

프랑스법상 재고질권 및 영업질권제도*

조 인 영**

〈국문초록〉

프랑스와 우리나라는 모두 영미식의 단일담보제도를 채택하지 않는 대신 전통적인 질권을 보완하는 각종 특별 동산담보제도를 통해 동산을 금융수단으로 활용할 수 있도록 하고 있다. 프랑스에서도 2006년 담보법 개정 당시 영미식 제도를 채택할 것인지 여부가 논의된 바 있으나, 결국 종래의 담보체계를 유지하되, 재고질권과 영업질권 제도를 상법에 규정하여 다양한 동산담보 제도를 활용할 수 있도록 하였으며, 이는 중소기업에 위한 담보수단으로 활발히 이용되고 있다. 이 중 재고질권은 금융기관이 기업의 재료, 반제품, 부산품과 완제품 등을 일괄하여 담보로 삼을 수 있도록 하는 것으로서 점유를 이전하거나 또는 이전하지 않고도 등기함으로써 제3자에게 대항할 수 있도록 하는 것이며, 프랑스법은 담보물의 가치 감소로 인한 담보물의 보충, 기한도래 등에 관하여 상세한 규정을 두어 비점유질권으로 인한 채권자 지위의 불안정성을 상쇄하도록 하고 있다. 영업질권은 영업재산의 소유자가 고객관계(clientèle)를 요체로 하는 영업재산을 담보로 활용할 수 있도록 하는 것으로서, 임차권, 상호, 지적재산권 등을 포함하는 영업재산을 그 목적물로 한다. 영업질권자는 등기순서에 따라 우선변제권을 가질 뿐 아니라, 영업에 대한 관여권, 추급권, 개별 재산에 대한 채권자의 경매신청시 영업의 포괄매각 청구권 등을 통해 그 권리를 확보할 수 있다. 우리나라에서도 민법상의 통상 질권 외에 집합동산양도담보, 공장재단, 동산담보등기 등의 특별담보제도가 존재하나, 아직 그 이용은 저조한 편이다. 제도적인 측면만 보자면 우리나라 법제가 프랑스에 비해 특별히 부족하거나 미비하다고 보기는 어려우나, 결국 실무적인 동산담보 평가 인프라나 동산 매각 시장의 부족 등이 프랑스와 달리 동산담보가 활성화되지 않는 장애 요인이라고 생각된다. 향후 이러한 부분의 개선을 위한 시장의 노력을 지켜볼 필요가 있을 것이다.

주제어 : 재고질권, 영업질권, 동산담보, 동산·채권 등의 담보에 관한 법률, 담보등기

• 투고일 : 2021.7.9. / 심사일 : 2021.7.25. / 게재확정일 : 2021.7.25.

* 본 논문 중 II항 및 IV항 일부는 사단법인 한국민사집행법학회, “일괄담보권 집행방법에 대한 해외 법제도 연구”, 법무부 정책연구용역, 2020. 12. 중 필자가 집필한 부분(프랑스에서의 일괄담보 관련 논의 및 유사제도, pp.27-51)을 수정·보완한 것이다.

** 연세대학교 법학전문대학원 부교수

I. 서론

종래 우리나라에서의 담보는 보증과 같은 인적 담보나, 등기와 공시가 용이한 부동산 담보를 위주로 발전해 왔다. 동산 및 채권에 관해서는 질권 또는 양도담보 방식의 담보를 이용할 수 있으나, 전자는 질권자가 목적물을 점유해야 한다는 점유질 원칙 때문에, 후자는 공시의 불완전성 때문에 그 활용이 한정적이었다.¹⁾ 이러한 문제점을 해결하기 위하여 ‘동산·채권 등의 담보에 관한 법률’이 2010년 제정되었으나, 그로부터 10여년이 지난 현재까지도 위 법률에 따른 동산 및 채권 담보의 활용도는 저조한 편이다.²⁾ 이에 동산·채권·지식재산권 등에 대한 담보제도를 활성화하기 위하여 종류가 다른 두 가지 이상의 담보목적에 대해 담보권을 설정할 수 있도록 하는 일괄담보제도의 필요성이 논의되고 있고, 2019년 일괄담보제도를 신설하는 내용의 ‘동산·채권 등의 담보에 관한 법률’ 개정안이 발의되기도 하였으나, 집행상의 난점 등을 이유로 아직 현실화되지 못하고 있다.

프랑스에서도 일괄담보 형태의 담보제도는 존재하지 아니한다.³⁾ 프랑스에서도 2006년 담보법 개정 당시 미국이나 영국과 같이 담보제도를 security interest라는 단일한 방식으로 통일할 것인지 여부에 관한 논의가 이루어졌으나, 프랑스 담보법이나 과산법 체계와 조화를 이루기 어렵다는 이유로 이를 받아들이지 아니하였다.⁴⁾ 대신 프랑스에서는 담보법을 현대화·체계화하고, 점유질권 뿐 아니라 비점유질권도 인정하는 등 보다 유연한 방식으로 담보권을 운용하기 위한 제도적 개혁을 단행하였다.⁵⁾ 동시에 프랑스에서는 채고질권(le

1) 김형석, “동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 동산담보권과 채권담보권”, 서울대학교 법학 제52권 제3호(2011. 9.), 서울대학교 법학연구소, 192면

2) 이동진, “동산·채권 등 등기담보, 일괄담보, 기업담보”, 법률신문, 2020. 9. 28.

3) 이러한 점에서 Floating charge나 debenture, 또는 Blanket security와 같이 이중 재산 전부 또는 다수에 관한 일괄담보를 인정하는 영미법계의 담보제도와 차이가 있다. Samir Berlat 외 7인, “Credit support, collateral and creditors’ committees-leveraged finance deals in France”, European Leveraged Finance Alert Series : Issue 2, 2018, p.2; Ryan Bekkerus, Alexandra Kaplan and Marisa Stavenas(ed), 「Acquisition Finance 2015」, Law business Research, 2015 중 프랑스 편(by Arnaud Fromion, Frédéric Guilloux and Adrien PaturaudShearman & Sterling LLP)

4) 김현진, 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률연구 : 주요 내용과 현대화의 과제」, 서울대학교 박사학위논문(2011), 104면; 유창호, “2006년 프랑스 담보법개정의 내용과 시사점”, 법조 제628권(2009. 1.), 한국법학원, 156면

5) 2006년 담보법 개혁으로 변경된 내용 중에는 자동차질권제도도 포함된다. 남효순, “프랑스 민법상 자동차질권의 설정과 실행-우리나라의 자동차인도명령 제도에 대한 시사점-”, 서울대학교 법학 제56권 2호(2015. 6.), 서울대학교 법학연구소 참조.

gage des stocks), 영업질권(nantissement du fonds de commerce), 생산수단 및 생산설비질권(gage d'outillage ou du matériel d'équipement) 등 영업을 구성하는 동산 내지 채권의 유기적 결합체를 한꺼번에 담보목적으로 하는 다양한 특별 담보제도를 통하여 동산의 비중이 높은 중소기업들에게 영업자금 확보 기회를 제공하고 있으며, 2015. 8. 6.에는 소위 '마크롱법'⁶⁾이라고 불리는 경제개혁법안에 의해 그 내용이 일부 수정·보완되기도 하였다.

이처럼 단일한 일괄담보제도를 채택하지 않으면서도 다양한 형태로 동산을 담보 목적으로 활용할 수 있도록 하는 프랑스의 각종 제도들은, 아직 일괄담보제도가 도입되지 아니한 우리나라에도 시사점을 줄 수 있고, 향후 일괄담보제도 도입시 그 집행 과정에도 참고가 될 수 있다. 따라서 이하에서는 그 중 재고질권, 영업질권제도에 대해 살펴보되, 이해의 편의를 위하여 먼저 프랑스 담보법 개정 후 전체적인 담보법 체계와 개정과정에서의 재고질권에 관한 논의를 개략적으로 살펴보고(II), 이후 각 제도의 요건과 효과(III, IV)를 검토한 뒤, 우리 담보법제와의 비교점과 시사점(V)을 논하는 것으로 논의를 마무리하고자 한다.

II. 프랑스 담보법상 질권제도의 개요 및 개정 과정

고대 로마법의 “pignus(저당)” 제도로부터 발전한 질권제도는 1804년 나폴레옹 민법전 제정 이래 프랑스의 동산 담보법제 중 가장 중요한 유형이었다.⁷⁾ 종래 프랑스에서의 질권 계약은 프랑스민법 제2071조와 2072조에 의하여 규율되었고, 유체물에는 ‘gage’, 무체물에는 ‘antichrèse’라는 용어를 사용하였다. 그러나 채권자에게 점유를 이전할 것을 요건으로 하는 종래의 질권제도는 우리나라에서와 마찬가지로 채무자가 목적물을 더 이상 이용할 수 없게 되는 단점이 있었다. 이에 19세기와 20세기에 들어서면서 점유를 이전하지 않고도 담보로

6) 본래 범명은 ‘경제적 기회의 성장, 활동 및 평등을 위한 법률(La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques)’로, 친기업·친시장적인 정책을 추진하기 위한 개혁적 조치들이 다수 포함되어 있어 프랑스에서 논란의 대상이 되었다; 프랑스의 담보법 개정과정과 담보체계 일반에 대해서는, Dominique Legeais, “Synthèse - Garanties du crédit”, JurisClasseur Commercial, 2020. 1. 1. 참조.

7) Dominique Legeais, “Art. 2333 à 2336 -Fasc. unique : Gage de meuble corporels - Droit commun. Constitution”, JurisClasseur Civil Code, 2013. 6. 24., no 1.

활용할 수 있는 비점유 질권으로서 생산수단 및 생산설비질권(nantissement du matériel et outillage, 이하 ‘생산수단·설비질권’이라 한다), 영업질권(nantissement du fonds de commerce), 독립보증(les warrants) 또는 자동차질권(le gage du vendeur à crédit d'automobile) 등의 특별 질권제도가 발전하게 되었고,⁸⁾ 새로운 담보법리를 법조문에 반영할 필요성 또한 증가하게 되었다.⁹⁾

이후 프랑스에서는 나폴레옹 민법전 제정 200주년이 되던 2003년에 담보법을 전면개정하기로 하고, 그리말디(Grimaldi) 교수를 위원장으로 하는 담보법 개정 작업그룹을 편성하여 그에 관한 대대적인 논의를 진행하였다. 위 개정과정에서 입법정책상 제기되었던 중요한 문제 중 하나가 미국의 UCC(Uniform Commercial Code) 제9조와 유사한 단일 담보제도를 택할 것인지 아니면 복수의 담보권이 특징인 프랑스식 시스템을 고수할 것인지의 문제였다. 미국식 제도는 모든 담보를 동일한 공시방법과 효과에 따라 규율하므로 상대적으로 그 규율이 간명하지만, 미국식 담보제도를 도입하기 위해서는 채권자에게 보다 유리한 미국의 고유한 법제와 미국식의 파산절차를 함께 고려해야 하는데, 프랑스의 파산법제를 개정하지 않는 이상 미국식 방식을 채택하는 것은 채권자의 우선특권을 과도하게 축소시킬 것이라는 점에서 그에 대한 우려가 제기되었다.¹⁰⁾ 결국 담보법개정작업그룹은 단일한 담보권은 프랑스 민법 기본원리와 조화를 이루지 못하고 다양한 담보권자 사이에 존재하는 갈등을 일거에 해결하는 수단을 제시하지 못한다는 이유로 단일한 담보권을 채택하지 아니하고 복수의 담보권을 유지하되,¹¹⁾ 종래의 담보체제를 대폭 개정하기로 하였다.

그리하여 결국 2005. 3. 28. 민법에 담보와 관련된 제4편을 신설하는 것을 골자로 하는 보고서(그리말디 보고서)가 마련되었고, 이를 토대로 2006. 3. 23. 자 오르도낭스 제2006-346호에 의하여 민법상의 담보 관련 내용이 대폭 개정되었다. 먼저 2006년 민법 개정과정에서는, 질권에 관한 종래의 변화를 반영하고 담보법제를 통일적으로 규율하기 위하여, 점유이전을 요하지 않는 비점유질권에 관한 일반적인 조항을 신설하고, 유체동산에 관한 질권을 gage, 무체동산에 관한 질권을 nantissement으로 그 용어를 통일하였다. 또한 담보물의 범위

8) Christophe Albiges et Marie-Pierre Dumont-Lefrand, 『Droit des Sûretés』, Dalloz, 2017, p.311

9) Dominique Legeais, 각주 7), n° 1-3.

10) Yves Picod et Pierre Crocq, 『Le Droit Des Sûretés à L'épreuve Des Réformes』, Édition juridiques et techniques, Paris, 2006, p.17

11) 김현진, 각주 4), 104면; 유창호, 각주 4), 156면; Yves Picod et Pierre Crocq, ibid, p.17; Dominique Legeais, 각주 7), no 3.

에 관하여서도 현재 및 장래의 재고자산 등을 포괄하는 유동집합동산(민법 제2333조 내지 제2350조)과 현재 및 장래의 물건에 대한 소유권유보부 담보권을 인정하였고(민법 제2367조 내지 제2372조), 회사가 보유하는 재산, 권리, 담보권에 관하여 신탁계약을 체결하고 그 신탁재산을 담보로 금융을 조달할 수 있도록 하는 담보신탁(fiducie-sûreté) 제도를 도입하였다(민법 제2011조 내지 제2031조).¹²⁾

그러나 프랑스 민법의 담보법 개정과정에서도 몇 가지 특별 질권(gages spéciaux)은 민법에 통합되지 않고 프랑스상법(이하 ‘상법’이라고만 한다) 등에서 별도로 규정하고 있는데, 재고질권, 영업질권, 생산수단·설비질권 등이 그 예이다. 이하 개정 프랑스법에 따른 담보제도를 유형 및 자산별로 대표적인 것을 중심으로 도식화해 보면 아래와 같다.¹³⁾¹⁴⁾

12) 제철웅, “동산 및 채권 담보 제도의 개선방향 : 특정성 또는 특정가능성 원칙의 선택”, 인 권과 정의 제392권(2009. 4.), 대한변호사협회, 28-29면.

