

# 美國의 浮動擔保制度\*

박 환 일\*\*

## 《차 례》

- |                        |                      |
|------------------------|----------------------|
| I. 머리말                 | 4. 債務者의 破産과 不動擔保의 效力 |
| II. 美 統一商法典의  관련규정     | III. 우리나라에의 示唆點      |
| 1. UCC의  관련규정          | 1. 現行 特殊擔保制度와의 比較    |
| 2. 浮動擔保의  성립           | 2. 새로운 擔保制度의  기준     |
| 3. 不動擔保채권과 다른  채권의  競合 |                      |

## I. 머 리 말

浮動擔保(floating charge)란 채무자가 목적물을 특정하지 않고 범위만 정하여 담보로 제공하는 것을 말한다. 기업이 자금을 조달하기 위해 재고자산 등을 담보로 제공하지만 그 중의 특정 품목을 처분할 때마다 일일이 담보권자의 승낙을 받아야 한다면 불편하기 짝이 없을 것이다. 채권자가 요구하는 담보를 제공하기는 하지만 통상적인 영업수행 과정에서 담보물을 자유롭게 처분하거나 교체할 수 있다면 채무자로서도 매우 편리할 것이다. 영국에서는 1870년 파나마, 뉴질랜드-호주 우편공사 사건<sup>1)</sup>에서 최초로 부동산담보의 유효성이 인정된 이래 회사법과 도산법에 부동산담보에 관한 규정을 둠으로써<sup>2)</sup> 실정법상의 담보제도로서 확고한 위치를 차지하게 되었다.

이에 따라 부동산담보는 영미법상의 제도로 알려지게 되었지만, 미국에서는 원래 1925년의 베네딕트 판결<sup>3)</sup> 이후 부동산담보가 무효로 취급되었다. 당시 연방대법원은

\*. 2003. 9. 27 비교사법학회 추계학술대회에서 발표한 논문을 일부 수정한 것임.

\*\* 경희대학교 법과대학 조교수, 법학박사.

1) (1870) 5 Ch. App. 318. 우편공사가 회사채를 발행함에 있어 그 사업(undertaking)과 사업상 수취하는 금전에 담보권을 설정하였는데, 법원은 이 경우의 담보물이란 사업으로부터 발생하는 수익뿐만 아니라 회사의 현재 및 장래의 재산을 의미한다고 보았다.

2) 영국의 1985년 회사법은 1989년 11월 일부 개정되었는데 제4편의 '담보 등록'에서는 담보의 범위를 대폭 확대하는 한편 영업권·지적재산권 등의 무체재산권, 토지나 토지에 부착된 권리, 사채발행 보증을 위한 담보, 회사 재산의 전부 또는 일부에 대한 부동산담보 등을 인정하고 있다. 정찬형, "영국의 1989년 개정회사법의 주요내용", 법률신문 1991.3.14 (No.2012).

담보권 설정 시에 담보물을 확정하지 않고 일정 범위의 재산에 대하여 담보권을 설정<sup>4)</sup>하였음에도 채무자가 이를 자유로이 처분할 수 있게 한 것은 詐欺的이라 하여 無效라 하였던 것이다. 그러다가 미국 각주의 통일된 私法 규정인 統一商法典(Uniform Commercial Code: UCC)의 제정을 계기로 부동산담보의 근거 규정으로 제9편 담보부거래(Secured Transactions)에 제9-204조와 제9-205조를 두어 재고자산 및 유동성이 큰 자산에 대하여도 담보권을 설정할 수 있도록 하였다.

이에 따라 미국에서는 UCC에 의거하여 채무자가 담보계약 체결 당시 소유하는 동산뿐만 아니라 장래 취득할 동산(after-acquired collateral)에 대하여도 담보권을 설정할 수 있으며, 현재의 채권은 물론 장래 발생할 대출채권(future advances)도 담보할 수 있다(제9-204조). 담보권 설정이 가능한 것이면 채무자의 모든 자산을 담보로 제공할 수 있으므로, 예컨대 在工品이 가공을 거쳐 完製品이 되면 제품 위에, 또 팔린 후에는 판매대금이나 매출채권 위에 담보권이 존속하게 된다. 채무자는 통상의 영업과정(ordinary course of business)에서 담보물을 자유롭게 사용·처분할 수 있으나 그 밖의 경우에는 이를 처분할 때 담보권자의 동의를 받게 하는 예가 많다.<sup>5)</sup> 그러므로 통상의 영업과정에서 담보물을 취득한 자가 담보계약의 존재를 알았고 또 그 물건의 취득이 담보계약에 반하는 것을 알았던 경우에는 담보권자로부터 追及 당할 수 있다.

본고에서는 미국의 UCC 규정이 무슨 내용으로 되어 있는지 알아본 다음 실제 사례에서 구체적으로 어떻게 적용되고 있는지 부동산담보의 目的物, 公示방법(등록), 다른 채권과의 경합, 채무자가 破産한 경우의 취급 등을 차례로 살펴보고자 한다. 끝으로는 오늘날 미국의 담보제도가 전세계적으로 영향력을 확대하는 가운데<sup>6)</sup> 우리나라

3) *Benedict v. Ratner*, 268 U.S. 353, 45 S.Ct. 566 (1925).

4) 이러한 특징을 가진 담보권을 ‘floating charge’ 또는 ‘floating lien’, ‘free-handed mortgage’, ‘lien on a shifting stock’이라고 불렀다. 그 반대 개념은 ‘fixed charge’이다.

5) 부동산담보에 관하여 대륙법(civil law)과 영미법(common law)이 상반된 입장을 취하는 것은 그 法理가 다르기 때문이다. 前者는 一物一權主義에 따라 영업재산의 집합을 하나의 財團으로 취급하여 단일물로 등기하든가, 개별 자산을 등기/등록하는 방법밖에 없다. 반면 後者는 대상이 단일물이든 집합물이든 채무자로 하여금 계약서에 “ordinary course of business”, “material adverse effect”에 대한 진술 및 보장, 서약을 하게 하고 그 위반 시에 채무불이행(default) 책임을 묻는 것만으로 채무자의 행위를 통제할 수 있으므로 채무자의 자유처분을 허용할 수 있는 것이다.

6) 미국 UCC의 담보제도는 동산, 채권 등에 대한 非占有型 담보권(non-possessory security right)을 중심으로 하고 있다. UCC 제9편은 캐나다, 뉴질랜드에서도 시행 중이며 東歐의 폴란드 등 체제전환국에서도 이를 도입하였다. 유럽부흥개발은행(EBRD)이 1994년에 마련

라에서 營業擔保 제도를 도입하고자 할 때 미국의 부동담보 제도가 얼마나 참조가 될 수 있는지 비교·검토하기로 한다.

## II. 美 統一商法典의 관련규정

### 1. UCC의 관련규정

우선 UCC에는 부동담보가 어떻게 규정되어 있는지<sup>7)</sup> 알아보고, 미국에서는 담보부 거래의 실제로 어떻게 이루어지는지 사례를 들어보기로 한다.

#### **제9-204조 (설정 후에 취득한 재산, 장래의 대출금)<sup>8)</sup>**

(a) [사후에 취득하는 담보물] (b)항에서 달리 규정하는 경우를 제외하고 담보계약 (security agreement)은 설정 후에 취득되는 담보물(after-acquired collateral)에 대하여도 담보권을 설정한다고 규정할 수 있다.

(b) [사후취득 재산 조항이 유효하지 않은 경우] 사후에 취득되는 담보물의 담보를 정하는 조항은 다음 각호의 것에 대하여는 어떠한 담보권도 발생하지 아니한다.

(1) 추가담보로 제공된 부합물(accessions)이 아닌 소비자물품. 다만, 담보권자가 가액(value)을 부여한 후 10일 이내에 채무자가 그에 대한 권리를 취득하는 것은 제외한다.

(2) 상사불법행위 청구권(commercial tort claim)

---

한 「모범담보법」, 유엔 국제거래법위원회(UNCITRAL)가 2001년 말에 제정한 「국제대출채권양도협약」도 이른바 미국식 담보제도를 모델로 하고 있다. 박현일, “상사채권에 대한 새로운 담보수단의 모색 - 국제기구에서의 논의를 중심으로”, 『상사법연구』 제21권 1호 (2002.5), 상사법학회, 145~166면. 부동담보의 경우 영국 법제원(Law Commission)은 회사의 담보권 등기제도 개선방안을 모색하는 가운데 UCC와 같은 취급을 검토하고 있다. <<http://www.lawcom.gov.uk>>

7) UCC 제9-204조와 제9-205조는 종전의 제9-204조와 제9-205조를 이어받은 것으로 1998년 다른 조항에 맞춰 項 구분 및 표현을 수정하였다(2001. 7. 1 발효).

