

Chapter 14 The the Act on Security over Movable Property, Receivable, etc.

제12장 동산·채권 등의 담보에 관한 법률

I. 서설

우리나라는 오늘날 세계에서 그 유례가 없을 정도로 경제강국으로 발전하였으나 1997년에 발생한 외환관리위기와 그 이후에 파생된 문제들로 인하여 아직도 위기를 극복하지 못하고 많은 어려움을 겪고 있는 것도 사실이다. 기업의 국제경쟁력이 무엇보다도 요청되는 이 시점에서 기업이 그 운영자금을 원활히 조달할 수 있도록 하는 것은 매우 중차대한 문제라 할 것이다. 기업이 자금을 조달함에 있어서는 증권시장 등을 이용하는 것이 가장 바람직하지만 신용과 담보물이 부족한 중소기업들은 애로사항이 많을 수 밖에 없다. 특히 우리나라 금융기관들은 擔保價値를 지속적으로 유지할 수 있는 부동산에 대한 선호도가 매우 크고¹⁾ 상대적으로 담보의 위험성이 큰 동산에 대하여는 관심조차 기울이지 않은 것이 금융계의 현실이다. 즉 우리나라의 담보제도는 이러한 부동산의 장점 때문에 지나치게 不動產擔保制度 위주로 구성되어 있어 그동안 자본의 원활한 흐름이 저해되어 왔다. 그러나 최근에는 동산이나 채권 등의 권리가 부동산보다 더 많아지고 있는데 중소기업중앙회의 2007년의 통계자료에 의하면 제조업과 컴퓨터분야의 중소기업의 부동산은 약 86조 원이지만 동산이나 채권 등은 약 336조원으로서 부동산의 4배에 가깝게 성장하고 있다.²⁾ 따라서 기업의 자금흐름을 원활히 하기 위해서는 동산이나 채권 등의 담보제도에 대한 입법이 불가피하게 되었다. 물론 민법에 의한 유치권, 질권, 저당권 그리고 민사특별법에 의한 가등기담보, 공장저당 및 광업재단저당, 자동차 및 항공기 등 동산저당, 입목저당, 판례에 의한 양도담보 등의 물적담보제도가 있었으나 신용거래 내지 금융거래의 안전을 확보하기 위한 담보제도로는 유용성이 크지 않았기 때문에 부동산 이외에 재산을 담보로 제공할 수 있는 제도가 마련되어야 한다는 목소리가 커지게 되자 2005년부터 법무부와 법원행정처는 동산·채권 담보제도를 개선하고자 하였다. 마침내 2010년 6월 10일에 “동산·채권 등의 담보에 관한 법률”을 제정하기에 이르렀는데 이러한 물적담보제도는 향후에 우리나라 담보법의 역사에서

커다란 획을 그을 정도로 중요한 법이라고 판단된다. 이하에서는 동산·채권 등의 담보에 관한 법률에 관한 내용을 살펴보고 2012년 6월 시행을 앞두고 있는 이시기에

1) 부동산은 동산에 비해 담보재산의 소유자가 누구인가 분명하므로 去來의 安全을 해할 염려가 없다는 점에서 부동산이 주로 담보의 대상으로 이용되어 왔다. 김용길, 집합물의 양도담보이론과 판례의 동향, 고시계사, 2006, 14면.
2) 김재형, “『동산·채권 등의 담보에 관한 법률』 제정안의 구성과 내용”, 법조 통권 제638호, 법무부, 2009, 9면.

그 시행에 대한 문제점은 없는지를 보면서 향후 그 시행에 도움을 주는 한편 민법 개정에도³⁾ 일조하는 방향으로 검토해 보고자 한다.

II. 입법과정과 체제

1. 각국의 담보제도의 개선동향

각국이나 국제기구는 경제활동이 활발해지고 있는 현실적 요청에 따라 담보가치의 증대와 확장을 위해 담보수단을 새롭게 창출하는 데 노력을 경주하고 있으며 특히 금융거래의 세계화라는 도도한 추세 속에서 動産擔保制度를 국제적으로 통일 내지 조정하려는 움직임이 있어 왔다.⁴⁾ 예를 들면 미국은 1952년경부터 動産擔保制度를 본격적으로 연구, 개선하면서 많은 경험을 축적하였고, 특히 통일상법전(Uniform Commercial Code: U.C.C.) 제9편 담보거래를 1999년에 개정하여,⁵⁾ 2001年 7月1日부터 거의 모든 州에서 채택하여 시행 중에 있다. 영국은 회사의 영업재산을 하나의 권리의 객체로 하는 소위 浮動擔保制度가 있고, 일본은 영국의 浮動擔保制度를 모태로 한 企業擔保制度가 있으며, 자산유동화와 관련하여 1998년에 채권양도의 등기제도를 입법하였으며, 2004년에는 동산 및 채권의 양도의 대항요건에 관한 민법의 특례에 관한 법률로 개정하였다.⁶⁾ 프랑스에서는 이미 1909年 3月17日에 ‘영업재산의매매와담보에관한법률’을 제정하여 영업재산의 담보화를 명문화하였다. 그 밖에 유럽부흥개발은행(European bank for Reconstruction and Development : EBRD)은 유럽동구국가들이 자본주의로 이행함에 있어서 모델이 될 動産擔保制度를 제시할 목적으로 1994年 3月에 모델담보법(Model Law on Secured Transactions)을 공표하였고,⁷⁾ 사법통일을 위한 국제협회(International

3) 2010년 2월 18일에 민법 개정이 부분적으로 이루어져 2013년 7월 1일 시행된다. 법무부는 이번 개정을 시작으로 물권, 채권에 이어 전체 보완까지 3단계에 걸쳐 민법을 전면적으로 바꿀 예정이다. 그 주요 내용은 성년 기준이 2013년 7월부터 만20세에서 만19세로 낮아진다. 또 후견계약제가 도입돼 본인이 후견인과 후견 내용을 직접 정할 수 있게 된다. 성년 기준이 바뀔에 따라 약 60만명이 새로 성인 인구에 포함된다. 만19세가 되면 부모 등 법정대리인의 동의를 받지 않아도 자녀 입양을 할 수 있으며 신용카드 개설, 보험 계약 등 법률행위를 독자적으로 할 수 있다. 또 치매 등이 발생하기 전에 자신을 후견할 사람과 후견 내용을 정한 뒤 가정법원에 알리면 정해진 대로 후견을 받을 수 있다. 후견인이 대리하지 않을 경우 법률행위가 모두 취소 가능한 현행 금치산· 한정치산제도 대신 피후견인의 의사를 존중하는 성년후견· 한정후견제도도 도입된다. 한국경제, 2011년 2월 18일자.

4) 獨逸 文獻으로서는 Thilo Rott, Vereinheitlichung des Rechts der Mobiliarsicherheiten Möglichkeiten und Grenzen im Kollisions-, Europa-, Sach- und Vollstreckungsrecht unter Berücksichtigung des US-amerikanischen Systems der Kreditsicherheiten, (2000), S. 58ff. 梁彰洙, “獨逸의 動産擔保改革論議”(서울大學校 法學 第44卷 第2號, 2003), 136면 참조.

5) 김재형, “동산담보제도의 개혁방안,” 한국민사법학회, 민사법학 제30호, 2005, 3-37면 참조.

6) 양창수, “일본에서의 동산담보 개혁논의,” 서울대학교 법학연구소, 법학 제46권 제3호(통권 제136호), 2005. 9, 1-38면; 松岡久和, 윤태영(역), “일본에서의 비전형담보법의 최근 동향,” 한국민사법학회, 민사법학, 제 39-2호, 2007. 12, 369-449면; 변우주, “새로운 담보제도로서의 채권양도등기제도 - 일본의 채권양도등기제도와 관련하여 -,” 경북대학교 법학연구소, 법학논고 제29집, 2008. 12, 257-283면 참조.

7) Karsten Dageförde, Das besitzlose Mobiliarpfandrecht nach dem Modellgesetz für Sicherungsgeschäfte der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung(Model Law on Secured Transactions), in : ZeuP 1998, S. 686ff. 참조. 國生 一彦, “改正米國動産擔保法”(商事法務研究會, 2001), 99면.

