

〈논문〉

## 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 동산담보권과 채권담보권

金 炯 錫\*

### 요 약

우리 법제에서 활용할 수 있는 동산·채권담보로서는 민법이 정하는 질권(민법 제329조, 제345조)과 거래계에서 발달해온 양도담보가 존재한다. 그런데 주지하는 바와 같이 질권과 양도담보는 그것의 경시할 수 없는 순기능에도 불구하고 거래계의 수요에 비추어 불충분한 단점들이 있다고 지적되어 왔다. 이러한 동산·채권담보에서의 문제점에 대처하기 위해 제정된 법률이 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」(2010년 6월 10일, 법률 제10366호)이다. 동법은 동산·채권을 목적으로 하는 새로운 담보물권을 창설하고 이를 등기하여 공시할 수 있도록 한다. 이 글은 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따라 우리 법제에 도입된 동산담보권과 채권담보권 제도의 구체적인 내용을 개관하고, 그 적용에서 제기될 수 있는 몇 가지 법률문제들에 대해 시론적인 해석론을 생각해 보는 것을 목적으로 한다. 동시에 이러한 내용을 바탕으로 동법이 도입하는 등기담보권의 장단점을 평가한다.

주제어: 질권, 저당권, 양도담보, 등록담보권, 등기제도

\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 부교수.

이 글의 초고를 읽고 부족한 부분을 지적해 주신 서울대학교 김재형 교수님, 그리고 익명의 심사위원분들께 감사드립니다.

## I. 서 론

이 글은 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따라 우리 법제에 도입된 동산 담보권과 채권담보권 제도의 구체적인 내용을 개관하고, 그 적용에서 제기될 수 있는 몇 가지 법률문제들에 대해 시론적인 해석론을 생각해 보는 것을 목적으로 한다.

### 1. 기존 동산·채권담보의 문제점

우리 법제에서 활용할 수 있는 동산·채권담보로서는 민법이 정하는 질권(민법<sup>1)</sup> 제329조, 제345조)과 거래계에서 발달해온 양도담보가 존재한다. 그런데 주지하는 바와 같이 질권과 양도담보는 그것의 경시할 수 없는 순기능에도 불구하고 거래계의 수요에 비추어 불충분한 단점들이 있다고 지적되어 왔다. 이를 간단히 요약해서 살펴보면 다음과 같다.

(1) 민법이 인정하고 있는 동산담보인 질권은 엄격한 점유질원칙(제330조, 제332조)에 의해 실제 거래계에서 활용되지 못하고 있다. 민법은 입질된 동산을 질권설정자가 점유하는 것을 금지함으로써, 한편으로는 담보제공자가 영업적으로 활용할 필요가 있는 기계·자재·원료·제품 등을 담보로 제공할 수 있는 가능성을 박탈하고, 다른 한편으로는 신용을 공여하는 사람(특히 은행)에게 질물의 점유로 인한 불필요한 비용을 발생시킬 수 있다. 이러한 사정으로부터 당사자들 모두 질권설정을 회피하는 결과가 발생한다. 결국 질권은 설정자에게 목적물의 점유가 없어도 무방하고 질권자로서도 관리비용이 그다지 들지 않는 물건(귀금속, 유가증권 등)에 한정되어 활용될 수 있을 뿐이다.

이러한 문제에 대처하기 위하여 거래계는 점유개정(제190조)을 통한 양도담보를 활용하여 동산담보의 수요를 대처해 오고 있었다. 그러나 이러한 양도담보 역시 여러 가지 단점을 가지고 있다. 몇 가지만 들어 보면, 우선 ① 민법의 여러 제도들

---

1) 아래에서 특별한 범명의 지시 없이 인용하는 조문은 민법의 조문이다. 다만 혼동의 여지가 있는 경우에는 ‘민법’을 표시 한다. 그 밖에 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」은 ‘담보’, 「민사소송법」은 ‘민소’, 「민사집행법」은 ‘민집’, 「채무자회생 및 파산에 관한 법률」은 ‘회파’, 「부동산등기법」은 ‘부등’, 「가등기담보등에 관한 법률」은 ‘가담’으로 약칭하여 인용하기로 한다.

을 활용하여 당사자들이 계약으로 창출한 담보제도이므로 법률관계가 반드시 명확한 것은 아니다. ② 양도의 방법으로 점유개정(제190조)이 활용되므로 실질적으로 거의 공시되지 아니한다. 따라서 설정자의 채권자들로서는 설정자의 재산상태를 쉽게 예측할 수 없고 그 결과 예상하지 못한 불이익을 받을 위험이 있다.<sup>2)</sup> ③ 이러한 공시의 불충분함은 특히 다수의 목적물이 유동 상태에 있는 집합동산의 양도 담보의 경우에 보다 현저하게 나타난다. 또한 ④ 이러한 점유개정에 의한 불완전한 공시는 양도담보권자에게도 불리한 점이 있는데, 설정자는 쉽게 목적물을 반출할 수 있고 또한 선의취득(제249조)의 방법으로 양도담보를 침해할 가능성을 가진다. ⑤ 소유권은 한 사람에게만 귀속할 수 있으므로, 설정자는 목적물의 가치가 상당한 수준에 달하더라도 그것을 순위로 분할하여 여러 사람에게 담보로 제공하여 담보물의 가치에 상응하는 신용을 수수하는 것이 불가능하다.

(2) 채권담보의 경우 채권질권과 채권양도담보는 그 기능에 있어 대체로 동일한 기능을 수행한다.<sup>3)</sup> 질권이든 양도담보이든 목적물인 채권이 무체물이므로 동산담보에서와 같이 그 점유의 이전과 관련하여 발생하는 난점이 전혀 없을 뿐만 아니라, 그 설정방법(제349조, 제450조)이 동일하고, 실행방법도 사적 실행으로서 동일하며(제353조 제1항, 제2항), 도산절차에서도 동등하게 취급되기 때문이다(회파 제141조, 제411조). 그런데 채권질권이나 채권양도담보는 모두 그 설정방법으로서 채권양도에 따른 대항요건(제349조, 제450조)이 요구되고 있다는 이유로 거래계에서 활용이 부진하다. 채권담보에서는 통상 다수의 유동하는 집합채권이 목적이 되는데, ① 장래 발생할 채권의 경우 채무자가 특정되지 않아 통지를 할 수 없고, ② 더 나아가 발생과 소멸을 반복하고 있는 집합채권에 대해 일일이 통지를 하는 것은 적지 않은 비용을 초래하며, ③ 무엇보다 대량의 집합채권을 담보로 제공하거나 양도하는 경우 설정자가 경제적 위기에 있다는 신호를 거래계에 보내게 되어 오히려 신용경색을 초래할 우려가 있다. 이를 피하기 위해 통지의 시기를 가능한 늦추는 방법(이른바 통지유보형, 예약형, 정지조건형 등)이 고안되었으나, 도산법상 부인

2) 실제로 근세의 입법이 보통법에서와 달리 비점유질을 폐지하고 점유질원칙을 확립한 이유도 바로 (특히 전체 재산에 대한) 비점유질권 설정자의 채권자들이 설정자의 책임 재산 상태에 대해 착각하여 그와 법률상 이해관계를 맺게 되는 위험을 예방한다는 것이었다. 자세한 것은 Wolfgang Hromadka, "Sicherungsübereignung und Publizität", *Juristische Schulung* 1980, 89ff. 참조.

3) 道垣内弘人, *擔保物權法*, 第3版, 2008, 342면 참조.

권 행사에 직면하는 위험이 있음은 이미 주지하는 바이다.<sup>4)</sup>

## 2. 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」의 제정

(1) 이러한 동산·채권담보에서의 문제점에 대처하기 위해 제정된 법률이 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」(2010년 6월 10일, 법률 제10366호)이다.<sup>5)</sup> 동법은 동산·채권을 목적으로 하는 새로운 담보물권을 창설하고 이를 등기하여 공시할 수 있도록 한다.<sup>6)</sup> 이러한 등기담보권의 도입에 의하여 거래의 안전을 도모하면서도 자산유통화의 활성화를 도모하고자 하는 것이 입법목적이다(담보 제1조 참조). 동법은 공포 후 2년이 경과한 날로부터 시행하며(담보 부칙 제1조), 동법 시행 후 최초로 체결한 담보약정부터 적용한다(담보 부칙 제2조).

(2) 동법에 의하면 담보약정은 양도담보 등 명목을 묻지 아니하고 동법에 따라 동산·채권·지적재산권을 담보로 제공하기로 하는 약정을 말한다(담보 제2조 제1호). 동산담보권은 그러한 담보약정에 따라 동산(여러 개의 동산 또는 장래에 취득할 동산을 포함)을 목적으로 등기한 담보권을, 채권담보권은 담보약정에 따라 금전의 지급을 목적으로 하는 지명채권(여러 개의 채권 또는 장래에 발생할 채권을 포함)을 목적으로 등기한 담보권을 말한다(동조 제2호, 제3호). 여기서 그러한 담보권을 설정한 자를 담보권설정자라고 하고(동조 제5호), 그러한 담보권을 취득한 자를 담보권자라고 한다(동조 제6호).

4) 大判 2002.7.9., 2001다46761, 공보 2002, 1910; 2004.2.12., 2003다53497, 공보 2004, 448 등 참조. 이들 판례는 결과에 있어서는 부인권을 부인하기는 했지만, 이러한 분쟁이 이미 채권양도담보 거래의 위험성을 보이고 있음은 부정하기 어렵다. 한편 日最判 2004.7.16., 民集 58-5, 1744는 우리 대법원에서 문제된 것과 같은 사안에서 탈법행위를 인정하여 부인권을 인정한 바 있다. 자세한 것은 오영준, “집합채권양도담보와 도산절차의 개시”, **사법논집**, 제43집, 2006, 203면 이하 참조.

5) 동법의 제정경과에 대해서는 김재형, “「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」 제정안의 구성과 내용”, **법조**, 제638호, 2009, 6면 이하; 안형준, **동산 채권 등의 담보에 관한 법률**, 법무부, 2010, 3면 이하 참조.

6) 그 밖에 동법은 지적재산권담보권을 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 저작권, 반도체집적회로의 배치설계권 등 질권을 설정할 수 있는 지적재산권을 목적으로 그 지적재산권을 규율하는 개별 법률에 따라 등록된 담보권이라고 정의하면서(담보 제2조 제4호), 그러한 지적재산권담보권이 공동담보로 제공되는 경우에 대한 특례규정을 두고 있다(담보 제58조 이하). 이는 동법이 창출한 동산·채권담보권의 내용과는 이질적인 내용이므로 본고에서는 그에 대한 서술을 생략한다. 우선 김재형 (주 5), 47면 이하; 안형준 (주 5), 148면 이하 참조.

(3) 그런데 동법에 따라 창설되는 새로운 등기담보권이 기존에 활용되던 질권이나 양도담보에는 영향을 주는 것은 아니다. 즉 새로운 담보권에 의해 질권이나 양도담보가 폐지되는 것은 아니어서 모두 병존하며, 어느 한 쪽에 우선적인 지위가 부여되는 것은 아니다. 입법정책적으로는 동산·채권 등에 등기담보권을 도입한 이상 기존의 담보제도를 폐지하는 것이 바람직하다는 지적도 있었으나, 이는 거래계에서 급격한 변화를 초래할 것이므로 보다 온건한 접근방법을 채택한 것이라고 한다.<sup>7)</sup> 그러므로 당사자들은 선택에 따라 기존의 질권이나 양도담보를 채택할 수도 있고, 새로운 등기담보권을 설정할 수도 있다.<sup>8)</sup>

그런데 등기담보권과 양도담보가 병존하는 상황에서는 경우에 따라 등기담보권의 활용이 억제될 가능성도 없지 않다. 이에 대해서는 등기담보권의 구체적인 내용을 살펴본 다음 결론에서 간단하게 살펴보기로 한다(아래 IV. 1. 참조)

### 3. 담보등기

(1) 동법에 따른 담보제도 개혁은 동산·채권담보에 대하여 새로운 공시제도를 도입한다는 점에 그 핵심이 있다.<sup>9)</sup> 이는 기존의 질권과 양도담보가 공시와 관련해 가지고 있었던 난점을 제거하기 위한 것이다. 이에 따라 동산·채권담보권을 공시하는 등기제도가 도입되었다. 누구든지 수수료를 내고 등기사항을 열람하거나 그 전부 또는 일부를 증명하는 서면의 발급을 청구할 수 있다(담보 제52조 제1항).

(2) 담보등기는 동법에 따라 동산·채권을 담보로 제공하기 위하여 이루어진 등기를 말한다(담보 제2조 제7호). 이러한 담보등기가 행해지는 등기부는 인적 편성주의를 채택하여 담보권설정자별로 편제한다. 즉 담보등기부는 전산정보처리조직에 의하여 입력·처리된 등기사항에 관한 전산정보자료를 담보권설정자별로 저장

7) 김재형 (주 5), 14면 참조.

8) 안형준 (주 5), 25면에 의하면 채무자와 담보권자(채권자) 사이에 양도담보계약에 따라 공정증서까지 작성한 후 다시 새로운 법에 따른 담보약정을 하여 담보등기를 한 경우에는 소유권자가 자기 소유의 물건에 대한 담보권을 취득할 수 없으므로 당사자 사이에 동법에 따른 담보권의 성립만 인정되어야 한다고 한다. 그런데 그러한 사안에서는 이미 새로운 법에 따른 담보권 설정계약의 의사해석상 당연히 종래의 양도담보를 해소하고 목적물의 소유권을 담보설정자에게 돌리는 합의 및 간이인도(제188조 제2항)가 있다고 이해하면 충분하므로, 양도담보와 동산담보권이 이중으로 설정되었다고 볼 이유는 없다.

9) 김재형 (주 5), 16면.

한 보조기억장치(자기디스크, 자기테이프, 그 밖에 이와 유사한 방법으로 일정한 등기사항을 기록·보존할 수 있는 전자적 정보저장 매체를 포함)를 말하고, 동산 담보등기부와 채권담보등기부로 구분한다(담보 제2조 제8호; 제47조). 부동산은 이번으로 특징이 가능하므로 그 등기를 물적편성주의에 의하고 있지만(부등 제15조; 2011년 4월 12일 법률 제10580호에 의해 전부개정되고 2011년 10월 13일 시행되는 개정된 부동산등기법[이하 ‘개정법’] 제15조), 동산이나 채권은 이미 존재하는 개체의 수가 현저히 많을 뿐만 아니라 새로이 끊임없이 창출되고 있으므로 물적편성을 하는 것은 불가능하다.<sup>10)</sup> 그러므로 설정자를 기준으로 등기부를 편성하는 인적편성주의를 채택한 것이다.

(3) 그런데 인적편성주의에 따라 담보권을 공시하면 이해관계인이 등기부의 내용만으로는 담보권의 존부와 내용을 정확하게 인식할 수 없는 경우가 종종 발생할 수 있다.

(가) 예를 들어 갑으로부터 돼지 한 마리의 소유권을 취득하는 을이 갑의 담보등기부에서 A 돈사에 있는 갑의 돼지들은 전부 병에게 담보로 제공되었다는 사실을 알게 된 사안을 상정해 보자. 그 경우 을은 등기부의 존재만으로는 자신이 인도 받은 돼지에 담보권이 설정되어 있는지 여부를 알 수 없고, 추가적으로 양수하는 돼지가 A 돈사에 있었는지 여부의 사실 등을 추가적으로 확인해야 한다. 그러므로 담보등기의 공시적 효과는 불충분하다. 결국 이해관계인은 담보등기를 통하여 담보권설정자의 동산이나 채권에 대하여 담보권이 설정되어 있다는 사실을 인식한 다음 이를 토대로 설정자와 담보권자에게 추가적인 확인을 통하여 담보권의 내용을 확인할 수밖에 없다.<sup>11)</sup>

(나) 이와 관련하여 동법은 담보등기가 인적편성주의를 채택하고 있어 발생하는 공시효과의 저하에 대처하기 위해 담보권설정자에게 담보목적물에 대한 명시 의무를 부여하고 있다. 즉 담보권을 설정하려는 자는 담보약정을 할 때 담보목적물의 소유 여부와 담보목적물에 관한 다른 권리의 존재 유무를 담보권을 설정받으려는 자에게 명시하여야 한다(담보 제6조). 즉 담보권을 취득하려는 자는 설정자에 대해 권리관계에 대한 명시를 청구할 권리가 있고, 설정자는 객관적 주의를 다하여 정확한 정보를 제공할 의무가 있다. 설정자가 명시 의무에 위반하여 허위의 정보를

<sup>10)</sup> 김재형 (주 5), 19-20면; 안형준 (주 5), 29면 참조.

<sup>11)</sup> 김재형 (주 5), 20면.

제공함으로써 담보권자가 손해를 입는 경우에는 그는 설정자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다(제390조).

(다) 그런데 이 규정의 실제적인 의의는 크지 않다고 생각된다. 왜냐하면 그와 같은 규정이 없더라도 법률관계는 크게 다르지 않았을 것이기 때문이다. 그러한 규정이 없더라도, 설정자가 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 타인 소유의 물건이나 이미 다른 담보권이 설정된 물건을 담보로 제공하여 동산담보권자에게 손해를 입힌 경우, 그는 담보약정에 기해 담보권자에 대해 손해배상 의무를 부담할 것이다(제390조). 그리고 명시 의무가 인정되지 않는다고 하더라도, 담보를 취득하려는 사람이 권리관계의 명시를 요구했는데 설정자가 이를 거부한다면 그는 거래를 재고하게 될 것이다. 결국 명시 의무를 인정하는 실익은 담보권자가 명시를 법적으로 청구할 수 있고 불이행시 간접강제(제389조 제1항, 민집 제261조)에 의해 이행을 강제할 수 있다는 점에 있다. 그러나 그러한 상황에 이르는 사안은 매우 드물 것이다. 그러한 경우 담보를 취득하려는 사람은 거래교섭을 중단하는 것이 합리적이기 때문이다.

(라) 동법이 정하는 명시 의무는 담보권을 취득하려는 사람에 대해서만 부과되고 있으므로, 원칙적으로 그 밖의 제3자는 설정자에 대해 권리관계의 명시를 청구할 수 없다. 이미 언급한 예에서 보는 바와 같이(앞의 (가) 참조) 설정자로부터 동산 소유권을 취득하려는 사람이 그에 해당한다. 여기서 동법의 규정(담보 제6조)을 유추할 것을 고려해 볼 수도 있겠지만, 앞서 살펴본 대로 이 규정의 실제적 의의는 그다지 크지 않다고 생각되고, 또한 일종의 계약교섭상 부수의무를 일반화하여 확대하는 것에는 주저되는 바가 없지 않다. 그러므로 유추는 부정하는 것이 타당할 것이다. 그러므로 그 밖의 제3자는 설정자와 담보권자를 통해 권리관계를 확인해야겠지만 협조를 얻을 수 없는 경우에는 거래를 재고해야 할 것이다. 물론 거래가 성립한 때에는 설정자에게 계약책임(제390조, 제569조 이하)을 물을 수 있을 것이고, 앞서 서술한 바와 같이(I. 3. (3) (다) 참조) 그 점에서는 명시 의무가 인정되는 경우와 비교해 결과에 있어 큰 차이가 없다.

