

Chapter 8 The Pledge of Movables in China

제8장 중국의 동산질권

I. 중국 질권제도의 개요

1. 질권 제도의 역사

가. 질권의 연혁 및 입법례

오늘날 담보법체계에서 확실한 위치를 차지하고 있는 物的擔保制度는 信託質에서, 占有質, 그리고 점유를 이전하지 않는 비점유질로 발전되어 왔다. 로마법에서는 가장 먼저 信託質(fiducia)이¹⁾ 인정되고 그 후 점유질(pignus)이 이용되고 가장 늦게 비점유질(hypothetica)로 발전되었다. 로마법의 질권제도를 기초로 하여, 대륙법계 각국은 각각의 질권제도를 수립하였다. 게르만법에서도 최초에는 신탁적인 양도담보(Eigentumspfand)를 주로 채용하였으나 그 후 점유질을 거쳐 비점유질로 발전하였다. 독일 민법은 질권(Pfandrecht)을 동산질권(Pfandrecht an beweglichen Sachen)과 권리질권(Pfandrecht an Rechten)으로 구별하며, 부동산질권을 인정하지 않는다.²⁾ 질권에는 약정질권과 법정질권 및 압류질권(扣押質權)이 있다. 그 중 법정질권은 권리인이 목적물을 점유하지 않으나 질권을 향유하는 정황이 존재하는 경우가 있는데 독일 민법 제704조가 규정하는 숙박업자의 질권(店主的質權)이 그것이다. 이는 일본 민법상의 우선권과 비슷하다.³⁾ 프랑스 민법은 동산질권과 부동산질권을 모두 인정하고 동산질권 중에 권리를 목적으로 하는 경우를 포함시키고 있다. 프랑스 민법전에 의하면 질권이 존속하기 위해서는 질물을 계속 점유하여야 하며 일단 질물의 점유를 상실하면 그 질권은 존재하지 않게 된다. 일본은 질권제도에 대하여 지금까지 유구한 역사를 가지고 있는데, 율령시대(律令時代)에 질권은 곧 동산질과 부동산질로 구분되고, 봉건시대(封建時代)와 명치유신시대(明治維新時代)에 들어 온 이후 질권은 더욱 발전하였다. 1896년에 일본이 제정한 신민법은 이러한 질권제도를 완성하였다.⁴⁾

나. 중국 질권제도의 역사

중국에서 질(質)에 관한 제도는 인질(人質)에서 시작되었다. 예를 들어 좌전(左傳)에 의하면 주정(周鄭)이 질을 교부하는 것이 나온다. 그러나 여기서 질(質)이란 정치상의 의미이고 오늘날의 채권담보 중의 하나인 질권(質權)은 아니다.⁵⁾ 육조시대(六朝時代)에 질고(質庫(當舖)), 첩자(帖字)(當舖) 등의 어휘가 출현하였는데 그것이 동산질(动产質)이다. 그 동산질은 질물의 점유를 채권자에게 이전했는데 이를 점유질(占有質)이라고 한다. 일정한 기간내에 유치되었던 것을 대가를 지불하고 되찾지 않으면 채권자는 곧 질물의 소유권을 취득하는데 이를 귀속질(歸

1) 이 제도에 의하여 채무자는 그 동산이나 부동산의 소유권을 채권자에게 양도하고 동시에 신탁계약을 맺어서 채권자는 목적물의 소유권을 남용하지 못하고 채무를 변제하면 채무자에게 그 목적물을 반환하는 의무를 진다. 梁彗星·陈华彬, 物权法(第四版)(法律出版社, 2007), 344면.

2) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 344면.

3) 上掲書, 344면.

4) 上掲書, 344면.

5) 上掲書, 345면.

屬質)(流質)이라고 한다. 唐, 宋, 元대의 법률은 질물을 환가(變價)하여 채무를 변제하는 변매질(變賣質)이 있었다. 淸代에는 전당표(當票)가 무기명증권(免貴証券)의 성질을 가지고 인표부인인(認票不認人)이라고 하였다.⁶⁾ 1929년과 1930년에 국민당정부가 제정한 중화민국민법(中華民國民法)은 독일, 스위스, 일본민법의 질권에 관한 사례를 참고해서 동산질과 권리질(動產質與權利質)을 규정하였다. 1949년에 신중국의 성립한 이후에 질권은 중화민국민법의 폐지에 따라 더 이상 존재하지 않게 되었다. 그 후 상당한 시간이 지났으나 제정법상의 질권제도는 없었으며, 1986년에 제정한 민법통칙도 마찬가지였다. 1995년에 통과된 담보법(擔保法)은 사회주의 시장경제질서의 발전을 위하여 각국 민법의 규정을 참고하여 저당권 이외에 질권을 규정하고 질권이 정식으로 인정되기에 이르렀다.

2. 물권법의 제정

중국이 근대적 의미의 담보관련법을 마련한 것은 1981년이며 이 때에 제정된 經濟合同法은 계약의 예약금(定金) 담보와 보증담보를 규정하였지만 기타 형식의 담보에 대해서는 규정하지 않았고, 1986년에 제정된 民法通則은 보증, 예약금, 저당권(抵押權)과 유치권(留置權)이 등 네 가지 담보방식을 규정하면서 질권(質權)을 저당권부분에 포함시켜 질권의 독자성을 인정하지 않았다.⁷⁾ 1992년에 사회주의 시장경제건설의 목표를 제기한 중국은 시장경제 발전에 적절히 대응하기 위하여 담보법을 1995년부터 시행하였다.⁸⁾ 이는 채권의 실현을 위한 담보방식을 모두 통합하여 완전한 담보제도를 구성하였기 때문에 人的擔保, 物的擔保 및 金錢擔保를 구분하지 않고 제1장 총칙, 제2장 보증, 제3장 저당(抵押), 제4장 질권(質押), 제5장 유치(留置), 제6장에 예약금(定金)을 규정하였다.⁹⁾ 중국의 물권법은 2007년에 제정되었는데 이는 기존의 담보법을 토대로 하여¹⁰⁾ 각종 재판실무에 관한 내용을 충분히 보완하여 담보제도를 완비하였다. 이로 인하여 자금이 필요한 기업에게 담보제공에 따른 용자를 촉진하고 경제가 성장되도록 함으로써¹¹⁾ 중국의 擔保物權制度가¹²⁾ 가일층 발전하도록 제정되었다.¹³⁾

6) 鄭玉波, 民事物權(三民書局, 1995), 294면.

7) 陳祥健主編, 擔保物權研究(中國檢察出版社, 2004), 17면.

8) 담보법상에는 저당권, 질권, 유치권을 규정하고, 특별법상으로는 선박우선권 및 항공기우선권을 규정하고 있으나 담보법은 이미 10년이 지나서 일부 내용은 사실과 부합하지 않게 되었다.

9) 陳祥健, 前揭書, 19면.

