



## 프랑스 2006년 담보법개정의 주요 내용과 평가(II) - 동산담보 · 보증제도의 개정 및 평가 -

### I. 동산담보제도의 개정

#### 1. 유치권

개정 전의 프랑스 민법은 유치권에 관한 근거 조항만을 두고 있었지만, 학설과 판례에 의해 유치권에 관한 이론이 발전되어 왔다. 개정 프랑스 민법은 선취특권이나 질권과 같이 독립된 장을 신설하지 않고, 총론규정 중에서 제2286조 1개 조문으로 된 유치권 규정을 두는데 그쳤다.<sup>1)</sup>

판례와 학설이 인정하여 온 법적·사실적 또는 실질적인 관련성이라는 기준을 입법화하는 대신, 제2286조 제1항에서 ① 그 채권의 변제까지라는 약정에 의해 담보물을 교부받은 채권자, ② 물건의 인도의무를 발생시킨 계약상의 채권자, ③ 물건의 보관시 발생한 채권의 채권자라고 하는 유치권이 인정되는 채권자의 유형을 설정

하면서, 유치권은 임의로 점유를 상실함으로써 소멸된다는 점을 명문화하였다(제2286조 제2항). 또한, 유치권의 객체는 물건(chose)으로 규정되어 있지만, 해석상 유체재산 이외의 객체로 확대해석이 가능한 것으로 보여진다.

#### 2. 동산선취특권<sup>2)</sup>

동산선취특권에 관해서는 개정 전의 제2100조 내지 제2102조가 법률명령에 의해 담보편의 제2330조 내지 제2332조로 이동하였다. 동산선취특권에 관한 개정은 다음의 3가지로 요약할 수 있다.

(1) 특별선취특권과 일반선취특권의 우선순위 개정법에서는 일반동산선취특권(제2331조)과 특정한 동산만을 대상으로 하는 특정동산선취특

\*\*\*

1) 프랑스에서는 이 조항의 위치 및 제2329조의 동산담보물권의 열거 중에서 유치권이 포함되지 않았다는 점 등이 문제로 지적되고 있다(Augustin Aynès, La consécration légale des droits de rétention, Dalloz2006, p.1301).

2) 프랑스의 선취특권에 관한 상세한 내용은 下村信江, 「フランス先取特權制度論(上)(下)」, 帝塚山法學 3号 1999, 35頁 이하 참조.

권과의 관계를 규율하는 규정은 별도로 두지 않았다. 그러나, 두 선취특권과의 관계에 관해서 특별선취특권과 일반선취특권과의 충돌의 조정 및 특정동산선취특권을 우선시켜 온 판례의 태도를 명문화하였다(제2332-1조).

## (2) 일반선취특권간의 우선순위

개정법에서는 일반선취특권간의 우선순위에 관해서도 규정을 두어, 제2331조에 규정된 순서로 그 우선순위가 결정된다(제2332-2조). 이는 개정 전 제2101조와 유사하지만, 국고채권의 선취특권은 관련 법률에 의해 그 순위가 정해지고, 사회보험채권의 선취특권은 근로자의 선취특권과 동일한 순위가 되는 것으로 개정되었다.

## (3) 특별선취특권간의 우선순위

개정 전 제2102조는 동산의 특별선취특권의 순서에 관해서는 전혀 규정을 두지 않았지만, 개정법에서는 개정 전 제2096조(개정 후 제2325조)에 관한 판례를 수용하여, 동산특별선취특권에 관한 순위를 종합적으로 정리하였다(제2332-3조).

## 3. 인적담보

### (1) 보증

수권법에서 보증은 개정대상에서 제외되었고,

법률명령은 제4편 제1장에 개정 전의 민법 제2011조 내지 제2043조의 보증관계규정을 내용 변경 없이 조문번호만을 변경하여, 제2288조 내지 제2320조로 되었다.

초안에서는 소비법전이나 통화·금융법전에 의한 보증규정도 전부 민법으로 이동하여 보증제도에 관한 체계성을 확보할 수 있도록 하였고, 보증인에 대한 채권자의 정보제공의무 등 각종 법령에서 산재되어 있던 조문을 통일적으로 정비하는데 그쳐, 사실상 보증에 관한 개정이 이루어지지 않았다는 비판도 있다.<sup>3)</sup>

## (2) 독립담보(la garantie autonome)

### 1) 독립담보의 정의

개정 프랑스민법에서는 ‘손해담보계약이라 함은 제3자에 의해 동의된 의무를 고려하여, 담보부담자가 부종성이 없이 합의된 방법에 따라 일정한 금액을 지급하는 것을 의무로 하는 약정’이라고 하는 정의규정이 도입되었다(제2321조 제1항).

이 정의는 독립담보를 보증과 명확하게 구별하여 일정한 금액의 지급을 의무로 하고 있고<sup>4)</sup>, 주채무자의 채무를 대신하여 지급하는 것이 아님을 명확하게 밝히고 있다. 그러나, 프랑스 은행연합은 독립담보와 의향서의 규정을 신설한

\*\*\* -----

3) Annie Bac, Le point de vue des établissements de crédit sur l'ordonnance, Rev. lamy droit des affaires, juili, 2006, p.37.

4) 이 의무는 추상적 의무뿐 아니라 여러 유형의 의무가 인정되는 것으로 파악한다(Nicolas Rontchevsky, Les dispositions relatives au droit des sûreté personnelles, Dalloz 2006, n°19, p.1303).



것에 대해서는 관례에 의해 충분히 규제되고 있고, 여러 가지 변화의 가능성이 있으므로 성급하게 규정을 두는 것에 대해서는 반대하였다.