Institute for the Unification of Private Law: UNIDROIT)는 1988년부터 이래 일정한 동산에 대한 담보제도의 통일을 위한 작업을 시행하여 1997년에 그 잠정안 (preliminary draft UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment)을 제정, 발표하고⁸⁾ 2001년 11월에 ‘이동장비에 대한 국제담보권협약 (일명 Capetown Convention)을⁹⁾ 채택하였다. 그리고 유엔국제거래법위원회 (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL)에서는¹⁰⁾ 1970년 이래 담보법 분야의 통일을 지향하는 작업을 꾸준히 진행하여¹¹⁾ 2000년 2월에 ‘담보거래에 관한 입법지침안(draft Legislative Guide on Security Transactions)’을 발표하였고,¹²⁾ 2001년 12월에는 ‘국제거래 매출채권의 양도에 관한 협약(Convention on the Assignment of Receivables in International Trade)’을 정식으로 채택하였으며 2002년 5월부터 동위원회의 제6작업그룹(擔保權)이 위 지침안을 검토하여 발표한 후,¹³⁾ 2007년 12월 담보거래에 관한 입법지침 (UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions(이하 ‘입법지침’이라 한다)을 만장일치로 채택하였다.¹⁴⁾ 아울러 1989년 이후에 유럽부흥개발은행(European Bank for Reconstruction and Development: EBRD)은 자유경쟁체제로의 전환을 지원하기 위하여 1994년에 모델담보거래법(Model Law on Secured Transaction)을, 2004년에 담보거래법 10대 주요 원칙(the EBRD Ten Core Principles for Secured Transaction Laws)과 담보권의 공시 즉 담보등록제도 개발을 위한 기본 원칙(Publicity of Security Rights- Guiding Principles for the Development of a Charges Registry)을 천명하였다.¹⁵⁾ 또한 유럽연합(European Union : EU)에서도 1997년과 1998년에 ‘소유권유보부거래에관한지침시안(draft Directive on

8) R.M.Goode, Transcending the Boundaries for Earth and Space : The UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment, (Revene de Droit Uniform 1988), p.52; Ronald C. C. Cuming, The Draft Convention on International Interests in Mobile Equipment,(30 U.C.L.J.),p.365; 梁彰洙, 전계논문, 136면.

9) 2001년에 남아프리카 케이프타운에서 개최된 외교 회의에서 채택된 동 협약 및 항공기의정서의 정식 명칭은 「이동장비의 국제적 권리에 관한 협약 및 항공기 장비에 특별한 이동 장비의 국제적 권리에 관한 협약의정서」(Convention on International Interests in Mobile Equipment and the Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Aircraft Equipment)이다. 國生 一彦, 前掲書, 100面; 김문환, “항공기담보 등의 조약에 관한 외교회의”, 韓國商事法學會 2001년도 동계 학술발표대회 및 <http://www.unidroit.org> 참조.

10) UNCITRAL, Security Interests : Current acivities and possible future work, A/CN.9/475 (2011.2.1. 방문) <<http://www.uncitral.org/en-index.htm>> 참조.

11) 독일의 막스플랑크법연구소에 주요국의 擔保法에 대한 報告書의 작성을 의뢰하였는데 1977년에 그 결과가 제출되었다. Ulrich Drobnig, Legal Principles governing security interests (Year book of the United nations on International Trade Law, 1977, Vol. VIII), 173-221이다.

12) 國際聯合 文書番號 A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1부터 Add.12까지.

13) 제6작업그룹은 2002년 5월에 뉴욕에서, 동년 12월에 비엔나에서, 2003년 3월에 다시 뉴욕에서 회의를 열었다. 그 결과 보고서인 Report of Working Group VI(Security Interests) on the work of its first session, second session, third session)가 유엔문서 A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532로 발표되었다.

14) 동산담보법의 세계적인 통일화가 미국에 의하여 주도되고 있는 이유는 영미담보법이 매우 실용적이고 현실 적용력이 뛰어나기 때문이다. 김상용, 전계논문, 363면.

15) 석광현, “UNCITRAL의 담보지침과 우리나라의 동산채권담보법제,” 법무부, 통상법률, 통권 제88호, 2009. 173-178면; 법무부, UNICITRAL 담보권입법지침 연구, 2010, 1-770면.

Delays of Payment)’을 내놓았고, 미주기구(Organization of American States: OAS)에서도 미국 및 캐나다의 動産擔保法의 영향을 받아 통일된 담보법제를 마련하기로 하고 모델법 작성에 착수하는¹⁶⁾ 등 동산담보제도의 개선에 심혈을 기울이고 있다. 이와 같이 영미법계통의 국가에서는 활발하게 동산·채권담보제도를 운용, 발전하고 있으나, 대륙법계통의 국가에서는 그러한 제도의 개선에 소극적인 입장이다.¹⁷⁾

2. 입법의 필요성

가. 국제기구의 담보제도 개선 권고

세계은행이나 국제통화기금은 우리나라 등 1997년말 외환위기를 겪은 국가에 대하여 擔保制度를 개선하도록 권고하였는데,¹⁸⁾ 이에 따라 우리나라는 세계화의 흐름을 인지하여 대다수의 규범을 국제화함으로써 선진 금융기법을 도입하게 되었다. 그러나 우리나라는 아직 선진제국의 다양한 金融制度가 부족하다고 할 수 있는데 그동안 住宅抵當債權擔保附證券(Mortgage-backed Securities : MBS)制度나 資產擔保附證券(Asset-backed Securities : ABS)制度¹⁹⁾ 기업구조조정투자회사법에 의한 기업구조조정증권, 부동산투자회사법²⁰⁾에 의한 부동산투자회사 등 새로운 金融制度를 도입하였으나 그 용어가 생소할 뿐만 아니라 제대로 인식하기도 어려워 아직까지 사회적 공감대가 형성되지 않고 있다. 이러한 제도들은 신용을 중심으로 각국마다 독특하게 발전해왔기 때문에 하루아침에 우리가 이를 받아들여 완전히 소화하거나 전면적으로 정착시키기에는 다소 시간이 필요할 것으로 보인다.

나. 담보제도의 이용저조

우리나라의 담보제도에는 민법이 규정하는 典型擔保制度와 그 이외의 非典型擔保制度 또는 變則擔保制度가 있다. 비전형담보제도는 판례 등에 의해서 인정된 담보제도로써 가등기담보와 양도담보, 매도담보, 소유권유보부매매 등이 있다. 이러한 담보제도 가운데 현재 금융거래계에서 많이 이용되고 있는 것은 저당제도를 포함한

16) 國生 一彦, 前掲書, 100面; 朴煥日, “商事債權에 대한 새로운 擔保手段의 摸索: 國際機構에서의 論議를 中心으로”(韓國商事法學會 商事法研究 第21卷 第1號 通卷 第33號, 2002), 145-170면 參照.

17) 김상용, “동산담보권의 통일화와 등록에 의한 저당권화로의 새로운 경향,” 한국민사법학회, 민사법학 제41호, 2008. 6, 394면.

18) 法務部 編, 各國의 動産擔保制度(法務資料 第228輯, 1999)는 이러한 要求에 對應하기 위한 作業의 一環으로 出간된 것으로 보인다. 梁彰洙, “獨逸의 動産擔保改革論議”(서울大學校 法學 第44卷 第2號, 2003), 137면 주 10 참조.

19) 고정된 有無形資產을 담보로 流動化證券(asset-backed securities:ABS)을 발행하여 자금흐름을 원활히 하는 것을 말한다. 자산유동화에 관한 법률은 1998. 9. 16 법률 제5555호로 제정되었다; 정남휘, “동산·채권 양도등기에 관한 입법론적 고찰,” 대한법무사협회, 법무사, 통권 제509호, 2009. 11, 6-7면 참조.

20) 제정 2001. 4. 7 법률 제6471호.

典型擔保制度와 假登記擔保制度 및 讓渡擔保制度 등이라 할 수 있다. 그러나 현실을 들여다보면 저당제도 및 가등기담보제도의 객체는 등기나 등록을 할 수 있는 물건에 한하고, 양도담보도 등기나 등록을 할 수 있는 물건 중심으로 활용되어 왔다.²¹⁾ 그런데 가등기담보등에관한법률의 제정으로 양도담보가 이의 적용을 받게 되자 권리행사가 복잡하여 담보권자들이 이를 기피하게 되어 담보물이 부족한 기업이나 개인은 금융거래에 많은 어려움을 겪게 되었다.

다. 신용제도의 미비

정부나 금융계는 자금이 열악한 중소기업에 신용보증기금이나 기술신용보증기금²²⁾ 등을 통하여 신용 및 기술을 담보로 금융을 지원하고 있지만 역시 신용 및 기술을 담보로 하여 금융을 얻는다는 것은 어느 한쪽의 노력만으로 이루어질 수 없는 것이고 정부, 금융계 및 중소기업이 삼위일체가 되어 공존한다는 공동의식이 있어야만 가능한 난제이다.²³⁾ 기업이 자금을 조달하기 위하여는 대개 소유재산을 담보로 제공한다. 기업 내에는 비교적 擔保價値가 큰 부동산외에도 원재료나 반제품, 생산제품, 재고상품 등이 있다. 그런데 부동산이나 일정한 장소에 고정되어 있는 기계·기구 등 특정동산은 목적물이 특정되어 있어 담보로 제공하기가 비교적 쉬우나, 원재료나 반제품·제품 및 재고상품 등과 같은 이른바 流動動産은 일정한 장소에 항상 고정되어 있는 것이 아니고 기업의 경영활동에 따라 그 내용이 끊임없이 증감, 변동하는 것이기 때문에 그 特定이 어려워 담보목적물로 제공하기가 매우 곤란하다.

그러나 특정할 수 없는 流動動産은 기업의 영업활동에 필요한 중요 자산의 일부로서 여전히 담보물로서의 재산적 가치도 충분하다고 할 수 있다. 유동동산은 하나의 독립한 물건으로서 존재하기 때문에 각각을 독립한 물건으로 평가한다면 그 경제적 가치가 그다지 크지 않으나, 상당한 수량을 모아 군집하여 그 전체를 하나의 물건으로 취급하면 경제적 가치가 큰 담보물로 될 수 있다.