8) 田島 裕(譯), 『UCC 2001-アメリカ統一商事法典の全譯』, 商事法務, 2002, 419~420면. 그러나 동 번역은 ‘future advances’를 先物商品의 前渡金이라고 하는 등 誤譯을 하고 있다. 이것은 말 그대로 장래 대출금(credit extended after signing of the security agreement)에 지나지 않는다. (c)항의 支給無體物이란 제3 채무자의 의무가 금전의 지급이고 동산저당증권이나 증권으로 화체되어 있지 않은 것을 말한다. 대출, 대출참가거래가 이에 해당한다.

(c) [장래의 대출금 및 기타 가액] 담보계약서에는 대출금 또는 가액이 약속에 따라 주어지는지 여부에 관계없이 담보물이 장래의 대출금(future advances) 또는 다른 가액을 담보하는 것, 또는 채권(accounts), 동산저당증권(chattel paper), 지급무체물(payment intangibles) 또는 약속어음이 그것과 관련하여 매각되는 것을 규정할 수 있다.

#### 제9-205조 (담보물의 사용 또는 처분의 허용)

(a) [담보권이 무효·사기가 아닌 경우] 담보권은 다음을 이유로 하여서는 채권자에 대하여 무효이거나 사기적(fraudulent)이라고 할 수 없다.

(1) 채무자가

(A) 반환되거나 환수한 물품(repossessed goods)을 포함하여 담보물의 전부 또는 일부를 사용, 혼합(commingle)하고 처분하는;

(B) 담보물을 징구(collect), 화해(compromise accounts), 강제 기타 방법으로 처분하는;

(C) 담보물을 반환 받고 환수하거나; 또는

(D) 대금(proceeds)을 사용, 혼합하고 처분하는 권리(right) 또는 능력(ability)을 가진 것

(2) 담보권자가 채무자에 대하여 대금을 정산(account for proceeds)하게 하거나 담보물을 교체하도록 요구하지 않는 것

(b) [점유요건은 완화되지 않음] 본 조는 담보권의 대항요건(perfection)이 담보권자나 受託者(bailee)가 담보물을 점유해야 하는 경우에 점유의 요건을 완화하는 것은 아니다.

UCC 제9편은 동산 또는 부동산의 정착물(fixture)에 대하여 契約에 의하여 담보권을 설정하는 거래에 적용된다(제9-109조(a)항 1호). 그밖에 地主 또는 농업상의 공급자가 갖는 農事留置權(agricultural liens, 동조 동항 2호), 예금채권(deposit account), 증권계정·상품계정 등의 투자재산, 채권(account)·동산저당증권(chattel paper)·支給無體物(payment intangibles)·약속어음(promissory notes)의 매매(동조 동항 3호),<sup>9)</sup>

---

9) UCC 제9편에서는 無體物도 똑같은 擔保物로서 취급한다. 채권의 양도, 동산저당증권의 매매, 지급무체물도 담보거래의 대상이 되며, UCC 제3편이 적용되는 약속어음(promissory notes)의 매매도 증권화(securitization)를 촉진하기 위해 UCC 제9편의 적용대상에 포함시켰다.

경매인이 아닌 상인에게 1천달러 이상의 물건의 판매를 위하여 위탁(consignment)하는 경우(동조 동항 4호)에도 UCC의 규정이 적용된다. 요컨대 부동산과 연방법 기타 제정법, 판례법에 의하여 인정되는 담보권을 제외하고 동산, 채권, 증서를 채무이행을 확보하기 수단으로 제공할 때 적용되는<sup>10)</sup> 실정법규정인 것이다.

그러므로 미국의 대표적인 동산이라 할 수 있는 자동차를 구입할 때 담보부거래가 어떻게 이루어지는지 알아보면 다음과 같다. 금융기관 대출(car loan)을 받아 자동차를 사는 경우 자동차를 담보(collateral)로 제공하고 그 소유증서(title)에 대출기관 앞으로 담보권(lien)을 설정한다. 할부로 구입하는 경우에는 딜러에게 제1회 할부금(down payment)을 지급하고 자동차를 인도 받는다. 그러나 딜러 앞으로 할부기간의 최종기일을 만기로 하는 약속어음을 발행하고 담보계약을 체결하는데 딜러는 약속어음과 담보계약을 은행에 제출하고 대출을 받아 대금을 회수하는 것이다. 여기서 자동차[動産], 약속어음[證券], 담보계약서[動産抵當證書]는 UCC 제9편의 규정이 적용되는 항목들이다. 그리고 원재료·재공품·완제품 등의 재고자산, 제품판매에 따른 매출채권 등 목적물을 특정하기 어려운 경우에는 그 범위를 정하여 부동담보를 설정하는 것이다.

## 2. 浮動擔保의 성립

### (1) 부동담보의 對象과 被擔保債權

UCC 제정 전에는 베네딕트 판결에 의하여 부동담보의 효력이 부정되었지만 거래계에서는 창고업자, 팩토링회사 등에 의하여 그와 유사한 제도가 널리 실시되고 있

---

10) 소프트웨어에 관해서는 종전에는 규정이 없었으나, 1998년 개정 후에는 매수금담보권(purchase money security interest: PMSI)의 대상이 되는 물품과 관련하여 규정하고 있다(제9-324조(f)항). 할부판매와 같은 所有權留保附賣買에 있어서는 물건의 인도 여부와 상관없이 당해 물건에 담보권이 설정된 것으로 본다. 담보거래의 형식을 불문하고 UCC가 적용되는 사례로는 예컨대 임대차(lease)거래에 있어서 임차인이 임대인에게 물건의 점유·사용에 대한 대가를 지불할 의무가 있다면 그 목적물에 담보권이 설정된 것으로 본다. UCC가 적용되지 않는 것으로는 급여의 양도(wage assignments), 경영상 발생하는 채권·무체물·동산저당증권 등의 매매, 보험계약에 관한 청구권의 양도, 종업원의 보수청구권의 양도, 상계(set-off), 부동산 매매 등이 있다(제9-109조). 소비자금융에서 담보부거래가 이루어지는 경우에는 UCC보다 소비자금융 관련 법률이 우선적으로 적용된다. 박원일, “개정 미 동산담보법의 국내 담보법제에 대한 시사점”(이하 “미 동산담보법”이라 함), 『경희법학』, 제37권 제1호(2002.12), 40~41면.

었다.<sup>11)</sup> 그러다가 UCC 제정과 함께 제9편에 제9-204조와 제9-205조가 신설됨에 따라 마침내 부동담보의 유효성이 인정되었다. 이와 아울러 채무자를 보호하고 채권자간 채권경합의 공평한 해결을 위한 세부 규정들이 마련되었다.

UCC 제9-204조 (a)항은 담보권 설정 후에 취득한 재산(after-acquired property)<sup>12)</sup>에 대하여도 담보계약(security agreement)에 의하여 價額(value)을 부여받고 채무자가 제공한 담보물에 대한 담보권과 같은 효력이 인정됨을 규정하고 있다.<sup>13)</sup> 다시 말해서 부동담보는 당사자가 담보권을 설정하기로 약정함으로써 발생하는 담보권이 아니라, 당사자간에 형평을 이루기 위해 법으로 정한 담보권(equitable interest)이 아니다. 담보권자가 이에 관하여 따로 특약을 맺을 필요도 없다. 더욱이 부동담보는 채무자가 장래에 취득할 자산에 대하여 설정할 수 있을 뿐만 아니라 채무자가 담보물을 사용하거나 처분하더라도 그 대금을 채권자에게 정산하거나 새로운 담보물로 대체할 필요가 없다고 규정하고 있다(제9-205조).

