

동산 양도담보부 공증에 관한 고찰

김재수
공증인·변호사

I. 서론

공증인이 당사자나 그 대리인의 촉탁에 따라 법률행위에 대하여 작성하는 공정증서를 법률행위 공정증서라고 한다. 법률행위 공정증서로서 실무상 자주 이용되는 공정증서로는 금전소비대차계약 공정증서, 채무변제계약(준소비대차계약) 공정증서, 건물임대차계약 공정증서, 협의이혼계약 공정증서, 약속어음 공정증서, 유언 공정증서, 매매계약해제 공정증서, 증여계약해제 공정증서, 채권양수도부 금전소비대차계약 공정증서, 동산 양도담보부 금전소비대차계약 공정증서, 동산 양도담보부 채무변제계약 공정증서 등이 있다.

이하에서는 특히 일정한 동산을 양도담보부로 하여 작성되는 법률행위 공정증서인 동산 양도담보부 금전소비대차계약 또는 채무변제계약 공정증서 등이 작성되는 경우(이하에서는 편의상 이를 ‘동산 양도담보부 공증’이라고만 한다)와 관련하여 실무 처리과정에서 공증 촉탁인들이나 실무자들이 가장 궁금해하는 점들에 대하여 알아보고자 한다.

즉, ① 동산 양도담보부 공증이란 무엇인지(Ⅱ. 동산 양도담보부 공증의 의의), ② 동산 양도담보부 공증과 관련하여 동산 양도담보의 목적물로 삼을 수 있는 것들에는 어

떠한 것들이 있는지, 특히 유동 집합 동산을 양도담보의 대상으로 할 수 있는지(Ⅲ. 동산 양도담보부 공증의 대상), ③ 동산 양도담보부 공증의 절차와 방법은 무엇인지(Ⅳ. 동산 양도담보부 공증의 절차와 방법), ④ 동산 양도담보부 공증의 효력은 어떠한지(Ⅴ. 동산양도담보부 공증의 효력), ⑤ 채무자 또는 채권자가 양도담보로 제공된 동산을 임의로 처분하는 등의 행위를 한 경우 그에 따른 민, 형사상 책임이 무엇인지(Ⅵ. 동산 양도담보부 공증과 관련된 법적 책임), ⑥ 동산 양도담보부 공증과 동산·채권 등의 담보에 관한 법률¹⁾과의 관계는 어떠한지(Ⅶ. 동산채권담보법과의 관계) 등에 대하여 가급적 판례를 중심으로 실무상의 관점에서 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 동산 양도담보부 공증의 의의

동산 양도담보부 공증이란 일정한 동산을 양도담보부로 하여 금전소비대차계약 공정증서 또는 채무변제계약 공정증서 등이 작성되는 경우임은 앞서 본 바와 같다.

여기서 동산 양도담보부 금전소비대차계약 공정증서란 동산 양도담보 설정계약과 금전소비대차계약 공정증서가 결합된 형태이고, 동산 양도담보부 채무변제계약 공정증서 역시 동산 양도담보 설정계약과 채무변제계약 공정증서가 결합된 형태를 의미한다. 따라서 동산 양도담보와 금전소비대차계약 또는 채무변제계약 공정증서에 대해 좀 더 구체적으로 살펴보면 아래와 같다.

1. 동산 양도담보

가. 동산 양도담보란 법률에 규정되어 있지 않으나, 판례를 통해 그 유효성이 인정된 비전형담보물권으로서, 채무자 또는 제3자가 담보목적으로 동산을 채권자에게 양도하고 채무자의 채무불이행시에는 채권자가 그 목적물로부터 우선변제를 받게 되지만, 채무자가 변제했을 때에는 목적물을 반환받을 수 있는 담보물권으로, 기계, 기구 등 유체 동산을 대상으로 하며, 이른바 점유개정의 방식으로 설정하는 것이 보통이다.

1) 이하에서는 ‘동산채권담보법’이라고만 한다.

나. 여기서 점유개정이란 의사표시만으로 이루어지는 점유이전방법의 하나로서 목적물을 양도한 후에도 그 목적물을 양도인이 계속해서 점유하고, 점유이전의 합의만으로써 점유는 이전되며, 양수인은 양도인을 직접점유자로 하여 스스로는 간접점유를 취득하게 되는 것을 말한다(민법 제189조). 즉, 양도담보권자가 소유자로서 간접점유권(현재는 타인이 현실점유를 하되 후일 그 타인으로부터 목적물의 반환을 받아 현실점유를 할 수 있는 권리)만을 취득하고, 직접점유권(현실점유권)은 계속해서 설정자가 가지는 것을 의미한다. 이는 담보권설정 후에도 설정자가 담보목적물의 현실점유를 하여 사용, 수익할 수 있도록 하기 위한 것이다.²⁾

다. 동산 양도담보의 법적성질과 관련하여 신탁적 소유권이전설³⁾과 담보물권설⁴⁾의 대립이 있으나, 대법원 판례⁵⁾는 동산 양도담보에 대하여는 일관되게 신탁적 소유권이전설에 따라 법률구성을 하고 있다.⁶⁾ 판례의 입장인 신탁적 소유권이전설에 의할 경우 동산 양도담보의 대내적 소유자는 양도담보 설정자이나, 대외적 소유자는 양도담보권자이다.

따라서 본고에서는 이론적인 논의보다는 공증실무상의 관점에서 판례의 입장인 신탁적 소유권이전설에 의거하여 살펴보기로 한다.

2. 금전소비대차계약(또는 채무변제계약) 공정증서

가. 금전소비대차계약 공정증서란 당사자(촉탁인) 사이에 금전소비대차계약이 체결되고 위 계약을 근거로 공증사무소에서 채무자가 채무불이행시에는 즉시 강제집행

-
- 2) 오시정, “유체동산을 대상으로 양도담보권과 다른 담보권이 경합하는 경우의 효력”, 금융실무정보 참조
 - 3) 동산 양도담보의 설정에 의해 목적물의 소유권이 양도담보설정자(채무자)로부터 양도담보권자(채권자)에게 신탁적으로 이전되지만, 채권자는 그 소유권을 채권의 담보를 위한 목적의 범위 내에서만 행사하여야 할 의무를 부담하는 것으로 보는 견해이다.
 - 4) 양도담보권자는 진정한 의미의 소유권을 취득하는 것이 아니라, 소유권은 여전히 양도담보설정자에게 있고, 양도담보권자는 양도담보권이라고 하는 특수한 제한물권을 취득할 뿐이라는 견해이다.
 - 5) 대법원 1986. 8. 19. 선고 86다카315 판결, 대법원 1994. 8. 26. 선고 93다44739 판결, 대법원 1999. 9. 7. 선고 98다47283 판결 등 참조.
 - 6) 김덕중, 『동산 양도담보와 행사책임』 법학연구 36, 2012. 12. 114페이지 이하 참조.

을 당하여도 이의가 없다는 소위 강제집행 인낙의 문구[소위 집행수락 약관]을 넣어서 작성된 공정증서를 말한다.⁷⁾

나. 채무변제계약 공정증서란 당사자(촉탁인) 사이에 채무변제계약이 체결되고 위 계약을 근거로 공증사무소에서 채무자가 채무불이행시에는 즉시 강제집행을 당하여도 이의가 없다는 소위 강제집행 인낙의 문구[소위 집행수락 약관]을 넣어서 작성된 공정증서를 말한다.

이와 같이 공증인이 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여를 목적으로 하는 청구에 관하여 작성한 공정증서로서 채무자가 강제집행을 승낙한 취지가 적혀 있는 것도 민사집행법상 집행권원이 된다(민사집행법 제56조 제4호). 이러한 강제집행을 승낙하는 취지가 적혀 있는 것으로서 집행권원이 되는 공정증서를 집행증서라고 한다.

Ⅲ. 동산 양도담보부 공증의 대상

1. 동산 양도담보의 목적물

동산 양도담보부 공증과 관련하여 동산 양도담보의 목적물로 삼을 수 있는 것들은 원칙적으로 재산적 가치가 있는 것으로서 양도성이 있는 동산이면 모두 가능하다고 할 것이다.

실무상 성형사출기,⁸⁾ 태환기,⁹⁾ 재단기¹⁰⁾ 등과 같은 공장 내부에 설치된 기계나 기구들, 원자재,¹¹⁾ 통발어구,¹²⁾ 수산물,¹³⁾ 의류상품,¹⁴⁾ 수입물품,¹⁵⁾ 컨테이너,¹⁶⁾ 축사에서 사육중인 소, 닭,¹⁷⁾ 돼지,¹⁸⁾ 뱀장어,¹⁹⁾ TV, 냉장고, 에어컨²⁰⁾ 등의 가전제품이나 가구 등이 동산 양도담보의 목적물이 된다.

이하에서는 동산 양도담보부 공증과 관련하여 자동차관리법상의 자동차를 그 양도

7) 신정식, 공증인법개설, 수정증보판, 2017. 85페이지 참조.

8) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도1751 판결 참조.

9) 대법원 1994. 5. 13. 선고 93다21910 판결 참조.

담보의 목적물로 삼을 수 있는 지 여부와, 사육중인 소, 돼지, 닭 등의 유동집합동산에 대하여 양도담보의 목적물로 삼을 수 있는지, 있다면 양도담보 목적물의 특정여부 및 범위에 대한 판단기준이 어떠한지 등에 대하여 살펴보기로 한다.

2. 자동차관리법상의 자동차

가. 자동차관리법 제5조는 자동차는 자동차등록원부에 등록한 후가 아니면 이를 운행할 수 없다고 규정하고 있으며, 같은 법 제6조는 자동차 소유권의 득실변경은 등록을 하여야 그 효력이 생긴다고 규정하고 있다.

나. 이와 관련하여 자동차관리법에서는 자동차의 소유권 득실변경은 등록을 해야 그 효력이 생긴다고 규정하고 있다는 점에서 소유권이전등록을 마치지 않는 이상 양도담보권이라는 담보권이 설정될 수는 없는 것이라는 견해가 있다.²¹⁾

반면 공증협회 질의회신에 의하면 ‘양도담보부금전소비대차계약공정증서를 작성할 때 부동산 및 자동차도 담보물건이 될 수 있는지 및 될 수 있으면 부동산 등기부등본 및 자동차등록원부 등을 교부받아 담보물건과 대조하여야 되는지 또한 동 공정증서로서 부동산강제집행 및 자동차강제경매 등 집행이 가능한 지’와 관련하여 ‘가능하지만 등기 또는 등록을 하지 아니하면 그 효력을 제3자에게 주장할 수 없다’고 한다.²²⁾

10) 대법원 1989. 10. 24. 선고 88다카26802 판결 참조.

11) 대법원 1988. 10. 25. 선고 85누941 판결 참조.

12) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2006도4263 판결 참조.

13) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다41386 판결 참조.

14) 대법원 1999. 9. 7. 선고 98다47283 판결 참조.

15) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97다19656 판결 참조.

16) 대법원 2000. 6. 23. 선고 99다65066 판결 참조.

17) 대법원 2014. 9. 25. 선고 2012다58609 판결 참조.

18) 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다45943 판결, 2005. 2. 18. 선고 2004다37430 판결 등 참조.

19) 대법원 1990. 12. 26. 선고 88다카20224 판결 참조.

20) 대법원 1990. 2. 13. 선고 89도1931 판결 참조.

21) 메디칼 읍저버, “리스차의 담보제공”, 2011. 1. 10. 참조.

22) 신정식, 공증인법개설 수정증보판 229페이지 참조, 대한공증인협회, 공증실무 2004, 466페이지 참조.

다. 참고로 대법원은 피고인들이 자동차 등록명의를 피해자에게 담보조로 넘겨놓고서 점유증 타인에게 위 자동차를 매도한 사안에서 “양도담보된 동산이 자동차인 경우 소유권의 득실변경은 등록을 하여야만 효력이 생기지만 그 사용방법에 따라 담보가치에 영향을 주므로 자동차를 양도담보로 설정하고서 점유하는 채무자가 이를 처분하는 등 부당히 그 담보가치를 감소시키는 행위를 한 경우에도 역시 배임죄의 죄책을 면할 수 없다.”고 판시한 바 있다(대법원 1989. 7. 25. 선고 89도350 판결 참조).

또한 대법원은 최근 선박법 개정 전 등기대상이 아니었던 부유식 수상구조물형 부선에 대한 양도담보권의 효력과 관련하여 “선박법이 2009. 12. 29. 법률 제9870호로 개정되면서 제26조 제4호의 단서가 신설되어 그 동안 등기대상이 아니었던 ‘부유식 수상구조물형 부선’도 등기대상이 되었는데, 위 개정 선박법에서 이미 발생하여 존재하는 기존의 권리관계에 관한 효력규정이나 경과규정을 두지 않은 이상, 선박법 개정 전에 부유식 수상구조물형 부선에 관하여 설정된 양도담보권은 선박법 개정 후에도 등기와 상관없이 그대로 존속하고, 양도담보설정자가 선박법 개정 후 자기 앞으로 소유권보존등기를 마친 다음 제3자에게 소유권이전등기를 마쳐 주더라도 이는 대외적으로 무권리자의 처분행위로서 원인 무효의 등기라고 할 것이다.”라고 판시한 바 있다(대법원 2015. 3. 12. 선고 2014다21410 판결 참조). 이 판례는 선박법 개정 전 등기대상이 아니었던 선박에 대한 양도담보권이 그 후 선박법 개정 후 등기대상이 되었다고 하더라도 기존 양도담보권의 효력에는 영향이 없다는 취지로 보인다. 한편 이러한 판례의 취지를 다른 시각에서 해석하면 선박법 개정후 등기대상인 선박에 대해서는 등기를 하지 아니하고서는 양도담보권의 효력을 제3자에게 주장할 수 없다는 취지로 보인다.

라. 따라서 동산 양도담보는 대외적으로는 양도담보권자가 그 동산에 대한 소유권을 주장할 수 있는 것이고, 자동차의 소유권 득실변경은 등록을 해야 그 효력이 생기는 것이므로, 자동차에 대한 양도담보는 등록을 하지 아니하면 제3자에게 양도담보권의 효력을 주장할 수 없다고 할 것이다.

3. 유동집합동산

가. 유동집합동산을 양도담보의 목적물로 삼을 수 있는지 여부

(1) 사회가 점차 복잡해지고, 경제가 발달하면서 하나의 물건뿐만 아니라, 공장내 기계나 기구, 창고내 재고상품, 제품, 원자재는 물론이고 축사내에 사육중인 소나 돼지, 양식장의 어류 등 다수의 동산을 일괄하여 담보로 제공하는 집합물 양도담보와 같은 새로운 수단의 담보제도가 출현하였다. 이러한 유동집합동산은 기존의 일물일권주의의 특수한 형태 내지 예외이다.

(2) 이러한 유동집합동산 전체를 하나의 물건으로 파악하여 동산 양도담보의 대상이 될 수 있는 지에 대해서는 학설상 견해의 대립이 있으나, 판례는 기존부터 유동집합동산을 하나의 재산권으로 보아 이를 동산 양도담보의 목적물로 하는 양도담보권의 효력을 인정하고 있다.

즉, 대법원은 “재고상품, 제품, 원자재 등과 같은 집합물을 하나의 물건으로 보아 이를 일정기간 계속하여 채권담보의 목적으로 삼으려는 이른바 집합물에 대한 양도담보권설정계약에 있어서는 그 목적동산을 종류, 장소 또는 수량지정 등의 방법에 의하여 특정할 수만 있다면 그 집합물 전체를 하나의 재산권으로 하는 담보권의 설정이 가능하다.”고 판시하거나(대법원 1988. 12. 27. 선고 87누1043 판결 참조), “일반적으로 일단의 증감 변동하는 동산을 하나의 물건으로 보아 이를 채권담보의 목적으로 삼으려는 이른바 집합물에 대한 양도담보설정계약체결도 가능하며 이 경우 그 목적 동산이 담보설정자의 다른 물건과 구별될 수 있도록 그 종류, 장소 또는 수량지정 등의 방법에 의하여 특정되어 있으면 그 전부를 하나의 재산권으로 보아 이에 유효한 담보권의 설정이 된 것으로 볼 수 있다.”고 판시함으로써(대법원 1990. 12. 26. 선고 88다카20224 판결), 유동집합동산을 하나의 재산권으로 보아, 그에 대한 양도담보의 유효성을 인정하고 있다.