#### (4) 인적 적용범위

「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」은 인적 적용범위를 제한하고 있다.<sup>12)</sup> 즉 동산·채권을 담보로 제공하는 경우에는 법인(상사법인, 민법법인, 특별법에 따른

<sup>12)</sup> 입법경위에 대해서는 김재형 (주 5), 21면 이하; 안형준 (주 5), 28면 참조.

법인, 외국법인을 말함) 또는 「상업등기법」에 따라 상호등기를 한 사람만이 담보권설정자가 될 수 있다(담보 제2조 제5호 단서; 제3조 제1항, 제34조 제1항). 그러나 담보권설정자의 상호등기가 말소된 경우에도 이미 설정된 담보권의 효력에는 영향을 미치지 아니한다(담보 제4조).<sup>13)</sup>

## II. 동산담보권

### 1. 동산담보권의 대상

(1) 동산담보권의 목적물은 당연히 동산(제99조 제2항)이다. 개별 동산이 동산담보권의 목적물이 될 수 있음은 의문의 여지가 없다. 더 나아가 여러 개의 동산(장래에 취득할 동산을 포함)이더라도 목적물의 종류, 보관장소, 수량을 정하거나 그 밖에 이와 유사한 방법으로 특정할 수 있는 경우에는 이를 목적으로 동산담보권을 설정할 수 있다(담보 제3조 제2항). 이는 동산양도담보에 대한 판례법리<sup>14)</sup>를 입법화한 것으로, 이에 따라 집합동산에 대해 동산담보권을 설정하는 것이 가능하다. 설정자가 장래에 취득할 동산도 이 규정이 정하는 바에 따라 특정이 가능하면 동산담보권의 목적물이 될 수 있다. 그 경우 설정자가 당해 목적물의 소유권을 취득하여 담보등기부에 등기된 기준에 따라 특정가능한 상태에 두는 시점에 담보권이 성립한다. 예컨대 갑이 을에게 A 창고에 있는 재고 동산 전부에 담보권을 설정하면서, 이후 갑이 취득하여 A 창고에 반입하는 물건에도 담보권이 성립한다고 약정하는 경우가 그러하다.

(2) 그러나 「선박등기법」에 따라 등기된 선박, 「자동차 등 특정동산 저당법」에 따라 등록된 건설기계·자동차·항공기·소형선박, 「공장 및 광업재단저당법」에 따라 등기된 기업재산, 그 밖에 다른 법률에 따라 등기되거나 등록된 동산(담보 제3조 제3항 제1호), 화물상환증, 선화증권, 창고증권이 작성된 동산(동항 제2호), 무기명 채권증서 등 대통령령으로 정하는 증권(동항 제3호) 등은 동법에 따른 동산담보권을 설정할 수 없다. 이들 동산에 대해서는 해당 법률이 저당권이나 질권을 설정할 수

13) 자세한 것은 안형준 (주 5), 37-38면.

14) 大判 1988.12.27, 87누1043, 공보 1989, 244 등 참조.



있도록 예정하고 있기 때문이다.

(3) 더 나아가 양도할 수 없는 동산에 대해서는 동산담보권을 설정할 수 없다(담보 제33조, 민법 제331조). 양도할 수 없는 동산은 경매를 통해 환가하거나 귀속청산·처분청산에 의한 실행을 할 수 없어 담보로서 부적절하기 때문이다.

## 2. 동산담보권의 성립

(1) 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따라 동산담보권이 성립하려면 담보권설정자가 소유하는 동산을 담보로 제공하기로 약정하고 동법에 따라 담보등기를 해야 한다(담보 제2조 제2호; 제3조 제1항). 즉 당사자들은 원인행위인 담보약정에 기초해 동산담보권을 설정하는 물권적 합의를 하고 담보등기를 함으로써 동산담보권을 성립시킨다. 여기서 등기의 효력이 문제되는데, 동법은 이를 성립요건으로 정한다. 약정에 따른 동산담보권의 득실변경은 담보등기부에 등기를 하여야 그 효력이 생긴다(담보 제7조 제1항). 즉 담보등기는 동산담보권의 설정·내용변경·양도 등과 관련하여 성립요건이므로, 당사자들 사이에서도 담보등기가 없으면 담보권 설정의 효력은 발생하지 아니한다.

(2) 동산담보권은 채무자가 아닌 물상보증인에 의해서도 성립할 수 있다(담보 제8조, 16조 등 참조). 저당권에서와 마찬가지로 통상 채무자와 채권자 사이에 물상보증인을 통해 동산담보권을 제공하기로 하는 계약이 체결되고, 그에 따라 물상보증인과 담보권자 사이에 담보약정 및 담보권설정행위가 이루어질 것이다.

(3) 동산담보권 설정은 처분행위 내지 준물권행위이다. 그러므로 처분행위에 요구되는 법리에 따른다. 첫 번째로, 담보권설정행위의 목적물이 등기부에 등기되어 있는 기준에 따라 특정되어 있거나 특정가능해야 한다. 등기된 기준에 의해 목적물을 특정할 수 없다면, 물권적 합의가 있고 등기가 있다고 해도 동산담보권은 성립하지 않는다. 두 번째로, 설정자는 목적동산에 대한 처분권을 보유하고 있어야 한다. 설정자가 처분권 없는 동산(예컨대 타인 소유 동산)에 동산담보권을 설정하더라도 설정행위는 무효이다. 그러나 다른 문제는 담보권자가 처분권 없는 자로부터 선의·무과실로 담보권을 설정받았거나 양수한 경우 담보권이 선의취득될 수 있지 여부이다.

(가) 입법관여자에 의하면 부동산등기에 공신력이 인정되지 않기 때문에 담보등기에도 공신력을 인정할 수 없고, 그러한 선의취득을 인정하면 질권이나 양도담보 같은 기존의 담보제도를 이용하지 않을 것이기 때문에 모든 제도를 병존시키려는 입법취지에 반하므로, 선의취득을 인정하지 않기로 하였다고 한다.<sup>15)</sup> 그런데 동산담보권의 선의취득 문제를 살펴보기 위해서는 그것이 문제되는 사안유형을 구별할 필요가 있다고 보인다.

첫 번째로, 무효인 담보권이 등기되어 있는 경우에 그 무효인 담보권을 양수하는 사람이 등기부에 대한 신뢰를 주장하여 선의취득을 주장할 수 있는지 여부이다. 이는 입법관여자가 밝히고 있는 바와 같이 부동산등기와의 균형상 그러한 공신력을 인정할 수 없으므로 부인되어야 한다. 그러므로 그러한 경우 양수인은 담보권을 선의취득 할 수 없다.

두 번째로, 동산에 대해 처분권이 없는 사람이 동산담보권을 설정하는 경우 담보권을 설정 받는 채권자가 등기부에 대한 신뢰를 이유로 담보권을 선의취득을 주장할 수 있는지 여부이다. 이 경우에도 담보등기를 하였다든 이유로 선의취득을 할 수 없다는 결론은 타당하겠지만, 그 이유에 대해서는 다른 설명이 필요하다. 여기서는 부동산등기와 담보등기를 평행하게 비교하여 선의취득을 부정하는 논거는 적용될 수 없기 때문이다. 담보등기부는 - 모든 물권관계가 공시되는 부동산등기부와는 달리 - 담보권의 존재만을 (그것도 인적편성에 따라 특정되지 않는 방식으로) 알리고 있을 뿐 개개 동산의 소유권 귀속에 대한 정보를 주지 않는다.<sup>16)</sup> 이는 최초로 담보권을 설정하는 사람에게 담보등기부가 존재하지 않는다는 사실, 따라서 그 경우 담보권을 설정 받는 사람이 담보등기부를 확인하여 소유권 귀속여부를 확인할 가능성이 없다는 사실을 상기해 보면 쉽게 알 수 있다. 그렇다면 담보권을 설정 받은 사람이 담보권등기가 되었다는 이유만으로 설정자의 소유권에 대한 신뢰 보호를 주장할 수는 없는 것은 당연하다. 그가 설정자가 소유자라고 믿는 근거는 담보등기부가 아니라 그의 점유이기 때문이다(제200조). 즉 동산담보권의 설정의 경우에도 권리외관의 기초는 여전히 점유인 것이다.<sup>17)</sup>

15) 김재형 (주 5), 39면.

16) 同旨: 안형준 (주 5), 42면, 62면.

17) 이미 담보등기부가 편성되어 있는 경우 적어도 당해 등기부에 의해 특정가능한 동산에 대해서는 설정자의 소유권이 공시된다고 보는 견해도 있을 수 있으나, 이는 타당하지 않다. 그러한 해석은 민법상 동산물권의 공시방법이 점유라는 대원칙과 정면으로 충돌하기 때문이다. 담보등기부에 등기된 동산도 양도의 방법이 점유의 이전(제189조

(나) 그러므로 두 번째 경우에 선의취득의 문제는 다른 형태로 제기되어야 한다. 설정자의 점유를 기초로 설정자가 소유자라고 신뢰하여 동산담보권을 설정 받은 사람은 이를 선의취득할 수 있는가? 그런데 이에 대해서는 법률의 규정이 없다. 게다가 민법의 소유권 및 질권의 선의취득 규정(제249조 내지 제251조, 제343조)은 선의취득하는 권리의 공시방법도 점유인 경우(즉 공시방법인 점유가 자주점유의 형태로 양도인과 양수인에 연속하는 경우)를 상정하고 있기 때문에, 설정하는 사람의 권리 공시방법은 점유인데 설정 받는 사람의 권리 공시방법은 등기인 동산담보권의 경우와 이익상황이 달라 이를 유추적용할 수도 없다고 할 것이다. 그러므로 법률의 규정이 없는 이상 원칙으로 돌아가 선의취득은 부정되어야 한다.<sup>18)</sup>

그런데 이러한 결론을 관철할 때에는 부당한 결과가 발생하는 사안유형이 있게 된다. 드물기는 하겠지만 무권리자인 설정자와 선의·무과실인 그의 채권자가 담보약정에서 담보목적물을 담보권자가 점유하기로 약정한 다음 담보등기를 하고 목적물이 인도된 사안을 생각해 보자. 그 경우 채권자는 만일 양도담보나 질권의 설정으로 그쳤다면 이를 선의취득했을 것임에도 불구하고(제249조, 제343조), 추가적으로 담보등기를 하였다는 이유만으로<sup>19)</sup> 무담보의 상태에 있게 된다. 이는 법률의 평가모순으로 그대로 수인해서는 안 된다고 생각한다. 법률이 그의 보호를 위해 추가적으로 인정하고 있는 절차를 밟았다는 이유로 오히려 완전히 보호가 박탈되는 결과이기 때문이다. 그러므로 동산담보권을 설정 받는 사람이 담보등기 외에 담보약정에 따라 평온·공연하게 선의·무과실로 담보목적물의 점유를 이전받은 경우에는 제249조, 제343조를 유추해서 동산담보권을 선의취득한다고 해석해야 할 것이다. 여기서 점유의 이전은 제249조의 해석상 인정되는 바와 같이<sup>20)</sup> 현실인도, 간이인도, 반환청구권의 양도만을 포함하고, 점유개정은 포함되지 않는다고 할 것이다.

---

내지 제191조)이고, 질권을 설정할 수 있고(제330조), 민법상 선의취득(제249조 이하)이 가능하다면, 그 공시방법은 여전히 점유라는 사실을 부정할 수 없다. 즉 담보등기부는 오로지 담보권의 존재만 공시하며, 소유권 기타 다른 물권의 존재는 민법의 원칙에 따라 점유에 의해 공시된다.

18) 同旨: 안형준 (주 5), 42면, 93면.

19) 동법에 의하면 담보약정은 “양도담보 등 명목을 묻지 아니하고 [...] 동산[...]을 담보로 제공하기로 하는 약정”(담보 제2조 제1호)이고, 입법관여자에 의하면 “양도담보 등 그 명칭을 불문하고 담보약정을 한 경우에는 이 법에 따른 등기를 할 수 있다”고 한다(김재형 (주 5), 12면; 생략은 필자에 의한 것이며, 아래에서도 같다).

20) 大判 1964.5.5., 63다775, 집 12-1, 61; 1978.1.17., 77다1872, 공보 1978, 10607.

(다) 그러나 통상의 담보약정에서는 동산의 점유를 설정자에 두는 것으로 정해질 것이므로, 그러한 경우 설정자가 무권리자인 때에는 선의취득은 불가능하다. 그러므로 예를 들어 이미 설정자가 이미 양도담보로 제공한 동산에 대해서 동산담보권은 설정되지 않는다. 설정자가 장래 취득할 동산을 채권자의 담보를 위해 양도한 다음 다른 채권자를 위해 그에 동산담보권을 설정한 경우에도, 나중에 설정자가 동산의 소유권을 취득한 순간 사전점유개정의 효력으로 소유권은 양도담보권자에게 이전한다고 할 것이어서<sup>21)</sup> 동산담보권은 성립하지 않는다. 설정자가 동산의 소유권을 취득하는 순간 양도담보를 위한 소유권 양도와 담보권설정행위가 동시에 경합하지만, 물권법상 우선주의(Prioritätsprinzip; *prior tempore potior iure*)에 따라 전자가 우선하는 것이다.

(4) 동산담보권의 등기절차에 대해 살펴본다. 담보등기에 대하여 특별한 규정이 없는 경우에는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 부동산등기법을 준용한다(담보 제57조).<sup>22)</sup>

(가) 동산담보권 및 채권담보권을 공시하는 등기사무는 대법원장이 지정·고시하는 지방법원, 그 지원 또는 등기소에서 취급한다(담보 제39조 제1항). 대법원장의 다른 위임이 없는 한 담보권설정자가 법인인 경우에는 본점 또는 주된 사무소 소재지의 지방법원, 그 지원, 등기소가, 담보권설정자가 상업등기법 제31조에 따라 상호등기를 한 사람인 경우에는 영업소 소재지의 지방법원, 그 지원, 등기소가 관할 등기소이다(동조 제2항, 제3항).

(나) 담보등기는 법률에 다른 규정이 없으면 등기권리자와 등기의무자가 공동으로 신청한다(담보 제41조 제1항). 부동산등기와 마찬가지로(부등 제28조; 개정법 제23조) 등기의 진정성을 확보하기 위하여 공동신청주의를 채택하고 있는 것이다. 그러나 공동신청을 할 수 없거나 단독신청에 의해서도 진정성이 확보될 수 있는 경우에는 단독신청이 허용된다. 즉 등기명의인 표시의 변경 또는 경정의 등기는 등기명의인이 단독으로 신청할 수 있고(동조 제2항), 판결에 의한 등기는 승소한 등기권리자 또는 등기의무자 단독으로 신청할 수 있으며, 상속이나 그 밖의 포괄 승계로 인한 등기는 등기권리자 단독으로 신청할 수 있다(동조 제3항).

21) 양창수, “내용이 변동하는 집합적 동산의 양도담보와 그 산출물에 대한 효력”, 민법연구, 제5권, 1992 418면.

22) 자세한 것은 안형준 (주 5), 107면 이하 참조.

(다) 등기신청은 신청인 또는 그 대리인이 등기소에 출석하여 서면으로 신청(방문신청)할 수도 있고, 대법원규칙이 정하는 바에 따라 전산정보처리조직을 이용하여 신청(전자신청)할 수도 있다(담보 제42조). 신청시에는 신청서, 등기원인을 증명하는 서면, 등기원인에 대하여 제3자의 허가·동의·승낙이 필요한 때에는 이를 증명하는 서면, 대리인이 신청할 때에는 그 권한을 증명하는 서면, 기타 당사자 특정을 위해 대법원규칙이 정하는 서면 등을 제출 또는 송신해야 한다(담보 제43조 제1항). 신청서에는 법률이 정하는 일정 사항(담보 제47조 제2항 제1호부터 제9호), 대리인이 신청할 경우 대리인의 성명 및 주소, 공동신청의 경우 및 승소한 등기의 무자의 단독신청의 경우에는 등기의무자의 등기필정보(다만 최초의 담보권설정 등기의 경우에는 기록하지 아니한다), 등기소의 표시, 연월일을 기록하고 신청인이 기명날인하거나 전자서명법(동법 제2조 제2호)에 따른 전자서명을 해야 한다(담보 제43조 제2항).

(라) 등기사무는 등기관이 접수번호의 순서에 따라 전산정보처리조직에 의하여 담보등기부에 등기사항을 기록하는 방식으로 처리한다(담보 제40조 제1항, 제2항). 등기신청은 등기의 목적, 신청인의 성명 또는 명칭, 기타 대법원규칙이 정하는 등기신청정보가 전산정보처리조직에 전자적으로 기록된 때에 접수된 것으로 간주된다(담보 제45조 제1항). 등기관이 등기를 마친 경우 그 등기는 접수한 때부터 효력을 발생한다(동조 제2항). 부동산등기는 등기가 경료된 시점에 물권변동의 효력이 발생하고,<sup>23)</sup> 가족관계등록부는 신청이 접수된 시점에 신분행위의 효력이 발생하는 것에 대하여,<sup>24)</sup> 동산담보등기는 등기는 경료되어야 하지만 담보권에 관한 득실변경의 효력은 접수시점으로 소급하는 절충적 규율을 채택하고 있는 점에서 특색이 있다(개정된 부동산등기법도 이제는 이러한 태도를 취하고 있다; 동법 제6조 제2항 참조).

(마) 등기관은 법률이 정하는 사항에 따라 신청이 부적법한 경우에만 이유를 적은 결정으로 신청을 각하해야 한다(담보 제46조 본문). 그에 따라 동법은 각하사유를 열거하고 있는데 모두 절차적·형식적 부적법사유만을 열거하고 있다(동조 제1호 내지 제9호). 그러므로 부동산등기와 마찬가지로<sup>25)</sup> 등기관은 형식적 심사권만을 가진다.<sup>26)</sup> 즉 등기관은 담보권 설정행위의 실체법적인 효력에 대해서는 심사할 권

23) 大決 1971.3.24., 71마H05, 집 19-1, 264.

24) 大決 1981.10.15., 81스21, 집 29-3, 특70.

25) 大判 1989.3.28., 87다카2470, 공보 1989, 663.

한이 없다. 한편 신청이 각하되어야 하지만 잘못된 부분이 보정될 수 있는 경우에 신청인이 당일 이를 보정하였을 때에는 등기관은 신청을 각하할 수 없다(동조 단서).

(바) 등기관이 담보권의 설정 또는 이전등기를 마쳤을 때에는 등기필정보를 등기관리자에게 통지하여야 하며, 최초 담보권설정등기의 경우에는 담보권설정자에게도 이를 통지하여야 한다(담보 제48조). 등기부에 기재될 사항은 법률에 상세하게 규정되어 있다(담보 제47조 제2항). 등기관의 결정 또는 처분에 이의가 있는 사람은 관할 지방법원에 이의신청을 할 수 있다(담보 제53조 내지 제56조).

(사) 담보등기부에 기록된 사항에 오기나 누락이 있는 경우 담보권설정자 또는 담보권자는 경정등기를 신청할 수 있고(담보 제51조 제1항 본문), 오기나 누락이 등기관의 잘못으로 인한 경우에는 등기관은 직권으로 이를 경정할 수 있다(동항 단서). 또한 담보등기부에 기록된 담보권설정자의 법인등기부나 상호등기부상 상호, 명칭, 본점 또는 주된 사무소나 영업소가 변경된 경우 등기관은 해당사항을 직권으로 변경할 수 있다(동조 제2항). 그러한 변경을 위해 법인등기나 상호등기를 담당하는 등기관은 해당사항의 변경등기를 마친 후에는 지체 없이 담보등기를 담당하는 등기관에게 이를 통지해야 한다(동조 제3항).

