간편하게 하고, 채권자에게 목적물의 취득이라는 재산적 이득을 부여하게 된다.

동산의 양도담보에서는 채무자가 물건을 계속 점유함으로써 외부적으로 완전한 소유권을 갖는 것처럼 보여진다. 따라서, 채무자가 제3자에게 완전한 소유권을 양도하는 행위를 하는 경우에 선의의 제3자는 소유권을 선의취득할 수 있다. 채권자는 이러한 위험을 방지하기 위하여 외부적으로 소유자로 공시되기를 원하므로, 양도담보계약에서 채권자에게 외부적인 소유권을 인정하는 합의를 하게 된다. 그러나, 채권자가 완전한 소유권을 취득하는 것은 아니고, 채무자에 대한 관계에서 담보목적에 위한 범위 내에서만 처분권을 행사할 수 있는 제약을 받는다. 따라서, 채권자가 취득하는 권리는 외견상은 소유권처럼 보여지나 그 본질은 담보물권이라고 할 수 있다.

양도담보의 법적 근거는 관습법에 있으나, 현행법에서도 양도담보에 적용될 수 있는 몇 가지 조문을 발견할 수 있다. 환매에 관한 민법

제590조 내지 제595조, 대물반환의 예약에 관한 민법 제607조 및 제608조 등이 이에 해당한다. 즉, 대물변제의 예약이 있는 양도담보나 그러한 예약을 한 것으로 인정되는 환매특약부 매매에 대해서는 민법 제607조 및 제608조가 적용되므로 반드시 청산절차를 거쳐야 한다. 따라서, 이러한 경우의 양도담보는 청산형으로만 존속할 수 있다.

### (3) 유동집합동산의 양도담보

유동집합동산의 양도담보는 일정한 범위에 속하는 동산의 집단을 그 구성부분이 수시로 변동할 수 있음을 전제로 하면서 이를 일체로서 양도담보의 대상으로 하는 경우를 말한다.<sup>17)</sup>

그러나, 유동집합동산 양도담보는 그 목적물에 관해 특정동산 양도담보의 경우보다 더 복잡한 법률관계가 전개될 수 있다. 이에 관한 주요한 법률관계는 다음과 같다.

첫째, 목적물의 특징에 관해서는, 집합물론이나 분석론 및 한정부동담보이론의 경우에 모두 목적물의 범위특정이 불가능한 경우에는 양도담보약정 자체가 무효로 파악된다. 그리고, 특징을 위한 기준으로서 일반적으로는 종류, 수량, 장소를 들 수 있지만 궁극적으로는 개발적인 사안마다 계약의 전체적인 내용, 계약 당사자의 의사, 목적물 자체가 가지는 유기적 결합의 정도, 목적물의 성질, 담보물관리와 이용방법 등의 여러 가지 사정을 종합하여 개별적·구체적으로 판단할 수 밖에 없다.<sup>18)</sup> 특징을 위한 기준으로서는 담보물종류의 지정, 소재장소의 지정, 양적 범위의 지정 등이 제시될 수 있다. 담보물종류의 지정방법에 관해서는 특별히 정해진 것은 없다. 따라서, 품목별로 지정을 하거나 원재료·동산·재고상품 등과 같이 포괄적으로 종류 지정을 하는 것도 목적물의 특정방법으로 인정되는 경우가 있다.<sup>19)</sup>

17) 엄동섭, “유동집합동산의 양도담보”, 『고시계』 561호, 고시계사, 2003, 25면.

18) 대판 2003. 3. 14, 2002다72385.

19) 김재협, “집합동산양도담보”, 『사법연구자료』16집, 법원행정처, 1989, 87면. 예를



이러한 특정방법은 담보권자에게는 유리하나 채권자나 설정자 및 설정자의 제3자의 경우에는 과잉담보의 문제가 발생할 수 있다. 소재장소의 지정의 경우, 목적물특정을 위하여는 담보물을 다른 재산과 구별하여야 하는데, 담보물을 다른 재산과 분리하여 별도로 위치하는 경우 목적물이 특정된다. 양적범위의 지정의 경우, 일정한 장소에 있는 집합동산의 전부를 담보로 제공하는 경우에는 목적물 특정에 별다른 어려움이 없으나, 그중 일부를 담보로 제공하는 경우에는 담보물과 비담보물을 구별하여야 한다.

둘째, 집합동산양도담보의 공시방법에 관해서는 동산양도담보의 법적 성질을 신탁적 양도설로 파악하는 입장에서는 집합동산양도담보나 특정동산양도담보를 구별하지 않고 점유개정을 공시방법으로 보고 있다. 한편, 분석론의 입장에서는 집합동산양도담보 설정계약에 포함되어 있는 장래의 점유개정의 합의에 의하여 담보설정 후에 목적물에 가입되는 개별 동산은 가입 즉시 점유개정에 의한 공시방법을 구비한 것으로 된다. 집합물론의 경우에는 점유개정의 공시방법이 일단 구체화되면 그후 집합물에 가입되는 모든 동산은 집합물의 구성부분이므로 기존의 점유개정에 의하여 당연히 공시된다고 한다. 반면, 유동집합동산 양도담보에 대한 공시방법에 대해서는 유동집합동산 양도담보의 경우 제3자의 이해관계에 미치는 영향이 크기 때문에 점유개정 이외에 명인방법과 같은 별도의 공시수단이 필요한가에 관해서 목적물이 보관되어 있는 창고, 가옥 등의 입구에 어느 범위의 동산이 담보 목적물로 되어 있는지 명시적 지정을 한 표식을 부착하는 등의 명인방법을 공시방법으로 하는 것이 적당하는 견해<sup>20)</sup>도 있다.

셋째, 목적물의 관리에 관해서는 일단 유효하게 성립된 집합동산양도담보라 하더라도 그 효력을 유지하기 위해서는 담보설정 후에도 계

들면, A창고내의 동산 전부와 같은 방법으로 지정되어도 소재·장소가 특정되어 있다면 가능한 방법이다.

20) 김재협, “집합동산양도담보”, 97면.

속적으로 목적물특정의 요건을 충족하여야 한다. 계약자유 원칙상 당사자가 자유로이 목적물의 관리내용을 정할 수는 있으나, 실제로는 목적물의 특정성을 유지할 의무를 중심으로 하여 재고품대장의 작성, 보존의무, 담보권자의 점검, 조사에 응할 의무 등이 부과되고, 설정자는 선량한 관리자의 주의의무를 부담하는 것으로 해석된다. 유동집합동산 양도담보는 그 성질상 설정자가 스스로의 판단에 따라 자유로이 목적물을 처분할 수 있다. 그러나, 이는 설정자의 목적물보충 의무를 전제로 한다. 즉, 목적물보충이 되지 않으면 소재장소 내의 동산이 감소하여 담보가치가 떨어지므로 적절한 시기까지 목적물이 보충되어야 하며, 또한 장래 목적물보충이 불가능하면 설정자의 목적물 처분권한이 소멸된다.

넷째, 담보설정자에 의한 개별동산의 처분에 관해서, 유동집합동산의 양도담보는 담보설정자에 의한 개별동산의 자유로운 처분을 전제로 하므로 원칙적으로 그 양수인은 개별동산에 대한 소유권을 취득한다. 다만, 집합물론은 이를 집합물 전체의 관리·이용으로 의제하고, 분석이론은 처분수권 개념을 통해서 설명하는 반면, 한정부동담보이론은 담보권자의 사적실행을 위한 통지 이전에는 당연히 개별동산의 양수인이 그 소유권을 취득하나 통지 이후에는 선의취득의 요건이 충족된 경우에만 개별동산의 소유권을 취득하는 것으로 본다.

### 3. 특별법에 의한 담보권

#### (1) 개 관

현행 특별법에 의한 담보제도로는 ‘가등기담보에 관한 법률’에 의한 가등기담보권, ‘입목에 관한 법률’에 의한 입목에 대한 저당권, ‘건설기계저당법’에 의한 건설기계 저당권, ‘자동차저당법’에 의한 자동차 저당권, ‘공장저당법’에 의한 공장저당권, ‘광업재단저당법’에 의한 ‘광

업재단저당권', '항공기저당법'에 의한 항공기저당권, 「선박등기법」상의 선박저당권, 「수산업법」상의 어업권, 「기술개발촉진법」에 의한 기술담보제도 등이 있고, 동산양도담보·(유동)집합동산양도담보 등 관습법상의 담보제도도 이용되고 있다.

그러나, 이러한 특별법상의 담보제도는 법무부, 건교부, 과기부 등 각 부처별로 독자적으로 운영되고 있어, 설정방법·공시방법·담보적 효력·실행절차 등에 있어서 사법상의 담보법리가 일관되게 적용되고 있지 못한 경우도 있다.

따라서, 각 담보제도의 운영에 있어서 균형과 특화라는 측면에서 일관성과 차별성을 갖추기 위해서는 민사법상의 담보법리와 절차를 중심으로 총체적인 검토의 필요가 있다.

[ 표 2 : 입목 등 등기사건 연도별 비교 ]

년 도	입목 등 등기신청	
	건 수	개 수
2005	31	63
2004	49	55
2003	11	11
2002	3	5
2001	2	9
2000	5	7

(\*출처 : 사법년감 2005, 법원행정처, 2005)

(\*\* 입목 등의 등기는 입목, 공장재단, 광업재단, 부부재산약정등기 등의 신청건수를 합산한 것임)

## (2) 입목저당권

### 1) 입목의 의의

입목은 토지에 부착된 수목의 집단으로서 그 소유자가 「입목에 관한 법률」에 의하여 소유권보존등기를 받은 것을 말한다(법 제2조). 소

유권보존등기를 한 입목은 토지와는 별개의 독립된 부동산으로 취급되므로, 토지와는 분리하여 양도하거나 또는 저당권의 목적으로 할 수 있다(법 제3조). 입목으로서 소유권보존등기를 할 수 있는 수목의 집단의 범위는 1필의 토지 또는 1필의 토지의 일부분에 생립하고 있는 모든 수종의 수목이 해당된다(시행령 제1조). 한편, 입목으로서 소유권보존등기를 하려면 그에 앞서 시·군에 비치된 입목등록원부에 등록을 하여야 한다(법 제8조).

## 2) 입목저당권의 내용

입목저당권은 민법상의 일반저당권과 같이 성립요건주의에 따라 채권자와 담보제공자가 저당권설정계약을 체결하고 이를 입목등기부에 등기함으로써 설정되는 것으로, 일반저당권과 비교할 때 다음과 같은 차이점이 있다.

첫째, 저당권자의 물상대위권을 보장하기 위한 장치를 두고 있다. 입목법에서는 ‘입목을 저당권의 목적으로 하고자 하는 자는 그 입목을 산림보험(농업협동조합법·산림조합법에 의한 공제를 포함)에 붙여야 한다’라고 규정하고 있다(법 제22조). 보험의 내용은 저당권의 목적이 되는 입목에 관한 산림화제 및 풍수해의 위험을 담보하는 보험회사의 손해보험 또는 농업협동조합의 공제로 한다(시행령 제3조). 이러한 제도는 물상대위와 관련하여 입목저당권자에 대해 물상대위권을 보장하기 위한 고려에서 비롯된 것으로 보여진다. 즉, 일반적으로 담보물권의 객체가 멸실·수용 등으로 소유자에게 손해배상청구권·보상금청구권 등이 발생한 경우에 담보물권자가 그 청구권에 대하여 압류하여 우선변제받을 수 있는 것을 물상대위의 원칙이라고 한다.<sup>21)</sup> 물상대위의 원칙은 담보물권의 기본원칙으로 인정되는 바, 담보물의 멸실에 따른 채무자의 면책을 막고 담보물권의 효력을 강화하기 위하

---

21) 이은영, 『물권법』, 565면.

여 부여되는 원칙이다. 입목저당권의 경우 담보물인 입목은 일반적인 담보물에 비해 화재나 수해와 같은 천재·지변 등의 불가항력에 의한 사유로 멸실될 가능성이 매우 높은 물건이므로, 천재·지변 등에 의한 입목이 멸실되는 경우 입목저당권자의 저당권도 소멸되므로, 입목저당권의 실효성을 보완하기 위하여 인정된 규정으로 볼 수 있다.

둘째, 저당권설정자에게 입목의 보존·관리의무를 부과하고 있다. 즉, 입목을 목적으로 하는 저당권설정등기를 신청하는 경우에는 신청서에 부동산등기법 제140조에 제기한 사항 이외에 시업(施業)방법을 기재하여야 한다(법 제21조). 또한, 저당권의 목적이 된 입목의 소유자는 당사자간에 약정된 시업방법에 따라 그 입목을 조성·육립하여야 한다(법 제5조 제1항). 다만, 천재·지변 기타 불가항력으로 입목에 손실이 발생한 때에는 입목소유자의 조성·육립책임이 면제된다(법 제5조 제2항). 부동산등기법 제140조는 저당권설정등기 신청서의 기재사항에 관해 규정하고 있는 바, 채권액과 채무자를 필요적 기재사항으로 하고 있고 변제기·이자 및 그 발생기·지급시기·원본 또는 이자의 지급장소·채무불이행으로 인한 손해배상에 관한 약정 등을 임의적 기재사항으로 하고 있다. 입목저당권의 경우에는 설정등기신청서에 이러한 저당권설정등기의 기재사항 외에 시업방법을 필요적 기재사항으로 정하고 있다. 시업(施業)은 특수한 목적을 위하여 인위적으로 삼림을 조성하는 것으로서, 입목저당권의 설정시 등기신청서에 시업방법을 기재하도록 하여, 저당권설정자인 입목의 소유자로 하여금 약정된 시업방법에 따라 입목을 조성·육립할 의무를 부과하고 있다. 이는 입목저당권의 목적인 입목의 특성을 고려하여, 입목저당권이 설정된 후 입목소유자가 입목에 대해 조성·육립 등의 관리를 제대로 하지 않아 입목의 가치가 저하되는 것을 방지하기 위한 것으로서, 입목저당권설정 당사자간에 약정된 입목의 관리방법을 등기하도록 하여, 입목저당권설정자에게 담보물인 입목의 관리에 관해 선관주의의

무보다 더 구체화된 관리방법을 정함으로써 담보물의 현존가치를 유지 또는 향상시킴으로써 입목의 담보가치를 확보하기 위한 제도라고 할 수 있다.

셋째, 원칙적으로 저당권설정자의 입목에 대한 훼손행위를 금지하고 있다. 저당권이 설정된 입목에 대하여 저당권설정자가 벌채·개간 등의 허가를 신청하는 경우에는 저당권자의 동의서를 첨부하여야 하고, 허가신청을 받은 행정기관이 이를 허가하거나 기각한 때에는 지체없이 그 사실을 저당권자에게 통지하여야 한다(시행령 제2조). 즉, 입목의 벌채나 개간은 입목의 담보가치를 저하시킬 수 있는 행위이므로, 저당권설정자가 벌채·개간을 하는 경우에는 미리 저당권자의 동의를 요건으로 하고 있다.

넷째, 입목저당권의 효력이 미치는 범위를 확대하고 있다. 즉, 입목을 목적으로 하는 저당권의 효력은 입목을 벌채한 경우에 그 토지로부터 분리된 수목에 대하여도 미친다. 이 경우 저당권자는 기한이 도래하기 전이라도 분리된 수목을 경매할 수 있다. 다만, 그 매각대금은 이를 공탁하여야 한다. 한편, 수목의 소유자는 상당한 담보를 공탁하고 분리수목에 대한 경매의 면제를 신청할 수 있다(법 제4조). 저당권의 효력범위에 관한 민법 제358조는 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 대해서 저당권의 효력이 미친다고 규정하고 있고 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외를 인정하고 있다. 따라서, 입목법 제4조의 규정은 민법 제358조에서 말하는 법률의 특별한 규정에 해당되는 것으로 볼 수 있다.

다섯째, 지상권자 또는 토지의 임차인에게 속하는 입목이 저당권의 목적이 된 경우, 지상권자나 임차인은 저당권자의 승낙없이 그 권리를 포기하거나 계약을 해지하지 못한다(법 제7조). 민법 제371조는 지상권 또는 전세권을 목적으로 저당권을 설정한 경우 저당권자의 동의없이 지상권이나 전세권의 소멸을 금지하고 있다. 지상권과 전세권의

경우 지상권자나 전세권자가 소유하는 건물·공작물·수목을 지상권이나 전세권과 함께 환가할 수 있는 바, 저당권설정자가 지상권이나 전세권을 임의로 소멸시킴으로써 저당권의 실행이 곤란하게 되는 것을 방지하기 위한 장치이다. 입목법에서도 같은 취지에서 지상권의 설정이나 임차권을 통해 입목을 소유하는 경우에는 저당권설정자가 입목저당권의 기초가 되는 지상권이나 임차권을 소멸시킴으로써 입목저당권의 실행이 곤란하게 되는 것을 방지하고 있다.

여섯째, 법정지상권을 인정하고 있다. 즉, 입목법은 입목의 경매 기타의 사유로 토지와 입목이 각각 다른 소유자에게 속하게 된 경우, 토지소유자는 입목소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 보아(법제6조), 법정지상권의 성립을 인정하고 있다. 민법 제366조에서는 저당권의 경매로 인한 법정지상권의 성립에 관한 규정을 두고 있는 바, 입목법에서도 이와 균형을 맞추기 위하여 토지와 입목의 소유자가 다르게 된 경우 입목의 소유를 위한 법정지상권을 인정하고 있다.

### (3) 자동차저당권·건설기계저당권

#### 1) 개 관

자동차저당법은 1993년 12월 27일 제정된 법으로, 자동차의 저당권에 관한 사항을 주요 내용으로 하고 있다. 저당권은 비점유담보제도의 일종이므로 저당목적물에 대한 공시가 매우 중요하다는 점에서 등기할 수 있는 물건에 대해서 설정되는 것이 원칙이라고 할 수 있다.

그러나, 자동차저당제도는 비록 자동차가 동산이기는 하나, 현대 사회의 중요한 재산에 해당되고 담보가치의 평가가 비교적 객관화될 수 있다는 점에서 주요한 담보목적물이라고 할 수 있고, 또한 등기부 대신 자동차등록원부를 통하여 저당권의 공시가 가능하다는 점에서 자동차에 대한 저당권설정을 통한 자금유통을 용이하게 하기 위해 인정

된 제도라는 점에서 저당물의 대상을 등록가능한 동산으로 확대하였다는 점에서 의의가 있다.

동법은 저당권의 목적물로는 「자동차관리법」에 의해 등록된 자동차로 하고 있고(제2조), 채무자나 제3자가 자동차의 점유를 저당권자에게 이전하지 않는 비점유담보라는 점과 저당권자의 우선변제권을 인정하고 있다(제3조). 또한 자동차저당권의 득실변경은 자동차등록원부에 등록하여야 효력이 생긴다고 하여, 성립요건주의를 규정하고 있다(제4조 제1항).

저당권의 행사에 있어서 민법상의 저당권과 다른 점으로는 자동차등록관청이 저당권이 설정된 자동차에 대하여 말소등록을 할 때에는 미리 저당권자에게 통지하여야 하고(제5조), 이러한 통지를 받은 저당권자는 당해 자동차에 대하여 즉시 저당권을 행사할 수 있도록 하고 있다(제6조 제1항). 이러한 저당권 행사의 결과 경락인이 당해 자동차에 대한 소유권을 취득한 경우에는 자동차등록관청은 당해 자동차의 말소등록을 할 수 없다(제6조 제4항). 또한, 저당권실행에 있어서의 예외를 인정하여 저당권실행을 위한 경매절차에서 법원은 저당권자의 신청에 의하여 경매나 입찰에 의하지 않고 저당권자에게 압류된 자동차의 매각을 허가하는 양도명령을 통한 환가를 인정하고 있다(제6조의2). 그리고, 민법의 동산질권에 대한 예외를 인정하여 자동차에 대한 질권설정을 금지함으로써 자동차에 대한 담보설정은 저당권을 원칙으로 하고 있다(제7조). 그리고, 동법에 규정이 없는 경우에는 민법 중 저당권에 관한 규정을 적용하도록 하고 있다(제10조).

한편, 건설기계저당법에 의하면 건설기계등록원부에 등록된 건설기계를 대상으로 한 저당권설정도 가능하다. 건설기계저당권은 건설사업의 원활한 수행을 위한 것으로, 그 설정방식이나 효력 등은 자동차저당권과 거의 유사하게 되어 있다.



## 2) 내 용

### 가. 자동차저당권

자동차저당법상 저당권의 목적으로 될 수 있는 자동차는 자동차관리법에 의하여 자동차등록원부에 등록된 자동차이다(법 제2조). 자동차관리법상 자동차는 원동기에 의하여 육상에서 이동할 목적으로 제작한 용구 또는 이에 견인되어 육상을 이동할 목적으로 제작한 용구를 말한다(자동차관리법 제2조). 다만, 건설기계관리법에 의한 중기, 농업기계화촉진법에 의한 농업기계, 군수품관리법에 의한 차량, 궤도·가선에 의하여 운행하는 차량은 자동차에 해당되지 않는다(동시행령 제2조).

자동차저당제도는 자동차저당법에 의하여 인정되는 것으로, 자동차 소유자 특히, 자동차운송사업자에게 금융의 편의를 부여하기 위한 제도이다. 자동차저당법에 관하여는 민법의 저당권에 관한 규정이 준용되므로, 그 설정방법이나 효력은 대체로 민법의 저당권의 경우와 동일한 것으로 볼 수 있다. 따라서, 설정당사자가 저당권설정계약서를 체결하고, 시도지사에게 저당권설정등록신청을 하여 자동차등록원부에 저당권의 등록을 함으로써 설정된다.

자동차는 자동차등록원부에 저당권 등의 권리관계가 등록되면 부동산이나 선박과 같이 따로 등기부가 마련되어 있는 것이 아니므로, 자동차의 등록이 말소되면 그 자동차에 설정된 저당권이 소멸하게 되고, 그에 따라 저당권자는 자동차로서의 의의를 상실한 잔존물로서의 자동차 차체에 대하여 물상대위권을 행사할 수밖에 없게 된다. 이러한 결과는 자동차저당권자의 지위를 크게 약화시키는 요인이 된다. 따라서, 자동차저당법은 자동차의 등록이 말소되는 경우에 저당권자의 보호를 위하여 다음과 같은 몇 가지 특칙을 두고 있다.

자동차소유자는 등록된 자동차의 말소등록을 신청할 수 있는데, 저당권이 설정된 자동차의 말소등록을 하고자 하는 때에는 자동차등록

관청은 미리 그 뜻을 저당권자에게 통지하여야 한다. 다만, 저당권자가 당해 자동차의 말소등록에 동의한 경우에는 그러하지 아니하다(자동차저당법 제5조). 자동차저당권자가 말소등록의 통지를 받은 때에는 당해 자동차에 대하여 즉시 그 권리를 행사할 수 있다. 다만, 저당권자의 행사절차는 통지를 받은 날로부터 1월 이내에 개시하여야 한다(자동차저당법 제6조).

자동차등록관청은 저당권자에 대한 말소등록의 통지 후 1월이 경과한 때에는 당해 자동차에 대하여 말소등록을 할 수 있다. 다만, 저당권자가 그 기간 내에 저당권의 행사절차를 개시한 경우에는 그 행사절차가 완료될 때까지 말소등록을 하여서는 아니된다. 또한, 자동차등록관청은 저당권자가 저당권을 행사하여 그 경매절차에서의 매수인이 당해 자동차에 대한 소유권을 취득한 경우에는 자동차의 말소등록을 하여서는 안된다.

자동차를 목적으로 하는 저당권의 실행을 위한 경매절차는 법원에서 상당하다고 인정할 때에는 저당권자의 신청에 의하여 경매 또는 입찰에 의하지 아니하고 그 저당권자에게 압류된 자동차의 매각을 허가하는 양도명령의 방법으로 환가할 수 있다(자동차저당법 제6조의2).

#### 나. 건설기계저당권

건설기계 소유자는 건설기계관리법에서 정한 사유가 발생한 때에는 등록의 말소를 신청하여야 하고, 이에 의해 등록관청이 건설기계의 등록을 말소하고자 할 때에는 미리 그 뜻을 건설기계의 소유자 및 건설기계등록원부에 등재된 이해과나계인에게 통지하여야 하며, 통지 후 1월이 경과한 후가 아니면 이를 말소할 수가 없다(건설기계관리법 제6조). 그리고, 이 경우 건설기계의 등록말소를 통지받은 저당권자는 당해 건설기계에 대하여 즉시 그 저당권을 행사할 수 있다(건설기계저당법 제6조). 다만, 이 저당권을 행사하려면 등록말소의 통지를 받

은 날로부터 3월 내에 그 행사의 착수가 있어야 한다(건설기계저당법 제6조 제2항). 이 경우 등록관청은 저당권의 행사가 종료할 때까지는 당해 건설기계에 관한 등록을 취소하지 못하며 저당권의 행사로서 진행된 경매절차에서 경락을 허가하는 결정이 확정된 때에는 등록취소의 신청은 없었던 것으로 된다(건설기계저당법 제6조 제3항·제4항).

따라서, 건설기계의 등록이 말소된 경우에는 그 건설기계에 관하여 설정된 저당권도 자동적으로 소멸하게 되며, 이에 따라 저당권자로서는 건설기계로서의 기능을 상실한 기계에 대하여 물상대위권을 행사할 수밖에 없다는 점은 자동차저당권과 동일하다.

#### (4) 공장저당권

##### 1) 재단저당제도의 의의

재단저당제도는 기업경영에 필요한 토지·건물·기계·기구 등의 물건과 지상권·전세권·임차권·산업재산권 등의 권리를 일괄하여 1개의 재단(財團)으로 구성하고, 이에 저당권을 설정하는 제도를 말한다.<sup>22)</sup> 재단저당제도는 기업경영에 필요한 물건이나 권리는 서로 유기적으로 결합되어 있어서, 이를 개개의 물건이나 권리로 분해하여 각각 담보물로 하는 것보다는 총체적으로 하나의 재단으로 묶어 그 전체를 담보대상으로 하여 더 높은 담보가치를 인정받음으로써 기업금융을 원활하게 하는 기능을 한다. 현행법 중 재단저당의 대상이 되는 것은 공장저당법상의 공장·공장재단 및 광업재단저당법상의 광업재단이 있다.

공장저당법은 공장에 속하는 토지 또는 건물에 대한 저당권의 설정, 공장재단의 구성, 공장재단에 대한 저당권의 설정 및 등기 등에 관하여 규정함으로써 기업의 자금확보의 편의를 도모하기 위해 제정되었다.

22) 오시정, 『근저당권의 이론과 실무』, 육법사, 2004, 233면.

공장저당법에서는 영업을 하기 위하여 물품제조, 가공 또는 인쇄나 촬영, 방송목적 또는 전기나 가스의 공급목적에 사용하는 장소를 공장이라고 하고(제2조), 공장에 속하는 일정한 기업용 재산으로 구성되는 일단의 기업재산을 공장재단이라고 하고, 이 공장재단에 대해서는 단일한 소유권과 저당권의 설정을 인정하고 있다(제3조).

그러나, 동법은 토지와 건물을 별개로 인정하는 우리 민법의 태도를 반영하여, 공장의 토지와 공장의 건물에 대해서 별도로 저당권을 설정하도록 규정하고 있다. 즉, 공장의 토지에 설정한 저당권의 효력은 건물을 제외한 그 토지에 부가되어 이와 일체를 이루는 물건과 그 토지에 설치된 기계, 기구 그 밖의 공장의 공용물에 미치고(제4조), 공장에 속하는 건물에 설정한 저당권의 효력도 토지를 제외한 그 건물에 부가되어 이와 일체를 이루는 물건과 그 건물에 설치된 기계, 기구 그 밖의 공장의 공용물에 미친다(제5조). 다만, 공장의 소유자가 저당권자의 동의를 얻어 토지 또는 건물에 부가하여 이와 일체를 이루는 물건을 토지 또는 건물과 분리한 때에는 그 물건에 관하여 저당권의 효력은 소멸되고(제8조 제1항), 공장의 소유자가 저당권자의 동의를 얻어 토지 또는 건물에 설치한 기계, 기구 그 밖의 물건을 분리한 때에는 저당권은 그 물건에 관하여 소멸한다(동조 제2항).

일본의 경우에는 일찍부터 광범위하게 재단저당제도가 이용되고 있다. 1905년에 공장저당법, 철도저당법 및 광업저당법 등 3종의 재단저당제도가 도입되었고, 1909년 궤도저당에 관한 법률, 1913년 운하법, 1925년 어업재단저당법, 1951년 항만운송사업법, 1952년 도로교통사업저당법, 1968년 관광시설재단저당법 등 모두 9종류의 재단저당제도가 있다.

## 2) 공장저당법상 공장의 의의

공장이라는 용어는 경제적 의미와 법적 의미가 각각 다르며, 법적 의미에 있어서도 각 법령에서 서로 다른 의미로 사용되는 경우가 있다. 예를 들어, 공업배치법에서는 공장을 ‘제조업(물품의 가공·수리업

포함)의 물품제조공정(가공·수리공정 포함)을 형성하는 기계 또는 장치가 설치된 건축물 또는 사업상'으로 정의하고 있고(동법 제2조), 건축법 시행령에서는 '물품의 제조·가공(세탁·염색·도장·표백·재봉·건조·인쇄 등을 포함) 또는 수리에 계속적으로 이용되는 건축물'이라고 정의하고 있다.

한편, 공장저당법에서는 공장저당의 대상인 공장에 대해서 '영업을 하기 위하여 물품의 제조·가공 또는 인쇄나 촬영의 목적에 사용하는 장소'라고 정의하면서(제2조 제1항), '영업을 하기 위하여 방송의 목적 또는 전기나 가스의 공급의 목적에 사용하는 장소'를 공장으로 보고 있다(제2조 제2항). 또한, 공장재단에 관해서는 '공장에 속하는 일정한 기업용재산으로써 구성되는 일단의 기업재단으로서 본법에 의하여 소유권과 저당권의 목적이 되는 것'으로 정의하고 있다(제3조).<sup>23)</sup> 이와 같이 공장저당과 공장재단저당을 포함하는 개념을 광의의 공장저당권, 공장에 속하는 토지 또는 건물을 목적으로 하는 저당권을 협의의 공장저당으로 구분할 수 있다. 협의의 공장저당권은 재단을 구성하는 별도의 절차를 취하지 않고 바로 공장에 속하는 토지 또는 건물에 저당권을 설정하면, 그 토지 또는 건물에 부가되어 이와 일체를 이루는 물건과 그 토지 또는 건물에 설치된 기계·기구 그 밖의 공용물까지 저당권의 효력이 미칠 수 있다는 점에서 차이가 있다. 아래에서는 이러한 구분에 따라 서술한다.

### 3) 협의의 공장저당권

#### 가. 저당목적물

공장저당권의 대상이 되는 공장은 대표적인 목적물로는 공장에 속하는 1필의 토지 또는 1동의 건물과 그에 설치된 기계·기구 그 밖의

23) 공장저당법상의 공장의 요건에 관한 상세한 내용은 오시정, 『근저당권의 이론과 실무』, 234면 이하 참조.

공용물이다. 그리고 공장근저당의 목적이 되지 않은 건물이나 토지에 대하여는 일반저당권을 설정하여 공장저당물과 함께 공동저당권을 설정할 수 있다.

공장이 1필의 토지로 구성되어 있고 그 토지의 일부에만 기계·기구 등이 설치되어 있는 경우에도 기계·기구가 설치되어 있지 않은 부분까지 전부 공장저당권의 목적으로 할 수 있으며, 기계·기구 등의 설치물이 있는 부분과 없는 부분을 분할하여 분필등기를 한 후 각각에 공장저당권과 일반저당권을 설정하는 것도 가능하다. 또한, 하나의 공장에 속하는 토지가 여러 필지인 경우에는 각 필지별로 그에 속하는 기계·기구 등을 묶어 여러 개의 공장을 대상으로 하는 공동저당권을 설정하는 것도 가능하다.

#### 나. 설정방법

공장저당권의 설정도 저당권자인 채권자와 저당권설정자가 저당권 설정계약을 체결하고 이를 등기부에 등기함으로써 설정된다는 것은 일반저당권과 동일하다. 그러나, 공장저당권의 설정등기를 신청하는 경우에는 공장에 속하는 토지 또는 건물에 설치한 기계·기구 그 밖에 공용물로서 공장저당법 제4조 또는 제5조의 규정에 의하여 저당권의 목적이 되는 것의 목록을 제출하여야 한다는 점(공장저당법 제7조 제1항)은 일반저당권과의 차이점이라고 할 수 있다. 이 목록<sup>24)</sup>의 제출이 있으면 등기관은 토지 또는 건물에 관한 저당권의 등기사항 말미에 이러한 목록의 제출이 있다는 사실을 부기(附記)하여야 하며, 그 부기가 있으면 이 목록은 등기부의 일부가 되고 그 기재는 등기로 보게 된다(공장저당법 제7조 제2항, 제47조).

한편, 이 목록제출의 의미에 관하여는 공장저당권의 성립요건으로 보는 것이 통설과 판례<sup>25)</sup>의 태도이다. 따라서, 공장의 토지 또는 건물

24) 이 목록은 거래계에서 기계·기구목록 또는 제7조 목록이라고 불린다.

25) 대판 1988.2.9, 87다카1514, 1515 ; 대결 1993.4.6, 93마116.

에 설치된 기계·기구 그 밖의 공용물이라 하더라도 목록제출에 의하여 등기되지 않은 경우에는 공장저당권의 효력이 미치지 않는 것으로 해석된다. 다만, 공장의 토지 또는 건물에 공장저당권이 아닌 일반저당권을 설정한 경우에도 그 부속물이 부합물 또는 종물에 해당하면 그 저당권의 효력은 민법 제358조의 규정에 의하여 당연히 그 공장건물이나 토지의 종물 또는 부합물에 미친다.

다. 공장저당권의 효력

① 공장저당권의 효력이 미치는 목적물의 범위

㉠ 공장에 속하는 토지 또는 건물

공장저당권은 민법상의 일반부동산에 대한 저당권과 같이 토지 또는 건물을 대상으로 하여 설정하고 또 그 토지 또는 건물에 효력을 미친다. 그러나, 공장에 속한 토지에 설정된 저당권은 그 토지 위의 건물에 미치지 않고 건물에 설정된 저당권도 그 부지인 토지에는 미치지 않는다.

㉡ 부가되어 일체를 이루는 물건

공장저당권의 효력은 공장에 속하는 토지 또는 건물에 부가되어 일체를 이루는 물건에 미친다(공장저당법 제4조). 토지 또는 건물에 부가되어 일체를 이루는 물건은 민법상의 부합물로서 토지 또는 건물의 일부분이 된 것으로 인정되는 것을 말한다. 부합물인 경우 저당권설정등기의 전후 어느 때에 부합되었는가에 관계없고 또한 등기할 필요도 없다는 점에서 토지나 건물만을 대상으로 하는 저당권과 다르지 않다. 다만, 설정행위에 특별한 규정이 있는 경우와 민법 제406조의 규정에 의하여 채권자가 채무자의 행위를 취소할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다(공장저당법 제4조).

㉔ 종물과 공용물

공장저당권의 효력은 공장에 속하는 토지 또는 건물의 종물에도 미치는가에 대해서는 부합물과 종물에도 일반저당권의 효력이 미치는 것으로 규정하고 있는 민법 제358조가 적용되는 것으로 볼 수 있다. 이와 같이 종물을 부합물에 대한 경우와 동일하게 취급하는 이상, 부합물에 공장저당권의 효력이 미치는 것을 제한하고 있는 공장저당법 제4조 단서의 규정은 종물에 관하여 그 적용이 있는 것을 볼 수 있다. 다만, 제4조 단서의 규정은 기계·기구 그 밖에 공장의 공용물에 관하여는 그 적용이 없는 것으로 보아야 한다. 이 규정은 목록제출에 의한 등기를 기계·기구 그 밖에 공장의 대용물에 대한 공장저당권의 대항요건으로 보는 경우에만 그 의미가 있기 때문이다.

기계·기구 그 밖에 공장의 공용물은 기계·기구목록으로 제출되어 등기된 것에 한하여 공장저당권의 효력이 미친다. 그리고, 기계·기구 그밖에 공장의 공용물은 어느 것이나 토지 또는 건물에 설치되어 있는 것이어야 한다. 공장 내에 있는 타자기·책상·캐비닛·금고 등의 사무용품은 공장공용물에 포함되지 않는다고 볼 수 있으나, 사무용품이라고 하여 무조건 공용물에 포함되지 않는다고 할 수 없고, 이러한 물건들이 공장의 공용물에 포함되는지의 여부는 그 물건이 설치되어 있는 장소, 그 용법 등의 사정을 감안하여 구체적으로 판단하여야 한다.<sup>26)</sup>

공용물에 유체물 이외에 지상권이나 임차권 등의 권리가 포함되는가에 관하여 종된 권리를 종물에 준하는 것으로 보아 일반저당권의 효력이 미치는 것으로 보는 경우에는 공장저당권도 이와 다르게 해석할 필요는 없다. 다만, 특허권 등의 공업소유권은 이를 공장의 종된 권리로 볼 수 없으므로 공장저당권의 대상이 될 수 없다. 공장재단저당권에서는 공장저당법 제15조에서 특허권 등의 산업재산권도 재단구

26) 대판 1971.8.31, 71다1469.



성물로 보아 저당권의 대상이 될 수 있음을 규정하고 있으나, 공장저당에서는 이와 같은 규정이 없기 때문이다.

## ② 목적물의 분리

공장의 소유자가 저당권자의 동의를 얻어 토지 또는 건물에 부가하여 이와 일체를 이루는 물건을 토지 또는 건물과 분리한 때에는 그 물건에 대해서 저당권이 소멸한다(공장저당법 제8조 제1항). 또한, 공장의 소유자가 저당권자의 동의를 얻어 토지 또는 건물에 설치한 기계·기구 그 밖의 물건을 분리한 경우에도 저당권은 그 물건에 관하여 소멸한다(공장저당법 제8조 제2항).

공장의 소유자가 저당권자의 이익을 위하여 압류·가압류 또는 가처분이 있기 전에 정당한 이유로 토지 또는 건물에 부가하여 이와 일체를 이루는 물건이나 토지 또는 건물에 설치한 기계·기구 그 밖에 물건의 분리에 대하여 저당권자의 동의를 요구한 경우에 저당권자는 그 동의를 거절하지 못한다(공장저당법 제8조 제3항). 여기서 정당한 이유란 부가물이나 기계·기구 등 설치물의 분리가 수리·개량과 같이 공장기능의 유지나 확장을 위한 조치로서 공장 전체의 담보가치를 유지·증대시키는 경우를 말한다.

## ③ 공장저당권의 추급력

공장저당권자는 공장저당권의 목적이 된 토지 또는 건물에의 부가물이나 기계·기구 등의 설치물이 제3취득자에게 인도된 후일지라도 그 물건에 대하여 저당권을 행사할 수 있다(공장저당법 제9조 제1항). 이는 공장저당권의 대상인 토지 또는 건물에의 부가물이나 설치물이 저당권자의 동의없이 분리되는 경우가 빈번한 것을 고려하여 공장저당권자의 보호를 위하여 특별히 규정한 것이다. 그러나, 공장에 속하는 토지 또는 건물의 부가물이나 설치물이라도 공장저당권의 설정 후에 분리된 것은 독립한 동산으로서 거래의 대상이 될 수 있으므로,

제3취득자가 민법 제249조 내지 제251조의 규정에 의하여 이를 선의 취득하면 공장저당권자는 그 물건에 대하여는 저당권을 행사할 수 없게 된다(공장저당법 제9조 제2항).

④ 우선변제순위

첫째, 토지 또는 건물과 부가물에 관해서는, 공장저당권의 목적인 토지 또는 건물에 설정된 일반저당권과 공장저당권간 또는 공장저당권 상호간의 우선순위는 그 설정등기의 선후에 의하여 결정된다. 또한, 토지 또는 건물에 부가되어 이와 일체를 이루는 물건에 대하여도 그 설정등기의 선후에 의하여 우선순위가 결정된다.

둘째, 기계·기구 그 밖의 공용물의 경우에는 기계·기구 등의 목록을 제출하여 등기한 저당권과 그렇지 않은 저당권 사이에서는 목록을 제출하여 등기한 저당권이 우선한다는 점은 분명하다. 그러나, 기계·기구 등의 목록을 제출하여 등기한 저당권간에 당해 기계·기구목록에 대한 우선순위에 관하여는 목록제출에 따른 등기의 선후에 불구하고 토지 또는 건물에 대한 저당권설정등기의 선후에 의하여 그 우선순위를 정해야 한다는 견해와 토지 또는 건물에 대한 저당권설정등기의 선후에 불구하고 목록제출에 따른 등기의 선후에 의하여 그 우선순위를 정해야 한다는 견해가 있다.<sup>27)</sup> 이에 관해 법원의 배당실무는 후자의 견해에 따르고 있다.

⑤ 경매에 있어서의 특수성

㉠ 압류 등의 효력이 미치는 범위

공장저당권의 목적이 된 토지 또는 건물에 대한 압류·가압류·가처분의 효력은 공장저당법 제4조와 제5조의 규정에 의하여 저당권의 목적이 되는 물건이라 함은 토지 또는 건물에 부가되어 이와 일체를 이루는 물건과 토지 또는 건물에 설치된 기계·기구 그 밖에 공장의

27) 민법주해(VII), 256면(전계원 집필부분).

공용물로서 목록제출해야 등기된 물건을 말한다.

공장저당권의 목적인 토지 또는 건물에 대하여 압류·가압류 또는 가처분이 행하여진 경우에 그 압류 등의 효력은 부가물이나 설치물에 당연히 미치므로, 특별히 부가물이나 설치물에 대하여 따로 압류 등을 할 필요는 없다. 경매개시결정을 하는 경우에도 마찬가지이다. 일반적으로 경매개시결정을 할 때에는 그 기계·기구 등 목록을 부동산 목록과 함께 철하여 행하고 있으나, 그 목록의 일부가 개시결정에 누락되어 있거나 토지 또는 건물에 대하여서만 경매개시결정을 한 때에도 그 개시결정에 의한 압류의 효력은 그 부가물 및 목록에 기재된 기계·기구 전체에 미치므로, 이 기계·기구 등에 대하여 따로 경매개시결정을 할 것을 요하지 않고 경매법원이 이를 함께 평가하여 경매하는 것으로 충분하다.

㉮ 분리하여 하는 압류 등의 금지

토지 또는 건물에의 부가물이나 설치물로서 공장저당권의 목적이 되는 물건은 토지 또는 건물과 같이 하지 않으면 압류·가압류·가처분의 목적으로 되지 못한다(공장저당법 제10조 제2항). 따라서, 토지 또는 건물에 대하여는 아무 권리도 없이 기계·기구 등에만 권리를 가진 자(예를 들어 공장저당권이 설정된 기계·기구 등에 대하여 양도담보권을 취득한 자)라 할지라도, 공장저당권의 대상인 기계·기구 등에 대하여는 이를 따로 압류할 수 없고 반드시 토지 또는 건물과 함께 압류하여야 한다.

한편, 공장저당권의 대상인 토지 또는 건물을 그 부가물이나 설치물과 분리하여 압류·가압류·가처분하는 것도 허용되지 않는다. 따라서, 공장저당권의 대상인 토지 또는 건물의 가액만으로 충분히 채권의 변제를 받을 수 있는 공장저당권자라도 토지 또는 건물을 그 부가물이나 설치물과 분리하여 경매신청할 수 없다.

㉔ 일괄경매

공장에 속하는 토지 또는 건물과 이에 설치된 기계·기구는 일체로 담보가치가 파악된 것이므로, 이들에 대한 경매가 진행된 경우에는 이를 일괄하여 경매하여야 한다. 일체로서 경매되는 것이 사회경제적으로 바람직하고 저당권자 및 그 설정자에게도 유익하기 때문이다. 그 결과, 공장의 토지 또는 건물과 기계·기구 등 그 설치물은 일괄하여 최저가매각가격이 정하여져야 하고, 매수가격도 일괄한 신고가 있어야 하며 매각허가결정의 신고도 일괄하여 하여야 한다.

4) 공장재단저당권

가. 의 의

공장재단저당권은 공장에 속하는 유무형의 재산으로서 구성되는 공장재단을 목적으로 하는 저당권을 말한다(법 제11조). 공장재단은 공장에 속하는 토지와 공작물, 기계·기구·전주·전선·배치제관·케조 그 밖의 부속물, 지상권 및 전세권, 임대인의 동의가 있는 경우에는 물건의 임차권, 공업소유권의 전부 또는 일부로 구성되며(법 제15조), 이를 전체를 1개의 부동산으로 취급한다(법 제14조 제1항).

공장재단은 공장재단등기부에 소유권보존등기를 통하여 설정된다. 공장재단의 설정을 위하여 소유권보존등기를 신청하는 경우에는 공장재단목록을 제출하여야 한다(법 제39조 제1항). 이 공장재단목록은 공장재단을 구성하는 물건 또는 권리의 표시를 기재한 것으로서, 공장재단이 어떠한 것들로 구성되는 것인가를 명확히 하기 위하여 작성되는 것인데, 공장재단의 소유권보존등기가 완료됨으로써 공장재단이 성립한 때에는 그 목록은 등기부의 일부로 간주되고 그 목록의 기재는 등기로 간주된다(법 제47조).