(3) 따라서 이러한 유동집합동산 양도담보의 경우에 재산적 가치가 있는 것으로서 양도성이 있는 동산은 모두 그 목적물이 될 수 있으며 외부적으로 경제적 단일체로서 독립된 하나의 물건으로 특정할 수 있으면 여러 동산으로 집합물을 구성하는 것도 가능하고, 변동하는 집합동산의 경우에도 목적물이 될 수 있다.

나. 유동집합동산 특정어부 및 목적물의 범위

(1) 유동집합동산에 대하여 하나의 재산권으로 보아 양도담보권을 인정하려면 권리관계의 명확화를 위하여 유동집합동산이 하나의 독립한 물건으로 인정받을 수 있도록 특정되어야 한다. 이러한 특정은 외부에서 객관적으로 판단할 때 전체로서 하나의 독립된 거래대상으로 삼아 권리를 부여할 수 있을 정도로 그 범위가 확정되어야 한다. 유동집합동산의 특정은 양도담보로 제공된 재산과 그렇지 않은 재산을 구분하여 양도담보 설정자의 전 재산이 양도담보권자에게 예속되지 않도록 하는 한계를 설정하는 의미가 있어 양도담보 설정자 또는 양도담보 설정자의 일반채권자를 보호하는 의미가 있고, 다른 한편에서는 권리관계를 미리 명확히 하여 양도담보권자의 집행절차를 부당히 지연시키지 않는 의미가 있다.²³⁾

대법원도 “이른바 유동집합물에 대한 양도담보설정계약의 경우에, 양도담보의 효력이 미치는 범위를 명시하여 제3자에게 불측의 손해를 입지 않도록 하고 권리관계를 미리 명확히 하여 집행절차가 부당히 지연되지 않도록 하기 위하여 그 목적물을 특정할 필요가 있다”고 판시하고 있다(대법원 2003. 3. 14. 선고 2002다72385 판결, 2013. 1. 16. 선고 2012다78726 판결 등 참조).

(2) 판례는 집합물 범위의 특정을 위한 판단기준으로 목적 동산이 담보설정자의 다른 물건과 구별될 수 있도록 그 종류, 장소 또는 수량지정 등의 방법으로 특정하고 있다. 즉, 판례는 위 3가지 기준에 따라 ‘제품생산에 필요하여 반입하는 원자재, 재고상품, 제품, 원자재, 특정 양만장 내의 뱀장어 등 어류 전부 등을 유효한 집합동산양도담보의 목적물로 판단하였다.

이하에서는 판례상 나타나는 위 3가지 기준에 따른 유동집합동산의 특정 여부 및 목적물 범위에 대한 판단 기준을 살펴보기로 한다.

즉, 대법원은 “담보목적물은 담보설정자의 다른 물건과 구별될 수 있도록 그 종류, 소재하는 장소 또는 수량의 지정 등의 방법에 의하여 외부적·객관적으로 특정되어 있

23) 최경진, “유동집합동산 양도담보의 구성물을 둘러싼 법률관계에 관한 기준 논의의 재검토”, 비교사법 제22권 4호(통권71호) 1686페이지 참조.

어야 하고, 목적물의 특정 여부 및 목적물의 범위는 목적물의 종류, 장소, 수량 등에 관한 계약의 전체적 내용, 계약 당사자의 의사, 목적물 자체가 가지는 유기적 결합의 정도, 목적물의 성질, 담보물 관리와 이용방법 등 여러 가지 사정을 종합하여 구체적으로 판단하여야 한다”(대법원 2003. 3. 14. 선고 2002다72385 판결, 2013. 1. 16. 선고 2012다78726 판결 등 참조)고 판시함으로써, 특히 유동집합동산의 종류, 장소, 수량 등을 집합물 범위의 특정을 위한 판단기준으로 삼고 있다.

판례를 좀 더 구체적으로 살펴보면 대법원은 ‘제강회사가 제품생산에 필요하여 반입하는 원자재와 관련하여 목적 동산의 종류와 수량의 범위가 지정되고, 그 소재 장소가 특정되어 있으면 그 전부를 하나의 재산권으로 담보권의 설정이 가능하다’(대법원 1988. 10. 25. 선고 85누941 판결 참조)고 하거나, “재고상품, 제품, 원자재 등과 같은 집합물을 하나의 물건으로 보아 이를 일정기간 계속하여 채권담보의 목적으로 삼으려는 이른바 집합물에 대한 양도담보권설정계약에 있어서는 그 목적동산을 종류, 장소 또는 수량지정 등의 방법에 의하여 특정할 수만 있다면 그 집합물 전체를 하나의 재산권으로 하는 담보권의 설정이 가능하다”고 판시하여(대법원 1988. 12. 27. 선고 87누1043 판결), 유동집합동산의 종류, 장소, 수량지정 등이 그 담보목적물 특정의 기준임을 분명히 하고 있다.

특히 대법원은 양만장 내 뱀장어 Case에서 “양도담보계약서 중 양도물건목록에 소재지, 보관창고명과 목적물이 양만장 내 뱀장어, 수량 약 백만 마리라고 기재되어 있을 뿐이고 특별히 위 양만장 내의 뱀장어 중 1,000,000마리로 그 수량을 지정하여 담보의 범위를 제한한 사실이 인정되지 않는다면 위 양도담보계약서에 기재된 수량은 단순히 위 계약 당시 위 양만장 내에 보관하고 있던 뱀장어 등의 수를 개략적으로 표시한 것에 불과하고 당사자는 위 양만장 내의 뱀장어 등 어류 전부를 그 목적으로 하었다고 봄이 당사자의 의사에 합치된다고 할 것이다.”라고 판시하여(대법원 1990. 12. 26. 선고 88다카20224 판결), 양도물건목록에는 단순히 ‘양만장 내 뱀장어 약 백만 마리’라고 기재되어 있을 뿐인데도 ‘양만장 내 뱀장어 등 어류 전부’를 유동집합동산 양도담보 목적물로 보는 것이 당사자의 의사에 합치된다고 판시한 바 있다.

(3) 한편 대법원은 ‘여러 개의 동산을 일괄하여 양도담보의 목적으로 하는 양도담보 설정계약을 체결하면서 향후 일정 장소에 편입되는 동산에 대해서도 양도담보의 효력

을 받는 것으로 약정한 경우에, 이를 특정된 동산들을 목적물로 한 양도담보로 볼 것인지, 일단의 증감 변동하는 동산을 하나의 물건으로 보아 이를 목적물로 한 이른바 유동 집합동산 양도담보로 볼 것인지는 양도담보설정계약의 해석의 문제'라고 판시하면서 '양도담보설정계약이 기계기구 또는 영업설비 등 내구연수가 장기간이고 가공 과정이나 유통 과정 중에 있지 아니한 여러 개의 동산을 목적으로 하고 있으며, 담보목적물마다 명칭, 성능, 규격, 제작자, 제작번호 등으로 특정하고 있는 경우에는, 원칙적으로 특정된 동산들을 일괄하여 양도담보의 목적물로 한 계약이라고 보아야 한다'고 판시한 바 있다(대법원 2016. 4. 2. 선고 2015다221286 판결 참조).

즉, 위 대법원 2015다221286 판결은 원심이 '공장에 설치된 기계·기구는 그 물건마다 명칭, 성능, 규격, 제작자, 제작번호 등으로 특정이 가능할 뿐만 아니라 그 종류 및 가치가 다양하여 이를 수시로 증감 변동하는 일단의 동산으로서 하나의 물건인 집합물로 보기 어렵고, 더욱이 원고와 소외 회사는 이 사건 양도담보계약을 체결하면서 그 목적물인 이 사건 설비를 '설비명, 수량, 제원 및 용량, 제작자, 설치 일시'로 구체적으로 특정하였을 뿐 아니라 담보물 소재지를 안성공장으로 한정한다고 하여 향후 편입될 물건이 소외 회사의 다른 물건과 구별될 수 있을 정도로 특정되었다고 볼 수도 없는 점 등에 비추어 집합물 양도담보계약의 형식을 취한 것으로 보이는 이 사건 양도담보계약 제10조 등의 문언에도 불구하고, 이 사건 양도담보계약의 효력은 특정된 이 사건 설비에 한정될 뿐이어서, 평택공장에 원래 설치되어 있었거나, 이 사건 설비를 교체 또는 매각 후 평택공장에 새로 설치한 것에는 그 양도담보의 효력이 미치지 않는다'는 취지의 원심의 판단을 그대로 인정하였다.

따라서 판례는 유동집합동산의 범위의 특정을 위한 판단에 있어서는 그 종류, 장소, 수량의 지정 등을 기준으로 한 당사자의 의사해석의 문제로 보고 있으며, 유동집합동산 양도담보인지, 특정된 동산들에 대한 양도담보인지 여부는 명칭등으로 물건마다 특정이 가능한지와 수시로 증감변동하는 것인지 등을 기준으로 한 당사자의 의사해석 문제로 판단하고 있음을 알 수 있다.

(4) 결국 유동집합동산 양도담보의 효력이 미치는 범위는 목적물의 특정과 관련이 있는데, 판례는 그 특정의 기준과 관련하여 담보목적물이 담보설정자의 다른 물건과 구별될 수 있도록 그 종류, 소재하는 장소 또는 수량의 지정 등의 방법에 의하여 외부

적·객관적으로 특정될 것을 요구하고 있고, 그 목적물의 특정 여부 및 목적물의 범위는 목적물의 종류, 장소, 수량 등에 관한 계약의 전체적 내용, 계약 당사자의 의사, 목적물 자체가 가지는 유기적 결합의 정도, 목적물의 성질, 담보물 관리와 이용방법 등 여러 가지 사정을 종합하여 구체적으로 판단하고 있다.

IV. 동산 양도담보부 공증의 절차와 방법

1. 동산 양도담보부 공증의 절차

동산 양도담보부 공증은 동산 양도담보설정계약과 금전소비대차계약 공정증서(또는 채무변제계약 공정증서)가 결합된 형태이므로, 동산 양도담보설정계약의 내용을 제외하고는 일반적인 금전소비대차계약 공정증서(또는 채무변제계약 공정증서) 작성절차와 동일하다고 할 것이다.

따라서 동산 양도담보부 공증의 경우에도 공증인법상의 일반적인 증서작성에 관한 통칙(공정증서의 용지, 사용언어와 용어, 증서의 정정방법, 공증인의 제척사유 등)이 적용되며, 금전소비대차계약 공정증서 또는 채무변제계약 공정증서 작성의 일반적인 절차인 촉탁서 작성과 공증인, 촉탁인, 대리인, 법률행위 내용에 관한 공증요건 확인 및 증서 작성 절차, 집행문 부여 등에 관한 내용이 그대로 적용된다.

2. 동산 양도담보부 공증의 방법

가. 공정증서 작성 순서²⁴⁾

(1) 동산 양도담보부 금전소비대차계약 공정증서의 원본은 다음과 같은 순서로 작성된다.²⁵⁾

24) 여기서는 공정증서를 원본, 정본, 등본 동시 작성하는 경우에 한해 살펴보기로 한다.

25) 일반적인 금전소비대차계약 공정증서의 작성 순서외에 양도담보 물건목록표를 관계자 표시 앞에 첨부한다.

표지(제20호 서식²⁶) → 내용(제27호 서식, 제27호의 2 서식, 제27호의 3 서식) → 양도담보 물건목록표²⁷ → 관계자의 표시(제21호 서식) → 공증문²⁸(제32호 서식) → 서명날인용지(제12호 서식)

정본의 경우는 위 순서에서 양도담보 물건목록표를 실제 채무자가 작성한 것을 첨부하고, 공증문과 서명날인용지 사이에 기명지²⁹(제12호 서식)를 추가하며, 등본의 경우는 위 순서에서 양도담보 물건목록표 사본을 첨부하고, 공증문과 서명날인용지 사이에 기명지(제12호 서식)를 추가한다.

(2) 동산 양도담보부 채무변제계약 공정증서의 원본은 다음과 같은 순서로 작성된다.

표지(제20호 서식³⁰) → 내용³¹(제26호 서식, 제26호의 2 서식, 제27호의 2 서식 일부, 제27호의 3 서식 원용) → 양도담보 물건목록표³² → 관계자의 표시(제21호 서식) → 공증문(제32호 서식) → 서명날인용지(제12호 서식)

정본의 경우는 위 순서에서 양도담보 물건목록표를 실제 채무자가 작성한 것을 첨부하고, 공증문과 서명날인용지 사이에 기명지³³(제12호 서식)를 추가하며, 등본의 경우는

- 26) 본고에서 말하는 서식은 공증서식의 사용 등에 관한 규칙상의 별지 서식을 의미한다.
- 27) 채무자가 직접 작성한 양도담보 물건목록표는 정본에 사용되므로, 원본과 등본에는 그 복사본을 첨부한다.
- 28) 공정서식의 사용 등에 관한 규칙상의 별지 제32호 서식의 명칭은 “공증인”으로 되어 있으나, 위 서식의 실제 내용은 공증인의 촉탁인등 신분확인 및 촉탁인등의 서명날인과 촉탁인등의 정, 등본 교부 등에 관한 사항이므로, “공증인”이라는 명칭이 부적절한 면이 있다. 마치 위 서식이 공증인에 대한 사항인 것처럼 오해의 여지가 있기 때문이다. 서식 규칙상의 명칭이나 내용이 이 이외에도 부적절하거나 분명하지 못한 것들이 상당수 있다. 하루빨리 개정함이 바람직하다고 본다.
- 29) 여기서 기명지란 원본의 전문 중 일부를 기재하는 의미로 정본 또는 등본에 붙이는 제12호 서식을 의미한다(대한공증인협회, 공증실무 개정판, 2013. 5. 발행 81페이지 참조).
- 30) 본고에서 말하는 서식은 공증서식의 사용 등에 관한 규칙상의 별지 서식을 의미한다.
- 31) 공정서식의 사용 등에 관한 규칙의 별지 서식에는 동산 양도담보부 채무변제계약 공정증서와 관련된 직접적인 서식 규정이 없어, 실무상 채무변제계약 공정증서와 관련된 제26호, 제26호의 2 서식과 양도담보부 급전소비대차계약 공정증서와 관련된 제27호의 2, 3 서식을 각 원용하여 사용하고 있다.
- 32) 채무자가 직접 작성한 양도담보 물건목록표는 정본에 사용되므로, 원본과 등본에는 그 복사본을 첨부한다. 다만, 실무상 채무자가 직접 작성한 양도담보 물건목록표를 원본에 첨부하고, 정본과 등본에는 그 복사본을 첨부하는 경우도 있다. 어떠한 경우든 문제없다고 본다.
- 33) 여기서 기명지란 원본의 전문 중 일부를 기재하는 의미로 정본 또는 등본에 붙이는 제12호 서식을 의미한다(대한공증인협회, 2013. 5. 발행 공증실무 개정판 81페이지 참조).

위 순서에서 양도담보 물건목록표 사본을 첨부하고, 공증문과 서명날인용지 사이에 기명지(제12호 서식)를 추가한다.

나. 양도담보 목록표 작성 방법

(1) 실무상 특정 동산에 대한 양도담보 목록표에는 담보로 제공할 동산을 명확히 특정하여 집행단계에서 집행불능이 되는 것을 방지하고자 담보제공할 동산의 명칭과 소재지, 수량이외에도 구조, 기호, 번호, 제작회사명, 제작년도 등을 최대한 구체적으로 기재하고 있다. 또한 담보제공할 동산을 더 구체적으로 특정하기 위해서 위 양도담보 목록표이외에 추가로 담보제공할 동산의 사진 등을 첨부하기도 한다.