### 2) 독립담보의 특수성

제2321조 제1항의 정의와 같이 독립담보는 채무자의 채무를 대신하여 이행하는 것이 아니라, 일정한 금액을 지급할 의무를 말한다. 이를 위해 보증인에게 인정되는 부종성은 채무자에게는 인정되지 않는다. 개정 프랑스민법에서도 부종성에 관하여 ‘담보약속자는 담보되는 채무에 관한 항변으로 일체 대항할 수 없다’ (제2321조 제3항) 및 ‘반대의 합의가 없는 한, 손해담보계약은 담보되는 채무에 수반하지 않는다’ (제2321조 제4항)라고 규정하고 있다. 독립담보에 있어서 담보부담자가 의뢰자에 대하여 구상할 수 있는가에 관해서는 입법적으로 해결되어야 하지만, 제1251-3조의 대위에 의해 구상가능한 것으로 보는 견해도 있다.<sup>5)</sup>

### 3) 독립담보이용의 한계

보증에 관한 규제의 회피를 위하여 독립담보가 이용되는 것을 방지하기 위하여 소비법전 제3편 제1장 및 제2장이 적용되는 소비자신용이나 개인에 대한 부동산여신에 관해서 독립담보

를 활용하는 것은 금지되고(소비법전 제313010-1조), 또한, 주거임대차에 관해서는 임대관계의 개선을 위하여 1989년 7월 6일의 법률을 개정하여 담보의 예탁에 대신하여서만 독립담보를 사용할 수 있도록 하고, 동법 제22조 제1항에 의해 규정된 금액의 한도(임료 2개월분)내에서만 허용되는 것으로 하였다(동법 제22-1-1조). 또한, 제2321조 제2항에서 ‘담보부담자는 수익자 또는 수익자와 발주자와의 공모에 의한 명확한 사해 또는 남용의 사례에 관해서는 책임을 지지 않는다’ 라는 규정을 신설하였다.<sup>6)</sup>

### (3) 의향서(la lettre d'intention)<sup>7)</sup>

개정 프랑스민법은 ‘의향서는 채권자에 대하여 채무자가 그 의무를 이행할 수 있도록 지원하는 것을 목적으로 하여, 채무의 이행에 관한 약속’ 이라고 정의하고 있다(제2322조).

관례는 의향서를 이사회의 승낙이 불필요한 수단채무를 부담하는 것과 이사회의 승낙이 요구되는 결과채무를 부담하는 것으로 나누고 있고, 신사협정에 지나지 않는 경우나 보증으로 인정되는 사례도 있지만, 채무를 부담하는 경우만을 의향서로 인정하고 있다. 그러나, 의향서를 인적 담보로 분류하는 것은 그 유연성이 없어질

\*\*\* -----

5) Dimitri Houtcieff, Les sûreté personnelles, Commentaire de l'ordonnance n°2006-346 relative aux sûreté, Dispositions générale livre IV nouveau du Code civil, Rev. de Droit Bancaire et Financier, Mai-juin, 2006, p.58.

6) 이 제한은 초안에는 없었지만, 프랑스변호사회(conférences des batonniers)는 이 두 가지의 제한으로 충분함에 대하여 의문을 제기하였고, 보증의 제한이 미치지 않는 독립담보가 상사거래 이외에서도 사용될 가능성이 있는 것으로 지적하였다.

7) 이에 관해서는 平野裕之, “フランス法における lettre d'intention의法理について-子會社の債權者への親會社による支援の約束の法的分析”, 「法律論叢」71卷 4・5号, 1999, 101頁 참조.

가능성이 있다는 점에서 의문점도 제기되었다.<sup>8)</sup> 즉, 의향서는 자기가 약속한 채무의 불이행에 의해 채권자에게 발생한 손해를 배상한다는 점에서 채무법 전반에 걸쳐 있는 계약책임에 해당하기 때문이다.

금융계에서는 의향서를 담보로 규정하고 있으므로 반드시 이사회 또는 감사의 승인이 필요한 것으로 한다면, 이러한 종류의 거래의 효용성이 상실될 우려가 있다고 한다.<sup>9)</sup>

#### 4. 유체동산의 질권(민법상 비점유질권)

##### (1) 프랑스 민법상의 질권

###### 1) 질권

개정 전 프랑스민법전에서는 nantissement라는 제명의 章(제2071조 이하)에서 동산질권을 gage, 부동산질권을 antichrèse라고 하였다. 그런데, 특별법에 의해 용어가 혼용됨에 따라, 법률명령은 초안에서 용어를 정리하고자 하였다. 즉, 이에 따르면 유체동산질권을 gage, 채권 등 무체동산질권을 nantissement, 부동산질권은

antichrèse라고 하였다.<sup>10)</sup>

또한, 특별법에서 규정되어 있던 자동차질권에 관한 규정을 민법에 편입하였고, 상법에서 비점유질권의 특칙으로서 채고상품에 관한 질권규정을 신설하였다. 반면, 무체재산권에 관해서는 초안에서 각종의 무체재산권에 관한 규정을 민법에 둘 예정이었지만 이는 채용되지 않았다.

##### 2) 유체동산질권

개정 프랑스민법은 동산질권(유체동산질권)에 관해서는 질권의 설정, 목적물의 범위 및 실행방법 등의 3가지에 관하여 개정을 하였다. 특히, 비점유질권이 인정되었다는 점은 실무의 요구를 반영한 것으로 평가된다.<sup>11)</sup> 이는 미국의 Security Interest와 퀘벡주의 동산저당권을 참고로 한 것으로도 보여진다. 그러나, gage라는 동일한 명칭에서 점유질권과 비점유질권이라는 근본적으로 상이한 담보제도를 하나의 단일한 제도로 취급하는 것은 여전히 문제로 되고 있다.<sup>12)</sup>

비점유질권은 등기에 의해 공시되므로, 유치권은 인정되지 않고 채무자의 도산절차가 개시되면 효력을 상실한다. 즉, 기존의 특별법에 의

\*\*\* -----

8) 프랑스 변호사회 전국평의회(conseil national des Barreaux)의 2005년 7월 1일의 담보법개정작업소회의 보고서 5면에서는 조문의 표기가 애매하여 적용범위가 명확하지 않고, 계약자유에 맡겨서 법원이 판단하는 것이 적절하다는 이유에서 이러한 조문의 도입을 반대하였다.

