

## 集合物讓渡擔保의 法律構成에 관한 研究

김 용 길\*

- I. 序論
- II. 法律構成에 관한 學說
- III. 判例
- IV. 結論

### I. 序論

讓渡擔保의 理論은 원래 大陸法系 國家에서 社會的, 經濟的 要請에 의해서 발생된 것으로서 制定法上 明文規定은 없지만 이와 같은 經濟·去來界의 要請을 法院이 적극 수용하여 발생된 것이라고 할 수 있다. 集合物의 概念에 대해서 獨逸은 現行 制定法을 만들기 전에 이미 이를 인정하였고 日本도 이러한 영향을 받아서 集合物 概念을 인정하였으나, 양국은 민법 제정 당시에 여러 가지 복잡한 사정으로 인하여 明文規定으로 만들지 못하고 判例로서 형성되었다. 따라서 獨逸과 日本은 物件의 概念에 대한 해석론이 일찍부터 발달하여 많은 논의가 있었고, 이에 따라 集合物에 대한 견해도 많다고 할 수 있다.

내용이 수시로 증감·변동하는 集合物의 경우에 형식적으로는 讓渡擔保權者에게 目的物을 양도한 것이 되지만, 왜 設定者가 여전히 處分權을 가지고 있는지, 또한 목적물이 계속 搬出 및 搬入 또는 變形 및 變質되는데도 權利의 客體로서 同一性을 계속 유지하고 있는가 하는 의문이 제기된다. 그리고 集合物이 讓渡擔保로 제공되는 경우

---

\* 西京大學校 法學科 講師, 法學博士.

에 一物一權主義를 전제로 하는 전통적 법이론으로는 當事者間の 權利와 義務를 규율하는 데에는 範圍의 特定이나 公示方法 등 여러 가지 어려움이 있다. 이와 같은 문제를 해결하기 위해서는 集合物讓渡擔保를 어떻게 法律構成할 것인가가 검토되어야 할 것이다. 集合物을 구성하는 개별의 동산 또는 個個의 動産(이하 “個別物”이라 한다)을 讓渡擔保의 客體로 보거나 또는 流動集合動産을 일체적으로 파악하여 전체로서 하나의 물건 즉 集合物을 讓渡擔保의 客體로 보는 法律構成을 생각할 수 있다. 이하에서는 集合物讓渡擔保에 관한 學說 및 判例를 살펴보고, 어떠한 法律構成이 가장 바람직한 것인가에 대하여 검토해 보기로 한다.

## II. 法律構成에 관한 學說

### 1. 否認論

集合物의 概念을 인정하지 아니하는 견해로, 一物一權主義의 原則上 物件의 「集團」 내지 「集合物」 위에 하나의 物權이 성립할 수 없다는 입장이다. 이는 民法上 所有權 기타의 物權은 하나의 特定한 物件에만 성립할 수 있으며, 多數의 個別物의 結合에는 하나의 物權이 인정되지 않는다는 原則에서 출발하고 있다. 否認論은 결국 民法上 物權은 단일한 特定物에 대해서만 성립한다는 理論이다. 즉 集合物은 經濟的 意味로서는 單一性이 인정되지만 그 自體는 目的物이 될 수 없는데, 그 이유는 搬出·搬入되는 物件에 대한 物權的 支配關係를 法理論으로는 설명할 수 없기 때문이라는 것이다.<sup>1)</sup>

한편, 일본에서는 特定動産讓渡擔保는 有效하나 集合物讓渡擔保는 讓渡人 겸 債務者가 讓受人 겸 債權者를 위하여 目的物을 代理占有해야 할 기초가 되는 法律關係가 없다는 이유로 그 效力을 부정하는 견해와<sup>2)</sup> 設定者에게 그 占有下에 있는 動産의 處分權限을 수여하는 것은 間接占有 成立을 방해하므로 集合物讓渡擔保를 有效하게 본다 하더라도 所有權 讓渡의 對抗要件을 구비하지 않아 實質적으로 無效라는 견해가<sup>3)</sup>

1) 高翔龍, 物權法(法文社, 2001), 796면 以下.

2) 松本丞治, “賣渡抵當及動産抵當論”(法學協會雜誌 第31卷 第4號, 1913), 617-618面; 角紀代惠, “商品や原材料等の擔保化”(金融擔保法講座Ⅲ, 筑摩書房, 1986), 71面.

3) 末弘嚴太郎, “擔保のためにする商品全部の所有權讓渡について”(日本 法律新聞 822號, 1911), 11面; 角紀代惠, 前掲論文, 71面.

있다.

獨逸에서는 所有權 移轉의 要件인 引渡가<sup>4)</sup> 되지 않은 讓渡擔保物에 대한 擔保權者의 間接占有를 否定하기 때문에 集合物讓渡擔保에 있어서 設定者에게 個個의 物件의 處分權을 附與하는 것은 無效라고 한다.<sup>5)</sup> 왜냐하면, 獨逸 民法 第868條 間接占有의 要件은 間接占有者가 目的物의 返還請求權을 전제로 하는 것인데, 讓渡擔保에 있어서는 擔保權設定者가 所有權者의 立場에서 目的物을 처분하기 때문에 間接占有의 전제로서의 返還請求權이 존재하지 않는다. 獨逸의 대표적인 理論을 수립한 Paul Oertmann은 1911年 獨逸法律新聞에 商品倉庫에 있는 在庫商品 全體의 讓渡擔保에 대한 無效論을 기고한 후, 1927年 제3회 獨逸法曹大會에서 集合物讓渡擔保에 관한 無效論을 주장했는데 그 이유는 法律政策的 理由, 占有改定에 의한 讓渡擔保의 無效, 公示手段의 不備로 인한 讓渡擔保 成立의 無效 등이다. 현재 우리 나라나 일본의 경우에 否認論을 주장하는 학자는 없으며, 獨逸에서도 經濟的인 要求를 배경으로 有效論이 주장되었고 지금은 그것이 지배적인 견해가 되었다.<sup>6)</sup>

## 2. 分析論

分析論은 民法上の 一物一權主義에 충실하여 集合物을 구성하는 個別物을 讓渡擔保의 客體로 보는 입장이다. 즉, 集合物을 구성하는 個別物을 분해하여 各 動産에 따르는 複數의 讓渡擔保가 설정되며 다만 일괄하여 效力을 발생시키는데 지나지 않는다.<sup>7)</sup> 따라서 個別物이 集合物에 搬入하는 것을 停止條件으로 하여 讓渡擔保의 目的物이 되며, 搬出되어 集合體로부터 분리되는 것을 解除條件으로 하여 讓渡擔保의 目的物이 되지 않는다고 하는 法律構成을 하고 있다. 分析論은 民法上の 有體物主義 즉 一物一權

4) 獨逸 民法 第929條(物權의 合意와 引渡) 및 第930條(占有改定)

5) H. Höniger, Die Sicherungsbereignung von Warenlagern, 2. Aufl., München(C.H. Beck, 1912), 102면 이하.

6) V.Ehrenberg (hrsg.), Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd.4., Abt. 1., 1917, S.15; A. Koch, Der Warenkredit der Banken und seine Sicherstellung, 2. Aufl., 1922, S.56ff.; Karl Heinz Schwab, Sachenrecht, 22. Aufl.(C.H. Beck, 1989), S.157; Harm Peter Westermann/ Karl Heinz Gursky/Winfried Pinger, Sachenrecht, Bd.1, Grundlagen und Recht der beweglichen Sachen (C.F. Müller, 1990), S.315 등이 있다. 또 法院도 RG Urt. v.8.11.1927-VII.ZS.(VII)VI 315/27, RGZ118,361 이나 RG Urt. v.27.2.1931-VII.ZS.VII 205/30, RGZ 132,183.에 있어 이런 종류의 讓渡擔保를 승인하고 있다.

7) 高翔龍, 前掲書, 797면.

主義에 충실한 입장이지만,多數의 動産이 個別的으로 權利가 변동한다는 것은 集合物을 一體적으로 처리하려는 社會的·經濟的 要請이나 當事者の 意思에 반하는 擬制的인 法律構成이라는 비판이 있다.<sup>8)</sup>

한편, 일본에서는 擔保權設定 後 擔保目的物로 반입 및 보충되는 個別物은 債權者 取消權 및 設定者の 破産·會社整理節次上的 否認權, 租稅債權 등과의 관계에서 擔保權者에게 不利하게 작용할 가능성이 있고, 設定者에 의한 目的物的 處分·補充의 問題를 現象에 맞게 설명할 수 없어 擔保制度의 發展을 저해할 가능성이 있다는 비판도 제기되고 있다.<sup>9)</sup> 즉 分析論에 따르면, 個別物이 集合物에 반입된 시점에서 讓渡擔保가 설정되기 때문에 設定者の 財産狀態에 아무런 문제가 없는 時期에 설정된 讓渡擔保가 그 후에 設定者の 財産狀態가 악화되는 경우에 否認權이나 債權者取消權의 행사에 의하여 영향을 받을 수 있게 된다. 이외에도 分析論에 의하면 集合物을 구성하는 個別物의 數만큼 존재하는 多數의 讓渡擔保의 統一의 作用을 인정하고 있지만, 이 경우 多數의 個別物을 모두 共同擔保의 目的物로 하는 이른바 共同讓渡擔保의 理論으로도 集合物讓渡擔保를 說明할 수 있는데, 分析論의 입장에서는 이에 관한 언급이 전혀 없는 것도 흠이라는 지적이 있다.<sup>10)</sup>

獨逸에서는 集合物讓渡擔保의 物權的 效力을 긍정하는 것이 일반적이다. 다만 그 法律構成에 대해서는 特定動産의 讓渡擔保와 同一視해서 個別 動産 위의 所有權이 각각 양도된다는 分析論이 통설이다.<sup>11)</sup>

그러나 分析論은 너무나 기교적이며 集合物을 단일의 物件으로 처리하려는 社會的·經濟的 要請이나 當事者の 意思에 반드시 일치하는 것이 아니며, 擔保設定 後 搬入되는 個別物에 대해서는 讓渡擔保 設定時期가 뒤로 미루어지기 때문에 擔保權者가 매우 불리한 지위에 있게 된다. 뿐만 아니라, 流動 또는 變質集合物讓渡擔保가 企業活動을 계속하면서 擔保化할 수 있다는 이점을 얻기 위한 것이라면, 個別物에 대한 物的 支配를 그 기초로 하는 것은 同擔保制度의 發展을 저해할 가능성이 있다는 비판을 면치 못하고 있다.<sup>12)</sup>

8) 金在協, “集合動産 讓渡擔保”(司法研究資料 16輯, 1989), 81면.

