

팩토링의 법적 문제점

박 환 일*

- I. 머리말
- II. 팩토링의 거래구조
- III. 팩토링의 활용 가능성
- IV. 팩토링 거래의 개선을 요하는 점
- V. 결 론

I. 머리말

1995년 말의 상법 개정 당시 ‘기계·시설 기타 재산의 물융(物融)에 관한 행위’, ‘상호·상표 등의 사용허락에 의한 영업에 관한 행위’, ‘영업상 채권의 매입·회수 등에 관한 행위’가 기본적 상행위의 유형으로 추가되었다(상법 제46조 제19~21호). 이는 각각 리스(lease), 프랜차이즈(franchise), 팩토링(factoring)을 지칭하는 것이다.

이들 업무는 본래 외국에서 유래하였으나, 우리나라에서도 이를 전문적으로 취급하는 회사가 등장함에 따라 상법의 영역에 포함시킬 필요가 있었다. 그러나 구체적인 거래의 내용이나 권리의무관계에 대하여는 아무런 규정이 없고, 事業法人 「여신전문금융업법」(이하 “여전법”)¹⁾에 리스와 팩토링을 포함한 할부금융의 취급근거에 대하여 규정을 두고 있을 뿐이다.

여전법에서는 그 중 리스와 할부금융을 수행하는 회사는 감독당국에 등록을 하게 함으로써(동법 제3조 2항) 영업의 질서를 유지하고 당해 서비스 이용자에게 불편함이 없도록 하였다. 그런데 여전법에서는 팩토링을 할부금융업의 일부로서 취급하게 하고 있는데, 동법에 따르면 할부금융은 “재화 및 용역의 매매계약에 대하여 매도인 및 매수인과 각각 약정을 체결하여 매수인에게 용자한 재화 및 용역의 구매자금을 매도인에게 지급하고 매수인으로부터 그 원리금을 분할하여 상환받는 방식의 금융”이라고 정의하고 있다. 할부금융회사들은 제조·판매사와 소비자의 3 당사자간의 거래관계에 기초하여 신용을 공여하며, 대체로 기업의 기계, 설비의 투자금융, 어음방식에 의한

* 경희대학교 법과대학 부교수. 2008년 5월 3일 한국금융법학회 2008년 춘계(제12회) 학술발표회에서 발표한 원고를 일부 수정한 것이다. 본고를 준비함에 있어 국내 팩토링 업계의 현황과 문제점에 대하여 코멘트해 주신 (주)기은캐피탈의 배찬열 지점장에게 감사 드린다.

1) 여전법은 우리나라의 OECD 가입을 계기로 금융산업 부문의 대외개방에 대비한 경쟁력 제고를 위해 그 동안 분리 운영되었던 시설대여업법, 신용카드업법(할부금융업 포함), 신기술사업금융업법을 통합하여 1998년 1월 1일자로 시행되었다. 여전법은 여신전문금융업(non-bank banking)을 신용카드업·시설대여업, 할부금융업, 신기술사업금융업으로 나누고 있다(동법 제2조 1호).

원료의 재고금융, 소비자신용과 팩토링을 취급하고 있다.

본고에서는 팩토링의 업무를 자세히 분석함으로써 할부금융과는 어떠한 차이가 있는지 알아보고(II), 본연의 팩토링 업무가 어떻게 활용되고 발전할 수 있는지(III), 우리나라 거래계에서는 어떠한 점에 유의하여 팩토링을 운영하는 것이 좋을지(IV) 살펴보고자 한다. 이것은 채권양도에 관한 국제적인 규범²⁾이 마련되는 가운데 새로운 형태의 비즈니스 등장에 따라 팩토링 등 신종 상행위에 관한 상법 총칙 규정의 개정 여부를 검토하는(V) 연유이기도 하다.

II. 팩토링의 거래구조

1. 팩토링의 의의

팩토링(factoring)이란 팩토링 회사(금융기관³⁾ 포함)가 제조업자, 상인, 서비스 제공자 등의 외상매출채권을 양도받아 채무자들로부터 채권을 회수해주는 금융 서비스를 말한다.⁴⁾ 「국제 팩토링에 관한 Unidroit 협약」에 의하면 신용의 공여, 회계처리, 매출채권의 추심, 신용위험의 인수 등 네 가지 중 적어도 둘 이상의 기능을 수행하는 것을 팩토링이라 하고 있다(동 협약 제1조 2항 b).

일반적으로 팩토링 계약은 다음 사항을 포함한다.⁵⁾ 아래의 거래 메커니즘에서 보듯이 외상매출채권이 많이 발생하는 중소기업들은 이러한 서비스를 이용함으로써 팩토링 회사로부터 자금을 융통할 수 있고 영업비용을 절감할 수 있다.

2) 사법통일 국제기구(Unidroit)은 1988년 5월 캐나다 오타와에서 외교회의를 열고 국제 팩토링에 관한 협약(Unidroit Convention on International Factoring)을 제정하였으나 아직 국제적으로 널리 이용되고 있지 않다. UN 국제거래법위원회(UNCITRAL)에서는 5년여의 작업 끝에 국제거래에서의 채권양도에 관한 협약(United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade)을 제정하고, 2001년 12월 UN 총회의 결의를 통해 각 회원국이 이 협약에 가입할 것을 권고한 바 있다. UNCITRAL 협약의 내용 및 우리나라의 가입과 관련된 문제점, 우리 법제에 대한 시사점을 설명한 문헌으로는 석광현, 「국제채권양도협약연구」, 법무부, 2002 참조.

3) 여전법시행령 제3조 제1항에 의하면, 은행법에 따라 인가를 받은 금융기관과 한국산업은행, 중소기업은행, 한국수출입은행, 종합금융회사, 상호저축은행, 신용협동조합중앙회, 새마을금고연합회도 겸영여신업자로서 할부금융업을 등록할 수 있게 하고 있다.

4) 대법원은 정리회사인 D파이낸스가 K자동차회사가 발행한 약속어음을 물품대금채권과 함께 양도받고 이를 담보로 하여 K사에 금융을 제공하였으며 그 과정에서 이자 또는 수수료를 징수하는 등 금융수입을 취한 것은 매출채권의 양수·관리 및 회수라는 이른바 팩토링 금융에 해당하고 여타의 금융기관 정리채권과 달리 취급할 특별한 사정이 없다고 판시했다. 대법원 2000.1.5 선고 99그35 결정.

5) 박훤일, 국제거래법, 한국경영법무연구소, 1995, 216쪽; Marsha E. Simms, "Introduction to Secured Lending and Commercial Finance", *Asset Based Financing 2008*, Practising Law Institute Commercial Law and Practice Course Handbook Series PLI Order No. 14278, at 44-45.

① 팩토링 회사(factor)의 거래처(client) 즉 판매업자는 영업활동으로부터 발생하는 채권을 팩토링 회사에 양도하기로 약정한다. 팩토링 회사가 상환청구권 없이(without recourse) 매출채권을 양수하는 경우에는 구매자(채무자)에 대하여 신용을 공여하는 형식이 된다.⁶⁾

② 팩토링 회사는 거래처인 판매업자로부터 매출채권을 할인하여 양수하고 수수료(factoring fee)를 지급받는다.⁷⁾

③ 팩토링 회사가 신용위험을 부담하게 되므로 거래처에 대하여 채권가액, 만기, 인도일 기타 조건에 대하여 信用承認(credit approval)을 받도록 한다. 팩토링 회사는 물품 인도일 전에는 그 승인을 철회할 수 있다. 팩토링 회사는 거래처로부터 물품·서비스를 구매하는 채무자(customer)에 대한 신용조사를 하고 대금의 회수에 지장이 없다고 판단되는 경우 거래를 승인한다. 신용조사는 사후에 실시할 수도 있다. 아울러 판매업자에 대하여 영업상 유익한 정보와 자문을 제공하기도 한다.

④ 물품·서비스를 판매한 거래처는 구매자에게 송장을 보낼 때 팩토링 회사에 당해 채권을 양도하였음을 통지하고 대금은 직접 팩토링 회사에게 지급하도록 조치한다. 만일 거래처가 지급을 받는 경우에는 즉시 팩토링 회사에 통지하고 팩토링 회사를 위하여 수탁자로서 그 납부액을 보관하여야 한다.