10) 중국 물권법은 중국 담보법의 일부 내용을 수정하였기 때문에 두 개의 법률이 저촉될 수 있는데 중국 물권법 제178조는 이 경우를 상정하여 물권법의 시행 이후에도 담보법은 여전히 유효하지만 담보물권에 관한 부분에서 서로 저촉되는 경우에는 물권법을 우선 적용하도록 하고 있다.

11) 中華人民共和國物權法(中國法制出版社, 2007), 46면.

12) 담보물권의 법적지위에 관하여 먼저 담보물권을 채권적인 권리(債法)라고 보는 西南政法大學 李開國教授는 “저당, 질, 유치 및 양도담보 등 담보방식은 물권법에 넣지 않는 것이 좋다”고 주장하였다. 李開國, “關於我國物權法體系結構的思考”(現代法學, 2002年8月 第24卷 第4期), 15면; 또한 전국인대 상무위원회 법률위원회의 軍華는 “담보물권은 완전히 채권에 융합될 수 있기 때문에 독립적으로 존재할 필요가 없다”¹⁾고 주장하였다. 그러나 현재의 다수설은 담보물권은 물권법에 규정해야 한다는 주장이다. 軍華, “民法典制訂之焦點”(法學, 2002年第4期), 56면; 中國社會科學院的 梁慧星教授는 “담보법 중 보증과 예약금 규정은 채권편에 속하고, 저당권, 질권과 유치권 규정은 물권편에 속한다”고 하며, “담보물권의 권리 성질 및 성립의 法定性을 고려하여 용익물권과 같이 물권편에 규정하여야 한다”고 주장하였다. 梁慧星, “制定民法典的設想”(現代法學, 2001年4月 第23卷 第2期), 3면; 中國人民大學 法學院 王利明教授는 “물권법에 담보물권제도가 없다면 완비된 물권법체계를 형성할 수 없게 된다”고 하여 물권법에 규정할 것을 주장하였다. 王利明, “中國民法典的體系”(現代法學, 2001. 8月 第23卷 第4期), 53면.

13) 王勝明主編, 中華人民共和國物權法解讀(中國法制出版社, 2007), 377면.

II. 중국의 동산질권 제도

1. 서설

가. 의의

질권(質權)이란 채무자가 채권자(債權人)에게 그 채무를 변제하지 않으면 채권자가 채무자나 제3자가 점유를 이전하여 담보로 제공한 동산이나 권리를 매각하여 우선적으로 변제를 받을 수 있는 권리를 말한다. 질권관계 중에서 질권을 향유하는 채권자를 질권자(質權人)라고 한다. 재산을 질권자에게 점유를 이전하여 채권담보로 제공하는 채무자 또는 제3자(물상보증인)를 질권설정자(出質人)라고 한다. 질권설정자가 채권자에게 점유를 이전하고 채권담보로 제공하는 재산을 질물(質物 또는 質押物)이라고 한다.¹⁴⁾

나. 질권의 법률적 특징

질권은¹⁵⁾물권법상의 중요한 개념으로서 제한물권(限定物權) 중의 담보물권(擔保物權)에 속한다. 질권은 권리자(權利人)가 목적물의 교환가치를 직접적, 배타적으로 지배하는 권리이고, 권리자가 직접적으로 목적물의 교환가치를 지배하기 때문에 우선적으로 배상을 받는 권리이다. 아울러 질권은 담보물권의 특질을 갖는데 이는 부종성, 수반성과 물상대위성 등을 포함한다.¹⁶⁾이를 살펴보면 우선 질권은 부종성의 성질을 갖는다. 담보물권은 피담보채권의 존재를 전제로 하여서만 성립할 수 있다. 즉 채권이 성립하지 않으면 담보물권인 질권이 성립할 수 없고, 피담보채권이 소멸하면 질권도 소멸한다. 그러나 질권의 경우 부종성은 다소 완화된다. 즉 피담보채권은 현재 이미 존재하는 채권에 한하지 않고 조건부채권이나 미래채권도 가능하다. 미래채권을 담보하려고 설정하는 질권은 최고한액질권(最高限額質權)이라 한다. 최고한액질권이 담보하는 미래채권은 최고한액질권을 설정할 때 확정된다(물권법 제222조).¹⁷⁾또한 수반성(隨伴性)이란 질권이 피담보채권의 이전에 따라 이전하고, 피담보채권 위에 부담이 설정되면 역시 그 부담에 그 부담에 복종하는 성질을 말한다. 질권의 불가분성(不可分性)이란¹⁸⁾ 피담보채권이 전부 변제되기 전까지 질권의 목적물 전부에 대하여 효력이 미치는 성질을 말한다.¹⁹⁾ 따라서 설사 질권의 목적물이 분할되거나 일부분이 멸실되더라도 채권의 전부를 담보하게 된다. 아울러 질권은 그 목적물의 멸실, 파손으로 인한 손해배상금과 질권자가 사전에 질물을 경매(拍賣)해서 얻게 되는 가금(價金) 등은 질권 목적물의 대체물인 바, 질권자의 권리가

14) 이에 대하여 저당권은 채무의 이행을 담보하기 위하여 채무자 또는 제3자가 재산의 점유를 이전하지 않고 채무자가 만기채무를 이행하지 않는 등의 경우에 채무자가 담보로 제공한 목적물에 대하여 다른 채권자에 우선하여 자기 채권의 변제를 받을 수 있는 권리를 말하는데, 이 경우 채무자 또는 제3자가 저당권설정자(抵押人)이고 채권자는 저당권자(抵押權人)이며 담보물은 저당목적물(抵押物)이다.

15) 홍콩법에서 질권은 질당(質當)이라고도 한다. 질당은 동산을 채권자에게 교부하고 그 보관으로써 채무이행을 담보하는 재산담보제도이다. 질당에 관하여 홍콩에는 이미 보통법규칙이 존재하고 제정법도 존재한다. 보통법에 의하면 질권설정자의 재산을 교부함으로써 질당이 성립한다. 질권자는 질물을 채무변제시까지 보유할 권리가 있으며, 만일 확정된 일자에 질권설정자가 채무를 변제하지 않으면 질권자는 질물을 매각하여 그 대금에서 변제를 받거나 轉質할 수도 있다. 董立坤, 前揭書, 372면.

16) 梁彗星·陈华彬, 前揭書, 343면.

17) 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), 401면.

18) 프랑스 민법 제2083조, 독일민법 제1222조에서 확립된 원칙이다.

19) 江平, 中国物权法教程(知识产权出版社, 2007), 483면.