9) 米倉 明, “讓渡擔保の研究(有斐閣, 1976), 151面 以下.

10) 伊藤 進, “集合動産讓渡擔保理論の再檢討”(有斐閣, ジュリスト669號, 1979), 95面.

11) Marin Wolf/ Ludwig Raiser, Sachenrechts, 10. Aufl.(J.C.B. Mohr, 1957), S.740; Harm Peter Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl.(C.F. Müller, 1966), S.211; Karl Heinz Schwab, Sachenrecht, 22. Aufl.(C.H. Beck, 1989), S.159; Fritz Baur, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.1, 11. Aufl. (W. Kohlhammer, 1978), S.565.

### 3. 集合物論

#### 가. 意義

集合物論이라는 것은 物件의 集合體가 그것을 구성하는 個別物과는 別個의 獨立的인 價値 내지 利益을 가지는 것으로, 集合物 全體를 한 개로서 하나의 物權의 目的이 된다고 생각하여, 그 때부터 法律構成을 해가는 思考方式을 말하는 것이지만, 그 경우에 集合物 概念에 대해서는 대부분의 경우 “계속적인 共同目的에 따라서 객관적으로 결합되어 있기 때문에, 一般 去來觀念上 單一物로서 다루게 되는 多數의 物件의 集合”이라는 기에르케의 정의가 인용되고 있다.<sup>13)</sup>

集合物論에 의하면 集合物은 그 내용이 증감·변동되어도 全體로서 독립된 1개의 權利客體로 인정되며, 集合物讓渡擔保도 集合物이라고 하는 1개의 權利客體 위에 성립한다. 設定者에 의한 個別物의 處分은 目的物 利用權限의 당연한 내용이고 目的物의 補充은 設定者의 義務이며, 集合物로부터 이탈된 動産에는 讓渡擔保의 效力이 미치지 아니하나, 集合物에 가입되는 動産에는 당연히 讓渡擔保의 效力이 미친다.

따라서 이 이론은 集合物이라는 一定範圍의 物件의 集合體를 인정하고 集合體로서의 동일성을 손상시키지 않는 한, 集合體로부터의 이탈이나 集合體에로의 搬入問題, 設定者에 의한 目的物處分이나 補充의 問題, 補充時의 成立要件의 問題 등을 설명할 필요가 없게 된다. 즉 그 構成要素인 個別物의 변동에도 불구하고 個別物과는 別個의 독립된 하나의 權利客體로 보아 集合物이라는 經濟的 統一體를 독립해서 하나의 讓渡擔保의 客體로 파악하는 입장이다.<sup>14)</sup> 이 學說에 따르면, 個別物이 集合物로부터 搬出된 경우에는 擔保的 지배를免하고, 個別物이 集合物에 반입하는 경우에 讓渡擔保의 지배를 받게 되며, 集合物에 대한 讓渡擔保가 설정되고 占有改定이 이루어지는 경우 後에 搬入되는 個別物은 당연히 集合物의 구성부분이 되어 占有引渡로서 讓渡擔保의 要件을 갖춘 것으로 된다고 한다.

또 擔保權設定者에 의한 個別物의 處分은 通常의 營業過程에서 目的物 利用權限의 당연한 내용이고, 目的物의 補充은 設定契約의 취지에 따라 目的物을 이용하면서 그

12) 高翔龍, 前掲書, 797면.

13) 吉田眞澄, “集合動産の讓渡擔保(3)”(NBL 217號, 1980), 44面

14) 高翔龍, 前掲書, 797면; 張庚鶴, 物權法(法文社, 1987), 902면; 嚴英鎮, “集合動産讓渡擔保의 成立”(考試界 通卷 第435號, 1993), 107면; 裴炳日, “集合動産 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), 199면; 金基洙, “集合動産 讓渡擔保와 第三者關係”(考試界, 1993.6), 182면; 金在協, 前掲論文, 81면 등.

價値를 維持시키기 위한 당연한 의무라고 설명된다. 따라서 集合物이라는 一定範圍의 物件의 集合體가 정해지면 그 集合體로서의 同一性を 損傷시키지 않는 限, 集合物로부터의 搬出이나 搬入을 문제삼을 필요가 없어 擔保權設定者에 의한 目的物 處分이나 補充의 問題, 나아가 補充時 讓渡擔保의 效力問題 등을 설명하는 데 큰 어려움이 없다.

우리 나라의 경우 集合物論에 의하면 物件의 概念을 定한 民法 第98條와 관련하여 同 條文의 解釋上 集合物의 概念을 인정할 可能性이 전혀 없는 것은 아니고, 또한 集合物 概念이 實際的 有用性を 갖고 있으므로 그 根據로 충분하다고 한다. 즉 一物一權主義 原則上 集合物 위에 하나의 物權이 성립할 수 없음이 원칙이나, 그러한 集合物 위에 하나의 物權을 인정하여야 할 社會的 要請이 강하고, 또한 特定性和 獨立性을 인정할 수 있으며, 適當한 公示方法을 찾을 수 있다면 그 限度에서 하나의 物權의 성립을 인정할 수도 있으므로 一物一權主義에도 어긋나지 않는다고 한다.<sup>15)</sup>

한편 일본에서는 我妻 榮 教授의 「二面的 歸屬」理論이 제창된 이래 集合物論이 多數說이 되었다. 我妻 榮 教授는 “設定者가 集合物을 經濟的 使命에 따라서 이용하기 위해 個別物을 처분하는 관계는 이러한 個別物이 최초부터 集合物의 所有權外에 존재한다. 이와 같은 集合物로서의 所有權은 擔保權者의 許諾에 그치고, 처분당하는 관계에 있어서의 個個의 物件의 所有權은 設定者에 이전한다는…中間的 關係가 생긴다”고 한다.<sup>16)</sup>

米倉 明 教授는 “객체인 集合物이 讓渡擔保에 속한 결과 集合物의 부분인 個個의 物件은 당연히 讓渡擔保에 속하게 되며”,<sup>17)</sup> “個個의 物件이 集合物에서 이탈한 경우에는 당연히 讓渡擔保의 구속을 면하고, 반면에 個個의 物件이 集合物에 가입되는 경우에는 당연히 讓渡擔保에 속하게 된다”고 하고 있다.<sup>18)</sup>

이와 같이 構成部分이 수시로 증감·변동하는 集合物을 目的으로 하는 讓渡擔保에 대해서는 오늘날 일반적으로 그 有效性이 인정되고 있다.<sup>19)</sup> 그리고 法律構成에 있어

15) 張庚鶴, 前掲書, 102면; 郭潤直, 第7版 物權法[民法講義Ⅱ](博英社, 2002), 13면; 嚴英鎮, 前掲論文, 106면.

16) 我妻 榮, 民法研究Ⅳ(有斐閣, 1967), 189面 이하.

17) 米倉 明, “流動動産讓渡擔保의檢討際し所有權構成を前提にしている点から研究”, 1981, 119面.

18) 上掲論文, 125面.

19) 肯定說로는 高木多喜男, “判例評論”(判例時報 947號), 156面 이하; 吉田眞澄, “1979年度重要判例解説”(ジュリスト718號), 75面 以下; 松井宏興, 判例解説, “1979年度民事主要判例解説”(判例タイムズ411號), 50面 以下; 岡孝, “判例研究”(金融商事判例 578號), 63面 이하; 森井英雄, “判例批評”(民

서도 個別物을 目的物로서 構成하고자 하는 分析論에서 集合物 그 自體를 目的物로서 構成하고자 하는 集合物論으로 이행하고 있는데 이것 역시 일반적으로 인정되고 있다. 다만 같은 集合物論의 입장에 서면서도 그 擔保로서의 性質論에 관해서는 일치를 보고 있지 않다.<sup>20)</sup>

하나는 集合物을 有體物的으로 파악해서 그것을 「一個의 物」, 「一物」, 「一個의 物的 存在」 등으로 보아 한개의 物件에 대한 擔保的 支配權으로 해석하는 견해이다. 이는 讓渡擔保의 對象이 特定動産에서 集合物로 바뀐 것 말고는 擔保의 性質에 있어서는 어떤 것도 바뀐 것이 없다는 것이다.<sup>21)</sup> 둘째, 集合物을 有體物的인 概念으로서 파악하면서 價值支配의인 要素를 포함시키려 하는 견해이다.<sup>22)</sup> 그러나 이는 아직 集合物을 價值支配로서는 명확하게 파악하지 못하고, 역시 有體的인 物件에 대한 擔保的 支配權으로 보고 있는 점에서는 앞의 견해와 마찬가지로이다.

셋째, 讓渡擔保權의 效力 특히 目的物에 대한 담보의 효과를 생각할 때, 目的物에 대해서 거의 절대적인 구속력을 가지고 있는 物的擔保制度와는 다르며, 擔保物權과 一般債權과의 中間的인 存在의 하나라고 하는 견해가 있다.<sup>23)</sup> 넷째, 流動動産이라고 하는 관념적인 物件을 인정하고 그것을 讓渡擔保의 객체로 해서 物權의 效力을 부여하는 것은 의문이라고 하여, 流動動産의 讓渡擔保契約을 債權契約으로 보고, 第三者에 대한 效力도 인정하지 않는데,<sup>24)</sup> 이 견해에서는 擔保的 支配權性까지도 부정되고 있다.