공장재단저당권의 설정등기는 공장재단의 소유권보존등기를 한 후 10개월 내에 하여야 하고, 만일 이 기간 내에 저당권의 설정등기를

하지 않으면 공장재단의 소유권보존등기는 그 효력을 잃는다(법 제13조). 공장재단저당권의 설정도 공장재단을 대상으로 하는 당사자간의 저당권설정합의와 등기에 의한다는 점은 동일하다.

#### 나. 공장재단의 설정목적물

공장재단의 구성물이 될 수 있는 것은 첫째, 공장에 속하는 토지와 그 공작물, 둘째 기계·기구·전주·전선·배치제관·레조 그 밖의 부속물, 셋째 지상권 및 전세권, 넷째 임대인의 동의가 있는 물건의 임차권, 다섯째 산업재산권(공업소유권)이다.

공장에 속하는 토지는 공장조업에 고용되는 토지를 뜻하는 것으로서, 공장 자체의 부지에 한하지 않고 종업원기숙사의 부지, 원재료의 하치장, 시멘트공장의 원석 또는 석회의 채취지 등과 같이 공장으로 부터 멀리 떨어져 있는 토지도 포함된다. 그리고, 기계·기구는 반드시 공장에 속하는 토지 또는 건물에 직접 부가되거나 설치된 것일 필요는 없다. 이러한 점은 공장저당법 제4조 및 제5조의 규정에 의한 협의의 공장저당권과 차이가 있다. 따라서, 원료나 제품 등의 운반을 위한 공장용의 선박, 운반차 등도 공장재단의 구성물로 될 수 있다.

공장재단의 구성물에 관한 공장저당법 제15조의 규정은 한정적 열거로 보아야 하므로, 동조에서 열거되지 않은 경우에는 공장소유자의 소유에 속하더라도 공장재단의 구성물로 할 수 없다.

#### 다. 공장재단의 설정범위

##### ① 1개 또는 여러 개의 공장에 대한 저당권의 설정

여러 개의 공장이 동일한 소유자에게 속하는 경우 그 소유자는 그가 소유하는 각 공장마다 각각 별개의 공장재단을 설정할 수도 있고, 그 여러 개의 공장 중의 일부 또는 전부를 일괄하여 1개의 공장재단을 설정할 수도 있다(공장저당법 제11조 제1항). 그리고, 여러 개의 공장으로 1개의 공장재단을 설정하는 경우에도 각 공장이 지리적으로

인접할 필요는 없다.

또한, 여러 개의 공장이 각각 다른 소유자에게 속하는 경우에도 그 여러 개의 공장으로 1개의 공장재단을 설정할 수 있다(공장저당법 제 11조 제1항).

### ② 공장의 일부에 대한 저당권의 설정

공장재단은 공장저당법 제15조의 규정에 의한 구성목적물의 일부만 으로서 구성할 수 있다(공장저당법 제15조). 다만, 일부의 의미는 공장에 속하는 물건 또는 권리의 전부라야만 하는 것이 아니고, 그 중 일부분만을 선택하여 공장재단을 구성할 수 있다는 공장재단의 구성물에 관한 선택주의를 표명한 것으로, 공장의 일부만으로 공장재단을 설정한 후 그 공장의 잔여부분으로 새로이 별개의 공장재단을 설정할 수 있다는 의미, 즉 1개의 공장을 구분하여 2개의 공장재단을 설정할 수 있다는 것은 아니다.

또한, 공장의 일부 기계·기구만을 구성물로 하는 공장재단은 설정할 수 없다. 공장저당법 제11조의 규정에 의한 1개의 공장이란 최소한의 기업적 기능을 수행할 수 있는 객관적 설비를 갖추고 있는 것으로서 장소적인 관념이 수반되어야 하기 때문이다. 또한, 공장에 속하는 수개의 토지 또는 건물만이나 여러 개의 토지와 건물만으로써 공장재단을 설정할 수 있고, 기계·기구를 반드시 공장재단의 구성물로 포함시켜야 하는 것은 아니나, 1필의 토지 또는 1개의 건물만으로써 공장재단을 설정하는 것은 허용되지 않는 것을 보아야 한다.

### ③ 공장재단의 설정요건

공장재단의 구성물이 되기 위하여는 다음의 요건을 구비하여야 한다.

첫째, 공장재단의 구성물은 타인의 권리의 목적이 아니어야 한다(공장저당법 제17조). 따라서, 공장에 속하는 토지라 하더라도 그 위에 저당권·지상권 또는 임차권 등의 권리가 설정되어 있는 경우에는 그

토지는 공장재단의 구성물로 하지 못한다. 다만, 등기나 등록제도가 없는 일반의 동산을 구성물의 일부로 하는 공장재단의 소유권보존등기신청이 있는 경우에는 등기관은 공장저당법 제41조의 규정에 따라 공고를 하게 되는데, 그 공고기간 내에 동산에 대하여 권리를 가지는 자가 그 권리를 신고하지 아니한 때에는 공장저당법 제42조의 규정에 의하여 그 권리는 존재하지 않는 것으로 간주된다.

둘째, 압류·가압류 또는 가처분의 목적인 것은 공장재단의 구성물로 하지 못한다(공장저당법 제17조). 압류 등의 목적으로 되어 있는 것을 공장재단에 속하게 하면 저당권자의 이익을 해하게 될 뿐 아니라 법률관계도 복잡하게 되기 때문이다. 다만, 권리관계가 등기 또는 등록되는 재산은 압류·가압류 또는 가처분의 목적으로 되더라도, 실제로 압류 등에 관한 등기 또는 등록이 되어 있지 않으면 등기관이 그 사실을 알 수 없으므로 이러한 것을 구성물로 하는 공장재단의 소유권보존등기도 유효하게 행하여지며, 동산의 경우에는 그것이 압류 등의 목적으로 되어 있더라도 공장저당법 제41조의 규정에 의한 공고기간 내에 압류채권자 등이 그 권리를 신고하지 않으면, 그 압류·가압류 또는 가처분은 그 효력을 상실하게 되므로(공장저당법 제42조) 이러한 동산도 유효하게 공장재단의 구성물로 할 수 있다.

셋째, 공장재단에 속하는 것은 동시에 다른 재단에 속하지 못한다(공장저당법 제11조 제2항). 그런데 어떤 물건 또는 권리가 다른 공장재단에 속하고 있는지의 여부는 그것이 등기 또는 등록되어 있는 것이면 공장저당법 제46조의 규정에 의하여 등기부 또는 등록원부에 공장재단에 속하였다는 취지의 기재가 되어 있으므로 등기관이 그 사실을 알 수 있지만, 등기 또는 등록이 되지 않은 것에 관하여는 공장저당법 제41조의 규정에 의한 공고기간 내에 권리의 신고가 있어야만 비로소 등기관이 이를 알 수 있으므로, 이러한 것에 관하여도 공장저당법 제42조의 규정을 적용하여 그 신고가 없으면 공장재단의 구성물로 할 수 있다는 결과가 된다.

라. 공장재단의 설정절차 : 소유권보존등기

공장재단의 설정은 소유권보존등기를 성립요건으로 하므로 그 설정절차는 결국 소유권보존등기를 위한 절차라고 할 수 있다. 공장재단의 소유권보존등기는 공장소유자의 신청에 의하여 행하여진다. 그리고, 여러 개의 공장으로 1개의 공장재단을 설정하는 경우에, 그 여러 개의 공장이 각각 다른 소유자에게 속한 때에는 각각 다른 소유자 전원의 신청을 필요로 한다.

공장재단의 소유권보존등기신청이 있으면 등기관은 관보에 공장재단에 속하게 될 동산에 관하여 권리를 자지는 자 또는 압류·가압류나 가처분을 한 채권자는 1월 이상 3월 이하의 일정한 기간 내에 그 권리를 신고하라는 공고를 하여야 한다(공장저당법 제41조 제1항). 이 기간 내에 권리의 신고가 없는 경우에는 그 권리는 존재하지 않는 것으로 간주되고, 압류·가압류 또는 가처분은 그 효력을 상실하게 된다. 반면, 그 기간 내에 권리가 있음을 신고한 자가 있는 경우에는 등기관은 그 취지를 소유권보존등기의 신청인에게 통지하여야 하고, 이때 소유권보존등기의 신청인인 공장의 소유자가 위 일정기간 만료 후 1주일 내에 그 권리신고가 이유 없다는 사실을 증명하지 못하거나 그 권리신고가 취소되지 아니하면 공장재단의 소유권보존등기신청은 각하된다(공장저당법 제44조 제3호).

마. 공장재단의 설정효과

소유권보존등기에 의하여 성립된 공장재단은 독립한 1개의 부동산으로 간주된다(공장저당법 제14조 제1항). 공장재단이 이와 같이 1개의 부동산으로 간주되는 것은 다른 법령의 적용에 있어서 중요한 의미를 갖는다. 즉, 1개의 부동산으로 간주되므로 민법이나 민사집행법 등에서의 부동산에 관한 규정은 그 성질에 반하지 않는 한 공장재단에 대하여도 그대로 적용된다.



공장재단은 부동산으로 간주되지만 소유권과 저당권의 목적으로만 할 수 있고, 그 외의 부동산물권의 대상으로는 인정되지 않는다(공장저당법 제14조 제2항). 다만, 저당권자의 동의를 얻은 경우에는 임대할 수 있다. 그리고, 소유권과 저당권 이외의 권리에는 처분제한은 포함되지 않으므로 공장재단을 압류·가압류 또는 가처분의 목적으로 하는 것은 금지되지 않는다.

[ 표 3 : 협의의 공장저당과 공장재단저당의 비교 ]

구 분	협의의 공장저당	공장재단저당
객 체	- 공장에 속하는 부동산에 대해 직접 저당권 설정 - 공장에 속하는 토지 또는 건물에 관하여 저당권, 지상권, 임차권이 존재하는 경우에도 공장저당설정 가능	- 공장시설을 구성하는 부동산, 동산 및 각종 권리 등으로 조성된 재단 - 재단에 대한 소유권보존등기 후 저당권설정 - 타인의 권리의 목적이 된 물건 또는 압류·가압류·가처분의 목적이 된 물건은 재단의 조성물로 될 수 없음
효력 범위	- 공장에 속하는 토지 또는 건물과 이에 설치된 기계·기구 기타 공장의 공용물 등에 저당권의 효력이 미침	- 공장시설로부터 선택된 물건으로 조성된 공장재단 그 자체에만 저당권의 효력이 미침
처분	- 공장저당권의 목적물에 대한 처분 제한 없음	- 재단조성물건을 개별적으로 처분할 수 없음
다른 권리의 목적	- 공장저당권의 목적물인 토지나 건물은 지상권 또는 임차권 등의 권리의 목적으로 될 수 있음	- 공장재단은 소유권자 및 저당권자의 동의를 있더라도 임차권 이외의 권리의 목적이 될 수 없음

### (5) 광업재단저당권

광업재단저당법은 광업재단의 구성과 그 재단에 대한 저당권설정 등에 관한 관계를 규율하기 위한 법으로(법 제1조), 민법상의 저당권이 등기가능한 물건, 특히 부동산을 주요 대상으로 하고 있는 반면,

동법에 의한 저당권은 광업권과 각종 설비 등에 대해서 저당권을 설정할 수 있도록 함으로써 저당권의 설정범위를 확대하고 있다.

동법에 의한 저당권설정대상은 광업재단으로서, 광업재단은 광업권과 그 광업권에 기하여 광물을 채취, 취득하기 위한 제설비 및 이에 부속하는 사업의 제설비로 구성되는 일단의 기업재산을 말하는 것으로, 동법에 의하면 광업재단에 대해서 소유권과 저당권의 목적으로 할 수 있다(법 제2조). 이러한 광업재단은 광업권, 토지와 공작물, 지상권 기타의 토지사용권, 임대인의 동의가 있는 경우의 물건의 임차권, 기계·기구·차량·선박 기타 부속물로서 광업에 관하여 동일광업권자에게 속하는 것의 전부 또는 일부로 구성된다(법 제4조).

광업권취소의 등록 또는 폐업을 한 경우 산업자원부장관은 이를 곧 저당권자에게 통지하여야 하고 저당권자가 이 통지를 받은 때에는 곧 저당권을 실행할 수 있다. 저당권실행 후 경락인이 취득한 광업권은 광업권취소 또는 폐업의 등록일에 취득한 것으로 본다(법 제6조~제7조).

동법은 광업권 및 수개의 물건에 대해서 저당권을 설정할 수 있도록 함으로써 한개의 물건에 대해 한개의 물권을 설정해야 한다는 민법상 일물일권주의에 대한 예외를 인정한 것으로서, 광업재단을 구성하는 다수의 부동산과 동산에 대해서 각각 개별적인 담보권을 설정하는 대신 일괄적으로 하나의 저당권을 설정함으로써 담보권자 및 담보권설정자의 편의와 효율성을 우선시하고 있다.

광업재단에 관하여는 공장저당법 중 공장재단에 관한 규정을 준용하므로(법 제5조), 광업재단을 담보로 취득하는 방법은 전술한 공장재단을 담보로 취득한 경우와 대체로 동일하다. 다만, 광업재단은 공장재단과 달리 광업권을 재단구성의 필수요소로 하므로, 광업재단에 속하는 광업권이 소멸하는 때에는 광업재단을 유지할 수 없게 되어 광

업재단저당권자에게 불이익하게 된다. 이에, 광업재단저당법은 광업권이 취소되거나 광업권자가 폐업을 하여 광업권이 소멸하는 경우에 저당권자를 보호하기 위하여 저당권의 실행에 관하여 다음과 같이 몇 가지 특칙을 두고 있다.

첫째, 산업자원부장관이 광업권취소의 등록을 하거나 광업권자가 폐업을 한 경우에는 이를 광업재단저당권자에게 통지하도록 하여 저당권자로 하여금 피담보채권의 변제기 여하에 불구하고 일정한 기간 내에 저당권을 실행할 수 있게 하고, 저당권의 실행이 있으면 그 절차가 종료될 때까지 광업권을 소멸시키지 않고 존속시켜 두었다가 매수인에게 승계를 인정하고 있다(법 제6조, 제7조).

둘째, 미설립법인의 경매참가에 관한 특칙을 두고 있다. 광업재단저당법은 아직 설립되지 않은 법인의 경매참가제도를 인정하여, 일정한 요건 하에 경매목적물인 광업재단의 소유권이 매수인에 의하여 설립된 법인에게 직접 이전되도록 하고 있다(법 제8조~제12조). 이는 광업재단저당권의 실행으로 인하여 경매에 부쳐진 광업권을 목적으로 하여 법인을 설립하고자 하는 경우에 기존의 방법에 의하면 우선 그 자가 당해 경매절차에서 매수인이 되어 경매목적물인 광업재단의 소유권을 취득한 후, 그것을 설립하고자 하는 법인에 현물출자하든가 또는 설립된 법인이 사후에 그 자로부터 광업재단을 양수해야 하는 불편을 제거하여, 광업재단의 경매를 원활하게 하기 위한 것으로 볼 수 있다.

## (6) 항공기저당권

항공기저당법은 항공기에 대한 저당권설정에 관한 내용을 정하고 있다. 항공법에서 항공기라 함은 민간항공에 사용하는 비행기·비행선·활공기·회전익항공기·자체중량 및 연료용량 등이 건교부령이

정하는 범위를 초과하는 동력비행장치·지구대기권 내외를 비행할 수 있는 항공우주선으로서 항공에 사용할 수 있는 기기를 말하고(항공법 제2조 제1호), 이중, 항공기저당법에 의한 저당권의 목적이 되는 항공기는 비행기와 회전익항공기로서 항공법에 의해 등록을 받은 것에 한정된다(항공기저당법 제2조, 제3조).

항공기에 대한 저당권은 항공법에 규정하는 것을 제외하고는 민법 중 저당권에 관한 규정이 준용되므로(항공기저당법 제9조), 그 설정방법과 효력은 주로 민법의 부동산저당권과 유사하다. 따라서, 항공기를 대상으로 하는 저당권은 설정당사자가 저당권설정계약을 체결하고, 건설교통부장관에게 저당권설정등록신청을 하여 항공기등록원부에 저당권의 등록을 하는 방법으로 설정된다.

항공기를 소유 또는 임차하여 항공기를 사용할 수 있는 권리가 있는 소유자 등은 항공기의 멸실·해체 등 항공법 제12조 제1항 각호의 사유가 있는 경우에는 말소등록을 신청하여야 하고, 소유자 등이 말소등록을 신청하지 않은 경우에는 건설교통부장관이 직권으로 등록을 말소하고 그 사실을 소유자 등 이해관계인에게 통지하여야 한다. 이 경우 건설교통부장관은 지체없이 저당권자에게도 이 사실을 통지하여야 한다(항공기저당법 제6조). 저당권자가 이 통지를 받은 때에는 3월 내에 절차를 밟아 당해 항공기에 대하여 즉시 그 권리를 행사할 수 있다(항공기저당법 제7조). 이 경우 건설교통부장관은 저당권자가 저당권행사의 절차를 밟을 수 있는 기간 내와 저당권의 행사가 끝날 때까지의 기간 내에는 당해 항공기에 대하여 항공법의 규정에 의한 말소등록을 하지 못한다(항공기저당법 제7조 제3항).

이와 같이 항공기의 등록이 말소된 경우에는 그 항공기에 관하여 설정된 저당권도 자동적으로 소멸하게 되며, 이에 따라 저당권자로서는 항공기로서의 기능을 상실한 기체에 대하여 물상대위권을 행사할 수밖에 없게 된다.

## (7) 선박저당권

### 1) 내 용

#### 가. 목적물

등기한 선박은 저당권의 목적으로 할 수 있다(상법 제871조 제1항). 등기한 선박이라 함은 선박등기법 및 선박등기처리규칙에 의하여 등기한 선박을 말한다. 이에 의하면 총톤수 20톤 이상의 기선과 범선 및 총톤수 100톤 이상의 부선(다만 선박계류용·저장용 등으로 사용하기 위하여 수상에 고정하여 설치하는 부선을 제외)에 한하여 선박 등기를 할 수 있으므로, 그 이외의 선박은 선박저당권의 목적물이 되지 못한다.

선박에 대한 저당권은 상법에 의하여 인정되는 것이므로, 상법상의 선박인 상행위 그 밖에 영리를 목적으로 항해에 사용하는 선박에 대하여만 저당권설정이 가능하다고 할 것이나, 선박법 제29조는 상행위를 목적으로 하지 않더라도 항해용으로 사용되는 선박(국유나 공유인 선박은 제외)에 관하여는 상법 중 해상편에 관한 규정을 준용하도록 하고 있으므로, 등기한 선박이면 모두 저당권의 목적이 될 수 있다.

또한, 선박저당권에 관한 규정은 건조 중인 선박에도 준용된다(상법 제874조). 따라서, 건조 중인 선박도 저당권의 목적으로 할 수 있다. 그러나 건조 중인 선박이 저당권의 목적으로 되기 위하여는 단순히 건조작업에 착수한 것만으로는 부족하고 선박의 특정성을 구비한 정도에 이르러야 한다.<sup>28)</sup> 건조 중인 선박에 저당권을 설정하였다고 하여 선박의 건조가 완료되면 저당권이 소멸하는 것이 아니라, 선박의 건조가 완료되면 건조 중에 설정한 저당권은 그 동일성을 보유한 채

28) 예를 들어 용골(龍骨)을 갖추게 되든가 또는 그와 유사한 정도의 과정에 이르는 정도가 되어야 건조 중인 선박에 해당할 수 있다고 한다(오시정, 『근저당권의 이론과 실무』, 273면).

당연히 건조 완료된 선박에 미치는 것으로 본다.

#### 나. 선박저당권의 설정

선박저당권은 상법의 규정에 의하여 인정된 담보물권으로서 민법상의 저당권은 아니나 민법상의 부동산저당권에 관한 규정이 적용되므로(상법 제871조 제3항), 그 설정방법이나 효력은 민법상의 저당권과 유사하다.

따라서, 선박저당권은 설정당사자가 저당권설정계약을 체결하고, 선적항을 관할하는 지방법원·지원 또는 등기소에 저당권설정등기신청을 하여 선박등기부에 저당권의 등기를 함으로써 설정된다(선박등기법 제45조, 부동산등기법 제140조).

#### 2) 소형선박저당법 제정안

해양수산부에서는 20톤 미만의 소형선박은 선박등기법의 적용대상에서 제외됨으로 인해 저당권을 설정할 수 없으나, 이러한 소형선박도 선박저당에 의한 자금의 확보를 용이하도록 하기 위하여 2006년 1월 소형선박저당법 제정안에 대한 입법예고를 한 바 있다.

동법안에 의한 저당권의 설정대상은 선박법 제26의2 제1항의 규정에 의한 선박, 어선법 제2조 제1항의 규정에 의한 선박으로서 총톤수 20톤 미만의 어선 및 수상레저안전법 제30조 제1항의 규정에 의한 동력수상레저기구 중 모터보트 및 요트로 하고 있다(안 제2조). 즉, 동법안은 선박금융의 사각지대인 소형선박에 대한 저당제도의 도입을 통하여 요트 등 담보가치는 높지만 현행 제도상 담보설정대상에서 제외되는 소형선박에 대해서도 저당권설정을 통하여 용이한 자금유통을 목적으로 하고 있다.

동법안에서는 저당권자에게 채무자나 제3자가 담보로 제공한 선박에 대해 우선변제권을 인정하고(안 제3조), 저당권은 선박법, 어선법,

수상레저안전법 등의 선박등록원부에 등록하여야 효력을 발생한다(안 제4조). 저당권이 설정된 선박을 말소하는 경우에는 사전에 통하하고 말소등록 통보를 받은 경우에는 저당권자가 저당권을 행사할 수 있도록 하고 있다(안 제5조, 제6조). 또한, 저당권에 의한 우선변제적 효력의 실효성을 보장하기 위하여 저당권이 설정된 소형선박에 대해서는 질권설정을 금지하고 있다(안 제8조). 그리고, 동법안에 설정한 것 이외에는 민법의 저당권에 관한 사항을 준용토록 하고(안 제10조), 소형선박의 공시제도를 선박법·어선법·수상레저안전법에 도입하고, 자동차나 항공기 등과 같이 민사집행법에 의해 강제집행 및 경매를 할 수 있도록 하고 있다(안 부칙 제2조).

동법안은 소형선박에 대한 저당권의 실행을 경매나 입찰에만 의할 경우 담보가치에 비해 시간과 비용이 많이 소요된다는 점을 고려하여 저당권이 설정된 선박을 저당권자에게 매각하는 것을 허용하고 있다. 즉, 안 제7조는 양도명령에 의한 환가방법의 특례라는 제명 하에 ‘소형선박을 목적으로 하는 저당권의 실행을 위한 경매절차에서 법원은 상당하다고 인정할 때에는 저당권자의 신청에 의하여 경매 또는 입찰에 의하지 아니하고 그 저당권자에게 압류된 소형선박의 매각을 허용하는 양도명령의 방법으로 환가할 수 있다’라고 규정하고 있다. 이는 실질적으로 간이변제충당권을 명문으로 인정한 것으로서, 저당권에서는 일반적으로 간이변제충당이 허용되지 않는다는 점을 감안하여 명문규정을 둔 것으로 볼 수 있다.

## (8) 기술담보제도

### 1) 의 의

기술담보제도는 상품의 설계, 개발, 제조 및 판매에 이르는 전 과정에 걸쳐 기업에 체화되어 있거나 독립적인 기술에 의하여 시현되었거

나 시현될 유형·무형의 재산가치를 총체적으로 평가하여 담보로 인정함으로써 기술집약형 기업의 원활한 자금조달을 지원하는 제도이다.

여기서 기술담보의 대상이 되는 기술은 제품의 중심이 되는 지적재산권과 기술, 제품의 생산과 관련된 주변 기술, 제품의 생산 또는 해당 지적재산권 실시와 관련된 노하우, 제품 판매에 영향을 미치는 요소나 정보, 대출지원으로 취득하게 될 기술관련 자산, 기술제품, 판매권 등을 의미하는 것으로서, 현재 또는 미래의 제품에 체화되어 수익을 창출할 수 있는 포괄적 개념으로 정의된다.<sup>29)</sup>

## 2) 관련 법률의 현황과 내용

기술담보제도를 규정하고 있는 법률로는 기술개발촉진법과 (구)산업기술기반조성에 관한 법률이 있다. 기술개발촉진법에서는 기술력평가에 의한 기술담보대출을 규정하고 있는데, 이는 지적자산보증제도(知的資產保證制度)라고도 하며, 벤처기업 활성화 방안으로 1996년 9월부터 시행된 제도이다.

기술개발촉진법에서는 기술개발결과의 산업화를 촉진하고 기술집약적인 중소기업을 지원하기 위하여 기술력 평가에 의한 기술담보대출을 활성화하는 시책을 강구·할 것을 규정하고 있다(제4조 제1항). 또한, 과학기술부장관은 기술력 평가를 위하여 기술력 평가를 전담하는 기관을 지정하도록 하고(동조 제2항), 기술력 평가에 의한 기술담보대출을 시행하는 경우의 기술력 평가비용·기술담보대출 손실보전금 등 평가 및 대출취급기관에서 발생하는 비용은 과학기술기본법에 의한 과학기술진흥기금에서 충당하도록 하고 있다.

한편, 산업기술기반조성에 관한 법률에서는 제14조의2에서 기술담보사업의 실시라는 제명 하에 기술담보사업에 관한 규정을 두고 있다. 이에 의하면 산업발전법에 의한 첨단기술등의 개발사업을 위한 자금,

29) 최인규, “기술담보제도 도입 추진현황과 일본 및 미국의 사례”, 『기은조사월보』, 기업은행, 1996. 5, 43면.



중소기업진흥 및 산업기반기금에 의한 자금, 중소기업창업지원자금, 중소기업구조고도화자금, 지방중소기업육성자금, 에너지이용합리화법에 의한 에너지절약형 시설투자 등을 지원하기 위한 자금, 신에너지 및 재생에너지 개발·이용·보급 촉진법에 의한 사업비 등의 자금으로 기술을 담보로 하여 대출하는 사업을 실시할 수 있고(제1항), 기술담보사업을 위한 기술평가업무를 한국산업기술평가원으로 하여금 수행하도록 하고 있다. 그러나, 현행의 산업기술기반조성에 관한 법률은 2006년 4월 28일 법률 제7949호로 법명을 산업기술혁신 촉진법으로 변경하는 등 전부개정 되어 2006년 10월 29일부터 시행되고 있는 바, 개정된 산업기술혁신 촉진법에서는 기술담보사업에 관한 규정을 삭제하고, 이를 기술이전 및 사업화 촉진에 관한 법률(안) 제28조로 이관되었다.<sup>30)</sup> 정부는 기업이 보유한 산업재산권의 기술가치평가를 통해 담보자금을 융자하는 기술담보시범사업을 1997년부터 2001년까지 5년 동안 한시적으로 운영하여 총 272건에 대하여 566억원의 자금을 지원한 바 있는데, 대출은행이 기업으로부터 대출금의 회수가 불가능할 경우 정부가 은행이 입게 되는 손실을 보전함으로써 실질적인 기술평가를 통한 기술담보대출이 아닌 기술력 평가를 통한 정부의 보증개념으로 파악되었다. 이에 관한 구체적인 내용은 추후 대통령령의 개정이 완료된 이후에 윤곽을 드러낼 것으로 보인다.

따라서, 기술개발촉진법에 의한 기술담보대출제도를 중심으로 그 운영현황을 살펴보면 다음과 같다.

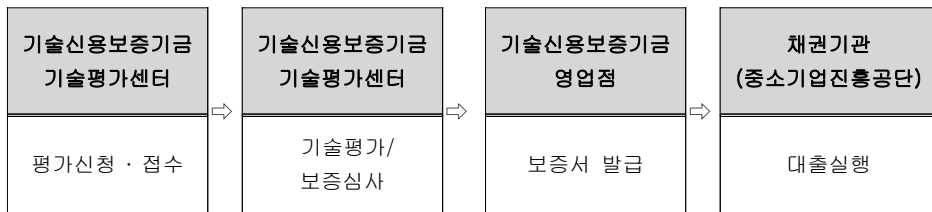
기술개발촉진법에 의한 기술담보대출은 과학기술진흥기금에서 충당되는 것으로 지원대상은 국가적인 연구개발사업,<sup>31)</sup> 우수기초연구성과

30) 기술이전 및 사업화 촉진에 관한 법률(안)은 2006년 9월 14일 국회 산업자원위원회에 상정되었고, 9월 20일 산업자원위원회에서 의결되어 본회의 상정을 대기 중인 상태로서, 기술담보대출제도가 산업기술의 기반조성보다는 기술이전 및 사업화와 직접적 관련이 있다는 점을 고려되었다.

31) 이에 해당하는 것으로는 기술개발촉진법 제7조의 규정에 의한 특정연구개발사업과 산업발전법 제24조의 규정에 의한 산업기반기술개발사업, 환경기술개발 및 지원

활용지원기업,<sup>32)</sup> 미래유망기술분야의 연구개발사업 등이 있다. 그 지원범위로서는 국가적인 연구개발사업 및 미래유망기술분야의 연구개발사업에 필요한 연구개발비의 100% 이내에서 일정한 지원사업자<sup>33)</sup>에 대해서는 연구개발비를 포함하여 제품화를 위한 시설 및 운전자금까지 지원할 수 있다. 동 제도에 의한 지원조건으로는 2005년 기준 지원규모는 530억원에 이르고, 대출금리는 연 3.09%, 대출기간은 2년 이내의 거치기간을 포함하여 5년 이내로 하고 있고, 대출한도는 동일사업당 20억원 이내이고 동일 기업당 60억원 이내로 하고 있다. 지원절차는 다음 표와 같다.

[ 표 4 : 기술담보대출의 지원절차 ]



에 관한 법률 제5조의 규정에 의한 환경기술연구개발사업 등 정부 각 부처의 연구개발사업 및 후속연구개발사업 등이 있다.

- 32) 기초과학분야의 발전을 위해 국가적으로 육성되고 있는 우수연구집단의 기초연구성과를 활용하여 원천연구개발 및 후속 연구개발사업을 수행하는 기업이 그 대상이다.
- 33) 신기술인증기업 또는 과학기술진흥기금의 투융자 자금을 지원받은 기업으로서 연구개발 및 제품화를 수행하려는 기업, 정부출연의 연구결과를 활용하여 연구개발 및 제품화를 수행하려는 기업, 국가연구개발과제에 참여한 후 해당 연구결과를 활용하여 연구개발 및 제품화를 수행하려는 기업이 이에 해당된다.

## 제 3 장 주요국의 관련 법제

### 제 1 절 독일

#### 1. 개 관

독일민법상의 담보제도도 우리 민법과 유사하게 부동산담보권과 동산담보권으로 구분된다. 부동산담보권은 부종성의 유무에 따라 저당권(Hypothek), 토지채무(Grundschild), 정기토지채무(Rentenschuld)로 구분되고, 동산담보권으로는 질권(동산질권, 권리질권)이 있다.

부동산담보권 중 저당권은 피담보채권에 대한 부종성이 인정되나, 토지채무는 부종성이 배제되어 있다. 저당권 중에서도 부종성의 정도에 따라 부종성이 엄격하게 적용되는 보전저당권(Sicherungshypothek)과 부종성이 완화되어 있는 유통저당권(Verkehrshypothek)으로 구분된다. 이러한 부종성의 차이는 저당권의 선의취득 여부에 따라 차이가 있다.

보전저당권은 부종성의 적용이라는 점 및 채권담보목적이라는 점에서 우리 민법상의 저당권과 유사하고, 그 중 최고액저당권(Hochstbetragshypothek)은 우리 민법상의 근저당권과 유사한 점이 많다. 즉, 최고액저당권은 최고액을 정하는 것 외에 피담보채권의 확정도 요구된다는 점 및 최고액의 범위에서 피담보채권액이 증감변동하는 것이 특징이고,<sup>34)</sup> 따라서, 채권의 발생시점에서는 채권이 불특정(unbestimmt)하므로 최종적으로 확정이라는 절차를 필요로 한다.<sup>35)</sup> 그러나, 독일에서의 담보거래에는 주로 토지채무에 의하고 최고액저당권은 그 활용도가 높지 않다. 토지채무는 우리 법제에는 존재하지 않는 제도로 직접적인 비교

34) Saudinger/Wolfsteiner, J. von Satudingers Kommentar zum BGB, Sachenrecht, §§1018~1296, 13. Aufl. 1996, §1190 Rn. 2.

35) Eickmann in Muenchener Kommentar zum BGB, Sachenrecht, §§854~1296, 3. Aufl. 1997, §1190 Rn. 4.

의 대상이 되지 못하므로, 아래에서는 우리 민법과 공통적인 담보물권인 질권·양도담보 및 소유권유보에 관하여 살펴본다.

## 2. 질 권

### (1) 점유질권

독일민법에 의한 대표적인 법정동산담보제도는 우리 민법과 마찬가지로 질권이다. 그러나 질권은 점유를 요하므로 오늘날 실무에서는 양도담보 또는 소유권유보에 의하여 거의 대체되고 점유질권은 매우 제한된 범위에서만 이용되고 있는데, 주로 전당포 영업에 의한 서민 금융의 역할, 유가증권·귀금속 그리고 귀중품 등을 압류하는 방식으로 이루어지는 은행과의 금전소비대차, 은행 자체의 약관을 근거로 인도증권(引渡證券, Traditionspapier)에 의하여 화체되는 유가증권과 물품에 대한 은행의 질권 등이다. 또한, 질권은 부종성이 있는 담보수단이나 장래의 채권 또는 조건부 채권에 대하여도 설정될 수 있다(독일민법 제1204조).

질권의 설정을 위하여 일반적으로는 질권을 설정하는 자가 목적물을 채권자에게 양도하여야 한다(독일민법 제1205조 제1항 제1문). 양도는 단순한 인도로 허용된다(독일민법 제1205조 제1항 제2문). 목적물이 제3자의 점유에 있는 경우에는 질권자에게 간접점유를 인정하고 제3자에게 질권이 설정되었음을 공시하는 것으로 충분하다(독일민법 제1205조 제2항). 점유개정(Besitzkonstitut)관계에 의한 질권의 설정이 배제되었을 지라도 질권을 설정하는 자(Verpfänder)와 채권자가 공동점유(Mitbesitz)를 성립하는 방법으로 질권을 설정할 수 있다. 이 경우 양자 중 어느 쪽도 목적물을 처분할 수 있는 권리는 보유하고 있지 않은 것으로 보아야 한다(독일민법 제1206조).<sup>36)</sup> 질물이 질권 설정자에게 반환된 경우에는 질권은 해제된 것으로 본다(독일민법 제1253조).

36) 이 경우 양자는 담보물을 합유적으로 공동점유 하는 것으로 본다.

질권설정계약은 특별한 형식을 요하지 않는다. 그리고, 질권이 만기가 된 경우에 채권자는 목적물의 환가를 경고할 수 있으며 1개월 이후 이를 즉시 이행할 수 있다(독일민법 제1234조). 이 때 법원의 결정은 필요로 하지 않는다. 일반적으로는 환가는 공적인 경매에 의하지만 당사자들에 의하여 다르게 합의할 수 있다(독일민법 제1245조).<sup>37)</sup>

## (2) 深海케이블(Hochseekabel)에 대한 등록질권

심해케이블에 대하여는 구체적인 인도가 이루어질 수 없으므로 입법으로 등록질권에 의한 방법으로 질권을 설정하도록 하고 있다.<sup>38)</sup>

첫째, 질권을 설정하기 위하여 합의와 특별히 등록된 등록부에 등기할 것이 요구되며, 체신부장관의 허가가 필요하다. 등록부는 소유권에 대하여 공신력을 가지고 있지 않다. 다만, 질권의 존재를 등기함으로써 제3자가 부담이 설정되지 않은 케이블에 대한 소유권을 선의로 취득할 수 있는 가능성을 배제시킬 뿐이다.

둘째, 질물은 체신부에 의하여 필수적인 허락을 받은 케이블에 한정된다. 질권은 케이블 회사가 제3자에게 양도함으로써 소유권자에게 귀속하는 채권도 포함한다. 이는 종물(Zubehör)에도 미친다.

셋째, 환가는 동산집행(Liegenschaftsvollstreckung)의 기본원칙에 의하여 이루어진다.<sup>39)</sup>

## (3) 용익임대차 신용대부에 관한 법률(Pachtkreditgesetz)에 의한 질권

이는 특별법에 의하여 인정되는 점유를 필요로 하지 않는 등록질권으로 농업상의 용익임대차인에 대하여 성립하는 금전소비대차를 보증한

37) Gravenhorst, Mobiliarsicherheiten für Darlehens-und Warenkredite in den sechs Ländern der Europäischen Gemeinschaften, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt, 1972, S.70.

38) Kabelpfandgesetz v. 31. 3.

39) Wulf Gravenhorst, a.a.O., S.71.

다(동법 제1조).

동법에 의한 질권의 설정은 서면에 의하여 구체화된 질권설정계약을 용익임차인이 운영하고 있는 농장(Pächterbetrieb)의 지방법원(Bezirksgericht)에 보관하도록 함으로써 성립한다(동법 제2조). 이러한 방법으로 질권은 공시된다.

질물은 용익임차인에게 속하는 전시설물(Inventar)이다(동법 제3조). 여기서 말하는 시설물의 개념에는 독일민법 제97조 이하에 의하여 종물(Zubehör)도 포함된다. 또한 이 질권은 용익임차인에게 소유권 유보하에 공급된 물건에 대한 기대권도 포함된다.

이러한 등록질권의 설정은 양도담보제도가 있음에도 불구하고 독일법에서 인정되는 것은 다음과 같은 장점이 있기 때문이다. 즉, 질권으로 소유권자가 아닌 자로부터 선의취득이 가능하고, 또한 그 이외의 권리에 비하여 우선적인 지위를 차지할 수 있기 때문이다. 또한 제3자는 시설물을 통상적인 경제활동 이외에는 용익임차인으로부터 부담이 설정되지 않은 채로 선의취득을 할 수 없으므로 양도담보에 비하여 더 많은 보장을 받게 된다. 마지막으로, 질권이 설정된 시설물의 환가는 매도에 의한다(동법 제10조).

### 3. 양도담보(Sicherungsübereignung)

#### (1) 의 의

독일민법 제868조<sup>40)</sup>에 의하면 점유개정에 의한 동산질권설정은 공시의 원칙에 반하므로 인정되지 않고 있다. 즉, 독일민법 제868조에

---

40) 제868조(간접점유) 용익원자 질권자 용익임차인 사용임차인 수탁인으로서 또는 이와 유사한 관계에 있어서 이로 인하여 어떤 타인에 대하여 일시적으로 점유할 권리를 가지거나 의무를 가진 자가 물건을 점유하는 경우에는 그 타인도 간접점유자이다(간접점유).

의하면 질권자는 반드시 질물의 직접점유자가 되어야 하고 질권설정자(소유권자)는 간접점유자가 되어야 하므로, 질권설정자가 질물을 계속하여 점유하고 있는 점유개정에 의한 질권설정은 인정될 수 없다. 따라서, 질권설정자는 질물을 질권자에게 인도할 것이 요구된다. 그러나 이러한 독일민법의 태도는 결국 점유자(Besitzbürger)를 우대하는 결과를 가져왔고, 질권설정자인 채무자는 점유를 이전해야 하므로 목적물의 이용이 불가능하게 되어 담보수단으로는 실질적인 도움이 되지 않는다. 이러한 점을 고려할 때 채무자에게 목적물의 점유를 그대로 두고 이를 이용하게 하는 담보방식만이 실질적인 도움이 될 뿐이다.

이러한 점을 고려하여 독일민법 제930조41)에서는 질권설정에 대신한 양도담보가 인정되었다. 여기서 신용공여자는 그의 금전소비대차채권을 위하여 신용수수인의 동산에 대하여 간접점유관계를 합의하고 소유권을 이전시키도록 하고, 그 결과 목적물의 직접적인 점유는 채권자에게 그대로 인정된다. 양도담보는 점유질을 규정하고 있는 독일민법 제1205조에 위반된다는 이유로 이를 반대하는 견해도 있었다. 그러나 판례는 이러한 견해를 배제하였고 양도담보를 허용하는 쪽으로 이론을 구성하였다. 오늘날에는 양도담보제도가 법을 초월하거나 법을 거슬러, 그러나 관습법적으로 인정되어 발전된 제도라고 이해하는 견해 자체에 대하여 회의적으로 보는 견해가 지배적이다. 이러한 입장에서는 이미 독일민법의 생성과정에서 입법자가 점유개정에 의한 양도담보를 금지하는 것을 의도하지 않았다는 것을 독일민법상의 다음 두 가지 규정에서 찾을 수 있다고 한다.

첫째, 독일민법 제223조 제2항42)에서는 청구권을 담보하기 위하여 권리를 양도할 수 있다는 가능성이 전제되었다. 이로서 비록 제930

41) 제930조(점유개정) 소유자가 물건을 점유하고 있는 경우에는 소유자와 취득자와의 사이에 취득자가 간접점유를 취득할 수 있는 법률관계를 약정함으로써 물건의 인도에 갈음할 수 있다.

42) 제223조(담보권) ② 청구권을 담보하기 위하여 권리가 양도된 때에는 청구권이 소멸시효에 걸린 것을 이유로 하여 그의 재양도를 청구할 수 없다.

조43)의 점유개정에 의한 양도담보가 명백하게 인정된 것은 아니지만, 이를 명백하게 부인하고 있는 것도 아니다. 제223조 제2항은 양도담보의 전제조건들에 대하여 또는 양도담보의 형태에 대하여 모든 것을 규정한 것이 아니므로, 제223조 제2항이 제1205조44)에 명백하게 모순이 된다고 할 수 없다. 따라서, 제223조 제2항의 사례들에 대하여 제1205조를 유추적용하는 것은 점유개정을 인정한 것이 아니라, 더 나아가 양도담보를 동산질권에 부가된 독자적인 제도로써 ‘법률을 보충하는 권리창조의 방법으로’ 인정하는 것을 의미한다.

## (2) 양도담보의 성립과 대상

### 1) 양도담보의 성립

양도담보의 경우 동산은 담보권자의 채권을 담보하기 위하여 담보권자에게 양도되고, 담보권자가 채무자에 대한 채무를 변제받지 못하는 경우에는 최종적으로 담보물의 소유권을 취득한다.

양도담보는 소유권양도에 대한 일반적인 조문에 의하여 성립된다. 그러나, 동산의 양도담보에 대한 규정들 중에서 제929조45)에 의하여 합의나 인도방식에 의한 양도가 아니라, 제930조에 의한 점유개정방식에 의하여 양도담보가 설정된다. 담보설정자에게는 점유와 이에 의하여 목적물의 이용가능성이 존속되어 있어야 하므로, 목적물의 양도

---

43) 제930조(점유개정) 소유자가 물건을 점유하고 있는 경우에는 소유자와 취득자와의 사이에 취득자가 간접점유를 취득할 수 있는 법률관계를 약정함으로써 물건의 인도에 갈음할 수 있다.

44) 제1205조(질권의 설정) ①질권의 설정에는 소유자가 물건을 채권자에게 인도하고 또 쌍방이 질권을 채권자에게 속할 것을 합의하여야 한다. 채권자가 물건을 점유한 때에는 질권의 성립에 관하여 합의함으로써 족하다.

② 소유자의 간접점유하에 있는 물건의 인도는 소유자가 간접점유를 질권자에게 양도하고 또 질권의 설정을 점유자에 대한 통지로써 갈음할 수 있다.

45) 제929조(합의 및 인도) 동산소유권을 양도하기 위하여서는 소유자가 물건을 취득자에게 인도하고 쌍방이 소유권의 이전에 관하여 합의하는 것이 필요하다. 취득자가 물건을 점유하고 있는 경우에는 소유권이전의 합의만으로도 충분하다.



는 간접점유관계를 합의하는 것으로 대체되어야 하기 때문이다.

원소유자인 담보권설정자가 목적물을 직접적으로 점유하기 위해서는 담보권자와 원소유자 사이에 원소유자의 직접점유를 인정하기 위한 법률관계가 형성되어 있어야 한다. 독일민법 제930조는 구체적인 간접점유관계를 합의할 것을 요구하고 있으나, 양도담보를 합의하는 것으로 간접점유관계의 성립이 충분한 것으로 인정된다. 그러므로 소비대차, 임대차 또는 수탁관계 등에 관한 합의는 필요하지 않고, 담보계약 자체가 독일민법 제868조에서 의미하는 완전히 효력있는 간접점유관계를 형성한다. 이러한 간접점유관계로부터 담보설정자는 목적물을 계속해서 점유하고 이용할 수 있는 권리를 취득한다. 그러나, 담보설정자는 경우에 따라서는 담보계약을 근거로 담보권자를 위하여 목적물을 보존하고 그에게 환가를 위하여 인도하여야 할 의무가 부가된다.

