

集合物讓渡擔保의 公示方法에 관한 考察

金容吉*

I 意義	III 主要 國家의 公示制度
II. 集合物讓渡擔保의 公示方法	1. 日本의 債權登錄制度
1. 學說	2 美國 統一商法典上 登錄制度
가. 占有改定에 의한 公示方法	3 캐나다 動產擔保法上 登錄制度
나. 明認方法에 의한 公示方法	4 UN 國際去來法委員會의 登記制度
다. 컴퓨터登錄에 의한 公示方法	5 獨逸에서의 登錄制度 導入의 論議
라. 公正證書에 의한 公示方法	
마. 動產抵當權設定에 의한 公示方法	IV. 結論
2 判例	

I. 意義

集合物讓渡擔保는 그 목적물이 設定者의 占有하에 있을 뿐 아니라, 企業의 經營활동에 따라 끊임없이 변동하기 때문에 이를 배타적으로 지배하기 위해서는 다른 讓渡擔保와는 달리 계약후의 擔保管理가 중요한 의미를 갖는 데 그 중에서도 公示方法이 매우 중요하다 현재 널리 쓰이고 있는 占有改定에 의한 목적물의 인도는 그 반입과 반출에 따른 실질적인 관리가 어렵고 혹여 設定者가 占有하고 있는 担保목적물을 불법적으로 처분한 경우에는 제3자가 善意取得(民法 第249條)할 수 있으므로, 所有權을 잃을 위험이 매우 크다. 따라서 占有改定을 보완할 수 있는 예방수단 등 대비책을 수립하고 그 集合物이¹⁾ 擔保權者의 占有에 속함을 계속 공시해 둘 필요가 있다

* 成均館大學校 比較法研究所 先任研究員, 法學博士

1) 일반적으로 集合物이라 함은 「倉庫內의 商品 全體라든가 工場의 原材料나 半製品 및 機械의 全部 등 個別物이 共同目的에 의하여 結合되고, 經濟적으로 單一한 價値를 가지고 또한 去來上 單一한 形體로 다루어지는 多數物件의 集合」을 말한다 高翔龍, 民法總則(法文社, 2003), 271면

集合物讓渡擔保의²⁾ 公示方法은 현재로서는 占有改定에 의한 公示方法과 明認方法에 의한 公示方法이 대표적이다 動產物權의 公示方法으로서 占有改定은 所有權移轉의 合意와 讓受人에게 間接占有를 취득시킨다는 두 개의 合意가 있게 되는데 讓渡人이 목적물을 양도한 후 계속해서 목적물을 점유하고 있기 때문에 외부에서는 讓受人에게 권리가 이전했다는 것을 알 수 없게 마련이다. 따라서 이를 公示方法으로 인정할 것이냐에 문제가 있으나 讓渡擔保에서는 실익이 있다고 할 수 있다.

그런데 集合物讓渡擔保의 公示方法의 경우에도 一般讓渡擔保와 같이 占有改定으로 족하다고 할 수 있는 반면에, 占有改定이 公示方法으로서 불충분하기 때문에 담보로서의 실질을 반영시키는 公示方法을 고려해야 한다는 견지에서 목적물에 새끼줄을 치거나 풋말, 목찰이나 名板(name plate) 부착 등 慣習上의 公示方法인 明認方法을 적극 이용해야 할 필요가 있다고 하겠다. 이하에서는 集合物讓渡擔保의 존재를 알 수 없는 제3자가 불측의 손해를 입지 않도록, 집합물이 담보권자의 소유에 속함을 알리는 방법으로써 이들 공시방법과 함께 컴퓨터등록에 의한 公示方法, 公正證書에 의한 公示方法, 動產抵當權 設定에 의한 公示方法을 살펴보고자 한다. 아울러 集合物讓渡擔保의 公示方法에 대한 판례의 태도 및 현재 세계 각국에서 공시방법으로 채택하여 시행하거나 논의 중인 각종 登記制度 및 登錄制度에 대하여도 알아봄으로써 보다 효과적인 공시방법을 검토하고자 한다.

II. 集合物讓渡擔保의 公示方法

1. 學說

가. 占有改定에 의한 公示方法

1) 意義

- 2) 讓渡擔保의 目的物 중에서 工場이나 店鋪內에 존재하는 原材料·半製品·製品, 倉庫內의 在庫商品 및 商店內의 商品 등과 같이 構成要素가 끊임없이 증감·변동하는 流動動產 등 群集한 集合動產을 擔保權設定者의 수중에 그대로 두고, 企業의 營業活動을 계속하게 하면서 이를 一括하여 擔保로 제공하여 資金을 融通하는 方式을 생각할 수 있는 데 이를 이른바 集合物讓渡擔保라고 한다. 金容吉, “集合物讓渡擔保에 관한 研究”(成均館大學校 大學院 博士學位論文, 2004), 4면

우리 민법은 動產物權變動에 관한 公示方法으로서 現實引渡(민법 제 188조제1항), 簡易引渡(민법 제 188조제2항), 目的物의 返還請求權의 讓渡(민법 제 190조), 占有改定(민법 제 189조)의 公示방법을 인정하고 있다. 占有改定에 의한 動產物權의 양도에는 所有권이전의 합의와 양수인에게 간접점유를 취득시키는 계약과의 두 개의 합의가 있게 된다. 이 둘 두 합의는 불요식행위이고 묵시적으로 할 수 있으므로 두 합의는 하나의 행위로 합쳐되어 행하는 것이 보통이다.³⁾ 占有改定은 양도한 후에도 계속해서 양도인이 점유하므로 외부로부터는 양수인에게 所有권이 이전되었다는 것을 알 수 없기 때문에 占有改定을 公示방법으로 인정할 것이냐에 대한 의문이 생기게 된다. 그러나 이것을 금지하여도 公示의 효과는 기대할 수 없고 공연히 절차만 번거롭게 만들기 때문에 이를 피하기 위하여 인정한 것이다.⁴⁾ 動產物權變動에 관한 公示方法으로서 觀念的 占有移轉인 占有改定을 포함하고 있고 讓渡擔保에서도 占有改定을 인정하고 있으므로 集合物讓渡擔保에 대한 公示方法으로서 占有改定을 인정하여야 한다는 것이 우리 나라의 通說이다.⁵⁾

2) 占有改定에 의한 公示方法의 根據

集合物讓渡擔保에 대한 公示方法으로서 占有改定으로 충분하다고 하는 견해는 다음과 같은 점을 근거로 한다.⁶⁾ 첫째로 動產去來에 있어서 公示方法으로 관념적인 占有改定을 우리 민법 제189조에서 公示方法으로 인정하고 있다는 점이고, 둘째, 관습상 인정되는 마크(Mark)나 名版(Name plate) 등의 明認方法은 擔保權設定者의 信用을 해하기 때문에 그 실효성에는 의문이 있다는 점에서,⁷⁾ 셋째로 權利關係의 公示의 不完全性은 動產物權法一般에 공통한 문제이고, 集合物讓渡擔保에만 엄격한 公示를 요구하는 것은 형평상 타당하지 않다는 점일 뿐아니라 넷째로 讓渡擔保의 法律構成에 대하여 讓渡擔保의 擔保的 性質을 인정한다고 하더라도 그 설정방법으로서 所有權移轉의 外觀 自體에 일정한 物權的 效力을 인정하고, 담보권 행사의 범위를 벗어나지 않

3) 郭潤直, 物權法第七版(博英社, 2002), 120면

4) 高翔龍, 物權法(法文社, 2001), 155면. 郭潤直, 前掲書, 120면

5) 高翔龍, 前掲 物權法, 801면, 李正九, 集合物에 대한 讓渡擔保(法曹 第398號, 1989), 86면, 金在協, 集合動產讓渡擔保(司法研究資料 第16輯, 1989), 94면, 裴炳日, 集合動產 讓渡擔保(嶺南大學校 法學研究所 嶺南法學 第1卷 第2號, 1994), 216면.

6) 김여희, “집합동산의 특정과 공시”(비교사법 제10권 3호 통권 22호, 2003), 146면

7) 田高寬貞, 擔保法體系の新たな展開-讓渡擔保を中心として-(勁草書房, 1996), 156면.

는 한 所有權者로서의 外觀에 의해 권리 주장을 긍정하는 판례와의 일관성 때문이라는 점 등이다.

3) 集合物讓渡擔保의 公示方法

集合物讓渡擔保의 효력요건은 特定動產 讓渡擔保와 마찬가지로 占有改定에 의한 引渡라고 하지만, 集合物讓渡擔保의 경우에는 그 집합물 특유의 성질상 擔保權設定 이후에 집합물을 구성하는 개개의 물건 또는 個別動產(이하 “個別物”이라 한다)이 수시로 담보목적물에 반입되고 또 반출되는 문제가 상존하므로, 이러한 경우에 수시로 변동이 발생하는 그때 그때마다 새로이 담보목적물에 반입되는 개별물에 대해서 과연 어느 때에 公示方法을 구비하게 되는지를 설명해야 하는 문제가 발생한다. 이에 대해서는 集合物讓渡擔保의 法律構成을 어떤 입장에서 보느냐에 따라서 달리 나타난다고 볼 수 있다. 먼저 分析論은 민법상의 일물일권주의에 충실하여 집합물을 구성하는 개별물을 양도담보의 객체로 보는 입장이다. 즉 집합물을 구성하는 개별물을 분해하여 각 동산에 따르는 복수의 양도담보가 설정되며 다만, 일괄하여 효력을 발생시킨다는 법률구성을 하고 있다. 이에 따르면 집합물을 구성하는 個別物에 대하여 요건을 구비할 필요가 있는데, 이는 個別物이 반출되어 집합물로부터 분리되는 것을 解除條件附로 양도담보의 목적물이 되지 않으며, 個別物이 집합물에 반입되어 온 것을 停止條件附로 하여 搬入時에 占有權을 취득한다고 하는 停止條件附 占有改定約定에 의하여 요건이 구비된다고 한다.⁸⁾ 즉 集合物讓渡擔保權 設定契約에서 미리 체결된 占有改定の合意, 즉 事前占有改定約定(antizipiertes Besitzkonstitut) 또는 先行占有改定契約(antizipiertes Konstitut)에 의하여 擔保權設定 後에 목적물에 반입된 동산 전부는 그것이 목적물에 반입되는 즉시 占有改定에 의한 公示方法을 구비한 것으로 되고 個別物에 별도로 占有改定の合意를 할 필요가 없다는 것이다.

