

연구보고 2007-16

# 담보제도의 선진화를 위한 법제연구(Ⅱ)

- 기업담보법제를 중심으로 -

류 창 호

# 담보제도의 선진화를 위한 법제연구(Ⅱ)

- 기업담보법제를 중심으로 -  
A Legislative Study on Advanced Security System(Ⅱ)

연구자 : 류창호(부연구위원)

Ryu, Chang-Ho

2007. 10. 31.

## 국문 요약

기업담보제도는 부동산이나 동산 등 개별적인 담보목적물에 각각의 담보권을 설정하여야 하는 현행 법제에 대한 예외를 인정하여, 기업이 보유하고 있는 전재산을 하나의 담보물로 제공할 수 있는 제도이다. 일본에서는 영국의 부동담보이론을 근간으로 하여 기업담보법이라는 단일법을 제정하여 운용하고 있다. 이는 우리나라와 같은 대륙법계 담보법제를 가지고 있는 일본이 이미 입법하여 운용하고 있는 제도라는 점에서 우리나라에서는 더욱 더 그 도입에 관한 기초연구를 할 필요가 있다. 그러나, 현재 우리나라에서의 논의는 영국의 부동담보이론에 대하여 비교법론으로 소개된 소수의 연구자료는 있으나, 일본의 기업담보법에 관한 연구자료는 극히 드문 편이다. 이러한 점을 고려하여, 이 연구에서는 부동담보이론을 기초로 하여, 일본의 기업담보법의 내용과 분석을 시도하였다. 이를 중심으로 국내 법제의 개선 방향을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 다양한 담보제도를 마련함으로써 기업별 상황에 적합한 담보거래를 선택하게 하는 방안이 친기업적 담보제도로서의 활용가치를 높일 수 있을 것이다. 이러한 점에서 기업담보제도는 현행 비전형담보제도와는 별개의 제도로 도입될 필요가 있다.

둘째, 기업담보법의 효율적인 입법을 위해서는 등기 및 집행 등의 절차적인 규정에 대해서도 상업등기법 또는 민사집행법 등의 개별적인 절차법의 개정을 통하는 방법보다는 기업담보법안에 실체적 규정 뿐 아니라 이러한 절차적 규정까지 포함하는 통합적인 법률안으로 입법하는 것도 고려할 필요가 있을 것이다.

셋째, 기업담보제도를 입법화하는 경우에는 기업담보제도의 활용도를 제고하기 위하여 피담보채권의 범위를 확대하여, 사채권 이외에도 기업이 금융기관 등에 부담하는 각종의 채권을 담보하기 위한 기업담

보권의 설정을 허용하는 방안을 면밀히 검토할 필요가 있다.

넷째, 기업담보권의 목적재산의 범위를 확대할 필요가 있다. 일본 기업담보법은 채무회사의 총재산을 담보로 제공할 수 있으나, 사실상 민사집행법에 의해 강제집행의 대상이 될 수 있는 것만을 허용하고 있어 상호·기술력 등은 담보대상에서 제외하고 있다. 그러나, 상호 등 새로운 재산가치는 현대 기업의 중요한 자산이라는 점에서 이를 제외하는 것은 기업담보권의 실효성을 저하시키는 데 크게 기여할 수 있다.

다섯째, 기업담보제도는 부동산자산이 충분하지 못하지만 기업의 기술력·상호의 브랜드가치·영업력·특허 등 무체재산권의 가치가 높은 경우에 활용도가 높을 것으로 예상된다는 점에서, 설정회사를 주식회사로 제한하는 것은 적절하지 않은 것으로 보여진다.

※ 키워드 : 부동산담보, 유동담보, 재단저당, 기업담보

## Abstract

There is an amounting concern in Korea that the present charge system under which the debtor, the chargor, can't dispose of the charged assets in the ordinary of business without the consent of the creditor, the chargee, should be subject to reform. On the other hand, English courts have developed the law and theory of floating charge since 1870 when the case of *Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Company* was decided. In order to get some lesson from English experience, this article explores into cases and materials of English floating charge.

The essence of the floating charge is that the creditor, the chargee takes security over the debtor's present and future property but allows the debtor, chargor, liberty to manage the secured assets and dispose of them in the ordinary course of business free from the charge until its crystallization. As the floating charge enables the debtor to deal with his circulating assets freely in the normal course of business, it is indispensable to especially trading companies the most valuable assets of which aren't fixed ones but circulating ones, for example trading stock and receivables.

There is an amounting need for non-possessory security interest over movables and the assignment of receivables financing, which could modify the rigidity of the current regime on secured transactions in Korea. By doing so, this type of new security would increase the availability of credit and improve the terms of the credit. But, the modernization and diversification of the collateral system in Korea should be promoted so as to implement the security interest on movables and receivables.

※ Key words : floating charge, crystallization, floating lien

# 목 차

국 문 요 약 .....	3
Abstract .....	5
제 1 장 서 론 .....	11
제 1 절 연구의 필요성 .....	11
제 2 절 연구의 내용과 범위 .....	12
제 2 장 현행 관련 법제의 분석 .....	17
제 1 절 개 관 .....	17
제 2 절 재단저당제도의 주요 내용 .....	18
1. 재단저당제도의 의의 .....	18
2. 공장저당권의 주요 내용 .....	20
3. 공장재단저당권의 주요 내용 .....	28
4. 광업재단저당권의 주요 내용 .....	33
제 3 절 동산양도담보의 주요 내용 .....	35
1. 동산양도담보의 의의 .....	35
2. 동산양도담보의 내용 .....	36
3. 유동집합동산 양도담보 .....	38
제 4 절 기술담보제도 .....	40
1. 의 의 .....	40
2. 관련 법률의 내용 .....	41

제 5 절	현행 관련 법제의 문제점	43
1.	재단저당제도의 문제점	43
2.	공장저당법의 문제점	45
3.	동산양도담보의 문제점	47
4.	기술담보제도의 문제점	49
제 3 장	주요국의 기업담보제도	51
제 1 절	기업담보 개관	51
제 2 절	영 국	53
1.	의 의	53
2.	부동담보권의 성립과 확정	56
3.	부동담보권의 효력	58
제 3 절	일 본	58
1.	개 관	58
2.	기업담보법의 제정 경위	62
3.	기업담보법의 주요 내용	64
4.	기업담보법과 일본 민법의 관계	72
5.	일본의 포괄담보법제 정비에 관한 최근 동향	78
제 4 절	미 국	79
1.	의 의	79
2.	부동담보권의 내용	81
3.	부동담보권의 공시	82
제 5 절	캐나다	83
1.	의 의	83

2. PPSA에 의한 담보권 .....	83
3. 은행법에 의한 담보권 .....	85
제 6 절 프 랑 스 .....	86
1. 의 의 .....	86
2. 영업질의 설정 및 효력 .....	86
제 7 절 소 결 .....	87
제 4 장 부동산담보의 이론 .....	91
제 1 절 개 관 .....	91
제 2 절 부동산담보의 의의 .....	93
1. 개 념 .....	93
2. 특징과 성격 .....	95
제 3 절 부동산담보의 설정 .....	97
1. 피담보채권 .....	97
2. 사채의 담보와 신탁법리 .....	97
3. 부동산담보설정의 시기와 방식 .....	98
4. 부동산담보의 객체의 표시형식 .....	98
제 4 절 부동산담보의 보충성 .....	99
제 5 절 부동산담보의 범위 .....	100
제 6 절 부동산담보의 효력 .....	101
제 7 절 부동산담보의 확정 .....	105
1. 확정 의 의 .....	105
2. 사채의 담보와 신탁법리 .....	106

3. 확정사유 .....	107
4. 확정외 효과 .....	107
제 8 절 부동산담보의 실행 .....	108
제 9 절 소 결 .....	108
제 5 장 결 론 .....	111
참 고 문 헌 .....	117
<b>【 부 록 】</b>	
일본 기업담보법 .....	123

## 제 1 장 서 론

### 제 1 절 연구의 필요성

담보제도는 원칙적으로 금융담보로서의 기능이 일반적이므로, 일반적인 담보제도는 기업의 담보제도로 활용될 수 있다는 것은 당연하다. 그러나, 우리 민법의 예에서 보듯이, 우리나라의 담보법제는 담보물권의 종류는 법률과 관습법에 의해 한정되어 있고, 이러한 법정담보물권도 일물일권주의 및 담보물 특정의 원칙에 의하여 제한을 받고 있다는 점에서, 지속적으로 변화하는 거래계의 사정은 아랑곳하지 않고 교과서와 법전 속에서 講學의 소재로서의 역할에 충실하고 있는 실정이다.

그러나, 기업은 그 운영과 투자를 위하여 시시각각 새로운 자금의 수혈과 융통을 필요로 하고 있지만, 담보대출이 주종을 이루고 있는 우리나라 금융계의 현실을 감안할 때, 수많은 자산과 계열사를 보유한 일부 대기업 외에는 수시로 발생하는 자금수요를 뒷받침할만한 담보자산을 보유하고 있지 못한 사정이다. 또한, 어느 정도의 담보자산을 보유하고 있는 경우에도, 현행 담보제도의 틀속에는 담보설정 자체에 고비용이 요구된다는 점에서, 이를 피를 구하지 못해 죽어가는 환자에게 수혈을 위한 순변표를 나누어주는 것에 비유할 수 있다. 이러한 점에서, 국가는 기업이 보유하고 있는 자산의 특성에 맞는 기업 전용 담보제도의 창설을 통하여 기업에 대하여 보다 효율적인 금융서비스제공을 위한 법제도적 기반을 마련할 책무가 있다고 생각된다.

이러한 점에서 이 연구는 浮動擔保理論을 기반으로 한 영국의 Floating Charge 및 일본의 기업담보법을 주요 대상으로 하여, 이에 관한 이론·판례 및 법제에 관한 연구를 진행하고자 한다.

## 제 2 절 연구의 내용과 범위

한 국가의 산업경제의 발달에는 각종 기업의 발전이 전제되어 있다. 이를 위해서는 우선 영리를 추구하여 거래계에서 생존해 온 기업의 혈액이라고 할 수 있는 자금의 유통에 관해 법적 연구가 이루어져야 한다.

종래, 채권담보로서의 물권법 분야에 대하여는 학자들의 다양한 연구가 진행되어 왔지만, 담보의 객체라는 면에서는 특정성이 강하게 요구되고 있어 변동·부동하는 집합물저당제도는 대체로 인정되지 않았다. 그러나, 근대 경제거래의 발전은 소박한 1물1권주의를 붕괴시키고 합리적 형식을 추구하고 있는 바, 결국 집합물담보제도의 출현을 촉진하였다. 이러한 발상의 전제에는 유체재산중심의 집합물, 즉 확정적 집합물, 예를 들어 재단담보부터 유체·무체재산권에 관계없이 사실관계를 포함하고 또 목적물이 끊임없이 변동하는 집합체 즉, 기업 그 자체의 담보화까지로 발전된다. 따라서, 재단담보부터 기업담보로의 전환은 당연스러운 변화로 받아들일 수 있다.<sup>1)</sup>

기업은 동산이나 부동산 즉, 기업시설·원재료·생산도구·상품 등의 물적 요소를 바탕으로 하고, 고객과의 계속적 채권관계, 즉 원재료 공급자 또는 도매상과의 신용관계, 피고용자와의 고용관계, 토지 또는 건물소유자와의 임대차관계 등의 법률관계 등의 계속적 공급관계에 놓인다는 점, 특허·상호·상표 등의 무체재산권에 기한 이익, 기업에 특유한 기능, 기술 또는 숙련에 기한 사실관계 등의 모든 요소로부터 성립하는 것이고, 이러한 모든 요소는 일정한 목적을 위하여 통일된 유기적 조직체이다. 그러나 이는 구성요소가 개별적으로 갖는 가치의 집합 이상으로 큰 특수한 독립적 가치를 갖는 것이고, 또한 이러한 가치는 특정한 주체의 인격에 밀착되어 분리할 수 없다.

1) 이러한 변화에 관해서는 我妻榮교수의 “集合動産の讓渡擔保に関するエルトマンの提案”, 法學協會雜誌 제48권 제4호 73頁 이하 참조.

즉, 자본주의경제의 발달은 물건과 사람과의 관계를 점진적으로 약하게 만들어 왔고, 기업의 물적 시설도 경영주체인 인적 요소를 약화시켜 왔다. 인간의 노동력은 양적 계산이 가능하므로 법률은 기업주를 대상으로 하지 않고, 기업 그 자체를 대상으로 하고 있다. 이를 기업의 비인격화 또는 기업의 물화(物化)라고 할 수 있다.<sup>2)</sup> 이와 같이, 기업의 객관성을 기초로 하여 기업담보의 가능성을 논할 필요가 있다.

그러나, 대륙법계에 있어서는 일물일권주의가 엄격하게 적용되어 ‘독립된 물건의 집합체에는 독립된 소유권이 성립하지 않는다’는 법칙이 존재하고, 한층 더 기업과 같은 독립물의 법률관계 및 사실관계까지도 포함하는 이른바 집합물 또는 무체물의 경우에 있어서 통일적 유기체적 조직체라고 하여도, 이 위에 1개의 물권이 성립하는 것은 도저히 승인될 여지가 없다.<sup>3)</sup>

이러한 현상에 있어서 일본은 영국의 부동담보제도를 채택한 기업담보법을 시행하고 있는 바, 동법은 기존의 민법이론의 사고방식에서 탈피하여 집합물 또는 무체물을 담보로 하는 제도로, 우리 나라도 일본과 유사하게 일물일권주의와 물권법정주의에 의하여 새로운 담보권의 창설이 제한되어 있고 거래의 필요에 따른 새로운 담보제도의 신설이 곤란하다는 점에서 영국과 일본에서 도입되어 있는 부동담보 또는 기업담보제도의 도입을 적극적으로 검토할 필요가 있다.

이에, 법무부와 재경부는 2006년에 포괄적 동산담보제도의 도입을 위해 『동산의 등기 및 담보가치 활용촉진에 관한 법률』을 제정하는 방안을 적극 검토하겠다고 밝힌 바 있다.<sup>4)</sup> 포괄담보제도는 채고, 기계

2) 水島廣雄, 特殊擔保法要義, 八千代出版株式會社, 1997, 3頁. 이러한 점에 관하여는 Hedemann, Das Buergerliche Recht und neue Zeit, S. 17 ; Hans Oppikofer, Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, S. 10에서도 언급된 바 있고, 재산의 독립의 문제에 관해서는 石田文次郎, 財産法に於ける動的理論, 38頁 이하 참조.

3) 我妻榮, 近代法における債權の優越的地位, 186頁 이하.

4) 매일경제 2006년 9월 28일(<http://news.mk.co.kr/newsRead.php?year=2006&no=421671>)

설비, 채권, 매출채권, 유가증권 등 기업이 보유한 유무형의 동산을 종류에 관계없이 등기하고, 이 등기서류를 담보로 금융기관에서 대출을 받을 수 있도록 하는 제도이다.

현행 민사법에 의하면 등기·등록이 가능한 부동산, 자동차, 건설기계, 항공기, 선박 등 일부 동산에 대해서만 저당권을 설정하여 대출을 받을 수 있다. 그러나, 기업이 보유한 기계와 기구, 재고물품, 신용장 등은 적절한 공시방법이 없어 비점유담보제도를 활용한 대출이 불가능하고, 점유이전형 담보인 질권설정을 통해서 대출을 받을 수 있다. 즉, 질권과 같은 점유이전형 담보는 채무자인 기업의 생산수단과 자산을 채권자에게 점유를 이전해야 하므로, 담보권설정기간 동안에는 채무자가 담보물을 활용하여 영업활동을 하는 것이 곤란해지는 역기능을 낳게 된다.

그러나, 포괄담보제도는 부동산이나 각종 동산 등 담보목적물에 대하여 포괄적인 담보권을 설정하면서 채무자가 이를 계속 사용·수익할 수 있는 제도이다. 이러한 제도가 활성화된 영미에서는 중소기업이 금융기관에 제공하는 전체 담보의 약 3분의 2가 재고품과 기계설비, 채권, 유가증권이고 부동산담보의 비중은 3분의 1에 그치고 있다고 한다. 이러한 점에서, 포괄담보제도는 주로 부동산담보에 편중된 우리나라의 담보거래의 왜곡현상을 개선하여 건물, 토지 등 부동산자산이 부족한 중소기업과 영세사업자에 대해서 담보대출의 기회를 확대해 줄 수 있을 것으로 예상된다.

우리나라에서도 재단저당제도나 유동집합동산양도담보제도가 도입되어 있으나, 재단저당제도는 설정절차의 복잡함, 설정비용의 과다 등으로 인한 거래상의 저효율성으로 그 활용도가 낮은 편이고, 유동집합동산양도담보는 아직 판례에 의해 형성 중인 관습법에 불과한 것으로, 담보물의 범위도 일부의 동산에 한정되고 있다는 한계가 있다. 따라서, 이 연구에서는 현행 법제의 부분적 개선보다는 영미의 부동담

보제도(floating charge)나 일본의 기업담보제도와 같은 새로운 포괄담보제도의 도입의 필요성·관련 이론 및 외국의 관련 제도들을 중심으로 한 연구를 수행하고자 한다.

이를 위하여, 우선적으로 우리나라의 현행 채단저당제도, 입목저당제도 등의 관련 법제의 문제점을 검토하고, 영국·미국·캐나다·일본 등 부동담보제도를 시행하고 있는 국가의 법제에 대한 조사와 분석, 우리나라에는 아직 본격적으로 소개되지 않은 부동담보이론에 대한 연구를 통하여, 현재 우리나라에서도 도입에 대한 논의가 막 시작되고 있는 새로운 기업담보제도를 도입하는 경우를 대비한 기초적인 연구자료로 활용될 수 있기를 기대한다.

## 제 2 장 현행 관련 법제의 분석

### 제 1 절 개 관

민법은 물권의 객체에 대하여 물권은 한 개의 독립된 물건에 관하여만 성립할 수 있으며, 한 개의 물건에 관하여 한 개의 소유권만이 성립한다는 일물일권주의를 채택하고 있다. 이러한 원칙은 물권의 객체로 되는 물건은 다른 물건으로부터 독립하여 존재하여야 한다는 독립성을 선언한 것으로, 이는 다시 특정성의 전제가 된다.

그러나, 일물일권주의는 원칙적으로 소유권을 대상으로 하고 있다는 점에서 용익물권과 담보물권에서는 예외가 인정되고 있다. 즉, 전세권·지상권·지역권 등 용익물권의 경우에는 1필의 일부 또는 1동 건물의 일부에 대하여 전세권이나 지상권 등을 설정할 수 있도록 하고 있으며, 토지의 상하범위를 정하여 설정하는 구분지상권도 규정되어 있다. 또한, 소유권의 경우에도 건물의 일부가 독립한 경제적 목적을 가지고 있는 경우에는 그 부분을 나누어 소유하는 구분소유권을 인정하고 있다.

이에 반해, 담보권의 경우에는 충분한 담보가치의 확보를 의도하는 담보권자에 의해 1개 물건의 일부에 담보권을 설정하는 경우는 기대할 수 없고, 오히려 특정한 피담보채권을 담보하기 위하여 토지와 건물에 공동으로 담보권을 설정하는 공동담보(예 : 공동저당)가 빈번하다. 그러나, 공동담보는 특정한 피담보채권을 담보하기 위하여 복수의 담보물에 각각 담보권을 설정하는 것이므로, 일물일권주의가 정상적으로 적용되고 있는 형태이다. 다만, 현행 법제에서는 공장재단·광업재단 등을 대상으로 한 재단저당제도가 도입되어 있고, 수목의 집단에 대하여 하나의 소유권과 저당권을 설정할 수 있는 입목법 및 관습법상 인정되는 집합물에 대하여 하나의 양도담보권을 설정할 수 있는

양도담보제도를 인정함으로써 일물일권주의에 대한 예외를 인정하고 있다. 이러한 제도들은 담보물권의 효력범위를 재산의 집합체로 포괄적으로 정하고 있으며, 담보재산의 구성부분이 일정한 범위에서 증감 변동하는 것에 의해 담보권이 영향을 받지 않는 제도라는 점에서, 아래에서 다룰 부동담보 및 기업담보와 같은 포괄적 담보제도를 부분적으로 인정하고 있는 것으로 볼 수 있다. 그러나, 국내의 포괄적 담보제도는 부동담보 등에 비하여 제약이 많은 편이며, 그 활용도도 높지 않은 편이다.

아래에서는 부동담보제도의 도입을 위한 기초작업으로서 국내 포괄적 담보제도의 내용과 문제점을 중심으로 서술한다.

## 제 2 절 재단저당제도의 주요 내용

### 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>5)</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登記 등에 관하여

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

규정함으로써 기업의 자금확보의 편의를 도모하기 위해 제정되었다.

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. 공장저당권의 주요 내용

### (1) 공장저당법상 공장의 의미

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 기업용 재산으로 구성되는 일단의 기업재단으로서 본법에 의하여 소유권과 저당권의 목적이 되는 것’으로 정의하고 있다(제3조).<sup>6)</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

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

저당권의 효력이 미칠 수 있다는 점에서 차이가 있다. 아래에서는 이러한 구분에 따라 서술한다.

## (2) 협의의 공장저당권

### 1) 저당목적물

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

### 2) 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 목록7)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 판례8)의 태도이다. 따라서, 공장의 토지 또는 건물에 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.

### 3) 공장저당권의 효력

가. 공장저당권의 효력이 미치는 목적물의 범위

#### ① 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.

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

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

② 부가되어 일체

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).

③ 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 등

의 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>9)</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 재단구성물로 보아 저당권의 대상이 될 수 있음을 규정하고 있으나, 공장저당에서는 이와 같은 규정이 없기 때문이다.

#### 나. 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

---

9) 대판 1971.8.31, 71다1469.

이유란 부가물이나 기계·기구 등 설치물의 분리가 수리·개량과 같이 공장기능의 유지나 확장을 위한 조치로서 공장 전체의 담보가치를 유지·증대시키는 경우를 말한다.

#### 다. 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).

#### 라. 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·기구목록

에 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>10)</sup> 이에 관해 법원의 배당실무는 후자의 견해에 따르고 있다.

마. 경매에 있어서의 특수성

① 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 공용물로서 목록제출하여야 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.

10) 민법주해(VII), 256면(전계원 집필부분).

② 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 경매 신청할 수 없다.

③ 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.

### 3. 공장재단저당권의 주요 내용

#### (1) 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·퀘조 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.

#### (2) 공장재단의 설정목적물

공장재단의 구성물이 될 수 있는 것은 첫째, 공장에 속하는 토지와 그 공작물, 둘째 기계·기구·전주·전선·배치제관·퀘조 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.

### (3) 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 일부만으로서 구성할 수 있다(공장저당법 제15조). 다만, 일부의 의미는 공장에 속하는 물건 또는 권리의 전부라야만 하는 것이 아니고, 그 중 일부를 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 위해서는 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.