9) Annie Bac, Le point de vue des établissements de credit sur l'ordonnance, Rev. Lamy droit des affaires, juil. 2006, p.38.

10) 동산담보에 관해서는 처음부터 입법정책상 선택의 문제가 제기되었다. 즉, 미국 UCC 제9편 security interest와 같이 단일한 동산담보개념을 인정할 것인가 또는 질권과 양도담보와 같은 복수의 동산담보제도를 인정할 것인가에 관한 문제에서 비롯된 것으로, 기존의 방식과 같이 복수의 동산양도담보유형을 설정하였다.

11) Dominique Legeais, Le gage des meubles corporels, Commentaire de l'ordonnance n°2006-346 relative aux sûretés. Dispositions générale livre IV nouveau du Code civil, Rev. de Droit Bancaire et Financier, Mai-juin, 2006, p.60.



해 다수의 비점유질권과 동산저당권이 인정되었지만, 이번의 개정은 동산에 관한 일반제도로써 비점유질권을 인정하는 한편, 포괄적인 질권의 설정과 대항요건의 구비를 가능하게 하였다.

## (2) 민법상 비점유질권

### 1) 성립요건 · 대항요건 및 객체 등에 관한 규정

#### ① 요물계약에서 요식계약으로의 변경

개정 프랑스민법은 질권을 요물계약으로는 하지 않았지만, 서면의 작성을 그 유효요건으로 하였다(제2336조). 제2336조는 서면으로 기재된 내용에 관해서도 피담보채권, 질권이 설정된 재산의 수량 및 재산의 종류와 성질의 3가지를 규정하고 있다. 서면은 특별히 제한을 두지 않고 있어 공정증서 뿐 아니라 사서증서도 허용된다.

#### ② 물상보증의 부정

프랑스민법 제2334조는 제3자가 설정한 질권에 관해서 채권자는 질권이 설정된 물건에 관해서만 소권을 부여한다는 점 및 물상보증인은 개인적인 채무를 부담하는 것이 아니라는 점을 규정하였다. 이에 의하여, 판례에서 문제로 되어 왔던 물상채무(物上債務)의 문제에 중지부를 찍게 되었다. 따라서, 물상보증이라는 개념은 존재이유 자체를 상실하게 되었다.

#### ③ 질권설정이 가능한 재산 및 피담보채권

#### ㉠ 질권설정이 가능한 목적물

개정 프랑스민법은 소비물(消費物)에 관한 질권설정도 가능하도록 하였고(제2342조), 또 낙성계약인 현재의 특정물뿐 아니라, 장래의 복수의 집합동산(un ensemble de biens)에 대한 질권설정합의를 유효한 것으로 하였다(제2333조 제1항). 집합동산에 대하여도 유효하게 질권을 설정하고 대항요건을 갖출 수 있도록 하기 위하여 채무자에게 파산절차가 개시된 경우에도 파산절차개시 전의 질권으로 취급하고 있다.

#### ㉡ 피담보채권

피담보채권에 관해서는 개정 프랑스민법에서는 현재 또는 장래의 채권의 담보가 가능하도록 하여, 특정성의 원칙을 충족시킨다면 장래의 불특정 다수의 채권도 담보할 수 있다(제2333조 제2항).

#### ④ 대항요건

개정 프랑스민법에서는 공시(publicité)를 동산질권의 제3자에 대한 대항요건으로 하고 있으므로(제2337조 제1항), 점유질권에서는 채권자 또는 합의된 제3자에 의한 점유취득(제2337조 제2항), 비점유동산질권의 경우에는 등기를 하여야 한다(제2338조). 1951년 1월 18일 법률에서는 상사법원에서의 등기가 인정되었지만, 제3취득자가 즉시취득에 관한 제2279조를 원용하는 것이 가능하였으므로, 이에 대한 입법적 조치가 요구되어 개정 프랑스민법에서는 동산질권의 공

\*\*\* -----

12) Dominique Legeais, Surete et garanties du crédit, 5 éd., L.G.D.J., 2006, n°468, p.362.

시 후 제3취득자는 제2279조를 원용할 수 없음을 명시하였다(제2337조 제3항).

#### ⑤ 소비동산 비점유질권

비점유질권이 소비물을 동산질권의 대상으로 하는 경우, 합의에 의해 설정자는 소비물을 양도할 수 있고, 동일한 물건의 동일한 양을 보충할 의무가 있다(제2342조). 이는 곧 재고상품의 비점유질권에 관한 규정이라고 할 수 있다.

#### ⑥ 질권설정계약상 의무위반의 효과

비점유질권에 관하여 설정자가 질물에 관한 보관의무를 위반한 경우에 채무자는 기한의 이익을 상실하지만, 채권자가 질물의 보충을 하는 경우에는 예외로 하고 있다(제2344조 제2항). 또한, 설정자는 피담보채권 전액을 변제하지 않으면 등기의 말소를 청구할 수 없다(제2339조).<sup>13)</sup>

### 2) 동산질권의 실행

#### ① 우선변제권

질권채권자는 질권의 목적물에 관하여, 점유질권·비점유질권에 관계없이 우선변제권을 갖는다(제2333조 제1항).