라. 동산 및 채권 담보가치의 성장

우리나라는 그동안 수출산업의 비약적인 성장으로 자산이 축적되면서 담보가치가 높은 동산 및 채권의 비중이 급속도로 증대하여 왔다. 그동안 굴뚝산업으로 대표되는 제조업 이외에 기술집적 산업과 서비스의 산업이 발달하면서 대기업은 물론 중소기업이나 서비스업체, IT업체 등의 경우에도 부동산의 비중이 점점 낮아지고

21) 금융감독원의 금융통계를 살펴보면 2009년 6월말 은행경영상 전체 담보는 약 457조원이고 그 중 부동산담보는 약 421조원으로 여전히 90%가 넘는다. <http://fisis.fss.or.kr>.

22) 技術開發促進法·産業發展法·環境技術開發 및 支援에 관한 法律 등에 의한 科學技術振興基金, 中小企業創業支援法 등에 의한 中小벤처企業創業資金, 情報化促進基本法의 情報化促進基金 등이 있다.

23) 高翔龍, “流動集合動産의 讓渡擔保”(韓國比較私法學會 比較私法 第3卷 1號, 1996), 5면; 高翔龍, 物權法(法文社, 2001), 789면.

기술집적의 결과에 따른 지적재산권 등 가치있는 자산을 보유하고 있는 기업들이 급격하게 늘어나게 되었다. 예를 들어 한국은행의 기업경영분석자료에 의하면 우리나라 기업의 보유자산 중 부동산의 비중은 꾸준히 줄어들고 있는데 2004년에 22.73%, 2005년에 20.95%, 2006년에 20.23%로 서서히 줄어들고 있다. 특히 IT 기업의 경우 보유자산 중 부동산의 비중은 매출채권의 비중에 크게 미치지 못하며 2006년의 경우 부동산의 비중은 6.53%로서 매출채권의 비중인 20.73%에 비하면 3할에도 미치지 못하고 있다.²⁴⁾

마. 공시제도의 필요

부동산의 경우에는 등기에 의하여 공시함으로써 법률관계의 명확성을 기할 수 있으나 동산 및 채권의 담보의 경우에는 양도담보 계약 이후에도 담보권설정자가 담보물을 직접 점유하고 있어서 담보권자는 간접점유자의 입장에 서게 되므로 제3자가 물권변동관계를 확인하는데에는 어려움이 많게 된다. 즉 고대로부터 현실의 인도를 동산물권의 이전의 표상으로 하여 왔으나 이러한 공시방법을 근대화하여 동산위의 권리관계를 공적장부에 등기 또는 등록으로 바꾸어 놓는다는 것은 극히 어려운 일이다.²⁵⁾ 이는 동산의 종류가 너무나 다양할 뿐만 아니라 또한 쉽게 그 모양이 변하는 것들이 적지 않기 때문에 등기부에 기재하는 것이 기술적으로 어렵다는 것이다. 그래서 오래전부터 현실의 인도가 공시방법으로 되어 왔으나 그 후 물건의 현실점유상태를 이전하지 않는 간이한 인도방법인 간이인도, 점유개정, 목적물반환 청구권의 양도가 인정되어 왔으나 그 결과 인도는 공시방법으로서 매우 불완전한 것으로 되어 있었다.²⁶⁾ 따라서 담보가치가 많은 다수의 동산이나²⁷⁾ 채권²⁸⁾ 및 장래에 발생하는 동산이나 채권에 대한 담보방법이 매우 필요하게 되었다.

3. 동산·채권 담보법의 체제

가. 입법과정

24) 윤성근, “한국에서의 동산 및 채권담보법 입법방안,” 국제거래법연구 제16집 제2호, 국제거래법학회, 2007, 214면.

25) 박윤직, 물권법 제7판, 박영사, 2008, 28면.

26) 고상룡, 전계 물권법, 47면.

27) 담보로서 가치를 가지는 동산의 다수는 생산시설 등 사용가치가 실현되고 있는 물건이며 그 소유자가 이것을 담보로 돈을 차용하려고 하는 이유는 사업자금을 조달하려고 하는 경우가 대부분이라는 점에 동산질권의 한계가 있다. 동산의 양도담보를 둘러싸고 당사자간에 발생하는 분쟁의 대부분은 이러한 공시제도의 미비에 기인하는 것이다. 윤성근, 전계논문, 214~215면.

28) 채권에 관한 담보로서의 채권질권은 현대에 와서 오히려 동산에 대한 질권보다 더 많이 활용되고 있는데, 특히 지시채권이나 무기명채권은 증서의 교부에 의하여 훌륭하게 공시되므로 비교적 활발히 이용되고 있다. 그러나 지명채권에 대한 담보는 그것이 채권질권의 방식이건 양도담보의 방식이건 채권양도의 대항요건에 의하여 공시될 수 밖에 없는데 이 방식 또한 동산에 대한 양도담보와 마찬가지로 대외적으로 제3자가 알기 어렵다는 약점을 가지고 있다. 윤성근, 전계논문, 215면.

동산 및 채권 등의 담보에 관한 입법의 필요성에 따라 경제계의 수용에 부응하여 실제로 활용할 수 있는 제도를 만들어야 할 것이다. 우리나라에서 1997년 금융위기 이후 동산 및 채권을 보다 쉽게 담보로 제공할 수 있도록 하는 방안이 도입되었는데 그 논의의 핵심은 공시방법으로서의 등기제도의 도입에 있었다.²⁹⁾ 그런데 그러한 입법방식으로 민법 자체의 개정 방식에 의할 것인지 또는 특별법의 제정이라는 방식에 의할 것인지 검토되었는데 일단 특별법의 제정으로 방향을 잡았다.³⁰⁾ 한편, 미국 통일상법전 제9장에 있는 담보거래(Secured Transaction)제도 또는 UNCITRAL 입법지침의 제8장, 제9장³¹⁾ 등을 검토하면서 더욱 구체화되었다. 2005년 이후에는 법원행정처,³²⁾ 법무부, 재정경제부에서 동산 및 채권담보제도를 개선할 것을 공표하였다. 대법원은 2006년 10월경 법원행정처 주관하에 관련법제의 연구 및 새로운 법규범의 제정을 추진하기 위한 ‘특수등기연구반’을 발족하여, 2007년 11월 “동산 및 채권의 양도등기에 관한 특례법(안)”을 마련하였다.³³⁾³⁴⁾ 한편, 법무부는 2008년 3월 5일 “동산 및 채권의 담보에 관한 특례법 제정 특별분과위원회”를 구성하여 법안을 작성하였다.³⁵⁾ 위원회에서는 약 1년 동안 법안을 작성하여 2009년 3월 18일 법무부에 위원회안을 제출하였으며, 법률안의 명칭을 “동산·채권 등의 담보에 관한 법률(안)”로 확정하였다.³⁶⁾ 법무부는 2009년 7월 3일 입법예고를 거쳐, 2009년 7월 17일 공청회를 개최하였고, 2010년 5월 19일 국회를 통과하여, 2010년 6월 10일 법률 제10366호 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률(이하 “동산·채권 담보법”이라 함)」로 공포하였는데³⁷⁾ 이는 총 64개 조문과 부칙 4

29) 석광현, “UNCITRAL의 담보지침과 우리나라의 동산·채권담보법제,” 통상법률 통권 제88호, 법무부, 2009, 178면.

30) 민법의 개정은 우선 그 작업이 지나치게 방대하고 실제 국회에서 통과되는 데에도 상대적으로 어려움이 클 뿐만 아니라 차후 도입되는 제도를 수용할 경우에 특별법 형태가 수정하기가 용이할 것으로 생각되었다. 민법의 개정 여부에 대한 검토는 보다 장기적인 과업으로 남겨둘 수 밖에 없었다. 윤성근, 전계논문, 218면.

31) UNCITRAL 입법지침이 제시하고 있는 제도의 핵심적인 목적은 동산 및 채권 양도등기에 관한 법률안을 준비함에 있어서 좋은 가이드라인이 되었다. 제2장 및 제3장의 적용범위나 일반적인 규칙, 기본적인 접근방법 등에 관한 입법지침도 대체로 법안을 준비함에 있어서 그대로 채택이 되었다. 다만, 유가증권이 작성된 동산, 무기명채권증서 등 일정한 증권, 지적재산권 등은 등기 대상에서 제외되었다. 윤성근, 전계논문, 218~219면.

32) 대법원은 2006년 1년동안 국제규범연구반의 활동을 통해 국제상거래, 지적재산권, 국제소송등에 관한 연구 결과를 발표하였다. 법원행정처, 국제규범의 현황과 전망 - 2006년 국제규범연구반 연구보고 -, 2006. 12. 그 후 법원행정처는 2007년 10월 동산 및 채권의 양도등기에 관한 법률안을 채택하였다.