(아) 담보약정이 취소, 해제 또는 그 밖의 원인으로 효력이 발생하지 아니하거나 효력을 상실한 경우, 담보목적물인 동산이 멸실되거나 채권이 소멸한 경우, 그 밖에 담보권이 소멸한 경우에는 담보권설정자와 담보권자는 말소등기를 신청할 수 있다(담보 제50조).

### 3. 동산담보권의 효력범위

#### (1) 피담보채권의 범위

(가) 동산담보권의 피담보채권은 당사자들의 담보약정에 의해 정해진다. 금전채권이 통상이겠지만, 장래 손해배상채권으로 전화될 가능성이 있는 이상 금전채권이 아니라도 무방하다. 다만 그 경우 담보등기부가 피담보채권액을 기재하도록 하고 있으므로(담보 제47조 제2항 제7호) 저당권에서와 마찬가지로(부등 제143조; 개정법 제77조) 그 가액을 환산하여 신청서에 기재해야 할 것이다(담보 제43조 제2항 제1호). 또한 조건부 채권이나 장래의 채권도 피담보채권이 될 수 있다.

동산담보권은 피담보채권의 원본, 이자, 위약금, 담보권실행의 비용, 담보목적물

---

26) 안형준 (주 5), 121면.

의 보존비용 및 채무불이행 또는 담보목적물의 흠으로 인한 손해배상의 채권을 담보한다(담보 제12조 본문). 그러나 이는 임의규정이며, 설정행위에 다른 약정이 있는 경우에는 그 약정에 따른다(동조 단서). 민법의 저당권에서와 같은 지연배상의 제한(제360조 단서)은 인정되지 않는다.<sup>27)</sup>

(나) 또한 동산담보권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정할 수도 있으며(근담보권), 이 경우 그 채무가 확정될 때까지 채무의 소멸 또는 이전은 이미 설정된 동산담보권에 영향을 미치지 아니한다(담보 제5조 제1항). 그리고 그 경우 채무의 이자는 최고액 중에 포함된 것으로 본다(동조 제2항). 이러한 동산근담보권의 법률관계(피담보채권의 범위, 확정사유 등)는 대체로 근저당권의 법리를 적용하여 해결할 수 있을 것이다.<sup>28)</sup>

## (2) 동산담보권의 물적 범위

(가) 동산담보권의 효력이 그 목적물인 동산에 미치는 것은 물론이다. 그러나 더 나아가 동산담보권의 효력은 법률에 다른 규정이 있거나 설정행위에서 다른 약정이 있지 않는 한<sup>29)</sup> 담보목적물에 부합된 물건과 종물에 미친다(담보 제10조). 또한 동산담보권의 효력은 담보권이 실행된 이후 즉 담보목적물에 대한 압류 또는 동법 제25조 제2항의 인도청구가 있는 후에 담보권설정자가 그 담보목적물로부터 수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실에 미친다(담보 제11조). 담보권의 효력이 미치는 부합물, 종물, 과실은 경매에 의한 실행의 경우에는 경매절차에서 당연히 담보목적물과 함께 매각되고,<sup>30)</sup> 사적 실행의 경우에는 담보목적물과 함께 담보권자에

27) 김재형 (주 5), 29면; 안형준 (주 5), 52-53면.

28) 안형준 (주 5), 40면 참조. 다만 설정자의 다른 채권자에 의한 강제집행의 경우에 문제가 없지는 않다. 근저당권의 경우 다른 채권자의 강제집행은 확정사유라고 이해하는 것이 일반적이고(大判 1999.9.21., 99다26085, 공보 1999, 2200 참조), 동산담보권의 경우에도 담보권자를 배당요구권자라고 이해하는 한(아래 II. 4. (3) (마) 참조) 원칙적으로 그래야 할 것이다. 그러나 예를 들어 집합동산에 근담보권이 설정된 사안에서는 공동근담보권이 성립하므로 제3자가 그 일부에만 강제집행을 한 때에는 담보권자로서는 일부의 이시배당을 받아 최고액이 감축되는 외에는(근저당에 대하여 大判 2006.10.27., 2005다14502, 공보 2006, 1991 참조) 나머지 담보에 대해 확정을 회피할 정당한 이해관계를 가질 수도 있다. 이는 공동근저당의 경우에 이시배당이 있으면 공동근저당이 확정된다고 할 것인지의 논의와 궤를 같이 하는 것이지만, 동산담보권과 저당권의 차이에 따라 다른 결론을 인정할 여지도 없지는 않을 것이다.

29) 설정행위에 그러한 약정이 있는 경우에는 이를 등기해야 한다. 안형준 (주 5), 49면.

30) 저당권에 관하여 大判 1974.2.12., 73다298, 집 22-1, 30; 1981.11.10., 80다2757,2758, 집 29-3, 185 등 참조.

게 귀속하거나(귀속청산) 환가를 위해 매각된다(처분청산). 다만 과실이 임료 등 금전의 형태로 이미 수취된 때에는 이를 직접 피담보채권의 변제에 충당할 수 있다고 할 것이다.<sup>31)</sup>

(나) 동산담보권은 물상대위에 의해 목적물의 가치대위물에도 효력을 미칠 수 있다. 즉 동산담보권은 담보목적물의 매각, 임대, 멸실, 훼손 또는 공용징수 등으로 인하여 담보권설정자가 받을 금전이나 그 밖의 물건에 대하여도 행사할 수 있으며, 이 경우 그 지급 또는 인도 전에 압류하여야 한다(담보 제14조).

동산담보권이 설정된 경우 통상 담보목적물의 점유는 설정자에게 있게 될 것이다. 그러한 경우 물상대위권의 목적인 권리(손해배상청구권, 보험금청구권 등)의 제3채무자는 담보권의 존재를 알지 못하고 설정자에게 변제를 하여 나중에 담보권자와의 관계에서 이중변제 위험에 빠질 우려가 있다. 담보권등기가 존재한다고 하더라도 부동산등기와는 달리 모든 권리관계를 공시하는 일반적인 등기부는 아니므로, 제3채무자로서는 담보권등기가 있다는 사실을 모를 수도 있다(아래 III. 2. (4) 참조). 그러므로 설정자가 담보목적물을 점유하는 동산담보권의 경우 “지급 또는 인도 전에 압류”는 제3채무자의 이중변제 위험을 예방하는 기능을 수행한다.<sup>32)</sup> 그러므로 압류가 있기 전에 제3채무자에게 변제를 한 때에는 그는 담보권자에 대한 관계에서 면책된다.

물상대위에 의해 만족을 받고자 하는 동산담보권자는 대위목적채권을 압류하여 전부 받아 피담보채권의 만족을 받을 수 있고, 이미 대위목적채권에 강제집행절차가 진행 중인 때에는 배당요구종기까지 배당을 요구하여 우선변제를 받을 수도 있다(민집 제273조 제2항, 제3항).<sup>33)</sup> 담보권자는 후자의 방법에서 설정자의 다른 채권자의 압류를 전제로 배당을 요구하여 만족을 받을 수 있으므로, 반드시 스스로 압류를 할 필요는 없다고 해석된다.<sup>34)</sup> 제3채무자의 이중변제위험을 저지하는 한도에서는 다른 채권자의 압류이더라도 충분하다.<sup>35)</sup>

(다) 저당권자의 물상대위와 비교할 때 특징적인 사항은 손해배상청구권이나 보

31) 저당권에 관하여 서울동부지판 2007.4.24., 2006가단62400, 각공 2007, 1875 참조.

32) 그 한도에서 저당권에서의 물상대위와는 다소 차이가 있다. 저당권에서 제3채무자는 등기부를 통해 권리자를 확인할 수 있으므로 이중변제 위험으로부터 보호받을 이유는 없다. 저당권자의 물상대위에서 압류의 의미에 대해서는 김형석, “저당권자의 물상대위와 부당이득”, **서울대학교 법학**, 제50권 제2호, 2009, 539-540면. 529면 이하 참조.

33) 저당권에 관하여 大判 1994.11.22., 94다25728, 공보 1995, 71.

34) 저당권에 관하여 김형석 (주 32), 539-540면 참조.

35) 同旨: 안형준 (주 5), 57면.



협금청구권 같이 목적물 그 자체에 갈음하는 대위물(이른바 *lucrum ex re*) 뿐만 아니라 목적물 소유자의 법률행위(매매, 임대)에 의하여 발생한 대위물(이른바 *lucrum ex negotiatione*)에 대해서도 물상대위를 인정하고 있다는 것이다.

담보권의 목적물이 동산이라는 특성을 고려할 때 매매의 경우에 물상대위를 인정하는 것은 합리적이라고 생각된다. 등기된 저당권에서와는 달리 담보권자는 자신의 담보권을 추급할 수 없는 경우가 있기 때문이다. 예를 들어 설정자가 담보권이 설정된 동산을 제3자에게 양도하여 선의취득시키는 경우, 담보권자는 상실한 담보목적물 대신 설정자가 제3자에 대하여 가지는 매매대금채권에 대하여 물상대위를 할 이해관계가 있다. 그러므로 담보권자는 법률에 따라 이에 대해 물상대위권을 행사할 수 있다고 할 것이다. 더 나아가 제3자가 악의여서 선의취득이 좌절된 경우에도, 담보권자는 제3자에 대해 담보권을 추급할 수 있을 것이지만, 담보권을 행사하여 관철하기 곤란한 사정이 있는 때에는 설정자에 대해 물상대위권을 행사할 이해관계가 있다. 예를 들어 악의로 담보목적물을 양수한 제3자가 동산을 은닉하여 담보권자가 반환청구권(담보 제19조)을 실효적으로 행사하기 어려운 경우가 그러하다. 그러한 경우에도 설정자의 매매대금채권이 “담보목적물의 매각 [...]으로 인하여 담보권설정자가 받을 금전”(담보 제14조)에 해당함은 의문이 없으므로 물상대위를 인정할 것이다.

반면 임대의 경우는 문제가 없지 않다. 이는 설정자가 담보권이 설정된 동산(예컨대 공업기계)을 제3자에게 임대한 경우 담보권자는 설정자의 제3자에 대한 차임채권에 대해 물상대위를 할 수 있다는 의미이다. 그런데 동산담보권이 실행된 이후에는 법률(담보 제11조)에 따라 차임채권에 담보권의 효력이 미치므로, 차임채권에 대한 물상대위는 논리필연적으로 담보권이 실행되기 이전에만 가능하다. 그러므로 이에 의하면 채무자의 채무불이행이 있는 경우에 담보권자는 동산담보권을 실행하지 않고 임대차관계를 존속시키면서 설정자의 차임채권에 물상대위권을 행사하여 만족을 받을 수 있다.<sup>36)</sup> 이러한 결과가 동산담보권자에게 유리한 것은 틀림없으나,<sup>37)</sup> 저당권에서 차임채권에 대한 물상대위나 강제관리가 인정되지 않는 것과 비교할 때 균형을 상실한 것은 아닌지 의문이 없지 않다. 다만 동산의 경우 부동산과는 달리 용익에 따른 가치의 감가상각이 상대적으로 크기 때문에 이를 상

36) 저당부동산 임대의 경우 물상대위를 인정하는 일본법의 상황에 대해 김형석 (주 32), 507-508면 참조.

37) 입법관여자는 이러한 규정을 담보권의 강화라는 관점에서 설명한다. 김재형 (주 5), 30면.

쇄한다는 의미에서 임대의 경우에도 물상대위를 인정하였다고 볼 여지는 있을 것이다.

#### 4. 동산담보권의 내용

##### (1) 동산담보권의 성질

동산담보권은 채무자 또는 제3자가 제공한 담보목적물에 대하여 다른 채권자보다 자기채권을 우선변제 받는 것을 내용으로 하는 담보물권이다(담보 제8조). 법률은 동산담보권에 다른 담보물권과 마찬가지로 부종성·수반성·불가분성·물상대위성을 부여하고 있다.

(가) 동산담보권은 부종성이 있다. 피담보채권이 성립하지 않으면 동산담보권도 성립하지 않으며, 피담보채권이 소멸한 때에는 동산담보권도 소멸한다(담보 제33조, 민법 제369조). 동산담보권이 실행되는 경우에도, 피담보채권의 이행기가 도래하지 않았거나 그 행사에 대항사유가 있는 때에는 설정자는 경매개시절차에 이의를 신청할 수 있고(담보 제22조 제1항, 민집 제272조, 제265조)<sup>38)</sup> 실행을 위한 담보권자의 인도청구(담보 제25조 제2항)를 거절할 권리가 있다.

(나) 동산담보권은 수반성이 있다. 동산담보권은 피담보채권과 분리하여 타인에게 양도할 수 없다(담보 제13조). 다른 담보물권에서와 마찬가지로,<sup>39)</sup> 이 규정은 동산담보권이 피담보채권의 이전에 법률상 당연히 수반하여 이전한다는 의미로 이해할 것은 아니고, 피담보채권의 양도는 원칙적으로 동산담보권의 양도도 포함한다는 취지의 의사해석 규정으로 파악할 것이다. 그러므로 채권양도의 유효요건과 동산담보권양도의 유효요건은 각각 별도로 판단되어야 한다.<sup>40)</sup> 그 결과 채권의 귀속과 동산담보권의 귀속이 불일치하는 경우가 발생할 수 있는데, 그러한 경우 법률관계는 저당권의 경우에 준하여 해결해야 할 것이다. 그러므로 예를 들어 채권은 양수인에게 이전하였으나 동산담보권은 양도인에게 머물러 있는 경우, 채권은 대항요건 구비에 따라 행사될 수 있으나 동산담보권은 피담보채권이 없이 휴면상태에 들어가므로 이를 행사할 수 없다.<sup>41)</sup>

38) 저당권에 관하여 大決 1973.2.26., 72마991, 집 21-1, 94 참조.

39) 저당권에 관하여 大判 2003.10.10., 2001다77888, 공보 2003, 2164; 전세권에 관하여 大判 1997.11.25., 97다29790, 공보 1998, 3 등 참조.

40) 안형준 (주 5), 54면도 같은 취지로 보인다.

41) 위 大判 2003.10.10. (주 39).

(다) 동산담보권은 불가분성이 있다. 담보권자는 채권 전부를 변제받을 때까지 담보목적물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다(담보 제9조). 목적물이 집합 동산인 때에는 가분성을 인정하는 것이 공평해 보이는 경우도 없지 않겠지만, 담보권의 효력을 확보하기 위해서는 불가분성을 인정하는 것이 불가피하다고 하겠다.

(라) 동산담보권은 물상대위성이 있다(담보 제14조). 이에 대해서는 이미 언급하였다(앞의 II. 3. (2) (나), (다) 참조).

### (2) 동산담보권의 순위

(가) 동일한 동산에 다수의 동산담보권이 설정된 경우 그들 사이에 순위가 문제되는데, 이에 대해서는 물권법상 우선주의가 그대로 타당하다. 즉 동일한 동산에 설정된 동산담보권의 순위는 등기의 순서에 따른다(담보 제7조 제2항).

(나) 그런데 동산담보권이 도입되어도 기존의 담보제도가 병존하기 때문에, 동일한 동산에 동산담보권과 기존의 동산담보가 함께 설정될 수도 있다. 따라서 하나의 동산에 대하여 민법상의 인도와 담보등기가 있는 때에는 그 순위를 정할 필요가 생긴다. 예를 들어 동산담보권을 설정한 다음 그 동산을 민법에 따라 입질하였으나 질권자가 선의취득(담보 제32조 참조)은 하지 않은 경우가 그러하다. 이에 대해 법률은 여기서도 물권법상 우선주의를 관철한다. 따라서 동일한 동산에 관하여 담보등기부의 등기와 인도(간이인도, 점유개정, 목적물반환청구권의 양도 포함)가 행하여진 경우에 그에 따른 권리 사이의 순위는 법률에 다른 규정이 없으면 그 선후에 따른다(담보 제7조 제3항). 담보등기의 우선은 인정되지 않는다.<sup>42)</sup>

### (3) 담보권자의 권리

(가) 담보등기부는 인적편성주의를 채택하여 담보권이 설정된 동산의 권리상태를 특정하여 공시하지 않는다(앞의 I. 3. (3) 참조). 또한 동산은 그 성질상 이동이 자유로워 반출이나 은닉이 어렵지 않으며, 감가상각의 폭이 부동산에 비해 상대적으로 크다. 그러므로 동산담보권이 설정된 경우 담보권자는 구체적으로 어떠한 동산이 자신의 담보목적물인지, 그리고 그 관리 상태는 어떠한지 등에 대해 확인을 하고자 하는 이해관계가 있다. 특히 내용이 변동하는 집합동산에 담보권이 설정된 경우에는 거래의 성질상 담보목적물은 유입과 반출을 거듭하는 유동상태에 있게 되므로 담보권자의 확인의 필요는 더욱 절실할 수 있다.

42) 안형준 (주 5), 44면.

이러한 담보권자의 이익을 고려하여 법률은 담보권설정자에게 담보권자의 현황 조사를 인용할 의무를 부과하고 있다. 담보권설정자는 정당한 사유 없이 담보권자의 담보목적물에 대한 현황조사를 거부할 수 없으며, 그 경우 담보목적물의 현황을 조사하기 위하여 약정에 따라 전자적으로 식별할 수 있는 표지를 부착하는 등 필요한 조치를 할 수 있다(담보 제17조). 그러므로 담보권자는 설정자에 대하여 현황 조사를 인용할 것을 청구할 권리가 있고, 설정자가 이를 거부하는 경우 간접강제(민집 제261조)에 의해 이를 강제할 수 있으며, 채무자가 유책하게 현황조사를 거부하여 담보권자가 손해를 입은 때에는 그 배상을 청구할 수 있다(제390조).

더 나아가 채무자인 설정자가 현황조사를 정당한 이유 없이 거부하는 경우에는 기한의 이익을 상실하여 담보권자는 바로 동산담보권을 실행할 수 있다 할 것이다(제388조 제1호의 유추). 담보의 손상·감소·멸실(제388조 제1호)를 확인하기 위해 바로 현황조사가 필요한 것인데 채무자인 설정자가 이를 정당한 이유 없이 거부한다면 그러한 기한의 이익 상실을 주장할 채권자의 권리는 실현되기 어렵다. 그러므로 정당한 이유 없는 현황조사 거부는 담보의 손상 등과 동일하게 취급되는 것이 타당하고, 그 경우 제388조 제1호를 유추해야 한다고 생각된다.

(나) 담보권자는 담보목적물을 점유한 자에 대하여 담보권설정자에게 반환할 것을 청구할 수 있다(담보 제19조 제1항). 예를 들어 제3자가 설정자 점유의 담보목적동산을 절취한 경우, 담보권자는 이를 설정자에게 반환할 것을 청구할 수 있는 것이다. 설정자가 담보목적물을 반출하여 양도한 경우에도 양수인이 선의취득을 하지 않는 한(담보 제32조, 민법 제249조) 마찬가지이다. 또한 담보권자가 담보목적물을 점유할 권원이 있거나 담보권설정자가 담보목적물을 반환받을 수 없는 사정이 있는 경우에 담보권자는 담보목적물을 점유한 자에 대하여 자신에게 담보목적물을 반환할 것을 청구할 수 있다(담보 제19조 제2항).

