

I. 중국의 담보물권에 관한 논의

중국이 2007년 3월 16일 오전에 그동안 논란이 많았던 물권법을 제10기 전국인대 5차회의에서 압도적 다수로 채택함으로써 이제 동북아시아의 거대한 경제권을 가진 한국, 중국, 일본의 경제대국은 명실상부하게 유사한 물권법을 가지게 되었다. 중국이 근대적인 모습으로 변화된 이후에 진정으로 담보에 관한 법률을 마련한 것은 개혁·개방 이후인 1981년이다. 1981년에 제정된 經濟合同法는 계약의 예약금(定金) 담보와 보증담보를 규정하였고, 유치권에 관한 규정을 두었지만 기타 형식의 담보에 대해서는 언급하지 않았다. 1986년에 제정된 民法通則은 담보문제에 대하여 제89조에 보증, 저당, 예약금, 유치권 등 네가지 담보방식을 규정하였는데, 그 중에서 저당권(抵押權)과 유치권(留置權)이 담보물권에 관한 것이다. 민법통칙은 질권(質權)을 저당권부분에 포함시켜 질권의 독자성을 인정하지 않았다.¹⁾ 1992년에 중국은 사회주의 시장경제건설의 목표를 제기하였고, 경제발전에 따라 시장경제의 신용이 나날이 중요하게 됨으로써 담보의 지위도 역시 더욱 더 중시하게 되었다. 이러한 경제 환경은 담보규정에 대한 현실적인 수요를 만족시키기에 턱없이 부족하였으며 이러한 시장경제 발전의 수요에 적절히 부응하기 위하여 1995년에 담보법을 공포, 시행하였다.²⁾ 담보법은 채권의 실현을 위한 담보방식을 모두 통합하여 완전한 담보제도를 구성하였기³⁾ 때문에 담보법은 그 입법에 있어서 人的擔保, 物的擔保와 金錢擔保를 구분하지 않고 제1장 총칙, 제2장 保證, 제3장 저당(抵押), 제4장 질권(質押), 제5장 留置, 제6장에 예약금(定金)을 규정하였다.

중국에서는 민법전의 통합을 논의하면서 담보물권의 법적 지위에 관한 논쟁이 있었다. 먼저 담보물권을 채권적인 권리(債法)라고 보는 李開國教授⁴⁾는 “저당, 질, 유치 및 양도담보 등 담보방식은 물권법에 넣지 않는 것이 좋다. 저당, 질, 유치 세 가지 담보방식에 대한 각국 민법전의 체계를 살펴보면, 독일, 스위스, 일본 및 대만의 4개 민법전은 이를 물권법에 포함하였으나⁵⁾ 프랑스, 이태리, 러시아 및 중국마카오지구의 4개 민법전은 이를 물권법의 규정에 포함하고 있지 않으며, 그 중 제일 늦게 제정된 두 민법전인 러시아 민법전과 중국 마카오지구의 민법전은 채권편에 각종 담보방식을 통일적으로 규정하고 있다. 세 가지 담보방식을 물권법에 규정하든지 또는 채권법(債法)에 규정하든지간에 모두 각각의 논리적인 이유가 있으나 양자를

1) 陳祥健主編, 擔保物權研究(中國檢察出版社, 2004), 17면.

2) 郭明瑞, 擔保法(中國政法大學出版社, 2003), 6면.

3) 陳祥健, 前揭書, 19면.

4) 西南政法大學 教授.

5) 獨逸 民法典은 留置權을 물권법에 포함하고 있지 않다.

비교하여 보면 채권편에 넣는 것이 더 좋다”고 주장하였다.⁶⁾ 그리고 軍華⁷⁾는 “전통적인 물권의 이론은 물권은 소유권과 용익물권, 담보물권을 포함한다고 인정한다. 그러나 담보물권은 완전히 채권에 융합될 수 있기 때문에 독립적으로 존재할 필요가 없다”⁸⁾고 함으로서 李開國教授보다 더 강한 견해를 피력하였다.

그러나 담보물권은 물권법에 규정해야 한다는 견해가 현재의 다수설이다. 梁慧星教授는⁹⁾ “담보법 중 보증과 예약금에 관련된 규정은 민법전의 채권편에 속하고, 저당권, 질권과 유치권에 관한 규정은 민법전의 물권편에 속한다”¹⁰⁾고 하며, 아울러 “民法通則 제5장 제1절의 규정과 현행 담보법의 담보물권에 관한 규정을 기초로 하여 민법전의 물권편을 설계해야 한다. 담보물권에 관하여 각국의 민법전은 물권편에 규정한 것도 있고 또 채권편에 규정한 것도 있으며 단독으로 독립적인 편으로 설정된 경우도 있다. 담보물권의 권리 성질 및 성립의 法定性을 고려하여 용익물권과 같이 물권편에 규정하여야 한다”고 하였다.¹¹⁾ 王利明教授는¹²⁾ “물권법은 재산관계를 규율하는 기본법으로서 반드시 완비된 담보물권제도를 확립하여야 한다. 즉 물권법에 담보물권제도가 없다면 완비된 물권법체계를 형성할 수 없게 되며, 물권법은 그 내용상에서도 산산조각이 나게 되고 또한 그 재산기본법의 지위와도 부합되지 않는다”¹³⁾고 하여 물권법에 규정할 것을 강력하게 주장하였다.

이번에 제정된 중국 물권법은 총칙, 소유권, 용익물권, 담보물권 등 총 5편, 제19장, 제247조로 구성되었는데 오는 2007년 10월 1일부터 시행된다. 물권법의 주요 내용 중 담보물권에 대한 규정은 담보법상의 저당권, 질권, 유치권의 내용을 대부분 규정하였지만 담보법에는 물권법의 영역이 아닌 보증과 예약금에 관한 규정이 독자적으로 규정되어 있기 때문에 물권법의 제정으로 인하여 담보법이 자연적으로 폐지될 수는 없다. 그렇기 때문에 담보법이 개정을 거쳐서 담보물권에 포함된 부분의 규정을 삭제하기 전까지는 담보법과 물권법 중의 담보물권에

6) 중국은 이미 담보법을 제정하였고, 이 담보법에 세가지 담보를 규정한 상황에서 다시 저당, 질, 유치를 물권법에 규정하는 것은 더더욱 적절하지 않다. 왜냐하면 이렇게 한다면 두개의 단행법에 모두 저당, 질, 유치를 규율하는 상황이 나타나게 되기 때문이다. 저당권, 질권, 유치권의 물권성으로부터 출발하여 저당, 질, 유치를 물권법에 규정하더라도 금후 민법전을 편찬할 때에 가서야 고려할 수 있는 것이라고 생각한다. 李開國, “关于我国物权法体系结构的思考”(现代法学, 2002年8月 第24卷 第4期), 15면.

7) 全國人民代表大會 常務委員會 法律委員會.

8) 유치권은 로마법에서 기원하였는바, 로마법은 이를 채권 중의 악의항변권이라고 인정하였지 물권으로 인정하지 않았다. 프랑스민법전도 유치를 물권으로 삼지 않고 동시이행항변권으로 보았다. 독일민법전은 유치권을 채권편에 두었고 채권관계로 인정하였다. 중국의 민법전에 유치권을 채권의 담보부분에 둔다면 아주 좋은 것이다. 대만 민법을 모방하여 물권에 규정할 필요는 없다. 軍華, “民法典制订之焦点”(法学, 2002年4期), 56면.

9) 梁慧星, 1944년생, 四川省 青神县 출신, 中國社會科學院 法學研究所 研究員, 教授.

10) 梁慧星, “制定民法典的设想”(现代法学, 2001年4月 第23卷 第2期), 3면.