양도담보의 설정을 위해서는 특별한 형식을 요하지 않으나, 자신의 현재의 재산 또는 그의 일부를 양도하거나 이에 용익권을 설정할 의무를 부담하는 계약과 같은 독일민법 제311조<sup>46)</sup>의 경우에만 형식을 필요로 한다.<sup>47)</sup>

## 2) 양도담보의 대상

양도담보의 목적을 달성하기 위하여 이론적으로는 단지 동산만이 아니라 부동산도 양도의 대상으로 할 수 있다. 그러나 부동산에 대한 양도담보는 오늘날의 신용거래에서 거의 실질적 의미를 갖지 못한다. 금전소비대차의 차주(Dahrlensnehmer)가 담보가치가 충분한 토지를 처분할 수 있는 권능이 있는 경우에, 이 부동산에 대해 담보목적으로 양도담보를 설정하는 것보다는 저당권 또는 담보를 위한 토지채무를 설정하는

46) 제311조(현재산의 양도에 관한 계약) 당사자 일방이 자기의 현재산 또는 그의 일부를 양도하거나 또는 이에 용익권을 설정할 의무를 부담하는 계약은 공증인이 작성한 기록을 필요로 한다.

47) Weber, Kreditsicherheiten Recht der Sicherungsgeschäfte, 6. Aufl., 1998, München, S.S.146~147.

것이 더욱 간편하고 비용 또한 저렴하며 세법상으로 유리하게 된다.

토지를 양도담보의 목적물로 하기 위하여는 독일 민법 제313조에 의하여 공증인의 증서작성을 요하므로, 그 절차가 복잡할 뿐만 아니라 이에 관한 양도담보의 이행행위는 토지 취득세의 의무가 부가되어, 저당권이나 토지채무를 설정하는 것에 비하여 비용도 증가된다.<sup>48)</sup>

또한 저당권 등의 방법으로 부동산(특히 토지)을 담보하고 있는 경우 소유자는 목적물의 점유를 그대로 보유하고 있다. 그 이외의 경우에 관하여는 독일 민법 제925조 제2항에 의하여 일정한 조건이나 기한을 붙인 부동산소유권이전의 합의는 무효가 된다. 따라서, 양도담보의 목적물은 동산만이 가능하다고 본다. 그리고, 개별적 동산을 양도담보의 목적물로 하는 경우와 창고의 상품과 같이 개별적인 동산 전체를 하나의 단위로 양도담보를 설정하는 집합동산양도담보의 경우는 구별되어야 한다.

#### (가) 개별 동산에 대한 양도담보

##### ① 담보설정자의 물건에 대한 소유권·기대권

담보설정자의 소유권에 속하는 물건은 담보목적물이 될 수 있다. 또한, 담보설정자에게 소유권이 귀속되어 있지는 않으나, 양도담보된 목적물에 대한 기대권이 담보설정자에게 귀속되어 있는 경우에도 양도담보의 목적물이 될 수 있다.

소유권유보부 매매에 의하여 성립된 기대권의 양도는 특정성의 원칙을 충족시켜야 하고 장래에 발생할 기대권도 양도될 수 있다.<sup>49)</sup> 소유권유보부 매매에서는 매도인이 매매목적물의 소유권자로 남아 있고, 매수인은 기대권만을 보유한다. 매수인이 그의 기대권을 가지고 행사하는 것과 마찬가지로 매도인은 그에게 유보된 소유권을 대출이

48) Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, 2 Aufl., 1993, Heidelberg, S.S. 24~25.

49) Reich, Sicherungsübereignung, S.S.44~45.

나 용자를 위한 목적으로 인도할 수 있다. 즉, 소유권이 유보된 매도인은 매매대금채권을 담보하기 위하여 유보된 소유권을 담보로 하는 담보권자가 된다.

유보부 소유자와 기대권자의 권리가 충돌하는 경우에 유보부 소유자의 권리가 우선한다. 유보부 매도인은 매매목적물의 간접적 자주점유자로서 그의 권리를 독일 민법 제931조와 제930조에 의하여 양도할 수 있다. 이 때 담보권자는 매수인이 가지고 있는 기대권이 그에게 부담이 되지 않는다는 사실을 주장할 수 없고 담보권자는 소유권유보부 매도인과 매수인의 법률관계를 인식하고 매수인의 기대권이 부담으로 남아 있는 유보부 소유권을 취득한다.

매수인이 계약상의 신의칙에 따라 행위한 경우 담보권자는 매수인의 기대권을 침해할 수 없고, 매매대금채무의 완전한 이행 이후에는 매수인의 소유권 취득을 방해할 수 없다. 이러한 경우에 담보권자는 자신이 가지고 있는 담보가치를 상실하지 않기 위하여 매매계약에서 발생하는 채권을 함께 양도하여야 한다.

## ② 특정한 권리설정의 대상으로 할 수 없는 물건

다른 물건의 본질적인 구성부분, 특히 토지의 본질적인 구성부분은 독일 민법 제93조에 의하여 분리할 수 없다.<sup>50)</sup> 따라서, 그 본질적 구성부분에 대해서는 양도담보가 성립될 수 없고, 이미 양도담보가 설정된 경우에는 독일 민법 제947조 제2항<sup>51)</sup>과 제946조<sup>52)</sup>에 의하여 특정한 권리설정의 가능성이 종결되는 때에 그에 대한 양도담보도 소멸한다.

50) 제93조(본질적인 구성부분) 어떤 한쪽을 파괴하거나 또는 그의 본질을 변화케 하지 아니하고서는 서로 분리할 수 없는 물건의 구성부분(본질적 구성부분)은 특별한 권리의 목적으로 할 수 없다.

51) 제947조(동산과의 부합) ②수개의 물건 중 1개의 물건을 주물로 인정하여야 할 경우에는 그 물건의 고유자는 단독소유권을 취득 한다.

52) 제946조(부동산과의 부합) 동산이 부동산과 부합하여 그 부동산의 본질적인 구성부분이 되는 경우에는 부동산소유권은 그 동산에 미친다.

공장의 기계들은 기계와 건물이 서로 분리할 수 없는 일체를 형성하지 않는 한, 원칙적으로 토지의 본질적 구성요소가 아니다. 현대적인 임대주택이나 호텔 등의 난방시설은 이러한 건물이 그 시설물에 의하여 특별한 특성을 갖추게 되는 경우에는 본질적 구성부분이다. 일반적으로 건물은 독일 민법 제95조와 같이 단순히 일시적인 목적에 의하여 토지에 부착된 경우가 아니라면, 분리하여 특정한 권리의 목적이 될 수 없다.

### ③ 기 업

하나의 기업은 그 자체로서 담보를 위하여 양도될 수 없다. 따라서, 담보설정자는 기업에 속하는 개별적인 구성물(Gegenstände)을 분리하여 양도하여야 한다. 개별적 구성물에 각각 양도담보를 설정하는 것은 가능하다.

기업이 가지고 있는 채권은 채권양도담보(Sicherungsabtretung)에 의하여 양도할 수 있다. 그러나, 이러한 원칙은 기업의 양도담보에서 구성물 전체(동산, 채권 등)에 대한 개별적인 각각의 구성물들은 물품목록(Sammelbezeichnung)에 의하여 표시될 수 있는 범위 내에서 변경될 수 있고, 이 물품목록은 특정성의 기준을 충족시켜야 한다.<sup>53)</sup>

#### (나) 창고물품의 양도담보

##### ① 특정성의 원칙

창고물품의 양도는 법적으로는 물건에 대한 양도담보이며, 경제적인 측면에서는 가치에 대한 양도담보이다. 그러므로, 특정성의 원칙(Bestimmtheitsgrundsatz)은 창고물품의 양도라는 특성이 포함되어 있어야 한다. 독자적으로 양이나 가치가 한정된 양도는 특정성의 원칙상 허용되지 않는다.

53) Reich, Sicherungsübereignung, S.S.49~50.

그러나, 가치조항(Wertklausel) 또는 수량조항(Mengeklausel)이 창고 전체 또는 일정하게 구체적으로 나타낼 수 있는 공유지분이 양도되는 방식으로 실제로는 물품에 관한 조항인 경우에는 예외적으로 인정되고 있다. 또한, 창고물품 전체에 대한 목시에 의한 양도도 가능하다.

## ② 구성물이 교체되는 창고물품

일반적으로 창고물품의 양도는 단지 현재 또는 장래의 구성물(예컨대, 새로이 반입되는 물건, 대체물, 완성품 등)을 포함한다. 이 경우 특정성의 원칙에 관해서는 장래에 반입되어야 할 물품을 고려하여 당사자간의 합의사실을 알 수 있는 제3자가 소유권 양도의 시점에 외부에서 인식할 수 있는 행위에 의하여 어떠한 물품이 양도되어 졌는지를 알 수 있을 경우 특정성에 대한 요건은 충족되어 졌다고 한다.

거래계에서는 이러한 요건을 충족하기 위하여 특정창고담보계약(Raumsicherungsvertrag)과 표시계약(Markierungsvertrag)의 방식이 사용되고 있다.

특정창고담보계약에 의하여 일정하게 표시된 창고는 그때 그때마다의 구성물들이 담보목적물이 된다. 이 계약은 창고의 위치, 그의 특성 표시(Kennzeichnung), 창고 내에 보관되어 있어야 할 최소한도의 구성물(소위 최소보전조항, Mindestdeckungsklausel), 담보설정자의 처분권한, 정당한 처분시 청구권의 선양도 그리고 새로운 반입물품의 편입(Eingliederung) 등을 표시하여야 한다. 담보계약의 설정 이후에 목적물을 다른 창고로 옮겨놓거나, 물건들을 다른 물건으로부터 분리하여 놓거나, 혼합하거나, 특정하지 않는 것 등의 사실에 대하여 독일연방법원은 이를 담보권자의 소유권을 훼손하는 것으로 보고 있다. 반면, 기존의 물품을 다른 창고로 옮긴 때에는 새로이 반입된 물품이 양도담보의 목적물에 포함된다.

표시계약의 경우, 일반적으로 물건을 분리하여 입고하는 것은 담보물건의 특별한 특성을 고려하여 가능하지 않은 경우가 있다. 그러므

로 실무에서는 담보목적을 위하여 창고물품을 양도할 수 있는 두 번째의 가능성으로서 표시계약 방식을 이용하고 있다. 표시는 다양한 방식으로 행할 수 있다. 예를들어, 상품목록(Inventar)으로 담보를 위하여 양도된 목적물을 인수하는 방법, 라벨을 부착하는 것 또한 목적물 자체에 그 이외의 방식으로 표시하는 방법 등으로 할 수 있다. 양도될 것으로 예상되는 물건의 경우 표시하는 것이 동시에 실행행위가 된다. 표시계약을 근거로 작성된 상품목록(Inventar)은 양도담보의 구성부분이 된다. 상품목록은 특정성의 기준(Bestimmtheitskriterium)을 충족시켜야 한다. 즉 물품이 단지 그 양이나 가치만이 표시되어서는 안 된다. 구체적으로 어떠한 물건들이 양도되었는지를 단순히 장부나 문서의 교환, 당사자에게 조회하는 것으로부터 알 수 있는 경우 특정성의 요구는 충족되지 않은 것이다.<sup>54)</sup>

### 3) 양도담보계약

양도담보는 소유권 양도의 특별형태로서 다른 물권법적인 권리와 마찬가지로 무인성의 원칙(Abstraktsprinzip)이 인정된다. 소유권 이전의 목적을 설정하는 것과 담보설정하는 것과 담보설정자와 담보권자 사이의 내부관계에 대한 채권법적인 구성은 양도담보의 기초인 담보합의로부터 발생한다. 더 나아가 담보합의는 일면에서는 물권법상의 구성요건과 담보채권사이의 연결(Verknüpfung)관계를 결정하여, 물권적인 양도, 채권법상의 담보합의 그리고 보증되는 채무라는 3단계의 법률관계를 구성한다.

담보합의의 결정적인 기준이 되는 것은 담보설정의 목적이다. 담보설정의 목적은 일차적으로 양도담보를 다른 소유권의 양도와 구별하는 것을 가능하게 하며, 이것으로 소유권양도에 대하여 독일민법이 인정하고 있는 기본원칙은 무인성의 원칙을 제한하는 것을 가능하게 한다. 또한 담보목적은 계약상의 개별적 규정들이 결여된 경우에 당

54) Reich, Sicherungsübereignung, S.S.53~54.

사자들 사이의 법률관계를 규정하고 전형적인 특징을 표시하는 것을 가능하게 한다. 결국 담보목적은 당사자들이 의도하는 것에 일정한 한계를 정하여 주는 역할을 한다.

담보설정의 목적에 의하여 양도담보는 목적물의 양도가 아니라, 단순히 채권의 보장을 목적으로 포함하는 것으로, 특히 질권과 같은 법률행위와 유사하다. 이러한 이유에서 양도담보를 질권자와 질권설정자 사이에 법률규정을 유추적용할 수 있는 비전형적인 질권(atypisches Pfandrecht)으로서 이해하려고 시도도 있다.

양도담보의 법적인 근거인 담보합의에는 우선 담보설정자의 특정한 동산에 대한 소유권을 담보권자에게 설정하도록 하는 담보설정자의 의무와 담보설정자의 점유 하에 있는 목적물을 합법적으로 다루고 보증해야 할 담보설정자의 의무 및 담보목적물을 합법적으로 환가하여야 할 담보권자의 의무를 포함한다.

담보에 대한 합의로부터 담보권자의 권리에 대한 제한이 발생하는 것이 아니다. 우선 양도담보는 단지 채권자의 담보를 목적으로 존재하는 것이지 채권의 만족을 위하여 존재하는 것이 아니다. 비록 채권자에게는 목적물에 대한 완전한 소유권이 이전되지만 채권자는 이를 담보목적물을 무효화 하게 될지도 모르는 그러한 방법으로 처분하는 것은 허용되지 않는다. 채권자는 담보설정자의 재양도청구권에 불이익을 주거나 이를 무효로 할 수 있는 처분을 할 수 없다. 담보권자가 목적물을 채권의 만기 이전에 제3자에게 양도한 경우, 그는 담보에 대한 합의(Sicherungsabrede)로부터 발생하는 의무를 훼손한 것이고 그 행위에 대하여 책임이 있는 경우에는 독일민법 제280조<sup>55)</sup>에 의하여

55) 제280조 (책임있는 급부불능시의 손해배상) ①채무자가 책임져야 할 사정으로 인하여 급부가 불능하게 되는 범위에서 채무자는 채권자에 대하여 불이행으로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 한다.

②일부불능인 경우에 있어서 일부의 이행이 채권자에게 아무런 이익을 주지 아니하는 때에는 채권자는 아직 급부가 가능한 부분을 거절하고 전채무의 불이행으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다. 이 경우에 약정해제권에 관한 제346조 내지 제356조의 제 규정을 준용한다.

담보설정자에게 손해배상의 의무가 있다.

담보소유권이 단지 특정된 금전소비대차를 담보하여야 한다는 것 이외에, 은행에 있는 다른 채권에 대하여도 보증하여야 한다는 방식으로 담보합의에서 담보목적물을 확장하는 것은 약관규제법 제3조56)에 의하여 예측불허의 약관조항(ein überraschender Klausel)으로서 무효이다.

양도담보에도 무인성의 원칙이 적용되므로 이 원칙에 의하여 근거가 되는 담보합의(Sicherungsabred)에 의존하지 않고 유효하므로, 담보합의의 무효에 의하여 직접적으로 영향을 받지 않는다. 그러나 이 경우에 담보설정자는 담보권자가 그의 급부로 인하여 담보소유권을 법적인 근거없이 취득한 것이므로, 독일민법 제812조 제1항 제1문57)에 의하여 재양도청구권(Rückübertragungsanspruch)을 보유한다.

담보합의에 의한 담보의 목적은 채권만이 아니라, 담보목적물도 또한 최소한 특정할 수 있도록 해석될 것을 요구한다. 담보권자의 현존하는 채권 또는 장래의 채권을 채무불이행의 경우에 대비하여 장래의 일정한 시기에 담보를 양도하는 방식으로 보증한다는 단순한 약속은 담보합의가 아니다. 이러한 원칙은 담보를 설정하거나 또는 담보를 증가시키는 것에 대하여 은행거래약관(Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken) 제19조 제1항을 근거로 하는 은행의 청구권에 대해서도 인정된다.

단순한 담보합의는 특정할 수 있으나 양도담보의 목적물을 특정할 수 없는 경우에는 이는 담보권자에게 담보물을 양도하라는 채권법적인 청구권만을 인정하게 되는 것이 논리적인 결론이므로 이는 무효라고 할 것이다. 학설과 판례는 이에 대해서 회의적인 시각을 가지고 있으며 개별적인 사안에 따라서 결정하도록 하고 있다. 즉 이와 관계

---

56) 제3조 (예측불허의 조항) 제반사정과 계약의 외관상의 모습에 의하여 사용자의 계약의 상대방이 고려할 필요가 없을 만큼 일반적이지 않은 보통거래 약관의 규정들은 계약의 본질적인 부분이 되지 않는다.

57) 제812조 (반환의무) ①타인의 급부 또는 기타의 방법으로 타인의 비용에 의해 법률상의 이유 없이 이득을 얻은 자는 이를 그 타인에게 반환할 의무를 부담한다. 법률상의 이유가 후에 소멸하거나 또는 법률행위의 내용에 따라서 급부가 목적인 결과를 발생하지 아니한 때에도 이 의무가 발생한다.



하여 학설과 판례는 담보설정자 또는 점유매개자가 담보의 목적에 대하여 알고 있는 경우에만 항변권을 인정한다.<sup>58)</sup>

#### 4) 양도담보의 피담보채권

담보합의는 모든 채권에 대한 담보를 목적으로 할 수 있다. 담보합의에 의하여 장래의 채권도 보장될 수 있다. 채권의 변경이나 추후의 확장은 담보합의에서 예측된 경우나 당사자들에 의하여 형식없이 합의가 된 경우에만 가능하다. 담보설정자의 조건부 재양도청구권이 채권자에게 양도된 경우 또는 채권자에 의하여 질권설정이 된 경우, 담보설정자의 채권자는 담보설정자와 담보권자가 합의에 의하여 담보를 추후에 확장하는 것을 감수하여야 한다.

담보는 다른 보증수단 후에 보충적으로만 책임지도록 설정될 수 있다. 물론 이러한 보충성의 합의는 양도담보의 경우에는 거의 사용되지 않는다. 또한 특별한 규정없이 담보목적물은 이자 등과 같이 채권의 부대비용에 대해서만 책임지기도 한다.

#### 6) 양도담보 당사자의 법적 지위

##### 가) 양도담보권자

##### ① 소유자로서 담보권자

담보권자는 제3자나 담보설정자에 대하여 소유권자이다. 담보권자가 외부관계까지 포함하는 것이 아니라 단지 내부 관계에 있어서만 소유권자라는 의미의 상대적인 소유권의 개념을 독일민법은 인정하지 않는다. 다만 내부관계에 있어서 담보권자는 담보목적물로부터 인정되는 제한을 갖는다.

58) BGH v. 18. 10. 62, WM 62, 1350 창고관리인(Lagerhalter)이 한정되지 않은 양도담보의 경우에도 불구하고 담보목적에 대하여 알고 있는 경우에는 표면상의 담보권자에 대하여 그의 법률상의 질권이나 유치권을 주장할 수 없다.

② 담보권자의 점유권

양도담보의 경우 담보권자는 독일민법 제930조에 의하여 단지 간접 점유자로 인정된다. 담보권자가 자주점유자인지 또는 타주점유자인지의 여부는 논쟁이 되고 있다.

어떠한 경우든 환가에 앞서 다양하게 단계화된 점유가 생성된다. 즉 담보설정자는 우선적으로 직접적 타주점유자이다. 담보권자는 간접적 타주점유자이고 담보설정자에게 간접적인 자주점유를 매개한다. 담보권자는 당사자들의 의사에 의하여 소유권자가 되는 것이고 그것으로 인하여 자주점유를 취득한다. 소유권과 자주점유를 분리하여 이론 구성하는 것은 가능할 수 없다.

③ 담보권자의 처분권

소유권자로서 담보권자는 담보물에 대한 처분권을 가지고 있다. 그러나 이러한 권한은 담보라는 목적에 의하여 내부관계에서 제한된다. 환가에 앞서 담보권자는 담보물을 다시 취득(Rückerwerb)할 담보설정자의 권리를 해하여서는 안 된다. 담보권자는 단지 계속적인 양도담보의 목적으로 담보물을 처분할 수 있고 이를 위하여 담보목적의 지속적으로 존재하고 있어야 한다.

④ 목적물 반환에 관한 권리

소유자로서 담보권자는 목적물을 언제든지 담보설정자로부터 반환 청구할 수 있다(독일민법 제985조<sup>59)</sup>). 그러나 담보권자의 소유권에는 담보설정자의 채권법상의 점유권이 대립되어 있다(독일민법 제986조 제1항 제1문<sup>60)</sup>). 특히 담보권자는 담보설정자로부터 담보물의 인도와

---

59) 제985조 (반환청구권) 소유자는 점유자에 대하여 물건의 반환을 청구할 수 있다.

60) 제986조 (점유자의 항변권) ① 점유자 또는 점유자가 승계한 권리를 승계한 간접 점유자가 소유자에 대하여 점유할 권리를 가진 경우에는 점유자는 물건의 반환을 거절할 수 있다.

채무의 변제를 동시에 청구할 수 없다.

종종 계약에서 담보권자가 언제든지 목적물의 반환을 요구할 수 있는 권리를 포함하고 있는 경우가 있다(예를 들어 자력구제조항). 그러나 이러한 조항이 담보권자가 담보물을 언제든지 담보설정자의 의사 없이 또는 그의 의사에 반하여 자신에게 반환할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 자력에 의한 행사는 이러한 조항이 있음에도 불구하고 금지된다(독일민법 제858조<sup>61)</sup>). 자력구제권은 이와 같이 제한적인 의미로 단지 중대한 이유가 있는 경우에만 허용되고 담보설정자의 행위에 대한 고려 없이 자의적인 목적물의 박탈(Wegnahme)은 허용되지 않는다. 한편, 담보설정자가 계약상의 의무와 보관의무(Obhutpflicht)를 침해한 경우에 자력구제권을 인정할 수 있는 중대한 이유가 있다고 본다. 또한, 담보설정자는 가처분(einstweilige Verfügung)에 의하여 그의 권리를 보증할 수 있다.

#### 나) 채무변제 이전의 담보설정자

##### ① 재양도에 대한 조건부 청구권

담보설정자는 채무변제에 앞서 담보물의 재양도에 대한 정지조건부 청구권을 가지고 있다. 이 청구권은 직접적으로 담보목적물로부터 발생하는 것으로 변경할 여지가 없다.

청구권은 양도될 수 있다. 다수설에 의하면 이것은 양도가능성이 배제되지 않은 한, 채권양도(Form der Zession)의 형식으로 이루어진다. 이는 장래의 청구권의 양도에 관한 것이 아니라 조건부이기는 하지만 현재의 청구권의 양도이다. 양도를 위하여 필요한 특정가능성(Bestim-

61) 제858조 (불법한 私力) ①점유자의 의사에 의하지 아니하고 그의 점유를 침탈하거나 방해하는 행위는 법률이 그 침탈 또는 방해를 허가하지 아니하는 한 위법이다(불법한 사력).

②불법한 사력으로 인하여 취득한 점유는 하자있는 것이다. 점유자의 승계인이 종전 점유자의 상속인이거나 점유취득시에 종전 점유자의 점유의 하자를 알았던 경우에는 이 승계인에 대하여 하자로써 대항할 수 있다.

mbarkeit)은 채무변제의 시점에서가 아니라 양도의 시점에서 주어져야 한다. 재양도의 청구권이 존재한다는 것이 담보합의에 표시된 경우 특정가능성의 요구(Bestimmbarkeiterfordernis)가 충분히 이루어진 것으로 보아야 한다. 조건이 개시된 시점(즉 채무변제의 시점), 재양도의 청구권의 가치 그리고 현존하는 담보물이 고시되어야 할 필요는 없다.

담보권자와 그의 권리의 승계인은 담보합의로부터 그들에게 귀속하는 모든 이의제기의 권리로 취득자에게 대항할 수 있다(독일민법 제 404조<sup>62)</sup>). 담보설정자의 청구권이 이미 양도되거나 담보권자가 독일민법 제401조<sup>63)</sup>를 유추적용 함으로써 자신의 보증인에 대하여 이를 양도할 것이 의무지워진 경우나 보증인이나 이전의 양수인은 담보설정자의 권리승계인에 우선한다. 담보설정자가 보증인에게 이를 양도할 의무가 부가되지 않은 경우, 이는 계속해서 질권이 설정될 수 있다. 또한 독일민법 제267조 제2항에 의하여 발생된 담보설정자의 이의권(Widerspruchsrecht)은 재양도청구권에 대한 질권설정과 양도를 포함하고 그 결과 질권자는 담보를 상환할 수 있다.

## ② 담보설정자의 점유권

담보설정자는 타주점유자로서 담보권자를 위한 점유매개자로서 점유한다.<sup>64)</sup> 담보설정자나 조건부 재양도청구권의 양수인은 담보권자나

---

62) 제404조 (채무자의 이의) 채무자는 채권양도의 당시 이미 종전의 채권자에 대하여 성립하였던 이의으로써 신채권자에게 대항할 수 있다.

63) 제401조 (담보권 및 보증의 이전) ①채권에 대하여 존재하는 저당권, 선박저당권 또는 질권 및 채권의 보전을 위하여 설정한 권리는 양도한 채권과 함께 신채권자에게 이전한다.

②강제집행 또는 파산의 경우를 위하여 채권과 결부된 우선권은 신채권자도 주장할 수 있다.

64) 담보설정자가 자주점유자일 수 있는지의 여부는 의문시 된다. 이와 관계하여 Raiser의 양도담보의 다단계 점유이론을 받아들여서는 안 될 것이다. 이는 다만 일면에서는 담보설정자가 담보권자를 위하여 점유하고자 한다는 측면에서 타주점유자나 반대로 재양도의 청구권은 자신을 위하여 점유하고자 한다는 것과 관계한다. 이러한 이론구성을 함으로써 판례는 담보설정자는 전형적인 타주점유자와 동일하게 이해하지는 않고 있다(Reich, Sicherungsübereignung, S.88).

그의 권리승계인에 대하여 채권법상의 점유권을 가지고 있다(독일민법 제986조). 여기서 담보설정자는 자신의 점유 하에 있는 담보물을 통상의 주의를 기울여 다루어야 할 의무가 부가된다.

### ③ 사용권(Gebrauchsrecht)

통상적으로 담보합의에서 담보설정자에게는 무상의 사용권과 이용권이 인정된다. 이 권리는 그때 그때마다 일정한 형식을 취하는데 이에 의하면 담보설정자는 수탁자로서 또는 사용임대차의 借主로서 목적물을 점유한다.

담보합의에서 당사자들은 이용권을 좀 더 상세히 규정할 수 있다. 담보설정자에게 유상의 이용권을 인정하는 것은 담보의 목적에 모순이 되는 것으로 따라서 단지 이를 합리화 할 수 있을 만큼의 중대한 이유가 있는 때에만 허용된다.

특정된 전형적인 이용권은 양도된 목적물의 종류에 따라서 정하여진다. 유통자산의 창고의 경우에 목적물에 대한 이용이 소비의 형태로 이루어지는 것은 허용된다. 그러나 목적물의 사용이 담보의 목적을 위협할 정도가 되어서는 안 된다.

### ④ 보존의무(Erhaltungspflicht)

설정자는 사용권에 상응하여 보존의무가 있다. 보존의무에 대해서는 담보목적에 근거로 하여 좀 더 엄격한 기준이 제시될 수 있다. 담보설정자는 무상의 위탁계약에서와 마찬가지로 자기의 사무에 상응하는 주의의무 정도(제690조)만이 아니라 거래상 필요한 주의의무가 부가된다(제276조<sup>65)</sup>).

65) 제276조 (자신의 유책에 대한 책임) ①채무자는 다르게 규정하지 아니하는 한 고의 및 과실에 대한 책임을 진다. 거래상 필요한 주의를 태만히 하는 자는 과실이 있는 것으로 한다. 이 경우에는 제827조, 제828조의 규정을 적용한다.

②고의로 인한 채무자의 책임은 미리 이를 면제할 수 없다.

책임의 범위는 담보합의와 담보목적물의 종류에서 정하여진다. 또한 명백한 합의가 없는 경우에는 담보설정자는 담보의 목적을 위태롭게 하는 모든 상황(예컨대, 질권의 설정)을 담보권자에게 통지하여야 한다.

⑤ 처분권(Verfügungsrecht)

담보설정자는 그의 조건부 재양도청구권을 처분할 수는 있으나 담보 목적물 자체는 처분할 수 없다. 물론 담보권자는 담보설정자에게 담보합의에서 처분권을 부여할 수 있다. 또한 처분권을 담보권자의 동의에 좌우 되도록 할 수 있다.

특히 유통자산의 창고의 경우와 같이 특정한 담보 목적물의 경우에서처럼 일반적으로 담보권자에 의하여 처분을 배제시킬 수 없는 법률상의 처분권은 담보물의 종류에 의하여 성립되는 것이다. 배제조항(Ausschlussklausel)이 정당한 근거 없이 체결된 경우에는 담보설정자의 처분의 자유를 과도하게 침해하게 될 것이고 이는 양속위반을 원인으로 무효가 될 것이다. 대체물을 양도하여야 하는 담보설정자의 계약상의 의무도 이에 부합한다. 실무에서는 이는 목적물의 처분으로부터 발생하는 채권의 포괄적 양도의 형태로 나타난다.

법률상 또는 계약상의 처분권이 담보설정자에게 인정되고 있는 경우에도 이는 단순히 담보라는 목적의 범위 내에서 행사될 수 있을 뿐이다. 즉 담보설정자는 담보물을 낭비해서는 안 된다. 담보설정자에게는 계속해서 양도담보를 행하는 것이 허용되지 않는다. 물론 첫 번째 담보권자가 부여하였고 그에게 상환되어야 할 소비대차의 융자를 위하여 제2차로 양도담보를 설정하는 경우에 이는 허용된다고 할 것이다. 흔히 제2차의 양도담보는 담보권자에게 불이익을 주지 않는 한 재양도청구권을 내용으로 하는 채권을 양도하는 방법으로 설정되고 있다.

다) 채무변제 이후 담보설정자의 법적 지위

① 재양도청구권

담보설정자가 보증된 채무를 부대비용까지 포함하여 완전히 변제한 이후에는 재양도에 대한 무조건적인 청구권을 갖는다. 이 청구권은 담보의 목적으로부터 직접적으로 발생하고 따라서 계약으로 이를 배제할 수 없다. 또한 인적 채무자의 변제로 또는 담보설정자 자신의 변제로 제3채무를 보증한 담보설정자에 대하여도 재양도의 청구권이 성립한다. 담보설정자가 직접 변제한 경우 그는 인적 채무자에 대하여 상환청구권(Rückgriffsanspruch)을 갖는다.

보증된 채권이 단지 일부 변제된 경우 부분적인 재양도청구권은 성립되지 않는다. 이 경우에는 과잉담보(Übersicherung)의 원칙이 적용된다.

② 소유권의 재취득

담보설정자는 해제조건부 양도담보가 체결되지 않은 이상, 담보물에 대한 소유권을 자동적으로 다시 취득하게 되는 것은 아니다. 여기서 소유권유보부매매의 매수인의 법적인 지위와 구조적 차이가 발생한다. 소유권유보부매매의 매수인은 독일민법 제455조에 의하여 대금의 완불 이후 유보부목적물의 소유권을 취득한다. 담보권자는 담보의 목적물을 담보설정자에게 성립하는 무조건적인 재양도 청구권을 이행하기 위하여 다시 양도하여야 한다.

반환의 의사표시는 담보설정자, 그의 대리인 그리고 그의 권리승계인에게 행하여져야 한다. 채무가 담보설정자가 아닌 제3자에 의하여 상환된 경우에 담보설정자에게 재양도하는 것은 반환으로 되지 않는다. 더 나아가 제3자가 담보설정자의 계산으로 상환되지 않은 때에는 소유권이 이 제3자에게 이전되어야 한다고 가정한다. 그러면 제3자는 담보권자의 직접적인 소유권을 담보설정자의 중간취득의 단계를 거치

지 않고 직접 취득한다. 담보설정자는 그러한 권리를 특별히 조건으로 정하지 않은 이상 제3자의 상환에 대하여 이의를 제기할 수 있다(독일민법 제267조 제2항).

③ 양수인의 재양도청구권 취득

담보설정자가 그의 재양도청구권을 양도하거나 담보로 잡히거나 또는 이 청구권에 질권이 설정되거나 압류를 위하여 이전된 경우에, 일반적으로 양수인은 담보권자로부터 직접적으로 위에 언급된 권리를 취득하지는 않는다. 이때는 담보권자가 특별히 양수인에 대하여 반환의 의사를 표시하지 않은 이상 담보설정자로부터 중간단계를 거치고 취득한다. 양수인은 담보설정자에게 귀속하는 청구권을 주장할 수 있고 양도담보설정자를 대리할 수 있다. 다른 부담이 설정되기 전에 재양도청구권이 양도된 경우에 양수인은 우선적인 지위를 취득한다.<sup>66)</sup>

#### 4. 소유권유보(Eigentumsvorbehalt)

(1) 의 의

특정의 물품을 가지고 이것을 담보를 위한 유형으로 이용하는 단순한 형태의 소유권유보는 독일민법 제455조를 그 법적인 근거로 하고 있다.<sup>67)</sup> 매도인은 독일민법 제433조 제1항 제1문에 의해 채권법상 매수인에게 소유권을 이전해야 할 선행의무가 있으나, 매수인의 반대급부인 매매대금의 완불이 있을 때까지는 소유권을 그대로 보유한다. 이는 독일민법 제929조 제1문의 물권적 합의가 매매가격의 완불이라는 정지조건(독일민법 제158조)과 결합된 구조를 나타낸다.

66) Reich, Sicherungsübereignung, S.S.91~94.

67) 독일민법 제455조 동산매도인이 대금지불이 있을 때까지 소유권을 유보한 경우, 의심스러운 때에는 소유권의 이전은 대금의 완불을 정지조건으로 행하여지는 것으로 해석하여야 하며 또 매수인이 지불에 관하여 지체에 빠지는 경우에는 매도인은 계약을 해제할 수 있는 것으로 해석하여야 한다.



대금의 완불이라는 조건이 성취될 때까지 매도인은 소유자로 남고, 매수인이 그의 대금지급의무와 관계하여 이행지체에 빠지는 경우 매도인은 매매계약을 해제할 수 있도록 계약해제의 조건을 완화하였다.<sup>68)</sup> 매도인의 매매계약의 해제로 매수인은 그에게 인정되었던 물건에 대한 직접적인 점유를 매도인에게 이전해야 한다. 이에 의해 간접적으로 자주점유자이던 매도인은 직접적 자주점유자가 된다. 그러나 매매계약이 계획대로 이행되어 정지조건이 완성되면 매수인은 소유자로서 물건에 대한 직접적 자주점유자가 된다. 즉 매수인의 매매가격의 완불까지 그의 물건에 대한 직접적 자주점유가 시간적으로 제한되어지는 방법으로, 매도인의 반환청구를 배제할 수 있는 간접점유의 권리를 갖는다.<sup>69)</sup>

소유권유보는 신용담보(Kreditsicherung)의 수단이다. 매도인은 선이행으로서 반대급부인 매매대금을 수령하지 않고 물품을 인도한다. 매도인은 소유권자로서 권리를 유지하고 독일민법 제985조에 의하여 매매물 반환을 요구하는 방식으로 매매대금이 합의한 바 대로 지불되지 않는 때에는 그의 상품신용(Warenkredit)을 통하여 자신의 권리를 보장한다. 반면에 매수인이 그의 매매대금을 정확하게 지불하면 그는 매매물을 점유할 권리를 갖게 된다. 소유권 유보를 전제로 하는 매매에서 점유의 권리는 독일민법 제986조에 의하여 반환청구권에 대응하는 권리이다. 소유권 유보를 전제로 하는 매매로부터 발생하는 점유권은 단순히 일시적이 아니라, 매수인이 계약상의 신의칙을 유지하고 결론적으로 소유권자가 되는 한 영속적으로 성립한다. 매수인은 그가 소유권자가 될지의 여부를 알고 있으므로 그는 이미 소유권을 취득하기 이전에 소유권자에 유사한 지위, 즉 소유권에 대한 기대권(Eigentumsanwartschaft)을 취득하는 것이다.

소유권유보는 또한 매매계약이라는 채권법적인 행위의 내용을 구성한다. 따라서, 매수인이 매매대금 지불의 이행지체에 빠진 경우에는

68) Weber, Kreditsicherheiten Recht der Sicherungsgeschäfte, S.170.

69) Bülow, Einführung in das Recht der Kreditsicherheiten, Jura, 1996 Heft 4, S.190.

매도인은 계약을 해제할 수 있다.<sup>70)</sup>

## (2) 매도인의 법적 지위

### 1) 해제권

#### 가) 독일민법 제454조와의 관계

독일민법 제455조는 매수인이 대금지불과 관계하여 이행지체에 빠진 경우 매도인에게 계약해제권을 인정하고 있다. 이에 반하여 소유권유보의 경우, 매도인이 계약을 이행하였고 대금지불을 유예한 경우 매도인은 독일민법 제454조<sup>71)</sup>에 의하여 해제권을 갖지 않는 것으로 이해하여야 한다.

제454조 규정의 근거는 매도인이 소유권의 공급(Eigentumsverschaffung)과 매매대금 지불이라는 상호 연관적인 채무관계를 지불기간을 유예하는 방법으로 스스로 완화시킨 때에는 이러한 매도인은 특별히 보호해야 할 필요가 없다는 점에 근거한다. 그러나 소유권유보부 매도인은 이러한 상호관계에 있는 채무관계를 완화시킨 것이 아니라, 소유권을 유보하고 있다는 것에 중점을 둔다면 유보부 매도인은 소유권을 직접 그의 수중에서 내어준 것이 아니다. 비록 유보부 매도인이 소유권을 조건부로 양도함으로써 그의 입장에서 필요한 것을 모두 행하였다고 할 지라도, 급부이행의 결과인 소유권의 양도는 여전히 발생하지 않은 것이다. 즉 상호관계적인 연결은 여전히 유지되는 것이다. 그러므로 소유권 유보부 매매에 독일민법 제454조는 적용되지 않는다고 할 것이다.<sup>72)</sup>

---

70) Bülow, Kauf unter Eigentumsvorbehalt, S.169.

71) 제454조 (해제권의 배제) 매도인이 계약을 이행하였고 또 대금지불을 유예한 경우 제325조 제2항 및 제326조에 규정된 해제권은 매도인에게 귀속하지 아니한다.

72) Larenz, Schuldrecht BT, 12. Aufl., 1981, S.96. ; Palandt BGB, 55. Aufl., 1996, §454 Rn. 2. 소유권 유보부 매매에서 마지막 분할금이 완불되는 때에 비로소 급부의 이행이 있는 것이고 제455조가 소유권 유보부 매매에는 적용되지 않는다고 한다.

## 나) 독일민법 제326조와의 관계

독일민법 제326조는 계약해제권의 실행에 있어서 상당기간을 정하여 급부수령을 거절하겠다는 표시를 할 것을 요구하고 있으나 소유권유보부매매에 대해서는 이를 필요조건으로 하지 않는다. 물론 매도인이 계약을 해제하고자 하는 것이 아니라 매수인에게 채무불이행이 이유로 손해배상을 청구하고자 하는 경우에, 매도인은 독일민법 제326조<sup>73)</sup>를 먼저 행하여야 한다. 이러한 가능성이 독일민법 제455조에 의하여 제한되는 것은 아니다.

이에 반하여 일차적으로 계약해제의 의사가 표시된 경우, 계약해제의 의사표시는 채무관계를 청산관계로 전환시키는 권리형성적(rechtsgestaltende) 의사표시이고, 이에 반하여 손해배상에의 요구는 기본적으로 채무관계를 전제로 하는 것이므로 매도인은 더 이상 채무불이행이 이유로 하는 손해배상을 청구할 수 없다.<sup>74)</sup>

## 2) 소유권의 귀속

매도인은 그의 매매대금 채권을 독일민법 제398조<sup>75)</sup>에 하여 양도하였을지라도 소유권자로 계속해서 남아있게 된다. 비록 권리이전에 관

73) 제326조 (지체시의 거절예고와 함께 하는 기간지정) ①쌍무계약의 당사자의 일방이 그 자기 부담할 급부에 관하여 지체에 빠져 있는 경우, 상대방은 급부의 실행에 관하여 상당한 기간을 지정하고 이 기간의 경과 후에는 급부의 수령을 거절할 뜻을 표시할 수 있다. 이 경우에 급부가 적시에 행하여지지 아니한 때에는 상대방은 기간의 경과 후에 불이행으로 인한 손해배상을 청구하거나 또는 계약을 해제할 수 있으며 이 경우에 이행의 청구는 할 수 없다. 기간이 경과할 때까지 급부의 일부실행이 없는 때에는 제325조 제1항 제1문의 규정을 준용한다.

②계약의 이행이 지체로 인하여 상대방에 대하여 아무런 이익도 주지 아니하는 때에는 상대방은 기간의 지정을 필요로 하지 아니하고 제1항에 규정된 권리를 가진다.

74) BGH NJW 1982, 1279.

75) 제398조 (채권양도) 채권은 채권자와 어떤 다른 자와의 계약에 의하여 다른 자에게 양도할 수 있다(채권양도). 계약을 체결함으로써 새로운 채권자는 중전의 채권자에 갈음한다.

한 독일민법 제401조에 의하여 질권과 그 이외의 담보권은 법률에 의하여 양도한 채권과 함께 새로운 채권자에게 이전되어야 하지만, 독일민법 제401조는 부종성이 있는 담보만을 포함하는 규정으로 소유권 유보는 이에 해당되지 않는다고 본다.

물론 이러한 사실이 매도인에게 새로운 채권자에 대하여 채권법적으로 소유권 양도의 의무가 부가될 수 있다는 것을 배제시키는 것은 아니다. 만일 새로운 매수인의 연대보증인이 유보부매도인이 양도한 매매대금채권에 대하여 매매대금을 지불하는 경우, 독일민법 제774조 제1항76)에 의하여 보증인에게 매매대금 채권이 이전하고 연대보증계약으로부터 보증인은 매도인에 대하여 유보된 소유권의 양도청구권을 갖는다.

매도인의 법적 지위는 그가 유보부 소유권자인 한 계속된다. 그가 이러한 법적인 지위를 잃는 것은 매수인 스스로에 의해서든지 또는 매수인을 위하여 제3자가 지불한 것이든지(독일민법 제267조77)) 매매대금의 완불이라는 합의된 조건이 시작되는 순간이다.

제3자의 급부에 대해서 매수인이 이의를 제기하는 경우 독일민법 제267조 제2항에 의하여 매도인은 매매대금 지불이라는 이행된 급부를 거절할 수 있다. 이와 같이 이행된 급부를 채권자가 거절하는 경우에도 매도인은 매수인이 이의를 제기하는 때에는 신의칙에 반하여 행할 수 없으므로, 독일민법 제162조 제1항에 의한 조건의 개시는 방해되지 않는다.

---

76) 제774조 (보증인에게로의 채권이전) ①보증인이 채권자를 만족시킨 한도에서 주채무자에 대한 채권자의 채권은 보증인에게 이전된다. 이 이전은 채권자에게 불이익한 때에는 주장할 수 없다. 주채무자와 보증인 간에 존재하는 법률관계에 의한 주된 채무자의 이의는 이로 인하여 영향을 받지 아니한다.

77) 제267조 (제3자에 의한 급부) ①채무자가 스스로 급부하여야 하는 것이 아닌 때에는 제3자도 급부를 할 수 있다. 이 경우에는 채무자의 동의를 요하지 아니한다. ②채무자가 이의를 제기하는 때에는 채권자는 그 급부를 거절할 수 있다.

## (3) 매수인의 법적 지위 : 기대권

소유권유보에 의하여 매수인은 매매대금의 완불까지 소유권자가 될 수 없으나, 독일민법 제986조에 의하여 점유의 권리가 인정되고 이러한 점유권은 독일민법 제985조에 의한 매도인의 반환청구권에 대립하는 권리이다. 그러나 점유에 대한 권한으로 유보부 목적물에 대한 매수인의 물권법적인 관계가 완전히 사라지는 것이 아니다. 더 나아가 매수인은 특별한 방법으로 목적물에 대한 소유권에 더욱 가까이 다가가는 것이다.