그러나 이들 경우에도 점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 경우에는 반환을 거부할 수 있다(담보 제19조 제3항). 예를 들어 담보권이 설정된 동산을 설정자가 제3자에게 임대한 경우, 그것이 담보약정에서 정해진 설정자의 사용수익권능을 일탈하지 않은 이상 담보권자는 임차인에 대해 그 물건을 설정자에게 반환할 것을 청구할 수는 없다. 앞서 살펴본 바와 같이, 이때에는 담보권자의 물상대위의 문제만이 남는다(앞의 II. 3. (2) (나), (다) 참조).

(다) 담보권자는 동산담보권을 방해하는 자에게 방해의 제거를 청구할 수 있고, 동산담보권을 방해할 우려가 있는 행위를 하는 자에게 방해의 예방이나 손해배상

의 담보를 청구할 수 있다(담보 제20조). 여기서 동산담보권을 방해한다는 것은 담보권자가 담보목적물의 환가를 통해 원만한 가치를 회수하게 하는 것을 어렵게 하는 행위를 말한다.<sup>43)</sup> 예를 들어 설정자 또는 제3자가 담보권이 설정된 집합동산을 반출하는 행위를 반복적으로 하는 경우, 설정자 또는 제3자가 담보목적물을 멸실·손상시키는 경우, 설정자가 약정에 따라 부착한 식별표지(담보 제17조 제1항 참조)를 제거하는 경우 등이 이에 해당할 것이다.

그러나 저당권에서와 마찬가지로, 그러한 방해가 위법해야 비로소 담보권자는 방해배제청구권을 행사할 수 있다.<sup>44)</sup> 여기서 담보약정에서 정한 내용이 중요한 의의를 가진다. 우선 담보목적물을 설정자가 사용수익하기로 정해진 경우, 설정자의 통상의 용법에 따른 사용수익에 수반하는 가치저하는 위법성이 없어 담보권자는 그에 대해 방해배제를 청구할 수 없다. 예를 들어 담보권이 설정된 공장기계를 설정자가 계속 사용하여 제품을 생산하는 경우, 통상 발생하는 마모 등 가치저하는 담보권자가 수인해야 한다. 설정자가 그의 권한 내에서 기계를 임대한 경우에도 마찬가지이다. 더 나아가 담보약정에서 이른바 가공조항(Verarbeitungsklausel)이 있는 경우에는 설정자는 적법하게 담보목적물에 부합·가공 등을 할 수 있고 이로써 담보권을 침해·소멸시키는 행위도 할 수 있다. 이는 특히 원자재·원료·부품 등의 집합동산에 담보권을 설정한 경우에 그러하다. 그러한 경우 설정자는 담보권이 설정된 동산을 부합·가공하여 완제품을 제조한 다음 이를 반출·판매하여 자금을 확보하고, 그 자금으로 원자재 등을 조달하여 다시 담보목적물로 제공한다. 그러므로 이렇게 가공조항이 있는 때에는 설정자가 제조과정에서 행하는 담보권 침해는 위법성이 없어 방해배제를 할 수 없고, 또한 완제품에 담보권이 존속하더라도(제257조, 제259조 참조) 이를 반출·판매하는 행위 역시 위법성이 없어 방해배제의 대상이 되지 않는다고 해야 한다.

(라) 담보권설정자에게 책임 있는 사유로 담보목적물의 가액이 현저히 감소된 경우에는 담보권자는 담보권설정자에게 그 원상회복 또는 적당한 담보의 제공을 청구할 수 있다(담보 제17조 제2항). 담보권 설정자의 유책한 사유로 담보권 침해가 있는 경우에, 담보권자는 불법행위에 의해 손해배상을 청구할 수 있을 것이지

43) 김재형, “저당권에 기한 방해배제청구권의 인정범위: 독일민법과의 비교를 중심으로”, **저스티스**, 제85호, 2005, 113면 참조.

44) 양창수, “토지저당권에 기한 방해배제와 건물신축행위의 중지청구”, **법률신문**, 제3479호, 2006, 15면 참조.

만(제750조), 이는 금전배상에 그친다(제394조). 그러나 담보권자로서는 담보목적물의 상태를 원상으로 회복하거나 담보목적물을 보충·대체하여 신용관계를 유지하는 것이 그의 이익에 부합할 수 있다. 그래서 법률은 저당권(제362조)에 준하여 원상회복 또는 적당한 담보의 청구를 인정하고 있는 것이다.

(마) 설정자가 담보목적물을 점유하고 있는 경우, 설정자의 채권자가 이를 압류하여 강제집행을 시도하는 사안이 있을 수 있다. 그러한 경우 담보권자는 제3자의 의의 소(민집 제48조)를 제기하여 집행을 배제할 수 있는가 아니면 배당을 요구(민집 제217조)하여 우선변제를 받음에 그치는가? 동산담보권자는 신용·담보관계를 지속하여 이자를 수수할 이해관계를 가지고 있고, 설정자 역시 영업 등을 지속할 이해관계가 있으므로,<sup>45)</sup> 이러한 관점에서는 제3자 이익에 의해 집행을 배제하는 것이 유리하다. 그러나 해석상 제3자의 의의 소를 부여할 수는 없다고 생각된다. ① 우리나라의 법률이 정하는 담보물권들에서는 담보권자의 신용관계 지속에 대한 이해관계를 고려하지 않고 우선변제를 받음에 그치도록 하고 있으며(예컨대 저당권에 대하여 민집 제91조 제2항 참조), 예외는 판례상 완전한 권리가 이전되는 양도담보에 한정되고 있다.<sup>46)</sup> ② 동법 역시 사적 실행의 경우에만 선순위자의 권리가 존속한다고 하여(담보 제24조) 반대해석상 경매절차에서는 선순위담보권의 소멸을 전제로 하고 있다고 보인다. ③ 그리고 동산담보권자가 “법률에 따라 우선변제 청구권이 있는 채권자”(민집 제217조)임은 문언상 명백하다. 그렇다면 이러한 점들을 고려할 때 담보권자는 강제집행절차에서 배당을 요구하여 우선변제를 받을 수 있음에 그치고, 제3자 이익의 소는 제기할 수 없다고 해석해야 할 것이다.<sup>47)</sup>

45) 동산양도담보에 대하여 김형석, “강제집행·파산절차에서 양도담보권자의 지위”, **저스티스**, 제111호, 2009, 82-84면 참조.

46) 大判 1971.3.23., 71다225, 집 19-1, 243; 1994.8.26., 93다44739, 공보 1994, 977. 자세한 것은 김형석(주 45), 82면 이하 참조.

47) 그런데 유동하는 집합동산에 담보권을 설정하는 담보약정에서 설정자가 담보목적물을 점유하고 사용수익하면서 정상영업에 따라 처분할 수도 있다고 약정된 경우, 설정자의 다른 채권자가 담보목적물을 압류하여 강제집행을 하더라도 그것이 설정자의 통상적인 영업범위 내에 있다고 볼 수 있는 때에는 담보권자의 배당요구를 제한해야 하는 것은 아닌지 의문이 제기될 수 있다. 즉 담보권자가 사소한 강제집행을 이유로 담보권을 실행하는 것이 부당하게 보이는 사안도 있을 수 있는 것이다. 실제로 설정자가 담보약정에 좇아 담보목적물을 처분하여 취득한 금전으로 채무를 변제하는 경우와 동일시 할 수 있을 정도의 강제집행이라면 그렇게 보는 것이 타당할 수 있을지도 모른다. 그러나 그러한 판단은 거의 항상 사후적으로만 명확한 것이어서 담보권자로서는 자신의 담보권을 행사할 이해관계가 있다고 할 것이고, 또한 담보권자가 당해 목적물에 동산담보권을 가지고 있는 것도 부정할 수 없다. 그리고 이후 추가적인 압류나 배당

그러나 담보권의 효력이 미치는 종물이나 과실(담보 제10조, 제11조)에 대해 압류가 있는 경우에는 저당권에서와 마찬가지로<sup>48)</sup> 담보권자는 제3자이의의 소를 제기할 수 있음은 물론이다. 또한 설정자가 아닌 제3자(예를 들어 담보목적물의 임차인)가 담보목적물을 점유하고 있는 경우, 그것이 제3자의 책임재산에 속하지 않음은 당연하다. 그러므로 그 제3자의 채권자가 담보목적물에 강제집행을 시도하는 경우에도 담보권자는 제3자이의의 소를 제기하여 집행을 배제할 수 있다.

(바) 동산담보권자는 회생절차에서 회생담보권자로, 파산절차에서는 별채권자로 취급된다(「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」로 개정된 회파 제141조 제1항, 제411조).

#### (4) 담보목적물의 점유

(가) 담보목적물의 점유 및 사용수익 관계는 담보약정에 의해 정해진다. 동산담보의 특성상 점유 및 사용수익이 설정자에게 있는 것이 일반적일 것이지만, 당사자들이 약정으로 담보권자에게 점유할 권리를 부여할 수 있음은 물론이다(담보 제18조 제2항, 제25조 등 참조).

(나) 담보권자가 담보목적물을 점유하는 경우에는 그는 피담보채권을 전부 변제받을 때까지 담보목적물을 유치할 수 있다(담보 제25조 제1항 본문). 다만 선순위권리자에게는 대항하지 못한다(동항 단서). 그러므로 채권자가 담보목적물을 점유하는 때에는 질권에서와 마찬가지로 유치적 효력이 인정되어 간접적으로 우선변제를 유도할 수 있다. 그러한 경우 담보권자는 선량한 관리자의 주의로 담보목적물을 관리해야 한다(동조 제3항).

(다) 설정자가 담보목적물을 점유하는 경우, 그는 양도담보에서처럼 담보목적물의 가치를 유지할 의무를 부담한다고 할 것이므로 목적물에 비용을 지출하여도 원칙적으로 그 상환을 청구할 수 없다. 반대로 담보권자가 담보목적물을 점유하면서 비용지출을 한 경우에는 유치적 효력과 관련해 이익상황이 질권과 유사하므로 민법 제325조에 따라 비용상환을 규율하는 것이 타당할 것이다(제343조, 제325조).

---

요구가 있을 가능성도 배제할 수 없다. 그러므로 원칙적으로 담보권자는 설정자가 점유하는 담보목적물에 대해 강제집행이 있으면 배당을 요구할 수 있다고 할 것이고, 다만 명백히 부당한 경우는 권리남용(제2조)에 해당한다고 하면 충분할 것이다.

<sup>48)</sup> 곽윤직, **물권법**, 제7판, 2002, 356면; 이시윤, **신민사집행법**, 제3판, 2006, 206-207면 등 참조.

## 5. 동산담보권의 실행

### (1) 실행방법 개관

(가) 동산담보권의 실행은 경매가 원칙이지만(담보 제21조 제1항), 정당한 이유가 있는 경우에는 사적 실행이 허용된다(동조 제2항 본문). 사적 실행의 방법으로는 담보권자가 담보목적물을 직접 변제에 충당하는 귀속청산과 담보목적물을 매각하여 그 대금을 변제에 충당하는 처분청산을 모두 인정하고 있다(담보 제21조 제2항 본문). 다만 사적 실행을 하기 위해서는 정당한 이유가 있어야 한다. 예를 들어 목적물의 가치가 적어 많은 비용을 들여 경매하는 것이 불합리한 경우, 경매를 하면 정당한 가격을 받기 어려운 사정이 있는 경우, 공정시세가 있어 경매에 의하지 않더라도 공정한 값을 산출할 수 있는 경우 등이 그에 해당할 것이다.<sup>49)</sup> 그러나 선순위담보권자가 있는 경우에는 후순위담보권자가 사적 실행을 하면 선순위담보권자의 이익이 침해될 수 있기 때문에, 그러한 때에는 선순위담보권자의 동의를 받은 때에 한하여 사적 실행을 할 수 있다(담보 제21조 제2항 단서). 여기서 선순위권리자는 담보등기부에 등기되어 있거나 선순위 질권자 등 담보권자가 알고 있는 경우에 한정된다(담보 제21조 제2항).<sup>50)</sup>

(나) 그 밖에 담보권자가 담보목적물을 점유하는 경우 담보권자는 담보목적물의 과실을 수취하여 다른 채권자보다 먼저 그 채권의 변제에 충당할 수 있다(담보 제25조 제4항 본문). 다만 과실이 금전이 아닌 경우에는 그 과실을 경매하거나(담보 제21조) 그 과실로써 직접 변제에 충당하거나 그 과실을 매각하여 그 대금으로 변제에 충당할 수 있다(담보 제4항 단서). 이는 질권에서와 같다(제343조, 제323조).

(다) 동산담보권 실행에 관하여 유담보약정은 허용된다. 이는 당사자들의 다양한 이해관계에 쫓아 담보권의 실행에서 당사자들의 자치를 허용하기 위한 것이다.<sup>51)</sup> 따라서 담보권자와 담보권설정자는 법률이 정하는 실행절차와 다른 내용의 약정을 할 수 있다(담보 제31조 제1항 본문). 예를 들어 당사자들은 사적 실행을 원칙적인 실행방법으로 약정할 수 있다(담보 제21조 제2항 참조). 그러나 사적 실행의 경우 담보권자의 통지의무 및 청산기간(담보 제23조 제1항)을 배제하는 유담보약정은 효력이 없다(담보 제31조 제1항 단서). 이는 사적 실행을 위한 최소한의 절차로서 유지하도록 한 것이라고 한다.<sup>52)</sup> 그 밖에 유담보약정에 의하여 다른 이해관계인의

49) 김재형 (주 5), 32면.

50) 안형준 (주 5), 72면.

51) 김재형 (주 5), 33면.



권리를 침해할 수 없다(동조 제2항).

법률은 유담보약정으로 배제할 수 없는 사항을 규정하면서 담보권자의 청산금지급의무를 정하는 동법 제23조 제3항은 언급하지 않고 있다. 그러므로 원칙적으로 당사자들은 담보권자의 청산금지급의무를 면제하는 유담보약정도 할 수 있다고 할 것이다.<sup>53)</sup> 그런데 여기서 피담보채권이 소비대차에 의한 것이고 당사자들 사이에서 담보권자가 청산의무 없이 담보목적물의 소유권을 취득함으로써 실행하기로 약정한 경우, 그러한 약정이 원칙으로 돌아가 민법 제607조, 제608조에 따라 무효인 것은 아닌지 의문이 제기될 수 있다. 그런데 그러한 해석을 채택하면, 소비대차에 기한 피담보채권을 위해 청산의무 없는 귀속청산이 약정된 경우에만 유담보약정이 무효이고, 나머지 경우(예컨대 청산의무 없는 처분청산, 매매대금채권을 위한 청산의무 없는 귀속청산 등)에는 청산의무를 배제하더라도 이를 유효하다고 할 수밖에 없어 법적 취급에 균형이 상실된다.<sup>54)</sup> 그렇다면 동산담보권의 실행과 관련해 당사자들의 자치를 넓히고자 한 법률의 취지에 좇아 동법 제31조는 민법 제607조, 제608조에 대해서도 특별규정이라고 해석하여 소비대차채권을 위해 청산의무 없는 귀속청산이 약정된 경우에도 이를 유효하다고 해석하는 것이 타당할 것이다.

(라) 담보권자는 담보목적물로부터 변제를 받지 못한 채권이 있는 경우에만 채무자의 다른 재산으로부터 변제를 받을 수 있다(담보 제15조 제1항). 담보권자가 담보의 존재에도 불구하고 채무자의 일반재산에 먼저 집행을 함으로써 일반채권자를 해하는 결과를 예방하기 위한 규정이다(제340조, 제355조, 제370조 참조). 그러므로 담보권자가 채무자의 일반재산에 집행하는 때에는 채무자의 채권자는 집행에 대해 이의를 신청할 수 있다(민집 제16조). 그러나 담보목적물보다 먼저 다른 재산을 대상으로 하여 배당이 실시되는 경우에는 그러하지 아니하며, 그 경우 다른 채권자는 담보권자에게 그 배당금액의 공탁을 청구할 수 있다(동조 제2항).

## (2) 경매에 의한 실행

담보권자는 자기의 채권의 변제를 받기 위하여 담보목적물의 경매를 청구할 수

52) 김재형 (주 5), 33면.

53) 김재형 (주 5), 33면은 유담보약정을 금지하는 태도를 비판하면서, 폭리 또는 부당성 문제는 민법 제103조, 제104조에 의하여 개별적으로 심사할 수 있다고 한다.

54) 물론 양도담보나 가등기담보에서도 동일한 문제가 있으나, 이들은 법률에 명시적 근거 없이 당사자들의 계약으로 내용이 구성되는 담보제도이므로 제607조, 제608조 및 「가등기담보 등에 관한 법률」에 따라 그러한 결과를 수인해야 한다고 할 것이다.

있다(담보 제21조 제1항). 이것이 동산담보권의 원칙적인 실행방법이다. 동산담보권을 실행하기 위해 경매신청을 함에는 담보권이 있다는 것을 증명하는 서류를 제출해야 한다(담보 제22조 제1항, 민집 제264조). 집행권원은 요구되지 않는다. 담보 목적물을 담보권자나 제3자가 점유하고 있는 때에는, 담보권자가 목적물을 제출하거나 그 제3자가 압류를 승낙한 때에 경매가 개시하지만(담보 제22조 제1항, 민집 제271조),<sup>55)</sup> 담보권설정자가 담보목적물을 점유하는 경우에는 경매절차는 압류에 의하여 개시한다(담보 제22조 제2항). 설정자는 경매개시결정에 대하여 담보권이 없다는 사실 또는 소멸하였다는 사실을 주장하여 이의를 신청할 수 있다(담보 제22조 제1항, 민집 제272조, 제265조). 법률이 정하는 일정한 사유가 있으면 경매절차는 정지한다(담보 제22조 제1항, 민집 제272조, 제266조). 경매절차는 유체동산에 대한 강제집행의 절차에 따른다(담보 제22조 제1항, 민집 제272조).

### (3) 사적 실행

(가) 정당한 이유가 있는 경우 담보권자는 담보목적물로서 직접 변제에 충당하거나 담보목적물을 매각하여 그 대금을 변제에 충당할 수 있다(담보 제21조 제2항 본문). 다만 선순위권리자(담보등기부에 등기되어 있거나 담보권자가 알고 있는 경우로 한정한다)가 있는 경우에는 그의 동의를 받아야 한다(동항 단서). 한편 사적 청산에 착수하였더라도, ① 귀속청산의 경우 청산금을 지급하기 전 또는 청산금이 없는 경우 통지 후 1개월의 기간이 지나기 전, ② 처분청산의 경우에는 담보권리자가 제3자와 매매계약을 체결하기 전에 담보목적물에 대해 경매가 개시되는 경우에는 담보권자는 사적 실행을 중지해야 한다(담보 제23조 제5항). 그러한 경우 다른 이해관계인이 시도하는 집행절차가 존중되어야 할 뿐만 아니라, 담보권자도 그 경매절차에서 만족을 받을 수 있기 때문이다.