11) 上揭論文, 5면.

12) 王利明, 1960년생, 湖北省 仙桃县 출신, 中國人民大學法學院 教授, 全國人代法律委員會 委員.

13) 王利明, “中国民法典的体系”(现代法学, 2001. 8月 第23卷 第4期), 53면.

관한 규정이 병존하는 양태가 존재하게 되는 것이다.

II. 중국의 담보물권제도

1. 총설

가. 담보물권의 의의

담보물권(担保物权)이란 채권의 실현을 담보하기 위하여 채무자(债务人) 또는 제3자가 제공한 특정한 물건 또는 권리를 물건으로 하여 설정한 제한물권이다.¹⁴⁾ 물권법은 저당권(抵押权), 질권(质权)과 유치권(留置权) 등 세 가지 담보물권에 대하여 규정하고 있고, 1995년부터 시행된 담보법도 이 세가지 담보물권에 대한 규정을 두고 있다. 담보법은 시행된지 이미 10년을 넘어서 그 중의 일부 규정은 현재의 상황에 적합하지 않게 되었다.¹⁵⁾ 물권법상 “담보물권”은 담보법의 기초위에서 중국의 담보물권제도를 진일보하여 완비하기 위하여 제정한 것이다.¹⁶⁾ 담보물권에 대해 물권법은 새로운 규정을 보강하고 담보법의 일부 내용을 수정하였다. 따라서 물권법의 규정과 담보법의 규정간에 효력이 문제될 수 있기 때문에 물권법 제178조는 “담보법과 본법의 규정이 일치하지 아니하는 경우에는 본법을 적용한다”고 규정하여 이를 해결하고 있다. 물권법의 시행 이후에도 담보법은 여전히 유효한 법률이지만 법률적용에 있어서 담보물권에 관한 부분에서는 물권법의 규정을 우선 적용하여야 한다.

나. 담보물권의 범위

채권자는 대차, 매매 등 민사활동에서 채권의 실현을 보장하기 위하여 법률에 의하여 담보물권을 설정(設立)할 수 있는데, 제3자가 담보를 제공할 경우 채무자에게 반대담보(反擔保)를¹⁷⁾ 요구할 수 있다(제171조).¹⁸⁾ 담보법은 담보물권의 적용범위를 ‘경제활동’으로 한정하였지만 물권법은 그 적용범위를 더 넓혀서 민사활동에서 채권채무를 발생하는 관계로 규정하였다. 담보물권의 담보범위는 주채권 및 그 이자(利息), 위약금, 손해배상금, 담보물 보관과 담보물권 실행비용 등 법정담보채권을 포함하며, 당사자간 별도약정이 있으면 그에 따른다(제173조). 당사자간 약정의 효력이 법정담보채권 범위의 규정보다 우선하기 때문에 당사자가 약정한 담보물권의 범위는 법정담보채권의 범위와 다를 수 있다. 담보법은 저당권, 질권과 유치권의 담보범위에 대하여 각각의 규정을 두었으나 물권법은 이를 통합하여 통일적인 규정을 두고 있

14) 梁彗星·陈华彬, 物权法(第3版)(法律出版社, 2006), 301면; 王利明, 物权法论(修订本)(中国政法大学出版社, 2003), 539면.

15) 全国人大常委会法制工作委员会民法室编, 中华人民共和国物权法条文说明-立法理由及相关规定 (北京大学出版社, 2007), 317면.

16) 王胜明 主编, 中华人民共和国物权法解读(中国法制出版社, 2007), 377면.

17) 反擔保란 채무자를 위하여 담보를 제공한 자가 자기의 구상권의 실행을 보장하기 위하여 채무자에게 자기 구상권의 실행을 위한 담보제공을 요구하는 것을 말한다. 全国人大常委会法制工作委员会民法室编, 中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定(北京大学出版社, 2007), 301면; 孔祥俊, 擔保法及其司法解釋的理解與適用(法律出版社, 2001), 22면; 周林彬, 物權法新論(北京大學出版社, 2002), 721면.

18) 이하 본고에서 사용하는 법률의 각조항의 경우에 물권법은 이를 특정하지 않기로 하며, 담보법 및 기타 법률은 특정하기로 한다. 아울러 우리나라 법률에서 사용하는 ‘條, 項, 號, 目’은 중국법상에서는 이를 ‘條, 款, 項, 目’으로 표시하기로 한다.

다.¹⁹⁾

다. 담보물권의 효력 및 소멸

담보물권을 설정하려면 담보계약을 체결하여야 하는데, 담보계약은 주채권채무의 부수계약이며, 주채권채무계약이 무효가 되면 담보계약도 무효로 된다. 다만 법률상 별도규정이 있는 경우는 제외한다. 담보계약이 무효로 확인된 후 채무자, 담보권설정자(擔保人), 채권자가 과실이 있는 경우에 그 과실에 근거하여 각자 상응한 민사책임을 부담한다(제172조). 담보기간에 담보물이 훼손, 멸실 또는 수용(征收)되는 등 경우 담보물권자는 취득한 보험금, 배상금 또는 보상금 등으로 우선 변제받을 수 있다. 피담보채권의 이행기간이 만료되지 않은 경우에는 이 보험금, 배상금 또는 보상금 등을 공탁(提存)할 수도 있다(제174조). 여기서 보상금이란 주로 담보재산이 국가에 의하여 수용될 때 담보권설정자가 국가로부터 취득하는 보상금을 말한다.²⁰⁾ 담보물권은 주채권이 소멸하거나 담보물권의 실행되거나, 채권자가 담보물권을 포기하는 경우 및 법률이 규정한 담보물권이 소멸하는 기타의 상황에 의하여 소멸한다(제177조).

2. 저당권

가. 일반저당권

(1) 의의

저당권은 채무의 이행을 위하여 채무자 또는 제3자가 점유를 이전하지 않고채무자가 담보로 제공한 목적물에 대하여 다른 채권자에 우선하여 자기 채권의 변제를 받을 수 있는 권리를 가리킨다. 이 경우에 채무자 또는 제3자가 저당권설정자(抵押人)이고 채권자는 저당권자(抵押權人)이며 담보물은 저당목적물(抵押物)이다. 채무자가 기한이 만료된 채무를 이행하지 아니하거나 또는 당사자가 약정한 저당권을 실현하는 상황이 발생한 경우에 채권자는 이 재산에 대하여 우선 변제받을 수 있다(제179조). 담보법 제53조에 따르면 “채무자가 채무를 이행하지 않는 경우에만 채권자는 법에 의하여 저당권 또는 질권을 실현할 수 있다”고 하는데 ‘채무자가 채무를 이행하지 않는다’는 것은 ‘채무가 만기되어도 저당권자가 변제를 받지 못하였다’는 것을 뜻한다. 실무적으로는 채권자가 채무자 또는 저당권설정자와의 저당계약에서 일정한 조건을 약정하고 이러한 조건의 성취를 저당권실행의 조건으로 하여 채무이행기간이 만료로 저당권자가 변제를 받지 못하는 상황까지 기다리지 않는 경우가 있다.²¹⁾ 물권법은 당사자의 저당권실행의 약정을 인정함으로써 담보법의 규정을 진일보하여 완비하였는데 이는 채권자의 이익보호에도 도움이 된다.

(2) 저당재산의 범위

채무자 또는 제3자에게 처분권이 있는 재산은 저당권을 설정할 수 있는데 저당가능한 재산은 ① 건축물과 기타 토지부착물 ② 건설용지사용권 ③ 입찰, 경매, 공개협상 등 방식으로 취득한 황무지 등 토지도급경영권 ④ 생산설비, 원자재, 반제품, 제품, ⑤ 건조 중인 건축물, 선

19) 全国人大常委会法制工作委员会民法室编, 前掲書, 307면.