그 대체물에 미치는 것을 질권의 물상대위성(物上代位性)이라 한다.²⁰⁾ 질권은 채권이 변제되기 전까지 질권자가 목적물을 유치할 권리가 있다. 질권자의 유치목적물은 종종 채무자에 심리적 압박을 가해서 간접적으로 채무를 변제하게 하는데 이것이 유치권과 같은 기능이고 저당권과 다른 면이다.²¹⁾

다. 질권의 분류

1) 동산질권, 부동산질권과 권리질권

이는 질권의 목적물이 다른 것을 기준으로 분류하는 방식이다.²²⁾ 동산질권(动产质权)은 동산을 질권의 목적물로 하는 질권이다. 부동산질권(不动产质权)은 부동산을 목적물로 하는 질권이다. 법제사적으로 보면 부동산질권은 이전의 농업경제사회에 있어서는 매우 중요한 물권담보의 형식이였다. 오늘날에는 일본 등 일부 소수 국가만 부동산질권제도를 규정하고 있으며, 대부분의 국가는 이를 폐지하였다. 중국 물권법은 대부분의 국가의 제도를 조사, 검토하여 부동산질권을 인정하지 않았다.²³⁾ 권리질권(权利质权)은 양도할 수 있는 재산권을 목적으로 하여 설정하는 질권이다. 물권법상에 권리질권을 규정하는 것은 현대 각국의 입법추세이다. 중국 물권법은 각국 입법의 조류에 따라 제17장 제2절에 권리질권을 규정하고 있다.

2) 점유질권, 수익질권, 귀속질권

이는 질권의 내용을 기준으로 하여 분류하는 방식이다.²⁴⁾ 점유질권(占有质权) 또는 점유질은 질권자가 질물을 점유할 수 있는데 원칙적으로 수익을 하지는 못한다. 근대 이래 각국 민법상의 질권은 대부분 이에 속한다. 수익질권(收益质权)은 질권자가 질물을 점유할 뿐만 아니라 또한 질물을 사용, 수익할 수 있는 질권을 말한다. 수익질권은 銷却質(销偿质权)과²⁵⁾ 利質(利息质权)으로 구분된다. 銷却質權은 기한질권(期限质权)이라고도 하며, 질권목적물의 수익으로 채권원본을 충당한 후에 그 충당으로 인하여 소멸하는 질권이다. 이자질권은 영구질권(永久质权)이라고도 하는데 이는 수익으로 이자를 충당하고 질권은 그 충당으로 인하여 소멸할 수 있다.²⁶⁾ 귀속질권(归属质权)은 유질(流质)이라고도 하는데 이는 질권자가 질권의 목적물의 소유권을 취득하여 그 채권을 충당하는 채권질권이다.²⁷⁾ 각국의 민법은 대부분 귀속질권을 금지하고 있다. 중국 물권법 제211조는 채무이행기간 만료 전에 질권자는 질권설정자 또는 채무자가 만기 채무를 이행하지 않을 경우 질물을 채권자의 소유로 한다는 약정을 금지하고 있으므로 유질금지주의를 채택하고 있다고 할 수 있다.

3) 민사질권, 상사질권, 영업질권

이는 질권의 적용법규를 기준으로 하여 분류하는 방식이다.²⁸⁾ 민사질권(民事质权)은 민법의 적용을 받는 질권이다. 민법상의 동산질권과 권리질권은 모두 민사질권에 속한다. 상사질권

20) 王利明·尹飞·程啸, 中国物权法教程(人民法院出版社, 2007), 208면.

21) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 344면.

22) 江平, 前掲書, 420면.

23) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 345면.

24) 上掲書, 421면.

25) 독일민법상 부동산질권은 전형적인 销却質이다.

26) 일본민법의 부동산질권이 그 典範이다.

27) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 346면.

28) 江平, 前掲書, 420면.

(商事质权)은 상법을 적용하는 질권이다. 民商合一을 취하는 국가는 질권에 이러한 구분을 하지 않으며, 구분하더라도 이는 학술상 분류하는 개념이다. 중국의 현행 민법체제는 民商合一制度를 채택하기 때문에 상사질권이 존재하지 않는다.²⁹⁾ 영업질권(营业质权)은³⁰⁾ 전당포영업자(当铺营业人)가 기한과 이자를 약정하여 돈을 빌리고, 점유하는 동산을 상대방에게 교부하는 것을 목적으로 하는 질권이다.³¹⁾ 중국 사회과학원이 기초한 물권법초안(中国物权法草案建议稿)에는 영업질권을 규정하였지만 입법 당시 채택하지 않아서 현행 물권법에는 영업질권에 관한 내용이 규정되어 있지 않다.³²⁾

4) 약정질권과 법정질권

이는 질권의 성립원인에 따라 분류하는 방식이다. 약정질권(意定质权)은 당사자가 법률행위에 의하여 설정하는 질권이다. 법정질권(法定质权)은 법률의 규정에 의하여 발생하는 질권이다.³³⁾

2. 동산질권의 성립

가. 동산질권의 의의

동산질권은 채권을 담보하기 때문에 채무자나 제3자로부터 인도받은 동산을 점유해서 변제가 없으면 그 매득금(卖得价金)으로부터 자기채권(自己债权)을 우선변제를 받는 담보물권이다.³⁴⁾ 동산질권의 법적 성질은 다음과 같다. 첫째, 동산질권은 타인의 동산을 목적으로 한다. 동산질권의 목적물이 동산이고 기타 다른 재산은 목적물이 되지 못한다. 재산적 가치를 가지고 있는 동산은 법정절차에 따라 환금이 가능해야 한다. 동산질권은 변제가 없으면, 질권설정자가 점유를 이전한 동산의 매각대금으로부터 우선변제를 받는다. 따라서 재산가치가 없거나 아편(鴉片) 등 환금할 수 없는 동산은 동산질권의 목적으로 하지 못한다.³⁵⁾ 동산질권의 목적물은 타인 소유의 것이어야 하며, 이런 경우에 질권의 유치적 효력과 우선변제적 효력을 발휘할 수 있다. 즉 동산질권은 타인의 동산상에 존재하는 권리이고 제한물권에 속한다. 둘째, 동산질권은 채무자나 제3자가 인도하는 동산을 점유하는 담보물권이다. 동산질권의 설정과 아울러 채무자나 제3자가 인도한 동산이 존재하여야 한다. 셋째, 동산질권은 동산의 매득금으로부터 우선변제를 받는 권리이다. 동산질권이 일종의 담보물권이고 채권의 변제를 확보해서 채권이 변제기에 이르러 채무자가 변제하지 않으면, 질권자는 이를 매각하여 매득금으로부터 일반채권보다 우선적으로 변제를 받는다. 동산질권과 저당권(抵押权), 유치권(留置权)은 다같이 가치권(价值权)에 속한다. 넷째, 동산질권은 담보물권이다. 동산질권은 채권의 변제를 담보하기 위하여 설정되었기 때문에 우선변제적 효력과 유치적 효력을 가지는데 채무자가 기한이 되어도 변제하지 않을 때에 질권자는 질권을 실행할 수 있다.³⁶⁾

29) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 346면.