독일민법 제929조 제1문에 의한 물권적인 구성요건(dingliche Tatbestand)은 목적물을 이전하고 물권적 합의를 설명하고, 그의 유효성은 독일민법 제158조 제1항에 의하여 단지 매매대금의 완불이라는 조건의 성취에 의하여 좌우되는 것으로서 이미 완료된 것이다. 이로써 매수인은 매매대금을 지불함으로써 그가 소유권자가 되었는지 여부를 알게 된다. 그에 부합하여 매수인에게 소유권이 이전하는 것은 완전히 매도인의 임의의 의도에 의하여 좌우되는 것이 아니다. 그는 매수인에게 소유권이 이전하고 그에게서 소유권이 멸실되는 것을 저지할 수 있는 위치에 있지 아니한다. 매수인의 소유권 취득을 방해하는 매도인의 처분은 독일민법 제161조 제1항78)에 의하여 매수인에 대하여 효력이 없다. 이것으로 매수인은 소유권자와 근접된 법적인 지위를 갖는다. 이러한 법적인 지위는 위에서 언급한 바와 같이 단순히 기회나 희망, 취득 가능성 또는 채권적인 취득권(Erwerbsrecht)이 아니라, 이미 물권

78) 제161조 (성부미정의 시기시 처분의 효력불발생) ①어떤 자가 정지조건부로 어떤 목적물을 처분한 때, 그 자가 조건의 성부미정의 시기중에 그 목적물에 관하여 행하는 기타의 모든 처분은 이 처분이 조건에 의존하고 있는 효과를 멸실 또는 훼손하게 될 범위에서 조건성취시에 그의 효력을 발생하지 아니한다. 조건의 성부미정의 시기 중에 그의 효력을 발생하지 아니한다. 조건의 성부미정의 시기 중에 강제 집행 또는 가압류의 방법에 의하여 또는 파산관재인에 의하여 행하는 처분에 관하여도 동일하다.

적으로 보증된 것이다.<sup>79)</sup>

이러한 기대권은 매도인이 매수인에게 매매의 목적물을 이전하고 양 당사자가 매매대금의 완불이라는 전제하에 소유권을 매도인으로부터 매수인에게 이전한다는 것에 서로 합의함으로써 성립한다. 대개의 경우 소유권 유보는 매매계약에서, 일정한 서식에 의한 계약에서 그에 부합하는 조항에 의하여 또는 보통거래약관을 참고로 하여 합의된다.<sup>80)</sup> 이와 같이 소유권 유보가 매매계약에 의존하는 것은 매매계약이 무효인 경우에 매수인이 소유권에 대한 기대권을 취득하는 것을 저해한다. 이 때에는 매수인이 지불한 매매대금은 조건 성취의 결과를 유도하는 것이 아니며 단지 법적인 근거가 없는 급부가 될 뿐이다.

#### (5) 소유권유보의 특수한 형태

##### 1) 확장된 소유권유보(erweiterter Eigentumsvorbehalt)

확장된 소유권유보에서 소유권유보에 의하여 보장되는 목적물은 계약당사자의 법률행위에 의한 합의에 의하여 확장된다. 단순한 소유권유보에서는 유보부 목적물이 단순히 매매대금 채권을 보장해 주는 반면에, 확장된 소유권유보의 경우 유보부 목적물은 유보부 매수인에 대한 다른 채권까지도 담보한다.

원칙적으로 개개인간에 확장된 소유권유보를 합의하는 것은 허용된다. 보통거래약관(AGB)에서 확장된 소유권유보가 거래관계에서 발생하는 모든 채권들을 보증하는 형태로 이해하고 있는 경우, 그러한 약관 조항은 非商人간에는 효력이 없는 것으로 보고 있다. 확장된 소유권유보를 개개인간에 합의한 때에는 매매가격의 완불에도 불구하고 다른 채권으로 인하여 소유권이 이전되지 않는다는 방식의 약관규정

79) Bülow, Kauf unter Eigentumsvorbehalt, Jura, 1986 Heft 5, S.234.

80) Brox, Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers, Jus 1984, Heft 9, S.658.

에 의하여 매매계약의 주된 의무인 소유권의 이전의무가 계약의 목적을 위협하는 방식으로 제한된다. 그러므로 이 경우 제한된 범위에서 예외적으로 확장된 소유권 유보에 대한 정당한 이익이 약관에서 인정될 수 있을 뿐이다<sup>81)</sup>.

특히 상인들간의 거래관계에서 발생한 것이 명백한 채권들(für offene Forderungen)에 대하여 확장된 소유권유보는 유효하다<sup>82)</sup>. 과도하게 설정된 담보의 경우 반환청구권이 존재한다<sup>83)</sup>. 그러나 반환의무약관을 포함하지 않고 있다는 것이 확장된 소유권유보를 무효화 하지는 않는다. 이와 반대로 거래관계상(Geschäftsbeziehung) 보증되어야 할 채권이 당사자에게 아무런 관련성이 없는 경우에 확장된 소유권유보는 무효가 된다.

## 2) 연장된 소유권 유보(verlängerter Eigentumsvorbehalt)

유보부 매도인이 유보부 매수인에게 합법적인 업무집행과 경제운영의 범위 내에서 유보부 목적물을 처분할 권한을 인정한 경우에, 유보부 매수인이 목적물을 권한이 있는 제3자에게 양도하면 제3자는 독일민법 제929조와 제185조 제1항에 의하여 유보부 목적물에 대한 그의 유보부 소유권(vorbehalten Eigentum)을 상실한다. 이로써 유보부 매도인은 유보부 매수인이 매매대금을 지불하지 않는 경우에 손실을 보장해 줄 담보수단을 잃게 된다.

따라서, 신용담보(Kreditversicherung)의 특별한 형태로서 이러한 경우에는 유보부 매수인이 유보부 목적물을 제3의 매수인에게 연속적으로

81) Wolf, Sachenrecht, C.H.BECK, 2001. S.299.

82) BGH NJW 1994, 1154.

83) 전제조건으로 양도된 채권의 가액이 유보부 매도인에게 귀속되는 나머지 대금채권의 가액보다 현저하게 높을 경우 담보가 과도하게 되었다고 할 수 있다. 일반적으로 실현할 수 있는 담보 가치가 담보되어야 할 채권 가액의 20% 이상이 되는 경우 담보는 과도하다고 본다. 이 경우에는 독일민법 제157조와 제242조에 의한 보충적 계약해석 조항을 근거로 서로 명백하게 합의하지 않은 경우에도 반환의무가 존재하는 것으로 본다(Wolf, Sachenrecht, S.289).

매매함으로써 취득하는 장래의 채권을 유보부 매도인에게 양도할 것이 협의된다. 장래의 채권이 확정되거나 확정될 수 있는 경우에는 이것을 양도하는 것도 허용된다. 비록 양도의 시점에 일반적으로 채권의 액수나 제3취득자인 채무자의 존재에 대하여 알려지지 않을 수도 있다. 그러나 확정가능성을 위해서는 그 채권이 그 성립시에 다양한 방법으로 개별화시킬 수 있는 것으로 충분하다. 유보부 목적물이 연속하여 매매된 경우, 계산서나 인도증(Lieferschein)으로부터 채권의 액수와 채무자가 추정될 수 있다. 이로써 유보부 매도인에게 담보수단으로서 양도된 채권이 어떤 종류인지, 그 채권이 어느 정도의 액수에 달하는지 그리고 채권이 누구를 향한 것인지 등이 확정된다.

목적물의 연속적 양도로부터 발생하는 장래의 채권을 양도하는 것에 의하여 유보부 매도인이 이 채권의 소유자가 되기 때문에(독일민법 제398조 제2문) 원칙적으로 유보부 매수인은 이 목적물을 처분할 수 없다. 그러나, 이것은 유보부 매수인이 목적물을 연속적으로 양도할 수는 없으나, 제3취득자의 경우 매매가격이 상승하게 될 것이고 그에게 매매대금의 지급이 인정된다. 그러므로 유보부 매수인은 제3취득자에게 그의 사전양도를 공개하여야 하고 제3취득자로 하여금 유보부 매도인에게 매매대금을 지급할 것을 요구할 수 있다. 일반적인 경우에는 유보부 목적물을 연속하여서 양도할 권한과 동시에 유보부 매도인을 위하여 장래의 채권을 수취할 권한이 유보부 매수인에게 인정된다. 징수권한(Einziehungsermächtigung)으로 유보부 매수인이 제3취득자에 대한 유보부 매도인의 채권을 자기의 이름으로(im eigenen Name, 즉 독일민법 제164조 제1항에 의한 수권자가 아니라) 회수하거나 소송을 제기할 수 있다. 유보부 매도인은 그에게 양도된 채권의 채권자로서 처분권자로 남아있게 된다. 그러므로 채권에 대한 처분권이 없는 유보부 매수인에 의하여 이루어진 양도는 무효가 된다.



채권의 소유자로서 유보부 매도인은 유보부 매수인에게 부여되어 있는 징수권한을 취소할 수 있으며, 제3취득자에 대한 채권을 그 스스로 주장할 수 있다. 그러나 이에 부가하여 일반적으로 유보부 매도인이 유보부 매매로부터 발생하는 그의 채권을 유보부 매수인에 의하여 만족받지 못하고 있다는 것이 우선적인 전제로 되어야 한다. 왜냐하면 사전양도는 단지 담보를 목적으로 하는 경우에 성립되는 것이고, 우선 유보부 매수인의 지급이 지체된 경우에 현실화되는 것이기 때문이다.

유보부 매도인이 확장된 또는 연장된 소유권 유보에 추가하여 유보부 매수인의 또 다른 전매채권(Weiterverkaufs-forderung)까지 포함하는 포괄적 양도에 의하여 보증을 받는 것은 양속위반이다. 그러한 종류의 포괄적 채권양도(Global zession)는 반환약관이 없으면 채권자를 위협하는 과잉담보로서 관례에 의하여 제138조 제 1항을 근거로 무효가 된다.<sup>84)</sup> 과잉담보의 경우 가치의 경계부분(Wertgrenz)까지만 담보로 허용된다. 유보부 매수인이 담보의 반환을 청구할 수 없는 경우나 담보의 실현가격이 담보되는 채권의 20%를 초과하는 경우를 원칙적으로 부적절한 과잉담보로 보았다.<sup>85)</sup>

### 3) 연속된 소유권 유보(weitergeleitete Eigentumsvorbehalt)

유보부 매도인은 소유권유보라는 상황을 계속해서 유지하고 있는 상태에서만 유보부 목적물을 계속해서 양도할 수 있는 권한을 유보부 매수인에게 줄 수 있다. 이러한 경우에는 유보부 매수인은 소유권이 유보되어 있다는 것을 제3취득자에게 공개하여야 한다. 즉, 유보부 매수인은 목적물을 정지조건부로만 양도할 수 있고, 유보부 매도인은 지급된 매매대금 전체를 보유하게 된다. 유보부 매도인이 그의 매매대금 채권을 유보부 매수인으로부터 완전히 변제받은 후에 제3취득자

84) BGH NJW-RP 1990, 1525.

85) Weber, a.a.O., S.197.

는 유보부 목적물에 관한 소유권을 취득한다.

소유권 취득을 보증하기 위하여 제3취득자는 그가 유보부 매도인에게 그의 매매대금 청구권을 상환하도록 하는 것과 유보부 매수인에 대한 그 자신의 매매대금 채무의 이행을 상계하는 것을 유보부 매수인과 합의할 수 있다.

#### 4) 부진정 소유권 유보(Der uneigentliche Eigentumsvorbehalt)

부진정 소유권유보란 매수인이 매매대금을 완전히 지급하기 이전에 목적물의 소유권을 양도받기는 하되, 실제로 그가 매매대금을 완전히 지불하기 전에는 채권법상 이 목적물을 처분할 수 없다고 매수인과 매도인 사이에 협의가 이루어진 경우를 말한다. 그럼에도 불구하고 목적물에 질권을 설정하거나 담보를 위하여 양도하는 등의 방법으로 매수인이 목적물을 처분한 경우에 이는 독일민법 제137조 제1문에 의하여 유효한 것으로 본다.

매수인은 그 처분과 관계된 범위에서는 소유권자로서 권한이 주어진다. 그러나 이러한 약속에 반하는 처분에 의하여 매수인은 그의 계약상의 의무를 위반한 것으로,(독일민법 제137조 제2문) 손해배상의 의무가 부가된다.<sup>86)</sup>

## 제 2 절 미 국

### 1. 개 관

영미법의 법체계는 대륙법계와 달라 전형담보와 비전형담보의 구별은 불가능하다. 영미법상의 전통적이고 보편적인 담보제도로는 보통

---

86) 제137조(법률행위에 의한 처분금지) 양도할 수 있는 권리를 처분하는 권한은 법률행위로서 이를 배제하거나 제한할 수 없다. 그러한 권리를 처분하지 아니할 의무를 부담하는 행위의 효력은 이 조의 규정에 의하여 영향을 받지 아니한다.

법(Common Law)상의 모게지를 들 수 있다. 그러나, 모게지는 주로 부동산담보에 이용되고 있고 동산담보에 관해서는 통일상법전(Uniform Commercial Code, UCC)에 규정이 되어 있다.

즉, 미국에서는 다양한 동산담보의 성립과 효력에 관해 통일성을 기하고, 이에 대한 보통법의 흠결을 방지하기 위하여 동산담보에 관한 내용을 통일상법전에서 통일적으로 규정하고 있다. 아래에서는 미국에서의 대표적인 담보제도인 모게지와 동산담보에 관한 통일상법전의 규정을 중심으로 살펴본다.

## 2. 모게지(Mortgage)

### (1) 의 의

영미법상의 대표적인 부동산담보제도는 양도담보형태의 모게지(mortgage)를 들 수 있다.<sup>87)</sup> 모게지는 채무의 이행을 담보하기 위해 담보물의 재산권(property)을 채권자에게 이전하고, 채무변제에 의해 그 소유권을 채무자에게 반환하기로 하는 서면계약으로,<sup>88)</sup> 채무자의 변제가 없는 경우에는 토지는 확정적으로 채권자의 소유로 된다. 이 경우 채무자인 담보제공자를 Mortgagor, 담보권자인 양수인을 Mortgagee라 한다. 또한, 물상보증인과 같이 제3자의 채무를 담보하기 위한 모게지도 가능하며, 장래의 채무담보를 위해서도 가능하다.<sup>89)</sup>

모게지의 종류에는 폐쇄모게지(closed-end mortgage)와 개방모게지(open-end mortgage)가 있다. 폐쇄모게지는 담보물에 대해 모게지가 설정되면 그 존속기간 동안은 다른 모게지의 설정이 금지되고, 개방모

87) 우리 나라에서는 주로 모게지로 부르고 있으나, 양도저당으로 번역할 수도 있다.

88) Black's Law Dictionary 5th ed., West, 1979, p.911. 모게지는 이자가 금지된 중세 영국에서 담보부동산의 점유를 채권자에게 이전하여 채권자가 이자 대신 토지로부터 수익을 받는 채권담보수단으로 이용되기 시작하였다고 한다.

89) 서희원, 『영미법강의(개정판)』, 박영사, 1994, 267면.

게지는 하나의 모게지의 설정 후에도 다른 모게지가 설정될 수 있다.

미국에서는 채권자인 금융기관이 채무자의 부동산에 대해 모게지를 취득한 후, 그 대출채권 및 모게지를 제3자에게 매각하여 환가하는 담보부채권의 유통이 활발하다. 영미의 보통법(common law)에서의 모게지는 양도증서(conveyance)라는 요식행위로 행해져 왔는데, 이는 현재 변칙적 양도저당(equitable mortgage, irregular mortgage)의 형태로 잔존한다.<sup>90)</sup> 또한, 매도인의 매매대금채권의 확보방법인 매매대금모게지(purchase money mortgage)가 있다. 매매대금모게지는 법률의 규정에 의해 매도인에게 인정되는 모게지로서, 매도인은 매매대금채권을 피담보채권으로 하여 당해 목적물 위에 모게지를 취득하게 된다. 이 경우 등록을 요하지 않고 최우선순위가 인정된다.<sup>91)</sup>

## (2) 모게지의 법적 구성

### 1) 권원양도설(Title theory)

보통법에서의 모게지는 그 목적물이 부동산인가 동산인가에 관계 없이, 어느 경우이나 그 목적물에 관해 담보제공자가 보유하는 보통법상의 권원(title)을 양도저당권자에게 해제조건부로 이전하는 효력을 갖고 있었다. 모게지를 이와 같이 담보물에 관한 권리를 이전하는 효력을 가진 것으로 파악하는 입장을 권원양도설이라 한다. 권원양도설은 과거 영국에서의 지배적인 이론이었고, 미국에서는 소수의 주가 이 이론에 따르게 있다고 한다.<sup>92)</sup>

권원양도설은 담보제공자에게 단순한 점유권과 함께 형평법상의 몇 가지 보호를 인정하는 것으로, 담보제공자가 목적물을 점유하더

---

90) 이은영, 『물권법(개정판)』, 735면.

91) 김상용, 『물권법(전정판)』, 578면.

92) 홍일표, “미국의 부동산모을기지제도”, 『재판자료 13집』, 법원행정처, 1982. 7, 352면.

라도 담보제공자는 토지에 대해 권원을 보유하고 있지 않으므로, 이행지체에 빠지기 전이라도 양도저당권자에 의해서 퇴거당할 수 있다. 또한 양도저당권자는 담보부동산에 대한 부담을 지므로, 이러한 불합리한 결과로 인해 우선특권설의 입장으로 전환되었다. 그러나, 권원양도설을 취하는 경우에도 모기지증서(mortgage deed)의 형식과 용어는 보통법상의 해제조건부 양도증서의 것을 그대로 따르지만, 환수권 등에 대한 형평법상의 이론이 권원양도설에 의한 모기지도 적용되고, 원래는 목적물에 대한 권원의 이전과 함께 점유도 이전하는 것으로 되어 왔으나, 근래에는 점유를 담보제공자가 갖는 것이 일반적이다.<sup>93)</sup>

## 2) 우선특권설(Lien theory)

모기지는 권리이전의 효과를 발생하는 것이 아니라, 오직 채무의 이행을 확보하기 위한 우선특권(Lien)<sup>94)</sup>을 생기게 하는 것으로 보는 견해를 우선특권설이라 하고, 미국의 대다수의 주에서는 우선특권설을 취하고 있다.

우선특권설에 의하면, 모기지증서에는 권원양도에 의한 모기지와 마찬가지로 목적물의 양도의 취지가 나타나 있지만, 실제로는 아무런 권원의 이전도 발생하지 않고, 당사자간의 반대의 약정이 없는 한 담보권자는 목적물을 점유할 권리를 취득하지 않는 단순한 우선특권(Lien)의 설정으로 본다. 따라서, 채무자가 채무를 이행하지 않으면 담보권자는 일정한 방법으로 우선특권을 행사하여 우선변제받을 수 있다.<sup>95)</sup>

93) 홍일표, “미국의 부동산모용기지제도”, 353면.

94) Lien은 채무자의 재산으로부터 우선변제를 받을 수 있는 채권자의 우선특권을 말한다(田中榮夫, 『英米法辭典』, 567면).

95) 홍일표, “미국의 부동산모용기지제도”, 354면.

### (3) 모게지의 설정

모게지의 설정은 채무증서(Note)와 담보권설정(mortgage)의 두 부분으로 구성되는데,<sup>96)</sup> 담보권설정은 요식행위로서 서면으로 해야 하고 이러한 증서를 모게지증서(mortgage deed)라고 한다. 모게지증서에는 일정한 사항이 기재가 되어야 하는데, 이에선 당사자와 목적물의 표시·피담보채권의 표시·양도문구(word of conveyance)<sup>97)</sup>·권리내용 표시조항(habendum)<sup>98)</sup>·해제조건(defeasanc)<sup>99)</sup>·약관(convenants)<sup>100)</sup>·서명 등이 있다.

이러한 모게지증서에는 일정 수의 증인의 인증을 요구하고 있다. 이 요건을 갖추지 못한 증서는 당사자간에 효력이 없으며 등기에 있어도 결격사유로 된다. 또한 모게지가 ‘신의성실에 입각하여 결정 되었으며 다른 채권자를 해하거나 기만할 의사가 없이 설정된 것’이라는 내용의 성실선서(affidavit of good faith)를 해야하고, 담보제공자는 모게지증서가 자신이 작성한 문서임을 인정할 것을 요구하고 있다. 이러한 요건과 절차를 통해 작성된 모게지증서는 담보권자에게 교부·인도되어야 한다. 모게지증서의 인도는 모게지증서의 효력발생요건으로 인도시에 모게지증서의 효력이 발생한다.

96) 이상윤, 『영미법』, 박영사, 1997, 341면.

97) 모게지는 양도형식의 담보권이므로 모게지증서에는 담보제공자가 담보권자에 대해 그 목적물을 양도 또는 매매한다는 등의 문구를 두게 된다.

98) 권리내용표시조항은 담보제공자가 담보권자에게 양도하는 권리가 어떠한 내용의 권리인가를 표시하는 조항을 말한다.

99) 모게지증서에는 목적물의 양도가 채무의 이행을 해제조건으로 하고 있음을 표시하는 것이 일반적으로, 소정의 기일 내에 채무의 변제가 있으면 목적물의 양도는 실효된다는 취지가 기재된다.

100) 토지의 양도에 관해 당사자 일방이 상대방에 대하여 행하는 일정한 약속을 말하는 것으로, 그 내용으로는 ①담보제공자는 담보목적물에 관한 권원에 하자가 없음을 보증함, ②채무의 이행, ③조세납부, ④목적물의 보험가입, ⑤목적물의 수리 및 훼손금지, ⑥기한이익상실규정, ⑦채무불이행시 담보권을 실행하여도 이의가 없다는 내용 등이 있다.

모게지는 등기할 수 있는 권리로서 모게지의 등기는 모게지의 성립이나 효력발생에 반드시 필요한 것은 아니지만, 등기가 되면 제3자에 대해 대항력을 갖는다. 즉, 등기하지 않은 모게지는 목적물이 선의의 제3취득자나 후순위담보권자에 대한 관계에서는 무효로 되는 경우가 많다.<sup>101)</sup>

보통법상의 모게지는 채권자에 대한 조건부 양도로서의 성격이 강한 편이었다. 이 양도행위는 채무자가 피담보채무를 약정기일에 변제하면 失效되나, 불이행하는 경우에는 보통법상의 권원은 양도저당권자에게 절대적으로 귀속된다.<sup>102)</sup> 한편, 형평법상의 모게지는 양도로서의 성격은 약하고 단순히 채무불이행의 경우 채권자를 보호하기 위한 제도로써 환수권상실의 절차(foreclosure)가 있기 전까지는 채무자가 형평법상의 권원을 가지면서 실질적인 이익을 보유하는 지위에 있다.<sup>103)</sup>

영국에서 보통법상의 모게지는 토지에 관해서는 Law of Property Act(1925년) 및 Land Charge Act(1925년) 이래 그 토지에 대해서 장기간의 정기임차권(term of years)을 설정하거나, 보통법상의 부담(legal charge)을 설정할 수 있다(charge by way of legal mortgage). 전자의 경우에는 채무자는 채권자에게 절대적 정기임차권(term of years absolute)을 설정하고, 채무를 기일 내에 변제함으로써 그 부동산권을 소멸시키는 임대차의 방식을 취하고 있다. 후자는 날인증서에 의해 보통법상의 부담을 토지에 설정하는 방법으로, 토지를 보통법상의 모게지로서 일정한 채무변제의 담보를 한다는 내용을 담은 날인증서를 작성한다.<sup>104)</sup> 동산에 대한 모게지는 입질(pledge) 또는 매매증서(bill of sale),

101) 서희원, 『영미법강의(개정판)』, 268면 ; 홍일표, “미국의 부동산모을기지제도”, 361면.

102) Jesse Dukemine/James E. Kries, *Property 3rd ed.*, Little Brown & Company, 1993, p.670.

103) 홍일표, “미국의 부동산모을기지제도”, 347면.

104) 서희원, 『영미법강의(개정판)』, 268면.

채권에 대한 모게지는 채권양도증서(written assignment)에 의해 설정된다. 한편, 형평법상의 모게지는 토지에 관해서는 토지의 권원증서(title of deed)의 입치(deposit) 또는 모게지계약서에 의해 설정된다.<sup>105)</sup>

#### (4) 모게지의 효력

##### 1) 당사자간의 법률관계

권원양도설을 취하는 경우에는 원칙적으로 모게지의 설정과 동시에 담보권자에게 목적물을 점유할 수 있는 권리가 부여된다. 그러나, 모게지를 우선특권으로 인정하는 경우에는 담보권자는 채무불이행의 전후를 불문하고 목적물을 점유할 권리가 없으며 환수권상실이나 매각처분시까지 점유권은 담보제공자에게 유보된다. 모게지의 당사자는 계약에 의해 점유의 귀속관계를 정할 수 있으나, 근래에는 채무불이행이 있을 때까지는 담보제공자가 점유를 계속하는 것이 일반적이다. 일반적으로 담보제공자는 토지에 대해서는 50년, 가옥에 대해서는 999년 이하의 임차권을 설정할 수 있는 권능이 인정된다고 한다.<sup>106)</sup> 이 경우 담보제공자는 목적물을 사용함에 있어서 담보력을 저하시키는 훼손행위를 하여서는 안된다.

담보제공자가 목적물을 점유하는 경우 목적물에 관한 지료나 과실을 취득할 권리는 담보제공자에게 귀속한다. 담보권자가 목적물을 점유하는 경우에는 담보권자가 지료와 리익을 수탁자로서의 지위에서 보관하고, 목적물에 대해 발생한 비용을 이로써 지출할 수 있으며 피담보채권의 이자에 충당하고 잔액이 있으면 월금에 상환에 충당하여야 한다. 이 경우 담보권자는 수익 및 지출의 내역에 관해 담보제공자에게 계산할 의무가 있다.

105) 田中榮夫, 『英米法辭典』, 567頁.

106) 서희원, 『영미법강의(개정판)』, 269면.



담보제공자는 채무불이행시까지의 목적물에 대한 소유권 기타의 권리를 타인에게 이전할 수 있다. 이 경우 양수인은 모게지의 부담이 있는 권리를 취득한다. 그러나, 모게지를 등기하지 않은 경우에는 목적물을 매수한 선의의 제3자는 모게지의 부담이 없는 권리를 취득한다.<sup>107)</sup>

## 2) 채무자의 환수권(Equity of Redemption)

보통법상의 모게지는 채무자의 변제가 있는 경우에는 토지의 소유권이 저당채무자에게 반환되지만, 채무자의 채무불이행의 경우에는 토지는 확정적으로 채권자에게 귀속하게 된다. 그러나, 채무가액을 상회하는 저당물이 채권자에게 귀속되는 불균형을 피하기 위해, 형평법원은 변제기 후에도 원본이자의 지급에 의해 채무자가 담보물을 환수할 수 있는 권리를 인정하고 있다.<sup>108)</sup>

형평법상의 환수권(equity of redemption)은 이행기를 경과한 채무자가 형평법원이 지정한 일정한 기한 내에 피담보채무를 변제하고 모게지의 목적물에 대한 권리를 회복할 수 있는 권리를 말한다.<sup>109)</sup> 보통법에서는 채무자의 채무불이행의 경우 목적물은 담보권자에게 절대적으로 귀속하고 그 후에 채무이행이 있더라도 환수할 수 없었으나, 형평법에서는 모게지증서의 기재내용에 구애받지 않고 거래의 성격을 고려하여 매매가 아닌 담보목적에 위한 것으로 인정되면 담보제공자에게 일정한 기한 내에 채무를 이행하는 것을 조건으로 환수할 수 있게 허용한다.<sup>110)</sup>

채무자가 환수권을 행사하기 위해서는 형평법원에 청구하여 환수권행사의 기한을 지정받아야 하고, 채무자가 그 기한 내에 원금과 이자 및 비용 등의 채무를 이행하면 목적물에 대한 권리는 담보제공

107) 홍일표, “미국의 부동산모을기지제도”, 366면.

108) 田中英夫, 『英米法辭典』, 567면.

109) Jesse Dukeminie/James E. Kries, *Property 3rd ed.*, p.670.

110) Ibid.

자에게 복귀하나, 그렇지 않은 경우 목적물에 대한 권리를 영구히 상실한다.

환수권을 행사할 수 있는 자는 담보제공자뿐만 아니라, 후순위담보권자, 상속인, 환수권을 양도받은 자 등이 있다. 환수권을 행사하면 모게지는 소멸하고 목적물에 대한 권리는 환수권자에게 귀속한다.<sup>111)</sup>

### 3) 모게지의 실행

모게지의 실행방법은 채무자가 기한 내에 환수권을 행사하지 않아 환수권이 상실(Foreclosure)됨에 의한 유담보권(流擔保權)의 행사에 의한다. 즉, 법원은 모게지설정자에게 6개월 내에 원금과 이자를 변제할 것을 명하고, 6개월이 경과해도 원리금을 변제하지 않을 경우 유담보권(流擔保權)을 실행할 수 있다.<sup>112)</sup>

유담보(流擔保)에 의한 모게지실행의 경우에는 담보물의 가액이 피담보채권액을 초과하는 경우에도 담보권자는 그 차액을 담보제공자에게 반환할 필요가 없으나, 미달하는 경우에는 담보권자는 별도의 소송에 의해 그 부족액의 지급을 청구할 수 있다. 그러나, 이러한 유담보(流擔保)를 허용하는 경우는 줄어들고 있고, 그 행사에 있어서도 담보물의 가액이 채무액을 초과하지 않고, 채무자가 지급불능의 상태에 있고 유담보(流擔保)에 의해 채무가 완제되는 경우에만 이를 허용하는 경향을 보이고 있다.

근래에는 법원의 매각결정에 의해 담보물을 매각하고 그 매각대금을 담보권자에게 교부하는 재판상 환수권상실절차(Foreclosure by action)에 의하고 있다.<sup>113)</sup> 즉, 모게지가 날인증서에 의한 경우나 당사자 사이에 약정이 있는 경우에는 변제기일 후 그 토지나 가옥을 매각해서 그 매득금으로부터 변제에 충당할 수 있다. 그러나, 이러한

111) 홍일표, “미국의 부동산모을기지제도”, 370면.

112) 서희원, 『영미법강의(개정판)』, 269면.

113) 홍일표, “미국의 부동산모을기지제도”, 372면.

권능은 채무를 3개월 이내에 변제하도록 요구하였음에도 불구하고 변제하지 않거나, 利子가 3개월 이상 연체되거나, 원리금지급 이외의 다른 약관을 위반한 경우에 한해서 행사할 수 있다.<sup>114)</sup>

### 3. 통일상법전의 동산담보제도

#### (1) 통일상법전 제9조의 구성

통일상법전 11개의 조항들<sup>115)</sup>중에서 제9조는 “담보부 거래(secured transaction)”라는 표제로 되어 있으며, 미국법상의 모든 동산담보제도가 이의 적용을 받는다. 통일상법전 제9조에 의한 담보권은 그 개념적인 측면에서 “보통법”과 확연히 구별되는 것으로 하나의 새로운 용어에 근거하고 있다.

통일상법전 제9조는 5부분으로 세분되어 있다. 제1부의 총론부분은 중요한 기본개념들이 서술되어 있고, 통일상법전 제9조의 적용범위가 지정되어 있다. 제2부는 담보합의와 당사자들간의 권리에 대하여 언급하고 있다. 제3부에서는 제3자에 대한 담보권의 유효성을 규정하고 있다. 제4부에는 등기에 의하여 유효하게 되는 담보권에 대한 규정이 있으며 제5부에서는 이행자체와 그 이외의 급부장해의 경우에 당사자들간의 법적인 관계를 규정하고 있다

#### (2) 통일상법전상 동산담보제도의 특징

##### 1) 통일적인 담보권

통일상법전은 다양한 방법으로 설정되어 통일성을 해하는 담보권을 일률적으로 통일하고, 법규정이 흠결되어 있는 상태를 종결하고자 하

114) 서희원, 『영미법강의(개정판)』, 269면.

115) 통일상법전은 이하와 같은 조항들을 가지고 있다; 1.일반 규정; 2.매매법; 3.유가증권; 4.은행업무; 5.신용장; 6.전재산권의 양도와 기업양도; 7.상인간의 지시증권; 8.투자증권; 9.담보행위 10,11 양도와 이송조문.

는 것을 목표로 한다. 따라서, 통일상법전의 제정 이후에 동산에 대하여 담보권을 설정하고자 하는 경우에는 동법 제9조에서 규정된 “담보권(security interest)”의 방식을 취하도록 하였다.

동법 제9조는 매우 광범위하게 적용된다. 즉, 동산에 대하여 담보를 설정하고자 하는 모든 행위는 동법 제9조<sup>116)</sup>를 전제로 하여야 한다. 가장 대표적인 조문은 제9-102조<sup>117)</sup>이다. 당사자들은 자신들의 합의로 담보권이라는 표현을 피하고 담보행위를 임대차(또는 리스)로 가장하고 있어도 이러한 방법으로 동법 제9조의 적용을 피할 수 없다. 명의상의 임대인은 담보권을 설정하는데 필요한 전제조건을 충족시킨 경우에 한하여(특히 공시성의 요구를 충족하여야 함) 제3자에게 임대물에 대한 자신의 권리를 주장할 수 있다. 그러나 어느 경우가 담보목적에 숨겨진 임대차인지 또는 진정한 임대차 계약인지의 여부를 구별하는 것은 실무에서 어려운 문제로 남아 있다.<sup>118)</sup>

주목하여야 할 점은 통일상법전 제9조가 담보행위에 특정되어야 하는 것이 아니라, 명백하게 법규정에 의하여 채권매매에도 적용이 된다는 것이다(동법 제9-102 (1) (b)). 이 규정으로 인하여 언제 채권의 매매가 담보행위로서 인정되는지 그리고 어떠한 전제조건을 충족하고 있는 경우에 매매로 구분되어야 할지에 대하여 어렵게 구별하고자 하지 않는다.

---

116) 통일상법전 제9조의 두드러진 본질적 특성은 그것이 채권자들의 법적인 지위의 관점에서 물건법적인 차별을 두지 않는다는 것이다. 다시 말해서, 통일상법전은 담보권의 형성에 대하여 담보물의 소유권이 채권자에게 있는지 채무자에게 있는지의 여부는 중요한 것이 아니다. 이것으로 소유된 유보나 양도담보의 경우에 채권자에게는 채권의 담보에 사용되는 목적물에 대한 담보권이 귀속된다.

117) 제9-104조에서 예외가 되는 거래(transaction)를 다르게 규정하고 있지 않은 한 동조가 적용된다.

a) 물품(goods), 지시증권, 무체의 재산권, 담보채권 그리고 채권을 포함하고 있는 동산이나 부착물(fixture)에 담보권을 창출하고자 하는 것을 의도로 하는 모든 거래; 또한

b) 모든 형태의 채권과 담보채권의 매수.

118) 양자를 구별해내기 위한 중요한 쟁점은 통일상법전 제1-201 (37)에서 찾을 수 있다.

## 2) 소유권과의 구별

통일상법전 제9조의 본질적인 의미는 동법이 미국의 구법에서 가장 지배적으로 쟁점거리가 되었던 담보행위와 소유권에 관한 문제를 서로 관련시키는 관점에서 완전히 탈피하도록 하였다는 점이다.

통일상법전 제9조를 적용하기 위하여는 단지 당사들이 청구권의 물적인 담보를 목적으로 하고 있는지의 여부에 좌우된다. 그러한 경우에는 이 조문의 규정은 고려되어야 하고 이것으로 유효한 담보권이 형성될 수 있다. 담보물에 대한 소유권이 채권자에게 귀속하는지 또는 채무자에게 귀속하는지의 여부는 결코 중요하지 않다. 동법 제 9-202조는 “권리, 의무 그리고 법적인 수단과 관계하여 이 조문의 규정은 보증된 채권자나 채무자가 담보물의 소유권자인지의 여부와 관계없이 유추적용 된다”고 하여 이 문제를 명백하게 하고 있다.

그 결과 채권자에게 담보물에 대한 소유권을 양도하는 것에 의하여 당사자들에게 동조 제9조를 유추적용하는 것은 가능하지 않다. 원칙적으로 담보물에 대한 소유권을 채권자에게 양도하는 것은 당사자들의 자유이지만, 그러한 소유권의 양도가 책임법상의 변경을 초래하지는 않는다. 파산절차에 있어서 외부적 및 내부적으로도 채권자는 자신의 채권의 만족과 관계된 것인 경우에는 담보물에 대한 자신의 소유권을 주장할 수 있다. 이것으로 채권자는 담보물을 책임의 대상으로 요구하고 유효한 담보권을 취득할 권한이 있다.

목적물의 매도인이 공급된 물품에 대한 담보권을 설정하고자 하는 사안에 대하여는 통일상법전에서 소유권 문제에 대하여 명백하게 규정하고 있다. 이러한 규정은 제2조(매매법)에 있으며, 그 결과 매수인에게 매매의 목적물이 공급된 때에 물품에 대한 소유권은 매도인이 목적물의 소유권을 유보하고 있는 경우에도 매수인에게 이전된다.<sup>119)</sup>

119) §2-401 ① 2문 매수인에게 발송되거나 인도된 물품에 관하여 매도인이 소유권을 유보하고 있는 경우, 그의 효과는 담보권 설정을 위한 것에 한정된다.

이러한 경우에 매도인이 소유권을 유보하고 있는 것은 단지 담보권의 효과만을 가질 뿐이다.

### 3) 법적 안정성 : 공시의 원칙과 우선적 지위의 원칙

통일상법전 제9조는 담보설정자의 측면에서 필요한 요구를 충족시키는 것에 주의를 기울이고 있다. 담보설정자는 어떠한 물적인 부담이 채무자의 재산에 설정되었는지 그리고 어떠한 담보를 설정할 가능성이 아직도 그에게 귀속되어 있는지 신뢰할 수 있는 방법으로 확인할 수 있어야 한다. 법적 안정성은 여기서 큰 역할을 한다. 잠재적 담보설정자가 제3자의 권리를 더욱 간편하고 안전하게 알 수 있게 됨에 따라서, 용자를 제공할지의 여부에 대하여 더욱 이성적으로 판단할 수 있는 것이고 이는 전 경제적인 측면에서 긍정적인 역할을 하는 것이다.

미국법은 이러한 점을 고려하여 공시의 원칙과 우선적 지위의 원칙에 대하여 결정을 하고 있다. 즉, 담보권의 공시는 채권자가 압류된 목적물로 더 이상 자신의 채권의 만족을 구할 수 없다는 것을 인식할 수 있도록 함으로써 다른 채권자들을 보호하는 것과 채무자가 합의에 반하여 담보물을 처분하는 것을 방지하는 것 두 가지의 효과를 목적으로 한다.

영미법에서는 “사해성 양도행위(fraudulent conveyance)”에 대한 영향으로 공시원칙의 중요성을 일찍이 인식하였고, 이에 의하여 채권자에게 불이익을 가할 의도로 행하는 처분은 무효로 간주하였다.

이러한 원칙에 의하여 담보권은 공시에 관한 규정을 충분히 이행한 경우에 한하여, 제3자에 대하여 유효한 것으로 이해하고 있다. 구체적으로 통일상법전 제9조에 의하면 담보권이 공적인 등록부에 기록되는 경우에 공시의 원칙에 관한 규정은 충분히 준수된 것이라고 한다.

### (3) 적용범위

담보권의 개념은 통일상법전 제9조에서 정의하고 있는 것이 아니라, 통일상법전 제1조 총론에서 정의하고 있다. 이에 의하면, 담보권이란

채무자의 채무 그리고 지불의무와 급부의무를 담보하기 위한 목적물과 특정된 권리에 대한 각각의 권리이다.

통일상법전 제9-102조 제1항 (a) 와 (b)에 의하여 동법 제9조는 당사자들이 담보설정을 목적으로 하는 모든 법률행위에 적용된다. 더 나아가 채권의 매매에도 적용된다.

어떠한 목적물들이 언제 토지의 부착물(fixture)이 되는지에 대한 의문은 개별적인 각 주들의 관할 사항에 속한다. 통일상법전은 이 부분에 대하여 절대적인 정의를 내리지 않고 있으며, 단순히 제9-313조 제 4항 (c)에서 부착물이란 토지에 너무도 단단히 결합되어 이것이 토지의 구성요소가 되고 토지법에 의하여 책임의 단계에 속하는 그러한 목적물들을 의미한다. 동산(personal Property)에 속하는 것으로 물품, 증서, 유가증권, 계약권, 담보채권 그리고 통상적 비유체물(general intangible) 등이 포함된다.

통일상법전 제9-104조는 동법 제9조의 적용을 받지 않는 다양한 법률행위에 대하여 언급하고 있다. 여기에 속하는 것으로는 주법에서 규정하고 있는(예컨대, 선박저당법(1920) Ship Mortgage Act) 담보권, 임대인의 질권, 용익임대인의 질권, 법률상의 질권, 임금채권과 급료채권의 양보담보, 보험증권에서 발생하는 청구권의 양도담보, 州에 의하여 설정된 담보, 법원의 판결을 근거로 하는 담보권, 계산에 대한 권리와 부동산 질권에 대한 권리 등이 있다.

#### (4) 담보물의 종류

통일법상전은 담보물의 대상을 세 가지 범주로 구별하고 있다. 즉 유체물, 비유체물 그리고 준유체물의 세 가지이다. 경제적 기능에 의하여 목적물을 분류하는 것은 등기부에 등록시 그리고 경쟁적 담보권의 우열의 결정시 그리고 파산에서 중요한 역할을 한다. 더욱이 개별적인 담보목적물의 경우 담보권의 유효성을 위한 전제는 다양하다.

1) 유체물(tangible property)

통일상법전 제9-105조 제1항 (h)에 의하면 유체물은 모든 동산(goods)과 부착물(fixtures)을 의미한다. 물품의 생산과 급부의 산출을 위하여 사용되는 기계, 장비 및 설비 등은 투자재산으로 간주된다. 도급계약을 근거로 하여 매매, 임대 및 공급을 위한 목적물로 특정된 비축품과 창고물품, 가공을 위하여 특정된 원자재, 영업소의 소비재로 특정된 물건들은 유통재산(inventory)으로 포함된다.

특정 목적물이 언제 어떠한 유형으로 분류되는지에 대한 질문은 담보합의의 시점에 담보권자의 의도대로 목적물을 사용한다는 것에 좌우된다는 것이 고려되어야 한다. 이 질문의 중요성은 유통재산과 투자재산을 구별할 때 명확하게 된다. 유통재산으로 분류되어지는 목적물은 비록 유통재산에 대하여 설정된 담보권이 등록되었고 제3자가 이를 알고 있다고 하더라도 정상적인 사무처리에서 제3자에게 특정의 부담없이 양도될 수 있는 반면, 투자재산에 대해 설정된 담보권의 소유자는 제3자에 대하여 그의 우선적인 지위를 유지할 수 있다.

2) 비유체물(intangible property)

비유체물의 종류에는 “미수금채권” 즉, 조달된 물품이나 제공된 급부에 대한 지불청구권이 이에 속한다. 물론 이러한 청구권이 하나의 “담보채권” 또는 가치증서로 발행되어져서는 안된다. 이 이외에 오늘날에는 계약상의 기대권이 비유체물로 분류되는데, 이것은 “미수금채권”과는 반대로 채무자가 그 반대급부를 보유하고 있지 않은 경우의 계약권을 말한다.

나머지 여기서 말하는 범주에 속할 수 없는 모든 담보의 목적물들은 종합적으로 통상적 비유체물로 구별된다. 그 예로는 특허권, 저작권 등이 있다.



### 3) 준유체물(Quasi intensible property)

준유체물이란 하나의 증서에 구체화되는 모든 권리를 의미한다. 그 중 한 가지는 물품에 대한 소유권이 구체화된 증서가 포함된다. 그 밖에도 증권, 채무증서, 私債證書, 어음, 수표, 보관수령증서와 같은 금전증권이 포함된다.

결과적으로 이들도 담보채권이라고 할 수 있다. 담보채권이란 지불 의무를 인정하는 것이 구체화 된 것인 뿐만이 아니라, 특정한 목적물에 대한 점유에 관한 그 이외의 권리를 인정하는 것이 구체화되어 있는 증서를 의미한다.

## 4. 담보권의 설정

### (1) 담보권의 성립

#### 1) 담보약정

담보권이 양 당사자들 사이에서 유효하게 되기 위하여는 통일상법 전 제9-203조의 전제조건이 충족되어야 한다. 이에 의한 전제조건으로는 담보설정에 대한 합의(security agreement), 보증된 채권자의 반대급부가 존재할 것, 그리고 담보물에 대한 채무자의 권한(rights of the debtor in the collateral)이 있을 것 등을 말한다.

담보의 약정은 “담보권”을 성립시키는 합의라고 할 수 있다. 통일상법전은 형식적인 측면에서는 합의에 대하여 특별히 많은 것을 요구하고 있지는 않다. 점유를 필요로 하지 않는 담보권이 성립되는 일반적인 사안에서 담보합의는 서면에 의할 것이 요구된다. 이것은 담보물에 대한 설명을 포함하고 있어야 하고 채무자가 이에 서명하였어야 한다. 담보물에 대한 설명은 그것이 즉시 확인될 수 있도록 특정되어야 한다. 담보물이 농작물이거나 벌채되지 않은 나무인 경우, 관계된

토지에 대한 설명을 필수적인 것으로 본다. 서면에 의할 것을 요구하는 것은 증명력을 취득하는 것을 목적으로 하는 것이므로, 담보권이 목적물의 점유자에게 있는 그러한 물건에 대하여 성립되어야 할 경우에는 담보의 합의를 구두로도 충분하다고 할 것이다.