20) 王胜明, 前掲書, 369면.

21) 程啸, “物权法对抵押权制度的六个重大改进”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=31922>

박, 항공기 ⑥ 교통운수도구, ⑦ 법률이나 행정법규가 저당을 금지하지 않은 기타 재산 등이다(제180조 제1관). 그 중에서 건축물을 저당하는 경우에는 그 건축물이 점용하는 범위내의 건설용지사용권도 동시에 저당하고, 건설용지사용권을 저당물로 하는 경우는 이 토지상의 건축물도 동시에 저당된다. 동시에 저당하지 않을 경우 저당하지 않은 재산은 동시에 저당한 것으로 간주한다(제182조). 향진 및 촌 기업의 건설용지사용권은 단독으로 저당하지 못하고, 향진 및 촌 기업의 공장건물 등 건축물을 저당하는 경우에 그 점용범위내의 건설용지사용권도 동시에 저당된다(제183조). 한편, 물권법상 저당권을 설정할 수 없는 재산은 ① 토지사용권 ② 경작지, 주택용지, 자류지(自留地), 자류산(自留山) 등 집체소유의 토지사용권 ③ 학교, 유치원, 병원 등 공익을 목적으로 하는 사업단위, 사회단체의 교육시설, 의료위생시설과 기타 사회공익시설 ④ 소유권, 사용권이 불명하거나 또는 분쟁이 있는 재산 ⑤ 법에 따라 봉인(查封), 압류(扣押), 감독·관리되는 재산 ⑥ 법률 및 행정법규가 저당을 불허하는 기타 재산 등이다(제184조).

(3) 부동산저당

(가) 의의

중국의 물권법 규정 중 가장 특색있는 제도가 바로 이 浮動擔保制度이다.²²⁾ 물권법 제181조는 “당사자간 서면협의를 거쳐서 기업, 개체공상업자(个体工商户), 농업생산경영자는 현존 및 장래에 가지게 될 생산설비, 원자재, 반제품, 제품을 저당할 수 있다. 채무자가 만기채무를 이행하기 아니하거나 또는 당사자가 약정한 저당권의 실행이 발생한 경우, 채권자는 이 재산에 대하여 우선변제 받을 수 있다”고 규정하여 부동산담보제도를 도입하고 있다. 浮動擔保制度는 영국의²³⁾ 형평법에서²⁴⁾ 기원한 담보제도로써²⁵⁾ 미국²⁶⁾, 캐나다,²⁷⁾ 호주 등 대다수의 영미법계국가에서 도입하였고 일부 대륙법계국가 즉 네덜란드, 노르웨이, 러시아, 일본 등 국가에

22) 영국에서는 본래 確定擔保(fixed charges)의 설정자가 스스로 제공한 목적물을 擔保權者의 동의없이 처분(dispose)할 수 없었다. 그러나 이 원칙은 자유로운 기업활동을 위축시킴으로써 기업의 입장이나 사회 전체적인 입장에서 볼 때 자원의 효율적인 이용을 저해하게 되었다. 그 후 이를 방지하기 위해서 통상의 영업과정에서 擔保權設定者의 自由處分權을 인정한 제도가 바로 浮動擔保制度이다. 金容吉, 集合物의 讓渡擔保理論과 判例의 動向(考試界社, 2006), 30면.

23) 영국은 19세기 후반 이래로 130년 동안 浮動擔保(floating charge)를 발전시켜 왔다. 이러한 浮動擔保制度下에서는 擔保權者가 擔保權設定者의 現在 및 將來財産(present and future property)에 대하여 담보를 취득할 수 있으며, 설정자와 계약을 맺어 특별한 사유가 발생하기 전까지는 설정자가 그 담보권으로부터 독립하여 그 담보자산을 자유롭게 사용, 수익, 처분할 수 있다. 즉 擔保權者의 담보물 보존요구와 설정자가 통상적인 영업수행과정에서(in the ordinary course of business) 담보물인 유동자산의 자유로운 처분을 조화시킨 것이 영국의 浮動擔保制度이다. 金容吉, “코먼로상 浮動擔保에 관한 考察”(중앙법학 제6집 제3호, 중앙대학교, 2004), 239면.

24) 이 浮動擔保는 1870年 Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Company사건에서 최초로 그 유효성이 인정되었다. (1870) 5 Ch. App.318; 陈华彬, 物权法(法律出版社, 2004), 527면; 金容吉, 前掲論文, 239면.

25) 중국에서 浮動擔保를 企業擔保라고 부르기도 한다. 陈华彬, 前掲書, 525면.

26) 미국에서는 원래 1925년의 베네딕트 판결이후 浮動擔保가 무효로 취급되었으나 미국 통일상법전(The Uniform Commercial Code; UCC) Article 9 (제9편)에서 규정하고 있는 내용을 각주에서 채택하여 이를 입법화하고 있다. 金容吉, 前掲論文, 248면.

27) 캐나다 動産擔保法은 1974년에 Ontario州가 처음으로 채택하였으며 各州의 事情에 따라 制定日字가 다르다. Gerald L. Gall, The Canadian Legal System (Carswell Calgary, 1990), p.400; 池田眞郎, 債權讓渡法理の展開(債權讓渡の研究 第2卷)(弘文堂, 2001), 207面 및 219面; 金容吉, 前掲論文, 258면.

서도 제도적으로 도입하거나 또는 판례로 정착되고 있다. 부동저당은 전통적인 저당제도의 저당물범위에 대한 제한을 타파하여 “현존의 재산”으로부터 “장래의 재산”으로 확장하였다. 기업용자에 있어서 거대한 가치를 가지고 있기에²⁸⁾ 국제상업용자에 있어서 크게 주목받고 있다.²⁹⁾ 浮動抵當이란 권리자가 현존 및 장래에 가지게 될 전부 또는 일부 재산으로 그의 채무를 위하여 담보를 제공하는 것을 가리킨다. 채무자가 만기채무를 이행하지 아니하거나 또는 당사자가 약정한 저당권 실행의 상황이 발생한 경우 채권자는 저당권실행 약정에 따라 해당동산에 대하여 우선변제 받을 수 있다. 예를 들면 기업이 현존 및 장래에 구매할 기계설비, 재고제품, 생산원자재 등 동산으로 채무의 이행을 담보하는 것이다.³⁰⁾

(나) 설정조건 및 필요성

부동저당을 설정하려면 아래와 같은 조건에 부합하여야 한다. 첫째, 부동저당을 설정하는 주체는 기업, 개체공상호, 농업생산경영자이다. 이는 부동저당을 설정하는 것이 주로 중소기업과 농민들의 대출의 어려움을 해결하여 경제발전을 추진하기 위한 것이기 때문이다.³¹⁾ 둘째, 부동저당을 설정하는 재산은 생산설비, 원자재, 반제품과 제품에 한한다. 이 외의 동산, 그리고 부동산에 대해서는 부동저당을 설정할 수 없다. 셋째, 부동저당을 설정하는 경우에는 반드시 서면으로 하여야 한다. 넷째, 저당권을 실현하는 조건을 만기채무를 이행하지 아니하거나 또는 당사자가 약정한 저당권실행의 사유가 발생한 것이다. 물건법이 이렇게 새로운 유형의 저당권을 규정함에는 몇 가지 고려할 점이 있었다.³²⁾ 첫째, 부동저당제도는 기업의 용자를 촉진함에 유리하다. 특히 중소기업이 용자를 쉽게 받도록 경로를 확대하기 때문에 경제발전을 촉진할 수 있다. 왜냐하면 부동저당의 중요한 특징이 저당권설정자가 그가 현재 가지고 있는 것과 장래에 소유하게 될 재산을 이용하여 저당을 할 수 있는데 이는 기술력이 많고 성장의 전망이 밝은 중소기업에 있어서 매우 중요하다. 중소기업은 부동저당제도를 충분히 활용하여 기업발전에 필요한 자금을 획득할 수 있을 것이다. 둘째, 부동저당은 저당절차를 효율적으로 간소화하여 저당당가를 절감하기 때문이다. 부동저당을 설정하는 경우에 당사자는 단지 부동저당의 서면 서류를 만들어 등기하면 된다. 회사재산목록을 만들 필요가 없고, 회사재산에 대하여 각각 공시할 필요도 없다. 동시에 부동저당기간에 저당권설정자가 새로이 취득한 동산은 어떠한 절차도 필요 없이 당연하게 부동저당의 목적물로 된다. 셋째, 부동저당은 저당을 제공한 자가 정상적인 과정에서 영업을 전개하는데 매우 유리하다. 왜냐하면 이 제도의 제일 큰 장점이 바로 법정 또는 약정한 사유가 나타나지 않으면 저당권설정자가 일상적인 경영관리 중에서 그가 저당을 설정한 재산에 대하여 자유롭게 처분할 수 있고 저당권자는 이에 대하여 간섭하지 못한다는 것이다.³³⁾