오늘날 獨逸에서는 物權的 支配의 對象에는 單一物만이 아니라 物件의 總體(Sachinbegriff)도 될 수 있으며, 物件의 總體인 경우에 全體의 單一性이 物件의 集合에 基礎한 때에는 集合物(Gesamtsachen)로 된다. 그리고 集合物에는 2개의 類型이 있는데 그 하나는 有體的 單一物만으로 구성되는 有體的 集合物(körperliche Gesamtsachen)이고, 다른 하나는 無體的 單一物로 構成部分이 된 無體的 集合物(unkörperliche

商法雜誌 第82卷 第2號, 224面 以下 등이 있다.

20) 伊藤 進, "集合物讓渡擔保의 法律關係-個別動産に對する效力の問題-"(明治大學法律研究所 法律論叢 別冊 明治大學法學部 創立100周年 記念論文集, 1980), 117面.

21) 米倉 明, "流動動産讓渡擔保論一斑(1)", 北大法學論集 18卷 2號(北海道大學法學部, 1967), 245面 以下; 遠藤號, "集合物讓渡擔保について"(金融法務事情 580號), 6面 등.

22) 我妻 榮, 動産抵當制度(勁草書房, 1957), 7面 以下; 我妻 榮, 我妻 榮, 擔保物權法(民法講義Ⅲ)(岩波書店, 1968), 664面.

23) 吉田眞澄, "1979年度重要判例解説"(ジュリスト718號), 259面.

24) 石田喜久夫, "流動動産의 讓渡擔保契約"(法學セミナー 298號, 1979.12), 55面.



Gesamtsachen)이다. 有體的 集合物이 존립하기 위해서는 한편으로 個個의 物體가 外觀上 分離된 別個의 權利의 客體이고, 다른 한편으로 그들의 總體가 그 構成部分의 단순한 總計와 구별할 수 있는 物件의 單一性を 형성하는 것이 필요하다. 單一物의 總體가 繼續的인 共同目的에 의해서 客觀적으로 結合되어 있다고 하기 위해서는, 일반적인 去來觀念上 單一物의 客體로서 취급되는 경우에 비로소 존재한다. 또한 構成部分이 변동하는 集合物의 경우에는 集合物은 그때 그때의 構成部分의 總體와 同一한 것은 아니고, 당초부터 同一性を 유지하고 있는 單一物은 集合物의 構成部分으로 되는 限 全體의 一部로 된다고 하여 集合物論에 가담하고 있다.<sup>25)</sup>

한편, 集合物論은 다음과 같은 理由에서 타당하지 않다는 견해가 있다.<sup>26)</sup> 이 견해는 첫째, 分析論에 의하더라도 集合物論과 동일한 效果를 解釋으로서 도출해 낼 수 있으므로 集合物이라는 民法上 法概念이 아닌 道具概念을 사용하여 法の 테두리를 벗어나려는 것은 타당하지 않다고 한다. 둘째, 集合物讓渡擔保의 物權의 效力을 부정하는 否認論을 제외하고는 오늘날 物件이 集合하여 客觀적으로 單一한 經濟的 價値를 가지고 去來上으로 一體로서 다루어지는 경우에는 法的으로도 이를 하나의 物件으로 다룰 수 있다고 보아서 集合物 概念을 肯定하는데, 문제는 이러한 流動集合動産이라는 集合物을 하나의 物權의 客體로 볼 수 있다는 集合物論의 法律構成이 너무 便宜의이라는 것이다. 셋째 集合物論은 契約當初에 구비된 擔保의 對世的 效力을 그 후에 擔保權設定者가 취득한 動産에 대하여 契約當初에 소급하여 자동적으로 미치게 하는데, 이는 너무나 便宜的인 理論일 뿐 아니라 設定契約時로 소급하는 이유에 관해 설명이 없다는 것이다. 넷째, 集合物論은 設定契約 후에 반입된 個別物에 대해서도 設定契約時로 遡及하여 集合物讓渡擔保의 지배에 복종하게 하여 債權者取消權, 破産法上的 否認權 등에서 擔保權者에 유리하게 작용하므로 타당치 않으며, 假登記擔保 등에 관한 法律의 立法趣旨를 고려해 보더라도 擔保權者의 保護는 法感情에도 맞지 않는다는 것이다.

## 나. 集合物論의 修正

### (1) 集合物論貫徹說

25) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd.2, S.270.

26) 梁彰洙, “內容이 변동하는 集合의 動産의 讓渡擔保와 그 產出物에 대한 效力”(저스티스 第30卷 第1號 通卷 第43號, 韓國法學院, 1997), 117면.



集合物論을 일부 수정한 理論이 있는데, 이는 集合物 概念 自體를 이념적으로 파악해서 채택하려는 입장으로 集合物論貫徹說이라 하는데<sup>27)</sup> 價値範圍論과 결론면에서는 비슷하다. 이는 集合物이 讓渡擔保의 目的物이라는 思考方式을 관찰해서 그것에 포함되는 個別物은 讓渡擔保의 直接 目的物이 되지 않는다고 한다. 이 견해에 따르면 集合物의 流動性이 유지되는 동안은 讓渡擔保의 目的은 集合物 그 自體이다. 그러나 流動性을 잃은 경우, 즉 고정화시에는 個別物이 처음으로 讓渡擔保의 直接 目的物이 된다. 따라서 集合物이 固定化하지 않은 상태에 있어서 擔保權의 客體는 集合物 自體만이고 擔保權의 效力은 個別物에 미치지 않는다. 그러나 實行에 따른 固定化 以後에는 集合物이 複數의 個別物의 讓渡擔保로 轉化해서 集合物에 관하여 具備된 要件이 그대로 個別物에 轉化한다.

따라서 個別物의 對抗要件 具備의 時期는 集合物에 관하여 對抗要件이 具備되는 時期로 된다. 다만, 個別物이 擔保化한 경우에 그 對抗要件의 소급효를 인정하는 점에서는 集合物論과 같다. 한편, 集合物論貫徹說은 통상의 營業遂行의 範圍를 넘은 처분일 경우에는 상대방은 善意取得에 의해 보호되게 된다.<sup>28)</sup> 이에 대해서 個別物이 押留된 처분일 경우에는 양자는 일치된 결론에 이른다. 즉 직접 個別物을 지배하지 않으므로 讓渡擔保權者는 押留를 배제할 수는 없다. 무엇보다 集合物論貫徹說에 의하면, 個別物에 押留하는 것을 擔保權의 實行 要件으로서 合意하는 경우 集合物讓渡擔保權者는 優先辨濟權을 확보할 수가 있다고 한다.<sup>29)</sup>

## (2) 一體의擔保權說

一體의擔保權說은 역시 集合物論을 수정하는 견해이다. 集合物이 法的으로 一物인 것을 부정하면서도 場所的인 一體性和 經濟的인 一體性을 근거로 讓渡擔保權이 個別物上에 미치는 것을 인정하고 있다.<sup>30)</sup> 이 견해에 의하면 設定者는 個別物의 所有權을 잃지 않으며 個別物의 처분도 자기의 所有權에 근거해서 행할 수 있다. 또한 集合物讓渡擔保가 目的物의 交換價値를 직접적으로 지배하는 非占有 擔保權이고, 이 점에서

27) 道垣內弘人, 擔保物權法(三省堂, 1997), 279面 以下; 道垣內弘人, “シンパジウム:集合動産讓渡擔の再檢討”(金融法研究 資料編5, 1989), 128面 이하.

28) 道垣內弘人, 前掲書, 288面.

29) 上掲書, 288面 및 290面.

30) 千葉惠美子, “集合動産讓渡擔保の效力-設定者側の第三者と關係を中心として(1~4)”(判例タイムズ第756號, 1991), 33面 以下; 同, 第761號, 14面 以下; 同 第766號, 45面 以下.

抵當權과 유사하며 抵當權이 經濟的인一體性を 근거로 複數의 物件을 일체적으로 취급한 것을 모방하려는 것이다.<sup>31)</sup> 一體的擔保權說은 經濟的인一體性を 근거로 擔保的支配가 集合物을 구성하는 個別物에 미친다고 생각하고, 個別物의 所有權이 設定者에게 귀속한 것을 전제로 한다. 또한 設定者의 통상의 營業遂行과 擔保權者에 의한 여신을 병존시키기 위해서 當事者間에는 設定者의 處分이 적정하게 유지하는 한 集合物讓渡擔保의 追及力을 제한하는 합의가 設定 契約에서 명시적 또는 암시적으로 행해졌다고 해석한다.<sup>32)</sup>

이 견해에 의해서도 處分行爲 自體는 設定者가 個別物의 所有權을 가지는 것에서 항상 유효하다. 그러나 集合物讓渡擔保의 追及力을 근거로서 集合物讓渡擔保에 物權的인 請求權 行使를 인정한다. 즉, 擔保權者는 第3者에게 양도된 個別物의 分離 및 搬出을 금지할 수 있고, 이미 分離 搬出된 경우에는 集合物內로 個別物의 返還을 청구할 수 있다고 한다.<sup>33)</sup> 반면, 個別物의 押留인 경우 이 견해에 의하면 個別物의 押留債權者와 擔保權者가 동일 動產上에서 物的支配를 다투는 관계에 있다고 하고, 對抗要件의 具備의 前後에 의해서 양자의 優劣이 결정된다고 한다. 이 경우에 요구되는 對抗要件은 占有改定만이 아닌 動產 集合體의 價値가 個別物의 價値의 총화를 넘고, 個別物間에 場所의 結合關係 내지는 物理的 近接性이 존재하는 것이다.<sup>34)</sup>

#### 4. 價値範圍論

價値範圍論은 종래의 分析論이나 集合物論이 어느 경우에도 「物件」을 讓渡擔保의 目的으로 하는데 비하여 동 이론에 의하면 集合物讓渡擔保는 一定한 「價値範圍」를 支配하고 實行時에는 그 價値範圍 中에 있는 動產으로부터 우선적으로 被擔保債權을 回收한다는 특수한 擔保라는 理論이다.<sup>35)</sup> 이에 의하면 集合物로서 파악되어 온 실체는 價値範圍이며, 物件에 대한 지배라는 관점을 부인하고 있다.