13) 이하의 도식화는 Yve Picod, 『Droit des sûretés(2^e édition)』, Thémis droit, 2011; Marc Mignot, 『Droit des sûretés』, Montchrestien, 2010; Michel Cabrillac et al, 『Droit des sûretés(10^e édition)』, LexisNexis, 2015; Christophe Albies et Marie-Pierre Duont-Lefrand, 각주 8); 알랭 구리오(남효순 번역), “무체재산에 대한 담보물권(새로운 재산)”, 저스티스 통권 제141호, 한국법학원(2014) 등의 분류를 참조로 하여 대표적인 것 위주로만 도식화한 것이다.

14) 참고로, 이하 유형별 분류와 관련하여, 프랑스법상 부동산의 개념은 우리 민법에서의 부동산 개념과 차이가 있으므로 주의할 필요가 있다. 프랑스에서는 실질적으로는 동산이지만 물질적인 또는 기능적인 이유로 부동산으로 취급하는 것을 ‘용도에 의한 부동산’이라고 하여 부동산의 일종으로 본다(동산의 부동산화). 이른바 부동산의 부속물로서, i) 토지 소유자가 경작을 위하여 임차인에게 제공한 동물로서 토지와 연관이 있는 것(제522조), ii) 가옥 기타 부동산을 끌어오는데 사용되는 수도관(제523조), iii) 토지소유자가 토지의 이용 및 경영을 위하여 토지에 설치한 동산(제524조), iv) 석고, 석회, 시멘트에 의하여 토지에 부착된 동산 또는 동산이 부착된 토지를 파괴 또는 훼손하지 아니하면 동산을 토지로부터 분리할 수 없는 것(제525조) 등이 이에 해당한다. 이러한 재산들은 ‘용도에 의한 부동산’으로, 영업질권 대상이 될 수 없고, 저당권의 목적물이 될 수 있을 뿐이다. 반면, 성질상으로는 부동산이지만 장차 토지로부터 분리가 예정되어 있어 동산으로 취급되는 부동산은 ‘용도에 의한 동산’이라고 하여 동산의 일종으로 본다(부동산의 동산화). 수확예정 농작물 또는 미수확 농작물, 벌채 예정인 산림, 채석장의 예정산출물, 건물의 철거 예정물 등이 이에 해당한다. 이는 토지에 고착되어 있지만 프랑스법상 동산에 해당하므로 영업질권의 목적물이 될 수 있다. 남효순, “프랑스민법상 무체동산질권”, 서울대학교 법학 제55권 제3호(2014. 9.), 서울대학교 법학연구소, 166면 이하 및 파기원 청원부 1913. 1. 12. 판결 등 참조.

인적담보 (Les sûreté personnelles)	<ul style="list-style-type: none"> ● 보증(cautionnement, 프랑스민법, 이하 민법은 법명 생략, 제2288조 내지 2320조) ● 독립적 보증(garantie autonome, 제2321조) ● 협력장(lettre d'intention, 제2321조) 			
물적담보 (Les sûreté réelles)	동산	유체 동산	질권 (gages)	일반 동산(제2387 내지 2392조)
				자동차(제2351 내지 2353조)
				재고자산(gage des stocks, 상법 제L527-1조 이하)
				상사 질권(상법 제L521-1 내지 521-3조)
				상품 보증(warrant de marchandises, 상법 제L522-24 내지 제L522-37조)
				각종 특별 보증 •농산물, 농기구 등 (warrant agricole, 농업법 Code rural 제L342-1 내지 제L342-17조) •호텔재산(warrant hôtelier, 상법 제L523-1 내지 제L523-15조) •유류(warrant pétrolier, 상법 제L524-1 내지 제L524-21조) 등
				생산수단·설비(gage du matériel et de l'outillage, 상법 제L525-1 내지 제L525-20조)
		무체 동산	질권 (nantissement)	채권 • 일반채권(제2355 내지 2366조) • 예금채권(제2360조)
				계좌증서(compte-titres) ¹⁵⁾ (통화금융법전 Code monétaire et financier, L211-1조)
				회사 지분(parts sociales, 제1866조) •민사회사 지분(parts de sociétés civiles, 제1866조) •상사회사 지분(parts de sociétés commerciales, 제2355조)
				생명보험계약(policies d'assurance-vie, 보험법전 제L132-20조)
				영업재산(nantissement du fonds de commerce, du artisanal, du agricole, 상법 제L142-1조 내지 제L142-5조, 농업법전 Code rural 제L311-3조)
				지적재산권 •산업재산권(2355조, 지적재산권법전 Code de la propriété intellectuelle 제L613-9조 등) •저작권 -소프트웨어이용권(지적재산권법전 L132-34조, R132-8조) -영화필름(영화·만화영화법전 Code du cinéma et de l'image animée, 제L124-1조 내지 L124-4조, 영화산업법 Code de 'industrie cinématographique 제3조)

	부동산	<ul style="list-style-type: none"> ● 부동산질권(gage immobilier, 2387 내지 2392조) ● 저당권(hypothèques, 제2393 내지 2425조)
	기타 (동산 및 부동산 공통)	<ul style="list-style-type: none"> ● 소유권유보(réserve de propriété, 2367, 2373조) ● 리스(crédit-bail, 상법 L515-2조) ● 환매권부 매도(vente à réméré, 1659조) ● 담보신탁(fiducie-sûreté, 제2018, 2372조의 2, 2488조의 2) ● 유치권(le droit de rétention, 2286, 2391조)

III. 재고질권(Gages des stocks) 제도

1. 재고질권의 의의 및 성립과정

재고질권은 프랑스 상법(이하 ‘상법’이라고만 한다) 제5권의 담보(Livre V, Titre II Des garanties)에 관한 제2편 중 7장 ‘재고자산에 관한 질권(Du gages des stocks, 이 글에서는 전술한 바와 같이 ‘재고질권’이라고만 한다)에 규정되어 있다. 상법 제L527-1조에 의하면, 재고질권이란 사단법인(personne morale de droit privé) 또는 개인이 그의 직업적 활동을 영위하는데 필요한 신용을 제공해 주기로 한 은행 또는 금융기관에 다른 채권자들보다 우선하여 재고자산으로 변제받을 우선특권(préférence)을 부여하기로 하는 합의를 말한다(동조 제1항).

프랑스 상법의 재고질권은 개정 프랑스 담보법이 개정된 2006. 3. 23. 처음으로 규정되었다. 종래 프랑스에서 점유이전을 질권의 성립요건으로 한 것은 고리대금업자로부터 질권설정자를 보호하기 위한 것이었다. 그러나 오히려 그러한 엄격한 성립요건이 질권을 설정하여 금융이익을 얻고자 하는 채무자의 이익을 침해하는 것으로 여겨지면서, 민법 개정위원회는 보다 융통성과 실효성이 있는 담보제도를 도입하고자 하였다. 그 결과 점유이전 여부를 당사자의 자발적인 의사에 따르도록 하는 내용으로 민법이 개정되었고, 상법에 재고자산에 관한 질권이 창설되었는데, 이러한 논의와 개정의 흐름상 재고자산에 관한 질권이 민법이 아닌 상법에 규정되어 있는 것은 잘못된 것이라는 비판적인 견해도 존재한다.¹⁶⁾

15) 프랑스에서는 1981년 유가증권을 무형화하여 모든 유가증권을 계좌로 등록하도록 하고 있다. 이에 따라 유가증권질권은 예금채권질권으로 변경되었다고 볼 수 있다. 알랭 구리오, 각주 13), 241면.

이처럼 병렬적인 체계상 동일한 물건에 대하여 상법상의 재고질권뿐 아니라 민법상의 통상 질권을 이용하는 것도 가능한데, 재고질권은 통상질권에 비해 성립 요건이 엄격하고 유질계약이 금지되기 때문에 그 이용은 제한적이었다.¹⁷⁾ 한편, 개정 전 프랑스민법은 점유를 이전하는 방식의 질권만을 인정하고 있었으나, 개정 후 프랑스 민법은 통상적인 질권의 경우 종래와 같이 점유를 이전하는 방식으로 하거나, 점유이전 없이도 합의만으로 성립할 수 있도록 하고 있어서, 재고질권의 경우에도 점유를 이전하는 방식 혹은 점유를 이전하지 않는 방식의 양자 중 어느 하나를 택일하여 설정하는 것이 가능한지, 혹은 재고질권은 민법의 특별 규정으로서 점유를 이전하지 않는 방식으로만 가능한 것인지가 논란이 대상이 되었다.¹⁸⁾ 이에 관하여 프랑스 과기원은 2015년 전원 합의체 판결로 “당사자들은 점유를 이전하지 않는 민법의 통상 질권(droit commun du gage) 관련 규정에 따라서는 재고질권 설정계약을 체결할 수 없다”고 판시하였다.¹⁹⁾ 위 판결로 인해 재고질권은 민법의 통상질권에 비해 그 존재 의미를 더욱 상실하게 되면서 비판이 가중되었고,²⁰⁾ 그로 인해 재고질권 체계를 재정립할 필요가 생기게 되었다.²¹⁾ 그리하여 ‘마크롱법’이라고 알려진 2015. 8. 6. 법 제2015-990호 법률 제240조에 의해 재고질권 체계를 개정하기 위한 권한이 정부에 부여되었고, 그에 따라 2016. 1. 29. 오르도낭스 제2016-56 호로 민법의 통상 질권에 보다 가까운 내용으로 재고질권 체계가 개정되었다. 이에 따라 재고질권 체계에 두 가지의 새로운 규율이 생겨났는데, 첫째는 특별 질권과 일반 질권 중 선택의 자유성이고,²²⁾ 둘째는 유질계약(流質契約, pacte comissoire)의 가능성이다. 이하 재고질권의 요건과 효과에 대해 보다 상세

16) Dominique Legeais, 각주 7), n° 4, 17.

17) Marc Mignot, 각주 13), p.417; Dominique Legeais, 각주 7), n° 22

18) 이에 대해서는 Christophe Albiges et Marie-Pierre Dumont-Lefrand, 각주 4), p. 334; 점유의 필요성에 관한 종래의 논의에 대해서는 Emmanuelle Le Corre-Broly, “Gage - Le gage sur stocks et le Code de commerce : un mariage forcé ?” La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 2014. 10. 23., n° 43; Nathalie Martial-Braz, “Gage - L’inévitable caractère exclusif du gage sur stock ou les conséquences des errements du législateur de 2006”, La Semaine Juridique Edition Générale, 2013. 5. 6., n° 19-20 참조.

19) Cass. ass. plén., 7 déc. 2015, n° 14-18435, JCP G 2016. 57.

20) Patrice Bouteiller, “Fasc. 765 : GAGE. WARRANT”, JurisClasseur Banque - Crédit - Bourse, 2020. 9. 25., n° 70.

21) Yannick Blandin, “La réforme du gage des stocks par l’ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016”, Revue de Droit bancaire et financier n° 4, Juillet 2016, étude 20, n° 2.

22) Dominique Legeais, “Fasc. 12 : Gage et nantissement - Gage de meubles corporels. - Opposabilité du gage”, *JurisClasseur Notarial Formulaire*, Mise à jour du 07/12/2016,

히 살펴본다.

2. 채고질권의 성립요건

가. 당사자 및 채무

프랑스 상법에 의한 채고질권은 개인이나 법인 중 누구라도 채무자가 될 수 있지만, 이를 이용할 수 있는 채권자는 은행 또는 금융기관에만 국한된다. 따라서 원자재 구입을 위해 기업간 자금 대역을 하는 일이 아무리 흔하다고 하더라도, 이러한 일반 기업이나 사인은 채고질권계약의 채권자가 될 수 없다.²³⁾ 또한 채무자는 자신의 직업활동에 관계된 채무를 대상으로 하여야 하고, 제3자를 위한 채고질권을 설정할 수도 없다.²⁴⁾ 채무는 영업활동에 필요하거나 영업행위에 속하는 채무이면 되고, 대여(prêt), 당좌대월(découvert), 어음할인(escompte) 등을 가리지 아니한다.²⁵⁾

나. 목적물인 채고자산

프랑스 상법 제L527-3조에 의하면, “채고자산이란 원재료(matières premières et approvisionnements), 반제품, 부산품과 완제품(les produit intermédiaires, résiduels et finis) 등 채무자에게 속하는 것으로서 최종 채고조사일에 기재된 종류와 가치대로 평가된 재산”을 의미하며, 장래의 재산을 목적물로 하는 것도 가능하나(상법 제L527-1조 제3항, 민법 제2333조 제1항), 소유권유보의 대상이 된 재산은 채고질권의 목적물이 될 수 없다고 규정한다. 따라서 소유권유보의 목적물에 대해 질권을 설정받은 채권자는 매도인에게 대항할 수 없으며, 질권 설정자를 상대로 별도의 책임을 물을 수 있을 뿐이다.²⁶⁾ 소유권유보부 매매의 공시는 의무로 강제되는 것이 아니기 때문에, 질권의 대상으로 삼을 수 있는지를 확인하기에 어려움이 따른다.²⁷⁾ 나아가, 타인 소유의 물건은 질권의 목적물이 될 수 없고, 이를 목적으로 하는 계약은 무효이다(상법 제L527-1조 제4항,

23) 이와 같이 당사자의 범위를 한정하는 입법 태도에 대한 비판적 견해로는 Yannick Blandin, 각주 21), n° 8 참조.

24) Patrice Bouteiller, “Fasc. 2970 : Gage. Warrant”, JurisClasseur Banque - Crédit - Bourse, 2020. 9. 25., n° 72.

25) Patrice Bouteiller, “Fasc. 765 : GAGE. WARRANT”, JurisClasseur Banque - Crédit - Bourse, 2020. 9. 25., n° 72.

26) Christophe Albiges et Marie-Pierre Dumont-Lefrand, 각주 8), p.336.