한편 集合物論의 입장에서는 集合物이 전체로서 1개의 담보목적물이 되고 점유개정에 의한 공시방법이 구체화되면, 그 후에 집합물에 가입되는 모든 동산은 집합물의 구성부분으로써 최초의 담보권 설정시 구비된 점유개정에 의하여 당연히 공시되기 때문에 반입되는 개별물에 점유개정을 문제삼을 필요성은 전혀 없다는 것이다.⁹⁾ 즉 集合物 위에 讓渡擔保가 설정됨과 동시에 占有改定이 되면 設定 後에 반입하는 個別物은

8) 김여희, 前掲論文, 147면

9) 高翔龍, 前掲 物權法, 801면

集合物의 構成部分으로서 그 효력은 集合物을 구성하는 個別物에 미치기 때문에 設定後에 반입하는 個別物에 대해서도 集合物로서의 동일성에 변동이 없는 한, 당연히 讓渡擔保의 효력이 미치게 된다.¹⁰⁾

결론적으로 分析論에 따르면 個別物이 搬入한 것을 停止條件附로 搬入時에 당연히 占有權을 취득한다고 하는 停止條件附 占有改定約定에 의하여 要件이 구비된다고 하는 데, 이는 擔保權者의 利益을 침해할 여지가 있음으로 담보권자를 보호하기 위해서는 集合物論이 취하는 占有改定時에 物權變動이 일어난다고 보는 것이 타당하다고 본다. 다만, 선의의 제3자를 보호하기 위한 방법의 일환으로 명인방법을 부가하는 것이 필요하다고 생각한다.

나. 明認方法에 의한 公示方法

1) 意義

集合物讓渡擔保는 특정동산양도담보와는 달리 그를 구성하는 내용물이 수시로 변동하는 다수의 동산이 담보목적물로 되어 있어서 讓渡擔保의 존재를 알 수 없는 제3자와의 이해관계의 충돌이 특정동산에 비하여 많으므로, 이러한 담보물의 존재를 적당한 방법으로 알림으로써 제3자로 하여금 이를 사전에 인식케 하여 不測의 손해를 받지 않도록 할 필요가 있다는 견해가 있다.¹¹⁾ 이를 위하여 보다 명확한 관습상의 公示方法으로서 明認方法이 요구된다는 것이 明認方法에 의한 公示방법이다. 그러나 明認方法은 불완전한 公示방법이므로 민법이나 부동산등기법에 의하여 公示방법이 인정되고 있는 경우에는 명인방법은 허용되지 않는다고 할 것이다. 즉 명인방법에 의한 물권변동은 지상물의 소유권의 양도와 이에 준할 수 있는 것¹²⁾에 한하게 된다. 그러나 양도담보는 소유권이전의 형식을 취하는 것이므로 소유권양도의 明認方法을 할 수 있다고 한다.¹³⁾

2) 明認方法에 의한 公示方法의 根據

10) 柚木 馨・高木多喜男, 擔保物權法第3版,(有斐閣, 1982), 556면, 我妻 榮, 擔保物權法(岩波書店, 1968), 640면, 川井 健, 擔保物權法(青林書院新社, 1975), 252면, 鈴木祿彌, 債權法講義[二訂版](創文社, 1994), 232면

11) 高翔龍, 前掲 物權法, 801면, 金在協, 前掲論文, 93면, 吉田眞澄, 集合動産擔保(擔保法大系 4권, 金融財政事情研究會, 1985), 689면.

12) 예를 들어 토지만을 매각하고 산림은 유보하는 경우

13) 高翔龍, 前掲 物權法, 169면, 李英俊, 新訂版物權法(博英社, 2001), 223면.

物權은 제3자에 대한 효력을 인정하는 것을 전제로 제3자가 그 物權의 存在를 대외적으로 공시하는 것을 원칙적으로 요구하고 있다 특히 擔保物權은 다른 債權者에 대해서 優先的 效力을 주장하기 위하여 설정된 것이기 때문에 무엇보다도 公示의 原則이 강하게 요청되는 것이다 원래 動產擔保로서 민법에 규정되어 있는 질권은 現實의 引渡를 物權變動의 요건으로 하고 있으므로 이 公示의 요청이 실현되고 있다 그런데 讓渡擔保의 경우 그 존재가 제3자에게 알려지지 않는다고 하는 것은 對世效를 갖는 物權 특히 擔保物權의 本質을 고려할 때 문제가 많다. 物權으로서의 전제를 붕괴시킬지도 모르는 이러한 형태로 讓渡擔保가 쉽게 인정된다고 한다면 讓渡擔保에 物權의 效力을 부여하는 것 자체가 문제가 된다.¹⁴⁾ 擔保權設定者가 목적물을 점유하고 있는 데도 擔保權設定이 허용되는 것이라면 質權이 現實의 占有를 요구하고 있는 것의 代替의 措置로서 讓渡擔保의 存在를 제3자에 알릴 수 있는 어떠한 구체적인 방법이 취해지면 된다고 한다.¹⁵⁾

3) 明認方法에 의한 公示方法의 檢討

明認方法으로는 집합물의 소재장소에 일정한 내용을 기재한 표찰이나 표식을 부착하여 어느 범위의 동산이 담보목적물이 되어 있는가를 나타내도록 하는 방법이 된다 集合物讓渡擔保의 경우에는 個別物마다 明認方法을 실시하는 것보다는 집합물이 보관된 장소나 실제 사용 장소의 입구 등에 표식이나 표찰 등 名板(name plate)을 다는 것으로¹⁶⁾ 그 목적이 달성될 수 있고, 그 방법도 어렵지 않다고 할 수 있다 구체적으로는 名版, 打刻, 창고 등의 出入口標札 등 여러 방법이 제안되고 있다.¹⁷⁾ 그러나 이러한 구체적인 방법으로서 明認方法은 讓渡擔保의 목적물로서 確定集合動產이나 不動產의 경우에는 公示方法으로서 그 기능을 어느 정도 수행할 수 있겠지만, 構成要素가 수시로 증감·변동하는 集合物讓渡擔保의 경우에는 그 실효성이 완전하다고 할 수는 없을 것이다 다만, 반입·반출이 수시로 발생하는 담보목적물을 그때 그때마다 매번 공시한다는 매우 어려우므로 그 보관장소 등 일정 장소에 담보내용을 직접 공시함으로써

14) 김여희, 前掲論文, 148면

15) 吉田眞澄, 讓渡擔保(商事公法研究會, 1981), 126면 이하

16) 그 物件의 性質, 規格, 所有者의 表示 및 그 物件이 어떠한 集合物의 일부분이고 또 누구에게, 언제, 擔保債權額은 얼마로 하여, 어떠한 特約下에 讓渡擔保되어 있는가를 표시한 판을 말한다

17) 吉田眞澄, 前掲論文, 140면 이하, 吉田眞澄, 集合動產의 讓渡擔保(11)完(NBL 247號, 1982), 50면 이하, 伊藤 進, 集合動產·集合債權讓渡擔保と會社更生(1)(NBL 242號, 1981), 61면

점유개정의 방법으로 보호하기 어려운 부분을 보완하는 것이 바람직하다고 볼 수 있다.

가) 名板의 效果的인 사용

集合物讓渡擔保의 對抗要件으로서 名板使用方式이 주장되었고¹⁸⁾ 또 실무에서도 널리 이용되어 왔다¹⁹⁾ 이는 慣習法上 物權의 對抗要件으로서의 明認力法인데 集合物이나 價值範圍의 내용범위를 공시하는 방법을 세세히 찾는 것을 염두에 둔 것이 名板使用方式이다.²⁰⁾ 즉 창고나 점포에 讓渡擔保가 설정되어 있는 취지의 名板을 貼付하는 것에 의해 공시의 역할도 할 수 있다. 集合物讓渡擔保의 경우에 목적물의 인도는 대개 占有改定의 방식에 의해 이루어지는 데, 이러한 占有改定은 不動產 登記와 같은 공시로 연결되지 않는다. 讓渡擔保權者와 設定者間의 意思表示에 의해 행해지기 때문에 외형은 지극히 불명확하다. 따라서 제3자에 의한 善意取得이나 押留가 발생할 수 있다. 제3자가 해당동산을 占有改定에 의해 인도받았을 경우에는 善意取得의 適用은 없으나,²¹⁾ 제3자가 該當動產에 대해 現實의 引渡를 받았을 경우는 善意取得의 적용이 있고 이 경우에 제3자의 惡意의 舉證責任은 원래의 所有權者인 讓渡擔保權者에게 있다.²²⁾ 名板이 붙어 있으면 讓渡擔保權者로서는 惡意 立證도 比較的 容易하나 名板이 없는 경우에 이러한 입증은 지극히 곤란하게 된다. 이것은 動產의 所有權留保賣買도 포함하여 債務者에게 점유를 위탁한 非占有型擔保의 공통의 난점이라고 말할 수 있다.

나) 구체적인 적용

擔保物인 취지의 공시는 공장이나 창고의 입구 또는 擔保物의 保管場所에 「본 상품은 갑을주식회사의 양도담보 물건이다」 라고 하거나, 더욱 상세히 「누구도 갑을주식회사의 승낙 없이 점유의 이전, 기타 그 외 갑을주식회사의 권리를 침해하는 행위를 일체해서는 안 된다」 라는 내용의 公示牌札을 붙인다. 이러한 공시가 있으면 적어도 제3자의 악의 내지는 과실이 추정되어 善意取得을 방해하는 수단이 되기 때문이다. 名板을 기계에 붙이는 경우에는 주물로 만든 세로 약 10센티미터 가로 약 4센티미터

18) 吉田眞澄, 集合動產の讓渡擔保(6)(NBL 226號), 38면.

19) 伊藤 進, 動產讓渡擔保(法律時報 73卷11號, 2001), 20면.

20) 上掲論文, 21면.

21) 大判 96455, 63다775, 大判 1978117, 77다1872, 最高裁判所 19571227 判決, 民集11卷14號 2485면.

22) 最高裁判所 1970 12 4 判決, 民集24卷13號 1987면.