33) 정남휘, 전계논문, 7-19면, 국회법제사법위원회, “동산 및 채권양도의 공시제도에 대한 입법적 고찰,” 2008. 12. 1-103면. 법률안의 준비과정은 윤성근, “한국에서의 동산 및 채권담보법 입법방안,” 국제거래법학회, 국제거래법연구 제16집 제2호, 2007. 12. 219-220면. 참조

34) 대법원안은 의원입법의 형태로 추진되었던 것으로 보인다. 2009. 1. 13 우윤근의원 등에 의해 “채권양도등기에 관한 특별법안”이 발의되었고, 2009. 2. 24 법제사법위원회에 보고되었다(국회사무처, 제281회 법제사법위원회회의록, 2009. 2. 24).

35) 김재형, “담보제도의 개혁방안,” 한국법학원, 저스티스, 통권 제106호, 2008. 6. 658면.

36) 법무부, 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률 제정안」 공청회, 2009. 7. 17, 3면.

37) 법무부안은 2010. 2. 16 “동산·채권 등의 담보에 관한 법률안”으로 국회법제사법위원회에 보고되었고(국회사무처, 제281회 법제사법위원회회의록, 2010. 2. 16), 2010. 4. 29 심사시 담보권자에게 현황조사요구권을 부여하는 등 제도적 보완사항이 보고되었고(국회사무처, 제289회 법제사법위원회회의록, 2010. 4. 29), 2010. 5. 19 심사시 담보권설정자의 자격, 담보권실행방법 등 보완사항이 보고되었다. 국회사무처, 제290회 법제사법위원회회의록, 2010. 5. 19.

개 조항으로 구성되어 있다. 동산·채권 담보법은 동산 및 채권의 담보를 활성화하기 위하여 동산·채권의 담보에 관한 담보등기제도를 도입하고 담보권의 내용이나 실행 등에 관하여 포괄적인 규정을 두었다. 또한 지적재산권에 관해서도 공동담보를 설정할 수 있도록 특례규정을 두었다.

나. 기본구성 및 체제

1) 담보권의 법적 구성

동산이나 채권 담보법에 관한 담보제도를 새롭게 도입하면서 그 법적성질을 담보권으로 규정하였는데,³⁸⁾담보권적 구성이 소유권적 구성보다 당사자들에게 실제의도나 합리적인 이해를 더 잘 반영하기 때문이다. 이는 종래의 양도담보가 판례에 의해서 채택되었으나 민법 제185조의 물권법정주의와 관련하여 논란이 있었던 것을 동산·채권 담보법을 제정하면서 새롭게 담보물권으로 창설하였다. 이 법에 따라 담보등기를 하면 원칙적으로 양도담보 뿐만 아니라 소유권유보부매매 금융리스 등 그 약정내용과 무관하게 이 법에 따른 담보권으로 취급될 것이다. 동산과 채권을 한꺼번에 담보하는 것은 허용되지 않기 때문에 담보등기부에는 동산담보등기부와 채권담보등기부로 구분하고 있는데(제2조 제8호 제2문)이는 앞으로 개선할 여지가 있는 부분이라 할 수 있다. 동산 및 채권에 관한 담보제도를 새롭게 도입하면서 기존의 담보제도인 민법상의 질권이나 판례로 인정되어 온 양도담보, 금융리스, 소유권유보부 매매 등이 병존하도록 하면서 어느 것에 우선적 지위를 부여하지 않고 있다. 이는 통일적인 담보권제도를 채택하고 있는 외국의 입법례에³⁹⁾ 비하여 예외적인 조치인데 이는 기존 담보법제에 대하여 전환비용이나 혼란이 예상됨으로써 지나치게 급격한 변화를 초래를 우려한 때문이다. 그러나 동산·채권 담보제도는 동산이나 채권에 대하여 공적장부에 공시하게 됨으로써 편리하게 담보로 제공할 수 있으므로 당사자들이 많이 이용될 것이 예상된다. 한편 복수의 지적재산권을 공동담보로 제공할 수 있도록 특례만을 규정하였다. 개별 지적재산권에 대해서는 이미 담보로 제공하고 이를 등록할 수 있는 제도가 마련되어 있기 때문이다. 즉 특허청 등이 등록원부를 관장하고 있으므로 지적재산권에 대한 담보권은 해당 등록원부에 등록을 하도록 하였다.

2) 담보등기제도

38) 동산·채권 담보법을 도입하면서 그 법적성질을 담보권으로 구성할 것인지, 아니면 양도담보나 소유권유보부매매와 유사하게 소유권으로 구성할 것인지 문제되었다. 특히 당사자들의 선택에 따라 양도담보 등 소유권이 전형 담보를 설정하고 이 법에 따라 등기를 허용할 것인가 문제되었다. 김재형, 진계 “『동산·채권 등의 담보에 관한 법률』 제정안의 구성과 내용”, 11면.

39) UCC 제9장 담보거래편 및 UNCITRAL에서 마련하고 있는 담보거래에 관한 입법지침 등. 석광현, “UNCITRAL의 담보지침과 우리나라의 동산·채권담보법제,” 통상법률 통권 제88호, 법무부, 2009, 182면.

담보등기제도는 동산·채권 담보법의 제정에 있어서 아주 핵심적인 문제인데, 공시제도를 도입하면서 담보등기제도를 택할 것인지 또는 양도등기제도를 택할 것인지 논란이 있었다. UCC나 EBRD의 모델담보법, UNCITRAL의 담보거래에 관한 입법지침초안 등에서는 담보등기제도를 채택하고 있는데 우리 동산·채권 담보법에서도 동산 및 채권담보에 관하여 담보등기제도를 도입하고 지적재산권에 관해서는 개별 지적재산권의 등록을 관장하는 기관에서 담보권에 관한 등록을 하도록 하였다. 이와 달리 양도등기제도는 일본이 취하고 있는 제도로서 동산양도나 채권양도의 대항요건에 대한 특례로 등기제도를 도입하여 동산이나 채권을 담보로 제공한 것인지에 상관없이 양도등기를⁴⁰⁾ 할 수 있도록 하는 것이다.⁴¹⁾ 양도등기제도를 채택할 경우에는 담보권의 내용이나 실행에 관하여 규정을 두는 것이 부적절하고 장래 소유권 유보부 매매 등 담보를 포괄적으로 규율하기 어렵기 때문에 담보등기제도를 채택하였다. 다만, 담보를 목적으로 하지 않는 순수한 채권양도의 경우에는 동산·채권 담보법에 따른 담보등기를 이용할 수 없도록 하고 있다. 한편 동산이나 채권에 관한 담보등기부는 물적편성주의를⁴²⁾ 채택하는 것이 어려우므로 인적 편성주의를 채택하여 담보권설정자별로⁴³⁾ 편제하기로 하였다. 이러한 인적편성주의를 채택하면 제3자가 어떤 내용의 담보권이 설정 또는 소멸되어 있는지 정확히 알기 어려운 경우가 있을 수 있으나 제3자는 등기 또는 등록을 통하여 담보권설정자의 동산이나 채권에 대하여 담보권이 설정되어 있다는 것을 점을 확인할 수 있다. 아울러 담보등기를 신뢰한 담보권자를 보호하고 담보등기제도의 공시효과를 높이기 위하여 담보권설정자에게 담보물에 대한 명시적 의무를 부과하였다(제6조). 담보등기의 관장기관을 법원으로 정하였는데 이는 종래부터 법원이 부동산등기를 관장하고 있어서 동산이나 채권에 대한 담보등기도 부동산등기와 유사하기 때문에 법원에서 관장하는 것이 비효율을 없애고 편리하게 이용할 수 있다는 점에서 바람직하다는 것이다.⁴⁴⁾ 그러나 이는 동산 및 채권의 담보등기제도의 문제점을 깊게 이해하지 못한 점에서 우려가 된다.

3) 인적 적용범위

동산·채권담보법을 제정하면서 그 인적적용 범위를 두고 논란이 있었다. 대법원의 특수등기연구반은 일본에서 동산이나 채권의 양도인을 법인으로 제한하는 것처럼 법인에 한정하는 방안을 제시하였으나, 담보권을 창설하면서 그 이용범위를 제한하

40) 대법원 특수담보등기반의 법안도 이를 따르고 있다.

41) 양창수, “日本の 動産擔保改革論議”, 民法研究 제9권, 박영사, 2007, 161면 이하.

42) 부동산등기법 제15조 제1항은 부동산등기부에는 1필의 토지 또는 1동의 건물에 대하여 1용지를 사용한다고 정함으로써 물적편성주의를 채택하고 있다.

43) “담보등기부”는 전산정보처리조직에 의하여 입력·처리된 등기사항에 관한 전산정보자료를 담보권설정자별로 저장한 보조기억장치(자기디스크, 자기테이프, 그 밖에 이와 유사한 방법으로 일정한 등기사항을 기록·보존할 수 있는 전자적 정보저장매체를 포함한다. 제2조 제8호 제1문.

44) 김재형, 전제 “『동산·채권 등의 담보에 관한 법률』 제정안의 구성과 내용”, 21면.