27) Yves Picod, 각주 13), p.307

민법 제2335조).²⁸⁾

생산을 위한 재고자산의 특성상, 그 목적물은 증감변동을 전제로 한다. 상법 제L527-5조 제2항 역시 그러한 전제에서 ‘질권이 설정되었다가 양도된 재산 대신 취득한 재산(les biens acquis en remplacement des biens gagés et aliénés) 또한 당연히 질권의 목적물에 포함된다’고 규정한다.²⁹⁾ 이 때 ‘대신 취득한 재산’의 구체적 의미에 관하여 ‘성질의 동일성’을 기준으로 할 것인지 또는 ‘가치의 동일성’을 기준으로 할 것인지가 문제될 수 있는데, 양자는 컴퓨터와 같은 전자기기의 신형 모델을 구형 모델과 같이 볼 수 있는지 등과 관련하여 실제에 있어 상당한 차이를 가져올 수 있다.³⁰⁾ 이에 대해 프랑스 파키원 판결은 성질이 매우 유사한 상품이라면 반드시 동일한 상품이 아니라도 당사자의 합의에 의해 대체 질물이 될 수 있다고 판시함으로써, 주관적 대체가능성(fongibilité subjective)을 인정한 바 있다.³¹⁾

다. 서면계약

재고질권은 서면계약으로만 체결될 수 있고, 서면에 의하지 않은 경우 무효이며, 서면계약에는 ① 피담보채권, ② 질권의 목적물, 현재 및 장래성 여부, 성질, 품질, 수량과 가치, 보관 장소, ③ 질권 설정기간(피담보채권의 존속기간이 무기한인 경우 질권의 존속기간도 무기한으로 한다), ④ 질권이 점유이전 없이 이루어지는 경우, 질물의 보관자가 될 수 있는 제3자의 신원이 기재되어야 한다(상법 제L527-2조).

이러한 서면계약성과 관련하여, 상법에서 명시하도록 규정하고 있는 요소들을 서면으로 기재하지 않은 경우 절대적으로 무효라는 데에는 이론이 없지만, 만일 그 중 한 가지를 누락한 경우 질권계약의 효력을 어떻게 볼 것인지에 대해서는 논란이 있다. 보증(cautionnement)의 경우에는 판례상 동의가 의사가 명확하다면 형식 요건을 완화하여 유효성을 유연하게 인정해 왔으나, 질권의 경우 상법에서 규정하는 요소들은 설정자의 동의 의사를 확인하기 위한 것이 아니기 때문에 상법에 규정된 요소를 누락하였다면 비록 채권자가 그러한 정

28) Marc Mignot, 각주 13), p.418; 김성수, “프랑스민법전의 담보제도에 관한 최근 동향-2006년 신설된 민법전 제4편의 물적담보와 인적담보의 개정을 중심으로-”, 법조 59권 9호, 법조협회(2008), 231면

29) Yannick Blandin, 각주 21), n° 13.

30) Yannick Blandin, 각주 21), n° 14.

31) Cass. Civ. Chambre commercial, 26 mai 2010, 09-65,812. 위 사건은 가공 전의 햄 덩어리(noix des jambobs)와 절단하여 가공한 후의 햄에 관한 사건이었다.

보를 채무자에게 제공하였다거나 공증인이 조언을 하였다고 하더라도 무효라는 견해가 있다.³²⁾

라. 점유이전 또는 등기

전술한 바와 같이, 상법 개정으로 인하여 재고질권은 종래와 같이 단순히 점유를 이전하는 방식 또는 점유를 이전하지 않고 등기하는 방법으로 성립할 수 있다(상법 제L527-1조 제2, 4항).³³⁾ 재고질권은 이로써 요물계약성을 상실하게 되었으며, 이러한 개정과정에서 입법자들이 미국식 ‘security interest’의 영향을 받았다는 견해도 있다.³⁴⁾ 따라서 점유이전 또는 등기는 이제 성립요건이 아니라 대항요건으로 분류된다. 재고질권에는 통상 질권에 관한 프랑스민법의 규정들이 적용된다(상법 제L527-1조 제3항). 당사자들은 상법에 기재된 당사질권 방식 또는 프랑스민법 제2333조 이하에 규정된 유체동산 질권의 방식 중 하나를 선택할 수 있다(동조 제4항).

재고질권은 점유의 이전으로써 제3자에 대한 대항력을 취득할 수 있다(상법 제L527-4조). 이 때 점유의 이전은 채권자가 직접 자신의 점유하에 있다는 안 내문을 붙이는 등의 방법으로 하거나, 주로 창고업자 같은 제3자로 하여금 대신 점유하게 함으로써 이루어진다.³⁵⁾

다른 한편으로 재고질권은 점유 이전 없이도 채무자의 소재지나 주소 관할 상사법원의 서기(greffe)가 관리하는 공적장부에 기입함으로써 제3자에게 대항할 수 있다. 이는 통상 민법상의 질권 등기와는 구별되는 별도의 등기이다.³⁶⁾ 구법상으로는 질권설정계약일로부터 15일 이내에 등기하지 아니하면 설정계약이 무효가 되도록 하였으나(개정 전 상법 제L527-4조 제1항), 이제 등기는 계약의 성립 요건이 아니라 대항요건일 뿐이다.³⁷⁾ 2016. 10. 6.자 테크레에 의하면 등기부에는 피담보채무 액수, 이행기 또는 불확정기한인 경우 그러한 취지 및 유질계약이 존재하는 경우 그러한 약정의 존재에 대한 내용이 기재되어야 한다.³⁸⁾ 점유를 이전하지 않고 등기하는 방식의 재고질권의 경우 공적 장부에

32) Christophe Albiges et Marie-Pierre Dumont-Lefrand, 각주 8), p.336.

33) Com. 1^{er} mars 2016, n° 14-14401 참조.

34) Dominique Legeais, “Fasc. 12 : Gage et nantissement - Gage de meubles corporels. - Opposabilité du gage”, JurisClasseur Notarial Formulaire, 2016. 7. 12., n° 1, 2

35) Dominique Legeais, 각주 34), n° 25.

36) Dominique Legeais, “Art. 2337 à 2340 - Fasc. unique : Gage de meubles corporels. - Opposabilité du gage”, JurisClasseur Civil Code, 2013. 6. 22., n° 5.

37) Yannick Blandin, 각주 23), n° 11; 민법 제2337조 제1항도 통상 질권에 대해 마찬가지로 규정하다.

기재된 대로의 효력만을 갖는다. 채권자는 장부에 기입된 순서대로 우선순위를 가지며, 같은 날에 기입된 채권자들은 경합한다. 한편, 채고질권의 대상인 목적물은 민법에 의한 통상 질권의 목적물이 될 수도 있으므로, 민법상 점유이전 방식에 의한 통상 질권자와 상법상 장부에 기입한 채권자 사이에 누가 우선할 것인지에 대한 문제가 발생할 수 있는데, 이에 대해서는 프랑스에서도 논의만 있을 뿐 아직 판례는 존재하지 않는다.³⁹⁾

공적장부에의 기입은 종래와 같이 서면에 의할 수도 있고 전자적인 방식으로 이루어질 수 있으며,⁴⁰⁾ 기입의 내용과 효과는 통상 질권과 마찬가지로, 제3자가 등록 내용을 볼 수 있는 방법에 있어서 차이가 있다. 즉, 통상 질권의 경우 인터넷에서 무료로 접근할 수 있는 중앙시스템이 마련되었으나, 채고질권의 경우 등록업무를 담당하는 서기관이 문의자의 비용으로 채고자산에 대한 질권의 기입상태를 문의하는 사람에게 사본이나 증명서 형식으로 질권의 기입 여부를 알려주도록 되어 있다.⁴¹⁾ 채고질권 등기는 5년간 유효하지만 갱신되지 않으면 자동으로 말소되며, 피담보채무가 소멸한 때에는 채무자의 신청에 의하여 말소된다.⁴²⁾

3. 채고질권의 효과

가. 피담보채무의 만기 전

채고자산은 원칙적으로 불가분적인 성격을 갖고 대여금 전체 상환시까지 은행에 대한 담보물이 되나, 당사자들은 상환비율에 비례하여 담보물이 감소하는 것으로 합의할 수 있다(상법 제L527-5조 제1항). 질물의 처분대가로 취득한 재산은 당연히 질권의 목적물이 되며(동조 제2항), 채권자는 자신의 비용으로 언제든지 질물의 상태를 확인할 수 있다(동조 제3항). 질권설정자는 채고자산을 타인에게 양도할 수 있으나,⁴³⁾ 질권계약에서 달리 규정하지 않는 이상 당초 채고자산과 같은 가치가 유지되는 한도에서 다른 상품 등의 대체물을 질물로

38) D. n ° 2016-1330, 6 Oct. 2016

39) Christophe Albiges et Marie-Pierre Dumont-Lefrand, 각주 8), p.337.

40) 채고질권에 관한 2006. 12. 23.자 테크레(décret n° 2006-1803 du 23 décembre 2006 relatif au gage des stocks). 이하 '2006. 12. 23.자 테크레'라 한다.

41) 2006. 12. 23.자 테크레 제12조

42) Dominique Legeais, 각주 34), n° 15. 16

43) 이와 달리 질권설정자는 질물 보존의무를 부담하므로, 양도가 금지된다고 보는 견해로는 Dominique Legeais, "Art. 2343 à 2349 - Fasc. unique : GAGE DE MEUBLES CORPORELS. - Effets", JurisClasseur Civil Code, 2016. 2. 8., n° 12, 19 참조.

제공할 의무를 부담한다. 즉, 채권자의 우선변제특권은 양도되기 전의 질물에서 대체물로 이전된다.⁴⁴⁾ 한편, 질권이 등기된 물건의 특정승계인은 선의취득을 주장할 수 없고(프랑스민법 제2337조, 2279조), 채권자는 제3자에 대해서도 본래 질권의 목적물에 대해 질권을 행사할 수 있다.⁴⁵⁾

비점유질권의 경우, 채무자는 민법 제1197조 및 상법 제L527-6조에 정해진 요건에 따라 질물의 수량과 품질을 보존할 선관주의 의무를 부담한다. 구법에서는 채무자에게 화재와 파손(incendie et destruction)으로부터 목적물의 안전을 보호할 의무도 부담하고 있었으나, 개정 후 그러한 규정은 폐지되었다. 다만, 당사자들이 합의에 따라 그러한 의무를 부담하는 것은 무방하다.⁴⁶⁾ 따라서 채무자는 질물의 가치를 훼손하여서는 아니되며, 채권자에게 질물의 상태와 그에 관계되는 모든 회계자료를 제공하여야 한다(상법 제L527-6조 제2항).

만일 질물의 상태가 질권설정계약에서 언급된 가치보다 10% 이상 감소한 것으로 보이는 경우, 채권자는 채무자에게 이행을 최고한 후, 담보를 보충하는지, 감소된 비율에 상응하는 대출금의 상환을 청구할 수 있다(동조 제3항). 만일 질물의 가치가 20% 이상 감소한 것으로 보이는 경우, 채권자는 채무자에게 최고한 후, 만기에 도래한 것과 마찬가지로 채권 전체의 상환을 청구할 수 있다(동조 제4항). 그러나 당사자들은 이와 다른 더 높은 비율을 설정할 수도 있다(동조 제4항, L527-6 제2 내지 5항). 이 때 채무자는 최고를 받은 날로부터 15일 이내에 상환하여야 한다(2006. 12. 23자 데크레 제18조). 질물의 가치 감소는 시장가치의 하락, 노후화 뿐 아니라 다양한 원인에 기인하기 때문에, 가치 감소시에 만기가 도래할 수 있다는 것은 이러한 유형의 담보를 설정하는 채무자에게는 중대한 위험 요소인 반면, 채권자에게는 유익적 요소이다.⁴⁷⁾

나. 만기 후

질권은 원칙적으로 불가분이지만, 기업의 재무상태에 따라 당사자들이 기한 전에 채무를 상환하는 것은 허용된다. 기한전 상환시, 채무자는 만기까지의 이자를 부담하지 않는다(상법 제L527-7조 제1항). 만일 채권자가 채무자의 상환을 거절하는 경우, 채무자는 이를 변제공탁할 수 있다(동조 제2항). 만기 상환시 질권의 기업은 채권자의 신청이나 합의에 의한 채무자의 신청 또는 해제신

44) Yves Picod, 각주 13), p.307; Dominique Legeais, 각주 34), n° 12

45) Dominique Legeais, 각주 34), n° 20.

46) Christophe Albiges et Marie-Pierre Dumont-Lefrand, 각주 8), p.338.

47) Christophe Albiges et Marie-Pierre Dumont-Lefrand, 각주 8), p.338.

청에 의해 삭제된다(2006. 12. 23.자 테크레 제11조 제1항).

만일 만기 후에도 채무자가 피담보채무를 변제하지 않을 경우, 채권자는 민법이 정하는 바에 따라 경매(제2346조), 귀속정산(제2347조, l'attribution)⁴⁸⁾ 또는 유질(제2348조)의 방법에 따라 질권을 실행할 수 있을 뿐 아니라(상법 제L527-8조), 민법 제2286조에 의하여 유치권(droit de rétention)도 행사할 수 있다.⁴⁹⁾ 종래에는 채고질권에 대한 유질 계약(pacte comissoire)이 금지되었으나, 민법상 통상 질권에서는 유질이 허용되었으므로, 이는 전문적 영업에 종사하는 상인을 상대적으로 법을 잘 알지 못하는 일반인보다도 오히려 더 보호하는 결과를 낳게 된다는 비판이 존재하였다.⁵⁰⁾ 그러나 2016년 법 개정 이후에는 상법 제L527-8조에서 민법 제2348조를 준용하고 있으므로, 채고질권에 대해서도 유질계약이 명시적으로 허용된다. 그러나 개정 민법은 2016. 4. 1.부터 시행되므로, 그 이전에 체결된 유질계약은 여전히 무효이다.