#### ② 복수의 질권의 관계

등록을 공시방법으로 하는 비점유질권제도에서는 동일한 물건에 복수의 질권을 설정할 수 있고, 이 경우 그 우열은 등기의 선후에 의하

여 결정된다(제2340조 제1항). 또한, 비점유질권과 점유질권은 등기와 점유취득의 선후에 의하여 우열이 결정된다. 비점유질권이 공시를 갖춘 후에 목적물이 점유질권의 대상으로 되어도 비점유질권은 점유질권의 유치권에 방해받지 않는다(제2340조 제2항).

#### ③ 비점유질권과 소유권유보의 관계

채무자가 소유권유보부 특약이 붙은 매입상품에 비점유질권을 설정한 경우, 타인 물건에 대한 질권의 설정은 무효이다. 질권자가 선의인 경우 설정자에게 손해배상을 청구할 수 있고(제2335조), 질권의 즉시취득은 부정된다.

#### ② 유질약정이 없는 경우

질권의 실행방법은 원칙적으로 법원에 의한 질물의 경매이지만(제2346조), 채권자는 변제에 대신하여 목적물을 자기에게 귀속시킬 것을 법원에 청구할 수 있다(제2347조 제1항). 목적물의 가액이 채권액을 초과하는 경우에는 초과액은 설정자에게 반환된다(제2347조 제2항). 목적물의 가액평가를 감정에 의할 것인가의 여부는 법관의 재량에 맡겨져 있다.

#### ③ 유질약정이 있는 경우

질권설정시 또는 그 후에도 당사자가 채무자에 의한 변제가 없는 경우에 질권의 실행으로서 채권자가 질물의 소유자로 되는 합의를 할 수 있

\*\*\* -----

13) 채무자 또는 채권자에게 공동상속이 있는 경우에도 질권은 예를 들어 목적물이 분할할 수 있는 경우에도 분할귀속되지 않고(제2349조 제1항), 채무자의 공동상속인의 1인이 자신의 채무를 변제하여도 자신의 지분부분의 반환을 청구할 수 없다(제2349조 제2항). 또, 채권자의 공동상속인 1인이 자신의 채권분의 변제를 받더라도 변제받지 못한 상속인이 있는 한 반환을 할 수 없다(제2349조 제3항).





고(제2348조 제1항), 채권자는 간이로 신속하게 실행할 수 있다.

목적물의 평가는 정부의 공정가격이 있는 경우에는 이에 의할 수 있고, 그렇지 않은 경우에만 감정이 요구된다. 목적물의 가격은 소유권이 전시기의 가격을 기준으로 하지만, 감정방법에 관해서는 법원이 선임한 또는 당사자가 합의하여 선임한 감정인에 의해 이루어진다.

### (3) 점유동산질권

#### 1) 점유동산질권의 내용

점유동산질권에 관해서도 설정, 대항요건 및 효과<sup>14)</sup>에 관한 개정이 있었다. 점유질권의 경우에도 요식계약으로만 가능하고, 점유취득은 대항요건에 지나지 않는다(제2337조 제2항). 장래의 복수의 동산에 관해서도 질권설정이 가능하고, 유질의 합의도 허용되고 있다. 점유질권을 존치시킨 것은 비점유질권에서는 등기에 의해 채무가 공시된다는 점에서 이를 선호하지 않는 당사자의 선택권을 보장하기 위한 것으로 볼 수 있다.

점유질권은 유치권이 인정된 질권채권자에게 유리한 것으로 볼 수 있다. 파산절차가 개시되어도 유치권은 영향을 받지 않고 점유를 임의로 상실할 때까지는 유치권이 소멸하지 않기 때문이다. 점유질권의 경우에는 설정자는 목적물의 보관으로 인하여 지출된 비용의 상환의무를 부담

하고(제2343조), 질권자는 그 동산의 과실을 취득하여 이를 이자 또는 이자의 합의가 없으면 원본에 충당할 수 있다(제2345조).

#### 2) 소비동산 점유질권(종류질권)

소비동산이 점유질권의 대상으로 된 경우에도 원칙적으로 채권자는 그 물건을 자신의 재산과 분리하여 관리하여야 한다(제2341조 제1항). 그런데, 소비기탁에 의하여 질권자가 입질한 소비물을 소비하여 동종·동량의 소비물을 반환하여야 하는 경우에는 종류질권(gage espèces)에 해당되어 질권자는 수령한 질물의 소유권을 취득하여 소비가 가능하다(제2341조 제2항).

## 5. 자동차에 관한 유체동산질권

### (1) 1953년 9월 30일 데크레

자동차질권은 1934년 12월 29일 법률 및 1953년 9월 30일 데크레에 의해 도입되었지만, 그 내용이 대폭 수정되어 민법에 편입되었다. 민법에 편입되기 전의 자동차질권은 법정담보로서 설정자의 동의없이 질권을 등록할 수 있었지만, 채권자는 새차의 매도인 또는 대금의 대출자로 한정되었다. 그리고, 등록증명서의 교부에 의해 채권자는 목적자동차의 점유취득이 의제되어 점유질권의 일종으로 인정되었다.

### (2) 민법으로의 편입

프랑스 민법에 규정된 자동차질권은 합의에

\*\*\* -----

14) 점유질권에 특유한 규정으로는 질권자의 비용상환청구권(제2343조), 질권자가 보관의무에 위반한 경우의 설정자의 질물반환청구권(제2344조)이 있다.

의한 담보로, 채권자에 대한 제한도 없어졌다. 제3자에 대한 대항요건으로는 기존의 등기제도가 그대로 유지되고 있다. 채권자에게는 등기필증이 교부되고, 이 공포에 의해 채권자가 자동차의 점유를 취득하는 것으로 본다는 점은 종전과 동일하다(제2352조). 이 제도의 장점은 유치권이 인정된 채무자에게 파산절차가 개시되어도 유치권을 행사할 수 있다는 것이다.