담보물에 대한 내용을 기재하는데 있어서 요구되는 정확성은 同法 제 9-110조에 의하여 정하여 진다.<sup>120)</sup> 즉, 담보물은 담보합의에 의거하여 인식할 수 있어야 하고 특정될 수 있어야 한다. 따라서 통일상법전은 특정화된 개별적인 담보물들을 열거할 것을 요구하지 않는다.

통일상법전은 채무자의 이행지체 이전에 일정한 시기에 대하여 당사자들의 관계를 자유로이 형성하도록 하였다. 점유를 필요로 하지 않는 질권과 유사한 종류로서 “담보권”은 채무자에게 담보물을 계속해서 점유하고 이용할 가능성을 부여하였다.

## 2) 담보권의 범위

### 가) 담보설정 후 취득한 재산

담보합의에 대한 필수적인 요건들 이외에 당사자들은 담보계약에서 담보설정 후에 취득된 재산을 추가할 수 있는데, 이것은 담보권이 장래에 취득되어야 할 목적물에 대해서도 미쳐야 한다는 것을 그 내용으로 한다. 채무자가 목적물에 대한 권리를 취득하자마자 채권자는 담보권을 취득한다.<sup>121)</sup>

그러나, 통일상법전은 2개의 예외 조항을 두고 있다. 즉, “후에 취득된 재산에 대한 조항”은 담보권 설정 1년 후의 수확물에는 미치지 않으며, 더 나아가 취득을 위하여 지불된 매매대금을 보증에 이용되지 않는 그러한 소비재에는 미치지 않는다.

120) 제9-110 (표시기재의 충분성) 본조의 목적을 위하여 동산이나 부동산에 대한 모든 기술은 그것이 특정화 되었는지의 여부와는 관계없이 무엇을 묘사하고 있는지에 대하여 합리적으로 인식할 수 있으면 족하다.

121) 통일상법전 제9-204조 ①.

## 나) 장래에 발생할 채권

담보계약에서 합의된 또 다른 조항으로는 소의 “장래에까지 미치는 조항(Future advances clause)”을 들 수 있다. 이 조항은 담보물이 단지 계약체결시 존재하는 채무자에 대한 채권자의 채권만 보장하는 것이 아니라, 담보권자와 담보설정자 사이에 존재하는 법률관계에서 발생하는 장래의 모든 채권도 보장하는 것이다. 이 조항의 의미는 채권이 형성된 시점에 의해서가 아니라, 담보권 설정과 유효화된 시점에 의하여 담보채권자의 순서가 결정된다는 점에 있다.

실제로 이 조항은 법원에 의하여 광범위하게 인정되고 있다. 단지 경우에 따라서 그러한 합의를 제한하고 있는 판결을 볼 수 있을 뿐이다.<sup>122)</sup> “장래에 발생할 채권에 대한 조항”은 특히 구성물이 계속해서 교체되는 창고물품에 대한 용자의 경우와 같이 채권자가 일정한 주기적인 간격을 두고 부여하는 신용대출 용자에 대한 여러 가지의 유형들을 고찰하는 경우에 의미가 있다. 전형적인 용자의 유형에서는 대부분 담보합의에서 “담보설정 이후에 취득된 재산에 관한 약정”과 “장래에 발생할 채권부분에 관한 조항”을 포함하고 있다. 그 결과 채권자는 항상 채무자의 당시의 물품을 당시에 성립하고 있는 미 회수권 채권 전체를 위하여 담보물로 볼 수 있다.

122) 그러한 예로는 John Miller Supply Company, Inc v. Western State Bank(199 N. W. 2nd 161(Wisconsin)의 사건을 들 수 있다; 이 사안에서 訴를 제기한 채권자는 채무자에게 금전을 貸出하였고 이에 대하여 담보권을 부가하였다; 당사자들은 담보합의에서 다음과 같은 조항에 합의하였다. 즉 담보물이 貸出된 금전에 대한 채권만이 아니라 채권자가 채무자에 대해 가지고 있는 다른 모든 채권에 대하여도 그 법적인 근거에 관계없이 보증하여야 한다는 것이었다. 그 이후 채권자는 채무자의 생산품을 판매할 권리를 받았는데 결국 그 생산품이 하자가 있음으로 인하여 채권자에게는 손해배상채권이 성립되었다. 채권자는 담보물로 이 손해 배상채권의 만족을 얻고자 하였다. Wisconsin의 대법원은 이에 대한 판결에서 손해배상채권은 대출관계와 직접적인 관계에 있지 않고 완전히 다른 법적인 근거 하에 있으므로 담보합의에 포함될 수 없는 것이라고 하였다.

다) 환가금<sup>123)</sup>

법률에 의하여 담보권은 담보물의 환가금(proceeds)에까지 미친다. 그러므로, 담보합의에서는 이에 부합하는 조항을 필요로 하지 않는다. 여기서 환가금이란 채무자가 원래의 목적물 대신에 매때나 그 이외의 처분에 의하여 취득한 모든 대상물을 의미한다. 환가금의 개념은 두 가지 유형으로 구별된다. 첫째는 현금화된 환가금(현금, 수표, 위탁된 미수금 채권)과 둘째로는 현금화되지 않은 환가금(채권, 물건)을 들 수 있다.

장래의 물건, 채권 그리고 수익에까지 미치게 될 가능성으로 인하여 여기서 “담보권”은 독일법상의 포괄적 채권양도와 동일한 효과를 나타내며 실무에서는 담보 목적물이 계속해서 교체되는 그러한 존재에 대하여 담보권에 법적인 근거를 제공한다(floating lien).

(2) 담보권의 유효화

담보권이 성립된 이후에 제3자에 대하여 담보권의 물권적인 권리가 유효하게 되기 위하여는 담보권을 유효화(perfection)시키는 것이 필요하다. 즉, 담보권은 “성립(attachment)”과 “유효화(perfection)”라는 두 가지의 단계를 거쳐야만 완전하게 되는 것이다. 통일상법전은 담보권이 제3자에 대하여 유효하게 주장할 수 있게 되기 위하여는 세가지 방법을 제시하고 있다.

우선 가장 전형적인 방법으로는 공적 등록부에 담보권을 등기하는 것(filing of a financing statement)을 들 수 있다. 그러나 담보권자가 담보의 목적물을 직접적으로 점유하고 있는 경우에는 채무자의 재산에 담보가 설정되어 있다는 사실에 대하여 제3자가 잘못 이해할 가능성이 적으므로 등록은 필요하지 않는다. 그리고 담보권은 채권자의 점유로 유효화된다.<sup>124)</sup> 금전이나 대부분의 유가증권의 경우 직접적인 점유

123) 통일상법전 제9-306조 ①

124) 통일상법전 제9-395조.

만이 담보권을 유효화할 수 있는 유일한 방법<sup>125)</sup>이고 등록은 제외된다. 이 이외에 마지막 방법으로 자동적 유효화(“automatic perfection”)를 들 수 있다.

## 5. 담보권의 우선적 효력

### (1) 개 관

통일상법전에 의하면 동일한 목적물에 대하여 여러 개의 담보권을 설정하는 것이 가능하다. 따라서, 여러 개의 서로 경합관계에 있는 담보권자들 사이에 효력이 문제된다.

이러한 문제에 대하여는 통일상법전 제9-312조에 규정되어 있다. 이외에도 담보권은 제3자의 권리와도 충돌할 수 있다. 이에 대하여 통일상법전은 객관적인 기준을 마련하고 있다.

### (2) 담보권간의 우선적 순위

#### 1) 담보권의 유효화에 의한 순위

담보권이 성립되었으나, 아직 유효화 되지 않은 담보권은 단지 당사자 내부관계에서만 효력이 있으며 원칙적으로 제3자에 대하여는 유효함을 주장할 수 없다. 그러한 권리의 보유자가 유효화된 담보권의 보유자와 서로 경쟁적인 관계에 서게 될 경우에 후자가 항상 우선적인 지위를 갖는다.

#### 2) 유효화 되지 않은 담보권간의 순위

유효화 되지 않은 담보권은 성립된 시점에 의하여 우선순위를 결정된다. 그러나 성립시기와는 별도로 자신의 권리를 일차로 등기하

<sup>125)</sup> 통일상법전 제9-304조 제1조.

고, 이로 인하여 그 유효성을 인정받은 담보권자는 우선적인 지위를 갖는다.

동일한 목적물에 대하여 설정된 담보권과 관계에서는 당사자들 사이에 우선순위에 관한 합의가 이루어지지 않은 경우에는 등기의 시점에 의하여 또는 유효화가 이루어진 시점에 의하여 우선적인 지위가 결정된다. 즉, 담보권의 등기에 의하여 유효성을 확보하였는지 또는 다른 방법에 의하여 제3자에 대한 유효성을 주장할 수 있게 되었는지의 여부는 중요하지 않다. 이러한 우선순위의 원칙은 보증된 채권이 생성되기 이전에 등기가 행하여진 경우에도 인정된다.

### 3) 유효성을 취득한 담보권간의 순위

유효성을 취득한 담보권은 개별적인 강제집행과 파산에 있어서 제3자에 대하여 광범위한 권리를 가지고 있다. 통일상법전 제9-301조 제(1)항 (b)에 의하면 그러한 담보권자는 담보물을 압류하고 있는 채권자 다음 순위의 권리를 가지고 있다고 한다. 또한 선의의 매수인은 매우 엄격한 조건하에서만 부담이 설정되지 않고 유효성을 확보한 담보권을 취득한다.

동일한 목적물에 대하여 유효성을 확보한 담보권이 다수가 있는 경우에는 담보권들 사이에 순서를 정하기 위하여 소위 “frist to file or perfect”의 규칙<sup>126)</sup>이 적용된다. 이는 등록부에 등기하는 것과 그 이외의 방법으로 유효성을 취득하는 것 중에는 시간적으로 우선하는 것을 주장할 수 있는 것이다.

“frist to file or perfect의 원칙”은 “장래에 발생할 채권(future advances)”, “담보설정 후 취득된 재산(after-acquired property)” 그리고 “환가금(proceeds)” 과 관계된 경우 담보권의 순위에 결정적인 역할을 한다.

---

<sup>126)</sup> 통일상법전, 제9-312조 ⑤.

## 6. 급부장애와 환가

### (1) 개 관

급부장애(default)의 경우 당사자들의 법률관계는 급부장애에 대한 개념을 특별히 규정하지 않고, 통일상법전 제5부 제9조에서 규정하고 있다. 통일상법전은 언제 급부장애가 존재하는지를 당사자의 합의에 일임하도록 정하고 있다.

일반적으로 담보합의에는 사실관계가 정확히 묘사되어 있는데 이 사실관계에서 당사자들은 급부장애를 인정하게 된다. 급부장애의 가장 중요한 사안은 채무자의 이행지체이다. 거의 모든 담보계약서에서 아직 지불되고 있지 않은 채권의 총액이 변제기가 된 것으로 본다는 의미의 규정이 명시되어 있다.

급부장애가 발생한 경우에 자신의 채권의 만족을 구하기 위하여 담보권자는 2가지의 가능성을 가지고 있다. 첫째는 담보권자가 이행의 소를 제기할 수 있고, 구속력 있는 판결로 담보설정자의 전재산에 대하여 집행할 수 있다. 다음으로 담보권자는 목적물을 점유하고 환가할 수 있다. 또한 담보물이 채권과 관계된 것일 경우에는 이 채권을 제3채무자에게서 회수할 수 있다.

### (2) 담보물의 점유(repossession)

담보물을 점유하기 위하여 담보권자는 2가지의 가능성이 있다. 즉, 담보권자는 자력구제를 행할 수 있고 공공의 안전을 해하지 않는 한 목적물을 자력으로 점유할 수 있다. 어떤 경우에 공적인 안전이 해하여진 것으로 보는지에 대하여는 분명하지 않다. 원칙적으로 사적인 분야에 대한 침입 또는 채무자의 이의에 반하는 강요는 안전을 해하는 것으로 간주된다. 일반적으로는 담보계약에서 채무자의 이행이 지체되는 때에는 담보물을 채권자가 점유할 권리가 있는 것으로 정할 것이 권고된다.

한편, 담보권자는 담보물의 점유가 안전을 해하지 않고는 이루어질 없는 경우에는 법원의 도움을 청할 수 있다(judicial repossession). 담보권자는 법원에서 인도권을 인정받을 수 있고, 이러한 방법으로 법원의 집달관에 의하여 담보의 대상물을 채무자에게서 취득하여 채권자에게 양도할 수 있다.

### (3) 담보권자에 의한 환가

담보권자는 급부장애가 있는 경우 자신의 채권의 만족을 위하여 담보물을 매도하거나, 임대하거나 그 이외의 방법으로 환가할 수 있다. 환가의 방법은 담보물의 종류에 의하여 결정된다.

통일상법전은 공경매를 규정하고 있지는 않다. 통상적인 영업에서 담보물을 개인적으로 매도하는 것이 경매보다 더 높은 수익을 내기 위한 것이 목적이기 때문에, 통일상법전은 담보권자에게 더욱 광범위한 자유향을 보장하고 있다. 이것이 채무자의 이익에 부합하는 것이고 그 이외의 후순위 채권자에 이익에도 부합하는 것이다. 또한, 신의성실의 원칙을 고려하여 담보권자는 그의 점유에 있는 담보물을 경제적으로 적절한 방법으로 처분할 수 있다.

채무자와 담보채권자는 통일상법전 제9-506조에 의하여 원칙적으로 채무와 액수와 이행지체로 인한 손해의 상황에 의하여 담보물을 다시 회수할 권리를 가지고 있으므로, 채무자와 담보채권자는 담보물의 처분에 대하여 통지를 받아야 한다. 환가 후 발생한 수익이 채권 이상인 경우, 담보권자는 그 가액으로부터 단지 자신의 채권액수 만큼 보유할 수 있다.

담보권자가 담보물을 스스로 취득하고자 할 경우에는 그는 공경매에 참가할 수 있다. 담보권자가 환가규정을 준수하지 않고 처분한 경우에도 매수인은 선의를 원인으로 아무런 부담이 없는 목적물을 취득한다. 그러나 담보권자는 채무자와 제3자에게 손해를 배상해야 한다.



## 제3절 일본

### 1. 개 관

#### (1) 비전형담보의 의의

비전형담보라는 용어는 자주 사용되고 있지만 그 정확한 의의에 관해서는 그다지 분명하지 않다. 민법전에서 예정하고 있지 않는 담보 또는 제정법상 공인되지 않은 담보 등으로 이해되고 있다. 전형담보나 비전형담보라는 용어는 전형계약·비전형계약의 유추로서 사용된 것으로 볼 수 있다.<sup>127)</sup> 따라서, 비전형담보는 법률에 의해 담보로서 제정되어 있지 않은 것을 지칭하는 말이다. 여기서의 법률은 민법만을 의미하는가 또는 그 외의 다른 성문법을 포함하는가에 관하여는 지나치게 예민하게 고려할 필요는 없다. 왜냐하면 민법 이외의 법률이 규정하는 담보권은 민법상의 담보권을 기초로 하여 목적물이나 효력의 한 측면에서 변형을 한 것이므로 질적으로는 민법상의 담보권과 크게 다르지 않기 때문이다. 그러나, 가등기담보법 제정 이후에는 전술한 2개의 정의에 차이가 발생하였다. 거래계의 관행으로서 시작되어 민법상의 제도가 아닌 가등기담보가 가등기담보법의 제정에 의해 성문법상의 제도로 되어 민법상의 담보제도와는 완전히 다른 제도로 되었기 때문이다. 만약, 비전형담보를 민법전이 예정하지 않는 담보로 정의한다면, 가등기담보도 비전형담보의 일종으로 되고, 반대로 성문법상 공인되지 않는 담보로 정의한다면 가등기담보는 전형담보로 된다.

물적 담보에 관하여 체계적으로 중요한 분류는 제한물권인 담보물권과 그 이외의 법적 구조를 갖는 물적담보이지만, 후자를 지칭하는 용어로서 변칙담보라는 개념도 사용된다. 비전형담보라는 개념도 그

127) 高木多喜男, 『金融取引の法理』 第一卷, 成文堂, 1996, 52頁.

실질적인 내용과 동일한 의미를 갖지만, 가등기담보법의 등장에 의해 사정이 변하였다. 그러나, 결국은 용어의 사용상의 문제이고, 비전형 담보를 법적으로 인정할 것인가의 형식과는 별개로, 그 실질적인 내용에서 제한물권인 담보물권과는 다른 구조를 갖는 물적 담보의 의미로 사용해도 무방할 것이다. 따라서, 인적 담보에 관해서도 민법에 규정되어 있지 않은 것에 관해서는 비전형담보라고 할 수 있지만, 통상적으로는 물적 보에 관해서만 사용되고 있다.

## (2) 포괄담보법제에 관한 최근의 동향

일본 법무성은 담보법제에 관한 새로운 입법과제로서 기업담보와 공장저당법 등 기업의 재산을 포괄적으로 담보의 목적으로 하는 법제의 재평가 방침을 세우고, 2006년 2월 7일 기업담보·재단저당법제연구회를 설치하여 검토에 착수하였다.

담보법제에 관해서는 2003년에 저당권을 시작으로 한 담보물권에 관하여 실체법과 절차법의 양 측면에서의 재평가에 의한 민법·민사집행법의 개정이 이루어졌고, 2004년에는 동산양도담보등기제도를 창설함과 함께 채무자불특정의 장래채권의 양도를 채권양도등기의 대상으로 하는 것 등을 내용으로 하는 채권양도특례법의 개정이 이루어졌지만, 지속적으로 기업의 전재산을 담보목적으로 하는 기업담보권제도와 기업의 생산설비 등을 일체로 담보의 목적으로 하는 공장재단저당과 그 외의 재단저당제도에 관해서도 재검토가 진행되고 있다.

기업담보권제도는 사채(社債)를 담보하기 위하여 주식회사의 전재산을 담보의 목적으로 하는 제도로, 기업담보권의 설정·이전 또는 신탁등기가 된 건수는 1965년대 후반에 연간 250건을 초과한 것을 정점으로 하여 그 이후에는 지속적으로 감소되어 최근 10년간에는 한건도 없다.

또, 재단저당제도는 기업의 생산설비 등을 일체로 하여 저당권의 목적으로 함에 의해 담보가치를 높여서 보다 많은 자금조달을 가능하도록

록 하는 제도이고, 1905년에 공장재단(공장저당법), 철도재단(철도저당법) 및 광업재단(광업저당법)의 3개의 재단저당제도가 창설된 것을 시초로 하여 궤도재단(궤도의 저당에 관한 법률, 1909년), 운하재단(운하법, 1913년), 어업재단(어업재단저당법, 1925년), 항만운송사업재단(항만운송사업법, 1951년), 도로교통사업재단(도로교통사업저당법, 1952년) 및 관광시설재단(관광시설재단저당법, 1968년) 등 총 9개의 재단저당제도가 창설되었다. 이중 가장 폭넓게 이용되고 있는 것은 공장재단저당이지만, 근래의 이용상황을 보면 새로운 공장재단을 설정한 소유권보존등기의 건수는 1965년 중반에 연간 700건을 초과한 것을 정점으로 하여 그 이후에는 지속적으로 감소하고 있고, 최근에는 매년 수십건 정도에 그치고 있다. 또, 공장재단저당의 설정 건수도 1975년 초반에 연간 2만건을 초과한 것을 정점으로 감소를 계속하여 근래에는 매년 1000건여에 머무르고 있다.

일본에서는 이번의 포괄담보법제의 재검토는 기업담보권제도와 재단저당제도의 이용상황이 이처럼 저조함에 따라 근래의 금융기법의 변화·발전에 대한 대응을 위한 것으로 볼 수 있다.

법개정에 대한 구체적인 일정은 명확하지 않지만, 기업담보·재단저당법제연구회에서는 이후 1년동안 현행 제도의 문제점에 관하여 논의를 진행하고, 경제계의 의견을 수렴하면서 제도의 재검토의 방향성에 관하여 검토를 진행할 예정이다.

## 2. 양도담보와 매도담보

### (1) 법적 구조

법적 구조의 측면에서 보면 양도담보는 가장 단순한 구조를 갖고 있다. 채권자와 채무자간의 계약에서는 처음부터 목적물<sup>128)</sup>상의 소유

128) 부동산·동산 뿐 아니라 재산권을 포함한다.

권을 채권자에게 이전하고 채권자가 피담보채권을 변제하면 소유권이 채무자에게 복귀한다. 따라서, 피담보채권에 관해서 채무불이행이 있다면 채권자에게 목적물의 소유권은 확정적으로 귀속되고, 금전 그 자체는 아지니만 목적물 소유권의 가치를 취득하고, 게다가 다른 채권자는 채권자평등의 원칙에 의해 이 가치에 개입할 수단이 없으므로 우선적 회수가 가능하다.

더욱이 주목할 만한 것은 채무자가 피담보채권을 변제함에 의해 소유권을 회복할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 만약 그렇지 않다면, 채무자가 취득한 금전의 대가로서 소유권을 확정적으로 상대방에게 이전한 것으로 되어 통상의 물건의 매매로 되고, 당사자는 채권자·채무자가 아니라 매도인·매수인의 관계로 된다. 경제적으로도, 법적으로도 금융담보로서의 성격은 파악되지 않는다. 매매를 통해서도 금전을 유통할 수 있지만, 그 목적물의 소유권은 매수인에게 이전되고 이러한 경우에는 금융을 위한 담보라는 관계는 성립되지 않는다.

## (2) 대물변제의 효과

우선적 회수를 위한 방법 중 양도담보와 유사한 것은 매도담보이다. 매도담보는 금전의 유통을 희망하는 자(매도인)가 목적물을 매각하고 매도인인 대금을 매수인에게 반환함으로써 목적물을 회수하는 방법이다. 회수방법으로는 매매계약의 해제권을 매도인이 유보하는 환매(일본 민법 제579조 이하)와 재매매예약이 있다. 금융을 받는 측으로서는 매매를 통해서이거나 소비대차를 통해서이거나 금전을 유통할 수 있다는 점에서는 차이가 없다. 목적물의 소유권이 매수인에게 이전되었다면 통상의 매매이고, 금융을 위한 담보라는 관계는 성립되지 않는다. 그러나, 매도인으로서 유통한 대금을 매수인에게 반환한다면 다시 목적물의 소유권을 회복할 수 있다고 하면, 단순한 매매라고 할 수는 없다. 당사자의 목적은 양도담보의 경우와 다르지 않으므로 경

제적으로는 금융과 담보의 관계가 성립될 수 있다. 매수인의 측면에서 보면, 변제기에 대금변제가 이루어진다면 매도인은 확정적으로 소유권을 취득하므로 매수인은 매매의 목적물은 용자한 대금의 담보로서의 기능을 달성하고 있는 것으로 볼 수 있다.

### (3) 금전의 이동·소유권의 이전

금전의 이동 및 소유권의 이전이라는 측면에서는 양도담보도 매도담보와 다른 점은 없다. 그러나, 법적 구성에서 양자는 차이가 있다. 양도담보에 있어서는 금융은 소비대차계약에 의해 발생하고, 담보관계는 양도담보계약에 의해 발생한다. 그러나, 매도담보의 경우에는 매매계약과 환매계약 또는 매매매의 예약에 의해 금융과 담보관계가 발생한다. 양자의 근본적인 차이는 양도담보의 경우에는 피담보채권이 존재하고 이를 양도담보가 담보하는 관계가 성립하고 있다. 이에 대하여, 매도담보의 경우에는 피담보채권이 존재하지 않는다. 그러나, 양도담보에 관해서는 당사자간에는 물론 제3자와의 관계에 있어서도 법률관계를 가능한한 금융을 위한 담보로 구성하기 위하여 학설과 판례가 노력하고 있고, 매도담보에 관해서도 역시 그러하므로 양자의 법적 구성에서 차이점은 있어도 실질적인 차이를 발생하지 않는다는 것이 해석상의 지침이다.

### (4) 양도담보와 매도담보의 구별

전술한 바와 같이 법적 구성의 측면에서 보면 양자의 법적 구조의 차이는 분명해진다. 그러나, 당사자가 이러한 차이를 명확하게 구분하면서 계약을 하는 것은 아니다. 판례에서도 양도담보로 해석해야 하는 경우에 당사자간의 계약관계는 매매라는 용어를 사용하고 있는 경우가 많다.<sup>129)</sup> 구체적인 구별은 당사자의 의사해석의 문제이지만, 담

<sup>129)</sup> 부동산 양도담보에서는 소유권이전등기의 등기원인을 매매로 하는 경우가 많다.

보목적인 경우는 가능한 한 피담보채권을 수반하는 양도담보로 해석해야 한다. 물론, 매도담보도 담보로서의 취급을 철저히 한다면 양도담보와의 차이가 없으므로, 양자 중 어디에 해당하는가를 구분하는 것은 그다지 의미가 없을 것이다. 담보목적이면서 매매·환매 또는 재매매예약이라는 형식을 취하는 것은 이른바 법형식의 차용이라고 할 수 있다.

양도담보도 매도담보와 같이 목적물에 관해서 대물변제의 효과에 의해 채권자는 우선적 변제라는 목적을 달성할 수 있다. 이는 목적물의 가격이 채권액(매도담보에서는 실질적 채권액)을 초과하는 때에는 그 차액이 채권자의 이익으로서 그에게 귀속된다. 명목상의 이자 이외에 취득한 실질적인 이자가 많지 않다면 출자의 수입, 예금 및 금리등에 관한 법률(出資の受入れ, 預り金及び金利等の取締りに關する法律)<sup>130)</sup>과 이자제한법(利息制限法)의 규제를 받지 않는 실질적인 이자로 되고, 또 양도담보·매도담보의 담보로서의 성격과 실체가 분리된다.

이와 같은 문제는 가등기담보에 있어서도 표면화되는데, 이에 관한 이론이 양도담보에도 영향을 미쳐서 전술한 차액은 채무자에게 반환해야 하는 것으로 된다.<sup>131)</sup> 이에 의하여, 양도담보에서도 그 담보목적 을 철저히 적용해야 하는 것으로 이론구성을 해야 한다는 주장이 학설에 의해 주장되고 있다.<sup>132)</sup> 즉, 이 학설은 목적물의 소유권이 채권자에게 이전된다는 구성을 부정하고, 소유권 자체는 채무자에게 남아 있고 채권자는 저당권을 취득한다는 구성을 해야한다는 주장을 하고 있다. 그 외에 동일한 목적이라고 할 수 있는 법리구성인 담보물

---

그러나, 양도담보라는 등기원인도 등기실무상으로는 허용되고 있고, 이러한 등기도 행해지고 있다. 따라서, 항상 매매의 형식으로 이루어지는 것은 아니다(高木多喜男, 『金融取引の法理』, 56頁).

130) 동법 제5조에서는 고리의 형벌적 규제를 규정하고 있다.

131) 最判昭43·3·7民集二二卷三号五〇九頁.

132) 그 대표적인 학설로는 米倉교수에 의해 주장된 抵當權說이다(米倉明, 『讓渡擔保の研究』, 44頁 이하).

권적 구성도 주장되고 있다. 판례는 과거부터 소유권은 채권자에게 이전하는 것으로 이론구성하는 소유권적 구성을 일반론으로 판시하고 있지만, 개별적인 문제의 해결에 있어서는 채권자의 권리를 담보권으로 처리하는 경우도 있다. 최고재판소는 가등기담보의 담보권적 구성과 균형을 맞추기 위하여 정산의무를 긍정하기 시작하여, 채권자의 권리를 담보권에 한정하는 경향을 보이고 있다.

당사자의 경제적 목적에 구애받지 않는 법리구성은 저당권·질권이 라는 제한물권과 동일한 소유권을 채무자에게 잔존시키는 것으로 이론구성하지만, 목적물이 부동산의 경우에는 소유권의 등기명의가 채권자에게 이전되고 법리구성과 권리의 외관에 명확한 불일치가 발생하여 등기를 신뢰한 제3자의 보호를 위하여 담보권적 구성을 관철하지 않을 수 없게 된다.

### 3. 가등기담보

가등기담보는 다른 채권자를 개입시키지 않고 대물변제를 받는 방법으로, 우선적 변제를 받기 위해서는 양도담보와 같이 처음부터 목적물의 소유권을 취득할 필요는 없으므로, 채무불이행에 빠진 때부터 소유권을 취득하는 제도이다. 단, 그 사이에 제3자에게 처분되는 경우에는 담보권을 상실하므로 이를 방지하기 위한 방법을 동시에 갖출 필요가 있다. 이러한 담보방법으로서 실무계에서 광범위하게 이용하는 것이 가등기담보이다.

채무불이행시에 목적물의 소유권을 취득할 수 있는 계약도 가능하므로 다양한 계약이 체결되고 있지만, 많이 이용되고 있는 것은 대물변제의 예약으로, 채무불이행을 요건으로서 채권자가 예약완결권을 취득하여 이를 행사함에 의해 목적물의 소유권을 취득한다. 단, 이것만으로는 그 사이에 채무자가 목적물의 소유권을 제3자에게 처분하여 대항요건을 취득시키면 채권자는 담보권을 상실한다. 이를 막기 위한

방법으로서는 부동산에 관해서 가등기제도가 있다. 즉, 임시로 제3자에게 처분되어 본등기가 경료되어도 채권자로서는 가등기에 기한 본등기를 하면 제3자에 우선하여 담보로서의 목적을 달성할 수 있다. 따라서, 부동산에 관해서만은 이 방법을 이용할 수 있다. 이와 같이 가등기에 의해 제3자에게 우선할 수 있는 효력이 부여되어 담보로 할 수 있으므로, 이러한 담보를 가등기담보라고 한다. 동일한 목적은 채무불이행시에 부동산의 소유권을 취득할 수 있으면 달성할 수 있으므로, 예를 들어 매매의 예약이 있어도 무방하다. 예약의 형식이 아니어도 관계없고 정지조건부 대물변제(매매)도 무방하므로, 이 경우에는 채무불이행에 빠진다면 자동으로 대물변제 또는 매매의 효력이 발생하므로, 예약완결권의 행사를 필요로 하지 않는다. 가등기담보법은 예약형식 또는 정지조건부인가 또는 대물변제방식인가 매매방식인가에 관계없이 일괄적으로 가등기담보계약으로 하고 있다(동법 제1조).<sup>133)</sup>

대물변제의 효과에 의한 담보의 가장 큰 문제점은 양도담보의 경우와 같이 대물변제의 효과에 어떤 제약을 가하지 않는다면 채권자가 폭리를 취할 가능성이 있다는 것이다. 가등기담보에 관해서 그 결점이 우선 주목되어 담보로서 구성해야 한다는 주장이 있었고, 판례도 정산의무를 채권자에게 부과함에 의해 대물변제의 효과에 담보적 제약을 두어 담보적 구성을 취하고 있다.

가등기담보법에 의해 가등기담보권이 어떻게 구성되어 있는가에 관해서는 동법이 직접적으로 규정하고 있지 않으므로 여러 가지 견해가 있을 수 있다. 단, 목적물이 다른 담보권자·채권자에 의해 경매된 때 또는 목적물에 관해 파산·갱생절차가 개시된 때에는 담보가등기에 관한 권리는 저당권으로 파악되거나 또는 저당권과 동일한 취급을 받게 된다(동법 제13조, 제19조).

133) 따라서, 양도담보·매도담보의 유형구분도 그 상위개념으로 포괄할 수 있고, 게다가 매도담보를 양도담보에 수렴할 여지도 있다.



#### 4. 소유권유보

소유권유보는 주로 동산의 할부판매에 있어서 활용되지만, 대금의 일부를 매도인이 수수하고 목적물 자체의 점유를 매수인에게 이전하여 그 이용을 허용하는 방법이다. 이 경우 매도인은 대금채권의 잔액을 담보하기 위하여 목적물은 인도하여도 소유권은 매수인에게 이전하지 않는다는 특약을 한다.<sup>134)</sup> 소유권유보도 양도담보와 동일한 담보 목적물의 소유권을 채권자가 갖고, 채무불이행의 경우에 대물변제적 효과에 의해 담보적 효과를 발휘하도록 하는 것이다.

따라서, 소유권유보는 양도담보와 유사하여 법적 구성도 양도담보와 유사하다. 일단, 소유권은 매수인에게 이전하지만, 다시 양도담보로서 소유권을 매도인에게 이전하는 것으로 구성하는 것도 가능하다. 이러한 측면에서 보면, 양도담보를 일종의 제한물권으로 구성하는 입장에서는 매도인의 소유권(유보소유권)도 이와같이 이해하는 것도 가능하다. 그러나, 담보권적 구성의 출발점은 채권자가 채권액과 목적물가액의 차액을 취득하는 것을 방지하는 것이지만, 소유권유보에 있어서는 피담보채권과 담보목적물의 관계는 하나의 매매의 대금채권과 그 목적물이므로, 채권액과 목적물가액은 처음부터 균형이 맞으므로 이에 대한 고려가 필요하지 않다. 따라서, 양도담보와 같이 제한물적으로 구성하는 것에 구애되지 않고, 유보소유권을 소유권 그 자체로 보는 것이 일반적이다. 그러나, 매수인이 대금을 완납한다면 소유권을 취득할 수 있는 이익과 할부대금의 재이행이 있더라도 그때까지 지급된 대금에 관한 보호가 필요로 되고, 이를 위해 당사자간, 제3자간의 문제에 관해서는 양도담보의 법리가 참고로 된다.

134) 매매에 의한 소유권이전은 대금 전액의 지불시에 이루어진다는 견해에 의하면 이러한 특약은 요구되지 않는다. 즉, 할부판매법이 적용되는 경우에는 소유권유보가 추정되고 있다. 동법 제7조).

소유권유보의 담보로서의 기능은 채무자가 이행불능에 빠진 경우에 목적물의 교환가치로부터 우선적으로 변제받을 수 있는 형태로 발휘된다. 그러나, 이것만은 아니고 담보설정이 채무자에게 변제를 심리적으로 강제하는 효과도 있다. 양도담보·매도담보에 있어서는 채무자로서는 변제하지 않으면 담보물의 소유권을 상실하므로 담보물이 사업이나 생활에 있어서 필요불가결한 것이라면, 변제를 사실상 심리적으로 강제하는 것으로 된다. 이 점에서 본다면 전형담보인 저당권·질권과 유사하다.

소유권유보는 법적 구성에서 본다면, 양도담보나 매도담보에 유사하지만, 심리적 효과에서 본다면 유치권에 유사하고, 법적 구조에서는 동일한 소유권취득형 담보라도 해도 독자적 담보이다. 채무자인 매수인으로서 양도담보나 매도담보와 같이 또는 저당권이나 질권과 같이 변제하지 않으면 담보물의 소유권을 상실하는 것은 아니고, 본래 취득할 수 있는 ‘소득권’을 이전받기 위하여 변제를 심리적으로 강제하는 것이다. 매수인의 입장에서는 대금을 일부 지급하였으므로 매매물건의 소유권을 취득하지 않고 그 후에 지급한 대금도 목적물의 사용대금과의 상계라는 형태로 상실하여 버린다. 심리적 효과라는 점에서 본다면, 유치권에 유사하다. 소유자로서는 본래 취득할 수 있는 점유를 이전받기 위해서는 변제를 심리적으로 강제하는 것이지만, 이는 유치권제도의 심리적 효과이다. 소유권과 점유와의 차이가 있지만, 각각 이를 취득하기 위해서는 변제를 요하고, 이것이 심리적으로 강제된다.

## 5. 입목저당권

### (1) 개 관

입목에 관한 법률(明治42년, 법률 22호. 이하 ‘입목법’이라 함)은 일본에서 옛날부터 입목을 지반인 토지와 독립적으로 거래하는 관행이

있었음에도 불구하고, 일본 민법이 이에 대해 독립적인 물건으로서의 성격을 부여하지 않은 흠결을 보완하기 위하여 제정된 법률이다.

동법은 수목의 집단을 등기함으로써 이를 독립된 부동산으로 인정하여(제1조·제2조 제1항), 이를 토지와 분리하여 양도하거나 저당권의 목적으로 하는 것을 허용할 뿐 아니라(제2조 제2항), 토지소유권 또는 지상권의 처분은 입목에 미치지 않도록 하여(제2조 제3항), 보존 등기를 한 입목에 대해 건물과 거의 동일한 법적 성질을 부여하고 있지만, 그 주된 목적은 이러한 입목에 저당권을 설정할 수 있도록 하기 위한 것으로, 따라서 동법은 입목저당권에 관하여 상세한 규정을 두고 있다.

이러한 입목저당권은 특별법에 의한 저당권 중에서는 가장 민법상의 저당권에 근접한 것이지만 차이점도 있다. 그중 하나는 수목의 벌채에 관한 특별조치이다(제3조, 제4조). 입목저당권에 있어서는 악질적인 채무자나 제3자에 의해 입목이 불법으로 벌채되는 경우가 많지만, 그 소재가 산간벽지에 위치하고 있어 이를 방지하는 것이 곤란하다는 특수한 사정을 위하여 저당권의 보전과 목적물의 수익과의 관계에 관하여 특별한 조정조치를 필요로 하고 있다. 둘째는 입목에 관한 저당권의 독립성을 구체화하기 위한 특별조치이다(제5조~제8조). 건물저당권에 관한 민법의 흠결을 보완하여 민법의 해석을 지도하는 기능을 부여한 것이다. 그리고 셋째는 종된 권리에 대한 저당권의 효력을 정한 규정으로(제9조), 입목저당권에 특유한 현상이면서 일반적인 저당권이론에 하나의 시사점을 부여하고 있다.

## (2) 수목의 채취

입목의 소유자는 입목이 저당권의 목적인 경우에도 당사자가 협정한 방법에 의해 그 수목을 채취할 수 있으므로(제3조), 이 경우에는 저당권의 효력은 그 채취한 수목에 미치지 않는다(제4조 제1항). 그

외의 경우에 있어서는 목적 수목의 벌채는 저당권의 침해로 되지만, 이와 같이 저당권의 효력은 그 토지에서 분리된 수목에도 미치고(제4조 제1항), 이것이 민법의 즉시취득의 규정(일본 민법 제192조~제194조)에 따라 선의취득자가 취득하므로, 저당권의 추급효는 종료된다(제4조 제5항).

저당권자는 채권의 기한이 도래하기 전에도 이러한 불법벌채된 수목을 경매할 수 있지만, 물론 그 경락대금을 가지고 변제에 충당할 수 있는 것은 아니고, 이를 공탁하여야 한다(제4조 제2항).

기한이 도래하기 전후를 묻지 않고, 벌채수목의 경매에 대하여는 수목의 소유권자는 경매 대상 토지의 지방법원에 상당한 담보를 공탁하여 경매의 면제를 신청할 수 있다(제4조 제3항). 뿐만 아니라, 저당권자가 전술한 벌채수목의 경매를 하지 않고 방치하는 때에는 수목의 소유자는 저당권자에 대하여 1개월 이상의 기간을 정하여 경매를 해야 한다는 취지를 최고하여야 하고, 만약 저당권자가 그 기간 내에 경매를 하지 않은 때에는 그 수목에 대한 저당권의 효력은 소멸된다(제4조 제4항).

### (3) 입목저당권의 독립성

입목법은 입목저당권의 독립성을 유지하기 위하여 일본 민법(제388조)와 같은 취지의 법정지상권(제5조) 외에도 법정임차권(제6조, 제7조)을 인정하고 있고, 또한 저당권의 기초인 권리의 포기금지(제8조)를 규정하고 있다.

입목이 토지소유자에게 귀속되는 경우에 있어서 그 토지 또는 입목만이 저당권의 목적으로 하는 때에는 저당권설정자는 경매의 경우에 관해 지상권을 설정한 것으로 볼 수 있지만, 그 존속기간 및 지료는 당사자의 청구에 의해 지방의 관습을 감안하여 법원이 이를 정하도록 하고 있다(제5조 제1항). 또, 토지 또는 입목의 일방만이 일반채권자에

의해 강제경매되어 매각에 의해 소유자를 달리한 경우에도 법정지상권이 성립한다(제5조 제2항). 이는 민법·민사집행법의 법정지상권 규정과 그 취지를 동일하게 하되 다만 이를 단서에서 보완한 정도이다.

입목이 지상권자에게 귀속된 경우에 그 지상권 또는 입목만이 저당권의 목적인 때에는 저당권설정자는 경매의 경우에 관해 지상권의 존속기간 내에 있어서 그 토지의 임대차를 한 것으로 보여지지만(제6조 제1항, 제3항),<sup>135)</sup> 전술한 경우에 있어서 지상권의 존속기간의 정함이 없는 때에는 그 기간은 당사자 또는 임차인의 청구에 의해 지방의 관습을 감안하여 법원이 정한다(제6조 제2항). 그리고, 이상의 규정은 전대가 가능한 토지의 임차인에게 귀속되는 입목이 저당권의 목적인 경우 및 강제경매된 경우에 준용되고 있다(제7조). 이러한 법정임차권의 규정은 입목의 특수한 사정에 기한 것은 아니고, 건물에 관해서도 제기될 수 있는 문제를 처리한 것이어서, 입법상 시사하는 바가 많다.

지상권 또는 토지 임차인에게 귀속하는 입목이 저당권의 목적인 경우 있어서는 지상권자 또는 임차인은 저당권자의 승낙이 없으면 그 권리를 포기하거나 또는 계약을 해제할 수 없다(제8조). 이는 민법 제398조의 취지를 확장하여, 차지 위의 건물에 저당권을 설정한 차지권자가 차지권을 포기하여도 저당권자에게 대항할 수 없다는 일본 판례<sup>136)</sup>를 입법화한 것으로 볼 수 있다.

## 6. 자동차저당권

### (1) 개 관

자동차저당권과 항공기저당권은 각각 자동차와 항공기에 의한 운송 사업을 영위하는 기업에게 금융을 제공하기 위해, 자동차저당법 및

135) 그 존속기간 및 차임은 당사자의 청구에 의하여 지방의 관습을 감안하여 법원이 정한다(柚木馨·高木多喜男, 『擔保物權法』第三版, 有斐閣, 1982, 488頁).

136) 大判大正2·2·24民集1卷738頁.

항공기저당법에 의해 인정되는 동산저당권이고, 건설기계저당권은 건설업자의 금융의 편의를 위해 건설기계저당법에 의해 인정된 동산저당권이다.

이중, 항공기저당법은 항공법에 의해 항공기등록원부에 등록된 항공기에 관해 저당권의 설정을 인정하고, 등록원부에 저당권의 등록을 하는 것을 그 대항요건으로 하고 있다. 건설기계저당법은 건설업법에 의한 건설업자가 토목건축공사에 사용하는 일정한 기계류에 관하여 보존등기를 하여 저당권을 설정하는 것을 인정하는 것이지만, 제3자와의 관계에 있어서도 민법상의 저당권과 동일한 원칙이 적용되는 것은 아니고, 그 상호간에도 각각의 목적물의 차이를 제외하고는 큰 제도적 차이는 없으므로, 그중 대표적인 동산저당권인 자동차저당권을 중심으로 서술한다.

## (2) 자동차저당권의 내용

도로운송차량법에 의해 자동차등록화일에 등록된 자동차는 질권의 목적으로 되는 것이 금지되는 반면, 이를 저당권의 목적으로 하는 것이 가능하다(자동차저당법 제2조, 제3조). 자동차는 처분이 용이한 반면에 단기간에 그 담보가치가 감소되므로, 반드시 저당에 적합한 것은 아니고, 소유권유보를 담보방법으로 하는 할부판매의 보급 등에 의해 자동차저당제도가 이용되는 경우는 현재에는 많지 않다.

자동차저당권에는 일본 민법상의 저당권과 동일한 제도가 다수 규정되어 있다. 저당권의 내용, 효력이 미치는 범위, 불가분성, 물상대위성, 물상보증인의 구상권, 피담보채권의 범위, 대가변제(代價辨濟), 시효소멸, 목적물의 취득시효에 의한 소멸 등이 그 예이다.

자동차저당권의 특실 및 변경은 자동차등록령이 정한 바에 따라, 도로운송차량법에서 규정하는 자동차등록과일에 등록을 하지 않으면, 제3자에게 대항할 수 없다(제5조). 따라서, 수개의 채권을 담보하기 위

해 동일한 자동차에 저당권을 설정한 때에는 그 저당권의 순위는 이 등록의 전후에 의한다. 즉, 동일한 자동차에 관하여 저당권 및 선취특권이 경합하는 경우에는 저당권은 일본 민법 제330조 제1항에서 규정하는 제1순위의 선취특권과 동순위로 된다(제11조).

자동차저당제도에는 척제(滌除)제도<sup>137)</sup>가 적용되지 않는다. 즉, 자동차저당권에는 특수한 저당권실행의 개시가 규정되어 있다(제16조, 제17조). 이에 의하면, 등록자동차의 소유자는 그 자동차를 운행의 용도에 제공하는 것을 금지한 때에는 말소등록신청을 할 수 있지만, 이 신청을 수리한 관청은 지체없이 이를 저당권자에게 통지하여야 하고, 저당권자는 이 통지를 받으면 즉시 그 자동차에 대하여 그 권리를 실행할 수 있다.

## 7. 재단저당권

### (1) 의 의

일본은 청일전쟁에 있어서 자본주의의 비약적인 발전과 이에 따른 기업자금의 수요에 대처하기 위하여, 철도저당법·공장저당법 및 광업저당법의 3법이 제정되었고, 재단저당제도가 창설되었다.