IV. 영업질권 제도

1. 의의 및 등장배경

프랑스의 영업질권(nantissement du fonds de commerce) 제도는 상인의 영업을 포괄적 교환가치를 가지는 재화로 파악하여 이를 일괄하여 질권의 객체로 제공함으로써 기업이 필요한 자금을 조달할 수 있도록 하는 물적 담보제도이다.⁵¹⁾ 프랑스에서 영업질권은 신용확득에 있어서 중요한 수단이 되고 있으며, 유체동산과 무체동산을 포함한 영업재산 일체를 담보의 목적으로 함으로써, 영업재산의 분리로 인한 가치의 손실을 막고 영업재산의 소유자가 그 부가 가치를 활용하여 영업에 필요한 자금을 손쉽게 확보할 수 있도록 하는 장점이

48) l'attribution judiciaire. 이에 의하면 질권자는 채무의 변제 대신 질물의 소유권 취득을 법원에 청구할 수 있으며, 질물의 시가를 평가하여 차액이 있을 경우 채무자에게 지급하여야 한다. 이러한 측면에서 우리나라 가등기담보법상의 청산의무와 유사한 점이 있다.

49) Dominique Legeais, "Synthèse - Gage", JurisClasseur Civil Code, 2020. 5. 1., n° 46; Patrice Bouteiller, "Fasc. 30 : Gage. Warrant", JurisClasseur Civil Code, 2020. 9. 25., n° 37-39.

50) Yannick Blandin, 각주 21), n° 17.

51) 하헌주, 프랑스 영업질권제도의 도입에 관한 연구, 기업법연구 제23권 제1호(통권 제36호), 한국기업법학회(2009. 3.) 415면

있다. 영업질권은 특히 실무상 영업장소의 확장, 지점의 창설, 영업의 수리 및 레노베이션 등에 있어서 중소기업의 주요한 자금조달 수단으로서 유용하게 활용되고 있다.⁵²⁾

프랑스에서 저당권은 부동산에만 설정할 수 있고, 질권은 설정자의 점유를 박탈하므로, 사업자가 영업을 계속 영위하면서 영업재산을 이용하여 담보를 제공하고 신용을 제공받기는 어려웠다.⁵³⁾ 그러나 상공업의 발달로 중소기업들이 자신의 영업재산을 활용하여 자금을 조달할 필요성이 증가하게 됨에 따라, 점차 영업을 무체동산(meuble incorporel)의 집합체로 파악하여 영업의 소유를 증명하는 증서와 영업장소에 대한 임차권증서를 채권자에게 교부한 후 이를 임대인에게 통지함으로써 민법 제2075조상의 무체동산에 대한 질권을 설정하고자 하는 시도가 나타났다.⁵⁴⁾ 그러나 본래 무체동산의 질권은 실질적으로 채권을 대상으로 한 규정이었기 때문에 영업을 무체동산으로 의제하는 것은 이론적인 난점이 있었고, 공시방법이나 제3채무자의 보호 관점에서도 문제가 있었다.⁵⁵⁾ 그러나 파기원은 경제적 필요성을 인정하여 이러한 방식의 질권 설정도 유효하다고 판시하였고.⁵⁶⁾ 이에 따라 영업질권은 상관습법으로 인정되어 왔다. 그러던 중, 1898. 3. 1. 민법 제2075조 제2항에서 “모든 영업에 대한 질권 설정은 원칙적으로 제3자에 대하여 무효이지만, 영업장소를 관할하는 상사법원 서기과에 비치된 공적장부에 등기한 경우에는 예외로 한다”는 규정이 마련됨으로써 그 유효성은 입법적으로 해결되었다. 그러나 구체적인 설정방식이나 범위에 대해서는 여전히 판례가 불투명하는 등의 문제가 있었으며 파기원과 상사법원의 입장이 충돌되기도 하였다.⁵⁷⁾ 이에 1909. 3. 17. ‘영업재산의 매매와 담보에 관한 법(Loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce)’이 제정되었고, 이후 2009. 9. 18.자 상법전 입법 부분에 관한 오르도낭스에 따라 그 내용이 상법 제141-1조 내지 145-60조로 편입되어 현재 영업질권 체계의 토대가 마련되었으며,⁵⁸⁾ 2015. 8. 6. 전술한 ‘마크롱법’에 따라

52) Maria-Beatriz Salgado, “Fasc. 3750 : NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE. - Notions générales. Conditions de validité”, JurisClasseur Entreprise individuelle, 2015. 10. 8., n° 2.

53) 정진세, 프랑스의 영업담보제도, 비교사법 제10권 4호(2003. 12.), 한국비교사법학회, 82면.

54) 하현주, 각주 51), 418면.

55) 하현주, 각주 51) 419면.

56) 파기원 청원부 1888. 3. 13., D.P. 88.1.351

57) 하현주, 영업담보제도의 생성과정에 관한 비교법적 검토, 비교사법(2006. 6.), 한국비교사법학회, 329-336면

58) 원용수, 프랑스 상법상 영업재산의 양도·담보 및 이용대차제도의 어제와 오늘, 법학연구

그 내용이 일부 수정·보완되어 현재의 영업질권 제도를 이루고 있다.

2. 영업질권의 성립요건⁵⁹⁾

가. 당사자

영업재산⁶⁰⁾을 소유한 상인은 개인이나 법인을 불문하고 질권을 설정할 수 있다. 다만, 법인의 경우에는 법인설립등기를 마친 적법한 법인으로서, 그 소유로 등기된 재산에 대해서만 영업질권을 설정할 수 있다.⁶¹⁾ 이와 같이 영업질권 설정자는 영리활동을 영위하는 영업재산의 소유자여야 하므로, 매매계약이 해제되어 소급적으로 소유권을 상실한 경우에도 영업질권 설정계약은 소급적으로 무효가 된다.⁶²⁾ 그러나 이는 상대적인 무효이므로, 판결에 의해 질권이 무효로 선언되기 전에 설정자가 영업재산에 대한 소유권을 취득하였다면 그 하자는 치유된다.⁶³⁾ 영업재산이 불가분적(indivis)인 성격을 가지는 경우, 지분이 아닌 그 재산 전체를 담보로 제공하기 위해서는 모든 불가분지분권자(coïndivisaires)가 그 설정에 동의하여야 한다.⁶⁴⁾

한편, 프랑스에서는 고도의 인적 신뢰관계를 바탕으로 형성된 민사적 고객

제21권 제2호(2020. 12.), 충남대학교 법학연구소, 135면

59) 프랑스법상 영업질권은 당사자의 합의 외에 법정질권(Nantissement judiciaire)으로도 성립할 수 있다. 영업재산에 관한 법정질권은 프랑스민사집행법상 계약상 채권, 불법행위, 준불법행위 등 그 청구원인을 불문하고 적법한 채권발생원인이 있고 이를 변제받지 못할 위험이 있는 경우 채권의 보전을 위하여 채권자가 법원에 청구하여 그 허가를 얻는 방법으로 설정할 수 있다(프랑스 민사집행법 제511-1 이하. 자세한 내용은 Maria-Beatriz Salgado, 각주 52), n° 85 이하 및 Nicolas Dissaux, “Fasc. 20 : FONDS DE COMMERCE. - Nantissement”, JurisClasseur Civil Code, 2010. 12. 15. n° 36 이하 참조). 그러나 이는 채권변제 확보를 위한 법정질권으로서 예외적으로 성립하는 것이므로, 이하에서는 그에 대한 설명은 생략하고 당사자간 합의에 의한 통상의 영업질권에 대해서만 검토한다.

60) 영업재산에 대해 법률상 별도의 정의 규정은 없지만, 통상 ‘상업적 활동에 제공된 동산 일체’를 의미한다. Nicolas Dissaux, “Fasc. 201 : FONDS DE COMMERCE. - Généralités”, JurisClasseur Commercial, 2010. 10. 1. n° 1 참조.

61) Cass. Ire civ., 5 juill. 1989 : Bull. civ. 1989, I, n° 277; 프랑스법상 지점(Succursales)은 본점과 별개로 그 지점 영업을 위하여 별도로 재산을 소유하고 이를 질권의 목적물로 제공할 수 있다(프랑스 상법 제141-5조 이하) 참조. Maria-Beatriz Salgado, 각주 52), n° 18. 참조.

62) Cass. Com., Jan. 29, 1979, n° 77-11.001: JurisData n° 1979-097033; Bull. IV, n° 33

63) Cass. com., 5 nov. 2002, n° 00-14.885: JurisData n° 2002-016250

64) Maria-Beatriz Salgado, “Synthèse - Sûretés sur fonds de commerce : nantissement”, JurisClasseur Entreprise individuelle, 2020 4. 11., n° 2; Maria-Beatriz Salgado, 각주 52), n° 34.

(cliènteles civiles) 관계는 상업의 객체라고 할 수 없고 양도가능성도 없다는 확고한 판례의 원칙에 근거하여,⁶⁵⁾ 일정 범위의 자유업에 대한 영업재산(fonds “libéral”)은 영업질권의 대상이 될 수 없다고 본다.⁶⁶⁾ 따라서 이러한 자유업자들이 정기적으로 영업행위를 한다고 해도 그에 사용되는 재산에 관한 질권설정은 무효이며, 만일 질권을 설정하고자 한다면 상법이 아닌 민법상의 통상 질권을 이용해야 한다. 이러한 자유업자의 예로는 의사, 건축사, 변호사, 치과의사, 공증인, 집행관, 수의사, 교육기관, 교사, 장인(artisans) 등이 주로 논의된다.⁶⁷⁾

참고로, 영업 임차인(locataire-gérant)은 영업질권을 설정할 수 없다. 선의취득은 유체동산에만 적용되고 무체동산인 영업에는 적용되지 않으므로, 상대방인 채권자가 선의더라도 영업의 소유자는 타인이 무단으로 설정한 질권의 적용을 받지 않는다. 예컨대, 영업의 현물출자를 받은 회사는 이 출자 후에 출자자가 그의 개인적인 채권자에게 설정한 질권의 대항을 받지 않는다.⁶⁸⁾ 그러나 이는 상대적 무효로서 채권자만이 무효를 주장할 수 있고, 질권설정자가 소유권을 취득하면 질권은 유효하다. 영업의 공유자는 지분 뿐만 아니라 영업 전체를 대상으로 영업질권을 설정할 수 있다. 그러나 상인은 지불정지 상태에 빠지면 파산선고 전이라도 그의 영업에 질권을 설정할 수 없다(파산법 제107조).

나. 피담보채무

영업질권의 피담보채무는 영업에 관한 것으로 한정되지 않으며, 기발생채무이든, 조건부 채무이든, 유효한 채무라면 모두 영업질권의 피담보채무가 될 수 있다.⁶⁹⁾ 영업재산은 영업의 소유자일 것을 요하지만, 담보하는 채무는 반드시 그의 채무일 필요는 없으며, 제3자의 채무를 위해서도 설정할 수 있다.⁷⁰⁾ 영업질권은 담보물권으로서 부종성을 가지므로 피담보채권이 무효이거나 소멸하면 질권도 무효가 된다.⁷¹⁾

65) Cass. 1re civ., 7 nov. 2000 : JurisData n° 2000-006729 ; Bull. civ. 2000, I, n° 283; Cass. 1re civ., 2 mai 2001 : Bull. civ. 2001, I, n° 110. 후자의 판례는 자유업을 영위하는 사람의 재료와 장소 및 고객관계는 모두 일체로서 자유업을 위한 영업재산에 해당한다고 보았다.

66) Maria-Beatriz Salgado, 각주 52), n° 27-29.

67) Maria-Beatriz Salgado, 각주 52), n° 29.

68) 정진세, 각주 53), 98면.

69) Maria-Beatriz Salgado, 각주 64), n° 4; Maria-Beatriz Salgado, 각주 52), n° 56-59.

70) 프랑스 민법 제2334조 및 CA Metz, 1re ch., 30 nov. 2000 : JurisData n° 2000-153022 참조; Maria-Beatriz Salgado, 각주 52), n° 60.

71) 하헌주, 각주 51), 431면.

다. 영업의 존재

영업질권을 설정하기 위해서는 당연히 질권의 목적물인 영업이 존재해야 한다.⁷²⁾ 영업이란 프랑스 상법상 영업이란 회사의 영리활동에 사용되는 여러 가지 요소들이 결합되어 형성된 고객관계(droit à la clientèle)를 중심으로 구성된 무체재산을 말한다⁷³⁾. 종래 영업의 개시 시점을 판단하는 기준에 대해서는 그 영업이 일반 공중에 개시된 때를 기준으로 한다는 견해(l'ouverture au public), 실제 그 이용을 시작한 때(le commencement d'exploitation)를 기준으로 한다는 견해, 영업에 적합한 실제 고객관계의 존재(l'existence d'une clientèle réelle et propre au fonds)를 기준으로 한다는 견해 등이 대립해 왔으나, 현재 통설과 판례는 일치하여 영업의 핵심요소인 실제 고객관계(une clientèle réelle)의 존재를 기준으로 삼고 있다.⁷⁴⁾ 따라서 아직 고객관계가 완전히 형성되지 않은 영업은 형성 중의 영업에 불과하여 그에 대해 설정한 영업질권은 무효이다.⁷⁵⁾ 다만 판례는 그와 같이 형성 중에 불과하여 존재하지 않는 영업에 대한 질권 설정은 무효이나 민법상 통상 질권으로서는 유효하고,⁷⁶⁾ 장래 영업에 대한 질권설정의 예약은 가능하다고 본다.⁷⁷⁾ 영업으로서의 요건을 갖추었다면 그 수익이 전체 활동에 비해서 경미하다고 하더라도 무방하다.⁷⁸⁾

라. 영업질권의 목적물

영업질권은 상법 제L142-2조 제1항에 열거된 목적물로 한정되고, 당사자 사

72) 영업은 전자적인 방법을 포함하므로, 전자상거래를 하는 상인의 영업도 포함된다. Nicolas Dissaux, 각주 60), n° 8.

73) Maria-Beatriz Salgado, 각주 52), n° 8; Ripert/Roblot, Traité de Droit Commercial, tome I, 17° éd., par Michel Germain et Louis Vogel, LGDJ 1998, n° 540, 하현주, 각주 51), 415면에서 재인용.

74) Maria-Beatriz Salgado, 각주 64), n° 1; Maria-Beatriz Salgado, 각주 52), n° 10, 13; Cass. com., 7 mars 1978 : D. 1978, inf. rap. p. 453; Cass. com., 31 mai 1988 : Gaz. Pal. 1988, 2, jurispr. p. 228; 이에 대해서는 영업이 있어야 고객관계가 생기는 것이지, 고객관계가 영업 자체의 요소가 될 수 없다는 비판이 있다. Nicolas Dissaux, 각주 60), n° 63.