(2) 한편 이른바 유동집합동산에 대한 양도담보부 공증의 경우에는 그 양도담보의 효력이 미치는 범위를 명시하여 제3자에게 불측의 손해를 입지 않도록 하고 권리관계를 미리 명확히 하여 집행절차가 부당히 지연되지 않도록 하기 위하여, 담보목적물이 담보설정자의 다른 물건과 구별될 수 있도록 그 종류, 소재하는 장소 또는 수량의 지정 등의 방법에 의하여 외부적·객관적으로 특정되어 있어야 한다는 것이 대법원 판례의 입장임은 앞서 살펴본 바와 같다.

판례를 좀 더 구체적으로 살펴보면 대법원이 위 ‘양만장 내 뱀장어 Case’ 에서 양도물건목록에 “양만장 내 뱀장어, 수량 약 백만 마리”라고 기재되어 있을 뿐인데도 불구하고, 특별히 위 “양만장 내의 뱀장어 중 1,000,000마리”로 그 수량을 지정하여 담보의 범위를 제한한 사실이 인정되지 않는다면 위 양도담보계약서에 기재된 수량은 단순히 위 계약 당시 위 양만장 내에 보관하고 있던 뱀장어 등의 수를 개략적으로 표시한 것에 불과하여 당사자는 위 양만장 내의 뱀장어 등 어류 전부를 양도담보의 목적으로 하었다고 봄이 당사자의 의사에 합치된다고 판시한 바 있음은 앞서 본 바와 같고(대법원 1990. 12. 26. 선고 88다카20224 판결 참조), 대법원은 그 이외에도 ‘양도담보당시 농장내의 돼지 전체인 3000두를 양도담보 목적물로 하고, 항상 3000두를 유지하기로 하는 내용의 양도담보계약을 체결한 경우에도 일단의 증감 변동하는 동산을 하나의 물건으로 보아 이를 채권담보의 목적으로 삼는 유동집합물에 대한 양도담보계약’으로 인정한 사례가 있다(대법원 2004. 11. 2. 선고 2004다22858 판결, 원심 서울고법 2003나60855 판결 참조).

또한 대법원은 이미 발생하였거나 장차 발생할 사료대금을 담보하기 위하여 담보물을 그 당시까지 농장에서 사육하고 있던 돼지의 총 수량인 2,000두(다만 돼지의 처분, 폐사, 구입, 새끼의 출산 등 시간의 흐름에 따라 위 계약당시 돼지의 두수가 변동되더라도 농장에서 사육하고 있거나, 사육하게 될 현재와 장래의 모든 돼지를 포함)로 하여 양도담보부 채무변제계약공정증서를 작성한 경우에 유동집합물에 대한 양도담보로 인정할 바 있다(대법원 2005. 2. 18. 선고 2004다37430 판결, 원심 광주고법 2004나192 판결 참조).

(3) 즉, 대법원은 위 양만장 내 뱀장어 Case에서는 “양만장 내 뱀장어, 수량 약 백만 마리” 또는 위 2004다22858 판결처럼 ‘○○농장 내에서 사육하고 있는 돼지 전체인 3000두’라고 표시해도 여러 사정을 참작한 당사자의 의사해석을 근거로 유동집합동산에 대한 양도담보로 인정하고 있으나, 공증 실무자의 입장에서는 위 2004다37430 판결에서 나타나는 것처럼 “○○농장에서 사육하고 있던 돼지의 총 수량인 2,000두(다만 돼지의 처분, 폐사, 구입, 새끼의 출산 등 시간의 흐름에 따라 위 계약당시 돼지의 두수가 변동되더라도 농장에서 사육하고 있거나, 사육하게 될 현재와 장래의 모든 돼지를 포함)”와 같은 식으로 양도담보의 목적물이 특정 동산들에 대한 양도담보가 아니라, 장래 증감변동하는 유동집합동산에 대한 양도담보 목적물임을 명확하게 표시할 필요가 있다. 이는 양도담보의 목적물이 특정 동산들인지, 유동집합동산인지 명확하게 하여 추후 양도담보 설정자 또는 그 일반채권자와의 관계에서 권리관계에 대한 분쟁의 소지를 줄일 수 있는 방편이라고 할 것이다.

V. 동산 양도담보부 공증의 효력

동산 양도담보부 공증의 경우 동산 양도담보 설정계약과 집행증서인 금전소비대차계약(또는 채무변제계약) 공정증서가 결합된 형태이므로, 동산 양도담보로서의 효력과 집행증서인 금전소비대차계약 공정증서(또는 채무변제계약 공정증서)로서의 효력을 동시에 가지게 된다. 이하에서는 동산 양도담보부 공증 당사자간의 대내적 효력과 제3자간의 대외적 효력을 나누어 살펴보기로 한다.

1. 대내적 효력

가. 일반적 효력

(1) 일반적인 동산 양도담보의 경우 양도담보계약의 내용은 당사자간의 구체적인 약정에 의해 정해지나, 동산 양도담보부 공증의 경우 실무상 공증서식의 사용 등에 관한 규칙상의 별지 제27호 서식(별지 제27호의 2 서식, 별지 제27호의 3 서식 포함)³⁴⁾의 내용에 의해 공정증서가 작성되므로, 그에 따른 양도담보 설정자(채무자)와 양도담보권자(채권자)간의 대내적 효력을 살펴보기로 한다.

(2) 채무자인 양도담보 설정자³⁵⁾는 자신의 채무를 담보할 목적으로 그 소유 동산을 점유개정의 방법으로 채권자인 양도담보권자에게 양도한 것이므로, 대내적으로는 여전히 자신이 소유자이므로, 양도담보 물건을 점유하는 동안 이를 무상으로 사용 수익할 수 있다(위 서식 제9조 및 제11조 참조).

다만 채무자는 양도담보 물건을 그 본래의 사용목적에 따라 선량한 관리자의 주의로 사용하며, 사용중의 파손수리비 기타 보존 및 사용수익에 관한 비용을 부담하고(위 서식 제11조), 양도담보 물건의 가격이 그 원인을 불문하고 현저하게 감소되어 담보에 부족함이 생겼을 때 채권자의 선택에 따라 즉시 보충담보를 제공하거나 또는 차용금의 일부를 변제하여야 한다(위 서식 제10조).

또한 양도담보 물건의 점유에 방해되거나 그 염려가 있을 때에는 그 사실을 지체없

34) 위 별지 제27호중의 서식은 양도담보부 금전소비대차계약 공정증서에 대한 서식이나, 실무상 양도담보부 채무변제계약 공정증서 작성 시에도 위 서식을 그대로 인용하여 사용하고 있음은 앞서 본 바와 같다.

35) 통상 양도담보 설정자는 채무자일 것이나, 만약 채무자이외의 제3자가 자신의 소유 동산을 양도담보물로 제공한 경우 이는 물상보증인에 해당된다고 할 것이다. 그 경우 물상보증인은 피담보채권에 대한 채무를 부담하지 않기 때문에 그에 대한 집행문을 부여할 수 없음은 말할 필요가 없으나, 담보물이 처분되어 채무가 변제되었다면 보증인과 마찬가지로 민법 제341조에 따라 채무자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다(신정식 공증인법개설 수정증보판 234페이지 참조). 물상보증인은 그 담보로 제공한 동산을 한도로 책임을 질 뿐 채무를 부담하지 않는다. 따라서 채무자가 그 채무를 이행하지 않을 경우 채권자는 물상보증인 소유의 동산을 경매하는 등으로 우선변제를 받을 수는 있으나, 물상보증인에게 그 이행청구를 할 수는 없다. 또한 물상보증인은 변제할 정당한 이익이 있는 자로서 민법 제341조에 의해 채무자에 대해 구상권을 가지는 경우, 민법 제481조 및 제481조 제1항에 따라 이 구상권의 범위 내에서 당연히 채권자를 대위하여 채권자의 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행할 수 있다.

이 채권자에게 통지하여야 한다(위 서식 제12조). 또한 채무자는 채무를 이행하지 아니하거나 또는 기타 사유에 의하여 채권자로부터 양도담보 물건의 인도를 요구받았을 때에는 이의없이 이에 응하여 즉시 양도담보 물건을 채권자에게 인도하여야 한다(위 서식 제13조).

(3) 반면 채권자는 채무자가 채무를 이행하지 아니할 때에는 즉시 양도담보 물건을 적당한 방법으로 처분하여 그 환가금으로 채무변제에 충당할 수 있으며, 그 환가금이 채무변제에 부족할 때에는 채무자에게 그 부족금을 청구할 수 있으며, 만약 나머지가 있을 때에는 채무자에게 반환하여야 한다(위 서식 제14조). 또한 채권자는 채무자가 채무를 완제하였을 때에는 즉시 양도담보물을 채무자에게 양도하여 그 소유권을 이전하여야 한다(위 서식 제15조).

(4) 또한 동산 양도담보부 공증을 한 채권자는 채무불이행시 양도담보 목적물에 대하여 동산 양도담보계약내용에 따른 환가절차에 따라 이를 사적으로 타에 처분하거나 스스로 취득한 후 정산하는 방법으로 자신의 채권을 변제 받을 수도 있지만, 집행증서에 기하여 담보목적물을 압류하고 강제경매를 실시하는 방법으로 채권 변제를 받을 수도 있다고 할 것이다.

왜냐하면 동산 양도담보부 공증은 위에서 본 바와 같이 동산 양도담보설정계약과 집행증서인 금전소비대차계약 공정증서 등이 결합된 형태로서 동산 양도담보의 효력과 집행증서인 금전소비대차계약 공정증서등의 효력을 동시에 가지는 것이므로, 채권자는 얼마든지 양도담보 목적물에 대하여 양도담보설정계약의 내용에 따른 환가절차 또는 집행증서로서의 강제집행절차를 선택할 수 있기 때문이다.

대법원도 “동산을 목적으로 하는 양도담보설정계약을 체결함과 동시에 채무불이행시 강제집행을 수락하는 공정증서를 작성한 경우, 양도담보설정자가 그 피담보채무를 불이행한 때에는 양도담보권자는 양도담보권을 실행하여 담보목적물인 동산을 환가함에 있어서 집행증서에 기하지 아니하고 양도담보의 약정 내용에 따라 이를 사적으로 타에 처분하거나 스스로 취득한 후 정산하는 방법으로 환가할 수도 있지만, 집행증서에 기하여 담보목적물을 압류하고 강제경매를 실시하는 방법으로 환가할 수도 있다”고 판시하고 있다(대법원 1999. 9. 7. 선고 98다47283 판결).

게다가 대법원은 “동산의 양도담보권자가 강제집행을 수락하는 공정증서에 기하여 담보목적물을 압류하고 강제경매를 실시하는 경우, 그와 같은 방법에 의한 경매절차는 형식상은 강제경매절차에 따르지만 그 실질은 일반 채권자의 강제집행절차가 아니라 동산양도담보권 실행을 위한 환가절차로서 그 압류절차에 압류를 경합한 양도담보설정자의 다른 채권자는 양도담보권자에 대한 관계에서는 압류경합권자나 배당요구권자로 인정될 수 없고, 따라서 환가로 인한 매득금에서 환가비용을 공제한 잔액은 양도담보권자의 채권변제에 전액 충당함이 당연하고 양도담보권자와 압류경합자인 다른 채권자 사이에서 각 채권액에 따라 안분비례로 배당할 것이 아니다”라고 판시하거나(대법원 1999. 9. 7. 선고 98다47283 판결), “집행증서를 소지한 동산양도담보권자는 특별한 사정이 없는 한 양도담보권자인 지위에 기초하여 제3자이외의 소에 의하여 목적물건에 대한 양도담보권설정자의 일반채권자가 한 강제집행의 배제를 구할 수 있으나, 그와 같은 방법에 의하지 아니하고 집행증서에 의한 담보목적물에 대한 이중 압류의 방법으로 배당절차에 참가하여 선행한 동산압류에 의하여 압류가 경합된 양도담보권설정자의 일반채권자에 우선하여 배당을 받을 수도 있다”라고 판시함으로써(대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다45943 판결, 대법원 2005. 2. 18. 선고 2004다37430 판결 등 참조), 동산 양도담보부 공증의 경우 양도담보권자인 채권자가 집행증서에 기하여 강제경매를 선택하여 이를 실시하는 경우에도 그 경매절차의 실질을 일반 채권자의 강제집행절차가 아닌 동산 양도담보권 실행을 위한 환가절차로 파악하여 일반채권자보다 우선변제권을 인정하고 있다. 이러한 판례의 입장이 동산 양도담보부 공증의 이중효³⁶⁾에 비추어 타당함은 물론이다.

(5) 한편 동산 양도담보부 공증의 경우 채무자의 채무불이행이 있을 시 채권자는 양도담보로 제공받은 동산에 대하여 반드시 먼저 양도담보 계약내용에 따른 환가절차 또는 위와 같은 강제집행절차를 거친 후 자신의 채권 변제에 부족액이 있을 경우에만 채무자의 다른 일반재산에 강제집행을 할 수 있는가 아니면 채권자는 양도담보로 제공받은 동산에 대하여 양도담보 계약내용에 따른 환가절차 또는 강제집행절차를 통해 먼저

36) 여기서 이중효란 동산 양도담보로서의 효력과 집행증서인 금전소비대차계약(또는 채무변제계약) 공정증서로서의 효력을 의미한다.

자신의 채권 변제에 만족을 얻을 수도 있지만, 이러한 절차를 거치지 않고, 채무자의 다른 일반재산에 대하여 먼저 강제집행을 하여 자신의 채권 변제에 만족을 얻을 수 있는가 하는 논의가 있을 수 있다.

그러나 동산 양도담보부 공증은 위와 같은 이중효를 동시에 가지고 있는 것이고, 채권자로 하여금 반드시 양도담보로 제공된 동산에 대하여 먼저 채권의 만족을 얻고, 부족한 경우에만 채무자의 다른 일반재산에 강제집행을 하도록 하는 것은 양도담보권을 갖는 집행증서 채권자를 단순한 일반 집행증서 채권자보다 오히려 불리하게 하는 면이 있을 수도 있어³⁷⁾ 형평성에 문제가 있다는 점 및 위 서식 제16조는 “이 양도담보계약의 성립은 제8조(채무자 및 연대보증인이 이 계약에 의한 금전채무를 이행하지 아니할 때에는 즉시 강제집행을 당하여도 이의가 없음을 인낙하였다)의 강제집행권의 행사에 지장이 되지 아니한다.”고 규정하고 있으므로, 채권자는 채무자의 채무불이행시 양도담보 목적물에 대하여 양도담보 계약내용에 따른 환가절차 또는 강제집행절차를 통해 자신의 채권 변제에 만족을 얻을 수 있지만, 양도담보 목적물이외의 채무자의 일반재산에 대하여 먼저 강제집행을 하여 자신의 채권 변제에 만족을 얻을 수도 있다고 할 것이다.

만약 동산 양도담보부 공증 채권자가 양도담보 목적물이외의 채무자의 일반재산에 대하여 먼저 강제집행을 통하여 채권의 완제를 받은 경우에는 그 양도담보 목적물을 다시 채무자에게 이전해 주어야 함은 물론이다.

(6) 양도담보권은 피담보채권의 소멸 또는 목적물의 멸실이나 훼손이 있으면 소멸한다. 피담보채권은 채무의 변제 또는 소멸시효의 완성으로 소멸한다.