정도의 것을 기계에 포인팅에 의해 붙인다. 名板을 보관장소의 입구 등에 붙일 경우는 그것보다 큰 판을 이용한다.²³⁾ 이 名板을 붙임으로서 現狀維持의 假處分, 더 나아가 斷行假處分에 성공한 예도 있다.²⁴⁾ 즉 讓渡擔保物件인 기계에 名板을 붙였을 경우 그것이 設定者에 의해 벗겨졌으나 名板을 붙일 때에 그 붙인 곳에 거래처인 設定者를 앞세워서 사진으로 찍고 게다가 그 사진에 확정일자를 찍었는데 그 확정일자를 찍은 사진이 소명자료로서 유력한 단서가 되어 假處分에 성공했다. 그러한 방법이라면 集合物讓渡擔保에 있어서의 名板의 효용은 클 수 있다.²⁵⁾

다) 名板使用方式의 問題點

名板이 소실된 경우에 對抗力까지 없어지는가 아니면 이것을 전제로 한 악의, 과실의 인정에 영향이 생기는 것으로 그치는가에 대한 것도 불분명하다. 그리고 공시의 범위나 名板의 기재내용에도 한계가 있을 것이다 또 원재료에서 가공제품을 포괄해서 공시가 가능할 것인가 그리고 集合物讓渡擔保의 목적물인 재고상품이나 가공제품의 外上代金債權도 포함한 담보화를 염두에 둘 때는 그 같은 복잡한 내용을 기재해 첨부할 수 있는 지 등이 문제이다.²⁶⁾

다. 컴퓨터登錄에 의한 公示方法

集合物讓渡擔保는 設定者가 담보물을 계속 점유하고 있으므로 그 거래가 투명해야 하고 이중적인 讓渡可能性에 대비하여 公示登錄(public notice filing system) 내지 제3자 대항요건을 요하는 바 오늘날 정보기술의 비약적인 발달로 인하여 보다 적은 비용으로 간편하게 처리할 수 있는 電子登記 및 登錄(electronic registration) 시스템이 국제적으로 많이 이용되고 있다.

日本에서는 1991년부터 컴퓨터에 의한 등록이 주장되었다.²⁷⁾ 이는 集合物讓渡擔保에 관한 것인데 設定契約을 公正證書로 작성하고 그것을 공증사무소의 단말기에서 중앙

23) 星野英一編, 擔保法の現代的諸問題(商事法務研究會 別冊NBL 10號, 1983) 別冊NBL 10號 속의 「擔保에 관한 양케이트 分析 結果」에 따르면, 機械器具, 商品, 原材料 등의 有體動産에 네임플레이트라든가 스티커, 立札 등의 明認方法을 취하고 있는 예는 回答會社 95개사 중 22개사로 되어 있다

24) 森林英雄, 事業會社からみた讓渡擔保立法(法律時報66卷2號, 1994), 93면

25) 上掲論文, 93면

26) 伊藤 進, 動産讓渡擔保(法律時報 73卷11號, 2001), 21면

27) 下森 定, 集合物(流動動産)의 讓渡擔保(下森 定須永醇編 物權法重要論點研究, 酒井書店, 1991), 123면, 山野日章大, 既存의 讓渡擔保立法案의 檢討(法律時報66卷2號, 1994), 46면

컴퓨터 등록센터의 본체에 등록한다고 하는 公正證書의 컴퓨터 登錄制度를 公示方法으로서 도입하자는 것인데, 실제 도입하는 경우에는 사회적인 여건에 대한 판단이 전제되어야 한다 그런데 日本은 1998年 資産流動化(ABS)制度를 도입하면서 「債權讓渡의 對抗要件에 관한 民法의 特例 등에 관한 法律」에 의하여 法人企業은 金融機關에 外上賣出債權을 양도하고 이를 등기소에 電子方式으로 등기할 수 있게 하고 있다.²⁸⁾ 캐나다는 1970년대부터 動産擔保의 電子登記를 데이터베이스화하여 시행하고 있으며,²⁹⁾ 美國 統一商法典 第9編의 擔保附去來나 2001年 성립된 移動裝備의 國際擔保權協約에서도 모두 電子登記 및 登錄을 전제로 하고 있다.³⁰⁾

우리 나라에는 物權變動의 公示方法으로 登記와 登錄이 있는데,³¹⁾ 登記는 法院의 登記所에서 취급하고 있고, 登錄은 행정청에서 취급하고 있다 컴퓨터 사용에 의한 登錄制度는 비용이 적고 접근(access)이 용이하다고 하는 점에 있어서 그 이용가치가 높게 평가된다³²⁾ 특히 구성부분이 증감·변동하는 集合物讓渡擔保에 있어서는 현재 사용중인 登記 및 登錄의 方法이 실효성이 없으나, 앞으로 컴퓨터에 의한 등록이 이루어져 이에 따라 공시가 된다면 반입·반출시에 수시로 등록이 가능하므로 이보다 더 간편하고 효과적인 방법은 없을 것이다

라. 公正證書에 의한 公示方法

日本 判例의 태도나 通說의 견해는 占有移轉을 수반하지 않는 動産讓渡擔保 즉 特定動産이나 集合物은 占有改定을 對抗要件이라고 해석하나, 占有改定은 외형적인 변동을 수반하지 않으므로 제3자에 대한 公示機能이 미약하므로 이에 대신하는 對抗手段을 立法的으로 창설함이 기대되고 있다.³³⁾ 이에 대해 立法論으로서 登錄制度의 도입이나 公正證書의 작성을 받아들여 登錄이나 公正證書의 작성을 대항요건으로 하자고 주장하는 견해가 있다.³⁴⁾ 이 주장은 日本의 米 倉明 教授 등이 動産讓渡擔保를 動

28) 他田貞郎, 債權讓渡法理의 展開(債權讓渡의 研究 第2卷), (弘文堂, 2001), 214 ~ 221면

29) Gerald L. Gall, The Canadian Legal System (Carswell Calgary, 1990), p 400

30) 國生 一彦, 改正米國動産擔保法, 商事法務研究會, 2001, 19~21면

31) 우리나라에서 自動車, 建設機械, 航空機 등의 擔保權設定에 있어서는 登錄을 요하고, 船舶은 총톤수 20톤 이상일 경우인 汽船과 帆船 등에 登記(船舶登記法 第2條)를 요하는데, 特殊擔保制度에 의한 動産擔保 以外에 一般 動産擔保 및 債權讓渡에 있어서는 關聯法規가 미비하다

32) Cuming, Computerization of personal Property Security Registries, What the Canadian Experience Presages for the United States, 23 U.C.L.J. 331, 1991

33) 松井宏興, 動産讓渡擔保立法論(法律時報 66卷 2號, 1994), 58면

34) 四宮和夫, 讓渡擔保法要綱(改訂第2試案)解説(2)(立法教室3號, 1961), 206면 및 228면 이하, 公正證書의 登錄을 對抗要件으로 하는 第1案과 公正證書의 作成을 對抗要件으로 하는 第2案이 제시되었

產抵當權으로 파악하여 그의 設定契約을 確定日字있는 證書에 의해서 하자고 하면서 주장했던 것으로 복수의 擔保權間의 先後관계는 확정일자의 先後에 따라 정하자고 한다³⁵⁾ 그러나 이것도 占有改定의 方法에 의한 讓渡擔保의 先後關係에서는 일용 역할을 할 수 있어도 善意取得과의 關係에서는 특별한 豫防效果를 가지지 못한다³⁶⁾ 集合物讓渡擔保와 特定動產讓渡擔保의 對抗要件을 다르게 할 필요는 없으나 어떤 것이 적절한가에 대해서는 판단하기 어려운 점이 있다 각각의 特定動산이나 動산의 集合체가 목적물인 경우에 그 讓渡擔保設定契約을 公正證書로 한 후에 컴퓨터로 등록하는 것이 번거롭고 또한 비용이 많이 든다면 公正證書의 작성을 對抗要件으로 하는 것도 좋다고 한다.³⁷⁾ 日本의 경우 公正證書의 작성은 日本 國稅徵收法24條 6項, 地方稅法14條 18 등과의 관련도 있고, 특히 그 증거력을 활용할 수 있다.³⁸⁾ 公正證書의 작성에는 構成動產의 種類, 所在場所, 量的範圍의 指定 등 集合物의 範圍가 명확하게 특정되어 있을 필요가 있다.³⁹⁾

우리 나라에서는 실무상 占有改定에 의한 讓渡擔保權을 설정하면서, 動產讓渡擔保附 金錢消費貸借契約의 공증을 하는 경우가 있는데, 이 경우 擔保權者가 「動產讓渡擔保附 金錢消費貸借 公正證書」上的 讓渡擔保 公證部分이나 또는 金錢消費貸借 公證部分을 執行權原으로 하여 당해 讓渡擔保物件을 압류한 후, 讓渡擔保權의 실행으로서 賣却節次를 실시하여, 그 賣却代金으로 다른 債權者의 配當參加를 배제하고, 독점적으로 채권의 만족을 얻을 수 있는지가 문제이다. 動產讓渡擔保附 金錢消費貸借 公正證書는 讓渡擔保公正證書와 金錢消費貸借 公正證書를 합한 것인데, 강제집행을 하려면 執行權原이 있어야 한다. 執行權原이 되는 公正證書는 그 청구권의 내용이 「일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여」를 목적으로 한다.⁴⁰⁾ 動產讓渡擔保附 金錢消費貸借 公正證書를 소지한 擔保權者는 擔保權設定者가 讓渡擔保設定契約을 위반하는 경우에 다음의 두 가지 중 하나의 방법을 선택하여 행사함으

다 그 후 民商法 合同심포지엄에서 검토된 松本財團 財産立法研究會의 「動產擔保法要綱試案」에는 占有를 移轉하지 않은 特定動產讓渡擔保와 集合動產讓渡擔保를 動產 根抵當으로 規定한 위에 그 登錄을 對抗要件으로 하는 A案과 公正證書의 作成을 對抗要件으로 하는 B案이 제시되었다, 日本私法學會 編(私法31號, 1969), 6면, 11면, 14면

35) 米倉 明, 前掲 讓渡擔保의 研究, 50면

36) 李在洪, 集合動產의 讓渡擔保(判例月報 第177號, 1985), 38면

37) 松井宏興, 前掲 動產讓渡擔保立法論, 59면 그 경우에는 公正證書의 記載事項이 問題이다 그에 관해서는 日本私法學會編, 私法31號, 1969, 11면, 四宮和人, 讓渡擔保法要綱(改訂第2試案)解説(2)

(立法教字3號, 1961, 11면

38) 森林英雄, 事業會社からみた讓渡擔保立法(法律時報66卷2號, 1994), 92-93면

39) 松井宏興, 前掲 動產讓渡擔保立法論, 61면

40) 民事執行法 第56條 第4號(舊民事訴訟法 第519條 第4號)

로써 목적을 달성할 수 있게 된다.