(나) 담보권자가 담보목적물로 직접 변제에 충당하거나 담보목적물을 매각하기 위해서는 그 채권의 변제기 후에 동산담보권 실행의 방법을 채무자 등(채무자, 물

55) 이것이 법률의 규정이지만, 문제가 없지는 않다. 현실에서는 드물겠지만 예를 들어 제1순위로 동산담보권이 설정된 다음 제2순위로 질권이 설정되어 질권자가 목적물을 점유하는 경우, 질권자가 동산담보권자의 압류를 거부하면 동산담보권자로서는 실행에 곤란을 겪게 되기 때문이다. 해석상 동산담보권자는 방해배제청구(담보 제20조)로서 질권자에게 압류를 승낙하는 의사표시를 구하는 소를 제기하여 압류를 관철할 수 있다고 하겠지만(제389조 제2항, 민집 제263조) 담보권자로서는 지나치게 번거롭다. 입법적 개선이 필요한 부분이라고 생각된다.

상보증인, 제3취득자를 말한다; 담보 제2조 제9호)과 담보권자가 알고 있는 이해관계인(담보 제2조 제10호)에게 통지하고, 그 통지가 채무자 등과 담보권자가 알고 있는 이해관계인에게 도달한 날부터 1개월이 지나야 한다(담보 제23조 제1항 본문). 다만 담보목적물이 멸실 또는 훼손될 염려가 있거나 가치가 급속하게 감소될 우려가 있는 경우에는 그러하지 아니하다(동항 단서). 그러한 통지에는 피담보채권의 금액, 담보목적물평가액 또는 예상매각대금, 담보목적물으로써 직접 변제에 충당하거나 담보목적물을 매각하려는 이유를 명시하여야 한다(동조 제2항).

(다) 귀속청산의 경우 담보권자는 담보목적물의 평가액에서 그 채권액을 뺀 금액(청산금)을 채무자에게 지급할 의무가 있다(담보 제23조 제3항 제1문). 이 경우 담보목적물에 선순위의 동산담보권 등이 있을 때에는 그 채권액을 계산할 때 선순위의 동산담보권 등에 의하여 담보된 채권액을 포함한다(동항 제2문). 담보권자는 청산금을 채무자 등에게 지급한 때에 담보목적물의 소유권을 취득한다(동조 제4항). 그러므로 설정자가 목적물을 점유하는 사안에서 담보권자가 청산금을 지급하지 아니하고 목적물의 인도를 청구하는 경우, 설정자는 여전히 소유자로서 담보약정에 따라 목적물을 점유할 수 있고 청산금을 지급받을 때까지 인도를 거절할 수 있다. 여기서 청산금지급의무와 목적물인도의무는 동시이행관계에 있다고 보는 것이 상당하다(가담 제4조 제3항 참조). 반면 담보권자가 목적물을 점유하고 있더라도 청산금을 지급하지 않는 한 소유권은 여전히 설정자에게 있으므로, 채무자 등은 피담보채무액을 담보권자에게 지급하고 담보등기의 말소를 청구할 수 있다(담보 제28조 제1항).

(라) 처분청산의 경우 담보권자는 우선변제를 위해 담보목적물을 매각해야 한다. 담보권자가 목적물을 점유하고 있는 때에는 문제가 없다. 반면 설정자가 목적물을 점유하고 있는 경우에는 담보권자는 채무자 등에게 담보목적물의 인도를 청구할 수 있다(담보 제25조 제2항). 그 다음 담보권자는 선량한 관리자의 주의의무로 목적물을 매각해야 하고, 매각대금에서 피담보채권액을 뺀 금액(청산금)을 채무자 등에게 지급해야 한다(담보 제23조 제3항 제1문). 이 경우에도 담보목적물에 선순위의 동산담보권 등이 있을 때에는 그 채권액을 계산할 때 선순위의 동산담보권 등에 의하여 담보된 채권액을 포함한다(동항 제2문). 담보약정에 따라 담보목적물 소유자인 설정자의 처분수권(Verfügungsermächtigung)이 있다고 해야 하므로, 무권리자인 담보권자로부터 목적물을 양수한 매수인이더라도 유효하게 소유권을 취득한다. 담보권자의 매각으로 채무자 등은 담보권자에 대해 청산금청구권을 취득한다.

그러나 채무자 등은 담보권자가 제3자와 매매계약을 체결하기 이전이라면 피담보 채무액을 담보권자에게 지급하고 담보등기의 말소를 청구할 수 있다(담보 제28조 제1항).

(마) 사적 실행에 의해 담보권자나 매수인이 담보목적물의 소유권을 취득하면 그 담보권자의 권리와 그에 대항할 수 없는 권리는 소멸한다(담보 제24조). 이 규정을 반대해석하면 담보권자의 권리보다 선순위자의 권리는 소멸하지 않는다. 즉 법률은 사적 실행의 경우에는 명시적으로 민사집행법상의 소제주의를 채택하지 않은 것이다.<sup>56)</sup> 따라서 담보권자(귀속청산의 경우)나 매수인(처분청산의 경우)은 선순위자의 권리의 부담이 존재하는 물건의 소유권을 취득한다. 경매절차와는 달리 사적 실행에서는 선순위권리자의 변제를 합리적으로 도모할 방법이 없다. 그러므로 법률은 이들 권리를 존속하게 하면서 선순위권리자의 채권액을 청산금에서 차감하게 하여(담보 제23조 제3항 제2문), 담보권자 내지 매수인이 그 액수만큼 적은 대가로 담보목적물의 소유권을 취득하도록 한다. 담보권자 내지 매수인으로서는 이로써 잔존하는 선순위권리의 부담을 경제적으로 상쇄받는 것이다. 선순위권리자로서는 담보목적물의 제3취득자가 발생하는 셈이지만, 자신의 담보권은 여전히 존속하고 있고 또한 동의에 의해 사적 실행을 가능하게 한 것이 바로 자신이므로(담보 제21조 제2항 단서) 특별히 불리한 것은 없다.

그러나 처분청산의 경우에는 문제의 소지가 없지 않다. 처분청산에 의해 선순위권리의 부담이 있는 담보목적물을 취득한 매수인은 자신이 담보권의 존재에 대해 선의·무과실임을 입증하여 선의취득으로 선순위권리가 소멸하였다고 주장할 수 있는가(담보 제32조; 아래 II. 6. (3) 참조)? 실제로 담보권자가 실행을 위한 매각에서 선순위권리의 존재를 묵비하여 매수인으로부터는 담보목적물의 시장가격을 전부 수취한 다음 선순위권리를 존재로 청산을 하여(담보 제23조 제3항 제2문) 그 차액을 사취하는 경우에 그러한 문제가 발생한다. 대답하기 쉽지 않지만, 선의취득의 요건이 충족되는 이상 이를 인정해야 할 것으로 생각된다. 일단 법률의 규정이 명백하게 선의취득의 가능성을 인정하고 있다(담보 제32조), 또한 선순위담보권자는 자신의 동의를 거부함으로써 처분청산을 저지할 수도 있었다(담보 제21조 제2항 단서) 그렇다면 선순위권리자로서는 처분청산에 동의를 함으로써 선의취득의 위험을 감수하였다고 보아야 할 것이다. 매수인이 담보목적물을 선의취득하는 때에는, 선순위권리자는 처분청산을 한 후순위권리자에 대하여 불법행위로 손해배상을 청

<sup>56)</sup> 김재형 (주 5), 34면.

구할 수도 있고(제750조), 선순위담보권 소멸로 취득한 금액을 부당이득으로 반환 청구할 수도 있다(제741조; 침해이득반환).

(바) 후순위권리자가 청산기간에 권리를 행사하는 절차에 관해서는 「가등기담보 등에 관한 법률」 제5조, 제12조에 상응하는 규정을 두고 있다. 후순위권리자는 청산금이 채무자 등에게 지급되기 전에 담보권자에게 채권에 기한 청산금의 지급을 요구할 수 있고(담보 제26조 제1항), 일정 기간 전에는 담보목적물의 경매를 청구할 수 있다(담보 제26조 제2항, 제23조 제5항, 제23조 제1항). 그러므로 후순위권리자는 사적 실행에 가담하여 변제를 받을 수도 있지만, 선순위 동산담보권자의 사적 실행에 동의하지 않는 경우에는 경매를 청구하여 이를 저지할 수도 있다. 그러한 경매청구가 있으면 담보권자는 사적 실행을 중지해야 한다(담보 제23조 제5항).

(사) 담보권자는 사적 청산과 관련해 분쟁이 있는 경우 청산금 또는 담보목적물의 평가액(귀속청산의 경우)·매각대금(처분청산의 경우)을 공탁하여 그로부터 벗어날 수 있다(가담 제8조 참조). 담보권자가 사적 실행 이후 담보목적물의 평가액·매각대금이 압류·가압류된 경우 또는 담보목적물의 평가액·매각대금에 관하여 권리를 주장하는 자가 있는 경우에는 담보권자는 그 전부 또는 일부를 공탁할 수 있다(담보 제27조 제1항 제1문). 이 경우 담보권자는 공탁사실을 즉시 담보권자가 알고 있는 이해관계인과 담보목적물의 평가액·매각대금 등을 압류·가압류하거나 그에 관하여 권리를 주장하는 자에게 통지하여야 한다(동항 제2문). 평가액·매각대금 등에 대한 압류·가압류가 있는 후 공탁이 이루어진 때에는 채무자 등의 공탁물출급청구권이 압류·가압류된 것으로 간주된다(동조 제2항). 담보권자는 공탁금의 회수를 청구할 수 없다(동조 제3항).

#### (4) 이의신청

이해관계인은 담보권자의 위법한 동산담보권 실행에 대해 이의를 신청할 수 있다. 즉 이해관계인은 경매에 의한 실행의 경우에는 민사집행법이 정하는 절차에 따라 이의를 신청하고(담보 제30조 제3항), 사적 실행의 경우에는 법원에 가처분을 신청하는 방법으로 이의를 신청할 수 있다(동조 제1항, 제2항).

#### (5) 공동담보

(가) 법률에 의하면 동산담보권에서도 공동담보가 가능하다. 즉 동일한 채권의 담보로 여러 개의 담보목적물에 동산담보권을 설정할 수 있다(담보 제29조 제1항

참조). 실제로 개개 동산만으로는 담보력이 충분하지 않은 경우가 많으므로 공동담보는 매우 자주 성립할 것으로 예상된다. 관점에 따라서는 집합동산에 담보권을 설정하는 경우에도 하나의 설정행위 및 등기로 담보권을 설정하고 목적물인 집합동산 전체를 하나의 단위로 환가할 것이 상정되어 있는 경우에는 굳이 공동담보로 취급하지 않아도 된다고 생각할 수도 있겠지만, 이는 그렇지 않다. 일물일권주의에 따라 어디까지나 담보권은 집합물이 아닌 개개의 목적물에 설정되어 있는 것일 뿐만 아니라,<sup>57)</sup> 경제적으로 한 단위로 파악된 집합동산이더라도 그 일부만이 환가될 가능성은 존재하기 때문이다. 예를 들어 설정자의 채권자가 담보목적물인 집합동산의 일부를 압류하자 담보권자가 집행절차에서 배당을 요구한 경우(앞의 II. 4. (3) (마) 참조), 담보권자가 피담보채권액에 상응하는 집합동산의 부분에 대해서만 담보권을 실행한 경우 등이 그러하다. 그러한 경우에는 실행된 담보목적물의 후순위권리자의 보호의 문제가 바로 등장하는 것이고, 결국 이는 공동담보의 문제에 다름 아니다.<sup>58)</sup>

(나) 공동의 동산담보권은 동일한 피담보채권을 담보하기 위하여 여러 개의 담보목적물에 동산담보권이 설정되면 성립한다. 공동저당과 마찬가지로 동산담보권들이 동시에 설정될 필요는 없다. 여러 동산담보권들이 동일한 피담보채권을 위하여 순차적으로 설정되면 이로써 공동저당이 성립한다. 개별 동산담보권들의 순위가 같을 필요도 없다.

(다) 이렇게 동산담보권에 대해 공동담보가 설정된 경우, 법률관계는 공동저당(제368조)에 준하여 규율되어 있다. 즉 담보목적물의 매각대금을 동시에 배당할 때에는(동시배당) 각 담보목적물의 매각대금에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다(담보 제29조 제1항). 반면 담보목적물 중 일부의 매각대금을 먼저 배당하는 경우에는(이시배당) 그 대가에서 피담보채권의 전부를 변제받을 수 있다(동조 제2항 제1문). 그 경우 경매된 동산의 후순위담보권자는 선순위담보권자가 다른 담보목적물의 동산담보권 실행으로 변제받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위담보권자를 대위하여 담보권을 행사할 수 있다(동항 제2문). 공동으로 설정된 동산담보권이 사적으로 실행되는 경우에도 이상의 규율이 준용된다(동조 제3항 본문). 다만 각 담보목적물의 매각대금을 정할 수 없는 경우에는 담보권자의 통지(담보 제23조 제2

57) 양창수 (주 21), 418면.

58) 그러므로 “집합물이 하나의 독립된 물건으로 다루어질 수 있는 경우에는 공동담보 규정의 적용이 제한될 것”이라는 안형준 (주 5), 86면의 주장은 타당하지 않다.

항)에 명시된 각 담보목적물 평가액 또는 예상매각대금에 비례하여 그 채권의 분담을 정한다(담보 제29조 제3항 단서).

예를 들어 A 창고의 연필 전부(1,000개), B 창고의 연필 전부(1,000개)에 대해 갑이 을에 대해 1순위의 동산담보권을 설정하고, 그 다음에 A 창고의 연필 전부에 병을 위해 2순위의 동산담보권을 설정한 사안을 생각해 보자. 을의 피담보채권액이 80만원, 병의 피담보채권액이 60만원이고, 연필 하나의 가치가 1,000원이라고 할 때, 담보목적물을 전부 환가하는 동시배당에서는 갑은 A, B 창고에 있는 각 연필에 대하여 400원씩 배당을 받아야 하고(총액은  $400 \times 2,000 = 800,000$ ), 병은 A 창고에 있는 각 연필에 대하여 600원씩 배당을 받아야 한다(총액은  $600 \times 1,000 = 600,000$ ). 반면 갑이 A 창고의 연필들로부터 전액의 배당을 받는 이시배당에서는 을은 A 창고에서 각 연필에 대해 800원씩 배당을 받고(총액은 80만원), 병은 200원씩 배당을 받는다(총액은 20만원). 이 때 병은 B 창고에 있는 각 연필에 대하여 400원의 한도에서 갑이 가지고 있었던 1순위 동산담보권을 대위한다. 이 때 병은 을의 담보등기에 대해 부기등기를 하는 방식으로 자신의 대위를 공시할 수 있다고 할 것이다. 이러한 법률관계는 기본적으로 공동저당과 다르지 않다. 그러므로 여기서도 물상보증인이 제공한 담보목적물에 대해서는 후순위권리자가 대위할 수 없다고 해석해야 한다.<sup>59)</sup>

(라) 그러므로 법률은 공동저당에 관한 법리를 거의 그대로 동산담보권에 적용할 것을 예정하고 있다. 그런데 그 과정에서 여러 어려운 문제가 발생할 수 있다.

우선 앞의 예에서 동산담보권이 설정되어 있는 목적물이 유동하는 집합동산이라면 법률관계가 간단하지 않다. 제1순위 담보권을 설정하는 담보약정에서, 갑이 영업상 A, B 창고의 연필을 반출하여 처분할 수 있고, 이후 새로 취득하여 A, B 창고에 반입하는 연필에 을이 담보권을 취득한다고 정해진 경우를 생각해 보자. 을이 이시배당으로 A 창고의 연필들로부터 전액 만족을 받고 나면, 병은 B 창고의 연필들에 존재하는 을의 제1순위 담보권을 대위한다. 그런데 갑은 B 창고의 연필을 반출·양도하여 자금을 순환시킬 이해관계가 있어서 이전과 마찬가지로 이를 시도할 것이다.

<sup>59)</sup> 大判 1994.5.10., 93다25417, 집 42-1, 344. 양창수, “후순위저당권자 있는 공동저당부 동산에 대한 경매와 물상보증인의 지위”, **민법연구**, 제4권, 1997, 311면 이하; 김형석, “민법 제368조에 대한 단상”, **서울대학교 법학**, 제51권 제1호, 2010, 204면 이하 등 참조.

여기서 난점이 발생한다. 만일 병이 자신의 담보권에 기한 방해배제청구권을 행사하여 그러한 갑의 처분을 저지한다면(담보 제20조), 병은 갑에 심각한 경제적 타격을 입힐 수도 있고 경우에 따라 도산으로 내몰 수도 있다. 갑은 제1순위담보권을 설정할 때 자신의 정상영업을 배려하는 계약조항을 두었음에도 불구하고 예상하지 못한 경영상 불이익을 입게 된다. 이러한 사태는 갑으로 하여금 공동담보를 회피하게 하거나 공동담보가 있으면 후순위담보권 설정을 기피하게 할 것인데, 이는 동산에 등기담보권을 도입한 취지에 전혀 부합하지 않는다. 반대로 갑의 반출·처분을 허용한다면, 병은 자신의 담보를 상실하게 된다. 갑은 물론 이후 새로운 연필을 B 창고에 반입할 것이다. 그러나 병은 을의 담보권만을 대위하는 것이지(담보 제29조 제2항) 갑과 을의 담보약정에 당사자로 을의 지위를 갈음하는 것은 아니므로, 새로 반입된 연필에 대해서는 동산담보권을 취득할 수 없는 것이다.

이러한 결과는 불만족스럽다. 설정자 갑의 정상영업에 대한 이해관계를 배려하면서도 그에게 담보소멸이라는 예상하지 못한 이익을 안기지는 않으며, 후순위권리자 병의 담보 유지에 대한 이해관계를 존중하는 방법은, 갑이 취득하여 B 창고에 새로 반입하는 연필에 대해 병이 을과 마찬가지로 제1순위담보권을 취득하는 것밖에 없다. 이는 그 한도에서 병이 갑과 을 사이의 담보약정의 효력을 받게 됨을 의미한다. 이를 인정하는 명문의 규정은 없지만, 공동담보를 인정하는 법률의 취지를 고려할 때 이러한 해석은 불가피하다고 할 것이다.

(마) 후순위권리자가 이시배당을 이유로 공동담보권자의 담보권을 대위행사하는 경우, 실행방법은 어떻게 되는가? 법률은 동산담보권의 실행에 대해 경매를 원칙으로 하면서도 사적실행과 함께 유담보약정을 허용하므로, 실행방법의 ‘충돌’이 발생할 수 있다. 예를 들어 이시배당에 의해 선순위공동담보권자가 완전히 만족을 받은 경우, 후순위권리자는 선순위공동담보권자의 다른 동산담보권을 대위하여 단독으로 이를 실행할 수 있다. 앞의 예에서 병이 을의 B 창고의 연필에 대해 각 400원의 한도에서 제1순위 담보권을 실행할 수 있었던 것이 이에 해당한다. 그런데 갑과 을은 A, B에 보관된 연필에 대한 제1순위 담보권설정에서 처분청산을 하기로 약정하였고, 갑과 병은 A에 보관된 연필에 대한 제2순위 담보권설정에서 귀속청산을 약정하였다고 한다면, 병이 을의 제1순위 담보권을 대위행사할 때에는 어떠한 방법으로 실행을 할 수 있을 것인가? 이는 각각의 담보권이 다른 실행방법을 규정하고 있는 이상 필연적으로 발생하는 문제이다.