다만 동산 양도담보부 공증의 경우에는 양도담보 목적물에 대한 환가절차 또는 강제집행절차에 의해 채권의 완제를 받지 못한 경우뿐만 아니라, 양도담보권이 처음부터 존재하지 아니하거나, 효력이 없는 경우라고 하더라도, 금전소비대차계약 또는 채무변제계약 공정증서로서의 효력은 그대로 남아있다고 할 것이므로, 이 경우 채권자는 채

37) 양도담보로 제공된 동산의 가치가 채권액에 미달하는 경우, 채무자의 채무불이행이 있을 시 채권자는 양도담보 목적물이외의 채무자의 은행계좌 등에 대한 압류 및 추심명령신청 등을 통해 급히 자신의 채권의 만족을 얻지 아니하면 채권 전부를 변제받지 못하는 상황이 발생할 수 있고, 또는 양도담보권 설정자가 이중으로 양도담보를 설정한 경우 뒤의 양도담보권자는 적법하게 양도담보권을 취득할 수 없으므로, 채무자의 일반재산에 곧바로 강제집행할 필요가 있다.

무자의 다른 일반재산에 대하여 강제집행할 수 있을 것이다.

(7) 양도담보권자나 설정자는 양도담보의 목적물 그 자체를 처분하는 등 상대방의 권리를 소멸시키는 행위를 하지 말아야 할 의무를 부담하며, 이를 위반한 경우에는 채무불이행에 따른 손해배상책임을 지게 된다.

(8) 또한 대법원은 “동산에 대하여 양도담보를 설정한 경우 채무자는 담보의 목적으로 그 소유의 동산을 채권자에게 양도해 주되 점유개정에 의하여 이를 계속 점유하지만, 채무자가 위 채무를 불이행하면 채권자는 담보목적물인 동산을 사적으로 타에 처분하거나 스스로 취득한 후 정산하는 방법으로 이를 환가하여 우선변제받음으로써 위 양도담보권을 실행하게 되는데, 채무자가 채권자에게 위 동산의 소유권을 이전하는 이유는 채권자가 양도담보권을 실행할 때까지 스스로 담보물의 가치를 보존할 수 있도록 함으로써 만약 채무자가 채무를 이행하지 않더라도 채권자가 양도받았던 담보물을 환가하여 우선변제받는 데에 지장이 없도록 하기 위한 것인바, 이와 같이 담보물의 교환가치를 취득하는 것을 목적으로 하는 양도담보권의 성격에 비추어 보면, 양도담보로 제공된 목적물이 멸실, 훼손됨에 따라 양도담보 설정자와 제3자 사이에 교환가치에 대한 배상 또는 보상 등의 법률관계가 발생하는 경우에도 그로 인하여 양도담보 설정자가 받을 금전 기타 물건에 대하여 담보적 효력이 미친다. 따라서 양도담보권자는 양도담보 목적물이 소실되어 양도담보 설정자가 보험회사에 대하여 화재보험계약에 따른 보험금청구권을 취득한 경우에도 담보물 가치의 변형물인 위 화재보험금청구권에 대하여 양도담보권에 기한 물상대위권을 행사할 수 있다”라고 판시함으로써(대법원 2009. 11. 26. 선고 2006다37106 판결), 동산 양도담보권에 기한 물상대위권 행사를 인정하고 있다.

게다가 대법원은 “동산 양도담보권자는 양도담보 목적물이 소실되어 양도담보 설정자가 보험회사에 대하여 화재보험계약에 따른 보험금청구권을 취득한 경우 담보물 가치의 변형물인 화재보험금청구권에 대하여 양도담보권에 기한 물상대위권을 행사할 수 있는데, 동산 양도담보권자가 물상대위권 행사로 양도담보 설정자의 화재보험금청구권에 대하여 압류 및 추심명령을 얻어 추심권을 행사하는 경우 특별한 사정이 없는 한 제3채무자인 보험회사는 양도담보 설정 후 취득한 양도담보 설정자에 대한 별개의

채권을 가지고 상계로써 양도담보권자에게 대항할 수 없다. 그리고 이는 보험금청구권과 본질이 동일한 공제금청구권에 대하여 물상대위권을 행사하는 경우에도 마찬가지이다”(대법원 2014. 9. 25. 선고 2012다58609 판결)라고 판시함으로써, 제3채무자가 양도담보 설정 후 취득한 양도담보 설정자에 대한 별개의 채권을 가지고 상계로써 양도담보권자에게 대항할 수 없다고 한다.

한편 유동집합동산과 관련하여 통상적으로 허용되는 범위 내에서의 집합동산의 구성물 증감은 허용되기 때문에 특별한 합의나 사정이 없는 한 통상의 영업이 계속되고 있거나 통상적으로 허용되는 범위 내에서의 개개의 구성물의 멸실로 인한 보험금 등에 대해서 곧바로 직접 물상대위를 인정할 필요는 없을 것이라는 견해가 있다.³⁸⁾

나. 유동집합동산의 경우

(1) 유동집합동산 양도담보부 공증의 경우에도 양도담보설정자와 양도담보권자 사이의 관계는 기본적으로 공정증서상의 양도담보계약의 내용에 따라 정해지므로, 설정자가 목적물의 사용수익권을 가진다.

(2) 유동집합동산 양도담보의 설정자는 반대의 특약이 없는 한 통상적으로 허용되는 범위 혹은 영업의 범위 내에서 집합물을 구성하는 개개의 물건을 자신의 명의로 처분할 수 있다.

(3) 또한 유동집합물은 내용물의 변동에 따라서 그 가치가 원래 계약 체결시 예상했거나 기대했던 것보다 증감될 수 있으므로, 당초 예측한 범위를 넘어서 내용물이 변동되는 경우에 양도담보권자는 불측의 손해를 입을 수 있다. 이에 따라 설정자는 계약의 취지에 따라 목적물을 다른 물건으로부터 구별하여 보관하여야 하고, 필요한 경우에는 식별 표시를 하여야 한다. 또한 계약에 따라 다르게 정할 수 있겠지만 담보권자가 자신의 이익을 보호하기 위한 범위 내에서 개개의 구성물건의 출입에 대하여 점검하거나 조사하는 경우에 설정자는 이에 응할 의무가 있다고 할 것이다.

38) 최경진, 전계 논문 1691페이지 참조.

다만 집합물의 변동 때문이 아니라 경영이나 영업상의 변화에 따라 집합물의 가치가 현저히 증감하는 경우에 그러한 사정의 변화로 인하여 집합물 증감청구를 허용할 것 인지가 문제될 수 있는데, 당사자가 특약을 맺지 않는 이상 원칙적으로 집합물 증감청 구권을 당연히 인정하는 것은 타당하지 못하다는 견해가 있다.³⁹⁾

(4) 한편 유동집합동산의 경우 양도담보 목적물이 변동, 증감하므로 양도담보권의 효력이 미치는 범위와 집합물을 이루는 개개의 물건을 반입하는 경우 그때마다 별도의 양도담보권설정계약을 체결해야 할 필요가 있는지가 문제된다.

대법원은 ‘양도담보권자가 담보권설정계약당시 존재하는 집합물을 점유개정의 방 법으로 그 점유를 취득하면 그 후 양도담보설정자가 그 집합물을 이루는 개개의 물건 을 반입하거나’⁴⁰⁾ “그 집합물을 구성하는 개개의 물건이 변동되거나 변형되더라도 한 개의 물건으로서 동일성을 잃지 아니하므로 양도담보권의 효력은 항상 현재의 집합물 위에 미치는 것이고, 따라서 양도담보권자가 담보권설정계약 당시 존재하는 집합물을 점유개정의 방법으로 그 점유를 취득하면 그 후 양도담보설정자가 그 집합물을 이루는 개개의 물건을 반입하였다 하더라도 그때마다 별도의 양도담보권설정계약을 맺거나 점유개정의 표시를 하여야 하는 것은 아니다”라고 판시한 바 있다(대법원 1990. 12. 26. 선고 88다카20224 판결, 대법원 1999. 9. 7. 선고 98다47283 판결 등 참조).

판례를 좀 더 구체적으로 살펴보면 대법원은 “돈사에서 대량으로 사육되는 돼지”의 경우 번식, 사망, 판매, 구입 등의 요인에 의하여 증감 변동되거나⁴¹⁾ “재고상품, 제품, 원 자재 등과 같은 집합물”⁴²⁾의 경우 그 집합물을 구성하는 개개의 물건이 변동되거나 변 형되더라도 한 개의 물건으로서의 동일성을 잃지 아니한 채 양도담보권의 효력은 항상 현재의 집합물 위에 미치며, 별도의 양도담보권설정계약을 맺거나 점유개정의 표시를 하지 않더라도 양도담보권의 효력이 나중에 반입된 물건에도 미친다고 한다.

다만 대법원은 “양도담보권설정자가 양도담보권설정계약에서 정한 종류·수량에 포 함되는 물건을 계약에서 정한 장소에 반입하였더라도 그 물건이 제3자의 소유라면 담보

39) 최경진 전개 논문, 1696페이지 참조.

40) 대법원 1988. 12. 27. 선고 87누1043 판결 참조.

41) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004다22858 판결, 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006도8649 판결 참조.

42) 대법원 2016. 4. 2. 선고 2012다19659 판결 참조.

목적인 집합물의 구성부분이 될 수 없고 따라서 그 물건에는 양도담보권의 효력이 미치지 않는다”고 판시하거나(대법원 2016. 4. 2. 선고 2012다19659 판결), “돈사에서 대량으로 사육되는 돼지를 집합물에 대한 양도담보의 목적물로 삼은 경우, 위 양도담보권의 효력은 양도담보설정자로부터 이를 양수한 양수인이 당초 양수한 돈사 내에 있던 돼지들 및 통상적인 양돈방식에 따라 그 돼지들을 사육·관리하면서 돼지를 출하하여 얻은 수익으로 새로 구입하거나 그 돼지와 교환한 돼지 또는 그 돼지로부터 출산시켜 얻은 새끼 돼지에 한하여 미치는 것이지 양수인이 별도의 자금을 투입하여 반입한 돼지에까지는 미치지 않는다”고 판시한 바 있다(대법원 2004. 11. 12. 선고 2004다22858 판결 참조).

따라서 유동집합동산에 대한 양도담보 설정계약이 이루어지면 집합물을 구성하는 개개의 물건이 변동되거나 변형되더라도 한 개의 물건으로서의 동일성을 잃지 아니한 채 양도담보권의 효력은 항상 현재의 집합물 위에 미치고, 그러한 경우에 양도담보권자가 점유개정의 방법으로 양도담보 설정계약 당시 존재하는 집합물의 점유를 취득하면 그 후 양도담보 설정자가 집합물을 이루는 개개의 물건을 반입하였더라도 별도의 양도담보 설정계약을 맺거나 점유개정의 표시를 하지 않더라도 양도담보권의 효력이 나중에 반입된 물건에도 미친다고 보아야 하며, 다만 양도담보 설정자가 양도담보 설정계약에서 정한 종류·수량에 포함되는 물건을 계약에서 정한 장소에 반입하였더라도 그 물건이 제3자의 소유 또는 별도의 자금을 투입하여 반입한 물건이라면 담보목적인 집합물의 구성부분이 될 수 없고 따라서 그 물건에는 양도담보권의 효력이 미치지 않는다고 할 것이다.

2. 대외적 효력

가. 점유개정에 의해 동산 양도담보부 공증을 한 자의 지위

(1) 판례의 입장

동산에 관하여 양도담보계약이 이루어지고 양도담보권자가 점유개정의 방법으로 인도를 받았다면 그 청산절차를 마치기 전이라 하더라도 담보목적물에 대한 사용수익권은 없지만 제3자에 대한 관계에 있어서는 그 물건의 소유자임을 주장하고 그 권리를

행사할 수 있다(대법원 1994. 8. 26. 선고 93다44739 판결, 대법원 1999. 9. 7. 선고 98다47283 판결, 대법원 2008. 11. 27. 선고 2006도4263 판결 참조).

동산에 대하여 점유개정의 방법으로 양도담보를 일단 설정한 후에는 양도담보권자나 양도담보설정자가 그 동산에 대한 점유를 상실하였다고 하더라도 그 양도담보의 효력에는 아무런 영향이 없다 할 것이고, 양도담보권 실행을 위한 환가절차에 있어서는 환가로 인한 매득금에서 환가비용을 공제한 잔액 전부를 양도담보권자의 채권변제에 우선 충당하여야 하고 양도담보설정자의 다른 채권자들은 양도담보권자에 대한 관계에 있어서 안분배당을 요구할 수 없으며, 동산에 대하여 점유개정의 방법으로 이중양도담보를 설정한 경우 원래의 양도담보권자는 뒤의 양도담보권자에 대하여 배타적으로 자기의 담보권을 주장할 수 있다(대법원 2000. 6. 23. 선고 99다65066 판결).

(2) 소 결

따라서 동산 양도담보의 법적 성질과 관련하여 판례의 입장인 신탁적 소유권이전설에 따르면 동산 양도담보부 공증을 한 자는 대외적으로는 자신이 소유권자이므로, 양도담보권 실행을 위한 환가절차에서 우선변제권이 있으며, 정산절차를 마치기 전이라도 제3자에 대한 관계에서 소유자로서 권리행사를 할 수 있다고 할 것이다.

나. 양도담보 설정자 또는 양도담보권자가 목적물을 처분한 경우 양수인의 소유권 취득여부

(1) 양도담보 설정자가 임의처분한 경우

신탁적 소유권이전설에 의하면 대외적으로는 양도담보권자가 소유권자이고, 양도담보 설정자는 무권리자에 불과하므로, 동산 양도담보부 공증을 한 후 양도담보 설정자가 그 담보 목적물을 임의적으로 처분한 경우 양수인은 선의취득⁴³⁾하지 않는 이상

43) 동산을 점유하고 있는 자를 믿고서 평온, 공연, 선의, 무과실로 거래한 자는 그 동산에 대한 권리를 무권리자로부터 원시취득하는 제도이다(민법 제249조).

소유권을 취득하지 못한다.

이는 유동집합동산 양도담보의 경우도 마찬가지이다. 즉, 양도담보 설정자가 타인의 권리에 속하는 집합물 자체를 제3자에게 양도한 경우에는 이를 양수한 제3자는 집합물의 현실인도를 받아서 선의취득 하지 않는한 유효한 소유권을 취득하지 못한다. 그러나 집합물을 양수한 제3자가 점유개정의 형식으로 집합물을 양수한 때에는 선의취득이 인정되지 않는다.

대법원도 “돈사에서 대량으로 사육되는 돼지를 양도담보계약의 목적물로 삼은 이른바 ‘유동집합물에 대한 양도담보계약’이 체결된 경우, 양도담보설정자로부터 위 목적물을 양수한 자가 이를 선의취득 하지 못하였다면 위 양도담보권의 부담을 그대로 인수하게 된다”고 판시하였다(대법원 2004.11.12. 선고 2004다22858 판결 참조). 또한 판례는 “동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 현실적인 인도가 있어야 하고, 점유개정에 의한 점유취득만으로는 그 요건을 충족할 수 없다”고 한다(대법원 1978. 01.17. 선고 77다1872 판결, 대법원 1964.55. 선고 63다775 판결 등 참조).

한편 유동집합동산 양도담보 설정자가 집합동산을 구성하는 개개의 물건을 처분한 경우에 그것이 처분권한의 범위 내에 있는 것이라면 그러한 처분은 유효함은 앞서 본 바와 같다. 반면 유동집합동산 양도담보 설정자가 처분권한을 넘어서서 개개의 구성물을 처분한 경우에 그 처분행위가 유효한지 여부와 관련하여, 집합물을 특정하기 위한 장소적 관계를 잃게 되면 집합물을 구성하는 성질을 잃게 되기 때문에 처분행위는 항상 유효하고 다만 설정자의 책임을 발생시키는데 그친다고 보는 견해와 처분권한을 넘어 처분된 구성물을 양수한 자가 선의취득의 요건을 충족시키지 못하는 한 양도담보권자는 그 구성물의 반환을 청구할 수 있다는 견해가 있다.⁴⁴⁾

그러나 신탁적 소유권이전설에 의하면 유동집합동산 양도담보의 경우에도 특정동산 양도담보와 달리 취급할 이유가 없다고 보며, 이는 유동집합동산의 개개의 구성물을 처분한 경우에도 마찬가지라고 할 것이므로, 위 후자의 견해가 타당하다고 본다.