30) 홍콩에서 질당에 관한 법은 전당업조례(當押業條例)인데 이 조례는 5,000 홍콩달러 이하의 영업질권에만 적용된다. 전당포의 이자는 10%를 넘어서는 안되며, 17세 이하로 보이는 자의 물건은 전당을 해서는 안된다. 董立坤, 前掲書, 375~376면.

31) 王利明·尹飞·程啸, 前掲書, 505면.

32) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 346면.

33) 上掲書, 346면.

34) 物權法 第208條 第1款

35) 孙宪忠主编, 中国物权法:原理解释和立法解释(经济管理出版社, 2008), 496면.

나. 동산질권의 취득

1) 法律行爲에 의한 取得

동산질권은 법률행위에 의하여 취득하는데 동산질권의 취득은 설정에 의한 취득과 양도에 의한 취득이 있다.

가) 設定에 의한 取得

동산질권의 설정시에 당사자 일방은 동산질권을 취득하는 질권자인데 질권자는 채권자(債權人)에 한한다. 다른 일방은 채권담보를 동산으로 제공하는 사람으로 질권설정자라 하고 채무자 외에 제3자도 될 수 있다. 제3자는 채권담보로 동산을 제공한 자로서 질권자와 일반 채권채무관계나 보증관계가 없다. 질권자가 질권을 실행해서 제3자가 질물의 소유권을 상실하면 그 제3자가 채무자에게 구상권(追償權)을 행사할 수 있다. 설정행위로 동산을 취득하는 것이 동산질권을 취득하는 가장 기본적인 방식이다. 각국에 따라 유언으로 동산질권을 설정하는 예는 있지만 실무상 아주 드물고, 대개는 계약에 의하여 동산질권을 설정한다.³⁷⁾ 동산질권을 설정할 때에 당사자간에 설정합의만으로는 동산질권이 성립하지 않고 질권설정자가 동산의 점유를 채권자에게 이전하여야 성립한다. 동산의 점유를 채권자에게 이전하는 것을 인도(交付)라고 하는데 인도는 현실인도(現實交付)와 간이인도(簡易交付) 및 지시인도(和指示交付)를 포괄한다. 질권의 유지적 효력을 확보하기 위해서는 질권자가 점유개정방식(占有改定方式)으로 질권을 설정하는 것을 무효라고 하여야 한다.³⁸⁾ 동산질권을 설정하는 행위는 처분행위이므로 채무자가 제공하는 동산이나 제3자가 제공하는 동산에 대하여 소유권이나 처분권을 가져야 하며 이를 위반하면 동산질권의 효력이 발생하지 않는다. 질물을 인도한 후에 진정한 권리자(真正權利人)가 질물을 추탈(追奪)할 수 있는데 이렇게 되면 동산질권의 설정은 무의미 해진다. 따라서 선의로 동산질권을 취득하는 질권자의 이익을 보호하고 거래안전을 보호하기 위하여 각국은 동산질권을 선의취득할 수 있도록 규정하고 있다. 질권자가 선의로 동산을 점유하면 관련법률규정에 따라 보호를 받으며 설사 질권설정자가 질물을 처분하는 권리가 없더라도 질권자는 질권을 취득한다. 동산질권의 목적물은 동산에 한한다. 여기서 동산이란 모든 동산이 아니고 일반적 조건을 구비하는 동산이다. 이러한 조건은 첫째, 동산이 양도성을 가져야 한다. 양도할 수 없는 물건이나 교환가치를 가지지 않는 물건은 동산질권의 목적물로 하지 못한다.³⁹⁾ 둘째 동산은 독립물(獨立物), 특정물(特定物)이어야 한다. 셋째, 동산은 유지할 수 있는 물건이어야 한다.⁴⁰⁾ 다만 금전을 질권의 목적물로 할 수 있는지 여부에 대해서는 더 많은 논의가 필요하다.⁴¹⁾

나) 讓渡에 의한 取得

동산질권은 비전속적 담보물권(非專屬性擔保物權)이므로 양도할 수 있다. 그런데 동산질권은 담보물권의 수반성에 따라 채권을 담보하는 종속성을 가지므로 동산질권은 담보채권과 같

36) 梁彗星·陳華彬, 前掲書, 347면.

37) 上掲書, 347면.

38) 上掲書, 347면.

39) 物權法 제209조

40) 예를 들면 항공기, 선박 등은 경제적 가치가 크고 국가 사회 공공이익과 관련하여 질권이 대상이 되지 못한다. 다만 등록 등의 방법을 통하여 저당권의 목적물이 될 수는 있다.

41) 梁彗星·陳華彬, 前掲書, 348면.

이 양도해야 한다. 채권을 양도할 때 질권은 원칙적으로 양수인(受讓人)에게 이전하고 그에 따라 양수인이 질권을 취득한다.

2) 法律行爲 以外の 原因에 의한 取得

법률행위 이외의 원인에 의한 취득은 시효취득과 선의취득, 승계취득, 법률규정에 의한 취득 등이 있다. 시효취득(時效而取得)에 대해서 통설은 시효의 완성으로 동산질권을 취득한다고 한다.⁴²⁾ 채권자가 채권을 담보하는 의사로 일정기간에 평온, 공연하게 계속적으로 동산을 점유하면 동산질권을 취득한다. 시효로 동산질권을 취득하는 것은 채무자의 채권을 전제조건으로 한다. 그 이유는 질권은 채권에 종속해서 존재하는 권리이고 그에 따라 독립적으로 존재하지 못하기 때문이다. 선의취득(善意而取得)에⁴³⁾ 의하여도 동산질권을 취득한다.⁴⁴⁾ 선의취득에 의한 방식으로 질권을 취득하면 성질상 당사자의 설정행위로 인하여 동산질권을 취득하는 것은 아니지만 법률의 특별규정에 의하여 질권을 취득하며 이는 원시취득이다. 대만 민법 제866조는 “질권자는 동산을 점유하지만 점유에 관한 규정에 의해 보호를 받는 것은 설령 질권설정자가 질물을 처분하는 권리가 없더라도 질권자가 질권을 취득한다”고 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 선의취득방식으로 질권을 취득하는 경우 몇가지 요건이 필요하다. 우선 목적물이 부동산이 아닌 동산이어야 하고, 질권설정자가 처분권을 가져서는 아니되며, 채권자가 이미 그 동산을 점유하고 있어야 하되, 채권자가 선의로 그 동산의 점유를 하여야 한다. 승계취득(繼承而取得)은 질권자가 사망할 때에 그 상속인이 상속에 의하여 취득한다. 통설은 동산질권을 상속으로 취득할 때에 상속인이 그 사실을 알았거나 또는 질물을 이미 점유하고 있는 것이 요건으로 되지는 않는다고 한다.⁴⁶⁾ 동산질권은 법률의 규정에 의해서도 취득할 수 있는데 이를 법정질권(法定質權)이라고 한다.