는 것은 헌법상 평등원칙에 반하고 불합리한 과잉규제이며, 법인 등이 아니라고 해서 새로운 담보제도를 아예 이용할 수 없도록 한다면 많은 부작용을 초래할 수 있다는 지적이 있었다.⁴⁵⁾ 그 후 법무부와 법원행정처가 협의하는 과정에서 인적 적용 범위를 ‘법인 또는 상호등기를 한 자’로⁴⁶⁾ 정하였는데⁴⁷⁾ 동산·채권담보법 제2조 제5호는 담보권설정자에 관하여 ‘이 법에 따라 동산·채권·지적재산권에 담보권을 설정한 자를 말한다. 다만, 동산·채권을 담보로 제공하는 경우에는 법인(상사법인, 민법법인, 특별법에 따른 법인, 외국법인) 또는 「상업등기법」에 따라 상호등기를 한 사람으로 한정’하였다. 따라서 사업자라도 상호등기를 하지 않은 경우에는 담보등기제도를 이용할 수 없도록 하고 있다.

Ⅲ. 동산·채권담보제도

1. 동산담보권

가. 의의

동산담보권이란 담보약정에 따라 하나 내지 수개의 동산 또는 장래에 취득할 동산을 목적으로 등기한 담보권을 말하는데(제2조 제2호)⁴⁸⁾, 여기서 담보약정이라 함은 ‘양도담보 등 명목을 묻지 아니하고 이 법에 따라 동산·채권·지적재산권을 담보로 제공하기로 하는 약정’이라고 규정하고 있다(제2조 제1호). 동산담보권이 성립하기 위해서는 담보권설정자의 소유인 동산을 담보권자에게 채권의 담보로 제공할 것을 약정하고 동산·채권 등의 담보에 관한 법률에 따라 담보등기를 하여야 한다. 이로써 동산담보권은 물권법정주의 원칙에 따라 새로운 물권으로 창설되었다.⁴⁹⁾ 입법지침 제1장은 담보권설정자를 제한하지 않으며 누가 채무자 또는 담보권자가 될 수 있는지에 대하여 일반적으로 아무런 제한을 두고 있지 않다.

나. 담보목적물

동산담보권의 목적물은 관례를 수용하여⁵⁰⁾ 한 개 또는 여러 개의 동산(장래에 취득할 동산을 포함한다)이더라도⁵¹⁾ 목적물의 종류, 보관 장소, 수량을 정하거나 그

45) 상계논문, 22면.

46) 2008년에 법인설립등기는 57,349건이며 상호신설등기는 245건으로 모두 57,594건이다. 2008년 12월 31일 현재 유효한 등기는 상법법인 707,698개, 민법법인 및 특수법인 85,450개, 외국법인 4,464개, 상호등기 10,060개이다.

47) 이는 대법원이 담보등기업무를 관장하게 됨으로써 사업자등록에 관한 자료를 이용하여 담보등기를 하는 것이 쉽지 않기 때문이다.

48) 이 논문에서 법률명을 특정하지 않은 경우는 동산·채권 등의 담보에 관한 법률의 각조항을 의미하며, 그외의 경우에는 법률명을 특정하기로 한다.

49) 법무부, 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률 제정안」 공청회, 2009. 7. 17, 70면.

50) 대판 1988.10. 25, 85누941; 대판 2003. 3. 14, 2002다72385.

51) 따라서 개별 동산이든 집합동산이든 동산담보권의 목적물이 될 수 있다. 이는 계약자유의 원칙에 의한 영미 담보법의 내용을 반영한 것이라고 볼 수 있다. 김상용, “동산담보권의 통일화와 등록에 의한 저장권화로의 새

밖에 이와 유사한 방법으로 특정할 수 있는 경우에는 이를 목적으로 담보등기를 할 수 있다(제3조 제2항). 법인 또는 「상업등기법」에 따라 상호등기를 한 사람(이하 “법인 등”이라 한다)이 담보약정에 따라 동산을 담보로 제공하는 경우에는 담보등기를 할 수 있으나 ‘선박등기법’에 따라 등기된 선박, ‘자동차 등 특정동산 저당법’에 따라 등록된 건설기계·자동차·항공기·소형선박, ‘공장 및 광업재단 저당법’에 따라 등기된 기업재산, 그 밖에 다른 법률에 따라 등기되거나 등록된 동산 그리고 화물상환증, 선하증권, 창고증권이 작성된 동산 및 무기명채권증서 등 대통령령으로 정하는 증권은 담보등기를 할 수 없도록 하고 있다(제3조 제3항). 담보목적물은 실제 운용에 있어서 한계가 있는데 민법 제331조가 준용되므로(제33조), 양도할 수 없는 물건은 목적물로 할 수 없다. 또한 담보권의 실행에 있어서 민사집행법 제271조가 준용되므로(제22조), 압류가 금지되는 물건(민사집행법 제195조)은 담보목적물로 제공할 수 없을 것이다. 도서관에 있는 장서전부 또는 식당에 있는 가구나 식기 전부 등과 같이 내용이 변동하지 않는 물건 전체는 양도담보⁵²⁾⁵³⁾로 하거나 동산담보법에 의한 담보로 제공할 수 있을 것이다. 담보목적물의 증감에 관하여 담보권설정자는 정당한 사유 없이 담보권자의 담보목적물에 대한 현황조사 요구를 거부할 수 없으며(제17조제1항), 담보물의 증감현황을 파악할 수 있도록 담보권자에게 현황조사요구권을 부여하였다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾ 이는 민사집행법상에 의한 현황조사와 유사한 규정이지만,⁵⁶⁾ 민사집행법은 법원의 명령에 의해 경매개시결정을 한 뒤에 집달관에 의해 행해진다는 점에서 동산·채권담보법과는 다르다. 담보목적물의 보충에 관하여 담보권설정자에게 책임이 있는 사유로 담보목적물의 가액이 현저히 감소된 경우에는 담보권자는 담보권설정자에게 그 원상회복 또는 적당한 담보의 제공을 청구할 수 있으나(제17조제2항), 담보권설정자에게 책임이 없는 사유로 인하여 담보물의

로운 경향.” 한국민사법학회, 민사법학 제41호, 2008, 367면; 법무부, 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률 제정안」 공청회, 2009. 7. 17, 14면.

52) 김재형, “동산담보제도의 새로운 전개,” 서울대학교 금융법센터, Business Finance Law 제5호, 2004. 5, 42면.

53) 실무상 건축중인 건물에 대하여는 양도담보의 목적물로 활용되고 있다. 김판기, “기업의 금융수단 다양화를 위한 시론적 고찰 - 담보권 신설과 공시제도의 개선을 중심으로 -,” 경상대학교 법학연구소, 법학연구 제17권 제2호, 2009. 12, 77-78면.

54) 국회사무처, 동산·채권 등의 담보에 관한 법률안 심사보고서, 2010. 4, 45-46면.

55) 이 경우 동산담보법은 ‘담보목적물의 현황을 조사하기 위하여 약정에 따라 전자적으로 식별할 수 있는 표지를 부착하는 등 필요한 조치를 할 수 있다’(제17조제1항)고 규정하고 있다. 이는 RFID(radio frequency identification) 태그를 목적물에 부착하거나 내장시킴으로써 당해 물건에 관한 정보를 기록하고 관독할 수 있도록 하는 방법을 취한 것이라고 볼 수 있다. 박원일, “기업동산의 담보활용을 위한 법제정비방안,” 한국비교사법학회, 비교사법 제14권 제2호(통권 37호), 2007. 6, 227-251면; 박원일, “RFID를 활용한 금융기관의 담보관리방안,” 한국금융법학회, 금융법 연구 제1권 제2호(통권 제2호), 2004. 12, 167-197면 참조.

56) 민사집행법 제85조(현황조사) ① 법원은 경매개시결정을 한 뒤에 바로 집행관에게 부동산의 현상, 점유관계, 차입 또는 보증금의 액수, 그 밖의 현황에 관하여 조사하도록 명하여야 한다.

민사집행규칙 제46조(현황조사) ① 집행관이 법 제85조의 규정에 따라 부동산의 현황을 조사한 때에는 다음 각호의 사항을 적은 현황조사보고서를 정하여진 날까지 법원에 제출하여야 한다. 1. 사건의 표시 2. 부동산의 표시 3. 조사의 일시·장소 및 방법 4. 법 제85조제1항에 규정된 사항과 그 밖에 법원이 명한 사항 등에 대하여 조사한 내용 ② 현황조사보고서에는 조사의 목적이 된 부동산의 현황을 알 수 있도록 도면·사진 등을 붙여야 한다. ③ 집행관은 법 제85조의 규정에 따른 현황조사를 하기 위하여 필요한 때에는 소속 지방법원의 관할구역 밖에서도 그 직무를 행할 수 있다.

가액이 하락된 경우에는 규정이 없다.