⑤ 팩토링 회사는 구매시점 또는 초회 할부금을 지급받을 때 매출채권의 액면금액에서 할인액⁸⁾ 및 수수료를 공제한 후 거래처에게 이를 지급한다. 거래처가 요청할 경우에는 팩토링 회사가 양도받은 채권액의 범위 내에서 先支給金⁹⁾(advance)을 지급한다. 어느 경우에도 매출채권의 원인이 된 거래와 관련하여 다툼이 없는 한 일정 기한 내에 지급하여야 한다.

⑥ 팩토링 회사는 구매자의 신용조사, 신용위험의 인수, 매출채권 관리·회수의 대행, 구매자 채무의 회계처리 및 지급촉촉, 양도받은 채권액 범위내의 대출, 경영 컨설팅 업무를 종합적으로 수행한다. 만일 거래처가 매출채권의 장부정리를 하는 경우에는

6) 미국이나 유럽에서는 상환청구권 없는 팩토링이 일반적이다. 즉, 팩토링 회사가 채무자의 신용 리스크를 부담하므로 팩토링이 “High risk high return”이라는 벤처 캐피탈과 비슷하다. 그러나 우리나라에서는 대부분 상환청구권이 있는 팩토링으로서 신용공여(credit)의 성격을 갖는다. 그 이유는 서구에서는 법인과 개인의 금융거래·납세 실적자료에 접근할 수 있어 신용조사를 비교적 용이하게 할 수 있는 반면, 국내에서는 대기업 외에는 일반 거래처의 신용상태를 알기가 어려워 신용조사가 충분하지 않고 그 만큼 팩토링 회사들의 위험부담이 커지기 때문이다.

7) 팩토링 회사는 신용조사, 외상매출채권의 회계사무처리에 대한 대가로 채권액의 1~2%에 상당하는 수수료를 징수한다. 팩토링 회사는 공급자의 매출채권을 할인(즉 이자에 상당하는 할인료를 공제)하여 대금을 지급하는데 그 금액에서 통상 20% 정도는 채무자의 지급 시까지 팩토링 회사가 보유한다. 채무자와의 분쟁이 발생하였을 때 팩토링 회사가 이 보유액을 가지고 상계처리하기 위한 것이다.

8) 팩토링 거래 실무에서는 매출채권의 금액에서 선이자를 공제하는 것 외에 채무자의 신용상태에 따라 추가로 할인을 하여 채무이행에 대한 담보로 잡아두는 경우도 있다.

9) 업계에서는 이를 前渡金이라고 한다.

정기적으로 매출채권의 내역과 송장, 물품출하확인서 등을 팩토링 회사에 통보하여야 한다.

2. 팩토링 거래의 발전과 국내 도입

본래 팩토링은 오래 전부터 미국의 제조업자들이 매출채권을 유동화하기 위해 시작되었다. 미국에서 팩토링이 발달한 이유는 결제수단으로 약속어음, 환어음을 사용하는 일이 드물기에 우리나라에서와 같이 매출채권을 어음 할인의 형태로 자금화할 수가 없었기 때문이다. 미국에서는 물품의 발송과 동시에 매수인에게 송장(invoice)과 청구서(bill)를 보내고 이를 매출채권(accounts receivable)으로 기장처리하며, 매수인은 상품 수령증을 매도인에게 송부한 후 지급기일에 매도인 앞으로 수표를 발행, 결제한다. 따라서 미국에서는 팩토링에 의한 매출채권의 조기회수가 절실히 요청되었던 것이다.

매출채권은 회수불능 리스크가 따르게 마련이다. 팩토링 회사는 물품·서비스를 공급한 거래처의 매출채권액 범위 내에서 대출(advance)을 해주는데, 미국에서는 구매자의 채무불이행이 있더라도 판매업자에게 遡求¹⁰⁾하지 않는(without recourse) 것이 보통이다. 그 대신 매출채권의 집행, 상계 여부, 채무자의 항변 가능성¹¹⁾에 관하여 판매업자인 거래처로부터 보장(assurance)을 받고 있다.¹²⁾

팩토링은 물품·서비스의 판매를 촉진하고 판매업자로서는 매출채권을 조기 회수할 수 있는 이점이 있기 때문에 오늘날 미국뿐만 아니라 전세계로 보급되고 있다. 특히 1963년부터 미국의 國法銀行(national bank)들에 대한 팩토링 겸업이 허용됨에 따라 대형 상업은행들이 기존 팩토링 회사를 매수하는 등 팩토링 업무에 진출하여 팩토링 업무의 다양화, 서비스 개선 경쟁이 전개되었다. 또한 미국의 팩토링 회사들이 영국, 독일, 프랑스 등지에서 팩토링 합작회사를 다수 설립하여 국제무역에도 팩토링

10) 遡求(recourse)란 어음제도에서 보듯이 채무자가 있음에도 법적으로 상환의무를 지는 다른 사람에게 상환청구를 하는 것을 말한다. 오늘날의 국제거래에서는 상환청구권을 제한하거나 배제하는 프로젝트 파이낸스와 같은 금융거래(non- or limited recourse financing)가 널리 행해지고 있다.

11) 미국에서는 팩토링 거래를 원활히 하기 위해 양도금지 특약을 무효화하고, 매출채권 양도계약서에 항변포기 조항을 포함시키고 있다. 그 결과 구매자는 자신이 판매업자에 대하여 갖고 있는 항변권으로 팩토링 회사의 지급 청구에 대항하지 못하게 된다. UCC 제9-403조 (b). 「Unidroit 국제 팩토링에 관한 협약」 제6조 1항에서도 당사자간의 양도금지 특약에도 불구하고 당해 채권양도는 유효하다고 본다. 정재곤, “국제팩토링협약에 관한 법적 고찰”, 국제거래법연구 제2집, 1993.6, 223쪽.

12) 미국 UCC는 매출채권도 담보부거래(secured transactions)의 대상에 포함시키고 있으므로(UCC 제 9-109조) 팩토링 회사를 담보권자, 매출채권을 양도하는 판매업자를 채무자로 본다. 따라서 팩토링 회사가 판매업자의 도산, 매출채권의 이중양도로부터 권리를 보호받기 위해서는 반드시 UCC에서 정하는 공시방법(filing)을 취해야 한다. 그리고 구매자에게 채권양도의 사실을 통지(통상 invoice에 부동문자로 인쇄)함으로써 통지 후에 원인계약으로부터 발생한 구매자의 항변 또는 반대청구를 가지고 팩토링 회사에 주장할 수 없게 하고 있다.

이 널리 이용되고 있다.

우리나라에서도 1980년대 초부터 종합금융회사와 은행, 최근에는 여신전문금융회사들¹³⁾이 팩토링 업무를 취급해 왔는데, 최근 수출입은행을 비롯한 은행들이 국제 팩토링 업무를 강화하고 있다. 국제 팩토링이란 수출업체와 수입업체간의 외상 무역거래를 신용장 없이 팩토링 회사가 중개하는 것으로 신용조사, 채권의 관리 및 회수, 금융지원 등 일련의 서비스를 제공한다. 수출업체의 경우 은행이 수출대금의 지급을 보장하기 때문에 부실채권의 발생을 방지할 수 있으며, 수입업체는 신용장 개설에 따른 인력과 비용이 절감되고 外上輸入이 가능해져 자금부담을 완화할 수 있다.

3. 팩토링의 특징

팩토링 거래는 어디까지나 ‘당사자 자치’의 영역에 속한다. 그러므로 팩토링 회사(factor)와 그 거래처(client) 간에 계약조건을 달리 함으로써 다양한 방식으로 행하여질 수 있다. 팩토링 회사가 거래처로부터 양도받은 채권에 대하여 구매자(customer)가 변제하지 않는 경우에 거래처에 상환청구권(recourse)을 행사할 수 있는지, 팩토링 회사가 거래처로부터 채권을 양도받은 사실을 구매자에게 통지(notification)하거나 승낙을 받아야 하는지, 또 팩토링 회사가 거래처로부터 채권을 양도받은 대가를 미리 현금으로 지급(advance)하는지 등에 관하여 다양한 형태의 팩토링이 존재한다.

일반적으로 팩토링 거래의 활성화가 기대되는 장점을 다음과 같이 간추릴 수 있다.