따라서 集合物讓渡擔保란 集合物 概念으로 한정되는 價値範圍內에 존재하는 有體

31) 千葉惠美子, 前掲 “集合動產讓渡擔保の效力(1)”, 41-43面.

32) 上掲論文, 43-47面; 千葉惠美子, 前掲 “集合動產讓渡擔保の效力(4)”, 48面.

33) 千葉惠美子, 前掲 “集合動產讓渡擔保の效力(1)”, 46-47面; 同, 前掲 “集合動產讓渡擔保の效力(4)”, 48面.

34) 千葉惠美子, 前掲 “集合動產讓渡擔保の效力(2)”, 19-21面; 同, 前掲 “集合動產讓渡擔保の效力(4)”, 48面.

35) 高翔龍, 前掲書, 798면; 金在協, “集合動產讓渡擔保와 果實收取權”(法曹 第486號, 1997.3), 172면.

動産에 대하여 일정한도의 浮動的 價値에 대한「擔保的 支配」를 가지는 것으로서 한정적 浮動擔保로 보고 있다. 그리고 集合物讓渡擔保에서는 그 構成要素를「價値範圍」內에 있는 有體的 動産에 한정함으로써, 그것이 객관적인 公示를 갖추고 있는 한, 實行時에 있어서「價値範圍」內에 있는 動産에서, 清算 내지 所有權 取得이라는 방법에 의해서 우선적으로 被擔保 債權의 辨濟를 받을 수 있는 效力도 부여될 수 있다. 따라서 設定者는 讓渡擔保 實行時까지 目的物을 자유롭게 처분할 수 있고, 擔保權者는 새로 가입되는 個別物에 대해서는 직접적으로 擔保的 支配가 미치는 것은 아니기 때문에 확정적으로 擔保的 支配를 할 수 없으나 個別物이 반출되면 擔保的 支配로부터 이탈되고, 다만 搬入動産이 客觀的인 公示方法을 구비하고 있으면 擔保權 實行의 段階에 있어서 價値範圍內에 존재하는 動産에 대해서만 確定的으로 擔保的 支配의 效力이 미치고, 그로부터 우선적으로 被擔保債權을 辨濟받을 수 있음에 지나지 않는다는 法律構成을 취하고 있다. 다만 擔保權設定者는 擔保物의 擔保價値를 충실하게 유지하여야 할 義務를 부담하고, 擔保權者는 將來 被擔保債權의 滿足을 위하여 私的 實行을 할 경우 그 시점에서 價値範圍內에 있는 모든 動産을 換價하여 청산할 수 있는 期待權을 가진다고 한다. 이 이론은 浮動擔保라는 概念構成에 의하여 目的物에 대한 擔保權者의 物權的인 拘束力을 擔保權 實行時까지 부인함으로써 目的物의 반출이나 반입에 대한 설명을 지극히 간명하게 하는 점에 설득력이 있다.<sup>36)</sup>

이와 같은 價値範圍論은<sup>37)</sup> 日本의 伊藤 進 教授에 의해 1970년대말부터 새롭게 등장한 理論이다. 그에 따르면 集合物이라는 것은 마치 재화에 대해 無占有擔保의 優先的 支配를 이끌어내는 논리의 근거로서 再構成된 것이라는 관점에서 보면서 集合物이라고 하는 것의 실체는 價値範圍를 의미하는 것이라고 해석해야<sup>38)</sup>한다고 한다.<sup>39)</sup> 이렇게 해석하는 것이 集合物論 즉 物的支配로서의 파악으로는 설명하기 곤란한 擔

36) 高翔龍, 前掲書, 798면.

37) 이 說은 日本의 伊藤 進教授에 의해 주장된 見解로서 價値わく論인데 우리 나라에 소개되는 과정에서 價値範圍論(高翔龍, 前掲書, 798면), 價値테두리論(金在協, 前掲 “集合動産讓渡擔保와 果實收取權”, 174면; 價値틀論(裴炳日, 前掲論文, 201면)등으로 번역되었는데, (わく)라는 日本 글자의 適切한 表現이 없음에 緣由하나 意味上的 差異는 없다고 생각된다. 그리고 本 論文에서는 價値範圍論이라는 用語를 사용한다.

38) 이 견해는 企業擔保로 간주되는 浮動擔保理論에 의하면서 擔保權의 實行 내지 實行 準備에 의해서 流動性을 喪失하기까지는 個別 動産은 集合物讓渡擔保權의 拘束을 받는 것이 아니며 個別 動産은 集合物內에 존재하는 한 擔保價値를 형성하는 可能性을 가지는 것에 지나지 않는다고 해석한다. 千葉惠美子, 前掲 “集合動産讓渡擔保の效力(1)”, 38面.

39) 伊藤 進, 前掲 “集合動産讓渡擔保理論의再檢討”, 97面.

保價値의 補充이나 解放請求權의 認定이라는<sup>40)</sup> 논리와 쉽게 결부될 수 있다. 다만, 集合物로서 파악해 온 실체가 價値範圍라고 한다면 거기에는 物件의 支配라는 概念은 떨어져버리지 않으면 안된다. 그리고 종래의 理論에서는 企業이라는 浮動的인 價値의 擔保的 支配로서의 企業擔保制度에서 그 근사성을 찾을 수 있을 것이다. 여기서 企業이라고 할 때는 有體·無體인 財産權뿐만 아니라 企業을 구성하는 法律關係 및 事實上的 利益도 포섭한 包括的 觀念이고,<sup>41)</sup> 이러한 의미에서 企業擔保는 包括的 浮動擔保라고 할 수 있는 것에 대해, 集合物讓渡擔保는 集合物이라는 概念에서 한정된 價値範圍內에 있는 有體的 動産으로 파악되는 한도의 浮動的 價値를 擔保的으로 지배하는 것으로서 限定的 浮動擔保라고 하는 점이 다르다.<sup>42)</sup>

그리고 集合物讓渡擔保에서는 이렇게 한정적으로 그 構成要素를 價値範圍內에 있는 有體動産으로서 그것이 客觀的인 公示를 갖추는 한, 實行時에 있어서 價値範圍內에 있는 動産으로부터 清算 또는 所有權 取得이라는 方法에 의해 우선적으로 被擔保債權의 辨濟를 받을 수 있는 效力도 부여되고 있는 것이다. 이 점은 企業擔保가 構成要素를 포괄적인 것으로 하여 객체를 제한하지 않고, 流動性을 확보하기 위해 객관적인 公示의 方法을 결여한 결과 박약한 權利로서 밖에 구성될 수 없었던 것과 큰 차이가 보여지는 것이다.<sup>43)</sup> 그러나 價値範圍論에 따르면, 擔保權設定者는 擔保權實行시까지 物權의 拘束을 받지 아니하게 되므로 目的物의 不當處分이 있더라도 擔保權者는 이를 저지할 권한이 없기 때문에 擔保價値가 부당하게 감소될 우려가 있게 되어, 결국 擔保로서의 效力을 부당하게 약화시키는 결과를 가져온다. 뿐만 아니라 設定者의 一般債權者의 押留, 破産, 會社整理節次 開示過程에서도 擔保權者에게 매우 불리한 결과를 가져온다.

이에 대하여 吉田眞澄 教授는 “우선 集合物論과 價値範圍論은 讓渡擔保의 객체를 物件으로 보는 측면과 價値範圍로 보는 것 뿐이고, 종래의 集合物論에 더해서 價値範圍이라는 思考方式을 주장하는 것은 문제를 혼란하게 하거나 복잡하게 할 우려가 있고 실익 내지 필요성은 그다지 크지 않다. 즉 特定動産讓渡擔保와는 달리 集合物讓渡

40) 擔保價値의 維持에 관한 것으로서 設定者의 補充義務나 解放請求權을 認定하는 것이다. 目的物이 集合物인 경우에 擔保價値를 어디서 確保하는가 하는 것이 주목된다. 그런데 設定者에게 處分과 補充을 認定하고 있기 때문에 集合物論은 讓渡擔保에 의한 拘束에서 集合物의 構成요소인 個個의 物件을 解放하고 그 自由性을 인정하는 것이 된다.

41) 槇梯次, “讓渡擔保의 意義와 設定”(叢書民法總合判例研究17, 一粒社, 1976), 55面.

42) 伊藤 進, 前掲 “集合動産讓渡擔保理論의 再檢討”, 97面.

43) 槇梯次, 前掲論文, 55面.

擔保의 경우에 構成要素인 個別 動産의 目的物인 集合物에서 搬出이나 搬入에 대응하여 各各의 시기에 있어서 구체적인 價値가 빈번하게 變경이 생기는 점이 특징이지만, 集合物 構成要素의 變경 즉 目的物의 수량 내지 그 價値에 變動이 있고, 특히 그들이 감소하고 있는 경우에 대해서 처음과의 차이, 즉 物件의 搬入, 搬出 등을 物件의 수량에 따라서 설명할 것인가 아니면 物件에 價値에 의해 설명할 것인가로 理論上 또는 實제상 그렇게 큰 차이가 없다고 생각한다.