3. 동산질권의 효력

가. 動產質權上 擔保債權의 範圍

동산질권이 담보하는 채권의 범위는 저당권이 담보하는 범위와 같다. 동산질권이 담보하는 범위는 당사자간 계약으로 설정하는데 위약금(違約金), 질물관리비용(質物管理費用) 및 기타 손해배상 등도 담보범위에 포함된다.⁴⁷⁾ 당사자간에 담보채권의 범위를 약정하지 않으면 물권법의 적용을 받게 된다. 물권법상 담보채권의 범위는 원채권(原債權), 이자(利息), 지연이자(遲延利息), 질권실행비용 및 기타 질물의 흠결에 따른 손해배상 등이 포함된다. 이와 같이 질권이 담보하는 채권범위는 실제로 저당권이 담보하는 범위보다 넓다고 할 수 있다. 그 이유는 저당권이 담보하는 채권범위에는 목적물의 하자(瑕疵)로 인한 손해배상이 포함되지 않기 때문이다.⁴⁸⁾ 질권의 설정과 존속을 위하여 질권자가 질물을 점유하게 되는데, 질물이 이

42) 上揭書, 348면.

43) 물권법(제106조) 무권리 자가 부동산 또는 동산을 양수인에게 양도한 경우 소유자는 이를 반환받을 권리가 있다. 법률에 별도의 규정이 있는 것을 제외하고 다음 각 호의 사유에 부합되는 경우 양수인은 당해 부동산 또는 동산의 소유권을 취득한다. (1) 양수인이 당해 부동산 또는 재산을 선의 취득한 경우.

44) 江平, 前揭書, 422면.

45) 梁彗星·陳華彬, 前揭書, 349면.

46) 上揭書, 349면.

47) 江平, 前揭書, 422면.

48) 즉 저당권에는 목적물인 부동산이나 동산의 점유를 이전하지 않기 때문에 저당물에 하자로 인하여

전된 후 하자가 발생하는 경우에 질권설정자는 손해배상책임을 져야 한다.⁴⁹⁾ 통설에 따르면 질권자는 질물의 보관비용을 필요한 비용도 질권이 담보하는 범위에 포함된다고 한다.⁵⁰⁾

나. 동산질권 목적물의 범위

동산질권과 저당권은 같은 담보물권으로서 양자의 목적물의 범위가 대체로 같고, 목적물의 소유권의 범위를 질권의 범위내로 하고 있다. 동산질권은 채무자나 제3자가 인도하는 동산을 점유하는 것을 성립요건으로 하므로 분명히 저당권과는 다르다. 따라서 동산질권의 목적물의 범위는 저당권의 목적물의 범위와는 완전히 일치하지는 않는다.⁵¹⁾ 각국 민법은 동산질권의 효력범위에 대하여 다른 규정을 가지고 있다. 독일민법전 제1212조는 질권은 질물로부터 분리된 산출물에도 미친다고 규정되어 있고, 스위스민법 제892조는 질권의 효력은 종물과 과실에 미치지만 다른 약정이 있으면 이를 제외하는데, 질물로부터 분리하는 천연과실은 질권의 효력이 미치지 못한다고 규정되어 있다. 일본 민법은 질권이 미치는 범위에 대하여 명문규정을 두고 있지 않는데, 일본의 통설에 의하면 동산질권의 효력이 미치는 범위에는 종물, 천연과실, 법정과실, 물상대위물 등이 있다.⁵²⁾ 중국 물권법은 동산질권의 효력이 미치는 목적물의 범위에 대하여 일본 민법과 같이 규정하고 있지 않다. 질권에 대하여 각국 입법을 종합적으로 고찰하고 최근 각국의 민법 이론을 참고하여 담보로 하는 질물 본체외에 목적물의 범위를 4가지로 정하였다. 우선 종물(从物)로서 동산질권의 효력은 종물에 미치는지에 대하여 긍정설과 부정설이 대립하고 있다. 긍정설은 주물의 처분은 종물에 미치기 때문에 동산질권의 효력은 질물의 종물에 미친다는 견해이다. 부정설은 동산질권은 질물의 점유를 질권자에게 이전하는 것을 성립요건으로 하기 때문에, 비록 질물의 종물을 질권자에게 점유를 이전하지 않았으므로 질권의 효력이 미치지 못하게 된다는 것이다. 두 학설 중 후자가 다수설이다.⁵³⁾ 과실(孳息)에는 법정과실(法定孳息)과 천연과실(天然孳息)이 있다. 당사자간 다른 약정이 없는 한 질물의 과실위에도 당연히 질권의 효력이 미친다. 질물을 경매해서 생긴 가금(价金)과 질물의 멸실로 인하여 받는 배상금에 대하여는 각국 민법이 잘 규정하고 있다. 질물이 부패할 염려가 있거나 가치가 감소될 염려가 있어 손해가 발생할 경우에 질권자는 질물을 사전에 경매할 수 있으며 그 경매대금(拍卖所得的价金)은 질물의 대체물이 된다. 아울러 동산질권의 효력은 질물의 대위물에도 미친다.⁵⁴⁾ 질물의 대위물은 질물의 멸실에 따른 배상액이다. 첨부물(添附物)은 질물의 소유자가 질권을 취득하면 질물의 효과가 자연히 첨부물에 미친다.

다. 유질계약의 금지

유질계약(流质合同)은 절질계약(绝质合同)이라고도 하며 동산질권을 설정할 때 채권의 변제기 전에 채권을 배상받지 않고 질물의 소유권이 질권자의 소유가 되도록 하는 계약을 말한다. 대부분의 국가들은 민법규정에 따라 유질계약을 금지하고 있는데⁵⁵⁾ 중국도 유질계약이나 유질

채권자가 손해를 발생하는 문제는 생기지 않기 때문이다. 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 349면.

49) 대부분의 국가들은 몇가지 손해배상 요건에 해당하는 경우에 손해배상의 범위를 질권이 담보하는 범위에 두고 있다. 즉 질물에 하자가 있거나 질물에 하자가 감춰져 있거나, 하자과 손해와 인과관계가 있어야 한다. 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 350면.

50) 上掲書, 350면.

51) 上掲書, 350면.

52) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 350면.

53) 上掲書 350면.

54) 王利明·尹飞·程啸, 前掲書, 512면.