다. 담보등기의 효력

동산·채권담보법 제7조 제1항은 약정 따른 동산담보권의 득실변경은 담보등기부에 등기를 하여야 그 효력이 생긴다고 규정하여 동산담보권의 경우에 담보등기를 동산담보권의 성립요건으로 정하였다. 위원회에서 미국과 같이⁵⁷⁾ 담보등기를 대항요건으로 할 것인지 논란이 있었으나, 동산양도의 경우 인도를 성립요건으로 정한 민법 제188조⁵⁸⁾와 균형을 맞추기 위하여 담보등기를 동산담보권의 성립요건으로 정한 것이다.⁵⁹⁾ 아울러 동일한 동산에 설정된 동산담보권의 순위는 등기의 순서에 따른다(제7조제2항)고 규정하여 시간적순서적으로 우선하는 권리를 인정하는 원칙을 세웠으므로 동산담보권을 설정하면서 그 순위를 등기하면 담보물을 효율적으로 이용할 수 있다.⁶⁰⁾ 이는 동산양도담보의 경우에 이중으로 양도담보로 제공한 때에 후에 설정된 양도담보는 효력이 없다는 판례⁶¹⁾에 비추어 매우 중요한 내용이라고 하겠다.⁶²⁾ 아울러 동일한 동산에 관하여 담보등기부의 등기와 인도(민법에 규정된 간이인도, 점유개정, 목적물반환청구권의 양도를 포함)가 행하여진 경우에 그에 따른 권리 사이의 순위는 법률에 다른 규정이 없으면 그 선후에 따르도록(제7조 제3항)고 하고 있는데, 이는 등기담보를 도입하면서 기존 담보체도를 없애지 않고 병존하는 것으로 설계되었기 때문이다. 이러한 담보등기의 효력은 미국의 통일상법전과 같은 입장이다.⁶³⁾

라. 동산담보권의 내용과 효력

동산담보권의 내용과 효력은 민법상의 질권과 저당권에 관한 규정 중에서 동산담보권에 맞는 내용을 추려내고 용어나 표현을 수정하거나 새로운 내용을 추가하는 방식으로 규정하였다. 즉 동산담보권의 우선변제권(제8조),⁶⁴⁾ 동산담보권의 불가분성(제9조), 동산담보권 효력의 범위(제10조), 과실에 대한 효력(제11조), 피담보채권

57) 미국에서는 담보약정을 하면 담보권으로서의 효력이 발생하고, 등록은 제3자에 대한 대항력을 취득하기 위한 요건이다.

58) 자동차등록을 한 경우에 그 등록도 물권변동의 효력요건이다(자동차관리법 제6조).

59) 김재형, 김재형, 전계 “『동산·채권 등의 담보에 관한 법률』 제정안의 구성과 내용”, 26면; 법무부, 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률 제정안」 공청회, 2009. 7. 17, 16면.

60) 법무부, 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률 제정안」 공청회, 2009. 7. 17, 16면.

61) 대판 1988. 12. 27, 87누1043(제강회사의 원자재); 대판 2000. 6. 23, 99다65066(컨테이너의 이중양도담보); 대판 2004. 6. 25, 2004도1751(양도담보된 성형사출기의 매각); 대판 2005. 2. 18, 2004다37430(농장안 폐지의 이중양도담보); 대판 2007. 2. 22, 2006도6686(어선의 컨테이너의 이중양도담보).

62) 법무부, 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률 제정안」 공청회, 2009.7.17, 16면.

63) 미국의 통일상법전(UCC)에서도 점유에 의한 동산담보권의 유효성을 그대로 인정하고 있으며, 동일한 동산에 대한 등록에 의한 동산담보권의 공시와 점유에 의한 동산담보권의 공시가 서로 충돌할 때에는 그 각각의 성립시간의 선후에 따라서 그 우선순위를 결정한다.

64) 양도담보는 실무상으로 금전소비대차 공정증서에 의하여 민사집행법의 매각절차를 취하여 매각대금을 받고, 이 경우 다른 채권자의 배당참가를 허용하지 않고, 그 매각대금 전액을 담보권자의 채권변제에 충당한다. 김용길, “집합물양도담보의 공시방법에 관한 고찰,” 성균관대학교 법학연구소, 제16권 제2호, 2004, 144면.

의 범위(제12조), 동산담보권의 양도(제13조), 물상대위(제14조), 담보목적물이 이외의 재산으로부터의 변제(제15조), 물상보증인의 구상권(제16조), 담보목적물의 보충(제17조), 제3취득자의 비용상환청구권(제18조), 담보목적물의 반환청구권(제19조), 담보목적물의 방해제거, 방해예방청구권(제20조) 등에 대하여 규정하고 있다. 이러한 규정들은 질권이나 저당권의 규정과 유사하나 동산담보권에 맞도록 수정한 경우들이 있다.⁶⁵⁾ 첫째, 피담보채권의 범위는 질권에 관한 민법 제334조와 취지가 동일하며, 저당권은 지연배상에 대해서는 1년분에 한하여 저당권을 행사할 수 있지만(민법 제360조 단서), 이러한 제한을 두지 않았다.⁶⁶⁾ 둘째, 동산담보권은 피담보채권과 분리하여 타인에게 양도할 수 없도록(제13조) 하였는데, 저당권은 피담보채권과 함께 양도하거나 다른 채권의 담보로 제공할 수 있으나(민법 제361조), 동산담보권은 이를 허용하지 않고 있다. 셋째, 물상대위에 관한 규정은 민법규정과 상이하게 규정된 대표적인 경우로,⁶⁷⁾⁶⁸⁾ 매각, 임대, 임대의 경우에도 그 대가 등에 대하여 물상대위를 허용하고 있다. 담보권자의 지위를 강화시켜주기 위해서는 물상대위의 개념을 보다 넓혀서 담보권의 효력을 확장해 주는 가치변형물(proceeds)의 개념⁶⁹⁾을 받아들일 필요가 있다.⁷⁰⁾⁷¹⁾ 넷째, 동산담보권에 기한 담보목적물 반환청구권에 관하여 담보권자가 직접 담보목적물을 점유할 권원이 없으므로 담보권자는 원칙적으로 담보권설정자에게 반환하라는 청구를 할 수 있도록 하였다(제19조). 담보목적물의 방해제거청구권 및 방해예방청구권(제20조)은 저당권에 관한 규정에서 소유권에 관한 규정을 준용한 것(민법 제370조, 제214조)과 달리 직접 규정하고 있다.

마. 동산담보권의 실행

65) 김재형, 전제 “『동산·채권 등의 담보에 관한 법률』 제정안의 구성과 내용”, 28.

66) 민법 제360조 단서가 입법론상 문제가 있기 때문에 이와 같은 규정을 두지 않기로 하였다. 법무부, 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률 제정안」 공청회, 2009.7.17, 17면.

67) 우리 민법은 질물이나 저당물의 매각, 임대의 경우에 일본 민법과는 달리 물상대위를 부정하고 있다. 따라서 이 문제는 민법 개정 작업에 맡겨 두어야 한다는 의견도 많았다. 그러나 저작권법 등에서는 저작권 등의 양도 등의 경우에도 물상대위를 허용하고 있기 때문에(저작권법 제47조, 특허법 제123조, 디자인보호법 제57조, 상표법 제63조, 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률 제16조) 동산담보법의 매각, 임대의 경우에 물상대위를 인정하더라도 법체계상 큰 문제는 없고, 동산담보권자의 지위를 강화할 필요가 있다는 시각에서 규정한 것이다. 상계자료, 18면.

68) 이와 같은 물상대위의 인정은 새로운 경향의 동산담보법의 경향을 반영한 것이다. 김상용, 전제논문, 370면.

69) 가치변형물의 개념은 집합동산양도담보의 본질에 관한 논의중 분석론, 집합물론, 가치범위론(장석천, “기업의 유동집합자산 양도담보의 특징과 공시방법,” 한국경영법률학회, 경영법률 제18집 제1호, 2007. 10, 266-267면)중 가치범위론과 관계된다.

70) 김재형, 전제논문(주 35), 655-684면에 대한 윤성근관사의 지정토론문, 691면.

71) 지난해 말부터 심각한 사회문제로 되고 있는 구제역으로 인한 축산농가의 도살처분보상금은 1차로 보상금의 50%를 지급금으로 지급해 1월 25일 현재 6500억원이 집행됐다(동아일보, 2011년 2월 6일자). 2011년 2월 16일 기획재정부와 농림수산식품부에 따르면 구제역 80일째인 이날 현재 살처분·매물 대상 가축은 5900여농가의 334만7000여마리로 집계됐다. 이번 구제역 사태로 인해 정부가 실소요 예산으로 책정한 비용은 지난 2월 10일 기준 2조4448억원이다(동아일보 2월 16일자). 가축을 담보목적물로 제공한 후, 전염병으로 도살 처분한 경우 지급되는 보상금(가축전염병예방법 제48조, 동법 시행령 제11조)은 물상대위의 대상이 될 것이다. 농업용·임업용 온실(비닐하우스를 포함)을 담보목적물로 제공한 후, 풍수해에 의해 지급되는 보험금(풍수해보험법 제18조, 동법 시행령 제12조)도 마찬가지이다.