75) Cass. req., 30 janv. 1934 : S. 1935, 1, p. 12; 단, 하급심 판례 중에는 “민법 제1130조에서는 장래의 물건은 채무의 목적이 될 수 있다고 하고 있으므로, 형성중인 영업이라고 하더라도 식별할 수 있는 이상 영리활동이 시작되지 않았다는 이유만으로 영업에 대한 질권설정의 합의를 금지할 이유가 없고, 또 질권의 설정은 금지할 성질의 것도 아니다”라고 한 것이 있는데, 이는 예외적인 것으로 보인다. 파리 항소법원 1963. 7. 3., D. 1964. 205 참조.

76) Cass. civ., 17 juin 1918 : S. 1922, chr., p. 313; Maria-Beatriz Salgado, “Fasc. 3800 : Nantissement du fonds de commerce. - Assiette, Effets”, JurisClasseur Entreprise individuelle, 2015. 10. 8., n° 13.

77) CA Paris, 2e ch. B, 27 sept. 1996 : D. 1996, IR, p. 240.

78) Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-24.814 : JurisData n° 2012-028628.

이의 명시적인 합의가 없으면 3항에 열거된 목적물로만 한정되는 것으로 본다. 다만, 1항에 열거된 목적물 중에서도 일부로 제한하는 합의는 가능하다. 이하에서 상술한다.

(1) 포함되는 목적물

프랑스 상법 제L142-2조 제1항은 영업질권의 목적물에 포함될 수 있는 요소를 한정적으로 열거하면서, 이에 해당하지 않는 재산은 어떤 다른 합의에 의해서도 영업질권의 목적이 될 수 없도록 하고 있는데, 이는 재산 가치평가의 어려움, 가치의 계속적 변동가능성, 채권 보전의 어려움 등을 고려하여 입법자가 선택한 결과이다.⁷⁹⁾ 위 규정에 따라 영업질권의 목적물이 될 수 있는 재산 목록은 아래와 같다.

- 간판과 상호(l'enseigne et le nom commercial)
- 임차권 (le droit au bail)
- 고객관계 (la clientèle et l'achalandage)
- 영업용 동산 (le mobilier commercial)
- 영업에 사용되는 자재 및 설비 (le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds),
- 발명특허 (les brevets d'invention)
- 라이선스 (les licenses)
- 상표 (les marques)
- 공업의장 (les dessins et modèles industriels)
- 기타 이에 부착된 지적재산권 (les droit de propriété intellectuelle qui y sont attachés)

영업질권 설정계약에서 명시적이고 정확하게 규정하고 있지 않는 경우, 간판과 상호, 임차권, 고객관계만이 영업질권의 목적물이 된다(상법 L142-2조 제3항). 위 조문의 취지상 간판과 상호, 임차권과 고객관계는 반드시 영업질권에 포함되어야 하고, 이러한 요소가 빠진 담보권의 설정은 일반 민법상의 동산질권에 해당할 뿐이라는 견해도 있으나, 위 조문은 당사자간의 합의내용이 명확하지 않을 경우 그 대상을 위 세 가지로 한정한다는 것일 뿐, 이 중 일부가 제외되었다고 하여 영업질권을 무효로 볼 수 없다.⁸⁰⁾ 따라서 영업의 필수적 요소인 고객관계가 존재하는 한 위 세 가지 요소 중 일부를 합의로 제외하는 것도 가능하고, 영업의 소유자가 영업장소가 위치한 건물의 소유자로서의 지위

79) Maria-Beatriz Salgado, 각주 76), n° 3.

80) Stéphane Rezek, "Fasc. 410 : Fonds de commerce. - Nantissement du fonds de commerce. - Assiette. Effets", JurisClasseur Notarial Formulaire, 2017. 3. 15., n° 13.

를 겸하고 있어 별도의 임차권이 필요하지 않았던 경우 임차권은 영업질권의 목적물에서 제외되며, 임차권이 없었더라도 영업질권의 성립에는 방해가 되지 아니한다.⁸¹⁾ 나아가 이후 제3자가 경매에서 그 건물의 소유권을 취득하여 영업소유자가 그로부터 새로이 임차권을 취득하였다고 하더라도 채권자는 그 임차권에 대해 추급권(droit de suite)을 행사할 수는 없다.⁸²⁾

영업질권은 영업일체에 대해 설정하는 것이므로, 이 중 일부를 분리하여 영업질권을 설정할 수는 없고,⁸³⁾ 영업 구성 요소 중 일부에 대해 질권 또는 양도담보를 설정하고자 할 때에는 민법상의 일반 질권설정에 관한 절차를 거쳐야 한다. 다만 숙박업자의 영업을 구성하는 동산, 영화필름, 농산물, 석유증권, 공업증권 등은 점유를 이전하지 않은 채로 영업의 구성요소 일부에 대해 질권을 설정할 수 있다.⁸⁴⁾

그 밖에 영업재산의 이용에 필수불가결한 행정허가(Licences administratives)는 관례상 영업질권의 목적물에 포함되며,⁸⁵⁾ 각종 지적재산권은 상업등기소의 통상 등기형식이 아니라 지적재산권등록기구(l'Institut de la propriété industrielle)의 등기 형식에 따라 등기되어야 하고, 이를 등기하지 아니하면 제3자에게 대항할 수 없다.⁸⁶⁾ 한편, 상법 142-2조에는 열거되어있지 않지만 특별법상 영업질권의 목적물이 될 수 있는 것으로는 지적재산권법 제132-34조에 의한 소프트웨어 이용권, 특별법상 국립도매시장 상인이 가지는 전용매장점유권(국립도매시장에 관한 규칙의 개정과 법전화를 위한 1967. 9. 22. 위임명령 제67-808호 제12조 제2항), 상공업 또는 수공업에 사용되는 장기부동산사용권(1967. 12. 30. 법률 제67-1253호 제51조 제3항) 등이 있다.

영업재산 목적물의 존재 여부는 영업질권의 설정 합의 당시를 기준으로 판단하여 평가하므로, 합의 당시 적법하게 질권이 설정된 이상, 이후 영업활동이

81) ibid.

82) Cass. civ. 21 juillet 1937(JCP G 1937, II, 408); 임차권이 없는 영업이란 존재할 수 없으므로 영업질권 자체가 설정당시부터 무효라는 견해로는 Maria-Beatriz Salgado, 각주 76), n° 9.

83) 따라서 재료만에 대한 질권 또는 임차권만에 대한 질권, 고객관계 없는 재료와 임차권에 대한 질권 등은 영업질권으로서 무효이고, 통상 질권으로서의 효력만 있다고 본다. Stéphane Rezek, "Fasc. 400 : Fonds de commerce. - Nantissement du fonds de commerce. - Notions générales. - Conditions de validité", JurisClasseur Notarial Formulaire, 2017. 3. 15., n° 31; Stéphane Rezek, 각주 80), n° 12.

84) 하헌주, 각주 51), 424면.

85) Cass. com., 8 févr. 1999 : D. 1999, jurispr. p. 287; 하급심 관례상 주류업 허가는 필수적 허가로 인정된다고 한다. Maria-Beatriz Salgado, 각주 76), n° 6.

86) Cass. civ., 17 juin 1918 : S. 1922, chr., p. 313; Maria-Beatriz Salgado, 각주 76), n° 19.

중지되어 고객관계가 상실되었다거나 임대차관계가 해제되어 종료되었다고 하더라도 그로 인해 상실되지 않은 나머지 영업재산에 관한 질권은 적법하게 존재한다.⁸⁷⁾ 단, 임차권이 해제나 해지 등으로 소멸한 경우 질권자는 그로 인해 설정자가 취득한 권리를 대위(subrogation)할 수 있다.⁸⁸⁾ 반대로, 영업질권설정 합의 당시에 이 중 일부가 실제로는 아직 존재하지 아니하였던 경우, 판례는 존재하지 아니하였던 목적물에 대해서는 질권이 설정되지 아니한다고 판시한 바 있다.⁸⁹⁾⁹⁰⁾

(2) 제외되는 목적물

전술하였듯이 상법 제L142-2조는 영업질권의 목적물을 한정적으로 열거하는 것이므로, 그 밖의 것들은 영업에 사용된다고 하더라도 영업질권의 목적물에 해당하지 아니한다. 특히 상품, 부동산, 채권채무, 상업장부와 각종 영업증서 등은 영업재산의 목적물일 것이라고 생각하기 쉽지만, 이들은 영업질권의 대상이 되는 영업재산의 목적물에 해당하지 않고, 민법에 따른 각 담보권의 객체가 될 수 있을 뿐이다. ⁹¹⁾

(a) 상품(marchandises)

상품은 민법상의 통상 질권의 대상이 될 수 있으나, 영업질권의 대상은 될 수 없다. 상품은 보통 매각이 예정되어 있어서 질권을 설정하여 처분을 제한하는 것이 현실적으로 불가능하고, 또한 상품을 목적물에 포함하여 영업질권을 설정하게 되면 상품을 처분함으로써 목적물의 가치가 하락하여 영업질권이 취약해질 우려가 있기 때문이다.⁹²⁾

87) Maria-Beatriz Salgado, 각주 76), n° 5.

88) Maria-Beatriz Salgado, 각주 76), n° 8. 22-44.

89) Cass. req., March 12, 1928; DH 1928, p. 224; Gaz. Pal. 1928, 2, p. 132. - Cass. civ., 21 July 1937; DP 1940, 1, p. 17; Cass. civ., 17 juin 1918 : S. 1922, chr., p. 313

90) 그러나 그와 반대로 142-2조 제3항에 따라 질권설정은 유효하고, 당사자들이 실제 존재하는 목적물에 대해서만 질권을 설정한다는 합의가 있는 경우에만 존재하지 않는 목적물에 대한 질권은 배제되는 것으로 보아야 한다는 견해도 존재한다. Maria-Beatriz Salgado, 각주 76), n° 14. 참조; 설정 계약 당시에는 존재하지 않았으나 추후 존재하게 된 목적물은 당사자가 달리 합의하였던 것이 아니라면 영업질권의 목적물에 포함된다는 견해로는 Maria-Beatriz Salgado, 각주 76), n° 7.

91) G. Ripert, Droit Commercial, vol. 1, 10° éd., L.G.D.J., 1991. pp. 434~435; Maria-Beatriz Salgado, 각주 64), n° 19.

92) 하헌주, 각주 51), 426면

(b) 부동산(biens immeubles)

영업질권은 ‘동산 질권’의 한 형태이므로 부동산에는 설정할 수 없다. 따라서 영업자가 자기 소유 부동산에서 영업을 하고 있다 해도 그 부동산은 영업질권의 목적물이 될 수 없고, 후에 그 부동산이 타에 매각되거나 경매처분 되었다고 해도 마찬가지이다.⁹³⁾ 그러나 반대로 상인이 임차했던 부동산의 소유자가 된 경우, 혼동으로 인하여 임차인으로서의 지위를 소멸하지만, 영업질권자에 대해서는 혼동으로 대항할 수 없다.⁹⁴⁾

그런데 전술한 바와 같이⁹⁵⁾ 프랑스에서는 실질적으로는 동산이라 하더라도 ‘용도에 의한 부동산’은 물질적·기능적인 이유로 부동산의 일종으로 보기 때 문에이는 영업질권의 대상이 될 수 없고, 저당권의 목적물이 될 수 있을 뿐이다. 예컨대, 프랑스 판례에 의하면 아이스크림 가게의 냉장고,⁹⁶⁾ 호텔 용도로 건축된 건물에 설치된 호텔 영업을 위한 동산⁹⁷⁾ 등은 용도에 의한 부동산에 해당한다. 반면, 성질상으로는 부동산이지만 장차 토지로부터 분리가 예정되어 있어 동산으로 취급되는 ‘용도에 의한 동산’은 토지에 고착되어 있지만 프랑스 법상 동산에 해당하므로 영업질권의 목적물이 될 수 있다. 이러한 동산 내지 부동산의 성질은 법률에 의해 정해지는 것이고 당사자들의 합의만으로는 그에 영향을 끼칠 수 없다.⁹⁸⁾

(c) 채권채무

채권과 채무, 예컨대 상품거래계약이나 영업장소에 대한 임차채무 등은 영리활동에 관한 것이라도 영업질권의 목적물이 되지 않는다.⁹⁹⁾ 다만 영업장소에 대한 임차권은 채권이지만 고객관계와 높은 관련성을 가지므로 앞서 살펴본 바와 같이 상법 제L142-2조에서 이를 영업재산으로 분류하고 있다. 참고로, 아래에서 살펴보는 바와 같이 영업재산 구성요소의 멸실로 인하여 취득한 재산 역시 물상대위에 의해 질권의 목적물이 될 수 있으나, 파기원은 임차권의 경우 임차권의 해제로 인하여 발생하는 손해배상채권에 대해서는 우선변제권

93) Maria-Beatriz Salgado, 각주 76), n° 54-55.; Cass. civ., 21 juill. 1937 : JCP G 1937, I, n° 408 ; DP 1940, I, p. 17

94) Maria-Beatriz Salgado, 각주 76), n° 57.

95) 각주 14) 참조.

96) Cass. 1re civ., 4 juin 1962 : Bull. civ. 1962, I, n° 284

97) Cass. req., 2 août 1886 : DP 1887, I, p. 293

98) Cass. 1re civ., 26 juin 1991 : Bull. civ. 1991, I, n° 197

99) 정진세, 각주 53), 93면

이나 추급권이 인정되지 않는다고 보고 있다.¹⁰⁰⁾

(d) 기타

상업장부와 각종 영업증서는 영업소유자에게 이를 일정기간 보존할 법정의무가 있으므로 목적물에서 제외된다. 독립된 지점의 영업은 주된 영업소에 있는 것과 마찬가지로 영업질권의 목적물이 될 수 있으나 그에 대해서는 어떤 지점인지를 특정하여 질권 설정 당시에 명시적인 합의를 하여야 한다(상법 제L142-2조 제4항). 반면 창고 등의 부속장소는 독립된 지점으로서의 성격을 갖지 아니하므로 당초에 합의된 영업재산 목적물에 당연히 포함된다.¹⁰¹⁾ 공업소유권의 실시허가나 문학 및 예술작품의 출판 계약도 영업에 부착된 지적재산권으로서 목적물에 포함된다(상법 제L142-2조)¹⁰²⁾. 영업질권 설정 후 통상의 영업활동으로 영업에 유입되는 물건들은 영업질권의 목적물에 포함되고, 반대로 유출되는 물건들은 제외된다.