또한 좀더 구체적으로 集合物讓渡擔保를 價値範圍에 대한 지배권이라는 식으로 받아들이어도 物件이 채워져 있지 않은 빈 틀을 지배하는 것은 불가능하고, 결국 가끔 채워진 物件 내지 그 價値, 마지막에는 擔保實行時에 설정당시의 集合物의 範圍內에서 현존하는 物件 내지 그 價値만을 優先的 支配對象으로 할 수 있고, 또한 設定者의 補充義務나 解放請求權의 설명도 物件의 範圍라고 받아들일 것인가, 價値範圍라고 받아들일 것인가 둘 다 별 차이는 없지만 物件의 範圍를 價値範圍로 치환함에 따라 어느 정도의 실익이 생기는가는 의문시되지 않을 수 없다”고 하여 비판적 견해를 취하고 있다.<sup>44)</sup>

또한 千葉惠美子 教授도 價値範圍論을 비판하고 있는데,<sup>45)</sup> 첫째, 價値範圍論에서는 擔保權의 實行에 의해서 集合物讓渡擔保權의 追及力이 긍정되는 적극적인 근거가 나타난 것은 아니다. 價値範圍論이 주장하는 것처럼 擔保權의 實行時點에 있어서 浮動 擔保와 個別動産上의 權利의 優先劣後關係, 追及力의 有無가 法政策的인 문제라고 한다면, 集合物讓渡擔保權에 效力을 부여하는 法政策的인 根據가 전개되지 않으면 설득력을 가질 수 없게 된다.

둘째, 價値範圍論을 분석해 보면 擔保權의 實行에 의해 固定化하는 것이 立法論의 전제가 되고, 그로 인해 擔保權의 實行에 의해서 集合物讓渡擔保權의 效力은 個別動産에 미친다고 설명하고 있는 것에 지나지 않는다.

셋째, 企業擔保權의 效力을 유추해서 個別動産이 流動性을 유지하는 경우 集合物 擔保權의 效力이 個別物에 미치지 않는다면, 理論으로는 通常의 營業範圍外에서 처분의 경우에도 讓受人은 讓渡擔保權을 주장하는 경우는 없다고 해석할 수 있다. 가령 設定者와 擔保權者間에 通常의 範圍內에서만 當該 動産을 처분할 수 있다는 約定이 있다고 해도 設定者가 이러한 約定違反을 원인으로 集合物讓渡擔保權者에 대해서 債務不履行責任을 지는 데 그칠 것이다. 그러나 價値範圍論에서는 設定者가 集合物讓渡

44) 吉田眞澄, “集合動産의 讓渡擔保(3)”(NBL 217號, 1980), 46面.

45) 千葉惠美子, 前掲 “集合動産讓渡擔保의 效力(1)”, 39面.

擔保權者에 대하여 價値保存義務를 부담하고 있기 때문에 不適正處分은 허용되지 않는다고 하여 當該動産에 대한 集合物에서 해방은 인정되지 않는다고 해석하고 있다.<sup>46)</sup>

그러나 擔保權 實行前에 있어서는 設定者의 處分行爲에 한계가 있고, 不適正處分의 경우에는 當該 動産이 集合物의 構成物이라 해서 讓渡擔保權의 效力이 미치게 할 수 있다면, 傳統的 集合物論이 주장하는 것처럼 擔保權 實行前에 있어서도 集合物讓渡擔保權의 效力이 個別物에 대해서 미치는 것이라고 해석하는 것이 무리가 아닐까라고 하면서 이런 점에서 現在로서는 價値範圍論을 지지할 수 없다고 한다.<sup>47)</sup> 한편, 이러한 價値範圍論과 동일한 경향에 속하는 견해가 있는 데 限定浮動擔保說과 特定範圍 責任財産上의 包括擔保라고 구성하는 說 즉 流動動産擔保說이 그것이다.

### 가. 限定浮動擔保說

우선 限定浮動擔保說은 集合物論의 의의와 한계를 자각하면서 종래 검토되지 않은 새로운 시도로부터 시작되었다. 여기에는 주의할 점이 두가지 있는 데 하나는 集合物이라는 概念은 一定한 法律效果를 이끌어 내기 위한 道具 概念이기에 이를 과도하게 실체화하는 것은 피해야만 하는 것이다. 즉 集合物 概念은 오로지 動産讓渡擔保의 일 정형태를 설명하기 위해 준비된 개념일 뿐이다.<sup>48)</sup> 學說 중에는 이러한 형태의 讓渡擔保를 限定浮動擔保라고 하는데,<sup>49)</sup> 集合物 概念의 한계에 입각하여 말하자면, 소위 集合物論 이후의 연구방향을 명확히 시사하는 것으로서 높이 평가되어야 한다.

둘째는 讓渡擔保의 設定을 받는 擔保權者와 다른 關係者 사이의 이해 조정을 어떻게 행할 것인가에 대한 지침이다. 모든 集合物讓渡擔保는 그 效力이 때로는 지극히 廣範圍한 目的物에 미친다. 따라서 그 效力을 생각할 때 擔保權者의 실제 또는 實務上의 편리를 충분히 배려하지는 못하더라도 그것이 擔保權設定者의 企業活動을 압박하는 결과를 초래하거나 혹은 다른 債權者를 부당하게 해하는 것이 되지 않도록 배려하지 않으면 안 된다. 특히 一般債權者와의 관계에서는 包括根抵當 禁止와 유사한

46) 伊藤 進, 前掲 “集合物讓渡擔保의法律關係”, 136面에는 適正處分 및 不適正處分에 관계없이 個別動産의 處分은 항상 有效하다고 解釋하고 있었는데, 伊藤 進, 前掲 “集合動産讓渡擔保의有用性の檢討(下)”, 8面에서 改說하고 있다.

47) 千葉惠美子, 前掲 “集合動産讓渡擔保의效力(1)”, 39面.

48) 山野目章夫, “流動動産讓渡擔保의法的構成-限定浮動擔保理論의構築のために-”(法律時報 第65卷 9號, 1993), 21面.

49) 伊藤 進, 前掲 “集合動産讓渡擔保理論의再檢討”, 97面.



擔保獨占에 대한 경계를 게을리 해서는 안 되는 것이다.<sup>50)</sup>

한편, 企業擔保는 包括的 浮動擔保라고 하는 데 대하여 集合物讓渡擔保는 「流動集合動產」이라고 하는 概念으로, 한정된 「價値範圍」內에 있는 有體的 動產으로 捕捉되는 限度의 浮動的 價値를 擔保의으로 지배하는 것으로서 「限定的 浮動擔保」라고 하는 점에서 차이가 있다. 그리고 「浮動」이란 의미는 價値範圍內에 搬入된 動產에 관해서는 優先的 支配가 인정되지만, 이것은 實行時까지는 確定되지 않고, 후에 반출됨에 따라서 擔保的 支配로부터 벗어날 수 있다. 다만 實行時에 존재하는 動產에는 確定的인 支配가 미친다는 의미에서 浮動이라고 한다. 集合物讓渡擔保에서는 이와 같이 限定的으로 그 構成要素를 價値範圍內에 있는 有體的 動產으로 하고 이것이 客觀的으로 公示를 갖추는 한, 實行時에 價値範圍內에 있는 動產으로부터 優先辨濟를 받을 수 있는 效力도 부여된다고 한다.

#### 나. 流動動產擔保說

流動動產擔保說은 集合物讓渡擔保에 대해서 設定者가 가진 一般 財産 중에 포함되어 設定契約에서 정해진 特定範圍의 財産에 대해서 實行時에 존재하는 복수의 目的物에서 優先辨濟를 받을 수 있는 擔保 契約이라는 견해이다.<sup>51)</sup> 이에 의하면 實行以前에 그 特定 範圍內의 責任財産에 한해서 包括的인 擔保權이 직접적으로 미치고, 이 範圍에서 유출된 財産에는 그에 한해 效力이 미치지 않는다. 流動動產擔保說에서는 特定 範圍內의 動產에 包括的인 擔保權이 直接 미친다고 해도, 設定者는 그 所有權을 잃는 것은 아니므로 자유로운 처분이 가능하다고 한다. 따라서 원칙적으로 設定者에 의한 처분은 유효하고 擔保權者에게는 設定者의 부당한 처분에 대하여, 惡意인 상대방에 대한 詐害行爲 取消權의 행사가 인정되는 것에 지나지 않는다. 반면 個別物의 押留인 경우 個別物의 전부를 지배하는 包括 擔保인 것에서 擔保權者가 優先辨濟權을 주장할 수 있다고 한다.

### 5. 債權契約說

債權契約說은<sup>52)</sup> 債權的 效果論이라고도 하는데<sup>53)</sup> 이는 物權的 效力을 부정하고 集

50) 山野目章夫, 前掲論文, 22面.

51) 下森 定, “集合物(流動動產)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), 110面; 山野目章夫, 前掲論文, 21~28面.

合物讓渡擔保 設定契約을 債權契約이라고 보는 견해이다. 즉 債權契約說은 價値範圍論과 마찬가지로 集合物 自體를 관념적인 「物件」으로 해석하는 것에 반대하면서 集合物讓渡擔保 設定契約을 債權契約으로 간주하여 第3者에 대한 效力을 인정해야 하는 것은 아니라고 주장한다.<sup>54)</sup> 이 學說은 個別動産에 대하여 이해관계를 가지는 第3者의 保護라는 관점에서 傳統的인 集合物論을 비판하여 集合物讓渡擔保權은 動産을 넣는 「容器」의 인도를 받은 데 지나지 않고, 特定된 流動動産의 範圍內에 있는 個別物이 讓渡擔保權의 實行着手 以前에는 讓渡擔保權의 구속을 받지 않는다고 해석한다.<sup>55)</sup> 이와 같이 해석하면 價値範圍論 以上으로 流動動産群을 一切로서 擔保로 취하는 의의는 적고, 在庫商品·半製品·製品·原材料 등의 流動動産 以外에 不動産 등의 資産이 충분치 않은 中小企業인 경우 信用供與를 받는 길이 막히게 될 것이다. 물론 實行 前段階에서 公示方法의 불완전한 集合物讓渡擔保權에 강한 擔保力을 인정하고, 讓渡擔保權을 설정한 融資者가 이들 流動動産의 價値를 한 사람이 독점하는 것에 폐해가 있는 것은 확실하다.