가. 매출채권의 조기 회수

팩토링회사는 물품·서비스를 판매한 거래처가 요청하면 매출채권의 만기 전일지라도 소정 금리에 따라 채권액을 할인하여 지급(advance, 선지급 금융)한다. 즉 판매업자는 팩토링 회사에 할인료를 지급하고 대금의 지급기일 전에 매출채권을 현금화할 수 있으므로 부동산 같은 담보를 제공할 수 없는 중소기업에 유리하다.

나. 상환청구권의 제한

팩토링에는 채무자가 대금을 지급하지 않을 경우 판매업자에 대하여 미납분을 소구할 수 있는 상환청구권 있는 팩토링(factoring with recourse)¹⁴⁾과 그 리스크를 팩

13) 현재 팩토링을 포함한 할부금융을 취급하는 금융회사는 전업사가 두산캐피탈, 동부캐피탈 등 15個社, 겸영사는 15개사로 도합 30개사이다. 이들의 상호에서 알 수 있듯이 제조업체(두산중공업, 동부제강)가 매출촉진을 위하여 설립하는 예가 많다.

14) 독일에서는 상환청구권 있는 팩토링, 이른바 ‘不眞正’(unechtes)한 팩토링 거래가 많이 행하여지는 관계로 이 문제를 논한 判例가 다수 있다[예컨대 독일 연방대법원(BGH) 1978.5.10 판결(WM, 1978, S.630) 등]. 이에 의하면 상환청구권 있는 팩토링 거래는 판매업자가 선지급에 따른 채무를 부담하고

토링 회사가 부담하는 상환청구권 없는 팩토링(factoring without recourse)¹⁵⁾이 있다. 우리나라에서는 전자가 일반적이지만, 미국에서는 일반적으로 채무자에게 매출채권의 양도사실을 통지(notification)하고 판매업자에 대하여 상환청구권을 행사하지 않는 조건으로 팩토링이 행하여진다.

다. 신용조사 및 채권서류의 중시

팩토링 회사는 구매자의 신용상태를 신속히 조사하여 신용상태가 나쁜 경우에는 승인을 거절하여 물품이 인도되지 않도록 한다. 그리고 판매업자로부터 송장 사본, 물품출하확인서 등을 제출받아 매출채권의 존재를 필히 확인하여야 한다.

라. 매출채권담보부 대출과의 비교

은행들은 팩토링 취급 전부터 매출채권을 담보로 한 대출을 취급하였다. 이는 매출채권을 채권양도 방식으로 담보제공하는 것인데 매출채권의 가액보다 판매업자의 신용을 중시하므로 매출채권의 회수가 불가능한 경우 판매업자가 대출금을 상환할 의무가 있다. 반면 팩토링은 팩토링 회사가 중간에 끼는 3 당사자간의 거래로서 매출채권이라는 자산의 양도이며 채권회수의 리스크도 함께 팩토링 회사에 이전되는 것이 다르다.¹⁶⁾

4. 팩토링 거래의 법률문제

가. 팩토링 거래의 법적 성격

팩토링은 매출채권의 양도라는 점에서 指名債權의 양도(민법 제449조)이며 당사자간의 합의만으로 성립하는 諾成계약이자 일정한 방식을 요하지 않는 不要式계약이다. 채권양도시 그와 관련된 어음을 배서·양도하는 관행이 있지만 이는 채권담보를 위한 것일 뿐 팩토링 계약의 본질적 요소는 아니다. 우리 민법상으로는 지명채권의 양도를 가지고 채무자 및 제3자에 대하여 주장할 수 있으려면 對抗要件(민법 제450조)을 갖추어야 하므로 우리나라의 팩토링 거래에 있어서는 원칙적으로 채무자인 구매자에 대

그 이행을 위해 채권을 양도하는 것으로 팩토링 회사가 채권의 회수·추심을 인수하는 것이지만, 양도인은 매출채권뿐만 아니라 채권의 가치(구매자의 資力)에 대해서도 담보책임을 진다고 한다. 다만, 팩토링 회사에 대한 채권양도가 숨은 것이 아니고 팩토링 회사도 양도받은 채권으로부터 우선만족을 구해야 한다는 점에서 담보의 목적으로 채권을 양도하는 일반적인 채권양도와 다를 뿐이다. 요컨대, 상환청구권 있는 팩토링은 일종의 신용공여 행위로서 취급된다. 독일의 팩토링 시장은 독일 은행들의 유니버설 बैं킹 전통과 기업대출 위주의 금융관행 영향으로 외국계 팩토링 회사의 활동이 두드러진 가운데 다른 나라보다 팩토링 거래의 비중이 매우 작은 편이다.

15) 독일에서는 이를 진정(眞正) 팩토링(*echtes Factoring*)이라고 부른다.

16) 미국에서 일반적으로 행하여지는 상환청구권이 없는 팩토링의 경우이다.

한 통지 또는 구매자의 승낙이 있어야 한다.¹⁷⁾

그런데 구체적인 팩토링 거래에 있어서 양도된 채권의 변제에 관한 리스크를 누가 부담하느냐, 또 장래의 채권에 대해서도 이를 포괄적으로 양도할 수 있느냐 하는 다툼이 생길 수 있다.¹⁸⁾ 팩토링의 법적 성격을 어떻게 파악하느냐에 따라 채무자가 도산하였을 때 당해 매출채권의 처리방법이 달라질 수 있다.¹⁹⁾

(1) 상환청구권 없는 팩토링의 경우

이 경우 매출채권이 회수불능이 되면 팩토링 회사가 신용위험을 부담한다. 팩토링 회사는 구매자(customer)에게 대금을 청구할 수 있는 채권의 價値를 사전에 충분히 조사하여 매입하는 것이므로, 그 대가로서 지급한 선지급 금융은 판매업자(client)에 완전히 귀속되며 채권·채무관계를 남기지 않는다. 이 경우의 채권양도는 채권의 매매이다.

(2) 상환청구권 있는 팩토링의 경우

이 경우 구매자가 기일에 대금을 납부하지 않으면 팩토링 회사는 판매업자에게 미납분에 대한 상환청구권을 행사할 수 있다. 독일에서는 이러한 부진정 팩토링에 있어서 구매자가 변제기일에 지급하지 않다면 그 원인 여하를 불문하고 판매업자가 팩토링 회사에 대하여 언제나 상환책임을 진다고 본다. 즉, 판매업자는 채권의 성립에 대한 담보책임(*Veritatzhaftung*) 뿐만 아니라 채무자의 지불능력에 대한 담보책임(*Bonitatzhaftung*)도 지는 것으로 해석된다.²⁰⁾

그 법적 성격에 관하여는 債權賣買라는 견해와 消費貸借라는 견해가 있다.²¹⁾

前者는 상환청구권이 있든 없든 팩토링에 의한 채권양도는 채권매매의 이행행위라

17) 지명채권의 양도에는 ① 통지 방식과 ② 서면에 의한 채권양도 승낙 방식 두 가지가 있다. 일반적으로 국내 금융기관들은 ② 채권양도 승낙의 방식으로 처리한다. ① 통지 방식으로 하면 통지 시점에 따라 제3자로부터 채권의 압류·가압류가 들어오는 것을 피할 수 없기 때문이다. 통지 방식은 ② 채권양도 승낙 방식이 불가능할 때(예컨대 판매자가 부도가 나서 통지 방식으로라도 채권확보를 해야 할 때) 이용한다.

18) 박훤일, 앞의 책, 219~220쪽 및 각주 6) 참조.

19) 채무자가 도산하였을 때 판매업자로부터 매출채권을 양수하고 팩토링 금융을 제공한 금융회사는 해당 도산절차에 따른 권리를 취득한다. 별도의 담보제공이 없는 경우에 “팩토링 금융은 담보로 채권을 양도받는 것을 본질적 요소로 하고 있다” 하고 이를 정리[회생]담보권으로 본 하급심 판결(서울지방법원 2002.6.7. 선고 2001가합48144 판결)이 있다. 한편 각주 4)의 사건에서 대법원은 팩토링 금융을 제공한 정리회사가 물품대금채권을 담보로 양도받았음을 인정하면서 이를 ‘정리채권’이라고 하였는데 이 사건은 팩토링 금융채권이 정리채권인지 정리담보권인지를 쟁점으로 다룬 것은 아니었다.