사실 부동담보는 영업을 하는 채무자로서 현재 또는 장래의 모든 자산을 담보로 제공하는 것이 차입경영을 부추긴다거나, 채무자와 그의 다른 채권자를 보호하기 위해서는 담보권이 설정되지 않은 여유자산이 있어야 한다는 常識에 반하고 자기가 소유하지 않은 것을 타인에게 줄 수 없다는 법원칙에도 위배되는 것이다. 그러나 기업은 사업에 필요한 자금을 더 많이 조금이라도 더 좋은 조건으로 차입하는 것이 옳다. UCC 개정 전에도 많은 州에서 채무자가 보유하거나 장차 보유할 재산에 담보권을 설정하는 것을 인정하고 있었다. 요컨대 UCC 제9-204조는 새로운 규정을 신설했다기보다 기존 거래방식 내지 제도를 인정한 것이라 볼 수 있다.<sup>14)</sup>

將來債權을 양도(assignment of future accounts)하는 것도 事後取得財産에 대하여 담보권을 설정하는 것과 다를 바 없다. 이들 채권의 목록을 담보권자에게 정기적으로 제출하지 않아도 되지만, 채권 전체를 일괄 양도하는 것이 아니라면 담보목적이 되는 채권을 특정(identify)하기 위해서는 그 목록을 작성할 필요가 있을 것이다.<sup>15)</sup>

사후취득 재산이 모두 담보권의 대상이 되는 것은 아니다. 이를테면 기존 물건에 附屬되는 것(accessions)이 아닌 소비자물품에 대하여는 추가담보(additional

---

11) 예컨대 field warehousing, trust receipts, factor's lien 등이 시행되고 있었다.

12) 담보계약을 체결하고 가액을 부여받은 후에 채무자가 취득한 재산이란 담보계약 체결 시점에서는 장래 취득할 재산이 된다.

13) See UCC §9-204 Official Comment 1.

14) See UCC §9-204 Official Comment 2.

15) *Ibid.*

security)를 주장할 수 없고, 거래의 가액을 부여하고 10일이 지나서 취득하는 對價性이 떨어지는 재산도 그러하다(제9-204조(b)항 1호). 영업에 기한 불법행위 청구권도 현재 확정되어 있지 않은 한 부동산담보의 효력이 미치지 않는다(제9-204조(b)항). 장래 발생할지 여부가 불투명한 손해배상청구권까지 부동산담보의 대상으로 하는 것은 담보가치를 매우 불확실하게 만들기 때문이다.

여기서 부동산담보가 담보하는 것은 채권자와 채무자의 담보계약에 의한 것이지만 채권자가 채무자에게 대출을 하는 등 가액을 부여하거나 채권, 동산저당증권, 지급무체물, 약속어음의 매매에 따른 것이다. 다시 말해서 담보계약에 따라 채무자의 무슨 채무든지(any obligation whatsoever) 담보할 수 있다.<sup>16)</sup> 채권자가 장래에 채무자에게 대출하기로 한 것도 당초 금융명세서를 등록한 시점을 기준으로 하여 담보할 수 있으므로 이는 우리 법제의 根擔保(continuing general lien)에 해당한다. 이 경우 채권자의 대출이나 약속어음 등의 매매는 반드시 約定(commitment)에 의할 필요는 없다.

## (2) 부동산담보의 登錄

UCC에서 부동산담보는 일정한 형식요건을 갖추어 채무자가 담보권자와 담보계약(security agreement)을 체결함으로써 성립한다. 그러나 담보권자가 다른 채권자와의 관계에서 담보권을 보호받기 위해서는 담보권의 完成(perfection) 내지 對抗要件을 갖추어야 한다. 구체적인 방법은 담보물의 성질과 종류에 따라 다르지만, 보통 담보물을 점유 또는 지배하거나 금융명세서를 등록(filing)하는 방법에 의한다. 소비자물품의 買受金擔保權(PMSI)을 취득하는 경우에는 자동적으로 완성되기도 한다.<sup>17)</sup>

부동산담보를 포함한 담보권의 완성은 채무자가 소재<sup>18)</sup>하는 州 또는 郡의 등록사무소에 금융명세서를 등록하는 방법에 의한다. 이 등록은 公示(notice)의 효력을 가지므로 등록을 하게 되면 모든 채권자가 담보권의 설정 사실을 알고 있는 것으로 보게 된다. 이러한 등록제도는 담보물이 매일같이 변동하는 재고상품, 외상매출채권, 동산담보부 채권 등의 경우 영업거래를 계속하는 한 재등록할 필요가 없으므로 특히 부

16) See Revised UCC §9-204 Official Comment 5.

17) UCC 담보부거래의 對抗要件에 관하여는 박훤일, “미 동산담보법”, 46~49면 참조.

18) 채무자의 소재지(debtor's location)란 법인의 경우 등록지, 기타 단체는 주된 사무소의 소재지, 영업소가 여럿인 경우에는 최고경영자의 근무지, 개인의 경우 주소지를 말한다. 2001년 「개정 UCC」를 시행하면서 담보물의 소재지에서 채무자의 소재지로 일원화하였다. 전산등록이 보편화됨에 따라 많은 주가 중앙등록제(central filing system)를 채택하고 있다.

동담보에 의한 금융거래 있어서 매우 편리한 제도이다.

한편 등록을 요하는 金融明細書(financing statement)는 일정한 형식을 갖추어야 한다(제9-502~504조). 즉 채무자의 성명/상호, 담보권자 또는 그 대리인의 성명/상호, 담보로 제공된 물건/권리/증서, 부동산정착물 기타 특수한 담보물(예: 목재)에 대한 상세한 기술, 담보권자 및 채무자의 주소, 사업자등록번호(ID number) 등을 온라인 또는 오프라인으로 기재하게 되어 있다.<sup>19)</sup>

금융명세서에 담보물의 내역을 확인할 수 있으면 족하므로(제9-108조) 그 범위가 포괄적이어도 된다(제9-504조). 예컨대 채무자의 재고상품 전부(all inventory), 자동차 중개상의 자동차 전부, 외상매출채권 전부, 채무자의 식당설비 일체 등으로 표시할 수 있다. 그리고 담보명세는 합리적인 범위에서 정확하면 되므로 현저한 착오가 있는 것이 아니라면 금융명세서의 효력에 영향을 미치지 아니한다(제9-506조(a)항).

금융명세서의 담보명세에 담보계약에서 약정한 담보물이 모두 포함되지 않은 경우에는 담보권은 금융명세서상에 기재된 담보물에 한해서만 담보권이 완성된다. 반면 금융명세서의 담보명세에 담보계약에서 정하지 않은 담보물이 포함되어 있는 경우에는 그 담보물에는 담보권이 성립하지 않는다. 그러나 담보계약과 금융명세서의 문언상 담보물에 後取財産이 포함된 것이 분명하다면 비록 담보명세에 후취재산이 명시되지 않았을지라도 그 후취재산에 대한 담보권의 완성이 부인되는 것은 아니다. UCC에서 부동산담보의 등록은 부동산담보의 효력발생요건이 아니라 제3자에 대한 관계에서 대항요건에 해당하는 것이다.

### (3) 부동산담보 목적물의 使用 및 處分

일반적으로 채무자가 담보물을 처분하거나 가치를 감소시키는 것은 담보권을 침해하는 것이므로 우리 민법에서는 이를 期限利益의 상실사유로 규정하고 있다(민법 제388조 1항). 그러나 부동산담보는 증감 변동하는 자산(shifting collateral)에 대하여 설정되는 것이 보통이므로 채무자가 담보권자에게 그 매각대금을 반환하거나 담보물을 보충하지 않고 담보물을 처분하더라도 담보권이 무효이거나 사기적이 아님을 특별히 규정한 것이다(제9-205조).

이 규정은 전술한 바와 같이 연방대법원의 베네딕트 판결 기타 법원의 판결을 뒤집은 것이다. 그 이유는 채무자가 담보물에 관하여 아무런 규제가 없는 지배권

---

19) 2001년 개정 UCC에서는 온라인 등록에 대비하여 채무자의 서명을 요하지 않고 전자서명의 인증(authentication)을 받도록 했다.