이에 대해 批判的 見解는 債權契約說이 주장하는 것처럼 集合物讓渡擔保에 物權的 效力이 인정되는 것은 擔保權의 實行着手 후라고 해석하지 않으면, 이러한 폐해를 제거할 수 없는 것일까. 實行 前段階에서도 한편으로 集合物讓渡擔保權은 集合物 내로 搬入된 動産에 대해서 擔保的 지배력이 있는 것을 용인하면서, 반대로는 第3者의 利益을 보호하는 적당한 방법이 없는지 어떤지를 검토할 여지가 남아 있는 것은 아닐까. 또한 債權的 效力이 미치지 않은 集合物讓渡擔保權에 實行時 이후에 왜 物權的 效力이 부여되게 되는 것인가 하는 점에 대해서도 債權契約說은 충분히 논증되었다고는 할 수 없는 것이다.<sup>56)</sup>

이와 같이 債權契約說에는 문제는 많지만 個別物의 搬出의 法律關係를 설명하기 위한 유익한 法律 構成을 제기한 것은 의심할 여지가 없다. 設定者에게 集合物을 구성하는 個別物의 處分權이 인정되는 점에서 集合物讓渡擔保의 특색이 있는 이상, 傳

52) 鳥谷部 茂, “擔保法制의 現在と將來”(ジュリスト 875號, 1987), 62面에서 債權的效果說이라고 부르고 있다. .

53) 道恒内弘人, 前掲書, 280面.

54) 石田喜久夫, “流動動産의 讓渡擔保契約”(法學セミナー 298號, 1979.12), 52面 以下; 石田喜久夫, 現代契約法 (日本評論社, 1982), 196面 以下; 石田喜久夫, “集合動産의 讓渡擔保”(土地法の理論的展開, 法律文化社, 1990), 117面.

55) 石田喜久夫, “判例評釋”(判例時報 第1285號), 184面 以下

56) 千葉惠美子, 前掲 “集合動産讓渡擔保의 效力(1)”, 39面.

統的 集合物論에 대한 價値範圍論이나 債權契約說로부터의 비판을 무시할 수 없다. 가령 傳統的 集合物論의 전제로 되어 있는 것처럼, 個別物이 集合物을 구성하는 이상 集合物讓渡擔保權의 效力은 個別物에 미친다고 해석한다고 하면, 通常의 營業 範圍內에서 처분된 個別物에 대해서 왜 集合物讓渡擔保權의 追及力이 미치지 않는 것일까. 이 문제에 답하지 않고, 價値範圍論이나 債權契約說을 비판하는 것은 공정하지 않다고 한다.<sup>57)</sup>

債權契約說은 集合物讓渡擔保의 物權的 效力을 부정하는 면에서 集合物讓渡擔保의 效力에 대한 否認論의 입장이라고 할 수 있으며, 실제로 債權的 效力만을 인정하는 것으로 어느 정도의 擔保的 效果를 가질 수 있을 것인지도 불명확하고, 이에 따라 담보의 여력이 부족한 中小企業 등은 金融機關의 협조를 받을 수 없어 아무런 도움이 되지 않을 것이다. 이런 이유로 인해 債權契約說의 견해를 받아들이기는 어렵다.

## 6. 複合效力說

複合效力說은 目的物의 「價値」측면과 「物件」의 측면을 중시하고, 게다가 讓渡擔保의 實行 要件의 구비를 기준으로 2단계로 나누어 구성하는 견해이다.<sup>58)</sup> 이에 의하면, 첫째 流動動産 讓渡擔保는 實行 要件의 구비 전의 第1段階와 實行要件 구비 이후의 第2段階로 나누어진다. 第1段階에서는 擔保權者는 個別物上的 현실 所有權 내지는 制限物權을 취득하지 않는다. 오히려 장래 사적인 實行이 필요한 경우에 일정한 範圍의 個別物을 취득하는 條件附 權利 및 그것을 보전하기 위한 各種의 權利에서 생긴 복합적인 지위를 취득한다. 반면 第2段階에서는 擔保權者는 그 시점에서 流動性을 뺏기어 잔존하는 個別物의 所有權을 취득하고, 私的 實行으로서 평가 및 청산을 하게 된다.

둘째로 讓渡擔保의 客體 範圍에는 「物件」 및 「價値」의 양방면에서 결정하는 것이 필요하다. 즉 어떤 한 쪽만을 중시하는 것은 流動性을 과도하게 저해하는 것이나 반대로 과도하게 중시하는 것이 되어 타협이 안된다고 한다. 그래서 「物件」의 範圍機能을 장래의 私的實行 段階에서 擔保權者의 所有權 取得에 관한 期待權 效力 範圍를 나타내는 것으로 해석하고, 「價値」의 範圍機能을 擔保 價値의 彈力性을 허용하면서 일정액이 테두리 내에 유지된다는 當事者의 權利義務를 명시하는 것으로 해석

57) 上掲論文, 40面.

58) 福地俊雄, “流動動産讓渡擔保의 基本的性格および效力”(民商法雜誌 第110卷 第6號, 1994), 1面.

한다.<sup>59)</sup>

複合效力說에 의하면, 集合物讓渡擔保權者는 個別物上의 所有權 내지는 擔保權을 취득하는 것은 아니고 오히려 一定 範圍內의 個別物의 所有權을 취득하는 條件附 權利를 취득하는 데 지나지 않는다. 따라서 設定者는 당초부터 所有權을 보유하고 있다. 그러나 設定者는 一定範圍에 존재하는 個別物을 일정 수준에서 유지할 義務를 지고 있다고 한다.<sup>60)</sup> 게다가 이 견해는 이러한 維持 義務가 이행되느냐 아니냐에 의해서 集合物讓渡擔保가 실행된다고 하고, 設定者에 의한 處分行爲의 「適正」이나 「不適正」이냐에 의해서 處分 效果에 차이가 생기는 것을 부정한다.<sup>61)</sup>

또한 個別物의 押留인 경우 이 견해에 의하면 讓渡擔保權의 履行 要件의 구비 이전의 集合物讓渡擔保權은 個別物을 현실로 파악하고 있는 것은 아니고, 設定者가 維持 義務를 이행하는 것에 의해 보전되는 「期待權」뿐이라고 한다. 이 때문에 위의 義務가 이행되는 데 한하여, 集合物讓渡擔保權者는 設定者와 押留債權者와의 분쟁에 개입하는 권한도 필요없다고 한다.<sup>62)</sup>

## 7. 小結

集合物讓渡擔保의 法律構成의 문제는 여러 가지의 檢討의 對象을 포함하고 있어서 明確한 結論을 도출해 내기가 어려우나 각 이론을 比較·檢討하여 結論을 도출해 보고자 한다.

먼저 分析論과 集合物論의 關係를 살펴보면, 모두 集合物讓渡擔保의 物權的 效力을 긍정하고 있다. 즉 集合物論은 集合物은 그 內容이 증감·변동되어도 전체로서 독립된 하나의 權利客體로 인정되며 集合物讓渡擔保도 集合物이라고 하는 한 개의 權利客體 위에 성립한다고 하며 비록 設定契約 後에 반입되는 個別物에 대해서도 設定契約時에 소급하여 효력이 미치나, 分析論은 民法上 一物一權主義에 충실하여 集合動産을 구성하는 個別物을 讓渡擔保의 客體로 보기 때문에 集合物을 구성하는 個別物을 하나 하나 분해하여 複數의 讓渡擔保가 설정되지만, 일괄하여 效力을 발생시키며 事前占有改定約定(antizipiertes Besitzkonstitut)에 의하여 後에 반입되는 個別物은 搬入

59) 池田雅則, “集合財産擔保に關する基礎的考察(4)” (北大法學論集 第46卷 第4號, 1995), 155面.

60) 福地俊雄, 前掲論文, 955 ~ 956面 및 962面.

61) 上掲論文, 962~963面.

62) 上掲論文, 968~969面.

時로부터 集合物讓渡擔保의 效力을 받게 된다고 한다. 이처럼 當事者間에 事前占有改定約定으로 設定者가 장래 취득할 個別物에 대하여 미리 약정하는 경우에는 集合物論과 동일한 效果를 달성할 수 있다는 것이다. 다만 그 差異點은 設定契約 後에 반입되는 個別物에 대한 集合物讓渡擔保의 效力을 받게 되는 시점에 있다.

이러한 兩者의 現實의 差異는 破産法上的의 否認權과 民法의 債權者取消權과의 關係에서 나타나게 된다. 즉 分析論에 의하면 設定者가 倒産한 경우에 事前占有改定約定으로 經營이 악화되기 전에 集合物讓渡擔保가 설정되어도 危機狀態 後에 個別物이 集合物에 반입되었을 때에는 그 物件은 破産法 第64條 第2號 및 第4號의 「擔保의 提供」의 문제가 발생하지만, 集合物論은 이와 같은 문제가 원천적으로 발생하지 않는다. 한편 債權者取消權에 대해서도 分析論은 行爲의 時期가 設定契約時만 아니라, 그 後의 個別物이 반입되었을 때에도 대상이 되지만, 集合物論은 設定契約以後에 반입하는 個別物도 搬入時가 아니라 設定契約時로 보게 되므로 分析論과 같은 문제는 생기지 않는다.