55) 일본 민법 제349조는 “질권설정자는 설정행위 또는 채무의 변제기 전의 계약에서, 질권자에게 변제

약관의 금지규정이 있다. 중국 담보법 제66조에서 명문으로 금지하였고,⁵⁶⁾ 물권법 제211조도 유질계약을 금지하고 있다.⁵⁷⁾ 유질계약을 금지하는 이유는 첫째, 채무자의 곤궁하고, 불리한 사정을 이용하여 채권자가 소액의 담보채권금액으로 고가의 질물을 취득 하는 등 부당이득을 취하는 수단으로 악용될 가능성이 높기 때문이다.⁵⁸⁾ 둘째, 질권자 이외에 채권자를 보호하기 위해서도 필요하다. 유질계약을 금지하는 것은 채무자의 책임재산(責任財産)의 감소를 방지할 수 있고, 이러한 경우 기타 채권자의 합법적 이익을 높여 변제를 가능하게 한다.⁵⁹⁾ 셋째, 채무자와 채권자가 서로 통모하여 물상보증인(損害擔保設定人)의 이익을 해하는 것을 방지할 수 있다. 넷째 국유재산(國有資産)의 유실을 방지한다. 중국의 많은 국유기업이 은행에서 돈을 빌릴 경우 국유자산을 담보로 제공하는데 유질계약이 허용되면 국가 소유인 저당물의 소유권이 채권자에게 귀속되기 때문에 국유자산의 대량유실이 불가피하다. 그러나 이 규정은 채무이행 기전의 유질계약을 금지하는 것이고 채무이행기간이 만료된 경우에는 질물로 환가하여 채권을 만족시킬 수 있다.⁶⁰⁾

라. 동산질권의 전질권

전질은 질권자가 질권이 존속하는 중에 자기 또는 타인의 채무를 담보하기 위하여 질물의 점유를 제3자에게 이전해서, 질물상에 새로운 질권을 설정하는 것을 말한다. 실질상으로는 질권자는 채권이 변제되기 전에 점유하는 질물을 처분하는 행위이다.⁶¹⁾ 근대 이래 각국 민법이 규정하는 전질은 주로 책임전질(責任轉質)과 승낙전질(承諾轉質)의 두 종류이다. 책임전질과 승낙전질에 관한 입법례는 각국마다 같지 않는데 독일 민법은 동산질권에 관한 규정인 제1204조 내지 제1260조에서 전질을 규정하고 있지 않아 책임전질이 인정되지 않으며, 프랑스 민법 역시 이를 규정하지 않고 있다. 일본 민법 제348조에 질권자는 그 권리의 존속기간내에 있어서 자기의 책임으로 질물에 대하여 전질을 할 수 있으며, 이 경우에 전질에 따라 생긴 손해에 대하여는 불가항력에 의한 것에 의하더라도 그 책임을 진다고 규정하고 있다.⁶²⁾ 스위스 민법은 책임전질을 규정하지 않고 승낙전질만을 규정하고 있다.⁶³⁾ 종래 중국의 법률에서는 책임전질과 승낙전질에 대하여 규정을 두고 있지 않았으나 실무적으로는 승낙전질을 인정하였고,⁶⁴⁾ 책임전질에 대하여는 분쟁의 발생가능성을 이유로 인정하지 않았다.⁶⁵⁾ 그러나 책임전질이 질권

로서 질물의 소유권을 취득하게 하거나 그 밖의 법률에서 정하는 방법에 의하지 않고서 질물을 처분하게 하는 것을 약정하지 못한다”고 규정하고 있다. 독일 민법 제1229조도 “질권자가 변제를 받지 못하거나 적시에 만족을 얻지 못하면 그가 물건의 소유권을 취득하거나 양도받기로 하는 내용의 약정으로서 매각권한의 발생전에 행하여진 것은 무효이다”라고 규정하고 있다. 프랑스 민법 제2078조, 스위스 민법 제894조 대만 민법 제824조 제2항 및 우리나라 민법 제339조도 이를 규정하고 있다.

56) 담보법 제66조는 “피질권자와 질권자는 계약에서 채무이행기간이 만료된 후에도 질권자가 변제받지 못했을 경우 질물의 소유권이 질권자의 소유로 이전된다고 약정하지 못한다”고 규정하고 있다.

57) 郭明瑞主編, 前揭書, 387~389면.

58) 王勝明主編, 中華人民共和國物權法解讀(中國法制出版社, 2007), 458면; 全國人大常委會法制工作委員會民法室編, 前揭書, 384면

59) 郭明瑞主編, 前揭書, 388면.

60) 上揭書, 388~389면.

61) 梁彗星·陳華彬, 前揭書, 352면.

62) 일본 민법은 우리 민법 제337조와 같은 전질의 대항요건을 두고 있지 않다. 따라서 학설은 ‘지명채권을 객체로 하는 질권의 대항요건’을 규정한 일본 민법 제364조를 유추 적용하거나(高木多喜男, 擔保物權法, 有斐閣, 2005, 71면), ‘저당권처분의 대항요건’을 규정하는 일본 민법 제377조를 책임전질에 유추 적용한다(高橋眞, 擔保物權法, 成文堂, 2007, 74~75면).

63) 스위스 민법 제887조는 “질권자는 질권설정자의 동의를 받은 경우에만 질물을 전질할 수 있다”고 규정한다.

64) 最高人民法院關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋 第94條 第1款.

자에게 투하자본의 회수수단으로서 질물의 교환가치를 이용하려는 것임을 고려하여 물권법에서는 이를 인정하고 있다. 즉 중국 물권법 제217조는 ‘질권자가 질권 존속기간에 질권설정자의 동의없이 轉質하여 질물(質押財產)을 훼손, 멸실한 경우에, 질권설정자에게 배상책임을 저야 한다’고 규정하고 있다. 제217조에 대하여 책임전질에 대한 규정이라는 견해와⁶⁶⁾ 승낙전질을 인정하는 규정으로 해석하는 견해가 대립하고 있다.⁶⁷⁾ 한편 중국 물권법은 승낙전질에 대하여는 규정을 두고 있지 않으나 학설은 일반적으로 승낙전질이 질권설정자의 동의를 거친 전질행위이므로 법률조항으로 이를 금지하는 규정이 없으므로 승낙전질의 효력을 인정하여야 한다고 한다.⁶⁸⁾

마. 동산질권의 실행

1) 의의

동산질권의 실행은 질권의 가장 중요한 효력 중의 하나이다. 동산질권의 실행은 질권자가 그 채권이 변제기에 있지만 변제를 안하는 경우 우선 변제를 받기 위하여 질물을 처분하는 행위이다. 이에 대하여 물권법 제219조 제2항은 “채무자가 만기채무를 이행하지 않거나 당사자가 질권을 실행하기로 약정한 사유가 발생한 경우 질권자는 질권설정자와의 협의하에 질물을 환가하여 우선변제를 받을 수 있고 질물을 경매 또는 매각하여 우선변제를 받을 수도 있다”고 규정하고 있으며⁶⁹⁾ 제221조는 “질물을 환가(折价) 또는 경매, 매각(變賣)한 후 그 가액이 채권금액을 초과한 부분은 질권설정자가 소유하고 부족부분은 채무자가 변제한다”고 규정하고 있다.⁷⁰⁾ 동산질권의 실행은 보통 2가지 요건을 구비하여야 한다. 그 중 하나는 질권이 유효하게 존재하고 질권설정 합의와 질물을 질권자가 점유하고 있어야 한다. 그리고 채권이 변제기에 있지만 변제받지 못했어야 한다.