결론부터 미리 말한다면 그러한 경우에는 원칙으로 돌아가 경매에 의해 실행(담



보 제21조 제1항)을 해야 한다고 생각된다. 법률은 경매에 의한 실행을 원칙으로 규정하고 있는데, 이는 그것이 여러 이해관계인들의 이익을 가장 공정하게 보장할 수 있다고 상정하고 있기 때문이다. 그러한 의미에서 ‘정당한 이유’가 없는 경우에도 사적 실행을 원칙으로 하는 약정은 그 한도에서 유담보약정에 해당하여 다른 이해관계인의 권리를 침해하지 못하므로(담보 제31조 제2항), 당사자들이 서로 상이한 실행방법을 주장할 때에는 결국 경매에 의할 수밖에 없다. 더 나아가 법률은 사적 실행이 진행 중인 경우에도 일정 기간 내에 담보목적물에 대해 경매가 개시 되면 사적 실행을 중단할 것을 정하고 있는데(담보 제23조 제5항, 제26조 제2항), 이는 실행방법의 ‘충돌’ 시에는 경매가 우선함을 간접적으로 보이고 있는 것이기도 하다.

물론 병이 을의 담보권을 대위하여 승계한다는 관점을 고수한다면, 병은 을의 담보권의 내용을 받아들여야 하므로 갑과 을의 담보약정에 정해진 실행방법에 따라야 한다고 해석할 수도 있을 것이다. 그러나 이는 앞서 살펴본 바와 같이 이해관계가 상충할 때 유담보약정의 효력을 제한하는 법률(제31조 제2항)의 취지에 반한다. 물론 서로 상이한 종류의 동산에 공동담보권이 설정된 사안에서 그러한 해석이 일견 합리적으로 보이는 경우도 있을 수는 있다. 예를 들어 A, B 두 기계를 가진 갑이 B 기계의 환가가 경매에 부적합하다고 평가하여 을에게 사적 실행을 전제로 두 기계 모두에 제1순위 공동담보권을 설정한 다음, 병에게는 A에 대해 경매를 전제로 한 제2순위 담보권을 설정한 경우를 생각해 보자. 여기서는 갑과 을이 B 기계의 성질을 고려하여 합리적인 환가방법을 정하였으므로, 을의 담보권을 승계하는 병은 그에 따르는 것이 담보약정으로 이 점을 배려한 갑의 이익뿐만 아니라 자신의 이익을 위해서도 적절하다고 말할 수 있을 지도 모른다. 그러나 이는 결코 필연적이지 않다. 예를 들어 갑과 을이 약정한 사적 실행 방법이 귀속청산인 경우, 이는 을이 담보목적물 B의 소유권을 취득할 이해관계가 있기 때문이다. 그러나 병으로서 B를 취득하는 것에 아무런 이해관계가 없을 수 있으며, 그러한 경우에 갑과 을이 약정한 환가방법을 그에게 강제하는 것은 부당하다.

또한 다른 한편으로 병이 을의 담보권을 대위하는 것이기는 하지만, 그 실질은 병의 A에 대한 담보권 상실을 보상하기 위해 을의 담보권을 승계하는 것이므로, 병은 갑과 약정된 방법에 따라 실행하는 것에 정당한 이해관계가 있고, 갑 역시 이를 거부할 수 없다고 보는 관점도 있을 수 있다. 그러나 이 역시 타당하지 않다. 갑과 병이 약정한 실행방법은 어디까지나 A를 염두에 둔 것인데, 그것이 어떠한

이유로 다른 담보목적물인 B에 대해서도 타당하게 될 것인지 설명할 수 없기 때문이다.

결국 처음에 언급한 바와 같이 선순위 공동담보권과 후순위담보권의 실행방법이 다른 경우에는 원칙적이며 사적 실행에 우선하는 경매에 의하여 실행하는 것이 법률의 취지에 가장 부합하는 해석이라고 할 것이다. 다만 후순위권리자가 대위하는 선순위담보권의 실행방법에 따를 것을 설정자에게 통지한 때에는 설정자는 이를 거부할 이유가 없으므로 원래의 설정방법에 따라 환가할 수 있다고 할 것이다(담보 제31조 제2항 참조). 반면 설정자와 후순위권리자 사이에 사후 합의가 있는 경우 그 내용에 따른 방법으로 사적 실행을 할 수 있음은 물론이다.

이러한 결론은 공동담보권자와 후순위권리자 사이에 담보권의 준공유가 성립하는 경우에도 마찬가지라고 해야 한다. 앞의 A, B 두 창고에 보관된 연필의 예에서 연필 하나의 가치가 1,000원이 아니라 700원이라고 상정해 보자. 을이 이시배당으로 A 창고의 연필로부터 먼저 만족을 받는다면 그는 70만원을 변제받는다. 그렇다면 병은 B 창고의 각 연필에 대해 600원 한도에서 을의 제1순위 담보권을 대위하고, 을은 각 연필에 대해 100원의 한도에서 자신의 제1순위 담보권을 행사할 수 있다. 이 경우에도 선순위담보권과 후순위담보권에 예정된 실행방법이 서로 다르다면, 원칙적으로 경매에 의해 실행하는 것이 타당하다. 물론 이 때에도 병이 을의 담보권의 실행방법에 따를 것을 이해관계인인 갑과 을에게 통지한 때에는 선순위담보권의 실행방법에 의할 수 있다고 할 것이다(담보 제31조 제2항 참조).<sup>60)</sup> 더 나아가 갑, 을, 병 삼자가 합의로 다른 실행방법을 정할 수도 있다.

#### (6) 물상보증인과 제3취득자의 지위

(가) 물상보증인은 동산담보권의 실행으로 자신의 물건의 소유권을 상실할 위치에 있으므로 제3자로서 채무를 이행할 정당할 이익이 있다(제469조 제2항, 제481조). 물상보증인이 채무를 변제하거나 동산담보권의 실행으로 인하여 담보목적물의 소

60) 더 나아가 본문에서와 같이 선순위권리자와 후순위권리자가 담보권을 준공유하면서 사적 실행을 하는 경우에 권리행사 방법에 대해서도 해결되어야 할 문제들이 있다. 예를 들어 처분청산의 경우 인도청구(담보 제25조 제2항)는 누가 할 수 있는지, 설정자에 대한 청산금지금의무(담보 제23조 제3항)에 있어 두 사람은 어떠한 관계에 있는지 등의 의문이 발생하는 것이다. 논란이 있을 수 있으나, 후순위권리자의 대위가 있다고 해서 설정자의 지위가 약화되어서는 안 된다는 점, 담보권의 불가분성(담보 제9조) 등을 고려할 때 원칙적으로 불가분 채권채무관계가 성립한다고 해석해야 할 것이다.

유권을 잃은 때에는 민법의 보증채무의 규정(제441조, 제444조)에 따라 채무자에 대해 구상권이 있다(담보 제16조). 그러나 저당권에서와 마찬가지로<sup>61)</sup> 채무자의 부탁으로 물상보증인이 된 사람이더라도 사전구상권(제442조)은 없다고 할 것이다. 그리고 채무자에 대해 구상권을 가지는 한도에서 물상보증인은 변제할 정당한 이익이 있는 자로서 만족을 받은 채권자를 당연히 대위한다(제481조, 제482조 제1항).

(나) 담보목적물의 제3취득자도 물상보증인과 마찬가지로 제3자로서 채무를 이행할 정당한 이익이 있다(제469조 제2항, 제481조). 물론 선의취득을 한 제3취득자(담보 제32조 참조)는 동산담보권의 부담이 없는 소유권을 취득할 것이므로 이에 해당하지 않는다(아래 II. 6. (3) 참조). 제3취득자가 채무를 변제하거나 동산담보권의 실행으로 인하여 담보목적물의 소유권을 상실한 경우 제3취득자는 매도인인 설정자에 대하여 구상권을 가진다(제576조 제2항의 유추). 물론 매도인인 설정자와 매수인인 제3취득자 사이에 부담의 인수와 관련해 다른 약정이 있으면 구상권은 발생하지 않는다. 그리고 제3취득자는 변제할 정당한 이익이 있으므로 구상권이 발생하는 한도에서 만족을 받은 채권자를 당연히 대위한다(제481조, 제482조 제1항).

(다) 담보목적물의 제3취득자가 그 담보목적물의 보존·개량을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 경우에는 민법 제203조 제1항 또는 제2항에 따라 담보권자가 목적물을 실행하고 취득한 대가에서 우선하여 상환을 받을 수 있다(담보 제18조). 예를 들어 담보목적물에 소유권을 취득한 제3취득자가 담보목적물에 부합·가공하여 가치를 증가시킨 경우에 그러하다. 그러한 비용지출은 자기 소유물에 대한 것이어서 상환의 대상이 될 수 없으나 담보목적물의 가치의 유지·증가를 가져와 담보권자의 이익이 되므로 제3취득자에게 우선적으로 상환받을 권리를 부여하는 것이다(제367조 참조).<sup>62)</sup> 우선 동산담보권이 경매로 실현되는 경우 제3취득자는 배당요구를 하여 우선변제를 받아야 할 것이며(민집 제217조), 여기에는 아무런 문제가 없다. 그러나 담보권이 사적 실행되는 경우에는 제3취득자에게 우선변제를 보장하는 일은 쉽지 않다. 담보권자가 “목적물을 실행하고 취득한 대가”가 그의

61) 大判 2009.7.23., 2009다19802,19819, 공보 2009, 1483.

62) 안형준(주 5), 65-66면은 동산담보권 설정 이후에 질권을 설정받은 사람도 제3취득자로서 우선변제권이 있다고 한다. 그런데 이 경우 질권자는 설정자에 대해 비용상환청구권을 가지고 있고(제343조, 제325조), 그에 기하여 유치권을 행사하여 보호를 받을 수 있다. 그 결과 자기 물건의 소유자이어서 비용상환청구권도 없고 유치권도 가질 수 없는 제3취득자를 위해 우선변제권을 정하는 법률의 취지가 이 경우에는 타당하지 아니하다. 따라서 질권자는 제3취득자로서 우선변제권을 행사할 수는 없고 유치권을 행사하여 비용상환의 우선변제를 도모할 수 있다고 할 것이다.

재산에 혼화되는 이상 제3취득자의 상환청구권에 우선변제를 인정할 법률상·사실상의 방법이 존재하지 않기 때문이다. 그러한 경우에는 제3취득자는 단순히 담보권자에 대하여 채권적인 상환청구권을 가지는 것에 그치며, 담보권자의 다른 채권자와 경합하여 평등한 배당을 받을 수밖에 없다. 따라서 사적 실행의 경우 제3취득자의 비용상환 우선변제는 담보권자가 취득한 대가가 압류되는 등 그 특정성이 유지되는 경우에만 가능할 것이다. 그러므로 제3취득자로서는 예컨대 처분청산의 경우에 담보권자가 대가로 받은 금전이 재산에 혼화되기 전에 이를 압류하거나, 그 이전에 담보권자가 매각으로 취득한 매매대금채권을 압류하는 방법이 권장된다. 반면 귀속청산으로 담보권이 실행되는 경우에 제3취득자가 담보목적물을 점유하고 있다면 그는 청산금이 지급되었더라도 비용상환이 없다는 이유로 목적물의 인도를 거부함으로써 간접적으로 우선변제를 받는 효과를 누릴 수는 있을 것이다(담보 제23조 제3항; 앞의 II. 5. (3) (다) 참조).

## 6. 동산담보권의 소멸

(1) 동산담보권은 통상의 담보물권과 마찬가지로, 한편으로는 피담보채권의 소멸에 의해, 다른 한편으로는 목적물의 멸실에 의해 소멸한다(담보 제50조 제1항 참조). 후자의 경우에 물상대위가 가능하다는 것은 앞서 언급하였다(앞의 II. 3. (2) (나) 참조). 그 밖에 담보목적물이 다른 물건에 부합·혼화되거나 가공됨으로써 소유권이 상실되고(제257조 내지 제259조) 그에 수반하여 담보권이 소멸하는 경우도 있을 수 있다(앞서 II. 4. (3) (다)에서 언급한 바와 같이 그 경우 담보권 침해가 있는지 여부는 담보약정의 내용에 따른다).

또한 집합동산에 동산담보권이 설정된 경우에 담보약정에 정해진 설정자의 정상적인 영업에 따라 담보목적물이 반출되어 양도되는 때에는, 양수인이 담보권의 존재를 알고 있었다고 하더라도(담보 제32조 참조), 그것이 담보약정에 정해진 설정자의 권한에 부합하는 한에서는 담보권은 소멸한다고 해석해야 한다.<sup>63)</sup> 그것이 바로 집합동산에 비점유담보권을 인정하는 취지에 부합하는 결과이기 때문이다. 다만 법률구성은 문제이다. 담보약정에 따른 담보권자의 사전 포기의 의사표시에 의해 소멸하는 것이라고 본다면 그러한 사항에 대해 등기가 있어야 하기 때문이다(담보 제7조 제1항). 이후 제정될 대법원규칙이 그러한 사항의 등기가능성을 인정

63) 同旨: 안형준 (주 5), 74면.

하면 난점이 없었지만(담보 제47조 제2항 제6호 참조), 그렇지 않다면 비점유담보권을 인정하는 법률의 취지상 당연히 인정되는 법률에 따른 소멸사유라고 할 수밖에 없을 것이다.

(2) 동산담보권의 존속기간은 5년을 초과할 수 없다(담보 제49조 제1항 본문). 그러므로 설정된 이후 5년이 경과한 동산담보권은 소멸한다. 이는 피담보채권이 통상 상사채권으로 5년의 소멸시효에 걸리는 것을 고려한 것이라고 한다.<sup>64)</sup> 다만 5년을 초과하지 않는 기간으로 이를 갱신할 수 있으며(동항 단서), 설정자와 담보권자는 존속기간을 갱신하려면 그 만료 전에 연장등기를 신청하여야 한다(동조 제2항, 제3항). 갱신의 횟수에는 제한이 없다.<sup>65)</sup>

연장등기는 유효하게 존속하는 등기에 관하여 그 존속기간만을 연장하는 것이기 때문에, 그 등기의 순위나 효력은 연장등기를 한 때가 아니라 최초의 등기를 한 때를 기준으로 정해야 한다고 한다.<sup>66)</sup> 이렇게 해석하게 되면 선순위담보권의 소멸을 기대하고 있었던 후순위담보권자들로서는 불리할 수도 있겠지만, 선순위담보권자의 피담보채권이 존속하고 있는 이상 담보권의 존속기간을 연장하는 것을 금지할 이유는 없다고 할 것이고 그 한도에서 후순위담보권자들도 이를 수인해야 할 것이다. 실제로 민법에서 물권의 갱신은 후순위권리자에 대한 고려 없이 허용되고 있다(제283조 제1항, 제284조, 제312조 제3항, 제4항 등 참조). 반면 선순위담보권의 피담보채권이 소멸하면 담보권도 소멸하는 것이므로, 그러한 경우에 등기를 유효하여 다시 담보권을 설정하는 것은 후순위권리자 등 이해관계인이 있는 때에는 허용되지 않는다고 할 것이다.<sup>67)</sup>

(3) 그 밖에 동산담보권이 설정된 담보목적물에 대해 제3자가 소유권·질권을 취득하는 경우에는 민법의 규정(제249조 내지 제251조)에 따라 소유권·질권을 선의취득할 수 있다(담보 제32조). 그런데 설정자는 이미 소유자이므로, 그로부터 소유권이나 질권을 취득하는 것 자체에는 아무런 장애가 없다. 그러므로 여기서 말하는 선의취득은 양수인이나 질권자가 동산담보권의 부담에 대해 선의·무과실이

64) 안형준 (주 5), 130면.

65) 안형준 (주 5), 130면.

66) 김재형 (주 5), 46면.

67) 저당권에 관하여 大判 1963.10.10., 63다583, 집 11-2, 184 등 참조. 김재형 (주 5), 46면 주 62.

라면 그러한 동산담보권의 부담이 없는 소유권이나 선순위 담보권 없는 질권을 취득한다는 것을 의미한다(이른바 lastenfreier Erwerb).

(가) 부동산등기는 개별 특정 부동산에 물권관계를 총체적으로 공시한다. 그러므로 등기부취득시효(제245조 제2항)의 적용과 관련해서 부동산의 매매의 양수인이 등기부상 명의인과 매도인이 동일인임을 확인한 이상 원칙적으로 그에게는 과실이 없지만,<sup>68)</sup> 반면 매도인이 등기부상 소유명의자가 아니었던 경우에는 일반적으로 등기부를 열람하지 아니한 매수인의 과실을 인정할 수 있다.<sup>69)</sup>

그런데 이러한 내용은 동산담보등기부에 대해서는 인정할 수 없다. 즉 설정자로부터의 양수인이 담보등기부를 열람해보지 않았다고 해서 선의취득의 판단에서 원칙적으로 과실이 있는 것으로 취급할 수는 없다고 생각된다. 무엇보다도 담보등기부는 담보권의 설정의 기회에 비로소 편제되는 것인데, 양수인으로서 양도인이 동산담보권을 설정하여 그의 앞으로 담보등기부가 편제되어 있는지 여부를 미리 알 수가 없다. 또한 양도인에게 담보등기부가 있는지 여부를 항상 확인해 볼 주의 의무를 부과할 수도 없을 것이다. 이는 동산의 수와 종류를 고려할 때 이미 과도한 주의의무가 되기 쉬울 뿐만 아니라(예컨대 문구영업을 하는 사람에게 불펜 한 자루를 구입할 때에도 담보등기부를 확인해야 하는가?), 이론적으로도 민법상 양수인의 선의취득을 정당화하는 권리외관은 어디까지나 양도인의 점유이기 때문이다(앞의 II. 2. (3) (가) 참조).

그러므로 양수인의 조사의무는 그가 제반사정에 좇아 양수하려는 목적물에 동산담보권이 설정되어 있다는 의심을 가지는 것이 합리적인 때에 비로소 발생한다고 해야 한다. 그러한 경우에 양수인은 양도인의 등기부를 열람하고 탐문하여 담보권유무를 조사해야 하고, 그렇지 않으면 과실이 인정되어 선의취득은 좌절된다.<sup>70)</sup>

(나) 설정자가 동산담보권이 설정된 동산을 다시 양도담보하는 경우, 통상 양도담보는 점유개정(제190조)에 의하므로 채권자는 인도요건이 결여되어(주 20 참조) 양도담보로서 부담 없는 소유권을 선의취득할 수 없다. 그러므로 양도담보권자는

68) 大判 1992.2.14., 91다1172, 공보 1992, 1005.

69) 大判 1967.1.31., 66다2267, 집 15-1, 62.

70) 안형준(주 5), 93면은 “개개의 동산을 거래하는 경우와 달리, 집합동산 전부를 거래하는 경우에 있어서는 그 취득자가 동산담보권 존재 여부를 확인하지 않는 경우에는 선의·무과실이 인정되기 어려울 것”이라고 한다. 통상 그러할 것이라고 생각되지만, 중국적으로는 개별 사실관계의 판단에 달려 있으므로 단정적으로 말할 수는 없을 것이다.

동산담보권의 부담이 있는 소유권을 취득한다. 동산담보권자는 그러한 양도담보권자가 담보권을 실행하는 등 자신의 만족이 위태롭게 되는 경우에는 방해배제청구권(담보 제20조)을 행사하여 그러한 행위의 중지를 청구할 수 있을 것이다. 그러나 이후 양도담보권자가 선의·무과실로 현실인도를 받는 경우에는 그 순간에 선의취득이 있어 동산담보권은 소멸될 것이다. 다만 제반사정상 양도담보권자에게는 악의 또는 과실이 인정될 경우가 많을 것이다.