(2) 양도담보권자가 임의처분한 경우

44) 최경진, 전계 논문 1695페이지 참조.

또한 동산 양도담보에 관하여 신탁적 소유권이전설에 의하면 대외적으로는 양도담보권자가 소유권자이기 때문에, 양도담보권자로부터 동산의 소유권을 양수한 자는 유효하게 소유권을 취득하게 된다.⁴⁵⁾이 때 양수인의 선약은 불문한다.⁴⁶⁾ 유동집합동산 양도담보의 경우도 마찬가지임은 물론이다.

다. 이중 양도담보설정계약이 체결된 경우 뒤에 설정계약을 체결한 이중양수 채권자가 양도담보권을 취득할 수 있는 지 여부

판례에 의하면 금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하되 점유개정의 방법으로 인도하고 채무자가 이를 계속 점유하기로 약정한 경우 특별한 사정이 없는 한 그 동산의 소유권은 신탁적으로 이전되는 것에 불과하여, 채권자와 채무자 사이의 대내적 관계에서는 채무자가 소유권을 보유하나 대외적인 관계에서의 채무자는 동산의 소유권을 이미 채권자에게 양도한 무권리자가 되는 것이어서 다시 다른 채권자와 사이에 양도담보설정계약을 체결하고 점유개정의 방법으로 인도하더라도 선의취득이 인정되지 않는 한 나중에 설정계약을 체결한 채권자로서는 양도담보권을 취득할 수 없는데, 현실의 인도가 아닌 점유개정의 방법으로는 선의취득이 인정되지 아니하므로 결국 뒤의 채권자는 적법하게 양도담보권을 취득할 수 없다(대법원 2004. 10. 28. 선고 2003다30463 판결, 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다45943 판결, 대법원 2005. 2. 18. 선고 2004다37430 판결, 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006도8649 판결 참조).

이는 유동집합동산에 대하여 이중으로 양도담보권이 설정된 경우도 마찬가지이다.⁴⁷⁾

라. 타인의 소유물을 대상으로 한 양도담보권의 효력

설정자의 소유가 아닌 타인의 소유물이 양도담보로 제공되는 경우는 양도담보의 목

45) 대법원 1992. 12. 8. 92다35066 판결 참조.

46) 대법원 1969. 10. 23. 69다1338 판결 참조.

47) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2003다30463판결 등 참조.

적물인 기계·기구 등 유체동산이 설정자가 현실점유를 하고 있으나 리스한 것이거나 소유권유보부 매매의 형식으로 할부로 구입한 것 또는 타인으로부터 빌려서 사용하고 있는 경우이다.

이와 같이 타인 소유물이 점유개정에 의해 양도담보로 제공된 경우에 양도담보권자가 선의이고 과실 없이 양도담보의 목적물이 설정자의 소유가 아닌 타인의 소유물임을 알지 못했다면 이른바 선의취득의 법리에 따라 양도담보권을 취득할 수 있는지가 문제된다.

대법원은 “동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 현실적 인도가 있어야 하고 점유개정에 의한 점유취득만으로는 그 요건을 충족할 수 없다”(대법원 1978. 1. 17. 선고 77다1872 판결)고 함으로써 점유개정에 의한 소유권의 선의취득을 부정하고 있다.

이러한 점유개정에 의한 선의취득을 부정하는 판례에 의하면 채권담보의 목적으로 기계·기구 등 유체동산을 대상으로 점유개정에 의해 취득하는 양도담보권은 그 목적물이 설정자의 소유가 아닌 타인 소유인 경우라면 효력이 없는 것으로 보아야 한다.

마. 양도담보 설정자 또는 양도담보권자의 일반채권자가 양도담보 목적물에 대해 압류를 한 경우

양도담보 설정자의 일반채권자가 목적물인 동산을 압류한 경우 양도담보 설정자는 대외적 관계에서 소유자가 아니고, 대외적 관계에서는 양도담보권자가 소유자이므로, 양도담보 설정자의 채권자는 담보목적물에 대하여 집행이 불가능하다. 만약 집행시 양도담보권자는 제3자이의의 소⁴⁸⁾ 제기가 가능하다.

대법원도 “이 사건 동산에 관하여 양도담보계약이 이루어지고 원고가 점유개정의 방법으로 인도를 받았다면 그 청산절차를 마치기 전이라 하더라도 담보목적물에 대한 사용수익권은 없지만 제3자에 대한 관계에 있어서는 그 물건의 소유자임을 주장하고 그 권리를 행사할 수 있다 할 것이다. 따라서 이 사건 강제집행의 목적물에 관한 양도담보권자인 원고는 강제집행을 한 피고에 대하여 그 소유권을 주장하여 제3자이의의 소

48) 민사집행법 제48조 제1항 : 제3자가 강제집행의 목적물에 대하여 소유권이 있다고 주장하거나 목적물의 양도나 인도를 막을 수 있는 권리가 있다고 주장하는 때에는 채권자를 상대로 그 강제집행에 대한 이의의 소를 제기할 수 있다.

를 제기함으로써 그 강제집행의 배제를 구할 수 있다”고 판시하였다(대법원 1994. 8. 26. 선고 93다44739 판결).

반면 양도담보권자의 일반채권자가 목적물을 압류한 경우 집행가능하다. 양도담보 설정자는 대외적 관계에서 소유자가 아니므로, 이에 대하여 제3자 이의의 소 제기가 불가능하다.

바. 동일한 목적물을 대상으로 한 양도담보권과 다른 담보권의 경합

(1) 양도담보권과 질권의 경합

동일한 양도담보 목적물을 대상으로 양도담보권과 질권이 경합하는 경우에는 점유의 이전을 기준으로 판단하여야 한다.

첫째, 양도담보권이 질권보다 먼저 설정된 경우에는 점유개정의 방법으로 동산 양도담보권을 설정한 양도담보 설정자는 원칙적으로 다른 채권자에게 질권을 설정할 수 없다. 관례의 입장인 신탁적 소유권이전설에 의할 때 양도담보 설정자는 이미 대외적인 관계에서 무권리자이므로, 타인(양도담보권자)의 소유물을 대상으로는 질권을 설정할 수는 없기 때문이다.

그러나 유체동산의 점유에는 공신력이 인정되고 있으므로 질권자가 양도담보물임을 과실 없이 알지 못하고 질권을 취득한 때에는 선의취득의 법리에 따라 양도담보물에 대한 질권의 선의취득을 할 수는 있다. 다만 이러한 경우라도 하더라도 선행의 양도담보가 소멸하는 것은 아니고 질권의 부담이 있는 양도담보권으로 존속한다.⁴⁹⁾

둘째, 질권이 양도담보권보다 먼저 설정된 경우에는 질권이 설정된 유체동산을 대상으로 질권설정자가 다른 채권자에게 양도담보권을 설정할 수는 있다. 질권의 경우는 질권 설정자가 질물의 소유권을 그대로 보유하고 있기 때문에 질권이 설정되어 있는 질물을 대상으로 양도담보권이 설정된 것으로 보면 되기 때문이다.

다만 이러한 경우 양도담보권자가 양도담보권의 선의취득을 이유로 질권의 소멸을 주장할 수 있는지 문제가 된다.

49) 오시정, 전계 논문 참조.

그러나 점유개정에 의한 양도담보권의 선의취득이 인정되지 않으므로 질권의 소멸을 주장할 수 없는 것으로 보아야 한다. 다만 양도담보권자가 점유개정이 아닌 현실인도를 받아 양도담보권을 설정한 경우에는 선의취득의 법리에 따라 질권의 소멸을 주장할 수 있다고 본다.⁵⁰⁾

(2) 양도담보권과 동산담보권의 경합

동산채권담보법 제7조 제3항에 의하면 ‘동일한 동산에 관하여 담보등기부의 등기와 인도(「민법」에 규정된 간이인도, 점유개정, 목적물반환청구권의 양도를 포함한다)가 행하여진 경우에 그에 따른 권리 사이의 순위는 법률에 다른 규정이 없으면 그 선후에 따른다’고 규정되어 있다. 그러므로 양도담보권과 동산담보권이 경합하는 경우 그에 따른 권리 사이의 순위는 점유개정에 의한 인도와 담보등기부의 등기가 행해진 선후에 의해 결정된다.

첫째, 양도담보권이 동산담보권보다 먼저 설정된 경우에는 양도담보권이 유효하게 성립된 이상 동산담보권은 무효로 보아야 한다. 타인의 소유물을 대상으로 동산담보권을 설정할 수는 없는 것이고, 동산담보권은 등기에 공신력이 인정되지 않기 때문에 선의취득이 성립되지 않기 때문이다.

둘째, 동산담보권이 양도담보권보다 먼저 설정된 경우에는 동산담보권이 먼저 설정되고 후에 양도담보권이 점유개정의 방식으로 설정된 때에는 양도담보권의 선의취득이 성립할 수 없으므로 동산담보권의 부담이 있는 양도담보권이 성립된 것으로 보아야 한다.

그러나 후에 설정된 양도담보권이 점유개정이 아닌 현실인도의 방식으로 설정된 때에는 다시 경우를 나눠 보아야 한다.

즉, 양도담보권의 설정 당시 양도담보권자가 동산담보권의 존재를 과실 없이 알지 못했다면, 양도담보권이 유효하게 성립된 이상 양도담보권의 선의취득으로 동산담보권이 실효되는 것으로 보아야 하는 반면, 동산담보권의 존재를 알았거나 과실로 알지 못했다면, 양도담보권의 선의취득이 성립될 수 없어 동산담보권의 부담이 있는 양도담

50) 오시정, 전계 논문 참조.

보권이 성립된 것으로 보아야 한다.⁵¹⁾

(3) 동산 양도담보권과 공장저당권의 경합

공장저당법 및 민법의 각 규정을 종합하여 보면 공장의 토지 또는 건물에 설치된 기계, 기구 기타의 공용물은 공장저당법 제7조 소정의 기계, 기구목록에 기재되어야만 공장저당권의 효력이 미친다 할 것이고(대법원 1993. 4. 6.자 93마116 결정, 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005다76319 판결 참조), 공장저당법 제4조, 제5조의 규정에 의하여 저당권의 목적이 되는 것으로 목록에 기재되어 있는 동산이라고 하더라도 그것이 저당권설정자가 아닌 제3자의 소유인 경우에는 위 저당권의 효력이 미칠 수 없다고 할 것이고, 그 목록에 기재되어 있는 동산이 점유개정의 방법에 의하여 이미 양도담보에 제공되어 있는 것인 경우에도 그 동산은 제3자인 저당권자와의 관계에 있어서는 양도담보권자의 소유에 속하므로, 마찬가지로 공장저당법에 의한 저당권의 효력이 미칠 수 없다고 보아야 한다(대법원 1998. 10. 12. 자 98그64 결정).

판례에 의하면 “이 경우 양도담보권자가 저당권자에 대하여 소유권을 주장하기 위하여 명인방법과 같은 별도의 공시방법을 갖추어야 하는 것은 아니다”라고 한다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29036 판결).

VI. 동산 양도담보부 공증과 관련된 법적 책임

1. 서 설

동산 양도담보부 공증 이후 채무자 또는 채권자가 양도담보물을 임의로 처분하는 등의 경우 어떠한 민, 형사책임을 질 것인가가 문제된다.

판례의 입장인 신탁적 소유권이전설에 의할 경우 동산 양도담보의 대내적 소유자는 양도담보 설정자이나, 대외적 소유자는 양도담보권자이다.

51) 오시정, 전계 논문 참조.

따라서 이하에서는 이론적인 논의보다는 공증실무상의 관점에서 판례의 입장인 신탁적 소유권이전설에 의거하여 살펴보기로 한다.

2. 동산 양도담보부 공증과 관련된 민사상 책임

가. 제3자에 의한 양도담보 목적물 침해의 경우

신탁적 소유권이전설에 의하면 양도담보 설정자는 목적물의 점유권에 기한 점유보호 청구권⁵²⁾이 있고, 양도담보권자는 소유권에 기한 물권적 청구권⁵³⁾이 있다고 할 것이다.

만약 제3자의 침해가 불법행위를 구성하는 경우 양도담보권자와 설정자 모두 제3자에 대하여 손해배상청구가 가능하다고 할 것이다.

나. 설정자의 일반채권자가 양도담보권자에게 부당이득반환의무 또는 불법행위로 인한 손해배상책임을 지는 경우

(1) 판례의 입장

판례에 의하면 집행채무자의 소유가 아닌 경우에도 강제집행절차에서 그 유체동산을 경락받아 경락대금을 납부하고 이를 인도받은 경락인은 특별한 사정이 없는 한 그 소유권을 선의취득한다 할 것인 바, 일반 채권자가 채무자가 제3자에게 양도담보로 제공한 동산에 대하여 강제집행을 신청하여 배당을 받은 경우, 경락으로 인하여 경락인이 그 소유권을 선의취득의 방법으로 취득하고 이에 따라 양도담보권자는 그 소유권을 상실하게 되는 결과 일반 채권자는 채무자 아닌 제3자 소유의 동산에 대한 경락대금을

52) 점유자가 점유의 방해를 받거나 방해의 염려가 있을 때 방해자에게 방해의 정지나 제거를 청구할 수 있는 권리이다. 이러한 점유보호청구권에는 점유물반환청구권, 점유물방해제거청구권, 점유물방해예방청구권이 있다(민법 제205조 내지 제209조 참조).

53) 소유권에 기한 물권적 청구권이란 소유권의 내용의 실현이 어떤 사정으로 말미암아 방해당하고 있거나 방해당할 염려가 있는 경우에 소유권자가 방해자에 대하여 그 방해의 제거 또는 예방에 필요한 일정한 행위를 청구할 수 있는 권리를 말한다. 이에선 소유권반환청구권, 소유물방해제거청구권, 소유물방해예방청구권이 있다(민법 제213조, 제214조 참조).

배당받음으로써 법률상 원인 없이 이득을 얻고 그로 인하여 양도담보권자는 손해를 입었으므로, 양도담보권자에 대하여 이를 부당이득으로서 반환할 의무가 있다(대법원 1997. 6. 27. 선고 96다51332 판결, 대법원 1998. 3. 27. 선고 97다32680 판결, 대법원 2003. 7. 25. 선고 2002다39616 판결 참조).

또한 판례에 의하면 집행관이 채무자 아닌 제3자의 재산을 압류한 경우에 채권자가 압류 당시 그 압류목적물이 제3자의 재산임을 알았거나 알지 못한 데 과실이 있다면 집행관이 채무자 아닌 제3자의 재산을 압류함으로써 받은 제3자의 손해에 대하여 불법행위자로서 배상책임을 진다(대법원 2003. 7. 25. 선고 2002다39616 판결).

(2) 소 결

따라서 타인에게 양도담보로 제공된 동산에 대한 경매절차에서 배당을 받은 양도담보 설정자의 일반채권자는 양도담보권자에게 부당이득반환의무를 지며, 양도담보 설정자의 일반채권자가 압류당시 그 압류목적물이 제3자의 재산임을 알았거나 알지 못한 데 과실이 있다면 집행관이 채무자 아닌 제3자의 재산을 압류함으로써 받은 제3자의 손해에 대하여 불법행위자로서 배상책임이 있다.

다. 뒤의 양도담보권자가 양도담보 목적물을 처분한 경우

(1) 판례의 입장

판례에 의하면 동산에 대하여 점유개정의 방법으로 이중양도담보를 설정한 경우 원래의 양도담보권자는 뒤의 양도담보권자에 대하여 배타적으로 자기의 담보권을 주장할 수 있으므로, 뒤의 양도담보권자가 양도담보의 목적물을 처분함으로써 원래의 양도담보권자로 하여금 양도담보권을 실행할 수 없도록 하는 행위는, 이중양도담보 설정행위가 횡령죄나 배임죄를 구성하는지 여부나 뒤의 양도담보권자가 이중양도담보 설정행위에 적극적으로 가담하였는지 여부와 관계없이, 원래의 양도담보권자의 양도담보권을 침해하는 위법한 행위라고 할 것이다.