(3) 당사자의 합의 또는 물상대위에 의한 목적물의 추가·변경

상법 제L142-2조 제3항의 반대해석상, 상법 제L142-2조에서 규정하지 않은 물건이라도 당사자의 합의에 따라 질권설정계약서와 등기명세서에 기재함으로써 질권의 대상이 될 수 있고, 종래 질권을 설정한 목적물을 새로운 목적물로 대체하는 것도 가능하다.¹⁰³⁾ 그러나 영업재산에 새로이 추가된 재산으로서 기존에 질권설정의 대상이 되지 아니하였고 기존 목적물을 대체하는 것으로 합의되지 아니한 것은 질권의 목적물에 해당하지 않는다. 즉, 질권자는 영업질권의 설정 후 영업재산에 추가된 재산에 대해서는 특별한 사정이 없는 한 우선변제권을 취득하지 못한다.¹⁰⁴⁾

질권설정 당시 질권 목적물의 멸실로 인하여 취득한 손해배상채권에도 질권이 연장되는 것으로 합의한 경우 영업질권은 그로 인해 취득한 재산에 대해서도 인정된다.¹⁰⁵⁾ 이러한 물상대위성은 보험법에서 정하는 바에 따라 보험자대

100) “(le créancier nanti du fonds de commerce) ne bénéficie d’aucun droit de préférence ou de suite sur l’indemnité de résiliation du bail grâce auquel est exploité le fonds de commerce”, Cass. 3e civ., 6 avr. 2005, n° 03-11.159 : JurisData n° 2005-027925

101) Maria-Beatriz Salgado, 각주 76), n° 52.

102) 하현주, 각주 51), 426면.

103) Maria-Beatriz Salgado, 각주 64), n° 14, 16.

104) Maria-Beatriz Salgado, 각주 64), n° 17.

105) Cass. civ., 15 janv. 1985 : Gaz. Pal. Rec. 1985, 2, somm., p. 130.

위로 취득한 손해배상채권에 대해서도 적용되나,¹⁰⁶⁾ 이는 영업질권의 목적물 중 일부가 멸실된 경우에만 적용되고, 그 이용의 상실(*perte d'exploitation*)을 담보하는 손해보험에 대해서는 적용되지 않는다.¹⁰⁷⁾

마. 형식적 요건 및 등기의 효력

영업질권의 설정계약은 사서증서 또는 공정증서 형태의 서면으로 작성되어야 한다(상법 제L142-3조). 영업질권 설정 합의의 내용에 대해서는 상법에서 특별히 규정하고 있지 않지만, 이를 등기할 때에는 그 합의의 내용을 표시하도록 되어 있다(상법 제L143-8조). 따라서 채무자를 법인으로 기재하여야 하는데 개인으로 기재한 경우와 같이 채무자를 착오로 잘못 기재하면 그러한 등기로써 제3자에게 대항할 수 없다.¹⁰⁸⁾

영업질권은 당사자 사이에서는 서면계약의 작성만으로 효력을 발생하나, 이를 제3자에게 대항하기 위해서는 작성된 질권 설정증서와 명세서(*bordereaux*)를 영업재산이 이용되는 곳(*dans le ressort duquel le fonds est exploité*)을 관할하는 상사법원 서기과에 등기하여야 하는데(상법 제L142-3조 제2항), 파기원은 영업이 이용되는 장소란 영업재산이 고객들에게 실질적으로 개방된 곳이라고 판시한 바 있다.¹⁰⁹⁾ 영업상 지점(*succursales*)이 있는 경우에는 각 지점 관할 상사법원에도 등기를 하여야 하며, 영업질권 설정시 그 지점을 특정하여 기재한 경우 본점에 대한 등기와 마찬가지로 지점의 재산에 대해서도 영업질권의 효력을 갖는다(동조 제3, 4항). 등기는 증서를 작성한 날로부터 30일 이내에 마쳐야 하며, 설정당사자 사이에 다른 합의가 있더라도 연장할 수 없고, 법정기간이 경과한 후의 등기는 무효이다(상법 제L142-4조 제1항).¹¹⁰⁾ 영업질이 상표, 의장, 특허 등에 관한 권리를 포함하는 경우에는 상사법관 서기과에서 발행받은 등기필증을 국립공업소유권국(*Institut national de la propriété industrielle*)에 2주 내에 제출하여 여기에도 등록해야만 제3자에 대한 효력을 갖는다(상법 제L143-17조).

영업질권의 채권자에게는 등기한 때로부터 우선변제권(*Le privilège*)이 부여

106) 보험법전(*Code des assurance*) 제L121-13조.

107) Cass. 1re civ., 9 nov. 1999, n° 97-12.470: *JurisData* n° 1999-003917; *Bull. civ. I*, n° 296.

108) Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-13.387: *JurisData* n° 2008-043851; Cass. com., 19 mai 1998.

109) Cass. com., 13 nov. 2003, n° 01-01.726: *JurisData* n° 2003-021018.

110) Cass. 3e civ., 15 févr. 2012, n° 10-25.443: *JurisData* n° 2012-002446.

되는데, 수인의 채권자가 있는 경우 그 등기의 우선순위에 따르고, 같은 날 등기한 채권자들은 동순위로 한다(상법 제 L142-5조). 영업질권자는 채무 변제 대신 영업재산을 취득할 수 없다(상법 제L142-1조 제2항).¹¹¹⁾ 만일 질권자가 해당 영업재산을 취득하고자 한다면 반드시 경매를 신청하여 최고가매각허가 결정을 받아야 한다.¹¹²⁾ 영업질권 등기의 유효기간은 등기일로부터 10년이며, 유효기간의 만료 전에 등기를 갱신하지 않는 이상, 10년이 경과하면 질권의 효력은 소멸한다(상법 제L143-19조 제1항). 영업양도, 파산 및 법정청산 등의 경우에도 등기를 갱신할 수 있으며, 갱신한 등기는 10년간 유효하고, 순위는 이전등기의 순서를 따른다. 등기는 당사자의 합의나 채무자 또는 제3자의 신청에 의한 법원의 명령에 의하여 말소된다.¹¹³⁾

3. 질권의 효과

가. 질권설정자의 권리의무

질권설정자는 그 소유의 재산을 관리하고 감독할 권리(droit d'administration)를 보유한다. 그러나 질권설정계약에서 질권자에게 감독권(droit de surveillance)을 부여하는 것은 가능하다. 질권설정자는 또한 영업을 매도하거나 대차(location-gérance)할 수도 있으며, 영업의 매수인 또는 대차인과의 관계에서는 변경등기(l'inscription modificative)를 하지 않더라도 우선변제권을 갖는다.¹¹⁴⁾

나. 질권자의 권리의무

(1) 영업에 대한 관여권

본래 유체동산에 대한 질권의 설정은 목적물의 점유를 이전해야만 가능하나, 영업질권은 질권의 설정 후에도 질권설정자가 목적물인 영업을 계속 점유하면서 이를 사용 수익할 수 있으므로, 영업질권의 실효성을 확보하고 질권자가 담보 목적물을 보존하기 위해서는 질권자에게도 일정한 한도 내에서 설정자의 영업에 관여할 필요성이 있다. 특히 영업질권의 목적물 중 중요한 요소인 임차권의 존속과 관련하여 프랑스 상법은 질권자에게 몇 가지 권리를 부여하고 있다.

111) Cass. 3e civ., 6 avr. 2005, n° 03-11.159 : JurisData n° 2005-027925 ; Bull. civ. III, n° 87.

112) Maria-Beatriz Salgado, 각주 76), n° 85.

113) 정진세, 각주 53), 105, 106면.

114) Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-17.275: JurisData n° 2013-027323.

먼저, 질권설정자는 영업장소를 이전하고자 하는 경우 영업이전일 15일 전에 영업장소를 이전하겠다는 의사와 새로운 영업장소를 질권자에게 통지하고 질권자로부터 승낙을 받지 않아야 한다. 만일 질권설정자가 통지를 하지 않거나 질권자의 승낙을 받지 못한 경우, 영업의 이전으로 가치가 하락한 때에는 질권설정자는 기한의 이익을 상실하고 질권자는 피담보채권의 상환을 청구할 수 있다(상법 제L143-1조 제1항, 제3항). 통지와 승낙이 있는 경우 매도인(질권설정자)이나 질권자는 통지일로부터 15일 이내 또는 이전을 알게 된 날로부터 15일 이내에 이전 장소 역시 기존 질권설정 등기에 부기할 수 있다(상법 제L143-1조 제2항).

질권자가 영업장소의 변경 이후 새로운 등기를 하지 않았다고 하더라도 그 질권을 상실하는 것은 아니다. 나아가, 파기원은 “영업장소의 이전을 상사법원 등기관에게 언급하는 것 자체만으로 채권자가 영업장소의 이전 사실을 알았다고 볼 수는 없다”고 판시한 바 있다.¹¹⁵⁾

영업장소의 소유자가 임대차를 해제하는 경우, 질권설정자는 이를 질권자에게 통지하여야 한다. 임차인이 법정해제를 청구하고자 하는 경우 질권자에게도 이를 통지하여야 하며,¹¹⁶⁾ 임대인과 임차인이 합의에 의하여 해제하는 경우에는 질권자에게 통지한 후 1개월이 경과하지 아니하면 해제의 효력은 발생하지 않는다(상법 제L143-2조). 임차인이 임대인과 통모하여 질권자를 해하는 행위를 하는 것은 막기 위한 것이다.¹¹⁷⁾

(2) 우선변제권(droit de préférence)

등기를 마친 영업질권자는 질물의 매각대금으로부터 채권과 그에 대한 2년간의 이자에 대한 우선변제권을 갖는다(상법 제L143-19조). 우선변제권은 영업재산 일체에 대해서만 인정되고, 영업재산으로부터 분리된 일부 재산에 대해서는 인정되지 아니한다.¹¹⁸⁾ 채권자가 수인인 경우 우선변제권의 순위는 등기일자에 의하고 동일자의 경우는 동순위로 본다.

한편, 프랑스법상 영업재산의 매도인은 등기 등 일정한 요건을 갖춘 경우 영업재산으로부터 그 양도대금을 우선변제받을 수 있는 우선변제권(privilège)을 갖는다(상법 제141-5조). 그런데 영업질권자도 우선변제권을 가지므로, 영

115) Cass. com., 29 janv. 2002, n° 99-18.098: JurisData n° 2002-012784

116) Cass. 3^e civ., 26 mars 2006, n° 04-16.747: JurisData n° 2006-032812

117) 하현주, 각주 51), 436면.

118) Cass. com., 19 déc. 2006, n° 04-19.643: JurisData n° 2006-036660

업의 구성요소인 특정 동산에 대해서 매도인의 우선특권과 영업질권이 경합하는 경우 그 우선순위가 문제될 수 있는데, 프랑스에서는 동산양도인의 권리가 선의의 채권자보다 우선한다고 보고 있다. 따라서 영업양수인이 제3자에게 질권을 설정하여 당해 영업질권의 등기가 영업양도인의 등기보다 선순위에 해당한다고 하더라도 영업양도인의 권리가 우선한다.¹¹⁹⁾ 마찬가지로 파산관재인의 우선변제권(*le privilège du Trésor*), 점유이전방식의 통상질권(*le gage constitué avec dépossession du débiteur*)등에 대해서도 해당 권리자의 권리가 영업질권자에 우선한다.¹²⁰⁾ 그러나 생산수단 및 설비질권(*le nantissement du matériel et de l'outillage*), 비용상환청구권에 기한 우선변제권(*le privilège du conservateur du bien*)에 대해서는 영업질권자가 우선하며, 부동산 임차인과의 관계에서는 영업질권 설정일과 임차일의 선후관계에 의한다.¹²¹⁾

(3) 추급권(*droit de suite*)

영업질권자는 영업이 채무자의 소유인 경우 뿐만 아니라, 질권설정자가 제3자에게 영업을 이전한 때에도 추급권을 행사하여 영업의 매각을 청구할 수 있다(상법 제L143-12조).¹²²⁾ 추급권은 영업재산을 구성하는 재산 일체에 대해 성립하고, 일부 분리된 재산(*les biens isolés*)에 대해서는 성립하지 아니한다.¹²³⁾ 상인이 영업활동 중에 낚은 자산을 처분하거나 자산을 활용하여 상품을 판매하는 것은 당연하고 적법한 행위이기 때문이다.¹²⁴⁾ 따라서 예컨대 영업재산 중 임차권만이 양도되었다면, 질권자는 임차권에 대해 우선변제권을 주장할 수는 있으나, 추급권을 주장할 수는 없다.¹²⁵⁾ 그러나 만일 그 양도된 일부 재산이 고객관계에 있어서 필수 불가결한 부분일 경우에는 추급권을 행사할 수 있다.¹²⁶⁾

119) 하헌주, 각주 51), 438면.

120) Maria-Beatriz Salgado, 각주 64), n° 26.

121) Maria-Beatriz Salgado, 각주 64), n° 117-118.

122) 이러한 경우 제3자를 불측의 손해로부터 보호하기 위하여 프랑스상법은 제3자에게 척제(*purge*)권을 부여하고 있다(상법 제L143-13조). 척제권이란 제3자가 채권자에게 영업재산가액을 변제하고 추급권 행사를 하지 않도록 요청할 수 있는 권리를 말한다. Maria-Beatriz Salgado, 각주 64), n° 100-103.

123) Cass. com., 19 déc. 2006, n° 04-19.64; JurisData n° 2006-036660; Bull. civ. IV, n° 267; D. 2007, p. 369

124) 다만, 민법 제1167조, 2344, 2355조에 따라 그러한 처분으로 인해 질물의 가치가 훼손되었다면 이행기가 도래한 것으로 간주하여 채권의 변제를 요청할 수 있을 뿐이다. Stéphane Rezek, 각주 80), n° 58.