재단저당제도는 기업경영을 위한 토지·건물·기계·도구 그 외의 물적 설비와 공업소유권 등을 일괄하여 하나의 재단으로 조성하여, 여기에 저당권의 설정을 인정하는 제도이다. 기업경영을 위하여 이러한 재단은 상호간에 유기적인 결합을 하여 전체로서 의미있는 가치를 갖는 것이므로, 이를 각각의 재산으로 분리하여서는 그 가치를 감소시킬 뿐 아니라, 그 개개의 물건에 담보권을 설정하는 것은 많은 비용과 노력을 요한다. 그러므로 이러한 재산의 집합을 1개의 물건으로

137) 저당부동산의 소유권 또는 지상권·영소작권을 취득한 제3자가 저당권자에게 부동산 평가액에 해당하는 일정한 금액을 지급하거나 공탁(供託)하고 그 저당권을 소멸시키는 제도이다.

과약하여 여기에 담보권을 설정하는 것이 기업금융의 요구에 따르는 것으로 된다. 재단저당제도는 여기에 그 존재이유가 있다.

재단저당법들은 그 과정에 있어서 빈번한 개폐 등 많은 변화를 겪어 왔지만, 현재 적용되고 있는 것은 공장저당법·광업저당법·어업재단저당법·항만운송사업법·관광시설재단저당법·도로교통사업저당법·철도저당법·궤도의 저당에 관한 법률·운하법의 9개이다. 이 법률들이 규정하는 재단저당은 부동산재단과 물재단(物財團)이라는 두개의 유형으로 구분할 수 있는데 공장저당법부터 관광시설재단저당법까지는 전자에 속하고, 철도저당법 이하의 법률들이 후자에 속한다. 이 구분은 기업의 공공성의 정도에 따른 차이를 근거로 하고 있지만, 구체적으로는 재단의 구성과 공시의 방법의 차이로서 나타난다.

## (2) 이른바 부동산재단

재단의 구성에는 당사자의 의사가 존중되므로 그 단일성이 약하고, 재단의 공시는 통상의 예에 따라 등기소에 있는 등기에 의해 이루어진다. 기업의 공공성이 비교적 약하므로 법률의 강제나 행정관청의 간여가 적기 때문이다. 일본의 법제는 공장저당법에 이 계열에 속하는 법률의 특징을 상세하게 규정하여, 이 계열에 속하는 다른 법률에 준용하는 방식을 취하고 있다. 이 계열에 속하는 재단저당을 개관하면 다음과 같다.

첫째, 공장저당법에 의하면, 재단은 1개 또는 수개의 공장에 관해 설정되고(제8조), 공장에 속한 토지 및 공작물, 기계·기구·전주·전선 그 외의 부속물, 지상권·임차권 및 공업소유권으로 조성되지만(제11조), 설정자의 의사에 의해서는 그 일부를 재단 외에 두는 것을 제한하지 않는다. 재단은 1개의 부동산으로 파악되지만(제14조 제1항), 이는 소유권과 저당권과의 목적으로 될 수 있다는 의미를 갖는데 지나지 않는다(제14조 제2항). 재단을 조성하는 물건은 분리하여 처분할



수 없고, 또 제3자가 개별적으로 집행하는 것도 허용되지 않는다(제13조 제2항). 재단저당권자의 동의없이 재단에서 분리된 물건에는 저당권이 여전히 존속한다(제15조). 물론, 타인의 물건은 재단에 속하지 않고(제13조 제1항), 재단설정 후에 추가된 재산은 당연히 포함되는 것은 아니다. 이와 같이 공장재단은 재단을 조성하는 것을 표시한 공장재단목록을 등기소에 제출하고 공장재단등기부에 소유권보존등기를 함으로써 설정되지만(제11조, 제12조), 이후 이 재단목록은 등기부의 일부로 되어 재단등기부와 함께 공시기능을 한다.

둘째, 광업재단저당법에 의하면, 광업재단은 광업권, 토지 및 공작물, 지상권 및 토지의 사용권, 물건의 임대차, 기계·기구·차량·선박·우마 그 외의 부속물 및 공업소유권과 광업에 관하여 동일한 채권자에게 속한 것의 전부 또는 일부로서 조성된다.

셋째, 어업재단저당법에 의하면, 어업재단저당권은 정치어업권자(定置漁業權者)·구획어업권자·어업용 등기선박소유자·수산물양식장 소유자 등이 설정하는 것으로, 그 재단은 정치어업권·구획어업권, 선박 및 그 기구, 토지·건물·어구 그 외 모든 어업경영시설 및 공업소유권에 의해 조성된다.

넷째, 항만운송사업법에 의하면, 항만운송사업재단저당권은 항만운송사업경영을 위한 건물·부지·기계 등의 물적 설비와 부지사용권 등의 권리로 조성된다.

다섯째, 도로교통사업저당법에 의하면, 도로교통사업재단저당권은 도로운송법에 의한 일반자동차운송사업·자동차도사업 또는 통운사업법에 의한 통운사업으로, 업무의 독립성과 사업규모의 적정성을 주무대신이 인정한 것에 관하여 설정되고, 당해 사업에 속한 토지·공작물·자동차·지상권·임차권·지역권·기계·기구·경차량·우마 그 외의 운반구 등에 의해 재단이 조성된다. 특히 재단설정 후에 당해 사업에 속한 것은 당연히 재단에 포함된다는 점은 공장재단저당 계열의 제도와는 차이가 있고, 관광시설재단저당과 유사하다.

여섯째, 관광시설재단저당법에 의하면, 관광시설재단은 관광사업자가 설정하는 것으로, 그 재단은 관광시설에 속하는 토지·공작물, 기계·기구·비품, 동물·식물·전시물, 지상권·임대인의 승낙을 얻은 물건의 임차권, 선박·차량·항공기 및 그 부속품, 온천이용권 등에 의해 조성된다.

### (3) 이른바 물재단(物財團)

이른바 물재단은 재단의 구성에 당사자의 의사적 요소가 약한 반면에 그 단일성이 강하고, 재단의 공시는 행정관청에 의한 등록에 의해 이루어진다. 물재단의 경우에는 기업의 공공성이 강하므로 주로 강행법규성을 갖고 행정관청의 개입이 많은 편이다.

일본 법제에서는 철도저당법이 이 이 계열의 대표적인 법제로서 동법에서 이 계열의 특징을 상세하게 규정하고, 이를 이 계열에 속한 다른 법률에 준용하고 있다. 이에 속한 재단저당은 다음과 같다.

첫째, 철도저당법은 처음에는 당시 일본 철도의 대부분을 차지한 사설철도에 외자를 도입함을 주된 목적으로 제정되었지만, 그 후 철도국유주의에 의해 간선철도가 국유로 됨에 이르러 대폭적인 개정을 통하여, 현재에는 오로지 지방철도의 용자수단을 정하는 법규로 되어 있다. 철도재단은 지방철도의 전부 또는 일부에 관하여 설정된 것으로, 철도사업경영에 관한 일체의 물적 설비와 지상권·임차권·지역권 등의 권리에 의해 조성된다(제1조~제3조). 저당증서 또는 신탁증서와 철도재단목록을 감독관청(운수대신)에 제출하여 그 인가를 받음으로써 설립되지만(제5조~제8조), 이 인가가 있으면 재단조성요소는 당연히 전부 재단에 포함될 뿐 아니라, 재단조성 후에 증가한 것도 당연히 재단에 포섭된다(제11조). 재단 중 타인의 권리를 포함하지 않는다는 것은 부동산재단 계열과 동일하지만, 이를 배제하는 절차를 간소화하여 재단의 설정을 용이하게 하고 있다(제8조~제12조). 재단

조성에 관한 그 외의 점은 부동산재단 계열과 큰 차이가 있는 것은 아니다. 마지막으로 재단의 공시에 관해서는 부동산재단 계열과 달라서 운수성에 있는 철도저당원부의 등록이 철도재단목록과 함께 공시의 작용을 담당하고 있지만(제15조, 제27조 이하), 그 취급은 등기와 큰 차이가 있는 것은 아니다.

둘째, 궤도재단저당은 궤도의 저당에 관한 법률에 의해서, 운하재단저당은 운하법에 의해서 규정되는 것으로, 그 조성물건은 철도재단저당과 차이가 있는 것은 아니다. 또한, 그 실제상의 적용범위도 큰 차이는 없다.

#### (4) 재단저당제도의 문제점

기업경영에 봉사하는 물적 설비와 재산권을 유지적인 단일체로 파악하고, 여기에 저당권을 설정하는 법률기술은 이론적으로도 실제적으로도 저당제도에 하나의 혁명을 야기하였다. 재단저당제도는 노일전쟁 후의 자본주의 발흥기에 발생하여 종전 후의 경제회복기에 이르기까지 발전에 발전을 거듭하여, 그 이용도도 증가하고 있다. 특히, 이 제도가 담보부사채신탁제도와 결합될 때, 기업금융의 매개로서의 작용은 매우 효율적이고, 현재의 대기업에 있어서 사채담보는 통상적으로 이 양자의 결합에 의해 실현되고 있다.

그러나, 이 제도에는 치유가 불가능하거나 곤란한 근본적인 결함이 내재되어 있다. 가장 중요한 것은 기업규모의 확장과 함께 재단목록의 작성·변경의 번거로움을 감당할 수 없다는 점이다. 재단목록은 등기부 또는 등록원부의 일부로서 공시작용을 담당하므로, 여기에 기재되지 않은 물건은 대항력이 없으므로, 조성물건의 변동에 따라 이 목록을 변경하는 것은 저당권자에게 있어서 태만히 해서는 안되는 임무이지만, 특히 무수한 기계·기구 등의 동산 외에도 끊임없는 증감변동을 목록에 기재하는 것은 매우 번거로운 일일 뿐 아니라, 그 실정을 파악

하는 것조차도 이미 매우 곤란하다. 이를 위해 목록의 변경을 해태하고 있는 동안에 조세와 일반채권에 의한 압류가 이루어져서 저당권자의 손해를 야기하는 예는 적지 않을 것이다.<sup>138)</sup> 그러나, 저당제도와 공시와는 불가분적으로 결합되어 있으므로, 적어도 저당목적물을 제3자에 대하여 확보하도록 함에는 이러한 공시수단의 변경절차를 불가피한 요청이므로, 전술한 바와 같은 결합은 이 제도에 의해 치유될 수 없다.

두 번째 결합은 특히 부동산재단에 관해서 재단조성에 지나치게 많은 비용이 소요된다는 점이다. 재단을 구성하는 부동산은 재단의 설정에 앞서 소유권보존등기를 하여야 하지만, 이 보존등기에는 고액의 등록세가 부과되어 대기업의 경우에는 그 비용이 수천만엔에 이른다. 기업은 부동산을 경영의 목적으로만 사용하는 경우에는 부동산에 관해 보존등기를 해야 하는 실제상의 필요를 느끼지 못하므로, 일단 재단을 조성하면 거액의 등록세를 부담하게 된다. 이 부담을 경감하기 위해 부동산의 일부만을 재단에 편입하는 방법이 많이 활용되지만, 이러한 방법으로는 기업을 유기적인 일체로 담보화한다는 제도의 취지에 역행하게 된다. 이른바 물재단(物財團)에 있어서는 부동산의 보존등기는 요구되지 않지만, 반면 일단 재단을 조성한 부동산에 관해서는 일체의 등기가 금지되어 거래를 저해하는 정도가 심하다.

마지막으로, 재단을 조성하는 것은 물적 설비와 물권적 권리로, 신용이나 고객, 영업상의 비밀과 같은 사실상의 기업이익은 물론이고, 막대한 액면가의 채권 그 외의 인적자산조차도 담보의 대상에서 제외된다는 것도 기업의 유기적 일체성을 훼손하는 것이다. 재단저당제도가 한정된 기업에 대해서만 설정되는 것도 그 외의 기업으로부터 융자수단을 뺏는 결과로 된다. 부동산재단과 물재단과의 사이에 그 성질상의 차이를 고려하지 않고 불필요하게 과도한 취급상의 구별이 가해지는 것도 결합이라고 할 수 있다.

138) 柚木馨 /高木多喜男, 『擔保物權法』, 499頁.

## 8. 기업담보권

### (1) 의 의

기업담보제도는 기업의 일체로서의 담보가치를 변동시의 상태로 파악하는 것을 말한다. 이 제도의 출현 필연성은 실제로 재단저당제도가 가진 결함을 극복한 것에서 찾을 수 있고, 재단저당제도에서 발생하는 결함을 보완하기 위하여 고안된 것으로 볼 수 있다. 재단목록의 작성·변경의 번거로움, 재단조성에 필요한 막대한 비용, 재단에 포함되는 재산의 제한, 적용되는 기업의 제한 등 재단저당제도의 결함을 한번에 극복하는 것은 대륙법적인 제도로서는 불가능에 가까운 것이다. 그러나, 영미법에서는 기업재산의 담보가치를 포괄적·유동적으로 인식하는 유동담보제도가 성행하고 있는데, 이러한 제도가 전술한 결함을 보완하는데 적합한 법률형태라는 것을 알 수 있다. 1958년에 제정된 기업담보법(법률 제106호)은 이러한 유동담보제도를 일본화한 것이다.

### (2) 유동담보제도

영국에서 유동담보(floating charge)는 1870년<sup>139)</sup> 이래 그 유용성을 인정받는 형평법상의 양도담보(equitable mortgage)의 일종이다. 영국의 통상적인 담보형태는 양도담보(mortgage)는 아니지만, 보통법상의 양도담보(legal mortgage)가 일반적으로 특정 및 고정된 객체에 관하여만 설정됨에 반해, 유동적 및 포괄적인 목적으로 설정되는 것이 형평법상의 양도담보이다. 이는 기업의 담보수단으로서 이용되는 경우에 이를 일반적으로 유동담보라고 칭하고 있다. 즉, 유동담보는 기업의 동태적인 전재산에 설정되는 형평법상의 담보이고, 기업재산을 그 변동하는 시점의 상태에 있어서 담보로 하는 형태이다.

139) Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Co.사건

유동담보의 특징은 그 객체를 포괄적 및 유동적으로 파악하는 담보라는 점이다. 유동담보의 목적은 기업에 속하는 고정적인 개개의 재산이 아니라 그 기업 그 자체이고, 기업에서 분리된 재산에는 그 효력이 미치지 않는 반면에 기업에 속한 재산은 당연히 담보의 대상으로 된다. 따라서, 기업이 순조롭게 경영을 하는 동안에는 담보권은 완전한 수면상태에 있고, 기업주가 그 재산을 자유롭게 처분하는 것을 제한할 수 있는 것은 아니고, 특정한 물건에 대한 배타적 지배라는 것과 같은 관념은 기업의 경영 중에는 구체적인 것이 아니다. 반면, 제3취득자가 유효하게 기업재산을 취득할 수 있으므로, 제3자의 불측의 손해에 대비하는 공시제도는 각각의 재산에 관하여 구비할 것을 요하지 않고, 다만 유동담보의 존재가 개괄적으로 공시될 것을 요한다. 그러나, 일단 기업이 그 채무의 지급을 해태하거나 기타 해산 등의 사유가 발생하면, 유동담보가 그 효력을 발휘하여, 그 시기의 기업의 전재산은 고정되고 담보권자는 이에 대해 우선변제권을 행사할 수 있다. 이 현상을 유동담보의 결정(結晶, crystallization)이라 한다.

유동담보는 사채(debenture) 또는 불특정액면사채(debenture stock)의 발행에 따라 설정되고, 신탁법리의 이용에 의해 수탁자가 개입하고, 사채권자에게는 형평법상의 권리가 부여되는 구조를 갖고 있다. 영국에서는 보통법상의 양도담보 이외에 일본의 재단저당과 같은 제도는 존재하지 않으므로, 기업금융의 매개로서는 이 유동담보제도가 압도적인 비중을 차지하고 있다.

### (3) 기업담보권의 설정

기업담보권을 설정할 수 있는 것은 주식회사에 한정되고, 그 피담보채권은 사채(社債)에 한정된다(제1조). 설정계약은 공정증서에 의해 체결되어야하는 요식행위이다(제3조).

기업담보권의 득실 및 변경의 공시는 설정회사의 본점 소재지에서 주식회사 등기부에 그 등기를 함으로써 이루어진다. 이 등기는 대항요건이 아니라 효력발생요건이다(제4조 제1항). 단, 일반승계·혼동 또는 담보하는 채권의 소멸에 의한 득실변경에 관해서는 등기없이 효력이 발생한다(제4조 제1항). 즉, 전술한 등기는 각각의 목적물에 대해 하는 것이 아니라, 본점소재지에서 주식회사등기부에 하는 것은 회사의 전재산을 목적으로 한다는 점은 기업담보권의 성질상 당연하지만, 물적편성주의를 채용한 일본의 부동산등기법과과는 차이가 있다.

#### (4) 기업담보권의 효력

기업담보권은 설정회사에게 속한 전재산에 관해서 다른 채권자에 우선하여 변제받을 수 있는 우선변제적 효력이 있다(제2조 제2항). 그 목적물은 현재에 설정회사에 속한 전재산이다. 현재에 설정회사에 속한다는 것은 기업담보권의 우선변제적 효력이 현실화되는 시점(예를 들어, 기업담보권의 실행이나 설정회사의 파산 등)에서 설정회사에 속한다는 의미이고, 항상 변동·증감을 계속하는 회사재산을 전술한 시점에서 파악하고, 이에 대해서 우선변제적 효력을 인정하는 것이다. 따라서, 기업담보권설정 후에 설정회사가 취득한 재산도 당연히 그 목적물에 포함되고 회사의 소유에서 이탈한 재산에는 추급력이 부정된다. 물론, 목적재산에 포함되는 것은 설정회사의 재산취득에 관해서 대항요건을 구비할 것을 요하고, 또 목적재산에서 이탈하여 기업담보권의 구속에서 해방되기 위해서는 권리취득자인 제3자가 대항요건을 구비할 것을 요한다. 이는 대항요건의 이론에서 도출된 당연한 귀결이지만, 주의해야 할 것은 이탈재산에 관해서 제3자의 대항요건의 구비는 기업담보권의 등기 후에도 기업담보권자에

게 대항할 수 있다는 것이다(제6조). 즉, 기업담보권은 전술한 바와 같이 유동하는 전재산에 효력을 가지므로, 각각의 재산에 대해 효력이 미치는 것은 아니라는 것을 나타낸다. 기업담보권의 공시가 각각의 재산에 관해서 이루어지지 않는 것과 표리의 관계에 있는 것은 분명하다.

기업담보권은 기업담보권자의 실행 및 설정회사의 파산의 경우에 일반채권자에 대하여 우선적 효력을 인정하는데 그친다. 따라서, 일반채권자에 의한 각각의 재산의 강제집행, 담보권자에 의한 담보권의 실행을 위한 경매의 경우에 기업담보권은 우선적 효력을 갖지 못한다(제2조 제2항). 또, 기업담보권의 실행 등 기업담보권의 우선적 효력이 인정되는 경우에도 선취특권·질권·저당권에 대해서는 항상 후순위이다(제7조). 동일한 회사의 전재산에 수개의 기업담보권이 설정된 경우의 기업담보권 상호간의 순위는 그 등기의 전후에 의한다(제5조).

#### (5) 기업담보권의 실행

기업담보권을 실행함에는 기업담보권자가 설정회사의 본점 소재지를 관할하는 지방재판소에 신청해야 한다(제10조, 제11조). 실행절차의 개시는 재판소의 개시결정에 의해 이루어지고(제19조), 이 결정에는 동시에 기업담보권자를 위해 회사의 전재산을 압류한다는 취지를 선언하여야 한다(제20조). 이 압류선언에 의한 압류의 효력은 설정회사에 송달됨으로써 효력을 갖는다(제20조 제2항). 그 내용은 처분금지의 효력이고, 이 시점에서 유동하는 목적재산은 확정되고 이에 대해 기업담보권은 우선적 효력을 갖게 된다. 이러한 효력의 공시수단으로서 는 개시결정의 공고(제22조)·관재인에 의한 실행절차의 개시등기(제23조 제1항)·각각의 재산에 관해서 실행절차개시의 등기·등록(제



24조)·채권에 관한 압류의 통지(제26조)가 행하여지지만, 제3자에 대한 압류의 효력의 대항력에 관해서는 다음과 같다.

우선, 선의의 제3자에 관해서는 공고 및 실행절차개시의 등기를 한 후가 아니면 대항할 수 없고, 공고·등기 후에도 제3자가 정당한 이유에 의해 압류를 몰랐던 때에는 제3자에 대하여 대항할 수 없다(제27조). 각각의 재산에 관해의 등기·등록, 채권에 관한 압류의 통지는 압류에 관한 대항요건으로서의 의미는 없지만, 정당한 이유의 존재를 부정하는 것으로서의 의미를 갖는다.

실행절차개시의 절차적 측면에서의 효력으로서 설정회사의 재산에 대해 이미 행하여지고 있는 일반채권자의 강제집행·가압류·가처분, 담보권의 실행으로서의 경매절차·채납처분은 기업담보권실행에 대한 관계에서는 그 효력을 상실한다(제28조).

일본의 재판소는 개시결정과 동시에 관재인을 선임하여야 한다(제21조). 관재인은 설정회사의 전재산의 관리와 환가를 한다. 환가방법은 회사의 전재산을 일괄하여 경매 또는 입찰에 의한 일괄경매와 관재인이 회사의 전재산을 일괄하여 또는 개별적으로 임의매각하는 방법이 있다(제37조). 즉, 임의매각방법은 기업담보권자, 특별담보를 가진 채권자 또는 설정회사의 신청이 있는 경우에 재판소의 인가를 받은 관재인에 의해 실시되지만, 기업담보권자 전원 및 특별담보의 목적으로 되어 있는 재산에 관해서는 그 특별담보를 갖는 채권자의 동의를 얻은 때에 한정되고 있다(제45조 제1항).

파산절차가 개시된 경우에는 기업담보실행 후에도 파산절차를 이행하는 것으로 해석된다. 물론, 기업담보권에는 별채권을 부여하지 않으므로(파산법 제92조), 일반 우선권으로서의 지위가 부여되는데 그친다. 또, 회사갱생절차도 기업담보권의 실행에 우선하고, 이미 이행되고 있는 실행절차는 중지된다. 그리고, 이 절차에서도 갱생담보권으로서 인정되지 않고, 일반적인 갱생채권으로 취급된다.

## 제 4 절 UNCITRAL 담보법 입법지침 제정작업의 동향

### 1. 개 관

담보법제는 기업이 저비용으로 금융을 조달하기 위한 제도로, 최근 국제금융의 확대에 따라 담보법제의 국제적 통일화 필요성이 제기되고 있다. 이에 UNCITRAL<sup>140)</sup>에서는 2002년부터 상거래에 대한 담보권에 관한 입법지침을 작성하기 위한 Working Group을 구성하여 작업을 진행 중이다.<sup>141)</sup>

최근 고가의 이동장비(mobile equipment)에 대해 담보권의 설정과 실행을 원활하게 함으로써 금융기관의 대출위험을 낮추고 금융비용을 절감하며 담보부채권의 유동성을 제고하기 위한 방안으로 사법통일을 위한 국제협회(UNIDROIT)가 국제민간항공기구(ICAO)와 공동으로 항공기를 포함하여 국제적으로 이동하는 장비(철도차량, 컨테이너, 우주시설)에 대한 국제적 담보권에 관한 협약인 ‘이동장비에 대한 국제적 담보권에 관한 협약(Convention on International Interests in Mobile Equipment, 이하 “케이프타운협약”이라 한다)을 채택한 바 있다. 이러한 동향을 볼 때 담보물권의 국제적 통일은 매우 어려운 것으로 인식되었지만, 케이프타운협약에 의해 담보물권의 국제적 통일작업이 새로운 전기를 맞고 있다고 할 수 있다.

---

140) 국제상거래법위원회로 United Nations Commission on International Trade Law의 약칭이다. UNCITRAL은 1966년 UN 제21차 총회의 결의에 의해 국제상거래법의 전진적인 조화와 통일을 목적으로 하여 설립되었다(이하 'UNCITRAL'이라고 한다).

141) 이에 관해서는 우리 나라에서도 대표단이 참석하였다. 아래의 내용은 법무부의 결과보고서(석광현, “담보권에 관한 입법지침 제정을 위한 UNCITRAL Working Group(VI) 참가결과보고(제1차·제3차·제4차회의)”의 내용을 중심으로 하여 소개한다.

이 입법지침은 담보물권의 국제적 통일화를 위한 기초작업으로서, 추후 국제적인 담보권에 관한 조약 또는 모델법의 입법이 예견된다. 따라서, 아래에서는 현재 진행되고 있는 UNCITRAL의 작업동향과 내용을 파악함으로써 담보법제의 국제적 통일화에 대비하여 국내법의 정비 및 입법적 대응을 위한 연구를 수행할 필요가 있다.

아래에서는 2002년 5월 개최된 UNCITRAL 1차 Working Group회의와 2003년 3월 개최된 제3차회의 및 2003년 9월 개최된 제4차회의의 내용을 중심으로 그 동향을 소개한다.

## 2. 입법지침의 주요 내용

### (1) 목적과 범위

Working Paper 2 Addendum 1에서는 입법지침의 주요 목적으로는 ① 자산가치의 최대이용, ②단순하고 효율적인 방법에 의한 담보취득, ③ 비점유담보권의 허용, ④명확하고 예측가능한 우선규칙(priority rules)의 확립, ⑤예측가능한 적시의 담보권실행의 촉진, ⑥내외국 채권자간의 평등취급, ⑦당사자 자치의 인정, ⑧투명성 제고를 위한 책임있는 행위의 권유 등 8개를 제시하고 있다.

입법지침의 범위는 입법지침 초안에 따르면 입법지침이 대상으로 하는 것은 일차적으로 동산에 대한 약정담보물권(consensual security right)이며, 점유를 수반하는 담보물권과 비점유 담보물권을 포함하고, 또한 금융리스 또는 소유권유보부 매매와 같이 담보물권과 유사한 권리도 포함하고 있다. 뿐만 아니라, 채권 기타 다양한 유형의 권리에 대한 담보물권도 대상으로 하고 있으나, 부동산담보물권은 제외된다.

### (2) 담보권의 구분

Working Paper 2 Addendum 3에서는 기존의 담보권을 전통적 담보권, 양도방식에 의한 담보권, 통일적·포괄적 담보권으로 구분하고 있

다. 전통적 담보권은 점유담보와 비점유담보를 포함하는 유형재산에 대한 담보권과, 무형재산에 대한 담보권으로 구분되고, 양도방식에 의한 담보권은 채권자에게 소유권을 양도하는 방식과 채권자가 소유권을 유보하는 방식으로 구분된다.

비점유담보권의 경우 허위의 부(false wealth)를 막기 위한 수단으로 공시가 필요하며, 공시는 도산 관재인을 포함한 제3자에게 미지급의 위험을 평가하는 기초에 대한 정보제공기능을 하는 점이 지적되었다.

무형재산에 대한 담보권의 경우 지적재산권, 유가증권, 채권(receivable)과 대금(代金, proceeds)에 대한 담보권의 포함 여부가 논의되었으나, 대체로 지적재산권과 유가증권은 제외하고 채권과 대금을 포함시켜야 한다는 견해가 유력하였다.

양도방식에 의한 담보권은 전통적으로 비점유담보권이 허용되지 않았기 때문에 이를 피하기 위하여 도입된 것이므로, 현대적 비점유담보권제도를 가진 국가의 경우 상대적으로 필요성이 적다는 점을 지침에서 명확히 할 것이 요구되었다.

통일적·포괄적 담보권(uniform comprehensive security)의 경우에는 미국 UCC에 의한 담보권 외에도 캐나다의 퀘벡주의 입법을 동시에 고려할 필요성이 제기되었다. 새로운 포괄적 담보권을 도입할 경우 기존의 담보권과의 병존을 허용하는 방안과 기존의 담보권을 폐지하고 그에 대신하는 권리로서 포괄적 담보권만을 인정하는 방안이 제시되었다.

### (3) 담보권의 설정

Working Paper 2 Addendum 4에서는 담보권의 설정에 관하여 피담보채권과 담보목적물 등의 담보권의 기본적 요건, 담보계약에 관하여 서술하고 있다.

피담보채권에 관하여 초안에서 금전채권과 비금전채권을 구별하는 것은 적절하지 못하고, 장래의 채권을 담보하는 담보권의 경우 피담보채권이 실제로 발생하기 전에는 효력이 없는 것이 아니라 실행할 수 없다는 점을 명확히 할 필요성이 제기되었다.

초안은 복수의 채권을 담보하는 경우 최고한도를 두는 것에 대해 비판적인 태도를 취하고 있었다. 최고한도를 두는 경우에는 채무자로 하여금 잔여 담보가치를 활용하여 다른 채권자에게 이를 담보로 제공하고 자금을 조달할 수 있다는 장점이 있는데, 이는 담보가치에 대한 정확한 평가를 전제로 하는 것이다. 반면, 최고한도를 두지 않을 경우 모든 자산가치를 채권자에게 담보로 제공함으로써 보다 유리한 조건으로 자금을 조달할 수 있다는 점이 장점으로 주장되었다.

담보목적물에 관하여는 담보계약 체결시 존재하지 않는 자산(future assets)와 담보계약 체결 후 취득한 자산(after-acquired assets)에 대해 담보권이 설정가능함을 분명히 하고 있다. 그리고, 채무자 기업의 모든 자산을 담보로 제공하는 유동담보(floating charge)에 대해서는 더 논의가 되어야 하고 특히 유동담보의 확정(crystallization)의 개념에 대해서는 보완이 필요하다는 지적이 있었다.

기업저당(enterprise mortgage)에 관하여는 부동산을 포함할 수 있으므로, 유동담보와 동일한 것은 아니라는 지적이 제기되었다. 기업저당을 인정함으로써 담보실행시 담보관리인(administration)을 선임할 수 있는 장점이 있지만, 실제로는 담보권자가 선임한 담보관리인은 담보권자를 우대하고 다른 채권자들은 이익을 해하는 경향이 있으므로 반드시 장점이 있는 것은 아니라는 지적도 있었다. 담보권자는 충분한 담보를 가지고 있으므로 채무자의 회생에 적극적으로 참여하고 자산을 보존하는데 관심이 없는 경향이 있으므로 기업저당이 반드시 장점만 있는 것은 아니라는 비판도 있었다. 또한, 기업저당의 경우 담보가 독점되어

차주는 한명의 채권자로부터 자금을 조달해야 하는 단점이 있는 반면, 담보목적물의 관리에 드는 비용은 저렴하다는 장점이 있다.

입법지침 초안에서는 담보계약의 개념, 필수적 기재사항, 방식 및 효력을 설명하고 있다. 이에 대하여, 담보계약에 포함될 사항은 최소로 하여야 한다는 점이 지적되었다. 그렇지 않은 경우 담보계약의 효력은 부정될 가능성이 크기 때문이다. 이는 단순하고 효율적인 방법으로 담보를 취득할 수 있도록 하는 지침의 목적과도 일치한다. 담보계약의 방식에 대해서는 요식행위성에 관해 견해가 대립되었다. 서면은 당사자간에 경고기능과 증거기능을 하고 제3자에 대해서는 사기를 방지한다는 점이 주장되었다. 또한, 요식행위와 공시의 관계도 논의되었다. 즉, 공시가 서면제출을 요구하는 형태라면 담보계약의 요식행위성이 요구되나 공시가 단순한 통지를 위한 것이라면 요식행위성은 불필요하다.

#### (4) 공시(Publication)

Working Paper 2 Addendum 5에서는 공시, 특히 비점유담보권과 관련된 공시에 관하여 서술하고 있다. 동산에 대한 비점유담보권의 경우 공시의 방법으로 등록의 필요성과 장점을 주장되었으나, 국가에 따라서는 일반적인 동산 등기부가 없고 공시되어서 앎되는 정보도 있는데, 입법지침 초안에서는 많은 사항의 공시를 요구하고 있다는 점에서 문제라는 의견이 제기되었다. 담보등록부의 설치와 운영은 상당한 비용을 초래하고 거래비용을 증가시킬 것이라는 점과 현재 등록없이 이루어지는 엄청난 규모의 거래에 대해 등록을 요구하는 것은 수용하기 곤란하다는 비판이 제기되기도 하였다.

그러나, 현대적이고 효율적인 담보법제를 정립하기 위하여는 등록제도가 핵심적인 요소라는 점을 인정하는 것이 주된 의견이었다. 이러한 제도는 동산의 점유에 상응하는 공시기능을 수행하는 것으로서,

공시와 투명성이라는 보편적인 원칙에 기초하고 있는 것이다. 특히, 프로젝트 금융과 자산유동화는 신뢰할 수 있는 등록제도가 없으면 활성화되기 어렵다는 점도 지적되었다. 등록방법으로는 자산별 등록방식이 아니라 담보설정자별 등록방식이 강조되었고, 이는 소유권 등록부(title registry)가 아니라 담보권 등록부(encumbrance registry)로 이해되었다.

### (5) 준거법

Working Paper 2 Addendum 11에서는 담보권의 설정, 공시 및 우선권에 대하여 단일한 준거법을 정할 것인가, 유형자산과 무형자산 등 담보목적물에 따라 상이한 준거법을 정할 것인가에 관하여 요약 및 권고에서 두가지의 대안(Alternative)을 제시하였다.

Alternative 1은 담보권의 설정, 공시 및 우선권 전부에 대하여 담보권설정자의 소재지법을 기준으로 하고 유형자산과 무형자산을 구별하고 있지 않다. 다만, 점유담보권의 경우에는 담보물 소재지법을 적용하고 있다. 그러나 이는 자산의 매매에 대해서도 동일한 법이 준거법이 되어야 한다는 요청에 부합하지 않는다는 문제점이 있다.

Alternative 2는 담보권의 설정, 공시 및 우선권에 대해 담보물 소재지법을 적용하고 있다. 다만, 무형자산에 대한 비점유담보권과 통상수개의 법역에서 사용되는 유형자산의 경우에는 담보권의 설정, 공시 및 우선권이 모두 담보권설정자 소재지법에 의하도록 하고 있다.

### (6) 기업저당(enterprise mortgage)

Working Paper 6 Addendum 3에서는 초안 para. 30의 기업저당에 관하여 기업의 관재인이 선임될 수 있고, 관재인은 담보권자 또는 법원이 선임할 수 있음을 기술하고 있다. 이에 대하여, 관재인에 대한 규정

은 담보권의 실행에 관한 문제이므로 담보권의 성립에 관한 부분에서 다루지 말고, “채무불이행과 실행”에 관한 부분에서 다루기로 하였다.

초안의 para. 32는 기업저당에 의해 저당권자의 지위가 너무 강화될 우려가 있음을 지적하고, 입법지침은 일부 국가의 예에 따라 기업 도산 시 저당권자의 우선권을 제한하는 방안을 고려할 수 있다고 설명한다.

초안의 para. 28에서는 기업저당은 통상 부동산을 포함하지 않는다고 규정하고 있는데, 이에 대하여는 부동산을 포함할 수 있음을 명시하자는 의견이 제시되었다. 또한, para. 34에서는 부동산에 부합된 동산만을 취급하고 동산에 부합된 동산이나 가공의 경우는 설명하지 않고 있다.

## 제 5 절 소 결

이상에서 독일, 미국, 일본의 담보법제에 관하여 검토하였다. 이 중 독일은 법체계에 있어서 우리와 유사하나 구체적인 담보이론 및 담보제도에 관해서는 상당한 차이를 보이고 있다. 그러나, 독일민법에서는 우리 나라에서 관습법상의 담보물권으로 인정되고 있는 양도담보를 민법의 규정을 근거로 하여 민법상의 담보물권으로 해석하는 경향이 지배적이다. 이러한 해석론과 판례의 태도는 우리 나라의 양도담보에 관한 해석론에 있어서 참고할 필요가 있을 것이다. 특히, 독일에서의 창고물품의 양도담보에 관한 이론과 소유권유보에 관한 논의는 현재 우리 나라에서 이론과 판례가 형성 중인 유동집합동산양도담보와 소유권유보에 대한 좋은 참고자료가 될 것이다.

미국의 경우에는 담보법제의 체계와 내용이 우리 나라와 전적으로 달라서 구체적인 비교의 대상으로 하기가 곤란한 점이 있다. 다만, 최근 담보거래에 대한 국제화 경향이 나타나고 있음에 따라 통일상법전상의 동산담보에 대한 구체적인 연구를 필요로 하는 분야로 생각된다.



일본의 담보법제 및 담보거래의 실무는 우리 나라와 가장 유사한 형태로 되어 있다는 점에서 비교의 가치가 높은 국가로 생각된다. 일본은 재단저당제도를 매우 세분화하고 있어, 다양한 분야에 있어서 개별법의 제정을 통한 재단저당제도를 도입하고 있다. 그러나, 일본의 경우에도 절차의 복잡성 및 비용의 과다 등 재단저당제도의 내재적 문제점으로 인해 점점 그 활용도가 저하되고 있다는 점은 우리와 비슷한 사정이다. 일본은 이에 포괄담보법제를 도입하여 기업담보법을 제정하는 등, 기업을 위한 담보거래의 효율화 및 다양화를 위한 시도를 지속적으로 하고 있다. 특히, 기업담보권과 같은 포괄담보제도는 영미법에 근거를 둔 제도로서, 이는 담보거래에 있어서도 대륙법과 영미법의 준별을 뛰어 넘어 점차 국제화되어 가는 경향을 보이고 있다. 최근 법무부에서도 포괄담보법제의 도입을 위한 작업에 착수할 예정임을 밝힌 바 있다. 이 작업의 효율적 수행을 위하여는 영미법상의 유동담보이론과 일본의 기업담보법에 대한 구체적이고 치밀한 연구가 지속될 필요가 있을 것이다.

마지막으로, 담보권에 관한 입법지침 제정을 위한 UNCITRAL Working Group의 작업은 구체적인 쟁점에 관하여는 각 국별로 상당한 견해 차이가 있지만, 이 작업의 목표가 통일조약이나 모델법을 작성하는 것이 아니라 입법지침을 마련하는 것이라는 점에서 상대적으로 유연한 내용을 담게 될 것으로 전망된다. 종래 우리 나라의 담보법제는 질권과 양도담보권에 주로 의존하고 있고, 이에 관하여는 민법개정안에서도 특별히 언급되고 있지 않고 있다. 따라서, UNCITRAL의 논의결과를 지속적으로 관찰하고 이를 우리 나라의 동산담보법제의 개선을 위한 방향을 정립하는데 참고할 필요가 있을 것이다.

## 제 4 장 비전형담보제도의 문제점과 개선방안

### 제 1 절 비전형담보제도의 문제점

#### 1. 가등기담보권

##### (1) 법리구성

가등기담보는 주로 금전소비대차계약과 대물변제의 예약 및 가등기 설정이라는 세가지 형태의 계약이 복합되어 있다. 이 세 가지 형태의 계약내용에는 민법이론상 어느 계약에도 담보적 효력이 포함되어 있지 않지만, 대물변제예약완결권의 행사에 의한 목적물의 소유권취득 기능과 가등기에 의한 순위보전기능, 공시기능 등에 의하여 담보적 기능을 수행하고 있다는 점에서 특수한 담보권으로 인정되고 있다.

즉, 가등기담보법에서는 첫째, 담보가등기에 있어서는 피담보채권을 전제로 하고 있고(제2조 제3호), 둘째 채무불이행의 경우에는 가등기담보권자에게 목적부동산에 대한 경매청구권의 행사를 인정하며(제12조), 셋째 제3자에 의한 경매절차에 있어서도 가등기담보권자는 가등기의 순위를 가지고 우선변제를 받는다는 점(제13조), 넷째 다섯째 국세기본법·국세징수법·지방세법·채무자회생 및 파산에 관한 법률의 적용에 있어서도 가등기담보권을 저당권으로 취급하고 있다(제17조 제3항). 이러한 점에서 가등기담보권은 경매청구권·우선변제권 등 담보물권의 통유성을 갖는 담보물권의 일종이라 할 수 있고,<sup>142)</sup> 구체적으로는 저당권에 유사한 특수저당권으로 해석하는 것이 다수의 견해이다.

142) 일본에서도 가등기담보권의 법리구성에 관하여 종래의 소유권적 구성에서 벗어나 담보권의 일종으로 보는 견해가 통설이다(樫壽夫, “擔保として賣買豫約(下)”, 『ジュリスト』 第457号, 有斐閣, 103頁 ; 柚木馨·高木多喜男, 『擔保物權法』, 571頁 ; 生態長幸, “假登記擔保權と假登記制度との關聯性”, 『法律時報』 第47卷 11号, 日本評論社, 1975, 58頁).

그러나, 기본적으로는 가등기담보법은 민법 제607조·제608조와 관련하여 경제적 약자의 보호와 거래질서의 유지라는 범위에서 그 기능과 효력이 인정되고 있고, 담보물권으로서의 공시방법이 불충분하다는 점, 가등기담보권자에게 청산의무를 인정하되 청산절차에서는 목적부동산의 직접취득과 경매라는 2종의 방법을 인정하고 있고, 청산금채권의 이행이 있기 전에 다른 채권자에 의한 경매가 개시되고 있는 경우에는 가등기담보권이 우선변제권으로 전환된다는 점 등은 담보물권으로서의 성질을 약화시키는 것으로 볼 수 있다.

한편, 기초적인 문제로서 우리 민법은 물권변동에 관하여 성립요건주의를 원칙으로 채택하고 있으므로, 법률행위로 인한 물권변동은 반드시 등기하여야 성립하고, 여기서의 등기는 본등기를 말하는 것이 원칙이다. 이러한 점에서 가등기만으로 가등기담보권의 성립을 인정하는 것은 성립요건주의 하에서의 법체계와 조화되지 않는 것으로 보여진다.

## (2) 적용범위

가등기담보법의 입법목적은 차용물의 반환에 관하여 차주가 차용물에 갈음하여 다른 재산권을 이전할 것을 예약함에 있어서 그 재산의 예약 당시의 가액이 차용액 및 이에 붙인 이자의 합산액을 초과하는 경우에는 이에 따른 담보계약과 그 담보의 목적으로 경료된 가등기 또는 소유권이전등기의 효력을 정하는 것으로 하고 있다(제1조). 또한, 동법에서의 담보계약은 민법 제608조의 규정에 의하여 그 효력이 상실되는 대물반환의 예약(환매, 양도담보 기타 명목여하를 불문한다)에 포함되거나 병존하는 채권담보의 계약으로 정의하고 있다(제2조 제1호). 따라서, 동법은 대물변제예약과 병용된 가등기담보계약 및 양도담보계약에 대하여 적용되는 것을 볼 수 있다.

즉, 동법은 적용대상에 부동산 양도담보를 포함시키고 있는 바, 동법에서 가등기담보만을 대상으로 하는 경우 동법의 적용을 받지 않는

양도담보를 통하여 종전의 가등기담보제도가 갖는 역기능이 다시 성행할 것이라는 전제에서 동법에 의하여 변칙담보일반의 사적실행을 모두 규제하기 위한 것이다.<sup>143)</sup>

그러나, 가등기담보에서는 가등기가 행하여질 뿐이고 소유권이전의 본등기를 미리 하는 것은 아니다. 그러나, 양도담보나 매도담보의 경우에는 가등기가 아니라 소유권이전의 본등기를 한다는 점에서 차이가 있다. 이러한 차이가 있음에도 불구하고 가등기에 관한 규정들을 양도담보에도 적용함으로써 양도담보에 관한 관습법 및 이론과 상충될 수 있으며, 등기의 효력이나 공신력 등에 관한 문제를 야기할 수 있다.<sup>144)</sup>

### (3) 가등기담보권의 공시

가등기는 본등기를 위하여 미리 그 순위를 보전할 목적으로 행해지는 등기이다. 그러나, 가등기담보법상의 담보가등기는 순위보전의 가등기와는 달리 순위보전적 효력 외에도 일정한 실체법적 효력이 인정된다. 가등기담보의 목적물이 다른 채권자에 의하여 경매에 붙여질 경우 가등기담보권자는 가등기인 채로 그 가등기의 순위를 가지고 우선변제권을 행사할 수 있다(제13조). 따라서, 이 경우의 담보가등기는 가등기에 불과하지만 본등기와 같은 효력을 가지고 가등기담보권을 공시하는 역할을 한다.

그러나, 가등기도 등기의 일종으로서 공시기능을 담당한다는 점은 분명하지만 담보가등기는 저당권설정등기와 달리 채권액·채무자·변제기·이자 등 피담보채권에 관한 기재가 표시되지 않는다.<sup>145)</sup> 따라서,

143) 공순진, “가등기담보 등에 관한 법률의 주요 문제점”, 177면.

144) 참고로 일본의 가등기담보계약에 관한 법률에서는 그 규율대상을 가등기담보에 한정하고 있으며 양도담보 및 매도담보는 그 적용대상에서 제외하고 있다.