즉, 대법원은 원고가 제1심 공동피고 전국통운 주식회사(이하 ‘위 전국통운’이라 한

다) 소유의 이 사건 컨테이너에 대한 양도담보권을 이미 취득하였다는 사실을 피고가 알았거나 적어도 조금만 주의를 기울였다면 이를 알 수 있었을 것임에도 불구하고 이를 게을리한 채 위 전국통운과 사이에 이 사건 컨테이너에 대한 이중의 양도담보약정을 체결하고 나아가 이 사건 컨테이너를 넘겨받아 제3자에게 처분까지 한 행위는 원고의 양도담보권을 침해하는 것으로서 불법행위에 해당하므로 피고는 이로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 판시하였다(대법원 2000. 6. 23. 선고 99다65066 판결).

(2) 소결

따라서 점유개정방식에 의해 이중으로 동산 양도담보가 설정된 경우 뒤의 양도담보권자가 양도담보물을 임의로 처분하면 원래의 양도담보권자의 양도담보권을 침해하는 위법한 행위가 되어, 그에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 지게 된다.

라. 부합으로 인해 양도담보 설정자가 부당이득반환의무를 지는 경우

판례에 의하면 “부당이득반환청구에서 이득이란 실질적인 이익을 의미하는데, 동산에 대하여 양도담보권을 설정하면서 양도담보권 설정자가 양도담보권자에게 담보목적 동산의 소유권을 이전하는 이유는 양도담보권자가 양도담보권을 실행할 때까지 스스로 담보물의 가치를 보존할 수 있게 함으로써 만약 채무자가 채무를 이행하지 않더라도 채권자인 양도담보권자가 양도받은 담보물을 환가하여 우선변제받는 데에 지장이 없도록 하기 위한 것이고, 동산양도담보권은 담보물의 교환가치 취득을 목적으로 하는 것이다. 이러한 양도담보권의 성격에 비추어 보면, 양도담보권의 목적인 주된 동산에 다른 동산이 부합되어 부합된 동산에 관한 권리자가 권리를 상실하는 손해를 입은 경우 주된 동산이 담보물로서 가치가 증가된 데 따른 실질적 이익은 주된 동산에 관한 양도담보권 설정자에게 귀속되는 것이므로, 이 경우 부합으로 인하여 권리를 상실하는 자는 양도담보권 설정자를 상대로 민법 제261조에 따라 보상을 청구할 수 있을 뿐 양도담보권자를 상대로 보상을 청구할 수는 없다”고 한다(대법원 2016. 4. 2. 선고 2012다19659 판결).

3. 동산 양도담보부 공증과 관련된 형사책임

가. 채무자가 동산 양도담보부 공증이후 양도담보 목적물을 임의 처분한 경우

(1) 채무자가 동산 양도담보부 공증이후 양도담보 목적물인 동산을 임의로 처분한 경우 어떠한 형사책임을 질 것인가와 관련하여 대법원 판례의 입장(신탁적 소유권이전설)에 따르면 배임죄⁵⁴⁾가 성립된다고 할 것이다.

즉, 대법원은 “금전채권을 담보하기 위하여 채무자 소유의 동산에 관하여 이른바 약한 의미의 양도담보가 설정되어 채무자가 그 동산을 점유하는 경우, 동산의 소유권은 신탁적으로 채권자에게 이전됨에 불과하여 채권자와 채무자의 대내적 관계에서 채무자는 의연 소유권을 보유하게 되나 채권자인 양도담보권자가 담보의 목적을 달성할 수 있도록 이를 보관할 의무를 지게 되어 부당히 이를 처분하거나 멸실, 훼손 기타 담보가치를 감소케 하는 행위가 금지된다 할 것이므로 채무자인 양도담보 설정자는 채권자에 대하여 채권담보의 약정에 따른 그의 사무를 처리하는 자의 지위에 있게 된다 할 것이고, 위 채무자가 양도담보된 동산을 처분하는 등 부당히 그 감보가치를 감소시키는 행위를 한 경우에는 형법상 배임죄가 성립된다 할 것이다”라고 판시한 바 있다(대법원 1989. 7. 25. 선고 89도 350 판결, 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010도 11293판결 참조).⁵⁵⁾⁵⁶⁾

54) 배임죄란 ‘타인의 사무를 처리하는 자’가 그 임무에 위배하는 행위에 의하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는 재산범죄이다(형법 제355조 제2항).

55) 그러나 대법원은 실제 위 사건에서 ‘채무자가 자동차의 등록명의를 양도담보권자에게 담보조로 넘겨 놓고서 점유중, 타인에게 그 자동차를 매도하였다라도 그 매도직후에 양도담보권자가 그 등록명의를 스스로 매수인 등에게 넘겨주었다면 채무자의 행위를 가리켜 부당히 담보가치를 감소시키는 행위라고 할 수 없다’고 판단하였다.

56) 참고로 대법원은 “채무자가 채권자에게 동산을 양도담보로 제공하고 점유개정의 방법으로 점유하고 있는 경우에는 그 동산의 소유권은 여전히 채무자에게 유보되어 있는 것이어서 채무자는 자기의 물건을 보관하고 있는 셈이 되므로, 양도담보의 목적물을 제3자에게 처분하거나 담보로 제공하였다 하더라도 횡령죄를 구성하지 아니한다”고 판시한 바 있다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도10971판결, 대법원 1980. 11. 11. 선고 80도2097판결 등 참조). 이는 신탁적 소유권이전설인 판례의 입장에 의하면 채권자인 양도담보권자와의 대내적 관계에서는 채무자인 양도담보설정자가 여전히 소유권을 보유하고 있는 것이므로, ‘타인의 재물을 보관하는 자’를 구성요건으로 하는 횡령죄에 해당되지 않음은 그에 따른 당연한 결과라고 할 것이다.

(2) 그러나 판례는 채무자가 양도담보 목적물인 동산을 임의로 처분한 경우에도 양도담보권자인 채권자에게 어떠한 손해도 발생하지 않는 경우에는 배임죄의 성립을 부정하고 있다.

즉, 대법원은 “양도담보로 제공된 동산에 관하여 공장근저당권이 설정된다고 하더라도 공장저당법에 의한 저당권의 효력이 미칠 수는 없으므로(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다33663 판결 등 참조), 양도담보권자인 피해자 주식회사에게 담보권의 상실이나 담보가치의 감소 등 손해가 발생할 수도 없으니, 피고인을 배임죄로도 처벌할 수 없다”고 판시한 바 있고(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도10971 판결 참조), 또한 대법원은 ‘채무자가 채권자에게 선박등기법의 적용을 받지 않는 20t 이하의 동력 어선을 점유개정에 의한 방식으로 양도담보로 제공한 후 위 어선을 다시 제3자에게 매도하고, 어선원부상 소유자명의를 변경등록한 경우 위 위 어선원부 등은 행정상 편의를 위하여 소유자를 등록, 변경하는 공부에 불과할 뿐 사법상 권리변동과는 무관하므로, 어선원부상의 소유자명의 변경만으로는 양도담보권자인 채권자에게 어떠한 재산상 손해를 발생시킬 위험이 없다’고 하여 배임죄의 성립을 부정한 바도 있다(대법원 2007. 2. 22. 선고 2006도6686 판결 참조).

나. 채무자가 점유개정에 의한 동산 이중양도담보를 설정한 경우

(1) 채무자가 제1채권자에게 동산 양도담보부 공증을 해 준이후 또 다시 다른 채권자인 제2채권자에게 점유개정에 의한 동산 이중양도담보를 설정하고 점유를 계속하는 경우, 대법원 판례의 입장(신탁적 소유권이전설)에 따르면 뒤의 양도담보권자인 제2채권자는 처음의 담보권자에게 배타적인 권리를 주장할 수 없으므로, 처음의 양도담보권자인 제1채권자에게 손해가 발생할 위험조차 없어 배임죄가 성립되지 않는다고 할 것이다.

대법원은 “동산에 대하여 점유개정의 방법으로 이중양도담보를 설정한 경우 뒤의 양도담보권자는 처음의 양도담보권자에 대하여 배타적으로 자기의 담보권을 주장할 수 없으므로 이중으로 양도담보제공이 된 것만으로는 가사 담보권 설정자가 처음의 양도담보권자에게 이중으로 양도담보 제공을 하지 않기로 특약하였더라도 그에게 담보권의 상실이나 담보가치의 감소 등 손해가 발생한다고 볼 수 없으므로 배임죄를 구성하지

않는다.”고 판시한 바 있고(대법원 1989. 4. 11. 선고 88도1586 판결 참조), “피고인이 그 소유의 이 사건 에어컨 등을 피해자에게 양도담보로 제공하고 점유개정의 방법으로 점유하고 있다가 다시 이를 제3자에게 양도담보로 제공하고 역시 점유개정의 방법으로 점유를 계속한 경우 뒤의 양도담보권자인 제3자는 처음의 담보권자인 피해자에 대하여 배타적으로 자기의 담보권을 주장할 수 없으므로 위와 같이 이중으로 양도담보제공이 된 것만으로는 처음의 양도담보권자에게 담보권의 상실이나 담보가치의 감소 등 손해가 발생한 것으로 볼 수 없으니 배임죄를 구성하지 않는다”고 판시하거나(대법원 1990. 2. 13. 선고 89도 1931 판결), “동산을 양도담보로 제공하고 점유개정의 방법으로 점유하고 있다가 이를 다시 제3자에게 역시 점유개정의 방법으로 양도하는 경우에는, 제3자가 그 동산을 선의취득할 수 없으므로, 최초의 양도담보권자에게 어떠한 재산상 손해의 위험이 발생한다고 할 수 없고, 따라서 배임죄가 성립하지 않는다”고 판시하여 배임죄의 성립을 부정하고 있다(대법원 2007. 2. 22. 선고 2006도6686 판결 참조).

(2) 한편 채무자가 제1채권자에게 점유개정의 방법으로 동산 양도담보부 공증을 한 이후, 다시 제2채권자에게 동산 양도담보부 공증을 한 경우 제2채권자가 제1채권자의 동산 양도담보부 공증 사실을 알면서도 임의로 동산 양도담보 목적물을 반출하거나, 제1채권자의 동산 양도담보 목적물 반출을 방해한 경우에는 어떠한 죄책을 지는지가 문제된다.

제2채권자가 양도 담보목적물인 동산이 이미 제1채권자에게 양도담보 목적물로 제공된 사실을 알면서도 임의로 반출하는 경우에는 절도죄에 해당되고, 제1채권자가 정당하게 동산 양도담보 목적물을 반출하는 것을 방해하는 경우에는 업무방해죄에 해당된다고 할 것이다.

즉, 판례는 ‘돈사에서 대량으로 사육되는 돼지에 대한 이중의 양도담보설정계약이 체결된 경우 뒤에 양도담보설정계약을 체결한 이중양수 채권자가 임의로 돼지를 반출한 사례’에서 제2채권자가 양도담보 목적물인 돼지 반출당시 그 돼지들이 타인소유와 점유에 속함을 알았음에도 이를 불법하게 영득할 의사로 돼지를 실어간 부분에 대해서는 절도죄를 인정하였고, ‘제2채권자가 제1채권자의 돼지 출하를 방해한 행위는 제1채권자의 업무를 방해하는 위법한 행위로 보기에 충분하다’며 업무방해죄를 인정한 바 있다(대법원 2007. 2. 22. 선고 2006도8649 판결).

만약 위 사례에서 제2채권자가 채무자의 승낙이나 허락을 받고 돼지를 임의반출하였다고 하더라도 제2채권자가 절도죄의 죄책을 지는 데는 변함이 없다고 할 것이다. 왜냐하면 판례의 입장인 신탁적 소유권이전설에 의할 경우 채무자는 대외적으로는 동산의 소유권을 이미 채권자에게 양도한 무권리자여서, 그러한 승낙이나 허락을 할 권한이 없기 때문이다.

다. 채무자가 점유개정에 의한 동산 이중양도담보를 설정하였다가, 그 이후 양도담보물인 동산을 임의로 제3자에게 처분한 경우

(1) 채무자가 점유개정에 의한 동산 이중양도담보를 설정하였다가, 그 이후 양도담보물인 동산을 임의로 제3자에게 처분한 경우 제1채권자와 제2채권자에 대하여 각각 어떠한 형사책임을 지는 지가 문제된다.

이와 관련하여 판례의 입장인 신탁적 소유권이전설에 의해 살펴보면, 채무자는 제1채권자에게는 제3자가 위 동산을 선의취득하게 되면 양도담보권이 소멸하게 되어 손해가 발생되므로 배임죄가 성립되고, 제2채권자는 점유개정에 의해서는 선의취득을 할 수 없어 아무런 권리도 취득할 수 없어 채무자는 제2채권자와의 관계에서는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당된다고 할 수 없어 배임죄가 성립되지 않는다고 할 것이다.

즉, 대법원은 “금전채무를 담보하기 위하여 채무자가 그 소유의 동산을 채권자에게 양도하되 점유개정에 의하여 채무자가 이를 계속 점유하기로 한 경우 특별한 사정이 없는 한 동산의 소유권은 신탁적으로 이전됨에 불과하여 채권자와 채무자 사이의 대내적 관계에서 채무자는 의연히 소유권을 보유하나 대외적인 관계에 있어서 채무자는 동산의 소유권을 이미 채권자에게 양도한 무권리자가 되는 것이어서 다시 다른 채권자와 사이에 양도담보 설정계약을 체결하고 점유개정의 방법으로 인도를 하더라도 선의취득이 인정되지 않는 한 나중에 설정계약을 체결한 채권자는 양도담보권을 취득할 수 없는데, 현실의 인도가 아닌 점유개정으로선 선의취득이 인정되지 아니하므로, 결국 뒤의 채권자는 양도담보권을 취득할 수 없고, 따라서 이와 같이 채무자가 그 소유의 동산에 대하여 점유개정의 방식으로 채권자들에게 이중의 양도담보 설정계약을 체결한 후 양도담보 설정자가 목적물을 임의로 제3자에게 처분하였다면 양도담보권자라 할 수 없는 뒤의 채권자에 대한 관계에서는, 설정자인 채무자가 타인의 사무를 처리하는

자에 해당한다고 할 수 없어 배임죄가 성립하지 않는다”고 판시한 바 있다(대법원 2004. 6. 26. 선고 2004도 1751 판결 참조).

(2) 한편 위 경우 제2채권자가 이미 타인에게 양도담보가 설정되어 있다는 사실을 전혀 모르는 채 착오에 빠져 채무자와 양도담보설정계약을 하였고, 만약 제2채권자가 이러한 사실을 알았더라면 경험칙상 이런 물건을 담보로 제공받지는 아니하였을 것이 명백한 경우 양도담보설정자의 행위에 대하여 사기죄⁵⁷⁾가 성립될 수 있는지가 문제된다.

이에 대하여 대법원이 “타인에게 매도담보로 제공한 동산을 그 사실을 은폐하고 다시 제3자에게 매도담보로 제공한 경우에는 사기죄가 성립된다”고 판시하거나(대법원 1960. 10. 26. 선고 4293형상⁸² 판결), “토지를 매도함에 있어서 채무담보를 위한 가등기와 근저당권설정등기가 경료되어 있는 사실을 숨기고 이를 고지하지 아니하여 매수인이 이를 알지 못한 탓으로 그 토지를 매수하였다면 이는 사기죄를 구성한다”고 판시한 사례에 비추어 보았을 때, 양도담보설정자의 이중 양도담보제공은 제2채권자에 대한 사기죄로 의율할 수 있다는 견해가 있다.⁵⁸⁾

(3) 참고로 대법원은 최근 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결에서 ‘동산 이중매매를 한 매도인의 경우 중도금 수수이후에도 매수인에 대한 관계에서 그의 사무를 처리하지 않는다’고 하여 동산 이중매매로 인한 배임죄의 성립은 부정한 바 있다.