#### 4) 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).

#### 5) 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 공장재단

에 대하여도 그래도 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.

#### 4. 광업재단저당권의 주요 내용

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 동의를 얻은 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 광업재단저당권자에게 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 현물출자 하든가 또는 설립된 법인이 사후에 그 자로부터 광업재단을 양수해야 하는 불편을 제거하여, 광업재단의 경매를 원활하게 하기 위한 것으로 볼 수 있다.

### 제 3 절 동산양도담보의 주요 내용

#### 1. 동산양도담보의 의의

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>11)</sup> 아래에서는 동산양도담보를 중심으로 서술한다.

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

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. 담보물권자의 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 실행절차를 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. 유동집합동산 양도담보

유동집합동산의 양도담보는 일정한 범위에 속하는 동산의 집단을 그 구성부분이 수시로 변동할 수 있음을 전제로 하면서 이를 일체로서 양도담보의 대상으로 하는 경우를 말한다.<sup>12)</sup>

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

첫째, 목적물의 특정에 관해서는, 집합물론이나 분석론 및 한정부동담보이론의 경우에 모두 목적물의 범위특정이 불가능한 경우에는 양도담보약정 자체가 무효로 파악된다. 그리고, 특정을 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>13)</sup> 특정을 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 종류지정을 하는 것도 목적물의 특정방법으로 인정되는 경우가 있다.<sup>14)</sup> 이러한 특정방법은 담보권자에게는 유리하나 채권자나 설정자 및 설정자의 제3자의 경우

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

13) 대판 2003. 3. 14, 2002다72385.

14) 김재협, “집합동산양도담보”, 『사법연구자료』 16집, 법원행정처, 1989, 87면. 예를 들면, A창고내의 동산 전부와 같은 방법으로 지정되어도 소재장소가 특정되어 있다면 가능한 방법이다.

에는 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 그 후 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>15)</sup>도 있다.

셋째, 목적물의 관리에 관해서는 일단 유효하게 성립된 집합동산양도담보라 하더라도 그 효력을 유지하기 위해서는 담보설정 후에도 계속적으로 목적물특정의 요건을 충족하여야 한다. 계약자유의 원칙상 당사자가 자유로이 목적물의 관리내용을 정할 수는 있으나, 실제로는 목적물의 특정성을 유지할 의무를 중심으로 하여 재고품대장의

15) 김재협, “집합동산양도담보”, 97면.

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 목적물보충의무를 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.

## 제 4 절 기술담보제도

### 1. 의 의

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

소나 정보, 대출지원으로 취득하게 될 기술관련 자산, 기술제품, 판매권 등을 의미하는 것으로서, 현재 또는 미래의 제품에 체화되어 수익을 창출할 수 있는 포괄적 개념으로 정의된다.<sup>16)</sup>

## 2. 관련 법률의 내용

기술담보제도를 규정하고 있는 법률로는 기술개발촉진법과 (구)산업기술기반조성에 관한 법률이 있다. 기술개발촉진법에서는 기술력평가에 의한 기술담보대출을 규정하고 있는데, 이는 지적자산보증제도(知的資産保證制度)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, 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

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

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>17)</sup> 정부는 기업이 보유한 산업재산권의 기술가치평가를 통해 담보자금을 융자하는 기술담보시범사업을 1997년부터 2001년까지 5년 동안 한시적으로 운영하여 총 272건에 대하여 566억 원의 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>18)</sup> 우수기초연구성과 활용지원기업,<sup>19)</sup> 미래유망기술분야의 연구개발사업 등이 있다.

---

17) 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.

18) 이에 해당하는 것으로는 기술개발촉진법 제7조의 규정에 의한 특정연구개발사업과 산업발전법 제24조의 규정에 의한 산업기반기술개발사업, 환경기술개발 및 지원에 관한 법률 제5조의 규정에 의한 환경기술연구개발사업 등 정부 각 부처의 연구개발사업 및 후속연구개발사업 등이 있다.

19) 기초과학분야의 발전을 위해 국가적으로 육성되고 있는 우수연구집단의 기초연구성과를 활용하여 원천연구개발 및 후속 연구개발사업을 수행하는 기업이 그 대상이다.

그 지원범위로서는 국가적인 연구개발사업 및 미래유망기술분야의 연구개발사업에 필요한 연구개발비의 100% 이내에서 일정한 지원사업자<sup>20)</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 동일 사업당 20억원 이내이고 동일 기업당 60억원 이내로 하고 있다.

## 제 5 절 현행 관련 법제의 문제점

### 1. 재단저당제도의 문제점

재단저당제도는 기업경영에 제공되는 물적 설비와 재산권을 유기적인 단일체로 파악하고 이에 저당권을 설정하는 법률기술은 저당제도에 있어서의 혁명적인 것으로 평가된다.<sup>21)</sup> 그러나, 이러한 재단저당제도에 는 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 것이므

20) 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.

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

로 저당목적물의 변동에 따라 그 공시방법의 변경절차를 유지해야 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>22)</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>23)</sup>

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

23) 김상용, 『물권법』, 773면.

## 2. 공장저당법의 문제점

공장저당법은 1961년 제정되어 현재에 이르고 있으나, 이는 당초 일본에서 1905년 입법되어 우리나라에서 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, 우리나라의 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 원인으로서는 공장의 범위·이용주체 및 재단구성재산의 제한, 절차의 복잡함 등을 들 수 있다.<sup>24)</sup>

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

24) 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>25)</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

25) 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 수 밖에 없다. 그러나, 이러한 해석의 결과는 성립요건주의를 규정하고 있는 우리 민법(제186조)의 태도에 부합되지 않는다. 즉, 우리 민법은 물건변동에 성립요건주의를 원칙으로 하고 있으나, 공장저당법은 제7조 목록제출의 효력을 대항요건주의를 전제로 하여 입법되어 있는 것이다. 이와 같이 공정저당법은 과거에 우리나라에 의용되던 의사주의 민법하의 일본의 공장저당법의 요소들을 유지하고 있는 것으로 보여진다.

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

### 3. 동산양도담보의 문제점

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 처분되더라도 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 수단으로

서 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.

#### 4. 기술담보제도의 문제점

현행 법령상 기술담보대출제도는 기술개발촉진법 및 기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률(안)에서 각각 규정되고 있다. 기술개발촉진법에서는 기술개발결과의 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 3 장 주요국의 기업담보제도

### 제 1 절 기업담보 개관

우리나라의 법제에서는 전술한 재단저당제도 외에는 특별히 기업에 적합한 담보제도를 찾아보기 어렵다. 이러한 법제는 과거 개인금융과 기업금융이 특별히 분리되지 않은 시대의 잔존물이라고 할 수 있다. 그러나, 현재에는 기업금융은 금융서비스에서도 거대한 영역을 차지하고 있다는 점에서, 이를 위한 고유한 기업담보제도를 갖추고 있지 못하다는 점은 우리 법제의 전근대성을 의미한다.

또한, 기존의 담보물은 주로 부동산에 치중되어 있었고, 부분적으로 소액담보를 위한 동산담보가 활용되고 있다. 그러나, 현재 개별 동산에 대한 동산담보제도는 개인을 위한 서민담보로서의 활용성이 주를 이루고, 무수한 동산을 소유하고 있는 기업의 경우에는 동산담보를 효율적으로 활용할 수 없는 형편이다. 또한, 기업의 경우에는 동산과 부동산 이외에도 채권·지적재산권 등 다수의 재산적 가치를 가진 권리를 보유하고 있음에도 불구하고, 이러한 재산권을 담보물로 활용할 수 없다.

기업담보제도는 기업이 보유하고 있는 모든 재산을 담보목적물로 활용하여, 기업자산을 효율적으로 활용하기 위한 제도이다. 이 제도는 영미법상의 부동담보이론을 그 이론적 근거로 하여, 일부 국가에서 법제화되어 있거나 판례에 의하여 인정되고 있다. 따라서, 아래에서는 영국의 부동담보제도, 일본의 기업담보법제 등 주요국의 기업담보제도에 관한 비교법적 연구를 수행하고자 하였다.

영국에서 부동담보(floating charge)는 1870년 이래 그 유용성을 인정받는 형평법상의 양도담보(equitable mortgage)의 일종이다.<sup>26)</sup> 영국의 통상적인 담보형태는 양도담보(mortgage)는 아니지만, 보통법상의 양도

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

담보(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 부동담보라고 칭하고 있다. 즉, 부동담보는 기업의 동태적인 전재산에 설정되는 형평법상의 담보이고, 기업재산을 그 변동하는 시점의 상태에 있어서 담보로 하는 형태이다.

부동담보의 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 부동담보의 존재가 개괄적으로 공시될 것을 요한다. 그러나, 일단 기업이 그 채무의 지급을 해태하거나 기타 해산 등의 사유가 발생하면, 부동담보가 그 효력을 발휘하여, 그 시기의 기업의 전재산은 고정되고 담보권자는 이에 대해 우선변제권을 행사할 수 있다. 이 현상을 부동담보의 확정(確定, crystalization)이라 한다.

부동담보는 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 부동담보제도가 압도적인 비중을 차지하고 있다.

## 제 2 절 영 국

### 1. 의 의

#### (1) 개 념

영국 회사법상 부동담보(floating charge)<sup>27)</sup>는 회사의 영업을 하나의 권리의 객체로 인정하여 그 위에 하나의 질권 또는 저당권 등과 같은 담보권을 설정하는 형태의 물적 담보제도이다. 이러한 부동담보제도 하에서는 재고품을 영업수행 중 임의로 회전시킬 수 있고, 그에 따라 다른 형태로 고정화되더라도 담보의 효력이 그 재산에 미치며, 또 새로운 물건이 취득되더라도 개별적인 담보권의 설정이 필요없이 담보의 효력이 미치게 된다.<sup>28)</sup>

전통적인 확정담보제도(fixed charge)에서는 담보권설정자가 담보목적물을 임의로 처분할 수 없고, 재산을 새로 취득하면 그때마다 담보권을 다시 설정하여야 하므로 거래의 현실을 수용하기에는 충분하지 않다. 그러나, 부동담보에서는 담보권자가 담보권설정자의 현재 및 장

27) 영미법상 charge는 넓은 의미로 담보권으로 번역할 수 있는데, 동산·부동산의 담보권을 지칭하는 말로 mortgage나 lien을 포함하는 의미이다. 좁은 의미로는 특정한 명칭을 갖지는 않지만, 담보권설정자가 그 재산을 양도하지 않고 그 자신 또는 제3자의 채무를 위하여 담보를 설정하는 equitable charge 등의 여러 종류의 담보권을 총칭하는 용어로 사용된다. 또한, floating charge는 담보물을 특정하지 않고 기업의 변동하는 영업자산을 담보의 목적으로 하는 포괄적 계속적 담보를 말한다. floating charge는 담보의 실행단계 또는 정산·파산 등에 의해 채무자가 거래의 자유를 상실한 단계에서 담보목적물이 구체적으로 특정되어 fixed charge로 된다(田中英夫, 英米法辭典, 東京大學出版會, 2000, 137頁·353頁). 또한, charge와 mortgage도 영미법에서 혼용하여 사용되는 경우가 많지만, mortgage는 환취권(redemption)이 부착된 소유권의 양도를 포함하는 반면, charge는 단순히 대출을 위한 담보권으로 재산권을 담보권자에게 부여할 뿐 양도행위는 포함되지 않는다는 점에서 구별된다(Paul L. Davis, *Gower's principles of Modern Company Law* 6th ed., Sweet & Maxwell, 1997, p.359).

28) L.C.B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, Penguin Books, 1992, p.96.

래재산(present and future property)에 대하여 담보를 취득할 수 있으며, 설정자와 계약을 맺어 특별한 사유가 발생하기 전까지는 설정자가 그 담보권으로부터 독립하여 담보자산을 자유롭게 사용, 수익, 처분할 수 있다. 즉, 부동담보제도는 담보권자의 담보물 보존요구와 설정자가 통상적인 영업수행과정(in the ordinary course of business)에서 담보물인 유동자산의 자유로운 처분을 조화시킨 제도라고 할 수 있다.<sup>29)</sup>

영국에서의 부동담보제도는 1870년 Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Company사건<sup>30)</sup>에서 처음으로 그 유효성을 인정받았다. Illingworth v. Houldworth사건<sup>31)</sup>에서 법원은 ‘확정담보권은 추가적 조치없이 특정되고 구체적인 또는 그러한 가능성이 있는 재산권에 고착되는 것이고, 부동담보권은 그 본질이 변동적인 것’이라고 설명하고 있다. 영국 법원은 Yorkshire Woolcomers Association, Ltd.사건에서 부동담보권의 정의에 관해 첫째, 현재 및 장래의 일정 범위의 재산에 대한 담보일 것, 둘째 통상의 영업과정에 있어서 변동할 것, 셋째 회사는 통상의 방법으로 영업을 수행함에 있어서 목적물을 처분할 수 있는 명시적, 묵시적 권한을 가질 것 등의 세 가지의 요소를 제시하였다.<sup>32)</sup> 이 중 셋째 요소인 목적물에 대한 통상의 영업과정에서의 자유처분권이 부동담보권의 본질적 요소로서, 이러한 자유처분권은 부동담보권을 발생시킨 직접적인 이유로 자유처분권은 목적물을 매각하거나 그로 인한 목적물을 매입하는 권한, 금전을 수령하거나 그를 사용할 권한 및 기타 확정담보권을 설정할 권한 등을 포함한다.

이러한 자유처분권의 법적 근거는 담보권 설정계약시 담보권자가 자유처분권을 승낙한 것이라는 점에 두고 있으며, 초기의 판례들은 이러한 승낙이론을 대체로 긍정하였으나,<sup>33)</sup> 자유처분권은 법에 의해

29) 김용길, “코먼로상 부동담보에 관한 고찰”, 『중앙법학』 제6집 제3호, 중앙대학교 법학연구소,

30) (1870) 5 Ch. App.318.

31) [1904] A C 355.

32) [1903] 2 Ch. 284, at 295.

33) Pennington, Company Law 8th ed., Butterworths, 2001, p.539.

서 제도로써 인정된다고 보는 판례도 있다.<sup>34)</sup>

## (2) 특 성

### 1) 담보물의 포괄성

부동담보는 회사의 재산을 총괄하여 하나의 포괄적인 담보의 목적으로 하는 것이므로, 포괄담보의 목적물은 재산적 가치가 있는 이익이나 권리라면 그것이 동산이나 부동산, 유체재산이나 무체재산이거나 관계없으며, 영업상의 비결, 고객관계, 영업권 등과 같은 사실관계도 총재산에 포함된다.

담보권이 확정담보인지, 부동담보인지 명확하지 않은 경우에는 담보목적인 재산의 범위가 포괄적이면 부동담보로 해석하는 것이 일반적인 경향이다.<sup>35)</sup>

### 2) 담보물의 부동성

부동담보는 현재 존재하는 회사의 목적재산에 설정되는 현재의 담보이지만, 그 명칭과 같이 부동하는 구름처럼 기업의 총재산 위에 浮游하는 담보이다.<sup>36)</sup> 따라서, 부동담보는 객체인 담보목적물에 대한 영속성이 없이 계속 변화하며, 현존하는 회사의 재산도 담보물로 확정되지 않는 특징을 가진다.<sup>37)</sup> 이러한 부동담보의 부동성은 회사의 통상의 영업수행과정 중인 총재산을 담보목적물로 설정한 것에서 발생하는 필연적인 성질이라고 할 수 있다. 따라서, 통상적인 영업수행과정에서 담보물인 재산으로부터 이탈된 재산이 있더라도 그에 대하여

34) *Evans v. Rival Granite Quarries Ltd* [1910] 2 K. B. 979.

35) Michael Bridge, *Personal Property Law*, 3rd ed., Oxford Univ., 2002, p.149.

36) *Illingworth v. Houldsworth* [1904] A. C. 355, H. L., per Earl of Halsbury L. C. 357.

37) *Evans v. Rival Granite Quarries, Ltd.* [1910] 2 K. B. 979, C. A., per Fletcher Moulton L. J. 994.

추급력이 없고, 새로운 취득재산이 있더라도 그 개별재산에 대한 담보권설정의 다른 의사표시가 없어도 담보물에 포함된다. 이러한 점에서 부동산담보의 목적물은 일정한 요건을 충족하여 전환될 때까지는 부동산의 상태를 계속 유지하는 부동산성을 갖게 된다.

### 3) 부동산담보권의 공시성

부동산담보권이 회사 재산에 포괄적으로 설정된 경우에는 회사등기부에 등기함으로써 공시된다. 부동산담보가 등기에 의하여 공시되면 그 담보의 효력과 우선권을 부여함으로써 담보권자를 보호하는 작용을 한다. 또한, 등기는 최소한 담보가 유효하게 성립하였다는 것을 추정하므로, 이는 담보권자가 직접 또는 담보의 방법에 의하든 그 담보를 양도하는 것을 용이하게 한다.<sup>38)</sup> 이 등기는 부동산담보권의 효력발생요건이므로 당사자간 및 제3자에 대해서도 등기없는 부동산담보권의 득실변경이나 미등기의 부동산담보권은 인정되지 않는다.

## 2. 부동산담보권의 성립과 확정

### (1) 부동산담보권의 성립

부동산담보권이 성립되기 위해서는 첫째, 현존하는 피담보채무가 존재해야 하고, 둘째 담보의 목적물이 인식될 수 있어야 하며, 셋째 담보권설정자가 목적물에 대한 소유권을 가지고 있어야 하며, 넷째 유효한 담보권설정계약이 존재하여야 한다.<sup>39)</sup>

부동산담보권을 설정할 수 있는 주체는 제한이 없으나 실제로는 회사 특히, 유한책임회사(limited liability company)가 대부분이다. 부동산담보설정계약은 일정한 요식이 필요하지 않은 낙성계약이다. 피담보채권의

38) Gower, Principles of Modern Company Law, penguin Books, 1992, p. 426.

39) Ali, The Law of Secured Finance, Oxford, 2002, p. 52.

종류에 대한 제한은 없으며 회사가 그 자산에 확정담보나 부동담보를 설정하는 것은 社債의 작성에 의하여 행해지는 것이 일반적이다.

부동담보가 성립하기 위해서는 당사자간의 합의가 있어야 한다. 이러한 합의는 형식에 관계없이 담보재산의 자유로운 사용·수익·처분 등의 관리권이 설정자에게 있으면 그 담보는 부동담보로 취급된다. 또한, 설정자의 금전재산이나 다른 재산의 매득금(proceeds)으로서 취득하는 수익재산에 대하여 담보권이 설정되어 있는 경우에도 설정자에게 그 금전재산과 代價財産을 혼용할 수 있는 권한이 허용되어 있으면 그 담보는 부동담보로 취급된다.<sup>40)</sup>

## (2) 부동담보권의 확정

부동담보의 확정은 부동담보가 부동성을 상실하여 고정담보(fixed charge)로 전환되는 것을 말한다. 확정이 되는 경우 설정자의 자유처분권이 더 이상 존재하지 않게 되고, 담보물의 범위가 확정되고 채무자인 회사의 재산관리권은 종료한다. 또한, 담보권자의 부동담보권은 확정담보권으로 고정되고 확정담보물에는 확정 당시에 회사가 보유하고 있는 것은 물론 후속적으로 담보이익을 취득하는 것도 포함된다.

회사의 장래재산에 관하여도 그 취득이 있을 때까지는 담보권은 미확정인 상태로 있다가 그 재산의 취득시에 담보권은 부동담보권설정계약의 체결일로 소급하여 확정된다.

확정담보로서의 순위는 부동담보의 설정일이 아니라, 확정이 된 날로부터 매겨진다. 일반적으로 담보권자는 재산관리인의 선임, 점유취득, 담보재산의 매각 또는 환가처분(foreclosure)신청 등의 권리를 갖는다.

40) Re Bond Worth Ltd [1979] 3 All E. R. 919.

### 3. 부동산담보권의 효력

부동산담보권의 효력이 미치는 범위는 목적물 및 그 과실이다. 또한, 매득금에 대해서도 당연히 미친다. 부동산담보권설정자는 통상의 영업과정에서 목적물에 대한 자유처분권을 가지며 점유권을 유지하는 것이 원칙이다. 또한, 설정자는 이행기까지의 채무의 이행이 이루어지면 보통법상의 부동산담보권을 환수받을 수 있고, 이행기 이후 또는 환수권의 행사기간을 별도로 약정한 경우에는 그 기간 이후에도 담보권자가 목적물을 매각하기 이전에는 언제라도 채무를 이행하고 형평법상의 환수권을 행사할 수 있다.<sup>41)</sup>

담보권자는 설정자 및 부동산담보권자에 대하여 우선적 효력이 있다. 설정자는 자유처분권을 갖지만 채무불이행시에는 담보권자가 설정자에 우선하여 변제받을 권리가 있다. 그리고, 매수인은 확정 이전에는 부동산담보권의 효력이 미치지 않은 채 목적물을 취득할 수 있다. 부동산담보권이 확정되면 그때부터 자유처분권은 인정되지 않고 확정담보권의 효력이 발생한다.

부동산담보권은 종업원의 임금, 국세 등 우선적 채권에 비해 후순위가 된다. 또한, 동일한 목적물에 대하여 확정담보권자와 부동산담보권자가 우선순위를 변경하는 약정을 체결한 경우에 설정자의 동의가 없더라도 그 효력이 인정되고 있다.

## 제 3 절 일 본

### 1. 개 관

기업담보제도는 기업의 일체로서의 담보가치를 변동시의 상태로 파악하는 것을 말한다. 이 제도의 출현 필연성은 실제로 재단저당제도

---

41) Re Bank of Credit and Commerce International SA (No 8) [1998] A. C. 214.

가 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.

일본의 기업담보는 사채를 발생하는 주식회사의 총재산을 담보에 제공하는 것이며 물상보증은 인정되지 않는다. 기업담보의 피담보채권이 될 수 있는 것은 그 회사가 발행하는 사채권에 한한다.<sup>42)</sup> 또한, 기업담보권의 득실변경은 회사의 본점소재지에서 회사등기부에 등기하지 않으면 효력이 발생하지 않는다.<sup>43)</sup> 물권변동에 있어서 대항요건주의를 원칙으로 취하고 있는 일본에서는 일반적으로 물권의 득실변경은 등기가 그 대항요건으로 되어 있으나(일본민법 제117조), 기업담보권의 경우에는 예외적으로 등기가 효력발생요건으로 되어 있다는 점에서 차이가 있다.

일본의 법제 중 기업을 담보로 하는 제도로는 재단저당제도가 있는데, 재단저당제도는 일본에서 이미 반세기 이상 운용되어 오는 과정에서 그 동안 많은 변화를 겪어 온 일본의 기업조직을 담보목적으로 한다는 점에서 근대적 기업담보제도로서 다음과 같은 많은 문제가 제기되고 있다.