28) 浮動擔保는 기업의 擔保價値를 충분히 이용가능하고, 자본의 용통을 촉진하며, 편리하고 아주 유익한 담보형식이다. 申卫星, 傅穹, 李建华, 物权法(法律出版社, 2003), 334면

29) 张影, “浮动抵押的价值取向及其移植借鉴”(经济研究导刊, 2006年 第5期(总第6期)), 90면.

30) 王胜明, 前掲書, 388면.

31) 全国人大常委会法制工作委员会民法室编, 前掲書, 327면.

32) 程啸, “物权法对抵押权制度的六个重大改进”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=31922>.

33) 梁慧星教授는 “개체공상업자, 일반농가의 현존 및 장래에 가지게 될 동산 내지는 개체기업, 공동 출자 경영기업, 비회사기업의 현존 및 장래에 가지게 되는 동산에 대하여 실행 가능한 감독 관리제도가 결핍하기 때문에 대출사기, 보험사기행위의 발생을 막을 효과적인 방법이 없고 채권자의 이익보호가 문제될 수 있다. 개혁·개방이래 ‘증권환매’, ‘위임대출’, ‘위임재테크’와 ‘보증보험부자동차용자’ 등등을 경솔하게 개방하였기에 사기행위의 대량 발생을 유발하였고 금융질서의 혼란과 은행 등이 중대한 손실을 입는 등 심각한 교훈을 남겼다. 학계의 浮動擔保에 관한 이론연구가 부족하고 사법실무계층이

(다) 목적물의 확정

부동저당의 중요한 특징이 바로 저당목적물의 범위가 불확정적이라는 것이다. 부동저당권 설정후에도 저당권설정자는 통상의 영업과정에서 여전히 그 재산을 점유, 경영관리하고 또 자유롭게 처분할 수 있기 때문에 저당목적물은 저당기간에도 계속 변동되게 마련이다. 그러나 저당권을 행사할 경우에 저당목적물이 확정되어야 저당목적물을 환가 또는 경매, 매각하여 저당권을 실행할 수 있다. 저당목적물의 확정은 저당권실행의 전제이다. 물권법은 부동저당권을 설정한 경우에 ① 채무이행기간이 만료된 후에도 채권을 실행하지 못하거나 ② 저당권설정자가 파산선고를 받았거나 취소된 경우 ③ 당사자가 약정한 저당권실행의 상태 ④ 채권의 실행에 커다란 영향을 미치는 기타 상태 중 하나라도 발생하면 확정된다고 규정하였다(제196조).

(4) 저당권의 설정과 양도

저당권을 설정할 경우에 당사자는 서면으로 저당계약을 체결하여야 한다. 저당권은 당사자의 의사표시에 의하여 발생하는 약정담보물권이기 때문에 저당권설정에 있어서 당사자는 자기의 의사를 일정한 외재적인 형식으로 표현하여야 하는데 이 형식이 바로 계약이다.³⁴⁾ 저당계약은 일반적으로 ① 피담보채권의 종류와 액수 ② 채무자가 채무를 이행하는 기한 ③ 저당목적물의 명칭, 수량, 품질, 상태, 소재지, 소유권 귀속 또는 사용권 귀속 ④ 담보의 범위 등을 포함한다(제185조). 저당기간내에 저당권설정자는 저당권자의 동의를 얻어서 저당목적물을 양도한 경우에 그 취득대금으로 채무를 만기전에 변제하거나 또는 공탁하여야 한다. 양도대금이 채권액수를 초과하는 부분은 저당권설정자가 소유하고, 부족한 부분은 채무자가 변제한다. 저당기간내에 저당권설정자는 저당권자의 동의없이 저당목적물을 양도하여서는 아니된다. 다만, 양수인이 채무를 대리 변제하여 저당권을 소멸하는 경우는 제외한다(제191조). 저당권은 약정이나 법률의 규정이 있는 경우를 제외하고는 채권과 분리하여 단독으로 양도하거나 또는 기타 채권의 담보로 하여서는 아니 되며, 채권을 양도한 경우에 이 채권을 담보하는 저당권도 동시에 양도한다(제192조).

(5) 저당권의 순위와 변제순위

저당권자는 저당권 또는 저당권의 순위를 포기할 수 있으며, 저당권설정자와 협의하여 저당권순위 및 채권액수 등 내용을 변경할 수 있다. 다만, 기타 저당권자의 동의없이 한 저당권의 변경으로 기타 저당권자에 불이익을 주어서는 아니 된다. 채무자가 자기의 재산으로 저당을 설정하였을 때 저당권자가 당해 저당권, 저당권순위를 포기하거나 또는 저당권을 변경할 경우에는 기타 저당권설정자는 저당권자가 우선변제의 권익을 상실한 한도내에서 담보책임을 면제한다. 다만, 기타 저당권설정자가 계속 담보제공을 승낙한 경우는 제외한다(제194조). 한편,

不動産擔保의 실행에 대하여 심리적인 준비가 부족하고 어느 기관에서 부동담보등기를 하여야 하는가는 문제가 아직 해결을 보지 못한 조건하에서 물권법이 이른바 浮動擔保制度를 규정하는 것을 매우 경솔하고 위험한 것이고, 은행을 사기대상으로 하는 보험사기와 은행사기의 새로운 사기소동을 유발할 것이다.”는 등의 이유로 물권법에서 부동담보의 규정을 삭제할 것을 강력하게 주장하였다.(梁慧星, "物權法草案(第六次審議稿)的修改意見", <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=30135>)

34) 王勝明, 前揭書, 398면.

동일한 재산을 2인 이상의 채권자에게 저당권을 설정한 경우 목적물을 경매, 매각하여 취득한 대금은 우선 ① 저당권을 등기한 경우에는 등기의 선후순위에 따라 변제하고 순위가 동일한 경우에는 채권의 비율에 따르며 ② 저당권을 등기한 경우에는 미등기자에 우선하여 변제받고 ③ 저당권을 등기하지 아니한 경우에는 채권의 비율에 따라 변제한다(제199조).