125) Cass. com., Nov. 5, 1963; Bull. civ. 1963, III, n° 459

(4) 영업재산 매각권

영업질권설정자는 영업재산을 직접 취득할 수는 없고, 경매에 의한 매각을 청구할 수 있을 뿐이다(구체적 매각절차에 대해서는 아래 4.항 참조). 질권설정자의 다른 채권자들이 영업의 각 구성요소를 개별적으로 압류하는 경우, 그로 인한 매각은 통지일로부터 최소 15일 전에 질권설정 등기를 마친 채권자들에게 통지하여야 하고, 그와 같은 통지가 이루어진 날로부터 10일이 경과하여야 진행될 수 있다. 질권자는 위 10일의 기간 동안, 목적물인 영업의 해체로 인하여 질권대상인 영업의 가치가 하락하는 것을 방지하기 위하여 피담보채권의 변제기가 도래하지 않은 경우라고 하더라도 영업의 포괄매각을 청구할 수 있다(상법 제L143-10조).

(5) 기타

영업질권자는 유치권(droit de rétention)을 행사할 수 없고,¹²⁷⁾ 귀속정산의 방식으로 질물의 소유권을 취득할 수도 없다.¹²⁸⁾

4. 영업질권의 실행

영업질권자는 본점 소재지의 상사법원에 영업재산의 압류와 매각을 신청할 수 있고, 상사법원은 이행기 내에 변제가 이루어지지 않을 경우 영업재산의 매각을 명할 수 있다(상법 제L143-3, 4, 8조). 상사법원은 필요한 경우 영업재산 관리인을 선임하고, 최저매각가격과 경매에 필요한 주요 조건을 정할 수 있다(상법 제L143-4조). 사서증서에 의해 설정합의를 한 경우에도 마찬가지로, 등기한 질권자는 채무자에게 변제를 최고한 날로부터 8일이 지나도 그가 채무를 변제하지 아니하면 경매를 신청할 수 있다(상법 제L143-5조).

목적물인 영업은 동산으로 분류되므로 경매절차는 동산의 공경매절차에 따라야 하고, 재산관리인이 공시한 날로부터 최소 10일이 경과한 후 실시하여야 한다(상법 제L143-6, 143-13조). 경매의 결과 경락인은 영업의 소유자로부터 권리를 승계하지만, 소급효는 인정되지 않는다. 경락인이 경매신청서에 기재한

126) Cass. com., 20 oct. 1998, n° 96-15.107; JurisData n° 1998-003911; Bull. civ. IV, n° 248. 이는 주류면허가 남은 유일한 영업재산이었는데 이를 양도하였던 경우에 관한 판례이다.

127) Cass. com., 26 nov. 2013, n° 12-27.390 : JurisData n° 2013-027323; Maria-Beatriz Salgado, 각주 52), n° 6.; Maria-Beatriz Salgado, 각주 64), n° 93.

128) Stéphane Rezek, 각주 80)., n° 62.

조건을 충족시키지 못하거나, 대가 등을 지급하지 않는 경우에는 재경매(folle enchère)를 실시하여야 한다. 경매를 청구한 영업질권자가 유일한 등기 채권자이고, 다른 채권자들의 이의가 없는 때에는 관할 상사법원이 피담보채권액과 이자 및 경매 비용 등을 우선 변제할 수 있다. 그러나 동순위 채권자들이 경합하거나 이의가 있으면 경매담당 공무원이 채권자들의 권리를 조정하여 배당 방안을 마련하여야 하고, 이 방안에 이의가 있는 때에는 경매지를 관할하는 집행법관에게 이의를 신청할 수 있다.¹²⁹⁾

5. 영업질권의 소멸 및 등기의 말소

영업질권은 담보물권의 부종성으로 인해 채권의 소멸시 소멸할 뿐 아니라, 변제, 무효, 해제, 혼동 또는 재산의 멸실 등으로 인해서도 소멸한다.¹³⁰⁾ 명시적 또는 묵시적인 포기나 등기의 갱신거절의 경우에도 영업질권은 소멸한다.¹³¹⁾

채권자 또는 그로부터 채권을 양수한 자는 임의로 영업질권등기의 말소를 청구할 수 있으며(상법 제143-20조 제2항), 이는 단독행위에 해당한다. 질권의 해제(mainlevée)는 질권설정의 의사와 동일한 방법으로 공표되어야 하므로, 판결에 기재되거나 사서증서 또는 공정증서에 의한 당사자간의 합의가 있어야 하고, 그러한 요건을 갖추지 못하면 채무자는 단독으로 그 말소를 청구할 수 없다.¹³²⁾ 영업질권 등기는 영업재산의 소유자나 저당채권자와 같이 이해관계 있는 자라면 누구든지 등기를 관할하는 법원에 그 말소를 청구할 수 있고, 판결 확정시 말소된다(상법 제143-20조 제1항).

V. 우리나라 동산담보법제와의 비교 및 시사점

1. 우리나라 동산담보법제의 개요

우리나라에서는 영미법계와 같은 일괄담보제도¹³³⁾를 인정하지 않고, 동산에

129) 하헌주, 각주 51), 441, 442면.

130) Maria-Beatriz Salgado, 각주 64), n° 28; 파기원은 질권자가 채권의 변제기에 반드시 질권의 실행을 청구할 필요는 없다고 판시한 바 있다. Cass. com., 22 nov. 2017, n° 16-23.009: JurisData n° 2017-023701

131) Maria-Beatriz Salgado, 각주 64), n° 29.

132) Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-24.854 : JurisData n° 2017-008388

관하여 민법 제329조 이하에 따라 점유이전에 따른 질권 설정의 방식으로만 담보를 설정할 수 있을 뿐이다. 다만, 이러한 민법상의 일물일권주의 및 점유이전에 의한 통상적인 질권설정 방법에 대한 예외로서, 공장재단이나 집합동산양도담보, 동산담보등기 등과 같이 일정한 범위 내의 동산을 포괄적으로 담보의 목적물로 하거나 점유이전 없이 담보로 활용할 수 있는 제도가 존재한다.

먼저 공장재단에 관하여 살펴보면, 공장재단이 설정되면 공장에 속하는 토지, 건물, 기계, 기구, 지상권 및 전세권, 임차권, 지식재산권 등은 일괄하여 1개의 부동산으로 간주되고, 이는 공장재단등기부에 등기하여야 한다(공장 및 광업재단저당법 제11조, 12조). 그러나 실제에 있어서는 공장에 있는 수많은 동산의 증감변동을 등기해야 하는 어려움, 설정등기에 소요되는 과다한 비용, 물적 설비와 권리 외 채권, 노하우 기타 영업 구성물에 대한 재단등기방법의 부재 등으로 인해 그 활용도는 낮은 편이다.¹³⁴⁾

양도담보는 채권의 담보로 목적물의 소유권을 이전하되 채무를 이행하면 그 소유권을 다시 반환하는 것으로서, 특히 동산과 관련하여 판례는 증감변동하는 일단의 유동집합물을 일괄하여 담보의 목적물로 하는 집합동산양도담보 또한 적법한 것으로 인정해 왔다.¹³⁵⁾ 그러나 양도담보는 통상 담보설정자가 목적물을 계속 점유하는 점유개정 방식으로 이루어지는 것이 일반적이어서, 담보권자의 입장에서 담보물의 가치 확보와 신뢰도 측면에서 선호하기 어려운 측면이 있고, 경우에 따라 이중양도담보에 따른 선의취득 여부 등 복잡한 법률관계가 문제될 수 있어서, 대외적인 공시방법의 불완전성 문제가 지적되어 왔다. ¹³⁶⁾

133) 영국에서는 *In Re Yorkshire Woolcombers Association, Ltd.* 사건([1903] 2 Ch. 284) 이래로, ① 회사의 현재 및 미래의 일정범위의 재산에 대한 담보일 것, ② 일정한 범위의 재산은 당해 회사의 정상적인 영업과정에서 끊임없이 증감할 것, ③ 일정 범위의 재산에 대해 당해 회사는 정상적인 방법으로 영업을 계속할 수 있을 것”의 요건을 갖추었다면 형평법상 일괄담보(floating charge)를 인정해 왔으며, 장래 취득하는 재산은 특별한 의사표시 없이도 특정 가능한 경우 일괄담보 대상이 된다고 본다(Tailby v. Official Receiver, [1888] 13 App. Cas. 523); 미국에서는 UCC 제9조에 의해 채무자가 현재 소유하거나 향후 취득할 기계, 재고 등 유체동산, 매출채권 등 채권, 지식재산권 등의 모든 자산을 포괄하여 담보로 설정하는 방식의 일괄 담보가 일반적으로 활용되고 있다. 권홍진, “동산 일괄담보제도 : 해외사례 및 시사점”, 주간금융브리프 제28권 7호(2019. 3. 30.), 한국금융연구원, p.17.

134) 류창호, “기업담보제도의 도입에 관한 연구-유동담보법리(floating charge)를 중심으로-”, 외법논집 제32집(2008. 11.), 한국외국어대학교 법학연구소, 298-300면.

135) 대법원 2016. 4. 28. 선고 2015다221286, 2003. 3. 14. 선고 2002다72385, 2004. 11. 12. 선고 2004다22858 판결 등 참조.

136) 김재형, “동산담보권의 법률관계”, 저스티스 통권 137호(2013. 8.), 한국법학원, 10면; 지원림, 민법강의(제17판), 홍문사, 2020. 2. 20., 885면.

마지막으로 ‘동산·채권 등의 담보에 관한 법률(이하 ‘동산채권담보법’이라 한다)’에 의한 동산담보권은 양도담보 등 명목을 묻지 아니하고 동산·채권·지식재산권을 담보로 제공하기로 하는 약정에 따라 설정된 담보권을 의미한다(동법 제2조). 동산채권담보법은 동산담보의 활성화를 위해 종래의 동산담보법제에 비해 상당히 변화된 내용을 포함하여 2012. 6. 11.부터 시행되었는데, 이에 의하면 동산담보 또한 등기를 통하여 비점유 방식으로 설정될 수 있어 사용가치와 교환가치의 분리 이용이 가능하다.¹³⁷⁾ 또한 목적물의 종류, 보관장소, 수량을 정하거나 그 외 방법으로 특정할 수 있는 경우에는 여러 개의 동산 또는 장래에 취득할 동산 또한 담보 목적물이 될 수 있다고 하여 유동집합담보도 가능함을 명시하고 있다(제2, 3조).¹³⁸⁾ 그러나 이러한 다양한 개선에도 불구하고 동산담보제도는 제도 시행 초기 급격히 증가한 이후 점차 감소 추세를 면치 못하였고, 이를 제도적으로 보완하여 활성화하기 위한 개정 법률안이 마련되었으나 아직 입법으로까지 이어지지 못하고 있는 상태이다.

2. 비교 및 시사점

지금까지 살펴본 바와 같이, 프랑스와 우리나라는 모두 영미법에서와 같은 통일적인 일괄담보제도(security interest 내지 floating charge)를 채택하지 않고 있다. 그러나 프랑스에서는 재고자산, 영업재산, 생산자산 및 설비 등에 관하여, 우리나라에서는 공장재단 등에 관하여, 각 다수의 동산과 부동산을 포괄하는 형태의 담보 설정도 가능하도록 하고 있으며, 프랑스와 우리나라 모두 일정한 요건 하에 점유이전 뿐만 아니라 등기의 방식으로도 제3자에 대한 대항력을 취득하도록 하고, 장래에 취득할 물건을 포함하여 다수의 동산에 질권 설정이 가능하도록 하는 등, 영업자가 동산을 활용하여 금융을 조달할 수 있도록 하기 위해 그 범위를 점차 유연하게 확장하고 있다. 이처럼 프랑스와 우리나라는 모두 종래 민법의 통상 질권 제도로는 활용이 어려웠던 동산담보의 틈을 일괄담보라는 제도 없이도 각종 특별법과 제도로 보완하는 태도를 보이고 있다.

그러나 이러한 목적상의 공통점에도 불구하고, 각종 특별법상의 동산담보제

137) 김재형, 각주 136), 10-11면.

138) 여러 개의 동산을 종류와 보관장소로 특정하여 집합동산에 관한 담보권, 즉 집합동산 담보권을 설정한 경우 같은 보관장소에 있는 같은 종류의 동산 전부가 동산담보권의 목적물이 되고, 등기기록에 종류와 보관장소 외에 중량이 기록되었다고 하더라도 당사자가 중량을 지정하여 목적물을 제한하기로 약정하였다는 등 특별한 사정이 없는 한 목적물이 그 중량으로 한정된다고 볼 수 없다. 대법원 2021. 4. 8.자 2020그872 결정 참조.

도가 활발히 이용되고 있는 프랑스와 달리 우리나라의 동산 담보제도는 여전히 제대로 활용되지 못하고 있다. 동산채권담보법에 의한 담보는 시행초기 대폭 증가하였다가, 제3자에 의한 경매절차 사실을 질권자가 제 때에 알지 못하고 배당요구를 하지 아니하여 우선변제권이 있었음에도 배당금을 받지 못하는 사례가 발생¹³⁹⁾한 이후 계속 그 활용이 저조한 상태이다. 이러한 차이가 발생하는 이유는 무엇일까?

제도적인 측면에서, 우리 동산채권담보법에 의한 담보가 활성화되지 못하는 원인 중 하나로 법률적 개선 필요성이 지적되어 왔고, 이를 개선하기 위해서 인적 적용 범위 및 담보대상 자산의 확대, 5년의 담보권 존속기간 폐지, 일괄 담보제도와 일괄 집행제도, 통지등기제도 도입, 담보목적물 처분 등에 대한 형사적 제재, 사적실행 활성화, 양도담보와의 관계 재설정 등 다양한 측면에서의 개선 방향이 제시되고 있다.¹⁴⁰⁾ 그러나 영업질권이 폭넓게 활용되는 프랑스에서조차, 질권설정자가 질물을 계속 보유하면서 그 영업에 계속 사용하도록 하는 영업질권의 특성상 영업질권 제도는 채권자의 보호에 취약하고, 영업을 잘 되지 않으면 그 가치 또한 감소할 수 밖에 없어 담보물로서 가치가 불안정하며, 과산관재인이나 생산자산·설비 질권자에 대해서는 우선변제권을 갖지 못하므로 우선변제권의 효력이 매우 낮다는 비판이 존재한다.¹⁴¹⁾ 또한 우리나라의 동산채권담보법은 동산·채권·지적재산권 등을 모두 포괄하고, 담보권자를 금융기관 등으로 제한하지 않고 있어 일응 제도적으로는 프랑스의 각종 특별 제도보다도 포괄적으로 활용될 수 있는 측면이 있다. 따라서 제도적인 미비점만으로 동산담보의 비활성화를 설명하기는 어렵다.