20) 윤용석·임재호·최광준, “새로운 형태의 거래행위: 리스, 프랜차이징, 팩토링에 관한 연구”, 부산대 법학연구 36권 1호(耕巖 金容旭 교수 정년기념논문집), 1995.12, 137쪽.

21) 부진정 팩토링의 법적 성격을 둘러싸고 독일의 학설은 매매계약설, 업무관리계약설, 소비대차계약설로 나뉘는데 소비대차로 보는 것이 통설이다. 위의 논문 140~144쪽 참조. 유니버설 बैं킹의 전통이 강한 독일에서는 팩토링 거래의 비중이 크지 않고 그것도 외국계 금융회사들이 시장을 차지하고 있다.

고 보고, 제1차적 채무자는 판매업자가 아니라 구매자라고 한다. 판매업자가 팩토링 회사의 상환청구에 응해야 하는 것은 만일의 경우에 부담하는 책임으로서 매매의 목적이 실현되지 않았을 때 양도한 바 있는 무가치해진 채권을 반환받는 것이 된다.

後者は 팩토링 회사가 판매업자에게 선지급해 주는 것을 변제에 관한 특약이 있는 비전형적인 소비대차 관계로 보고, 통상의 소비대차와는 달리 구매자라는 또 한 사람의 부가적인 채무자를 갖는 것이라고 한다. 정상적인 경우에는 구매자로 하여금 팩토링 회사에 직접 지급하도록 지시함으로써 판매업자가 변제하는 우회적인 절차가 생략되며, 구매자가 무자력인 경우에는 통상의 소비대차와 마찬가지로 판매업자가 변제의무를 부담하게 된다.

(3) 小 結

팩토링 거래는 팩토링 회사와 판매업자 간의 기본계약인 팩토링 계약과 이에 기초하여 판매업자가 팩토링 회사에 매출채권을 양도하는 개개의 채권양도행위로 구성된다.²²⁾

팩토링 계약은 팩토링 거래의 기본계약으로서 계속적 채권계약이며, 특수한 혼합계약이다. 팩토링 회사가 선지급을 하는 경우에는 소비대차의 성질도 있으며 채권추심, 채권관리, 장부작성 등의 서비스를 제공하는 것은 위임계약이라고 할 수 있다. 한편 개개의 채권양도행위의 법적 성격에 대하여는 학설이 나뉘는데, 상환청구권이 없는 팩토링은 채권매매이고, 상환청구권이 있는 팩토링(우리나라에서 주로 이용되는 팩토링)은 금융의 성격을 가진 소비대차라 할 수 있다.²³⁾ 이 두 가지를 합쳐 소비대차의 담보를 위하여 하는 (외상매출)채권의 양도로 파악하는 견해도 있다.²⁴⁾

나. 장래채권의 양도가능성

팩토링 거래에 있어서 개개의 채권에 대하여 판매업자가 송장, 물품출하확인서 등 채권발생을 증명하는 서류를 팩토링 회사에 교부하고 팩토링 회사가 신용승인을 하는 개별적인 채권양도 방식으로 행해진다. 그런데 종종 판매업자가 영업활동에서 발생하는 모든 채권을 팩토링 회사에 포괄적으로 미리 양도하는 경우도 생긴다. 독일에서는 이를 포괄적 선양도(*Globalzession*)라 하는데 흔히 행해지는 팩토링 거래방식이다.

원칙적으로 장래의 채권을 양도하기 위해서는 “현재 권리의 특징이 가능하고 가까운 장래에 발생할 것임이 상당한 정도로 기대되어야” 한다.²⁵⁾ 독일에서도 “상정할 수

22) 정찬형, 「상법 강의 上(제11판)」, 박영사, 2008, 388쪽.

23) 정동윤, “새로운 유형의 상행위(其二) - 팩토링에 관하여”, 「민사법과 환경법의 제 문제」(松軒 安二 濬 박사 화갑기념), 박영사, 1986, 843쪽.

24) 정찬형, 앞의 책, 389쪽.

25) 대법원 1996.7.30 선고 95다7932 판결, 1991.6.25 선고 88다카6358 판결.

있는 모든 경우에 있어서 의문의 여지가 남지 않게 양도대상 범위가 특정되어야 한다”는 태도를 견지해 오다가 2차 대전 후 경제적·사회적 환경이 크게 바뀌고 기업이 은행대출을 받기 위해 장래채권을 이용할 필요성이 대두되면서 학설·판례가 일치하여 그 유효성을 인정하게 되었다. 독일 연방대법원(BGH)은 “장래채권의 양도가 유효하기 위하여는 현재의 상황에도 불구하고 합의내용으로부터 판단하여야 할 것이나, 생각할 수 있는 모든 상황에서 보아 특정되어 있을 것을 요하지 않고 계약체결 당시 당사자가 합리적으로 예상한 상황 하에서 특정될 수 있으면 족하다”고 판시하였다.²⁶⁾ Unidroit의 국제팩토링 협약에서도 계약 체결 시 또는 매출채권의 발생 시 채권이 개별적으로 특정되지 않았다는 사실만으로는 無效가 아니라고 규정하고 있다(동 협약 제5조 a항).

5. 할부금융과의 비교

가. 할부금융의 개요

할부금융은 자동차 및 주택 등 소비자가 일시불로 구입하기 어려운 고가의 상품을 구입할 때 필요한 자금을 할부금융회사(카드사 포함)가 판매사 대리점에 일시불로 지급하고 소비자가 이를 분할하여 상환하는 금융 서비스를 말한다.²⁷⁾

할부금융은 소비자에게 자금을 대여해 준다는 점에서 소비자 금융의 성격을 띄지만, 동시에 물품 대금이 일시에 생산자 또는 제품판매업자에게 직접 지급되므로 생산자도 실질적인 수혜자로 볼 수 있어 이들에 대한 유통금융의 일종으로도 볼 수 있는 선진 판매제도이다.

할부금융회사와 판매사 대리점간에 할부금융조건(구매자 자격요건, 이자율, 대출기간, 채권확보조건 등)을 사전 협의하여 ‘업무제휴약정’을 체결하고, 동 조건을 충족하는 소비자가 할부금융 이용을 희망하는 경우 판매사 대리점을 통하여 할부금융을 신청한다.

할부금융회사는 판매사 대리점으로부터 ‘할부금융약정서’ 체결에 필요한 채권서류를 받아 대출심사(적격, 부적격, 보완)를 한 후 소정 요건을 갖춘 경우에 대출금을 지급한다.

나. 팩토링과 할부금융의 비교

할부금융은 팩토링과 마찬가지로 취급업자가 재화 및 용역의 매매계약에 관여하는 것은 같다. 그러나 할부금융은 매도인으로부터 매출채권을 양도받는 것이 아니고, 매

26) 1992.10.25. BGHZ 7, S.365.

27) 여신금융협회 홈페이지의 할부금융업 설명자료 참조. <<http://www.crefia.or.kr/data/data01.html>>

도인 및 매수인과 각각 약정을 체결하여 매수인에게 용자한 재화 및 용역의 구매자금을 매도인에게 지급하고 매수인으로부터 그 원리금을 분할하여 상환받는 3면계약 방식으로 이루어지는 점에서 팩토링과 다르다.

따라서 할부금융의 경우 매출채권의 리스크가 이전될 여지가 없고, 매출채권이 대출채권으로 바뀌어 매회 원리금을 분할하여 지급하여야 한다. 반면 팩토링은 매출채권 대금을 할인 형식으로 선이자를 공제하고 지급하며, 상환청구권 유무에 따라 매출채권의 신용위험을 팩토링 회사가 부담하게 된다.

III. 팩토링의 활용 가능성

1. 資産을 기초로 한 금융

팩토링은 매출채권이라는 자산을 이용하여 자금을 조달하는 대표적인 자산을 기초로 한 금융(asset-based finance)²⁸⁾에 속한다. 국제결제은행의 자기자본에 대한 규제(BIS Rule)가 실시되고 있는 오늘날 각광을 받고 있는 자산을 기초로 한 금융이란 보유자산 또는 여기서 창출되는 현금흐름(cash flow)을 이용하여 자금을 조달하는 각종 금융기법을 말한다.²⁹⁾ 우리나라의 IMF 위기 직후 「자산유동화에 관한 법률」(1998)의 시행으로 널리 성행하였던 유동화증권(asset-backed securities: ABS)이 대표적이지만, 팩토링 외에도 부동산담보부 대출채권을 유동화한 주택저당채권(mortgage-backed securities: MBS), 프로젝트에서 발생하는 현금흐름을 기초로 원리금을 상환하는 프로젝트 금융(project financing), 투자자들의 자금을 가지고 부동산관련 상품에 투자·운영하는 부동산투자신탁(real estate investment trusts: REITs) 등 여러 가지가 있다.