(6) 저당권의 행사기간

저당권자는 주채권의 訴訟時效期間에 저당권을 행사하여야 하며, 기간내에 행사하지 않은 경우 인민법원은 보호하지 아니하는데(제202조) 이는 저당권은 존재하지만 실행할 수 있는 강제력이 뒷받침이 되지 않는다는 의미이다. 최고인민법원의 담보법해석 제12조는 “당사자가 약정하였거나 또는 등기부면에서 등기를 요하는 담보기간은 담보물권의 존속에 법적구속력이 없다.³⁵⁾ 담보물권이 담보하는 채권의 소송시효가 종료된 후 담보권자가 소송시효가 종료된 후로부터 2년 내에 담보물권을 행사하는 경우에 인민법원은 지지하여야 한다”고 규정하여³⁶⁾ 담보물권의 행사기간을 ‘주채권의 소송시효기간 +2년’으로 규정하였다. 그러나 이러한 규정은 다음과 같은 문제점을 안고 있다. 예를 들어, 채권자 갑과 채무자 을의 매매계약에 병이 담보를 제공한 사안에서 가령 채권자 갑이 주채무의 소송시효기간 내에 채무자 을에게 권리를 주장하지 않아서 소송시효를 초과하였다면 채권자 갑은 채무자 을에 대하여 승소권을 상실하게 된다. 즉 채무자 을이 스스로 채무를 이행하지 않는 한 을의 채무는 사실상 면제된다. 그러나 위의 해석규정에 의하면 채권자 갑은 주채무의 소송시효가 만료된 후로부터 2년 내에 담보권자로서 저당권설정자인 병에 대하여 담보물권을 행사하는 경우에 인민법원은 이를 인정하기 때문에 병은 갑에 향하여 담보책임을 져야 한다. 담보법 제57조에³⁷⁾ 의하여 병은 저당권자가 저당권을 실현한 후에 채무자인 을에게 구상할 수 있기 때문에 을은 궁극적으로 갑과의 채무관계에 있어서 실제적인 의무를 부담해야 한다는 모순된 결론에 이르게 되는 것이다. 물권법의 규정은 이러한 모순을 근원적으로 막을 수 있게 되었다.

(7) 저당권등기의 효력

물권법이 규정한 ① 건축물과 기타 토지부착물 ② 건설용지사용권 ③ 입찰, 경매, 공개협상 등 방식으로 취득한 황무지 등 토지도급경영권 ④ 건조 중인 건축물 등 부동산에 저당권을 설정한 경우에는 저당권등기를 하여야 하고 저당권은 등기를 한때로부터 설립한다(제187조). 그리고 ① 생산설비, 원자재, 반제품, 제품 ② 교통운수도구 ③ 건조 중인 선박, 항공기 등 동산에 저당권을 설정한 경우에는 저당계약이 효력을 발생한 때로부터 저당권이 성립하며, 등기를 하지 않으면 선의의 제3자에 대항하지 못한다(제188조). 한편, 부동저당규정 중의 동산으로 저당권을 설정한 경우에는 설정자 주소지의 공상행정관리부문에 등기하여야 한다. 저당권은 저당계약이 효력을 발생하는 때로부터 성립한다. 등기를 하지 않으면 선의의 제3자에 대항하지 못한다. 물권법 제181조에 따라 저당권을 설정한 경우에 정상적인 경영활동 중에서 이미

35) 이에 대하여 擔保物權期間은 당사자가 자유롭게 권리를 행사하는 의사자치의 내용으로 物權法定主義原則에 위배되지 않기 때문에 당사자가 擔保期間을 약정할 수 있다는 주장이 제기되었다. 曾铁山, “担保物权制度的几个问题探讨”(理论界, 2006.9), 59-60면.

36) 孔祥俊, 前掲書, 345면.

37) 擔保法 제57조는 “채무자를 위하여 저당담보를 제공한 제3자는 저당권자가 저당권을 실행한 후 채무자에 대하여 구상할 권리가 있다”고 규정하고 있다.

합리적인 대금을 지급하고 저당재산을 취득한 매수인에게는 대항하지 못한다(제189조). 그리고 저당계약을 체결하기 전에 목적물을 이미 임대한 경우에 임대차관계는 저당권의 영향을 받지 아니하나 저당권설정 후 목적물을 임대한 경우에 임대차관계는 이미 등기한 저당권에 대항하지 못한다(제190조).

(8) 저당권의 실행

(가) 담보법상 실행

담보법 제53조 제1관에 의하면 “채무기한이 만료된 후 저당권자가 채권을 변제를 받지 못한 경우에 저당권자는 채무자와 협의하여 저당물을 환가 또는 당해저당물을 경매, 매각하여 얻은 대금으로 변제를 받을 수 있다. 만약 쌍방이 협의를 보지 못하면 저당권자는 법원에 소송을 제기할 수 있다”고 규정하고 있다. 즉 먼저 소송절차를 거쳐서 확정된 승소판결을 받고 다음에 다시 법원에 강제집행을 신청하여야 한다. 강제집행절차에서도 인민법원이 직접 경매하는 것이 아니라 인민법원이 지정한 평가기구에서 담보물에 대하여 평가를 하고, 경매회사를 지정하여 담보물을 경매한다. 따라서 담보물권을 실현하려면 소송비용, 평가비용, 경매비용과 강제집행비용³⁸⁾납부하여야 한다.³⁹⁾ 그렇기 때문에 기업이 은행에 저당대출을 신청하는 경우 은행이 고액의 저당권 실행원가를 원하지 않기 때문에 저당재산의 가치와 대출대금의 비율은 매우 낮다. 예를 들어 기업이 가치가 10억원인 저당재산으로 은행에 저당대출을 신청한 경우 아마도 많아서 6억원의 대출밖에 받지 못하는 경우가 있다. 왜냐하면 은행은 사전에 저당권실행에 필요한 여러 가지 원가를 저당재산이 담보하는 채권의 범위에 산입하기 때문이다.⁴⁰⁾

(나) 물권법상 실행

저당권자 및 기타 채권자의 이익을 보호하기 위하여 물권법은 담보법의 본래의 규정의 기초위에서 저당권실행의 조건, 방식과 절차에 대하여 진일보하여 완비하였다. 물권법 제195조에 의하면 채무자가 만기채무를 이행하지 않거나 또는 당사자가 약정한 저당권 실행이 발생한 경우에 저당권자는 저당권설정자와 협의하여 저당물의 환가 또는 당해저당물을 경매, 매각하여 얻은 대금으로 우선변제를 받을 수 있다. 만약 쌍방이 저당권의 실행방식에 대하여 협의를 보지 못하면 저당권자는 직접 인민법원에 저당물의 경매, 매각을 신청할 수 있다. 여기서 ‘인민법원에 저당물의 경매, 매각을 신청한다’는 것은 저당권자가 소송을 거치지 아니하고 저당권을 실행한다는 것을 가리킨다. 즉 저당권과 주채권의 존재를 초보적으로 증명한 후에 직접 인민법원에 저당물의 경매, 매각을 신청할 수 있다. 이러한 경매신청의 성질은 비송사건이고 법원은 당사자의 신청에 대하여 형식적인 심사만 진행하고 저당권, 피담보채권의 존재여부 등은 실제

38) 高圣平, “担保物权编: 经济发展的推进器”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=31923>.

39) 一審, 二審 및 強制執行 등 많은 절차를 반드시 거쳐야 하기에 저당권 등 擔保物權의 실행기간 매우 길다. 한 조사에 따르면, 擔保債權의 실행기간이 1년 이상인 경우가 53%, 반년부터 1년 사이가 26%, 3개월 이내가 17%를 차지하고 1개월인 경우는 겨우 4%밖에 아니 된다고 한다. 王军, 刘振宇, “论完善我国抵押权的实现方式 - 兼评担保法第53条”(经济师, 2004年 第8期); 程啸, “现行法中抵押权实现制度的一些缺陷及完善”(法学杂志, 2005年 第3期), 21면.

40) 程啸, “物权法对抵押权制度的六个重大改进”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=31922>.