우선 讓渡擔保公正證書에 의하여 讓渡擔保權을 실행하여 그 換價代金으로부터 채권을 변제받는 방법이다. 그러나 이것은 擔保權 實行時에 擔保權者가 讓渡擔保公正證書에 의하여, 擔保權設定者로부터 強制執行의 방법으로 擔保物의 占有를 넘겨받아, 賣却處分을 할 수 있는가 하는 것이 문제점이다. 그러나 이에 관하여는 부정하는 견해가 있는데,⁴¹⁾ 이는 公正證書가 집행력을 가진 執行權原으로 되는 것은 公正證書상의 청구권의 내용이 民事執行法 제56조 제4호의 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 有價證券의 일정한 수량의 給與를 目的으로 하는 청구권이어야 하는데, 讓渡擔保契約에 의하여 擔保權者가 擔保權設定者에 대하여 가지는 讓渡擔保物 引渡請求權은 民事執行法 제56조 제4호의 요건이 아닌 특정한 有體動産 引渡請求權이기 때문이라는 것이다. 따라서 擔保權者가 擔保權設定者로부터 讓渡擔保物의 占有를 넘겨받아 任意賣却의 방법으로 담보권을 실행하려면, 擔保權設定者의 협조가 없는 한, 擔保權設定者를 상대로 讓渡擔保物引渡請求訴訟을 제기하여 그 勝訴判決을 받은 후 強制執行의 방법으로 擔保物을 넘겨받는 절차를 밟아야 하는 데 이는 너무 복잡하고 시간이 많이 든다.

그래서 실무상으로는 金錢消費貸借公正證書에 기하여 讓渡擔保物에 대한 民事執行法의 매각절차를 취하여 그 매각대금을 받는 방법이다. 이는 金錢消費貸借公正證書를 執行權原으로 하여, 집행관에게 양도담보물에 대한 強制執行을 신청하고서 집행관으로 하여금 매각절차를 진행하게 하는 경우가 많다. 여기서의 문제는 경매절차에서의 매각대금으로부터 다른 채권자가 배당참가를 하여, 담보권자와 함께 그 순위에 따른 배당을 받을 수 있는 것인지, 아니면 다른 채권자의 배당참가가 허용되지 않고, 담보권자만이 독점적으로 만족을 얻을 수 있는 것인지의 여부이다. 이에 대하여는 讓渡擔保物에 대한 집행관의 強制執行이 金錢債權의 執行權原인 金錢消費貸借公正證書에 기하여 이루어진 것이라는 점에서 그 強制執行의 성질을 讓渡擔保權의 실행이 아닌 일반의 強制執行으로 보아야 할 것이고, 그에 따라 擔保權設定者에 대하여 債權을 가지고 있는 다른 債權者도 그 賣却代金으로부터 당연히 배당참가를 할 수 있는 것이며 이 경우, 讓渡擔保權者는 優先辨濟權 있는 채권자가 아닌 一般債權者의 지위에서 다른 채권자의 그 순위에 따른 배당을 받아야 한다는 견해가 있다.⁴²⁾

그러나 大法院은 여러 判例에서 일관되게 強制執行을 일반채권자의 지위에서 하는 強制執行이 아니라 讓渡擔保權의 실행으로 보아 다른 債權者의 배당참가를 허용하지

41) 吳時正, 與信實務法律(中) 改訂版 擔保編(韓國金融研修院, 2003), 216면

42) 上揭書, 217면

않고, 그 매각대금 전액을 擔保權者의 債權辨濟에 충당함을 인정하고 있다 따라서 실무상으로는 大法院의 判例에 따라 처리해야 할 것이다. 大法院 1999.9.7. 판결에서 “動産의 讓渡擔保權者가 強制執行을 수락하는 公正證書에 기하여 담보목적물을 압류하고 強制競賣를 실시하는 경우, 그와 같은 방법에 의한 경매절차는 형식상은 強制競賣節次에 따르지만 그 실질은 일반채권자의 強制執行節次가 아니라 動産讓渡擔保權 實行을 위한 환가절차로서, 그 押留節次에 압류를 경합한 讓渡擔保權設定者의 다른 채권자는 양도담보권자에 대한 관계에서는 押留競合權者나 配當要求權者로 인정될 수 없고, 따라서 환가로 인한 賣得金에서 환가비용을 공제한 잔액은 讓渡擔保權者의 債權辨濟에 전액 충당함이 당연하고 讓渡擔保權者와 押留競合者인 다른 채권자 사이에서 각 채권액에 따라 안분비례로 배당할 것이 아니다”라고 판시하였다.⁴³⁾

마. 動産抵當權設定에 의한 公示方法

이는 日本의 松本財團 財産立法研究會의 「動産擔保法要綱 第3試案」에 따라 구체화되었다. 이는 構成部分이 변동하는 集合動産은 그것을 어떠한 방법에 의해서든지 포괄적으로 특정하는 것이 가능한 경우에는 저당권의 목적이 될 수 있다고 하며⁴⁴⁾ 그 공시수단에 관하여서는 動産抵當權의 목적인 集合動産을 登録申請書에 기재하여 등록하고, 이것을 어떠한 方法으로든지 포괄적으로 다른 재산으로부터 구별함에 족한 기준을 기재하면 된다고 하고 있다. 動産抵當權 設定에 의한 公示方法은 동산의 讓渡擔保를 動産抵當權이라는 측면에서 파악하기 때문에 동산에 대하여 제1의 讓渡擔保만이 유효한 것이 아니고, 제1의 公示方法이 이미 행해진 경우라거나 또는 後順位設定者가 이미 그 동산에 제1의 讓渡擔保가 설정되어 있는 것을 알고 있다고 해도 제2 및 제3의 讓渡擔保가 설정될 수 있는 것이며 그 대신 제2 및 제3의 讓渡擔保는 마치 제2 및 제3의 抵當權과 같은 권리를 취득하는 것뿐인 것이다.⁴⁵⁾ 그리하여 제2, 제3의 讓渡擔保權者는 先順位者가 변제받고 난 나머지 금액으로써 그 채권의 만족을 얻을 수 있는 것이다. 動産抵當權 設定에 의한 公示方法은 이러한 경우에 讓渡擔保權者가 그 순위에 기한 優先辨濟權을 주장할 수 있을 뿐이며 제3자 異議의 訴 등 소유권을 전제로

43) 大判 1999.9.7. 98 다 47283

44) 日本 判例 중에는 動産抵當權의인 입장에 있는 것들이 있는데 設定者에 대한 會社整理節次가 개시된 경우에 讓渡擔保權者를 整理擔保權者에 준하여 取扱한 最高裁判所 1976.4.28 判決과 設定者에 대한 다른 債權者가 目的物을 押留한 경우에 讓渡擔保權者에게 優先辨濟의 訴만을 인정하고 第3者 異議의 訴를 否定한 大阪 高法 1968.1.29 判決이 있다

45) 李在洪, 集合動産의 讓渡擔保(判例月報 177號, 1985), 38면

하는 경우 청구 주장은 허용되지 않는다. 이 動産抵當權 設定에 의한 公示方法은 그 자체가 어떠한 公示方法을 주장하고 있는 것은 아니나 그 後順位로 설정된 담보권이 그 존재를 전부 무시당하지 않고 後順位の 讓渡擔保權으로서 존재를 인정받는 한편, 先順位 讓渡擔保權者는 그 순위를 그대로 유지할 수 있다는 점에서 공시의 효과에 유사한 점이 있을 뿐이다⁴⁶⁾

2. 判例

우리나라의 判例는 集合物讓渡擔保에 대한 公示方法으로 占有改定에 의한 公示方法을 채택하고 있다 大法院 1988.10.25. 판결은 “·소위 집합물양도담보권 설정계약에 있어서는 목적동산의 종류와 수량의 범위가 지정되고, 그 소재장소가 특정되어 있으면 그 전부를 하나의 재산권으로 보아 담보권의 설정이 가능하다고 보아야 할 것이고, 그러한 경우 담보권자는 담보권 설정계약당시 존재하는 원자재를 점유개정에 의해 그 점유를 취득하면 제3자에 대하여 그 동산의 소유권을 주장할 수 있는 것이며, 그 후 새로이 반입되는 개개의 물건에 대하여 그때마다 점유개정의 표시가 있어야 하는 것은 아니다”라고 판시하였다.⁴⁷⁾ 다음으로 대법원 1988.12.27 판결은 “양도담보권자가 담보권설정계약 당시 존재하는 집합물을 점유개정의 방법으로 그 점유를 취득하면 그 후 담보권설정자가 그 집합물을 이루는 개개의 물건을 반입하였다 하여도 그때마다 별도의 양도담보권 설정계약을 맺거나 점유개정의 표시를 하여야 하는 것은 아니다”라고 판시하였다⁴⁸⁾ 또한 大法院 1990.12.26 판결에서 “양도담보권자가 담보권설정계약 당시 존재하는 집합물을 점유개정의 방법으로 그 점유를 취득하면, 그 후 양도담보설정자가 그 집합물을 이루는 개개의 물건을 반입하였다 하더라도 그 때마다 별도의 양도담보권 설정계약을 맺거나 점유개정의 표시를 하여야 하는 것은 아니다”라고 판시하여⁴⁹⁾ 集合物讓渡擔保에 대한 公示方法으로 占有改定에 의한 공시방법을 인정하고 있다.

한편, 일본은 福岡 地裁 1982.10.8 判決에서 “占有改정이 公示方法으로서 現實의 引渡나 明認方法에 비해 불충분한 것은 부정할 수 없지만, 讓渡擔保의 公示方法 나아가서는 動産物權變動의 公示方法으로서 일반적으로 승인된 것이므로 集合物讓渡擔保의

46) 前掲論文, 39면

47) 大判 1988.10.25, 85ㄴ941

48) 大判 1988.12.2, 87ㄴ1043

49) 大判 1990.12.26, 88 다카 20224

경우에만 특별히 이것과 구별하여 占有改定 이외의 공시방법을 요구해야 할 이유는 없다"고 판시하고 있다.⁵⁰⁾ 다음으로 最高裁判所 1987.11.10 判決에서 "구성부분이 변동하는 집합동산을 목적으로 한 집합물양도담보권의 설정자가 그 구성부분인 동산의 점유를 취득한 때는 양도담보권자가 점유개정의 방법에 의하고 점유권을 취득한 취지의 합의가 있고, 양도담보권 설정자가 그 구성부분으로서 실제로 존재한 동산의 점유를 취득한 경우에는, 양도담보권자는 위 양도담보권에 대해 대항요건을 구비한 것에 이르고, 위 대항요건 구비의 효력은 새롭게 그 구성부분으로 된 동산을 포함한 집합물에 이른다"라고 판시하여⁵¹⁾ 集合物讓渡擔保에 대한 公示方法으로 占有改定에 의한 공시방법을 인정하고 있다.