통상 자산을 기초로 한 금융은 ABS의 유동화전문회사[SPV]와 같이 일정한 목적하에 설립되는 투자기구(vehicle)를 매개로 이루어진다. 우리나라에서는 상기 예셋 파이낸스가 모두 시행되고 있는데, 팩토링의 경우에는 팩토링 회사가 거래처로부터 직접 매출채권을 양도받는다.

이러한 자산을 기초로 한 금융은 첫째로 대차대조표 차변의 자산을 매각·양도하는

28) 자산을 기초로 한 금융은 자산을 이용한 금융거래라는 의미에서 'Asset Finance'라고도 하는데, 항공기·선박 등 설비 기타 자산의 수요를 충족하기 위한 금융거래(엄밀한 의미의 Asset Finance)와 구별하여야 한다는 견해가 있다. 후자는 설비의 수요자 관점에서 보는 거래이고, 전자는 자금의 공급자 관점에서 본 금융거래라는 차이가 있다. 西村總合法律事務所 編, ファイナンス法大全, 商事法務, 2003, 423~424面.

29) 박현일, "예셋 파이낸스의 투자기구", 경영법무 No.79, 한국경영법무연구소, 2000.10. <<http://onepark.khu.ac.kr/Vehicle.htm>>

등의 방법으로 유동화할 수 있으므로 시장여건을 고려하여 다양한 방법으로 기동성 있게 재원을 조달할 수 있다는 이점이 있다. 둘째, 자산을 기초로 한 금융은 투자기구나 거래처에 자산을 매각하는 형식을 취하므로 대상자산을 대차대조표에서 소거(off-balance sheet)할 수 있으며, 대차대조표의 자산구성을 슬림화할 수 있다.³⁰⁾

셋째, 자산을 기초로 한 금융에 있어서는 거래구조에 적합한 투자기구를 매개로 하는데 주로 도산절차로부터 투자자를 격리·보호(bankruptcy remote)하는 데 주안을 두고 있다. 그러나 팩토링의 경우에는 상환청구권의 유무에 따라 그 내용이 달라진다. 금융기관들은 기업동산에 대하여 적절한 공시방법이 갖춰질 경우 다양한 금융 모델을 수립하여 중소기업의 자금조달을 지원할 준비를 하고 있다.³¹⁾

2. 맞춤형 금융 서비스의 제공

팩토링은 신용장이나 지급보증 외에는 달리 채권을 회수할 확실한 방법이 없는 국제무역거래에 매우 효과적으로 활용될 수 있다. 예컨대 소규모로 거래가 이루어지는 정보통신(IT) 제품의 수출거래의 경우 신용장으로 거래하기가 어려운데 그 대신 팩토링을 이용함으로써 수출대금을 확실하게 회수할 수 있다.

수출입은행은 2005년 초 신용장 거래가 별로 활발하지 않은 중남미, 동구권 등에 수출을 하는 중소기업에 대한 수출 팩토링 업무를 개시하여 이들 신흥시장의 개척을 지원하였다. 수출 팩토링을 통해 외국계 은행에 대한 의존도를 줄일 수 있고, 외국계 은행과 경쟁을 하면서 할인료 인하를 이끌어내 수출기업의 거래비용을 절감할 수 있었다.³²⁾

무엇보다도 수출 팩토링 업무를 원활히 취급하기 위해서는 수입자에 대한 신용평가, 채권회수, 분쟁발생 시의 국제소송 수행 등 리스크 분석 및 관리능력이 매우 중요하다. 다만, 국제 팩토링 업무를 활발히 취급하기 위해서는 해외 리스크를 평가하고 관리할 수 있는 전문인력을 확보하고 관련 정보의 수집을 확대하는 한편 안정성과 수익성 위주로 해외 수입자의 신용위험을 인수하는 경험을 쌓을 필요가 있다.

수출입은행은 또 국내 관행과는 달리 상환청구권이 없는 팩토링(factoring without

30) BIS 자기자본비율을 개선해야 할 은행이나 부채비율을 낮춰야 할 대기업들은 팩토링 거래의 대상이 되는 매출채권을 많이 보유하는 것은 아니지만, 보유자산을 이용하여 자금을 조달하는 것은 중요한 모티브가 아닐 수 없다.

31) 일본에서는 동산양도등기제도가 도입됨에 따라 경제산업성을 중심으로 기업동산, 채권 등의 자산을 활용한 대출제도(asset-based loan: ABL)를 촉진하고 있다. 정부계 금융기관인 상공중앙금고와 후쿠오카 은행이 제휴하여 다시마·건어물·해초류 제품의 재고를 담보로 리볼빙형 대출을 실시하였다. 沖野眞巳(손경한 역), “최근 일본의 비부동산 담보법제”, 국제거래법연구 제16집 제2호, 2007.12, 205쪽.

32) 한국수출입은행 2005.1.31자 보도자료.

recourse) 금융을 수출용 원자재 공급업자에게 제공하여 크게 환영을 받았다. 수출기업에 대하여 수출용 원자재를 공급하고 중소기업이 외화표시 매출채권을 보유하게 되었을 때 이를 상환청구권 없이 매입(수출 팩토링)하는 것은, 수출을 행하고 수출대금을 회수하는 것과 관계없이, 수출용 원자재를 공급하는 중소기업에 대하여 확실하게 자금을 공여하는 결과가 된다. 즉, 수출기업이 만기일에 수출대금을 상환하지 못하더라도 은행은 수출용 원자재를 공급한 중소기업에 별도의 담보를 요구하지도 않고 대금을 청구하지도 않는다. 다만, 매출채권의 매입은 공급물품의 하자발생 가능성 등을 고려하여 대금의 80~100%를 선지급하고 있다.³³⁾

상환청구권이 없는 팩토링의 경우 별다른 담보가 없는 중소기업도 이용할 수 있는데, 시설자금을 대출할 때에도 매출채권 팩토링을 이용하면 양면의 효과를 거둘 수 있다. 즉, 대출자금으로 설치한 시설의 생산물 판매대금을 미리 회수하고 투자수익을 조기에 실현할 수 있는 동시에 채권관리와 회수에 필요한 인력과 비용을 절감할 수 있기 때문이다. 채무자가 팩토링 선지급금으로 기존 대출금을 상환할 경우에는 재무건전성을 높일 수 있을 것이다. 2005년 국민은행은 에너지절약 전문기업(energy saving company: ESCO)에 에너지이용합리화자금 등 시설자금을 대출할 때 당해 시설 생산물의 매출채권을 팩토링 방식으로 할인 매입하였다. 그리고 대금의 상환은 에너지절약시설을 사용하는 에너지사용자(아파트, 학교, 공공기관, 일반산업체 등)가 할부금 방식으로 하게 되므로 거래 참가자가 모두 윈-윈할 수 있는 거래구조를 만들 수 있다.³⁴⁾

이러한 팩토링 금융은 담보 등의 부족으로 정상적인 은행대출을 받을 수 없는 거래기업의 수요를 파악하여 신용조사를 바탕으로 매출채권을 매입하는 고위험-고수익(high risk high return)의 금융 서비스를 제공한다는 것이 특징이다.

IV. 팩토링 거래의 개선을 요하는 점

1. 소비자보호

팩토링 거래의 최종 채무자는 팩토링 회사의 거래처로부터 물품·서비스를 구매하는 소비자이다. 팩토링 회사는 그의 우월적 지위를 이용하여 소비자에게 부당한 요구를 하거나, 채권회수를 위한 무리를 범하고 소비자의 권익을 침해하는 사례가 자주

33) 한국수출입은행 홈페이지 <http://www.koreaexim.go.kr/kr/exim/m06/s061_1.jsp>

34) ESCO 스페셜 인터뷰: 국민은행 “ESCO 신용대출 및 매출채권 팩토링 상품” 출시, 국민은행 중소기업팀 박규병 차장, ESCO, 2005.1/2월호, 30~31쪽.