첫째, 재단담보제도는 담보의 객체인 기업의 전체를 파악함에 있어서 불충분한 점이 있다. 기업이라고 하는 담보객체의 파악에 관해서는 각종 재단의 성격에 따라 반드시 동일한 것은 아니지만, 공장재단

42) 鈴木彌引·竹内昭夫, 『金融取引法大系(5)』, 有斐閣, 1984, 200頁.

43) 泰光昭, “企業擔保と金融取引”, 『擔保法大系(4)』, 金融財政事情研究會, 1985, 71頁.

등과 같이 재단조성의 요소에 대하여 선택주의를 취하거나 철도재단과 같이 당연소속주의를 취한다는 것과 관계없이, 현행 재단저당제도가 기업의 전체를 담보객체로 한다는 점에는 부합하지 않는 것으로 보여진다. 왜냐하면, 선택주의에 의한 재단에 있어서는 기업의 구성요소로서 필수적인 유동자산은 담보의 객체로 할 수 없고, 또 기업담보의 관점에서 본다면 진보적 형태인 당연소속주의의 재단에 있어서도 그 사업에 관련된 사실관계는 물론, 보조금청구권, 그 밖의 채권, 영업의 면허권 등은 담보의 객체에 포함되지 않는다.

일반적으로 기업은 부동산, 동산 등의 물적 시설 뿐 아니라 지상권, 임차권 등의 권리, 채권·채무 및 고용관계 등의 법률관계 및 금융상의 신용, 기술 등 사실상의 이익을 포괄하는 유기적 종합체이다. 재단저당제도도 기업을 담보로 하는 제도이므로, 담보의 객체도 가능한 기업의 실체를 파악할 수 있는 것이어야 한다. 그러나, 대륙법계에 속한 일본의 법제를 전제로 하는 한, 담보객체에 관한 권리의 확정을 우선으로 하므로 기업조직 전체를 담보의 객체로 하는 것, 즉 담보의 객체로서 기업을 구성하는 각각의 재산의 유동성을 인정할 수 없으므로 결국 재단저당제도에 있어서는 담보물은 법정될 수 없다. 이리하여, 재단저당제도가 기업의 중요한 재산을 담보로 할 수 있어도 기업 그 자체를 일체적으로 담보로 할 수 없으므로, 그 담보를 실행하는 단계에서는 필연적으로 기업조직을 파괴하게 되고 기업이 갖는 초과가치는 말살될 수 있다.

둘째, 재단조성에 관해 업종에 있어서 제약이 있다. 각종 재단저당제도의 발전을 역사적으로 보면, 명치 38년 공장저당법, 광업저당법 및 철도저당법이 제정되어 각각 공장, 광업, 철도의 각 재단저당제도가 창설된 이래, 산업계의 발전에 호응하여 명치 40년에는 ‘궤도의 저당에 관한 법률’의 제정에 의해 궤도재단제도가 창설되었고, 大正 2년에는 운하법의 제정에 의해 운하시설의 재단제도가 창설되었고, 大正

14년에는 어업재단저당법, 소화 6년에는 자동차교통사업법의 제정에 의해 자동차운송사업 및 자동차사업에 관해서 재단저당제도의 길이 열렸다. 또한 소화 26년 항만운송사업법의 제정에 의해 항만운송사업 재단저당제도가 창설되었고, 소화 27년에는 폐지되었던 자동차교통사업법을 대신하여 도로운송사업 및 통운사업을 위한 재단저당제도를 인정하는 도로교통사업저당법이 제정되었다. 이와 같이, 현행법상 인정되는 재단저당의 종류는 공장·광업·어업·항만운송사업·도로교통사업·철도·궤도 및 운하 등 8종류가 있고, 소화 23년에 폐지된 구자동차교통사업법의 경우, 동법의 폐지 당시 이미 설정되어 있는 저당권의 효력에는 영향을 미치지 않고 당해 재단이 존속하는 한 새로운 저당권의 설정도 가능하다는 점에서 이 법에 의한 자동차교통사업재단을 포함하면 현재 저당권의 설정을 목적으로 하는 재단은 총 9종류이다.

이러한 각종 재단저당제도는 각 분야에서 채권담보의 역할을 수행하였음은 물론이지만, 현대의 복잡한 산업구조를 전제로 하는 한, 전술한 9종류의 재단저당제도의 범위에 포함될 수 없는 다수의 기업이 존재하게 된다. 물론, 앞으로 이러한 종류의 기업에 대해 새로운 재단저당제도를 법제화하는 방법도 고려할 수 있으나, 현존하는 재단저당제도의 업종제한은 기업담보의 적용범위에서 볼 때, 비판의 대상으로 된다.<sup>44)</sup>

셋째, 재단의 조성 및 관리를 위해서 복잡한 절차와 고액의 비용이 소요된다는 점을 들 수 있다. 원래, 재단저당제도는 엄격한 대륙법적 제약 하에서 창설되어 발달된 제도이므로, 담보의 대상이 기업이라고 하더라도, 실제로는 기업을 구성하는 각각의 물건을 담보의 객체로 하는 제도이다. 따라서, 재단을 조성하는 물권 중, 예를 들어 부동산과 같이 그 소유권에 관해 등기를 필요로 하는 경우에는 우선 그 등기를 경로하고 동산 및 그 밖의 권리와 함께 재단목록을 작성하여 재

44) 水島廣雄,『特殊擔保法要義』, 132頁.

단소유권의 등기등록을 한 후에 저당권을 설정하여야 한다. 따라서 재단조성물건의 변경에 대해서는 그때마다 재단목록변경등기를 필요로 한다. 따라서, 재단조성 및 그 후의 관리를 위해서는 복잡한 절차를 요하게 되고, 고액의 비용이 투입될 수밖에 없다는 점에서 특히, 기업규모가 큰 대기업의 경우에는 많은 비효율성이 발생하게 된다.

## 2. 기업담보법의 제정 경위

종래 기업을 담보하는 유일한 제도인 재당저당제도는 기업담보로서의 본질 및 근대적 경영형태의 기업담보제도의 측면에서 많은 비판을 받아왔다.

또한, 실제 거래계의 요청에 기한 일본 경제단체연합회가 소화 24년 10월 ‘재단조성절차의 간소화에 관한 의견’을 관계 관청에 제시하였고, 일본 법무성 민사국의 소관인 공장재단저당 등의 절차의 간소화에 관한 조사가 시작되었지만, 기존의 법제도와와의 관계, 기업을 담보한다는 발상에 대한 전환을 하지 않는 한, 근본적인 개정은 곤란하였고, 당분간 재단담보제도 이용자의 편의를 위하여 저당권이 설정되지 않은 재단의 존속기간의 연장 및 재단의 분할·합병제도를 신설하는 ‘공장저당법의 일부를 개정하는 법률’을 시행하였다(소화 27년 7월).

반면, 소화 25년 8월에는 일본제철주식회사의 특정채권자에 대하여 general mortgage<sup>45)</sup>를 인정하는 ‘일본제철주식회사법’이 폐지되어 일본제철주식회사도 ‘과도한 경제력집중배제법’ 및 ‘기업재건정비법’에 기하여 해산되었고 새롭게 설립된 회사(八幡, 富士製鐵會社)에 관해서는 설립 직후에 사채 등에 의해 장기고액의 산업자금을 흡수하는 것의

---

45) general mortgage는 특별법에 의해 특정 채권자에게 회사의 총재산에 대해서 우선 변제를 받을 수 있는 권리를 부여한 제도를 말한다(水島廣雄, 『特殊擔保法要義』, 133頁).

곤란을 구제할 목적으로 일본제철주식회사법 폐지법 부칙에 의해 동법 폐지 후 2년 한도에서는 추후 설립된 회사가 발생하는 사채 및 일본개발은행의 대출금에 대하여 general mortgage의 효력을 인정하는 경과규정을 두었다.

그러나, 최종적으로는 신설된 회사에 대한 general mortgage의 효력도 소멸한다는 점에서, 영국의 부동담보제도를 모델로 하는 새로운 기업담보제도의 창설을 요구하는 의견이 주장되었다.

이에 대하여, 일본 법무성 민사국은 참사관실을 중심으로 하여 영국의 부동담보 및 프랑스의 영업질 등의 외국 담보제도에 대한 연구를 통하여 (가칭)일반담보법안을 공개하였지만, 종래의 법감정으로는 이해하기 곤란한 점이 있으므로 이러한 새로운 기업담보제도에 대한 인식은 일반적으로 낮은 편이라고 할 수 있었다.

따라서, 일본 법무성 민사국도 다시 수차례 법안을 재검토하고, 다시 각계의 의견을 구한 후 소화 29년 7월에는 본문 51개조로 된 기업담보법시안을 공포하였다.

그러나, 전술한 시안에 관해서도 재계 및 금융기관들간의 의견을 조정하는 동안, 八幡・富士製鐵會社の general mortgage에 관해서는 기업담보제정에 이르기까지의 경과조치로서 소화 27년 4월, 29년 4월에 각각 2년간 그 효력이 연장되었고, 다시 소화 31년 8월 제24회 국회에서도 기업담보법안의 입안심의와의 관련에 있어서 당분간 두 회사의 general mortgage의 효력을 연장해야 하는 법률개정안을 의회에 제출하였지만, 무한정한 기간의 연장은 인정되지 않고 2년으로 한정하는 조건으로 하여 개정법안을 가결하였고, 소화33년 4월 30일에 공포되었다.

### 3. 기업담보법의 주요 내용

#### (1) 기업담보권의 목적재산

##### 1) 목적재산의 범위

일본 기업담보법은 주식회사의 총재산을 일체로 하여 담보의 목적으로 한다는 취지를 규정하고 있다(제1조 제1항). 기업을 담보의 목적으로 하는 것은 기업의 법적 성격에 의해 당연히 인정되는 것은 아니므로, 기업담보에 관한 별개의 법률관계에 의한 제약이 가해질 뿐만 아니라, 집행절차 등에서의 각종 제한을 고려할 필요가 있다.

동법에서 기업담보의 대상으로 하고 있는 것은 법률적으로 의의가 있는 회사의 총재산이다. 그러나, 총재산이라는 것은 일반적인 선취특권의 대상으로 되는 총재산과 동일하고, 현행법에 의해 강제집행의 대상으로 될 수 있는 것만을 포함하므로, 소극재산은 물론, 상호 등은 담보의 목적범위에 포함되지 않는 것으로 이해된다. 따라서, 종래 이론적으로 설명하는 기업담보와는 상당한 거리가 있음을 부정할 수 없다.

##### 2) 목적재산의 부동성

기업담보가 주식회사의 총재산을 일체로 하여 담보의 대상으로 하는 한, 기업을 구성하는 개별 물건의 부동성을 인정하지 않을 수 없다. 즉, 이러한 부동성은 기업담보제도에서 담보객체인 재산을 일괄적으로 파악하여야 한다는 기업담보제도의 특성을 나타낸다.

동법 제2조 제1항에서는 기업담보권자는 ‘현재 회사에 귀속되는 총재산에 관하여 다른 채권자에 우선하여 채권의 변제를 받을 수 있다’라고 규정하지만, 현재 회사에 속한 총재산에 담보의 효력이 미친다는 것은 한편으로 기업의 경영 중에 있어서 그 구성재산으로부터 이탈된 것에 대해 추급력이 없다는 것을 의미하고, 반면, 기업의 운영과

정에서 취득한 기업을 구성하는 재산은 특별한 의사표시가 없어도 담보의 범위에 포함된다는 것을 의미한다.

그러나, 이러한 경우에도 기업의 일괄담보는 담보객체인 재산의 부동산성을 인정하는 것이라고 하여도, 이러한 제도를 종래의 물권법정주의와 어떻게 조화를 이룰 것인가는 여전히 문제로 남는다. 기업은 개개의 조성물건과는 다른 유기적인 조직체이므로, 이러한 유기적 조직체가 한 개의 物로 구성된다는 것으로 전제하는 경우에는 특정한 유기체를 담보대상으로 파악하는 것도 이론상 가능할 것이다.

기업담보에 있어서 장래의 획득재산이 필연적으로 담보객체에 포함되므로, 기업의 운영상 기업구성재산에서 제외되는 것은 담보객체에서 제외된다는 이론도 성립된다. 기업담보에서 객체의 부동산성을 이와 같이 인식하는 것이 기업담보의 효력, 공시방법, 실행방법을 고려함에 있어서 기본조건으로 된다.

## (2) 기업담보권의 설정 및 등기

### 1) 기업담보권의 설정

기업담보권을 설정할 수 있는 것은 주식회사에 한정되고, 그 피담보채권은 사채(社債)에 한정된다(제1조). 설정계약은 공정증서에 의해 체결되어야 하는 요식행위이다(제3조). 따라서, 기업담보의 설정 또는 변경을 목적으로 하는 계약은 공정증서에 의해서만 가능하다.

이는 기업담보권의 목적으로 되는 회사의 총재산의 범위에 대해서는 그 성립 및 내용을 명확하게 하고 담보설정 후, 특히 기업담보권 실행의 경우 분쟁을 미리 방지하고, 실행절차를 가급적 조속히 종결시키기 위한 조치라고 보여진다. 그러나, 기업담보가 원칙으로서 사채의 담보로 되는 한, 담보부사채의 발행은 일정한 방식이 요구되므로, 기업담보를 사채의 담보로 이용하는 경우에 그 계약을 공정증서에 의하도록 하는 것은 실효성이 적다.

## 2) 기업담보권의 등기

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, 목적편성주의를 채용한 일본의 부동산등기법과과는 차이가 있다.

즉, 종래 등기가 제3자 대항요건인 것에 대한 예외를 인정하여, 기업담보권의 등기에 관해서는 그 권리의 효력발생시기를 명확하게 하기 위해, 등기를 효력발생요건으로 하고 있다. 또한, 등기절차를 간소화하기 위해 그 등기는 회사의 본점소재지의 주식회사등기부에 기재하도록 하고 있다. 그러나, 등기절차의 상세한 내용은 政令에 위임하고 있지만(제4조 제2항), 기업담보권의 기본적 특성에서 볼 때, 목적재산의 표시는 당연히 추상적·개괄적으로 하고 있다.

## 3) 기업담보권의 등기에 관한 문제점

기업담보권을 물권으로 하여 그 효력발생 및 배타적 효력을 유지하기 위해 공시방법을 필요로 하고 있지만, 그 효력이 미치는 범위는 기업의 개별적인 구성물이 기업체를 구성하는 일부에만 적용되는 것은 기업담보의 특성에서 볼 때 분명하다.

즉, 기업을 구성하는 개개의 구성물은 기업의 범위에 의한 제한을 받음으로써 조성분자 각각에 관하여 본래의 법적 구속을 이탈 또는 말살시키는 것은 아니므로, 기업담보권의 등기는 각각의 구성물건 각각에 관하여 배타적 효력을 미치는 것은 아니다. 이 문제는 필연적으

로 기업담보권의 효력과 결부되지만, 그 담보권의 효력을 강화하기 위하여 각각의 조성물건에 대해서 담보의 설정에 관해 별도의 공시조치를 강구하여야 한다는 문제는 기업담보의 범위 밖의 사항이라고 할 수 있다.

### (3) 기업담보권의 효력

#### 1) 일반적 효력

기업담보권은 현재에 회사에 속한 전재산에 관해 다른 채권자에 우선하여 채권의 변제를 받을 수 있는 약정담보권이다(제2조 제1항). 물권이 라는 성격에 의해 동일한 회사의 총재산을 대상으로 하는 수개의 기업담보권 상호간의 순위는 그 등기의 전후에 의한다는 점은 당연하다.

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. 그러나, 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).

기업담보권의 객체가 일체적인 회사의 총재산으로 하는 한, 각각의 조성물을 구체적으로 구속하는 것은 아니므로, 각각의 재산을 목적으로 하는 권리는 기업담보권의 설정등기의 전후에도 불구하고, 항상 기업담보권자에 대항할 수 있다(제6조).

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 기업담보권자에게 대항할 수 있다는 것이다. 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.

또, 기업담보권의 실행 등 기업담보권의 우선적 효력이 인정되는 경우에도 선취특권·질권·저당권에 대해서는 항상 후순위이다(제7조). 이는 일반적인 선취특권의 경우 기업담보권에 우선한다는 취지를 규정한 것으로, 회사재산에 대한 강제집행 또는 담보권실행으로서의 경매의 경우에도 기업담보권자 우선변제권은 인정되지 않는다(제2조 제2항).

동일한 회사의 전재산에 수개의 기업담보권이 설정된 경우의 기업담보권 상호간의 순위는 그 등기의 전후에 의한다(제5조).

## 2) 회사합병과 기업담보권의 효력

기업담보권은 그 실행에 이르기까지 그 설정회사의 총재산에서 이탈된 재산에는 미치지 않지만, 기업담보권 설정회사가 다른 회사와 합병하여 법인격이 소멸된 경우, 기업담보권자는 그 피담보채권에 관해 어떠한 우선권도 갖지 않는다는 것은 담보제도의 본질에 반하므로, 이러한 경우에는 담보의 효력을 갖는 것으로 한다(제8조 제1항). 또한, 합병하는 회사의 쌍방의 총재산이 기업담보권의 목적으로 된

때에는 합병 후의 기업담보권의 순위에 관하여 기업담보권 상호의 협정이 성립되지 않는 한, 합병을 할 수 없다(제8조 제2항). 만약, 이러한 협정을 하지 않고 기업담보권설정회사가 합병한 경우, 기업담보권자는 일본 상법 제415조의 규정에 의한 합병무효의 소를 제기할 수 있다(제8조 제3항).

#### (4) 기업담보권의 피담보채권

기업담보권은 회사의 총재산에 포함되는 광범위한 담보객체를 대상으로 한다. 그 권리의 실행에 이르기까지 기업을 구성하는 각각의 물건에 대해서는 추급력이 인정되지 않으므로, 결국 담보의 효력은 약해질 수밖에 없다. 그 결과, 기업담보권이 약정담보권이라고 하는 것과 같이 현재로서는 어떠한 형태로든 제한이 필요하다. 이 점을 감안하여 동법에서는 기업담보권의 피담보채권을 원칙으로 하여 사채에 한정한다(제1조 제1항).

따라서, 피담보채권의 제한은 이러한 취지에서 나오는 것이고, 또한 사채의 담보는 다른 채권에 우선하는 일반적 관행으로 생각한다면, 그 이용은 사채 중 특히 고도의 신용이 있는 회사가 발행하는 사채의 담보로 한정되어야 한다는 것이 근거로 제기될 수 있다.

#### (5) 민법규정의 준용

기업담보권은 다분히 저당권과 유사한 성격을 가지므로 민법 중 담보물권에 관한 규정을 준용하고 있다(제9조). 즉, 유치권에 관한 불가분성에 관한 규정(일본 민법 제296조), 저당권의 순위에 관한 규정(일본 민법 제373조 제2항), 저당권의 피담보채권의 범위에 관한 규정(일본 민법 제374조), 저당권의 처분에 관한 일본 민법 제375조 중 순위의 양도 및 포기에 관한 부분, 저당권의 처분에 관한 대항요건(일본

민법 제376조) 및 저당권의 소멸시효에 관한 규정(일본 민법 제396조) 등이 준용된다.

#### (6) 기업담보권의 실행

동법은 담보의 목적을 회사의 총재산으로 하고 있고, 그 내용으로서는 부동산, 동산, 채권, 무체재산권 등의 각종의 권리를 포함한다. 따라서, 담보권의 실행을 위해서는 종래의 경매법 규정을 적용할 수 없으므로, 제10조 내지 제59조에서 권리의 실행에 관한 규정을 두고 있다.

기업담보권을 실행함에는 기업담보권자가 설정회사의 본점 소재지를 관할하는 지방재판소에 전속관할권이 있다(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 공시수단으로서는 개시결정의 공고(제22조)·관재인에 의한 실행절차의 개시등기(제23조 제1항)·각각의 재산에 관해서의 실행절차개시의 등기·등록(제24조)·채권에 관한 압류의 통지(제26조)가 행하여지지만, 제3자에 대한 압류의 효력의 대항력에 관해서는 다음과 같다.

실행개시의 결정이 있는 경우에는 재판소가 그 개시결정을 관보 및 신문에 공고하고 관재인은 회사등기부에 기업담보권의 실행개시의 등기를 하여야 한다. 이 공고 및 등기를 하지 않는 경우 압류에 관한 선의의 제3자에 대항할 수 없다.

즉, 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(제27

조). 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 등기 또는 등록이 가능한 재산에 대해서, 기업담보권의 실행개시의 등기 또는 등록을 하여야 한다. 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, 임의매각 방법은 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).

실행절차개시의 결정이 있는 때에는 이미 이루어지고 있는 회사재산에 대한 강제집행, 가압류, 가처분, 경매법에 의한 경매, 국세징수법에 의한 채납처분은 실행절차에 대해서는 효력을 상실한다.

관재인이 회사의 총재산을 환가하는 경우, 입찰에 의해 일괄매각 또는 기업담보권 및 재판소의 인가를 얻어 적절한 방법으로 회사의 총재산을 일괄 또는 개별적으로 매각한다. 그러나, 상품 및 유가증권에 관해서는 관재인이 적절하게 매각할 수 있다. 관재인은 매각에 의한 권리이전의 등기, 그 밖의 매수인이 권리를 취득하기 위하여 필요한 모든 절차를 하지 않으면 안된다.

관재인은 회사의 총재산의 매각대금 및 보관하는 금전을 재판소에 인도하여야 하고, 재판소는 실행비용을 공제한 후 기업담보권자 및 이에 우선하는 채권자에게 배당하고 잉여가 있으면 일반채권자에게 배당하여야 한다.

영국에서 **undertaking**을 담보목적으로 하는 부동담보의 실행절차에 있어서는 통상 회사의 기업운영권을 가지는 매니저 등 관리인이 임명된다. 기업은 각종의 권리 외에도 사실관계를 포함하므로, 그 조직체를 담보의 목적으로 하는 한, 이러한 관리인을 선임함에 의해서만 이러한 담보의 실행이 가능하다. 따라서, 동법 제1조는 총재산을 기업담보권의 목적으로 하고, 그 실행절차에 관해서도 기존의 일본 법제에 의한 제한을 회피할 수 없으므로, 결국 기업담보의 실행대상은 현행 법에 의한 강제집행의 대상이 될 수 있는 것으로 한정된다.

파산절차가 개시된 경우에는 기업담보실행 후에도 파산절차를 이행하는 것으로 해석된다. 물론, 기업담보권에는 별제권을 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.

#### 4. 기업담보법과 일본 민법의 관계

##### (1) 기업담보권의 객체

기업담보법 제1조에서는 주식회사의 총재산을 일체로 담보의 목적으로 할 수 있음을 규정하고 있다. 동법에서 기업담보라고 하는 용어를 사용하는 것은 담보의 목적으로 할 수 있는 것은 법적 의의가 있는 회사의 총재산이기 때문이다. 그러나, 회사의 총재산은 일본 민법 제306조에 있어서 일반적인 선취특권의 대상으로 되는 총재산과 동일

하고, 현행법에 있어서 강제집행의 대상으로 될 수 있는 것만을 포함한다. 따라서, 소극재산이나 상호 등은 담보목적에 포함되지 않는다. 이러한 점에서, 애초에 이론적으로 상정하고 있었던 기업담보와는 상당한 거리가 있게 된다.