2) 질권의 실행방법

물권법은 질권의 실행방법으로 경매, 매각, 환가 등 3가지를 규정하였다. 그 중 경매와 매각은 질물을 타인에게 매도하는 방식으로 질권을 실행하는데 매도방식이 다를 뿐이다. 첫째는 질물을 경매하는 것인데, 경매는 동산질권을 실행하는 주요한 방법이다. 대부분의 국가의 민법규정에 의하면 이러한 경매는 저당권(抵押權)을 실행할 때의 경매와는 다르다고 본다.⁷¹⁾ 질권설정자의 이익을 보호하기 위하여 질권자가 경매하기 전에 질권설정자에게 알려야 한다. 질권자가 이러한 통지를 하지 않으면 질권설정자가 입는 손해를 배상하여야 하지만 경매의 효력에는 영향을 받지 않는다. 질권자는 배상을 받은 후 잔금이 남아 있으면 이를 질권설정자에게 반환하여야 한다. 부족한 경우에 배상하지 않은 부분은 담보가 없는 보통채권(普通債權)이 된다. 둘째는 질권설정자와 협의하여 질물을 금전으로 환산하고 이를 질권설정자의 소유가 되도록 하는 것이다. 질권자는 변제기 이후에 자기채권의 변제를 받기 위하여 약정을 맺어 질물의 소유권을 취득할 수 있다.⁷²⁾ 이 경우 유질계약이나 유질약관의 금지규정이 있는데 물권법 제

65) 最高人民法院关于适用<中华人民共和国担保法>若干问题的解释 第94條 第2款.

66) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 353면.

67) 王利明, 物權法論(中國政法大學出版社, 2008), 407면; 강태성, “민법 제2편(물권) 제6장(전세권)과 제8장(질권) 중에서 삭제하여야 할 규정”(民事法學 第44號, 韓國民事法學會, 2009), 182면.

68) 郭明瑞主編, 前掲書, 397면.

69) 王勝明主編, 前掲書, 470면.

70) 郭明瑞主編, 前掲書, 393면.

71) 저당권을 실행할 때 법원에 경매를 신청해야 하지만 질권적 경매의 실행은 질권자 스스로 할 수 있는데 이를 자행경매(自行拍賣)라고 한다. 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 355면

211조가 이를 규율하고 있다.⁷³⁾ 셋째, 기타 다른 방법으로 질물을 처분할 수 있다. 일반적으로 매매방법(买卖合同)이나 신문에 공고하여 경매하는 방법(登报标售方法)으로 질권을 실행한다.

바. 동산질권의 침해에 대한 구제

동산질권이 침해받을 경우 질권자는 물상청구권, 손해배상청구권에 의하여 구제받을 수 있다. 그 밖에 기한상실이익제도와 증담보제도가 있다. 첫째 물상청구권(物上请求权)은 질권은 물권이므로 질권자는 자연히 물권적 청구권을 갖는다. 둘째 손해배상청구권에 의해서 보호를 받는다. 질물은 타인의 고의나 과실 때문에 침해를 받고 실제로 손실이 발생할 때에 질권자는 불법행위에 따른 손해배상규정에 근거하여 침해자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 셋째 기한이익의 상실(喪失期限利益)이다. 질권설정자, 채무자에 귀책될 수 있는 사유로 인하여 질물이 손상되거나 멸실할 때에 질권설정자는 기한의 이익을 상실한다. 이런 경우에 질권자는 채무자 등에게 피담보채권의 전부를 변제하도록 청구할 수 있다. 넷째 담보를 증가할 필요가 있다. 실무상으로 당사자들은 질권설정계약시 담보증액계약을 맺어서 목적물이 파손, 멸실로 그 가치가 감소하는 경우에, 질권설정자는 감소한 부분과 상당한 담보를 추가하여야 한다. 당사자간에 약정으로 담보증액 조항을 설정한 경우에 그 약정은 당연히 법률상 효력을 가지며 그 약정에 따라 담보를 증액하여야 한다. 그러나 그러한 증액약정이 없는 경우 질권자가 추가 담보를 청구할 수 있느냐는 각국 마다 다르다. 프랑스 민법 제2131조는 긍정적 입장을 취하고, 독일 민법 제1133조도 사실상 같은 입장을 취하고 있다. 일본 민법은 비록 명문규정은 없지만 판례와 학설은 대부분 긍정적인 견해를 취하고, 목적물이 손상되거나 멸실로 인하여 가치가 감소되는 경우 상당한 담보를 제공하여야 한다. 중국 물권법은 이러한 규정이 없으나 해석상 긍정적인 입장을 취하고 있다.⁷⁴⁾

사. 권리와 의무

1) 질권설정자의 권리와 의무

질권설정자의 권리에에는 첫째, 질권설정자는 질물의 수익권을 갖는다. 질권설정자가 질권을 설정한 후에 비록 질권자가 질물을 점유하지만 질권설정자는 약정으로 질물의 수익권을 가질 수가 있다. 둘째, 질물처분권을 갖는다. 질권설정자는 비록 질물의 점유를 질권자에게 이전하지만 질물처분권을 갖 상실하지 않은 질권설정자는 간이인도나 지시인도방식으로 질물을 양도하거나 동일한 질물상에 다시 질권을 설정하여 다른 채무의 이행을 담보하게 된다. 셋째 주채무자에 대한 구상권(求償權)과 대위권(代位權)이다.⁷⁵⁾ 질권설정자가 주채무자가 아니고 제3자인 경우에 제3자가 채무를 대신 변제하면 주채무자에 대하여 구상권과 대위권을 가진다. 제3자가 질권의 실행위권(代位權)상실하는 경우 보증제도에 의하여 주채무자에게 보상(補償)을 청구할 수 있다. 중국 담보법 제72조는 “채무자에게 담보를 제공한 제3자는 질권자가 질권을 실현 후 채무자에게 구상권을 행사할 수 있다”고 규정하고 있다. 질권설정자의 의무는 첫째, 손해배상 의무가 있다. 동산질권에서 질권설정자는 질권에 숨겨진 瑕疵로 인하여 발생한 손해

72) 이러한 방식으로 동산질권을 실행하면 다음과 같은 요건을 구비해야 한다. 첫째, 질권자는 질권설정자와 계약을 맺어야 한다. 둘째, 변제를 위한 계약을 맺고 셋째, 채권은 변제가 된 이후에 갚되 다른 질권자의 이익을 해하여서는 안된다. 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 355면

73) 郭明瑞主编, 前掲書, 387~389면.

74) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 356면

75) 江平, 前掲書, 425면.