즉, 대법원은 위 전원합의체 판결에서 ‘양도담보로 제공한 동산을 제3자에게 다시 담보로 제공하는 등의 처분행위를 한 것을 배임죄로 처벌한 기존 판례의 사안은, 점유 개정 혹은 반환청구권 양도에 의하여 1차 담보권자에게 이미 담보권이 귀속된 상태를 전제로 하는 것이다. 이 경우 담보권자는 담보목적물에 대하여 대외적으로 소유권을 갖게 되고 담보권설정자는 담보목적물을 그대로 사용·수익하면서 이를 담보권자의 재산으로서 보호·관리하여야 할 의무를 부담하는 지위에 있으므로, 이러한 측면에서 담보권설정자를 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자로 볼 수 있음에 반해, 동산 이중매매의 경우는 아직 계약의 목적이 된 권리가 계약의 상대방에게 이전되기 전

57) 사기죄란 사람을 기망하여 재물을 편취하거나 재산상의 이익을 얻거나 혹은 제3자로 하여금 이를 취득케 함으로써 성립하는 범죄이다(형법 제347조).

58) 김덕중, 전계 논문 127페이지 참조.

인 계약의 이행 과정에서 계약의 일방 당사자의 상대방에 대한 계약상의 권리이전의무의 이행에 관한 사항을 타인의 사무로 취급할 수 있는지의 문제를 다루는 것이어서, 타인의 사무를 처리하는 자의 인정에 관하여 그 본질적인 구조를 달리 한다'는 취지의 판시를 한 바 있다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾

(4) 한편 위 양도목적물인 동산을 양수한 제3자는 신탁적 소유권이전설에 의할 경우 무권리자인 채무자로부터 위 동산을 매수한 것이 된다. 그러나 그러한 경우에도 만약 제3자에게 선의취득이 인정된다면 그 경우 양수인은 어떠한 재산상 피해를 입지 않게 된다. 따라서 그러한 경우 채무자가 위 양수인에 대해서 사기죄 등의 형사책임을 부담하지는 않는다고 할 것이다.

라. 양도담보권자가 압류를 한 이후 설정자가 양도담보 목적물을 임의로 옮긴 경우

대법원은 “공무상 비밀표시무효죄를 규정한 형법 제140조 제1항의 「……기타 방법으로 그 효용을 해한 자」라 함은 강제집행을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는

59) 위 전원합의체 판결 다수의견 및 다수의견에 대한 보충의견 참조.

60) 참고로 대법원은 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결에서 채권 담보 목적으로 부동산에 관한 대물변제예약을 체결한 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분한 사례와 관련하여 “채무자가 채권자에 대하여 소비대차 등으로 인한 채무를 부담하고 이를 담보하기 위하여 장래에 부동산의 소유권을 이전하기로 하는 내용의 대물변제예약에서, 약정의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 ‘자기의 사무’에 해당하는 것이 원칙이다. 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권을 이전해 줄 의무는 예약 당시에 확정적으로 발생하는 것이 아니라 채무자가 차용금을 제때에 반환하지 못하여 채권자가 예약완결권을 행사한 후에야 비로소 문제가 되고, 채무자는 예약완결권 행사 이후라도 얼마든지 금전채무를 변제하여 당해 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 소멸시키고 의무에서 벗어날 수 있다. 한편 채권자는 당해 부동산을 특정물 자체보다는 담보물로서 가치를 평가하고 이로써 기존의 금전채권을 변제받는 데 주된 관심이 있으므로, 채무자의 채무불이행으로 인하여 대물변제예약에 따른 소유권등기를 이전받는 것이 불가능하게 되는 상황이 초래되어도 채권자는 채무자로부터 금전적 손해배상을 받음으로써 대물변제예약을 통해 달성하고자 한 목적을 사실상 이룰 수 있다. 이러한 점에서 대물변제예약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있고, 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용이어서 이를 가지고 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 ‘타인의 사무’에 해당한다고 볼 수는 없다. 그러므로 채권 담보를 위한 대물변제예약 사안에서 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분하였다고 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다.”라고 판시한 바 있다(대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결 중 다수의견 참조).

것을 의미한다 할 것이고, 집행의 난이는 주로 객관적인 외형에 의하여 판단되어야 하고 특별한 사정이 없는 한 채무자의 의도를 중시할 것이 아니라고 할 것인바, 원심이 확정된 사실에 의하면, 집달관이 그의 점유를 옮기고 압류표시를 한 다음, 피고인에게 보관을 명한 이권 물건들을 집달관이나 채권자 몰래 야간에 원래의 보관장소로부터 상당한 거리에 있는 다른 장소로 이동시킨 것이 분명하다 할 것이므로, 이러한 경우에는 설사 피고인이 집행을 면탈할 목적으로 위 물건들을 이동시킨 것이 아니라 하여도 집행을 현저히 곤란하게 한 경우에 해당한다 할 것임에도 원심이 원래 보관장소에서는 사업운영이 어려웠던 사정이 있었다는 점만으로 피고인의 위 소위에 대하여 무죄를 선고한 조치에는 공무상 표시무효행위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다”고 판시함으로써(대법원 1983. 8. 23. 선고 80도1545 판결), 이러한 경우 공무상 비밀표시무효죄를 인정하고 있다.

4. 채권자가 동산 양도담보부 공증이후 양도목적물을 임의 처분한 경우

가. 판례의 입장인 신탁적 소유권이전설에 의하면 동산양도담보의 경우는 대외적으로는 소유권이 채권자에게 이전하고 따라서 채권자로부터 그 담보물을 취득한 제3자는 선의, 악의를 불문하고 소유권을 취득하는 것으로 보아야 함은 앞서 본 바와 같다.

나. 다만, 위 신탁적 소유권이전설에 의하더라도 대내적 관계에서는 채무자가 여전히 소유권을 가지고 있으므로, 채권자가 점유개정이 아니라, 현실인도에 의해 양도담보 목적물인 동산을 점유하고 있거나, 점유개정에 의해 양도담보 설정계약을 체결한 이후 우연한 기회에 양도담보 목적물인 동산을 점유하게 된 경우에는 횡령죄의 주체인 타인 소유의 물건을 보관하는 자에 해당되므로, 채권자가 양도담보 목적물을 임의대로 처분하는 경우에는 횡령죄가 성립된다고 할 것이다.

대법원 또한 “채무자가 채무이행의 담보를 위하여 동산에 관한 양도담보계약을 체결하고 점유개정의 방법으로 여전히 그 동산을 점유하는 경우 그 계약이 채무의 담보를 위하여 양도의 형식을 취하였을 뿐이고 실질은 채무의 담보와 담보권실행의 청산절차를 주된 내용으로 하는 것이라면 별단의 사정이 없는 한 그 동산의 소유권은 여전히 채무자에게 남아 있고, 채권자는 단지 양도담보물권을 취득하는 데 지나지 않으므로

그 동산을 다른 사유에 의하여 보관하게 된 채권자는 타인 소유의 물건을 보관하는 자로서 횡령죄의 주체가 될 수 있다.”고 판시하거나(대법원 1989. 4. 11. 선고 88도906 판결 참조), “금전을 대여하면서 채무자로부터 그 담보로 동산을 교부받은 담보권자는 그 담보권의 범위 내에서 담보권을 행사할 수 있을 것인데, 담보권자가 담보목적물을 보관하고 있음을 기화로 실제의 피담보채권 이외에 자신의 제3자에 대한 기존의 채권까지 변제받을 의도로, 채무자인 담보제공자와의 소비대차 및 담보설정관계를 부정하고 그 담보목적물이 자신과 제3자 사이의 소비대차 및 담보설정계약에 따라 제공된 것으로서 실제의 피담보채권 외에 제3자에 대한 기존의 채권까지도 피담보채권에 포함되는 것이라고 주장하면서 그것까지 포함하여 변제가 이루어지지 아니할 경우 반환하지 않을 것임을 표명하다가 타인에게 담보목적물을 매각하거나 담보로 제공하여 피담보채무 이외의 채권까지도 변제충당한 경우에는 정당한 담보권의 행사라고 볼 수 없고, 위탁의 취지에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 권한 없이 그 재물을 자기의 소유인 것 같이 처분하는 것으로서 불법영득의 의사가 인정된다.”고 판시하였다(대법원 2007. 6. 14. 선고 2005도7880 판결).

다. 그러나 동산의 양도담보권자인 채권자가 채무자의 점유 아래 있는 담보목적물을 매각하고 목적물반환청구권을 양도한 다음 그 매수인으로 하여금 목적물을 취거하게 한 경우 절도죄에는 해당되지 않는다.

즉, 대법원은 “동산에 관하여 양도담보계약이 이루어지고 채권자가 점유개정의 방법으로 인도를 받았다면, 그 정산절차를 마치기 전이라도 양도담보권자인 채권자는 제3자에 대한 관계에 있어서는 담보목적물의 소유자로서 그 권리를 행사할 수 있다. 양도담보권자인 채권자가 제3자에게 담보목적물인 동산을 매각한 경우, 제3자는 채권자와 채무자 사이의 정산절차 종결 여부와 관계없이 양도담보 목적물을 인도받음으로써 소유권을 취득하게 되고, 양도담보의 설정자가 담보목적물을 점유하고 있는 경우에는 그 목적물의 인도는 채권자로부터 목적물반환청구권을 양도받는 방법으로도 가능하다. 채권자가 양도담보 목적물을 위와 같은 방법으로 제3자에게 처분하여 그 목적물의 소유권을 취득하게 한 다음 그 제3자로 하여금 그 목적물을 취거하게 한 경우, 그 제3자로서는 자기의 소유물을 취거한 것에 불과하므로, 채권자의 이 같은 행위는 절도죄를 구성하지 않는다.”라고 판시한 바 있다(대법원 2008. 11. 27. 선고 2006도4263 판결).

5. 채무자로부터 동산 양도담보 목적물인 정을 알면서 취득한 경우

채무자가 채권자에게 제공한 동산 양도담보 목적물을 타인에게 임의처분한 경우, 그 양수인이 비록 그러한 정을 알면서 이를 취득하였다고 하여도, 채무자가 배임죄에 의해 취득한 것은 재산상 이익일 뿐이고, 양도담보 목적물인 동산은 단지 배임행위에 제공된 물건에 지나지 않으므로, 양수인을 장물취득죄로 처벌할 수는 없다. 왜냐하면 장물취득죄란 장물을 취득함으로써 성립하나, 여기서 의미하는 장물이란 재물죄에 의하여 '영득한 재물'을 말하기 때문이다.

대법원 또한 “채무자가 채권자에게 양도담보로 제공한 물건(채고약품)을 임의로 타인에게 양도하는 행위는 배임죄에 해당하지만 그 물건은 배임행위에 제공한 물건이지 배임행위로 인하여 영득한 물건 자체는 아니므로 타인이 그러한 사정은 알면서 그 물건을 취득하였다고 하여도 장물취득죄로 처벌할 수 없다”는 취지로 판시한 바 있다(대법원 1983. 11. 8. 선고 82도2119 판결 참조).

다만, 양수인이 채무자로부터 동산 양도담보 목적물을 취득하면서 단순히 그러한 사정을 아는 정도를 넘어서 채무자의 배임행위를 교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 채무자와의 계약이 반사회적 법률행위에 해당하여 무효로 되는 경우와 같이 채무자의 배임행위에 적극 가담한 경우에는 배임죄의 교사범 또는 공동정범으로 처벌받을 수는 있다고 할 것이다.

Ⅶ. 동산채권담보법상의 동산담보권과의 관계

1. 서 설

동산이나 채권에 한 담보권을 등기에 의하여 공시하는 것을 내용으로 하는 동산채권담보법이 2010. 6. 10. 제정· 공포된 뒤 2012. 6. 11.부터 시행되고 있다.

동산담보에 관하여는 민법상 질권에 관한 규정이 있으나, 질권의 경우 질권설정자가 질물을 질권자에게 인도하여야 하므로, 질권설정자가 질권설정 이후에도 목적물을 계속해서 사용하고 수익하는 경우에는 서민금융의 담보수단으로 활용할 수가 없는 단점이 있다.

그리하여 양도담보 설정자가 양도담보 제공이후에도 양도담보물을 계속해서 점유, 사용수익 할 수 있는 점유개정에 의한 동산양도담보가 관습법상 인정되어, 중소기업이나 자영업자의 서민금융수단으로 주로 이용되고 있다. 다만, 이러한 점유개정에 의한 동산 양도담보의 경우에도 양도담보 설정자가 동일한 목적물을 제3자에게 다시 이중으로 담보설정하거나 제3자에게 처분을 할 수 있게 되어 거래의 안전을 해칠 수 있는 문제가 있다.

이러한 민법상 질권이나 관습법상의 점유개정에 의한 동산 양도담보의 문제점을 나름 보완하기 위하여 담보등기부에 등기를 하면 담보권이 성립하는 제도를 창설한 법이 위 동산채권담보법이고, 그 법에 의해 새로 창설된 담보권이 동산담보권이라고 할 것이다.

이하에서는 이러한 동산채권담보법상의 동산담보권의 주요내용을 간략히 살펴보고, 동산 양도담보부 공증과의 관계에 대해서 알아보려고 한다.

2. 동산담보권의 주요 내용

가. 동산채권담보법상의 동산담보권이란 담보약정에 따라 동산(여러 개의 동산 또는 장래에 취득할 동산을 포함한다)을 목적으로 등기한 담보권을 말한다(동법 제2조 제2호). 여기서 담보약정이란 양도담보 등 명목을 묻지 아니하고 이 법에 따라 동산을 담보로 제공하기로 하는 약정을 말한다(동법 제2조 제1호).

즉, 동산담보권이 성립하기 위하여는 당사자간의 동산담보권 설정에 관한 합의와 등기가 필요하다. 동법에 따라 담보를 제공하기로 약정을 한 것이면 “양도담보 등” 그 명칭에 관계없이 동법상 담보약정으로 보며, 당사자 사이에 질권, 양도담보, 소유권유보 부매매, 금융리스 등 기존 담보권에 관한 계약을 맺었다고 하더라도 동법에 따른 담보 등기를 한 경우에는 계약형식에 상관없이 동법상 동산담보권으로 취급한다.⁶¹⁾

나. 동법상의 담보등기는 인적 편성주의를 채택하여 담보권설정자별로 편제된다. 동산담보권의 존속기간은 5년을 초과할 수 없으나, 5년을 초과하지 않는 기간으로 이

61) 김형석 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률에 따른 동산담보권과 채권담보권」 서울대학교 법학 제52권 제3호 198페이지 참조.

를 갱신할 수 있으며(동법 제49조 제1항), 설정자와 담보권자는 존속기간을 갱신하려면 그 만료 전에 연장등기를 신청하여야 한다. 갱신의 횟수에는 제한이 없다. 또한 동법상 동산담보권 설정자는 법인(상사법인, 민법법인, 특별법에 따른 법인, 외국법인을 말함) 또는 상업등기법에 따라 상호등기를 한 사람만이 될 수 있다(동법 제3조 제1항).

동산담보권의 목적물은 개별동산은 물론이고, 여러 개의 동산(장래에 취득할 동산을 포함한다)이더라도 목적물의 종류, 보관장소, 수량을 정하거나 그 밖에 이와 유사한 방법으로 특정할 수 있는 경우에는 가능하다(동법 제3조 제2항). 따라서 유동집합동산도 그 목적물이 될 수 있다고 할 것이다. 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(동법 제3조 제3항 제1호), 화물상환증, 선화증권, 창고증권이 작성된 동산(동항 제2호), 무기명 채권증서 등 대통령령으로 정하는 증권(동항 제3호) 등은 동법에 따른 동산담보권을 설정할 수 없고(동법 제3조 제2항, 제3항 참조), 양도할 수 없는 동산에 대해서도 동산담보권을 설정할 수 없다(동법 제33조, 민법 제331조).