### 1) 약정담보물권

기업담보권의 설정 또는 변경을 목적으로 하는 계약은 공정증서에 의하여 이루어진다. 공정증서에 의하지 않은 기업담보권 설정계약은 계약으로서 유효하게 성립되지 못한다(기업담보법 제3조). 설정당사자는 주식회사와 기업담보권자이고, 피담보채권은 그 회사의 사채권으로 한정된다(기업담보법 제1조). 기업담보권은 그 권리자가 현재에 회사에 속하는 총재산에 관하여 다른 채권자에 우선하여 자기채권의 변제를 받을 수 있는 약정담보물권이다.

이에 반해, 일본 민법상의 일반선취특권은 법정담보물권이다. 선취특권은 법률이 규정한 특수한 채권을 가진 자가 채무자의 재산으로부터 우선변제를 받는 담보물권이다(일본민법 제303조). 따라서, 일반 선취특권은 채무자의 전재산으로부터 우선변제를 받을 수 있다. 결국, 채무자의 소유에 속하는 동산·부동산은 물론이고, 채권 그 밖의 재산권 전체로부터 우선 변제를 받을 수 있는 권리이므로, 그 특권으로서의 정도는 매우 강하다. 예를 들어, 일본민법은 일반 선취특권에 관하여 목적물과의 관계가 아닌, 채권의 성질 그 자체가 특히 보호되어야 하는 공익비용의 선취특권(일본민법 제306조 제1호, 제307조), 피용자 급여에 대한 선취특권(일본민법 제306조 제2호, 제308조), 장식비용의 선취특권(일본민법 제306조 제3호, 제309조), 일용품공급의 선취특권(일본민법 제306조 제4호, 제310조)의 네 종류로 한정하여 선취특권을 인정하고, 그 채권액에 관해서도 일정한 제한을 가하고 있다.

## 2) 집합물담보

기업담보권은 기업을 구성하는 회사의 총재산을 포괄적으로 1개의 담보권을 설정하는 배타적인 권리이므로, 기업담보법은 물권법정주의에 따르고 있지만(기업담보법 제1조 제2항), 기업을 구성하는 집합물의 총체를 일괄하여 담보의 목적으로 하고 있다.

일본민법은 일물일권주의에 의해 개별 물건에 대한 담보를 전제로 하고 있다는 점에서 원칙적으로는 집합물의 관념을 인정하고 있지 않는다. 따라서, 물건의 일부와 물건의 집합은 물건으로 인정하지 않는다. 일본민법에서 채택하고 있는 일물일권주의는 각각의 물건은 각각의 소유권의 목적으로 되므로, 이를 총괄한 집합물이라는 것은 인정되지 않는다. 집합물은 한 개의 공장에서 사용하고 있는 기계·기구·재료 등의 전부, 한 개의 창고 내에서 동일한 종류의 상품 전부 등과 같이 경제적으로 단일한 사용을 하는 물건의 집합이다. 집합물은 이를 구성하는 각각의 물건에 물권이 성립하여 집합체 그 자체를 하나의 물건으로 하여 이에 물권을 성립시킬 수 없다는 것이 일반적 견해이다.

## 3) 부동성

기업담보가 주식회사의 총재산을 일체로 하여 담보의 대상으로 하는 한, 기업을 구성하는 각각의 물건의 부동성을 인정하지 않을 수 없다. 이는 기업담보제도에 있어서 담보객체의 일괄적인 파악과 함께 이 담보제도의 특성을 나타내는 것이다. 기업담보법 제2조 제1항은 ‘기업담보권자는 현재 회사에 속한 총재산에 관하여 다른 채권자에 우선하여 채권의 변제를 받을 수 있다’라고 규정하고 있지만, 현재 회사에 속하는 총재산에 담보의 효력이 미친다는 것은 한편으로는, 기업의 경영 중에 그 구성재산으로부터 이탈된 것에 대한 추급력이 없

음을 의미하고, 반면 기업의 운영과정에서 취득한 기업을 구성하는 재산은 특별한 의사표시 없이 담보의 객체의 범위로 된다는 것을 의미한다. 따라서, 이 경우 문제로 되는 것은 기업의 일괄담보를 인정하는 것 그 자체가 담보객체의 부동성을 인정하는 것이라고 하여도, 이러한 제도가 기존의 물권의 특정성과 조화될 수 있는가라는 점이다.

우리나라와 일본 등 대륙법계의 민사법제에서는 물건의 개념을 유체물로 한정하고 있고, 담보객체에 관하여 권리의 확정을 우선으로 하고 있으므로, 기업을 구성하는 각각의 재산의 유동성을 인정할 수 없다.

## (2) 설정계약의 방식

기업담보권 설정계약은 공정증서에 의한 요식행위이다. 일본민법은 물권변동에 있어서 대항요건주의를 원칙으로 하므로, 특별한 방식을 필요로 하지 않고 당사자간의 의사표시에 의해서 담보권설정을 할 수 있다.

이에 반해, 기업담보권은 기업담보법 제1조 제2항에 의해 물권으로 인정되고 있지만, 동법 제3조에 의해 그 설정에 요식성을 채택한 결과, 공정증서에 의하지 않은 기업담보권설정계약은 성립되지 않는다. 물론, 그 계약이 공정증서에 의해 체결되더라도, 즉시 효력을 발생하는 것이 아니라, 기업담보법 제4조 제1항에서 정하고 있는 등기를 하여야 그 효력이 발생한다는 점에서 우리 민법과 같이 성립요건주의를 채택하였다. 기업담보권의 설정 또는 변경을 목적으로 하는 계약을 공정증서에 의하도록 하는 이유는 기업담보권의 목적으로 되는 회사의 총재산의 범위는 매우 복잡하고 또한 피담보채권이 통상 거액인 사채라는 점, 그 권리의 실행에는 집행권원을 필요로 하지 않는다는 점에서, 미리 실체적 권리를 명확하게 하여 기업담보권의 설정 후 권리의 실행시 발생할 수 있는 분쟁을 미연에 방지하고 실행절차를 적정하게 하기 위한 것이다. 그러나, 기업담보가 원칙으로서 사채의 담보

로 되는 한, 담보부사채의 발생에 관하여 일정한 요식이 요구되므로,<sup>46)</sup> 기업담보를 사채의 담보로 이용함에 관해서 그 계약은 공정증서에 의하지 않으면 안된다는 실질적인 의미는 부족한 것으로 평가된다.<sup>47)</sup>

### (3) 피담보채권

일본민법에서는 피담보채권의 종류를 한정하지 않지만, 기업담보권에서는 피담보채권이 회사의 사채로 한정된다. 기업담보권의 피담보채권은 원칙적으로 그 회사가 발행한 사채로 한정된다(기업담보법 제1조 제1항). 기업담보권은 실행개시결정에 의해 회사의 총재산이 압류될 때까지는 구체적인 권리가 확정되지 않는다. 따라서, 각각의 재산에 대한 추급력이 인정되지 않으므로, 결국 그 담보권의 효력은 약해질 수밖에 없다. 이러한 점에서 기업담보권이 약정담보물권이라고는 할 수 없고, 이를 이용하는 것에 관해서는 어떠한 제한을 필요로 한다는 점에서 이러한 제한이 가해진다. 즉, 다른 약정담보권에 관해서는 제3자의 채무를 위하여 담보제공을 하는 물상보증이 인정되지만, 기업담보권은 그 회사가 발행하는 사채를 담보로 하므로, 물상보증은 인정되지 않는다. 또한, 기업담보법 제9조는 기업담보권에 의해 담보되는 피담보채권의 범위에 관해서 저당권에 관한 일본민법 제374조를 준용하고 있고, 이에 의해 기업담보권에 의해 담보되는 피담보채권의 범위는 특별히 등기를 하지 않더라도 원본·이자 또는 지연배상에 관해 2년분<sup>48)</sup>에만 미친다.

46) 일본 담보부사채신탁법 제18조, 제19조 및 제19조의2 내지 제19조의5.

47) 水島廣雄, 特殊擔保法要義, 209頁.

48) 이에 관한 우리 민법 제360조에서는 지연배상은 이행기를 경과한 1년분에 한해서만 피담보채권의 범위에 포함시키고 있다.

#### (4) 담보권의 우선순위

기업담보권과 일반 선취특권과의 우선순위에 관해서는 일반 선취특권의 성립 또는 대항요건을 갖춘 시기에 관계없이 일반 선취특권이 우선한다(기업담보법 제7조).

회사의 개별적인 재산에 존재하는 권리와 당해 재산에 효력이 미치는 기업담보권과의 대항관계에 관해서는 각각의 재산상의 권리가 일반적인 대항요건을 기업담보권의 설정등기 후에 갖춘 경우에도 항상 기업담보권자에게 대항할 수 있다(기업담보법 제6조).

기업담보권과 특별 선취특권, 질권 및 저당권의 우선순위에 관해서는 기업담보권에 추급력을 인정하지 않으므로, 이러한 특정담보가 항상 기업담보권에 우선한다(기업담보법 제7조 제2항). 기업담보권과 유치권과의 우선순위에 관해서는 기업담보권의 실행절차의 개시와 동시에 이루어진 압류의 대항요건을 갖춘 시기 이전에 발생한 유치권은 항상 기업담보권에 대항할 수 있다(기업담보법 제6조, 제27조 제2항).

#### (5) 공시방법

민법에 의한 개별적인 담보권은 물건 소재지의 등기부에 등기하는데 반해, 기업담보권은 기업을 담보로 하므로 본점 소재지의 상업등기부에 등기한다는 점에서 차이가 있다.

즉, 기업담보권의 득실변경은 일반승계에 의해 권리를 취득한 경우 및 혼동 또는 피담보채권의 소멸에 의해 그 권리를 상실하는 경우를 제외하고, 기업담보설정회사의 본점 소재지의 주식회사등기부에 그 등기를 하여야 효력이 발생한다. 또한, 일본민법의 경우에는 일반적으로 등기가 물권변동의 대항요건이라는 점도 차이가 있다.

## 5. 일본의 포괄담보법제 정비에 관한 최근 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 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 재단

저당제도가 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 1,000여건에 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.

## 제 4 절 미 국

### 1. 의 의

미국에서의 대표적인 기업담보제도로는 Floating Lien<sup>49)</sup>을 들 수 있다. 미국에서는 1925년의 베네딕트 판결<sup>50)</sup> 이후 부동담보가 무효로 취급되었다. 당시, 연방대법원은 담보권 설정시에 담보물을 확정하지 않고 일정 범위의 재산에 대하여 담보권을 설정하였음에도 설정자가 이

49) floating lien은 피담보채권, 담보물 또는 그 쌍방의 구체적 내용이 담보권설정계약에서 정해진 범위에서 변동하는 담보로서, 계속적 거래관계에 있는 당사자간의 장래발생하는 채권까지 담보할 수 있고, 채무자가 장래취득하는 재산(after aquired property), 재고자산(inventory), 외상채권(account)등도 담보물에 포함되고, 변동하는 재고자산, 외상채권을 담보물로 하는 담보이다.

50) Benedict v. Ratner, 28 U. S. 353, 45 S. Ct. 566(1925).

를 자유로이 처분한다는 것은 사기(fraudulent)이므로 무효라고 하였다.

그 이후 통일상법전의 제정을 계기로 부동담보의 근거규정으로 제9편 담보부 거래(Secured Transaction)에 제9-204조<sup>51)</sup>와 제9-205조<sup>52)</sup>를 두어 채고자산 및 유동성이 큰 자산에 대하여도 담보권을 설정할 수 있도록 하였다. 이에 따라, 미국에서는 UCC에 의하여 채무자가 담보계약 체결 당시 소유하는 동산 뿐 아니라, 이후에 취득한 동산에 대하여도 담보권을 설정할 수 있으며, 현재의 채권은 물론 장래 발생할 대출채권(future advances)도 담보할 수 있게 되었다. 담보권 설정이 가능한 것이면 채무자의 모든 자산을 담보로 제공할 수 있고, 담보물을 자유롭게 사용·처분할 수 있으나, 그 밖의 경우에는 이를 처분할 때 담보권자의 동의를 받게 하는 경우가 많다. 따라서, 통상의 영업과정

51) U.C.C. §9-204 (설정 후에 취득되는 매물; 선물물품의 선금) (a) [사후 취득된 담보물] (b)항에 별도로 규정된 경우를 제외하고, 담보계약은 설정 후에 취득되는 담보물에 대하여 담보권을 설정하거나 또는 규정할 수 있다.

(b) [사후취득재산조항이 유효로 되지 않은 경우] 사후에 취득된 담보물의 담보를 정한 조항에 의하여 다음의 경우에는 담보권이 발생하지 않는다.

(1) 부수적 담보로서 주어진 부합물 이외의 소비자 물품; 다만, 담보권자가 가격을 정한 후 10일 이내에 채무자가 그것에 대하여 권리를 취득한 물품을 제외한다.

(2) 상업불법행위청구권

(c) [선물물품의 선금 및 이의 다른 가액] 담보계약서는 선금 또는 계약이 약속에 따라 주어졌는가의 여부와 관계없이 담보물이 선물의 선금 또는 다른 가격을 담보하는 것 또는 계좌, 동산증서, 지급금수령권 또는 계약어음이 그것과 관련하여 매각된 것을 규정할 수 있다.

52) U.C.C. §9-205 (담보물의 사용 또는 처분의 허용) (a) [담보권이 무효로 되지 않거나 사기로 되지 않은 경우] 담보권은 다음을 이유로 채무자에 대하여 무효 또는 사기라고 주장할 수 없다.

(1) 채무자가 다음을 할 수 있는 권리 또는 능력을 가지는 것;

(A) 반환된 물품 또는 회수할 물품을 포함하여 담보물의 전부 또는 일부를 사용, 혼합 또는 처분;

(B) 담보물을 추심, 화해, 강제 또는 그 외의 방법으로 처분;

(C) 담보물을 반환 또는 점유의 회복;

(D) 수익금을 사용, 혼합 또는 처분.

(2) 담보권자가 채무자에게 수익금 청산을 하는 것 또는 담보물 교환을 하는 것을 요구하지 않은 것

(b) [점유요건의 미완화] 본조는 담보권의 부착, 완전화 또는 강제가 담보권자에 의한 담보물의 점유에 의존하는 경우에 점유의 요건을 완화하지 않는다.

에서 담보물을 취득한 자가 담보계약의 존재를 알았고 또 그 물건의 취득이 담보계약에 반하는 것을 알았던 경우에는 담보권자로부터 추급당할 수 있다.<sup>53)</sup>

## 2. 부동산담보권의 내용

미국법에서는 담보권자와 설정자 관계뿐 아니라, 제3자에 대해서도 효력을 나타내기 위해서는 원칙적으로 담보권이 성립되고, 대항력을 갖추는 두 단계를 거쳐야 한다. 담보권은 담보계약을 체결함으로써 성립하며, 담보권자와 담보권설정자인 채무자 사이에 다음의 세가지 요건을 갖추어야 된다.

첫째, 담보권자가 담보물을 담보계약에 의하여 직접 점유하거나 또는 담보물을 기재한 담보계약서(security agreement)에 담보권설정자가 이에 서명하거나 전자적인 방법으로 승인함으로써 담보권을 설정된다. 둘째, 채무자는 그 담보물에 대하여 처분권을 가지고 있어야 하며,<sup>54)</sup> 셋째 담보권설정자가 담보권자에게 법적으로 가치있는 대가를 부여하여야 한다. 매수인과 담보권자간의 우열관계에 있어서 대항요건을 갖추지 못한 담보권은 우선채권자(lien creditor) 및 일정한 매수인에게 대항할 수 없다.<sup>55)</sup> 담보권설정계약에서 목적물의 표시는 상당히 합리적으로 특정할 수 있으면 된다.<sup>56)</sup> 담보권은 담보물에 대한 점유와 지배를 확립함으로써 담보계약이 이루어졌다고 보고 자동적으로 성립한다. 또한 보통법에 따라 설정 후 취득재산과 장래의 대출금에 대하여도 담보권의 성립을 인정하고 있다.

담보권을 설정계약시에 설정자가 현재 소유하고 있는 재고물품(inventory) 및 외상대출금에 미치기도 하고, 이후에 매도되어 새로운 외

53) 박훤일, “미국의 부동산담보제도”, 『비교사법』제10권 4호, 한국비교사법학회, 179면.

54) U.C.C. §9-203(b)(2)

55) U.C.C. §9-317

56) U.C.C. §9-108(a)

상매출금과 재고물품으로 대체될 수 있는데, 이러한 유형의 담보권을 부동담보권이라고 한다.

통일상법전에서는 기본적으로 설정자가 현재 소유하고 장래에 취득할 수 있는 모든 동산, 원자재일 경우에는 그 제품 및 처분수입(proceeds)도 부동담보의 담보물이 될 수 있다. 따라서, 당사자는 계약서에 설정 후 취득재산조항(after-acquired property clause)<sup>57)</sup> 또는 장래취득재산조항(future acquired property clause)을 포함시킨다. 설정 후 취득재산조항을 활용하는 일반적인 방법은 목적물의 내용이 계속적으로 변하고 있지만, 전체적으로는 동일성 및 가치를 유지하고 있는 담보목적물상에 담보권을 부동적으로 성립시키는 것이다. 설정 후 취득재산조항은 재고물품, 외상매대대금채권에 가장 많이 사용되지만 장비물품, 농업생산물, 일반무체재산 등에도 사용된다. 또한, 설정 후 취득재산조항은 당사자가 장지금융관계를 갖도록 해준다. 미국 통일상법전이 거래대부계약상의 부동담보권의 유효성을 광범위하게 인정할 지라도 소비금융에서는 이를 극히 제한하고 있다. 한편, 설정 후 취득재산조항은 현재에도 널리 사용되고 있지만, 전산화가 고도화됨에 따라 그 사용이 급감하고 있다. 그 이유는 외상대금이 생길 때마다 담보권을 성립시키도록 컴퓨터에 프로그램화할 수 있기 때문이다.

### 3. 부동담보권의 공시

통일상법전에서 규정하고 있는 담보권은 일반적으로 공적 등록제도를 채택하고 있다. 즉, 이해관계인들에게 적절한 정보를 제공할 수 있도록 금융거래명세서(financing statement)의 등록방식을 채택하고 있는데, 금융거래명세서에 기재하는 사항은 일정한 형식을 갖추어야 한다. 이러한 형식으로는 설정자의 성명 및 상호, 담보권자 또는 그 대리인

57) 설정 후 취득재산은 담보권이 성립한 이후에 담보권설정자가 취득하는 재산을 말한다.

의 성명 및 상호, 담보물 및 권리증서, 부동산 정착물 기타 특수한 담보물에 대한 상세한 설명, 담보권자 및 설정자의 주소, 사업자등록번호(ID number) 등을 온라인<sup>58)</sup> 또는 오프라인으로 기재하여야 한다. 금융거래명세서에 담보물을 기재할 때에는 대상물건의 동일성을 확인할 수 있으면 가능하므로 그 범위가 포괄적인 것도 허용된다.<sup>59)</sup>

## 제 5 절 캐나다

### 1. 의 의

캐나다에서는 동산담보법(Personal Property Security Act; 이하 “PPSA”라 함)의 제정<sup>60)</sup>을 계기로, 종래 채택해 왔던 영국형 부동담보를 미국 통일상법전 제9편의 부동담보의 형태로 변경되었다.

또한, 캐나다에서는 영국형 부동담보와는 별개로 그 성질이 부동담보와 매우 유사하면서 재고상품을 목적으로 하는 통상의 영업과정에서 처분의 승낙을 수반하는 확정담보인 은행법상의 담보권(Bank Act Security, Bank Acts 제427조)이 존재한다.

### 2. PPSA에 의한 담보권

캐나다에서 종래 활용되었던 영국의 부동담보에서는 집합물의 내용을 확정하는 절차가 존재하였으나, 이러한 확정의 개념은 PPSA의 부동담보에서는 존재하지 않는다. 즉, 통일상법전 제9편의 부동담보나

58) 2001년 통일상법전 제9-502조에서는 온라인등록에 대비하여 채무자의 서명을 요하지 않고 전자서명의 인증을 받도록 하였다. 이는 금융거래명세서의 전자적 제출과 컴퓨터 조사를 용이하기 위한 것이다.

59) U.C.C. §9-504

60) 동산담보법은 1974년 Ontario주가 처음으로 채택하였으며 각 주의 사정에 따라 동법을 채택한 시기가 다르다고 한다(Gerald L. Gall, *The Canadian Legal System*, Carswell Calgary, 1990, p. 400).

PPSA의 부동담보는 담보권설정자가 담보물을 취득한 때로부터 바로 담보권의 효력이 미치게 된다.<sup>61)</sup> 즉, 담보권자에게 영국 회사법에서 말하는 보통법상의 확정담보로서의 권리를 부여하고 있다.

온타리오주 PPSA 제9조 제1항은 ‘본법 기타의 법이 특별히 rwbjd하는 경우를 제외하고 담보설정계약은 당사자간에 합의된 조항에 효력을 가지고 제3자에 대해 효력을 발생한다’라고 규정하고 있다. 그리고 PPSA는 영국 회사법과는 달리 부동담보와 확정담보를 구별하지 않고 있으나, 과거의 캐나다법에서 부동담보와 확정담보를 구별하였던 영향으로 인하여 PPSA하에서 영국형 부동담보 형식의 담보설정계약서가 사용되었을 경우에는 보통법상의 확정담보로서의 효력을 발생시킨다. 즉, 원재료, 재고상품 등의 재고자산을 목적으로 하는 경우에 확정 개념의 유무는 부동담보와 확정담보에 있어서 기능적인 차이는 없으며, 부동담보의 형태가 영국형에서 통일상법전 제9편을 기반으로 하는 미국형으로 변경되어도 담보권설정자에게 목적물 처분의 자유는 인정하고 있다.

한편, PPSA의 부동담보는 형평법상의 담보와 보통법상의 담보를 구별하지 않고 실질적으로 담보권설정자에게 담보물의 처분을 인정하는 확정담보인 성질을 가지고 있다. PPSA는 확정에 의해서 확정담보로 전환되는 영국형 부동담보로부터 담보권 설정계약시부터 담보목적물에 효력을 미치는 확정담보의 성질을 갖는 미국형의 부동담보로 방향을 선회한 것으로 볼 수 있다.