## 6. 재고상품에 관한 유체동산질권(상법상의 비점유질권)

### (1) 재고상품 비점유질권의 설정

#### 1) 당사자

상법의 재고상품질권을 설정할 수 있는 채권자는 금융기관으로 한정되고, 채무자는 모든 사법인 및 사업활동을 하는 개인이다(상법 L.527-1조).

#### 2) 요식계약

상법의 재고상품질권의 설정은 필요적 기재사항을 포함한 서면으로 작성되어야 한다(상법 L.527-1조). 그중에는 화재나 멸실에 대처하기 위한 보험의 경우에 대한 보험회사의 이름이 기재되어야 하고, 이를 흠결한 경우 무효로 된다. 또, 등기는 효력발생요건으로 된다(상법 L.527-4 제1항). 재고상품만이 그 대상으로 되고 영업재산 자체는 제외된다. 이 질권은 설정으로부터 15일 이내에 채무자의 주소지를 관할하는 법원에 등록하여야 그 효력이 인정된다(상법 L.524-4조 제1항).

### 3) 채권자의 보호

#### ① 재고가 멸실된 경우

재고상품의 비점유질권은 재고로 새롭게 옮겨진 상품에 당연히 그 효력이 미친다(상법 L.527-5조 제2항). 그리고, 재고상품의 가치가 20% 감소된 것으로 채권자가 평가하는 경우에는 채무자에 대하여 원래 가치의 회복 또는 감소분에 상당하는 금액의 환급을 청구할 수 있는 선택권이 있다(상법 L.527-7조 제3항). 여기서 20%라고 하는 수치는 담보의 법적 안정과 사업수행과의 타협에 의한 것이라고 한다.

#### ② 재고조사의 권리

채권자는 채무자의 사업활동에 관하여 정보를 취득할 권리가 인정되고, 채권자는 자기의 비용으로 재고상품의 상태를 확인할 수 있다. 채권자의 재고상품에 대한 관리를 용이하게 하기 위하여 채무자는 채권자에게 담보로 제공되는 재고상품의 상태 및 관계되는 사업의 대차대조표를 참조할 수 있도록 하여야 한다(상법 L.527-7조 제1항).

#### ③ 파산절차가 개시된 경우

재고상품질권에 대해서는 프랑스상법 L.632-1조 내지 L.632-4조의 파산절차에 관한 규정이 적용되어 채무자의 지급정지 후의 재고상품의 질권설정은 무효이다(상법 L.632-1조 제1항 제6호). 즉, 지급정지 전에 질권을 설정한 경우에는 지급정지 후 재고로 편입된 상품에 관하여도 질권의 효력은 부정되지 않는다.





### (3) 재고상품질권의 실행

#### 1) 등기의 선후에 의한 우선순위

상법의 재고상품 비점유질권의 등기는 상업등기 또는 회사등기에 의하여야 하므로 재고상품질권을 설정할 수 있는 채무자는 제한된다. 복수의 질권채권자간의 우열은 등기의 선후에 의해 결정된다(상법 L.527-2조). 점유담보와의 관계도 등기와 점유취득의 선후에 의해 결정된다는 점은 민법의 비점유질권과 동일하다. 소유권을 유보한 매도인과의 관계에서도 소유권유보의 대상인 동산에는 질권을 설정할 수 없다는 점에서(상법 L.527-4조), 민법과 동일하게 소유권유보가 보호된다.

#### 2) 유질계약의 금지

비점유질권에 관한 민법의 규정과는 달리, 상업상의 재고상품 비점유질권에 관해서는 유담보의 합의(pacte comissoire)는 금지되지만(상법 L.527-2조), 이에 관해서는 민법과 차이를 두는 것은 타당하지 않다는 평가도 있다.<sup>15)</sup>

## 7. 무체동산질권(nantissement)

### (1) 채권질권

#### 1) 채권질권의 성립요건

채권질권은 무체재산을 담보로 하는 것으로, 서면에 의할 것이 요구된다(제2356조 제1항).

증서에는 피담보채권과 질권이 설정된 채권이 명기되지 않으면 안된다(제2356조 제2항). 장래의 채권에 관해서는 채권의 특징을 가능케 하는 기재가 되어야 한다(제2356조 제3항).

개정 전 프랑스민법 제2075조에서는 채권질권 설정계약은 공정증서에 의하거나 또는 사서증서를 등록하는 엄격한 방식이 요구되었지만, 개정 프랑스민법에서는 공정증서일 필요도, 등록할 필요도 없게 되었다.

#### 2) 채권질권의 대상

채권질권은 장래의 채권을 담보하는 것도 가능하고 또, 장래의 채권들을 담보의 대상으로 할 수 있지만(제2355조 제1항), 대상의 특정가능성이 요구된다. 장래채권을 대상으로 하는 경우에는 그 발생과 동시에 채권에 대한 권리를 채권자가 취득하지만(제2357조), 대항력은 기재된 날로부터 발생한다(제2361조). 또, 예금에 질권을 설정하는 것도 가능하다(제2360조). 예금에 질권이 설정된 경우에는 확정 여부와 관계없이 담보 실행시에 잔존하는 예금잔액을 대상으로 한다(제2360조 제1항). 설정자에게 개인회생절차 등이 개시된 경우에는 예금질권은 그 개시결정시에 잔존하는 예금잔액에 미친다(제2360조 제2항).

#### 3) 채권질권의 대항요건

##### ① 채권질권의 제3자에 대한 대항요건

채권질권은 그 증서에 기재된 날로부터 제3자

\*\*\*

15) Legeais, op. cit., p.64.