(unfettered dominion)을 갖고 있다는 점, 베네딕트 판결로 인하여 채고자산 등에 대한 담보취득이 억제되기는 커녕 담보권자가 법의 힘을 빌리지 않고 자체적으로 청산(self-liquidation)을 하는 담보거래가 성행하였다는 점을 들 수 있다.<sup>20)</sup> 일부 하급심에서는 거래계의 관행과는 달리 베네딕트 판결에서 루이스 브랜다이스 대법관이 채권자에 대하여 요구한 쓸데없이 비용만 많이 드는 형식 요건을 따르도록 하였는데, 실제로 많은 州에서는 1943년 이후 매출채권을 담보로 제공하는 경우 베네딕트 판결의 법리를 폐지하기도 했다.<sup>21)</sup> 그리고 채고자산의 경우에는 팩토링 회사의 담보권(factor's lien)을 인정함으로써 베네딕트 룰을 폐기하였다. 베네딕트 법리는 뉴욕주에서와 같이 州法으로 채택하였던 만큼 주법으로 이를 폐지할 수도 있었던 것이다.<sup>22)</sup>

베네딕트 법리의 핵심은 채무자의 담보 손상행위를 단속하는 것(policing)이라 할 수 있다. 채권자는 증감 변동하는 담보물의 내역을 등록(filing)하게 함으로써 채무자의 재산이 담보권의 제한을 받고 있는지 확인할 수 있었고, 채무자가 과산절차 개시 10일 전에 수취한 대금 및 과산절차 신청 전에 다른 金員하고 혼합되었거나 은행에 예치한 돈은 그 반환을 요구할 수 있었다. 그러므로 UCC 제9-205조에 의하여 베네딕트 룰을 폐지한 것은 이러한 맥락에서 이해하여야 할 것이다.<sup>23)</sup>

부동담보에 있어서 채무자가 목적물을 사용하고 처분하더라도 담보로 제공한 효력을 인정한다는 것이지 담보권자가 담보물의 상태를 감시하고 채무자로 하여금 처분대금을 채권자에게 반환하도록 당사자간에 약정하는 것을 막는 것은 아니다. 채무자가 엄격하게 담보가치를 보존하고 추심대금을 구분하여 채권자에게 일일보고하는 것은 법률문제라기보다 관리상의 문제라 하겠다.<sup>24)</sup>

그렇다면 등록할 수 없는 담보권의 경우는 어떠한가. 이때에는 담보권자 또는 그의 수탁자(bailee)가 목적물을 계속 점유하고 있어야 하므로 채무자가 담보물에 접근하고 이를 지배하도록 해서는 안된다. 만일 이를 허용할 경우에는 제3자에게 대항할 수 없게 된다.<sup>25)</sup> 예컨대 野積되어 있는 화물이 부동담보로 제공된 경우에는 이를 달

---

20) 예컨대 채무자가 매출채권(accounts receivable)을 담보로 제공했다면 詐欺性을 피하기 위해서 그가 수취한 원리금을 채권자에게 매일매일 송금하여야 했다. 그러나 채권자의 입장에서선 대출금액을 일정 수준으로 유지하기 위해 송금 받은 금액을 즉시 채무자에게 돌려주지 않으면 안되었다. UCC §9-205 Official Comment 1. 참조.

21) See UCC §9-205 Official Comment 2.

22) *Ibid.*

23) See UCC §9-205 Official Comment 3.

24) See **Revised** UCC §9-205 Official Comment 2.

25) *Ibid.*, Official Comment 3.

리 등록할 수 있는 길이 없으므로 채무자가 화물을 마음대로 처분할 수 있게 하여서는 담보권을 부지할 수 없는 것이다. 즉 제9-205조 (b)항은 부동담보의 채무자가 담보물을 사용·처분할 수 있게 하더라도 비등록 담보물에 대한 占有要件을 완화하는 것은 아니라는 의미이다.

### 3. 부동담보 채권과 다른 채권의 競合

미국의 담보부거래에 있어서 채무자가 채무불이행을 하였을 때 채권자는 다음과 같은 구제방법을 이용할 수 있다.<sup>26)</sup>

우선 담보물이 채무자의 제3자에 대한 채권인 경우에는 채권자가 제3자에게 통지하고 제3자로부터 채권을 변제받을 수 있고, 채권자가 담보의 목적물을 점유하고 있는 경우에는 채무자에게 그 담보물의 반환을 거절함으로써 그 이행을 강제할 수도 있다. 그리고 채권자는 담보물의 상태에 따라 또는 적절한 절차에 따라 담보물의 전부 또는 일부를 매도, 임대, 기타 적절한 방법으로 처분할 수 있는 권리를 가지고, 일정한 경우에는 담보물을 스스로 취득하기도 한다.

동일한 담보물에 수개의 담보권이 競合하는 경우 UCC가 정하는 담보권의 優先順位(priority)는 다음과 같다. 먼저 담보권의 우선순위는 등록에 의한 對抗要件의 구비 여부와 순서에 따라 결정된다. 그리하여 일반적으로는 완성된 담보권(perfected security interests)을 가진 채권자간에는 담보권의 등록 또는 완성된 담보권에 우선하여 보호된다. 사후에 취득한 담보물에 대하여 담보권을 가진 채권자가 수인인 경우에도 등록의 순서에 따라 담보권의 우선순위가 결정된다. 그러나 매수금담보권(PMSI)은 등록을 한 경우에는 일정한 요건이 충족되면 다른 모든 담보권에 우선한다.

예컨대 특정 설비를 매도인이 외상으로 매도하면서 그 설비에 담보권을 설정하고, 매수인이 일정한 요건 즉 그 설비를 인수하기 전 또는 인수한 후 10일 내에 금융명세서를 등록하였다면 매수인이 제3자로부터 대출을 받으면서 그 설비에 담보권을 설정하고 매도인보다 먼저 등록하였을지라도 매도인의 담보권이 제3자의 담보권에 우선한다. 다만, 이 경우에도 매수인이 동산을 재고상품으로 매입한 경우에는 매수인의 인수가 있기 전에(10일의 유예기간이 인정되지 않음) 매도인이 그 재고상품에 대한 담보권설정을 다른 담보채권자에게 통지하고 또 등록을 하지 않으면 다른 담보권에

---

26) 이 부분은 송중준, “영업담보제도의 법리와 그 도입방안”, 『상사법연구』 제15권 제2호(1996), 상사법학회, 75~77면을 참조하였다.

우선하지 못한다.

또한 담보권자와 우선특권을 가진 채권자(lien creditor) 간에는 우선특권을 가진 채권자가 담보권설정에 대하여 惡意이더라도 담보채권자에 우선한다. 그리고 완성된 담보권은 완성되지 아니한 담보권에 우선하고, 완성되지 않은 담보채권자 상호간에 있어서는 그 담보권에 우선하고 완성되지 않은 담보채권자 상호간에 있어서는 그 담보권의 성립순서에 따라 우선순위가 결정된다. 담보채권이 무담보채권에 우선함은 물론이다.

한편 UCC 제9편의 규정에 의하여 발생한 담보권은 원칙적으로 對抗要件의 유무에 따라서 담보물의 제3 취득자, 즉 매수인에 대하여도 효력이 있다. 그리하여 담보권을 가진 채권자는 그 담보권이 완성된 담보권인 경우에는 매수인의 담보권설정사실에 대한 선의·악의를 묻지 아니하고 매수인의 권리에 우선한다. 그러나 담보권이 완성되지 않아 대항력이 없는 담보권자는 담보물의 善意의 매수인에 대하여 後順位이다(제9-301조). 그러나 통상의 매매에 있어서 이러한 원칙을 적용하면 매수인은 항상 매도인의 금융명세서를 조사해야 하는데 이것은 거래의 안전을 해칠 수 있다. 따라서 일정한 경우에는 매수인은 완성된 담보권을 가진 채권자에 대하여 자기의 권리를 대항할 수 있게 하고 있다.

즉 부동산담보와 같이 채권자가 채무자에게 담보물의 처분을 허락한 경우, 농업에 종사하는 자로부터 농산물을 매수하는 경우를 제외하고 통상의 영업과정에서 상품을 매수한 경우, 양도성증권 또는 權原證券의 정당한 소지인인 경우 등에는 매수인은 담보권이 없는 상태로 목적물을 취득하게 된다. 따라서 매수인이 담보권의 존재를 알았든지, 매도인이 담보권의 대항요건을 구비했는지 상관없이 매수인의 권리는 완성된 담보권을 가진 채권자의 권리를 앞서는 것이다.

#### 4. 債務者의 破産과 부동산담보의 효력

채권자가 채무자로부터 담보를 취득할 때 채무자가 현재 갖고 있는 자산뿐만 아니라 장차 취득하게 될 자산도 담보로 잡을 수 있다면 채무의 변제가 훨씬 확실해질 것이다. 그것은 채무자가 파산을 신청한 경우에도 마찬가지이다. 다만, 파산신청 전 90일 이내에 담보로 취득한 것(post-petition collateral), 예컨대 부동산담보에 속하는 재고자산이 단기간에 급증하는 것은 편파행위(preference)로서 파산관재인에 의해 부인(avoidance) 당하기 쉽다.