---

61) PPSA 제11조 제2항에서는 ‘부동담보의 성질을 가진 담보권을 포함해 담보권은 다음의 시점에서 성립된다. (a) 담보권자 또는 담보권자를 위한 채무자 또는 담보권자의 대리인이 담보목적물의 점유를 취득하는가 또는 채무자가 채무목적재산의 특징이 가능하다면 결심하는데 충분한 기술을 포함한 담보설정계약에 서명하고 동시에 (b) 대가를 줄 수 있거나 또한 (c) 채무자가 담보목적재산에 권리를 가질 것, 다만 당사자가 성립시기를 연기하는 것을 합의한 경우에는 담보권이 그 합의된 시기에 성립된다.’라고 규정하고 있다. 이 내용은 U.C.C. §9-203조와 거의 유사하다.

### 3. 은행법에 의한 담보권

캐나다에서는 PPSA 이전의 영국형 부동담보와는 별개로 그 성질이 부동담보와 유사하면서 재고상품을 목적으로 하는 통상의 영업과정에서의 처분을 인정하는 확정담보인 은행법상의 담보권(Bank Act Security)가 있다.

은행법상의 담보권은 칙허은행(Chartered Bank)에서만 인정되는 캐나다 연방법 고유의 담보권이다. 이 제도는 설정자에게 단순한 방식(simple form)<sup>62)</sup>으로 담보설정을 가능하게 하여 생산, 제조 등 생산물의 마케팅을 용이하게 하는 것을 목적으로 한다.

담보권설정자는 차입금담보로 은행법 제427조에 열거된 조항에 해당될 경우, 현재 및 장래의 일체의 물품의 소유권을 은행에 담보를 위하여 양도하게 되고, 담보권자인 은행은 소유자로 되므로 담보권설정자가 담보물을 처분하기 위하여는 그때마다 은행의 동의를 필요로 한다. 그러나, 이 동의는 담보권설정계약서에 미리 포괄적으로 부여하면 되고 또, 묵시적으로 설정된 것도 인정된다.

담보권설정자는 부동담보의 경우와 마찬가지로 통상의 영업과정에서 목적물을 처분하는 것이 가능하다. 해당 처분이 통상의 영업범위 외에서 행해진 경우에 양수인은 비록 선의인 경우에도 담보권자에 대한 동산횡령(conversion)의 불법행위책임을 진다.

그러나, 통상의 영업범위 내라면 담보권의 추급효는 인정되지 않는다. 다만, 설정자가 담보물을 매각해서 얻은 매득금에 대해서는 은행법상의 담보권은 PPSA의 부동담보와 마찬가지로 당초의 담보물과 가치의 동일성을 증명할 수 있는 한 당연히 추급효가 인정된다. 또한, 은행법 제427조 담보권도 PPSA의 부동담보와 같이 설정자의 설정 후

62) 선서진술서를 첨부한 서면으로 캐나다 은행법이 규정한 일종의 서식을 말한다.

취득재산을 담보의 목적으로 행할 수 있는 것이 명문의 규정으로 인정되고 있다.<sup>63)</sup>

## 제 6 절 프랑스

### 1. 의 의

프랑스의 영업질은 상인간의 거래관행에 의하여 자연적으로 발생되어 판례와 학설에 의하여 지지되다가 성문화되었다. 프랑스의 통설은 영업재산을 영업에 제공된 단일 특정의 무체동산의 성질을 갖는 것이라고 본다. 이에 의하면, 더 나아가 채권질의 규정을 준용하여 채무자가 그 영업의 소유권을 증명하는 증서를 채권자에게 교부하고 또 영업소가 존재하는 가옥의 소유자에게 통지함으로써 영업을 입질할 수 있다. 그러나, 이에 대하여는 점유질의 원칙에 반하는 동시에 거래의 안전을 해칠 우려가 있다는 이유로 반대하는 견해도 있다.<sup>64)</sup>

### 2. 영업질의 설정 및 효력

영업질을 설정하고자 하는 자는 영업재산의 소유자로서 영업능력을 갖는 자에 한하여 개인 또는 법인이 모두 포함된다. 영업질권자가 될 수 있는 자도 제한이 없다. 영업질의 목적이 되는 영업재산의 조성물건은 상호, 임차권, 거래처, 영업용 시설, 영업용 기기, 특허권, 면허증, 상표권, 의장권 기타의 영업에 부속하는 공업소유권, 문예상의 소유권에 한한다. 상품, 채권, 채무, 부동산은 영업질의 목적이 될 수 없다. 상품을 제외하는 것은 이를 포함하여도 경험에 의하면 담보력의 강화에는 도움이 되지 못하며 상품의 거래처와의 거래를 저해하고 오히려 영업질의 설정자를 한층 더 곤경에 빠뜨리기 때문이다.

63) Bank Act §427(2)(b)(c), 1991.

64) 堀内仁, “企業の擔保化”, 『法學セミナー』26號, 1958. 5, 26頁 참조.

영업소용 토지와 건물이 영업자의 소유에 속하는 경우에도 영업질의 목적이 되지 않는 것은 프랑스에서 부동산은 영업재산의 구성분자로 보지 않는 것이 통설이기 때문이다. 또한, 부동산에 대하여는 별도의 공시제도가 마련되어 있으며 그 공시방법에 의하지 않는 한 부동산에 대하여 물적 부담을 줄 수 없기 때문이다.<sup>65)</sup>

영업질을 설정하기 위해서는 질권설정증서의 작성, 상사법원에 증서 제출 및 상사법원에 비치되어 있는 장부에 등기와 같은 절차를 요한다. 질이라는 명칭을 가지나 담보의 목적이 되는 재산의 점유를 이전하지 않고 등기로서 그것에 대체하므로 실질적으로는 저당권에 유사하다. 공시방법으로서 다시 공고를 하는 것이 제3자 보호를 위하여 바람직하나 질권설정자의 신용을 해할 것을 고려하여 채용되지 않았다. 채무불이행의 경우에는 질권자가 단순히 질권증서를 갖는데 불과한 경우에도 영업재산의 포괄적 매각을 상사법원에 청구할 수 있다. 영업재산이 포괄적으로 제3자에게 이전된 경우에도 동일하다.

공정증서를 갖는 질권자는 질권의 목적인 영업재산이 채무자의 소유에 속하지 않는 때에도 보통법의 절차에 따라 개개의 영업재산 구성요소를 압류할 수 있다. 단, 영업재산의 해체에 의한 가치의 감소를 방지하기 위하여 채무자, 압류채권자 이외의 다른 채권자에게 개별매각을 일괄매각으로 전환할 수 있는 청구권이 인정된다.

## 제 7 절 소 결

영미법상의 부동담보(floating charge)는 영국의 관례에 의해 발달된 담보제도로서, 미국과 캐나다 등 영미법계에서 주로 활용되고 있는 담보제도라고 할 수 있다. 그러나, 대륙법계 국가인 일본에서는 영국의 부동담보이론을 근간으로 한 ‘기업담보법’을 제정하여 시행하고 있

65) 堀内仁, “企業の擔保化”, 26頁 참조.

다는 점에서, 영미법상의 물권이론이 대륙법계에서도 법제화될 수 있다는 것을 입법을 통하여 입증하고 있다.

반면, 프랑스에서는 부동담보제도가 아닌 대륙법계의 고유한 담보권인 질권의 일종인 영업질제도를 운영하고 있다는 점에서 차별적인 제도로 이해된다. 그러나, 프랑스의 영업질제도는 채고품, 채권, 부동산이 담보목적물에서 제외된다는 점에서 부동담보보다는 담보목적물이 제한적이라는 점에서 부동담보에 비해 담보의 효율성이 낮은 것으로 평가된다. 그러나, 우리나라의 담보제도가 매우 제한적이라는 점에서 포괄적인 채권질권을 의미하는 프랑스의 영업질제도도 비교입법론의 대상으로는 연구의 가치가 있을 것으로 생각된다.

영국의 부동담보제도에서는 담보권자가 담보권설정자의 현재 및 장래재산에 대하여 담보를 취득할 수 있으며, 설정자와 계약을 맺어 특별한 사유가 발생하기 전까지는 설정자가 그 담보권으로부터 독립하여 그 담보자산을 자유롭게 사용, 수익, 처분할 수 있도록 하고 있다. 즉, 담보권자의 담보물 보존요구와 설정자가 통상적인 영업수행과정에서 담보물인 유동자산의 자유로운 처분을 조화시킨 것이 영국의 부동담보제도라고 할 수 있다.

미국의 경우 2001년 개정된 통일상법전에서의 부동담보는 채고상품, 장비물품, 외상매매금채권 등과 같이 내용이 수시로 변동하는 집합물을 일괄하여 담보하는 제도로써, 우리나라의 유동집합동산양도담보와 채권양도담보를 포함하고 있는 제도로 볼 수 있다.

캐나다의 PPSA의 부동담보는 보통법상의 확정담보적인 성질을 가지고 있으며, 은행법상의 담보권도 이와 유사하다. PPSA의 부동담보나 은행법상의 담보권에서는 담보권이 확정담보이면서 동시에 일종의 집합재산을 목적으로 하고 그 구성부분의 내용의 증감·변동에 관계없이 담보물로서의 동일성을 유지하고 있는 것으로 파악된다. 즉, 담보물이 각각의 채고상품이나 원재료 등 채고자산은 변동되어도 그 집

합물인 재고자산 자체는 동일성을 유지하는 것으로, 이는 통일상법전 제9편 및 영국의 부동담보와 같은 맥락으로 이해될 수 있다. 이러한 추세는 동산담보에 관한 민법규정이 거의 사문화되어 있고, 양도담보의 경우에는 전적으로 판례에 의해서 운영되고 있는 우리나라 현실에 비추어 볼 때, 하나의 입법모델로 참고할 필요가 있을 것이다.

또한, 재고자산이나 외상채권 등 계속적으로 증감·변동하는 자산 가치가 높은 유동자산에 대해 적극적으로 담보가치를 파악할 필요성이 높다는 점에서 부동담보제도의 도입은 적극적으로 검토될 필요가 있다.

## 제 4 장 부동산담보의 이론

## 제 1 절 개 관

자본주의경제체제에서는 각종 기업의 유지발전이 중요한 이슈가 된다. 이를 위해서는 우선 영리를 추구하여 기업의 혈액에 해당되는 자금의 유통에 관한 법적 연구가 이루어져야 한다는 점은 당연하다. 종래, 채권담보로서의 민법의 물권편의 각 분야에 관한 연구는 활발하게 이루어졌지만, 담보의 객체에 관하여는 엄격한 원칙이 적용되어 내용을 단절하지 않고 변동하는 집합물에 대한 담보설정은 이론적으로는 부정되었다.

그러나, 근대 경제거래의 발전은 필연적으로 신용의 확대를 수반하였고, 그 결과 소박한 1물1권주의를 붕괴시킴으로써 집합물담보제도에 대한 이론적 근거를 모색하게 되었다. 이에 따라, 거래계의 요구에 따라 동산저당이나 집합물저당제도에 대한 관심이 고조되었고, 유체 재산중심의 확정적 집합물, 즉 재단담보로부터 유체무체의 재산에 관계없이 사실관계를 포함한 목적물이 끊임없이 변동하는 집합체 즉, 기업 그 자체의 담보화에 이르게 되었다.<sup>66)</sup>

원래 기업의 담보라는 문제도 기업 그 자체에 관하여 권리가 인정된다면 이와 저당권 등의 담보권과의 조화의 문제로 볼 수 있지만, 실제로는 이러한 조화는 곤란할 것으로 보여진다.<sup>67)</sup>

또한, 현행법에서도 각각의 권리·의무를 포섭하는 재산 일반은 단일한 권리의 목적으로서의 특별재산(Sondervermögen)을 구성하는 것은

66) 재단담보로부터 기업담보로 발전에 관해서는 我妻榮, “集合動産に關するエルトマンの提案”, 法學協會雜誌 第48卷 第4号, 3頁 이하 ; 我妻榮, “近代法における債權の優越的地位”, 180~220頁 참조.

67) 기업소유권 또는 기업권의 관념을 인정하더라도 그 성격의 명확화, 성립요건 및 대항요건, 실행방법 등에 관하여 특별법의 존재를 당연히 필요로 한다.

아니므로, 객관적 의의의 영업, 즉 영업재산도 단일한 권리의 목적으로 되지 않는다. 따라서, 기업은 경제적으로 가치있는 통일체이므로, 이에 대하여 1개의 권리의 객체임을 인정하는 학설은 예전부터 주장되어 왔으나, 아직까지는 일반적으로 승인된 것은 아니라고 볼 수 있다. 즉, 물권적으로 ‘기업에 관한 권리’는 인정되지 않는다는 점에서 물권은 다만 영업재산의 각 구성부분에 관해서 인정되는데 그친다.<sup>68)</sup>

기업은 동산·부동산의 집합체인 기업시설 이외에 원재료·상품 등을 기초로 한 특허·상호·상표 등의 무체재산권을 포함하는 것은 물론이고, 고객과의 계속적 채권관계·원재료공급자 또는 도매상과의 신용관계, 근로자와의 고용관계, 부동산 임대차관계 등의 법률관계를 기초로 하여 그 기업에 특유한 기술 또는 노하우 등의 모든 요소로부터 성립되므로, 이러한 모든 요소는 일정한 목적을 위해 통일된 유기적 조직체라고 할 수 있다.

자본주의경제의 발달은 물건과 사람과의 연계를 점차 박약하게 하고, 기업의 물적 시설도 경영주체의 인적 요소를 말소하고, 사람의 노동력은 양적계산이 가능하므로, 법률은 기업주를 대상으로 하지 않고 기업 그 자체를 대상으로 하고 있다. 이를 기업의 비인격화 또는 기업의 物化라고 하는 바이다.<sup>69)</sup>

그러나, 장래의 확정담보인 재단저당제도가 시운에 부합되는 것으로서, 기업의 담보를 상정하는 것은 전적으로 용이한 것은 아니다. 기업의 담보를 인정하는 것은 1물1권주의의 철칙을 붕괴하는 것으로 되어, 종래의 기성법률관념을 반성 또는 탈각하지 않으면 안 될 것이다. 사실, 대륙법 체계의 1물1권주의를 채용하는 법제에서 기업 그 자체의 다양한 요소로부터 성립되는 집합물의 담보를 인정하는 것은 매우 획기적일 수 있다.

68) 田中耕太郎, 法律學辭典, 336~337頁.

69) 이에 관해서는 水島廣雄, “各國における企業擔保制度の概觀”, 法律時報 第26卷 第20号, 35頁 참조.

그러나, 다행스럽게도 영국에서는 오랜 경험과 실무에서 이러한 관념론을 초월하여 기업담보제도로써 가장 순화된 부동산담보가 존재한다는 점에서 우리나라의 입법론에서도 중요한 참고가 될 것이다.

## 제 2 절 부동산담보의 의의

### 1. 개 념

영국에서의 부동산담보는 현재 각국의 기업담보제도 중 가장 발전적이고 합리적인 제도라고 할 수 있다. 부동산담보는 현행 재단저당제도와는 달리 담보물을 고정시키지 않고 기업 그 자체를 담보하는 특수한 제도이다.

이에 의하면, 담보설정회사에게 채무불이행, 사업의 정지, 해산 등의 사유가 있으면 그 때에 회사의 총재산이 담보물로서 특정되지만, 이 시기까지는 종래의 재단저당과 달리 담보설정회사는 자유롭게 그 재산을 처분할 수 있고 동시에 새롭게 취득한 재산이 자동적으로 담보의 목적물로 편입된다는 점에서 부동산담보라고 명명할 수 있다.

즉, 부동산담보는 담보물건을 고정시키는 재단저당에 비하여 훨씬 기동적인 반면, 기업이 순조롭게 영위되고 있는 경우에는 담보권의 설정에 의해 기업의 경영에 어떠한 제한도 받지 않는다는 점이 이 제도의 특징이라고 할 수 있다.

영국에서는 起債의 경우에, 社債의 담보로서 특정재산 외 회사의 영업 및 일체의 재산 및 미불입자본금 등을 담보에 제공하는 취지의 조항을 두고 있는 경우가 많은데, 이것이 바로 부동산담보의 설정으로 볼 수 있다.

영국 법원은 기업담보제도로써의 부동산담보의 기원인 1870년 Panama, New Zealand and Australian Royal mail Co., (1870) L.R. 5 Ch. APP.

318.사건에 있어서 영업(undertaking)이라는 것은 회사의 현재 및 장래에 있어서 총재산을 포함한다고 판시하였다.<sup>70)</sup> 이 사건의 판결이유에 관하여, Giffard판사는 ‘본건 사채의 목적과 의의에 관하여, undertaking이라는 문자는 회사가 존속하는 것, 사채권자는 변제기 도래의 원본 및 이자가 지급되지 않을 경우 외에는 간섭할 수 없다는 것을 당연한 의미로 파악한다. 이 사건에서 담보의 의의 및 목적은 담보기간 중에는 사채권자가 중간이익계산을 일체 청구하지 않는 것 및 회사영업이 통상적인 경우는 사채권자는 전부의 중간이익계산을 청구하거나 회사 재산에 간섭하는 권리가 존재하지 않는 것을 의미한다. 그러나, 회사가 해산하여 재산환가의 필요가 있는 경우에 있어서는 사채권자의 권리는 전혀 문제가 되지 않고, 이러한 재산으로 결합된다. 이 사건과 같이 사채권자는 undertaking이라는 문언에 의하여 회사의 현재 및 장래의 재산에 대하여 담보를 갖고, 또한 일반채권자에게 우선하는 지위가 인정된다.

또한, 이 판결에 관하여 영업에 일정한 해석을 부여한 것뿐 아니라, 부동담보의 방법에 의해 현재 및 장래의 회사재산 일체에 대한 포괄적인 담보(a general charge)의 설정가능성에 대한 법적 유효성을 명료하게 인용한 점에 있어서는 가장 중요한 판례라고 평가하는 견해도 있다.<sup>71)</sup>

부동담보의 관념을 요약한 것으로 유명한 *Government Stock and Other Securities Investment Co., v. Manila Railway Co., (1987) A.C. 1.* 사건에 있어서 Macnaghten은 ‘부동담보는 영업을 계속하고 있는 회사의 재산에 관하여 잠시, 존재하는 형평법상의 담보이고, 이 담보는 수시로 변화하는 상태에 있는 재산에 존재한다. 이 담보의 특질은 담보인 기업

---

70) Halsbury, Law of England, 1954, Vol.6. p.472 ; Magnus & Estrin, The Companies Act, 1948, p.94 ; Goitein, Company Law, 1949, p.245 ; Topham, Principles of Company Law, 1949, p.153.

71) Palmer, Company Precedents, 1952, p.48.

이 영업의 계속을 정지한 때 또는 담보권자가 간섭할 수 있을 때까지는 수면상태에 있다. 담보권자의 간섭권은 합의에 의해 정지시킬 수 있는 것은 당연하지만, 만약 정시에 관하여 합의가 되지 않아 이행지체에 빠질 때에는 언제라도 임의로 권리행사가 가능'한 것으로 보고 있다.<sup>72)</sup> 이를 요약하면 부동산담보는 회사의 총재산을 경제적으로 한 개의 종합체(a going concern)로 파악하여, 영리활동을 하면서 동시에 담보의 객체로 하는 제도이다. 이러한 점에서 기업 자체를 담보한다라고 할 수 있다.

## 2. 특징과 성격

기업담보의 기본원리는 첫째, 담보권의 객체를 기업의 총재산까지 확장하고 있다는 것, 둘째 기업운영 중 필요에 따라 담보물의 신진대사를 자유롭게 할 수 있다는 2가지에서 출발하는 것으로 보면,

부동산담보의 특징 중 첫째는 기업의 총재산, 즉 객관적 의의의 기업을 단일하게 파악하고, 이를 담보로 하는 것이다. 기업재산의 일부 개별적인 물적 파악방법을 대신하여 수익체 자체를 대상으로 하여 이윤보다는 상환에 중점을 두고 있다. 따라서, 이윤산출에 관여하는 물건, 권리 등은 이미 담보의 대상으로 된다. 이러한 점이 부동산담보제도의 독특한 특징이라고 할 수 있다. 부동산담보의 두 번째 특징으로는 부동산성을 들 수 있다. 담보의 대상이 수익체로서의 기업이라는 한, 당해 기업은 이윤획득을 위해 경영활동 중 항상 재산의 갱신을 도모하지 않으면 안 된다. 부동산담보는 현존 재산도 정착되지 않은 목적재산에

72) Charlesworth, *The Principles of Company Law*, 1949, p.188 ; Farrar, *Company law*, 1937, p.231. Macnaghten L. J는 *Illingworth v. Houldsworth* (1904) A.C. 355사건에서 특정담보에 대하여 '부동산담보는 불확정하고 변화하는 성질 가지므로 부동산담보권을 행사하여야 하는 재산에 관하여 일정한 사건이 발생할 때까지 또는 일정행위가 이뤄질 때까지 浮游한다. 따라서, 그 사건, 그 행위가 부동산담보의 목적물의 범위를 확정하여 그 위의 부동산담보를 정착시키기 위한 것이라고 한다.

대해서는 영속성을 갖지 않는다고 하는 것도 이를 위한 것이다. 부동담보의 수면(the charge remains dormant)에 의한 이 현존 담보재산의 자유로운 처분권 및 장래획득재산이 당연히 담보의 객체인 것 등의 부동성은 각국의 제도와 비교할 때에도 현저한 특성으로 보여진다.

그러나, 이 특성도 이미 객체의 총괄성으로부터 당연히 인정되는 이론으로서 회사의 현존 및 장래의 총재산을 담보하는 한, 확정담보와 다르고, 이 浮游性(float over)는 필연적인 귀결이다. 그 이유는 追及權을 인정하여 처분성을 부정한다면 기업은 하루 단위로 운영할 수 없고, 기업담보제도가 기초에서부터 붕괴되기 때문이다.<sup>73)</sup> 기업담보를 전제로 하는 한, 객체의 총합성과 부동성은 서로 표리관계에 놓여 있으므로 이는 절대불가결한 것으로 인식되어서는 안된다.

부동담보의 성격으로는 첫째, 부동담보는 목적재산에 대한 직접적·계속적인 담보이다. 다만, 목적물로 아직 정착되지 않고 있기 때문에 회사는 영업 과정에서 자유롭게 그 재산을 처분할 수 있다.

둘째, 부동담보는 형평법상의 담보제도이다. 회사가 순조롭고 사채의 원리금이 지체되지 않고 지급되는 동안에는 부동담보는 수면(dormant)을 계속하여 목적물의 처분에 대하여도 우선권·추급권도 갖지 않기 때문에 인적 성격이 강하다는 점에서 특정담보와 같지만, legal mortgage는 아니다. 그러나, 보통법상의 권리에 설정된 형평법적 담보권(equitable mortgage of legal right)이라는 것과는 다른 점이 있다. 형평법상 담보권의 설정에는 일반적으로 3개의 설정형식이 있는데, 이는 결국 형평법상의 권리(equitable interest)를 목적으로 하는 것과 목적인 권리는 보통법상의 권리이지만, 설정계약이 체결되어도 아직 그 권리를 담보권자에게 이전시키지 않기 위하여 형평법상의 법률관계로

---

73) 이러한 모순을 제거하기 위하여 집합물의 특이한 이론이 필요로 된다. 물건확정주의를 일시적으로 지양하는 한, 부동담보에는 추급권이 존재하지 않는 것으로 되는 것은 당연하다.