생각건대, 동산질권을 활성화하기 위해서는 다양한 동산과 채권을 한꺼번에 활용할 수 있도록 하는 제도적 장치도 중요하지만, 동산의 가치를 보다 정확하게 평가하고 이를 주기적으로 점검하여 담보가치가 그대로 유지될 수 있도록 하고, 금융사고 발생시 신속히 자산을 매각할 수 있는 시장이 형성될 수 있도록

139) 이는 유체동산에는 부동산경매절차에서의 이해관계인 규정과 채권자가 당연히 배당받아야 하는 규정(민사집행법 제90조, 제148조)이 준용되지 않아, 동산담보권자라 하더라도 압류물에 대한 배당요구의 종기까지 담보권의 실행을 위한 별도의 경매신청을 하거나 배당요구를 하지 않으면 매각절차에 참여할 수 없다는 문제점으로 인한 것이었다. 이후 2018. 4. 민사집행규칙 개정으로 집행관이 유체동산 압류시 채무자의 동산채권담보법상 담보등기가 있는지 여부를 확인하도록 민사집행규칙 132조의 2가 개정되었다.

140) 권영준, “국제 동향에 비추어 본 한국 동산채권담보법제”, 법조 제69권 5호(2020. 10. 28.), 법조협회, 71면 이하; 김현진, “UNCITRAL 담보법 현대화와 동산·채권담보권의 개선안”, 비교사법 제25권 제4호(2018. 11.), 비교사법, 1175-1182면.

141) Maria-Beatriz Salgado, 각주 52), n° 6.

록 하는 실무적 운영과 금융상품 개발, 그리고 그에 따른 거래관행과 신뢰의 확대가 더 중요하다고 볼 수 있다.¹⁴²⁾ 프랑스에서 채고질권, 영업질권과 같은 다양한 동산담보제도가 활성화되어 있는 것 역시 프랑스의 제도가 우리나라 제도보다 더 정치하거나 우수해서라기보다는, 그러한 제도가 인정되어 온 오랜 역사와 그만큼 안정된 채고자산 및 영업의 가치 평가 방법, 자산 매각의 용이성 등이 원인일 것이다.¹⁴³⁾ 우리나라에서 동산의 불법 반출 및 훼손의 용이성, 동산담보 평가 인프라 부족, 열악한 회수시장 등이 동산담보의 걸림돌로 지적되어 왔고, 최근 동산담보를 활성화하기 위한 실무적 개선노력의 일환으로 정부와 은행의 공동 지원하에 2020. 2. 한국발명진흥회가 지식재산 담보회수지원 기구로, 2020. 3. 캠프동산금융지원 주식회사가 동산담보 회수지원 전담기구로 설립되고, ‘동산담보대출 취급 가이드라인’이 마련되는 등 각종 제도적인 개선이 이루어지고 있으며,¹⁴⁴⁾ 일괄담보의 실행을 위한 동산채권담보법 개정 노력도 진행 중인바, 향후 그 추이를 지켜보면서 동산담보의 안정적 활용을 위해 지속적인 노력을 기울일 필요가 있을 것이다.

142) 同旨 권홍진, 각주 135) p.18

143) 영업의 가치를 평가하는 구체적인 기준과 회계기법 등에 관하여는 Hubert Tubiana, “Fasc. 3200 : FONDS DE COMMERCE. - Évaluation du fonds de commerce”, *JurisClasseur Entreprise individuelle*, 2019. 74. 15; *Lexis360 Encyclopédie*, “Fasc. 210 : ÉVALUATION DES BIENS. - Fonds de commerce. Entreprises. Droits sociaux non cotés. - Autres biens meubles”, *JurisClasseur Impôt sur la fortune*, 2015. 9. 1. 등 참조.

144) 차상휘·김형수, “중소자영업자의 금융 접근성 강화를 위한 동산담보 개선방안에 관한 연구”, *소비자문제연구* 제51권 제3호(2020. 12.), 한국소비자원, 35면.

[참고문헌]

1. 국내문헌

[단행본]

- 김현진, 「동산·채권 등의 담보에 관한 법률연구 : 주요 내용과 현대화의 과제」,
서울대학교 박사학위논문(2011)
- 지원림, 「민법강의(제17판)」, 홍문사, (2020. 2. 20.)

[논문]

- 권영준, “국제 동향에 비추어 본 한국 동산채권담보법제”, 법조 제69권 5호(2020. 10.), 법조협회
- 권홍진, “동산 일괄담보제도 : 해외사례 및 시사점”, 주간금융브리프 제28권 7호 (2019. 3. 30.), 한국금융연구원
- 김성수, “프랑스민법전의 담보제도에 관한 최근 동향-2006년 신설된 민법전 제4편의 물적담보와 인적담보의 개정을 중심으로-”, 법조 59권 9호(2008), 법조협회
- 김재형, “동산담보권의 법률관계”, 저스티스 통권 137호(2013. 8.), 한국법학원
- 김현진, “UNCITRAL 담보법 현대화와 동산·채권담보권의 개선안”, 비교사법 제 25권 제4호(2018. 11.), 한국비교사법학회
- 김형식, “동산·채권 등의 담보에 관한 법률」에 따른 동산담보권과 채권담보권”, 서울대학교 법학 제52권 제3호(2011. 9.), 서울대학교 법학연구소
- 남효순, “프랑스민법상 자동차질권의 설정과 실행-우리나라의 자동차인도명령 제도에 대한 시사점-”, 서울대학교 법학 제56권 2호(2015. 6.), 서울대학교 법학연구소
- , “프랑스민법상 무체동산질권”, 서울대학교 법학 제55권 제3호(2014. 9.), 서울대학교 법학연구소
- 류창호, “기업담보제도의 도입에 관한 연구-유동담보법리(floating charge)를 중심으로-”, 외법논집 제32집(2008. 11.), 한국외국어대학교 법학연구소
- 알랭 구리오(남효순 번역), “무체재산에 대한 담보물권(새로운 재산)”, 저스티스 통권 제141호(2014), 한국법학원
- 원용수, “프랑스 상법상 영업재산의 양도·담보 및 이용대차제도의 어제와 오늘”, 법학연구 제21권 제2호(2020. 12.), 충남대학교 법학연구소
- 유창호, “2006년 프랑스 담보법개정의 내용과 시사점”, 법조 제628권(2009. 1.), 한

국법학원

- 이동진, “동산·채권 등 등기담보, 일괄담보, 기업담보”, 법률신문(2020. 9. 28.)
- 정진세, 프랑스의 영업담보제도, 비교사법 제10권 4호(2003. 12.), 한국비교사법학회
- 제철웅, “동산 및 채권 담보 제도의 개선방향 : 특정성 또는 특정가능성 원칙의 선택”, 인권과 정의 제392권(2009. 4.), 대한변호사협회
- 차상휘·김형수, “중소자영업자의 금융 접근성 강화를 위한 동산담보 개선방안에 관한 연구”, 소비자문제연구 제51권 제3호(2020. 12.), 한국소비자원
- 하헌주, “프랑스 영업질권제도의 도입에 관한 연구”, 기업법연구 제23권 제1호(통권 제36호), 한국기업법학회(2009. 3.)
- _____, “영업담보제도의 생성과정에 관한 비교법적 검토”, 비교사법(2006. 6.), 한국비교사법학회

2. 외국문헌

[단행본]

- Christophe Albiges et Marie-Pierre Dumont-Lefrand, 「Droit des Sûretés」, Dalloz, 2017
- Marc Mignot, 「Droit des sûretés」, Montchrestien, 2010
- Michel Cabrillac et al, 「Droit des sûretés(10e édition)」, LexisNexis, 2015
- Ryan Bekkerus, Alexandra Kaplan and Marisa Stavenas(ed), 「Acquisition Finance 2015」, Law business Research, 2015
- Yves Picod et Pierre Crocq, 「Le Droit Des Sûretés à L'épreuve Des Réformes」, Édition juridiques et techniques, Paris, 2006
- Yve Picod, 「Droit des sûretés(2e édition)」, Thémis droit, 2011

[논문·주석서]

- Dominique Legeais, “Fasc. 12 : Gage et nantissement - Gage de meubles corporels. - Opposabilité du gage”, JurisClasseur Notarial Formulaire, 2016. 7. 12.
- _____, “Synthèse - Gage”, JurisClasseur Civil Code, 2020. 5. 1.
- _____, “Art. 2333 à 2336 - Fasc. unique : Gage de meubles Corporels. - Droit commun. Constitution”, JurisClasseur Civil Code, 2013. 6. 24.

- _____, “Art. 2337 à 2340 - Fasc. unique : Gage de meubles Corporels. - Opposabilité du gage”, JurisClasseur Civil Code, 2013. 6. 22.
- _____, “Art. 2343 à 2349 - Fasc. unique : Gage de meubles Corporels. - Effets”, JurisClasseur Civil Code, 2016. 2. 8
- _____, “Synthèse - Garanties du crédit”, JurisClasseur Commercial, 2020. 1. 1.
- Emmanuelle Le Corre-Broly, “Gage - Le gage sur stocks et le Code de commerce : un mariage forcé ?” La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 2014. 10. 23.
- Hubert Tubiana, “Fasc. 3200 : Fonds de commerce. - Évaluation du fonds de commerce”, JurisClasseur Entreprise individuelle, 2019. 7. 15
- Lexis360 Encyclopédie, “Fasc. 210 : Évaluation des biens. - Fonds de commerce. Entreprises. Droits sociaux non cotés. - Autres biens meubles”, JurisClasseur Impôt sur la fortune, 2015. 9. 1.
- Maria-Beatriz Salgado, “Synthèse - Sûretés sur fonds de commerce : nantissement”, JurisClasseur Entreprise individuelle, 2020. 4. 11.
- _____, “Fasc. 3750 : Nantissement du fonds de commerce. - Notions générales. Conditions de validité”, JurisClasseur Entreprise individuelle, 2015. 10. 8.
- _____, “Fasc. 3800 : Nantissement du fonds de commerce. - Assiette. Effets”, JurisClasseur Entreprise individuelle, 2015. 10. 8.
- Nathalie Martial-Braz, “Gage - L’inévitable caractère exclusif du gage sur stock ou les conséquences des errements du législateur de 2006”, La Semaine Juridique Edition Générale, 2013. 5. 6.
- Nicolas Dissaux, “Fasc. 20 : Fonds de commerce. - Nantissement”, JurisClasseur Civil Code, 2010. 12. 15.
- _____, “Fasc. 201 : Fonds de commerce. - Généralités”, JurisClasseur Commercial, 2010. 10. 1.
- Patrice Bouteiller, “Fasc. 30 : Gage. Warrant”, JurisClasseur Civil Code, 2020. 9. 25.
- _____, “Fasc. 765 : Gage. Warrant”, JurisClasseur Banque - Crédit - Bourse, 2020. 9. 25.
- _____, “Fasc. 2970 : Gage. Warrant”, JurisClasseur Banque - Crédit

- Bourse, 2020. 9. 25.

Ryan Bekkerus, Alexandra Kaplan and Marisa Stavenas(ed), 「Acquisition Finance 2015」, Law business Research, 2015

Samir Berlat 외 7인, “Credit support, collateral and creditors’ committees-leveraged finance deals in France”, European Leveraged Finance Alert Series : Issue 2, 2018

Stéphane Rezek, “Fasc. 400 : Fonds de commerce. - Nantissement du fonds de commerce. - Notions générales. - Conditions de validité”, JurisClasseur Notarial Formulaire, 2017. 3. 15.,

_____, “Fasc. 410 : Fonds de commerce. - Nantissement du fonds de commerce. - Assiette. Effets”, JurisClasseur Notarial Formulaire, 2017. 3. 15.

Yannick Blandin, “La réforme du gage des stocks par l’ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016”, Revue de Droit bancaire et financier, Juillet 2016, étude 20.

[Abstract]

Security Over the Movable Assets in France

- Focusing On the ‘Gage Des Stocks’ and ‘Nantissement Du Fonds de Commerce’ -

Cho, Inyoung*

Neither French nor Korean legal system accepts the notion of ‘security interest’ or ‘floating charge’ of the common law system. Instead, both provide special means to complement the traditionally rigid and limited security under the civil law for the movable assets. ‘Gage des stocks’ and ‘Nantissement du fonds de commerce’ are those examples, which enable small and medium companies to utilize the movable assets for financing. ‘Gage des stocks’ is established over the entire materials of a company, whether it is raw, half-finished or finished, with or without the transfer of possession and is opposable to a third party. French law compensates the instability of the creditors by providing special rights for the creditors to ask for the supplements of collaterals or for the performance in detail. ‘Nantissement du fonds de commerce’ is established over the entirety of the business owners’ movable assets, comprised of lease rights, company names and signs, licenses and etc, which culminate in the ‘client relationship’. Such creditors have rights to preferential payment, to inquire into the movable assets, to “droit de suite” to secure their security interests. In Korea, although there are various means to complement traditional security measures under the civil law such as the mortgage on the floating collective movables, on the factory assets, or security registry, those have not been used frequently. The main reason seems to lie not on the content of the law itself, but more on the practical sides, such as the lack of value-evaluating system. or of the re-sale market of movable assets. Further attempts to revitalize these aspects in the market is necessary.

* Yonsei University Lawschool, Associate Professor

Keywords : 'Gage Des Stocks', 'Nantissement Du Fonds de Commerce', security over movable assets, the law on security over the movable assets and receivables, security registry