이상에서 살펴본 것처럼 우리 나라 및 日本의 判例는 集合物讓渡擔保 設定契約이 이루어지면 그 集合物을 구성하는 個別物이 변동되거나 변형되더라도 한 개의 물건으로서 동일성을 잃지 아니하므로 讓渡擔保의 效力은 항상 현재의 集合物 위에 미치는 것이고, 따라서 擔保權者가 設定契約 당시 존재하는 集合物을 占有改定の 方法으로 그 점유를 취득하면 그 후에 擔保權設定者가 그 集合物을 이루는 個別物을 반입하였다 하더라도 그 때마다 별도의 讓渡擔保 設定契約을 맺거나 占有改定の 표시를 하여야 하는 것은 아니라고 판시하여 기본적으로는 占有改定에 의한 공시방법을 지지하고 있다. 다만, 日本 最高裁判所 1982.10.14 판결에서⁵²⁾ 소외인 소유의 물건과 그 이외의 물건을 명확하게 식별할 수 있는 지표가 없으며, 또한 현실로 이와 같은 구별을 가능하게 하는 적절한 조치가 모색된 흔적도 없으므로 이러한 물건에 대해서는 讓渡擔保契約은 계약성립의 요건으로서의 목적물의 외부적, 객관적인 특징을 흠결한다고 해석하는 것이 상당하다고 함으로써 일종의 明認方法을 요구하고 있는 점에 주목할 필요가 있다 따라서 장래에 있어서는 判例가 集合物讓渡擔保의 公示方法으로서 明認方法을 요구하는 것도 전혀 생각할 수 없는 일은 아닐 것이다.⁵³⁾

50) 判例時報, 1079號, 7778면, 金融商事法務, 681號, 30면; ジュリスト, 854호, 11면

51) 最高裁判所 民事判例集 41卷8號, 1559면, 判例時報, 1268號, 34면, 金融商事法務, 781號, 3면, 金融法務事情, 1186號, 5면, 判例タイムズ, 662號, 67면

52) 判例時報, 1060號, 78면

53) 目的物 特定을 위한 明認方法과 公示方法으로서의 明認方法과는 다른 것이며, 앞의 判例가 示하는 明認方法은 目的物 特定을 위한 것으로 생각되나, 앞으로 公示方法으로서의 明認方法으로 까지 發展할 可能性이 있는 것이다

III. 主要 國家의 公示制度

각국은 공시제도 개선의 일환으로 등기 및 등록제도를 간편하게 하거나 이를 전자적 형태로 운용하기 위해서 많은 노력을 기울여 오고 있다. 日本은 현재 債權讓渡登記制度를 시행 중에 있고, 美國은 統一商法典의 登錄制度, 캐나다의 浮動擔保法상의 登錄制度 및 國際去來法委員會(United Nations Commission on International Trade Law; UNCITRAL)에서 성안중인 債權讓渡에 의한 금융에 관한 協約 草案(Draft Convention on Assignment in Receivables Financing) 그리고 獨逸에서의 登錄制度에 대한 논의 등이 그것이다. 향후 電子登錄制度나 電子登記制度가 도입되면 비용면이나 간편성 등으로 인하여 효율성이 높기 때문에 보편화할 가능성이 있으며, 이러한 電子方式의 登記制度가 정착된다면 物權關係뿐만 아니라 債權關係에서도 쉽게 응용될 수 있기 때문이다. 이하에서는 이러한 각국의 등기 및 등록제도에 대하여 간략하게 살펴보고자 한다.

1. 日本의 債權讓渡登記制度

가. 意義

日本은 현재 장기적인 불황의 늪에서 벗어나지 못하고 있기 때문에 국민들이 안심하고 편리하게 경제생활을 영위할 수 있도록 하기 위해 많은 노력을 하고 있다. 특히 우리 나라와 마찬가지로 일본도 中小企業의 去來活性化와 자금의 안정조달을 국가적 과제로 삼고 있다. 이러한 中小企業의 신속한 資金調達을 위해서 여러 가지 제도를 도입하고 있는 데, 그 일환으로 2001年 3月15日에 最終報告書を 발표한 바 있다⁵⁴⁾ 이 最終報告書는 中小企業의 資金調達을 위하여 현행법제하에서 가능한 수단으로는 어떤 것이 있고, 또 현행 법제의 문제점으로는 어떤 것이 있는 가를 총체적으로 다루고 있다. 이러한 여러 가지 제도 중에서 현재 日本에서 활성화되고 있는 것 중의 하나가 債權讓渡登記制度이다.

나. 債權讓渡登記制度

54) 北川愼介, 債權의 流動化等による 中小企業의 資金調達의 圓滑化について(ジュリスト1201號, 2001), 66면

債權讓渡登記制度는 債權流動化 촉진의 한가지 방법으로써 민법에 규정된 債權讓渡의 대항요건을 간소화하기 위하여 1998년 법률 제104호로 마련된 「債權讓渡의 對抗要件에 관한 民法의 特例 등에 관한 法律⁵⁵⁾」에 의해서 도입되었다. 이러한 債權讓渡登記制度는 법인이 가진 대량의 채권을 양도할 때 商業登記와 같은 대항요건으로 對抗力を 취득하게 하는 것이다. 이러한 제도는 일본에서 시행되면서 상당한 호응을 얻고 있는 데, 우리 나라에도 많은 시사점을 주고 있다. 우리 나라 정부도 IMF사태를 통해서 대규모 不良債權에 대해서는 관심을 보이고 있으나, 中小企業이 가지고 있는 많은 不良債權에 대해서는 관심이 적은 것이 사실이다. 따라서 賣出債權을 담보로 한 신속한 채권양도의 제도적 보완이 필요하다고 본다. 한편 日本은 債權讓渡登記制度和 관련하여 2001년 3월에 債權讓渡登記令 및 登記手数料令의 일부를 개정하는 政令⁵⁶⁾ 債權讓渡登記規則의 일부를 개정하는 省令⁵⁷⁾ 공포하여 인터넷을 이용한 온라인으로 등기를 신청할 수 있게 되었다. 이러한 온라인 申請制度의 시행은 우리 나라와 유사한 登記制度를 가진 일본에서 처음 시작한 것으로, 공적인 온라인화는⁵⁸⁾ 우리에게도 시사하는 바가 크다고 하겠다.

다. 債權讓渡登記制度의 對抗要件에 관한 民法上の 問題

日本 民法은 債權讓渡時 債權讓渡人의 設定者에 대한 통지 또는 설정자의 승낙을 설정자에 대한 대항요건으로, 確定日字있는 증서에 의한 통지, 승낙을 제3자에 대한 대항요건으로 하고 있다.⁵⁹⁾ 債權讓渡受入과 제3자의 우열관계에 대해 일본 판례는 到達時說을 취하고 있으므로 채권양도의 도달여부에 촉각을 세우지 않을 수 없다. 한편 대규모 債權讓渡나 債權讓渡의 형식을 이용한 擔保契約을 체결하는 데 있어서는 자금의 원활한 조달을 위해서 보다 안전하고 간편한 債權讓渡에 관한 조치가 필요하게 되었다. 일본은 1992년 법률 제717호에 의해 제정된 「特定債權 등에 관련된 事業의 규제에 관한 法律」을⁶⁰⁾ 제정하였다.

55) 1998년 日本 法律 第104號

56) 2001년 政令 第55號

57) 2001년 法務省令 第29號

58) 後藤 博, 債權讓渡登記のオンライン申請制度の概要(ジュリスト1201號, 2001), 74면

59) 우리나라 民法 第450條, 日本 民法 第467條

60) 우리 나라에서도 債權讓渡의 對抗要件의 예외가 있는 데, 그것은 資産流動化에 관한 法律과 宅抵當債權流動化會社法상의 債權讓渡가 그것이다

라. 債權讓渡登記 온라인 申請制度

통상의 債權讓渡登記 신청의 경우에는 讓渡人 및 讓受人이 신청서 및 신청자기디스크를 작성하여 이에 소정의 첨부서류를 등기소에 직접 제출하거나 우편으로 송부하도록 되어 있다. 온라인 신청에서는 申請情報 및 權限證明情報⁶¹⁾ 인터넷에 의하여 債權讓渡登記所의 컴퓨터에 송신하는 방법에 의하여 등기신청을 행한다⁶²⁾ 온라인 신청은 債權讓渡登記, 質權設定登記 또는 이들 등기의 抹消登記나 延長登記도 할 수 있으나 아직은 기술적인 이유로 온라인으로 신청할 수 없는 경우도 있다.⁶³⁾

2. 美國 統一商法典上 登錄制度

統一商法典에서 규정하고 있는 動產擔保制度는 일정한 담보물의 경우 州政府에 등록(filing)함으로써 동산담보에 있어서도 공시제도를 채택하고 있다. 이러한 美國의 登錄制度(filing system)는 우리도 도입할 필요가 있다고 한다.⁶⁴⁾ 우리 나라와 獨逸의 讓渡擔保의 경우 占有改定에 의한 公示方法을 취하지만, 美國에서는 占有改定에 의하지 않고 對抗力을 갖추는 방식의 公示手段으로써 登錄制度를 채택하고 있다 미국에서도 종전에는 양도담보와 비슷한 거래가 행해졌지만 統一商法典 第9編의 제정을 통하여 擔保登錄制度가 도입되었다. 統一商法典 第9編의 擔保登錄制度는 모든 동산, 채권을 확립적으로 적용한다는 점에서 매우 획기적인 시도였으며⁶⁵⁾ 동일한 물건 및 채권을 둘러싸고 다투는 권리자간에 우열을 가릴 수 있도록 하는 기초를 제공하였다. 미국의 登錄制度는 전세계적으로 非占有擔保權(non-possessory security right)을 설정하는데 모델이 되고 있으나 登錄 以外の 對抗要件과 어떻게 양립, 조정하느냐 하는 것이 중요한 과제이다.