발생하고 있다.

금융감독원의 할부금융사에 대한 서베이 결과에 의하면 채권양도의 고지항목이 제한적이거나 불충분하고, 약관 또는 계약서의 미교부로 인한 거래조건의 고지(여전법 제39조)가 미흡하다는 소비자들의 불만이 많은 것으로 나타났다.³⁵⁾ 구체적으로 살펴보면 계약서 상 기한이익의 상실사유가 명확하지 않고, 단순 구두독촉만으로 기한이익 상실조치를 취하거나 미납회수 2회만으로도 기한이익을 상실시키는 등 제도 운영상의 불합리한 점이 발견되었다. 또한 여전법상 할부금융사에 대하여는 별도의 채권추심행위에 관한 규제가 없어, 채권추심과 관련하여 소비자들의 권리보호에 미흡하다는 지적도 있었다.

그러므로 팩토링 대금의 상환기간, 미상환 시의 처리방법 등을 고지항목에 추가하고, 각종 수수료는 총액 기준으로 눈에 띄게 표시하는 동시에 계약서 사본의 교부를 의무화하고 自筆서술 확인방식을 도입하도록 하였다. 다른 한편으로는 팩토링 회사의 고지의무 이행 등에 대한 지도·감독을 강화하고, 계약상의 준수사항은 여신금융협회 주관의 자율규약사항으로 정하여 자율적으로 표준약관을 제정하고 약관심사를 강화하는 것이 바람직할 것이다.

2. 매출채권의 전자채권화

팩토링 거래가 결국 팩토링 회사와 그 거래처 사이의 매출채권 양도이므로 이를 電子化함으로써 거래의 안전과 효율을 도모할 수 있을 것이다.³⁶⁾

현재 팩토링 거래는 팩토링 회사가 그 거래처인 판매업자의 물품·서비스 판매를 신용승인한 후 매출채권을 양도받는 절차를 취하고 있는데 대부분 B2B 거래에 속하므로 이를 전자채권화함으로써 거래의 명확화, 거래비용의 절감 등 각종 편의를 누릴 수 있다. 즉 구매자가 전자외상매출채권거래계약에 의하여 판매업자를 채권자로 지정하고 일정 금액을 변제기에 지급하겠다고 하면서 전자채권을 발행하면 판매업자는 이 전자채권을 팩토링 회사에 양도함으로써 그 대금을 조기에 회수할 수 있는 것이다. 팩토링 회사는 납품내역과 결제금액 등을 확인하고 판매업자의 위임을 받아 매출채권을 양수하였음을 전자적으로 구매자에게 통지한다. 이러한 통지는 따로 내용/배달증명우편으로 보내지 않아도 전자금융거래법 제20조의 규정에 따라 확정일자 있는 증서로 갈음하게 된다.

그런데 이러한 전자결제에는 은행이 신용상태를 잘 알고 있는 우량 거래처가 아니면

35) 금융감독원<www.fss.or.kr> 2006.8.29자 보도자료. 할부금융회사를 지도·감독하는 내용이므로 그 설명의 상당 부분은 팩토링 거래에도 해당할 것이다.

36) 박훤일, “전자채권등록제도와 국내입법”, 국제거래법연구 제15집 제1호, 2006.7, 99~106쪽.

전자결제의 한도를 부여하지 않는다는 데 문제가 있다. 더욱이 팩토링을 전문적으로 취급하는 여신전문금융회사는 신용보증기금이나 기술신용보증기금의 보증서를 받을 수가 없어 원천적으로 전자결제를 이용할 수 있는 업체가 그리 많지 않은 실정이다.

2005년부터 시행되고 있는 전자어음도 이를 배서 양도하는 식으로 팩토링에 활용할 수 있다. 만일 판매업자가 구매자와 전자어음을 발행하기로 합의했다면 팩토링 회사는 매출채권을 전자어음과 함께 양수하면 된다. 다시 말해서 팩토링 거래에 전자채권, 전자어음을 적용하여 거래의 효율과 안전성을 도모하고, 투명성을 제고할 수 있다.³⁷⁾ 그러나 중소기업들은 전자어음으로 결제하면 매출액이 그대로 투명하게 노출되어 課標가 늘어나고, 무엇보다도 전자어음의 발행·배서에 따른 수수료 부담이 만만치 않다. 전자어음 결제액이 꾸준히 증가하고는 있으나 세제상의 인센티브와 전자어음 수수료의 인하 등 파격적인 조치가 없는 한 중소기업들의 전자어음을 이용한 팩토링 거래는 크게 늘어나지 않을 것으로 보인다.

3. 팩토링 거래와 電子公示

팩토링 거래는 판매업자의 구매자에 대한 매출채권을 팩토링 회사에 양도하고 양도인인 판매업자가 구매자에 대하여 채권양도를 통지하거나 구매자의 채권양도 승낙을 받는 방식에 의한다. 채무자인 구매자에 대한 통지는 확정일자 있는 증서에 의해야 하는 바(민법 제450조 2항), 이는 민법상의 對抗要件으로서 당해 채권이 이중으로 양도되거나 구매자에게 다른 채권자가 있는 경우에 팩토링 회사가 제3자에 대하여 권리를 주장할 수 있는 근거가 된다. 매출채권 위에 여러 이해관계자가 서로 경합하는 경우에 그 우선순위(priority)를 정할 수 있고,³⁸⁾ 특히 채무자가 파산하였을 때 팩토링 회사가 매출채권에 대하여 대항요건을 갖추었다면 그의 권리를 지킬 수 있을 것이다.

미국에서는 기존 팩토링 관련 법률(Factor's Lien Act)을 반영하여 통일상법전(Uniform Commercial Code: UCC) 제9편의 담보부거래(secured transactions)의 적용 범위에 팩토링 거래의 대상인 매출채권(accounts receivable)을 포함시킴으로써(UCC 제9-109조(a) 5) 팩토링 회사가 유효하게 담보권을 취득할 수 있게 하고 있다. UCC는 매출채권의 단순한 매도(outright sale)와 담보 목적의 양도(sale to secure an obligation)를 구분하면서도 이를 구별하는 메커니즘을 두지 않고 두 경우에 모두 적용된다.³⁹⁾ 그리하여 매출채권이 채무에 대한 담보로서의 기능을 하지 않더라도 팩토

37) 일본도 외상매출채권 등의 금전채권을 자금조달에 적극 활용하기 위해 2007년 6월 「電子記録債權法」을 제정하였다. 이 법에 의하면 채권의 발생 및 양도에 있어 '전자기록'을 효력요건으로 하는 금전채권인 전자기록채권이 창설되는 것이다. 이미 부동산 등기나 채권양도 등기가 행해지고 있지만 민간기관인 전자채권기록기관에 등기를 한다는 점이 특징이다. 沖野眞己, 앞의 논문, 197쪽.

38) 정봉진, “팩토링의 공시제도에 관한 미국 통일상법전 연구”, 인권과 정의 Vol. 364, 2006.12, 73~76쪽.

링 회사는 담보권(security interest)을 취득하게 되며, 팩토링 계약서는 담보권설정계약서(security agreement)가 되고 매출채권은 담보물(collateral)이 된다. 이처럼 팩토링 회사는 담보권자와 동일한 지위에 서게 되므로 팩토링의 성립(attachment)과 대항요건(perfection), 우선순위(priority)에 관해서도 모두 UCC 제9편이 적용된다.⁴⁰⁾

이에 따르면 팩토링 회사가 판매업자로부터 양수한 매출채권을 다른 양수인이나 구매자의 채권자에게 대항하고, 또한 구매자로부터 직접 추심할 수 있으려면 다음의 요건을 갖추어야 한다. 즉, ① 구매자가 판매업자 또는 팩토링 회사에 의하여 인증된(authenticated) 양도통지를 수령하고, ② 양도통지에 앞으로의 매출채권에 대한 변제는 팩토링 회사에 대하여 하여야 한다는 내용이 포함되어 있어야 하며, ③ 만기가 도래하거나 도래할 매출채권의 금액이 양도통지에 명시되어 있어야 한다(UCC 제9-406조(a), 제9-607조(a)1, 3). 구매자는 위와 같은 내용의 통지를 수령할 때까지는 판매업자에게 변제하고 채무를 면할 수 있다(UCC 제9-406조(a)).⁴¹⁾

UCC에 의한 팩토링의 대항요건은 팩토링 계약서(financing statement)를 카운티 등기소에 등록(filing)⁴²⁾함으로써 갖추게 된다(perfection). 즉 팩토링 회사가 매출채권을 매수하였다는 사실을 일반 공중에 공시함으로써 이해관계인이 등록부를 열람하고 팩토링의 내용을 알아볼 수 있게 하는 것이다.⁴³⁾

이와 같이 팩토링 거래를 실시간으로 공시하는 것은 우발적인 리스크 부담을 회피할 수 있으므로 매우 중요하다. 예컨대 판매업자가 물품을 납품하고 당해 매출채권을 채무자의 양도 승낙을 받아 팩토링 회사에 양도한 경우를 보자. 판매업자가 아무리 신속하게 일을 처리하더라도 납품과 양도 승낙 사이의 불과 하루 심지어는 1시간 동안에 당해 매출채권에 대하여 제3 채권자의 가압류가 들어가는 경우가 있다. 확정일자 있는 증서에 의한 대항요건을 갖추는 사이에 우선순위가 앞서는 권리가 나타날 가능성이 있는 것이다.