더욱 문제가 되는 것은 파산신청 후에 담보를 제공한 채무자가 파산한 경우에 연방파산법<sup>27)</sup>에서는 부동담보를 인정하지 않는다(cut off)는 점이다. 연방파산법이 부동담보를 인정하지 않는 것은 채무자가 再建(reorganization)을 위하여 사용하는 자산을 담보권의 제한으로부터 해방시키기 위한 것이다. 그러므로 UCC를 수용한 州法에서는 부동담보를 인정하고 있음에도 파산법원에서 당해 담보물을 제외하는 것은 信用經濟에 있어 비효율과 불확실성을 초래하는 일이 아닐 수 없다.<sup>28)</sup> 예컨대 자금 사정이 어려운 기업들로서는 장차 받게 될 프랜차이즈 가맹료, 지재권 로열티마저도 담보로 제공하고 자금을 조달할 수 있어야 하는데 그 담보의 효력이 불확실하다면 자금을 빌릴 가능성이 크게 줄어들기 때문이다.

이러한 혼란은 법규정이 분명하지 않은 데다 담보권자를 보호하는 것과 파산채무자의 更生을 돕는 것의 균형을 어떻게 유지할 것인가에 관한 法理가 확립되지 않아 일어나고 있다. 파산법이 채무자의 사후취득 재산에 대한 부동담보를 인정하지 않더라도<sup>29)</sup> 그것이 담보권 설정 시에 취득한 담보물의 대금(proceeds)이나 산물, 과실, 이익에 해당하면 제외된다.

그러나 그 用語가 명확하지 않아 종종 혼란이 빚어지고 있다. 예컨대 부동담보란 채무자의 현재 및 장래의 모든 재산을 담보로 한다는 것인데 채무자가 파산했을 때 채무자의 재산이 모두 이러한 대금, 산물, 과실, 이익에 속한다면 이를 부동담보로 인정하고 파산채권자에게는 아무것도 줄 수 없다고 할 것인가 하는 것은 문제이다. 파산법원은 당사자에게 통지하고 청문(hearing)을 한 후 公平의 견지에서(based on the equities) 이러한 재산에 대하여 달리 결정할 수 있도록 하고 있다.<sup>30)</sup>

예를 들어 新藥을 개발하는 A제약사가 연구개발자금을 조달하는 경우를 가정해보자. A사로부터 대출신청을 받은 B은행은 A사의 현재 및 장래의 재산을 모두 부동담보로 취득하기로 하고 대출을 해줬다. 그러나 자금이 더 필요하게 된 A사는 벤처캐피털사 C에게 보유주식과 D연구소에 부여한 특허권의 사용료 수취권을 담보로 제공

27) 11 U.S.C. §§101-1330. Federal Bankruptcy Code of 1994.

28) Steven L. Schwarcz and Janet Malloy Link, "Protecting Rights, Preventing Windfalls: A Model for Harmonizing State and Federal Laws on Floating Liens", 75 North Carolina Law Review 403, 405 (January 1997).

29) 1994년 연방파산법 제552조 (a)항(11 U.S.C. §552(a))은 다음과 같이 규정하고 있다. "파산 절차 개시 후에 파산채단 또는 채무자가 취득한 재산은 절차 개시 전에 체결한 담보계약으로 설정된 담보권의 제한을 받지 아니한다." 다만, (b)항에서는 이에 대한 예외를 규정하고 있다.

30) 11 U.S.C. §552(b).

하고 자금을 빌렸다. 그러나 1년 후 A사는 신약개발에 실패하여 더 이상 원리금을 상환할 수 없게 되자 연방파산법 제11장에 의한 파산보호신청을 하였다. A사가 제약 사업을 계속하기 위해 재고자산을 처분한 대금을 사용할 수 있도록 파산법원에 신청할 경우 B은행은 그의 담보권이 기존 재고자산은 물론 A사가 새로 취득하는 자산에도 미친다 하여 이에 반대할 것이다. 또 A사는 C에 담보로 제공한 주식의 배당금이나 D로부터 받는 사용료도 회사재건 자금으로 쓰겠다고 법원에 신청하더라도 C는 그의 담보권이 이러한 배당금이나 사용료에도 미친다고 주장할 것이다.

이 경우 파산법원은 A사의 회생을 도모할 것인가, 아니면 B은행과 C사 등 채권자의 권리를 보호할 것인가 갈등을 일으키게 된다. A사는 파산법의 정신을 살려 새로운 출발<sup>31)</sup>을 할 수 있도록 해달라고 법원에 요구할 것이고, B와 C 등 채권자들은 법원이 자신의 담보권을 집행하여 담보물로부터 채권을 회수할 수 있게 해줘야 한다고 주장할 것이다. 만일 법원이 A사의 재건계획을 받아들여 재고자산의 판매대금의 일부에 대하여는 B은행의 담보권을 배제하고, 주식 배당금이나 특허권 사용료 수입에 대해서도 C를 배제한 채 A사가 수취할 수 있게 한다면 B나 C는 더 이상 A사와 같은 모험적인 사업을 하는 기업에는 일체 자금을 빌려주려 하지 않을 것이다.

이러한 사정은 오늘날 기업들처럼 금융자산에서 나오는 장래의 현금흐름(future cash flows)에 크게 의존하고 있는 경우에는 매우 불길한 것이다. 기업들이 많이 이용하는 자산유동화(ABS)의 경우 장래의 현금흐름에 크게 의존하는 것이 사실이다.<sup>32)</sup> 자산유동화에서는 현금흐름을 창출하는 금융자산을 특수목적기구(SPV)에 양도하고 SPV는 자본시장에서 채권을 발행하여 조달한 자금으로 그 매입대금을 지급하는데 만일 미 연방파산법 제552조의 애매한 규정으로 인해 채권투자자들이 원리금 지급을 받을 수 없게 된다면 자산유동화 자체가 불가능해지고 말 것이다.

이 문제는 파산신청 후에 취득한 자산이 형태를 바꾸기 때문에 복잡해진다. 예컨대 파산절차 개시 전에 채권자에게 담보로 제공한 재고자산을 매각하였다면 처음에는 외상매출채권이었다가 나중에는 현금으로 잡힐 것이다. 그러므로 부동담보에 있어서는 처음에 청산되는 담보물(liquidating collateral)과 그것과 대체된 담보물(replacement collateral)로 구분할 필요가 있다. 물론 대체담보물도 담보권의 효력이 미치게 된다[物

31) 새로운 출발의 원칙(fresh start principle)이란 정직하지만 불운한 채무자가 기업을 재건하여 다시 새롭게 출발할 수 있도록 해야 한다는 것으로 파산법 전체를 관통하는 원칙이라고 일컬어진다.

32) Steven L. Schwarcz, "The Alchemy of Asset Securitization", 1 Stan. J. L. Bus. & Fin. 133, 135 (1994).

上代位].

이상과 근본적으로 다른 방법은 사후에 취득한 재산이 청산담보물을 대체할 수 없는 경우이다. 이러한 자산에 담보권을 설정한다면 이는 상장법인의 주식배당금과 같은 비대체성 담보물(non-replacement collateral)이 될 것이다. 파산절차 개시 전에 취득한 담보물이 비대체성 담보물로서 더 많이 허용될수록 채무자는 갹생을 도모하기가 더욱더 어려워진다. 부동담보를 인정하더라도 채무자가 파산법 제11장의 회생절차를 밟을 수 있게 만드는 이익의 인센티브까지 빼앗아서는 안될 것이다. 담보권자는 채무자의 회생이 지장을 받지 않는 범위 내에서 계약협상(contractual bargain)의 이익을 취할 수 있다.

### III. 우리나라에의 示唆點

#### 1. 現行 特殊擔保制度와의 비교

미국의 부동담보 제도는 우리나라에서는 인정되지 않고 있다. 우리나라의 현행 담보제도는 ‘一物一權主義’의 원칙에 따라 배타적인 권리가 인정되는 담보물권의 대상은 特定될 것을 요한다. 따라서 기업재산 전체를 하나의 권리의 목적으로 인정하지는 않으나, 예외적으로 다수 물건의 유기적인 결합을 一體로서 재산적 가치를 파악하는 경우에는 법률의 규정에 의하여 저당권을 인정하고 있다. 현행 工場抵當法과 鑛業財團抵當法에서는 다수의 물건 또는 권리를 財團이라는 단일체로 파악하고 登記로써 이를 공시하게 하는 한편 동 재단은 한 개의 부동산으로 취급하고 있다(공장저당법 제14조, 광업재단저당법 제5조).