다음은 集合物論과 價値範圍論과의 關係에 관하여 살펴 본다. 集合物論은 集合物讓渡擔保의 效力은 集合物內에 반입된 個別物에도 미치는 것을 전제하고 있는 데 대하여, 價値範圍論은 擔保權의 效力範圍를 實行前 段階와 實行後 段階로 2段階로 區分한다. 實行前 段階에서는 個別物에 대하여 담보권이 미치지 않아 一般債權者에게 새로운 擔保設定의 여지를 주나, 實行後 段階에서는 特定物讓渡擔保와 같이 취급한다는 점에서 差異가 있다. 따라서 兩說은 集合物을 구성하는 個別物에 대하여 擔保權者에게 어느 정도의 擔保的 支配力을 인정하는 것이 타당한가 하는 점이다. 價値範圍論에 의하면 一般債權者의 擔保權 實行이나 強制執行보다 먼저 擔保權者가 擔保權을 實行하는 경우 이외에는 集合物讓渡擔保를 설정하는 意義는 극히 감소된다. 특히 擔保權의 實行前에 擔保權設定者가 부당처분하는 경우, 集合物을 구성하는 個別物에 대해서 다른 擔保權者가 먼저 擔保權을 실행하는 경우 및 一般債權者의 押留, 破産, 會社整理節次를 개시한 경우에 擔保權者에게 불리한 결과를 가져온다.<sup>63)</sup> 이처럼 價値範圍論은 個別物에 대하여 集合物讓渡擔保權으로 주장할 수 있는 優先辨濟時期로는 辨濟期가 도래하고 債務不履行이 생긴 경우 및 經營이 악화된 때를 들고 있으나, 擔保權設定者와 擔保權者間의 設定契約을 가지고 第3者에게 集合物讓渡擔保權으로 대항할 수 있는가는 깊은 검토가 필요하다고 하겠다.

최근에는 設定者에 의한 個別物의 處分, 押留, 侵害의 경우에는 擔保權者의 權利가

63) 高翔龍, 前掲書, 798면.

약하게 되며, 또한 公示方法(占有改定)도 충분치 않기 때문에 第3者에게 불측의 손해를 주게 되니 일정한 債權者를 특히 보호하여야 된다고 하면서 集合物讓渡擔保의 效力을 第3者 關係에 대해서는 약하게 하는 것이 타당하다는 이른바 債權契約說의<sup>64)</sup> 비판이 나오고 있다. 이와 같은 제이론을 살펴보면 결국 集合物讓渡擔保를 物權의 으로 구성하여 擔保權者를 保護하느냐, 아니면 擔保實行時까지 當事者間의 債權으로 구성하여 第3者에 대하여 약하게 구성하여 나갈 것이냐 하는 各 理論間의 주장의 문제로 귀착되게 된다. 결론적으로는 設定契約時부터 擔保權의 效力이 발생한다고 法律構成하는 集合物論이 妥當하다고 할 수 있다.

한편, 새롭게 나타난 이론에 대해서 간략하게 살펴보고자 한다. 우선 새로운 이론은 債權契約說을 빼고는 모두 集合物讓渡擔保의 實行 以前의 段階에서 集合物이나 또는 個別物 自體의 어느 것을 直接 目的物로 구성하는 면에서 공통적이다. 즉 集合物論貫徹說, 價値範圍論 및 複合效力說은 集合物讓渡擔保의 成立 및 存續 段階와 實行 段階에 의해서 擔保權을 파악하는 客體가 다르지만, 各 段階에서는 各各 集合物과 個別動產으로 한정되어 있다. 이에 대해서 分析論, 一體의 擔保權說 및 流動動產擔保說은 各 段階別로 擔保權의 客體는 모두 個別物인데 여기서 集合物讓渡擔保의 法律構成에 대해서 「二重歸屬」構成을 취하지 않는다. 이것은 「二重歸屬」構成이 가지는 어정정함을 讓渡擔保의 目的物을 어느 쪽이든 한쪽으로 限定함으로써 해소하려 했다고 할 수 있다.<sup>65)</sup>

이러한 이론들 중에는 2段階의 構成을 취하는 견해가 많다. 集合物論貫徹說, 價値範圍論 및 複合效力說은 集合物讓渡擔保의 成立과 存續 段階 및 實行 段階의 두 段階에 의해서 구성되어 있으며 이에 의해서 타당한 效力을 集合物讓渡擔保에 부여하려 했다고 할 수 있다. 즉, 成立 및 存續 段階에 있어서, 集合物讓渡擔保가 個別物을 지배하는 것을 피하고, 設定者에게 個別物의 자유로운 처분을 인정하려 하고 있다. 반면, 實行 段階에서는 設定者의 處分權을 제한하고, 集合物讓渡擔保가 個別物에 效力을 미치려 하고 있다.<sup>66)</sup>

### III. 判例

64) 上掲書, 798면; 道恒內弘人, 前掲書, 280面.

65) 池田雅則, 前掲 “集合財産擔保の關する基礎的考察(4)”, 153面.

66) 池田雅則, “集合財産擔保に關する基礎的考察”(1)(北大法學論集 第45卷 第4號, 1994), 154面.



集合物讓渡擔保에 관한 최초의 大法院 判例은 1988.10.25 85누941 判決이며 그 이후 大法院 1988.12.27, 87누1043 判決(일신제강사건), 大法院 1990.12.26, 88다카20224 判決(뱀장어사건), 大法院 1996.9.10, 96다25463 判決(새끼돼지사건), 大法院 1999.9.7, 98 다47283 判決(논노의류사건), 大法院 2003. 3. 14, 2002 다 72385(신성축산사건), 大法院 2004.11.12, 2004다22858 判決(철원축산사건) 등이 있다. 이러한 判例들은 集合物을 하나의 物件으로 인정하고 그 有效要件에 대하여 판단하였는 바, 集合物은 特定의 原則인 所在場所, 種類, 量的範圍 등이 충족되어야 한다고 判示하였다.

우선 대법원 판례인 大法院 1988.10.25, 85 누 941 判決은 集合物讓渡擔保에 대해서 그 基本的인 法律構成을 大法院이 최초로 선언하였다는 점에서 매우 중요하다. 그것은 첫째, 特定된 動産群을 集合物이라고 하여 集合物의 새로운 概念을 인정하고 그것을 個別物과는 별개로 하나의 財産權으로 判斷하였다. 둘째, 集合物讓渡擔保가 效力을 갖기 위해서는 擔保目的物의 特定の 範圍에 대한 判斷基準이 필요한데, 그러한 기준으로 「目的 動産의 種類와 數量 및 所在場所」를 제시함으로써 特定性의 原則을 천명하였다. 셋째, 이러한 目的 動産 즉 集合物의 特定이 있으면 그 전부를 하나의 財産權으로 보아 그 위에 擔保權을 설정할 수 있다는 것이다. 이는 결과적으로 集合物讓渡擔保의 法律構成에 대하여 集合物論을 採擇한 것이라 할 수 있다.

넷째, 第三者에게 對抗要件인 公示方法으로 擔保權者가 擔保權設定契約 당시에 존재하는 目的物을 占有改定의 方法으로 間接占有를 취득하면 第三者에 대하여 所有權을 주장할 수 있다고 하여 일견 占有改定에 의한 公示方法의 立場을 취하고 있다. 즉 集合物讓渡擔保는 特定の 範圍內에서 그 構成部分이 수시로 증감, 변동하기 때문에 通常의 營業過程에서 새로 반입되는 個別物에 대하여 그 때마다 占有改定의 표시가 있어야 하는 것은 아니라고 하며, 集合物의 특성상 당연한 것이라고 판단하였다. 따라서 擔保權設定契約 이후에 擔保權設定者가 새로이 集合物에 반입된 個別物에 대하여도 이미 設定契約 당시에 讓渡擔保權을 취득한 것이라고 하였다.

大法院 1988.12.27, 87 누 1043 判決은 國稅基本法 第42條에 의한 讓渡擔保權者의 物的 納稅義務의 준부가 다투어진 판결이다. 이 判決은 大法院 1988.10.25 判決과 基本的으로 동일하며, 判示도 內容으로 크게 다르지 않다. 이 判決은 二重의 集合動産 讓渡擔保契約에서 時間順序原則(Prioritätsprinzip)에 따라 먼저 행해진 讓渡擔保의 優位, 즉 時間에서 앞선 者는 權利에서도 앞선다(Qui Prior tempore, potior est jure)는 법원칙을 인정하고 나중에 讓渡擔保契約를 체결한 자에게 占有改定에 의한 善意取得을 否認하고 있는데 이는 당연하다고 할 수 있다.

大法院 1990.12.26, 88 다카 20224 判決은 當事者間에 契約이 모두 集合物을 目的으로 한다는 점에서 앞에서 본 두 判決과 基本的으로는 동일하다고 할 수 있다. 이 判決은 法律構成과 관련하여 “擔保設定契約이 이루어지면 그 集合物을 구성하는 個別 動産이 變動되거나 變形되더라도 하나의 物件으로서 동일성을 잃지 아니하므로 讓渡擔保權의 效力은 항상 現在의 集合物 위에 미치는 것이고 따라서 擔保權者는 擔保權設定契約 당시 존재하는 集合物을 占有改定의 方法으로 그 占有를 취득하면, 그 후 擔保權設定者가 그 集合物을 이루는 個別物을 반입하였다 하더라도 그 때마다 별도의 讓渡擔保權 設定契約을 맺거나 占有改定의 표시를 하여야 하는 것은 아니다”라고 판시하고 있어 集合物論을 취하고 있다.