에게 대항할 수 있다(제2361조). 복수의 질권자가 동일한 채권에 관하여 경합하는 경우에는 각각의 증서의 날짜에 의해 우열이 결정된다. 또, 질권자는 증서의 기재일 이후의 압류채권자에게도 우선한다. 기재일에 다툼이 있는 경우에는 결국 질권채권자가 모든 방법에 의해 기재일이 정확하다는 것을 증명하여야 한다.<sup>16)</sup> 제2361조에 의해 장래채권도 채권발생시가 아닌 양도증서의 기재일로부터 질권의 대항가능성이 인정된다.

#### ② 채권질권의 제3채무자에 대한 대항요건

증서의 기재일만으로 대항할 수 있는 것은 제3자에 한정되고, 질권이 설정된 채권의 채무자(제3채무자)에 대항하기 위해서는 제3채무자에 대한 통지 또는 증서에 제3채무자가 관여하여야 한다(제2362조 제1항). 그렇지 않으면, 설정자만이 유효하게 변제를 수령할 수 있다(제2362조 제2항).

채무자에게 파산절차가 개시되기 전에 서면으로 질권이 설정된다면, 제3채무자에게 통지가 된 것은 파산절차개시결정 후라고 하더라도 효력을 방해하지 않는다.

#### 4) 제3채무자에 대한 구속력

##### ① 피담보채권이 변제기에 도달한 경우

제3채무자에게 질권설정의 통지가 된 경우에는 질권채권자만이 유효하게 변제를 받을 수 있

고(제2363조), 피담보채권의 채무자에게 변제를 하여도 그 효력은 인정되지 않는다. 동일채권에 관하여 질권자가 복수인 경우에는 각 채권자도 질권이 설정된 채권의 변제를 청구할 수 있지만, 다른 채권자에게 통지가 이루어져야 하고(제2363조 제2항), 증서의 기재일에 의한 우선순위에 의해 지급을 받을 수 있다. 질권채권자는 수취한 금액을 피담보채권에 충당할 수 있고(제2364조 제1항), 만약 피담보채권액을 초과하여 지급을 받은 경우에는 그 차액을 채무자에게 반환하여야 한다(제2366조).

##### ② 피담보채권이 변제기에 도달하지 않은 경우

피담보채권이 변제기 전인 경우에도 채무자(질권이 설정된 채권의 채권자)는 변제를 수령할 수 없고, 질권채권자는 피담보채권의 변제기가 도래하지 않더라도 직접 채권에 충당할 수 있는 것은 아니고, 보관권한이 있는 기관(은행)에 개설된 계좌에서 수취한 자금을 보관하여야 한다(제2364조 제2항). 이는 실무상 문제로 되었던 것을 해결한 것으로 볼 수 있다. 이 경우, 계좌에 자금이 보관됨으로써 질권은 종류질권(gageespèces)으로 되고, 채무자가 변제를 하지 않는 경우에는 질권을 실행하여 보관하고 있는 자금을 변제에 충당할 수 있다. 질권채권자 자신이 은행인 경우, 자신의 은행에 채무자 명의의 계좌를 개설하여 보관할 수 있다.

\*\*\* -----

16) Patrice Bouteiller, Le nouveau droit des sûreté mobilières établi par l'ordonnance n°2006-346 du mars 2006, Rev. Lamy droit des affaires, n°6, juin 2006, p.46.



### 5) 채권질권의 실행

채권자는 채권질권의 실행으로서 첫째, 질권을 설정한 채권에 집행절차를 밟을 것인가(제2362조 제2항), 둘째 채권을 자신에게 귀속시킬 것인가(제2365조 제1항), 셋째 채권의 변제기를 기다릴 것인가 등을 선택할 수 있다(제2365조 제2항). 유질합의도 가능하지만, 상법 L.622-7조 제1항에 의해 파산절차개시 후에는 유질합의의 실행을 방해받지 않는다.

### (2) 기타 무체재산질권

#### 1) 특별법이 있는 경우

금융증서계좌는 통화·금융법전에 의해 규율되어, 영업권의 질권 등에 관해서도 특별법에 위임되어 있다. 초안에서는 금융증서예금을 민법에서 규정하도록 하였지만, 프랑스 은행연맹이 현행법과 분리되어 개정이 이루어졌으므로 충분하다는 반대의견을 제시하는 등, 개정대상에서 제외되었다.

#### 2) 특별규정이 없는 경우

채권 이외의 무체재산의 질권에 관해서는 특별규정이 없는 한, 유체동산질권에 관한 규정에 의한다(제2355조 제5항). 이 계약은 요물계약은 아니지만, 서면을 작성하는 것도 무방하다. 제3자에 대한 대항요건에 관해서 등기부의 등기도

무방하다고 하더라도 점유에 관해서는 의문이 있다. 소지인이 증서를 소지하고 있는 경우가 아니라면, 점유이전에 의한 방법은 허용되지 않는 것으로 평가된다.