동산담보권의 실행방법으로 경매를 원칙으로 하되(제21조제1항), 정당한 이유가 있는 경우에는 사적 실행을 허용하고(제21조제2항), 사적실행방법으로는 귀속정산과 처분정산을 정하고 있다. 질권이나 가등기담보권의 경우에는 경매이외에도 귀속정산을 인정하고 있을 뿐이고 처분정산을 허용하고 있지 않으나, 처분정산까지 인정한 점에서 중대한 의미가 있다.⁷²⁾동산담보권 실행에 관하여 당사자들이 사전에 약정을 하는 것을 허용하고 있는데(제31조 제1항) 민법은 유질계약을 금지하고 있다(339조). 다만, 사적 실행의 경우에 유질계약을 허용하되, 법에 정해진 담보권 실행통지없이 담보권자가 담보물을 처분하거나 직접 변제에 충당하기로 하는 약정은 무효라고 규정하였다. 담보권 실행을 위한 경매절차는 민사집행법 제264조, 제271조 및 제272조를 준용하고(제22조제1항) 있다. 담보권설정자와 이해관계인을 보호하기 위하여 피담보채권의 변제기가 도래하고, 동산담보권 실행의 방법을 이해관계인에게 통지한 다음 그 도달일로부터 1개월의 기간이 경과하도록(제23조제1항 본문)하고 있다. 사적 실행의 경우에는 담보권자나 매수인이 담보목적물의 소유권을 취득하면 그 담보권자의 권리와 그에 대항할 수 없는 권리는 소멸한다(제24조)고 규정하고 있다. 담보권실행이 종료되기 전까지 채무자 등은 피담보채무를 변제하고 담보목적물의 처분을 막을 수 있다(제28조).

바. 선의취득

담보목적물의 선의취득에 관하여 제32조는 ‘이 법에 따라 동산담보권이 설정된 담보목적물의 소유권·질권을 취득하는 경우에는 민법 제249조부터 제251조까지의 규정을 준용하도록 하여 동산담보권이 설정된 경우에도 제3자가 현행 민법상의 선의취득규정에 따라 담보목적물을 취득할 수 있도록 하였다.’⁷³⁾이 같이 선의취득을 인정함으로써 담보등기의 실효성이 약화될 것이라는 우려가 있고, 선의취득제도의 근거인 막대한 거래비용을 축소해주는 것이 등기이므로 선의취득의 규정은 필요없다는 견해가 있으나, 어떠한 경우에 담보로 제공된 목적물을 매수한 사람을 보호할 것인지, 보호의 필요성이 있는 경우에 어떠한 방식으로 보호할 것인지 쉽지 않다고 한다.

2. 채권담보권

가. 의의

72) 법무부, 「동산채권 등의 담보에 관한 법률 제정안」 공청회, 2009.7.17, 19면.

73) 동산담보법에 따라 담보등기를 하는 경우에 담보권의 선의취득을 인정할 것인지 논란이 있었으나, 위원회 안에서 이를 인정하지 않았다. 이를 허용한다면 담보등기에 공신력을 인정하는 것과 같은 결과가 된다. 부동산등기에 대하여 공신력을 인정하지 않는 상태에서 담보등기에 공신력을 인정할 수는 없을 것이다(상계자료, 23면). 이와 같이 공신력이 인정되지 않는 경우에 동산담보권의 설정이 활발하게 이루어질지 의문이라는 의견이 있다. 김상용, 전계논문, 392면.

채권담보권은 담보약정에 따라 금전의 지급을 목적으로 하는 지명채권(여러 개의 채권 또는 장래에 발생할 채권을 포함한다)을 목적으로 등기한 담보권을 말한다(제2조 제2호). 채권담보권에 대해서는 동산담보권에 대한 규정과 민법 제348조, 제352조를 준용하되 채권담보권에 특유한 규정을 두고 있다. 동산담보권에 관한 규정 중에서 준용되는 규정으로는 담보권의 우선변제권(제8조), 불가분성(제9조), 담보권의 효력이 미치는 범위(제10조), 과실에 대한 효력(제11조), 피담보채권의 범위(제12조), 담보권의 양도(제13조), 담보목적물이 이외의 재산으로부터의 변제(제15조), 물상보증인의 구상권(제16조) 등을 들 수 있다.

나. 담보의 목적

동산·채권담보법에 따라 담보로 제공할 수 있는 것은 금전채권에 한정하였다. 다수의 채권뿐만 아니라 장래의 채권도 담보물로 명시하고 있는데(제34조 제2항)채무자가 특정되었는지 여부를 묻지 않는다. 다만, 채권의 종류, 발생 원인, 발생 연월일을 정하거나 그 밖에 이와 유사한 방법으로 특정할 수 있어야 한다. 대법원은 장래채권의 양도가 유효하려면 특정가능성과 발생가능성이 있어야 한다고 하지만 이 법에 따라 채권담보권을 설정하는 데에는 발생가능성을 요구하지 않고 있는데 이는 장래채권에 대하여 안정적으로 담보로 제공할 수 있도록 하고 있다. 그리고 민법규정과 합치되도록 하기 위하여 채권양도금지 특약에 관한 민법 제449조 제2항의 적용을 배제하지 않기로 하였는데 이에 따라 양도금지특약이 있는 채권에 대해서는 담보등기제도를 이용할 수 없다. 그러나 민법 제449조 제2항 단서에서 채권양도금지특약이 있더라도 선의의 제3자에게 대항하지 못한다고 정하고 있기 때문에 양도금지특약이 있는 채권을 담보로 제공하고 담보등기를 한 경우에 담보권자가 선의라면 유효한 담보로 취급된다.

다. 채권담보등기의 효력

동산·채권담보법 제35조 제1항은 약정에 따른 채권담보권의 득실변경은 담보등기부에 등기한 때에 지명채권의 채무자(이하 “제3채무자”라 한다) 외의 제3자에게 대항할 수 있다고 규정함으로써 채권담보등기를 대항요건으로 하였다. 이는 지명채권에 관한 권리질권이나 채권양도에서 ‘확정일자있는 증성에 의한 통지 또는 승낙’을 제3자에 대한 대항요건으로 규정하고(민법 제349조 제1항, 제450조 제2항) 있기 때문에 채권담보권의 경우에도 제3자에 대한 대항요건으로 정한 것이다. 한편 이중변제의 위험을 방지하는 기능을 갖는 제3채무자에 대한 대항요건은 채권담보등기를 마친 경우에 ‘담보권자 또는 담보권설정자(채권담보권 양도의 경우에는 그 양도인 또는 양수인을 말한다)는 제3채무자에게 제52조의 등기사항증명서를 건네주는 방법으로 그 사실을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙하지 아니하면 제3채무자에게

대항하지 못한다(제35조 제2항)고 규정하여 민법 제349조 및 제450조와 마찬가지로 제3채무자에 대한 통지나 제3채무자의 승낙을 요건으로 정하였다. 동일한 채권에 관하여 담보등기부의 등기와 민법 제349조 또는 제450조제2항에 따른 통지 또는 승낙이 있는 경우에 담보권자 또는 담보의 목적인 채권의 양수인은 법률에 다른 규정이 없으면 제3채무자 외의 제3자에게 등기와 그 통지의 도달 또는 승낙의 선 후에 따라 그 권리를 주장할 수 있다고 하여 등기의 시간적 순서에 따라 우열관계가 결정되도록 하였다.

라. 채권담보권의 실행

담보권자는 피담보채권의 한도에서 채권담보권의 목적이 된 채권을 직접 청구할 수 있고(제36조 제1항), 채권담보권의 목적이 된 채권이 피담보채권보다 먼저 변제기에 이른 경우에는 담보권자는 제3채무자에게 그 변제금액의 공탁을 청구할 수 있다. 이 경우 제3채무자가 변제금액을 공탁한 후에는 채권담보권은 그 공탁금에 존재한다(제2항). 그 밖에 담보권자는 민사집행법에서 정한 집행방법으로 채권담보권을 실행할 수 있다(제36조 제3항).

3. 지적재산권에 대한 특례

동산·채권담보법에서 지적재산권에 대해서는 특례규정을 두었다.⁷⁴⁾ 지적재산권담보의 경우 권리자만이 담보권을 설정할 수 있으므로 담보권설정자에 제한이 없다. 지적재산권자가 약정에 따라 동일한 채권을 담보하기 위하여 2개 이상의 지적재산권을 담보로 제공하는 경우에는 특허원부, 저작권등록부 등 그 지적재산권을 등록하는 공적장부(이하 “등록부”라 한다)에 담보권을 등록할 수 있다. 이 경우에 담보의 목적이 되는 지적재산권은 그 등록부를 관장하는 기관이 동일하여야 하고, 지적재산권의 종류와 대상을 정하거나 그 밖에 이와 유사한 방법으로 특정할 수 있어야 한다(제58조). 지적재산권은 개별법률에서 등록의 효력을 달리하고 있다. 그리하여 개별법률과의 충돌을 최소화하기 위하여 지적재산권담보권 등록의 효력을 질권등록의 효력과 동일하게 규정하였다(제59조 제1항). 따라서 저작권의 경우에는 등록이 대항요건이고(저작권법 제65조) 특허권 등의 경우에는(특허법 제101조) 등록이 효력요건이다. 동일한 지적재산권에 관하여 이 법에 따른 담보권 등록과 그 지적재산권을 규율하는 개별 법률에 따른 질권 등록이 이루어진 경우에 그 순위는 법률에 다른 규정이 없으면 그 선 후에 따르도록 하였다(제59조 제2항). 그 밖의 지적재산권담보권에 관하여는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 동산담보권에 관한 제2장과 민법 제352조를 준용하도록 하였으나, 다만, 제21조제2항과 지적재산권에 관

74) “지적재산권담보권”은 담보약정에 따라 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 저작권, 반도체집적회로의 배치설계권 등 지적재산권[법률에 따라 질권(質權)을 설정할 수 있는 경우로 한정한다]을 목적으로 그 지적재산권을 규율하는 개별 법률에 따라 등록한 담보권을 말한다.