대법원 1996.9.10, 96 다 25463. 擔保目的物의 天然果實에 대한 所有權의 귀속에 대하여 原審과 大法院의 견해 차이가 있다. 이 大法院 判決의 문제점은 하나의 돈사에서 다량으로 사육·번식·판매 등을 계속하는 돼지들을 擔保目的物로 제공하는 경우에는, 시간이 지남에 따라 당연히 처음의 목적물은 사라지고, 다시 동종 혹은 유사한 목적물이 보충되는 것이 끊임없이 행해지는 등, 그 목적물의 증감·변동이 당연히 예상되는 데<sup>67)</sup> 讓渡擔保契約이 特定한 動産의 讓渡擔保인 것을 당연한 전제로 최초 讓渡擔保의 目的物인 母豚으로부터 태어난 새끼돼지, 즉 天然果實의 所有權은 누구에게 귀속하는가에 대한 판단만을 하고 있는 것이다. 따라서 그 실제적인 현상과 문제점 등을 검토하여 當事者의 의사를 올바르게 파악하고 해석해야 하는 점을 간과하고 있다는 점이다.<sup>68)</sup> 이 판결은 集合物讓渡擔保의 논리라고 할 수는 없지만 그렇다고 기존의 集合物論을 변경하였다고 볼 수도 없을 것이다.

대법원 1999.9.7, 98다47283. 판결에서 集合物에 대한 讓渡擔保契約의 效力이 미치는 범위에 대하여 集合物을 한 개의 物件으로 파악함으로써 集合物의 概念에 기존 입장을 재확인하고 있다. 그리고 擔保權者의 第3者에 대한 지위에 대하여 大法院은 “動産에 대하여 擔保設定契約이 이루어진 경우에 擔保權者는 擔保權設定者를 제외한 第3者에 대한 관계에 있어서는 자신이 그 動産의 소유자임을 주장하여 權利를 행사할 수 있다”고 판시하였다. 따라서 擔保權者는 擔保權設定者가 目的物에 대한 價値維持管理義務 違反하는 경우 이에 따른 債務不履行責任을 주장하거나 또는 擔保權設定者가 故意·過失이 있는 경우에는 不法行爲에 의한 損害賠償責任을 주장할 수 있다.

67) 金天秀, “構成要素가 變動하는 集合物에 대한 讓渡擔保의 效力”(오늘의 法律 通卷96號, 현암사, 1997), 3062면.

68) 梁彰洙, 前掲論文, 108면; 金在協, 前掲 “集合動産讓渡擔保와 果實收取權”, 162면 이하.

다만, 擔保權說의 입장에서 第3者에 대한 관계에서는 所有權者로서의 權利를 주장할 수 없고, 第3者가 惡意인 경우에는 擔保權者로서의 權利인 追及力을 인정할 수 있다고 본다.

대법원 2003. 3. 14, 2002 다 72385. 판결에서는 流動集合物이라는 표현을 처음 사용하면서 기존 판결과 같이 集合物은 여러 가지 사정을 종합하여 구체적으로 판단하여야 한다고 하여, 集合物의 特定の 기준과 방법에 대하여 비교적 상세하게 실시함으로써, 集合物論의 입장을 재확인하였다.

대법원 2004.11.12, 2004다22858 판결에서는 集合物讓渡擔保의 효력이 현재의 集合物에 위에 미치게 된다는 논리를 인정하면서도 양수인이 별도의 신규자금을 투입하여 구입한 목적물에 대하여는 讓渡擔保權이 미치지 아니한다고 판시하였다. 이 판결은 集合物에 반입되는 경위나 주체에 따라 담보권에 미치는 효력의 범위가 현실적인 필요성에 따라 다소 제한될 수 있다는 점을 판시한 데 의의가 있다.

한편, 日本 最高裁判所 1979.2.15. 판결은<sup>69)</sup> 추상적으로는 流動動産에 대한 讓渡擔保 設定의 가능성을 기술하였으나, 다만, 이 사건에서는 目的物의 範圍가 특정되어 있지 않다고 판단하였다. 법원은 “契約部分이 변동하는 集合動産이라도 그 種類, 所在場所 및 量的 範圍를 지정하는 등의 방법으로 目的物의 範圍가 특정되는 경우에는 한 개의 集合物로서 讓渡擔保의 目的이 될 수 있다”고 판시했다. 지금까지 下級審 判決은 적어도 抽象論으로서는 集合物 概念을 인정해 왔다고 보여지는데<sup>70)</sup> 이 판결로 集合物양도담보가 最高裁判所에서도 인지되기에 이르렀다.<sup>71)</sup>

最高裁判所 1987.11.10 判決은<sup>72)</sup>最高裁判所 1979.2.15 判決을 인용하여, 擔保目的物은 構成部分이 변동하는 集合動産이지만 目的動産의 種類 및 量的範圍, 所在場所가 특정되어 있는 점에서 한 개의 集合物을 目的으로 하는 讓渡擔保設定契約으로서 유효하다고 판시하였다. 集合物讓渡擔保에 대하여 그 이전의 最高裁判所의 判例는<sup>73)</sup> 抽象論으로써 그 物權的 效力을 인정했지만 구체적인 事例에서 그 效力을 긍정하지는 않았다. 그러나 구체적인 事案에 있어서 集合物讓渡擔保權의 成立을 긍정한 最高

69) 民集33卷 1號 51面.

70) 大阪地判 1955.12.6 判決, 下民集 6卷 12號2559面; 東京高判 1972.3.29 判決, 判例時報 655號57面; 岡山地判 1979.6.2判決, 金融法務事情 555號 33面 등.

71) 石田喜久夫, 前掲 “流動動産의 讓渡擔保契約”, 52面.

72) 民集 41卷 8號, 1559面.

73) 最高裁判所 1979.2.15, 民集 33卷 1號 51面.

裁判所 判決로서는 이 判決이 처음이며 이에 따라 集合物讓渡擔保는 企業實務에 있어서 한층 정착되게 되었다.<sup>74)</sup>

#### IV. 結論

현재의 민법 체계상 집합물을 한 개의 물건으로 취급하여 이를 일괄하여 양도담보로 하는 것이 유효한지가 문제이다. 一物一權主義 원칙상 유체물은 단일물을 의미한다거나, 특정의 원칙상 물건은 단일한 특정물상에만 존재한다거나, 하나의 물건 위에는 하나의 권리만이 존재한다고 함으로써, 개별물의 集合體를 한 개의 物件이라고 하여 그 集合體를 구성하는 個別物의 變動을 인정하는 集合物 概念은 物件을 有體物로 한정하는 것은 민법 제98조에는 반한다고 할 수 있다. 그러나 원자재, 제품의 원료, 在庫商品 등과 같이 個別物로 존재하는 것보다 개별물의 집합체 형태인 집합물로 인정하게 되면 보다 큰 담보가치를 갖게 할 수 있으며, 또 이러한 집합물을 하나의 물건으로 취급하여 거래하는 관행이 일반 거래계에서 널리 성행함에 따라 이를 외면할 수 없는 입장에 있고 또 법원도 이를 긍정하고 있으므로 민법의 이러한 입장은 변화가 필요하게 되었다.

따라서 이와 같은 문제를 해결하기 위해서 集合物讓渡擔保에 대한 法律構成을 어떻게 할 것인가가 중요하다. 위에서 살펴본 바와 같이 여러 학설 중에서도 集合物論은 集合物은 그 內容이 증감·변동되어도 전체로서 독립된 하나의 權利客體로 인정되며 集合物讓渡擔保도 集合物이라고 하는 한 개의 權利客體 위에 성립한다고 하며 비록 設定契約 後에 반입되는 個別物에 대해서도 設定契約時에 소급하여 효력이 미치게 되므로 현실적으로 금전을 빌려주는 금융기관이 안심하고 대출할 수 있으므로 가장 타당한 이론이라고 판단된다.

대법원에서도 이런 실무계의 요청이나 학설의 영향을 받아 대법원 1988.10.25 85누 941 판결에서 集合物도 目的物의 範圍가 特定될 경우에는 讓渡擔保의 目的이 될 수 있다고 하여 集合物論을 채택하는데 이르렀다. 현실적으로 우리 나라는 금융의 수단이 아직도 여러 모로 성숙되어 있지 않기 때문에 기업들이 金融機關으로부터 자금을 얻는 하나의 方法으로 同擔保制度를 생각한다면 금융계에서 안심하고 企業에 資

74)古積健三郎, “流動動産讓渡擔保に關する理論的考察(一)”(京都大學 法學論叢 第133卷 第2號, 1993), 9面.

金を 대여할 수 있도록 하는 것이 필요하고, 그렇게 하는 것이 企業의 資金融通面에서도 바람직하다고 볼 수 있다. 향후 이에 대한 논의가 더욱 활발해졌으면 한다.



▶ 김용길

集合物讓渡擔保(collateral transferred for security), 集合物(collateral), 個別物(article), 集合物論(collective theory), 分析論(analytical theory), 價値範圍論(value scope theory), 債權契約說(obligatory agreement theory)

[Abstract]

## A study on the Collateral Transferred for Security

Kim, Yong-Kil

In Korea, nonpossessory security interest cannot be created against personal properties because of the lack of proper notice. 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 or perfection against third parties are required.

The collateral transferred for security is useful for the diversity of security and financing of enterprises. But it has some problems. First, the collateral transferred for security is a security interest according to custom. But an obligee has the title of collateral transferred for security, an obligor could use it and have interest in it. It can be recovered to its former state where repaid one's debts. Second, due to not having legal ground, the basis of the collateral transferred for security theory is founded in theory that comprised of the collective theory, analytical theory, value scope theory, obligatory agreement theory, complex effect theory and so on. Among them, the collective theory is advocated by a majority.

In the collective theory, it is offered as security that made into one economic unit from several properties. This way to ensure a secure interest is contributed to elevation of efficiency by way of security. But, in Korea, the collateral transferred for security is in existence by case law, not having legal ground. In order to diversify a collateral offered as security in future, it is necessary to more widely employ the collateral transferred for security. Consequently, I think, we need make greater effort to study the collateral transferred for security.