### III. 채권담보권

채권담보권에 관해서는 그 성질에 반하지 않는 이상 동산담보권에 관한 규정이 준용된다(담보 제37조). 그러므로 아래에서는 동산담보권과 다른 내용이 인정되는 부분을 중심으로 간단히 살펴본다.

#### 1. 채권담보권의 대상

(1) 채권담보권은 금전의 지급을 목적으로 하는 지명채권에 설정될 수 있다(담보 제2조 제3호, 제34조). 즉 금전채권에 대해서만 채권담보권이 성립한다. 실제로 거래에서 담보의 대상이 되는 채권은 압도적으로 금전채권이며, 따라서 법률도 금전채권에 대해서만 담보권이 설정되도록 한정하고 있다.<sup>71)</sup> 금전채권이면 충분하므로 외화채권도 목적이 될 수 있다.<sup>72)</sup> 반면 다른 채권 예를 들어 동산인도채권 등에 대해서는 동법상의 채권담보권은 설정할 수 없고, 민법에 따라 질권을 설정해야 한다.

저당권을 담보한 채권에 대해 채권담보권을 설정할 수도 있다. 그 경우 채담보권의 효력은 대상채권 및 이를 담보하는 저당권에 미치게 되어 담보권의 효력은 강화된다. 그러나 그러한 경우 담보권의 효력이 저당권에 미치기 위해서는 저당권 등기에 채권담보권 설정의 부기등기를 해야 한다(담보 제37조, 민법 제348조).

(2) 현존하는 채권 뿐만 아니라 장래에 발생할 채권에 대해서도 담보권을 설정

71) 김재형 (주 5), 39-40면은 비금전채권의 경우 그 가치를 환산하기 어렵다는 사정을 언급한다.

72) 안형준 (주 5), 96면.

할 수 있다(담보 제34조 제2항 참조). 종래 판례는 장래채권의 양도에 대해 채권발생의 기초관계가 있고 발생의 개연성이 있는 경우에 한하여 이를 인정하는 태도를 보이고 있다.<sup>73)</sup> 그러나 처분의 대상인 채권이 특정되는 이상 거래의 안전은 보장되는 것이어서 그러한 제한을 정당화할 이유는 쉽게 찾을 수 없다.<sup>74)</sup> 그러므로 법률은 그러한 제한 없이 장래채권의 경우에도 담보권을 설정할 수 있도록 한 것이다.<sup>75)</sup>

(3) 여러 개의 채권(채무자가 특정되었는지를 묻지 아니하고 장래에 발생할 채권을 포함)이더라도 채권의 종류, 발생 원인, 발생 연월일을 정하거나 그 밖에 이와 유사한 방법으로 특정할 수 있는 경우에는 그에 채권담보권을 설정할 수 있다(담보 제34조 제2항). 그러므로 특정의 기준이 등기되는 이상 집합채권에 대해 담보권을 설정할 수 있고, 이는 그 집합채권이 유동하는 상태에 있어 설정자가 장래에 취득할 채권을 포함하는 경우에도 마찬가지이다.

(4) 양도할 수 없는 채권에 대해서는 채권담보권을 설정할 수 없다(담보 제37조, 제33조, 민법 제331조). 그런데 금전채권은 법률이 정하는 경우를 제외하고는(예컨대 민법 제979조 참조) 그 성질상 양도가 제한되는 경우를 상정하기 어렵다. 그러므로 이들 규정에 따라 양도할 수 없는 채권은 채권양도금지특약이 있는 경우에 한정된다(제449조 제2항).<sup>76)</sup> 그러므로 양도금지특약이 있는 채권에 대해서는 채권담보권을 설정할 수 없으나, 담보권자가 선의인 경우에는 그러하지 아니하다. 양도금지특약을 들어 담보권자에게 대항하려는 사람이 담보권자의 악의를 입증할 책임이 있다.<sup>77)</sup>

## 2. 채권담보권의 성립과 등기의 효력

(1) 법률은 설정자가 담보약정에 따라 금전채권을 담보로 제공하는 경우에 담보 등기를 할 수 있다고 하고(담보 제34조 제1항), 그렇게 등기가 된 담보권을 채권담

73) 大判 1996.7.30., 95다7932, 공보 1996, 2621 등.

74) 양창수, “장래채권의 양도”, **민법연구**, 제7권, 2003, 233면 이하 참조.

75) 김재형 (주 5), 40면; 안형준 (주 5), 26면.

76) 김재형 (주 5), 40면.

77) 채권양도에 관하여 大判 1999.12.28., 99다8834, 공보 2000, 362; 2010.5.13., 2010다 8310, 공보 2010, 1123. 안형준 (주 5), 96면도 참조.



보권이라고 한다(담보 제2조 제3호). 그런데 이들 규정의 문언은 반드시 정확한 것은 아니다. 그것은 채권담보권의 경우 담보등기가 대항요건에 그치기 때문이다. 즉 채권담보권의 등기는 성립요건이 아닌 대항요건이다(담보 제35조). 동산담보권에서는 등기가 성립요건인 것에 대해 채권담보권에서 이를 대항요건으로 정한 것은 민법에서 채권양도와 채권질권설정에서 대항요건주의를 채택하고 있는 사정을 고려한 것이라고 한다.<sup>78)</sup> 그러므로 담보등기는 일정한 사람에 대하여 담보권의 효력을 주장하기 위한 요건이며, 담보권의 성립에는 영향을 주지 아니한다.

(2) 설정자와 그의 채권자가 담보약정을 체결하고 그에 따라 설정자의 금전채권에 담보권을 설정하는 물권적 합의를 하는 경우 채권자는 채권담보권을 취득하여 담보권자가 된다. 담보권등기는 대항요건일 뿐이므로, 당사자인 담보권자는 담보권설정의 물권적 합의만으로 담보권을 취득하며, 이를 위해 담보등기를 요하지 아니한다. 마찬가지로 등기가 없는 상태에서도 담보권자는 설정자에 대하여 담보권자로서 모든 권한을 행사할 수 있다. 반면 채권과 관련해 선의취득은 존재하지 않으므로 설정자가 타인의 채권에 담보권을 설정하여도 이는 무효이다.

(3) 약정에 따른 채권담보권의 득실변경은 담보등기부에 등기한 때에 지명채권의 채무자(제3채무자) 외의 제3자에게 대항할 수 있다(담보 제35조 제1항). 여기서 ‘제3자’는 채권양도에서와 마찬가지로(제450조 제2항)<sup>79)</sup> 담보권의 목적인 채권에 대해 담보권자와 서로 양립할 수 없는 이해관계를 취득한 사람을 말한다. 대표적으로 설정자로부터 동일한 채권을 양수한 사람, 설정자로부터 동일한 채권에 담보권을 설정받은 사람, 동일한 채권을 압류하여 전부받은 설정자의 채권자 등이 이에 해당한다. 이들에 대해 담보권을 주장하기 위해서는 담보등기부에 담보권의 등기가 필요하다.

(4) 담보권자 또는 담보권설정자(채권담보권 양도의 경우에는 그 양수인 또는 양수인)는 제3채무자에게 담보등기사항증명서(담보 제52조)를 건네주는 방법으로 그 사실을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙하지 아니하면 제3채무자에게 대항하지 못한다(담보 제35조 제2항). 그러므로 담보권의 존재를 제3채무자에게 주장하기

78) 김재형 (주 5), 41-42면.

79) 大判 1989.1.17., 87다카1814, 집 37-1, 10.

위해서는 담보등기를 해야 할 뿐만 아니라, 그 내용을 증명하는 담보등기사항증명서를 채무자에게 교부하는 방식으로 통지하거나 채무자가 이를 승낙하여야 한다. 채권담보권의 등기가 되어도 제3채무자로서는 통상 그러한 사실을 알 수 없으므로, 설정자에게 변제를 한 다음 담보권자에게 청구를 당하는 이중변제의 위험이 발생할 수 있다. 이러한 제3채무자의 이중변제위험을 방지하기 위해서 제3채무자에 대해 담보권을 주장하기 위해서는 그에게 담보등기의 내용을 통지하거나 제3채무자가 이를 승낙할 것을 요구하는 것이다.<sup>80)</sup> 기본적으로 민법의 통지·승낙과 그 취지를 같이 하지만, 통지권자에 설정자 뿐만 아니라 담보권자도 포함시킨 것에 차이가 있다(제450조 제1항 참조).<sup>81)</sup> 이러한 통지, 승낙에 대해서는 민법 제451조, 제452조가 준용된다(담보 제35조 제4항). 그러므로 예컨대 제3채무자는 통지가 있을 때까지 설정자에 대해 취득한 대항사유를 담보권자에 대해서도 주장할 수 있다(담보 제35조 제4항, 제451조 제2항).

그런데 장래채권에 담보권이 설정되는 때에는 제3채무자는 특정되어 있지 않아 대항요건으로서 통지·승낙을 구비할 수 없는 경우가 많을 것이다. 예를 들어 설정자가 장래의 매출금채권 일체를 목적으로 하여 담보권을 설정하는 경우가 그러하다. 그러한 경우에는 결국 나중에 제3채무자의 신원이 특정되는 시점에 비로소 통지를 할 수밖에 없다.<sup>82)</sup> 그런데 집합채권의 경우 그러한 통지에 적지 않은 비용이 소모된다는 점, 제3채무자에 대한 통지가 설정자의 신용에 대한 평판을 저해할 수 있다는 점 등을 고려하면 집합채권의 양도담보에서와 같이 설정자의 원만한 영업이 계속되는 동안에는 담보권자가 통지를 하지 않을 가능성도 있을 것으로 예상된다.

(5) 동일한 채권에 관하여 양립할 수 없는 이해관계를 취득한 사람들이 각각 서로에 대해 대항요건을 구비한 경우, 그들 사이의 우열은 어떻게 결정되는가? 동일한 채권에 관하여 담보등기부의 등기와 민법 제349조 또는 제450조 제2항에 따른 통지 또는 승낙이 있는 경우에 담보권자 또는 담보의 목적인 채권의 양수인은 법률에 다른 규정이 없으면 제3채무자 외의 제3자에게 등기와 그 통지의 도달 또는 승낙의 선후에 따라 그 권리를 주장할 수 있다(담보 제35조 제3항). 그러므로 예컨대 ① 등기된 담보권자들 사이에서는 등기의 선후에 따라, ② 등기된 담보권자와 채권

80) 안형준 (주 5), 100면.

81) 김재형 (주 5), 42-43면.

82) 김재형 (주 5), 43면.

양수인 사이에서는 등기일자와 확정일자 있는 통지가 제3채무자에게 도달한 일자의 선후에 따라, ③ 등기된 담보권자와 전부채권자 사이에서는 등기일자와 전부명령이 제3채무자에게 도달된 일자의 선후에 따라 우열이 결정된다. 만일 등기일자와 도달일자가 같아 선후를 판단할 수 없는 때에는, 채권양도에서와 마찬가지로<sup>83)</sup> 대립하는 사람들 사이에 안분비례하여 배당해야 할 것이다.<sup>84)</sup>

그런데 이러한 규정은 우리 민법이 정하는 채권양도의 공시체계와는 부합할 내용을 포함한다. 우리 채권양도법은 통지·승낙을 통해 채권의 귀속이나 부담설정에 대한 정보를 제3채무자에게 집중시켜 제3채무자에 대한 탐문에 의해 채권의 귀속 등을 공시한다는 입법주의를 채택하고 있다.<sup>85)</sup> 그런데 동법에서와 같이 등기일자에 의한 대항을 추가하여 현행법과 병존하게 하면, 민법이 정하는 입법주의의 의미는 상당부분 퇴색할 수밖에 없다.<sup>86)</sup> 예를 들어 설정자가 자신의 채권에 담보권을 설정하고 등기한 상태이지만 아직 제3채무자에 대한 통지는 없는 경우를 생각해 보자. 이 채권을 양수하고자 하는 제3자는 예전이라면 제3채무자에 대해서 입질 여부를 확인하면 그만이었을 것이다. 그러나 이제는 제3채무자에 대해 탐문을 하는 것만으로는 충분하지 못하며, 채무자의 채권담보등기부도 열람해 보아야 한다는 결과가 발생한다. 물론 채무자에 대한 관계와 제3자에 대한 관계에서 효력을 달리하는 것은 입법적으로 가능하고 또 나름의 근거가 있다(채권양도에 대하여 유럽계약법원칙 제11:202조, 제11:203조, 제11:303조 참조). 또한 등기부는 비교적 효율적인 공시제도이므로 그 자체가 큰 부담이 된다고 하기는 어려울지도 모른다. 그러나 그러한 결과가 민법의 대항요건주의와 반드시 조화를 이룬다고 하기는 어렵다는 사실, 그리고 추가적인 거래비용이 발생한다는 사실을 부정할 수는 없을 것이다. 또한 아래에서 보는 바와 같이 담보권의 대항관계가 당사자들의 관계에 따라 분열되는 현상도 불가피하게 나타나게 된다(아래 III. 3. (5) 참조). 그러나 다른 한편 채권담보권의 대항사유를 민법과 일치시킨다면 등기담보권을 창설하는 의미는 사실상 상실될 것이므로 법률로서는 담보권자와 제3자 사이의 우열을 판단할

83) 大判(全) 1994.4.26., 93다24223, 집 42-1, 303.

84) 김재형 (주 5), 44면.

85) 양창수, **민법입문**, 제5판, 2008, 50면; 최수정, **채권양도론**, 2007, 67면 이하 등 참조

86) 이에 대해 안형준 (주 5), 100면은 “제3채무자에 대한 대항요건은 제3채무자에게 변제를 하여야 하는 상대방 등을 확실하게 알려주어 이중변제의 위험을 방지하기 위한 것이고, 그 외의 제3자에 대한 대항요건은 상호 양립할 수 없는 법적 지위를 갖는 자에 대한 상호우열을 결정하는 것으로 그 기능이 다르기 때문에 대항요건을 동일하게 할 필요가 없”다고 설명한다.

때에는 등기에 따른 대항을 인정할 수밖에 없을 것이다. 이 부분은 민법의 채권양도법 개정의 과정에서 근본적인 재조명이 필요하다고 생각된다.

### 3. 채권담보권의 내용

채권담보권의 내용은 동산담보권의 내용에 준해서 인정된다. 그러므로 여기서는 채권담보권에 특징적인 사항만을 간단하게 살펴본다.

(1) 채권담보권은 우선변제권을 부여하는 물권으로(담보 제37조, 제8조), 부종성·수반성·불가분성·물상대위성이 있다. 그러므로 채권담보권의 운명은 그 피담보채권의 운명에 따르며(담보 제37조, 제33조, 민법 제369조), 피담보채권의 양도는 원칙적으로 채권담보권의 양도도 내용으로 한다(담보 제37조, 제13조). 그리고 담보권자는 채권 전부를 변제받을 때까지 담보목적채권 전부에 대하여 담보권을 행사할 수 있다(담보 제37조, 제9조). 물상대위도 인정될 수 있을 것인데(담보 제37조, 제14조), 예를 들어 담보목적채권이 준점유자에 대한 변제를 이유로 소멸한 경우(제470조) 담보권자는 설정자가 가지는 부당이득반환청구권(제741조)에 대하여 물상대위권을 행사할 수 있을 것이다.

(2) 채권담보권의 피담보채권에 대해서는 동산담보권과 같은 규율이 인정된다(담보 제37조, 제12조). 한편 채권담보권은 다른 약정이 없는 한 그 목적인 채권 뿐만 아니라 그에 종된 권리도 미친다(담보 제37조, 제10조). 예를 들어 채권담보권의 효력은 금전채권에 부수하는 이자채권에도 미친다. 그러므로 담보권자가 직접청구의 방법으로 담보권을 실행하는 경우(담보 제36조 제1항), 그는 원본채권 뿐만 아니라 이자채권에 대해서도 제3채무자에 대해 변제를 청구할 수 있다. 그러나 채무불이행이 있기 이전의 이자는 통상 설정자가 정상적인 영업활동으로써 이를 수취한다는 내용의 담보약정이 있다고 볼 것이어서, 그 한도에서는 설정자가 이자를 청구할 수 있고 담보권자에 대한 관계에서 유효하게 변제를 수령할 수 있다고 할 것이다.<sup>87)</sup>

반면 정의상 채권에는 과실이 있을 수 없으므로(제101조 참조: “물건의 …”) 그에 대한 규정(담보 제11조)은 적용이 없을 것이다.<sup>88)</sup>

87) 곽윤직, **채권총론**, 제6판, 2003, 243면 참조.

88) 반대: 김재형 (주 5), 44면; 안형준 (주 5), 106면.

(3) 채권담보권은 물건의 점유를 내용으로 하지 않으므로 동산담보권에 인정되는 반환청구권(담보 제19조)은 인정될 여지가 없다. 담보권자의 방해배제청구권은 인정될 수 있을 것이지만(담보 제37조, 제20조), 금전채권은 무체물이므로 실제로 방해배제청구가 문제되는 사안이 동산담보권에서처럼 많지는 않을 것으로 예상된다. 채권담보권에 대한 침해로 손해가 있는 경우에는 담보권자는 불법행위에 기해 손해배상을 청구할 수 있을 것이고(제750조), 그러한 침해가 설정자의 유책한 사유로 인한 때에는 원상회복이나 담보의 제공을 청구할 수 있다(담보 제37조, 제17조 제2항).

(4) 담보권자의 설정자에 대한 현황조사 인용청구권(담보 제17조)은 채권담보권에서도 인정되는가? 채권은 무체물이므로 동산에서처럼 소재·관리상태 등을 확인하는 조사는 무의미하다. 그러나 담보권자로서는 채권담보권과 관련해서도 현황조사에 대한 이해관계가 없다고 할 수 없다. 예를 들어 집합채권에 담보권이 설정된 경우, 담보권자로서는 현재 어느 정도 규모의 채권이 담보로 파악되고 있는지, 그 중 어느 정도 비율이 부실채권인지 등을 조사할 이해관계가 있을 수 있다. 그러므로 채권담보권자도 설정자에게 담보목적채권에 대한 현황조사를 청구할 수 있다고 할 것이다. 그러나 채권에 대한 현황조사는 경우에 따라서는 설정자의 경영에 관한 내부적 정보와 관련되어 있을 수도 있다. 그러한 때에는 설정자에게 정당한 이유가 인정되어(담보 제37조, 제17조 제1항) 현황조사를 거부할 수 있다고 해야 할 것이며, 담보권자는 객관성이 담보되는 정보제공을 청구할 수 있음에 그친다. 반면 채무자인 설정자가 정당한 이유 없이 현황조사를 거부하는 경우에 기한의 이익이 상실된다고 해석해야 한다는 것(제388조 제1호 유추)은 동산담보권에서와 같다(앞의 II. 4. (3) (가) 참조).

(5) 채권담보권자는 설정자에 대한 강제집행·도산절차에서 어떠한 지위를 가지는가?

(가) 설정자의 채권자가 담보목적채권을 압류하여 강제집행을 시도하는 경우에는 어떠한가? 경우를 나누어 보아야 할 것이다. 우선 압류채권자가 당해 채권을 전부 받은 사안을 살펴본다.<sup>89)</sup>

먼저 담보권자가 제3채무자에 대한 관계에서 대항요건을 구비한 경우(담보 제35조

<sup>89)</sup> 내용이 유동하는 집합채권에 담보권이 설정된 사안에 대해서는 유동하는 집합동산담보권에 대한 주 47 참조.