61) 日本 司法書士會 聯合會 認證局이 開設되어 이를 통하여 電子證明書가 발행된다

62) 債權讓渡登記令 第15條 第1項

63) 債權讓渡登記規則 第19條 法人 以外の 자가 申請者인 경우의 申請이나 債權讓渡登記 또는 質權設定登記의 申請으로서 存續期間이 50년을 넘는 경우, 判決에 의하여 單獨으로 申請하는 경우 등이 있다

64) 李在洪, 集合動産의 讓渡擔保(判例月報 第177號, 1985), 34면 주11

65) 美國의 NCCUSL, ALI는 1952년 UCC制定作業에 착수할 때 動產擔保登錄制度를 確立하기로 하였으나 너무 野心的이고, 廣範圍한데다 實務上 어려움이 많다는 批判을 받았다 그러나 1960년대 이후 이 制度가 本格的으로 施行되면서 많은 利點과 效用이 있다는 것이 알려지면서 全世界的으로 새로운 擔保制度의 典型이 되었다 國生 一彦, 前掲書, 98-100면

가. 擔保의 設定

統一商法典 제9-203조는 담보의 설정을 擔保權의 成立(attachment)과⁶⁶⁾ 有效化 段階⁶⁷⁾ 구분하고 있다.⁶⁸⁾ 성립요건으로는 3가지 요건을 들고 있는 데, 먼저 당사자들 사이의 擔保合意가 존재하여야 하고, 둘째 擔保權者의 반대급부가 존재하여야 하며 마지막으로 담보물에 대한 設定者의 權利(rights of the debtor in the collateral)가 있어야 한다. 有效化段階에서는 統一商法典 제9편에서 담보물의 종류에 따라 대항요건 3가지를 규정하고 있다. 첫째, 가장 典型的인 방법으로 公的登錄簿에 擔保權을 登錄(filing of a financing statement)하는 것이다 둘째, 擔保權者가 담보목적물을 직접점유(possession) 또는 지배하는 방법이다 이러한 점유는 占有質權(Besitzpfandrecht)과 상응하는 제도이다 이 방법은 주로 信用狀, 信用開設通知書(advices of credit), 物品證券, 流通權原證券 그리고 動產抵當權 등에서 채택하고 있다. 셋째, 아무런 절차를 요하지 않고 자동으로 對抗力(automatic perfection)이 생기는 경우이다 이는 제3자에 대한 담보권의 존재를 등록이나 점유의 취득에 의해서 공시하지 않아도 계약에 의해서 자동으로 대항력을 취득하는 경우로 消費者 物品에 대한 購買代金請求權 등에서 이용된다.⁶⁹⁾

나. 登錄

(1) 登錄 方式 및 內容

擔保權은 登錄官廳의 公的登錄簿에 등록하는 것으로 對抗力(有效化)이 발생한다 등록소에 등록이 된 경우에는 유효한 것으로 간주되며 등기수수료는 대부분의 州에서 1 내지 5달러를 초과하지 않는다. 등록내용은 ① 設定者와 擔保債權者의 이름과 주소, ② 담보에 사용되는 목적물에 대한 기술 ③ 設定者의 署名 등이다 담보목적물에 대한 기술은 그 종류에 관하여 언급하는 것으로 충분하다. 예를 들어 「농업을 위한 기계와 도구」 또는 「장소에 불문하고 設定者의 手財産」 등의 유형이나 종목에 의한 표현으로 충분하다고 한다.⁷⁰⁾ 즉 합리적으로 확인할 수 있는 정도 즉 합리적으로 識別(reasonable identification)이 가능한 정도면 포괄적인 기재로 충분하다 이러한 登錄方

66) U.C.C. §9-203(a) (2001).

67) U.C.C. §9-203(b) (2001)

68) 法務部 編, 各國의 動產擔保制度(法務部資料 第228集, 1999), 183면

69) U.C.C. §9-310(b)(2) (2001)

70) Karin Milger, a.o., S.56, 法務部, 前掲書 192면

式으로 인하여 다른 擔保權者들은 設定者의 재산에 대하여 擔保權이 설정되어 있다는 정도만을 인식할 수 있게 되고 設定者의 信用에 대한 私的自由(privacy)는 보호되게 된다.

(2) 登錄官廳 및 登錄方式

統一商法典은 제3자와 관련하여 어디에 등록이 이루어져야 하는 지에 대해 3가지 방법을 선택할 수 있도록 하고 있다 즉 中央 登錄制度(central filing system), 中央 또는 地域 登錄制度(central or local filing system)에 제시된 두가지 방식 모두에 의하여 기록하는 方法(dual filing system) 등 세가지 방법이 그것이다.⁷¹⁾ 등록하는 것은 당사자에게 이익이 되므로 이를 강제할 필요가 없어 統一商法典은 신고기간을 규정하고 있지 않다. 登錄官廳은 金融去來明細書(financing statement)의 정확성과 완전성에 대하여 검토하여야 할 의무가 없다 登錄官廳이 완전하지 못하고 부정확한 金融去來明細書를 가지고 있는 경우에는 등기를 하였음에도 불구하고 담보권은 有效化를 취득하지 못한다.

(3) 登錄의 有效期間 및 設定者의 抹消請求

統一商法典은 등록 후 5년이 지나면 효력은 자동으로 소멸한다고 규정하고 있다.⁷²⁾ 즉 등록후 5년내에, 즉 有效期間內에 채무자인 설정자의 파산절차가 개시되면 대항력을 갖춘 담보권은 破産節次 終了후 60일까지 등록의 효력을 유지하는 것으로 규정하고 있다. 유효기간 만료 6개월 전에 연장할 수 있고 연장의 회수를 제한하지 않는다.⁷³⁾ 登錄期間을 연장하려면 擔保權者가 서명한 繼續(根)去來明細書(continuation statement)가⁷⁴⁾ 있어야 한다. 등록의 효력이 상실되면 담보물에 설정된 대항력도 잃게 되므로 擔保權者는 제3자에게 대항할 수 없다. 美國 擔保權은 附從性(Akzessorietät)이 있는 권리이므로 設定者는 그의 모든 채무를 이행하게 되면 登錄抹消請求를 할 수 있다. 擔保權者는 설정자의 요청으로 去來終結通知書(termination statement)에 의해서 등록을 말소하게 된다. 담보권자는 登錄抹消를 위한 內容證書를 設定者가 요청한 후 20日이내에 登錄官廳에 제출하여야 한다.⁷⁵⁾ 담보물이 소비자 물품인 경우에는 設定者의

71) 法務部, 前掲書, 197면

72) U.C.C. §9-515(a) (2001)

73) U.C.C. §9-515(d) (2001)

74) U.C.C. §9-515(e) (2001)

75) U.C.C. §9-513 (2001).

요청과 관계없이 擔保權者 스스로 등록을 말소해야 한다. 이 규정을 어기면 擔保權者에게 손해배상과 함께 벌금을 부과할 수 있다. 즉 擔保權者가 이러한 자신의 의무를 소홀히 한 경우 설정자에게 100달러의 벌금을 지불하여야 하며 이로 인하여 발생한 설정자의 손해를 배상하여야 한다.⁷⁶⁾

다. 잘못된登記와 善意의 信賴者 保護의 問題

公的登錄簿에 기재하도록 하는 제도에 있어서 항상 문제가 되는 것은 등록조건과 절차 등에 관한 규정이 제대로 이행되지 않고 등록이 이루어진 경우에 어떠한 결과를 가져오느냐의 문제이다. 統一商法典 제9-516조 a항은 등록은 정상적인 金融去來明細書가 기재되고 필요한 수수료가 완전히 지불되는 경우에 한하여 유효한 것이라고 한다. 그리고 기재에 하자가 있을 때에는 擔保權은 有效化되지 못하고, 만약 담보권이 하자로 인하여 有效化되지 못한 경우에는 담보권은 기재의 瑕疵前에 담보목적물을 구입한 購買者(purchaser)나 質權者(lien creditor)에 대하여 대항하지 못한다고 한다.⁷⁷⁾

그러나 등록공무원이 규정을 준수하지 않은 결과로 인한 책임이 擔保權者에게 돌아가지는 않는다. 擔保權者도 제3자도 비난가능성이 없는 경우 擔保權者가 시간적으로 선행하고 있을 때에는 擔保權者의 담보권을 아무도 인식할 수 없음에도 擔保權者의 권리가 보호된다. 다만, 등록부를 신뢰한 제3자는 담당공무원의 절차상의 하자로 인하여 국가나 담당공무원에 대하여 손해배상을 청구할 수 있을 것이다. 統一商法典은 이에 대하여 규정을 하고 있지 않고, 이 문제에 대한 법적 해결은 각 주에 따라 달리 하고 있다.⁷⁸⁾

라. 擔保權의 優先的 地位

統一商法典에 의하면 동일한 목적물에 대하여 여러 개의 擔保權을 설정하는 것은 가능하다. 따라서 여러 개의 서로 競合關係에 있는 擔保權者들 사이에 優先的 效力이 문제된다. 以外에도 제3자의 權利와도 충돌된다. 제3자 對抗要件으로서 등기 등의 공시를 갖추지 않은, 즉 有效化되지 않은 擔保權은 有效化된 擔保權者에 대해서 항상 열등한 지위를 갖는다. 有效化되지 않은 擔保權者 사이에서는 成立時點에 의하여 優先順位가 결정된다. 有效성을 취득한 擔保權間에는 先登錄優先原則에⁷⁹⁾ 따라 등록시

76) 法務部, 前掲書, 200면

77) UCC §9-516(d) (2001)