문제이기 때문에 심사하지 않는다. 심사를 거친 후, 법원은 강제집행을 裁定할 수 있고 이 裁定은 집행권원이 된다.⁴¹⁾ 만약 쌍방이 채무의 이행여부 및 저당계약의 관련 조항 또는 저당권의 효력문제에 있어서 분쟁이 있는 경우 이러한 문제는 실제로 저당권 실행의 전제조건이기 때문에 이에 있어서 분쟁이 발생한다면 저당권의 실행방식을 협의한다는 것은 있을 수 없는 것이다. 이러한 경우에 저당권자는 여전히 인민법원에 소송을 제기하는 방식으로 해결하여야 한다.⁴²⁾ 물권법이 발효되면 중국의 담보실무에서 저당권자가 저당권을 실행하는 원가가 현저하게 절감될 것이다. 저당재산을 환가 또는 매각하는 경우에 시장가격을 참조하여야 하고, 저당재산을 환가 또는 경매, 매각 후에 그 대금이 채권액수를 초과하는 부분은 저당권설정자에게 속하고, 부족한 부분은 채무자가 변제한다(제198조). 다만, 저당권자는 채무이행기간이 만료되기 이전에 채무자와 만기채무를 이행하지 아니한 경우 저당목적물을 채권자의 소유로 한다는 약정을 하여서는 아니 된다(제186조).

(9) 가액초과저당금지 규정의 폐지

담보법 제35조에 의하면 “저당권설정자가 담보하는 채권은 그 저당물의 가치를 초과하여서는 아니 된다. 재산저당 후 그 재산의 가치가 담보채권보다 큰 차액부분은 재저당할 수 있다. 다만 그 잔액부분을 초과하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 이와 같이 가액초과(超額)저당은 중국에서는 금지되었는데 이 규정의 이론적인 근거는 저당목적물의 가치가 피담보채권의 가치보다 크거나 동일한 경우에 피담보채권이 충분한 변제를 받을 수 있다는 것이고 그 실질은 채권을 보장하기 위한 것이다.⁴³⁾ 그러나 저당목적물의 가치가 피담보채권의 가치보다 크거나 동일할 것을 요구하는 것은 일정한 문제점을 안고 있다. 예컨대, 저당목적물의 가치가 피담보채권의 가치보다 크거나 동일하다는 것을 확인하기 위해서는 저당권설정시 저당목적물에 대하여 평가를 진행하여야 하는데 이는 원가를 높이고 저당목적물의 가치도 고정불변한 것이 아니기에 담보법이 가액초과저당을 금지하는 것은 실효성이 크지 않아⁴⁴⁾ 물권법은 가액초과저당금지규정을 폐지하였다.

나. 최고액저당권

최고액저당권은 채권자에 대해서 일정범위내에 있는 불특정의 채권에 대해서 최고한도액을 예정하는 것이다.⁴⁵⁾ 최고액저당권이 담보하는 채권범위는 당사자의 협의에 의하지만 최고액저당권이 설정되기 전에 이미 존재한 채권에 대하여 당사자의 동의가 있으면 최고액저당담보채권범위에 轉入할 수 있다(제203조 제2관). 최고액 저당담보채권이 확정되기 전에 부분채권을 양도한 경우에 최고액저당권을 양도하여서는 아니 된다. 다만 당사자간 별도의 약정이 있는 경우는 제외한다(제204조). 최고액저당 담보채권이 확정되기 전에 저당권자와 저당권설정자는

41) 程啸, “物权法对抵押权制度的六个重大改进”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=31922>.

42) 王胜明, 前掲書, 425면.

43) 王利明, 前掲書, 587면.

44) 程啸, “物权法对抵押权制度的六个重大改进”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=31922>.

45) 王利明, 中国民法典草案建议稿及说明(中国法制出版社, 2004年), 426면.

협의를 통하여 채권확정의 기간, 채권범위 및 최고채권액을 변경할 수 있으나 그 변경내용은 기타 저당권자에게 불이익을 주어서는 아니 된다(제205조). 저당권자의 채권은 ① 약정한 채권확정기간이 만료되거나 ② 채권확정기간을 약정하지 않았거나 또는 약정이 불명확한 경우 저당권자 또는 설정자는 최고액저당권이 설립된 날로부터 2년 후에 채권확정을 청구하거나 ③ 새로운 채권의 발생이 불가능하거나 ④ 저당목적물이 봉인, 압류되거나 ⑤ 채무자, 저당권설정자가 파산선고를 받았거나 또는 취소되거나 ⑥ 법률이 규정한 채권이 확정되는 기타 경우에 (제206조) 확정된다.

3. 질권

가. 동산질권

(1) 의의

채무이행을 담보하기 위하여 채무자 또는 제3자가 동산질권을 설정하여 그 동산을 채권자에게 점유하게 한 경우 채무자가 채무를 이행하지 않거나 또는 당사자간 질권을 실행하기로 약정한 사유가 발생하는 경우 채권자는 당해동산에 관하여 우선 변제받을 수 있다. 이 경우 채무자 또는 제3자는 질권설정자(出质人)이고 채권자는 질권자(质权人)이며, 인도한 동산은 질물이다(质押财产)(제208조). 그리고 법률 및 행정법규상 양도가 금지된 동산에 질권을 설정하여서는 아니 된다(제209조). 질권을 설정하는 경우 당사자는 서면으로 질권설정계약을 체결하여야 하는데(제210조 제1관), 질권계약은 일반적으로 ① 피담보채권의 종류와 액수 ② 채무자가 채무를 이행하는 기한 ③ 질물의 명칭, 수량, 품질, 상태 ④ 담보범위 ⑤ 질물의 교부시간 등 조항을 포함하며(제210조 제2관), 질권은 질권설정자가 목적물을 인도한 때부터 성립한다(제212조). 담보법 제64조 제2관은 질권계약은 질물을 질권자에게 인도하여 점유한 때부터 효력을 발생한다고 하여 계약발효주의 규정을 두었는데 이는 질권계약의 효력과 질권의 효력을 혼동한 것이다. 실제로 질권계약의 유효여부는 계약법상의 규정에 의하여 판단하여야 하는 것이다. 질권계약은 그 성립시부터 효력을 발생하며, 질권의 무효는 당연하게 계약자체의 무효를 초래하지는 않는다.⁴⁶⁾ 물권법은 질권 성립의 규정을 명확하게 하여 질권의 효력과 질권계약의 효력을 명확하게 구분하였다. 또한 물권법은 질권설정자와 질권자가 협의하여 최고액질권을 설정할 수 있도록 규정하였다(제227조).

(2) 질권자의 권리와 의무

질권자는 질물의 과실(孳息)을 수취할 수 있는데, 과실은 우선 과실수취비용을 충당하여야 한다(제213조). 다만, 채무이행기 만료전에 질권자는 질권설정자와 채무불이행시 질물을 채권자의 소유로 한다는 약정을 하지 못한다(제211조). 질권자에게 귀책할 수 없는 사유로 인하여 질물이 훼손되거나 또는 가치가 현저하게 감소하여 질권자의 권리를 위해하기에 족한 경우에 질권자는 질권설정자에게 상응한 담보를 제공할 것을 청구할 수 있다. 질권설정자가 제공하지 아니하는 경우에 질권자는 질물을 경매, 매각할 수 있고, 또한 질권설정자와 협의하여 경매,

46) 王胜明, 前掲書, 459면.