하여 규율하는 개별 법률에서 다르게 정한 경우에는 그러하지 않도록 하고 있다(제 60조).

VI. 동산·채권담보제도의 과제

동산·채권담보법은 2012년 6월 11일부터 시행하도록 하고 있다.

1) 우선 가장 시급한 것은 동산·채권담보법이 시행되기 전까지 세부적인 절차를 마련해야 한다. 동산 및 채권은 부동산에 비하여 성상이 변하기 쉽고, 무엇보다도 그 종류가 많아서 이를 공적 장부에 기재하는 것이 결코 쉽지 않기 때문이다. 또한 동산·채권담보법을 우리 민법 체계에 맞추어 조율 및 보완함으로써 그 시행에 있어서 부작용이나 미비점을 최소화하도록 노력하여야 할 것이다.

2) 둘째, 효율적인 동산·채권담보의 전자등기 또는 전자등록시스템이 구축되어야 한다.⁷⁵⁾ 동산·채권담보법은 새로운 물권을 창설하는 것이므로 새로운 물권과 기존의 부동산등기시스템이 조화되도록 방대한 전산시스템을 효율적으로 운영해야 할 것이다. 새로운 담보제도가 조기에 정착되기 위해서는 공적 장부인 전자등기 또는 전자등록시스템이 편리하게 제공되어야 한다.⁷⁶⁾ 정부는 향후 2012년 5월 이전까지 동산·채권 담보등기 시스템을 구축하고 2012년 5월부터 본격 가동할 것을 발표한 바 있다.

3) 셋째 담보등기의 등록방식을 합리적이고 효율적으로 정해야 한다. 미국의 경우에는 공적등록제도를 채택하여 사용하고 있다. 즉 이해관계인들에게 적절한 정보를 제공할 수 있도록 金融去來明細書(financing statement)의 등록방식을 채택하였는데 금융거래명세서에 기재하는 사항은 일정한 형식을 갖추어야 한다. 여기에는 설정자의 성명 및 상호, 담보권자 또는 그 대리인의 성명 및 상호, 담보로 제공된 물건 및 권리증서, 부동산 정착물 기타 특수한 담보물에 대한 상세한 기술, 담보권자 및 설정자의 주소, 사업자등록번호(ID number) 등을 온라인⁷⁷⁾ 또는 오프라인으로 기재하게 되어 있다. 금융거래명세서에 담보물을 기재할 때에는 대상물건의 동일성을 확인할 수 있으면 되므로 그 범위가 포괄적이어도 되도록 하고 있다.⁷⁸⁾ 새로

75) 김용길, “집합물의 양도담보이론과 관례의 동향”, 고시계사, 2006, 341면.

76) 미국의 경우 담보권설정자의 인적사항과 담보물에 관한 사항이 온라인 또는 오프라인으로 기재하게 되어 있다. 상계서, 46면.

77) 2001년 統一商法典 第9-502條에서는 온라인 登錄에 대비하여 債務者의 署名을 要求하지 않고 電子署名의 認證(authentication of a record)을 받도록 하였다. 이는 金融去來明細書의 電子的 提出과 컴퓨터 調査를 용이하게 할 것이다. 金融去來明細書의 提出을 위하여 債務者인 設定者의 承認이 있는 경우에는 債務者의 署名이 없어도 이를 제출할 수 있다. U.C.C.§9-509(a)(1)(2001). 또한 保證契約에서 設定者가 제공한 擔保權과 일치하는 金融去來明細書를 제출하기 위한 自動的인 許可를 規定하고 있다. U.C.C.§9-509(b) (2001).

78) U.C.C.§9-504 (2001)

운 담보제도가 조기에 정착되고 실제 거래에서 활성화되기 위해서는 동산이나 채권 담보를 관하여 공적장부에 공시함으로써 누구나 편리하게 저렴하게 이용할 수 있는 제도적 장치의 마련이 필요하다.

4) 넷째, 인적적용범위를 확대할 필요가 있다. 담보권을 창설하면서 그 이용범위를 제한하는 것은 헌법상 평등원칙에 반하고 불합리한 과잉규제이다. 인적적용범위를 ‘법인 또는 상호등기를 한자’로 규정하고 있는데 이를 최소한 사업자등록자로 넓히고 더 나아가 일반개인에게도 확대할 필요가 있다. 금융을 융통하려는 담보권설정자의 입장에서는 원활한 자금조달을 통한 경쟁력 확보라는 경제적 목적을 달성하기 위한 것이므로 인적적용범위를 제한하는 것은 이해가 되지 않고 생각건대 법원의 편의주의에 기한 것으로 판단되므로, 앞으로 계속 법원이 관장기관이 되고자 하는 경우에는 이러한 점을 포용하여야 할 것이다.

5) 다섯째, 담보등기제도와 함께 채권 양도등기제도의 도입이 필요하다. 동산이나 채권 등에 담보권을 설정한 경우에 담보등기를 하는 것은 실체에 맞게 공시하는 것이다. 따라서 동산 양도의 경우는 양도등기제도를 도입할 필요가 없으나 채권양도의 경우에 한하여 양도등기제도를 도입할 필요가 있다. 즉 민법 제450조 제2항에 따라 채권양도의 제3자에 대한 대항요건으로 확정일자있는 통지 또는 승낙을 요구하고 있는데 이에 대한 특례로 채권양도등기제도를 도입할 필요가 있다.

6) 여섯째, 담보등기의 관장기관을 별도로 신설해야 한다. 담보등기업무를 어디에서 담당할 것인가에 대하여 논란이 있었는데 법원등기소, 법무부, 국세청, 시·군·구에서 관장하는 방안이 있었다. 최종적으로 법원이 관장하는 것으로 되었는데 이는 부동산등기를 포함하여 여러 형태의 등기 또는 등록이 있고 그 관장기관이 서로 달라 비효율적이므로 이러한 비효율을 없애고 등기실무에 대한 경험과 일반국민이 법원을 신뢰하기 때문이라는 것이다. 그러나 지적재산권의 등록 등을 포함하여 새로운 등록기관을 신설함으로써만 제반 문제점을 최소한으로 해결할 수 있다. 그렇지 않으면 동산의 종류와 내용이 셀 수없이 많고 다양한 것에 기인하는 동산담보의 특성상 업무가 매우 가중되어 법원 본연의 업무가 소홀이 되는 점에 유의해야 할 것이다.

7) 일곱째, 지적재산권담보물에 대한 감정, 평가제도를 마련해야 한다. 지적재산권의 본질적인 속성에 기인한 것이지만 지적재산권을 유동화하거나 담보 등으로 활용하려면 반드시 평가라는 관문을 거쳐야 한다. 그런데 기술, 저작물, 브랜드 등의 가치평가에 대한 구체적인 기준은 아직 부족하거나 미비하다고 할 수 있다. 기술이나, 저작물, 브랜드 등 지적재산권의 담보가치를 평가하는 평가제도나 평가기관의 설립 및 지정에 대해서는 여러 법률에 산재되어 있다.⁷⁹⁾ 따라서 차제에 관련법률들

을 검토하여 지적재산권 평가제도와 평가기관을 제도화하고 체계화하여 전문화시키도록 정비해야 할 것이다.

8) 여덟째, 동산담보등기부와 채권담보등기부를 통합하여야 한다. 동산담보권과 채권담보권은 그 효력이나 실행방법이 다르기 때문에 이를 하나의 등기부에 등기할 필요성이 크지 않고 하나의 등기부에 공시할 경우에는 오히려 혼란이 발생할 우려가 있다는 것이다. 그러나 동산·채권담보법은 물적편성주의를 취하지 않고 인적편성주의를 취하고 있기 때문에 혼란이 크지 않을 것으로 보이므로 양등기부를 하나의 등기부로 통합하여 담보등기의 효율성을 높이면서도 법적혼란을 없애는 것이 필요하다.

9) 아홉째, 동산 및 채권담보제도가 정착되면 통일적인 담보권 개념을 도입하여 효율적인 제도로 발전시켜야 한다. 즉 담보제도를 개선하여 개별 제도로 흩어져 있는 부부재산약정, 공장재단, 광업재단, 자동차·항공기·건설기계·선박저당 등 특정동산 등의 담보제도를 통합하여 단일화하는 방안도 검토해 보아야 할 것이다.

79) 산업기술혁신촉진법 제88조에 따른 한국산업기술진흥원의 설립, 동법 제28조에 따른 한국산업기술평가원의 설립; 발명진흥법 제28조에 따른 평가기관의 지정; 벤처기업육성에 관한 특별조치법에 따른 기술평가기관; 외국인투자촉진법에 따른 평가기관 등