파악하는 경우로 대별된다. 부동산담보는 그 성질에 의하면 후자에 속하는 것으로 볼 수 있다.

### 제 3 절 부동산담보의 설정

#### 1. 피담보채권

부동산담보는 원칙적으로 사채의 담보에 한정된다.<sup>74)</sup> 다만, 고액·장기간, 다수의 채권자 등의 사채의 특질을 감안하여, 사채권자의 보호와 사업자의 편리를 고려하여 형평의 관점에서 특히 인정된 담보제도이기 때문이다.

#### 2. 사채의 담보와 신탁법리

영국에서 담보부사채의 발행에 관해서는 통상 신탁법리가 적용된다. 즉, 사채의 담보는 개별적인 채권자에 대하여 설정하지 않고, 위탁자인 사채발행회사는 총사채권자(수익자)를 위하여 신탁회사(수탁자)를 개입시키는 것이다. 즉, 사채권자보호를 위하여 회사재산은 일반적으로 mortgage의 방법에 의해 수탁자에게 이전된다.<sup>75)</sup> 이 효력을 갖는 날인증서를 신탁증서(trust deed)라고 하고, 이러한 신탁증서는 신탁제도의 공정성과 운용상의 효율성을 위한 제도이다.<sup>76)</sup>

---

74) Connell & Purse, Companies and Company Law, 1949, p.180 ; Waldock, the law of Mortgage, 1950, p.152. 따라서, 개인채무의 경우에는 부동산담보를 설정할 수 없다.

75) 이 경우, 부동산담보와 특정담보는 설정방식에 있어서 차이가 있게 된다. 그리고, 사채의 발행형식으로서 debentures와 debenture stock과의 중요한 차이 중의 하나는 수탁회사의 개입의 여부이다. 즉, 후자의 경우 담보는 수탁자명의로 되고, 사채권소지인에 대하여 담보를 설정하는 것은 허용되지 않는다.

76) 수탁자는 신탁위반(breach of trust)의 책임을 면한다는 조항은 무효로 되고 있다 (Connell & Purse, p.180)

### 3. 부동담보설정의 시기와 방식

부동담보는 원칙적으로 사채의 성립과 동시에 설정되지만, 담보설정 후 회사가 직접 지급능력이 있음을 증명하지 않으면, 회사의 해산절차의 개시에 의해 12개월 이내에 설정된 부동담보는 효력을 상실한다. 따라서, 이 경우 사채는 무담보채권으로 된다.<sup>77)</sup>

부동담보와 특정담보(fixed or specific charge)와의 사이에는 그 설정 방식에 약간의 차이가 있다. 특정담보의 경우는 사채발행회사와 신탁회사와의 사이에 신탁계약에 의해 설정되고 그 설정문구는 신탁증서에 기재된 것만으로 한다. 따라서, 社債券에는 단순히 소지인이 향수할 수 있는 신탁상의 효과를 강조하는데 지나지 않는다.

그런데 부동담보에 있어서는 사채의 담보설정문언은 신탁증서 및 社債券 양자 모두에 기재된다. 즉, 사채권소지인은 신탁상의 수익자는 물론이고, 담보설정문구에 의해 직접 담보상의 권리자로도 될 수 있다. 다만, 사채가 debenture stock의 형식으로 발생하는 경우는 부동담보의 설정은 신탁증서에 기재하는 것만으로도 사채권에는 단순히 소지인이 신탁증서에 의해 설정된 담보에 관해 수익권을 갖는 취지를 규정한 것에 지나지 않는다.<sup>78)</sup>

### 4. 부동담보의 객체의 표시형식

부동담보는 기업 계속 중의 총재산을 담보로 하는 제도이므로, 그 객체의 표시에도 이러한 취지가 표현되어야 함은 당연하지만, 그 표

77) 사채의 경우는 신탁의 객체는 담보권만이고, 주된 채권은 사채권자에게 잔존한다.

78) debenture stock의 경우는 회사가 사채권소지인에 대해 원리금의 지급의무를 부담하지 않는다. 사채권에는 단순히 당해 증권소지인이 채무 중 일정액에 관해 권리를 갖는 것을 증명하는 취지를 기재한 것으로 지급문구가 아니므로, 담보관계에 관해서도 이를 설정하는 것은 있을 수 없다.

시형식에는 어떠한 제약도 없다. 반드시 floating charge, shifting security의 문구나 undertaking이라는 표현을 사용할 필요는 없다. 일반적으로는 its undertaking, all its assets whatsoever and wheresoever including its uncalled capital for the time being의 형식이나 charge on the “estate, property and effect” 또는 charge on “all the property, book debts, credits, assets, moneys, and other effects” 등의 문구가 사용되지만, charge on all its property, real or personal whether present or after-acquired, with or without uncalled capital과 같은 표현도 유효하다.<sup>79)</sup>

부동산담보의 공시방법은 회사의 본점 소재지 등기소에서 회사등기부에 기재된다. 등기는 담보설정 후 일정기간 내(보통 21일 이내)에 채무회사의 신청에 의하여 이루어진다. 등기사항으로는 담보권자, 사채총액, 피담보채권의 내용 및 특약사항 이외에 주요한 재산을 등기해야 한다. 또한, 회사의 본지점에서 담보권의 내용을 명기한 계약서 부분 등을 비치하여 열람할 수 있도록 하여야 한다.<sup>80)</sup>

## 제 4 절 부동산담보의 보충성

부동산담보는 회사의 총재산을 담보로 하는 것으로, 이 점에서 본다면 채권자의 보호에 충실할 것 같지만, 실제 그 효력은 극히 약한 편이다.

즉, 회사는 자유롭게 재산을 처분할 수 있는 반면, 담보권자는 선의의 제3자에 대하여 대항력을 갖지 않기 때문이다. 따라서, 영국에서는 우선 중요한 고정자산에 특정담보(specific mortgage)를 설정하고, 그 중 보충적으로 그 밖의 재산에 부동산담보를 설정하는 것이 일반적이다. 즉, 양자는 사채의 담보로서 1개의 결합관계(a combination of the two)를 이루고 있다.<sup>81)</sup>

79) Fisher and Lightwood, p.94.

80) Waldock, The Law of Mortgages, 1950, p.167.

81) Jordan, Company Law and Practice, 1950, p.60.

## 제 5 절 부동산담보의 범위

부동산담보는 반드시 기업의 전재산을 객체로 하는 것은 아니고, 기업 재산의 일부에 대해서도 설정가능하다.<sup>82)</sup> 이 범주의 여하는 결국 구체적인 신탁증서나 사채권상의 문구해석의 문제로 귀속된다. 다만, 이러한 경우에 있어서도 문제의 중심은 객체의 범위에 관해 그것이 현존 재산 이외의 것을 포함하는가 및 법률상의 권리가 아닌 것까지도 포함되는지 여부에 있다. 문제로 되는 것은 장래의 취득재산과 미불입자본금에 관한 것을 들 수 있다.

장래 취득하는 재산을 목적으로 하는 포괄담보의 효력에 관해서는 이를 무효로 한 판례<sup>83)</sup>도 있지만, 1888년 *Talby v. Official Receiver* (1888) 13 App. Cas. 523사건의 판결에 의해 변경되었다. 장래 취득하는 재산은 어떠한 의사표시도 없이 부동산담보의 객체로 된다. 또한, 권리취득 가능성에는 기대권이라고 할 수 있어도 그 목적물이 획득되거나 또는 존재할 때에 있어서 특정 가능하다면, 담보의 대상으로 된다.

장래재산의 정의에 관한 결론은 해석으로서 도달할 수 있는 최고수준을 나타내는 것으로 기업의 담보라는 점에서 본다면 가장 유효하고 적절한 것이다.

현존재산 뿐 아니라 장래재산을 부동산담보의 목적으로 하는 의미의 문구는 어떠한 형식에 의해 표현되는가? 이에 관해서는 많은 판례가 집적되어 있다.<sup>84)</sup> 반면, “On the undertaking and all the real and per-

82) *Yorkshir Woolcomber's Association* (1903) 2 Ch.284.

83) *D'Epineuil(count), Re Tadman v. D'Epineuil*(1882) 20 Ch. D. (217) (758) ; *Belding v. Read* (1865) 3H & C. 955.

84) “On our undertaking and property and receipts and revenue”(in *re marine Mansions Co.*, [1867] 1.R. 4 Eq. 601) ; “On the undertaking and all sums of money arising therefrom, and all estate, right, title and interest of the company therein”(in *re panama New Zealand and Australian Royal Mail Co.*, [1870] L.R. 5. Ch. App. 318) ; “On all the company's estate,

sonal estate of the company”(in re New Clydack Sheet and bar Iron Co., [1868] L.R 6 Eq. 514) 판례에서는 기존재산만을 의미하고, 장래취득재산을 포함하지 않는 것으로 해석하고 있다는 점에서, 문구의 용법에 유의할 필요가 있다.

미불입자본금(uncalled capital)은 회사의 채권이므로 당연히 부동산담보의 객체로 될 수 있다. 그러나 불입청구권은 불입의 최고 여부에 의해 최고 이전의 불입청구권(past calls)과 최고 이후의 불입청구권(future calls)로 구분된다. 전자는 구체적인 특정의 권리이므로 문제가 되지 않지만, 후자는 권리라기보다는 권능이므로, 명시 또는 묵시의 용인조항 또는 정관의 규정이 있는 때에 한하여 담보로 제공될 수 있다.<sup>85)</sup>

전술한 바와 같이, 회사는 그 정관이 허락하는 한 미불입자본금액을 담보로 제공할 수 있지만, 예외도 인정된다. 즉, 회사는 특별경의에 의해 자본의 일부를 해산에 대비하여 유보할 수 있지만, 이 유보부분은 목적이 정하여져 있으므로 부동산담보의 목적으로 할 수 없다.

## 제 6 절 부동산담보의 효력

부동산담보는 회사의 일반채권자에 대하여 회사의 해산 여부와 관계 없이 항상 우선하여 변제를 받을 권리가 있다. 부동산담보는 강제집행을 한 회사채권자에게 대항할 수 있다. 단, 집행채권자가 재산을 점유한 경우는 그러하지 아니하다. 예를 들어, 집행에 있어서 압류 후 경매된 경우, 또는 채권자가 회사에 대한 절대적 채권압류명령서(absolute garnishee order)를 받은 경우, 또는 압류재산의 경매저지를 위하여 집행관에게 현금을 지급한 경우도 동일하다.<sup>86)</sup>

---

property and effects”(in re Florence Land and Public Works Co., [1878] 10 Ch. D. 530) ; “On the company's undertaking and all its property whatsoever and wheresoever, both present and future”(in re Brunton v. Electrical Engineering Corporation [1892] 1 Ch. 434.

85) Howard v. Patent Ivory Manufacturing Co., (1888) 38 Ch. D.156.

86) Taunton v. Sheriff of War Wickshire (1895) 2 Ch.319 ; Standard Manufacturing Co.,

부동산담보는 회사가 회사의 채무자와의 협의에 의해 채무자에게 상계권을 부여하는 것을 방해하지 않는다.<sup>87)</sup>

지주는 수익관리인이 선임되기까지(즉, 부동산담보의 수면 중)의 사이, 地代에 관해 토지의 압류를 할 수 있다. 또한, 그 후에도 보통법에 의한 압류도 가능하다. 그러나, 법원이 관리인을 선임한 때에는 그 허가를 받아야 한다.<sup>88)</sup>

회사가 어떤 동산을 할부구매계약에 의해 점유하는 경우에 소유권은 아직 회사로 이전되지 않았으므로 회사가 설정한 부동산담보가 고정되어도 소유권자에게 우선할 수 없다.<sup>89)</sup>

회사는 부동산담보설정 후에도 담보권자의 간섭권(right to intervene)이 발생할 때까지는 평소와 같이 그 영업을 계속하므로, 그 사이에 기존 재산의 처분·새로운 재산의 취득·채무변제 및 새로운 채무의 부담이 발생하는 것은 당연하다.

회사는 영업의 정상적인 과정에서 부동산담보재산을 거래 등으로 처분할 자유를 갖는다. 따라서, 회사는 담보재산을 매각·임대·교환할 수 있고, 특정담보의 설정 등 가장 적합한 방법으로 처분할 수 있다.<sup>90)</sup>

그러나, 부동산담보에 있어서 이러한 목적물처분의 임의성은 결국 기업의 수익능력의 유지·증진을 위한 것이고, 기업담보의 중심 과제라는 것을 완전하게 해결한 것으로, 이 제도의 효력 중 그 핵심을 이루고 있다.

즉, 자유처분권능은 그 근원을 부동산담보의 객체의 총괄성에서 구해야 한다. 만약 특정담보와 같은 객체가 개별적으로 확정되는 것이라면, 자유처분은 담보권의 침해로 되고, 기한의 이익을 상실하게 된다.

---

(1891) 1 Ch. 627

87) *Biggerstaff v. Rowatt's Wharf* (1896) 2 Ch. 93.

88) *General Share and Trust Co., v. Wetley, etc, Co.*, (1882) 20 Ch. D.260.

89) *Morrison Jones and Taylor, Ltd.*, (1914) 1 Ch. 50.

90) *Florence Land Co.*, (1878) 10 Ch. D. 530.

회사는 부동산담보설정 후에도 특약이나 제한이 없는 한, 원칙적으로 자유롭게 기업재산을 처분할 수 있다. 그러나, 자유처분의 경우에도 기업의 유지·발전이라는 것이 그 전제가 된다는 점에서, 이 원칙에는 일정한 한계가 있다. 즉, 회사재산의 처분은 그 기업의 목적수행상 필요에 의해 또한 그 기업의 지속이라는 점과 모순되지 않는 범위의 행위로 한정되어야 한다.

판례는 대체로 통상적인 회사영업과정에서의 거래라는 표현으로 이러한 한계를 제시하고 있다. 예를 들어, *Metropolitan Bank of England and Wales v. H.H. Vivian Co.*, (1900) 2 Ch. 654사건에서는 사채발행회사가 1개 영업소의 영업을 다른 회사에 매각하여 주식을 취득한 사안에 대하여 부동산담보를 침해하지 않는 것으로 판시하였다. 영업양도는 영업상 통상의 거래라고 하기 곤란하다는 점에서 이 판결은 획기적이라고 평가된다.<sup>91)</sup> 그러나, 영업양도가 회사의 목적수행상의 행위라는 점, 또한 기업의 계속이라는 측면과 저축되는 행위라는 관점에서 이 판결은 타당한 것으로 볼 수 있다.

*Foster v. Borax Co.*, (1901) 1 Ch. 326사건에서는 사채의 발행회사가 기업합병(amalgamation)을 위하여 동종의 사업을 목적으로 하는 회사에 영업 전부의 양도를 하여 주식 및 사채를 취득한 경우에 대해서 부동산담보를 침해한 것은 아니라고 판시하였다. 그러나, 이는 통상적인 영업과정에서의 거래(dealing in the ordinary course)를 넓게 평가했다는 점 이외에 있어서는 지나치게 극단적인 판결이라고 평가하는 견해도 있다.<sup>92)</sup>

부동산담보는 회사사업의 통상적인 과정에서 재산을 처분할 권리를 유보시킨 회사재산에 대한 직접 또한 계속적인 담보이므로, 기업재산 중 일부 특정재산에 관하여 다른 채권을 위하여 특정담보를 설정할 수 있음은 당연하다. 그러나, 사채의 담보보다 우선하는 특정담보를

91) 水島廣雄, 『特殊擔保法要義』, 八千代出版, 1997, 66頁.

92) 水島廣雄, 『特殊擔保法要義』, 67頁.

설정하는 권한은 처음부터 명확한 것은 아니었다.

Florence Land Co., (1878) 10 Ch. D. 530 및 Colonial Trusts (1879) 15 Ch. D. 465사건에서는 부동산담보에 우선하는 특정담보의 설정이 자유롭게 되었다. 후자에 있어서는 ‘부동산담보가 특정담보의 설정 또는 재산의 특정양도(specific alienation)를 방해하는 것은 적절하지 않다. 또한, 부동산담보는 일반적으로 반대의 특약이 없는 한, 우선적 효력을 가진 특정담보를 설정할 수 있는 권리를 회사에 유보한 것이라고 볼 수 있다.’<sup>93)</sup>

부동산담보설정 후에 있어서 특정담보의 설정이 된 경우, 첫째 특정담보권자가 부동산담보의 존재를 안 때라고 하더라도, 예를 들어 부동산담보가 제1순위의 담보임을 정한 경우에도 사후에 설정된 특정담보는 부동산담보에 우선한다. 즉, 제1회 사채에 관해 부동산담보를 설정한 후, 일부의 특정재산 위에 제2회 사채를 위해 부동산담보에 우선하는 특정담보를 설정하는 것은 가능하다.

기존의 부동산담보와 동일 순위의 부동산담보의 설정은 허용되지 않는다. 또 기존의 부동산담보에 우선하는 제2의 부동산담보는 허용되지 않는다.

회사는 부동산담보설정 후에도, 회사가 존속 또는 그 목적 수행상 수면 중에는 자유롭게 그 재산을 처분할 수 있지만, 부동산담보의 과격한 탄력성은 어떤 경우에는 극단적일 수 있다.

따라서, 일반적으로는 부동산담보의 설정과 동시에 신탁증서 및 사채권에 일정한 제한 또는 금지조항을 두는 것이 보통이다. 이러한 제한은 회사재산의 전부 또는 일부에 관해 부동산담보와 동일한 순위 또는 이에 우선하는 담보의 설정을 금지하는 형식이 통상적이다. 따라서, 그 제한은 대부분의 경우 유효하다.

앞의 특약의 효력은 재산의 처분을 금지하는 것이 아니고, 그 사채에 우선 또는 동일한 순위의 담보설정을 금지하는 것이다. 즉, 부동산

---

93) Wheatley v. Silkstone Coal Co., (1885) 29 Ch. D.715 ; Castell & Brown Ltd. (1898) 1 Ch. 315 ; Benjamin Cope & Sone Ltd. (1914) 1 Ch. 800.

보의 설정을 알고서 새롭게 담보권을 취득한 채권은 부동산담보권자에 열등하다. 따라서, 선의로 특정담보를 취득한 자, 또는 부동산담보가 설정된 것을 알고서도 특히 재산처분의 자유를 금지시킨 것을 몰랐던 자는 부동산담보권자에게 우선한다.<sup>94)</sup> 그래서, 부동산담보에 있어서 이러한 제한은 엄격하게 해석된다.

회사가 재산처분금지조항에 위반하여 재산을 처분하거나 또는 담보로 제공한 때에는 사채권자는 이를 저지하기 위하여 금지명령(injunction)을 청구할 수 있다. 처분 후에도 무상의 취득자 또는 악의의 유상 취득자에 대해서는 부동산담보로써 대항할 수 있다. 즉, 특정담보라도 하더라도 악의의 취득인 경우에는 부동산담보보다 후순위이다. 또한, 재산양도의 경우에도 악의<sup>95)</sup> 또는 무상의 양수인은 부동산담보에 복종하는 것을 조건으로 소유권을 취득한다.

이와 같이, 부동산담보도 전술한 범위 내에 있어서는 배타성을 가지므로 수면 중이라고 해도 어느 정도의 방어수단을 가진다는 점에서 일반 형평법상의 권리관계와 동일하고, 단순한 채권관계가 아니라 채권과 물권과의 중간적 존재의 성격을 갖는다.

## 제 7 절 부동산담보의 확정

### 1. 확정외의 의의

부동산담보가 수면상태에 있는 경우에도 언제든지 수면으로부터 깨어날 수 있음은 당연하다. 만약, 오랜 수면 이후에도 깨어나지 않는다면 이는 순조로운 기업경영을 통하여 사채의 원리금이 완전히 이행된 것을 의미한다.

94) Robson v. Smith (1895) 2 Ch. 118.

95) 여기서 악의는 당해 재산의 처분행위가 부동산담보의 금지조항에 위반되는 것을 현실적으로 인식한 것을 말하는 것으로, 단순히 사채가 현재 발행되고 있다는 것 또는 부동산담보가 현존하고 있다는 인식이 반드시 악의에 해당되는 것은 아니다.

또한, 부동산담보는 수면을 계속하여도 장래의 담보가 아닌 현재의 담보인 이상, 일정한 시기 또는 일정한 원인에 의해 수면에서 깨어나 회사총재산 위에 구체적으로 응고하여, 여기에 특정담보로서 완전한 물권적 성격을 발휘하게 된다. 이러한 현상을 확정 또는 結晶(crystallization)·고정(to become fix) 또는 부동·수면의 정지라고 한다.<sup>96)</sup>

## 2. 사채의 담보와 신탁법리

전술한 일정한 시기, 즉 수면에 종지부를 찍는 시기라는 특약이 없는 한,<sup>97)</sup> 일반적으로 ①회사가 영업을 폐지한 때,<sup>98)</sup> ②회사가 해산을 개시한 때,<sup>99)</sup> ③관리인의 임명이 있는 때<sup>100)</sup> 등의 원인이 발생한 때 확정이 되는 것으로 볼 수 있다. 즉, 부동산담보는 이러한 원인 중 하나가 발생한 때에 고정된다.

확정의 원인은 원칙적으로 전술한 3개의 원인으로 한정된다. 따라서, 이러한 3개의 원인 중 하나의 사유가 발생하지 않는 한, 예를 들어 회사가 경영곤란에 빠져서<sup>101)</sup> 사채의 원본 또는 이자가 지체되었을 뿐 아니라,<sup>102)</sup> 사채권자가 원본상환 및 이자지급청구의 판결을 받은 경우<sup>103)</sup>에도 부동산담보는 특정되지 않고 수면을 계속한다.<sup>104)</sup>

96) Re Griffin Hotel Co., Ltd. (1941) 1 Ch. 129.

97) 실제로는 특약에 의해 사채의 원리금에 대한 이행지체를 부동산담보의 확정원인으로 하는 것이 일반적이다(Hodson v. Tea Co., (1880) 14 Ch. D. 859). 따라서, 현재에 는 확정은 4개 원인 중 하나에 해당되는 경우에 이루어지는 것으로 볼 수 있다.

98) Robson v. Smith (1895) ; Foster v. Borax Co., (1901) ; Metropolitan Bank v. H. H. Vivian & Co., (1900) ; Government Stock v. Manila Railway Co., (1897).

99) Lee v. Roundwood Colliery Co., (1897) 1 Ch. 373 ; Wallace v. Universal Automatic Machines Co., (1894) 2 Ch. 547.