매각하여 취득한 대금으로 만기전의 채무를 변제하거나 또는 공탁할 수 있다(제216조). 질권자는 질물을 적절하게 보관할 의무를 부담한다. 보관상의 문제로 인하여 질물의 훼손, 멸실을 초래한 경우에는 배상책임을 부담하여야 한다(제215조 제1관). 질권자가 질권의 존속기간에 질권설정자의 동의가 없이 함부로 질물을 사용, 처분하여 질권설정자에게 손해를 초래한 경우에는 배상책임을 부담하여야 한다(제214조). 질권자는 질권을 포기할 수 있다. 채무자가 자기 재산으로 질권을 설정한 경우에 질권자가 이 질권을 포기하면 기타 담보권설정자는 질권자가 우선 변제권익을 상실한 한도 내에서 담보책임을 면제받는다. 다만 담보설정자가 여전히 담보 제공을 승낙한 경우에는 제외된다(제218조). 채무자가 채무를 이행하였거나 또는 질권설정자가 앞당겨 담보채권을 변제한 경우에 질권자는 질물을 반환하여야 한다(제219조 제1관).

(3) 질권의 실행

채무자가 기한이 만료된 채무를 이행하지 아니하거나 또는 당사자가 질권을 실행하기로 약정한 사유가 발생한 경우에 질권자는 질권설정자와 협의하여 질물을 환가하거나 또는 질물을 경매, 매각하여 취득한 대금으로 우선 변제받을 수 있다(제219조 제2관). 질물을 환가 또는 매각한 경우에는 시장가격을 참조하여야 한다(제219조 제3관). 질물을 환가 또는 경매, 매각 후 그 대금이 채권액수를 초과하는 부분은 질권설정자의 소유로 되고 부족한 부분은 채무자가 변제하여야 한다(제221조). 채무이행기간이 만료된 후 질권설정자는 질권자에게 질권을 즉시 행사할 것을 청구할 수 있고 질권자가 행사하지 아니하는 경우에 질권설정자는 인민법원에 질물을 경매, 매각할 것을 청구할 수 있다. 질권설정자가 질권자에게 질권의 적시 행사를 청구한 때, 질권자가 권리행사를 게을리 하여 손해를 초래한 경우에는 질권자가 손해배상책임을 부담하여야 한다(제220조).

나. 권리질권

(1) 목적물의 범위

환어음, 수표, 은행어음, 채권, 예금증서, 창고증권, 선하증권, 양도 가능한 기금지분과 증권, 양도 가능한 등록상표전용권, 특허권, 저작권 등 지적재산권 중의 재산권, 미수금과 법률, 행정법규가 규정한 질권을 설정할 수 있는 기타 재산권에 대하여 질권을 설정할 수 있다(제223조). 그 중 양도 가능한 기금지분(基金 份額)과 미수금(应收账款)은 물권법에 의하여 최초로 권리질권의 목적으로 될 수 있는 권리로 규정되었다.

기금지분이란 증권투자기금지분을 가리키는데 기금지분의 소지인이 기금계약의 약정과 법률의 규정에 의하여 그가 소지한 지분에 따라 기금재산에 대하여 향유하는 수익분배권, 청산종결후의 재산취득권리와 기타 관련권리를 가리킨다.⁴⁷⁾ 중국 증권투자기금법 제70조에⁴⁸⁾ 의하면 기금지분소지자는 ① 기금재산수익을 배당 받는다 ② 청산이후의 기금잉여재산의 분배에 참여한다 ③ 법에 의하여 그가 소지한 기금지분을 양도 또는 환수를 신청할 수 있다 ④ 규정에 따라 기금지분소지자대회의 소집을 요구할 수 있다 ⑤ 기금지분소지자대회의 심의사항에

47) 程啸, “我国物权法对权利质权制度的创新”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=32093>.

48) 中華人民共和國證券投資基金法 제70조.

대하여 표결권을 행사한다 ⑥ 공개된 발표된 기금정보자료를 열람 또는 복사한다. ⑦ 기금관리인, 기금위임관리인, 기금지분판매기구가 그의 합법권익을 침해한 행위에 대하여 법에 의하여 소송을 제기한다 ⑧ 기타 기금계약이 약정한 권리를 향유한다. 기금지분은 실제로는 기금지분의 소지자가 향유하는 기금재산수익배당, 청산이후의 기금잉여재산의 분배에 참여하는 등 재산권리이고, 법에 의하여 양도 또는 환수를 신청할 수 있기에 물권법은 기금지분을 목적으로 하여 질권을 설정할 수 있다고 규정하였다.

미수금이란 금전을 급부목적물로 하는 현존 또는 장래의 계약채권을 가리킨다.⁴⁹⁾ 첫째로는 금전을 급부목적물로 하는 현존의 채권을 포함한다. 예컨대, 賣主가 물건을 판매한 후 매수인에 대한 대금채권, 임대인이 부동산을 임대한 후 임차인에 대한 임대료채권 등이다. 둘째로는 여러 가지 유형의 경영수금권리를 포함한다. 예컨대, 도로수금권리, 농촌전력수금권리 및 도시급수, 난방, 공중교통, 통신 등 기초시설항목의 수익권과 공원, 관광단지의 입장료 등 경영서비스수금권리를 포함한다. 현재 중국기업의 미수금과 재고의 총액은 이미 11억여 위안에 달하고, 중소기업의 자산 중 50%이상은 미수금과 원자재, 반제품, 제품(잔고)형식으로 존재하고 있다.⁵⁰⁾ 미수금을 권리질권의 목적으로 한 물권법의 규정은 중요한 현실적인 의의가 있다고 할 수 있다.⁵¹⁾

(2) 권리질권의 성립

첫째, 환어음, 수표, 약속어음, 채권, 예금증서, 창고증권, 선하증권에 질권을 설정한 경우 당사자는 서면계약을 체결하고 권리증서를 질권자에게 교부한 때로부터 설정된다. 권리증서가 없는 경우 질권은 관련부문이 질권등기를 한 때부터 설립한다(제224조). 장부기입국채(記帳式國庫券)와 증권거래소에 상장하여 거래하는 회사채권 등은 無紙처리를 실현하기 때문에 권리증서가 따로 없다. 따라서 질권을 설정하려면 반드시 관련기관에서 설정등기를 하여야 하고 질권은 등기한 때부터 성립한다. 장부기입국채는 중앙국채등기결산 유한책임회사에서, 상장하여 거래하는 회사채권은 중앙증권등기결산 유한책임회사에서 질권설정등기를 하여야 한다.⁵²⁾

둘째, 기금지분, 증권 등으로 질권을 설정한 경우에 당사자는 서면계약을 체결하여야 한다. 기금지분과 증권등기결제기구에 등기된 증권으로 질권을 설정한 경우에 질권은 증권등기결제기구가 질권등기를 한 때부터 설정되고, 기타 증권으로 질권을 설정한 경우에 질권은 공상행정관리부문이 질권등기를 한 때부터 설정된다(제226조 제1관).

셋째, 등록상표전용권, 특허권, 저작권 등 지적재산권으로 질권을 설정한 경우에 당사자는 서면계약을 체결하여야 하고 질권은 관련주관부문에서 질권등기를 한 때부터 설정된다(제227조 제1관). 상표전용권 질권설정등기절차⁵³⁾ 제2조에 의하면 상표전용권질권설정 등기기관은

49) 程啸, “我国物权法对权利质权制度的创新”. <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=32093>.

50) 高圣平, “担保物权编: 经济发展的推进器”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=31923>.

51) 梁慧星教授는 “미수금”용자는 대표적인 “채권양도”에 속하고 계약법상의 제도이기에 물권법상의 “권리질권”제도와는 무관하다고 주장하면서 물권법에 “미수금”에 대하여 권리질권을 설립할 수 있다고 규정하는 것은 착오적인 것이라고 지적하고 있다. 梁惠星, “物权法草案(第六次审稿)的修改意见”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=30135>.

52) 程啸, “我国物权法对权利质权制度的创新”, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=31922>.