배상책임을 부담한다. 둘째 필요비의 상환의무가 있다. 질권설정자는 질권자가 질물을 보관하고 있기 때문에 지출하는 비용을 상환할 의무를 진다. 그러나 유익비에 대하여는 견해가 일치하지 않는다.⁷⁶⁾

2) 질권자의 권리와 의무

질권자의 권리는 우선 질물의 과실수취권(质物孳息的收取权)이 있다.⁷⁷⁾ 질권설정시 당사자가 질물의 과실을 질권설정자나 제3자가 수취하지 않기로 약정하면 원칙적으로 질권자는 질권을 수취할 수 있다.⁷⁸⁾ 동산질권은 용익물권이 아니고 담보물권이지만 질물은 이미 질권자가 점유하고 있기 때문에 질권자가 수취하는 것이 오히려 편리하다. 여기서 과실이란 법정과실과 천연과실을 포함한다. 민법상 신의성실의 원칙에 따라 질권자가 질물에서 생기는 과실을 수취하는데 자기사무와 동일한 주의의무를 기울여야 하며, 이러한 주의의무를 게을리 하면 손해배상책임을 부담한다.⁷⁹⁾ 둘째, 전질권(转质权)이 있다. 전질은 질권자가 질권계속 중에 자기 또는 타인의 채무를 담보하기 위하여 질물의 점유를 제3자에게 이전해서 질물 위에 다시 질권을 설정하는 것을 말한다.⁸⁰⁾ 이는 사실상 질권자가 채권을 변제하기 전에 점유하고 있는 질물을 처분하는 것인데 물권법 제217조는 이러한 책임전질에 대하여 규정하고 있다. 셋째는 질물 보관 중 부패하거나 손상될 염려가 있는 경우에는 그것을 매매하여 그 매득금으로 질물을 대신한다. 물권법 제216조는 “질권자의 책임이 아닌 사유로 질물이 훼손되거나 가치가 크게 감소되고 질권자가 손해를 받을 가능성이 있는 경우, 질권자는 질권설정자에게 그에 상당한 담보의 제공을 요구할 권리가 있다”고 규정하고 있다.⁸¹⁾ 질권설정자가 담보를 제공하지 않을 경우 질권자는 질물을 경매, 매각한 후 질권설정자와 협의하여 경매, 매각대금을 채권의 만기 전에 변제에 사용하거나 공탁할 수 있다고 규정하고 있다. 한편, 질권자의 의무는 첫째 질물을 관리하여야 하는데 이는 매우 중요한 사항이다. 질물의 관리란 일반적인 관리가 아니라 질권자의 선량한 관리자의 주의의무로 관리하여야 하며, 이것이 이른바 선관주의 원칙이다.⁸²⁾ 질권자가 선관주의 의무를 게을리 하여 질권설정자에게 손해가 발생한 경우 배상을 하여야 한다. 물권법 제215조는 “질권자는 질물을 잘 보관할 의무가 있다. 보관상의 문제로 질물이 훼손, 멸실된 경우 배상책임을 부담하여야 한다”고 규정하고 있다.⁸³⁾ 둘째는 자기재산과 동일한 주의의무로 질물의 과실을 수취하고 계산하여야 한다. 질권자가 이러한 주의의무를 위반하여 질권설정자가 손해를 입으면 배상책임을 부담한다. 셋째 전질로 인한 손실을 배상하여야 한다. 질권이 존속 중에 질권자가 자기의 책임으로 제3자에게 질물을 전질할 수 있지만 전질로 인하여 불가항력적인 손실을 입은 경우에 배상책임을 부담한다. 넷째 질물 반환의무를 부담한다. 물권법 제219조 제1항은 “채무자가 채무를 이행하였거나 질권설정자가 담보채권을 만기 전에 변제한 경우 질권자는 질물(质押财产)을 반환하여야 한다”고 규정하고 있다.⁸⁴⁾

76) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 352면.

77) 江平, 前掲書, 423면.

78) 질권자는 질물의 과실을 취득할 권리가 있다. 단, 계약에 별도의 약정이 있는 경우는 예외로 한다. 전항 규정의 과실은 우선 과실수취비용에 충당하여야 한다. 물권법 제213조

79) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 352면.

80) 江平, 前掲書, 423면.

81) 王胜明主编, 前掲書, 465면.

82) 선량한 관리자의 주의의무는 로마법에서는 선량한 家父의 注意라고 하였고, 독일 민법 제276조는 거래상 주의되는 요구라고 하고 있다. 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 353면

83) 郭明瑞主编, 前掲書, 393면.

84) 全国人大常委会法制工作委员会民法室编, 前掲書, 396면.

4. 동산질권의 소멸

동산질권이 소멸하면 특정한 동산에 질권이 더 이상 존재하지 않는다. 동산질권의 소멸원인은 물권의 일반적 공통된 소멸원인인 혼동, 몰수, 포기가 있고, 그 외에 각종 원인이 있다. 우선 담보채권의 소멸이다. 동산질권은 질권설정자가 동산을 인도한 후 그 매각대금에서 자기 채권이 우선하도록 변제받는 물권이고 채권에 종속하여 존재한다. 동산질권이 담보하는 채권이 소멸할 때 그 채권에 종속하는 동산질권도 따라서 소멸한다. 둘째는 질물의 반환이다.⁸⁵⁾ 질권자가 채무자 또는 제3자가 제공하는 동산을 점유하는 것이 동산질권의 성립 및 효력발생 요건이다.⁸⁶⁾ 그러나 질권자는 점유개정의 방법으로 질권을 설정하지 못한다. 질권자가 목적물을 질권설정자에게 반환하면 질권은 당연히 소멸한다. 질물의 반환은 질권자가 자기의 의사에 의하여 질권설정자에게 질물의 점유를 이전하는 것이다. 질권설정자가 강도 또는 절취 등의 방법으로 질물을 취득할 때에는 질물을 반환하는 것이 아니므로 질권이 소멸하지 않는다. 셋째 질물의 점유를 상실하는 경우이다. 질권자가 질물을 점유하는 것은 동산질권의 존속요건이다. 따라서 질권자가 질물의 점유를 상실해서 반환청구를 하지 못하게 되면 당연히 동산질권이 소멸한다. 넷째는 질물의 소멸이다. 목적물이 소멸하면 물권도 소멸하므로 동산질권도 역시 소멸한다. 다만, 동산질권이 가치권이고 목적물의 교환가치를 지배하는 것을 내용으로 하므로 목적물이 비록 소멸했지만 배상금을 받으면 질권자는 그 배상금에서 변제를 받을 수 있다. 즉 배상금은 동산질권의 목적물의 대체물이 된다. 다섯째, 동산질권의 실행이다. 질권자는 채권이 변제기가 되지만 변제를 받지 못하면 질물을 처분하고 질권을 실행할 수 있다.

85) 江平, 前掲書, 425면.

86) 梁彗星·陈华彬, 前掲書, 356면.