145) 저당권설정등기에서는 채권액과 채무자를 필요적 등기사항으로 하고 있고, 변제기의 약정·이자 및 지급시기의 약정·원본 또는 이자의 지급장소에 관한 약정·

가등기담보권의 내용을 후순위권리자 등의 제3자에게 공시하지 못하므로 목적부동산의 담보가치를 효율적으로 파악하는 것이 곤란하다.

또한, 담보가등기는 등기부상에서 순위보전의 가등기와 외형상 동일하므로 등기부상으로는 이를 구별하기 곤란하다. 따라서, 이를 열람하는 제3자는 별도의 조사를 통하여 담보가등기 여부를 판단해야 한다는 점에서 부동산에 대한 사실관계와 권리관계의 공시라는 등기제도의 본래의 목적에도 부합하지 않는다.

이에 대해, 대법원은 1984년 1월 18일 ‘가등기담보 등에 관한 법률 시행에 따른 등기사무처리지침’을 마련하여, 대물반환의 예약을 원인으로 한 가등기신청의 경우 등기신청서 중 ‘등기의 목적’란에 본등기될 권리의 이전담보가등기라고 기재하도록 하였다. 그러나, 이는 대물반환의 예약을 원인으로 하는 가등기신청 및 그에 기한 담보가등기에 한정되어 적용되므로, 당사자들이 가등기신청시에 그 등기원인을 대물반환의 예약으로 기재하지 않고 예를 들어 매매예약 등과 같이 기재한 경우에는 이 지침은 적용되지 않게 된다. 또한, 이 지침의 적용을 받는 가등기의 경우에도 피담보채권에 관한 내용은 등기사항이 아니므로 여전히 그 한계가 잔존하고 있다. 따라서, 궁극적으로는 가등기담보권의 담보물권성을 명확히 하기 위해서는 부동산등기법을 개정하여 담보가등기를 순위보전의 가등기와 구별하기 위하여 피담보채권에 관한 내용을 등기부상에 기재하도록 할 필요가 있다.

#### (4) 등기의 공신력

가등기담보법 제4조 제2항 및 제3항의 규정에 의하면, 가등기담보권자는 자기명의로 목적부동산의 소유권이전등기가 되어 있더라도 소유

---

손해배상의 약정 등을 임의적 등기사항으로 하고 있는데, 가등기의 경우에는 이러한 등기사항에 관한 규정이 없다는 점(부동산등기법 제3조)에서 공시내용이 불완전하다.

권을 취득하지 못하며, 청산기간 경과 후 청산금을 채무자에게 지급해야 비로소 소유권을 취득하게 된다. 따라서, 청산금을 지급하기 전에는 담보권자의 명의로 소유권이전등기가 되어 있음을 이용하여 선의의 제3자에게 처분하여 소유권이전등기를 하여도 이 등기는 무효로 된다. 그러나, 가등기담보법에서는 이 경우 거래의 안전을 보호하기 위하여 선의의 제3자의 경우에는 유효하게 소유권을 취득할 수 있도록 하고 있다(제11조 단서). 즉, 제11조 단서의 규정은 현행 민법상 인정되지 않는 등기의 공신력을 인정하는 결과로 된다.

등기의 공신력 인정의 문제는 장기적으로 우리 법제에 도입될 필요성이 있는 제도이지만, 가등기담보법에서는 채권자가 이를 이용하여 청산절차를 거치지 않고 그 부동산을 제3자에게 처분하는 경우 채무자는 불법행위에 의한 손해배상청구권 또는 청산금의 지급을 청구할 수는 있어도 목적부동산의 소유권을 회복할 수는 없게 된다. 이는 결과적으로 채무자의 보호라는 동법의 입법취지를 훼손시키는 결과로 된다. 그러나, 채권자 명의로 가등기가 되어 있는 부동산을 취득한 선의의 제3자를 어떻게 해석하는가는 문제로 될 수 있다. 부동산거래의 당사자는 부동산등기부를 열람하는 것이 일반이고, 부동산등기부를 열람하지 않은 것은 당사자의 과실로 인정된다는 점에서 가등기가 설정된 부동산임을 모르고 취득한 경우는 매우 제한적으로 해석될 수밖에 없을 것이다.

##### (5) 채무자 등의 말소청구권

동법은 제11조에서 ‘채무자 등은 청산금채권을 변제받을 때까지 그 채무액(반환시까지의 이자와 손해금을 포함한다)을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다’라고 규정하고 있다.

그러나, 동법은 제1조에서 담보계약과 그 담보의 목적으로 경료된 ‘가등기’ 또는 ‘소유권이전등기’의 효력을 정함을 목적으로 하고 있는 바, 제11조와 같이 소유권이전본등기의 말소청구권만 규정하고 담보가등기의 말소청구권을 규정하지 않은 것은 균형상 문제가 있다.

물론, 담보물권에는 소멸상의 부종성이 적용되므로 채무자가 피담보 채무를 변제한 경우에는 이를 담보하기 위한 담보가등기도 그 효력을 상실하는 것을 보아야 한다. 그러나, 담보권자가 채무를 변제 받은 후에도 가등기를 말소하지 않는 경우에는 현행 법제에 의하면 현실적으로 이를 강제할 수 있는 방법이 없다. 부동산등기법은 제169조에서 가등기의 말소에 관해 규정하고 있으나, 가등기명의인 즉 담보권자가 말소등기를 신청할 수 있도록 하고 있고(제1항), 명의인의 승낙서가 있거나 이에 대항할 수 있는 재판의 등본이 있는 경우에는 이해관계인도 말소를 신청할 수 있도록 하고 있을 뿐이다(제2항).

이러한 점에서 채무자 등에게 본등기의 말소청구권을 인정하고 있는 가등기담보법 제11조는 부동산등기법에 대한 특칙이라고 할 수 있고, 이 경우 채무자나 물상보증인 등의 이해관계인이 본등기의 말소 청구 뿐 아니라 가등기에 대한 말소청구권을 인정하는 것이 적절할 것이다.

## 2. 동산양도담보권

동산양도담보제도는 입법적으로 합리화되어 있지 않을 뿐 아니라, 담보목적 달성을 위하여 그 목적을 초월하는 소유권양도라는 형식을 이용한다는 점에서 이미 전형담보와는 비교할 수 없을 정도의 거래위험을 내포하고 있다.

첫째, 양도담보권자의 입장에서는 양도담보설정자의 불성실로 담보물의 소유권을 상실할 가능성이 높다. 질권은 질권자가 목적물을 점유하므로 질권설정자가 이를 처분하는 것은 사실상 곤란하고 처분되

더라도 질권자로서 매수인에 대항할 수 있으므로 위험성은 높지 않으나, 양도담보는 담보권설정자가 목적물을 점유하는 것이 일반적이므로 이를 처분하는 것이 용이하게 된다.

둘째, 비효용성을 들 수 있다. 양도담보설정자는 양도담보권이 설정된 목적에 대해서 다른 담보권을 설정할 수 없다는 점에서 설정자가 점유를 함에도 불구하고 담보권의 효용성이 낮은 편이다. 또한, 채무자에게 소액의 채무가 존재하는 경우에도 목적물의 전부를 자유롭게 처분할 수 없다는 점에서는 경제적 측면에서도 비효율적이다. 저당권의 경우에는 저당권의 설정된 경우에도 목적물을 처분함으로써 저당목적물의 교환가치를 회수할 수 있으나, 양도담보에서는 인정되지 않는다.

셋째, 실행상의 문제점을 들 수 있다. 동산양도담보는 법원의 개입 없이 당사자가 임의로 담보권을 실행할 수 있다는 점이 장점이자 단점이라고 할 수 있다. 대물변제의 예약이 있는 양도담보의 경우에는 민법 제607조·제608조가 적용될 수 있다. 그러나, 제607조·제608조는 강행규정으로서 이에 위반되는 약정은 무효로 하므로, 이에 위반되는 대물변제예약을 통해서 양도담보권을 설정한 경우에는 과잉담보의 해소를 위한 규제가 아니라, 그 약정 자체를 무효로 하므로 처음부터 계약이 존재하지 않은 것으로 되어 부당이득관계로 전환된다는 점에서 채권자 뿐 아니라 채무자에게도 복잡한 법률관계를 야기한다. 따라서, 양도담보의 경우에는 원인계약의 무효로 인한 담보약정도 무효화시키는 것보다는 청산의무의 명시를 통해 실행시 과잉담보의 문제를 해결할 필요가 있다.

양도담보는 자본주의의 발달에 의한 사회적·경제적 요청에 따라 재화의 담보화와 그 수요에 대응하기 위하여 투자와 금융의 수단으로서 거래의 융통성 및 변제의 확보를 위하여 발전한 관습법상의 담보물권이지만, 이는 법률에 의한 담보물권이 아니므로 그 법률관계가 명료하지 못하고 불합리한 점이 존재한다. 따라서, 다양한 담보거래를



통한 금융의 활성화를 위해서는 양도담보제도에 내재하고 있는 모순을 이상과 법현실에 부합하는 입법을 통하여 제거할 필요가 있다.

이를 위해서는 질권이나 저당권 등에 기한환가방법을 통하여 합리적으로 환가할 수 있는 제도를 확립하고, 이러한 환가방법을 회피하는 양도담보의 효력을 부정할 필요가 있다.

### 3. 입목저당권

입목은 토지로부터 독립한 물건이지만 이를 등기할 수 없었으므로 담보의 목적으로 하는 것도 불가능하였다. 그러나, 임업가가 임업자본을 마련함에 있어서 자기 토지를 소유하고 있는 경우에는 그 토지에 저당권 등을 설정하는 방법으로 금전을 융통할 수 있었지만, 토지를 임차하여 입목을 소유하는 경우에는 입목을 담보로 제공할 수 없었으므로 임업자본을 마련하는 길이 어려웠다. 입목법은 이러한 차지임업가의 임업자본 등의 요청에 의하여 오로지 입목의 담보를 목적으로 제정되었다.<sup>146)</sup>

따라서, 임업가가 입목을 담보에 제공할 필요없이 육림(育林)만을 목적으로 한다면 차지임업가의 경우에도 토지를 임차하거나 토지에 지상권등을 설정하는 것으로 충분하고, 특별히 입목권을 설정할 필요는 없을 것이다. 그러나, 입목을 담보에 제공하는 경우에는 입목법에 의하여 저당권을 설정할 수 있으므로 입목등기가 필요로 된다. 이러한 점에서 입목법은 입목을 담보에 제공함으로써 임업자본의 금융의 길을 열고 있는 데에 그 취지가 있다 할 것이다. 따라서, 명인방법은 입목을 매매하는 데에, 입목법은 입목을 담보에 제공하는 데에 그 중점을 두고 있다.

입목법은 이와 같이 입목이라는 새로운 물건의 개념을 인정하여 여기에 별도의 소유권보존등기를 하여 저당권의 목적으로 할 수 있는

146) 박행용, “입목등기”, 『재판자료』 제44집, 법원도서관, 1988, 615면.

제도이므로, 저당권과 등기에 관한 내용을 중심으로 하고 있다.

입목에 관한 공시방법으로는 전통적으로 명인방법이 활용되어 왔으나, 명인방법은 일정한 형식이 관행으로 확립되어 있지 않고, 불완전한 공시방법이어서 이러한 불편을 해소하기 위하여 입목법이 제정되었다. 입목법은 전술한 바와 같이 2005년도 총 31건에 63개의 등기가 되는 등 현재 거의 활용되지 못하고 있고, 소유권에 관해서는 실제로는 입목의 매수자가 단독으로 쉽게 실시할 수 있는 명인방법이 여전히 행하여지고 있다.

명인방법에 의하여 공시될 수 있는 물권변동은 입목소유권의 양도, 법률행위의 무효·취소 등에 의한 입목소유권의 복귀, 입목소유권의 유보 정도에 한정된다.<sup>147)</sup> 즉, 명인방법에 의한 저당권이나 질권의 설정은 인정되지 않지만 소유권이전 방식의 양도담보는 허용된다고 할 수 있다.

입목에 대한 저당권설정을 위해서는 그 전제로서 현행법과 같이 소유권보존등기를 할 것이 필연적으로 요구되나, 소유권 자체에 대한 공시 또는 입목법상의 담보기능을 확장하여 입목에 대한 양도담보의 설정 등을 위해서는 굳이 소유권보존등기를 요하지 않고 명인방법에 의한 공시로도 충분할 것이다.

그러나, 현재의 명인방법은 확립된 기준이 없고 지역별로도 상이하게 되어 있어 소유권의 공시기능을 정확하게 하고 있지 못하고 그 적법성 여부가 논란이 되는 경우가 많다.<sup>148)</sup> 따라서, 입목법에서는 저당권등기를 위한 전제로서의 소유권보존등기와는 별도로, 소유권에 대

147) 박행용, “입목등기”, 629면.

148) 대법원판례에서 적법한 명인방법이라고 한 예는 임야의 수개소에 “입산금지 소유자 ○○○”라는 표말을 써서 붙인 경우(대법원 1967.12.18 선고, 66다2382, 2383 판결), 원고소유라는 명인간판 10매 내지 30매를 수차 임야각처에 게시하고, 암석에다 페인트로 원고소유임을 표시한 경우(대법원 1969.11.25 선고, 69다1346 판결), 권리의 변동이 있음을 일반에게 알리는 문구를 기재한 표말을 인삼포를 통과하는 사람이면 누구나 쉽게 볼 수 있는 곳에 설치한 경우(대법원 1972.2.29 선고, 71다 2573 판결), 입목만을 매수한 후, 그 지반인 임야의 10여개소에 “○○○ 매수”라는 표지를 한 경우(대법원 1974.6.11 선고 74다542 판결)등이다.

한 공시를 위하여 명인방법에 관한 규정을 둘 필요가 있을 것이다. 이 경우, 명인방법의 형식 및 공시내용에 관한 세부적인 규정을 하위 법령에 두어 명인방법이 통일되고 명확한 공시제도로서 법제화될 필요성이 있다.

그리고, 2002년 12월 26일 개정된 입목법 제22조에서는 농업협동조합법에 의한 공제 외에 산림조합법에 의한 공제를 포함하도록 하고 있으나, 시행령 제3조는 법률의 개정에 따른 개정을 하지 않아 산림조합법에 의한 공제를 포함하고 있지 않아 법률과 시행령의 불일치가 발생하고 있다.

#### 4. 자동차·건설기계·항공기저당권

비점유담보인 저당권은 원칙적으로 등기를 전제로 하고 있으므로, 주로 부동산에 관하여 설정되고 있으나, 우리 나라에서는 등록대상인 동산인 건설기계·자동차·항공기에 대하여도 저당권설정을 인정함으로써 그 범위를 넓히고 있다. 이는 각각 건설기계저당법·자동차저당법·항공기저당법으로 법제화되어 있는 바, 이 세 개의 법률은 저당권 설정 목적물을 기준으로 각각 입법된 것으로, 동 법률들은 이들에 대한 저당권의 설정·저당권의 내용·저당권의 행사를 주요 내용으로 하고 있다는 점에서 유사하고, 주무부처도 건설교통부로 통일되어 있다.

즉, 동 법률들은 등록대상인 동산에 대해서 저당권설정을 통한 금융수단의 확장을 위한 법이라는 공통점을 갖고 있으나, 세 법률들의 구성과 내용은 각각 차이가 있다.

건설기계저당법은 총 9개 조문으로 목적·정의·저당권의 목적물·저당권의 내용·저당권의 등록·저당권의 행사·질권설정금지·훼손 등의 금지·준용규정·벌칙으로 구성되어 있고, 자동차저당법은 총 11개 조문으로 목적·저당권의 목적물·저당권의 내용·저당권에 관한 등록의 효력등·저당권자에 대한 통지·저당권자의 행사등·양도

명령에 의한 환가방법의 특례·질권설정의 금지·저당권말소등록서류의 교부·수수료·민법준용으로 구성되어 있고, 항공기저당법은 총 9개 조문으로 목적·정의·목적물·저당권의 내용·저당권에 관한 등록의 효력·저당권자에 대한 통지·저당권의 행사·질권설정의 금지·민법의 준용으로 구성되어 있다.

[ 표 5 : 건설기계저당법·자동차저당법·항공기저당법의 구성 ]

건설기계저당법	자동차저당법	항공기저당법
- 목적(§1) - 정의(§2) - 저당권의 목적물(§3) - 저당권의 내용(§4) - 저당권의 등록(§5)  - 저당권의 행사(§6)  - 질권설정의 금지(§6의2)  - 훼손등의 금지(§7) - 준용규정(§8) - 벌칙(§9)	- 목적(§1)  - 저당권의 목적물(§2) - 저당권의 내용(§3) - 저당권에 관한 등록의 효력(§4) - 저당권자에 대한 통지(§5) - 저당권의 행사등(§6) - 양도명령에 의한 환가방법의 특례(§6의2) - 질권설정의 금지(§7) - 저당권말소등록서류의 교부(§8) - 수수료(§9)  - 민법준용(§10)	- 목적(§1) - 정의(§2) - 목적물(§3) - 저당권의 내용(§4) - 저당권에 관한 등록의 효력(§5) - 저당권자에 대한 통지(§6) - 저당권의 행사(§7)  - 질권설정의 금지(§8)  - 민법의 준용(§9)

즉, 건설기계저당법과 항공기저당법에서는 각각 정의규정을 두고 있으나, 자동차저당법에서는 정의규정을 두지 않고 제2조 저당권의 목적물에 관한 규정에서 자동차의 정의를 포함하고 있다.

저당권의 등록에 관한 규정은 세법에서 모두 규정을 두고 있으나, 건설기계저당법은 건설기계에 대한 압류·가처분의 효력에 관한 규정을 두고 있으나(제5조 제2항), 나머지 두개의 법률에서는 이에 관한

규정을 두고 있지 않다.

자동차의 말소등록을 하는 경우 저당권자에 대한 통지에 관한 규정은 자동차저당법 및 항공기저당법에서는 규정을 두고 있으나, 건설기계에 관해서는 건설기계관리법에서 이에 관한 규정을 두고 있으므로(제6조 제3항), 건설기계저당법에서는 규정을 두고 있지 않다.

저당권행사에 관한 규정은 세 개의 법률에 모두 규정되어 있으나, 저당권자가 통지를 받은 후 저당권을 행사할 수 있는 기한을 건설기계저당법과 항공기저당법에서는 3월 이내로 하고 있으나, 자동차저당법에서는 1월 이내로 하고 있다. 양도명령에 의한 환가방법정(제6조의 2)·저당권말소등록서류의 교부(제8조) 및 수수료(제9조)는 자동차저당법에서만 규정을 두고 있다. 반면, 훼손등의 금지(제7조)와 훼손등의 금지위반에 관한 벌칙규정(제9조)는 건설기계저당법에서만 두고 있다.

이와 같이, 세 개의 법률은 대상목적물만 달리하여 동산저당권설정을 위한 법률이지만, 조문의 내용은 약간의 차이를 두고 있다. 자동차저당법의 경우 양도명령에 의한 환가방법의 특례규정을 두어(제6조의 2), 자동차를 목적으로 저당권의 실행을 위한 경매절차에서 법원이 상당하다고 인정할 때에는 저당권자의 신청에 의하여 경매 또는 입찰에 의하지 않고 저당권자에게 압류된 자동차의 매각을 허가함으로써 환가하는 방법이다. 이는 자동차의 교환가치가 건설기계나 항공기에 비해 상대적으로 소액이라는 점을 고려하더라도, 현행 경매나 입찰에 의한 환가방법은 그 절차는 공정하나 담보목적물의 교환가치를 저하시킨다는 점을 고려할 때, 건설기계저당법과 항공기저당법에도 이 제도를 도입함으로써 저당목적물의 교환가치를 적정하게 평가하여 저당권설정자와 저당권자의 이익을 모두 향상시킬 수 있을 것이다.

또한, 자동차저당법의 저당권말소등록서류등의 교부에 관한 규정(제8조)도 저당채무가 소멸되어 저당권이 말소사유가 발생한 경우 저당권자로 하여금 말소에 관한 서류를 즉시 교부하도록 함으로써 피담보채

무의 변제 이후 저당권자가 저당권말소에 적극적으로 협력하지 않음으로써 저당권등록이 말소되지 않음을 방지하기 위한 제도로서, 역시 건설기계저당이나 항공기저당에도 규정될 필요성이 있는 조문이다.

저당권등록에 관한 수수료 규정도 자동차저당법에서만 두고 있으나(제9조), 수수료는 국민이 행정기관으로부터 서비스(역무)를 받는 경우 행정의 역무제공에 대한 반대급구로서 국민에게 수수료 납부라는 새로운 금전부담의무를 부과하는 것이므로, 그 근거를 법률에 두는 것이 적절하다. 따라서, 건설기계저당법 및 항공기저당법에서도 수수료에 관한 근거규정을 두는 것이 바람직하다.

## 5. 재단저당권

### (1) 재단저당제도의 문제점

재단저당제도는 기업경영에 제공되는 물적 설비와 재산권을 유기적인 단일체로 파악하고 이에 저당권을 설정하는 법률기술은 저당제도에 있어서의 혁명적인 것으로 평가된다.<sup>149)</sup> 그러나, 이러한 재단저당 제도에는 그 제거가 불가능하거나 대단히 곤란한 근본적인 결함이 내포되어 있다.

이러한 예로는 첫째, 기업의 규모가 확대되어 갈수록 재단목록의 작성·변경이 번거롭게 된다. 재단목록은 등기부의 일부로 공시작용을 담당하여, 이에 기재되지 않은 물건은 저당권의 목적이 되지 않는다. 따라서, 저당권자는 재단구성물건의 변동이 있을 때마다 이 목록을 변경하여야 한다. 그런데, 무수한 기계·기구 등의 동산이 끊임없이 증감변동하는 것을 일일이 목록에 기재한다는 것은 현실적으로 매우 어려운 작업이다. 저당제도와 공시제도는 불가분의 관계에 있는 것이므로 저당목적물의 변동에 따라 그 공시방법의 변경절차를 유지해야

149) 박윤직 대표집필, 『민법주해(VII)』, 박영사, 1992, 258면(전계원 집필부분).

한다는 것을 불가피하며, 이러한 점은 저당재당제도의 치명적인 약점이라고 할 수 있다.

둘째, 재단구성에 고액의 비용이 소요된다. 재단을 구성할 부동산은 재단설정에 앞서서 미리 소유권보존등기를 하여야 하는데, 이 보존등기에는 고액의 등록세가 부과되며, 기업의 규모가 클수록 그 부담은 훨씬 증가된다. 기업이 담보대산 물건을 자신의 경영에 사용하는 때에는 보존등기를 할 필요성이 없음에 반해, 일단 재단을 구성하기 위해서는 고액의 등록세를 부담하게 된다.

셋째, 재단을 구성하는 재산이 물적 설비와 물권적 권리로 한정된다는 점이다. 따라서, 채권 기타 인적 재산이나 고객·영업상의 비밀과 같은 사실상의 기업이익 등은 물론, 기업이 보유한 채권, 인적능력 등은 담보의 대상에서 제외된다. 이점은 기업재산을 유기적 일체로서 담보의 목적으로 한다는 재단저당제도의 취지를 충분히 반영하고 있지 못한 결과이다.<sup>150)</sup>

넷째, 절차의 복잡함을 들 수 있다. 재단저당은 재단을 구성하는 개개의 물건 또는 권리를 표시한 재단목록을 작성하여야 하고 저당권설정등기를 함으로써 공시되는데, 기업활동에 따라 기업시설에 현저한 변동이 있는 경우 그 재단목록의 작성 및 변경이 번거롭고 비용이 많이 든다. 재단목록은 등기부의 일부로서 인정되고 있으므로 이에 기재되지 않으면 저당권의 목적이 되지 못한다. 저당제도와 공시는 불가분의 관계에 있으므로 저당목적물로서 제3자에게 대항하기 위하여는 그 공시방법의 변경은 피할 수 없으므로 이로부터 발생하는 비효율성이 재단저당제도의 치명적인 결함이라는 견해도 있다.<sup>151)</sup>

---

150)곽윤직, 『물권법』, 박영사, 2002, 376면 ; 김상용, 『물권법』, 법문사, 2003, 773면 ; 강태성, 『담보물권법』, 경북대 출판부, 1995, 324면.

151) 김상용, 『물권법』, 773면.

## (2) 공장저당법의 문제점

공장저당법은 1961년 제정되어 현재에 이르고 있으나, 이는 당초 일본에서 1905년 입법되어 우리 나라에서 의용하던 공장저당법과 유사한 내용으로 되어 있다.

일본의 공장저당법은 명치시대 후기 제조공업시설을 담보화함으로써 외국자본을 도입하기 위해 경제계의 요청에 의해 입법된 것으로, 그후 각종 기업자본의 융통을 용이하게 하기 위하여 광업재단, 어업재단, 항만운송사업재단, 도로교통사업재단, 관광시설재단 등 부동산재단과 철도재단, 궤도재단, 운하재단 등 물재단(物財團)에 관한 저당제도가 세부적으로 도입되었다. 그러나, 우리 나라의 재단저당제도는 공장재단과 광업재단만이 있으며, 이마저도 거의 이용되지 못하고 협의의 공장저당제도만이 이용되고 있는 정도이다.

공장저당법은 제정 이래 수차례의 개정이 있었으나, 그 대부분은 민소소송법 및 부동산등기법의 개정에 따른 절차적인 사항에 관한 부분적인 개정이었고, 현대의 경제환경을 반영하는 대폭적인 개정은 이루어지지 않았다. 특히 몇 개의 조문에 대해서는 그 해석이 통일되지 않아 실무에서 문제가 되고 있는 바, 공장저당의 목적물, 기계·기구목록의 효력에 관한 문제들이 그 예이다. 또한, 공장재단저당제도는 공장 등의 물적 설비와 재산권을 유기적 단일체로 파악하여 저당권을 설정하는 제도이므로, 기업금융의 차원에서는 일반저당권보다 효율적일 수 있으나 현재의 이용현황은 매우 저조한 편이다. 그 원인으로는 공장의 범위·이용주체 및 재단구성재산의 제한, 절차의 복잡함 등을 들 수 있다.<sup>152)</sup>

첫째, 공장저당의 목적물 중 공장의 요건에 관해서 살펴본다. 동법에서의 공장은 물품의 제조나 가공의 목적에 사용되는 장소, 인쇄나 촬영

152) 김인유, “재단저당제도의 개선방안”, 『민사법학』제33호, 한국민사법학회, 2006, 177면 이하 참조.



의 목적에 사용하는 장소, 방송의 목적에 사용하는 장소 또는 건기나 가스의 공급목적에 사용하는 장소로서 영업을 하기 위한 장소이어야 한다(제2조). 그러나, ‘영업을 하기 위하여’ 라는 표현은 매우 추상적인 규정으로서 구체적인 사안에 대하여 명확하게 판단을 내리기가 어려울 수 있다. 또한, 경제환경 또는 공업기술의 발달에 따라 동법이 제정 당시에 예상하지 못한 형태의 기업이 속출하는 현재에서는 영업을 형태를 몇 가지로 제한하고 있는 위 규정은 확장될 필요가 있다.<sup>153)</sup>

둘째, 기계·기구목록(이른바 제7조 목록)의 효력에 관하여 살펴본다. 동법 제4조의 규정에 의하면 공장의 토지에 설정한 저당권의 효력은 토지에 부가되어 일체를 이루는 물건과 그 토지에 설치된 기계, 기구 기타의 공장의 공용물에 미치고, 제7조 제1항은 공장저당권설정 등기를 신청하는 경우 제4조의 규정에 의하여 저당권의 목적이 되는 것의 목록을 제출하도록 하고 있고, 제2항에서는 소유권보존등기가 있는 경우 공장재단목록은 등기부의 일부로 보고 그 기재는 등기로 본다는 제47조의 규정을 제7조 제1항의 목록에 준용하도록 하고 있다. 공장재단목록은 공장재단을 구성하는 물건의 표시를 계기한 것이므로(제39조 제2항), 그 기재사항은 공장재단의 표시에 관항 사항으로서 공장재단등기부의 표시란에 기재되어야 할 사항이다(제37조 제2항). 그러나, 제7조 목록의 해석에 관하여는 이를 대항요건, 성립요건으로 보는 견해가 나누어져 있다. 대항요건설은 제7조 목록의 기재는 기계·기구 등에 관하여 저당권의 효력으로써 제3자에게 대항하기 위한 요건이라는 견해이다. 따라서, 목록의 기재가 없더라도 공장저당의 효력은 당사자간에는 당연히 설치한 기계·기구 등에 미치고, 다만 목록을 제출하지 않은 경우에는 목록을 제출한 저당권자나 이러한 물

153) 예를 들어 협동조합의 우유처리시설, 급식시설, 아이스 스케이트장의 냉동시설, 석유회사의 저유소, 기계설비가 있는 양돈시설, 계사(鷄舍)에 설치된 기계·기구, 유통시설 등을 들 수 있다. 이와같이, 현대에는 공장이 다변화되어 제조·가공·인쇄·촬영·방송·전기나 가스공급 이외의 공장시설도 얼마든지 예상할 수 있다.

건에 과하여 권리를 취득한 제3자에게 대항하지 못하게 된다. 반면, 성립요건설은 동법의 규정에 의하여 등기로 보는 목록의 기재는 공장저당의 성립요건이고, 목록의 기재가 없는 기계·기구 등에 대하여 공장저당의 효력은 부정된다고 한다. 그러나, 제4조의 규정에 의하면 공장의 토지에 설정한 저당권의 효력은 토지에 부가되어 일체를 이루는 물건과 그 토지에 설치된 기계·기구 기타의 공장의 공용물에 당연히 미친다고 하고 있어, 목록의 제출과 저당권의 효력은 무관한 것으로 되어 있다. 따라서, 이에 의하면 목록의 제출은 저당권의 성립요건이 아니라 대항요건으로 해석되어질 수밖에 없다. 그러나, 이러한 해석의 결과는 성립요건주의를 규정하고 있는 우리 민법(제186조)의 태도에 부합되지 않는다. 즉, 우리 민법은 물권변동에 성립요건주의를 원칙으로 하고 있으나, 공장저당법은 제7조 목록제출의 효력을 대항요건주의를 전제로 하여 입법되어 있는 것이다. 이와 같이 공정저당법은 과거에 우리 나라에 의용되던 의사주의 민법하의 일본의 공장저당법의 요소들을 유지하고 있는 것으로 보여진다.

이러한 점에서 공장저당제도는 현행 민법의 체계와 부합되려고 정비되어야 하고, 법률관계의 간명화라는 점에서 재단저당제도로 통일하는 방안 또는 재단저당제도를 확대하여 대기업의 경우에도 금융수단으로 활용할 수 있도록 기업담보제도로 발전시킬 필요가 있다.

## 6. 기술담보제도

현행 법령상 기술담보대출제도는 기술개발촉진법 및 기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률(안)에서 각각 규정되고 있다. 기술개발촉진법에서는 기술개발결과와 산업화를 촉진하고, 기술집약적인 중소기업을 지원하기 위하여 기술력 평가에 의한 기술담보대출을 활성화하는 시책을 강구할 것(제4조 제1항), 기술력평가 전담기관의 지정(동조 제2항) 및 기술력평가비용·손실보전금 등을 과학기술진흥기금에서

충당할 수 있음(동조 제3항)을 규정하고 있고, 기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률(안)에서는 사업화를 촉진하기 위하여 기술을 담보로 한 대출을 촉진하는 사업을 예산의 범위 안에서 실시할 수 있고, 이에 따른 손실을 관계중앙행정기관의 장이 보전할 수 있음을 규정하고 있다(제28조 제1항).

이와 같이 두 법률에 의한 기술담보대출은 주무 부처가 어딘가에 따른 차이가 있고 법률상의 규정형태는 대동소이하게 되어 있다. 따라서, 별개의 제도로 운영되고 있지만 사실상 대상 기술에 따라서 과학기술부 소관 기술 또는 산업자원부 소관 기술인가에 따라서 적용되는 제도가 달라지게 된다.

또한, 기술담보대출이 비교적 새로운 제도임에도 불구하고 법률상의 규정은 이 제도의 도입을 위한 최소한의 근거만을 규정하고 있을 뿐이고, 기술담보대출에서의 담보의 종류와 내용에 관해서는 하위법령에도 전혀 규정을 두고 있지 않다. 담보권은 물권으로서 물권법정주의에 의하여 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 창설할 수 없고(민법 제185조), 법률이나 관습법에 의해 담보권의 종류와 내용이 한정되어야 한다. 그러나, 기술담보대출제도는 담보의 대상이 기술이라는 점 외에 어떠한 종류의 담보권이 설정되는 것인지, 채무자가 대출금을 상환하지 못하는 경우에 담보권실행을 어떻게 하는 것인지에 관한 규정은 전혀 두고 있지 않다. 또한, 기술담보대출의 실무에서도 구체적인 담보권의 설정이 아니라 보증기관의 보증에 의해서 대출이 이루어진다는 점에서 기술담보대출제도는 엄밀한 의미에서 담보제도가 아니라 보증제도에 불과하다. 이는 두 법률 모두 대출에 따른 손실보전을 정부가 한다는 점에서 더욱 명확해진다. 이러한 점에서 기술담보대출제도는 기업이 가진 기술력을 담보로 하는 것이 아니라, 기업의 기술력을 대출기준으로 삼고 있는 기술신용대출제도로 파악하는 것이 정확할 것이다.

또한, 보증기관의 보증을 통한 신용대출이 아니라, 담보대출을 위해서는 담보되는 기술력을 현재의 기술담보대출과 같이 포괄적으로 인정할 것이 아니라, 특허권·저작권·상표권·실용실안권·의장권·반도체회로이용권 등 권리화된 기술을 대상으로 할 필요도 있다.

## 제 2 절 비전형담보법제의 개선방안

### 1. 민법 중 저당권규정과의 적용관계

민법은 제9장 저당권에서 제356조 내지 제372조의 17개 조문을 두면서, 제372조에서는 타법률에 의한 저당권이라는 제명하에 ‘본장의 규정은 다른 법률에 의하여 설정된 저당권에 준용한다’라는 규정을 두고 있다. 따라서, 다른 법률에 의하여 설정된 저당권의 경우에 그 법률에서 민법상의 저당권을 준용한다는 규정을 두지 않더라도 민법 제372조에 의하여 민법 중 저당권에 관한 규정이 적용된다.

한편, 가등기담보법은 제18조에서 ‘제3조 내지 제18조의 규정은 등기 또는 등록할 수 있는 부동산소유권 외의 권리(질권·저당권 및 전세권을 제외한다)의 취득을 목적으로 하는 담보계약에 관하여 이를 준용한다’라고 규정하여, 가등기담보에 관한 규정은 저당권에는 적용되지 않음을 분명히 하고 있다.

반면, 입목에 관한 법률(제23조)과 공장저당법은 부동산등기법의 준용을 규정하고 있을 뿐(제63조의2) 민법의 준용을 규정하고 있지는 않고, 광업재단저당법은 공장저당법 중 공장재단에 관한 규정을 준용하고 있으며(제5조), 자동차저당법(제10조)·항공기저당법(제9조)·건설기계저당법(제8조) 및 소형선박저당법안(안 제11조)은 동법률에 규정된 것을 제외하고는 민법 중 저당권에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있다.

그러나, 입목법·공장저당법 및 광업재단저당법은 민법 중 저당권규정을 준용하는 준용규정은 두고 있지 않지만, 자동차저당법 등의 민법준용규정은 주의규정에 불과한 것이고, 민법 제372조의 규정에 의하여 이들 법률에도 당연히 민법 중 저당권규정이 적용되는 것으로 볼 수 있다.

[ 표 6 : 민법 중 저당권규정과 특별법의 적용관계 ]

법 률	민법준용규정	민법준용 여부	타법 준용규정
가등기담보법	×	×	×
입목법	×	○	부동산등기법 준용
공장저당법	×	○	부동산등기법 준용
광업재단저당법	×	○	공장저당법 중 공장재단규정 준용
자동차저당법	○	○	×
건설기계저당법	○	○	×
항공기저당법	○	○	×
소형선박저당법안	○	○	×

민법 중 저당권규정과 특별법의 적용관계를 위와 같이 파악하는 경우 근저당권과의 관계에서 다음과 같은 문제가 제기될 수 있다.

민법 제357조 근저당에 관한 규정이 이들 법률에 적용되는가의 여부이다. 가등기담보법은 전술한 바와 같이 명문으로 저당권에 관한 규정의 준용을 배제하고 있다. 따라서, 가등기담보의 경우 근담보를 설정하기 위해서는 가등기담보법에 근담보에 관한 규정을 두어야 하나 현행 가등기담보법에는 근담보에 관한 규정을 두고 있지 않고, 근담보가 설정되기 위해서는 채권최고액을 정하고 이를 등기하여야 하지만 가등기의 경우에는 당사자간의 약정으로 최고액을 정하는 것은 가

능할 수 있지만, 가등기를 통하여 최고액을 등기하는 것은 불가능하다. 따라서, 현행 법제에는 근담보의 형태로 가등기담보권을 설정하는 것은 허용되지 않은 것으로 보아야 한다. 그러나, 가등기담보법의 경우에도 다수의 대물변제예약 등에서 발생하는 채권을 최고액까지 담보하는 근담보의 설정도 이론상 가능하므로, 가등기담보제도의 활성화라는 점에서는 이를 도입하는 방안도 고려될 필요가 있다. 그 외에도 민법 중 저당권규정이 준용되는 법률에 있어서도 근저당에 관한 규정은 직접적으로 두고 있지 않으나, 민법의 근저당규정을 적용하는 데에는 이론상 무리는 없다는 점에서, 이들 법률에서 근저당규정을 보완함으로써 개별 저당법제들의 실무상 활용가능성을 제고할 필요가 있다. 예를 들어, 입목저당, 공장저당, 광업재단저당, 유동집합동산양도담보, 항공기저당, 건설기계저당과 같이 담보가치가 큰 목적물에 대해서는 하나의 피담보채권을 담보하기 위한 저당권 보다 다수의 피담보채권을 담보할 수 있는 근저당권을 설정하는 것이 채권자 뿐 아니라, 채무자에게도 효용성이 클 것으로 예상된다. 특히, 근저당권의 폐해를 방지하기 위한 구체적인 제도들이 현재 진행 중인 민법개정안에 다수 포함되어 있으므로, 특별법상의 저당제도에 근저당권을 도입하더라도 이로 인한 채무자의 피해는 크지 않을 것으로 기대된다.

## 2. 개별법의 정비방향

### (1) 가등기담보법

가등기담보법에 관해서는 주로 채권자로부터 채무자의 보호를 목적라는 점을 중심으로 논의되어 왔고, 그 입법목적도 이와 유사하다.<sup>154)</sup>

154) 가등기담보법은 제5공화국 출범 직후인 1981년 7월 24일 국무총리 산하의 행정개혁위원회로부터 법무부에 ‘성장발전저해요인 개선대책’을 세워 조속 조치하라는 통보가 있게 되자, 법무부는 7월 27일 ‘민상법 특별연구반’을 편성하고 1981년 내에 민법과 상법을 개정한다는 목표를 설정하였고, 가등기담보법의 제정도 이 내용

그러나, 이러한 접근방식은 자생적 제도에 대한 과도한 규제는 결과적으로 채무자에게 불이익을 줄 수 있다는 점에 대한 고려를 소홀히 하고 있지 않은가에 대한 의문을 들게 한다. 따라서, 가등기담보법에 있어서도 채권자와 채무자의 이해관계를 합리적으로 조정해주는 방안을 모색하는 것이 설득력이 있을 것이다.

그러나, 현행 가등기담보법은 법 제정 이전 채권자의 횡포를 방지하기 위하여, 채권자에 대한 과도한 규제를 담고 있어 결과적으로 가등기담보제도 자체가 고사되는 결과를 야기하고 있다. 동법이 가등기담보권 자체를 금지하는 법률이 아닌 이상, 법 제정 이전에 가등기담보제도가 갖는 역기능을 방지하되, 거래계에서 활용할 수 있는 부동산담보권이 제한되어 있는 현행 민법의 한계를 특별법에 의해 보완하기 위하여는 채권자와 채무자의 이익조정을 통하여 가등기담보가 담보제도로써 정착하게 함으로써 금융수단을 다양하게 하는데 일조할 필요가 있다. 이러한 점에서 가등기담보법에 대한 몇가지 개선방안을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 청산금의 산정시기를 개정할 필요가 있다. 동법에서는 청산금을 제3조 제1항의 규정에 의한 통지 당시의 목적부동산의 가액에서 그 채권액을 공제한 금액이라고 규정하고 있으므로(제4조 제1항), 청산금의 산정시기는 담보권실행의 통지당시가 된다. 그러나, 여기서의 채권액은 민법 제360조에 규정된 채권액을 말하므로(제3조 제2항), 저당권의 피담보채권액의 범위인 원본·이자·위약금·채무불이행으로 인한 손해배상 및 저당권의 실행비용을 포함하는 개념이다. 따라서, 통지시 이후에도 채무자의 지연이자는 계속 발생할 수 있으므로 채권액을 계산함에 있어서 이행지체로 인한 지연이자는 청산기간을 경과

---

에 포함되었다는 점에서, 동법은 제5공화국 정부의 개혁입법의 일환으로 제정되었다고 한다(양창수, “가등기담보 등에 관한 법률의 현황과 문제점”, 『민사판례연구』 제12집, 민사판례연구회, 1990, 383면).

한 청산금의 평가시까지 포함시켜야 한다는 점에서 청산금의 산정시기는 담보권실행의 통지당시가 아니라 청산기간을 경과한 청산금의 평가당시로 하는 것이 정확하다. 즉, 청산금산정의 기초가 되는 목적부동산의 가액의 평가시기도 담보권실행의 통지당시가 아니라 채권액의 평가시기와 동일하게 청산기간을 경과한 후인 청산금의 평가당시로 함으로써 채무자와 채권자간의 형평을 맞출 수 있게 된다.

둘째, 채무자나 물상보증인에게 담보가등기의 말소청구권을 인정하여야 한다. 동법 제11조에서는 채무자 등은 청산금채권을 변제받을 때까지 그 채무액을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 그러나, 동조에서 채권담보의 목적으로 경료된 소유권이전등기의 말소청구권만을 규정하고, 채권담보의 목적으로 경료된 담보가등기의 말소청구권을 제외한 것은 입법의 흠결이라 할 수 있다. 동법은 제1조에서 담보계약과 그 담보의 목적으로 경료된 가등기 또는 소유권이전등기의 효력을 정하는 것을 목적으로 하고 있으므로, 제11조의 규정에 의한 말소청구권의 대상에는 담보가등기도 당연히 포함되어야 한다. 그리고, 동조 단서는 채무의 변제기가 경과한 때로부터 10년이 경과한 경우에는 말소청구권을 행사할 수 없도록 규정하여, 말소청구권의 제척기간을 10년으로 정하고 있다. 그러나, 이는 부동산소유권의 귀속을 10년 동안이나 불안정한 상태로 방치하는 것으로 부동산거래의 안전을 해할 우려가 있고, 채무를 불이행하여 채권자에게 소유권이전등기가 경료되었음에도 불구하고 담보부동사의 환수를 10년이나 인정하는 것은 지나치게 채무자를 보호하고 채권자에게는 가혹하다는 점에서 형평성에 있어서도 문제가 되고, 이러한 점들이 가등기담보권의 이용도를 낮추는 부분적인 원인이 될 수 있다. 따라서, 민법상의 환매기간(민법 제591조)와 균형을 맞춰 이를 5년으로 단축하는 것을 고려해볼 만하다.



셋째, 목적물의 평가방법을 개선할 필요가 있다. 채권자가 청산절차를 밟기 위해서는 목적물을 적정가격으로 평가하여야 하는데, 동법에서는 그 평가방법을 명시하지 않고 있다. 부동산의 평가서는 공인감정기관이 작성한 감정평가서를 제출하여야 하나 공인감정기관에서는 당사자간의 법적 분쟁에 휘말리지 않기 위하여 등기부상의 명의인의 신청을 요구하고 있어, 채권자가 단독으로 공인감정기관의 감정평가서를 받기가 현실적으로 곤란하게 된다. 따라서, 채권자가 법원에 감정신청을 쉽게 할 수 있도록, 법원의 명령에 의하여 감정평가를 할 수 있는 방법이 동법에 포함될 필요가 있다.

넷째, 청산금 지급 후의 경매신청에 대하여 가등기담보권자를 보호할 필요가 있다. 동법 제14조는 담보가등기가 종료된 부동산에 대하여 경매 등 개시결정이 있는 경우에 그 경매의 신청이 청산금을 지급하기 전에 행하여진 때에는 담보가등기권리자는 그 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 없도록 규정하고 있다. 그러나, 가등기담보권자가 적법하게 청산금을 지급하였거나 공탁한 후, 채무자의 일반채권자가 경매신청을 하여 그 목적부동산에 대하여 경매개시결정이 있는 경우에 관하여는 규정을 두고 있지 않다. 따라서, 제14조 제2항을 신설하여 채권자가 적법하게 청산금을 지급하였거나 공탁한 경우에는 가등기 상태에서도 그 압류채권자에게 대항할 수 있는 방안을 고려할 필요가 있다.