국가공상행정관리국이고 국가공상행정관리국 상표국이 구체적으로 상표전용권 질권설정등기를 처리한다. 특허권질권설정계약 등기관리시행방법⁵⁴제2조에 의하면 중국 특허국은 특허권질권 설정계약등기의 관리기관이다. 저작권 질권설정계약 등기방법⁵⁵제4조에 의하면 國家版權局은 저작권권리설정계약등기의 관리기관이고, 國家版權局은 전문기구를 지정하여 저작권질권설정 계약등기를 진행한다.

넷째, 미수금으로 질권을 설정한 경우에 당사자는 서면계약을 체결하여야 하고 질권은 신용 평가기구에서 질권등기를 한 때부터 성립된다(제228조 제1관).

(3) 권리질물의 양도

기금지분, 증권에 질권을 설정한 후에 이를 양도하여서는 아니 된다. 다만 질권설정자와 질권자가 협의하여 동의하는 경우는 제외한다. 질권설정자가 기금지분, 증권을 양도하여 취득한 대금은 질권자에게 만기전에 채무를 변제하거나 또는 공탁하여야 한다(제226조 제2관). 지적 재산권 중의 재산권으로 질권을 설정한 경우에 질권설정자는 양도 또는 타인의 사용을 허용하여서는 아니 된다. 다만 질권설정자와 질권자가 협의하여 동의하는 경우는 제외한다. 질권설정자가 질권을 설정한 지적재산권 중의 재산권을 양도 또는 타인의 사용을 허용하여 취득한 대금은 만기전에 질권자에게 채무를 변제하거나 또는 공탁하여야 한다(제227조 제2관). 미수금에 질권을 설정한 후에는 이를 양도하여서는 아니 된다. 다만 질권설정자와 질권자가 협의하여 동의하는 경우는 제외한다. 질권설정자가 미수금을 양도하여 취득한 대금은 만기전에 질권자에게 채무를 변제하거나 또는 공탁하여야 한다(제228조 제2관).

4. 유치권

가. 의의

유치권이란 채권자가 채무자의 동산을 합법적으로 점유하고 채무자가 채무를 변제하지 아니하는 경우에 채권자가 이 재산을 유치하여 이 재산으로 환가하거나 또는 이 재산을 경매, 매각한 대금으로 우선변제를 받을 수 있는 것을 가리킨다.⁵⁶ 이 경우 채권자가 유치권자(留置权人)이고 점유한 동산이 유치물(留置财产)이다(제230조 제2관). 채권자가 유치한 동산은 채권과 동일한 법률관계에 속하여야 한다.⁵⁷ 다만 기업간의 유치는 그러하지 아니하다(제231조). 담보법 제84조는 “보관계약, 운수계약, 수탁가공계약으로 인하여 발생한 채권에서 채무자가 채무를 이행하지 아니하는 때, 채권자는 유치권을 가진다. 법률에 유치할 수 있다고 규정한 기타 계약은 이 규정을 적용한다.”고 규정하였다. 이에 대해 물권법의 규정은 유치권이 발생하

53) 商標專用權質押登記程序 第2條.

54) 專利權質押合同登記管理暫行辦法 第2條.

55) 著作權質押合同登記辦法 第2條.

56) 梁彗星·陳華彬, 前揭書, 382면.

57) 유치재산과 채권의 관계에 대하여 물권법 입법과정에서 논쟁이 많았다. 첫 번째 견해는 합법적으로 점유한 재산이라면 채권자는 곧 유치할 수 있는 권리를 가진다고 주장하였고, 두 번째 견해는 유치재산은 채권의 발생과 견련관계가 있어야 한다고 주장하였고, 세 번째 견해는 유치재산은 채권의 발생과 견련관계가 있어야 하지만 기업지간의 유치는 제외하여야 한다고 주장하였고, 네 번째 견해는 유치재산과 채권은 동일한 법률관계에 속하여야 하지만 기업지간의 유치는 제외하여야 한다고 주장하였다. 물권법은 최종적으로 네 번째 견해를 채택하였다. 王勝明, 前揭書, 496면.

는 구체적인 계약의 유형을 열거하지 아니하고 유치하는 동산이 채권과 동일한 법률관계에 속하여야 한다는 요건만을 규정함으로써 적용요건을 완화하였다. 그러나 법률의 규정 또는 당사자의 약정에서 유치할 수 없도록 한 재산은 유치하여서는 아니 된다(제232조).

나. 유치권자와 채무자의 권리, 의무

유치권자는 유치물의 과실을 수취할 권리를 가진다. 이 과실은 먼저 과실을 수취하는 비용을 충당하여야 한다(제235조). 유치권자는 유치재산을 적절하게 보관하는 의무를 부담한다. 보관상의 문제로 유치물의 훼손·멸실을 초래한 경우에는 배상책임을 부담하여야 한다(제234조). 채무자는 유치권자가 채무이행기간이 만료된 후에 유치권을 행사할 것을 청구할 수 있다. 유치권자가 행사하지 아니하는 때, 채무자는 법원에 유치재산을 경매, 매각할 것을 청구할 수 있다(제237조). 채무이행기간이 만료된 후 채무자가 스스로 채무이행능력이 없음을 알고 있는 경우에도 유치권자가 유치권을 행사할 것을 청구할 수 있다.⁵⁸⁾

다. 유치권의 실행

유치권자와 채무자는 재산을 유치한 후의 채무이행기간을 약정하여야 한다. 약정이 없거나 또는 약정이 불명확한 경우, 유치권자는 채무자에게 2개월 이상의 채무이행기간을 주어야 한다. 다만 신선한 식품이나 쉽게 부패되는 등 보관이 어려운 동산은 제외한다(제236조 제1관의 전문). 채무자가 유치권자와 채무자가 약정한 재산유치후의 채무이행기간 또는 유치권자가 채무자에게 준 2개월 이상의 채무이행기간을 넘겨서 채무를 이행하지 아니한 경우 유치권자는 채무자와 협의하여 유치물을 환가하거나 또는 유치물을 경매, 매각한 대금으로 우선변제 받을 수 있다(제236조 제1관의 후문). 유치재산을 환가 또는 매각하는 경우에는 시장가격을 참조하여야 한다(제236조 제2관). 유치재산을 환가 또는 경매, 매각 후 그 대금이 채권액수를 초과하는 부분은 채무자에게 소유되고 부족한 부분은 채무자가 변제한다(제238조).

라. 유치권의 효력 및 소멸

동일한 동산에 저당권 또는 질권이 이미 설정되었고 이 동산에 다시 유치권이 설정된 경우에 유치권이 우선변제를 받는다(제239조). 동일한 동산에 있어서 유치권의 발생이 저당권과 질권설정 이전인가 아니면 이후인가를 불문하고 유치권의 효력은 모두 저당권 또는 질권에 우선한다.⁵⁹⁾ 유치권자가 유치물에 대하여 점유를 상실하였거나 또는 유치권자가 채무자가 별도로 제공한 담보를 접수한 때, 유치권을 소멸된다(제240조). 여기에서 주의하여야 할 점은 유치권자가 자기의 의사에 의하지 아니하고 잠시 유치물에 대한 점유를 상실한 경우 유치권이 소멸하는데 이러한 소멸은 종국적인 소멸이 아니며, 유치권자는 점유의 원물반환의 소에 의하여 불법점유자가 유치물을 반환할 것을 청구하여 다시 유치권을 취득할 수 있다는 점이다.⁶⁰⁾

58) 全国人大常委会法制工作委员会民法室编, 前掲書, 421면.

59) 王胜明, 前掲書, 509면.

60) 全国人大常委会法制工作委员会民法室编, 前掲書, 425면.