또한 擔保附社債信託法에서는 주식회사가 사채를 발행할 때 담보가치가 있는 재산의 집합에 대하여 物上擔保를 인정(담보부사채신탁법 제4조)하고 있다. 금융기관의 대출관행 및 대법원 판례상으로는 기업의 재고자산과 같은 집합물에 대하여 종류와 수량, 장소 등으로 이를 특정할 수 있는 범위에서 양도담보를 인정하고 있다.<sup>33)</sup>

33) 비록 내용이 流動的일지라도 전체를 하나의 집합물로 볼 수 있으면 특정성이 인정되는 범위에서 하나의 物로 볼 수 있다. 內田 貴, 『民法III-債權總論·擔保物權』, 동경대학출판회, 2002, 484~486면. “제강회사가 제품생산에 필요하여 반입하는 원자재를 일정 기간 계속하여 채권담보의 목적으로 삼으려는 소위 집합물양도담보권 설정계약에 있어서는 목적 동산의 종류와 수량의 범위가 지정되고 그 소재 장소가 특정되어 있으면 그 전부를 하나의 재산권으로 보아 담보권의 설정이 가능하다.” 大法院判決 1988.10.25 85누941. 일본에서도 집

<표>

浮動擔保와 유사한 特殊擔保制度의 비교

특수담보 제도	장 점	단 점
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 공장저당</li> <li>○ 광업재단 저당</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 공장저당은 금융기관의 담보 부 대출에 많이 이용됨</li> <li>- 재단에 속한 재산은 일괄하여 양도 처분, 경매를 실시할 수 있음</li> <li>- 日本의 제도를 도입한 것임 (일본의 경우 관광시설, 도로 교통, 항만운송, 어업, 운하, 궤도, 철도, 광업, 공장 등 9종의 財團抵當제도를 시행 중임)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 공장형 기업에 한하여 이용할 수 있음</li> <li>- 재단을 구성하는 물건이 法定된 것에 한정되어 있음</li> <li>- 저당권이 실행될 경우 기업의 해체를 피할 수 없음</li> <li>- 재산의 구성이 빈번할 경우 財團目錄의 변경절차가 복잡하고 많은 비용이 소요됨</li> <li>- 재단구성을 위한 보존등기에 세금부담이 큼</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 담보부 사채신탁</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 會社債에 물상 담보를 붙여 원리금 상환을 확실히 한 것임</li> <li>- 영미식 신탁제도를 도입하여 수탁회사가 總社債權者를 위하여 담보를 관리하고 실행함</li> <li>- 동일한 담보에 대하여 여러 차례 사채를 발행할 수 있음 (open-end mortgage)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 물상 담보로 제공할 만한 재산이 크게 부족함</li> <li>- 사채발행 절차가 매우 복잡하고 발행 비용도 많이 소요됨</li> <li>- 개별재산에 대하여 일일이 담보권설정 절차를 밟아야 함</li> <li>- 資産流動化(ABS)에 비해 이용실적이 거의 없는 실정임</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 집합물 양도담보</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 재고자산을 담보로 제공할 수 있는 유력한 수단임</li> <li>- 담보권 설정 및 실행이 비교적 용이함</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 特定성을 갖출 수 없으면 이용이 불가능함</li> <li>- 설정자가 組成物을 권한 없이 처분하는 경우에 효력이 문제될 수 있음</li> </ul>

요컨대 우리나라의 법제 하에서 부동산 담보 제도는 인정되지 않지만 그와 유사한 공장재단·광업재단의 抵當이 인정되고, 物上擔保를 설정할 수 있는 일체의 회사재산

합물양도담보는 판례가 인정하고 있으나(最高裁判決 1979.2.15 民集 33권 1호 51면), 채무자에 의한 組成物의 무권한 처분시의 효력에 대하여는 학설의 대립이 있다. 米倉明, 『擔保法研究』, 新青出版, 1997, 42~44면. 양도담보의 목적물인 돼지가 새끼를 낳은 경우 새끼는 天然果實에 해당하므로 元物인 돼지의 사용·수익권을 가지는 양도담보설정자에게 귀속된다고 본다. 大法院判決 1996.9.10 96다25463.

을 총사채권자를 위한 담보로 제공할 수 있다. 또 특정 창고에 보관된 재고자산 등에 대하여 양도담보 방식으로 자금을 조달할 수 있는 길도 열려 있다. 본고는 미국 부동산담보를 소개하는 것이 목적이므로 우리나라의 특수담보에 대하여는 별표에서 보듯이 간단히 장·단점을 비교하는 것에 그친다.

그러므로 등기를 할 수 없고 단일체로서 권리의 목적이 될 수 없는 다수의 재산은 개별적으로 질권 또는 저당권을 설정할 수밖에 없다. 우리나라에서도 미국의 부동산 담보 제도와 유사한 營業擔保 제도를 도입하자는 논의가 꾸준히 계속되어 왔다.<sup>34)</sup> 그것은 회사의 영업재산은 유기적으로 결합된 기능적인 재산이기에 이를 구성하는 개개의 자산가치의 총합보다도 더 큰 가치를 발휘하는 營業財産을 담보권의 대상으로 하는 것이 바람직하다는 이유에서이다. 당해 기업으로서는 자금을 보다 원활하게 조달할 수 있고, 특히 중소기업은 쓸만한 부동산은 이미 금융기관으로부터 대출을 받을 때 모두 담보로 제공한 터라 외상매출채권과 같은 무형자산을 많이 보유한 기업들로서는 그 필요성이 매우 크다고 생각된다. 日本에서도 英國의 浮動擔保 제도를 모델로 하여 다양한 기업담보 제도를 시행하고 있다.

## 2. 새로운 擔保制度의 기준

우리나라에서 영업담보제도 같은 새로운 담보제도가 논의되고 있는 것은 저당권, 질권과 같은 전통적인 物的擔保수단으로는 더 이상 금융을 이용할 수 없는 채무자를 위한 것이다. 그 동안 우리나라에서 새로운 담보거래가 인정된 것으로는 리스(상법 제46조19호), 資産流動化(asset-backed securitization: ABS) 목적의 자산양도(자산유동화에관한법률 제8, 13조) 등의 사례를 들 수 있다.<sup>35)</sup> 자금을 조달하거나 새로운 사업을 추진할 때 채권은행이 받아들일 수 있는 새로운 담보수단을 제공할 수 있다면 더 좋은 조건으로 더 많은 자금과 신용을 이용할 수 있으므로 그만큼 기업활동도 활

34) 우리나라에 도입 가능한 營業擔保 제도를 연구한 결과에 의하면, 會社企業이 금융기관의 貸出을 받거나 社債를 발행하는 경우에 객관적으로 營業을 구성하는 모든 요소를 대상으로 하여 登記를 성립 내지 효력발생요건으로 담보권을 설정하는 것이며 특정되지 않은 浮動擔保인 상태에서는 변제순위가 다른 담보물권이나 재단저당권에 후순위인 것을 내용으로 한다. 송종준, 전제논문, 102~107면.

35) 商事債權에 대한 새로운 擔保手段으로서 리스는 物融(시설대여)을 하면서 리스 이용자가 리스료를 납부하지 못하면 리스회사가 리스물건을 회수, 처분한다. 그리고 資産流動化에 있어서는 자산보유자가 유동화전문회사(SPC)로부터 자금을 빌리는 대가로 유동화자산을 양도하는 것이라 볼 수 있다.



발해될 것이다.<sup>36)</sup>

본고의 목적인 미국의 浮動擔保와 비슷한 새로운 담보제도를 우리나라에 도입하려면 어떠한 기준과 조건을 갖추어야 하는가.<sup>37)</sup> 간단히 말해서 일본과 같은 기업담보제도를 도입하면 성공할 수 있는 것일까.

첫째, 새로운 담보제도를 도입함으로써 채권자의 입장에서는 신용위험(credit risk)을 줄이고, 채무자로서도 금융조건(financial terms)을 개선할 수 있어야 한다. 은행의 경우 새로운 금융수요와 영업기회가 창출되어 수익원이 확대되고 양질의 담보권을 취득할 수록 위험자산이 줄어들므로 채무구조가 개선되며, 채무자로서도 담보제공 대상이 확대되는 만큼 추가차입의 기회가 줄어들어 모험적인 기업활동은 자제하는 대신 부채는 자진해서 갚으려 할 것이다.<sup>38)</sup> 그러나 담보를 취득할 때 담보가치의 평가, 담보관련 서류의 작성 및 담보권의 등기·등록에 많은 비용이 든다면 그 효과는 반감되고 말 것이다.

둘째, 기업이 보유하는 자산 중에서 부동산담보 일변도에서 벗어나, 종래 담보로 활용되기는 어려웠으나 자산가치가 높은 것부터 활용할 수 있어야 한다. 기계·기구 등의 기업동산과 원재료·반제품 등의 재고자산, 거래처에 대한 납품대금청구권 등의 매출채권이 대표적인 예이다. 많은 나라의 법제가 인정하는 것처럼 채무자 아닌 資産 중심으로 금융을 이용[asset-based finance]하게 하거나 기업자산을 包括적으로 담보로 제공할 수 있게 한다면 그만큼 기업의 자금조달이 원활해질 것이다.