그러므로 팩토링 거래에 따른 권리의 설정이 實時間으로 공시되지 않고서는 팩토링 회사가 우선순위를 확보하는 데 불확실성이 따르게 마련이다. 우리나라에서도 미국 UCC 제9편과 같이 채권양도 특히 팩토링 거래에 대하여 효과적인 공시방법을 도입해야 팩토링 거래를 활성화할 수 있을 것이다.

39) Simms, *supra* note 5) at 45.

40) 정봉진, 앞의 논문, 65~66쪽.

41) 위의 논문, 67쪽.

42) 미국에서의 동산등기 절차와 전자등기 검색상의 문제점을 소개한 문헌으로는 박현일, “전자등기 검색상의 문제점과 해결방안”, 경희법학 제42권 제1호, 2007.6 참조.

43) 정봉진, 앞의 논문, 68쪽.

V. 결 론

새로운 거래유형의 등장에 따라 상법의 상행위편 규정을 개정할 것인지 검토하는 것은 당연한 일이다. 1980년대부터 널리 이용되고 있는 팩토링의 경우 事業法에 속하는 여전법을 제외하고는 민법 제450조(지명채권양도의 대항요건)의 규정이 팩토링에도 적용되고 있다. 그러나 민법상의 채권양도 대항요건만 가지고 팩토링 거래를 하기에는 미흡한 실정이다.⁴⁴⁾ 일본에서도 채권을 활용한 자금조달을 촉진하고, 채무자에게도 알리지 않는 ‘은밀한’ 채권양도를 공시하기 위한 「특정채권 등과 관련된 사업규제에 관한 법률(1992)」과 「채권양도의 대항요건에 관한 민법특례 등에 관한 법률(1998)」을 각각 제정하고 시행한 바 있다.⁴⁵⁾

따라서 팩토링 거래에 관한 한 상법 총칙을 개정한다면 첫째, 제46조의 기본적인 상행위의 유형을 좀더 현실에 맞는 쉬운 표현으로 고치고⁴⁶⁾; 둘째, 팩토링 거래에 따른 매출채권의 양도를 실시간으로 전자공시하고 이를 대항요건으로 갈음할 수 있게 하는 것이 바람직하다고 본다. 위에서 언급한 소비자보호에 관한 규정은 상법이 아닌 공정거래법 또는 여전법의 영역에 속하므로 상법 개정 논의에서는 제외한다.

여기서 팩토링 거래가 활발히 이용되고 있는 미국에서와 같이 팩토링 거래를 담보권 설정행위로 규정하는 것도 현 시점에서 고려할 만하다. 비록 민법의 담보권에 관한 규정의 준비를 전제로 하지만, 담보법제의 패러다임이 담보물의 교환가치 파악에서 현금 흐름(cash flow)을 중시하는 것으로 바뀌고 있기 때문이다.⁴⁷⁾ 팩토링에 전자

44) 위의 논문, 63쪽; 팩토링을 포함한 국내 할부금융업은 카드, 리스 등 대체 금융수단에 의하여 시장이 잠식되고 있어, 거래에 수반하는 리스크의 감축, 정책적인 거래비용의 경감, 주택·기계 등 대상품목의 다변화가 요청되고 있다. 산은경제연구소, “여신전문금융업의 현황과 전망”, 조사연구, 2007.4.

45) 沖野眞己(손경한 역), 앞의 논문, 175~179쪽. 후자는 2004년 개정되어 동산양도등기제도까지 도입하였으며 2005년 10월 3일부터 시행되고 있다.

46) 현행 상법 규정은 ‘영업상 채권의 매입·회수 등에 관한 행위’로 규정하고 있어 팩토링 거래의 법적 성격을 채권매매로 한정하고 팩토링 거래에 수반되는 신용조사, 신용위험의 부담, 회계처리, 경영자문은 “등”으로 처리하고 있다. 따라서 거래대상을 매출채권으로 명확히 하고 관련 서비스 내용을 다음과 같이 구체화하는 것이 좋을 것으로 생각된다. “매출채권의 양수·추심·신용위험의 인수 기타 서비스의 제공” 여기서 신용조사를 뺀 것은 이미 여러 신용조사회사가 활동 중이므로 중복을 피하고, 신용위험의 인수를 넣은 것은 상환청구권 없는 팩토링의 발전을 촉진하기 위함이다.

47) 일본 도쿄대의 우치다(内田 貴) 교수는 1990년대 이후 증권화·유동화 현상이 두드러지고 있어 담보물권을 이용한 부동산금융을 대체할 정도는 아니지만 담보에 관한 근본적인 발상의 전환을 필요로 한다고 말했다. 담보와 유사한 기능은 프로젝트 파이낸스에서든 엿볼 수 있는데, 특수목적회사(SPC)가 중심이 되어 금융기관 및 투자자들로부터 자금을 조달하고 프로젝트를 수행하게 된다. 이 때 채권자가 취득하는 담보권의 목적은 목적물의 교환가치를 파악하여 채권을 회수하기 위한 것이 아니라 사업의 계속을 방해하는 제3자의 권리행사를 배제하고 사업이 중단되었을 때 프로젝트 수행에 필요한 자산을 지배함으로써 능력 있는 새로운 사업운영주체에게 사업을 양도하기 위한 것이다. 다시 말해서 채권자는 목적물의 환가처분이 아니라 수익확보를 위해 담보를 구사하는 것이다. 이와 같이 오늘날의 담보법은 자산가치가 큰 물건에 담보권을 설정하는 것 이상으로 장기 안정적인 현금흐름이 예상되는 자산에 대하여 우선권을 갖는 것을 더 중요시하고 있다. 内田 貴, “擔保法のパラダイム”, 法

결제 내지 전자어음을 이용하는 방안도 우리나라에서 매출채권의 양도와 어음거래가 이미 전자방식으로 이루어지고 있는 만큼 그러한 인프라를 활용하여도 좋을 것이다.

현재 법무부는 부동산담보를 제공할 수 없는 중소기업, 벤처기업들이 보유동산이나 매출채권, 지적재산권을 담보로 하여 금융기관의 대출을 받을 수 있도록 (가칭)「동산 및 채권의 담보에 관한 특별법(안)」의立法을 추진하고 있다.⁴⁸⁾ 현재(2008. 5. 3)까지 논의된 바에 의하면 법원 등기소에 전자등기부를 두고 전자방식으로 기업이 보유하는 동산, 채권의 양도를 등기하는 것을 일단 예정하고 있다. 아직 법률상의 효력에 대하여는 결론을 내리지 못했지만, 이러한 취지의 特例法이 제정되고 시행된다면 전자등기⁴⁹⁾는 채권양도의 유력한 공시방법이 될 것으로 보인다.⁵⁰⁾ 이 경우 팩토링 거래의 대상인 매출채권에 대하여 무슨 담보권이나 부담이 설정되어 있는지 인터넷을 통하여 실시간으로 조회·열람할 수 있으므로 팩토링 회사는 매출채권에 대한 예상치 못한 리스크를 크게 줄일 수 있을 것이다.