다. 동산담보권의 피담보채권은 금전채권이 보통이겠지만, 장래 손해배상채권으로 전환될 가능성이 있는 이상 금전채권이 아니라도 무방하며, 조건부 채권이나 장래의 채권도 가능하다.⁶²⁾ 동산담보권은 다른 약정이 없는 한 피담보채권의 원본, 이자, 위약금, 담보권실행의 비용, 담보목적물의 보존비용 및 채무불이행 또는 담보목적물의 흠으로 인한 손해배상의 채권을 담보한다(동법 제12조 참조).

라. 동산담보권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정할 수도 있으며(동법 제5조), 동산담보권의 효력은 그 목적물인 동산 뿐만 아니라, 법률에 다른 규정이나 다른 약정이 없는 한 담보목적물에 부합된 물건과 종물에 미치며(동법 제10조), 담보목적물에 대한 압류 또는 동법 제25조 제2항의 인도청구가 있는 후에는 담보권설정자가 그 담보목적물로부터 수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실에도 미친다(동법 제11조).

62) 김형석 전계 논문 204페이지 참조.

마. 동산담보권자는 그 담보목적물에 대하여 다른 채권자보다 자기채권을 우선변제 받을 권리가 있으며(동법 제8조), 다른 담보물권과 마찬가지로 부종성(동법 제33조, 민법 제369조), 수반성(동법 제13조), 불가분성(동법 제9조), 물상대위성(동법 제14조)을 가진다. 한편 동일한 동산에 대하여 다수의 동산담보권이 설정된 경우 그들 사이의 순위는 물권법상 우선주의에 의하고 있다. 즉, 동일한 동산에 설정된 동산담보권의 순위는 등기의 순서에 따르고(동법 제7조 제2항), 동일한 동산에 대하여 담보등기부의 등기와 인도가 행하여진 경우에 그에 따른 권리의 순위는 법률에 다른 규정이 없으면 그 선후에 따른다(동법 제7조 제3항).

바. 담보목적물의 점유 및 사용수익 관계는 담보약정에 의해 정해진다. 동산 담보의 특성상 점유 및 사용수익은 설정자가 하는 것이 일반적이겠지만, 당사들 사이의 약정으로 담보권자가 점유할 수도 있다(동법 제18조 제2항, 제25조 등 참조).

사. 동산담보권의 실행은 경매가 원칙이지만(동법 제21조 제1항), 정당한 이유가 있는 경우에는 사적 실행으로 담보권자가 담보목적물을 직접 변제에 충당하는 귀속청산과 담보목적물을 매각하여 그 대금을 변제에 충당하는 처분청산이 모두 인정되며(동법 제21조 제2항), 동산담보권 실행에 관하여 당사자들이 사전에 약정을 하는 유담보약정도 허용된다. 즉, 담보권자와 담보권설정자는 법률이 정하는 실행절차와 다른 내용의 약정을 할 수 있다(동법 제31조 제1항 본문). 다만 담보권자의 통지의무 및 청산기간(동법 제23조 제1항)을 배제하는 유담보 약정은 효력이 없다(동법 제31조 제1항 단서).

아. 담보권자는 담보목적물로부터 변제를 받지 못한 채권이 있는 경우에만 채무자의 다른 재산으로부터 변제를 받을 수 있다(동법 제15조 제1항), 담보권자가 담보의 존재에도 불구하고 채무자의 일반재산에 먼저 집행을 함으로써 일반채권자를 해하는 결과를 예방하기 위한 규정이다.⁶³⁾ 그러므로 담보권자가 채무자의 일반재산에 집행을 하는 때에는 채무자의 채권자는 집행에 대해 이의를 신청할 수 있다(민사집행법 제16조).

63) 앞서 본 바와 같이 동산 양도담보부 공증의 경우에는 양도담보로서의 효력외에도 공정증서(집행증서)로서의 효력도 가지고 있으므로, 채무자의 일반재산에 먼저 집행할 수 있다는 점에서 단순한 담보물권인 동산담보권과는 차이가 있다.

다만 담보목적물보다 먼저 다른 재산을 대상으로 하여 배당이 실시되는 경우에는 그러하지 아니하며, 그 경우 다른 채권자는 담보권자에게 그 배당금액의 공탁을 청구할 수 있다(동법 제15조 제2항 참조).

3. 동산담보권과의 관계

가. 동산담보권과의 병존

(1) 그런데 동법에 따라 창설된 새로운 동산담보권은 기존에 활용되던 질권이나 양도담보에는 영향을 주는 것은 아니다. 즉 새로운 담보권에 의해 질권이나 양도담보가 폐지되는 것은 아니어서 모두 병존하고 있으며,⁶⁴⁾ 어느 한 쪽에 우선적인 지위가 부여되는 것도 아니다.

그러므로 당사자들은 선택에 따라 기존의 양도담보를 채택할 수도 있고, 새로운 동산담보권을 설정할 수도 있다.

(2) 한편 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 한다는 견해⁶⁵⁾와 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 없다는 견해가 있다.⁶⁶⁾

즉, 동일한 당사자 사이에 동산 양도담보부 공증을 한 이후, 다시 동산채권담보법에

64) 입법정책적으로는 동산·채권 등에 등기담보권을 도입한 이상 기존의 담보제도를 폐지하는 것이 바람직하다는 지적도 있었으나, 이는 거래 계에서 급격한 변화를 초래할 것이므로 보다 온건한 접근방법을 채택한 것이라고 한다(김재형, 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」 제정안의 구성과 내용, 법조, 제638호, 2009, 6페이지 이하 참조).

65) 안형준, 동산 채권 등의 담보에 관한 법률, 법무부, 2010, 3면 이하 참조.

66) 김형석, 위 전계논문 195페이지 참조.

따른 동산담보권을 설정한 경우 위 어떤 견해에 따르더라도 양도담보는 효력이 없고, 동산담보권만 유효하게 된다. 당사자의 의사해석상 후자의 견해가 타당하다고 본다. 다만 이 경우에도 양도담보는 무효가 되더라도 동산 양도담보부 공증은 이중효를 지니므로, 집행증서로서의 효력은 여전히 남아있다고 할 것이다.

(3) 그러나 이와 반대의 경우는 어떠한가. 동일한 당사자 사이에 동산담보권을 설정한 이후 다시 동산 양도담보부 공증을 한 경우에는 당사자의 의사해석상 기존의 동산담보권을 해소하고, 양도담보와 공정증서로서의 이중효를 가지는 동산 양도담보부 공증을 한 경우라고 봄이 타당할 것이다.

나. 동산담보권과의 경합

양도담보 설정자가 양도담보권자에게 동산 양도담보를 제공한 이후 제3자에게 다시 동산담보권을 설정해 준 경우 양도담보권이 유효하게 성립된 이상 동산담보권은 무효로 보아야 하고, 이와 반대로 동산담보권이 양도담보권보다 먼저 설정된 경우에는 동산담보권의 부담이 있는 양도담보권이 성립된 것으로 보아야 함은 앞서 본 바와 같다 [V. 2. 바. (2) 참조].

다만 양도담보 설정자가 장래 취득할 동산과 관련하여 양도담보를 설정해 준 이후 제3자에게 다시 동산담보권을 설정한 경우에는 어떠한가. 이 경우에도 나중에 설정자가 동산의 소유권을 취득한 순간 사전점유개정의 효력으로 소유권은 양도담보권자에게 이전한다고 할 것이어서⁶⁷⁾ 동산담보권은 성립하지 않는다는 견해가 있다. 설정자가 동산의 소유권을 취득하는 순간 양도담보를 위한 소유권 양도와 담보권 설정행위가 동시에 경합하지만, 물권법상 우선주의에 따라 전자가 우선하는 것이다.⁶⁸⁾

다. 동산담보권의 문제점

67) 양창수, “내용이 변동하는 집합적 동산의 양도담보와 그 산출물에 대한 효력”, 민법연구, 제5권, 1992 418페이지 참조.

68) 김형석 위 전계논문 202페이지 참조.

동산담보권이 기존의 양도담보에 비하여 담보권 설정자가 그 가치를 순위로 분할하여 담보권 설정을 할 수 있어 가치활용을 높일 수 있고, 담보목적물의 이해관계를 담보등기부 열람을 통해 담보권의 존재 및 내용을 쉽게 파악할 수 있으므로 법률관계가 명확해지는 장점이 있다.

그러나 동산담보권에 대해서는 기존의 양도담보와 비교하여 다음과 같은 문제점이 지적된다.

첫째, 동산담보등기부는 담보권의 득실변경만을 기재할 뿐, 담보목적물의 소유권의 득실변경은 등기사항이 아니고, 선의취득에 의해 매수인은 담보권으로부터 자유로운 소유권을 취득할 수 있어 기존의 양도담보와 같은 거래의 안전문제가 여전히 남아있다고 한다.⁶⁹⁾

둘째, 동산담보권이 채권자의 입장에서 종래 양도담보와 비교할 때 반드시 유리한 담보제도인지 여부에 대해서는 이를 쉽게 긍정할 수 없다는 견해⁷⁰⁾가 있다.

즉, 채권자가 양도담보를 설정받는 경우와 비교할 때 동산담보권에서는 후순위권리자가 등장할 수 있어 신용관계가 예상보다 일찍 중단되는 불이익이 발생할 수 있고, 동산담보권이 공시가 된다고 하더라도 선의취득으로 소멸할 가능성이 배제되는 것도 아니며(동법 제32조), 또한 담보등기부는 중국적인 권리관계를 공시하는 것이 아니라 그 확인을 간이하게 하는 것뿐이므로, 집합동산담보에서 발생하였던 고유한 문제들은 동산담보권에서도 여전히 나타난다고 한다.

또한 설정자의 입장에서도 동산담보권보다 양도담보가 더 유리한 경우를 상정할 수 있는데, 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 수 있다고 한다.

따라서 위 견해에 의하면 동산담보권은 다른 이해관계인에 대해서는 일정한 법률관계의 명확화를 가능하게 하지만, 설정자와 담보권자의 이익이라는 관점에서 살펴볼 때 종래 양도담보에 비하여 반드시 유리한 담보권이라는 평가를 내릴 수는 없다고 한다.

69) 최중우, 동산채권을 활용한 새로운 담보제도 개요 참조.

70) 김형석, 전계논문 240페이지 이하 참조.

특히 후순위권리자를 배제할 담보권자의 이익과 일반채권자의 집행을 회피할 설정자의 이익이 만나는 경우에는 오히려 여전히 양도담보를 선호할 가능성도 배제할 수 없다고 한다.

라. 소결

동산담보권이 기존의 양도담보의 문제점을 보완하기 위해 등장한 제도이기는 하나, 위와 같은 거래안전의 문제가 여전히 남아 있고, 양도담보 설정자나 양도담보권자에게 반드시 유리한 제도라고 단언하기도 어려운 면이 있다.

한편 동산 양도담보부 공증의 경우에는 양도담보로서의 효력뿐만 아니라 집행증서인 공정증서로서의 효력도 동시에 지니고 있다. 이에 따라 동산 양도담보부 공증을 한 후 그 집행을 하는 경우 실무상 거의 담보권실행의 방법이 아닌 강제집행 방법을 따르고 있다.⁷¹⁾ 즉, 동산 양도담보부 공증을 한 경우 채권자로서는 양도담보권자로서 나중에 공정성에 의심을 받을 수 있는 담보권실행의 절차보다는 집행증서의 채권자로서 강제집행 절차를 선택하는 것이 집행단계에서의 또 다른 시비에 휘말리는 것을 피할 수 있는 면이 있기 때문일 것이다.

동산 양도담보부 공증은 위와 같은 이중효라는 장점⁷²⁾으로 인하여 위 동산채권담보법이 시행된 이후에도 여전히 실무상 중요한 역할을 하고 있다. 이는 동산 양도담보에 대한 법리가 그 동안 오랜 세월을 걸쳐 수많은 판례에 의해 안정적으로 정착한 반면, 아직 동산담보권 제도가 위와 같은 문제점 등으로 인하여 널리 정착하지 못한 것도 그 이유중의 하나일 것이다.

따라서 채권자나 채무자의 입장에서는 구체적인 상황에 따라 동산담보권이나 동산 양도담보 또는 동산 양도담보부 공증을 적절히 잘 선택하여 자신의 이익을 도모하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 이것이 동산담보권이라는 새로운 담보제도를 창설하면

71) 이경희·김광수, 집합동산의 등기에 의한 담보권에 관한 연구, 충남대학교 법학연구 제26권 제2호, 2015. 114페이지 참조.

72) 이러한 이중효로 인해 동산 양도담보부 공증을 한 채권자는 양도담보권자로서의 지위와 집행증서의 채권자로서의 지위를 동시에 가지게 되므로, 단순한 동산 양도담보권자나 동산담보권자보다 유리한 면이 있다고 할 것이다.

서도 관습법상 인정되어 온 동산 양도담보라는 제도를 그와 병존시키는 이유이기도 할 것이다.

VIII. 결 론

본고에서는 위와 같이 동산 양도담보부 공증에 대하여 실무상 촉탁인이나 실무담당자가 궁금해 하는 내용을 중심으로 동산 양도담보부 공증의 전반적인 내용에 대해 살펴 보았다.

동산 양도담보부 공증이 실무상 그 동안 자주 이용되어 왔음에도 불구하고, 아직까지 이에 대한 자세한 설명이나 논의가 매우 부족한 실정이다.

또한 관습법상 인정되어 오던 동산 양도담보의 문제점을 보완하기 위해 동산채권담보법상의 동산담보권이라는 새로운 담보제도가 시행되었으나, 동산담보권 또한 거래의 안전등과 관련하여 만족할 만한 동산 양도담보의 대안으로 보기는 어려운 면이 있다. 반면 동산 양도담보는 오랜 세월에 걸쳐 판례에 의하여 안정적으로 정착한 제도이다. 동산 양도담보는 위 동산담보권의 등장에도 불구하고 아직까지도 실무상 서민금융의 수단으로서 중요한 역할과 기능을 하고 있는 것으로 보인다.

위 동산담보권이라는 제도가 시행된 지 수년이 지난 현재에도 실무상 여러 가지 이유로 동산 양도담보부 공증이 많이 행해지고 있는 점만 봐도 동산 양도담보와 동산 양도담보부 공증의 역할이나 기능을 무시할 수 없음을 알 수 있다.

따라서 앞으로 동산 양도담보부 공증에 대하여 더 많은 논의가 이루어져야 한다고 본다. 본고가 위와 같은 논의에 출발점을 제시할 수 있었으면 한다.

[참고문헌]

대한공증인협회, 공증실무 2004.

대한공증인협회, 공증실무 개정판 2013.

신정식, 공증인법개설, 수정증보판, 2017.

이경희·김광수, 집합동산의 등기에 관한 담보권에 관한 연구, 충남대학교 법학연구 제26권 제2호, 2015.

최경진, 유동집합동산 양도담보의 구성물을 둘러싼 법률관계에 관한 기존 논의의재검토, 비교 사법 제 22권 4호, 2015.

오시정, 유체동산을 대상으로 양도담보권과 다른담보권이 경합하는 경우의 효력, 금융실무정보.

양창수, 내용이 변동하는 집합적 동산의 양도담보와 그 산출물에 대한 효력, 민법연구, 제5권, 1992.

최중우, 동산채권을 활용한 새로운 담보제도 개요.

김재형, 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」 제정안의 구성과 내용, 법조, 제638호, 2009.

안형준, 동산 채권 등의 담보에 관한 법률, 법무부, 2010.

김형석, 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 동산담보권과 채권담보권, 서울대학교 법학 제52 권 제3호, 2011.

손동권, 양도담보물을 임의 처분한 경우의 형사책임, 형사정책연구 제20권 제1호, 2009.

김덕중, 『동산 양도담보와 형사책임』 법학연구 36, 2012. 12.

김준호, 민법강의, 신정3판, 2003.

메디칼 읍져버, 리스차의 담보제공, 2011. 01. 10. 