셋째, 중요한 동산이나 권리는 채무자가 계속 사용·수익하면서 채권자에게 담보로 제공하는 방안이 강구되어야 한다. 이러한 非占有型 담보권은 앞에서 말한 바와 같이 채무자가 영업을 위하여 담보목적물을 계속 점유해야 하는 경우나 토지 등의 부동산을 소유할 수도 없고 담보로 제공할 수도 없는 體制轉換國의 경우에 편리한 담보수단으로 각광을 받고 있다.<sup>39)</sup> 그런데 이러한 비점유형 담보권은 채무자가 담보

---

36) 최근 들어 기업의 새로운 자금조달수단으로 각광을 받고 있는 것은 ① 재고자산 및 매출채권을 담보로 대출을 받는 것 ② 일정 자산에서 나오는 현금흐름(cash flow)에 착안하여 동 자산을 유동화하는 것 ③ 상당한 수익이 예상되는 프로젝트의 현금흐름으로부터 원리금을 상환하기로 하고 자금을 차입하는 것(project financing) 등이다. 일본의 기업법제연구회는 이러한 방식의 자금조달을 촉진하기 위한 법제도면의 문제점을 검토하고 제도개선을 제안하고 있다. 日本 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.

37) 박원일, “미 동산담보법”, 54~58면.

38) UNCITRAL, A/CN.9/496, p.5.

39) 東歐圈에서는 대부분 動産에 대한 非占有型 담보권을 도입하였다. 체크의 경우 信託에 의

목적물을 계속 점유하므로 그 거래가 투명해야 하고<sup>40)</sup> 이중양도 가능성에 대비하여 公示登錄(public notice filing system) 내지 제3자 대항요건(perfection)을 요하는 바,<sup>41)</sup> 오늘날 정보기술(IT)의 비약적인 발달로 인하여 보다 적은 비용으로 간편하게 처리할 수 있는 전자등기/등록<sup>42)</sup>(electronic registration) 시스템이 많이 이용되고 있다.

넷째, 어떠한 담보제도가든지 企業倒産法과 조화를 이룰 수 있는 것이라야 한다. 담보권은 중국적으로는 채무불이행시 이를 실행할 수 있어야 하므로 만일 채무자의 도산절차가 개시되어 담보권 실행이 정지(stay)되는 경우 외에는 채무자의 재산에 대하여 追及力이 미쳐야 한다. 담보부 채권자로서는 도산절차가 개시되어 담보가치가 희석(diminution)되는 것이나 도산관리인(insolvency administrator)이 담보권자의 권리를 부인 또는 제한하는 것은 피해야 할 것이다.

다섯째, 새로운 담보제도는 세계화시대에 걸맞게 내·외국인을 차별하지 않고 국제간의 거래에도 널리 이용될 수 있어야 한다. 국제사법적 문제(choice of laws)가 해결되어야 하고 국제거래에 기초한 매출채권을 양도하는 것도 제도·절차상으로 유효성이 보장되어야 할 것이다.

이러한 관점에서 본다면 새로운 법제를 마련하는 것보다 기존 담보거래의 質을 높여(upgrade) 非占有型 擔保權 및 매출채권 양도에 의한 기업금융을 촉진하는 것이

---

한 소유권이전(fiduciary transfer of title) 방식을 채택하자 외국인투자자들이 이러한 담보 제공 방식에 우려를 표함에 따라 EBRD式 담보제도의 도입을 추진하고 있다. Tom Oliver Schorling, "Secured transactions in the Czech Republic - a case of pre-reform", Law in transaction, EBRD, Autumn 2000, pp.66-69; 한편 외환위기 이후 인도네시아, 태국, 베트남 등 동남아의 여러 나라들도 非占有型 動産擔保제도를 채택하고 있다.

40) 미국 부동담보제도와 같이 채무자가 담보물을 처분할 수 있게 하는 것은 일률적으로 논할 수 없다. 현행 민법상 담보를 손상하는 것은 기한이익 상실 사유가 될 뿐더러 담보가치를 확보하기 위해서는 채권자가 담보물의 처분대금을 지배하는 것이 타당하다. 물론 담보권자가 허락하는 경우는 별개이다.

41) 캐나다에서는 1970년대부터 동산담보의 전자등기를 데이터베이스화하여 시행하고 있으며, 日本에서도 1998년 자산유동화(ABS) 제도를 도입하면서 「채권양도의 대항요건에 관한 민법의 특례등에 관한 법률」에 의하여 법인기업은 금융기관에 외상매출채권을 양도하고 이를 등기소에 전자방식으로 登記할 수 있게 하고 있다. 池田眞郎, 「債權讓渡法理の展開」(債權讓渡の研究 第二卷), 弘文堂, 2001, 214~221면; 미국 UCC 제9편의 담보부거래나 2001년 말 성립된 이동장비의 국제담보권협약에서도 모두 電子登記/登錄을 전제로 하고 있다. 國生一彦, 「改正米國動産擔保法」, 商事法務研究會, 2001, 19~21면.

42) 물권변동의 공시방법으로서 登記와 登錄은 그 취급기관이 법원 등기소나, 행정청이나 하는 차이가 있다. 우리나라에서 자동차, 중기, 선박 등의 담보권설정에 있어서는 등록을 요하는데, 채권양도, 일반 동산담보에 있어서는 근거규정이 미비되어 있다.

효과적이라고 생각된다. 일본의 재단저당제도는 기업의 총자산을 일괄하여 담보로 하는 제도이다. 그러나 담보대상에서 경제적 가치가 큰 유동자산은 빠져있고 기업담보를 활용할 수 있는 것은 社債의 상환을 담보하는 경우,<sup>43)</sup> 그것도 우량기업을 염두에 두고 있는 것이라서 담보권의 효력이 약하고 공장재단을 제외하고는 이용 건수도 매우 적다.<sup>44)</sup> 더욱이 설정비용이 많이 들고 유지절차가 번거롭기 때문에 오늘날 기업이 필요한 자금을 기동성 있게 조달하기에는 적합하지 못하다.

그러므로 우리나라에 새로 도입할 기업담보제도는 위의 다섯 가지 조건을 충족하면서 기업들이 친숙하게 이용할 수 있는 거래방식이어야 한다. 구체적으로 살펴보면 기업동산, 재고자산, 매출채권 등을 담보로 제공하고 이를 법원등기소에 전자방식으로 등기하게 하는 것이다.<sup>45)</sup> 이것은 최근 들어 많은 기업들이 이용하고 있는 자산유동화(ABS)에 있어서 자산유동화계획에 따른 자산양도 사실을 금융감독위원회에 등록<sup>46)</sup>하는 것(자산유동화법 제6조)과 매우 흡사하다. 법인등기부가 수년 전에 모두 전산화된 만큼 법인기업이 비점유형 담보권을 설정하고 이를 채무자 법인의 등기부 ‘담보’ 난에 등기하는 것은 큰 어려움 없이 시행할 수 있을 것이다. 또한 정부는 구매자금대출·구매전용카드 제도를 권장하고 있고, 전자방식의 外上賣出債權 담보대출도 금융결제원을 등록기관으로 하여 활발히 이용되고 있으므로<sup>47)</sup> 매출채권양도 등

43) 종래 영업담보에 있어서 그 대상을 주식회사로 한정하느냐, 유한회사까지 포함시킬 것이냐를 놓고 논의가 많았으나, 이는 사채발행을 위한 담보의 필요성 때문이었다. 그러나 중소기업들이 더 많은 자금을 좀더 좋은 조건으로 빌릴 수 있게 하려면 회사의 형태보다도 Primary CBO 같은 것이 중소기업의 유력한 자금조달 수단이 되고 있음을 주목할 필요가 있다. 그것은 은행의 BIS 비율을 좋게 하면서 자본시장의 수요를 충족시킬 수 있기 때문이다.

44) 日本 企業法制研究會, 전계 보고서, 27면.

45) 현재 많은 나라가 인터넷 등 전자방식으로 담보권을 설정하고 담보권 및 피담보채권의 내역을 공시하고 있다. 東歐의 체제전환국 중에서도 폴란드는 세계은행의 차관을 얻어 전국적인 전산망을 구축하고 미국식 동산담보제도를 도입하였으며, 나머지 나라들도 비교적 근대화된 담보제도를 영위하고 특히 헝가리는 담보권에 관한 전산 시스템을 공증인협회에 맡겨 실시한 바 있다.