100) Robert Stephenson & Co. (1913) 2 Ch. 201 (C.A.).

101) Robson v. Smith (1895) supra.

102) Government Stock v. Manila Railway Co., (1897) supra.

103) Robson v. Smith (1895) supra.

104) Government Stock v. Manila Railway Co., (1897)과 Robson v. Smith (1895)에서는 부동산담보 설정 후 이자가 지체되어도, 채권자가 실행절차에 착수하기 이전에 다시

그런데, 최근에는 이러한 경우에 있어서도 부동산담보는 사채권자가 정당한 시기에 적당한 절차를 밟은 때에 확정담보로 되는 것으로 본다.<sup>105)</sup>

### 3. 확정사유

영업의 폐지는 회사가 임의로 영업을 폐하는 행위로, 영업의 폐지 이후에는 지출만 발생하고 새로운 소득이 창출되지 않는다는 점에서 사채권자의 보호에 미흡하므로, 사채기간의 유무에 관계없이 담보를 고정시켜서 실행을 허용하고 있다.

해산의 경우에는 법원의 명령에 의한 강제해산(winding up by the court)과 주주총회의 결의에 기한 임의해산(voluntary winding up)을 포함하는 것으로, 이 경우에도 영업의 폐지와 동일한 사유로 확정의 원인으로 들 수 있다.

관리인 임명의 경우는 사채담보재산의 관리처분을 위한 것이라는 점에서 관리인이 임명되는 경우에는 부동산담보가 고정되는 것은 당연하다. 관리인의 임명은 법원에 의한 경우(receivers appointed out of court)와 사채권자 또는 수탁자에 의한 경우가 있다. 전술한 결정에 관한 특약(원리금이행의 지체)는 일반적으로는 관리인의 임명을 목적으로 신탁증서에 기재된다.

### 4. 확정의 효과

확정의 효과는 종래의 부동산담보가 고정되어 확정담보로 된다는 것으로 정리할 수 있다.

---

설정한 질권은 부동산담보에 우선하는 취지가 판시되었다.

105) Evans v. Rival Grantie Quarries, Ltd., (1910) 2K. B.979. C.A. ; Heaton and Dugard, Ltd. v. Cutting Brothers, Ltd., (1925) 1K.B. 655.

## 제 8 절 부동담보의 실행

부동담보가 확정된 결과, 보통의 특정담보로 된 부동담보의 실행에 관해서는 일반적인 담보권의 실행과 동일하다. 다만, 담보의 실행은 사채권자의 신청에 의해 법원이 선임한 관리인(receiver) 또는 사채신탁증서(trust deed)에 의해 미리 지정된 관리인이 미리 징수한 회사재산, 환가로 인한 대가로써 우선적으로 변제된다. 신탁증서에서 사전에 관리인을 지정하지 않은 때에는 수탁자가 스스로 징수, 환가를 할 수 있다. 법원은 회사를 계속, 갱생시키는 것으로 하여 manager를 선임하는 경우가 있지만, 이 manager도 징수, 환가를 할 수 있다. 해산의 경우, 청산인은 회사재산의 징수, 환가를 하고 관리인은 청산인이 받은 대가를 수령하여 원리금의 변제를 할 수 있는 것에 불과하다.

## 제 9 절 소 결

기존의 담보제도와 구별되는 기업담보제도의 주요한 요건으로는 담보객체의 총괄설, 기업재산의 임의처분성 등을 들 수 있다.

우선, 담보객체의 총괄성의 측면에서는 다른 제도는 부동담보에 비하여 모두가 기업구성요소의 전재산을 포함하는 것은 아니다. 그렇다고 하여도, 부동담보의 총괄성은 법적 성격의 모호한 전통, 거래처 등 담보설정 후에 취득한 장래재산이 어떠한 의사표시도 없이 당연히 담보의 목적으로 된다는 특성이 있다.

예를 들어, 독일의 철도재단법(Gesetz über die Bahnanheiten)의 경우 재단의 구성요소는 철도의 모든 노선·철도용지·공작물·지상권·경영상의 필요자금·동산 등에 한정되고 있고,<sup>106)</sup> 프랑스의 영업질(Nan-

---

106) K. Frisch, handbuch der Eisenbahngesetzgebung im Deutschen Reich und in Preussen,

tissement des fonds de commerce)의 경우에도 질권의 객체인 영업재산은 엄격히 제한되어, 장래의 영업재산 또는 형성과정에 있는 영업재산은 제외된다. 또한, 프랑스의 영업질에서 주의해야 할 점은 상품 및 부동산이 담보의 목적으로 되지 않는다는 것이다.<sup>107)</sup>

또한, 기업운영에 있어서 수익력 증진을 위한 기업재산의 처분에 관하여, 독일과 프랑스의 제도 중에는 어떻게 고심하여 왔는가의 흔적을 엿볼 수 있다. 예를 들어, 독일의 소작재단담보제도(betreffend die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche pächter)의 경우에도 질권설정 후 경영의 범위 내에서 처분한 각각의 재산은 질권의 구속으로부터 해방되고, 프랑스의 영업질의 경우에도 질권설정 후 경영의 범위에서 이탈된 시설은 질권의 구속으로부터 벗어난다. 부동담보도 영업 중의 재산에 대한 자유처분을 인정한다는 점에서 우수한 기능을 가지고 있다.

부동담보는 기업의 정상 상태 그대로를 담보하는 것이므로 영업의 계속 중 분리된 재산은 담보에서 자연스럽게 제외되는 것은 당연하고, 내용이 변화하는 집합물 또는 기업의 담보를 상정하는 경우 불가피한 결론이라고 할 수 있다.<sup>108)</sup>

일본에서는 명치 37년경 산업발전에 따른 외자도입의 필요성이 높아짐에 따라 외채에 대한 담보로서 독일의 재단저당제도와 영국의 부동담보제도의 도입에 대한 논쟁이 시작되었고, 결국 독일의 재단저당제도를 도입하였지만, 양자 사이에는 다음과 같은 근본적인 차이가 있다.

---

S.S. 117~130.

107) 水島廣雄, “各國における企業擔保制度の概観”, 『法律時報』第26卷 第10号, 日本評論社, 36頁 이하.

108) 기업에서 분리된 재산이 어떠한 의사표시도 없이 당연히 담보로부터 제외되는 현상의 상대적 이론은 장래 취득할 재산이 어떠한 의사표시도 없이 당연히 담보의 대상으로 되는 구조이다. 근대 거래가 소박한 1물1권주의를 붕괴시켜 기업을 총괄적으로 파악하는 것으로부터 발생하여 온 담보물권의 확정성의 일시적 파탄을 말한다.

첫째, 부동산담보의 설정에는 재단저당과 같은 업종에 대한 제한이 없다.<sup>109)</sup> 둘째, 담보의 객체는 재단저당과는 달리 기업의 총재산을 대상으로 한다. 재단저당의 목적물은 현존하고 법정의 확정재산으로 한정되므로, 장래의 재산 및 거래처 등은 제외된다. 셋째, 부동산담보의 설정자는 이윤추구를 위하여 확정시까지 목적물을 자유롭게 사용, 수익, 처분할 수 있다. 재단저당의 경우에는 담보권자의 허락이 없이는 담보물을 처분할 수 없다. 또한, 처분은 재단목록의 변경이 요구되는바, 이에 소요되는 비용과 노력이라는 측면에서 거래계의 요구에 부합되기 어려운 점이 있다. 이러한 점에서 기업의 담보로서 금융 및 신용확대라는 측면에서 양자의 우열관계는 결정적이라고 할 수 있다.

반면, 담보의 형식이라는 점에서 볼 때, 부동산담보는 형식의 간소함이 장점이라고 할 수 있다. 다만, 무수한 구성분자를 포함하고 있음에도 불구하고 끊임없이 변천하면서 기업을 담보로 함에 있어서, 형식의 단순성은 탄력성을 의미하는 것으로, 충분한 합리성을 가진 제도라고 평가할 수 있다. 장기적으로는 자본주의경제의 발달에 따라 확정담보제도인 재단저당이 신용의 확대와 함께 부동산담보로 변천될 가능성도 예상해볼 수 있다.

---

109) 현행 공장저당법 제2조는 공장저당의 목적물 중 공장에 관하여 '물품의 제조나 가공의 목적으로 사용되는 장소, 인쇄나 촬영의 목적에 사용하는 장소, 방송의 목적에 사용하는 장소 또는 전기나 가스의 공급목적에 사용하는 장소로서 영업을 하기 위한 장소'라고 규정하고 있다.

## 제 5 장 결 론

기업담보제도의 이론적 근간이 되는 부동담보이론은 영국에서 오래 전부터 판례로서 인정되어 영미법계 국가에서 실무상 활용되어 오던 제도임에도 불구하고, 이제 와서야 이를 논의하는 것이 과연 시의성이 있는가에 대한 질문에 우선 대답할 필요가 있다.

영미의 판례법과는 달리 대륙법계 법체계를 채택하고 있는 우리나라의 담보법제는 일물일권주의와 물권법정주의에 의하여, 복수의 물건과 재산권에 대하여 하나의 담보권을 설정하는 것 및 법률과 관습법에 의한 현행 법정담보물권 이외의 새로운 담보물권의 창설이 사실상 금지된다는 점은 물권관계 특히, 담보물권을 둘러싼 법률관계를 명확하게 하고 제3자 등 이해관계인을 위한 거래의 안전이라는 측면에서 오랫동안 지지되어 온 公理이고, 현재에도 여전히 그 효용성을 발하고 있다.

그러나, 여신거래로 표현되는 담보부거래는 금융거래의 실정과 기업환경 등 외부환경의 변화에 따른 진화가 요구되고 있으나, 현행의 담보법제는 1960년대 입법과 기초이론을 거의 변화없이 유지하고 있다. 물론, 여신거래의 변화에 따라 근저당권에 관한 다양한 이론과 판례가 발전되어 왔고, 민법에 규정되지 않은 포괄근저당에 관해서도 판례와 이론에 의하여 그 입장이 정리되는 등 최소한의 변화가 있었다는 점은 부정할 수 없다. 그러나, 이러한 고정적인 대륙법계의 담보제도는 담보제도의 기반을 일물일권주의를 금과옥조로 적용하여 왔고, 그 결과 부동산 이외의 동산·지적재산권·채권 등 다양한 자산을 보유한 기업이 담보가치를 활용함에 있어서는 제약으로 작용하게 되었다. 과거 많은 기업들의 자산구조가 부동산을 중심으로 하였던 반면, 현대의 기업들은 부동산 이외에도 다양한 자산을 보유하고 있는 점을

고려한다면, 이러한 전통적인 담보제도의 활용성은 점점 감소하게 된다. 이러한 점에서, 부동담보이론은 영미법계에서 오래전부터 활용하고 있는 이론이지만, 대륙법계에서는 새로운 담보제도로서 도입할 필요성이 높다고 할 수 있다.

기업담보제도는 부동산이나 동산 등 개별적인 담보목적물에 각각의 담보권을 설정하여야 하는 현행 법제에 대한 예외를 인정하여, 기업이 보유하고 있는 전재산을 하나의 담보물로 제공할 수 있는 제도이다. 일본에서는 영국의 부동담보이론을 근간으로 하여 기업담보법이라는 단일법을 제정하여 운용하고 있다. 이는 우리나라와 같은 대륙법계 담보법제를 가지고 있는 일본이 이미 입법하여 운용하고 있는 제도라는 점에서 우리나라에서는 더욱 더 그 도입에 관한 기초연구를 할 필요가 있다. 그러나, 현재 우리나라에서의 논의는 영국의 부동담보이론에 대하여 비교법론으로 소개된 소수의 연구자료는 있으나, 일본의 기업담보법에 관한 연구자료는 극히 드문 편이다. 이러한 점을 고려하여, 이 연구에서는 부동담보이론을 기초로 하여, 일본의 기업담보법의 내용과 분석을 시도하였다. 이를 중심으로 국내 법제의 개선 방향을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 담보법제의 체계에 관한 기준설정이 필요하다. 특히, 기업담보법을 입법하는 경우에 현행의 재단저당제도와와의 관계를 고려하여야 한다. 일본은 기존의 재단저당제도와 별개로 기업담보법을 입법하였으나, 현재 두 제도의 통합적 운용을 위한 정비작업이 진행 중이다. 따라서, 우리나라에서 기업담보법을 입법하는 경우에 기존의 재단저당제를 포섭할 수 있는 일원적인 제도로 운영할 것인지 또는 기존의 재단저당제도와 별개의 제도로 운영할 것인지에 대한 입법정책적 판단이 필요하다. 국내 담보법제는 민법상의 전형담보제도, 특별법에 의한 비전형담보제도 및 판례에 의하여 인정되는 관습법상의 담보제도가 존재한다. 기업담보제도가 입법되는 경우에는 비전형담보제도로 인정된다는

점에서 전형담보제도와와의 관계 및 기존 비전형담보제도와와의 상호 관계에 대한 검토가 필요하다. 현재의 비전형담보제도 중 기업담보로 활용할 수 있는 제도로는 각종 재단저당제도, 자동차저당제도 및 선박저당제도를 들 수 있다. 기업담보제도는 이러한 각종 재단저당제도 및 기업이 보유한 자동차, 선박 등에 대한 담보를 모두 포괄하는 담보제도라는 점에서 기존 담보제도와와의 체계적 관계가 정립될 필요가 있다. 현행 법제에서 기업이 활용할 수 있는 각종 담보제도는 모두 기업담보제도에 포섭될 수 있으나, 기업의 자금운용상황에 따라 기업의 자산 전체에 대하여 담보를 설정하는 경우와 부분적인 자금유통을 위하여 기업의 일부 자산에 대하여 담보를 설정하는 경우를 구분할 필요가 있고, 이러한 구분에 의하여 기업의 담보자산활용도에 따라, 개별적인 비전형담보제도 또는 포괄적인 기업담보제도를 선택할 수 있는 방안이 효율적으로 판단된다. 따라서, 다양한 담보제도를 마련함으로써 기업별 상황에 적합한 담보거래를 선택하게 하는 방안이 친기업적 담보제도로서의 활용가치를 높일 수 있을 것이다. 이러한 점에서 기업담보제도는 현행 비전형담보제도와는 별개의 제도로 도입될 필요가 있다.

둘째, 담보제도는 물권법의 기초이론, 설정계약, 등기 등의 공시방법, 실행 등 민사법의 전영역에 걸쳐 있는 분야이므로, 현행 민법 및 민사집행법과의 정합성을 고려하여야 하고, 그 예외로 처리할 수 있는 대상과 내용을 명확히 하여야 한다. 기업담보제도의 경우, 물권법 이론과 상충할 수 있는 부분으로는 일물일권주의, 담보물권의 부종성에 관한 문제가 있다. 일물일권주의는 물권의 특정성을 엄격히 유지하기 위하여 인정되는 원칙이나, 현대 담보법 분야에서는 집합동산양도담보, 각종 재단저당제도 등에서 그 원칙에 대한 예외가 허용되고 있고 특히 기업담보제도는 동산, 부동산 뿐 아니라 무체재산권 등 회사의 전재산을 담보로 한다는 점에서 이론적으로는 기존의 일물일권

주의에 대한 현대적 변용이 필요할 것으로 생각된다. 또한, 기업담보 제도의 공시를 위한 등기 등 각종 공시제도에 대한 추가적인 연구가 필요할 것으로 생각된다. 그러나, 공시제도에 관한 개정은 기업담보제도에 관한 법안이 어느 정도 가시화된 이후에 구체적으로 2008년 시행될 상업등기법의 개정 또는 기업담보법안에 별도의 예외규정을 둘 것인지를 입법정책적으로 선택하여야 할 것이다. 사건으로는 기업담보법의 효율적인 입법을 위해서는 등기 및 집행 등의 절차적인 규정에 대해서도 상업등기법 또는 민사집행법 등의 개별적인 절차법의 개정을 통하는 방법보다는 기업담보법안에 실체적 규정 뿐 아니라 이러한 절차적 규정까지 포함하는 통합적인 법률안으로 입법하는 것도 고려할 필요가 있을 것이다.

셋째, 일본의 기업담보법에서는 채무 회사가 부담하는 사채를 담보하기 위하여 회사의 전재산을 담보목적물로 제공하고 있다는 점에서, 기업담보권의 피담보채권을 사실상 사채권으로 한정하고 있다. 이와 같이, 일본에서는 기업담보권의 피담보채권을 사채권으로 한정하고 있다는 점이 기업담보법의 활용도를 저하시키는 한 원인으로 볼 수 있다. 따라서, 우리나라에서 기업담보제도를 입법화하는 경우에는 기업담보제도의 활용도를 제고하기 위하여 피담보채권의 범위를 확대하여, 사채권 이외에도 기업이 금융기관 등에 부담하는 각종의 채권을 담보하기 위한 기업담보권의 설정을 허용하는 방안을 면밀히 검토할 필요가 있다. 특히, 현재 우리나라에서 진행되고 있는 민법개정작업에서는 포괄근저당을 금지하는 것을 포함하고 있으나, 기업간의 상거래에서는 담보거래의 효율성을 높이기 위하여 제한된 범위에서의 한정적 포괄근저당도 필요하다는 점에서 기업담보법안에서는 포괄담보약정도 일정한 범위 내에서 허용할 필요가 있다.

넷째, 기업담보권의 목적재산의 범위를 확대할 필요가 있다. 일본 기업담보법은 채무회사의 총재산을 담보로 제공할 수 있으나, 사실상

민사집행법에 의해 강제집행의 대상이 될 수 있는 것만을 허용하고 있어 상호·기술력 등은 담보대상에서 제외하고 있다. 그러나, 상호 등 새로운 재산가치는 현대 기업의 중요한 자산이라는 점에서 이를 제외하는 것은 기업담보권의 실효성을 저하시키는 데 크게 기여할 수 있다. 따라서, 이러한 무체의 재산권의 집행방법에 관한 별도의 규정이 추가될 필요가 있다. 이와 같이, 기업담보법안에는 민사집행법에 대한 예외가 될 수 있는 규정들이 포함될 필요가 있다는 점에서, 전술한 바와 같이 집행에 관한 규정들도 민사집행법이 아닌 기업담보법안에서 통일적으로 규정되는 것이 적절할 것으로 생각된다.

다섯째, 일본 기업담보법에서는 기업담보권 설정회사의 자격을 주식회사로 한정하고 있다. 일본법에서의 설정회사자격의 제한은 역시 기업담보법의 활용도 저하의 한 원인으로 볼 수 있다. 기업담보제도는 부동산자산이 충분하지 못하지만 기업의 기술력·상호의 브랜드가치·영업력·특허 등 무체재산권의 가치가 높은 경우에 활용도가 높을 것으로 예상된다는 점에서, 설정회사를 주식회사로 제한하는 것은 적절하지 않은 것으로 보여진다. 또한, 벤처기업이 활성화 되어 있고, 이러한 벤처기업이 활용할 수 있는 적절한 담보제도가 없는 우리나라의 기업환경에 비추어 본다면, 기업담보권 설정회사에는 주식회사 이외에도 상업등기부가 개설되어 있는 상법상의 회사를 모두 포함하는 것이 적절할 것으로 생각된다.

## 참 고 문 헌

### <국내서>

- 강태성, 『담보물권법』, 경북대 출판부, 1995.
- 곽윤직, 『물권법』, 박영사, 2002.
- 곽윤직 대표집필, 『민법주해(VII)』, 박영사, 1992.
- 김상용, 『물권법』, 법문사, 2003.
- 류창호, 『담보법제의 선진화를 위한 법제연구(I)』, 한국법제연구원, 2006.
- 오시정, 『근저당권의 이론과 실무』, 육법사, 2004.
- 김용길, “코먼로상 부동담보에 관한 고찰”, 『중앙법학』 제6집 제3호, 중앙대학교 법학연구소, 2004.
- 안택식, “기업담보”, 『부동산법학의 제문제』, 박영사, 1992.
- 엄동섭, “유동집합동산의 양도담보”, 『고시계』 561호, 고시계사, 2003.
- 김재협, “집합동산양도담보”, 『사법연구자료』 16집, 법원행정처, 1989.
- 박환일, “미국의 부동담보제도”, 『비교사법』 제23호, 한국비교사법학회, 2003.
- 송종준, “영국회사법상 부동담보제도의 법리”, 『비교사법』 제2호, 한국비교사법학회, 1995.
- 전선기, “기업담보제도에 관한 연구”, 『조사월보』 215호, 한국산업은행, 1973. 10.
- 정용상·하헌주, “일본의 기업담보제도에 관한 고찰”, 『민사법이론과실무』 제7집, 민사법이론과실무학회, 2003.
- 정용상·하헌주, “영업담보제도론”, 『국제경영논총』 제19집, 부산외국어대학교 국제통상연구소, 2004.

참 고 문 헌

정진세, “프랑스의 영업담보제도”, 『비교사법』 제23호, 한국비교사법학회, 2003.

최인규, “기술담보제도 도입 추진현황과 일본 및 미국의 사례”, 『기은 조사월보』, 기업은행, 1996. 5, 43면.

한기정, “영국의 부동저당권에 관한 연구”, 『비교사법』 제23호, 한국비교사법학회, 2003.

### <외국서>

Charlesworth, The Principles of Company Law, 1949.

Eilis Ferran, Company Law and Corporate Finance, Oxford, 1999.

Gerald L. Gall, The Canadian Legal System, Carswell Calgary, 1990.

Goitein, Company Law, 1949.

L.C.B. Gower, Principles of Modern Company Law, Penguin Books, 1992.

Michael Bridge, Personal Property Law, 3rd ed., Oxford Univ., 2002.

Paul L. Davis, Gower's principles of Modern Company Law 6th ed., Sweet & Maxwell, 1997.

Richard Calnan, Taking Security, Jordans, 2006.

William H. Lawrence, Understanding Secured Transactions, LexisNexis, 2004.

國生一彦, 改正米國動産擔保法, 商事法務研究會, 2000.

企業法制研究會, 企業法制研究會(擔保制度研究會)報告書, 2003.

水島廣雄, 『特殊擔保法要義』, 八千代出版, 1997.

- 鈴木彌引・竹内昭夫, 『金融取引法大系(5)』, 有斐閣, 1984.
- 堀内仁, “企業の擔保化”, 『法學セミナー』 26號, 1958.
- 泰光昭, “企業擔保と金融取引”, 『擔保法大系(4)』, 金融財政事情研究會, 1985.
- 水島廣雄, “各國における企業擔保制度の概觀”, 法律時報 第26卷 第20号.
- 我妻榮, “集合動産に関するエルトマンの提案”, 法學協會雜誌 第48卷 第4号.
- 岩崎平八郎, 鐵道抵當法 軌道ノ抵當ニ關スル法律, 第一法規, 1972.
- 伊藤進, “抵當制度, 權利抵當, 工場抵當”, 『手形研究』 216号, 經濟法令研究會, 1974.