78) 法務部, 前掲書, 195-196면

점 내지 유효한 취득의 순서에 의해 優先順位가 결정된다.⁸⁰⁾

3. 캐나다 動産擔保法上 登錄制度

캐나다는 1974년 온타리오주에서 처음 채택한 動産擔保法(Personal Property Security Act)을 시행하고 있는데,⁸¹⁾ 미국보다 먼저 동산, 채권 등의 담보물의 등록을 전산화하여 완료하였다.⁸²⁾ 비록 신청인이 서면으로 된 서류를 등록하더라도 등록관청의 등록관이 그 기재 정보를 파악하여 컴퓨터에 재입력함으로써 전자화된 데이터 베이스를 완성하게 구축하게 된다. 그러므로 컴퓨터가 설치되어 있는 경우에는 어디서든지 金融機關은 물론 누구나 담보 데이터베이스에 접속(access)하여 이를 수시로 열람하거나 또는 새로 입력할 수 있다. 이러한 전자화된 담보 파일링 시스템에 접속하려면 먼저 이용자의 신원을 확인한 다음에 登錄機關과 별도의 약정을 맺어 등록 비용의 지급 방법이라든가 ID, 비밀번호 등을 정하게 된다. 登錄費用은 1년부터 25년까지의 정기 또는 부정기의 登錄期間에 따라 달라진다. 캐나다에서는 영어와 프랑스어를 사용하기 때문에 기업의 경우는 회사의 설립지 언어로 등록한다.⁸³⁾ 대서양에 인접한 4개주는 이 시스템을 「ACOL(Atlantic Canada on Line)」이라고 부르는데 초기 화면에서 登錄機關, 新規登錄 또는 修訂, 調查, 檢索 등의 메뉴를 선택하도록 되어 있다.⁸⁴⁾ 예를 들어 擔保權者에게 賣出債權을 양도하고 자금을 빌리고자 하는 경우에 담보로 제공하는 채권을 「현재 또는 장래의 모든 채권 기타 그 대금」 등으로 특정하게 된다. 담보목적물에 擔保權 設定이나 債權讓渡 與否를 파악하고자 하는 경우에는 債權讓渡人인 담보권설정자의 성명, 주소나 擔保物의 登錄番號를 컴퓨터에 입력하여 조회를 하면 알 수 있고, 그 결과는 서면으로 신청할 수도 있다. 입력된 정보는 등록후 15일 이내에 본인에게 전달되어 登錄內容의 정확성 여부를 확인할 수 있도록 되어 있으며 퀘벡주에서는 貸出上限額까지 알아 볼 수 있다.⁸⁵⁾

4. 유엔國際去來法委員會의 登記制度

79) UCC §9-322 (2001).

80) 法務部, 前掲書, 202-205면

81) 池田眞郎, 前掲書, 207 면, 219면

82) G. L Galt, op cit., p 400

83) 박현일, 전자등기제 도입의 필요성(CLIS Monthly 2002-4호, 2002), 7면.

84) 上掲論文, 7면.

85) 池田眞郎, 前掲書, 214 내지 221면

유엔國制去來法委員會(United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL)에서 성안중인 債權讓渡에 의한 금융에 관한 協約草案(draft Convention on the Assignment in Receivables Financing 이하 協約이라 한다)의 제23조⁸⁶⁾ 및 제24조에서는⁸⁷⁾ 債權讓渡의 對抗力(priority)에 관하여⁸⁸⁾ 債權讓渡人의 所在地國 法律과 法廷地國의 法律을 어떻게 배분하여 적용할 것인가를 규정하고 있다. 同 協約草案 附屬書(annex)에서는 債權讓渡의 對抗력을 갖추기 위한 요건, 즉 對抗要件과 관련하여 Section I에서는 등기에 의한 對抗力 決定規則을, Section II에서는 債權讓渡登記를 규정하고 있다

가. 登記에 의한 對抗力 決定規則(Priority rules based on registration⁸⁹⁾)

동일한 債權讓渡人(assignor)으로부터 동일한 채권을 양수받은 債權讓受人(assignees) 사이에서는 債權讓渡의 시기에 관계없이 이 협약에 의하여 債權讓渡의 사항을 등기한 순서에 따라서 그 對抗력이 결정된다 만일 어느 讓渡契約도 등기되지 아니하였다면 讓渡契約의 시점에 따라서 對抗력이 결정된다⁹⁰⁾ 제24조 제3항 및 제4항, 제44조에 따라서 債權讓受人은 양도되거나 이행에 의하여 취득한 채권과 양도에 관한 사항이 破産節次 또는 押留가 개시된 이전에 이 협약에 의해서 등기된 경우 또는 債權讓受人이 이 협약의 기타 규정에 기하여 對抗력을 가지는 경우에 破産管財人, 債權讓渡人의 채권자에 대하여 對抗력을 가진다.⁹¹⁾

나. 債權讓渡登記(Registration)

86) Article 23 Competing rights of several assignees(數人의 讓受人間의 權利의 競合)

87) Article 24 Competing rights of assignees and creditors of the assignor or insolvency administrator
(讓渡人의 債權者 또는 破産管財人과 讓受人間의 競合)

88) 同協約草案 第5條는 Priority means the rights of a party in preference to another party라고 定義하고 있다 Priority는 優先順位라고 번역해야 할 것이나 對抗力과 優先의 效力은 兩面的인 關係에 있으므로 여기서는 「對抗力」이라 한다

89) Registration은 대개 登錄이라고 번역하나 여기서는 우리 나라 商業登記制度和 대응하여 「登記」라고 하며 본 論文中에도 이를 登錄이라고 한 경우도 있다

90) Article 1 Priority among several assignees.

91) Article. 2 Priority between the assignee and the insolvency administrator or the creditors of the assignor

이 협약에 기한 債權讓渡事項의 登記 및 登記所(Registrar)와 監督機構(supervising authority)에 의하여 공포될 規則 制定을 위하여 등기시스템을 설치한다. 규칙은 등기시스템이 운영되는 정확한 방식과 등기와 관련된 분쟁을 해결하는 절차를 규정한다.⁹²⁾ 어떠한 당사자도 이 協約과 登記規則에 따라 債權讓渡에 관한 사항을 등기부에 기재할 수 있다. 등기할 사항은 債權讓渡人과 債權讓受人의 성명과 주소지 및 讓渡債權의 개요이다. 한 건의 등기는 債權讓渡人에 의한 1개 이상의 債權讓受人에 대한 양도, 장래의 양도, 등기시에 아직 존재하지 않은 채권의 양도를 포함할 수 있다.⁹³⁾ 등기 또는 그 보정은 제1항의 사항이 검색가능한 때로부터 유효하다. 등기 또는 그 보정은 登記申請人에 의하여 특정된 기간동안 유효하다. 특정이 없는 경우 등기는 5년간 유효하다. 등기의 갱신, 보정 및 각하의 방식은 규칙으로 정한다.⁹⁴⁾

양도인의 성명에 의한 검색결과 양도인의 성명에 관한 일체의 흠결, 오류 또는 오자는 그 등기를 무효로 한다.⁹⁵⁾ 이처럼 UNCITRAL 초안은 債權讓渡登記制度를 두고 있으며 이는 조사할 수 있는 시스템이 전제되어 있다 이는 최근 일본의 債權讓渡登記制度의 전산화 및 온라인신청의 도입과 일맥상통하는 것으로 보여진다.⁹⁶⁾

5 獨逸에서의 登録制度 導入의 論議

獨逸에서의 동산담보의 개혁은 오래전부터 있어온 논의이다. 獨逸 民法典은 債務者인 設定者에게 동산의 直接占有를 불허함으로 인하여 設定者에게 이를 허용하는 담보 형태는 주로 讓渡擔保와 所有權留保의 非占有動産擔保制度(besitzlose Mobiliarsicherheiten)가 이용되어 왔다.

그런데 이것들은 채권자인 擔保權者의 권리에 관한 공시를 결하고 있다 이는 설정자에게 새로 신용을 제공하려는 擔保權者가 설정자의 자산상황을 파악하는데 어려움을 주고 경우에 따라서는 담보력이 없는 設定者의 자력을 오해하여 무의미한 신용을 제공하는 경우가 많게 되었다. 이에 따라 破産債權의 증가로 인하여 破産節次의 도입이 불필요하게 지연되고, 일반채권자들은 破産節次上的 만족을 더욱 악화시켰다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 입법론적으로 많은 제안과 논의가 있어 왔다.⁹⁷⁾ 獨逸에

92) Article. 3 Establishment of a registration system.

93) Article 4.(1) Registration.

94) Article 4.(3)

95) Article. 4.(4)

96) 이상훈, 日本의 債權讓渡登記制度에 관한 小考(月刊 經營法務 92號, 2001), 72면

97) 1900년 1월1일부터 獨逸 民法典이 시행되었는데 그 직후부터 外國의 立法例를 인용하면서 讓渡

서의 動產擔保 改革의 전형이라고 불리는 밀거(Milger)와 드로브니히(Drobnig)의 주장을 살펴보고자 한다. 밀거의 주장이 다소 급진적이라면 드로브니히는 보다 온건하고 점진적인 개혁을 주장한다는 점에서 전형적인 모습을 보여 준다.⁹⁸⁾

가. 밀거의 주장

밀거는 美國法上의 動產擔保制度 즉 統一商法典 제9편에서 규정된 제도를 개관한 후 비교법적 관점에서 獨逸의 讓渡擔保制度 등에 대하여 美國法이 시사하는 바에 대하여 평가한다. 그녀는 독일의 讓渡擔保制度가 공시를 결여하고 있는데 그에 대한 대처방법으로 登錄制度의 도입을 주장하고 있다. 밀거에 의하면 美國法上의 制限的 公示手段을⁹⁹⁾ 도입하면 첫째, 擔保權者가 공시가 없는 경우에 비하여 담보권에 대하여 보다 신뢰할 수 있는 정보를 얻을 수 있고 그 한도내에서 擔保權의 경합을 피할 수 있게 된다. 둘째, 그 등록은 나아가 設定者의 경제적 상태에 대하여 보다 확실한 정보를 얻을 수 있는 단서를 제공한다 셋째, 위에서 본 바와 같이 破産管財人의 업무를 줄여줄 수 있다고 한다.¹⁰⁰⁾ 그런데 문제는 이러한 登錄制度를 유지하는데 드는 비용이다 이에 대해 밀거는 독일의 다수론자들과는 달리 이를 긍정하는 데 밀거에 의하면 美國의 登錄制度는 그 기재사항을 최소한도에 축소하고 있으므로 거래당사자들이나 登錄管理者들에게 요구되는 비용은 합리적인 범위로 제한되고 있다고 한다. 또한 통상의 登錄節次는 담보권자가 標準格式의 記載事項欄에 일정한 내용을 작성하여 제출하면 이에 제출일시를 붙여서 설정자의 이름 아래에 편철하는 것에 그치므로 상당한 비용이 든다고 할 수도 없고, 특히 컴퓨터시스템 도입에 의하여 設定者의 색인을 쉽게 작성할 수 있으므로 크게 문제될 것이 없다고 한다.

擔保를 登記質權으로 대체하자는 의견이 제시되었다 이에 관한 文獻으로는 Klaus Meisheimer, Sicherungsubereignung oder Registerpfandrecht. Eine politologische Studie über den Kampf von Interessengruppen um die Reform des Kreditsicherungsrecht (1967) 참조.