46) 자산유동화법에 의하여 기업들은 자금조달을 위해 유동화전문회사에 매출채권 등을 양도할 때 자산양도의 사실을 금융감독위원회에 등록해야 하며, 동법에서는 對抗要件의 특례를 인정하고 있다. 실무상으로는 채권 등의 양도내역을 CD롬에 담아 제출하게 되어 있으며, 금융감독위원회의 전자공시 시스템(DART <<http://dart.fss.or.kr>>)에 올려 일반이 이를 열람할 수 있게 하고 있다.

47) 현재 우리나라에서는 대기업에 납품을 하는 중소기업이 대기업 상대의 매출채권을 지정은행으로부터 대출형식으로 미리 결제 받는 ‘購買者金融’과 ‘전자방식 외상매출채권 담보대

록의 취급기관을 법원등기소로 하는 것도 별 무리 없이 실시할 수 있을 것으로 여겨진다.

<그림>

浮動擔保와 企業擔保의 對象

장래 취득할 재산	매출채권	유동화 (ABS) 대상 채권	法人의 등기사항	상법 기타 특별법상의 등기/등록사항	
	[공장저당법상 목록 추가된] 기계·기구	자동차	중기, 선박 항공기	토지·건물 등의 不動産	공업소유권
	電柱, 전선, 배관, 軌條 기타 부속물		임대인이 동의해준 임차권		

**[그림설명]** 工場財團은 굵은 實線 안에서 중앙의 자동차 등 特殊動産을 제외한 것들로 구성된다(공장저당법 제15조). 二重線은 현행 법제에서 등기·등록되는 것들이다. UCC의 부동담보는 중앙의 陰影처리 부분과 장래 취득할 재산을 망라한 것이다. 다시 말해서 음영처리 부분은 전자등기에 의하여 새로운 企業擔保로 활용될 수 있는 것을 가리킨다.

이상과 같이 새로운 담보제도는 이미 시행 중인 자산유동화, 외상매출채권 담보대출을 개선한 것이므로 새로운 제도도입에 비해 비용이 많이 들지 않는다는 점, 현재 담보공시기관이 금융감독위원회, 금융결제원 등으로 다원화되어 있는 것을 법원등기소로 일원화할 수 있다는 점, 현행 담보제도의 硬直性을 보완하고 장차 統一에 대비하여 北韓지역에도 시행할 수 있는 유력한 담보제도라는 점에서 前向的으로 고려할 필요가 있다고 생각한다. 만일 법원등기소에서 채권이나 지적재산권의 양도 외에 동산담보까지 전자방식으로 등기를 접수하게 된다면 우리 사회에는 가히 革命的인 變化가 일어날 것으로 전망된다.<sup>48)</sup>

<sup>48)</sup> 출'이 널리 행해지고 있으며 그 결과 어음거래의 비중이 크게 줄어들었다.

## 참고문헌

- 곽윤직, 『물권법』, 박영사, 1995. 8.
- 박환일, 『남북경협 확대에 대비한 북한 담보제도의 정비방안』, 집문당, 2003.10.
- \_\_\_\_\_, “개정 미 동산담보법의 국내 담보법제에 대한 시사점”, 『경희법학』, 제37권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2002.12.
- \_\_\_\_\_, “채권양도와 전자등록”, 『경영법무』, 한국경영법무연구소, 2002. 6.
- \_\_\_\_\_, “상사채권에 대한 새로운 담보수단의 모색 - 국제기구에서의 논의를 중심으로”, 『상사법연구』 제21권 1호, 상사법학회, 2002. 5.
- 석광현, 『국제채권양도협약연구』, 법무부, 2002.12.
- 송중준, “영업담보제도의 법리와 그 도입방안”, 『상사법연구』 제15권 제2호, 상사법학회, 1996.
- 엄영진·고준석, “양도담보의 규제유형과 동산양도담보의 법리 - 판례이론을 중심으로”, 사회과학논총 제13집, 전주대학교 사회과학연구원, 1997.
- 國生一彦, 『改正米國動産擔保法』, 商事法務研究會, 2001
- 内田 貴, 『民法III-債權總論·擔保物權』, 동경대학출판회, 2002
- 米倉 明, 『擔保法研究』, 新青出版, 1997.
- 田島 裕(譯), 『UCC 2001-アメリカ統一商事法典の全譯』, 商事法務, 2002.
- 池田眞郎, 『債權讓渡法理の展開』(債權讓渡の研究 第二卷), 弘文堂, 2001.
- 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>>
- William H. Lawrence, William H. Henning and R. Wilson Freyermuth, *Understanding Secured Transactions*, LEXIS Publishing, 2000.
- Randal C. Picker, Douglas G. Baird and Thomas H. Jackson, *Security Interests in Personal Property* (3rd Ed.), Foundation Press, 2002.

---

48) 기업금융의 원활화를 위해 본격적인 채권양도, 나아가 통일시대에 대비한 動産登記담보를 취급하려면 ‘電子登記制’를 서둘러 도입할 필요가 있다. 부수적으로는 이에 관한 정보기술과 인력을 해외에 수출하는 기회도 생길 것이다. 박환일, “전자등기제 서두르자”, 한국경제신문 시론, 2002.5.28자 7면.

James J. White and Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code* (5th Ed.),  
West Group, 2000.

Tom Oliver Schorling, "Secured transactions in the Czech Republic - a case of  
pre-reform", *Law in transaction*, EBRD, Autumn 2000.

Steven L. Schwarcz and Janet Malloy Link, "Protecting Rights, Preventing  
Windfalls: A Model for Harmonizing State and Federal Laws on  
Floating Liens", *75 North Carolina Law Review* 403, 405 (January 1997).

주제어: 부동산담보, 미국통일상법전(UCC), 집합물양도담보, 재고자산, 장래채권, 우선  
순위, 파산, 공장저당, 자산유동화

【Abstract】

## The Floating Charge in the United States

Whon-Il Park

In common law countries, a debtor may grant a floating charge over all the assets or inventories without identifying the objects. If a debtor company is obliged to obtain the consent of a secured creditor for the use and disposition of the collateral, it would hinder the company in securing funds and doing business. Since the English court acknowledged a floating charge, which had been granted by a debtor in the ordinary course of business, in a 1870 case, it proves to be efficient collateral in corporate financing.

On the contrary, in the United States, the Supreme Court rendered a floating charge invalid or fraudulent in *Benedict v. Ratner*, 45 S.Ct. 566 (1925) by reason of liberty in the debtor to dispose of the collateral without being required to account for proceeds or substitute new collateral. But, when the Uniform Commercial Code was enacted in all the states, Sections 9-204 and 9-205 of Article 9 repealed the rule of *Benedict v. Ratner*.

As a result, under UCC Article 9, a security interest in after-acquired property has equal status with that in collateral in which the debtor has rights at the time value is given under the security agreement. Section 9-204 accepts the principle of a continuing general lien in that collateral may secure future as well as present advances when the security agreement so provides. The creditor usually demands the debtor should covenant the disposition of collateral in the ordinary course of business. Otherwise, the debtor is required to obtain the prior consent of the creditor for any other use or disposition of the collateral. In case of breach of such covenants, the creditor may declare the event of default on the part of the debtor.

This article explains the relevant provisions of UCC Article 9, eligible properties as collateral and appropriate notice filing for a floating charge, probable competition with other claims of the same creditor, the conflicting provisions of the Federal Bankruptcy Code, 11 U.S.C. § 552 on the occasion of

bankruptcy of the debtor.

In the aftermath of the banking crisis in 1997, highly sophisticated financial products and arrangements originating from the Wall Street have been imported into Korea. The so-called collateral in business properties, like floating charges in the United States or England, is attracting the attention of policy-makers because such collateral system could ensure the enlarged availability of funds to the small and medium-sized enterprises in Korea.

In the last chapter, the writer asserts that widely used financial transactions like asset-backed securitization (ABS) and receivables financing employed by big companies against their suppliers would usher in the new dimension of financing in Korea. In these transactions, the borrower or debtor has to file their financing plan with the relevant filing office, i.e., the Financial Supervisory Commission or the Korea Financial Telecommunications and Clearings Institute. In order to achieve the purpose of public notice with appropriate legal effects, such filing should be processed by the registration offices under the Judiciary Branch, which has already computerized the whole corporate filings. In this regard, the modernization and diversification of the collateral system in Korea should be promoted so as to implement the security interest on moveables and receivables. Then we can propose modern collateral law to the North Korea in line with other transition economies.