# 부 록

# 일본 기업담보법

(소화 33. 4. 30 법률 제106호)

최종개정 : 평성16 12. 30. 법률 제154호

## 제 1 장 기업담보권

제 1 조 (기업담보권) ① 주식회사(이하 ‘회사’라 한다)의 총재산은 그 회사가 발생하는 社債를 담보하기 위하여 일체로서 기업담보권을 목적으로 할 수 있다.

② 기업담보권은 물권이다.

제 2 조 (효력) ① 기업담보권자는 현재에 회사에 속한 총재산에 관하여 다른 채권자에 우선하여 채권의 변제를 받을 수 있다.

② 전항의 규정은 회사의 재산에 대한 강제집행 또는 담보권의 실행으로서의 경매의 경우에는 적용하지 아니한다.

제 3 조 (설정 및 변경) 기업담보권의 설정 또는 변경을 목적으로 하는 계약은 공정증서에 의하여야만 한다.

제 4 조 (등기) ① 기업담보권의 득실 및 변경은 회사의 본점 소재지에 있어서, 주식회사등기부에 그 등기를 하여야만 효력이 발생한다. 단, 일반승계, 혼동 또는 담보되는 채권의 소멸에 의한 득실변경에 관해서는 이에 한하지 않는다.

② 기업담보권의 등기에 관하여 필요한 사항은 정령에서 정한다.

제 5 조 (순위) 수개의 기업담보권 상호간의 순위는 그 등기의 전후에 의한다.

제 6 조 (다른 권리와 의 관계) 회사의 재산상에 존재하는 권리는 기업담보권의 등기 이후에 대항요건을 갖추었다더라도 기업담보권자에 대

항할 수 있다.

제 7 조 (다른 권리와와의 관계) 일반의 선취특권은 기업담보권에 우선한다. 특별한 선취특권, 질권 또는 저당권은 그 권리의 목적으로 되고 있는 재산에 관하여 기업담보권에 우선한다.

제 8 조 (회사의 합병) ① 합병에 의해 소멸하는 회사의 총재산을 목적으로 하는 기업담보권은 합병 후 존속하는 회사 또는 합병에 의해 설립된 회사의 총재산에 관하여 효력이 있다.

② 합병을 하는 회사의 쌍방의 총재산이 기업담보권의 목적으로 된 때에는 합병 후의 기업담보권의 순위에 관한 기업담보권자간에 협정이 없으면 합병할 수 없다.

③ 합병무효의 소는 기업담보권자도 제기할 수 있다.

제 8 조의2 (회사의 분할) 회사의 총재산이 기업담보권의 목적으로 된 때에는 그 회사는 기업담보권이 담보하는 채무를 분할하여 승계시킬 수 없다.

제 9 조 (민법의 준용) 민법(명치29년 법률 제89호) 제296조, 제374조, 제375조, 제376조 중 순위의 양도 및 방기에 관한 부분, 제377조 및 제396조의 규정은 기업담보권에 관하여 준용한다.

## 제 2 장 기업담보권의 실행

### 제 1 절 총 칙

제10조 (관할) 기업담보권의 실행은 회사의 본점 소재지를 관할하는 지방재판소의 관할에 전속한다.

제11조 (실행의 신청) 기업담보권의 실행은 기업담보권자의 신청에 의한다.

제12조 (임의적 구두변론) 실행절차에 관한 재판은 구두변론을 생략할 수 있다.

제13조 (공고) ① 이 장의 규정에 의한 공고는 별도의 정함이 없는 한, 관보 및 재판소에서 정한 한개 또는 여러 개의 신문에 게재하여야 한다.

② 전항의 규정에 의한 공고는 최후의 게재가 있는 날의 다음 날에 그 효력이 발생한다.

제14조 (이해관계인) 실행절차에서의 이해관계인은 다음 각호와 같다.

1. 신청인
2. 회사
3. 신청인 이외의 기업담보권자
4. 제22조 제1항의 규정에 의한 공고의 최후 게재가 있는 날 또는 제23조 제1항의 규정에 의한 실행절차개시등기일 중 늦게 도래하는 날을 기준으로 회사의 재산에 관하여 등기, 등록된 권리 또는 가등기, 가등록에 의해 보전된 권리를 갖는 자로서 그 권리를 증명한 자
5. 전항에 열거된 자 이외에 회사재산에 관하여 실행절차에서 주장할 수 있는 권리를 갖는 자로서 그 권리를 증명한 자

제15조 (보고의 징수) 재판소는 이해관계인의 신청 또는 직권으로 관재인에게 회사의 재산이나 그 관리 또는 환가의 상황에 관한 보고를 하게 할 수 있다.

제16조 (서류의 열람 등) 이해관계자는 재판소 서기관에게 실행절차에 관한 서류의 열람 또는 등본을 청구할 수 있다.

제17조 (민사소송법 및 민사집행법의 준용) ① 특별히 정함이 있는 경우를 제외하고, 실행절차에 관하여는 그 성실에 반하지 않는 한, 민사소송법(평성8년 법률 제109호) 제1편에서 제4편까지의 규정을 준용한다.

② 민사집행법(소화54년 법률 제4호) 제10조부터 제12조까지, 제14조부터 제16조까지, 제18조, 제38조, 제42조 및 제183조의 규정은

실행절차에 관하여 준용한다.

제18조 (정령 등에의 위임) 이 법률에서 정한 것 이외의 실행절차에 관하여 필요한 사항으로 등기 또는 등록에 관한 것은 정령에서, 그 밖의 것은 최고재판소가 정한다.

## 제 2 절 실행절차의 개시

제19조 (개시결정) ① 실행절차의 개시는 결정으로 한다.

② 실행신청에 관한 재판에 대해서는 집행항고를 할 수 있다.

제20조 (개시결정) ① 실행절차의 개시결정과 동시에 기업담보권자를 위하여 회사의 총재산을 압류한다는 취지를 선언하여야 한다.

② 압류는 결정을 회사에 송달함에 의하여 효력이 발생한다.

제21조 (개시결정) 재판소는 실행절차의 개시결정과 동시에 관재인을 선임하여야 한다.

제22조 (공고) ① 재판소는 실행절차의 개시결정을 한 때에는 즉시 다음 각호의 사항을 공고하여야 한다.

1. 실행절차개시결정의 주문
2. 관재인의 표시
3. 회사의 채무자 및 회사재산의 소지자는 회사에 변제하거나 또는 그 재산을 교부해서는 안된다는 취지 및 채무를 부담하는 것 또는 그 재산을 소지하는 것을 일정한 기간 내에 관재인에게 신고해야 한다는 취지
4. 일반의 우선권을 갖는 회사의 채권자(조세 그 밖의 공과에 관하여는 그 부과징수의 사무를 담당하는 기관)은 그 채권을 일정한 기간 내에 재판소에 신고해야 한다는 취지
5. 특별담보를 갖는 회사의 채권자는 그 담보권을 일정한 기간 내에 재판소에 신고해야 한다는 취지

② 재판소는 관재인 또는 그 표시에 변경이 있는 때는 즉시 그 취지를 공고하여야 한다.

③ 제1항 제3호의 신고를 하지 않은 자는 이로 의하여 회사의 총재산에 발생한 손해를 배상하여야 한다.

제23조 (등기 및 등록) ① 관재인은 실행절차의 개시결정이 있는 때에는 즉시 실행절차의 개시등기 및 관재인의 등기를 회사의 본점 소재지를 관할하는 등기소에 신청하여야 한다.

② 전항의 규정은 관재인 또는 그 표시에 변경이 있는 경우에 있어서 관재인의 교체 또는 그 표시의 변경등기에 준용한다.

제24조 (등기 및 등록) 관재인은 실행절차의 개시결정이 있는 때에는 즉시 회사의 재산으로 등기 또는 등록을 할 수 있다는 것에 대하여 실행절차의 개시등기 또는 등록을 신청하여야 한다.

제25조 (등기 및 등록) 전2조의 규정에 의한 등기 및 등록에 관하여는 등록면허세를 부과하지 않는다.

제26조 (회사의 채무자에 대한 통지) 관재인은 실행절차의 개시결정이 있는 때에는 즉시 회사의 채무자에게 회사의 그 채무자에 대한 채권이 압류되었다는 취지를 통지하여야 한다. 단, 채무를 부담할 것을 관재인에게 신고한 채무자에 대해서는 예외로 한다.

제27조 (압류의 대항) ① 제20조의 규정에 의한 압류는 선의의 제3자에 대해서는 제22조 제1항의 규정에 의한 공고 및 제23조 제1항의 규정에 의한 실행절차개시의 등기를 한 후가 아니면 대항할 수 없다. 그 공고 및 등기 후에 제3자가 정당한 이유에 의해 압류를 알지 못한 때에도 같다.

② 전항의 공고 및 등기 후에 회사의 법률행위에 의하지 않고 회사의 재산에 관하여 권리를 취득하더라도 그 취득은 실행절차에 대한 관계에서는 그 효력을 주장할 수 없다.

제28조 (다른 절차의 실효) 실행절차의 개시결정이 있는 때에는 회사의 재산에 대하여 이미 이루어지고 있는 채권 또는 담보권에 기한 강제집행, 가압류, 가처분 또는 담보권의 실행으로서의 경매절차 또는 국세징수법(소화 34년 법률 제147호)에 의한 체납처분 또는 국제징수의 예에 의한 체납처분 또는 재산개시(開示)절차는 실행절차에 대한 관계에 있어서는 그 효력이 없다.

제29조 (이중실행의 금지) ① 재판소는 실행절차의 개시결정을 한 때에는 다시 실행절차의 개시결정을 할 수 없다.

② 실행절차의 개시결정이 있은 후 다시 실행신청이 있는 때에는 그 신청은 실행절차에 관한 서류에 첨부함에 의해 배당요구의 효력이 발생하고, 개시결정을 받은 채권자가 실행신청을 취하한 때 또는 실행절차의 개시결정이 취소된 때에는 그 때에 실행절차의 개시결정을 받은 것으로 본다.

③ 전항의 규정에 의하여 실행절차 개시결정 이후의 실행신청이 실행절차의 개시결정을 받은 것으로 인정된 때에는 종전의 관재인은 계속하여 그 후의 절차에 있어서 관재인으로 된다.

### 제 3 절 회사의 총재산의 관리

제30조 (관재인의 선임 등) ① 관재인은 재판소가 선임한다. 이 경우, 재판소는 신청인의 의견을 들어야 한다.

② 신탁회사(신탁업법(평성16년 법률 제154호) 제3조 또는 제53조 제1항의 면허를 받은 자를 말한다), 은행 그 밖의 법인은 관재인이 될 수 있다.

③ 관재인은 그 직무를 수행하는 경우에 있어서 필요한 때에는 보조자를 사용할 수 있다.

제31조 (관재인의 선임 등) 재판소는 이해관계인의 신청에 의해 또는 직권으로 관재인을 해임할 수 있다. 이 경우에 있어서는 신청인의 의견을 들어, 그 관재인을 심문하여야 한다.

제31조의2 (관재인의 대리) ① 관재인은 필요한 때에는 그 직무를 수행하기 위하여 자기의 책임으로 1인 또는 수인의 관재인 대리를 선임할 수 있다.

② 전항의 관재인 대리의 선임에 관하여는 재판소는 허기를 하여야 한다.

제32조 (관재인의 권한) ① 실행절차의 개시결정이 있는 때에는 관재인은 회사의 총재산을 보전하기 위하여 이를 관리한다.

② 관재인은 회사의 상품 및 유가증권을 매각할 수 있다.

③ 관재인은 회사의 채권을 직접 추심할 수 있다.

제33조 (설명의무) 회사의 취체역, 집행역 및 감사역은 관재인의 청구에 의해 회사의 재산에 관해 필요한 설명을 하여야 한다.

제34조 (재산명세표) 관재인은 최고재판소가 정한 바에 의하여 회사의 총재산에 관한 재산명세표를 작성하고, 그 등본을 재판소에 제출하여야 한다.

제35조 (관리비용 및 보수) ① 관재인은 회사의 금전을 비용 및 보수에 충당할 수 있다.

② 신청인은 관재인의 청구에 의하여 비용 및 보수를 대신지급(立て替え)하여야 한다.

제36조 (파산법의 준용) ① 파산법(평성16년 법률 제75호), 제80조, 제85조, 제87조 제1항 및 제90조 제1항의 규정은 관재인에 관하여, 동법 제79조 및 제155조의 규정은 회사의 재산의 관리에 관하여, 동법 제87조 제1항의 규정은 관재인 대리에 관하여 준용한다. 이 경우에 있어서, 동법 제76조 제1항 중 ‘각각 단독으로 직무를 수행하거나 직무’라는 것은 ‘그 직무’로, 동법 제79조 및 제155조 중 ‘파산

관재인'은 '관재인'으로, 동법 제79조 및 제80조 중 '파산재단'은 '주식회사의 재산'으로, 동법 제90조 제1항 중 '파산자'는 '주식회사'로 대체하여 적용한다.

② 전항에 있어서 준용하는 파산법 제87조 제1항의 규정에 의한 결정에 대하여는 집행항고를 할 수 있다.

#### 제 4 절 환 가

제37조 (환가의 방법) ① 회사의 총재산(금전을 제외한다. 이하 이절에서도 동일하다)의 환가는 일괄경매 또는 임의매각에 의한다.

② 일괄경매는 회사의 총재산을 일괄하여 경매 또는 입찰의 방법에 의한다.

③ 임의매각은 회사의 총재산을 일괄하거나 또는 개별로 적절한 방법에 의한다.

제38조 (일괄경매의 경우의 평가) ① 일괄경매에 의한 때에는 관재인은 감정인에게 회사의 총재산 및 특별담보의 목적으로 되고 있는 재산의 평가를 의뢰하여야 한다.

② 감정인은 회사의 총재산의 평가를 함에는 이를 일체로 하여야 한다.

제39조 (최저경매가액) 전조의 규정에 의한 회사의 총재산의 평가액은 최저경매가액으로 한다.

제40조 (경매기일 및 경락기일) 경매기일은 관재인이, 경락일은 재판소가 정한다.

제41조 관재인은 경매기일, 경매 또는 입찰의 구별, 경락기일 및 최고재판소가 정한 사항을 공고하여야 한다.

제42조 ① 경매기일은 전조의 규정에 의한 공고 후 14일을 경과한 날 이후로 하여야 한다.

② 경매기일은 관재인이 시작한다.

③ 관재인은 경매기일에 경매에 관하여 조서를 작성하여야 한다.

제43조 ① 경락기일은 경매기일로부터 기산하여 14일을 넘을 수 없다.

② 경락기일은 재판소가 시작한다(開く).

제44조 (경락의 효과) ① 회사의 총재산은 대금의 지급이 있는 때에 경락인에게 이전된다.

② 전항의 경우에는 경락인은 회사의 영업에 관한 행정청의 허가, 인가, 면허 그 밖의 처분에 관한 지위를 승계한다. 단, 그 승계에 관하여 다른 법령에 위반 또는 제한이 있는 때에는 그 정함에 따른다.

제45조 (임의매각) ① 임의매각은 재판소의 인가를 받아 관재인이 실시한다. 단, 기업담보권자, 특별담보를 갖는 채권자 또는 회사의 제출이 있는 경우에 있어서 관재인이 기업담보권자 전원 및 특별담보의 목적으로 되어 있는 재산에 관하여는 그 특별담보를 갖는 채권자의 동의를 얻은 때로 한한다.

② 재판소는 전항의 인가신청이 있는 때에는 감정인에게 매각대가의 감정을 의뢰할 수 있다.

③ 회사의 총재산의 일부의 매각대금으로부터 실행절차의 비용을 공제하여 기업담보권자 및 이에 우선하는 채권자의 채권을 변제할 수 있는 때에는 다른 재산을 매각하여서는 아니된다.

제46조 특별담보의 목적으로 되어 있는 재산은 각각 별개로 매각하여서는 아니된다.

제47조 제45조 제1항의 규정에 의한 인가를 받지 못한 매각은 무효로 된다. 단, 그 무효는 선의의 매수인 또는 전득자에 대해서는 주장할 수 없다.

제48조 (유가증권의 명의개서) 기명유가증권이 매각된 때에는 관재인은 명의개서를 위하여 필요한 행위를 할 수 있다.

제49조 (지명채권의 양도통지) ① 지명채권이 매각된 때에는 관재인은 그 취지를 채무자에게 통지하여야 한다.

② 전항의 통지가 있는 때에는 경락인 또는 매수인은 지명채권의 취득을 채무자 그 밖의 제3자에 대항할 수 있다.

제50조 (민사집행법의 준용) 민사집행법 제59조, 제60조 제2항, 제63조, 제65조부터 제68조까지, 제69조부터 제71조까지, 제72조 제1항 및 제2항, 제74조부터 제76조까지, 제78조 및 제80조의 규정은 환가에 관하여 준용한다. 이 경우에 있어서 동법 제59조 제5항 중 ‘다음 조 제1항에 규정하는 매각기준가액’이라는 것은 ‘최저경매가액’으로, 동법 제60조 제2항 중 ‘집행재판소’라는 것은 ‘관재인’으로, 동항 및 동법 제71조 제6호 중 ‘매각기준가액’은 ‘최저경매가액’으로, 동법 제63조 제1항부터 제3항까지 및 제67조 중 ‘매수가능가액’은 ‘최저경매가액’으로, 동법 제65조 및 제67조 중 ‘집행관’은 ‘관재인’으로, 동법 제76조 제1항 중 ‘압류채권자(배당요구의 종기 후에 강제경매 또는 경매 신청을 한 압류채권자를 제외)’는 ‘실행의 신청을 한 채권자’로 대체하여 적용한다.

### 제 5 절 배 당

제51조 (금전의 인도 및 계산서 등의 제출) 환가가 완료된 때에는 관재인은 재판소가 지정하는 날에 재판소 서기관에게 회사의 금전을 인도하고, 직무집행에 관한 비용의 계산서 및 그 증명서류와 같이 임의매각에 의해 환가한 때에는 환가에 관한 보고서를 제출하여야 한다.

제51조의2 (배당요구) 채권자는 일괄경매에 의해 환가를 하는 경우에는 경락기일의 종료에 이르기까지 임의매각에 의해 환가를 하는 경우에는 재판소가 정하여 공고한 날까지 재판소에 배당요구를 할 수 있다.

제52조 (배당) 재판소는 일괄경매에 의한 매각대금, 제51조의 규정에 의해 인도를 받은 금전 및 제35조 제1항의 규정에 의해 관재인이 비용 및 보수에 충당한 금전의 합계액으로부터 실행절차의 비용을 공제하여, 우선 기업담보권자 및 이에 우선하는 채권자에게 배당하고, 그 잔여액을 다른 채권자에게 배당하여야 한다.

제53조 ① 특별담보를 갖는 채권자가 받아야 하는 배당액은 그 특별담보의 목적으로 되어 있는 재산가액으로부터, 전조의 합계액에 대한 그 재산가액의 비율을 실행절차의 비용에 곱한 금액을 공제한 액을 한도로 한다.

② 특별담보의 목적으로 되어 있는 재산의 가액은 일괄경매에 의해 환가한 때에는 제38조 제1항의 규정에 의한 회사의 총재산의 평가액에 대한 동항의 규정에 의한 그 재산의 평가액의 비율을 일괄경매에 의한 매각대금으로 곱하여 얻은 금액, 임의매각에 의해 환가한 때에는 그 매각가액으로 한다.

제54조 (등기 및 등록) ① 관재인은 기업담보권 및 이에 우선하는 채권자의 배당표가 실시된 때에는 즉시 다음에 열거한 등기 및 등록을 신청하여야 한다.

1. 기업담보권의 등기 및 제23조의 규정에 의해 이루어진 등기의 말소
2. 등기 또는 등록된 회사의 재산에 관하여 소멸한 권리의 등기 또는 등록 및 제24조의 규정에 의하여 이루어진 등기 또는 등록의 말소 및 경락인 또는 매수인의 권리취득의 등기 또는 등록

② 전항 제1호의 등기신청에 필요한 비용은 실행절차의 비용으로 하고, 동항 제2호의 등기 또는 등록의 신청에 필요한 비용은 경락인 또는 매수인의 부담으로 한다.

제55조 (민사집행법의 준용) 민사집행법 제84조, 제85조, 제96조 제1항 및 제3항, 제88조부터 제92조까지의 규정은 배당에 관하여 준용한다.

## 제 6 절 잡 칙

제56조 (압류의 소멸) 실행신청의 취하가 있는 때에는 제20조의 규정에 의한 압류는 소멸한다.

제57조 (회사재산의 인도) ① 재판소는 회사의 신청에 의해 또는 직권으로 제45조 제3항의 규정에 의해 매각이 금지된 회사의 재산에 관하여, 회사에 인도하여야 한다는 취지를 관재인에게 명할 수 있다.

② 전항의 규정에 의한 재판소의 명령에 의해 관재인이 회사에게 인도한 재산에 관하여는, 제20조의 규정에 의한 압류는 그 인도시에 소멸한다.

제58조 (신청의 취하 등의 공고) 재판소는 실행절차가 실행신청의 취하 또는 실행절차의 개시결정의 취소에 의해 종결된 때에는 즉시 그 취지를 공고하여야 한다.

제59조 (신청취하 등의 경우의 등기 및 등록) 관재인은 실행절차가 실행신청의 취하 또는 실행절차의 개시결정의 취소에 의해 종결된 때에는, 지체없이 제23조 또는 제24조의 규정에 의하여 이루어진 등기 또는 등록의 말소를 신청하여야 한다. 제57조 제2항의 규정에 의하여 압류가 소멸된 재산에 관하여도 같다.

## 제 3 장 벌 칙

제60조 (수취죄) ① 관재인 또는 관재인 대리가 그 직무에 관하여 뇌물을 수수하거나 이를 요구하거나 약속한 때에는 3년 이하의 징역 또는 20만엔 이하의 벌금에 처한다.

② 관재인이 법인인 때에는 관재인의 직무에 종사하는 그 임원 또는 직원이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수하거나 요구하거나 약속한 때에는 3년 이하의 징역 또는 20만엔 이하의 벌금에 처한다. 관재

인이 법인인 경우에 있어서 그 임원 또는 직원이 관재인의 직무에 관하여 관재인에게 뇌물을 수수하게 하거나 그 공여를 요구하거나 약속한 때에도 이와 같다.

③ 범인 또는 법인인 관재인이 수수한 뇌물은 몰수한다. 그 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 때에는 그 가액을 추징한다.

제61조 (증퇴죄) 전조 제1항 또는 제3항에서 규정한 뇌물을 공여하거나 그 신청 또는 약속을 한 자는 3년 이하의 징역 또는 20만엔 이하의 벌금에 처한다.

제62조 (설명 의무 위반의 죄) 제33조의 규정에 의해 설명의무가 있는 자가 정당한 이유없이 그 설명을 하지 않거나 허위의 설명을 한 때에는 1년 이하의 징역 또는 5만엔 이하의 벌금에 처한다.