**[가등기담보에 관한 법률의 개선방안]**

현 행	개 선 안
제 4 조 (청산금의 지급과 소유권의 취득) ①채권자는 제3조제1항의 규정에 의한 통지당시의 목적부동산의 가액에서 그 채권액을 공제한 금액(이하 “청산금”이라 한다)을 채무자등에게 지급하여야 한다. 목적부동산에 선순위담보권등의 권리가 있을 때에는 그 채권액을 계산함에 있어서 선순위담보등에 의하여 담보된 채권액을 포함한다.	제 4 조 (-----) ①----- ----- 청산기간을 경과한 당시의 ----- ----- ----- ----- -----

<p>제11조 (채무자등의 말소청구권) 채무자등은 청산금채권을 변제받을 때까지 그 채무액(반환시까지의 이자와 손해금을 포함한다)을 채권자에게 지급하고 그 채권담보의 목적으로 경료된 <u>소유권이전등기</u>의 말소를 청구할 수 있다. 다만, 그 채무의 변제가 경과한 때로부터 <u>10년</u>이 경과하거나 또는 선의의 제3자가 소유권을 취득한 때에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>제11조 (-----) ----- ----- <u>담보가등기 또는 소유권이전등기</u>의 ----- ----- <u>5년</u> ----- -----</p>
<p>제14조 (경매등의 경우의 담보가등기) 담보가등기가 경료된 부동산에 대하여 경매등 개시의 결정이 있는 경우에 그 경매의 신청이 청산금을 지급하기 전에 행하여진 때(청산금이 없는 경우에는 청산기간의 경과전)에는 담보가등기권리자는 그 가등기에 기한 본등기를 청구할 수 없다.</p>	<p>제14조 (-----) ----- ----- ----- ----- ----- <u>다만, 담보가등기권리자가 청산금을 지급하거나 공탁한 때에는 담보가등기권리자는 민사집행법 제86조 제1항의 규정에 따라 경매개시결정에 대한 이의신청을 할 수 있다.</u></p>

## (2) 동산양도담보

양도담보는 부동산양도담보와 동산양도담보로 구분되는데, 부동산양도담보는 가등기담보법의 제정에 의해 동법의 적용을 받게 되었으므로, 관습법에 의한 양도담보는 동산양도담보만 남게 되었다.

동산양도담보에 관한 논의는 주로 학설을 통하여 그 법리구성에 집중되어 있고, 부분적으로 판례에 의하여 동산양도담보의 효력과 실행에 관한 기준들이 제시되고 있는 실정이다. 또한, 최근에는 유동집합 동산양도담보에 관한 논의들이 주류를 이루고 있는 바, 유동집합 동산양도담보는 현재에도 형성 중인 관습법이라 할 수 있으므로, 학설과 판례의 집적에 의해 그 법리형성이 진행 중인 것으로 볼 수 있다. 따라서, 동산양도담보에 관해서는 거래계의 필요에 따른 법리형성을 당

분간 지켜볼 필요가 있는 분야로 선불리 이를 법제화하는 시도는 적절하지 않은 것으로 생각된다. 다만, 동산양도담보는 법원의 개입없이 당사자가 임의로 담보권을 실행할 수 있다는 점에서 부분적으로는 과잉담보의 문제를 해결하기 위한 시도는 필요로 되어진다.

즉, 대물변제의 예약이 있는 동산양도담보의 경우에는 민법 제607조 및 제608조가 적용될 수 있다. 그러나, 이 규정들은 이에 위반되는 대물변제예약을 무효로 하고 있다는 점에서, 현재의 물권행위에 관한 유인설에 의하면 채권계약인 대물변제예약의 무효로 인해 양도담보권 설정의 원인행위인 양도담보권설정계약도 무효로 된다. 그 결과, 양도담보권설정행위 전체가 무효로 되어 부당이득반환관계로 전환되어 애초에 예상했던 금융수단으로서의 기능을 수행하지 못하게 된다. 따라서, 양도담보에 관해 민법 제607조 및 제608조를 직접적으로 적용하기 보다는 청산의무를 도입함으로써 과잉담보의 문제를 해결하되, 담보거래는 유지시킬 필요가 있다.

현재의 동산양도담보에 대한 규제는 판례에 의한 사후적 규제를 중심으로 하고 있으나, 동산양도담보는 채권자가 작성한 양도담보설정계약을 통하여 설정되는 것이 대부분이므로, 동산양도담보에 대해서도 약관규제법에 의한 사전적 규범통제가 가능하다. 이러한 점에서 현재 통용되고 있는 동산양도담보설정계약서에 대한 약관규제법에 의한 통제를 철저히 할 필요가 있고, 나아가서는 현재의 판례를 중심으로 한 표준약관을 작성함으로써 동산양도담보거래를 객관화시킬 필요가 있다.

### (3) 입목법

입목에 관한 법률은 과거 명인방법으로 소유권이 인정되어 오던 입목에 관해서 소유권보존등기와 저당권설정등기를 할 수 있도록 하고 있으나, 현재에도 명인방법과 등기라는 두 제도가 공존하고 있으며 등기보다는 명인방법에 의한 권리설정이 주류를 이루고 있다.

따라서, 입목법에 의한 저당권의 설정례가 극히 드물며, 이에 따라 동법에 대한 문제점도 크게 제기되지 않고 있는 실정이다. 특히, 입목법 제2조의 규정에 의한 입목으로登記할 수 있는 수목의 집단의 범위를 제한하고 있던 동 시행령이 개정되어 모든 수종에 대해登記할 수 있도록 함으로 인하여 이에 관한 문제도 해결된 상태이다.

다만, 입목에 대한 권리설정이 명인방법과 소유권보존등기로 양분되어 있어, 이에 따른 담보권설정방법이 구분된다는 점 및 입목등기를 할 수 있는 수목의 집단의 범위를 1필의 토지 또는 1필의 토지의 일부분에 생립하고 있는 수종으로 함으로써 필지를 단위로 입목등기가 이루어진다는 점을 문제로 지적할 수 있다.

첫째, 입목에 대한 권리설정 중 소유권은 관습법에 의한 명인방법과 소유권보존등기를 통하여 각각 가능하다. 입목에 대해 저당권을 설정하기 위해서는 소유권보존등기를 선행하여야 하고, 명인방법에 의해 소유권이 공시된 경우에는 저당권을 설정할 수 없으므로 양도담보의 형태로 담보권을 설정하는 방법이 많이 이용되고 있다. 그러나, 입목에 관하여 소유자는 대부분 명인방법을 갖추고 있으므로, 이에 대해 저당권을 설정하기 위하여 별도의 소유권보존등기와 저당권설정등기를 갖추어야 하는 경우와 기존에 갖추고 있는 명인방법을 통하여 양도담보를 설정하는 경우 중 어느 쪽이 선호되는가는 분명해진다. 즉, 입목저당권은 별도의 소유권보존등기를 하여야 한다는 점 및 간편한 명인방법으로만 소유권을 공시하는 경우에도 이에 기해 양도담보권의 설정을 가능하다는 점이 입목법에 의한 입목저당제도를 무용화시키고 있는 것을 볼 수 있다. 따라서, 입목법에서 소유권보존등기에 의한 저당권설정만을 규정할 것이 아니라, 입목에 대한 관습법인 명인방법에 대한 기준·내용·형식·효력 등을 법제화함으로써 현재 각 지역별로 다양하게 이루어지고 있는 명인방법을 객관화하고, 명인방법에 기한 양도담보에 관한 규정을 동법에 포함시키는 것도 고려될 필요가 있다.

둘째, 현행 입목법 시행령에서는 입목법에 의해 등기를 받을 수 있는 입목을 ‘1필의 토지 또는 1필의 토지의 일부분’에 생립하고 있는 수종으로 한정하고 있다(제1조). 반면, 입목법 제13조는 물적편성주의에 관해 규정하면서 ‘입목등기부는 1개의 입목에 대하여 1용지를 사용한다’라고 규정하고 있어, 필지가 아닌 입목을 기준으로 등기부를 편성하도록 하고 있다. 이러한 점에서 동 시행령 제1조의 규정은 동법 제13조와 배치되는 내용이라고 할 수 있다.

또한, 1필의 토지로 그 범위를 제한하고 있다는 점은 문제로 제기될 수 있다. 즉, 수 필지의 토지에 생립하고 있는 수목의 집단에 대해 입목법에 의한 등기를 하기 위해서는 각 필지별로 소유권보존등기와 저장권설정등기를 각각 하여야 하므로, 이에 따른 등기비용과 절차적 비용이 증대하여 채권자와 채무자로부터 선호되지 못하는 결과를 야기한다. 이와 같이 각 필지를 중심으로 등기부를 편성하는 것은 현행 부동산등기법상의 물적편성주의를 기초로 하고 있는 것으로서, 물적편성주의는 토지 또는 건물에 대한 등기부편성시 대상 물건인 1필지의 토지 또는 1동의 건물을 기준으로 등기부를 편성하는 원칙을 말한다. 그러나, 입목에 대한 등기는 물적편성주의에 의하더라도 1필지의 토지가 아닌 등기대상 물건인 입목을 기준으로 등기부를 편성하는 것이 이 원칙에 부합할 것이다. 따라서, 수필지에 생립하는 수목의 집단에 대해서도 원칙적으로 연속하는 토지에 생립하는 수목의 집단으로 인정되는 경우에는 하나의 등기부가 편성되도록 개정할 필요가 있다.

**[입목에 관한 법률의 개선방안]**

현 행	개 선 안
제 2 조 (용어의 정의) ①이 법에서 “입목”이라 함은 토지에 부착된 수목의 집단으로서 그 소유자가 이 법에 의하여 소유권보존의 등기를 받은 것을 말한다.	제 2 조 (-----) ①----- ----- ----- 소유권보존의 등기를 하거나 관습법상의 명인방법을 갖춘 것-----.

<p>제 3 조 (입목의 독립성) ①입목은 이를 부동산으로 본다. ②입목의 소유자는 토지와 분리하여 입목을 양도하거나 이를 <u>저당권</u>의 목적으로 할 수 있다.</p>	<p>제 3 조 (-----) ①----- -----. ②----- ----- <u>저당권 또는 양도 담보권</u>의 목적으로 할 수 있다.</p>
---	--

**[입목에 관한 법률 시행령의 개선방안]**

현 행	개 선 안
<p>제 1 조 (수목의 집단) 입목에관한법률(이하 “법”이라 한다) 제2조의 규정에 의한 입목으로 등기를 받을 수 있는 수목의 집단의 범위는 <u>1필의 토지 또는 1필의 토지의 일부분에</u> 생립하고 있는 모든 수종의 수목으로 한다.</p>	<p>제 1 조 (-----) ----- ----- ----- ----- <u>1필의 토지 또는 연속된 수필의 토지에</u> -----.</p>

(4) 자동차·건설기계·항공기저당법

자동차저당법·건설기계저당법·항공기저당법은 원칙적으로 부동산저당권을 인정하고 있는 민법의 특별법으로서, 등록가능한 동산에 대해서도 예외적으로 저당권을 설정할 수 있도록 허용하는 동산저당권에 관한 법률이다.

위 법률들은 대상목적물에 따라서 각각 세 개의 법률로 나누어져 있으나, 그 내용과 체계는 크게 차이가 나지 않는다. 또한, 위 법률들을 운용하는 주무부처도 건설교통부로 동일하다. 따라서, 이 세 개의 법률들은 하나의 단일법으로 정비하는 방안을 고려할 수 있다.<sup>155)</sup> 동일한 내용의 법률을 대상목적물에 따라 각각 분법하는 것보다는 특별히 분법의 실익이 없는 경우에는 통일적으로 규정함으로써 입법절차

155) 실제 위 세 개의 법률들은 목적규정·정의규정·저당권의 목적물에 관한 규정 정도만 차이가 있을 뿐이고, 나머지의 규정들은 거의 유사하게 되어 있다.

를 간명하게 하고, 일관된 법률관계를 형성할 수 있기 때문이다.

또한, 사업자의 경우에는 자동차와 건설기계를 모두 소유하고 있는 경우도 있고, 항공기소유자도 자동차 및 건설기계를 소유하고 있는 경우도 있고, 대형사업자의 경우에는 다수의 자동차·건설기계·항공기를 소유하고 있으므로, 장기적으로는 이들 동산에 대해 개별적으로 각각의 저당권을 설정하는 것보다는 이들 전체를 재단으로 조성하여 재단저당권을 설정하는 것이 가능하도록 법개정을 추진하는 방안도 고려할 필요가 있다.

예를 들면, 법명을 「운송기계저당법」으로 하여 현행과 같이 개별적인 자동차나 항공기 등에 대한 저당권(협의의 저당권)에 관한 규정과 복수의 자동차·항공기 또는 건설기계에 대한 각각의 재단저당, 자동차·항공기 및 건설기계 전체를 대상으로 한 재단저당에 관한 규정을 두는 방향으로 입법할 수 있을 것이다.

#### [(가칭)운송기계저당법 제정시 주요 내용]

##### □ 법률명 : 운송기계저당법

##### □ 체 계

- 제 1 장 총 칙
- 제 2 장 운송기계의 저당
- 제 3 장 운송기계재단의 저당
- 제 4 장 별 칙

##### □ 장별 조문의 구성

- 제 1 장 총 칙
  - 목적규정
    - 운송기계에 대한 저당권의 설정, 운송기계재단의 구성, 운송기계재단

에 대한 저당권의 설정 등에 관한 사항을 정함

- 운송기계(재단)저당권자와 운송기계소유자의 권익을 균형있게 보호함
- 정의규정
  - 운송기계 : 『자동차관리법』에 의하여 등록된 자동차, 『건설기계관리법』에 의하여 등록된 건설기계, 비행기와 회전익항공기로서 항공법에 의하여 등록을 받은 것
  - 운송기계저당 : 2개 이상의 운송기계로 구성되는 일단의 기업재단으로 동법에 의하여 소유권과 저당권의 목적으로 되는 것
- 저당권의 목적물
  - 운송기계는 저당권의 목적물로 함
- 저당권의 내용
  - 채무자나 제3자(물상보증인)은 운송기계의 점유를 이전하지 않고 담보로 제공함
  - 저당권자는 담보로 제공된 운송기계에 대하여 우선변제권이 있음
- 저당권에 관한 등록의 효력
  - 운송기계저당권의 득실변경은 자동차관리법, 건설기계관리법, 항공법에 의한 등록원부에 등록하여야 효력이 발생함
  - 저당권이 설정된 운송기계에 대한 압류·가처분 등의 권리집행은 각 등록원부에 등록하여야 효력이 발생함
  - 등록에 관한 상세한 내용은 대통령령에 위임
- 저당권자에 대한 통지
  - 등록관청이 운송기계에 대하여 말소등록을 할 때에는 미리 저당권자에게 통지하여야 함
  - 다만, 저당권자가 말소등록에 동의한 경우에는 예외로 함
- 저당권의 행사
  - 말소의 통지를 받은 저당권자는 즉시 저당권을 행사하여야 함
  - 말소통지에 의한 저당권 행사시 통지로부터 1개월 이내에 저당권의 행사절차를 개시하여야 함
  - 등록관청은 통지 후 1개월이 경과한 후에 말소등록을 할 수 있음
  - 다만, 저당권자가 그 기간 내에 저당권행사절차를 개시한 때에는 그



#### 제 4 장 비전형담보제도의 문제점과 개선방안

- 절차가 완료될 때까지 말소등록을 할 수 없음
- 또한, 운송기계에 대한 경락허가결정이 확정된 때에도 등록을 말소 할 수 없음
- 질권설정 금지
  - 운송기계에 대해서는 질권설정을 금지함
- 양도명령에 의한 환가
  - 저당권실행시 법원이 상당한 것으로 인정할 때에는 저당권자의 신청에 의해 경매나 입찰 대신 저당권자에게 압류된 운송기계의 매각을 허가할 수 있음
  - 양도명령절차에 관한 상세한 규정은 대법원규칙에 위임함
- 훼손 등의 금지
  - 운송기계 소유자는 저당권자를 해할 목적으로 저당목적물을 훼손하거나 해체할 수 없음
- 준용규정
  - 운송기계저당권에 관하여 이 법에서 규정한 것을 제외하고는 민법 중 저당권에 관한 규정을 준용하도록 함

#### □ 운송기계재단의 저장

- 재단의 설정
  - 운송기계의 소유자는 수개의 운송기계로 재단을 설정하고 저당권의 목적으로 할 수 있음
  - 수개의 운송기계가 각각 다른 소유자에게 속하는 경우에도 재단설정을 인정함
- 재단목적물에 대한 효력
  - 운송기계재단은 1개의 동산으로 취급
  - 소유권과 저당권 이외의 권리의 목적으로 할 수 없음. 다만, 저당권자가 동의한 경우 임대는 가능함
  - 타인의 권리의 목적인 운송기계, 압류·가압류·가처분의 목적인 운송기계는 재단을 구성하지 못함

- 재산에 속한 것은 동시에 다른 재단에 속하지 못함
- 재산의 설정등록
  - 운송기계재단은 운송기계등록부에 소유권등록을 함으로써 성립
  - 소유권등록이 된 경우 10개월 이내에 저당권설정등록을 하지 않은 경우 소유권등록의 효력을 상실
- 양도·처분 등의 금지
  - 재단의 구성물은 양도하거나 소유권 이외의 권리, 압류, 가압류 또는 가처분의 목적으로 하지 못함. 단, 저당권자의 동의가 있는 경우에는 임대할 수 있도록 함
  - 운송기계는 등록부에 등록된 후 양도하거나 소유권 및 저당권 이외의 권리의 목적으로 할 수 없음
- 준용규정
  - 운송기계재단의 저당에 관하여 동법에 규정이 없는 경우에는 공장저당법 중 공장재단에 관한 규정을 준용함

### (5) 재단저당법

현행법상 재단저당에 관한 법률은 공장저당법과 광업재단저당법이 있으나, 이 두 법률은 거래계에서 그리 환영받고 있지는 못한 실정이다. 그 이유는 문제점에서 전술한 바와 같이 대상 공장 범위의 한정, 목록작성의 불편함, 고액의 비용부담 등을 들 수 있다. 그러나, 이러한 단점은 비단 우리 나라에서만 지적되는 것이 아니라, 전술한 일본의 경우에도 동일하게 문제로 제기되고 있다는 점에서 재단저당제도가 갖는 본질적인 문제라고 할 수 있다. 따라서, 재단저당제도가 갖는 문제의 해결은 개별 법률의 정비 차원의 해결로서는 부족하고, 새로운 제도의 도입가능성을 검토하는 것이 근본적인 문제의 해결방안으로 보여진다.

이에 관해, 일본에서는 이러한 문제점을 인식하고 이미 1958년에 기업담보법을 제정하였다. 일본의 기업담보법은 영미법의 유동담보(floating charge)제도를 입법화한 것으로, 기업에 속하는 고정적인 개개의 재산

을 담보목적으로 하는 것이 아니라 기업 자체를 담보목적으로 하는 포괄적·유동적 담보제도로서 기업에서 분리된 재산에는 그 효력이 미치지 않는 반면, 기업에 속한 재산은 당연히 담보의 대상이 된다. 또한, 기업의 경영이 문제가 없는 경우에는 담보권이 기능을 하지 않고 있다가 채무기업이 채무불이행 상태에 놓이는 경우에 유동담보가 효력을 발휘하여 당해 기업의 전재산이 고정되고 담보권자가 이에 우선변제권을 행사하게 된다.<sup>156)</sup>

이러한 점에서 유동담보제도는 재단저당이 갖는 한계를 어느 정도 극복할 수 있는 대안으로 생각된다. 따라서, 영미법상의 유동담보제도 및 일본의 기업담보법에 관한 상세한 연구를 통하여 장기적으로는 이를 국내에도 도입하는 방안을 검토할 필요가 있다. 이 연구는 비전형 담보를 중심으로 한 것으로, 연속되는 과제인 “담보법제의 선진화를 위한 법제연구(Ⅱ)”에서 신종담보를 대상으로 할 예정이므로, 후속 연구에서 유동담보 및 일본의 기업담보법에 관한 추가적인 연구를 진행하고자 한다.

#### (6) 기술담보제도

기술담보제도는 각 부처에서 정책적으로 운영되고 있거나 또는 법률에 근거를 두더라도 관련 법령에서 최소한의 근거만을 규정하고 있는 실정이어서 그 법적인 실체를 발견하기가 쉽지 않은 제도이다. 또한, 실제 제도의 운영은 기술담보 또는 기술담보대출이라는 명칭에도 불구하고 담보설정을 통한 대출이 아니라, 대부분 기술력 평가에 의한 신용대출 또는 보증기관의 보증의 형태로 운영되고 있다. 따라서, 이러한 제도를 담보권의 측면에서 파악하는 것은 적절하지 않고 정책기금을 재원으로 한 신용대출 또는 보증대출제도의 일환에 불과한 것이다.

그러나, 기업이 보유한 기술력도 기업의 가치를 결정짓는 중요한 요

---

156) 일본의 기업담보법에 관한 상세한 내용은 전술한 바와 같다.

소의 하나이므로, 벤처기업 또는 IT기업 등 부동산 및 물적 설비 보다는 기술력을 중심으로 한 기업에 있어서는 좋은 담보수단으로 될 여지는 있다. 현재의 담보법제의 과제는 민법 및 몇몇 특별법으로 제한되어 있는 담보수단을 다양화함으로써 채무자 또는 기업의 실정에 맞는 담보수단을 제공함으로써 자금유통을 원활하게 하는 것이라는 점에서, 기업 또는 개인이 보유한 기술력을 담보권의 대상으로 하는 제도의 창안도 장기적으로 고려할 필요가 있다. 다만, 이러한 경우에는 법제도에 우선하여 기술력을 정확하게 평가할 수 있는 시스템이 갖춰져야 한다는 점이 숙제로 남게 된다. 아래에서는 현행의 법제를 통하여 지적재산권 또는 기술력에 대한 담보권설정 가능성 여부를 검토하는 것으로 개선방안을 대신한다.

첫째, 질권설정을 들 수 있다. 특허법, 실용신안법, 의장법, 상표법, 저작권법 등 지적재산권에 관한 법률은 각 법률에 근거한 권리 즉, 특허권, 실용신안권, 의장권, 상표권, 저작권을 질권의 목적으로 할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 이 경우의 질권은 목적으로 되고 있는 권리를 실시·이용하는 권능을 설정자의 지배하에 두고 우선변제적 효력만을 내용으로 하는 것을 원칙으로 한다. 또한, 위의 법률 중 대부분은 특허를 받을 수 있는 권리이지만, 그 외 등록 전의 권리에 대하여는 공시방법의 부존재 등의 이유로 질권을 설정할 수 없는 것으로 하고 있다. 다만, 지적재산권에 대해 질권을 설정하는 것은 담보설정기간 중에 설정자에 의한 처분이 가능하여 담보권자의 이익을 침해할 수 있다는 점, 실행절차에 있어서 민사집행절차에 따른 환가절차는 시간과 비용이 많이 든다는 점, 지적재산권은 유통성이 낮고 이에 대한 시장이 형성되어 있지 않아서 담보가치의 평가가 곤란하고 환가 처분도 용이하지 않다는 점 등이 단점으로 지적된다.

둘째, 양도담보권의 설정을 들 수 있다. 양도담보는 양도가능한 모든 재산을 대상으로 하므로, 저작인격권을 제외한 모든 지적재산권

및 영업비밀, 기타 지적재산권도 양도담보의 대상이 될 수 있다. 특허를 받을 수 있는 권리 등 등록 전의 권리에 대해서는 질권의 목적으로 할 수 없다는 규정이 있으나, 이를 이유로 양도담보도 금지되는 것으로는 볼 수 없을 것이다. 그리고, 양도담보를 설정하는 경우 지적재산권의 명목이 형식상 채권은행으로 이전되는 것에 대해 담보설정기업이 꺼려하는 경우에는 채권은행이 사전에 특허권 등에 대한 실시권 및 상표권의 사용권을 담보설정기업에 부여하는 약정을 하는 방안도 고려할 수 있다.

셋째, 가등기담보권을 응용하는 방법을 들 수 있다. 즉, 현행의 가등기담보제도를 응용하여, 지적재산권의 가등록담보권을 설정하는 방안이다. 이는 담보대상이 되는 지적재산권의 이전을 위한 가등록을 신청한 후, 채무자의 채무불이행이 있는 경우에 채권자가 지적재산권에 대한 종국적인 이전등록을 통하여 권리를 취득하는 방법이다. 그러나, 이 경우에도 가등기담보와 마찬가지로 청산의무를 부여할 필요가 있는데, 이때 이전대상인 지적재산권의 가치평가를 어떻게 하는가에 관한 문제가 실제상의 문제로 남게 된다.

## 제 5 장 결론 및 요약

담보물권법은 계약자유 원칙을 기반으로 하여 신의성실의 원칙·반사회질서 및 불공정한 법률행위의 무효 등 몇몇 강행규정의 카테고리 안에서는 각종의 법률행위를 당사자의 자치에 맡기고 있는 계약법과는 달리 일물일권주의, 물권법정주의, 담보물권의 기본원칙인 수반의 원칙·부종의 원칙·특정의 원칙·공시의 원칙·물상대위의 원칙 및 불가분의 원칙 등에 의하여 계약자유 원칙이 제한을 받고 있고, 거래당사자에게는 거래실정에 맞는 거래관계의 창설보다는 거래관계의 선택만을 허용하고 있다.

이러한 이유로 담보물의 점유를 채권자에게 인도하여야 하는 동산질권의 원칙, 담보물권의 실행시 경매절차를 거쳐야 한다는 원칙들은 거래당사자의 편의에 맞지 않는 경우가 많기 때문에 외면되고 있고, 그 결과 동산질권에 대신하여 동산양도담보가 이용되고 경매절차에 대신하여 채권자의 담보물취득과 귀속정산이 이용되고 있는 실정이다. 그러나, 금융거래를 전제로 하는 담보물권 분야에 있어서 거래당사자에 의하여 임의적으로 창설된 물권은 금융거래의 헤게모니를 장악한 채권자의 이익을 보호하는 수단으로 전략할 위험성이 높다. 또한, 이를 방지하기 위하여 거래실정에 맞지 않는 입법은 채권자에 대한 지나친 규제로 인하여 그 제도 자체를 고사시킬 우려도 있다. 따라서, 담보법제에서는 채권자로부터의 채무자보호 뿐 아니라, 채권자와 채무자(또는 물상보증인) 등 거래당사자 모두에게 총효용의 증가라는 양면의 가치가 담보되어야 한다. 물론 이와 같은 연구취지가 이 보고서에서 100% 만족할 만큼 반영된 것으로는 볼 수 없으나, 이러한 점을 염두에 두고 연구를 진행하였다는 것을 밝히면서, 이 연구의 주요 내용을 다음과 같이 요약한다.

첫째, 비전형담보제도의 이용현황을 부분적으로 파악하였다. 가등기 담보권의 이용현황은 사실상 순위보전의 가등기와 담보가등기가 등기 부상으로는 구별하기 힘든 점<sup>157)</sup>으로 인해, 등기의 건수를 파악하는 것보다는 가등기담보권설정의 전제인 화해사건의 현황을 통하여 간접적으로 파악하였다. 가등기담보법 제정 이전인 1980년도 24,874건에 이르는 화해사건이 2004년에는 8,081건으로 급감한 점에서도 가등기 담보권의 이용이 저조함을 알 수 있다. 입목등기는 소유권보존등기를 통하여 등기부를 개설하고 저당권설정등기를 하여야 하므로 비교적 쉽게 현황을 파악할 수 있었다. 입목등기는 2000년 5건이 신청되었고 2005년에는 31건으로 소폭 증가하였으나, 절대적으로 이용이 저조함을 할 수 있다. 반면, 공장(재단)저당 및 광업재단저당등기에 관해서는 법원에서 별도의 통계를 내지 않고 부동산의 소유권보존등기에 포함시키고 있으므로, 정확한 현황파악은 어려웠다. 대법원에서 등기사건에 관한 통계를 작성할 때에 좀 더 세부적으로 분류할 것이 요구된다. 그리고, 자동차저당·건설기계저당·항공기저당은 등기부가 아닌 시군구에서 관리하는 등록원부에 기재되는 권리이므로 별도의 현황파악이 불가능하였다.<sup>158)</sup>

둘째, 현행 비전형담보제도 및 주요 외국의 관련 법제의 내용을 소개·정리하였다. 우리 현행 법제 중에서는 가등기담보법, 유동집합동산양도를 포함한 동산양도담보에 관한 학설과 판례, 입목법, 자동차저당법, 건설기계저당법, 항공기저당법, 공장저당법, 기술개발촉진법상의 기술담보제도, 소형선박저당법 제정안의 내용을 정리하였다. 외국의 법제는 독일, 미국, 프랑스, 일본의 관련 법제를 소개하였다. 이 중 특

157) 2005년 사법연감에 따르면 부동산에 관한 가등기 및 가등기이전은 76,301건에 139,563개에 이른다.

158) 건설교통부에서도 자동차·건설기계·항공기의 등록현황에 관한 통계는 작성하고 있으나, 저당권설정에 관한 통계는 작성하고 있지 않은 것으로 보여진다. 적절한 정책수립은 정확한 통계조사 등 현황파악을 기초로 하고 있다는 점에서 정부부처의 세부적인 통계작성이 요구된다.

히 검토할 필요성이 있는 제도로는 영미법상의 유동담보이론(floating chare)와 이에 기초하여 입법된 일본의 기업담보법을 들 수 있다. 우리 나라에서도 이에 관한 연구를 축적하여 일본의 기업담보법과 같이 단일법의 형태로 입법하는 것보다는 재단저당법 등 현행의 비전형담보법령과 양도담보 등의 관습법을 체계화할 수 있는 방향으로 법제화에 관한 연구를 지속할 필요가 있는 것으로 생각된다.

셋째, 현행 법제의 문제점과 개선방안을 제시하였다. 가등기담보법은 채무자의 이익보호에 지나치게 초점을 두고 있어 채권자에 대한 과도한 규제로 그 활용도가 저하되어 있다는 점, 담보가등기에 대한 공시방법의 불완전성으로 후순위권리자 등 거래안전에 위협을 초래하고 있다는 점, 담보가등기에 의해 이미 소유권이전등기가 된 상태에서 채무자 등이 변제한 경우에는 소유권이전등기의 말소청구권을 허용하고 있으나, 담보가등기가 경료된 상태에서 채무를 변제한 채무자 등에 대해서 가등기말소청구권은 인정되고 있지 않다는 점 등이 문제점으로 지적된다. 이에 대하여, 채무자의 채무불이행으로 지연이자 발생 등 추가채무를 담보하기 위하여는 청산금의 산정시기를 현행 법과 같이 담보권실행의 통지시가 아니라 청산금의 평가당시로 개정할 필요가 있다는 점, 목적물의 평가방법을 채무자의 평가신청이 없는 경우에도 채권자 단독으로 법원에 감정평가신청을 할 수 있는 제도를 도입할 필요가 있다는 점, 가등기의 공시에 대하여 피담보채권액에 대한 기재의 의무화함으로써 가등기의 공시방법을 보완할 필요가 있다는 점을 개선방안으로 제시하였다.

동산양도담보에 관하여는 근거 법령이 존재하지 않아 판례에 의한 사후적 통제 이외에는 과잉담보 등 채무자를 보호하기 위한 제도적 장치가 마땅하지 않다는 점 및 동산양도담보의 법률관계가 명확하지 않아 법적 안전성을 저해한다는 점이 문제점으로 제시되었다. 이에 대하여, 동산양도담보의 유효성에 관하여는 현행 민법 제607조와 제



608조를 적용하여 이에 위반되는 동산양도담보를 무효로 하는 이론이 제기되고 있으나, 이 경우 동산양도담보거래가 무효로 됨에 따라 부당이득반환관계로 전환되어 법률관계가 복잡해지고 거래당사자가 원래 의도했던 금융의 제공과 공급이라는 거래목적은 달성하지 못하므로, 동산양도담보에서 청산의무를 명확하게 인정하여 담보거래 전체를 무효로 하는 대신 과잉담보로서 초과분만 청산토록 하는 것이 법률관계를 간명하게 한다는 점을 제시하였다. 또한, 동산양도담보거래를 객관화하기 위하여 은행권 등에서 약관의 형태로 사용하는 동산양도담보 설정계약서에 대해서 약관규제법에 의한 사전적 규범통제를 철저히 함과 아울러 이에 관한 표준약관을 제시하여 법률관계를 정형화하여 법적 안전성을 제고할 필요가 있다는 점을 개선방안으로 제시하였다.

자동차저당법·건설기계저당법·항공기저당법에 관하여는 이 세 개의 법률이 모두 각 목적물에 저당권을 설정하는 내용으로 유사하게 규정되어 있으며 이들 법률을 운영하는 주무부처도 건설교통부로 통일되어 있다는 점에서 세 개의 법률을 보완하여 하나의 법률로 통합할 필요가 있다는 점, 현행법에 따르면 다수의 자동차나 건설기계 등을 소유한 운송사업자의 경우에 이에 따른 저당권을 설정하기 위해서는 각각의 자동차나 건설기계에 저당권을 설정해야 하는 불편이 있다. 따라서, 다수의 자동차나 건설기계, 항공기를 재단으로 조성하여 재단저당을 설정하는 방안도 고려할 필요가 있다.

입목법은 일정한 수목의 집단에 대하여 소유권보존등기를 통하여 입목등기부를 개설하고 이에 저당권을 설정할 수 있음을 주요 내용으로 하고 있다. 그러나, 입목에 관해서는 전통적으로 관습법인 명인방법이 공시방법으로 인정되고 있다. 따라서, 입목에 관한 담보는 입목법에 의하여 소유권보존등기 후 저당권설정등기를 하는 방법과 명인방법을 갖추고 있는 입목에 대하여 양도담보권을 설정하는 방법이 모두 가능하다. 이 경우, 채권자나 채무자의 입장에서는 별도로 소유권

보존등기를 통하여 등기부를 개설하고 다시 저당권등기를 하여야 하는 입목저당제도를 이용하는 것보다는 이미 기본적으로 명인방법을 갖춘 입목에 대하여 양도담보를 설정하는 것이 절차뿐만 아니라 비용의 측면에서도 훨씬 간편하고 유리한 방법이다. 이러한 점에서, 입목법에 의한 입목저당의 활용도가 극도로 낮은 것은 당연한 결과일 것이다. 따라서, 입목에 관한 명인방법과 입목양도담보를 입목법에서 포섭하여 지역마다 차이가 있는 명인방법에 대한 통일적 기준과 내용을 제시하고 이에 관한 양도담보설정에 관한 규정을 두는 것을 개선방안으로 제시하였다. 또한, 현행 입목법은 입목등기부의 편성에 관하여 물적편성주의를 채택하고 있으나, 등기부 편성시 기준이 되는 것은 수목의 집단이 아니라 토지등기부와 마찬가지로 1필지의 토지를 기준으로 등기부를 편성하고 있다. 이 경우 수필지에 연속되어 있는 수목의 집단을 등기하는 경우 수목의 집단은 연속되어 있지만 그 필지에 따라서 수개의 등기부를 개설하고 입목저당권도 각각 설정하여야 하는 절차적 비효율이 따른다. 따라서, 입목등기부를 편성하는 경우에는 필지에 관계없이 연속된 수목의 집단을 기준으로 하나의 등기부를 편성하는 방법을 개선방안으로 제안하였다.

현재의 비전형담보법제는 민법의 저당제도와는 이론적 토대, 각 법령간의 준용·적용관계에 대한 체계적인 검토를 충분히 하지 못한 채, 각 부처별, 행정부와 사법부, 학계와 정부별로 분산되어 입법과 이론이 형성되어 왔다고 해도 지나치지 않다. 따라서, 개별 법령간 및 법령과 판례간에 이론적·실무적 정합성이 떨어지는 것으로 판단된다. 또한, 금융거래가 발전함에 따라 이에 따르는 담보거래도 다양화되고 현대화 될 필요성이 있으나, 우리나라의 담보법제는 이에 따른 신속한 진화를 이루어내지 못한 채, 많은 경우에 있어서 18세기의 법제와 제도를 대체로 유지하고 있다. 이를 첨단기술의 금융거래와 전통적 담보제도간의 부조화라고 평가할 수 있을 것이다. 특히, 이러한 담보

법제의 선진화·현대화에 관한 논의가 1999년부터 시작된 법무부의 민법개정작업과 함께 이루어졌다면 현재에는 괄목할만한 입법안이 도출되었을지도 모를 일이다. 따라서, 지금부터라도 민법개정특별분과위원회 뿐 아니라 담보법제개정특별분과위원회를 구성하여 담보법제의 현대화 및 선진화를 위한 국가적 연구작업에 착수할 필요가 있다.

또한, 담보법제분야에서는 패러다임의 전환을 꾀할 필요가 있다. 우리 담보법제는 지나치게 대륙법계의 제도에 의존하여 법해석과 입법에 많은 울타리를 치고 있다. 마치 대륙법계를 계수한 법은 이래야 한다는 것과 같은 당위성을 전제로 하여, 현실적인 필요성보다는 이론적인 원칙에 집중을 하고 있는 것처럼 느껴진다. 새로운 담보제도를 도입하려는 경우에도 담보물권의 원칙이 우선적으로 고려대상이 되어, 도입에 따른 경제적·사회적 효용성보다는 이론적 정합성을 우선적으로 검토하는 경향이 있다. 물권법이 가지고 있는 국가적 고유성은 이미 부분적으로 희석되어 가고 있는 중이다.<sup>159)</sup> 따라서, 대륙법을 중심으로 하는 사고방식에서 벗어나 대륙법계의 이론적 치밀함을 토대로 하되, 영미법의 새로운 담보제도의 도입을 적극 검토하여야 할 시기가 이미 도래하였는지도 모른다. 담보법제는 법이론가들의 이론적 논의의 대상이기 이전에 각종 사업을 영위하면서 자금유통에 목말라하는 기업가들에게 있어서 혈액과도 같은 자금을 유통해주는 생명줄이기 때문이다.

---

159) 실제 금융거래에서 모계지나 REITs가 이미 도입되어 있다는 점이 이를 입증하고 있다.

## 참고문헌

### - 국내서 -

#### [ 단행본 ]

- 강태성, 『담보물권법』, 경북대 출판부, 1995.
- 고상룡, 『민법판례해설II(물권편)』, 경세원, 1994.
- 김상용, 『물권법(전정판)』, 법문사, 1999.
- \_\_\_\_\_, 『담보물권법』, 법원사, 1991.
- 곽윤직, 『물권법(신정수정판)』, 박영사, 1999.
- 곽윤직 외, 『민법주해(VII)』, 박영사, 1999.
- 권용우, 『물권법』, 법문사, 1993.
- 김증한/김학동, 『물권법(9판)』, 박영사, 1997.
- 법무부, 『각국의 동산담보제도』 법무자료 제228호, 1999.
- 서희원, 『영미법강의(개정판)』, 박영사, 1994.
- 오시정, 『근저당권의 이론과 실무』, 육법사, 2004.
- 염규석, 『특수저당법론』, 학문사, 2000.
- 윤철홍, 『물권법강의』, 박영사, 1998.
- 이상윤, 『영미법』, 박영사, 1997.
- 이영준, 『물권법(전정판)』, 박영사, 1996.
- 이은영, 『물권법(개정신판)』, 박영사, 2002.
- 조홍은행, 『여신총론(여신업무지침I)』, 1997.
- 한국금융연수원, 『여신실무법률(상)(중)(하)』, 2000.

[ 논문 ]

- 고상룡, “유동집합동산의 양도담보”, 『비교사법』 제3권 1호, 한국비교사법학회, 1996. 6.
- 공순진, “가등기담보 등에 관한 법률의 주요 문제점”, 『민사법학』 제 9·10호, 한국민사법학회, 1993.
- 김숙자, “가등기담보의 입법론적 고찰 -특히 일본 가등기담보법의 비판을 중심으로-”, 『법조』 31권 6호, 법조협회, 1982. 6.
- 김정현, “양도담보의 담보권적 구성 및 환매, 재매매예약의 법률적 성질에 관한 검토”, 『재판자료』 13집, 법원도서관, 1982.
- 김인유, “재단저당제도의 개선방안”, 『민사법학』 제33호, 한국민사법학회, 2006.
- 김재협, “집합동산양도담보”, 『사법연구자료』 제16집, 법원행정처, 1989.
- 남윤봉, “가등기담보에 관한 일고”, 『현대법학의 제문제(이종상 박사 화갑기념)』, 1994.
- 문홍안, “양도담보 개념의 재구성 시도”, 『민사법학』 제11·12호, 한국민사법학회, 1995.
- 박경량, “가등기담보 등에 관한 법률연구”, 『민사법학』 8호, 한국민사법학회, 1990.
- 박문승, “관습법상의 양도담보”, 『재판자료』 11집, 법원도서관, 1981. 10.
- 박행용, “입목등기”, 『재판자료』 제44집, 법원도서관, 1988.
- 배병일, “집합채권의 양도담보”, 『민사재판의 제문제(상)』, 박영사, 1995.
- 양창수, “가등기담보 등에 관한 법률의 현황과 문제점”, 『민사판례연구』 제12집, 민사판례연구회, 1990.

- 양창수, “내용이 변동하는 집합적 동산의 양도담보와 그 산출물에 대한 효력”, 『저스티스』 제30권 1호, 한국법학원, 1997. 3.
- 엄동섭, “유동집합동산의 양도담보”, 『고시계』 561호, 고시계사, 2003.
- 윤천희, “가등기담보의 본질에 관한 연구”, 숭실대 박사학위논문, 1990.
- 이근식, “가등기담보”, 『고시계』 25권 12호, 국가고시학회, 1980. 11.
- 이영준, “양도담보 및 가등기담보의 법률적 구성”, 『한국민사법학의 현대적 전개(배경숙교수 화갑기념)』, 박영사, 1991.
- 이재홍, “집합동산의 양도담보”, 『판례월보』177호, 판례월보사, 1985. 6.
- 최인규, “기술담보제도 도입 추진현황과 일본 및 미국의 사례”, 『기은조사월보』, 기업은행, 1996.
- 홍일표, “미국의 부동산모을기지제도”, 『재판자료 13집』, 법원행정처, 1982. 7.

- 외국서 -

- 高木多喜男, 『金融取引の法理』 第一卷, 成文堂, 1996
- 高木多喜男, 『擔保物權法(新版)』, 有斐閣, 1996.
- 近江幸治, 『擔保物權法』, 弘文堂, 1998.
- 我妻榮, 『新訂 擔保物權法』, 岩波書店, 1997.
- 我妻榮/有泉亨/清水誠, 『こめんたール 擔保物權法(III)』, 日本評論社, 1997.
- 鈴木祿彌, 『物的擔保制度の分化』, 創文社, 1992.
- 伊藤進, 『擔保制度論』, 信山社, 2005.
- 柚木馨/高木多喜南, 『新版注釋民法(9)』, 有斐閣, 1998.

참고문헌

近江幸治, “財團抵當制度擴張・改善のための立法課題”, 『ジュリスト』  
No.1238, 有斐閣, 2003. 2.

山野目章夫, “動産擔保・債權擔保の立法的課題”, 『ジュリスト』No.1238,  
有斐閣, 2003. 2.

小衫茂雄, “いわゆる非典型擔保における附從性について(上)”, 『判例タ  
イムズ』478号, 判例タイムズ社, 1982. 12.

清水誠, “企業をめぐる信用と擔保制度”, 『現代法9(現代法と企業)』, 岩  
波書店, 1966.

椿壽夫, “擔保として賣買豫約(下)”, 『ジュリスト』第457号, 有斐閣,

生態長幸, “假登記擔保權と假登記制度との關聯性”, 『法律時報』第47卷  
11号, 日本評論社, 1975.

Bauer/Stuener, Sachenrecht 17.Aufl. C.H.Beck, 1999.

Brox, Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers, Jus 1984, Heft 9.

Grant S. Nelson/Dale A. Whitman, Real Estate Finance Law, West,  
2001.

Fikentscher, Sachenrecht, 7.Aufl. Walter de Gruyter, 1985.

Hansjörg Weber, Kreditsicherheiten Recht der Sicherungsgeschäfte, 6.Aufl.,  
1998, München

Jesse Dukemine/James E. Kries, Property 3rd ed., Little Brown &  
Company, 1993.

John S. Dzienkowski, Real Property, West, 2003.

Manfred Wolf, Sachenrecht, 18.Aufl., C.H.BECK, 2002.

Lange/Scheyhing/Schiemann, Faelle zum Sachenrecht 5.Aufl., C.H.Beck,  
2002.

Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, 2.Aufl., 1993,  
Heidelberg.

Schawab/Pruetting, Sachenrecht 30.Aufl., C.H.Beck, 2002.

Staudinger J. von, Kommentar zum Buegerlichen Gesetzbuch Sachenrecht,  
13.Aufl. 1996.

Westermann, Sachenrechts, 7.Aufl. Mueller, 1998.

Wulf Gravenhorst, Mobiliarsicherheiten für Darlehens-und Warenkredite in  
den sechs Ländern der Europäischen Gemeinschaften, Alfred  
Metzner Verlag, Frankfrut, 1972.

Peter Bülow, Einführung in das Recht der Kreditsicherheiten, Jura, 1996  
Heft 4.

Peter Bülow, Kauf unter Eigentumsvorbehalt, Jura, 1986 Heft 5,