98) 獨逸에서의 논의는 梁彰洙, 獨逸의 動產擔保改革論議(서울大學校 法學 第44卷 第2號, 2003), 137면 이하를 참조하였다

99) 美國의 動產擔保登錄制度가 모든 觀點에서 公示의 必要를 충족하는 것은 아니다 美國의 登錄制度는 設定者(姓名과 住所) 所有의 一定한 目的物에 擔保權者(姓名과 住所)를 위하여 擔保權이 있음을 公示하는 것 뿐이다. 따라서 被擔保債權의 發生原因이나 債權額도 일반적으로 登錄되지 않는다

100) Kann Milger, Mobiliarsicherheiten im deutschen und im US-amerikanischen Recht Eine rechtsvergleichende Untersuchung(Göttinger rechtswissenschaftliche Studien Bd 117, 1982), S 124-130.

나. 드로브니히의 주장

드로브니히는 다른 나라에서 대체로 등록이 讓渡擔保權의 成立이나 제3자 대항요건을 확인하고 전적으로 공시와 무관한 우리와 같은 법체계는 세계에서 거의 유일하다고 하면서¹⁰¹⁾ 독일에서도 오래 전부터 공시의 요구가 계속되어 왔음을 상기시킨다. 공시의 도입을 찬성하는 견해는¹⁰²⁾ 첫째, 제3자에 대하여는 設定者의 財産狀態에 대한 정보를 제공함으로써 다른 擔保權者와 경합을 피할 수 있고, 둘째 설정자에 대하여는 擔保設定에 소극적이 되게 한다. 따라서 공시는 결국 담보설정 자체를 줄이게 되고 담보권의 경합을 피할 수 있게 한다. 公示方法으로는 등록과 증서에 의한 방법이 있는데 우선 등록에 의한 公示方法(Register-Publizität)을 살펴본다. 등록사항은 담보물의 상세한 목록과 被擔保債權이 반드시 등기되어야 하는 것은 아니다 統一商法典 제 9-402조와 같이 채고상품이나 기계 등의 목적물만 기재하도록 하거나 영국의 浮動擔保처럼 設定者의 이름만을 기재하도록 하는 경우이다. 드로브니히는 독일의 경우에도 이 정도의 추상적 등록만이 고려될 수 있다고 한다. 그러나 드로브니히는 결론적으로 등록에 의한 공시에 회의적이다. 즉 위와 같은 등록은 一括的 警告(pauschale Warnung)의 기능만을 기대할 수 있는데 그것을 위하여 엄청난 登記費用을 지출하는 것이 문제이다¹⁰³⁾ 다음은 증서에 의한 公示方法(Brief-Publizität)을 살펴 본다. 독일에서는中古自動車를 거래할 경우 예외없이 自動車登録證을 제시하는데 이와 같은 등록증이 범용될 수 있는 지에 대해 드로브니히는 회의적이다. 그 이유는 자동차등록증에 의해서 기재된 목적물의 동일성을 쉽게 알 수 있고, 이러한 증서의 제시만으로도 별다른 위험없이 거래를 할 수 있기 때문이다.¹⁰⁴⁾ 한편, 드로브니히는 소위 「內的 公示(interne Offenkundigkeit)」 즉 채무자 스스로 자신의 재산 위에 설정된 擔保權을 제3자에게 개시하는 수단을 강구하는 것이다. 그 방법을 구체적으로 보면 먼저 상인에 대하여 「擔保提供帳簿(Sicherungsbuch)」를 작성하여 그 위에 擔保契約證書를 시간적인 순서대로 편철, 보관할 의무를 부과하는 것이다 다른 하나는 貸借對照表(Bilanz)에 擔保提供狀況을 기재하도록 하는 것이다.¹⁰⁵⁾

101) Ulrich Drobnig, Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages Stuttgart, 1976, Bd I (Gutachten), S.57

102) A.a.O., S.58.

103) A.a.O., S. 58-60

104) A.a.O., S. 60-62

105) A.a.O., S. 63-64

IV. 結 論

集合物讓渡擔保에 있어서 擔保權設定者는 特定動産 및 不動産의 讓渡擔保와는 달리 담보목적물에 대한 처분권이 주어지고, 따라서 담보목적물의 유동성이 당연히 예정되어 있기 때문에 당해 양도담보 목적물에 대한 公示方法이 문제된다. 公示方法에 관해서는 전술한 바와 같이 우리 나라 및 日本의 判例는 占有改定에 의한 公示方法의 입장이다. 集合物讓渡擔保는 特定動産讓渡擔保와는 달리 다수의 동산을 담보목적물로 하는 만큼 제3자와의 이해충돌도 特定動産의 경우에 비하여 많으므로, 集合物讓渡擔保의 존재를 적당한 방법으로 공시하여 제3자에게 그것을 미리 인식시켜서 불측의 손해를 입지 않도록 할 필요가 있다. 더구나 많은 경우 集合物讓渡擔保의 목적물은 商品, 備品, 家財道具 등으로 擔保權設定者의 일반채권자가 그 채권회수의 마지막 堡壘로서 기대하는 것이 대부분이므로, 이러한 물건에 갑자기 擔保權者가 나타나 물건 전체를 담보목적물로 하여서 우선권을 행사한다면 一般債權者의 債權回收에는 치명적이 된다. 이러한 사태를 피하기 위하여도 담보목적물이 되는 동산과 그렇지 않은 동산을 구별할 필요성이 있고, 특히 集合物讓渡擔保의 경우에는 目的物 公示의 필요성이 더욱 크다고 하겠으며, 標札 등의 明認方法을 動産讓渡擔保의 公示方法으로 해야 한다고 주장하는 學者들도 이러한 점들을 염두에 두고 있는 것이다

물론 明認方法에 의한 公示方法은 動産去來에 있어서 占有改定과 같은 관념적인 占有移轉을 포함하는 各種의 引渡를 所有權移轉의 公示方法으로 하고 있는 민법의 체계로 보아 문제가 있고, 또한 목적동산이 다양하여 구체적인 사안에서 어떤 公示方法이 요건으로써 유효한 것인가의 여부를 결정하기가 상당히 곤란하며, 法的安定性의 관점에서도 문제가 있다. 또한 明認方法은 讓渡擔保의 목적물로서 확정된 동산이나 부동산의 경우에는 公示方法으로서 그 기능을 어느 정도 수행할 수 있지만, 構成要素가 수시로 변동하는 集合物讓渡擔保의 경우에는 그 실효성이 저하될 수도 있다. 그러나 一般債權者인 善意의 제3자의 被害를 줄이기 위해서는 明認方法에 의한 公示方法을 부가해야 할 것으로 보인다

한편, 세계 각국은 공시제도 개선의 일환으로 등기 및 등록제도를 간편하게 하거나 이를 전자적 형태로 운용하기 위해서 많은 노력을 기울여서 日本은 債權讓渡登記制度를, 美國은 統一商法典上 登録制度를, 캐나다도 動産擔保法上의 登録制度를 시행하고 있으며 UNCITRAL은 모델 등기제도를 만들어 놓고 있다 특히 미국의 統一商法典에서 규정하고 있는 動産擔保制度는 일정한 담보물의 경우 州政府에 등록(filing)함으로써

동산담보에 있어서 등록제도를 공시방법으로 채택하고 있다. 즉 統一商法典上 擔保登錄制度는 모든 동산, 채권을 획일적으로 적용한다는 점에서 매우 획기적이며, 동일한 물건 및 채권을 둘러싸고 다투는 권리자간에 우열을 가릴 수 있도록 하는 기초를 제공하고 있다. 이러한 登錄制度는 전세계적으로 非占有擔保權(non-possessory security right)을 설정하는데 모델이 되고 있는데 이러한 美國의 登錄制度(filing system)를 우리나라도 도입할 필요가 있다고 본다.

결론적으로 電子登錄制度나 電子登記制度가 도입되면 비용면이나 간편성 등으로 인하여 효율성이 높기 때문에 누구나 쉽고 빠르게 이용할 가능성이 있다 이러한 電子方式의 登記制度가 정착된다면 物權關係뿐만 아니라 債權關係에서도 쉽게 응용될 수 있을 것으로 보이기 때문에 우리 나라도 이러한 제도들을 하루 빨리 도입하여 선진화된 등록제도를 갖추으로써 국제경쟁력을 높여야 할 것이다



● 김용길

集合物(collateral) 登錄制度(filing system) 占有(possession) 登錄(filing)

對抗力(perfection) 金融去來明細書(financing statement)

電子登錄(electronic registration) 非占有擔保權(non-possessory security right) 事前占有改定約定(antizipiertes Besitzkonstitut)

[ABSTRACT]

(A Study on The Public Announcement of Floating Lien of The Collateral)

Kim, Yong-Kil

In Korea, nonpossessory security right cannot be created against personal properties because of the lack of proper publicity. If personal properties and receivables are granted as security, its may be usually possessed and used by the debtor. In order to create such nonpossessory security rights, a public announcement of filing system or perfection against third parties are required. In the United States, security interest is perfected if it has attached and all of the applicable requirement for perfection have been satisfied. In general, after perfection the secured party is protected against creditors and transferees of the debtors and , in particular, against any representative of creditors in solvency proceedings instituted by or against the debtor. Generally, most types of collateral either may or must be perfected by filing under the Article 9 of the Uniform Commercial Code of the United States.

At present, one of the most important factors is the electronic registration, without any exception, increasing the security rights . The newly amended Article 9 of the U.C.C. of the United States purports to include the electronic registration Canada have followed precedents of the Article 9 of the U.C.C. Since 1974, Canada had computerized the filing system for personal properties and receivables under personal property Security Act. In the Japan, when the artificial person assign mass obligation that they has, they acquired the perfection on essential factor of registration of commerce since 1998.

In addition, assignment of account receivables, as recently codified by UNCITRAL, constitutes an effective financing tool. The UNCITRAL convention on assignment of receivables is expected to bring a momentum

in creating security in the international trade. Currently, thanks to the development of information industries, electronic registration system is eligible as a convenient and cheap instrument for publicity.

Particularly, the publicity of these security rights may be obtained conveniently at comparatively low cost and reduced risk of credit by means of electronic registration on the Internet. In Korea, the modernization of the public announcement on the nonpossessory security right should be promoted so as to implement the security interest on moveables and receivables.