## 8. 소유권유보

### (1) 의의 : 소유권유보의 담보물권화

#### 1) 소유권유보의 명문화

개정 프랑스민법에서는 소유권유보를 명문화하였다. 즉, 프랑스민법은 ‘재산의 소유권은 계약에 의한 소유권이전의 효과를 그 대가를 구성하는 채무의 변제에 관련되게 하는 소유권유보 조항의 효과에 의해 담보로 계속 유지하는 것이 가능하다’ (제2367조 제1항), ‘이와 같이 유보된 소유권은 변제를 담보로 한 채권에 종된 것이다’ (제2367조 제2항)라고 규정한다. 유보된 소유권은 변제를 담보로 한 채권에 종된 것라는 점은 담보제도의 논리필연적인 것으로 이미 파기원(Cour de cassation)<sup>17)</sup>이 이미 선언한 바 있다.<sup>18)</sup>

#### 2) 소유권유보가 가능한 계약

소유권유보는 매매에 한정되지 않고 도급계약의 경우에도 가능하다. 상법 L.624-16조 제2항에서는 ‘매도된 재산’으로 표현하고 있다는 점에서 의문의 여지가 있지만, 도급계약에 대한 확대적용은 이미 파기원에서 이를 인정하였다.<sup>19)</sup>

\*\*\* -----

17) Cour de cassation(이하 ‘파기원’이라 함)은 민사 및 형사사건의 상고사건을 관할하는 최고사법재판기관으로서, 파기원은 법원에서 통일된 법률해석이 이루어질 것을 목적으로 하는 법률심이며, 따라서 법률위반이나 월권행위 또는 관할위반 등의 상고사유에 기초한 하급심의 중국판결에 대하여 법률적용문제와 관련한 파기신청을 관할한다. 이에 관한 상세한 내용은 한국법제연구원, 「프랑스법령용어 해설집」, 309면 이하 참조.

18) Cass. com., 15 mars 1988, RDbancaire et fin. 1988, p.129, obs. F.J.Credot et Y. Gérrd 등.

개정 프랑스민법 제2367조 제1항에서는 '계약에 의한 소유권이전의 효과를 그 대가를 구성하는 채무의 변제에 관련되게 한다' 라고 규정하여, 조문상으로도 특히 매매에 한정하지 않음을 명시하였다. 따라서, 매수인의 대출을 통하여 매도인에게 대금을 지급한 은행은 매도인의 유보소유권을 대위취득하는 것이 가능하다.

## (2) 소유권유보의 성립요건 및 대항요건

### 1) 요식행위의 여부

초안에서는 소유권유보는 서면에 의하지 않으면 무효임을 규정하였지만, 개정 민법에서는 '소유권유보는 서면에 의해 이루어진다' 라고만 규정하고 있다(제2368조). 이로 인해 소유권유보계약이 요식행위로 되는 것은 아니라고 하더라도, 서면이 소유권유보조항의 유효요건으로 되는 것으로 평가된다.<sup>20)</sup> 요식행위라는 것을 부정하는 입장에서는 상법 L.624-16조 제2항의 서면이라는 요건도 파산절차에서의 대항요건에 지나지 않는 것으로 본다.<sup>21)</sup>

### 2) 소유권유보합의의 시기

프랑스상법에서는 파산절차에 있어서 환취권이 인정되는 소유권유보는 목적물의 인도시까지 서면으로 합의되어야 함을 규정하고 있다(상법

L.624-16조 제2항). 불특정물에서도 인도에 의해 소유권이 이전되므로, 그 후에 소유권의 이전에 관한 합의를 하는 것은 논리적으로 모순이고, 민법에서도 인도시까지 또는 인도와 동시에 소유권유보의 합의가 이루어져야 하는 것으로 보고 있다.<sup>22)</sup>

### 3) 소유권유보의 공시

소유권유보에 관하여 초안 제2382조에서는 테크레에 의해 정해진 일정금액을 초과한 가치의 물건에 관하여는 등기에 의해 공시함으로써 채무자의 특정승계인에 대항할 수 있음을 규정하고 있다. 공시를 요구하는 것은 중요한 개정사항이라고 할 수 있고, 또 소유권유보의 경우에 질권의 취득이 인정되지 않지만, 제3취득자는 즉시취득을 원용하여 제3자보호가 가능하므로, 구태여 공시제도를 도입할 필요가 없었다.

그러나, 채권자인 금융계는 소유권유보의 공시제도가 실현될 것을 희망하였다. 즉, 공시제도가 인정되면 대항력의 취득이 인정되어 제3자의 즉시취득을 부정할 수 있고, 또 공시에 의하여 파산절차의 개시로부터가 아니라 통지를 받은 때로부터 3개월내에 환취권행사가 가능하기 때문이다(상법 L.622-24조 제1항).

\*\*\* -----

19) Cass. com., 19 nov. 2003, Dalloz 2004, AJ, p.3049, obs. Lienhard에서는 소유권이 유보된 재산의 회복에 관하여 계약의 성질은 묻지 않는다는 점을 선언하였다.

20) Philippe Dupichot, Proprété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés, Rev. Lamy droit des affaires, juli, 2006, p.19.

21) Dupichot, op. cit., p.19.

22) Bouteiller, op. cit., p.47.



### (3) 소유권유보의 내용

소유권유보의 대상으로 되는 물건이 다른 물건에 부합된 경우에도 손해를 발생시키지 않고, 분리가 가능한 경우에는 채권자가 권리를 행사하는 것은 방해받지 않는다(제2370조). 이는 이미 프랑스에서 판결로 인정된 것을 명문화한 것이다.<sup>23)</sup> 또한, 종류물에 관한 소유권유보는 인도된 물건에 특정되지 않고, 채무자 또는 그 계산에으로 계속 유지되고 있는 동일한 종류 또는 동일한 품질의 재산에 질권이 인정된다(제2369조). 게다가 소유권유보를 담보로서 인정하기 위하여 전매대금에 대한 물상대위 및 멸실된 경우의 보험금에 대해서 물상대위가 인정된다(제2372조).<sup>24)</sup> 물상대위가 인정된다는 것은 소유권유보가 물적 담보라는 점을 의미한다.