주제어: 팩토링, 매출채권, 채권양도, 대항요건, 상환청구권, 신용승인, 전자등기

Key Words: factoring, account receivable, assignment, perfection, recourse, credit approval, electronic registration

學教室, No.266, 2002.11; 企業法制研究會(擔保制度研究會) 報告書, 不動産擔保から事業の収益性に着目した資金調達へ, 經濟産業省, 2003.1; 박현일, “담보법제의 패러다임 변화(1)”, 경영법무 No.103, 한국경영법무연구소, 2003.1. <http://onepark.khu.ac.kr/Artcl/Col_paradigm.pdf>

48) 법무부는 2008년 3월 5일 필자를 포함하여 민법·상법 교수 및 실무변호사, 관련부처 공무원들로 구성된 특별법 제정 특별분과위원회(위원장: 하경호 고려대 교수)를 설치하고 연내 입법을 추진하기로 했다.

49) 2007년 11월 대법원 특수등기연구반(반장: 윤성근 부장판사)이 1년여의 작업 끝에 내놓은 ‘동산 및 채권의 양도등기에 관한 법률(안)’이나 현재 법무부에서 검토하고 있는 시안이나 등기부를 “. . . 등기기록을 저장한 보조기억장치(자기디스크, 자기테이프, 그밖에 이와 유사한 방법으로 일정한 등기사항을 기록·보존할 수 있는 전자적 정보저장매체)를 말한다”고 정의하고 있어 모두 전자등기(electronic registration)를 예정하고 있다. 물론 등기대상이나 그 법적 효력에 대하여는 두 법안에 차이가 많이 있다.

50) 채권양도 등기에 대해 확정일자부 채권양도 통지와 같은 효력을 부여하는 경우 제3자에 대한 관계에서는 큰 문제가 없지만 채무자에 대한 관계에서는 채무자보호의 문제가 대두된다. 만일 채무자가 통지를 받거나 승낙을 한 것도 아닌데 채권양도인과 양수인의 공동신청에 의하여 채권양도 등기가 되고 채권자가 변경된다면 채무자가 그러한 사실을 알지 못한 상태에서 채권양도인에게 변제할 가능성이 있기 때문이다. 채무자에 대하여 개별적인 통지·승낙을 요하는 안, 일괄적인 통지·승낙에 갈음하는 안도 있지만, 법원안은 채권양도를 등기하는 경우에도 일단 개별적인 통지·승낙을 원칙으로 하되 양도인과 양수인이 모두 일정한 금융기관인 경우 소정 요건을 갖춘 일간신문에 채권양도 사실을 공고함으로써 채권양도 통지를 한 것으로 간주하는 절충안을 채택하였다. 윤성근, “한국에서의 동산 및 채권 담보법 입법방안”, 국제거래법연구 제16집 제2호, 2007.12, 225~226쪽. 그 다음으로는 채권양도의 등기일과 실제 통지·승낙이 있었던 날 사이에 시간적 간격이 있을 경우 채무자에 대한 관계에서 항변이 절단되는 효과는 어느 시점을 기준으로 할 것인가 하는 문제가 생긴다. 법원안은 실제 대항요건 구비 시에 항변절단 효과가 생기는 것으로 하였는데, 자산유동화(ABS)의 경우는 별도로 하고, 통상의 팩토링 거래에 있어서는 채무자의 승낙절차가 채권양도의 등기에 선행될 터이므로 큰 문제는 되지 않으리라 생각된다.

참고문헌

- 박철홍, “팩토링계약의 법률관계에 관한 연구”, 경희대학교 석사학위논문, 1990.
- 박환일, “전자등기 검색상의 문제점과 해결방안”, 경희법학 제42권 제1호, 2007.6.
- _____, “전자채권등록제도와 국내입법”, 국제거래법연구 제15집 제1호, 2006.7.
- _____, “담보법제의 패러다임 변화(1)”, 경영법무 No.103, 한국경영법무연구소, 2003.1.
- _____, 「국제거래법」, 한국경영법무연구소, 1995.
- 석광현, 「국제채권양도협약연구」, 법무부, 2002.
- 윤성근, “한국에서의 동산 및 채권 담보법 입법방안”, 국제거래법연구 제16집 제2호, 2007.12.
- 윤용석·임재호·최광준, “새로운 형태의 거래행위 : 리스, 프랜차이징, 팩토링에 관한 연구, 부산대 법학연구 36권 1호(耕巖 金容旭 교수 정년기념논문집), 1995.12.
- 장경찬, 팩토링제도에 관한 고찰, 인권과 정의 제316호, 2002.12.
- 정동윤, “새로운 유형의 상행위(其二) - 팩토링에 관하여”, 「민사법과 환경법의 제 문제」(松軒 安二濬 박사 화갑기념), 박영사, 1986.
- 정재근, “국제팩토링협약에 관한 법적 고찰”, 국제거래법연구 제2집, 1993.6.
- 정봉진, “팩토링의 공시제도에 관한 미국 통일상법전 연구”, 인권과 정의 제364호, 2006.1
- 정찬형, 「상법 강의 上(제11판)」, 박영사, 2008.
- 沖野眞己(손경한 역), “최근 일본의 비부동산 담보법제”, 국제거래법연구 제16집 제2호, 2007.12.
- 대법원 특수등기연구반, 「동산 및 채권의 양도등기제도 도입을 위한 입법자료」, 법원행정처, 2007.11.
- 산은경제연구소, “여신전문금융업의 현황과 전망”, 조사연구, 2007.4.
- 内田 貴, “擔保法のパラダイム”, 法學教室, No.266, 2002.11.
- 企業法制研究會(擔保制度研究會) 報告書, 「不動産擔保から事業の収益性に着目した資金調達へ」, 經濟産業省, 2003.1. <<http://www.meti.go.jp/report/whitepaper/index.html>>
- 西村總合法律事務所 編, 「ファイナンス法大全 下」, 商事法務, 2003.
- Marsha E. Simms, “Introduction to Secured Lending and Commercial Finance”, *Asset Based Financing 2008*, Practising Law Institute Commercial Law and Practice Course Handbook Series, 2008.
- 여신금융협회 홈페이지 <<http://www.crefia.or.kr>>
- 한국수출입은행 홈페이지 <<http://www.koreaexim.go.kr>>

What Legally Matters with Factoring in Korea?

Park, Whon-II*

The amendment to the Commercial Code in 1995 included factoring as one of the basic commercial activities together with lease and franchise. It was because factoring was increasingly used by financial companies for their clients ever since its introduction to Korea in 1980. However, only a few provisions of the Commercial Code and the Non-Bank Banking Act regulate such commercial transactions.

This article explains the players and their mechanisms of factoring (II), how factoring is possibly evolved in the future (III), and what legally matters with factoring in Korea (IV). It also examines which provisions of the Commercial Code be revised in due course (V). It should be noted that factoring has been very useful in the United States, where the merchants issue checks for the payment of commercial transactions and don't know the discount of promissory notes. Factoring without recourse is prevailing in the United States while Korean factors prefer the one with recourse because they have little information about the financial status of customers.

In conclusion, factoring is being utilized as a tool of asset-based financing as well as custom-made financial innovation. Therefore, sufficient statutory provisions will be necessary so that small-sized enterprises with plenty of accounts receivable may properly cash in on them. In principle, the factors can secure the priority of their claims assigned through factoring by notification to the customers or customers' acceptance of such assignment. For the purpose of perfection, the electronic filing could be most effective.

It might be reasonable to regulate factoring within the scope of secured transactions as in the U.S. UCC Article 9. The Judiciary Branch has disclosed a legislative proposal on the special treatment of electronic filing for the assignment of accounts receivable which amounts to perfection of security interests. The Ministry of Justice (MOJ) is also working on a task to formulate a new collateral system under which moveable properties, accounts receivable, intellectual property rights, etc. held by small businesses can be granted as collateral for financing at better terms. The MOJ proposal is expected to suggest the same electronic registration as the Judiciary proposal.

What kind of legal effects will be provided to the electronic registration remains to be seen since the MOJ legislative committee has not yet completed its task. As far as electronic filing is employed for the perfection, the e-registry will be accessible by the interested parties via the Internet. In this connection, the factors will be safeguarded from the risk of contingent encumbrance levied by unknown creditors.

* Associate Professor of Law at Kyung Hee University.