제2항), 제3채무자는 순위에서 우선하는 담보권자(담보 제35조 제2항)를 고려해야 하므로 전부채권자에게 변제하는 것으로 담보권자에게 대항할 수 없어, 전부채권자에게 변제하는 경우 담보권자와의 관계에서 이중변제의 위험을 부담한다.<sup>90)</sup> 전부채권자가 변제를 청구하고 있으나 아직 담보권자의 피담보채권 이행기가 도래하지 않은 경우에는 제3채무자는 이를 공탁해야 할 것이다(담보 제36조 제2항, 민법 제353조 제2항, 제487조 참조). 그런데 이렇게 담보권자의 권리가 우선하여 제3채무자가 여전히 담보권자에 대해 의무를 부담하더라도 일단 전부채권자에게 변제한 때에는 제3채무자가 무자력하게 될 위험도 없지는 않다. 이는 담보목적채권의 가치를 저해하는 사정이므로, 담보권자는 그러한 우려가 있는 경우 제3채무자에 대해 방해배제청구권을 행사하여 전부채권자에 변제하지 말 것을 청구할 수 있을 것이다(담보 제37조, 제20조). 반면 제3채무자가 이미 전부채권자에게 변제하여 무자력하게 된 때에는, 채권담보권자는 그러한 변제를 추진한 다음 전부채권자에 대하여 그가 수령한 것을 부당이득으로 반환청구할 수 있을 것이다(제741조).<sup>91)</sup>

반면 담보권자가 제3채무자에 대한 관계에서 대항요건을 구비하지 못한 경우에는 제3채무자에 대한 관계에서는 전부채권자만이 권리를 주장할 수 있으므로 제3채무자는 전부채권자에게 유효하게 변제할 수 있고, 이로써 담보권자에 대한 관계에서도 면책된다.<sup>92)</sup> 그러나 전부채권자는 담보권자에 대한 관계에서는 후순위이므로(담보 제35조 제3항) 담보권자의 우선변제적 지위를 침해하여 이익을 받은 것이다. 그러므로 담보권자는 전부채권자에 대하여 부당이득으로 변제받은 것을 반환청구할 수 있다(제741조).<sup>93)</sup> 그런데 그 경우 담보권자는 변제를 받은 전부채권자에 대해 일반채권자의 지위에 있음에 그치므로, 그의 무자력 위험을 부담한다. 그러므로 전부채권자의 자력이 충분하지 않은 경우에는 담보권자는 방해배제로서 제3채무

90) 안형준 (주 5), 101면은 “제3채무자가 채권을 압류한 제3자에게 지급하지 않고 담보권자에게 지급하는 경우에는 ‘승낙을 한 때’에 해당한다”고 서술한다. 그런데 그렇게 담보권을 승낙하였다고 하더라도 압류채권자의 압류가 선순위이므로 제3채무자는 담보권자에 대한 지급으로 압류채권자에게 대항할 수는 없다.

91) 이는 침해이득 반환이다. 타인의 부동산을 매매하고 등기를 이전한 무권리자에 대해 권리자가 매매를 추진하고 부당이득을 반환한 경우에 대해 大判 1992.9.8., 92다15550, 공보 1992, 2842; 2001.11.9., 2001다44291, 집 49-2, 228 참조.

92) 同旨: 안형준 (주 5), 100면.

93) 同旨: 안형준 (주 5), 100면. 이는 침해이득반환이며, 그 구조는 기본적으로 채권의 준점유자에 대한 변제가 있는 경우 채권자가 준점유자에게 부당이득을 청구하는 경우와 다르지 않다. 大判 1980.9.30., 78다1292, 집 28-3, 99 참조.

자에 대해 전부채권을 추심하지 아니할 것을 청구할 수 있다고 할 것이다(담보 제 37조, 제20조).

(나) 압류채권자가 추심명령을 받은 때에도 기본적으로 마찬가지이다. 담보권자가 제3채무자에 대해 대항할 수 있는 경우, 그는 제3채무자의 추심채권자에 대한 변제여부와 무관하게 여전히 제3채무자에 대해 담보권을 행사할 수 있고, 제3채무자에 대해 방해배제로서 추심채권자에 대해 변제하지 아니할 것을 청구할 수 있다(담보 제20조). 반면 담보권자가 제3채무자에 대해 대항할 수 없는 경우에는 추심채권자는 유효하게 채권을 추심할 수 있다. 그러한 경우 — 살펴보겠지만(뒤의 III. 4. (2) 참조) 채권담보권자는 배당요구권자이므로(담보 제36조 제3항, 민집 제273조 제3항, 제247조) — 담보권자는 배당요구 종기 이전이라면 배당을 요구하여 우선변제를 받을 수 있을 것이다. 그러나 담보권자가 배당요구 종기를 도과한 경우, 그는 집행절차에서 배당을 받은 채권자들에 대해 부당이득반환을 청구할 수 있는가? 임금채권과 주택임대차보증금반환채권에 관한 판례에 따른다면<sup>94)</sup> 배당요구종기가 지난 이후에는 더 이상 담보권을 행사할 수 없고 배당을 받은 채권자들에 대해 부당이득도 청구할 수 없다는 결과가 나온다.<sup>95)</sup> 그러나 이는 전부명령이 있었던 경우(앞의 (가) 참조)와 균형이 맞지 않는다. 압류채권자가 법률이 인정하는 채권집행의 방법 중에서 어느 것을 선택하는지 여부에 따라 담보권자의 지위가 달라지기 때문이다. 그러므로 담보권자는 배당을 받은 채권자에게 부당이득을 청구할 수 있다고 해석하는 것이 담보권의 효력을 보장하는 해석으로서 타당하지 않을까?<sup>96)</sup>

(다) 채권담보권자는 회생절차에서 회생담보권자, 파산절차에서는 별채권자이다(「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」로 개정된 회파 제141조 제1항, 제411조).

(6) 채권담보권이 설정된 경우 설정자는 담보권자의 동의 없이 담보권의 목적이 된 권리를 소멸하게 하거나 담보권자의 이익을 해하는 변경을 할 수 없다(담보 제37조, 민법 제352조). 그러므로 설정자가 담보목적인 채권에 대해 채무면제를 하거나 다른 채무와 상계하거나 추심을 하여도, 이는 담보권자에 대한 관계에서 효력이 없다.

<sup>94)</sup> 大判 1996.12.20., 95다28304, 공보 1997, 342; 1997.2.25., 96다10263, 공보 1997, 865; 1998.10.13., 98다12379, 공보 1998, 2660; 2002.1.22., 2001다70702, 공보 2002, 540 등.

<sup>95)</sup> 그 밖에 배당요구 종기를 도과한 물상대위권자의 배당을 받은 채권자에 대한 부당이득청구를 부정하는 大判 2002.10.11., 2002다33137, 공보 2002, 2704도 참조.

<sup>96)</sup> 저당권자의 물상대위와 관련하여 제기되는 비슷한 논의에 대하여 김형석(주 32), 548면이 이하 참조.

그러나 담보권이 설정된 채권을 양도하는 행위는 담보권자의 이익을 해하지 않으므로 이에 해당하지 않는다.<sup>97)</sup>

#### 4. 채권담보권의 실행

채권담보권의 실행방법으로는 직접청구에 의한 실행과 민사집행법에 따른 실행이 있다. 담보목적물 이외의 재산으로부터의 변제(담보 제15조), 물상보증인의 구상권(담보 제16조) 등의 규정은 여기에서도 적용된다(담보 제37조).

(1) 담보권자는 피담보채권의 한도에서 채권담보권의 목적이 된 채권을 직접 청구할 수 있다(담보 제36조 제1항). 질권에서와 마찬가지로(제353조 참조) 담보권자는 자신의 이름으로 청구하지만, 그 효과와 기판력(민소 제218조 제3항)은 설정자에 대해서 발생한다.<sup>98)</sup> 그 전제로 담보권자가 제3채무자에 대한 대항요건을 구비하고 있어야 함은 물론이다(담보 제35조 제2항). 담보권자는 선량한 관리자의 주의의무로 담보목적채권을 추심해야 한다. 그러므로 그는 피담보채권액의 범위에서만 담보목적채권을 직접 행사할 수 있다(담보 제36조 제1항). 채권담보권의 목적이 된 채권이 피담보채권보다 먼저 변제기에 이른 경우에는 담보권자는 제3채무자에게 그 변제금액의 공탁을 청구할 수 있고, 그 경우 제3채무자가 변제금액을 공탁한 후에는 채권담보권은 그 공탁금에 존재한다(담보 제36조 제2항).

(2) 담보권자는 민사집행법이 정하는 집행방법으로 채권담보권을 실행할 수 있다(담보 제36조 제2항). 담보권의 실행은 채권담보권의 존재를 증명하는 서류가 제출되는 때에 개시하며(민집 제273조 제1항), 집행권원은 요구되지 않는다. 구체적인 실행절차는 민사집행법의 채권집행절차에 따른다(민집 제273조 제3항). 동일한 규정이 적용되는 물상대위 실행(민집 제273조 제2항, 제3항)에 대한 판례에 따르면(주 33), 채권담보권자는 담보목적채권을 압류하여 전부받아 이를 행사하거나, 담보목적채권에 대해 진행 중인 강제집행절차에서 배당요구를 하여 우선변제를 받을 수 있다. 그런데 채권담보권자는 어차피 직접청구의 방법으로 담보권을 실행할 수 있으므로(담보 제36조 제1항) 전부명령을 받는 방법은 불필요한 중복이며 전혀 실효적이지 않다. 그러므로 이 규정의 주된 취지는 담보목적채권이 압류되어 강제

97) 大判 2005.12.22., 2003다55059, 공보 2006, 155.

98) 곽윤직 (주 48), 320면; 김증한·김학동, **물권법**, 제9판, 1997, 502면 등.



집행절차가 진행 중인 때에 압류에 우선하는 담보권자는 당해 절차에서 배당을 요구함으로써 우선변제를 받을 수 있는 방법을 인정하려는 것으로 이해해야 할 것이다.

(3) 공동담보에 대한 규정(담보 제29조)도 채권담보권에 준용된다. 이 경우에도 선순위담보권자와 (그에 대위하는) 후순위담보권자의 실행방법이 충돌할 여지가 없지 않지만, 채권담보권에서는 직접청구(담보 제36조 제1항)가 압도적으로 간이하고 보편적인 방법이므로 그러한 사안은 현실적으로 거의 발생하지 않을 것으로 예상된다. 한편 후순위담보권자가 선순위의 채권담보권의 일부를 대위하는 경우, 담보권의 불가분성(담보 제37조, 제9조)에 의해 담보권은 선순위권리자와 후순위권리자의 준공유 상태에 있게 된다. 이 경우 불가분성을 강조한다면 제3채무자에 대한 담보권자들의 직접청구는 불가분채권관계의 법리에 따라 규율된다고 생각할 수도 있다(앞의 주 60 참조). 그러나 법률은 담보권이 실행되는 경우에 담보권자는 “피담보채권의 한도에서” 제3채무자에게 직접청구를 할 수 있다고 정하고 있으므로(담보 제36조 제1항), 실행의 장면에서는 선순위담보권자와 후순위담보권자가 각각 별도로 자신의 피담보채권액에 해당하는 만큼을 제3채무자에게 청구해야 한다고 할 것이다. 담보권은 현실적으로 분할되어 행사된다.

## IV. 평 가

1. 지금까지 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」의 내용을 개관하고 그 운영에서 제기될 수 있는 몇 가지 문제들에 대해 소략한 시론적인 해석을 제안해 보았다. 이러한 내용을 바탕으로 동법이 도입하는 등기담보권의 장단점을 간단히 살펴보기로 한다.

(1) 등기담보권의 장점은 무엇보다도 그 등기가능성에 있다. 그에 의해 설정자는 담보목적물의 가치를 순위로 분할하여 담보권을 설정할 수 있는 이익을 받는다(담보 제7조 제2항, 제3항, 제35조 제2항, 제3항). 또한 담보목적물에 이해관계를 가지는 사람들은 보다 개선된 공시에 의거하여 담보권의 존재 및 내용을 보다 쉽게 탐문할 수 있는 가능성을 보유하게 된다(앞의 I. 3. (3) 참조). 이러한 관점에서 등기담보권은 설정자와 제3자에게 유리한 장점을 가진다.

(2) 반면 등기담보권이 채권자의 입장에서 종래 양도담보와 비교할 때 반드시 유리한 담보제도인지 여부에 대해서는 이를 쉽게 긍정할 수 없다고 생각된다. 물론 등기담보권도 우선변제라는 측면에서는 부족함이 없다. 그러나 채권자가 양도담보를 설정 받는 경우와 비교할 때 등기담보권에서는 후순위권리자가 등장할 수 있어 신용관계가 예상보다 일찍 중단되는 불이익이 발생할 수 있다(앞의 II. 4. (3) (마) 참조). 또한 등기담보권의 경우 양도담보에서 존재하던 담보권자의 불이익이 반드시 제거되었다고 단정할 수도 없다. 동산담보권에서 담보권이 공시가 된다고 하더라도 선의취득으로 소멸할 가능성이 배제되는 것도 아니며(담보 제32조),<sup>99)</sup> 사실상의 담보권 침해는 어차피 등기담보권에서도 피할 수 없다. 또한 담보등기부가 종국적인 권리관계를 공시하는 것은 아니라 그 확인을 간이하게 하는 것뿐이므로, 집합동산담보에서 발생하였던 고유한 문제들은 등기담보권에서도 여전히 나타난다(앞의 II. 1. (1), II. 4. (3) (가) 및 (마) 등 참조). 채권담보권의 경우에도 종래 질권이나 양도담보와 관련한 통지를 둘러싼 난점(앞의 I. 1. (2) 참조)은 등록담보권에서도 제3채무자에 대한 대항요건으로 통지를 요구함으로써(담보 제35조 제2항) 완전히 해소되지 않는다.

또한 설정자의 입장에서도 등기담보권보다 양도담보가 더 유리한 경우를 상정할 수 있다. 설정자로서는 한 명의 채권자로부터 충분한 신용을 받을 수 있다면 양도담보를 설정함으로써 담보설정 사실을 숨기고(상당한 담보제공이 공시되는 것은 설정자의 평판에 좋지 않을 수 있다), 담보목적물을 책임재산에서 제외하여 다른 일반채권자들의 강제집행을 배제하는 것이 유리할 수도 있다.<sup>100)</sup>

(3) 그러므로 등기담보권은, 다른 이해관계인에 대해서는 일정한 법률관계의 명확화를 가능하게 하지만, 설정자와 담보권자의 이익이라는 관점에서 살펴볼 때 종래 양도담보에 비하여 반드시 유리한 담보권이라는 평가를 내릴 수는 없다고 생각된다. 특히 후순위권리자를 배제할 담보권자의 이익과 일반채권자의 집행을 회피할 설정자의 이익이 만나는 경우에는 오히려 여전히 양도담보를 선호할 가능성도 배제할 수 없다고 보인다. 또한 등기담보권의 법률관계는 새로 제정된 법률의 해

<sup>99)</sup> 김재형 (주 5), 15면은 선의취득이 대폭 줄어들 것이라고 예상하지만 속단하기 어렵다. 이는 설정자와 이해관계를 맺는 사람들에게 일반적인 담보등기부 조사의무를 부과할 수는 없기 때문이다. 자세한 것은 앞의 II. 6. (3) (가) 참조.

<sup>100)</sup> 이것이 설정자가 의욕하는 양도담보의 이른바 “재산보호적 효력”이다. 김형석 (주 45), 83면 주 49 참조.

석을 통해 명확해질 것인데, 그 결과 판례에 의해 법리가 안정적으로 정착한 양도 담보와 비교할 때 일정 기간 법적인 불확실성은 존재할 수밖에 없다. 결국 거래계가 등기담보권과 양도담보의 장단점을 어떻게 평가하여 반응할 것인지는 시행 이후 실무의 운영에서 비로소 현실적으로 나타날 것이고, 현재 시점에서 속단하기는 어렵다고 하겠다.

2. 본고는 어디까지나 시론적인 시도에 불과하다. 동법의 적용 과정에서 미처 예상하지 못한 많은 어려운 문제가 발생할 것이고, 또 여기서 제안한 해석론의 타당성을 의심스럽게 하는 사안유형의 분쟁이 나타날 수도 있을 것이다. 따라서 본고의 내용은 잠정적일 수밖에 없다. 이후 학계와 실무의 논의의 축적을 기다려 다시 보완할 기회를 기약한다.

투고일 2011. 7. 19	심사완료일 2011. 9. 7	게재확정일 2011. 9. 8
-----------------	------------------	------------------

## 참고문헌

- 곽윤직, **물권법**, 제7판, 2002.
- 곽윤직, **채권총론**, 제6판, 2003.
- 김재형, “저당권에 기한 방해배제청구권의 인정범위: 독일민법과의 비교를 중심으로”, **저스티스**, 제85호, 2005.
- 김재형, “「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」 제정안의 구성과 내용”, **법조**, 제638호, 2009.
- 김증한·김학동, **물권법**, 제9판, 1997.
- 김형석, “강제집행·파산절차에서 양도담보권자의 지위”, **저스티스**, 제111호, 2009.
- 김형석, “저당권자의 물상대위와 부당이득”, **서울대학교 법학**, 제50권 제2호, 2009.
- 김형석, “민법 제368조에 대한 단상”, **서울대학교 법학**, 제51권 제1호, 2010.
- 안형준, **동산 채권 등의 담보에 관한 법률**, 법무부, 2010.
- 양창수, “내용이 변동하는 집합적 동산의 양도담보와 그 산출물에 대한 효력”, **민법연구**, 제5권, 1992.
- 양창수, “후순위저당권자 있는 공동저당부동산에 대한 경매와 물상보증인의 지위”, **민법연구**, 제4권, 1997.
- 양창수, “장래채권의 양도”, **민법연구**, 제7권, 2003.
- 양창수, “토지저당권에 기한 방해배제와 건물신축행위의 중지청구”, **법률신문**, 제3479호, 2006.
- 양창수, **민법입문**, 제5판, 2008.
- 이시윤, **신민사집행법**, 제3판, 2006
- 최수정, **채권양도론**, 2007.
- Wolfgang Hromadka, “Sicherungsübereignung und Publizität”, *Juristische Schulung* 1980, 89ff.
- 道垣内弘人, **擔保物權法**, 第3版, 2008.

<Abstract>

## New Security Rights on Movables and Claims: An Overview

Kim, Hyoung Seok\*

There are cases where a creditor would like to acquire security interests on movables or claims of her debtor. For this aim the following were available to her in Korean law : lien (artt. 329, 345 of the Korean Civil Code) or transfer of right for security purpose which was developed by the case law. But these security interests have their flaws generally known in the practice. The new Act, “Security rights on movables and claims Act” (June 10, 2010, N. 10366), will improve this situation by adding another form of credit security. It introduces new security rights on movables and claims, further allows them to be recorded in the security right register.

This article attempts an overview of these new rights created by the Act. It also tries to answer many questions which could be raised in the course of the Act's application. From these interpretive works, it finally assesses the new security rights' advantages in comparison to other security interests.

Keywords: lien, mortgage, transfer of right for security purpose, registered security right, register system

---

\* Associate Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.