변제기에 완전한 변제가 이루어지지 않는 경우, 채권자는 재산의 반환을 청구할 수 있다(제2371조 제1항). 소유권유보의 실행은 계약해제를 의미하는 것은 아니고, 채권자(매도인 등)는 목적물의 소유권이 아닌 목적물을 처분하는 권한을 취득하는 것에 불과하다. 채권자가 재산을 회복한 경우에는 이를 처분할 것인가의 여부와 관계없이 그 목적물의 가치는 당연히 채권의 변제에 충당된다(제2371조 제2항). 목적물의 가치가 채권액을 초과하는 경우에는 그 초과액을 채

무자에게 반환하여야 한다(제2371조 제3항).

1996년 7월 1일 법률에 따른 개정에 의하여 파산절차가 개시되면 소유권유보는 효력을 상실하였지만, 이번에 다시 개정되었다. 즉, 상법 L.624-15조 제2항에 의하여 서면에 의해 소유권유보가 이루어진 경우에는 파산절차가 개시되어도 매도인은 환취권을 행사할 수 있다. 이러한 환취권은 목적물이 전매되어 전전매수인이 점유하고 있는 경우, 전전매수인에 관하여 파산절차가 개시된 경우에도 인정된다.

## II. 프랑스담보법 개정의 평가와 과제

프랑스 담보법개정은 신용의 촉진이라는 점이 가장 중요한 과제로 되었지만, 동시에 ‘모든 이익의 균형(l' équilibre des intérêts)’ 을 도모하는 것이 프랑스법의 전통이고, 담보법개정이 그 전통에 충실함으로써 프랑스법의 매력을 보다 공고히 할 수 있다는 기본원칙이 적용되었다.

이러한 점은 충전저당권제도의 창설에 있어서 최초 채권자만이 아닌 새로운 채권자의 채권으로 충전하는 것을 가능하도록 함과 동시에 그 취지를 촉진시키기 위하여 제2422조에서는 ‘公序(ordre public)’ 라고 하여 최초 채권자의 이익을 위해서만 충전하도록 하는 ‘배타조항(clause d' exclusive)’ 이나 그 채권자에게 우선적으로만

\*\*\* -----

23) Cass. com., 15 mars 1994, JCP G, II, p.22277 판결에서는 저당권이 설정된 선박에 부착된 엔진에 관하여 환취를 인정하였다.

24) 소유권유보의 물상대위는 이미 파기원이 인정한 바 있다(예를 들어, 보험금에 관한 Cass. com., i<sup>o</sup> oct. 1985, Bull. civ. IV, 1985, n<sup>o</sup> 222).

충전시킬 수 있도록 하는 '우선조항(clause de préférence)'은 무효로 하는 점에서 명확하게 나타난다. 이 점에 관하여, Grimaldi교수는 차주가 대출은행의 포로가 되는 것을 방지하고, 은행간의 자유로운 경쟁을 확보하기 위한 것으로 표현하고 있다.

이러한 점이 프랑스법의 전통이 담보법개정에 투영된 것으로는 첫째, 사회경제적인 측면에서 금융자본이나 글로벌리즘의 지배에 대한 저항이라는 점이 있고, 둘째, 법이념·법이론의 측면에서 소유권에 기초한 설정자의 자유라는 것이 존재하는 것으로 추정된다. 그리고, 담보여력에 대한 설정자의 관리처분의 자유를 기초로 하여, 그 위에 후순위의 담보권자나 일반채권자의 이익조정이 논의되었다.

프랑스의 담보법개정은 저당권을 중심으로 한 부동산담보를 주요 대상으로 하였고, 또한 충전저당권은 주로 개인신용의 수단으로 활용될 것이 예상되는 담보제도이므로 전술한 프랑스법의 전통이 타당한 영역이라고 할 수 있지만, 경우를 달리 하여 기업간의 신용거래에 있어서도 동일한 논리가 타당한 것인가의 여부에 관해서는 평가가 나누어지고 있고, 이 점을 해명하는 것이 이후의 프랑스 담보법의 과제로 될 것이다. 이에 관해서는 다음의 두가지를 들 수 있다.

첫째, 프랑스의 포괄담보인 '영업재산질권(nantissement du fonds de commerce)'에 있어서

도 동일한 논리가 적용되는가에 관한 것이다. 영업재산질권에 있어서는 유동자산(재고상품이나 외상매출금)이 담보의 범위에서 제외되었는데, 그 이유로는 상인의 영업활동의 자유의 확보, 일반채권자의 이익보호라는 점을 들 수 있다. 둘째, 영국법의 floating charge나 퀘벡의 hypothèque ouverte 등의 포괄담보에 대한 프랑스의 평가라는 점이다. 일부 학설은 그 특징을 '기업경영에 대한 채권자의 간섭권한'으로 파악하여, 이러한 담보형태를 모방할 필요는 없는 것으로 분석하고 있다.<sup>25)</sup> 이와 같이 소유권에 기초한 설정자의 자유를 중핵으로 하는 사고방식은 개인신용, 저당신용에 그치지 않고 프랑스 담보법의 전통이라는 것이 가능할 지도 모른다.

최근 미국의 영향을 받은 Project Finance나 ABL(Asset Based Lending) 등 금융기관에 의한 배타적인 담보관리를 전제로 한 포괄담보가 널리 활용되고 있고, 이를 유지하는 법리로서 초기용자자의 우월의 법리 등이 모색되고 있지만, 반면, 설정자의 재산관리의 자유 및 이를 전제로 한 이해관계인의 모든 이익의 조정을 중시하는 프랑스법의 전통적 사고방식은 우리 나라의 담보제도에 관한 논의를 보다 풍부하게 할 수 있는 계기가 될 수 있을 것이다.

류 창 호

(아주대 법대 교수)

\*\*\*

25) Jacques Mestre, Emmanuel Putman et Marc Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles, Théorie générale*, 1996, LGDJ, n°324.